

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK VE İRAK HUKUKLARINDA MUKAYESELİ OLARAK ALACAĞIN
TEMLİKİ

Yüksek Lisans Tezi

İhsan HÜSEYİN

Ankara 2004

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK VE İRAK HUKUKLARINDA MUKAYESELİ OLARAK ALACAĞIN
TEMLİKİ

Yüksek Lisans Tezi

İhsan HÜSEYİN

Tez danışmanı

Prof. Dr. Ali ERTEN

Ankara 2004

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK VE İRAK HUKUKLARINDA MUKAYESELİ OLARAK ALACAĞIN
TEMLİKİ

Yüksek Lisans Tezi
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali ERTEN

Tez Jüri Üyeleri

Adı ve soyadı

.....
.....
.....
.....

İmzası

.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRK VE IRAK HUKUKLARINDA MUKAYESELİ OLARAK

ALACAĞIN TEMLİKİ

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VII
KAYNAKÇA	VIII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
ALACAĞIN TEMLİKİ KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMASI	3
§.1. ALACAĞIN TEMLİKİ KAVRAMI	3
§.2. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TARİHİ GELİŞMESİ	7
I. ROMA HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ	7
A. Roma Hukukunda Borç İlişkisi Taraflarının Değişmezliğinin Nedenleri.....	8
a- Borç ilişkisinin kesin şahsi nitelikte olma sebebi	8
b- Şekil sebebi	9
B. Dolaylı Yollarla Alacağın Temliki.....	10
a- Tecdit Yolu ile Alacağın Temliki	10
b- Vekalet Yolu İle Alacağın Temliki.....	11
II. İSLAM HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ	12
A. İslam Hukukunda Havalenin Kurulması:	14
a- Üç tarafın rızasıyla kurulan havale.....	14
b- Muhalünleh ile muhalünaleyh arasındaki anlaşma ile kurulan havale.....	14
c- Muhil ile muhalünaleyh arasındaki anlaşma ile kurulan havale	14
d- Muhil ile muhalünleh arasındaki anlaşma ile kurulan havale'nin alacağın temliki ile karşılaştırılması.	14
B- Borç İlişkisi Tarflarının Değişmesi Konusunda Roma ve İslam Hukukları Arasındaki Farklılıklar :	15
C - İslam Hukukunun Batı Ülkeler Hukukuna Etkisi:	16
III. FRANSIZ HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ	17
IV. ALMAN HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ.....	18
§.3. ALACAĞIN TEMLİKİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI	19
I. ALACAĞIN TEMLİKİNİN BORCUN NAKLİNDEN FARKI	19
A. Taraflar Bakımından:	19
B. Şekil Bakımından.....	20
a. Alacağın temlikinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması şarttır (TBK . 163/1).....	20
b. Borcun Naklinde Şekil	21
aa. Borcun iç yüklenilmesinde:.....	21
bb. Borcun dış yüklenilmesinde:	21
cc. Bir malvarlığının veya işletmenin devri yoluyla borcun nakli.....	22
dd. Bir işletmenin diğeriyle birleşmesi veya şeklini değiştirmesi sebebiyle borcun nakli:.....	22
C. Konu Bakımından	22
II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE SÖZLEŞMEDEN FARKI:23	

A. Kanuni Düzenleme Bakımından:	23
B. Tarafları Bakımından	23
a. Vaadettiren / Temlik Eden.....	24
b. Üçüncü Şahıs / Temellük Eden.....	24
c. Vaadeden / Borçlu.....	24
C. Çeşitleri Bakımından:	25
D. Şekil Bakımından:	26
III. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HAVALEDEN FARKI.....	26
A. Kavram Bakımından	26
B. Kanuni Düzenleme Bakımından:	27
C. Konu Bakımından.....	28
D. Taraflar Bakımından.....	28
a. Kabza Yetkili / Temellük Eden	29
b. Ödemeye Yetkili / Borçlu.....	29
c. Yetki Veren / Temlik Eden.....	29
E. Şekil Bakımından.....	31
IV. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TEMSİLDEN FARKI	31
A. Kavram Bakımından	31
B. Taraflar Bakımından:	32
C. Çeşitleri Bakımından	33
a. Temsil, Kaynak Bakımından Üçe Ayrılmaktadır:	33
aa. İradî Temsil:	33
bb. Kanuni Temsil:	33
cc. Kazai Temsil:.....	33
b. Mümessile Bağlanan Hukuki Sonuçlar Bakımından:.....	34
aa. Doğrudan Doğruya Temsil (BK. m. 32 vd):	34
bb. Dolaylı Temsil (BK. m. 32 / 2 ve m. 416):.....	34
c. Tahsil İçin Temsil:	35
aa. Tahsil için Temsil Yetkisi Veren Alacaklı / Temellük Eden	35
bb. Tahsil Yetkilisi / Temellük Eden	35
cc. Tahsil Borçlusu / Temlik Borçlusu:	36
D. Şekil Bakımından:	36
V. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TECDİT “YENİLEMEDEN” FARKI	37
A. Kavram Bakımından	37
B. Nitelikleri Bakımından.....	38
C. Hükümleri Bakımından:	38
§.4. ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÇEŞİTLERİ	39
I. ALACAĞIN KANUNİ TEMLİKİ “ALACAĞIN KANUN YOLU İLE GEÇİRİLMESİ”:	40
II. KAZAI TEMLİK “ALACAĞIN MAHKEME YOLU İLE GEÇİRİLMESİ”:	41
III. İRADİ TEMLİK	43
İKİNCİ BÖLÜM.....	45
TÜRK HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ, TARAFLARI, KONUSU, HÜKÜM VE SONUÇLARI	45
§. 5. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TARAFLARI	45
I. TEMLİK EDEN	45
A. Temlik Edenin Fiil Ehliyetine Sahip Olması:	45
B. Temlik Edenin Tasarruf Yetkisine Sahip Olması:.....	46

II. TEMELLÜK EDEN:	48
III. BORÇLU	49
§. 6. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	50
I. ALACAĞIN TEMLİKİ BİR SÖZLEŞMEDİR	50
II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN SEBEBE BAĞLI OLUP OLMADIĞI SORUNU ..	52
A. Alacağın Temlikinin İlli Olduğu Görüşü	53
a. Alacağın Temlik Sözleşmesinin İlli Nitelikte Olduğunu Savunan Hukukçuların Sürdükleri Gerekçeler:	53
B. Alacağın Temlikinin Mücerret Olduğu Görüşü:	56
a. Alacağın Temlik Sözleşmesinin Mücerret Nitelikte Olduğunu Savunan Hukukçuların Sürdükleri Gerekçeler:	57
III. ALACAĞIN TEMLİKİ ŞEKLE BAĞLI BİR İŞLEMDİR	58
A. Şekil Eksikliği Bulunan Bir Temlik Sözleşmesinin Tahvili.....	61
B. Yazılı Şeklin Önemi:	61
C. Alacağın Temlik Vaadinde Şekil:	62
§.7. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KONUSU VE KAPSAMI	63
I. TEMLİKİN KONUSU	65
A. Alacağın Tam ve Kısmi Temlik	65
B. Süreye veya Şarta Bağlı Alacağın Temlik	66
C. Müstakbel Alacağın Temlik	67
D. Toptan “Topyekün” Temlik.....	68
E- Takip Konusu Alacağın Temlik:	69
F. Temlik Mümkün Olmayan Alacaklar.....	70
a- Kanundan Dolayı Alacağın Temlikinin Mümkün Olmadığı Haller.....	71
aa- Manevi Tazminat Talep Hakları:	70
bb- İş Verenin Hizmet Akdinden Doğan Alacakları:	71
cc- Ariyet Alanın Hakkı:.....	71
dd- Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Hakkı:	72
ee- Ürün (Hasılat) Kirasında Kiracının Hakkı:	72
ff- Emekli Maaşının Üç Aylık Miktarını Aşan Temlik	72
gg- İşçi Ücretinin Saklı Kısmı:	72
b. Hukuki İlişkinin Niteliğinden Dolayı Temlik Mümkün Olmayan Alacaklar:..	73
c. Sözleşme Gereği Temlik Mümkün Olmayan Alacaklar:.....	74
d. Temlik Mümkün Olmamasına Rağmen Temlik Edilen Alacakların Hüküm ve Sonuçları:	75
II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KAPSAMI	76
A. Feri Haklar	76
a. Alacağa Bağlı Faizler:	77
b- Alacağa Bağlı Teminat Hakları	77
aa. Aynı Teminat Hakkı	78
aaa. Taşınır Rehni	78
bbb. Taşınmaz Rehni (ipotek)	78
bb. Şahsi Teminat Hakkı	79
cc. Hapis Hakkı	79
B. Rüçhan ‘Öncelik’ Hakları:	80
C. Yenilik Doğuran Haklar	81
§. 8. ALACAĞIN TEMLİKİNİN AMACI.....	82

I. İFA AMACIYLA TEMLİK	82
II. TAHSİL AMACIYLA TEMLİK	83
III. TEMİNAT AMACIYLA TEMLİK	83
IV. BAĞIŞ AMACIYLA TEMLİK.....	84
§. 9. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:.....	84
I. TEMLİK EDEN BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ.....	84
A. Temlik Edenin Senetleri Teslim Etmesi Yönündeki Sorumluluğu:	85
B. Temlik Edenin Alacağın Varlığından Sorumluluğu:.....	86
a. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte Temlik Edenin Durumu:	86
aa. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte, Temlik Edenin Sorumluluğunun Kapsamı:.....	87
bb. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte Alacağın Varlığını İspat Yükü:	88
cc. Temlik Edenin Sorumluluğunun Sona Ermesi:	88
b. Karşılıksız (ivazsız) Temlikte Temlik Edenin Durumu:	89
c. Temlik Edenin, Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu:	89
aa. Temlik Edenin Borçlunun Ödemeye İstekli Olduğunu Garanti Etmesi	90
bb. Ödeme Gücünün Garanti Edilmesi Zamanı	91
cc. Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Fer'i Nitelikte Olmadığı:	91
C. Kazai ve Kanuni Temlikte, Temlik Edenin Durumu:.....	92
II. TEMELLÜK EDEN BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:92	
III. BORÇLU BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:.....	94
A. Borçlunun İyi Niyetle Yaptığı Ödeme.....	94
a. Borçlunun Hak Sahibi Olmayan Bir Kimseye Ödemede Bulunması:.....	95
b. Borçlu İhbardan (Bildirimden) Önce Ödemede Bulunmalıdır:	95
aa. İhbarı yapacak kişi	95
bb. İhbarın Şekli	96
cc. İhbarın Borçluya Varması:.....	96
dd. Ödemenin geçerli olabilmesi için ihbarın yeterli olmadığı durumlar.....	97
c. İyi niyetin bulunması:.....	97
B. Borçlunun Edimi Bir Yere Bırakması:.....	99
C. Borçlunun Temellük Edene Karşı İtiraz ve Defileri İleri Sürebilmesi	101
a. İtirazlar:	102
aa. Muvazaa (danışıklık) itirazı	103
bb. Beyaza imza	104
b. Def'iler.....	105
c. Takas:	106
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	108
İRAK HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ (HAVALETÜL HAK), TARAFLARI, KONUSU HÜKÜM VE SONUÇLARI	108
§.10. HAVALETÜL HAK KAVRAMI, TARAFLARI	108
I. HAVALETÜL HAKKIN KAVRAMI.....	109
II. HAVALETÜL HAKKIN TARAFLARI	114
A. Muhil 'Temlik Eden'	115
a. Muhilin 'Temlik Edenin' Fiil Ehliyetine Sahip Olması:	115
b. Muhilin (Temlik Edenin) Tasarruf Yetkisine Sahip Olması:	116
B. Muhalünleh (Temellük Eden).....	118
C. Muhalünaleyh (Borçlu)	119
§.11. HAVALETÜL HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	120
I. HAVALETÜL HAK BİR SÖZLEŞMEDİR:	120

A. Havaletül Hakta İrade Beyanı	121
B. Konu (Mahel)	122
C. Sebep	122
II. HAVALETÜL HAK SEBEBE 'AMACA' BAĞLI BİR İŞLEMDİR:.....	123
III. HAVALETÜL HAK ŞEKLE BAĞLI DEĞİLDİR.....	125
A- İpotekli Alacağın Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesinde Şekil:.....	125
B. Bağışlama (Hibe) Amacıyla Yapılan Havaletül Hakta Geçerlilik Koşulu .	126
C. Havaletül Hakkın İspatı.....	127
IV. HAVALETÜL HAKKIN ŞARTLARI:.....	127
A- Havaletül Hakkın Geçerlilik 'Sıhhat' Şartı:	127
B. Havaletül Hakkın Yürürlük 'İnfaz' Şartı:	129
a. Havaletül Hakkın Muhalünaleyhe İlan Edilmesi:	130
aa. İlanı Yapacak Kişi:	131
bb. İlanın Şekli:	131
b. Muhalünlehin Havaletül Hakkı Kabul Etmesi:.....	132
aa. Muhalünaleyhin Havaletül Hakkı Kabul Etme Anı:	133
bb. Kabulün Şekli:	134
c. Muhalünaleyhin Havaletül Hakkın Meydana Geldiğini Başka Yolla Öğrenmesi:	134
d. Yürürlük Şartının Amacı:	135
§.12. HAVALETÜL HAKKIN KONUSU.....	136
I. TAM VE KISMI TEMLİK:.....	138
II. SÜREYE VEYA ŞARTA BAĞLI TEMLİK	139
III. MÜSTAKBEL ALACAĞIN TEMLİKİ	140
IV. ÇEKİŞMELİ BULUNAN BİR ALACAĞIN HAVALETÜL HAKKA KONU OLMASI	142
V. HAVALETÜL HAK YOLUYLA GEÇİRİLMESİ MÜMKÜN OLMAYAN ALACAKLAR:.....	142
A. Kanun Hükmünden Dolayı Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar.....	143
a. Kira Sözleşmelerinde Kiracının Oturma Hakkı:	143
b. Çekişmeli Alacakları Belli Kişilere Geçirme Yasağı:.....	143
B. Hukuki İlişkinin Niteliğinden Dolayı Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar:	144
C. Sözleşme Gereği Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar:	145
D. Haczi Mümkün Olmadığı İçin Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar.....	145
a. Maaşların Beşte Birini Aşan Oran:	146
b. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Alacaklısının Hakkı:.....	146
E. Geçirilmesi Mümkün Olmamasına Rağmen Geçirilen Alacakların Hüküm ve Sonuçları:.....	147
§.13. HAVALETÜL HAKKIN SEBEPLERİ	147
I. SATIŞ AMAÇLI HAVALETÜL HAK:	147
II- İFA AMAÇLI HAVALETÜL HAK.....	148
III- TAHSİL AMACIYLA HAVALETÜL HAK.....	148
IV- TEMİNAT AMACIYLA HAVELATÜL HAK	149
V- BAĞIŞ AMACIYLA HAVALETÜL HAK:	149

§.14. HAVALETÜL HAKKIN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ:	150
I. MUHALÜNLEH VE MUHALÜNALEYH İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN:	150
A. Muhalünlehin Muhilin Yerine Geçmesi:.....	150
a. Muhalünaleyhe Göre Muhalünlehin Muhilin Yerine Geçmesi Zamanı:....	151
b. Alacak Hakkı Bağlı Olduğu Haklarla Birlikte Muhalünlehe Geçer:	151
aa. Teminat Hakları.....	152
aaa. Aynı Teminat Hakkı	152
aaaa. Taşınır Rehni (Elrehin Elhiyazi).....	152
bbbb. Taşınmaz Rehni 'Elrehin Eltemini'	152
bbb. Şahsi Teminat Hakkı	153
bb. İmtiyaz Hakkı	153
cc. Alacağa Bağlı Faizler:.....	154
dd. Yenilik Doğuran Haklar:	154
B. Muhalünaleyhin Muhalünlehe Karşı Defileri İleri Sürebilmesi:	154
a. İtirazlar:	155
b. Defiler:	156
c. Takas:	157
aa. İlan Halinde Takasta Bulunabilme:.....	157
bb. Kabul Halinde Takasta Bulunabilme:	157
II- MUHALÜNLEH VE MUHİL İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN:	158
A- Muhilin Teslim Sorumluluğu:	158
B- Muhilin Garanti Sorumluluğu	159
a. Muhilin, Alacağın Varlığı Yönündeki Garanti Sorumluluğu:.....	159
aa. Karşılıklı (İvazlı) Havaletül Hakta, Muhilin Durumu:	159
b. Muhilin, Muhalünaleyhin Ödeme Gücünün Varlığı Yönündeki Garanti Sorumluluğu.....	163
C- Muhilin Kusur Sorumluluğu:	164
III. MUHALÜNALEYH VE MUHİL İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN:.....	164
A. Havaletül Hakkın Yürürlük Kazanmadan Önce Hükümleri:.....	164
B. Havaletül Hakkın Yürürlük Kazandıktan Sonra Hükümleri:.....	165
IV. MUHALÜNLEH VE ELGAYIR (BAŞKALARI - ÜÇÜNCÜ KİŞİLER) İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN Havaletül Hakkın Hükümleri	165
A. Aynı Alacak Üzerinde Birden Çok Muhalünaleyhin Rekabet Etmesi:.....	166
B. İflas Eden Veya İisar Eden Muhilin Alacaklısı ve MuhalünleH Arasındaki rekabet.....	167
C. Haciz Koyan Alacaklıyla MuhalünleH Arasındaki Rekabet:.....	167
D. İlk Haciz Koyan, MuhalünleH ve İkinci Haciz Koyan Alacaklılar Arasındaki Rekabet:	168
SONUÇ	169

KISALTMALAR

BK.:	Borçlar Kanunu
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ba:	Basım
s.:	Sayfa
C.:	Cilt
ABD:	Ankara Barosu Dergisi
Sa.:	Sayı
Bkz.:	Bakınız
F:	Fıkra
TBH:	Türk Borçlar Hukuku
vd.:	Ve devamı
vs.:	Vesaire
MK.:	Medeni Kanun
İİK:	İcra İflas Kanunu
EMK:	Eski Medeni Kanun
HD.:	Hukuk Dergisi
KGM.:	Karayolları Genel Müdürlüğü
TTK.:	Türk Ticaret Kanunu
IMK.:	Irak Medeni Kanunu
MMK.	Mısır Medeni Kanunu
ITC.:	Irak Ticaret kanunu
ITKK.:	Irak Taşınmaz Kiralaması Kanunu
IMYK.:	Irak Medeni Yargılama Kanunu

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), 1974.
- AKYİĞİT, Ercan Temsil Yetkisini Verilmesi ve Temsil Yetkisi ile Temel İlişki Arasındaki Bağlantı, İstanbul 1990.
- ANSAY, S. Şakir Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 2. Bası, Ankara 1953.
- ARAL, Fahrettin Topyekin Temlik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-4, Ankara 1992.
- ARSEBUK, Esat Alacağın Temliki ve Borcun Nakli, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2. Sayı, Cilt XI. 1954.
- BAŞTUĞ, İrfan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Safa Basın ve Yayınevi, 1984.
- CAD, Hasan Elnazariya Elamma lililtizam Fi Elkavanin Elmedediye 2. Cüz Nazariye Eliltizam Fizatihi, Bağdat 1944.
- CANSEL, Erol /GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret Türk Eşya hukuku, Ankara 1984.
- CİN, Halil İslam Hukukunda Özellikle Hanefi Mezhebine Göre Havale 1, 4. Sayı 1971.
- CUMRALI, Sedat Alacağın Temlikinde Tediye Defi, Ankara 1969.
- DAVRAN, Bülent Rehin Hukuku Dersleri, 1972.
- DAYINLARLI, Kemal Gelecekte Elde Edilecek Alacakların Toptan Temliki, 1990.
- DAYINLARLI, Kemal Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2000.
- ELBEKRİ, Abdalbaki Şeh Eliltizam Elmedeni eliraki (Tenfiz Eliltizam) Bağdat 1971.
- ELBEŞİR, M. Taha / TAHA, G. Hassun Elhukuk Elayniye (Elhukuk Elayniye Elasliye ve Eltebeiyeye) 2. Cüz, Bağdat 1982.
- ELBEŞİR, M. Taha Elveciz Fi Elhukuk Elayniye Eltebeiyeye, Bağdat 1971.
- ELBEYET, Selman Elkaza Elmedeni eliraki, 1. Cüz, 1962.
- ELFADLİ, Cafer Elveciz Fi Elukut Elmedeniye (Elbeyi, Elicar ve elmukavele)
- ELFAW, Abdülkadir Ahkamül İltizam Asarül Hak Fi Elkanun Elmedeni, 4. Basım, Amman 1997.

ELHAKİM, Abdülmecit	Elmuvez Fi Şerih Elkanun elmedeni (masadirül İltizam), Bağdat 1977.
ELHAKİM, Abdülmecit	Elveciz Fi Şerih Elkanun Elmedeni Elirak'ı Ahkam Eliltizam Maa Elmukarene Bilfıkıh Elislami, 2. Cüz, 2. Bası, Bağdat 1967.
ELMAHMASANİ, Suphi	Muhazarat Fi Elkanun elmedeni Ellübnani (İntikalül İltizam Havaletül Hak ve havaletül deyin), 1956.
ELNAHİ, Salahattin	Elvciz Fi elnazariye Elamma Lililtizam, Bağdat 1950.
ELSENHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi Şerih El Kanun elmedeni Nazariyetül İltizam Bivechinam (Masadirül İltizam) 1. Cüz, 2. Basım, 1964.
ELSENHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi Şerih Elkanun Elmedeni Elukut Elleti Teka Ala Elmülkiye (Elhibe ve El şerike) 5. Cüz, 1962.
ELSENHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi Elkanun elmedeni (Fi Elteminat Elşahsiye ve Elayniye), 10. Cüz, 1970.
ELSENHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi Şerih Elkanun Elmedeni Ukut Elgarar (Ukut Elmukamere, Elrihan El murettep Meda Elhayat ve Akit Eltemin), 7. Cüz, 2. Cilt, 1964.
ELSENHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi şerih Elkanun Elmedeni (Elukut Elleti Teka ale Elmülkiye, Elbeyi), 4. Cüz, 1. Cilt, Elkahira 1960.
ELSENUHURİ, A. Ahmet	Elvasit Fi Şerih Elkanun Elmedeni Elcedit nazariyetül İltizam Bivechinam (Elispat Asarül İltizam), 2. Cüz, 1956.
ELSENHURİ, A. Abdülrazzak	Elvasit Fi Şerih Elkanun Elmedeni Elcedit 3. Cüz 1958.
ELŞERKAVİ, Cemil	Elnazariye Elamma lilitizam Elkitap Elsani (Ahkam Eliltizam) Elkahira, 1981.
ELZENNUN, Hasan Ali	Elnazariye Elamma Lililtizam (Nasadır Eliltizam-Ahkam Eliltizam-İspat Eliltizam, Bağdat 1976.
ELZENNUN, Hasan Ali	Şerih Elkanun Elmedeni eliraki (Ahkamül İltizam), Bağdat 1954.
ENGİN, Baki İlkey	İfa Uğruna Edim, İstanbul 1999.
ERDOĞAN, İhsan	Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri, Konya 1991.
EREN, Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Ankara 2001.

EREN	
FRANKO, Nisim	Alacağın Temliki (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, 4. Cilt, 1994.
HATTAP, talebe Vehbe	Ahkamül İltizam Beynel Şeria Elislamiye ve Elkanun (Dirasa Mukarana), 1. Basım, Elkahira, 1980.
HAYDAR, Ali	Durerul Hükkam Şerih Meceretül Ahkam, 2. Cilt, 3. Basım H. 1330.
HİCAZİ, Abdulhay	Nazariye elamma lililtizam, 1. Cüz (Eliltizam fi zatihi), El Kahira 1953.
İNAN, Ali Naim	Borçlar Hukuku, 3. Basım Ankara 1984.
KARAHASAN, Mustafa Reşit	Türk Borçlar Hukuku 1. Cilt, 1992.
KARAHASAN, Mustafa	Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku 1977.
KEMAL	
KILIÇOĞLU, Ahmet	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002
KOCAMAN, Arif	Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik sınırı Sorunu, 2. Basım, Attila Kitabevi Ankara 1992.
KOCAMAN, Arif	Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001.
KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim	Sınırlı Ayni Haklar, 2. Basım İstanbul 1982.
MACUNCU, Muhsin	Türk Hukukunda Temsil, 1990.
MUSA, T. Hasan	Mebedi elkanun Elticari, 1. Basım 1973.
NERAD, Hasan	Borçlar Hukuku, 5. Basım 1997.
OĞUZMAN, Kemal	Eşya Hukuku, 6. Basım İstanbul 1960.
OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000,
OLGAÇ, Sena	Türk Borçlar Hukuku 2. Basım İstanbul 1960.
ÖÇAL, Akar	İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (Alacağın Temliki İradesinin Beyanı) 1983.
ÖNEN, Turgut	Borçlar Hukuku, Ankara 1990.
ÖZKAN, Cumhur	Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü, İstanbul 1975.
ÖZSUNAY, Ergün	Borçlar Hukuku, 2. Basım, İstanbul, 1983.
RADO, Türkan	Roma hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1982.

- REİSOĞLU, Safa Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Basım İstanbul 2000.
- SAMİ, F. Mehmet / ELŞEMMA, F. Mahmut Elkanun Elticari Elevrak Elticariye, Bağdat 1992.
- ŞAHİN, Muzaffer İslam Hukukunda Borcun Nakli, Ankara 1991.
- ŞEHATE, Şefik Muhazarat Fi Elkanun Elmedeni (Havaletül Hak Fi Kavanin Elbilad Elarabiye), 1954.
- TANDOĞAN, Haluk Hapis Hakkının Temliki, Ankara 1954.
- TÖRÜNER, Ekrem Takip Konusu Alacağın Temliki, Ankara Barosu Dergisi 50. Yıl 4. sayı 1993.
- TUNÇ, Ramazan İfa İmkansızlığı, Ankara 2002.
- TUNÇOMAĞ, Kenan Türk Borçlar Hukuku Genel hükümler, 1. Cilt, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- UYGUR, Turgut Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 2. Cilt, 1990.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Refet Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.
- YAHYA, Abdülvedüt Havaletül Deyin dirase Mukarene Fi El Şeria El İslamiye ve El Kanun El Almanı ve El Mıri, Kahira 1960.
- ZEKİ, Mahmut Cemaladdin Elveciz Fi Nazariyetül İltizam Fi El kanun elmedeni el Mısrı, Kahira 1974.
- ZEYDAN, Abdülkerim Elkefele ve Elhavale Fi Elfıkıh Elmukaren, Bağdat 1975.

GİRİŞ

Alacak transferi çağdaş ekonomi hayatının önemli bir parçasıdır. Alacak transferini gerçekleştiren bir takım müesseseler bulunmaktadır. Bu tür müesseseler gün gittikçe ve ekonomik hayatın gelişmesiyle çoğalmaktadır. Söz konusu müesseseler arasında çalışma konumuz olan alacağın temliki önemli yer teşkil etmektedir.

Alacağın temliki, farklı amaçları sağlayabilen bir müessesedir. Alacağın temliki ifa aracı olarak kullanılabilceği gibi, bir teminat aracı olarak da kullanılabilir.

Çalışmamızda, Türk Borçlar Kanunu ve Irak Medeni Kanununa göre, alacağın temliki müessesesini mukayeseli olarak ele alacağız.

Alacağın temliki müessesesi Türk Borçlar Kanununun 162-172. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Irak Hukukunda alacağın temliki müessesesi, havaletül hak diye adlandırılmaktadır. Havaletül hak Irak Medeni Kanununun 362-374. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Her iki müesseseyi (alacağın temliki - Havaletül hak) özellikle, tarafları, konusu, kapsamı, niteliği, şartları, amaçları ve hükümleri açısından karşılaştıracacağız.

Alacağın temliki, bir çok Türk Hukuk yazarı tarafından çalışma konusu olarak ele alınmıştır. Ancak alacağın temliki müessesesini Türk ve Irak Hukukları arasında mukayeseli olarak hiçbir yazar tarafından ele alınmamıştır; bu da tezimizin önemini oluşturmaktadır. Bu çalışmamız, alacağın temliki konusunda Türk ve Irak Hukuku arasında araştırma yapmak isteyenlere, Türk ve Irak iş adamlarına ışık

tutacaktır.

Çalışma konumuzu üç bölümde inceleyeceğiz.

Birinci Bölümde, Alacağın Temliki kavramı, tarihi gelişmesi, benzer kurumlardan farkı ve çeşitleri genel olarak ele alınacaktır.

İkinci Bölümde, Türk Borçlar Kanununa göre, alacağın temliki müessesesi, tarafları, nitelikleri, konusu ve kapsamı, amacı ve hükümleri açısından incelenecektir.

Üçüncü Bölümde, Irak Medeni Kanununa göre, havaletül hak müessesesi, tarafları, nitelikleri, şartları, konusu, kapsam ve hükümleri açısından incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALACAĞIN TEMLİKİ KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRMASI

Ş.1. ALACAĞIN TEMLİKİ KAVRAMI

Türk hukuk öğretisinde Alacağın Temliki Kurumunu ifade etmek için farklı kavramlar kullanmıştır. Biz çalışmamızda “Alacağın Temliki” kavramını kullanacağız. Çünkü bu kavram Türk hukukundaki söz konusu kurumu en iyi şekilde ifade etmektedir¹.

Alacağın Temliki Kurumu Türk Borçlar Kanununun genel hükümlere ilişkin birinci kısmının beşinci babında, “162 - 172” maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak TBK. Alacağın Temliki Kurumunu tarif etmemiştir.²

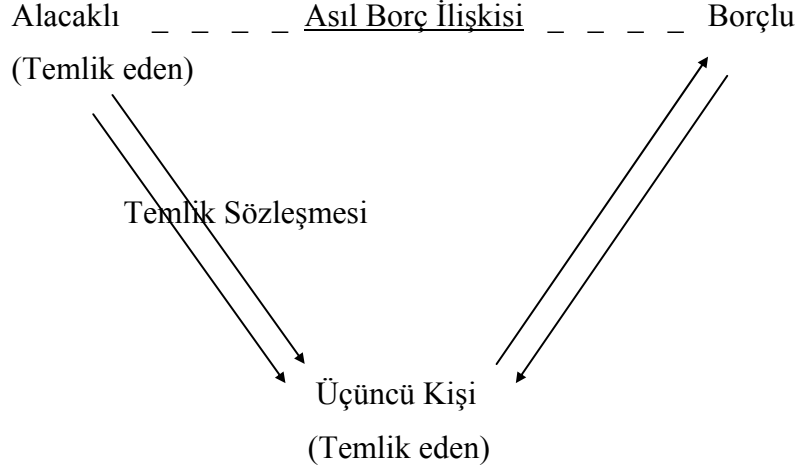
Öğretide Alacağın temliki “Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun muvafakatına gerek olmadan bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesi” olarak tanımlanmaktadır. Öğretideki tanımlar TBK. 162. maddesinde öngörülen unsurlara göre verilmiştir³.

¹ Baştuğ, Tunçomağ, Vemildedeoğlu, Özsunay gibi bazı yazarlar, Alacağın Temliki, tabiri yerine Alacağın Devri veya Alacağın Geçirilmesi tabirini kullanmaktadır.

² Aral, Fahrettin, “Topyekün Temlik”, A.Ü.H.F.D, Sa. 1 - 4 Ankara 1992 s. 98; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 7. Basım, Ankara 2001, s. 1212

³ ÖZSUNAY, Ergun, Borçlar Hukuku, 2 - B, İstanbul 1983, s. 183; BAŞTUĞ, İrfan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Şafak Basın ve Yayınevi, 1984, s. 1999; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku, 3 - B, Ankara, 1984 s. 381; VELİDEDEOĞLU, Hıfza Veldet / ÖZDEMİR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, s. 241; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1990, s. 86; ARAL, Fahrettin, a.g.m, s. 93; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, 1.c., 1992, s. 1698; TÖRÜNER, Av. Ekrem, “Takip Konusu Alacağın Temliki”, A.B.D., c. 50, sa. 4, s.605; NERAD, Hasan, Nerad, Borçlar Hukuku, 5-B, 1997, s. 27; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 891; Eren, Fikret, s. 1212; Dayınlarlı, Kemal, Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti, Ankara 2000, s. 19.

Alacağın Temliki kavramını genel hatlarıyla izah etmek üzere şöyle bir şema verebiliriz:



Öğretideki tüm hukuk yazarları alacağın temlikine verilen tanımlar bir sözleşmeden bahsetmektedir; oysa ve bu çalışmamızın ilerideki sayfalarında da üzerinde duracağımız üzere, Alacağın Temliki bir sözleşme bulunmasa da gerçekleşebilir. Ancak bu tür alacak temlik de iradi temlik değildir. Bu bir kazai veya kanuni temliktir. Gerçi, sözleşmeye dayanan “iradi” temlikle sonuç itibarıyla aynı ise de, kanuni ve kazai temlik bir gerçek temlik değildir. Çünkü temlik edenin iradesi söz konusu değildir. Kanuni ve kazai temlik, temlik edenin iradesi olmaksızın gerçekleşmektedir. Hatta bazı yazarlar, gerçek anlamda temliki (iradi temliki) kazai ve kanuni temlikten ayırt etmek için, kazai ve kanuni temlike, Alacağın kanun ve mahkeme yolu ile geçirilmesi veya devri adını vermektedir⁴.

Biz de aynı görüşe katılmaktayız. Böylece, öğretideki, Alacağın Temliki

⁴ Bkz. Kocaman, Arif B., Alacağın temlikinin benzer üçlü ilişkiler karşısındaki teorik sınırı sorunu 2-B. Attila kitabevi Ankara, 1992. 6 - 12.

Kurumunun, farklı şekilde algılanmasının önüne çıkılması sağlanabilir⁵.

Bir borç ilişkisinden doğan alacağı Temlik arzusunda olan bu alacağı üçüncü bir kişiye aktaran kimseye “temlik eden”, bu alacağı devralacak üçüncü kişiye de “temellük eden” denir. Söz konusu ilişkideki borçlu ise borçlu sıfatını devam ettirir. Çünkü borçlu tarafta herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Alacağın temliki kurumunun taraflarının bu şekilde tabir edilmesi, maksadı daha uygun açıklamaktadır.

Gerçi bu tabirler eski bulunmakta ve bu sebeple eleştirilmektedir. Ancak bazı yazarlara göre daha elverişli terimler bulunana kadar, bu terimlerden vazgeçmenin ‘hukuk tekniği’ açısından doğru bulunmamaktadır.”⁶.

Alacağın Temliki ile, alacak hakkı, hukuki işlemin neticesi olarak Temellük arzusunda olan ve alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden bağımsız olan birisine geçer. Böylece temellük arzusunda olan kimse daha önce, temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak bu hukuki işlemin neticesinde temellük eder; bunun üzerinde tasarruf etme yetkisi kazanır⁷.

Ancak burada açıklanması gereken bir diğer nokta daha vardır; o da, alacağı temellük eden, alacaklının mümessili değil, bizzat alacaklısı olur. Alacağın temliki borç ilişkisinin pozitif tarafına getirdiği değişiklikten başka, borç konusunu özellikle

⁵ Öğretide yazarlar “Alacağın Temliki Kurumunun” farklı, şekilde adlandırıyor; bazıları Alacağın Temliki tabirini kullanıyor: Eren, Fikret; Kılıçoğlu, Ahmet; İnan, Ali Naim; Franko, Nissim; Kocaman, Arif; Dayınlarlı, Kemal... vd., “Alacağın geçirilmesi veya geçirimi” giye tabir ediyor: Baştuğ, İrfan; Tunçomağ, Kenan; Velidedeoğlu, hıfzı Veldet / Özdemir, rafet... vd. bir diğer grup da “Alacağın devri” tabirini kullanmaktadır: Ergun, özensoy... vd.

⁶ Kocaman, Arif, s. 10.

⁷ Eren, s. 1212.

(varlık ve miktarını) hiçbir şekilde etkilemez⁸.

Alacağın temliki ile, alacaklı bir borç ilişkisinden doğan bir veya birden çok hak ve yükümlülükleri, üçüncü bir kişiye aktarmakta, üçüncü kişi de bu suretle alacaklı sıfatını kazanmakta ve eski alacaklının yerine geçmektedir.

Borçlu, alacağın temliki sözleşmesinin tarafı değildir. Ancak, borç ilişkisinde Borç ilişkisinin, “pasif edilgen” tarafıdır. Başka bir deyişle üçlü borç ilişkisinin bir tarafıdır. Bunun için temlik işlemine muvafakat etmesine gerek yoktur; hatta temlikin kendisine ihbar edilmesine de gerek yoktur⁹. “Ancak onun iyi niyet iddiasında bulunamaması açısından” ihbar gereklidir. Borçlu temlike, boyun eğmek zorundadır; temellük eden kişi hoşuna gitsin gitmesin, buna katlanmak zorundadır; seçimlik hakkı yoktur. Zira Alacaklının şahsi nitelikleri onun için önem taşımaz Borçlu alacaklısının hoşgörülü veya yumuşak olmasını isteyemez; bunun da altında Borçlunun, alacaklısının değişme olasılığının bilincinde olması gerektiği yatmaktadır¹⁰. Ancak borçlunun, alacaklının kötüniyetinden korunması adalet kurallarına daha uygun düşer. Temlik işlemi ile borçlunun durumu ağırlaştırılıyorsa, “özellikle, kısmi temliklerde” alacaklının alacağı kötü niyetle, borçlunun düşmanına temlik etmesi halinde olduğu gibi, borçlunun korunması fikri daha uygundur.

Son olarak, açıklanması gereken bir diğer husus da, alacağın temliki ve borç ilişkisinin devri aynı değildir. Bir borç ilişkisinden doğan münferit bir alacağın veya bu ilişkiden doğan alacakların tamamının temliki, o borç ilişkisinin devri anlamına gelmemektedir. Mesela bir satım sözleşmesinde borçlu ve alacaklı “hukuki durum”

⁸ İnan, s. 381; Velidedeoğlu, / Özdemir, s. 342; Karahasan, Reşit, s. 1681 - 1690; Aral Fahrettin, s. 5 - 6; Eren, s. 1212.

⁹ Tunçomağ, s. 1076, Baştuğ, s. 199; İnan, s. 381; 1213.

denilen sıfatlarını temlik etmemekteler, sadece bu sözleşmeden doğan bir veya birkaç alacağını temlik etmektedirler. Yine örneğin; bir ortak, diğerlerine sormaksızın ortaklık ilişkisinden doğmuş münferit alacaklarını bir başkasına devredebilecek, fakat ortak sıfatını bir başkasına devredebilmesi için diğer ortakların da rızasını almaya gerek duyacaktır. Çünkü bir borç ilişkisi bir veya birkaç alacak doğurmasının yanısıra alacak hakkından başka haklar da doğurabilmektedir. Örneğin bir borç ilişki sonucu; yenilik doğuran haklar, inşai haklar, defî ve itirazlar, fesih, ihbari fesih, iptal gibi haklar da doğabilir. Nitekim bu gibi haklar, borçlu razı olmadığı sürece temlik edilemez; veya bu hakların veya borç ilişkisinin devrine ilişkin her iki taraf arasında bu hakların devrini öngören bir anlaşma bulunmuyorsa temlik edilemez¹¹. Borç ilişkisinin bir bütün olarak temliki “sözleşmenin devrine” ilişkin özel bir hüküm olmadığı için, tarafların anlaşması yoluyla geçerli kılabilirler¹².

Ş.2. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TARİHİ GELİŞMESİ

I. ROMA HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ

Alacağın Temliki borç ilişkisinin pozitif yönünde bir değişiklik meydana getirdiği için, hukukçular tarafından önceleri benimsenmiyordu. Zira onlar alacaklı

¹⁰ Bkz. Kocaman, s. 11 - 12.

¹¹ Bkz. Tunçomağ, 1075; İnan, s. 382; Kocaman, s. 11; Franko, Nisim, “Alacağın Temliki”, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a armağan, c. 4, 1994 s. 177.

¹² Eren, s. 1213.

veya borçlunun değişmesiyle borç ilişkisinin sona ereceğini kabul etmekteydiler¹³.

Roma Hukukunun ilk döneminde, alacak hakkı tamamen alacaklı ile borçlunun şahsına bağlı bir hak olup mameleke dahil değildi. Borcunu ödemeyen kişi, alacaklısı için çalışmak zorunda kalırdı. Böylece, alacaklısına şahsıyla ve malıyla olmak üzere iki yönlü bir garanti sağlıyordu. Borcunu ödemeyen borçlu ayrıca sert cezalarla karşı karşıyaydı. Alacaklı borçlusunu satabilir veya öldürebilirdi. Bu sistemin uygulaması büyük haksızlıklara yol açtığı için zamanla yumuşadı. Borç konusu daha az fiziki nitelik taşımaya başladı. Bir şeye borçlu olmak, artık vücudunu rehin vermek değil, bu borcu namusu üzerine taahhüt etmektir. Bu dönemde borçların çoğu mirasçılara geçmezdi. Alacaklının veya borçlunun ölümü ile sona ererdi¹⁴.

A. Roma Hukukunda Borç İlişkisi Taraflarının Değişmezliğinin Nedenleri

a- Borç ilişkisinin kesin şahsi nitelikte olma sebebi

Roma hukukunda, borç ilişkisi, borçluyla alacaklı arasında edebi (ahlaki) bir bağdı. Alacaklının borçluya verdiği güvene dayalı bir ahlaki bağ veya ilişkiydi. Alacaklı kendi rızasıyla borçluya güvenmiş, borçlu da yükümlülüğünü yerine getirmeyi taahhüt etmiştir.

Borçlu, borcunu yerine getirmezse iki suç işlemiş olurdu. 1. Topluma karşı suç, 2. Alacaklıya karşı suç. Birincisi için, toplum tarafından “Nam-ı Kötü” cezasına

¹³ Önen, s. 86.

¹⁴ Dayınlarlı, s. 7-8.

çarpıtılırdı. İkincisi için, alacaklının intikamına maruz kalırdı. Böylece borç ilişkisinin değişebilir olması, bu cezaların da intikalini içermekteydi. Bu ise borç ilişkisinin ahlaki bir bağ olması sebebiyle imkansızdı.

b- Şekil sebebi

Roma hukukunda, mallar, toplumsal unsurlardan birisi sayıldığı için, bu malların kolaylıkla tedavülüne sıcak bakılmıyordu. Mali işlemlerin (muamelatın) istikrarını sağlayabilmek için, her mali işlemin bir tür şekle bağlanması öngörülmüştü.

Borç ilişkisi taraflarının (borçlu veya alacaklı) değişmesi için bir tür şekil uygulanması gerekliydi. Bu yolla da sadece borç ilişkisi tarafları değil, bu ilişki temelden değiştirilmekteydi. Örneğin Tecdit yoluyla borç ilişkisi temelden değişmekteydi¹⁵. Roma hukukunda borç ilişkisi tarafları bu ilişkinin esaslı unsurlarından sayılınca, borç ilişkisi zedelenmeden tarafların değişebileceği Romalılarca tasavvur bile edilemiyordu. Bu sert görüş uzun zaman sürdü. Ancak ticari ve medeni hayatın baskın koşulları sonucu bu yönde bazı kıpırdanmalar sözkonusu olmuştur.

İlk başta mirasçının şahsiyetinin, miras bırakanın şahsiyetinin bir devamı olarak farzedilmesiyle (Külli Halefiyet) yoluyla, borç ilişkisi taraflarının değişmesi sağlandı¹⁶ veya icra yoluyla satılan bir borçlu mamelekini toptan satın alma yoluna gidildi. Daha sonra, borç ilişkisi taraflarının değişebilmesi için iki farklı yol

¹⁵ Yahya, Abdül Vedüt, Havaletül Deyin Dirase Mukarene Fi el Şeria El İslamiye ve El Kanun El Almanı ve El Misri, Kahire,1960 s. 33-34.

¹⁶ Roma hukunun eski döneminde, çoğu borçlar mirasçılara geçmezdi, alacaklının veya borçlunun ölümü ile sona ererdi.

denenmiştir. Bu amaca aşağıda biz bu yolları incelemeye çalışacağız. Tecrit ve vekalet yoluyla ulaşılmaya çalışılmıştır.

B. Dolaylı Yollarla Alacağın Temliki

a- Tecdit Yolu ile Alacağın Temliki

Tecdit suretiyle borç ilişkisinin aktif yönünün değiştirilmesiyle alacağın temliki, pasif yönünün değiştirilmesiyle borcun nakli kurumunun sağladığı bazı sonuçlara ulaşılabildi. Ancak tecdit ile sadece taraflar değişmekte, borç ilişkisine bağlı olan şahsi ve aynı haklar diğer tarafa geçmektedir. Bunların da geçmesi için özel bir anlaşmanın bulunması gerekir. İkinci bir sakınca ise tecditte borçlunun da rızasına gerek vardı. Borçlu da bu rızayı para karşılığında veriyorsa, bu hal alacak kıymetini düşürürdü. Örneğin; Bir milyarlık bir mal bir milyar liraya satıldığı halde bir milyarlık bir alacak bir milyardan daha eksikliğine satılıyordu. Ayrıca tecdit, borcun konusunu da değiştirirdi¹⁷.

Diğer taraftan tecdit ancak stipulatio¹⁸ şeklinde yapıldığından, eğer eski borç hüsnüniyet aktinden doğmuş ise bu defa yenilenmeden sonra ancak dar hukuk davasıyla takip edilen borç haline geliyordu, bu da hüsnüniyet davasının verdiği imkanları kaybeden taraflar bakımından bazen önemli sakıncalar doğurabilirdi.

¹⁷ ARSEBÜK, esat, “Alacağın temliki ve borcun nakli”, A.Ü.H.F.D. s. 1- 2, C. XI, 1954 s. 4

¹⁸ Stipulatio: sözlü biçime uyruk, tek yanlı, dar hukuk davaları doğuran sözleşme, s. 3.

b- Vekalet Yolu İle Alacağın Temliki

Bu yolla alacaklı alacağını temlik etmek istediği kimseye kendi hesabına dava açmak yetkisi veriyordu. Başka bir deyişle vekil müvekkil adına dava açar kendi adına tahsil ederdi. Yani dolaylı da olsa alacağı temlik edebiliyordu. Tecdit yolunun getirdiği bazı sakıncalar, temellük eden çıkarına verilen, vekaletle telafi edilmiş oluyordu. Bu yolla alacağına bağlı teminatlar kendiliğinden düşmediği gibi, borçlunun rızasına da gerek yoktu. Buna karşı bu yolun da bazı sakıncaları vardı. Dava sonuçlanıncaya kadar, görüşme süresince alacaklı verdiği vekaletten dönebileceği gibi, o arada alacağı başkasına devretmesi veya borçlunun yaptığı ödemeyi kabul etmesi gibi ihtimaller de bahis konusu olabilirdi¹⁹. Bu durumlarda ise alacağı devralmış olan vekilin dava açmak imkan da ortadan kalkıyordu. Müvekkilin (alacaklının) vekaleti alabilme yetkisi JUSTINIAN hukukunda yumuşatıldı. Bu hukuka göre vekalet verenin ölmesi halinde vekil sıfatıyla alacağı devralmış olanın kendi namına actio utilis şeklinde dava açabileceği kabul edildi. Roma hukukunun son dönemlerinde, borçlunun kabulünü şart koşarak alacağın temliki kabul edildi.

¹⁹ RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul Üniversitesi yayınlarından, İstanbul 1982 s. 217 - 218. Ardoğan, İhsan, "Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri", Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Yayınları No. 100, Konya 1991 s. 480 - 481.

II. İSLAM HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ

İslam hukukunda “HAVALE”²⁰ kurumu, alacağın temliki, borcun nakli ve diğer başka kurumları kapsayan ve bu alanlarda özel halefiyete yol açan geniş bir kurumdur.

Bazı yazarlara göre İslam hukukundaki “HAVALE” kurumu bu günkü hukuk sistemlerinde borcun nakli kurumunu karşılamaktadır²¹. Ancak diğer bazı yazarlara göre İslam hukukundaki havale kurumu, bugünkü hukuk sisteminde birçok kurumu kapsar. HÂVİLA'nın (Annales de deroi commercial, adlı kitabında) İslam hukukundaki havale hakkında çok önemli bir görüşü vardır: Havila'ya göre “İslam hukukundaki havale o kadar esnektir ki, temsil, bağış, tahsil için vekalet, itimat açmak gibi kurumları da ifade etmektedir”²².

İslam hukukunda, özel halefiyet yolu ile, alacağın temliki ve borcun nakline yol açan PEYGAMBER'in bir hadisidir. Bu hadise şu şekildedir: “Zengin bir insanın borcunu ödememekte ısrar etmesi zulümdür; her hanginiz, ödeme gücü olan birine havale edildiği zaman bunu kabul etsin”. Bütün İslam hukukçularınca havalenin meşruiyetini bu hadis-i şerifle ortaya konmaktadır. Ancak muhalünaleyhin ödeme gücünün kuvvetli olup olmaması islam bilim adamları arasında tartışma konusudur²³.

Peygamber'in borç münasebetinin taraflarının değişebilir olduğuna dair meşhur

²⁰ Havale: Arapça “İhale ve tahvil” köklerinden isimdir. Sözlük bakımından bir yerden başka bir yere aktarma ve nakil anlamına gelir. Oysa Türk Hukukunda “havale” Çifte yetki veren bambaşka bir kurumdur.

²¹ Şahin, MUZAFFER, İslam Hukukunda Borcun Nakli, Ankara 1991 s. 9. SENHURİ, A. Abdülrazzak, Elvasit Filşerih El Kanun El Medeni el cedit 3. Cüz 1958 s. 422

²² Bkz. CAD, Hasan, (El Nazariye El Ama Fi El Kavanin el Medniye 2. cüz. Nazariyet El İltizam Fi Zatihi, Matbaat El Cezair, Bağdat, 1944) s. 97.

hadisinden sonra hicretin II - IV arasına kadar, islam hukukçuları havale konusunu şaşılacak bir incelikte işlemişler, yavaş yavaş bin bir tenakuz içinde, müşterek temelleri dini metnin bir cümlesinden ibaret olan ekseriye birbirini nakzeden havale teorileri doğmuştur²⁴.

Alacağın temlik kavramı İslam mezheplerinde farklı algılanmıştır. Hanefiler borçlunun rızasını alacağın temlikinin geçerliliği için şart koşmuşlardır. Gerekçeleri ise, her alacaklının alacağı talep hususunda borçlusuna karşı hareketi bir değildir. İnsanların borçlarını istemeleri, yumuşak ve sert olarak insandan insana değişir. Hanefilere göre alacak ancak borçlusunun kendisine temlik edilebilir. Alacağın başkasına intikali miras ve vasiyet yollarıyla olabilir. Bununla beraber Hanefiler Borcun nakli konusunda çizdikleri taksime göre (mükkayyet havaletül deyinde) dolaylı olarak sonuç itibariyle alacağın temlikine varmışlardır²⁵. Bazı mezhepler alacağın temlikini inkar etmesine rağmen MALİKİ mezhebi alacağın temlikini caiz kılmaktadır. Maliki mezhebi alacağın temlikini (Alacağın, satılması veya bağışlanması) diye adlandırmıştır²⁶. Kanaatimizce, Malikiler tarafından, alacağın temlikinin bu şekilde adlandırılması, bazı yazarlar tarafından, havaleye satım adının verilmesine neden oldu.

Bazı yazarlara göre “Havale, özel anlamda, şahsi hakların satımını ifade eder.

²³ Bkz. Şahin, MUZAFFER, age s. 10.

²⁴ CİN, Halil, “İslam Hukukunda Özellikle Hanefî Mezhebine göre Havale”, A.Ü.H.F. D. Sayı 1 - 4, 1971 s. 424.

²⁵ ZEYDAN, Abdülkerim, El Kefele Ve El Havale Fi El Fikih El Mukaren. Bağdat 1975, ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 2.b, İstiklal Matbaası ve Gazetecilik Ankara 1953 s. 1420.

²⁶ ELSHENURİ, s. 436.

Burada eğer borçlu değişirse, borcun nakli, ve eğer alacaklı değişirse alacağın temlikî meydana gelir²⁷.

A. İslam Hukukunda Havalenin Kurulması:

İslam Hukukunda Havale bellibaşlı 4 şekilde kurulmaktadır. Bunlar;

a- Üç tarafın rızasıyla kurulan havale

b- Muhalünleh ile muhalünaleyh arasındaki anlaşma ile kurulan havale

c- Muhil ile muhalünaleyh arasındaki anlaşma ile kurulan havale

d- Muhil ile muhalünleh arasındaki anlaşma ile kurulan havale'nin alacağın temlikî ile karşılaştırılması²⁸.

Hanefî mezhebînden etkilenmiş durumda bulunan Mecelle havalenin bu dört şekilde oluşumunu benimsemiştir. (Mecelle M. 680, 681, 682, 683). Mecelle alacağın temlikîni (682. Maddesinde) kabul etmiştir. Ancak Hanefî mezhebînde olduğu gibi borçlunun da rızasını şart koştur. Aynı zamanda mecelle 848. Maddesinde, alacağın hiba yolu ile temlikîni caiz kılmıştır²⁹.

İslam hukukunda, borcun naklini kabul edip alacağın temlikîni inkar eden yazarlar da bulunmaktadır. Ancak bu yazarlar büyük bir hata işlemişlerdir. Zira borcun nakli kurumunu caiz kılan yalnız peygamber, havale hakkındaki hadisinden Alacağın temlikî kurumu ise bu hadisin yanında külli halefiyet sebebiyle de mümkündür. Aynı zamanda, alacağın temlikî var olmadan borcun naklinin mümkün

²⁷ CAD, Hasan, s. 91.

²⁸ Şahin, Muzaffer s. 48 - 59.

olması mantık dışı bir şeydir ve mümkünatı yoktur. İslam hukukunda alacağın temliki külli halefiyetle temeli bulunup peygamberin havale hadisiyle desteklenip, normal bir şekilde gelişmiştir³⁰.

İslam Hukukunda borç ilişkisi taraflarına hakim fikir, tıpkı Alman sisteminde olduğu gibi maddi fikirdir.. Gerçi bazı yazarlar İslam mezheplerinden Hanefi mezhebinin alacağın temliki ve borcun nakli konusunda şahsi görüşün savunulduğunu söyler. Maliki ve diğer mezhepler borç ilişkisinin değişebilir olmasında maddi görüştedirler³¹. Hanefilerin bu konudaki tutumunun bu şekilde yorumlanmasının sebebi Hanefiler, daha yukarıda söylediğimiz gibi, alacağın temlikinin geçerli olabilmesi için borçlunun da rızasını aramaktadır. Borcun naklinde ise eski borçlunun temeli olarak borçtan kurtulmadığını savunur. Hanefi doktrininde havale kurumu kefalet kurumundan sonra ele alınır. Bu nedenlerden dolayı bazı yazarlar Hanefi mezhebindeki havaleyi, borcun nakli değil, çevrilmiş bir nevi vekalettir diye yorumlarlar.

B- Borç İlişkisi Tarflarının Değişmesi Konusunda Roma ve İslam Hukukları Arasındaki Farklılıklar :

Borç münasebeti taraflarının değişmesi (Alacağın temliki Borcun nakli) konusunda Roma hukukunda şahsi görüş hakim iken İslam hukukunda maddi görüş hakimdir. Medeni ve ticari hayatın koşulları altında yumuşak Roma Hukuku ve külli halefiyet yolu ile bir çıkış yolu arayan Roma hukuku yine de bu şahsi görüşün

²⁹ Haydar, Ali, durerul Hüküm şerih Mecelletül Ahkam 2. Cilt, Osmanlıca, 3.b s. 169.

etkisinden kurtulamamıştır³². Roma hukukunda alacağın temlikine öncü olan külli halefiyete (miras yoluyla temlik), mirasçının şahsiyetini miras bırakanın şahsiyetinin devamı diye varsayarak varıldı. Oysa İslam hukukunda, borç ilişkisi şahsi nitelikte değil, malvarlığına yüklenen bir sıfat olarak görülmüştür. Miras bırakanın mal varlığı (tereke) borçlu ise, bu borç ödenince ancak mirasçılara intikal eder. Ayrıca mirasçılar miras bırakanın borcundan sorumlu değildir. Dolayısıyla İslam hukukunda ancak alacak (hak), külli halefiyet yolu ile intikal eder, borç değil. Böylece İslam hukukunda borcun nakli külli halefiyet yolu ile değil havale yolu ile gerçekleşebilir³³.

C - İslam Hukukunun Batı Ülkeler Hukukuna Etkisi:

İslam Hukukunda Hicri ikinci asrın başlarından itibaren İslam hukukçuları tarafından bu konuda yasal sisteme benzeyen bir takım düzenlemeler ortaya koyulmuştur³⁴. Avrupada ise borç ilişkisinin taraflarının değişebilir olması ilk defa 19. asrın ortalarında ortaya çıkmış ve Avrupa hukuk sisteminde bir devrim sayılmıştır³⁵.

İslam hukukçularının üçlü borç ilişkileri, borç ilişkileri taraflarının değişebilir olması görüşü Avrupa hukuk sistemini etkilemiştir. Bu ENDÜLÜS Müslümanları ve haçlı seferleri sırasında İtalya yarım adası üzerinden Avrupa'ya intikaliyle

³⁰ Bkz. EL SENHUR; 3. Cüz, s. 421.

³¹ CAd. Hasan, s. 98.

³² Bkz. CİN, Halil s. 41.

³³ ELSENHURİ, Abdülrazak, Ahmet, s. 414.

³⁴ ŞAHİN, Muzaffer s. 18.

³⁵ Bkz. El Hakim Abdülmecit, Elücez Fi şerih El Kanun El medeni El Irak'i. 2. Cüz, Ahkam El iltizam maa Elmukarene bil fıkıh El İslami 2.b. Bağdat 1967 s. 289. ŞAHİN, Muzaffer, s. 16.

gerçekleşmiştir. Hatta Fransa’da poliçe kurumunu ifade eden ve “Havale”den aynen alınmış bulunan “Aval” kelimesi günümüze kadar kullanıla gelmiştir³⁶.

III. FRANSIZ HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLIKI

Roma Hukukunun etkisi altında kalan Fransız Hukukunun borç ilişkisine bakışı Roma hukukunda olduğu gibi şahsi niteliktedir. Fransız Hukukunda alacağın temlik kurumunu, borçlunun kabulü veya bildirmesini şart koşarak kabul ettiği halde, borcun naklini bu güne kadar kabul etmemiştir. Bu ihtiyaç Fransa’da tecdit yoluyla temin edilmektedir³⁷.

Fransız hukukunda alacağın temlikinin kabulü ve borcun naklinin kabul olunmaması, hukuk yazarları tarafından eleştirilmektedir³⁸.

Fransa’da alacağın temlik kurumu önceleri çevrilmiş vekalet yoluyla sağlanırdı. Bu yolun içerdiği mahzurlardan dolayı zamanla terkedilmiş ve alacağın temlik bağımsız bir müessese olarak Code Civil’in VI. başlığı altında, satımın özel bir şekli olarak düzenlenmiştir. (Code Civil Francais m. 1689 vd). Ancak bu şekilde düzenlenmesi bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre göre, alacağın temlikinin Fransız Medeni Kanununda satım akdine özgü hükümler arasında yer alması isabetli olmamıştır. Çünkü alacağın temlikini caiz kılan sebep sadece satış değil, trampa bağış, rehin... de olabilir. Burada önemli olan temlikin geçerli bir sebebe bağlı olarak yapılmasıdır³⁹.

³⁶ ELHAKİM, Abdülmecik s. 282. ŞAHİN, Muzaffer s. 21.

³⁷ ŞAHİN, Muzaffer, s. 17.

³⁸ CAD, Hasan age s. 86 - 87.

³⁹ Dayınlarlı, s. 18.

IV. ALMAN HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ

Eski Alman adetleri gereği borç ilişkisine bakış şahsi nitelikteydi. Ancak Alman hukukunda borç ilişkisinin temelini oluşturan şahsi görüş diğerlerinden daha erken değişti ve böylece Alman Hukuku (Nexum⁴⁰) dan yani eski sert borç kurallarından çok erken kurtuldu.

Bu eski kurallar yumuşayınca, alacaklının hakkı borçlunun şahsından daha fazla malının üzerine odaklanmaya başladı. Hukuk öğretisine göre, alacağın temlik ve borcun nakli, Almanya'da daha orta çağlarda, kendini bir hukuki muamele olarak ortaya koymuştur. Bu uygulama, Roma hukukunun, Almanya'ya girmesinden sonra da devamını sürdürmüştür.

15. asrın sonunda, Roma hukuku Almanya'ya girince Roma hukukuyla, yerleşen gelenekler arasında, büyük bir ihtilaf ve çelişki yaşandı. Bu çelişki de ilk başta malvarlığının satılması konusunda ortaya çıktı. Roma hukukuna göre bir mal varlığını satın alan müşteri, malvarlığının yüklü borçlarının tesviyesini satıcıya karşı taahhüt etmişse, bu taahhüt sadece sözleşme taraflarını etkilerdi. Alacaklılar satıcıyı borçlu olarak kabul etmeye devam ederler. Ancak yerleşmiş Alman yargı kararlarında, yaygın adetler etkiliydi ve Roma hukukuna karşı bu adetler benimsenmiştir. Alman geleneklerinde ise yukarıdaki misalde olan alacaklıların müktesibe karşı dava açma hakları vardı; aynı zamanda ibra etmedikleri sürece satıcıya karşı hakları vardı.

Böylece Almanya’da Borcun nakli ve Alacağın temliki kurumu düzenlenmeden önce, uygulamada varlığını kanıtlamıştır. 1803’te DELBROK’un teorisi Alman kanun koyucusunu (alacağın temliki ve borcun nakli)’ni düzenlemeye sevk etmiştir⁴¹.

Ş.3. ALACAĞIN TEMLİKİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. ALACAĞIN TEMLİKİNİN BORCUN NAKLİNDEN FARKI⁴²

Türk Borçlar Kanununun umumi hükümlere ilişkin I. kısmının sonunda 5. babda, Alacağın Temliki ve Borcun Nakli yan yana düzenlenmiştir; Alacağın Temliki 162 - 172. maddeleri arası, borcun nakli ise, 173 - 181 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Alacağın temliki ve borcun nakli arasındaki farklılıkları üç noktada özetleyebiliriz:

A. Taraflar Bakımından:

Alacağın temliki borç ilişkisinin aktif (alacaklı) yönünden bir değişiklik meydana getirir. Zira alacağın temliki, alacaklı ile “daha sonra alacaklı pozisyonuna geçen” borç ilişkisinden yabancı olan üçüncü bir kişi arasında yapılan bir sözleşmeyle gerçekleşir. Sözleşme gereği bu üçüncü kişi alacaklının yerine geçer.

Borcun naklinde ise, borç ilişkisinin pasif yönünde bir değişiklik söz

⁴⁰ Nexum: Bir çeşit ödünç olup, borçlunun kendisini, sanki rehinmişçesine alacaklısına teslim etmesidir.

⁴¹ Yahya, Abdülvedüt, s. 42 - 44.

⁴² Borcun Nakli Müessesesini Irak Hukukunda Havaletül Deyin Müessesesi karşılar.

konusudur; bu özelliğiyle alacağın temlikinin tam karşısını oluşturur⁴³. Alacağın temlikinde, borç ilişkisine katılan taraf, yeni bir alacaklıdır; borcun naklinde veya yüklenilmesinde ise yeni bir borçludur; böylece alacağın temlikinde borçlunun rızasına gerek yoktur, borcun naklinde ise, borçlunun ödeme kabiliyeti önemli olduğu için alacaklının rızası olması şarttır.⁴⁴ Dolayısıyla borcun nakli alacaklı ile yeni borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşir.

B. Şekil Bakımından

a. Alacağın temlikinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması şarttır (TBK . 163/1)

Temlik işleminin geçerliliği için öngörülen bu yazılı şekil, sadece sözleşmeye dayanan “iradi temlik” için gereklidir. Alacağın diğer iki çeşit temlikinde yazılı şekil gerekmez. Zira kazai temlik mahkeme kararıyla kanuni temlik ise kanun hükmün dolayısıyla gerçekleşmektedir.

Alacağın temliki vaadinde bulunmak TBK m. 163’e göre hiçbir şekle tabi değildir Ancak alacağın temlikinin hukuki sebebini oluşturan bir bağışlama vaadi ise, bunun geçerli olması için TBK. 238. maddesinin ikinci fıkrasına göre yazılı şekilde yapılması gerekir⁴⁵. Aynı zamanda temlik vaadi şekle bağlı bir sözleşmenin hükmü (kayı) olarak yapılmışsa, bu sözleşmenin şekline uyulmaması halinde geçersizdir.

⁴³ Eren, s. 1231.

⁴⁴ Bkz. KOCAMAN, Arif, s. 18 - 21; REİSOĞLU, SAFA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 14-B, Beta, İstanbul 2000, s. 384.

⁴⁵ OĞUZMAN, M. Kemal / Öz, Turgut s. 897.

b. Borcun Naklinde Şekil

aa. Borcun iç yüklenilmesinde:

Türk Borçlar Kanununun 173. maddesinde düzenlenen bu çeşit borcun yüklenilmesinde, gerçek anlamda bir borcu yüklenen üçüncü kişi, borçluya onu borçtan kurtarma vaadinde bulunmaktadır⁴⁶.

İç borçlanma sözleşmesinin geçerliliği, özel bir şekle tabi değildir. Taraflar arzu ettikleri şekilde yapabilirler; hatta borcu doğuran sözleşme, özel bir şekle tabi olsa bile durum değişmez.

bb. Borcun dış yüklenilmesinde⁴⁷:

Türk Borçlar kanununun 174. maddesinde düzenlenen borcun dış yüklenilmesi, borcun iç yüklenilmesi aksine, gerçek anlamda bir borç yüklenilmesidir. Çünkü ancak bu tür yüklenmede borcun, borçlu tarafı değişir⁴⁸. Şekil bakımından burada da TBK 174. maddesinde hiçbir özel şekil öngürülmemiştir. Taraflar sözleşmeyi diledikleri şekilde, sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapabilirler.

⁴⁶ Borcun iç yüklenmesi, borçlu ile borç yüklenecek bir üçüncü kişi arasında bir sözleşmedir.

⁴⁷ Borcun dış yüklenilmesi niteliği itibarıyla, bir sözleşmedir. Bu sözleşme alacaklı ile borcu yüklenen kişi arasında yapılır.

⁴⁸ Eren, Fikren, s. 1236.

cc. Bir malvarlığının veya işletmenin devri yoluyla borcun nakli

Bir malvarlığı veya işletmenin devri yoluyla borcun nakli (yüklenilmesi)⁴⁹ TBK. 179. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede bu tür borcun yüklenilmesi için hiçbir şekil öngörülmemiştir. Ancak bu tür borcun yüklenilmesi bir tasarruf işlemi değil, borçlandırıcı bir işlemdir.

dd. Bir işletmenin diğeriyle birleşmesi veya şeklini değiştirmesi sebebiyle borcun nakli:

Bu çeşit borcun nakli TBK. 180. maddesinde düzenlenmiştir. Bir malvarlığının devrinde uygulanan kriterler burada da uygulanır; bu tür borcun nakli için hiçbir özel şekil öngörülmüş değildir⁵⁰.

C. Konu Bakımından

Alacağın temlikinin konusu bir alacak hakkı; borcun nakli veya yüklenilmesinin konusu ise bir borçtur.

Temlik konusu alacak mevcut bir alacak olabileceği gibi şarta veya süreye bağlı, çekişmeli ya da müstakbel bir alacak da olabilir. Alacakların toptan “topyekün temlik” de mümkündür⁵¹.

Yüklenilen borç, henüz muaccel olmayan bir borç alabileceği gibi, ileride doğacak (gelecek, müstakbel) belirli veya belirlenebilir bir borç ve hatta şarta bağlı bir borç da olabilir. Ancak eksik bir borcun, mesela zamanaşımına uğramış bir

⁴⁹ Burada üçüncü bir kişi, bir malvarlığını veya ticari işletmenin bunun sahibiyle anlaşarak aktif ve pasifiyle birlikte üzerine almakta yüklenmektedir.

⁵⁰ Eren, Fikret, s. 1241.

borcun yüklenilmesi mümkün değildir⁵².

II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE SÖZLEŞMEDEN

FARKI:⁵³

A. Kanuni Düzenleme Bakımından:

Her iki kurum “alacağın temlik ve üçüncü kişi lehine sözleşme” Türk Borçlar Kanununun genel hükümler bölümünde düzenlenmiştir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme TBK.’nun 111. maddesinde düzenlenmiştir. Üçüncü kişi lehine sözleşmenin TBK.’nun genel hükümler bölümünde yer almasının nedeni, üçüncü kişi yararına sözleşmenin niteliği itibarıyla, sözleşmenin tarafları dışında bir kişiye bir edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumların tümünü içeren genel bir kavram olmasıdır. Başka bir deyişle, bu tür sözleşme kavramı, satım sözleşmesi kira sözleşmesi vb. bağımsız bir sözleşme tipini ifade etmez⁵⁴.

B. Tarafları Bakımından

Alacağın Temlikinin tarafları, temlik eden, temellük eden ve borçlu iken; üçüncü kişi yararına sözleşmenin tarafları, lehdar üçüncü kişi, vaat ettiren ve vaadedendir.

⁵¹ Ayrıntılar için Bkz. ARAL, Fahrettin, s. 93-135; DAYINLARLI, Kemal, Gelecekte Elde Edilecek Alacakların Toptan Temlik, Çeviri, Yargıtay Dergisi, C. 16, Sa. 4, 1990, s. 591-595.

⁵² Eren, Fikret, s. 1233.

⁵³ Üçüncü kişi lehine Sözleşme Müessesesini Irak Hukukunda Eliştirat Li Maslahatil Gayir Müessesesi Karşılar.

a. Vaadettiren / Temlik Eden

Temlik eden, alacağın temlikinde, temlik edilen alacağa mahsus borç ilişkisinden çıkmakta ve yerine Tümelük eden girmektedir. Dolayısıyla temellük eden sadece alacak hakkını borçludan talep edebilir⁵⁵.

Alacağın Temlikinde, temlik sözleşmesinin hemen ardından borçlunun rızasına gerek duyulmadan alacak temellük edene geçer. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren, borçlunun, üçüncü kişi tarafından bildirilmesine kadar, alacak hakkı üzerinde tam yetkiye sahiptir⁵⁶.

b. Üçüncü Şahıs / Temellük Eden

Alacağın temlikinde, temellük eden bir taraftır. Bunun için tasarruf ehliyetine sahip birisinin iradesi söz konusudur. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi sözleşmede taraf olmadığı için, iradesi söz konusu değildir. Dolayısıyla lehdarın ehliyetsizliği veya irade sakatlığı, bu sözleşmeyi etkilemez⁵⁷.

c. Vaadeden / Borçlu

Alacağın temlikinde borçlu, pasif ettiren bir pozisyonda bulunduğu için iradesi söz konusu değildir. Bunun için kanun koyucu, borçlunun durumunu ağırlaştırmama koşulunu koymuştur ve borçluya TBK. m. 167. II ve m. 169.II'da koruyucu hükümler getirmiştir.

Üçüncü kişi lehine sözleşmede, vaadeden sözleşmenin bir tarafıdır ve iradesi

⁵⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 798.

⁵⁵ KOCAMAN, s. 103; EREN s. 1137.

⁵⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 805; Eren, s. 1137.

⁵⁷ OĞUZMAN / ÖZ s. 800.

söz konusudur. Başka bir deyişle, vaadedenin iradesi lehdar üçüncü şahsın kazandığı hakkın kaynağıdır⁵⁸.

C. Çeşitleri Bakımından:

Yukarıda da değindiğimize göre alacağın temlikinin üç çeşidi vardır; kazai temlik, kanuni temlik ve sözleşmeye dayanan “iradi” temlik.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin iki türü vardır.

aa. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme:

Bu gibi sözleşmede lehdar üçüncü kişi, alacağını, borçludan talep etme hakkına sahip değildir. Onu ancak vaadettiren talep edebilir.

bb. Tam üçüncü kişi lehine sözleşme:

Bu gibi sözleşmede, lehdar üçüncü kişi, alacağını, borçludan talep hakkına sahiptir. Lehdarın bu talebi vaadettirenin alacak üzerindeki tasarruf hakkı sınırlandırması bakımından etkilidir⁵⁹. Alacağın temliki ve üçüncü kişi lehine sözleşme arasında bazı ortak noktalar bulunuyorsa, bu benzerlik ancak, alacağın temliki ve tam üçüncü kişi lehine sözleşme arasında olabilir. Eksik üçüncü kişi lehine sözleşmede, lehdarın talep hakkı bulunmadığı için, alacağın temlikinden çok uzak bir kavramdır.

⁵⁸ Kocaman, s. 103.

⁵⁹ Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 802 - 808; EREN, s. 1132 - 1140.

D. Şekil Bakımından:

Türk Borçlar Kanununun 163 - II. maddesinde alacağın temlikinin geçerliliği için, yazılı şekilde yapılması öngörülmüş, buna karşılık üçüncü kişi lehine sözleşmeye özgü bir şekil kanunda öngörülmüş değildir.

Üçüncü kişi lehine sözleşmenin ayrı bir sözleşme tipi oluşturmamasının önemli bir sonucu, kendine özgü geçerlilik şekline tabi olmamasıdır. Üçüncü kişi lehine konan kayıt, bunu içeren sözleşmeye ilişkin şekil şartına bağlı olacak; eğer bu sözleşme herhangi bir şekle bağlı değilse, şekilsiz olarak yapılması geçerliliğini etkilemeyecektir.

III. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HAVALEDEN FARKI

Bu başlık altında, alacağın temliki ile havaleyi karşılaştırırken havaleyi borçlar hukuku açısından ele alıp inceleyeceğiz.

A. Kavram Bakımından

Türk Borçlar Hukuku vekalet teorisi İSVİÇRE Borçlar Kanununun etkisinde kaldığı için, 457. maddesinde havalenin bir akit olduğundan bahsetmektedir. 457. maddesinde “Havale bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilvevale...”⁶⁰ denmektedir. Oysa doktrinde havalenin akdi nitelikte olduğu kabul edilmemektedir. Doktrinde,

⁶⁰ Ayrıntılar için Bkz. ÖZKAN, Cumhuriyet, “Havale ilişkisinin borçlar hukuku açısından incelenmesi ve kıymetli evrak hukukundaki görünüşü” İTHFM, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975; Kocaman, s. 85; KOCAMAN, Arif, Türk Borçlar Hukukunda Havale, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2001, s. 15

havale, bir çifte yetki bahşeden “veren”bir işlemdir⁶¹. Havalenin bir sözleşme olup olmaması, alacağın temliki açısından önemlidir⁶². Çünkü alacağın temliki bir sözleşmedir⁶³.

Alacağın temlikinin illi veya soyut nitelikte olduğu doktrinde tartışmalıdır, oysa⁶⁴, borçlar hukukundaki havale mücerret soyut bir müessesedir⁶⁵.

Irak hukukunda havale⁶⁶ kurumunun ne anlama geldiğini kısaca belirtmek gerekirse yürürlükte olan Irak Ticaret kanununun 39, 40, 41vd. maddelerinde havaleden bahsedilmektedir. Şunlar göze çarpmaktadır: Irak hukukunda havale bir kıymetli evrak olarak görülmekte⁶⁷. aynı zamanda diğer kıymetli evrakların örneğin, “çek, kambiyo” gibi kıymetli evrakların temelinde de havale yatmaktadır⁶⁸.

B. Kanuni Düzenleme Bakımından:

Havale borçlar hukuku ile ticaret hukuku arasındaki sınırdaki yer alan ve çok tartışmalı bir hukuk kurumu olmasına rağmen, havale ilişkisi Türk borçlar kanununun 18. babını teşkil eden ayırmda ve 457 - 462’nci maddeler arasında

⁶¹ ÖZKAN, s. 267; Eren, s. 1137; KOCAMAN “TBH Havale” s. 15.

⁶² KOCAMAN “Alacağın Temlikinin Benzer...” s. 87.

⁶³ Alacağın temliki kavramı bakımından yukarıdaki sayfalarda ayrıntılı olarak incelendiğimiz için tekrarlamadan oraya atıfta bulunuyoruz.

⁶⁴ V. Tuhr’un görüşü etkisinde kalan “klasik görüş” Yazarlar, Alacağın temlikinin, soyut “mücerret” nitelikte olduğunu savunmaktalar. Modern görüşte ise alacağın temliki illi niteliktedir.

⁶⁵ ÖZAKMAN, s. 57.

⁶⁶ Irak hukukunda, havalenin yanında aynı havale kurumunu ifade eden “suftece” kelimesi kullanılmaktadır. Suftece, Arapçalaştırılmış, Farsçadan gelen bir kelimedir.

⁶⁷ Sam, Fevzi Mehmet / Elşemma, Faik Mahmut, Elkanun El ticari el erak el ticariye, Bağdat, 1992 s. 25.

⁶⁸ Irak Ticaret Kanununun 39. Maddesinde havalenin şekle bağlı bir kıymetli evrak niteliğinde olduğundan bahsetmektedir. Her iradi tasarruf işlemleri gibi havalenin bazı şartları vardır. “icap ve kabulün vuku bulması, mahel veya konusunun meşru olması ve uygun bir sebebin bulunması gerekir” Irak’ta havalenin bir kıymetli evrak diye tedavül edebilmesi için belli bir şekilde yapılması gerekir. “yazılı şekilde olması, metinde havale veya suftece kelimesinin geçmesi ve gönderenin “el sahibin” imzasının bulunması” gerekir. Bugün uygulamada, havale için cek misali basılmış özel forumlar bulunmaktadır.

düzenlenmiştir⁶⁹.

Alacağın temlikine kanuni düzenleme bakımından daha önce değindiğimiz için tekrarlamaya gerek görmüyoruz.

C. Konu Bakımından

Havale vasıtalı bir ödeme aracı olduğu için iktisadi öneme sahiptir. Muhil “havaleci”, nakdi ödemeyi havale vasıtasıyla bir üçüncü kişi tarafından yaptırabilir⁷⁰.

Havalenin konusu bir miktar para, kıymetli evrak veya sair misli şeylerdir⁷¹.

Alacağın temlikinde ise: her türlü alacak, alacağın temlikine konu olabilir. Yeter ki, kanun hükmüyle, alacağın niteliği veya taraflar arasındaki sözleşmeyle yasaklanmış olmasın.

D. Taraflar Bakımından

Biz de Türk doktrininde hakim görüşe “havalenin çifte yetki veren bir müessese olduğu” katılıyoruz. Ancak kanımızca tarafların “kabza yetkili, ödemeye yetkili ve yetki veren” diye adlandırılması doktrinde verilen tanıma daha uygun düşer⁷².

Aşağıda havale taraflarını alacağın temliki tarafları ile karşılaştıracacağız.

⁶⁹ KOCAMAN “TBH havale” s.1, ÖAKMAN, Cumhuriyet, s. 261.

⁷⁰ ÖZAKMAN, a g m, s. 256 - 257.

⁷¹ ÖZAKMAN, a g m s. 264; Irak Hukukunda Havale bir kıymetli evrak olduğu için, havale konusu sadece bir miktar para olabilir.

⁷² Türk Borçlar kanununun 457. maddesinde havale taraflara “muhil, muhalünleh, muhahünaleyh” diye adlandırılmaktadır. KOCAMAN ise “havale eden, havale edilen, havaleci” diye adlandırıyor; eren “havale eden, havale edilen, havale alıcısı” diye; ÖZAKMAN “havale gönderen, havale gönderilen, kendisine gönderilen” diye adlandırıyor.

a. Kabza Yetkili / Temellük Eden

Havalede kabz yetkilisine “havale alıcısına” hiçbir alacak hakkı devredilememektedir. Hatta borç üstüne havalede, yetki veren “havale eden” ödemeye yetkili “havale edilenin” karşısında talep hakkına sahiptir⁷³. Kabza yetkili sadece bir yetkiye sahiptir. Oysa alacağın temlikinde alacağı temellük eden bir alacak hakkına sahiptir; alacağın temliki sözleşmesinin ardından, alacaklı pozisyonuna geçer. Alacağın temliki ile birlikte, alacaklı, alacaklı fonksiyonunu yitirir.

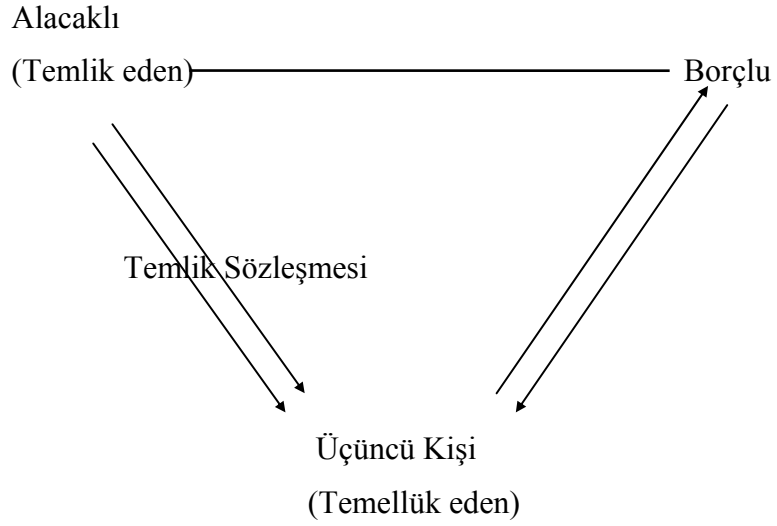
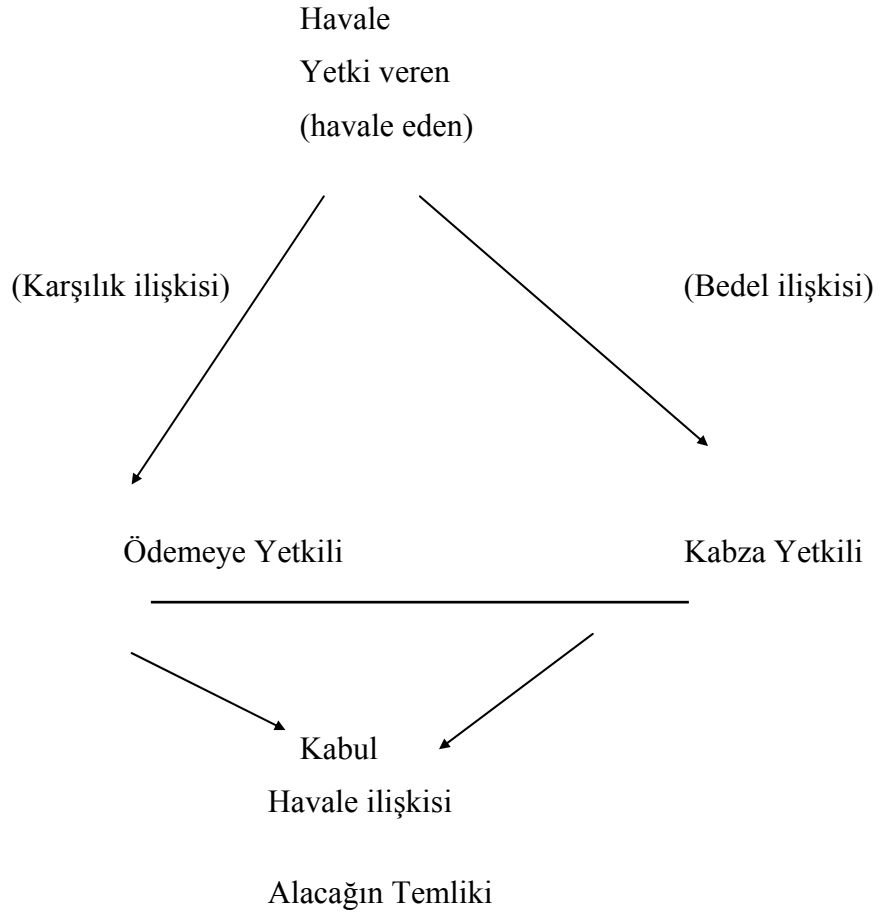
b. Ödemeye Yetkili / Borçlu

Havalede ödemeye yetkili “havale edilen” taraf hiçbir edimde bulunma mecburiyetinde değildir. Sadece edimde bulunmaya yetkilidir. Oysa alacağın temlikinde borçlu temellük edene ödemede bulunmak mecburiyetindedir. Bundan dolayı sorumludur.

c. Yetki Veren / Temlik Eden

Havalede yetki veren “havale eden” çifte yetki bahsinde “vermesinde” bulunmaktadır. Kabza yetkili veya ödemeye yetkili önünde hiçbir sorumluluğu yoktur. Oysa, alacağın temlikinde temlik eden alacağın temlik esnasında alacağın varolmasından sorumludur. Hatta taraflar anlaşarak bu sorumluluğu daha da şiddetlendirebilirler.

⁷³ KOCAMAN, “TBH, havale” s. 20.



E. Şekil Bakımından

Havale için hiçbir şekil öngörülmuş değildir. Taraflar havaleyi diledikleri şekilde yapabilirler⁷⁴. Uygulamada yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir; ancak bunun yazılı olması ilişkiye kıymetli evrak vasfını kazandıramaz. Aynı zamanda havalenin kabulü de hiçbir şekle bağlı değildir⁷⁵.

Alacağın Temlikinin geçerli olması için TBK. 163.1. maddesinde yazılı şekil öngörülmüştür.

IV. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TEMSİLDEN FARKI⁷⁶

A. Kavram Bakımından

Türk Borçlar Kanununda, temsil 32'nci madde ile 40'ıncı madde arası düzenlenmiştir. Ancak temsil müessesesi TBK. tarafından tanımlanmamıştır. Doktrinde ise temsile farklı tanımlar verilmektedir. Bu farklılığın sebebi bazı yazarların temsil kavramını sadece temsil yetkisi olarak kabul etmektedir; diğerleri ise temsil yoluyla işlem yapmayı temsil olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁷. Oysa temsil, temsil yetkisi, bu yetkinin verilmesi ve yetkiye dayanarak işlemin yapılmasını ifade eder⁷⁸. AKYİĞİT, temsile kapsamlı bir tanım vermiştir “Bir kişinin sahip olduğu yetkiye dayanarak başkası adı ve hesabına veya kendi adına ama başkası hesabına hareketle hukuki işlem yapmasına imkan veren bir

⁷⁴ ÖZKAN, s. 262 - 281.

⁷⁵ KOCAMAN, (TBH, havave) s. 61.

⁷⁶ Temsil Müessesesini Irak Hukukunda elniyabe Fi Elteakut müessesesi karşılar.

⁷⁷ Bkz. MACUNCU, Muhsin “Türk Hukukunda Temsil” Türkiye Noterler Birliği Hukuk dergisi sayı 65, 1990 s. 24; OĞUZMAN / ÖZ s. 393.

⁷⁸ Ayrıntılar için bkz. AKYİĞİT, Ercan “Temsil Yetkisinin verilmesi ve Temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki bağlantı” İstanbul Barosu dergisi, 1990.

müessesedir". Temsil konusunda öğretilerdeki görüşler farklı olmasına rağmen bütün yazarlar bir yetkiden bahsetmektedirler. Bu da alacağın temlik ile temsil arasındaki farklılıkları ortaya koymak açısından büyük önem taşımaktadır. Çünkü alacağın temlik ile temsilden farklı olarak sadece bir yetkiden ibaret değildir. Alacağın temlik bir sözleşmedir.

B. Taraflar Bakımından:

Alacağın temlikinin tarafları, temlik eden, temellük eden ve borçludur. Temsilin ise mümessil (temsilci), temsil olunan bir de kendisiyle işlem yapılacak üçüncü kişilerdir. Bu üçüncü kişilerin konumu hukuki işleme göre borçlu alacaklı olarak değişir.

Alacağın temlik bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için, tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Oysa temsilde mesele farklıdır.

Temsil olunanın bazı hukuki işlemler dışında fiil ehliyetine sahip olması gerekir⁷⁹. Çünkü temsil yetki verme işlemi de kapsadığı için, yetki veren tam ehliyetli olmalıdır⁸⁰.

Mümessile gelince, mümessilin ehliyeti konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur⁸¹. (Türk Borçlar Kanununda) aynı zamanda öğretilerdeki baskın görüş mümessilin sade temyiz kudretine sahip olmasını şart koşarken⁸², bazı yazarlar

⁷⁹ Bazı hallerde, temsil olunanın, temsil yetkisi verdiği hukuki işlem kendisi için borç doğuran bir nitelik taşııyorsa (bağışlamayı kabul etmek) işleminde olduğu gibi, yalnızca temyiz kudretine sahip olması yeterlidir. (MK. 16 m)

⁸⁰ AKYİĞİT, s. 49; Reisoğlu, s. 119, OĞUZMAN / ÖZ s. 180; EREN, s. 407

⁸¹ AKYİĞİT, s. 413.

⁸² OĞUZMAN / ÖZ s. 179; Reisoğlu, s. 118; EREN s. 407.

müessilin tam ehliyetli olmasını şart koşmaktadır⁸³. Yukarıda incelenen ehliyet konusu sadece iradi temsile ilişkindir. Kanuna dayalı temsilde her hangi bir iradeden bahsetmek söz konusu olmadığı için ehliyetin tartışılmasına gerek yoktur.

C. Çeşitleri Bakımından

Temsil yetkisinin kaynağı bakımından alacağın temlikinde olduğu gibi iradi temsil, kanuni temsil ve kazai temsil olmak üzere üç çeşidi bulunmaktadır.

a. Temsil, Kaynak Bakımından Üçe Ayrılmaktadır:

aa. İradi Temsil:

Bu tür temsilin kaynağı, iradi işlemdir (TBK. m. 32-39) Bu gibi temsilde yetki veren temsil olunanın iradesi söz konusudur. Yani iradi temsil temsil olunanın iradesine dayanmaktadır.

bb. Kanuni Temsil:

Bu tür temsil, temsil olunanın iradesine değil kanuna dayanmaktadır. Bu gibi temsil doğrudan doğruya kendiliğinden doğar. Örneğin, vekalet.

cc. Kazai Temsil:

Yine burada da temsil, kaynağını kanundan almaktadır. Ancak dolaylı bir şekilde. Örneğin, “vasi, kayyum”⁸⁴.

⁸³ Bkz. ÖZKENT “Medeni ve Ticari bakımdan Reşid Olmayan Müessilin Temsil Selahiyeti”, İstanbul Barosu Dergisi Sa. VI, Yıl 18, Haziran 1944.

⁸⁴ Bkz. MACUNCU, s. 24; OĞUZMAN / ÖZ, s. 162; Reisoğlu, s. 116; EREN s. 400.

b. Mümessile Bağlanan Hukuki Sonuçlar Bakımından:

İradeye dayalı bu çeşit temsil mümessile bağlanan hukuki sonuçlar bakımından ikiye ayrılmaktadır.

aa. Doğrudan Doğruya Temsil (BK. m. 32 vd):

Bu çeşit temsilde, mümessil, temsil olunan işlemi, temsil olunanın adına ve hesabına yapar. Bunun için, işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanın hukuki alanda doğar⁸⁵.

bb. Dolaylı Temsil (BK. m. 32 / 2 ve m. 416):

Bu gibi temsilde, mümessil, hukuki işlemi kendi adına ama temsil olunan hesabına yapmaktadır. Bunun için sonuçlar önce kendi alanında doğar, sonra alacağın temlik veya borcun nakli ile temsil olunana geçirilir⁸⁶.

Temsilde, sadece bir yetki söz konusudur. Bir işlemin yapılması için verilen yetki temsil olunan aynı işlemin kendi tarafından yapılmasına engel değildir. Aynı zamanda temsil olunan tek bir işlemin yapılması için bir kaç kişiye yetki verebilir; böyle bir durumda müşterek veya müteselsil temsil söz konusu olur. Ancak alacağın temlikinde bir alacak hakkının devri söz konusudur. Temlik eden alacağın temlik etmekle alacak üzerindeki hakkını kaybeder. Temlik eden aynı alacağı bir başkasına temlik ederse, ikinci alacaklının önünde sorumlu olur.

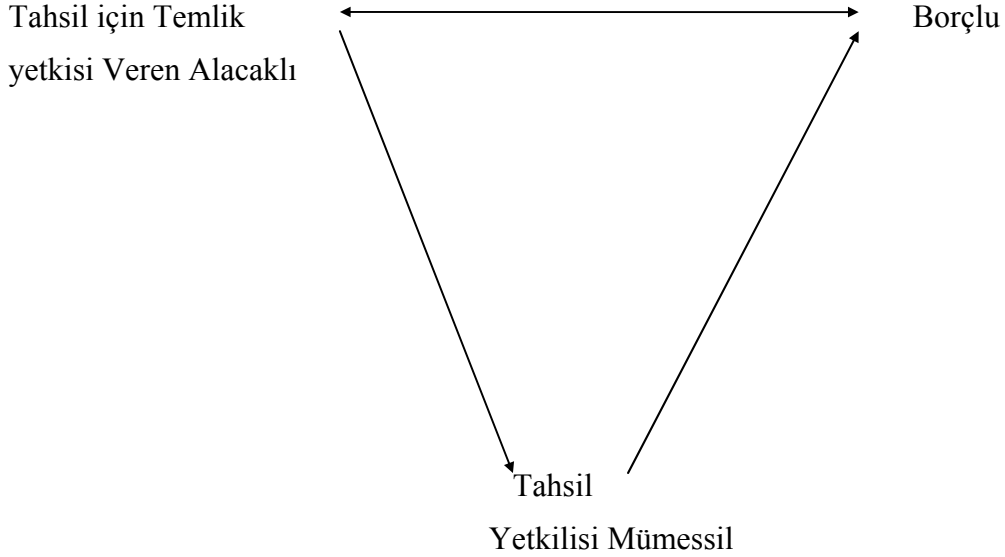
Konuya daha fazla açıklık getirmek için, temsilin özellik arzeden bir başka türünden bahsetmeyi uygun görüyoruz.

⁸⁵ OĞUZMAN / ÖZ, S. 159; Reisoğlu, s. 116 EREN, s. 396.

⁸⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 157; Reisoğlu, s. 116; EREN, s. 398 - 399

c. Tahsil İçin Temsil:

Tahsil için temsil “Alacaklının bir şahsa alacağı tahsil hususunda tek taraflı irade beyanıyla verdiği bir yetkiyi ifade eder”⁸⁷. Tahsil için temsile verilen tanıma göre burada da alacağın temlikinde olduğu gibi üç taraflı bir ilişki bulunmaktadır.



İlk bakışta alacağın temliki ile tahsil için temsil arasında bazı benzerlik gözükse de, her iki kavram taraflar arası ifade ettikleri hükümler bakımından bambaşkadırlar.

aa. Tahsil için Temsil Yetkisi Veren Alacaklı / Temlik Eden

Yetki veren alacaklı sadece bir temsil yetkisi verdiği için söz konusu alacak üzerinde hak sahibi olarak devam etmektedir.

bb. Tahsil Yetkilisi / Temellük Eden

Tahsil yetkilisi alacak üzerinde yalnızca tahsil yetkisi elde edip alacak ödeninde herhangi bir hak sahipliği söz konusu değildir.

cc. Tahsil Borçlusu / Temlik Borçlusu:

Tahsil için temsilde, borçlu, mümessilin dışında, her zaman bizzat yetki veren alacaklıya ödemedede bulunmak imkanına sahiptir. Oysa alacağın temlikinde borçlu, temellük edene ödemedede bulunmak zorundadır⁸⁸. Bilinçli olarak, borçlu eski alacaklıya ödemedede bulunursa temellük edene karşı sorumlu olur.

D. Şekil Bakımından:

Alacağın Temliki sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması kanunda emredilmiştir. İlke olarak temsil hiçbir şekle bağlı değildir⁸⁹. Yetki sözlü olarak verilebileceği gibi yazılı olarak da verilebilir. Hatta bazı yazarlar temsil yoluyla yapılması düşünülen bir işlem özel bir şekle bağlı olsa dahi “mesela taşınır mallarda bağışlama taahhüdü” bu işlemin yapılması için verilen temsilin herhangi bir şekle bağlı olmasının şart olmadığı görüşündedirler. Diğer bir görüşe göre şekle uyulması şarttır⁹⁰.

Alacağın temlikinin konusu bir taşınmaz mal olduğu halde de “mesela ipotekli alacağın temliki” temlik işleminin yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁹¹. Ancak “temsilde” yapılacak işlem bir taşınmaz malın satışına ilişkin ise, temsil yetkisi ve özellikle vekaletname resmi şekle tabi olup noterler tarafından düzenleme yoluyla yapılmalıdır.

⁸⁷ Kocaman (Alacağın Temlikinin Benzer...) s. 32.

⁸⁸ Bkz. Kocaman (alacağın Temlikinin Benzer...) s. 32 - 83.

⁸⁹ AKYİĞİT, s. 414; Reisoğlu, s. 120; OĞUZMAN / ÖZ, s. 167, EREN, s. 406 - 407.

⁹⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s. 167.

⁹¹ EREN, Fikret / Cansel, Erol / Gürsoy, Kemal, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s. 1043.

V. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TECDİT “YENİLEMEDE” FARKI⁹²

A. Kavram Bakımından

Bir borcun yerine yeni bir borç geçerek eski borcu sona erdiren sözleşmeye tecdit denir⁹³.

Tecdit, Türk Borçlar Kanununun 114 - 115 maddelerinde düzenlenmiştir.

Yenileme, mevcut borcun sebebinde ve konusunda (objektif yenileme) veya borç ilişkisinin taraflarında (subjektif yenileme) değişiklik yapmak suretiyle olabilir.

Haksız fiilden doğan tazminat borcunun sözleşmeden doğan bir borca dönüştürülmesi borcun sebebindeki tecdide örnek verilebilir⁹⁴.

‘A’ borçlu alacaklıya, mevcut (300.000.0000 TL) borcun yerine ‘B’ ile anlaşarak bir çeşit eşya vermesi borcun konusunda bir tecdittir.

Bu iki çeşit tecditte borç ilişkisi tarafları aynı kalmaktadır. Fakat yeni bir borcun meydana getirilmesiyle eski borç sona ermektedir. Buna karşılık borcun konusu ve sebebi aynı kalmak üzere borç ilişkisi taraflarının (alacaklı veya borçlu) değişmesiyle de tecdit meydana gelebilir. Borcun alacaklı (pozitif) yönünde tecdide mesela, borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişerek eski borç sona erer. Yerine bir yeni borç doğar.

Borç ilişkisi taraflarının alacaklı (pozitif) tarafında tecdit, dış görünüşüyle alacağın temlikine benzemektedir. Fakat işlemlerin niteliği ve buna bağlı sonuçları farklıdır. Alacağın temlikinde mevcut alacak sona ermeden alacaklı değişmektedir.

⁹² Tecdit Müessesesini Irak Hukukunda aynı Tecdit Müessesesini karşılar.

⁹³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 419; Reisoğlu, s. 326; EREN, s. 1251.

Tecdit de ise daha önceki alacak sona ermekte, yeni alacaklı, ile borçlu arasında yeni bir alacak meydana gelmektedir⁹⁵.

B. Nitelikleri Bakımından

a. Tecdit dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğu için, teccide başvuran alacaklı ve borçlunun tam fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir⁹⁶. Oysa alacağın temlik karşılıksız yapılmışsa (Bağışlama) temellük edenin fiil ehliyetine sahip olması gerekmez⁹⁷.

b. Tecdit sebebe bağlı (illi) bir tasarruf işlemidir. Oysa alacağın temlikinin illi olup olmadığı niteliği doktrinde tartışma konusudur. VONTUHR'un izinde olan klasik görüşlü yazarlar alacağın temlikinin soyut, illi olmayan nitelikte olduğunu savunur; modern görüşte olanlar ise alacağın temlikinin illi nitelikte olduğunu savunurlar. Tecdit sebebe bağlı (illi) bir tasarruf işlemi olduğu için eski borcun geçerli bulunması önem taşır, eski borç geçerli değilse yeni borç da geçerli olmaz. Oysa, alacağın temlikinin soyut nitelikte olduğunu savunan görüşe göre, alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği temel hukuki ilişkinin geçerliliğine bağlı değildir.

C. Hükümleri Bakımından:

Tecditle öncelikle eski bir borç sona erip bunun yerine kendi bağımsız niteliğine bürünen yeni bir borç doğmaktadır. Oysa alacağın temlikinde borç sona ermez. Sadece borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişir⁹⁸. Tecdidin bir diğer sonucu

⁹⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 421.

⁹⁵ Reisoğlu, s. 327.

⁹⁶ EREN, s. 1254.

⁹⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 899.

⁹⁸ EREN, s. 1254.

olarak eski bir borç sona eriyorsa bu borca bağlı bütün fer'i haklar "rehin, cezai şart, faiz kefalet" sona erer⁹⁹. Kefalet ve üçüncü kişi tarafından verilen rehin ancak kefil ve rehin verenle anlaşarak saklı tutulabilir. Buna karşılık taraflar anlaşarak eski borca ilişkin faizleri mahfuz tutulabilir¹⁰⁰. Alacağın temlikinde borç değil sadece alacaklı taraf değiştiği için bunun doğal bir sonucu olarak, alacağa ilişkin bütün fer'i haklar doğrudan doğruya alacakla birlikte yeni alacaklıya yani "Temellük edene" geçer.

Tecdidin diğer bir neticesi de eski borca bağlı itiraz ve defilerin sona ermesidir. Eski borcun geçerliliğine ilişkin "Eski borcun doğmadığı veya tecditten önce sona ermiş olduğu" gibi itirazlar dışında eski borca ilişkin itiraz ve defiler yeni kurulan borca geçmez. Alacağın temlikinde ise, bütün defî ve itirazlar alacakla birlikte temellük edene geçer, karşı taraf "borçlu" ise eski alacaklıya olan defî ve itirazları yeni alacaklı "temellük edene" karşı kullanabilir artı temellük edene ilişkin yeni itiraz ve defileri de öne sürebilir.

Ş.4. ALACAĞIN TEMLİKİNİN ÇEŞİTLERİ

Alacağın Temliki kavramını ve yukarıdaki diğer konuları açıklarken, kısa da olsa alacağın temlikinin çeşitlerine değinmiştik. Gerçek anlamda alacağın temliki olan "iradi temlik" yanında iki çeşit daha alacağın temliki söz konusudur. (Kanuni ve Kazai temlik), Ancak alacağın temlikinin iki önemli niteliği (yazılı şekilde olması, iradeye dayalı olması) bu iki çeşit temlikte bulunmaması nedeniyle bunların kazai ve kanuni temlik diye adlandırılması çok doğru olmaz.¹⁰¹ Bunun için öğretilerde bazı yazarlar bu iki çeşit temlike kazai ve kanuni temlik değil, alacağın kanun ve

⁹⁹ OĞUZMAN / ÖZ s. 422 - 423; Reisoğlu s. 328; EREN, s. 1255.

¹⁰⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s. 423.

mahkeme yolu ile geçirilmesi veya intikali adını veriyorlar. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Hatta, bu iki çeşit temlike, alacağın temliki çeşidi değil, iradi temlikin istisnası olarak görenler de vardır¹⁰².

I. ALACAĞIN KANUNİ TEMLİKİ “ALACAĞIN KANUN YOLU İLE GEÇİRİLMESİ”:

Bu çeşit temlik Türk Borçlar Kanununun 164. maddesinde düzenlenmiştir.

Alacağın kanun yolu ile geçirilmesi “Alacaklının iradesi bulunmaksızın, belli bazı olayların gerçekleşmesi üzerine ve kanun hükmü gereği bir alacağın başkasına geçmesini” ifade eder. Alacağın temlikinin bir hukuki işleme dayanması zorunlu bulunduğundan buradaki temlik daha önce de ifade ettiğimiz gibi gerçek anlamda bir alacağın temliki değildir¹⁰³. Çünkü alacağın kanun yolu ile geçirilmesinde alacaklının muvafakatı söz konusu değildir¹⁰⁴. Alacağın kanun yolu ile geçirilmesi bir hukuki işlem olmadığından bunun bir neticesi olarak bu çeşit temlik hiçbir şekilde bağlı değildir. Alacağın kanun yolu ile geçirilmesinde alacaklı “temellük eden” alacağı devralmak için belli bir şekilde bir sözleşme yapmamaktadır; alacak kendisine doğrudan doğruya, kanun hükmüne dayanarak devrolmaktadır. Alacağın kanun yolu ile geçirilmesinin kanun koyucu tarafından kanuni temlik diye adlandırılması ve iradi

temlikle birlikte aynı fasılda düzenlemesinin nedeni, alacağın kanun yolu ile geçirilmesinin alacağın temlikiyle “normal iradi alacağın temliki” ile aynı sonuç

¹⁰¹ OĞUZMAN, s. 892; KOCAMAN “Alacağın Temlikinin benzer...” s. 6 - 12; Dayınlarlı, s. 109.

¹⁰² FRANKO, Nisim, s. 180.

¹⁰³ TUNÇOMAĞ, s. 1078; İNAN, s. 384; KARAHASAN, s. 16”, DAYINLARLALI, s. 105 - 109; EREN, s. 1216.

doğurduğu içindir¹⁰⁵.

Alacağın kanun yolu ile geçirilmesinin bir başka sonucu, temlik edenin ehliyetinin söz konusu olmamasıdır¹⁰⁶.

Alacağın kanun yolu ile geçirilmesinde, temlik edenin herhangi bir şekilde alacağı garanti etmek mükellefiyeti yoktur; zira kanuni temlikte temlik edenin iradesi söz konusu değildir¹⁰⁷.

Kanun hükmüyle alacağın geçirilmesi ancak yasaca saptanmış belli bazı hallerde meydana gelir¹⁰⁸.

Alacağın kanun yolu ile geçirilmesine en tipik örnek, mirastır. TMK'nun 539/1'e göre miras bırakanın alacakları doğrudan doğruya mirasçılara geçer¹⁰⁹.

Alacağın kanun yolu ile geçirilmesine ilişkin TBK 164 - 171 / 1 dışında bir hüküm bulunmadığı için bu iki maddenin hükmüyle çelişmeyen, iradi temlike ilişkin hükümler (TBK m. 165... vd) örneksenerek bu çeşit temlike de uygulanabilir¹¹⁰.

II. KAZAI TEMLİK “ALACAĞIN MAHKEME YOLU İLE GEÇİRİLMESİ”:

Türk Borçlar Kanunu 164. maddesinde, kanuni temliğin yanında, bu çeşit

¹⁰⁴ Tunçomağ, s. 1078; İnan, s. 383 Baştuğ, s. 203; UYGUR, s. 831.

¹⁰⁵ Karahasan, s. 16; ÖZSUNAY, s. 184, EREN, s. 1214; Kılıçoğlu, s. 544, TUNÇOMAĞ, s. 1078; KOCAMAN, s. 6 - 12; DAYINLARLI, s. 106.

¹⁰⁶ DAYINLARLI, s. 105; EREN, s. 1214.

¹⁰⁷ KARAHASAN, s. 16; DAYINLARLI, s. 108, EREN, s. 1215.

¹⁰⁸ OLGAC, s. 1113; TUNÇOMAĞ, s. 1078; KARAHASAN, s. 16; DAYINLARLI, s. 106; ÖZSUNAY, s. 185; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 347; EREN, s. 1214.

¹⁰⁹ Alacağın kanun yolu ile geçirilmesine çok fazla örnekler vardır. TBK. M 109 uyarınca halefiyet sebebiyle alacağın kazanılması, MK 211 uyarınca mal ortaklığını seçen eşlerin alacak haklarının ortaklığa geçmesi, kendi borçundan fazlasını ödeyerek diğerlerini borçtan kurtaran borçlu (TBK. M. 147) veya asıl borçluya borcundan ödemesi ile kurtaran kefil (TBK. M. 496. Çok fazla örnek bulunmaktadır.

¹¹⁰ OLGAC, s. 1113; TUNÇOMAĞ, s. 1079; ÖNEN, s. 347; KARAHASAN, s. 16; ÖZENSOY, 185; EREN, s. 1215; OĞUZMAN / ÖZ s. 892; DAYINLARLI, s. 108.

temlik de düzenlemiştir.

Alacağın mahkeme yolu ile geçirilmesini şu şekilde tanımlayabiliriz. “Bir alacağın, temlik edenin irade beyanına gerek olmaksızın ve her hangi bir şekle gerek olmadan bir mahkeme kararıyla bir başka kişiye geçirilmesidir”¹¹¹.

Kazai temlikten bir başka deyişle “alacağın mahkeme yolu ile geçirilmesinden” söz edebilmek için; alacağın geçmesini gerçekleştiren bir mahkeme kararı gerekir. Bir alacağın kime ait olduğunu ispatlayan bir mahkeme kararı bir kazai temlik değildir. Çünkü burada mahkeme kararı alacağın bir kişiden diğer bir kişiye geçmesini değil, alacağın, çekişen hangi tarafa “dava tarafına” ait olduğunu belirlemektir¹¹². Örneğin, münazaalı temlikte, borçlunun munazaa konusu olan alacağı mahkemeye tevdi etmesi sonucunda verilen mahkeme kararı bir kazai temlik değildir. Diğer bir örnek de haczedilmiş olan bir malın paraya çevrilmesi halidir. Burada temlik mahkeme kararıyla olmayıp, icra makamının ihale muamelesiyle olur¹¹³. (İİK. m.112, BK. m. 225). Burada da gerçek olmayan bir alacağın temlikinden bahsedilmektedir. Çünkü alacak, alacaklının iradesi olmadan ve hiçbir şekle bağlanmadan bir mahkeme kararıyla geçmektedir¹¹⁴.

Mahkeme yolu ile geçirilen alacak, temlike elverişli olması gerekir. Aynı zamanda eski alacaklının alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması

¹¹¹ TUNÇOĞAĞ, s. 167; İNAN, s. 384; OLGAÇ, s. 1113; ÖNEN, s. 89; UYGUR, s. 831; Karahasan, s. 1699; FRAKO, s. 180; OĞUZMAN, s. 892; DAYINLARLI, s. 108; EREN, s. 1215; KILIÇOĞLU, s. 545.

¹¹² TUNÇOMAĞ, s. 1080; EREN, s. 1215.

¹¹³ OLGAÇ, s. 1114.

¹¹⁴ KARAHASAN, s. 1699; İNAN, s. 384; ÖNEN, s. 89; UYGUR, s. 831; TUNÇOMAĞ, s. 1079; KOCAMAN (Alacağın Temlikinin Benzer..) s. 8, DAYINLARLI, s. 108; EREN, s. 1215; KILIÇOĞLU, s. 545.

gerekmektedir¹¹⁵.

Alacağın mahkeme yolu ile geçirilmesine örnek verecek olursak: miras açıldıktan sonra mirasçılarının anlaşmaması nedeniyle mahkeme aracılığıyla mirasın bölünmesi kararı bir kazai temliktir; aynı zamanda bir temlik vaadinde bulunan kişi edimini yerine getirmezse, temlike vaadolunan kişinin mahkeme aracılığıyla çıkardığı temlik kararı, bir kazai temliktir.

Tıpkı kanun yolu ile alacağın geçirilmesi gibi, alacağın mahkeme yolu ile geçirilmesi için Borçlar Kanunu özel hükümler koymamıştır. Bunun için normal iradi temlik düzenleyen kanun kuralları aksine kural yoksa kıyas yolu ile burada da uygulanır¹¹⁶.

III. İRADI TEMLİK

İradi temlik Türk Borçlar Kanununun “192 - 172” maddeleri arasında esas itibarıyla düzenlenmiştir.

İradi Temlik “Alacağı temlik edenle temellük eden arasında “yazılı şekilde” yapılan temlik sözleşmesi uyarınca alacağı doğrudan doğruya temellük edene geçiren bir temlik türüdür”. Bu tür temlike, rızai temlik adı da verilmektedir¹¹⁷.

Alacağın temlik denilince, ilk akla gelen iradi temliktir. Gerçek anlamda alacağın temlikinden amaç iradi temliktir. Bu nedenle çalışmamızın konusu esas itibarıyla iradi temlikle ilgili olacaktır. Aşağıda öncelikle Türk hukukunda alacağın

¹¹⁵ EREN, s. 1216.

¹¹⁶ OLGUÇ, s. 1114; OĞUZMAN, s. 892; DAYINLARLI, s. 108; EREN, s. 1216.

¹¹⁷ BKZ. ÖZENSOY, s. 185; İNAN, s. 383, KOCAMAN (Alacağın Temlikinin Benzer...) s. 6 - 12; ÖNEN, s. 89; KARAHASAN, s. 1692; OĞUZMAN, s. 892; DAYINLARLI, s. 109; EREN, s. 1216; KILIÇOĞLU, Ahmet Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 544 s. 544.

temlikini arkasından Irak hukukunda alacağın temlikini açıklayacağız.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ, TARAFLARI, KONUSU, HÜKÜM VE SONUÇLARI

Ş. 5. ALACAĞIN TEMLİKİNİN TARAFLARI

Türk Borçlar Hukukunda alacağın temlik temlik eden ile temellük eden arasında meydana gelen bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Ancak meydana gelen borç ilişkisi üç taraflı bir borç ilişkisidir. Borçlunun temlik sözleşmesi oluşumunda hiçbir rolü olmadığı halde, temlik edenle temellük eden arasında yapılan bu sözleşmenin etkisinde kalır ve edimde bulunmaya mecbur kılınır.

I. TEMLİK EDEN

Temlik eden aynı zamanda, daha önce borçluyla yapılan hukuki muamelede alacaklı olan taraftır. Ayrıca alacağın temlik bir sözleşme olduğu için, temlik eden pozisyonuna geçen alacaklının fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

A. Temlik Edenin Fiil Ehliyetine Sahip Olması:

Alacağın temlik sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olmamasına rağmen, temlik edenin aktifinde bir eksikliğe neden olduğu için temlik edenin fiil ehliyetine sahip olmasını gerektirir¹¹⁸. Temlik edenin aynı zamanda, temlik konusunu oluşturan alacağı meydana getiren hukuki muameleyi yaparken de fiil ehliyetine sahip olması

¹¹⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1092; ERDOĞAN, s. 484; DAYINLARLI, s. 60; EREN, s. 1020.

gerekir¹¹⁹. Eğer temlik eden mümeyyiz küçük veya kısıtlıysa temlik sözleşmesinin geçerli olması için mümessilinin muvafakatı veya icazeti gerekir¹²⁰. (MK. m. 16). Ancak kendisine yasal danışman tayin edilmiş kimse, temlik sözleşmesini yalnız başına yapmaya yetkilidir. Çünkü temlik MK. 429'a göre yasal danışmanın katılmasını gerektiren işlemlerden değildir.

B. Temlik Edenin Tasarruf Yetkisine Sahip Olması:

Alacağın Temlikinin geçerli olması için, sadece temlik edenin fiil ehliyetine sahip olması yeterli değildir. Alacağın temliki geçerli olması için, temlik edenin fiil ehliyetine sahip olmasına ilaveten temlik edilen alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir ve zorunludur¹²¹. Fiil ehliyeti şahsın kendisinde bulunan i (dahili) bir nitelik olduğu halde, tasarruf yetkisi temlik eden ile temlik edilen alacak arasında olması gereken dış (harici) bir niteliktir. Başka bir deyişle temlik eden ile temlik edilen alacak arasında tasarrufu yetkili kılan bir ilişkinin bulunması zorunludur¹²². Normalde her malik (alacaklı) alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki bazı hallerde tamamen veya kısmen kanun tarafından sınırlanabilir¹²³. İflas masasına yatırılan bir alacak iflas eden tarafından temlik edilemez; temlik edilirse kendisi dahil hiçbir taraf hakkında bir hüküm ifade etmez. İflas eden iflas masasına yatırılan alacaklarında ancak iflas idaresinin muvafakatıyla

¹¹⁹ Hukukçular bu noktada ikiye ayrılmaktalar, Von TUHR'un izinde olan klasik görüşlü hukukçular alacağın temlikinin soyut nitelikte olduğunu savunur, böylece temlik edenin sadece temlik esnasında fiil ehliyetine sahipolmasını şart koşar. Oysa baskın yeni görüşte olan hukukçular alacağın temlikini illi nitelikte olduğunu savudukları için, temlik edenin sadece temlik esnasında değil temlik esasını oluşturan hukuki muameleyi yaparken de fiil ehliyetine sahip olması gerekir.

¹²⁰ TUNçOMAğ, s. 1092; ERDOğAN, s. 484, EREN, s. 1020.

¹²¹ TUNçOMAğ, s. 1093; İNAN, s. 388; ERDOğAN, s. 485, KARAHASAN, s. 1691; ARAL, s. 94; DAYINLARLI, s. 61; EREN, s. 1216

¹²² ERDOğAN, s. 485; DAYINLARLI, s. 61.

tasarruf (temlik) edebilir.¹²⁴. Aynı zamanda haczedilmiş bir alacak üzerinde alacaklının hiçbir tasarruf yetkisi yoktur. (İİK. m. 86/III) Ancak bu tasarruf yasağı kısmi olabilir. Mesela bir milyar değerindeki bir alacak (600.000.000) milyon değerindeki bir borç için haciz altına konulduğu halde, alacaklı sadece alacağının (600.000.000) değerinde alacağında tasarruf yetkisine sahip değildir¹²⁵.

Tasarruf yetkisine sahip olmayan maliklerin (alacaklılar) aksine, tasarruf yetkisine sahip olan ancak malik (alacaklı) olmayanlar da vardır. Bunlar ya kanun veya anlaşma gereği yetkili kılınmışlardır (Mesela: Temsilci, rehin hakkı sahibi, intifa hakkı sahibi, haciz koyan ... vs.)¹²⁶.

Öğretide baskın görüş, temlik edenin, temlikin esasını oluşturan hukuki muamelenin yapılması anında tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği yolundadır¹²⁷. Tasarruf yetkisinin temlik esnasında kaybedilmiş olması temliki geçersiz kılar. Ancak daha sonra bu yetkinin tekrar kazanılması önce yapılan temlik işlemine geçerlilik kazandırır.

Temlik edilen alacağın birden çok sahibi varsa, alacağın temlikinin geçerliliği için, hepsinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir¹²⁸. Aynı zamanda bir alacak birden çok kimseye temlik olunmuşsa tasarruf işlemlerinde geçerli olan “öncelik ilkesi” nedeniyle zaman yönünden en önce yapılmış olan temlik geçerli olur¹²⁹.

Çünkü artık birinci temlikten sonra, temlik eden, alacak üzerinde tasarruf yetkisini

¹²³ TUNÇOMAĞ, s. 1093; KARAHASAN, s. 1691; ERDOĞAN, s. 485; DAYINLARLI, s. 61 - 62; EREN, s. 1216.

¹²⁴ EREN, s. 1217.

¹²⁵ ERDOĞAN, s. 486.

¹²⁶ TUNÇOMAĞ, s. 62; EREN, s. 1216.

¹²⁷ DAYINLARLI, s. 60 - 61; EREN, s. 1216; ARAL, s. 105.

¹²⁸ EREN, s. 1216.

kaybetmiş durumdadır.

Şayet bir kimse başkasına ait bir alacak üzerinde onun adına yetkisiz surette tasarrufta bulunmuşsa, bu askıda bir işlemdir. Geçerli hale gelebilmesi alacaklının icazetine bağlıdır (BK. 38). Alacaklı temlike icazet vermişse, temlik icazet anında değil de, temlik sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren hüküm doğurur. Şayet alacaklı açıkça icazet vermez veya BK. m. 38'deki süreyi icazet vermeksizin geçirirse temlik baştan itibaren hükümsüz olur¹³⁰. İcazet konusunda önemli bir sorun da alacaklı tarafından verilen icazetin üçüncü şahısların haklarını çiğnemediği sürece hukuki sonuç doğurmasıdır. Bu sayede önceki (askı) alacağa bağlı olan üçüncü şahısların hakları korunmuş olur¹³¹. Yetkisiz temlik halinde iyi niyet korunmaz ve alacak temellük edilemez¹³².

II. TEMELLÜK EDEN:

Alacanın temliki alacağı temlik edenin tek taraflı bir işlemi değil, temlik eden ile temellük eden arasında kurulan bir sözleşme yoluyla gerçekleşir. Böylece sadece temlik edenin değil, temellük edenin de iradesi söz konusudur. Temlik sözleşmesinde, temellük edene ilk baktığımızda, onun sınırlı ehliyetsiz olduğu, kanuni temsilcisinin izin veya icazeti olmadığı halde bile temellük edebileceği zannolunabilir. Çünkü mücerret temlik onun malvarlığında sadece bir artma meydana getirmektedir. Ancak temlik ivazlı yapıldığı anda her ne kadar temellük eden bir hak

¹²⁹ ERDOĞAN, s. 486; EREN, s. 1217; ARAL s. 105.

¹³⁰ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1094; ERDOĞAN, s. 486, DAYINLARLI, s. 63 - 64; EREN, s. 1217.

¹³¹ Bkz. DAYINLARLI, s. 64.

¹³² Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1094.

veya şeyi temellük etmişse de diğer taraftan bu temellük ifa nedeni olduğu için, yani ivazlı olduğu için temellük edenin zarara uğrama sonucunu doğurabilir. Bu nedenle temellük eden sınırsız ehliyetsiz ise ivazlı temlik işleminde kanuni temsilcisinin izin veya icazetine gerek doğar¹³³. Ancak sınırsız ehliyetsizlerin kanuni temsilcisi ivazsız bir temlikin kabul edilmesini men edebilir. (BK. m. 236/2). Ayrıca ivazsız temlikte bile temellük edenin ayırtım gücüne sahip olması şarttır¹³⁴. Temyiz kudreti bulunmayanlar, yani tam ehliyetsizler hiçbir temlik kabul edemez (MK. m. 14 ve 15).

III. BORÇLU

Borçlu alacağın temlik sözleşmesinin tarafı değildir¹³⁵. Ancak alacağın temlikindeki borç ilişkisi, üçlü borç ilişkisi olduğu için burada borçluya dair bazı bilgilerin aktarmasını doğru görmekteyiz. Alacağın temlik borçlunun durumunda hiçbir değişiklik meydana getirmemektedir. Daha önceki muamelede pasif durumda olan borçlu alacağın temlikinde de pasif durumdadır. Böylece alacağın temlik esnasında ehliyetini kaybeden borçlu yine de borcunu ödemek zorundadır, Yeter ki temlikten önceki borçlandırıcı hukuki muamelede tam ehliyete sahip olsun, Eğer bu esnada da (temlikten önceki hukuki muamele esnasında) ehliyeti yoksa veya ehliyeti sınırlıysa, temlik işlemi yapıldığında bunu bir itiraz olarak öne sürebilir¹³⁶. Çünkü borçluya tanınan def'iler sadece teknik anlamda def'i değildir. Gerçek anlamda

¹³³ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1092; ERDOĞAN, s. 485.

¹³⁴ DAYINLARLI, s. 65.

¹³⁵ ÖZSUNAY, s. 183; BAŞTUĞ, s. 1999; İNAN, s. 381; VELİDEDEOĞLU, s. 24; ÖNEN, s. 86; ARAL, s. 93; KARAHASAN, s. 1698, TÖRÜNER, s. 605; OĞUZMAN / ÖZ, s. 891, EREN, s. 1212; DAYINLARLI, s. 19 ve 97-98.

¹³⁶ Mk. 14, m "Ayırt etme gücü bulunmayanların, üçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur".

defileri de kapsar. Yani teknik anlamda itirazları da kapsamaktadır¹³⁷.

Ş. 6. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. ALACAĞIN TEMLİKİ BİR SÖZLEŞMEDİR

Alacağın temliki, BK. 163. maddesinin kenar başlığındaki “aktin şekli” ibaresinden anlaşılacağı üzere bir sözleşmedir¹³⁸.

Alacağın temliki temlik edenle temellük eden arasında yapılan iki taraflı bir işlem, bir sözleşmedir¹³⁹. Alacağın temlikinin geçerli olması için tek tarafın iradesi yeterli değildir ve hiçbir sonuç doğurmaz. Başka bir deyişle alacağın temlikinde, temlik edenin tek taraflı temlik beyanı yeterli olmayıp temellük edenin açık veya örtülü olarak kabul beyanı olması gerekmektedir. Alacağın temlikinde irade beyanı karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Temlik eden tarafın irade beyanı yazılı olmalıdır. (BK. m. 163) Bu da bir geçerlilik şartıdır. Oysa temellük edenin irade beyanı hiçbir şekle bağlı değildir. Temellük edenin irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir¹⁴⁰. Alacağın temlikinde irade beyanı yapıldığı ve fakat henüz kabul edilmediği süre içinde başka bir üçüncü kişi bu alacak üzerinde rehin, haciz, intifa gibi bir hak elde ederse böyle bir hak, kabul beyanında bulunan üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez¹⁴¹. Alacağın temliki bir sözleşme olduğu için Borçlar Kanununda sözleşmelere ait hükümler alacağın temlikine de uygulanır. “Borçlar Kanununun

¹³⁷ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1113; DAYINLARLI, s. 178, 183-196; EREN, s. 12.

¹³⁸ BAŞTUĞ, s. 1999; ÖNEN, s. 87; KARAHASAN, s. 1689.

¹³⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1086; BAŞTUĞ s. 199-200, İNAN, s. 386, ÖNEN, s. 87; FRANKO, s. 179; DAYINLARLI, s. 79; EREN s. 1217; KILIÇOĞLU, s. 545.

¹⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1086; İNAN, s. 386.

sözleşmenin kurulmasına özellikle irade beyanlarının birbirine uygunluğuna, sözleşmenin içeriğine, etkinlik ve geçerliliğine, muvazaaya, irade sakatlığına, temsile, tarafların fiil ehliyetine, yoruma, şarta ilişkin hükümleri temlik sözleşmesine de uygulanır”.¹⁴² Alacağın temlik tasarrufi nitelikli bir sözleşme olmamasına rağmen Medeni Kanunun 5. Maddesi sebebiyle Borçlar kanununda borçlandırıcı sözleşmeler için kanulmuş hükümler alacağın temlikine de uygulanır¹⁴³. Alacağın temlik kazandırıcı bir hukuki işlem niteliğinde olduğu için, diğer kazandırıcı işlemlerde olduğu gibi mutlaka bir sebebe dayalı olmalıdır¹⁴⁴. Ancak temlik edilen alacağın türediği kaynak temlik bakımından önem taşımaz. Her iki taraf için borç doğuran sözleşmelerden doğan alacaklar gibi haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakları da temlik olunabilir¹⁴⁵. Alacağın temlikinin oluşturan hukuki işlem bir satış sözleşmesi ise alacağın temlikine satış sözleşmelerini düzenleyen hükümlerde uygulanabilir¹⁴⁶. Ancak bu hükümler alacağın temlikini düzenleyen hükümlere ters düştüğü zaman uygulanamaz.

Alacağın temlik sözleşmesinin konusu mutlaka bir alacak hakkı olmalıdır¹⁴⁷. Esasen sırf bu nedendir ki alacağın temlik borçlar hukukunda düzenlenmiş sözleşmeye dayalı bir işlemdir. Aynı hakların alacağın temlik sözleşmesiyle temlik mümkün değildir. Mesela bir taşınmaza bağlı istihkak davası hakkı veya haksız saldırının önlenmesine ilişkin talep hakkı (MK. 683/I-II) ya da tapu kütüğünün

¹⁴¹ BAŞTUĞ, s. 200.

¹⁴² EREN, s. 1217.

¹⁴³ Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1087.

¹⁴⁴ ÖZSUNAY, s. 184; TUNÇOMAĞ, s. 1090; BAŞTUĞ, s. 200; İNAN, s. 387; ÖNEN, s. 87; ERDOĞAN, s. 483; KARAHASAN, s. 1691; FRANKO, s. 179; DAYINLARLI, s. 74; REİSOĞLU, s. 74.

¹⁴⁵ ÖZSUNAY, s. 186; DAYINLARLI, s. 78.

¹⁴⁶ DAYINLARLI, s. 78.

¹⁴⁷ ÖZSUNAY, s. 185-186; EREN, s. 1217; KILIÇOĞLU, s. 546.

düzenlenmesine ilişkin talep hakkı (MK. 1025) temlik edilemez¹⁴⁸. Ancak aynı haklardan kaynaklanan alacaklar alacağın temliki ile temlik edilebilir. Mesela rehinli alacakların temliki.

II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN SEBEBE BAĞLI OLUP OLMADIĞI SORUNU

Alacağın temlikinin bu niteliği hukukçular arasında tartışma konusudur. Bu görüş ayrılığının kaynağı Borçlar Kanununun 19/2. maddesidir¹⁴⁹ BK. m. 19/2'ye göre “kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”. Alacağın temliki konusunu düzenleyen Borçlar Kanunu maddeleri alacağın temlikinin illi veya soyut nitelikte olduğunu açıkça ifade etmemiştir¹⁵⁰. Buna karşın kanun diğer bazı tasarruf muamelelerine ilişkin olarak, bu muamelelerin geçerliliğini temellerindeki sebebin geçerliği şartına tabi tutmuştur. Örneğin MK. m. 1024-1025, taşınmaz tescil işlemlerinin bir tasarruf işlemi geçerliliklerini temeldeki işlemlerin geçerliliğine bağlamıştır¹⁵¹. Hatta bunun tersine kanun bazı tasarruf işlemlerinin soyutluğunu açıkça ifade etmiştir¹⁵².

Alacağın temliki bir kazandırıcı hukuki işlem olduğu için, diğer kazandırıcı işlemler gibi bir hukuki sebebe dayanmalıdır. Bu hukuki sebep bir sözleşmeden (satış-bağış) veya vasiyetnameden ya da kanundan doğan bir borç olabilir. İşte bu hukuki sebebin geçerliliğinin üstüne kurulan alacağın temliki sözleşmesine etkili

¹⁴⁸ ÖZSUNAY, s. 186.

¹⁴⁹ DAYINLARLI, s. 82.

¹⁵⁰ DAYINLARLI, s. 83.

olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Geçmişten beri bu konuda doktrinde hukukçular ikiye ayrılmaktadır. Bazıları alacağın temlik sözleşmesinin illi nitelikte olduğunu söyler¹⁵³. Diğerleri ise bu sözleşmenin soyut nitelikte olduğunu söyler¹⁵⁴.

A. Alacağın Temlikinin İlli Olduğu Görüşü

Alacağın temlik sebebe bağlı bir tasarruf işlemi sayılırsa hukuki sebebi oluşturan temel işlemin (mesela alacağa konu malın satışa bağışlanmasının) geçersizliği tasarruf işlemi, yani temlik de etkileyip, onu da geçersiz kılar¹⁵⁵. Böylece alacak hakkı, bir hak olarak temlik edenden temellük edene geçmemiş, temlikten önce olduğu gibi temlikten sonra da temlik eden alacaklıda kalmış olur. Alacak hakkı temlik edende kaldığı için temellük edenin sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmaz, aynı zamanda temellük edenin böyle bir alacağı temlik edene tekrar devretmesi de söz konusu olmaz¹⁵⁶. Temlik eden alacak senedini temellük edene vermişse, onun elinde bulunan bu belgenin (alacak senedinin) iade veya iptal edilmesini isteyebilir. Alacak senedi menkul mal niteliğinde olduğu için temellük eden bunun üstündeki mülkiyet hakkını değil sadece zilyetliği kazanır¹⁵⁷.

a. Alacağın Temlik Sözleşmesinin İlli Nitelikte Olduğunu Savunan Hukukçuların Sürdükleri Gerekçeler:

aa. Bütün tasarruf işlemlerinin soyut nitelikte olduğunu gerekçe ederek,

¹⁵¹ DAYINLARLI, s. 83; EREN, s. 1219.

¹⁵² DAYINLARLI, s. 83.

¹⁵³ Örneğin: ARAL, s. 94; DAYINLARLI, S. 90; EREN, s. 1219; BORCUOĞLU, s. 546.

¹⁵⁴ OLGAÇ, s. 1105, TUNÇOMAĞ, s. 1091; ÖZSUNAY, s. 184, BAŞTUĞ, s. 201, İNAN, s. 387; FRANKO, s. 179; VELİDEDEOĞLU/ ÖZDEMİR s. 342; ÖNEN, s. 87; UYGUR, s. 810; ERDOĞAN, s. 483; KARAHASAN, s. 1691; REİSOĞLU, s. 375.

¹⁵⁵ ARAL, s. 94; DAYINLARLI, s. 87; EREN, s. 1218.

¹⁵⁶ DAYINLARLI, s. 88; EREN, s. 1218.

alacağın temlikinin de bir tasarruf işlemi olarak soyut nitelikte kabul etmek doğru değildir. Çünkü mehz İsviçre Kanunda, aynı zamanda Türk Hukukunda da bir çok tasarruf işlemi sebebe bağlı bir işlem (illi) niteliğinde olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁸. (Mesela MK. m. 1024-1025).

bb. Soyut görüşte olan hukukçular, bu konuda Von Tuhr'un görüşü etkisinde kalmışlardır. Von Tuhr tarafından sürülen bu görüş Alman Hukuku yönünden doğru ise de, aynı şeyi Türk Hukuku hakkında da söylemek doğru olmaz. Çünkü Türk / İsviçre hukuku sisteminde kanun koyucu ekonomik hayatın önemli bir parçası, aynı zamanda en önemli tasarruf işlemi olan taşınmaz mülkiyetinin temlikinin illi olduğunu MK. madde 1024-1025'te açıkça hükme bağlamıştır¹⁵⁹. Bu iki maddenin getirdiği düzenlemenin ilke olarak taşınır malların temlikinde de uygulanması doktrin ve mahkeme kararlarında kabul edilmiştir. Buna karşı bu hükümleri alacağın temlikine uygulanmaması ve alacağın temlikini farklı bir işleme tabi tutmanın sebebini açıklamak zordur¹⁶⁰.

cc. Temlik eden ile temellük eden temlik işlemi yaparken, bu işlemi ve onun sebebini birbirinden ayrı düşünemezler. Böylece, diğer hukuki müesseselerde olduğu gibi temlik sözleşmesinde de tarafların bu yöndeki iradesinin dışına çıkmak doğru olmaz¹⁶¹.

dd. Alacağın temlikinin tek fonksiyon ve amacı işlerde güven ilkesinin sağlanması veya korunması da değildir. Alacağın temlikinde kıymetli evrakta

¹⁵⁷ DAYINLARLI, s. 88; EREN, s. 1218.

¹⁵⁸ EREN, s. 1219.

¹⁵⁹ DAYINLARLI, s. 91; EREN, s. 1219.

¹⁶⁰ DAYINLARLI, s. 91, EREN, s. 1219-1220.

¹⁶¹ DAYINLARLI, s. 91.

aranabilecek fonksiyonlar aranmaz. Alacağın temlikini kıymetli evraktan özenle ayırmak gerekir¹⁶².

ee. Sebebe bağıllık sisteminde iyi niyetin korunması ilkesi, güven ilkesinin yerini alabilir. Böylece alacak hakkının iyi niyetle temellük edilmesinin korunması temellük edenin korunması için de yeterli olabilir¹⁶³.

ff. Alacağın temliki üç taraflı bir borç ilişkisi meydana getirmesine rağmen bu sözleşmenin yapılması sadece temellük edenle temlik edenin iradesiyle gerçekleşir. Borçlunun iradesi söz konusu değildir. Bunun için taşınır ve taşınmaz malların temlikinde uygulanan illilik ilkesi ve alacağın temlikinde bu uygulamadan vazgeçilmesi yönündeki görüş inandırıcı değildir¹⁶⁴.

gg. MK. 985. (e MK 901.) maddesinde taşınır malların mülkiyetinin kazanılması için yeterli görünen iyi niyet koşulu, kıyas yoluyla alacağın temlikine de uygulanabilir¹⁶⁵. “Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya sınırlı ayni hak edinen kimsenin iktisabı zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur”.

Son olarak borçlunun, alacağın temlikinin temelindeki hukuki sebebi geçerli olup olmadığını araştırma ödevi, borçlunun durumunu ağırlaştırma amaçlı değil, borçluyu koruma amaçlıdır.

hh. Alacağın temliki sözleşmesinin soyut nitelikte olduğunu varsaydığımızda, taraflar temlik sözleşmesini sebebe bağlı olduğuna (illi olduğuna)

¹⁶² EREN, 1220.

¹⁶³ Bkz. EREN, s. 1220.

¹⁶⁴ Bkz. EREN, s. 1220.

¹⁶⁵ Bkz. EREN, s. 1220

anlaşarak bu varsayımı ortadan kaldıracaklardır. Ayrıca temlik sözleşmesinde taraflar temlik hukuki sebebin mevcut olması veya gerçekleşmesi şartına tabi tutulabilirler. Böylece bu şart, zaten temlikin soyut niteliğini ortadan kaldırmış olur.

B. Alacağın Temlikinin Mücerret Olduğu Görüşü:

Alacağın temlikinin soyut nitelikte olduğunu söyleyen görüş, klasik görüştür. Bu görüşte olan hukukçular Alman Hukukundan ilhamını alan Von TUHR'un etkisinde kalanlardır¹⁶⁶. Bu görüşte olanlar fikirlerini "Alacağın temlik sözleşmesi bir tasarruf işlemi olduğu için diğer tasarruf işlemleri gibi soyut nitelikte olmalı" temeli üzerine oturtmaktadırlar¹⁶⁷. Bu görüşe göre taraflar anlaşarak temlik işleminin geçerliliğini temeldeki işlemin geçerliliğine bağlayabilirler¹⁶⁸. Alacağın temlikinin soyut nitelikte olduğu kabul edilirse alacağın temlik sözleşmesine temel teşkil eden hukuki işlem geçersiz olsa bile alacağın temlik bir tasarruf işlemi olarak geçerli olduğundan alacak temlik edenin mal varlığından çıkar. Temellük edenin malvarlığına geçer¹⁶⁹. Bu geçiş geçerli bir sebebe dayanmadığından temlik eden temellük eden aleyhine sebepsiz zenginleşme gerekçesiyle iade davası açabilir¹⁷⁰. (BK. m. 61). Bu davanın kabulü halinde temellük eden alacağı temlik edene usulüne uygun bir temlik işlemiyle tekrar devretmek zorundadır¹⁷¹.

Alacağın temlikinin soyut nitelikte olduğu kabul edildiğinde borçlu ödemeyi

¹⁶⁶ DAYINLARLI, s. 90-91; EREN, s. 1219

¹⁶⁷ Bkz. DAYINLARLI, s. 84.

¹⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1091; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, S. 342; KARAHASAN, s. 1692; REİSOĞLU, s. 375.

¹⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1091; ÖZSUNAY, s. 185; BAŞTUĞ, 201; İNAN, 387; FRANKO, s. 179; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 342; ÖNEN, s. 87; UYGUR, s. 810; erdoğan, . 374; karahasan, S. 1691; dayınlarlı, S. 84; eren, S. 1218-1219; reisoğlu, s. 3741.

¹⁷⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1091; İNAN, S. 387; UYGUR, s. 810; ERDOĞAN, s. 483; DAYINLARLI, s. 84; REİSOĞLU, s. 374; EREN, s. 1219.

yapmadan önce sadece tebliğin içeriğini incelemekle ve temlik işleminin yapılp yapılmadığını araştırmakla yükümlüdür. Borçlu soyutluluk niteliği sayesinde temlik eden ve temellük eden arasındaki iç ilişkileri araştırmak zorunda değildir. İsterse de bu iç ilişkiye karışamaz ve karşı çıkamaz¹⁷². Borçlu temlik kendisine tebliğ edildiğinde ancak borcunu temellük edene öderse borcundan kurtulur. İç ilişkide her hangi bir geçersizlik bulunsa bile bu sonucu etkilemez¹⁷³.

a. Alacağın Temlik Sözleşmesinin Mücerret Nitelikte Olduğunu Savunan Hukukçuların Sürdükleri Gerekçeler:

aa. Bütün tasarruf işlemleri soyut niteliktedir. Alacağın temlik de bir tasarruf işlemi olduğu için onun da soyut işlem olması gerekir¹⁷⁴.

bb. Alacağın temlikinin soyut bir işlem sayılması işlerde güven ve istikrarı sağlar, böylece borçlu ve temellük eden daha iyi bir şekilde korunur¹⁷⁵.

cc. Alacağın temlikinin illi olduğu kabul edildiği takdirde, temlik edilen alacağın borçlusunun durumu ağırlaşır. Çünkü borçlu, yapılan temlikin geçerli olup olmadığını araştırmak zorundadır. Bu da borçluya fazladan bir yüküdür. Borçlu bu araştırmayı yapmadan borcu temellük edene öderse bunun olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Borçtan kurtulabilmesi için MK. m. 7. anlamında temlikin sebebinin geçerliliğini de ispat etmek zorundadır¹⁷⁶.

dd. Temlikin sebebe bağlı olması halinde ardarda temliklerde ilk temlik

¹⁷¹ EREN, 1219

¹⁷² DAYINLARLI, s. 84.

¹⁷³ DAYINLARLI, s. 1218; EREN, s. 84-86.

¹⁷⁴ DAYINLARLI, s. 84; EREN, s. 1219.

¹⁷⁵ ÖNEN, s. 87; DAYINLARLI, s. 87; EREN, s. 1219.

¹⁷⁶ DAYINLARLI, s. 87 - 88.

sözleşmesi geçersiz ise İkinci temellük eden alacaklı hakkını elde edemez. Sonuçta alacağın temlik tedavülün kolaylığı, amacı bakımından etkilenir¹⁷⁷.

ee. Alacağın temlikinin soyut olması nedeniyle temlik eden, alacağın temlikinin temelini oluşturan hukuki işlemde bağımsız olan bazı yükümlülükler altına da girer. Mesela alacak senedini, alacağı kanıtlamaya yaratan kanıt araçlarını, alacağın ileri sürülebilmesi için gerekli olan bilgileri temellük edene vermekle yükümlüdür. Bu da borçlu ve temellük eden lehine bir korumadır¹⁷⁸. Bu mümkün değildir. Çünkü temlik edilen alacağa bağlı belgelerin temellük edene teslimini zorunlu kılan temlik sözleşmesinin soyutluğu değil, Borçlar kanununun 168. maddesidir.

Biz ise alacağın temlikinin illi nitelikte olduğunu savunan modern görüşe katılıyoruz. Alacağın temlikinin illi nitelikte olduğu bir çok gelişmiş ülkenin hukukunda da kabul edilmiştir¹⁷⁹.

III. ALACAĞIN TEMLİKİ ŞEKLE BAĞLI BİR İŞLEMDİR

Türk Borçlar Kanununun 163. maddesinin birinci fıkrasına göre, alacağın temlik sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Yazılı şekilde yapılmayan temlikler geçersizdir. Yazılı şekilden maksat adi yazılı şekildir. Ayrıca temlik senedinin noterce tasdikine gerek yoktur¹⁸⁰. Hatta alacak ipotekle temin edilmiş olsa dahi basit

¹⁷⁷ DAYINLARLI, s. 87.

¹⁷⁸ ÖZSUNAY, s. 185.

¹⁷⁹ Örneğin “Fransız MK. Belçika Hukuku, İspanyol Hukuku, Hollanda Hukuku, İtalyan MK., Avustralya Hukukunda s. 1392 ABGB ve içtihatlarında, Polonya, Hukukunda, Macar Hukukunda”.

¹⁸⁰ BAŞTUĞ, s. 202; FRANKO, s. 181; ERDOĞAN, s. 488; EREN, s. 1221. Ancak taraflar anlaşılırsa Noterin onayını şart koşabilirler.

yazılı şekilde alacak temlik edilir¹⁸¹. Yazılı şekil şartı bir geçerlilik (sıhhat) şartı olup, ispat amaçlı değildir¹⁸².

Sözlü bir şekilde meydana gelen temlik sözleşmesinin yazılı olarak borçluya bildirilmesi, temlik sözleşmesine geçerlilik kazandırmaz¹⁸³. Aynı zamanda şekil noksanlığı olan bir temlik sözleşmesi, daha sonra temlik eden tarafından kabul edilse bile geçerli olmaz¹⁸⁴. Temlik konusunda tarafların önceden anlaşmaları ve fakat daha sonra yazılı hale getirmeleri durumunda sözleşmenin geçerlilik tarihi anlaşmanın yapıldığı tarih olmayıp, yazılı hale getirilme anıdır¹⁸⁵. Asıl olan temlik senedinin sözleşme için subjektif ve objektif yönden esaslı bütün noktaları ihtiva etmesidir¹⁸⁶. Fakat temlik senedinin boş olarak verilmesi de mümkündür (Beyaza Temlik) Bu durumda alacağı kazanacak olanın ve temlik edilen alacağın tayinini, bir başkası özellikle bizzat temlik eden de yapabilir¹⁸⁷.

Borçlar Kanununun 11 - 14 arası maddeleri burada uygulama alanı bulur¹⁸⁸. Alacağın temlik sözleşmesinin tadili ve iptali yazılı şekilde yapılmalıdır “Kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır. Şu kadar ki bu akdi nakız ve tadil etmiyen mütemmim ve fer’i şartlar bu hükmen müstesnadır” (BK.

¹⁸¹ Bkz. DAVRAN, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 53; AKİPEK, Jale, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Sevinç Matbaası-Ankara 1974, s. 232 - 233; KARAHASAN, Mustafa. “Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku” 1977, s. 1127; KJPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Ba., Fakülteler Matbaası İstanbul, 1982, s. 390; CANSEL, Erol / GÜRSOY, Kemal Tahir / EREN, Fikret “ Türk Eşya Hukuku” ANKARA 1984, s. 1104; FRANKO, s. 182, OĞUZMAN, Kemal, Eşya Hukuku, 6. Ba., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 838.

¹⁸² TUNÇOMAĞ, s. 1087; BAŞTUĞ, s. 201; ÖNEN, s. 88; FRANKO, s. 181; ERDOĞAN, s. 488; KARAHASAN; s. 1693; REN, s. 1221; DAYINLARLI, s. 99.

¹⁸³ VELİDEDEOĞLU, s. 345.

¹⁸⁴ FRANKO, s. 181; ERDOĞAN, s. 488.

¹⁸⁵ ERDOĞAN, s. 488.

¹⁸⁶ VELİDEDEOĞLU, s. 345; TUNÇOMAĞ, s. 108; İNAN, 387; BAŞTUĞ, s. 202; ERDOĞAN, s. 488.

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1089; İNAN, s. 387, EREN, 1221.

m. 12.). Aslında hem temlik eden ve hem de temellük edenin irade beyanlarında şekle uymaları gerekli olduğu halde, BK. m. 13/1 kıyasen uygulanmak suretiyle sadece malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse, yani temlik edenin iradesini yazılı olarak açıklaması ve senedi imzalaması yeterli sayılmalıdır. “Tahriri olması icabeden akitlerde, borç deruhte edenlerin imzaları bulunmak lazımdır”. Temellük edenin irade beyanı açık veya kapalı olabilir, temellük edenin temlik belgelerini temlik edenden alması zimnen kabul beyanıdır¹⁸⁹. BK. m. 13/II’ye göre temlik eden tarafından imza edilmiş bir mektup veya telgraf da temlik senedi olarak kabul edilebilir. “Hilafı kanunda yazılı olmadıkça imzalı bir mektup veya asli borç üzerine alanlar tarafından imza edilmiş olan telgrafname tahriri şekil makamına kaim olur”. Temlik senedi elle, matbaa, daktilo, bilgisayarla yazılabilir, ancak temlik edenin imzası mutlaka kendisi tarafından ve eliyle atılması gerekir¹⁹⁰.

Uygulamada temlik senedine tarih konulmaktadır. Fakat tarih konulmamış olması temlikin geçerliliğine zarar vermez¹⁹¹. Temlik senedine tarih konulması bazı hallerde önem taşır, temlik tarihinin bulunması, temlik tarihinde, temlik edenin ehil olup olmadığının tayini bakımından önem taşıyabilir¹⁹². Aynı zamanda ard arda

¹⁸⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1085; İNAN, s. 387; FRANKO, s. 181, VELİDEDEOĞLU, s. 345; ÖNEN, s. 88; KARAHASAN, s. 1093; REİSOĞLU, s. 376; DAYINLARLI, s. 98; EREN, s. 1221.

¹⁸⁹ Ancak temellük edenin kabulü mutlaka olmalıdır. Hatta temlik karşılıksız yapılmışsa bile temellük edenin kabulü onandır. Bk. ÖÇAL, Akar, İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI (Alacağın Temliki İradesinin Beyanı), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, c. XII, Sa. 1, 1983, s. 109 - 111.

¹⁹⁰ FRANKO, s. 181; ÖNEN, s. 88. İmzanın bir alet vasıtasıyla atılması, ancak örf ve adet kabul ettiği çerçevede geçerli olabilir, özellikle büyük sayıda çıkarılan kıymetli evrakın tedavüle sunulması halinde olabilir (BK. 14/II).

Gözü görmeyenlerin imza atma şekline gelince, bunların imzaları usulen tasdik olunmadıkça geçerli olmaz, imza ettikleri muamelenin metnine vakıf oldukları sabit edilince ancak geçerli olur. (Bk. 14/III).

¹⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 1093; BAŞTUĞ, s. 202; İNAN, s. 387 - 388; ÖNEN, S. 88; ERDOĞAN, S. 488; DAYINLARLI, s. 99.

¹⁹² BAŞTUĞ, s. 202.

temlikte hangisinin ilk defa yapıldığını ayırt edebilmek için önemlidir¹⁹³.

Temlik senedine tarihin konulması ard arda temliklerde şu yönden de önemlidir: Bir alacak ard arda iki defa temlik edilmişse ama hiçbirine tarih konulmadığı için hangisinin önce yapıldığı belirlenmiyorsa her iki temlik geçersiz sayılır¹⁹⁴.

Alacağın temliki senedine, alacağa bağlı olan belgelerin teslimi hususunda, alacağı temellük eden temlik edenden alacak senedini vermesini, teslim etmesini isteyebilir. Ancak senedin teslimi temlikin geçerlilik şartı değildir¹⁹⁵.

A. Şekil Eksikliği Bulunan Bir Temlik Sözleşmesinin Tahvili

Şekil noksanlığı olan bir temlik sözleşmesi, temlik sözleşmesi olarak geçerli değildir. Çünkü temlik sözleşmesi kanun hükmüne göre yazılı şekilde yapılmalıdır. Ancak şekil noksanlığı bulunan bu temlikin tahvil (çevirme) yoluyla “temellük edene verilmiş bir tahsil yetkisi” sayılması mümkündür¹⁹⁶. Buna karşılık yazılı şekilde yapılmamış bir temlikin tahvil yoluyla temlik taahhüdüne dönüştürülmesi mümkün değildir. Çünkü temlik eden temlik ile belirli bir alacağı üçüncü bir kişiye temlik etmeyi taahhüt etmemekte, tam aksine böyle bir alacağı doğrudan doğruya bir başkasına temlik etmektedir¹⁹⁷.

B. Yazılı Şeklin Önemi:

Şüphesiz ki sözleşmelerde şeklin amacı tarafları düşüncesiz davranışlardan

¹⁹³ İNAN, s. 388.

¹⁹⁴ REİSOĞLU, s. 377.

¹⁹⁵ REİSOĞLU, s. 377; EREN, s. 1221.

¹⁹⁶ TUNÇOMAĞ, 1093; İNAN, s. 388; EREN, s. 1221.

korumaktadır. Ancak alacağın temlikindeki yazılı şekil bir görüşe göre sözleşme taraflarını düşüncesiz davranışlardan koruma amaçlı olmayıp, üçüncü kişileri koruma amaçlıdır¹⁹⁸. Diğer bir görüş de alacağın temlikindeki yazılı şeklin amacını, temlik olayının dışarıya karşı belirtilme olarak yorumlar¹⁹⁹. Daha açık bir ifadeyle, temlikin kanun tarafından şekle bağlanmasının nedeni borçluyu korumaktan daha fazla temlik olayının üçüncü kişilerce ve özellikle borçlu tarafından kolaylıkla tanınabilmesini mümkün kılmaktadır²⁰⁰. Ayrıca yazılı şekil, alacağın temliki ile temlik borcunu oluşturan sözleşmenin birbirinden ayrılmasını da kolaylaştırmış olur²⁰¹.

C. Alacağın Temliki Vaadinde Şekil:

Kanunda bir engel bulunmadıkça bir alacağın temliki vaadi mümkündür. Bir alacağın temliki vaadinde bulunmak, alacak hakkının doğrudan doğruya bir malvarlığından diğerine geçmesini sağlamaz. Vaadolunan taraf, vaad sözleşmesi gereği “vaadeden temlik sözleşmesini yapmadığı takdirde” temlik sözleşmesini yaptırma talep hakkına sahiptir. Alacağın temliki bir tasarruf işlemi olduğu halde, alacağın temliki vaadi niteliği itibariyle borç doğuran bir işlemdir. Yani alacağın temlikinden bağımsız bir sözleşmedir. BK. m. 163/2. fıkrası alacağın temliki vaadini hiç bir şekle tabi tutmamıştır. Bu da çok doğrudur. Çünkü, yukarıda gördüğümüz gibi hukukçular aşağı yukarı temlikte yazılı şeklin amacının üçüncü kişilerin özellikle borçlunun lehine olduğunu söylemektedirler. Çünkü alacağın temlikinde

¹⁹⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1089; VELİDEDEOĞLU, s. 346; EREN, s. 1222.

¹⁹⁸ BAŞTUĞ, s. 202; İNAN, s. 387; ARAL, s. 114 “Bkm. 163/I’deki şekil mecburiyetinin amacı temlik edeni acele kararlara karşı korumak değildir. Zira kanun koyucunun amacı bu olsaydı, temlik taahhüdü içinde yazılı şekil öngörülürdü. Oysa kanun koyucu temlik taahhüdünü her hangi bir şekil şartına bağlamamıştır”.

¹⁹⁹ VELİDEDEOĞLU, s. 345; FRANKO, s. 181; ARAL, s. 115.

²⁰⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1038; EREN, s. 1221.

borçlu bir edimde bulunma mecburiyetindedir. Alacağın temlik vaadinde ise borçlu bir edimde bulunma mecburiyetinde değildir. Sadece temlik vaadinde bulunan kimse, gelecekte bir temlik sözleşmesi yapmakla yükümlüdür.

BK. 163/2. Fıkrası ile BK. 22/2. Fıkrası arasında ihtilaf veya anlam kargaşası söz konusudur ve bu BK. 163/2. Fıkrasının BK. 22/2. Fıkrasındaki genel kuralın aksini düzenlediği kanaatini uyandırmaktadır. Ancak Borçlar Kanununun 163/2. fıkrası Bk. 22/2. fıkraya aykırı değildir. Çünkü BK. 163/2. fıkrasında gösterilen bu hal BK. 22/2. fıkrası içine giren bir ön sözleşme değildir. Alacağın temlik vaadi başlı başına bir borç sözleşmesidir. Ayrıca alacağın temlik vaadi niteliği itibariyle sözleşme vaadinden farklıdır; alacağın temlik vaadinde iki safha olduğu halde, normal sözleşme (Akit) vaadinde üç safha vardır²⁰².

Alacağın temlik karşılıklı ise temlik vaadi satışa benzer ve bir alacağın satışı da BK. 182. m. hükmüne göre hiçbir şekilde bağlı değildir. Burada BK. 163/2. Fıkrası hükmüne göre hiçbir sorun yoktur. Ancak temlik karşılıksız ise temlik vaadi yazılı şekilde yapılmalıdır. Çünkü burada bir bağışlamada bulunma söz konusudur. Bu da yazılı şekli öngören BK. 238/I. fıkrası hükmünün uygulanmasını gerektirir “Hibe taahhüdünün muteber olması tahriri olmasına mütevakıftır”²⁰³.

Ş.7. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KONUSU VE KAPSAMI

Alacağın temlikinin konusu, borç ilişkisinin tamamı olmayıp, bu borç

²⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 1038; İNAN, s. 387.

²⁰² Bkz. DAYINLARLI, s. 100 - 105.

²⁰³ Karşılıksız temlik vaadinde, Bk. 163/2. Fıkrasının uygulanmamasının nedeni: bu madde genel hükümler arasında yer almaktadır. Buna karşın Bk. 238. Maddesi borçlar kanununun özel kısmında yer alan bir kuraldır. Genel kurallar, kanun koyucunun özel kural koymadığı her yerde uygulanır.

ilişkisinden doğan alacak veya alacaklardır²⁰⁴.

Bir borç ilişkisinden doğan bütün alacakların temlik halinde de, borç ilişkisi aynı kalır; yani alacaklı taraf alacaklı sıfatını ve borçlu taraf borçlu sıfatını kaybetmez. Bunun tersi istenirse, ancak her iki tarafın rızasıyla olabilir buna da doktrinde “sözleşmenin devri” veya “sözleşmenin yüklenilmesi” denir²⁰⁵. Borç ilişkisinden doğan alacak veya alacakların temlik ile borç ilişkisi arasında çok önemli farklılıklar vardır²⁰⁶. İlke olarak her türlü alacak temlik edilebilir. Böylece sadece borç ilişkisinden doğan borçlar değil, (aile, miras, eşya vb. ilişkilerden doğan alacaklar temlik edilebilir)²⁰⁷. Ne var ki aynı hakların nitelikleri itibariyle alacağın temlik yoluyla temlik mümkün değildir²⁰⁸; ancak bu haklardan doğan alacak hakları temlik edilebilir. (Mesela Rehinli alacağın temlik)

Ayrıca alacak hakkı hangi kaynaktan doğmuş olursa olsun temlik mümkündür (Kanundan, sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklar temlik edilebilir)²⁰⁹.

Temlik işleminin geçerli olabilmesi için mutlaka bir alacak bulunmalıdır. Çünkü olmayan bir alacağın temlik temellük edeni alacaklı kılmaz; Alacak hakkının düşmesi sona ermiş olması gibi durumlarda, borçlu temellük eden kişiye karşı bunu geniş anlamda def'i olarak ileri sürebilir. Ancak alacak hakkının, temlik esnasında

²⁰⁴ ÖNEN, s. 90; ERDOĞAN, s. 486; DAYINLARLI, s. 57; EREN, s. 1213, 1222.

²⁰⁵ EREN, 1213.

²⁰⁶ Bkz. DAYINLARLI, s. 57, 60; EREN, s. 1213.

²⁰⁷ DAYINLARLI, s. 55; EREN, s. 1224; Mk. 5. Madde “Bu kanun ve Borçlar kanununun gelen nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”.

²⁰⁸ Nesnel talep haklarının devredilebilmeleri olanaksızdır; örneğin bir malikin, kendisine ait bir şeyi elinden zorla alana karşı nesnenin geri verilmesine ilişkin talep hakkı veya haksız saldırının önlenmesine ilişkin talep hakkı ya da tapu tütüğünün düzeltilmesine ilişkin talep hakkı (Mk. 683 MK. 1025).

²⁰⁹ BAŞTUĞ, s. 203; ÖNEN, s. 90; DAYINLARLI, s. 55; EREN, s. 1223.

mevcut olması zorunlu olmayıp ilerde doğacak bir alacağın temliki de mümkündür.

Müteselsil alacaklılardan biri de alacak hakkını temlik edebilir. Bu durumda, temellük eden kişi diğer alacaklılarla birlikte müteselsil alacaklı niteliğini kazanır. Ayrıca alacağın toptan temliki ve alacağın kısmi temliki de mümkündür²¹⁰. Burada önemli olan temlik konusu alacağın BK. m. 162. maddesine aykırı olmamasıdır²¹¹.

Alacağın temlikinin kapsamına gelince; bir alacak hakkı temlik edildiğinde bunun kapsamına, sadece asıl hak değil, buna bağlı yani alacak hakkına bağlı ferî haklar, rüçhan hakları, inşai haklar, faiz ve teminat hakları da girer²¹². (BK. m. 168.

I. TEMLİKİN KONUSU

A. Alacağın Tam ve Kısmi Temliki

Bir borç ilişkisinden doğan alacağın tamamının temliki mümkündür; mesela bir kira sözleşmesinden doğan bedelin tamamı temlik edilebilir. Bunun yanında bir tek alacak veya birden çok alacak da temlik edilebilir. mesela çeşitli borç ilişkilerinden doğan alacakların tek bir temlik sözleşmesiyle temlik edilebilir. Aynı zamanda alacağın kısmi temliki de mümkündür²¹³. Mesela bir satış sözleşmesinden doğan alacağın bir bölümü temlik edilebilir, temlik eden alacağın diğer bölüm veya bölümlerini elinde tutabilir (saklayabilir) veya temlik eden örnekteki satış sözleşmesinden doğan alacağını bölerek bir kaç kişiye temlik edebilir. İşte bu iki

²¹⁰ Kısmi temlikte, alacağın bölünebilir olması gerekir.

²¹¹ Bk. 162. M. İ.F. “Kanun veya akit ile veya işin maliyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir” emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine genel ahlaka, adaba ve kişilik haklarına aykırı olan temlikler geçerli değildir.

²¹² TUNÇOMAĞ, s. 1103 - 1106; İNAN, s. 389; FRANKO, s. 186, 187; ERDOĞAN, s. 490; KARAHASAN, s. 1700; EREN, s. 1226.

²¹³ ÖNEN, s. 90; ERDOĞAN, s. 489; EREN, s. 1224; DAYINLARLI, s. 55.

halde kısmi temlik söz konusudur. Daha önce de söylediğimiz gibi hukuken kısmi temlikler geçerlidir, ancak bu gibi temliklerin geçerliliği iki şarta bağlıdır. Bunlardan ilki kısmi temlike konu olan alacağın zarara uğramadan bölünebilir olması,²¹⁴. ikincisi ise, kısmi temlikin borçlunun durumunu ağırlaştırmamış olmasıdır. Temlik eden sırf borçlunun durumunu zorlaştırmak için alacağını bir çok parçaya ayırarak bir çok kişiye temlik edebilir; işte burada temlik eden hakkını, suistimal ettiği (kötüye kullandığı) için, yaptığı temlik işlemleri geçerli olmamalıdır. Örneğin 10.000 liranın 100 liralık kısımlar halinde temlik etmiş olması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusudur²¹⁵.

B. Süreye veya Şarta Bağlı Alacağın Temliki

Alacağın süreye veya şarta bağlı temliki mümkündür²¹⁶. Taraflar kendi iradeleriyle bir alacağın doğumunu ve ortadan kalkmasını gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlayabilirler; buna şarta bağlı alacağın temliki denir. Mesela, “A”, yarışta birinci geldiği takdirde, yarışı düzenleyen “B”den alacağı ikramiyeyi Ü’ye temlik edebilir. Taraflar hukuki işlemin sonuç doğurmasını veya sonuçlarının ortadan kalkmasını gelecekteki gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlayabilirler, buna da süreye bağlı alacağın temliki denir. Mesela; yüklenici “A”, borçlu olduğu bankaya borcunu ifa etmek için iş sahibi ‘B’den iki ay sonra vadesi gelecek olan bir alacağını temlik edebilir.

Alacakları şarta veya süreye bağlı temlikinin, mevcut veya müstakbel

²¹⁴ FRANKO, s. 185; ERDOĞAN, s. 489; ÖNEN, s. 90; EREN, s. 1224.

²¹⁵ FRANKO, s. 185.

²¹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1082; ÖZSUNAY, s. 186; ÖNEN, s. 90; EREN, s. 1223; DAYINLARLI s. 55, KILIÇOĞLU, s. 546.

alacakların temlik katagorisine girdiği ya da bunlardan bağımsız bir tür temlik mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir grup yazar şarta veya süreye bağlı alacağın temlikinin mevcut alacaklar kapsamına girdiğini savunurken²¹⁷ diğer bir grup bu gibi temlikin, müstakbel alacağın temlik kapsamına girdiğini savunmaktadır²¹⁸. Diğer bir üçüncü görüş BK. 150. maddesine dayanarak alacağın şarta veya süreye bağlı temlikinin, niteliği itibariyle mevcut ve müstakbel alacaklardan ayrı ve bağımsız olduğunu savunmaktadır²¹⁹. Biz de bu son görüşe katılıyoruz.

C. Müstakbel Alacağın Temlik

Temlik edildiği anda henüz mevcut olmayan ancak ileride doğacak alacağa müstakbel alacak denir. Eskiden müstakbel alacağın temlike konu olup olamayacağı doktrinde tartışılmıydı²²⁰. Modern görüşte müstakbel alacakların temlik tartışmasız kabul edilmektedir²²¹. Müstakbel alacağın temlike konu olabilmesi için söz konusu alacağın temlik sözleşmesinin yapıldığı an değil alacağın doğduğu an belirli veya belirlenebilir olması yeterlidir²²².

Müstakbel alacağın temlikinde, alacağın, temlik edenin mi veya temellük edenin mi malvarlığında doğacağı alacağı hukukçular arasında tartışma

²¹⁷ Çünkü BK. 485. Maddesi her iki çeşidi (Müstakbel ve şarta bağlı) temlik ayrı ayrı ifade etmiştir.

²¹⁸ Çünkü doğuş şartlarından biri eksik olan alacaklar müstakbel alacaklar sayılır.

²¹⁹ Ayrıntılar için Bkz. ARAL, s. 108, 109.

²²⁰ Bir görüşe göre, bu tür alacaklar da, kesinlikle temlik edilebilir. Mesela henüz kurulmamış bir satım sözleşmesinden doğan alacak hakları. İkinci görüş ise müstakbel alacağın temlik edilebilir olması için, temlik yapıldığı anda temlik edenle temellük eden arasında, ileride alacak doğuracak bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. mesela temlik yapıldığı anda mevcut bir kira aktinden ileride doğacak kira alacakların temlik bu iki görüş arasındaki sınırı çizmek gayretinde bulunanlar oldu. Ancak bunun güçlüğüne değinerek birinci görüşü kabul ettiler (BK. ÖZSUNAY, s. 186; ARAL, s. 107).

²²¹ TUNÇOMAĞ, s. 1082; EREN, s. 1223; DAYINLARLI, s. 55, 56; KILIÇOĞLU, s. 546.

²²² Federal Mahkemenin görüşü bu yöndedir (12 Mayıs 1987 tarihli kararı ayrıca bu görüş doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir (Bkz. ARAL, s. 109; EREN, s. 1223).

konusudur²²³. Bir görüşe göre alacak doğrudan temellük edenin malvarlığından doğar²²⁴. Diğer bir görüşe göre, alacak bir an için de olsa temlik edenin malvarlığında doğar daha sonra kendiliğinden temellük edene geçer. Yargıtay ikinci görüş yönünde karar vermiştir (Yargıtay 13. HD'nın 22.02.1994 gün ve E. 1993/159; K 1994/1679)²²⁵.

Taraflar müstakbel alacağın kimin malvarlığında doğacağını temlik sözleşmesinde kararlaştırabilirler. Bizce birinci görüşün uygulanması işlemlerde daha fazla istikrarı sağlar. Bunun için biz bu görüşü savunanlara katılıyoruz. Aynı zamanda müstakbel alacağın temlikinde alacağın doğrudan temellük edene geçmesi temlik edenin lehinedir.

D. Toptan “Topyekün” Temlik

Bir kimse belli bir işletmesinden doğan mevcut ve müstakbel alacaklarının tümünü, üçüncü bir kişiye temlik edebilir²²⁶; buna doktrinde alacağın “Toptan veya Topyekün Temliki” adı verilmektedir. Toptan temlik “İnançlı devreden bir faaliyet alanından doğan mevcut ve müstakbel alacaklarının tamamını teminat amacıyla devretmesidir”²²⁷. Gerek mehz İsviçre Borçlar Hukukunda gerek Türk Borçlar Hukukunda, mevcut ve müstakbel tüm alacakların temlikini yasaklayan hiçbir hüküm yoktur²²⁸. Ancak bu gibi temlik MK. m. 23/II ve BK m. 19/II ve 20.

²²³ Bkz. EREN, s. 1223; DAYINLARLI; s. 55.

²²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1082.

²²⁵ DAYINLARLI, s. 55.

²²⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1083; DAYINLARLI, s. 56, 57; EREN s. 1223.

²²⁷ ARAL, s. 95.

²²⁸ ARAL, s. 123.

Maddelerine aykırı yapılırsa geçersizdir²²⁹. Mevcut ve müstakbel alacakların temliki, ancak kişilik haklarına aykırı olmadığı takdirde geçerlidir. Bir kimse hiçbir zaman ve konu kısıtlaması yapmadan, ne suretle olursa olsun, tüm işletmelerinden doğmuş ve doğacak tüm alacaklarını temlik etmesi, ahlaka, genel düzene aykırı olduğu, kişiyi ‘Temlik Edeni’ yaşam ve kazanç imkanından yoksun koyduğu için geçersizdir. Ancak bir kimse, bir veya bir kaç işletmesinden doğan mevcut ve müstakbel alacakların tümünü zaman sınıрыyla, temlik edebilir ve bu da MK 23. Maddesine aykırı değildir. “Topyekün temlikin süresinin uzunluğu, edim karşı edim dengesinin bulunmaması ve kredi alanın iktisaden zayıf olması, şahsiyet haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez”²³⁰.

E- Takip Konusu Alacağın Temliki:

BK. 162.m/1.f ve 167.m/1.f hükümlerine göre, henüz mülkiyeti kesinleşmemiş bir alacağın temliki dahi mümkündür. Alacaklı borçlunun rızası olmaksızın takibe konu alacağını üçüncü kişiye temlik hakkına sahiptir.

Takip konusu alacağın temlikinde yazılı şekil şartı takip konusu alacağın temlikinde şekil şartı icra dairesine temlik beyanını içeren bir dilekçe verilerek veya takip dosyasına yazılı beyanda bulunulmak sureti ile gerçekleştirilebilir. Takip konusu alacağın borçlusuna, temlik keyfiyeti yazılı bir bildirim ile (muhtıra) iletilir. Bu bildirim amacı, borçlunun eski alacaklıya haricen ödemesini önlemektir.

²²⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1083; DAYINLARLI, s.56, 57; EREN, s. 1223, ARAL, s. 123.

²³⁰ Ayrıntılar için bakınız, ARAL, s. 121 - 128.

F. Temlik Mümkün Olmayan Alacaklar

BK. 162.m.1.f. hükmüne göre alacağın temlik edilebilmesi için hukuki her hangi bir engelin bulunmaması gerekir. Bu engeller kanun hükmünden, akitten veya işin niteliğinden kaynaklanmış olabilir.

a. Kanundan Dolayı Alacağın Temlikinin Mümkün Olmadığı Haller

aa- Manevi Tazminat Talep Hakları:

MK. 25. 4.fıkrası ‘‘Manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.’’ Bu maddeye göre manevi tazminat talep hakkının temlik, borçlu tarafından kabul edildiğinde ancak geçerli olabilir.

Manevi tazminat talep haklarının temlik edilememesinin altında yatan şudur, manevi tazminattan amaç mağdurun hislerini korumaktır, böylece mağdur olan tarafın acısını dindirmeye tahsis edilen bu manevi zarar tazminatı temlik edilemez.

Manevi tazminata ilişkin hükümler MK'nun 26.m.2.f, 174.m.2.f; BK'nun 47., 49. Maddelerinde de yer almıştır. Manevi tazminat alacağının temliki konusu doktrinde tartışmalıdır²³¹

bb- İş Verenin Hizmet Akdinden Doğan Alacakları:

BK.320.2. fıkrasına göre işveren, işçiye karşı sahip olduğu alacak hakkını ilke olarak üçüncü bir kişiye temlik edemez²³². Ancak işveren iki durumda, işçiye karşı sahip olduğu alacağını temlik edebilir, birincisi, işverenle işçi arasında, hizmet hakkının temlikini geçerli kılan (sağlayan) bir sözleşmenin bulunması, ikincisi halin icabından temlikin caiz olduğu anlaşılırsa²³³.

cc- Ariyet Alanın Hakkı:

BK. 300.m.2. fıkrasında, “Ariyet alan, ariyeti başkasına kullanıramaz.” Bu fıkranın hükmüne göre ariyet alanın alacak hakkı, üçüncü şahsa temlik edilemez²³⁴. Çünkü ariyet alan, ariyet sözleşmesine konu olan şeyi kullandıktan sonra aynen iade etmek zorundadır²³⁵. Bazı yazarlar ariyet hakkını bir alacak hakkı olarak

²³¹ Eski medeni kanuna dayanan doktrin manevi tazminat alacağın temliki konusunda ikiye ayrılmaktaydı. (Burada tartışma konusu manevi tazminat talep hakkı değil, çünkü manevi tazminat talep hakkı her iki görüşe göre temlik edilemez. Buradaki tartışma konusu, manevi tazminat alacakların temlikidir.) Bir görüşe göre manevi tazminat alacakları temlik edilemez. Gerekçeleri ise, bu haklar hukuken şahsa sıkı sıkıya bağlı niteliktedir. İkinci görüş ise, manevi tazminat alacağı mahkemece hükme bağlanmış ise veya tazminatın sorumlusu tarafından tazminat alacağı kabul edilmiş ise, diğer alacaklar gibi temlik edilebilir. (Bk. DAYINLARLI, s.156-159) Bizce ikinci görüş daha yerindedir olanlar daha doğru yöndedirler çünkü burada temliki mümkün olmayan, sadece manevi tazminat talebidir. Mağdur talebini sununca artık hakkını dava konusu bir alacak konumuna getirmiştir. Dava konusu alacağın temliki de mümkündür. Nitekim MK. 25.m.4 fıkrasında da aynı temelden hareket etmiştir.

²³² FRANKO, s. 184; TUNÇOMAĞ, s.1083; BAŞTUĞ, s. 204; ÖZSUNAY, s. 187; EREN, s. 1224; DAYINLARLI, s. 160

²³³ DAYINLARLI, s. 161

²³⁴ DAYINLARLI, s. 163; TUNÇOMAĞ s. 1083; KARAHASAN, s. 1698; ÖZSUNAY, s. 187

²³⁵ DAYINLARLI s. 163

nitelendirmektedir, buna göre bu hakkın temlik edilememesini bir kanuni temlik yasağı olarak kabul etmektedir²³⁶.

dd- Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının Hakkı:

BK. 519. maddesine göre alacaklı taraf bakım sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü bir kişiye temlik edemez.

ee- Ürün (Hasılat) Kirasında Kiracının Hakkı:

BK. 254.m.1. fıkrası. ürün kirasında kiracının alacak hakkının temlikini yasaklamıştır. Bu maddede temlik yasağı açıkça ifade edilmemesine rağmen, bu hüküm hasılat sözleşmesinin niteliğinden çıkarılabilir²³⁷.

ff- Emekli Maaşının Üç Aylık Miktarını Aşan Temlik

5434 sayılı Emekli Sandığı kanununun 120. Maddesinin son fıkrasına göre, temlik belgesinin verildiği günden başlamak üzere üç aylık süre sonuna kadar devam eden dönemde doğan aylıkların temlik geçeri, daha sonraki döneme ilişkin olanlar geçersizdir. Emekli maaşını konu eden temlik, yukarıda belirtilen miktarı aşarsa geçersizdir ve hakim bu re'sen göz önüne alması gerekir²³⁸.

gg- İşçi Ücretinin Saklı Kısmı:

1475 sayılı iş kanununun 28. Maddesinde “işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası Başkasına devir ve temlik edilemez” hükmü yer almıştır. “Bu hükümle işçilerin ücretlerini temlik suretiyle bundan mahrum kalmaları önlenmek

²³⁶ BAŞTUĞ, s. 204, dipnot, 7

²³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1083

istenmiştir”²³⁹. İşçi ücretleri hakkındaki bu kanun hükmü kamu düzenindedir. Taraflar arasındaki sözleşmede veya işçiyle üçüncü kişiler arasındaki sözleşmeyle bu hükmü bertaraf etmek geçersizdir²⁴⁰.

Yukarıda zikrolunan, temliki kanunen mümkün olmayan alacaklar örnek olarak verilmiştir. Farklı kanunlarda bazı alacakların temlik edilemezliği hükmüne bağlanmıştır²⁴¹.

b. Hukuki İlişkinin Niteliğinden Dolayı Temliki Mümkün Olmayan Alacaklar:

Bazı alacaklar, alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlıdır ve ancak kendisi tarafından kullanılabilir. Bu gibi alacakların temliki halinde, alacağın türü, konusu ya da amacı tehlikeye uğrar²⁴². Bu yüzden hukuki işin niteliği icabı bu gibi alacakların temliki mümkün değildir. İşin hukuki niteliğinden dolayı alacağın temlikinin mümkün olup olmadığı hakim takdirine bırakılmıştır. Hakim her somut olaya göre değerlendirmesini yapacaktır²⁴³.

MK. 364. Maddesi hükmüne göre “Herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.” Nafaka hakkı, işin niteliğinden dolayı temliki mümkün olmayan

²³⁸ Bkz. DAYINLARLI, s. 162-163

²³⁹ KILIÇOĞLU, s. 547

²⁴⁰ DAYINLARLI, S. 164, 165

²⁴¹ Kamu hukukundan doğan kamu alacaklarında temliki mümkün değil, adi ortaklık sözleşmesinde ortağın hakkı tartışmalı olmasına rağmen, iş kanunu uyarınca işçilerin iş sigortalarından doğan alacak hakları... vs.

²⁴² TUNÇOMAĞ, s. 1084; ÖZSUNAY, s. 187; ÖNEN, S. 90; BAŞTUĞ, s. s. 205; KARAHASAN, s. ; DAYINLARLI, s. 169; EREN, s. 1225; KILIÇOĞLU, s. 549

²⁴³ KILIÇOĞLU, s. 548, DAYINLARLI, s. 170 “Temlik edilememe hallerinden olan kanun tarafından öngörülen temlik edilememe ve tarafların akdi olarak sözleşmeye getirdikleri, temlik

alacaklara verilen klasik bir örnektir. Nafakadan amaç, aile üyelerinin korunmasıdır. Kanun Koyucu tarafından öngörülen bu amaç nafakanın temlik etmesiyle bozulur veya tehlikeye uğrar²⁴⁴.

c. Sözleşme Gereği Temlik Mümkün Olmayan Alacaklar:

Sözleşmenin tarafları, sözleşmeyi yaparken veya daha sonra bu sözleşmeden doğan alacakların temlikini yasaklayabilirler. Burada sözleşmeden doğan bir iradi temlik yasağı söz konusudur²⁴⁵. Bu da kanunen geçerlidir. Örneğin ‘A’ ve ‘B’ bir satış sözleşmesi yaparken veya daha sonra bu sözleşmeden doğan alacakların başkasına temlikini yasaklayabilirler. Bu yasaklama genel olabileceği gibi kısmi de olabilir²⁴⁶.

Temlik yasağı belli bir süreye bağlanabilir²⁴⁷. Örneğin belli bir sözleşmeden doğan alacakların bir yıl geçmeden temlik edilememesi. Aynı zamanda temlik yasağı şarta da bağlanabilir²⁴⁸. Örneğin alacak borçlunun muvafakatiyle veya tebliğiyle temlik olunabilir.

edilememenin aksine Kanun Koyucu tarafından işin niteliğine bağlı temlik edilememe halleri hakimnin takdirine bırakılmıştır.”

²⁴⁴ ÖZSUNAY, s. 187; KARAHASAN, s. 1698; DAYINLARLI, s. 174; EREN, 1225; KILIÇOĞLU, s. 549.

Bazı Yazarlar birikmiş nafaka alacağının temlikini kanul eder, (Bkz. DAYINLARLI, s. 174) diğer bazı yazarlar, nafaka belli bir miktar paradan ibaret ise temlikini geçerli görmektedir, bu yazarlara göre temlik mümkün olmayan nafaka alacakları, alacaklarının ihtiyacına göre tayin olunan nafaka alacaklarıdır. “Belli bir miktar para olarak değil de, alacaklının ihtiyacına göre tayin olunan nafaka alacakları Devredilemez.” TUNÇOMAĞ, s. 1084

²⁴⁵ ÖZSUNAY, s. 167; KARAHASAN, s. 1698; DAYINLARLI, s. 165; EREN, s. 1225; KILIÇOĞLU, s. 547; TUNÇOMAĞ, s. 1084; BAŞTUĞ, s. 205

²⁴⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1084; KARAHASAN, s. 1698; DAYINLARLI, s. 165; EREN, s. 1225

²⁴⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1084; EREN, s. 1225

²⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1084; EREN, s. 1225

Temliki yasaklarken kanunda, belli bir şekle uyulma koşulu öngörülmemiştir²⁴⁹. Ancak bizce temlik yasağı yazılı şekilde yapılırsa, işlemlerde istikrar daha fazla sağlanmış olur²⁵⁰.

d. Temliki Mümkün Olmamasına Rağmen Temlik Edilen Alacakların Hüküm ve Sonuçları:

Temliki mümkün olmayan bir alacak buna rağmen temlik edilmişse, temlik hem taraflar, hem de üçüncü kişiler karşısında hükümsüz olacağı için alacak yine temlik edene ait olmaya devam eder²⁵¹. Temlik yasağı borçlunun çıkarını korumak için konulmuşsa, borçlu temlike izin vererek geçerlilik kazandırabilir²⁵². Borçlu tarafından temlike verilen bu izin, verildiği andan değil, temlikin yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazandırır. Çünkü borçlunun izni geriye yöneliktir²⁵³. TUNÇOMAĞ'a göre temliki mümkün olmayan bir alacak buna rağmen temlik edilmesi, alacaklı tarafından tahsil için verilmiş yetki saymak da mümkündür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere temliki mümkün olmayan bir alacak temlik edilse, hiç bir sonuç doğurmaz; temellük edenin iyi niyetli olması da bu sonucu

²⁴⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1084; KARAHASAN, s. 1698

²⁵⁰ DAYINLARLI, bu konuda temlik yas. ının yazılı şekilde olmalı söylerce gibi bir imada bulunmuştur “Alacağın temlikini yasaklayan anlaşmanın hukuki koşulları gerek iradelerin açığa vurulması (BK.m.1) gerekse şekil yönünden (Bk. M.12) bir sözleşmenin yapılmasındaki genel kurallara tabidir” s. 166

²⁵¹ ÖZSUNAY, s. 187; TUNÇOMAĞ, s. 1084; BAŞTUĞ, s. 205; EREN, s. 1225

²⁵² Borçlunun bu gibi temlike izin vererek geçerlilik kazandırması, sadece sözleşme gereği temliki mümkün olmayan alacaklarda değil, kanunen temliki mümkün olmayan alacaklarda da olabilir, ancak alacağın temlikinin mümkün olmadığı kamu düzene bağlı olduğunda veya kanunun amir kuralları gereği temliki yasaklanmış bulunduğu hallerde borçlu razı olsa dahi temlik işlemi geçerli olmaz. Alacağın hukuki işin niteliği gereği yasaklanmış olması halinde borçlu izin verse dahi bu gibi alacağın temliki mümkün olmaz. Çünkü burada temlik, hukuki işin konusunu veya amacını tehlikeye atar (ÖNEN, s. 91)

²⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 1085; EREN, s. 1225

değiştirmez.²⁵⁴ Ancak BK. m. 162. 2. sözleşme gereği temlik mümkün olmayan alacaklar için bir istisna koymuştur²⁵⁵. Bu maddeye göre iyi niyetli bir kimsenin temlik mümkün olmayan bir alacağı temlik yasağını belirtmeyen yazılı bir borç ikrarına dayanarak, temellük etmesi geçerlidir²⁵⁶. Borçlu da alacağın sözleşme gereği temlikinin mümkün olmadığı defini temellük edene karşı süremez²⁵⁷.

II. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KAPSAMI

Kural olarak alacağın temlikinin kapsamını sözleşmenin tarafları belirler²⁵⁸. Ancak taraflar, temlik işleminin kapsamını belirtmedikleri hallerde bile, alacak hakkı (asıl alacak hakkı) yalnız başına değil, bununla birlikte diğer bir takım haklar da temellük edene intikal eder. Yedek hukuk kuralı konumunda olan BK. 168. maddesine göre, temlik eden kimsenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olan haklar dışında rüçhan hakları ve diğer fer'i haklar alacakla birlikte temellük edene geçer.

Asıl alacakla intikal eden diğer hakları üçe ayırmak mümkündür.

A. Feri Haklar

BK. 168.1. fıkrasına göre “Alacağın temlikinde temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada diğer müteferri haklar dahil olur.” Bu fıkraya göre temlik

²⁵⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1085; ÖZSUNAY, s. 187; KARAHASAN, s. 1698; ÖNEN, s. 91

²⁵⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1085; KILIÇOĞLU, s. 547.

²⁵⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1085; KARAHASAN, s. 1698; KILIÇOĞLU, s. 547, 548

²⁵⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1085; BAŞTUĞ, s. 205; KARAHASAN, s. 1698; ÖZSUNAY, s. 188, EREN, s. 1226

²⁵⁸ ÖZSUNAY, s. 188; KARAHASAN, s. 1700

edenle temellük eden arasında fer'i hakların geçmesini sağlayan özel bir anlaşmanın yapılmasına gerek yoktur²⁵⁹.

Bu fer'i haklar kanun hükmünden ötürü, asıl alacakla birlikte temlik edenden, temellük edene geçer, şu var ki taraflar anlaşarak bu fer'i hakların bertaraf edilmesini kararlaştırabilirler²⁶⁰. Çünkü yukarıda söylediğimiz gibi BK. 168. maddesi kanunun amir kurallarından değildir²⁶¹.

a. Alacağa Bağlı Faizler:

Faiz hakkı alacağa bağlı olan önemli fer'i haklardan biridir. Faiz hakkı alacağın büyümesine neden olan fer'i haklardandır²⁶². Alacağın temlikinden itibaren faizler temlik edilen için doğarlar, hatta BK. 168. 3. fıkrasına göre temlikten önce doğmuş ancak temlik eden tarafından tahsil edilmemiş faizler de temlikle birlikte temellük edene geçer, meğer ki taraflar bunun tersini kararlaştırmış olsunlar. Alacakla birlikte intikal eden yalnızca sözleşmeye dayalı iradi faizler olmayıp kanuni faizler de temlikle birlikte temellük edene geçer.²⁶³

b- Alacağa Bağlı Teminat Hakları

Teminat hakları da asıl alacakla temellük edene geçer. Teminat hakları, asıl alacağı güvence altına alan fer'i haklardandır²⁶⁴.

²⁵⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1106; ÖZSUNAY, s. 188; FRANKO, s. 186; KARAHASAN, s. 1700, EREN, s. 1228.

²⁶⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1105; ÖZSUNAY, s. 188

²⁶¹ KARAHASAN, s. 1700

²⁶² TUNÇOMAĞ, s. 1104; DAYINLARLI, s. 247

²⁶³ ÖNEN, s. 91; FRANKO, s. 186; DAYINLARLI, s. 240; EREN, s. 1228.

²⁶⁴ DAYINLARLI, s. 246; ÖNEN, s. 91

aa. Aynı Teminat Hakkı

aaa. Taşınır Rehni

Alacaklı, taşınır malı elinde bulundurarak alacağını güvence altına almış olur. Alacaklı, taşınır rehni ile güvence altına alınan alacağını temlik ettiği BK. 168. 1. fıkrası hükmüne göre taşınır rehin hakkı alacakla birlikte temellük edene geçer. Çünkü taşınır rehni MK. 939. maddesi hükmüne göre eşya cinsinden alacağa bağlı ferî bir haktır. Temlik eden ve temellük eden taşınır rehin hakkının alacakla birlikte geçmeyeceğini kararlaştırabilirler²⁶⁵. Bu da BK. m. 168. 1. fıkrası hükmüne aykırı değildir.

bbb. Taşınmaz Rehni (ipotek)

Taşınmaz (gayrimenkul) rehni bir alacağı güvence altına almaya tahsis edilen bir haktır. BK. 113.m.1.f. hükmüne göre taşınmaz rehni fer’î bir haktır, böylece BK. 168.m.1. fıkrasına göre bu hak temin ettiği alacakla birlikte temellük edene geçer²⁶⁶. Temlik tarafları, ipoteğin kısmen veya tamamen geçmeyeceğini kararlaştırabilirler. Alacağın temlikinin şekline gelince MK. 981. maddesi hükmüne göre ipotekle temin edilmiş bir alacağın temliki hiçbir şekilde bağlı tutulmamıştır. “İpotekle güvence altına alınmış bir alacağın devrinin geçerli olması, devrin tapu kütüğüne tescil edilmesine bağlı değildir” BK. 163.m.1. fıkrasına göre ipotekli alacağın temliki yazılı şekilde yapılmış olması geçerliliği için yeterlidir²⁶⁷.

²⁶⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1104, ancak TUNÇOMAĞ, taşınmaz rehininin alacakla birlikte geçmeyeceği taraflarca kararlaştırılmışsa bu rehinden vazgeçme anlamına geleceğine dair bir görüşü vardır “Yanlar yapacakları bir anlaşma ile kefalet ve taşınır rehininin temlik edilene geçişine engel olabilir. Fakat taşınır rehni alacak olmaksızın varlığını devam ettirmeyeceğine göre, onun saklı tutulması, rehinden vazgeçme anlamına gelecektir; oysa taşınmaz rehni alacaktan hiç ayrılmayacağına göre, bu rehin saklı tutularak yapılacak temlik batıl sayılacaktır” Bu görüşe göre bir bütün olarak katılmak mümkün değil, çünkü taşınır rehni alacağın bir güvencesidir, bu güvence yok olsa bile alacak bir adi alacak olarak temliki mümkündür.

²⁶⁶ DAYINLARLI, s. 247

²⁶⁷ DAYINLARLI, s. 251

bb. Şahsi Teminat Hakkı

Şahsi teminat hakkı konusunda, sadece kefalet hakkını örnek göstererek yetineceğiz. Kefalet niteliği itibarıyla şahsi bir teminattır²⁶⁸. Kefalet aynı zamanda bir şahsi ferî haktır. Böyle olunca asıl alacakla temellük edene geçer²⁶⁹. Ancak kefaletle teminat altına alınan bir alacak temlik edildiğinde, kefil tıpkı borçlu gibi alacaklının değişmesine rıza göstermek durumundadır²⁷⁰. Taraflar, kefalet hakkının asıl alacakla geçmeyeceğini kararlaştırabilirler²⁷¹. Kısmi temlikte alacaklı, kefaletin kendisinde kalmış olan kısım için bir teminat teşkil edeceğini şart koşabilir²⁷².

cc. Hapis Hakkı

Hapis hakkı, ferî nitelikli bir haktır²⁷³. Hapis hakkı borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde, alacaklı lehinde aynı bir güvencedir. Hapis hakkı sahibi, bu hakkını borçlu nezdindeki alacağının değerine eşit bir meblağ için kullanabilir. Hapis hakkı taşınır rehnine benzeyen aynı bir haktır. Ancak taşınır rehni sözleşmeden doğar. Hapis hakkı ise kanundan doğan aynı bir haktır. Hapis hakkı ferî bir hak olmasına rağmen temlik edilen alacakla birlikte temellük edene geçip geçmeyeceği doktrinde tartışılmalıdır; bu konuda görüşler ayrılmaktadır²⁷⁴. Birinci grup hapis hakkını (tüm çeşitlerini) ferî nitelikli bir hak olduğu için mutlak bir surette temellük edene geçeceğini savunur, buna karşıt görüş ise hapis hakkının bir ferî hak olmasına rağmen temellük edene geçmeyeceğini savunur. Bir üçüncü grup ise sadece maddi bir irtibata dayanan hapis hakkının temellük edene geçeceğini, hukuki ve ticari bir irtibata dayanan bir hapis hakkının temellük edene geçmeyeceğini savunur²⁷⁵.

²⁶⁸ Kefalet esas alacağı güvence altına aldığı, sebebiyle, alacaklıya aynı ve mutlak hak değil, şahsi ve nisbi hak tanır.

²⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1104; ÖZSUNAY, s. 188; KARAHASAN, s. 1700, EREN, s. 1228; DAYINLARLI, s. 241

²⁷⁰ ÖZSUNAY, s. 188

²⁷¹ TUNÇOMAĞ, s. 1104, ÖZSUNAY, s. 188; DAYINLARLI, s. 246

²⁷² FRANKO, s. 186; DAYINLARLI, s. 241

²⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 1104, ÖZSUNAY, s. 188; EREN, s. 1228; DAYINLARLI, s. 254

²⁷⁴ Ayrıntılar için bakınız, TANDOĞAN, Halûk, Hapis Hakkının Temliki, makale çalışması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Sa. 3-4, 1954, s. 222-230

²⁷⁵ TANDOĞAN, s. 230

“Kiracının hapis hakkı BK. 267 temellük edene geçebilir, oysa MK. 951’deki genel hapis hakkı temellük edene geçmez”²⁷⁶.

Bir hapis hakkının alacakla birlikte temellük edene geçip geçmeyeceğini kararlaştırırken MK. 950. maddesi ve BK. 168.m.1. fıkrasını göz önünde tutmak gerekir.

Yukarıda zikrettiğimiz fer’i haklara ilave olarak usta ve işçilerin kanuni ipotek hakkı, mülkiyeti saklı tutma hakkı²⁷⁷, dava açma hakkı ile icra takibinde bulunma hakkı temlik edene ait tazminat ve cezai şart alacağı fer’i haklardandır²⁷⁸.

B. Rüçhan ‘Öncelik’ Hakları:

Alacağın temliki ile, temellük edene geçecek olan diğer bir hak türü de rüçhan haklarıdır. Rüçhan haklarının alacakla birlikte temellük edene geçeceği BK.’nun 168. maddesinde hükme bağlanmıştır. Aynı madde rüçhan hakkının temellük edene geçebilir olması için aynı fer’i haklar gibi, bu hakların da temlik edenin şahsına bağlı olmamasını gerektirmiştir²⁷⁹. Rüçhan hakları alacaklıya diğer alacaklılardan önce (birden fazla alacaklı var ise) alacağını tahsil etme imkanını sağlar²⁸⁰.

Burada her şeyden önce imtiyazlı alacaklar söz konusudur. İmtiyazlı alacaklar borçlunun iflası halinde diğer alacaklara oranla bazı imtiyazlara sahiptir. İİK. 206. maddesinde imtiyazlı alacaklar sayılmıştır. Bu maddede adi ve rehinli alacakların sırası düzenlenmiştir²⁸¹. Yani bu alacaklar diğerlerinin önüne geçerler²⁸². Bir alacak temlik edildiğinde İİK. 206. maddedeki yerini koruyarak

²⁷⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1104; ÖZSUNAY, s. 188

²⁷⁷ EREN, s. 1228; Ancak TUNÇOMAĞ’a göre, mülkiyeti saklı tutma hakkı, taraflarca, geçeceği kararlaştırılmışsa ancak temellük edene geçer. “yanlar tersini kararlaştırmamışlarsa, mülkiyeti muhafaza kaydının temlik edilene geçmediği kabul edilmelidir” (TUNÇOMAĞ, s. 1105)

²⁷⁸ EREN, s. 1228; Ancak TUNÇOMAĞ’ın burada farklı bir görüşü vardır “gecikme için kararlaştırılmış ve temlikten önce muaccel olan cezai şartın temlik edende kalması doğaldır, fakat ifa etmeme hali için kararlaştırılmış cezai şart asıl alacakla birlikte temlik edilene geçer.” (TUNÇOMAĞ, s. 1105)

²⁷⁹ ÖNEN, s. 92; ÖZSUNAY, s. 188; FRANKO, s. 187; DAYINLARLI, s. 239

²⁸⁰ FRANKO, s. 187; TUNÇOMAĞ burada şu ifadeye bulunmaktadır “gerçekte burada söz konusu olan hak değil de, özellikle bir hakkın elde edilmesinde kolaylıklar sağlayan bazı niteliklerdir.”

²⁸¹ EREN, s. 1227

²⁸² TUNÇOMAĞ, s. 1105; EREN, s. 1227

alacaklıya geçer²⁸³. Bu maddeye göre ücretler, nafaka, doktor, eczacı ebelerin alacakları tedavi ve bakım masrafları, imtiyazlı alacaklardır²⁸⁴. Aynı şekilde, tapu siciline şerhi mümkün olan bazı haklarla (MK. 1009, 1010 maddeleri)²⁸⁵, tahkim kaydından yararlanan alacaklar da diğerlerine göre öncelik olan alacaklardır²⁸⁶. Örneğin, kira sözleşmesi tapuya şerhedilmiş ise bu tür bir şerh, kiralanan şeyi sonradan iktisap eden kimselere karşı da etkisini sürdürdüğü için, alacaklı bu şerhi kiralanan şeyi iktisap edene karşı ileri sürebilir²⁸⁷.

Yukarıda örnek olarak zikrettiğimiz tüm rüçhan hakları alacağa bağlı, yani alacağın doğum nedenine bağlı bulunmaktadır. Eğer alacağa değil alacaklının şahsi niteliklerine bağlanmışsa temellük edene geçmez, çünkü aksi halde temlik borçlusu kötü duruma sokulmuş olur. Örneğin İİK.101. maddesine göre hacze katılma söz konusu ise, bu ayrıcalık temellük edene geçmez²⁸⁸.

C. Yenilik Doğuran Haklar

Alacağın temlikıyla temlik edilen alacağa bağlı yenilik doğuran haklar da temellük edene geçer²⁸⁹. Örneğin, seçimlik borçta alacaklıya ait bulunan seçim hakkı, ihbar ile alacağı muaccel kılma hakkı, takas ileri sürme hakkı, BK. 106. maddesine dayanarak borçluya son süre tayini ve ifayı talep yerine geçmek üzere istenen tazminat hakkı, temellük edene geçebilen yenilik doğuran haklardır²⁹⁰. Yenilik doğuran hak temlik edilen alacağa bağlı olmayıp, alacaklı ile borçlu arasındaki esas borç ilişkisine bağlı ise, bu hak temellük edene geçmez²⁹¹. Çünkü alacağın temlikinin konusu taraflar arasındaki borç ilişkisi değil, bu ilişkiden doğan alacaklardır.

²⁸³ KARAHASAN, s. 1700

²⁸⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1105; ÖNEN, s. 92; ÖZSUNAY, s. 188; DAYINLARLI, s. 239; EREN, s. 1227

²⁸⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1105; ÖZSUNAY, s. 188; DAYINLARLI, s. 239; EREN, s. 1227

²⁸⁶ ÖZSUNAY, s. 188; TUNÇOMAĞ, s. 1105; DAYINLARLI, s. 239

²⁸⁷ EREN, s. 1227; DAYINLARLI, s. 239

²⁸⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1105; DAYINLARLI, s. 239

²⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1105; ÖNEN, s. 91; FRANKO, s. 187; EREN, s. 1228; DAYINLARLI, s. 242

²⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1105; ÖNEN, s. 92; FRANKO, s. 187; DAYINLARLI, s. 242

²⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 1105; FRANKO, s. 187; EREN, s. 1228

Ş. 8. ALACAĞIN TEMLİKİNİN AMACI

Alacaklının alacağını bir üçüncü kişiye temlik etmesi değişik amaçlardan kaynaklanabilir. Bu amaç aşağıdakilerden birisi olabilir²⁹².

I. İFA AMACIYLA TEMLİK

Alacaklı alacağını üçüncü kişiye olan borcunu ifa amacıyla temlik edebilir. Alacaklı, alacağını borçludan kendi eli ile tahsil edip üçüncü kişiye ifada bulunma yerine, üçüncü kişiyi (Temlik yoluyla) alacaklı yaparak ona olan borcundan kurtulabilir. Buna İfa Uğruna Temlik de denilmektedir²⁹³. Ancak ifa amacıyla temlik ifa yerine temlikten farklıdır²⁹⁴. İfa amacıyla temlikte örnek, A, bir köprü inşaatı nedeniyle KGM'den (Kara Yolları Genel Müdürlüğü'nden) on milyar TL alacaklı, buna karşılık İş Bankası'na aldığı bir kredi nedeniyle de borçludur. A, İş Bankasına olan borcunu ifa etmek amacıyla 'ifa etmek uğruna' KGM'den (borçludan) olan alacağını İş Bankasına temlik ederse, ifa amacıyla temlik söz konusu olur²⁹⁵. Alacaklı ile borçlu arasındaki alacak konusu bir miktar para olmayabilir. Alacaklı para şeklinde olmayan alacağını bir üçüncü kişiye ifa amacıyla temlik ettiğinde, alacağından ne miktar düşüleceği belirtilmemiş ise, BK. 170. maddesine göre temellük eden kimse, ancak borçlusundan tahsil ettiği yahut gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde tahsil edebileceği miktarı kendi alacağına mahsup etmekle mükelleftir²⁹⁶.

²⁹² KILIÇOĞLU, s. 543

²⁹³ UYGUR, s. 849

²⁹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bakınız: ENGİN, Baki İlkey, İfa Uğruna Edim, Makale Çalışması, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 839-860

²⁹⁵ KILIÇOĞLU, s. 543

²⁹⁶ UYGUR, s. 849, DAYINLARLI, s. 263

II. TAHSİL AMACIYLA TEMLİK

Alacaklı, borçlusundaki alacağını tahsil edebilmesi için alacağın temlik yoluna başvurabilir. Alacaklı bazen iş bakımından yoğun olabilir veya alacağının tahsili yargı yoluyla gerekmiş olabilir, bu hallerde alacaklı alacağını bizzat tahsil etme yerine, bu işlerden anlayan bir üçüncü kişiye temlik eder²⁹⁷. İşte burada tahsil için temlik, inançlı temlik niteliği taşımaktadır. Böyle bir temlik olağan bir temlik sonuçlarını doğurur. Özellikle temellük eden kişi, alacak üzerinde serbestçe tasarruf hakkını elde eder. Bu halde temellük eden, alacağını geriye almak için ancak bir kişisel dava hakkına sahiptir²⁹⁸.

Tahsil amacıyla temlike örnek: A, B'den alacaktır. Bu alacağını tahsil etmek üzere, avukat Ü'ye vekaletname çıkarılacak yerde, alacağını temlik etmekte, alacak tahsil edildiğinde onunla hesaplaşma konusunda anlaşmaktadır²⁹⁹.

Tahsil amacıyla temlik adi alacaklardan ziyade bono ve çek gibi kambyo senetlerine bağlanmış alacaklarda yaygın olarak uygulanmaktadır (TTK. 600.m. 3.f)³⁰⁰.

III. TEMİNAT AMACIYLA TEMLİK

Alacaklı, alacağını üçüncü kişiye olan borcunun teminatı olmak üzere temlik edebilir. Örneğin A, satım sözleşmesi nedeniyle B'den on milyar TL bedel alacağına sahiptir. A, Ziraat Bankası'ndan kredi almak istemiş, kendisinden teminat talep edilmiştir. A, teminat olarak B'deki alacağını göstermiştir. B'den olan alacağını, Ziraat Bankasına (üçüncü kişiye) teminat amacıyla temlik etmiştir³⁰¹. Topyekün temlikte (alacağın toptan temlikinde) de teminat amacıyla temlik söz konusudur³⁰².

Teminat amacıyla temlikte, tahsil amacıyla temlikte olduğu gibi bir inanç meselesi söz konusudur. Çünkü, teminat amacıyla temlikte, temellük eden teminat konusu alacak üzerinde tam tasarruf yetkisine sahiptir. Temlik edeni koruyacak

²⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 543

²⁹⁸ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 342

²⁹⁹ KILIÇOĞLU, s. 543

³⁰⁰ ERDOĞAN, s. 501; KILIÇOĞLU, s. 544

³⁰¹ KILIÇOĞLU, s. 543

hiçbir hüküm yoktur. Sadece temlik eden, temellük edene karşı şahsi dava hakkına sahiptir³⁰³.

IV. BAĞIŞ AMACIYLA TEMLİK

Alacaklı, borçludan olan alacağını, üçüncü kişiye bağış amacıyla temlik etmek isteyebilir³⁰⁴. Örneğin, alacaklı A, borçlu B'deki satış sözleşmesinden doğan alacağını Ü isimli üçüncü kişiye (Kızılay Derneğine mesela) karşılıksız olarak temlik ettiğinde bağış amacıyla temlik söz konusu olur.

Alacağın temliki karşılıksız yapılmışsa, yani bağış amacıyla yapılmışsa, temlik edenin hiçbir garanti yükümlülüğü yoktur. Oysa alacağın temliki karşılıklı yapılmışsa temlik eden, temlik edilen alacağın temliki esnasında mevcut olmasından sorumludur³⁰⁵.

Bağış amacıyla temlik vaadinde de bulunulabilir. Ancak burada, temlik vaadi yazılı şekilde yapılması gerekir. Gerçi alacağın temliki konusunu düzenleyen borçlar kanunu maddeleri, alacağın temliki vaadini hiçbir şekilde bağlamamıştır. Ancak BK. 238/1-fikrasına göre bağış amacıyla temlik yazılı şekilde olmalıdır³⁰⁶.

Ş. 9. ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:

I. TEMLİK EDEN BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ

Alacağın temliki bir tasarrufi sözleşme olduğu için temlik ile birlikte alacak temlik edenin mal varlığından çıkıp temellük edenin mal varlığına girer³⁰⁷.

Temlikten sonra, kural olarak, geriye hiçbir hukuki ilişki kalmamasına rağmen, Borçlar Kanunu temlik eden için bir sorumluluk tesis etmiştir³⁰⁸. Temlik edenin sorumluluğu BK. 169. ve 171. maddelerine göre tayin edilir³⁰⁹.

³⁰² Bkz. ARAL, s. 93-136

³⁰³ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 342

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, s. 544

³⁰⁵ Bu konuyu ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğiz

³⁰⁶ Bkz. Alacağın temliki vaadinde şekil, s. 63

A. Temlik Edenin Senetleri Teslim Etmesi Yönündeki Sorumluluğu:

Temlik eden BK. 168. maddesinin ikinci fıkrasına göre temellük edene, alacağa bağlı senetleri ve alacağın ispatına yarayan her türlü bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür³¹⁰. Temlik eden bu bilgi ve belgeleri teslim etmese de, temlik işlemi geçerlidir. Çünkü senetler ve belgeler alacağı ispat etmek için önemlidir, temlik işleminin geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemez³¹¹. Temlik edenin sorumluluğu sadece yazılı belgelerin teslimi ile sınırlı değildir. Temlik eden gerektiği halde temellük edene sözlü olarak bilgi vermek zorundadır³¹². Teslimi gereken belgelerin nelerden ibaret olduğu iş hayatındaki örfler göz önünde tutularak tayin edilir. Alacağın bir kısmı temlik edilmişse, alacaklı belgelerin aslını kendisinde saklayarak bir suretini (fotokopisini) temellük edene vermekle yetinebilir³¹³. Aynı zamanda ticari defterlerin teslimi gerekli olmayıp, ilgili kısmın bir özetinin fotokopisinin verilmesi, bakılmasına müsaade edilmesi yeterlidir³¹⁴.

Alacağı temellük eden kimse bu hakkını, sadece tedirgin etmek amacıyla ve temlik edene güçlük çıkarmak düşüncesiyle kullanamaz³¹⁵.

³⁰⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1097; İNAN, s. 393

³⁰⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1097; İNAN, s. 393

³⁰⁹ Borçlar Kanunu'nun, temlik edenin sorumluluğunu tayin eden 169. ve 171. özel maddeleri olmasaydı, temlik edenin sorumluluğunu tayin etmek için genel kuralların uygulanması gerekecekti. Yani bu sorumluluk temlikin dayandığı ilişkiyi düzenleyen kurallara göre tayin edilecekti. Mesela temlikin dayandığı temel ilişki bir satım sözleşmesi olduğu halde temlik edenin sorumluluk kapsamı satım sözleşmesini düzenleyen kurallara göre tayin olunacaktı. Ancak BK. 169. ve 171. maddelerinin bulunması, bu gibi çözümlerin söz konusu olmasını bertaraf etti.

³¹⁰ BAŞTUĞ, s. 207; İNAN, s. 392; UYGUR, s. 844; NERAD, s. 59

³¹¹ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 353. gerekli belgelerin teslimi alacağın temlikinden hukuksal nedenlerden ayrı bağımsız bir borçtur. Bunun yerine getirilmesi temlikin geçerliliğinin bir koşulu değildir, bu ek borcun yerine getirilmesi ancak temlik edenden istenebilir, ondan önceki alacaklılardan istenmez.

³¹² TUNÇOMAĞ, s. 1103

³¹³ TUNÇOMAĞ, s. 1103; VELİDEDEOĞLU, s. 353; ERDOĞAN, s. 493

³¹⁴ VELİDEDEOĞLU, s. 354; UYGUR, s. 844

³¹⁵ VELİDEDEOĞLU, s. 355

B. Temlik Edenin Alacağın Varlığından Sorumluluğu:

Alacağın varlığından sorumluluk, temlik edilen alacağın doğmuş veya istikbalde doğması ihtimali bulunduğu ya da bu alacağın sona ermemiş olduğu hususlarını içerir³¹⁶. BK. 169. maddesi temlikin karşılıklı (ivazlı) veya karşılıksız oluşuna göre ya da bu konuda bir anlaşma bulunmasına göre, temlik edenin sorumluluğunu farklı şekillerde düzenlemiştir.

a. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte Temlik Edenin Durumu:

Eğer temlik ivazlı ise, temlik eden BK. 169. m. 1. fıkrasına göre alacağın temlik zamanındaki varlığından sorumludur³¹⁷.

Temlik bir borcun ifası amacıyla, bir karşı alacak elde etmek üzere yapıldığında ivazlıdır³¹⁸. Alacağın temlikinin dayandığı temel ilişki, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunda, karşılıklı (ivazlı) temlik söz konusudur. Mesela A, B ile bir satım sözleşmesi yapmıştır. A, B'ye olan borcunu ödemek için Ü'deki alacağını B'ye temlik etmiştir. İşte burada bir ivazlı temlik söz konusudur. A, BK. 169.m.1. fıkrasına göre Ü'deki alacağının varlığından (mevcudiyetinden) sorumludur. Temlik edenin sorumluluğu tayin edilirken temlik anı ve eğer alacak daha sonraki bir tarihte ödenecekse, ödeme anı esas alınır. Bu durumda alacak bu an geçtikten sonra sona ermişse hasarı temellük eden yüklenecektir. Temlikten sonra alacağın zaman aşımına uğraması, ifanın imkansız hale gelmesi sebepleri ile ifaya engel durumların meydana gelmesinden temlik eden sorumlu olmaz³¹⁹. Ancak eğer alacağın sona erme nedenleri temlik zamanında var olduğunda ve bu nedenler belli bir süre geçtikten sonra ancak alacağı etkilediği takdirde, temlik eden sorumludur. Demek oluyor ki, temlik anında alacağın hiç var olmaması, temlik sözleşmesinde belirtildiği şekilde var olmaması veya dava edilebilir durumda bulunmaması halinde,

³¹⁶ DAYINLARLI, s. 213

³¹⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1099

³¹⁸ UYGUR, s. 845; DAYINLARLI, s. 213, KILIÇOĞLU, s. 552. İvazlı temlik bir çeşit alacağın satımıdır ancak alacağın temlikinin özelliğinden dolayı Borçlar Kanununun taşınır satımına dair hükümler uygulanmaz.

³¹⁹ OLGAÇ, s. 1127; ERDOĞAN, s.492; DAYINLARLI, s. 214

veya alacak var olsa da başka bir borçluya karşı ve temlik anında temlik edenden bir başkasına ait olması gibi hallerin temlik eden sorumlu tutulacaktır.

“İş hayatı alacağın tahsil edilebilir olmasını da gerektirmektedir, ancak temlik edenin alacağın tahsil edilebilir olmasından sorumluluğu kanun tarafından hükme bağlanmamıştır. Bu yüzden borçlu tarafından alacağa itiraz olunması, temlik edenin sorumluluğunun doğması için yetmez. Temellük eden tazminat isteyebilmek için alacağın var olmadığını (ayrıca taahhüt edilmişse, tahsilin olanaksız bulunduğunu) ispatla yükümlüdür”³²⁰

Taraflar karşılıklı (ivazlı) temlikte, temlik edenin alacağın varlığından sorumlu olmadığını kararlaştırabilirler³²¹. Çünkü BK. 169.m.1. fıkrası kanunun emredici kurallarından değildir.

aa. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte, Temlik Edenin Sorumluluğunun Kapsamı:

BK. 171. maddesinin birinci fıkrasına göre sorumluluk, temlik edenin yalnız almış olduğu bedeli değil ayrıca temellük edenin alacağı tahsil edebilmesi uğruna harcadığı masrafları da kapsar “Bu sorumluluk içine ayrıca temlikin sebep olduğu giderler, sonuçsuz kalan icra takipleri ve açılan davalar nedeniyle temellük edenin yapmış olduğu masraflar da girer.”³²² Temlik eden temlikin ifa edilmesi halinde karşı yanın elde edeceği çıkarı değil de, alacak mevcut olmadığı için, temlikin geçerli olmamasından doğan zararı (menfi zararı) tazminle yükümlüdür. Böylece kanun koyucu temlik edenin sorumluluğunu düzenlerken borca aykırı davranış halinde benimsenen genel ilkedden (BK. m. 96.m.) ayrılmıştır³²³.

Temlik eden, temlik ettiği alacağın var olmadığından bilgisi bulunduğu hallerde bile, sadece aldığı bedeli geri vermekle ve menfi zararları tazminle yükümlüdür³²⁴. Buna karşılık eğer temellük eden kimse alacağın var olmadığını veya

³²⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1099

³²¹ VELİDEDEOĞLU, s. 354; REİSOĞLU, s. 381

³²² EREN, s. 1227

³²³ TUNÇOMAĞ, s. 1100

³²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1101

kuşkulu bulunduğunu biliyor idiye, temlik edenin sorumluluğu söz konusu olmaz³²⁵.

Temlik eden alacağın var olmadığı durumunda aldığı bedelin kanuni faizini vermekle de yükümlüdür³²⁶. Ayrıca, temlik edenin alacağın mevcudiyetinden sorumluluğu, temlik edilen alacak miktarı ile değil alınan ivaz (karşı edim) ile sınırlıdır³²⁷. Mesela A isimli bir kimse beş milyar değerindeki Ü'deki bir alacağını B ile bir satım sözleşmesinden doğan borcunu ödemek için temlik etmiştir. Ancak aldığı bedel beş milyar değil, üç milyar liradır. Şimdi B adlı kişi alacağın yok olduğunu ispatlarsa, A isimli kişi sadece aldığı bedeli kanunen vermekle mükelleftir, yani A burada beş milyar değil sade B'den aldığı üç milyarı vermekle sorumludur.

bb. Karşılıklı (ivazlı) Temlikte Alacağın Varlığını İspat Yükü:

Temlik karşılıklı (ivazlı) yapılmışsa. Temlik eden, BK. 169. m hükmü uyarınca alacağın var olmasından sorumlu ise de, tahsile baş vurmamak temellük edene düşer³²⁸. Temellük eden, asıl borçlu hakkında bütün kanuni yollara baş vurmamak ve alacağın varlığını ispat etmek zorundadır³²⁹. Temellük eden tüm bu yollara başvurduktan sonra alacağın varlığını ispat edemezse temlik eden alacağın varlığından sorumlu olur.

cc. Temlik Edenin Sorumluluğunun Sona Ermesi:

Temellük eden, temlik edenin sorumlu tutulmasından vazgeçmişse, temlik edenin sorumluluğu son bulmuş olur³³⁰.

³²⁵ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 354

³²⁶ ÖNEN, s. 95

³²⁷ EREN, s. 1227; REİSOĞLU, s. 382

³²⁸ OLGAÇ, s. 1127

³²⁹ OLGAÇ, s. 1127

³³⁰ İNAN, s. 392, TUNÇOMAÇ, s. 1101

b. Karşılıksız (ivazsız) Temlikte Temlik Edenin Durumu:

BK. 169. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre eğer temlik karşılıksız yapılmışsa, temlik eden alacağın varlığından dahi sorumlu değildir³³¹.

Karşılıksız (ivazsız) temlik, alacağın üçüncü kişiye herhangi bir karşılık gözetilmeksizin (örneğin, bağış yoluyla) temlik edilmesini ifade eder³³². İvazsız temlik bir bağış niteliğinde olduğu için BK. 243. maddesi burada da kıyas yolu ile uygulanmaktadır. Dolayısıyla ivazsız temlikte bulunan kimse temlik anında alacağın mevcut olmadığını bildiği halde hile ile veya ağır kusur olabilecek dikkatsizlikle alacak varmış gibi tanıtmışsa temellük edenin bu yüzden uğradığı zarardan sorumludur³³³. BK. 169. m. f. hükmü emredici bir hüküm değildir. Taraflar, sözleşme ile temlikin ivazsız olmasına karşın, temlik edenin alacağın varlığından sorumlu olacağını kararlaştırabilir³³⁴. Bazı yazarlar, tarafların ivazsız temlikte sadece alacağın varlığından değil, borçlunun ödeme gücünün varlığından da temlik edeni sorumlu kılınabileceğini ileri sürmektedirler. Hatta taraflar temlik sözleşmesinde sadece alacağın mevcudiyetinin garanti edilmesi değil, borçlunun ödeme gücünün bulunduğu da garanti edilmesini kararlaştırabilirler. Zira bunu engelleyen kanuni bir kural yoktur.

c. Temlik Edenin, Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu:

Kural olarak, ivazlı ve ivazsız temlikte, temlik eden borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumlu değildir³³⁵. BK. m. 169. 2. fıkrasına göre, temlik eden

³³¹ ERDOĞAN, s. 493; UYGUR, s. 845; İNAN, s. 393; REİSOĞLU, s. 381; VELİDEDEOĞLU, s. 355; DAYINLARLI, s. 226; EREN, s. 1228; KILIÇOĞLU, s. 553; BAŞTUĞ, s. 208. Bu fıkra olmasaydı dahi kıyas yolu ile aynı bu hükme ulaşırdı. Çünkü BK. 171. maddesinin birinci fıkrası, karşılıklı (ivazlı) temlikte, temlik edeni sadece aldığı bedeli iade ve menfi zararların tazmini ile yükümlü tutmuştur. Oysa karşılıksız temlikte temlik eden hiçbir bedel almamıştır. Örneğin, A, B ile belli bir hukuki ilişkiden doğan alacağını bağış amacıyla Ü isimli bir kimseye temlik etmiştir. Ü isimli kişi alacağın yok olduğundan alacağı kavuşamadığı için temlik edene karşı hiçbir hak iddiasında bulunamaz. Çünkü temlik edene hiçbir bedel ödemiştir.

³³² REİSOĞLU, s. 381; FRANKO, s. 194

³³³ İNAN, s. 393; UYGUR, s. 845; ERDOĞAN, s. 493; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 355; FRANKO, s. 194

³³⁴ KILIÇOĞLU, s. 553; İNAN, s. 393; TUNÇOMAÇ, s. 1103; DAYINLARLI, s. 227-228

³³⁵ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s.355; İNAN, s. 393; NERAD, s. 59; REİSOĞLU, s. 381; BAŞTUĞ, s. 208; DAYINLARLI, s. 228, KILIÇOĞLU, s. 553

ayrıca taahhüt etmemişse, borçlunun ödeme gücünün bulunmadığından sorumlu değildir.³³⁶

Temlik edeni, borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumlu tutabilmek için, temlik sözleşmesinde temlik edenin borçlunun ödeme gücünün var olduğunu açıkça taahhüt etmesi³³⁷, veya temlikin dayandığı esas anlaşmadan bu gibi sorumluluğun varlığının anlaşılması gerekir³³⁸. Temlik tarafları, borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu sadece ivazlı temliklerde değil ivazsız temliklerde de garanti edilmesini kararlaştırabilirler³³⁹.

Temlik edenin borçlunun ödeme gücünden sorumlu olması, borçlunun ödemeye hazır ve istekli olması anlamına gelmez³⁴⁰. Başka bir deyişle, temlik eden borçlunun ödeme gücünün varlığını temellük eden lehine garanti etmiş ise, temlik eden aksi kararlaştırılmamışsa borçlunun ödemeye hazır ve istekli olduğunu da garanti etmemiştir. Çünkü borçlunun ödeme gücünün bulunması ve borçlunun ödemeye hazır ve istekli olması, birbirinden farklı kavramlardır. Ödeme kabiliyeti şimdiki, ödemeye istekli olma ise, gelecekteki bir durumu ifade eder³⁴¹.

aa. Temlik Edenin Borçlunun Ödemeye İstekli Olduğunu Garanti Etmesi

Temlik eden ayrıca borçlunun ödemeye hazır ve istekli olduğunu temellük eden lehine garanti edebilir. Bu gibi garantide temlik eden, borçlunun ödeme gücünü garanti etmekten daha geniş ve kapsamlı bir sorumluluk altına girmiş olur. Temlik

³³⁶ Bu fıkradaki “aciz” kelimesi borçlunun ödeyecek mali imkanları olmamasıdır. Ancak burada kefaletle mahsus hükümler uygulanmaz. Çünkü BK. 169. maddesindeki garanti tamamen farklı ve alacağın temlik dolayısıyla tesis edilmiş bir teminat borcudur.

³³⁷ EREN, s. 1226

³³⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1102

³³⁹ DAYINLARLI, s. 227-228, ancak bu konuda hukukçular arasında ihtilaf söz konusudur. EREN’e göre “temlik edenin borçlunun ödeme gücünden sorumlu olması için, temlikin ivazlı olması sonra da bu hususu açıkça taahhüt etmesi gerekir... Buna karşılık ivazsız temliklerde temlik eden borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. REİSOĞLU’na göre “ivazsız temlikte temlik eden, borçlunun ödeme gücünden sorumlu tutulamaz.” FRANKO’ya göre “Hibe yapan şahsa ise, bir teminat borcu yükletilmesi düşünülemez.” KARAHASAN’a göre “taraflar ivazsız temlikte temlik edenin sorumluluğunu kararlaştırabilirler.”

³⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1102

³⁴¹ TUNÇOMAĞ, s. 1102

eden, borçlunun ödemeye hazır ve istekli olduğunu açık veya zımni surette garanti edebilir³⁴².

bb. Ödeme Gücünün Garanti Edilmesi Zamanı

Temlik eden, borçlunun ödeme gücünü garanti etmiş ise, borçlunun temlik zamanındaki ödeme gücünü ancak garanti etmiştir.. Ancak daha sonraki bir tarihte muaccel olacaksa yüklenilen sorumlulukta muacceliyet tarihi esas alınır³⁴³. Borçlu daha sonra ödeme gücünü kaybetmişse, temlik eden sorumlu değildir³⁴⁴.

Temlik eden, borçlunun ödeme gücünün varlığını sadece belli bir süre için garanti etmişse, temlik eden sadece bu süre içinde borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumlu tutulabilir. Başka bir deyişle temlik eden sadece belli bir süre için sorumluluk yüklenmişse, temellük edenin kendisine başvurabilmesi için o belli süre içinde borçluyu icra ve dava yolu ile kovuşturmuş ve bu kovuşturmanın yararsızlığının anlaşılması gerekir³⁴⁵.

cc. Temlik Edenin Garanti Sorumluluğunun Fer'i Nitelikte Olmadığı:

Kural olarak temlik edenin borçlunun ödeme gücünün bulunduğu yönündeki garanti sorumluluğu, sadece karşısındaki temellük eden lehinedir. Yani temlik eden sadece ilk temellük eden karşısında bu garantinin altına girmektedir. Çünkü bu garanti alacağına bağlı ve giderek, her temlikte onunla beraber temellük edene geçen yan (feri) bir hak olmayıp temlikin dayandığı esas sözleşmeden kuvvetini alır.

Temlik eden kötü niyetle borçlunun ödeme gücünün bulunmadığını bilerek (kasten) gizlemiş ise arada bir garanti vaadi bulunmasa da (hile ile) ilgili hükümlere göre sorumlu tutulur³⁴⁶. Buna karşılık, temlik edenin borçlunun ödeme gücü

³⁴² TUNÇOMAĞ, s. 1102

³⁴³ VELİDEDEOĞLU, s. 355; İNAN, s. 393; DAYINLARLI, s. 222,235

³⁴⁴ İNAN, s. 393

³⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1102

³⁴⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1102; DAYINLARLI, s. 226; ERDOĞAN, s. 492

hakkında şüphesi varsa ve bu şüpheleri temellük edene bildirmemişse, bu temlik edenin sorumlu tutulması için yeterli değildir³⁴⁷.

C. Kazai ve Kanuni Temlikte, Temlik Edenin Durumu:

BK.171.m.2. fıkrasına göre kanuni temlikte, temlik eden ne alacağın varlığından ve ne de borçlunun ödeme gücünden sorumludur³⁴⁸. “Temlik, kanun icabı vaki olmuş ise evvelki alacaklı, ne alacağın mevcudiyetine ne de borçlunun eda kabiliyetine kefildir.” Kanuni temlikte temlik edenin, alacağın varlığı ve borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumlu tutulmamasının sebebi, kanuni temlikin, temlik edenin iradesi dışında gerçekleşmesidir³⁴⁹. BK. 171.m.2. fıkrası, sadece kanuni temlikte, temlik edenin alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmadığını açıkça hükme bağlamıştır. Bu fıkra hükmü kazai temlike de uygulanır. Çünkü kazai temlikte de temlik edenin iradesi söz konusu değildir³⁵⁰. Böylece kanuni ve kazai temlikte, temlik eden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir³⁵¹. Ancak kazai temlikte mahkeme kararında garanti yargıya bağlanmış ise o zaman temlik edenin garanti sorumluluğu vardır³⁵².

II. TEMELLÜK EDEN BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:

Alacağın temliki ile birlikte, temlik eden alacaklı yerini temellük edene bırakmış olur³⁵³. Bu nedenle alacaklı sıfatı ile temellük eden alacağın borçlusuna karşı haklarını ileri sürebilir; buna karşılık alacaklı sıfatını kaybeden temlik edenin temlik ettiği alacak üzerinde hiçbir tasarruf yetkisi kalmaz³⁵⁴.

³⁴⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1102

³⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1102; DAYINLARLI, s. 226; ERDOĞAN, s. 492

³⁴⁹ FRANKO, s. 194

³⁵⁰ FRANKO, s. 194

³⁵¹ UYGUR, s. 846; ERDOĞAN, s. 493; REİSOĞLU, s. 381; KILIÇOĞLU, s. 552

³⁵² VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 355

³⁵³ TUNÇOMAĞ, s. 1103-1104; DAYINLARLI, s. 259

³⁵⁴ Bunun için temlik eden alacağı borçludan tahsil edemez, borçluya ibra ve alacağı bir başka kimseye de temlik edemez, bu hakları artık temellük eden ancak kullanabilir. Temlik işleminin tamamlanması ile, alacak artık temellük edenin mal varlığındadır. Bu itibarla temlik eden şahsın alacaklıları bu alacağı haczettiremezler. Bunun tam tersine ise temellük edenin alacaklıları bu alacağı

Temlik ile temellük eden üçüncü kişi, alacağı tamamen veya kısmen, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin koşullarıyla iktisap eder. Temlik işlemiyle değişen sadece borç ilişkisinin tarafı (sujesi) olup, konusu (objesi) değildir. Bu nedenle temellük eden, temlik eden alacaklıdan daha fazla ya da daha eksik bir hakka sahip olamaz. Çünkü alacağın temliki borçluya zarar veremez ve borçlunun durumunu değiştiremez³⁵⁵. Alacağın temlikinde, temellük eden, iki borç ilişkisine taraf olmaktadır. Bunlardan birincisi temlik eden alacaklıyla kendi arasındaki alacağın temliki işlemidir. Bunun sonucu olarak, üçüncü kişinin alacaklı ile olan ilişkisine sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin: Temellük eden üçüncü kişi, alacaklıya karşı sözleşmeye aykırılıkla ilgili hükümleri BK. 96. m. vd. işletebilir³⁵⁶.

Temellük eden, alacaklı ile borçlusu arasında borcun doğumuna yol açan borç ilişkisine dayanır. Temellük eden üçüncü kişi, alacaklıdan sözleşmeden doğan bir alacağı devir almışsa, borçlu ile aralarındaki ilişkiye sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır. Örneğin: Temellük eden üçüncü kişi haksız fiilden doğan bir alacağı devir almışsa, borçlu ile aralarındaki ilişkiye haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁵⁷.

Temellük edenin alacaklı sıfatını borçluya ispat etmesi gerekir³⁵⁸. Bu da ancak temlik senedinin ibrazı ile mümkündür³⁵⁹. Temellük eden, borcun borçlu tarafından ödenmesi halinde elinde bulunan alacağın temliki senedini iade etmelidir³⁶⁰. Eğer borçlu, borcunu tamamen ödememişse veya senet alacaklıya başka haklar da vermekte ise, borçlu, temellük edenden ancak makbuz vermesini ve ödemenin (tediyenin) senede yazılmasını isteyebilir. “Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz veya borcun tamamı tediye edilmiş ise senedin geri verilmesini veya iptalini

haczettirebilirler. Alacağın temlikinin bu özelliğinden dolayı alacaklılarına karşı mal kaçırmak isteyen alacaklı, alacaklarını da muvazaalı bir şekilde üçüncü şahıslara temlik etmiş olabilir. Böyle bir durumda temlik edenin alacaklıları muvazaa iddiasında bulunarak devir işleminin hükümsüzlüğüne verilmesini isteyebilir.

³⁵⁵ DAYINLARLI, s. 275; KILIÇOĞLU, s. 553, 554.

³⁵⁶ ÖZSUNAY, s. 190; KILIÇOĞLU, s. 554.

³⁵⁷ KILIÇOĞLU, s. 554; ÖZSUNAY, s. 190.

³⁵⁸ İNAN, s. 391; ERDOĞAN, s. 495.

³⁵⁹ ERDOĞAN, s. 495.

³⁶⁰ İNAN, s. 391.

isteme hakkına haizdir.” Buna karşılık borçlu da kural olarak ancak, alacağı temellük edene ifa etmekle borcundan kurtulmuş olur³⁶¹.

III. BORÇLU BAKIMINDAN ALACAĞIN TEMLİKİNİN HÜKÜMLERİ:

Yukarıdaki sayfalarda açıkladığımızı göre, borçlunun rızası veya hatta bilgisi olmadan da alacağın temlik işlemi geçerlidir³⁶². Durum böyle olunca borçlu bu işin olumsuz sonuçlarına katlanacaktır. İşte kanun koyucu, borçlunun mağdur duruma düşmemesini, borçlunun daha ağır duruma düşmemesini göz önüne alarak bir takım tedbirler almıştır. BK. 165. ve 167. maddelerinde yer alan hükümler bu düşünceyle konulmuşlardır³⁶³. Kanun bu iki maddeyle alacağın temlikinde, alacaklıyla borçlu arasındaki gereken dengeyi sağlamıştır.

A. Borçlunun İyi Niyetle Yaptığı Ödeme

BK. 165. maddesi uyarınca, temlik edilen alacağın borçlusunu, kendisine temlik bildirilmeden önce iyi niyetle temlik edene (eski alacaklıya) veya art arda temlikte, alacağı temellük edenlerden tercihi lazım gelen biri var iken diğerine ödemede bulunursa, borcundan kurtulur³⁶⁴. Bu sonuç kanun gereği olarak doğar³⁶⁵. BK. 165. maddesi borçlar konusundaki ana kuralın bir istisnasıdır. Çünkü borçlar kanunundaki ana kuralı gereği “yanlış kimseye ifada bulunan borçlu tehlikeyi yüklenir” hükmü yanlış ifada bulunan borçluyu sorumlu tutmaktadır³⁶⁶.

BK. 165. maddesini uygulayabilmek için üç şartın bulunması gerekir:

³⁶¹ ERDOĞAN, s. 495.

³⁶² BAŞTUĞ, s. 268; ÖNEN, s. 93; TUNÇOMAĞ, s. 1106; FRANKO, s. 188; UYGUR, s. 832; REİSOĞLU, s. 378; EREN, s. 1228

³⁶³ İNAN, s. 390; TUNÇOMAĞ, s. 1106; UYGUR, s. 832 “BK. 165. maddesi sadece borçluyu koruyucu bir maddedir, buna göre kanun bu hükmü ve ödemede bulunan iyi niyeti, alacak kendisine temellük edilen kimselerin biri tarafından ileri sürülemez” OLGAÇ, s. 1116

³⁶⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1107; BAŞTUĞ, s. 208; ÖNEN, s. 92; UYGUR, s. 832; KARAHASAN, s. 1702; OLGAÇ, s. 1115; FRANKO, s. 190; VELİDEDEOĞLU, s. 347; EREN, s. 1228

³⁶⁵ VELİDEDEOĞLU/ ÖZDEMİR, s. 347

³⁶⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1107

a. Borçlunun Hak Sahibi Olmayan Bir Kimseye Ödemede Bulunması³⁶⁷:

Bu kimse ya temlik edendir veya alacak bir çok kez temlik edilmişse, en son temlik edendir. BK. 165. maddesine göre“.... Evvelki alacaklıya ve mütevali temlikler vaki olmuş ise alacağı temellük edenlerden tercihi lazım gelen biri var iken diğerine Tediye de bulunan borçlu beri olur”

BK. 165. maddesi sadece ödemededen söz etse de takas, ibra, tecdit gibi borcu sona erdiren diğer nedenler de burada sayılmalıdır³⁶⁸.

b. Borçlu İhbardan (Bildirimden) Önce Ödemede Bulunmalıdır³⁶⁹:

Borçluya temlike dair yöneltilen ihbarın (bildirim) en önemli neticesi bu bildirimden sonra, artık borçlu iyi niyetli olsa dahi BK. 165. maddesinin getirdiği koruyucu hükümden yararlanamaz³⁷⁰.Çünkü Borçlar Kanununun bu maddesinin uygulanması aynı maddede ödemenin ihbardan önce yapılmış olması koşuluna bağlanmıştır “.... Kendisine bildirilmezden mukaddem Tediye de bulunan borçlu beri olur”

aa. İhbarı yapacak kişi

Borçluya yöneltilen, temliki açıklayan ihbarın kimin tarafından yapılacağı BK. 165. maddesinde belirtilmiştir. “Temlik veya temellük eden tarafından alacağın temlik olduğu kendisine bildirilmezden mukaddem” ihbar yapan kimse ya temlik eden veya temellük edendir³⁷¹. Üçüncü kişi tarafından yapılmış ihbar, ancak onun temlik eden veya temellük edenin temsilcisi olarak hareket etmesi halinde hüküm ve sonuç doğurur³⁷².

³⁶⁷TUNÇOMAĞ, s. 1107-1108; İNAN, s. 390

³⁶⁸ VELİDEDEOĞLU/ ÖZDEMİR, s. 347; TUNÇOMAĞ, s. 1107; KARAHASAN, s. 1703-1704

³⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1108; İNAN, s. 390; KARAHASAN, s. 1704

³⁷⁰ VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 348; KARAHASAN, s. 1704

³⁷¹ ÖZSUNAY, s. 187; ÖNEN, s. 92

³⁷² İNAN, s. 390; TUNÇOMAĞ, s. 1108; UYGUR, s. 833; VELİDEDEOĞLU, s. 348; KARAHASAN, s. 1704

bb. İhbarın Şekli

Temlik ihbarı tek yanlı bir işlemdir³⁷³. Kanun temlik ihbarını herhangi bir şekilde bağlamış değildir³⁷⁴. Bu yüzden ihbar sözlü olarak da yapılabilir³⁷⁵.

cc. İhbarın Borçluya Varması:

Doktrinde baskın görüş, ihbarın hüküm doğurabilmesi için borçluya varması yeterlidir³⁷⁶. Başka bir deyişle, ihbar borçlunun hakimiyet alanına ulaştığında hüküm doğurmaya başlar³⁷⁷. Örneğin ihbarın, borçlunun posta kutusuna atılması veya masası üzerine konulması, hüküm doğurması için yeterlidir. Borçlunun ayrıca ihbarı öğrenmesi gerekli değildir. Böylece ihbar kendisine varmış olduğu halde onu öğrenmemiş bulunan borçlunun iyi niyetle yaptığı ödeme, borçtan kurtarıcı bir güce sahip değildir³⁷⁸.

³⁷³ ÖNEN, s. 92; KARAHASAN, s. 1704

³⁷⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1108; ÖZSUNAY, s. 189; ÖNEN, s. 92; FRANKO, s. 188; VELİDEDEOĞLU, s. 348; UYGUR, s. 832; KARAHASAN, s. 1704; EREN, s. 1229

³⁷⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1108; İNAN, s. 390

³⁷⁶ Bu hususta iki görüş vardır. VonTuhr'un müdafaa ettiği fikre göre ihbar borçluya ulaşılmasıyla onun iyi niyeti bertaraf edilmiş olur. Bu andan itibaren temlik edene yapılan ödeme borçluyu borcundan kurtarmaz. Bu düzenleme Fransız hukukuna aittir. Alman hukukuna göre, borçlunun iyi niyeti ihbara ittila ile bertaraf edilmiş olur. İkinci fikir. BK. 165. Maddesindeki "bildirmezdenden mukaddem" sözünü borçlunun "ihbarı öğrenmezden önce" şeklinde açıklamaktadır. Bu görüşe göre, Von Tuhr'un fikri kabul edildiği takdirde BK. 165. Maddesi ile 167. Maddesi arasında bir çelişki doğar. Çünkü BK. 167. Maddesine göre, borçlu temlik öğrendiği anda, temlik edene karşı ileri sürebileceği defileri, temellük edene karşı da ileri sürebilir. Bu defiler arasındaki en önemlisi, borcun ödenmiş olduğu defidir. BK. 165. Maddesinin fonksiyonu BK. 167. Maddesini felce uğratmak değildir. Bu itibarla yapılmış olsa da dahi, ona ittila kespedilmedikçe devam eder.

³⁷⁷ EREN, s. 1229

³⁷⁸ Yazarlar arasında ihbarın niteliğinin belirlenmesinde görüş farklılığı vardır. TUNÇOMAĞ'a göre ihbar bir irade beyanı niteliğindedir "Yöneltilmesi gerekli diğer irade beyanları gibi ihbarın da hükümlerini doğurabilmesi için borçluya varması yetiştir" TUNÇOMAĞ, s. 1108; oysa EREN'e göre ihbar bir irade beyanı niteliğinde değildir. "Temlik borçluya bildirilmesi bir ihbar niteliğinde olup, bir irade beyanı değildir" EREN, s. 1229; UYGUR'a göre ise "Temlik ihbarı hukuki niteliğinde bir fikirdir. Bu bakımdan ispatı KUMK'nun 288 ve ardından gelen maddeler gereğince olmalıdır" Böylece Uygur ihbarın hüküm doğurabilmesi için, sadece borçluya ulaşması yetmez ayrıca borçlunun bu ihbarı öğrenmesi gerekir. UYGUR, s. 33

dd. Ödemenin geçerli olabilmesi için ihbarın yeterli olmadığı durumlar

Kendisine verilen ihbara dayanarak temellük edene ödemede bulunan borçlu, daha sonra bu ihbarın yanlış olduğu meydana çıkarsa ikinci kez ödeme zorunda kalır. Çünkü borçlu ihbarda kendisine temellük eden olarak gösterilmiş kimseye, hakkını ispat etmesini istemeden ödemede bulunamaz. Borçlu ihbarda bulunan kimsenin gerçek temellük eden (alacaklı) olup olmadığını araştırmak zorundadır. Bu araştırmayı yapmadan ödemede bulunursa iyi niyetli olsa bile gerçek alacaklıya ikinci kez ödemek zorundadır³⁷⁹. Ancak borçlu yanlış ihbarı alacaklıdan yani temlik eden kimseden almış ise, borçtan kurtulmuş olur³⁸⁰. Daha açık bir deyişle, eğer bildirim temellük eden tarafından yapılmış olup da gerçeğe uygun değilse, buna güvenerek temellük edene ödemede bulunan borçlu, alacaklıya karşı borcundan kurtulmuş olmaz; oysa yanlış bildirme temlik eden (alacaklı) tarafından yapılmışsa borçlunun borcundan kurtulduğunu kabul gerekir³⁸¹.

c. İyiniyetin bulunması:

BK. 165. Maddesinin getirdiği hükümden faydalanabilmek için aranan son şart borçlunun iyiniyetli olmasıdır³⁸². Burada aranan iyiniyet MK. 3. Maddesi anlamında bir iyi niyettir.³⁸³. Medeni Kanunun üçüncü maddesinin birinci fıkrasına göre “Kanun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır”. Borçluda iyi niyetin var olması asıldır. Bunun aksinin ispatı temellük

³⁷⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1108; ERDOĞAN, s. 495

³⁸⁰ OLGAÇ, s. 1115

³⁸¹ TUNÇOMAĞ, s. 1108; KARAHASAN, s. 1704; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 348

³⁸² TUNÇOMAĞ, s. 1108

³⁸³ BAŞTUĞ, s. 208; KARAHASAN, s. 1704; REİSOĞLU, s. 379; VELİDEDEOĞLU, s. 348; KILIÇOĞLU, s. 550

edene veya borçlu hakkında takibatta bulunan kimseye düşer³⁸⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyi niyet iddiasında bulunamaz”. Borçlunun iyi niyetli olduğunu iddia edebilmesi için, temlikten haberdar olmasının somut olay gereğince mümkün olmaması gerekir³⁸⁵. Temellük eden borçlunun durumu bilmesine rağmen bile bile eski alacaklıya ödemedede bulunduğunu ispatlarsa ikinci kez ödemek zorunda kalır³⁸⁶. Başka bir deyişle borçlu, borçlusu bulunduğu alacak üzerinde hak iddia eden birden fazla kişilerin bulunduğu bilgisi var ise, kural olarak iyi niyetli olduğu kabul edilemez. Buna rağmen önceki alacaklıya ödemedede bulunmuşsa, bu hareketinden doğacak zarara kendisi katlanacaktır³⁸⁷. Borçlu gerçek alacaklı olmayana yaptığı ödemeyi BK. 61. maddesine dayanarak talep edebilir³⁸⁸. Borçlunun alacak temlikini nasıl öğrendiği önemli değildir³⁸⁹. “Borçlu alacağın temlik edildiğini öğrenmişse, alacağın temliki alacağı devreden veya devralan tarafından bildirilmemiş olsa dahi eski alacaklıya yaptığı ödeme ile borcundan kurtulamaz. Borçlu yeni alacaklıya tekrar ifa zorunda kalır”³⁹⁰. Ancak borçludan temlik konusundaki her konuşmayı ciddiye alması da istenmez³⁹¹. Borçlu temlikin gerçek olduğundan şüphelenirse temlik senedi hakkında bilgi isteyebilir³⁹².

³⁸⁴ ÖNEN, s. 92; BAŞTUĞ, s. 208; TUNÇOMAĞ, s. 1108; OLGAÇ, s. 1115; KARAHASAN, s. 1704; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 348

³⁸⁵ KILIÇOĞLU, s. 550; BAŞTUĞ, s. 208

³⁸⁶ ÖNEN, s. 93; KARAHASAN, s. 1704; VELİDEDEOĞLU, s. 348

³⁸⁷ OLGAÇ, s. 1115; TUNÇOMAĞ, s. 1108

³⁸⁸ ÖNEN, s. 93; KARAHASAN, s. 1704; VELİDEDEOĞLU, s. 348

³⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1108

³⁹⁰ REİSOĞLU, s. 378

³⁹¹ TUNÇOMAĞ, s. 1108

³⁹² TUNÇOMAĞ, s. 1108; UYGUR, s. 833

B. Borçlunun Edimi Bir Yere Bırakması:

Bu konuyu incelerken BK. 91 ve 95. maddelerini göz önünde tutmamız gerekir. Çünkü BK. 166. maddesinin getirdiği hüküm bu maddelerin özel uygulama alanıdır³⁹³.

Borçlunun, borçlusu bulunduğu alacak üzerinde iki veya daha fazla kişi hakkı iddiasında bulunur ve borçluda bunların hangisinin haklı olduğunu ayırt edemezse, BK. 166. m.1.f. göre borçlu alacağı tevdi yoluna gidebilir³⁹⁴. Aynı zamanda alacağın temlik edilip edilmediği ya da hangi oranda temlik edildiği tartışmalı ise, borçlu BK. 166.m.1.f. göre alacağı tevdi etme hakkına sahiptir³⁹⁵. Bunun tersini yaparsa, yani yukarıda zikrettiğimiz hallerin bulunmasına rağmen ödemedede bulunursa, ödemenin yanlış kimseye yapıldığı ortaya çıkarsa tekrar gerçek alacaklıya ödemek zorunda kalacaktır³⁹⁶. (BK. 166.2.f.) Borçlu tartışmalı bulunan alacağı tevdi etmesiyle borcundan kurtulur³⁹⁷.

BK. 166. Maddesine göre borçlu, alacaklılar arasındaki anlaşmazlık henüz dava şekline bürünmemişse, alacağı tevdi edip etmemekte serbesttir. Borçlu, alacak iddiasında bulunan alacaklının gerçek alacaklı olmadığından emin ise, alacağı bırakma zorunda olmaksızın ödemededen kaçınabilir³⁹⁸. Aidiyeti tartışmalı bulunan bir alacağın tevdi edilmesiyle borçlunun borçtan kurtulması, borçluya tanınan bir

³⁹³ TUNÇOMAĞ, s. 1110; UYGUR, s. 833; KILIÇOĞLU, s. 550

³⁹⁴ ÖNEN, s. 92; REİSOĞLU, s. 379

³⁹⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1110; UYGUR, s. 833; KILIÇOĞLU, s. 550

³⁹⁶ ÖNEN, s. 92; BAŞTUĞ, s. 209; ÖZSUNAY, s. 190; REİSOĞLU, s. 370

³⁹⁷ ÖNEN, s. 92; REİSOĞLU, s. 379 “Alacağın tartışmalı (çekişmeli) olduğundan söz edebilmek için sadece tereddüt yeterli sayılmaz. Temlik borcun ödenmemesi için borçlu tarafından bir vesile sayılmamalıdır. Borçlunun kusuru halinde kendisinin sorumluluğu gündeme gelir” UYGUR, s. 834

³⁹⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1110; Bu aidiyeti tartışmalı alacağın borçlusuna tanınan ilk seçenektir. FRANKO, s. 190.

haktır³⁹⁹. Alacağın kime ait olduğuna ilişkin tartışma dava konusu olmuş ve bu arada borç muaccel hale gelmişse, borç konusunu tevdi etmek borçlu için sadece bir hak değil aynı zamanda bir borç niteliğini kazanacaktır. BK. 166.m.3. fıkrasına göre, dava konusu muaccel hale gelen alacak üzerinde hak iddia eden kişilerin her biri, bu alacağın borçlusunu, alacağı tevdi etmeye zorlayabilir⁴⁰⁰. Ancak bu zorlamanın yapılabilmesi, borçlunun, hak iddia eden iki alacaklıdan birinin hak sahibi olduğunu ve kendisinin de borçlu bulunduğunu kabul etmesine bağlıdır⁴⁰¹.

BK. m. 166. f.1.'deki anlatıma rağmen tevdiin (bırakmanın) mutlaka mahkemeye yapılması gerekmez. BK. 91. Maddesine göre, "... Tevdi edilecek yeri, tekiye yerindeki hakim tayin eder..."⁴⁰². Aynı maddeye göre ödeme konusu olan alacak bir ticari eşya ise hakimin kararı olmaksızın dahi bir depoya (ardiyeye) tevdi edilebilir. Tevdiye karar vermenin hangi mahkemenin görevi olduğu BK. 73. ve 95. Maddelerine göre belirlenir⁴⁰³.

Tevdi ödeme yerine geçtiği için, borçlu sadece alacağı tevdi etmesiyle borçtan kurtulmaz, ayrıca borçlunun alacağın bütün kapsamını (alacağa bağlı tüm hakları) özellikle temerrüt faizlerini de tevdi etmesi gerekir⁴⁰⁴. Alacağı ileride tarafların anlaşması veya yargıcın kararı ile alacaklı niteliği sabit olacak kimseye teslim edilmek koşuluyla tevdi (bırakılması) zorunludur⁴⁰⁵.

³⁹⁹ Bu aidiyeti tartışmalı alacağın borçlusuna tanınan ikinci seçenektir. FRANKO, s. 190

⁴⁰⁰ İNAN, s. 390; ÖNEN, s. 92; ÖZSUNAY, s. 18; FRANKO, s. 191; REİSOĞLU, s. 379; TUNÇOMAĞ, s. 1110

⁴⁰¹ REİSOĞLU, s. 379

⁴⁰² İNAN, s. 390; TUNÇOMAĞ, s. 1110

⁴⁰³ Bkz. FRANKO, s. 191

⁴⁰⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1110; İNAN, s. 390

⁴⁰⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1110

C. Borçlunun Temellük Edene Karşı İtiraz ve Defileri İleri Sürebilmesi

BK. 167. Maddesinin konulmasından amaç, temlik borçlusunun hukuki durumunun daha fazla kötüleşmemesi ve ağırlaşmamasıdır⁴⁰⁶. Bu maddenin birinci fıkrasına göre “Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri temellük edene karşıda dermeyan edebilir”.⁴⁰⁷ Çünkü temellük edenin iyi niyetli olması, temlik edenden daha fazla hakka sahip olacağı anlamına gelmez.

Borçlu temlik öğrendiği tarihten sonra meydana çıkacak itiraz ve defileri, BK.167. maddesine dayanarak ileri süremez⁴⁰⁸. Burada uygulanan kıstas, borçlu temlik yapılmıyaydı eski alacaklıya karşı ne gibi defilerde bulunma hakkına sahipse, bunları temellük eden alacaklıya karşı da ileri sürebilmesidir⁴⁰⁹.

Borçlunun, temlik öğrendiği zaman defî ve itirazlara sahip olması şart koşuluyorsa da, ancak borçlunun temlik öğrendiği zaman bu defilerin mevcut olması gerekli ve yeterlidir; ayrıca o anda öne sürülmeleri de gerekmez. “Hatta defî dayandığı temel o anda var olmak koşuluyla defî veya itirazın doğabilmesi için bazı olayların sonradan gerçekleşmesi gerekse de, hüküm aynıdır. Mesela, bozucu bir koşula bağlanmış alacak, gelecekteki bir olay ile sona ermek tehlikesini içinde taşır”⁴¹⁰

BK. 167. Maddesinde gösterilen defilerden başka, borçlu doğrudan doğruya temellük eden karşısında sahip bulunduğu defileri de öne sürmeye yetkilidir⁴¹¹; yani temellük edene karşı haiz olduğu her türlü kişisel defî ve itirazları da ona karşı ileri

⁴⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1111; BAŞTUĞ, s. 209; UYGUR, s. 835; VELİDEDEOĞLU, s. 350; REİSOĞLU, s. 378

⁴⁰⁷ BAŞTUĞ, s. 209; KARAHASAN, s. 1705; OLGAÇ, s. 1119; ERDOĞAN, s. 495; EREN, s. 1229

⁴⁰⁸ UYGUR, s. 836; OLGAÇ, s. 1120; TUNÇOMAĞ, s. 1115

⁴⁰⁹ ERDOĞAN, s. 495

sürebilir. Aynı zamanda borçlunun temellük edene karşı sahip olduğu alacak ile temlik edilen alacağı BK. 118. Maddesine göre takas etmesi de mümkündür⁴¹². Ancak borçlu sıkı sıkıya kişiye bağlı defileri öne sürmeye yetkili değildir⁴¹³.

BK. 167. Maddesindeki defi kelimesinden kast olunan teknik anlamda defi değildir. Bu yüzden, bu madde sadece gerçek anlamda defileri değil, ayrıca itirazları da kapsamaktadır⁴¹⁴.

a. İtirazlar⁴¹⁵:

Borçlu temlik edilen alacağın doğmadığını veya sona erdiğini gösteren bazı olaylara dayanabilir, yani teknik anlamda itiraz öne sürebilir⁴¹⁶. Borçlu temellük edenin ifa isteğine karşı alacağın (örneğin, taraflardan birinin ehliyetsizliği veya şekil noksanlığı nedeniyle) meydana gelmediğini veya alacağın (örneğin ifa, ibra veya takas nedeniyle) artık sona erdiğini ileri sürerek ifadan kaçınabilir⁴¹⁷. Bu temlikin ahlaka ve adaba aykırı olduğu (BK. 19 ve 20), alacağın temlikinin mümkün olmadığını (BK. 162.1.f.), borçlunun kusuru olmaksızın edanın imkansız hale gelmesi (ifa imkansızlığı) sebebiyle alacağın sona erdiğini⁴¹⁸, borcun nakli

⁴¹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1115

⁴¹¹ TUNÇOMAĞ, s. 1111

⁴¹² EREN, s. 1230

⁴¹³ Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus var o da temlikin soyut nitelikte olduğunu savunan hukukçular, temlikin dayandığı hukuki ilişkiden doğan itiraz ve defilerin borçlu tarafından kullanılabilmesini kabul etmemektedirler. Bkz. FRANKO, s. 195

⁴¹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1113; İNAN, s. 391; UYGUR, s. 835; OLGAÇ, s. 1119; EREN, s. 1229; FRANKO, s. 195; KARAHASAN, s. 1705; VELİDEDEOĞLU, s. 351; KILIÇOĞLU, s. 551

⁴¹⁵ İtirazlar yani alacağın doğmasını veya sukutu sonucunu doğuran olaylardır. OLGAÇ, s. 1119

⁴¹⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1113; OLGAÇ, s. 1119; EREN, s. 1229

⁴¹⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1113-1114; KARAHASAN, s. 1705; REİSOĞLU, s. 379-380; EREN, s. 1229

⁴¹⁸ BAŞTUĞ, s. 209; TUNÇOMAĞ, s. 113; EREN, s. 1229

dolayısıyla borcundan kurtulduğunu temellük eden kimseye karşı bir itiraz olarak öne sürebilir⁴¹⁹.

Borçlunun ileri sürdüğü bu itirazlar (olaylar) sabit olduğu takdirde, yapılan temlik geçerli olmaz çünkü mevcut olmayan bir alacak temlik edilemez⁴²⁰.

Borçlunun itiraz niteliğindeki iddiaları hakim tarafından resen (kendiliğinden) dikkate alınmalıdır⁴²¹. Başka bir deyişle, itiraz haklarının bulunduğu durumlarda, borçlu bu hakların (itirazların) iddiasında bulunmasa dahi bu itirazları dikkate almak hakimin görevindedir.

aa. Muvazaa (danışıklık) itirazı

Asıl olan, borçlunun temlik edene karşı sahip olduğu itirazları, temellük edene karşı da ileri sürebilmesidir. Ancak bu asıl kuralın önemli bir istisnası muvazaa itirazıdır⁴²². Borçlu temlik eden karşısında bulunabileceği muvazaa itirazını, temellük edene karşı ileri süremez. Borçlunun temellük edene karşı muvazaa itirazında bulunamaması, BK. m. 18. f. 2.'de hükme bağlanmıştır “Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisap eden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyan olunamaz”. Böylece, borçlu alacaklıya muvazaalı olarak bir borç senedi vermişse, bu senede inanarak iyiniyetle alacağı temellük eden şahsa karşı borçlu alacağın mevcut olmadığı iddiasında bulunamaz, borçlu ifadan kaçınmaz. Temellük eden kimse iyi niyeti sayesinde temlik edene ait

⁴¹⁹ OLGAÇ, s. 1119; EREN, s. 122; ifa imkansızlığı hakkında ayrıntılı bilgi edinmek için bakınız, TUNÇ, Ramazan, İFA İMKANSIZLIĞI, Makale Çalışması, Yargıtay Dergisi, sa. 1-2, c.28 Ocak-Nisan 2002, s. 104-121

⁴²⁰ EREN, s. 1230

⁴²¹ REİSOĞLU, s. 380

⁴²² TUNÇOMAÇ, s. 1114; OLGAÇ, s. 1119; REİSOĞLU, s. 380; EREN, s. 1230

bulunmayan bir alacağa sahip olabilmektedir⁴²³. Burada temellük edende aranan iyiniyet, MK. 3. maddesi anlamındaki (sübjektif) iyi niyet türüdür. Temellük eden yazılı borç ikrarının muvazaalı olduğunu, borç senedine rağmen bir alacağın mevcut olmadığını biliyorsa, doğaldır ki, borçlu temellük edene karşı da borcun mevcut olmadığını ileri sürebilir⁴²⁴.

BK. 18. m. 2. Fıkrasındaki hükmün nedeni, muvazaalı işlemlere başvuruları cezalandırmaktır⁴²⁵. Çünkü yaptıkları işlem hukuki güvenliği tehdit etmekte olup hukuki hayat için bir tehlikedir: Böyle bir işlemde bulunan bunun yaptırımına katlanmalıdır.

bb. Beyaza imza

Borçlunun, alacağın mevcut olmadığı itirazını temellük edene karşı da ileri sürebilmesi kuralının uygulamadaki diğer bir önemli istisnası da “beyaza imza” halidir. Federal Mahkemeye göre “beyaza imza atan kimse, tehlikeli bir durum yaratmış olur ve iyi niyetli üçüncü şahıslara karşı beyaza imzanın kötüye kullanılmasından doğacak sonuçlardan sorumludur”. Kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını başkasına temlik edemeyeceği kuralının burada uygulama alanı yoktur. Böylece A isimli biri bir kağıdı imzalayarak B isimli birine verse, B isimli şahıs da güveni kötüye kullanarak imzalı boş kağıdı bir borç senedine dönüştürürse, bu senede dayanarak iyi niyetle alacağı temellük eden C isimli kişiye karşı A isimli şahıs alacağın mevcut olmadığı itirazında bulunamaz⁴²⁶.

⁴²³ REİSOĞLU, s. 350; EREN, s. 1920

⁴²⁴ REİSOĞLU, s. 380

⁴²⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1114; REİSOĞLU, s. 380; EREN, s. 1230

⁴²⁶ REİSOĞLU, s. 380

BK. 162. Maddesinin ikinci fıkrası borçluya tanınan defî hakkını, temlik yasağı yönünde bir sınırlamaya tabi tutmuştur. BK. 162. M. 2. Fıkrasına göre temlik yasağını içermeyen yazılı bir borç vaadine güvenerek alacağı iktisap eden üçüncü kişiye karşı borçlu sözleşmeye dayalı temlik yasağı defîni ileri süremez⁴²⁷.

b. Defîler

Borçlu bazı özel nedenlerden dolayı ödemekten kaçınabilir; yani teknik anlamda (defî) öne sürebilir. Borçlunun temellük edene karşı ileri sürebileceği defîler arasında örnek olarak bilhassa ödemezlik defî (BK. 61)⁴²⁸ ile zaman aşımı defî gösterilebilir⁴²⁹. Alacağın temliki zaman aşımı sürelerinin işlemlerini etkilemez⁴³⁰. Ödemezlik defîne örnek, alıcının hakkını temlik etmesi halinde, satış bedeli teslim edilinceye kadar satıcı malı temlik edene vermektan kaçınabilir (BK. 81)⁴³¹. Aynı zamanda sebepsiz zenginleşme defî de borçlu tarafından sürülebilen defîlere örnek verilebilir. Örneğin, bir kimse soyut bir işlem ile sebepsiz borç altına girmesi halinde sahip bulunduğu sebepsiz zenginleşme defîni temellük edene karşı da öne sürebilir. BK. 207. m. 2. Fıkrasındaki satılan nesnenin ayıplı olmasının verdiği bozma ve indirim hakları da, borçlu tarafından, temellük edene karşı öne sürülebilen defîlere bir örnek gösterilebilir⁴³².

⁴²⁷ Ayrıntılı bilgi için bakınız yukarıdaki sayfalarda temliki mümkün olmadığına rağmen temlik edilen alacakların hüküm ve sonuçları.

⁴²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız, CUMRALI, Sedat, Alacağın Temlikinde Tediye Defî, Makale Çalışması, Ankara Barosu Dergisi, sa. 1, 1969, s. 13-15

⁴²⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1114; ERDOĞAN, s. 495; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 350; EREN, s. 1229; REİSOĞLU, s. 380

⁴³⁰ EREN, s. 1229

⁴³¹ TUNÇOMAĞ, s. 1114

⁴³² TUNÇOMAĞ, s. 1114; VELİDEDEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 380

Alacağı temellük edenin iyi niyetli olması, borçlunun temlik edene karşı ileri sürebileceği defi ve itirazların varlığını bilmemesi (belli istisnalar dışında) borçlunun bu defilerin kullanabilmesine engel olamaz⁴³³.

c. Takas:

“Takas şartlarını taşıyan bir alacağın temlik edilmesi borçlunun takas imkanını ortadan kaldırmaz”⁴³⁴.

Borçlar Kanunu 167. Maddesinin ikinci fıkrası ile takas konusundaki “karşılıklı alacaklı olma” ilkesine bir istisna getirmiştir⁴³⁵. BK. 118 maddesinin birinci fıkrasına göre, takasın geçerli olabilmesi için alacakların karşılıklı olması gerekir. Ancak BK. 167. m. 2. Fıkrasının getirdiği istisnaya göre borçlu temlik edene karşı takas olarak ileri sürebileceği alacakları, temellük edene de takas olarak ileri sürebilir⁴³⁶. Bu istisna temlikteki özel durum göz önünde bulundurularak getirilmiştir. Bunun için, alacağın temlikinde takas hakkına da sahip olan sadece borçludur⁴³⁷. Alacağı temellük eden BK. 167. m. 2. Fıkrasına dayanarak takasta bulunamaz⁴³⁸. Hatta temellük edenin takasta bulunması kendi çıkarına ise de yine de takasta bulunamaz. Çünkü bu hüküm borçluyu korumak için konmuştur⁴³⁹.

BK. 167. m. 2. Fıkrasındaki istisnanın uygulanabilmesi için birkaç şartın bulunması gerekir. Yani borçlunun temellük edene karşı takas ileri sürebilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bunlardan birincisi, borçlunun temlik edene karşı

⁴³³ REİSOĞLU, s. 1114

⁴³⁴ ERDOĞAN

⁴³⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1115; REİSOĞLU, s. 380; KILIÇOĞLU, s. 551

⁴³⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1115; VELİDEEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 351; REİSOĞLU, s. 380; EREN, s. 1230

⁴³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 1115; ERDOĞAN, s. 495; VELİDEEOĞLU / ÖZDEMİR, s. 351

⁴³⁸ ERDOĞAN, s. 495; VELİDEEOĞLU, s. 551

⁴³⁹ ERDOĞAN, s. 396

bir alacağa sahip olması gerekir, ikinci şart ise borçlunun temlik edene karşı sahip olduğu alacağın muaccel olması gerekir⁴⁴⁰. Borçlu temlik edene karşı sahip olduğu muaccel olmayan (mueccel) bir alacağını da (örneğin, şarta veya süreye bağlı bir alacak) temellük edenle olan borcu ile takas edebilir. Ancak bu alacağın temlik edilen alacaktan önce muacceliyet kazanması gerekir⁴⁴¹. Çünkü borçlunun takas definde bulunabilmesi için sahip olduğu alacağın, temlik işleminin yapıldığı anda muacceliyet kazanmış olması gerekli değildir, alacağın o anda var olması yeterlidir⁴⁴². BK. 167. m. 2. Fıkrasıyla çelişen kurallar dışında, takas konusunu düzenleyen Borçlar Kanunu kuralları (BK. 118 ve onu izleyen maddeler) alacağın temlikinde takasa da uygulanmalıdır⁴⁴³

Alacağın kısmi temlikinde, borçlu karşı alacağını, isterse alacağın temlik edilen kısmı ile, isterse temlikten arta kalan kısımla takas edebilir⁴⁴⁴.

Art arda temlikte borçlu asıl alacaklı veya arada temellük edenler karşısında sahip bulunduğu alacağı sonucu temellük edene karşı takasa yetkilidir⁴⁴⁵.

Defi ve takasla ilgili BK. 167. Maddesi emredici bir hukuk kuralı değildir. Bu yüzden borçlu, temlik edenle yapacağı bir anlaşma ile söz konusu defileri temellük edene karşı ileri sürme hakkından önceden vaz geçebilir⁴⁴⁶, itirazlar ise, karşılıklı anlaşma bulunsa bile bertaraf edilemez.

⁴⁴⁰ TUNÇOMAĞ, s. 1115; ERDOĞAN, s. 495; VELİDEEYOĞLU / ÖZDEMİR, s. 351; REİSOĞLU, s. 380; EREN, s. 1230

⁴⁴¹ TUNÇOMAĞ, s. 1115; ERDOĞAN, s. 495; VELİDEEYOĞLU / ÖZDEMİR, s. 351; REİSOĞLU, s. 381

⁴⁴² TUNÇOMAĞ, s. 1115; VELİDEEYOĞLU, s. 351

⁴⁴³ VELİDEEYOĞLU / ÖZDEMİR, s. 351

⁴⁴⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1115-1116

⁴⁴⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1116

⁴⁴⁶ EREN, s. 1230

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

IRAK HUKUKUNDA ALACAĞIN TEMLİKİ (HAVALETÜL HAK), TARAFLARI, KONUSU HÜKÜM VE SONUÇLARI

Ş.10. HAVALETÜL HAK KAVRAMI, TARAFLARI

I. HAVALETÜL HAKKIN KAVRAMI

Irak hukukunda alacağın temliki “Havaletül Hak” konusuna girmeden önce⁴⁴⁷, bu konuyu düzenleyen Irak Medeni kanununa dair bazı bilgilerin aktarılmasını faydalı görüyoruz.

Irak'ta, 1951 M. tarihli 40 No.lu Medeni Kanunun yürürlüğe geçirmesinden önce, Medeni ve Borçlar Kanunlarını düzenleyen, Mecelletül Ahkam Eladiye (Mecelle) adlı bir kanun uygulanmaktaydı. Bu kanun özellikle Hanefi Mezhebi etkisinde düzenlenen bir kanundu⁴⁴⁸.

Yürürlükte olan Irak Medeni Kanunu da İslam kanunu (özellikle Hanefi Mezhebi) ve Fransız Medeni Kanununun etkisinde kalan ve bu iki kanun çerçevesinde düzenlenen bir kanundur⁴⁴⁹. Çünkü Mehas kanun olan Mısır Medeni Kanunu, Fransız Medeni Kanunu etkisinde ve onun çerçevesinde düzenlenmiş bir kanundur.

Kısacası Irak Medeni Kanunu dolaylı olarak da olsa Fransız Medeni

⁴⁴⁷ Irak'ta şu ana kadar 1951 tarihli 40 No.lu Medeni Kanun yürürlüktedir.

⁴⁴⁸ İslam kanununun ve Mecellenin, alacağın temliki konusunda görüş açısını öğrenmek için, bakınız yukarıdaki sayfalarda, İslam Hukukunda Alacağın Temliki

⁴⁴⁹ Irak'ta uygulanan Hukuk sistemi, Fransız Hukuk sistemidir.

Kanununun etkisinde kalan bir kanundur. Irak Medeni Kanunu özü İslam, süsü ise Fransız ve Batı hukuklarıdır.

Irak hukuk sisteminde, Türk hukuk sisteminde olduğunun aksine Borçlar Kanunu ile ilgili özel bir metin bulunmamaktadır. Irak hukukunda borç ilişkileri medeni kanun maddeleriyle düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunundaki, Alacağın Temliki Kurumunu, Irak Medeni kanununda ‘Havaletül Hak’ adlı bir kurum karşılamaktadır⁴⁵⁰.

Irak hukukunda Havaletül Hak Kurumu Irak Medeni Kanununun El babül Rabi-İntikalül iltizam (yani dördüncü bab-bağlayıcılığın, yükümlülüğün nakli veya geçmesi) Ana başlığı altında ikinci bölümünde 362-374. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Havaletül Hak, iki kelimededen (Havale ve Hak) oluşan bir hukuki terimdir. Havale⁴⁵¹, dil bakımından nakil veya geçirmeyi ifade eder. Hak kelimesi ise burada alacak anlamına gelmektedir. Irak Kanun Koyucusu Hak kelimesiyle sadece alacak hakkını kasetmiştir. Çünkü hak alacaktan daha geniş bir kavramdır⁴⁵².

Yukarıda anlamlarını açıkladığımız kelimeleri birleştirerek ‘Havaletül Hak’

⁴⁵⁰ Mehaz Mısır Medeni kanununda bu kurum aynı ‘Havaletül Hak’ diye adlandırılmaktadır, ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 442; TATTAP, Talebe Vehbe, Ahkamül İltizam Beynel Şeria El İslamiye ve Elkanun (Dirasa Mukarana) 1. Bası, darül Fikir El Arabi, El Kahira, s. 222; HİCAZ, Abdulhay; Nazariye El amma Lililtizam, El cüz Elevvel (El iltizam fizatihi), 1953, s. 237; El ŞŞERKAVT, Cemil, El nazariye El amma Lililtizam El Kitap El sani (Ahkam El iltizam) Darul Mahza El Arabiye, El Kahira, 1981, s. 225; Lübnan Medeni Kanununda bu Kurum ‘Havaletül Hak veya Alacaklının Alacağının intikali’ diye adlandırılmıştır, El Mahmasani, Suphi, Muhazarat Fi El Kanun El Medeni El Lübnani, İntikal El İltizam (Havaletül Hak ve Havaletül Deyin), 1956, s. 12; ÜRDÜN Kanununda ise bu Kurum intikalül Hak (El Havale) diye adlandırılmaktadır. ELFAW, Abdül Kadir, Ahkamül İltizam Asarül Hak Fi El Kanun El Medeni 4. Bası, Darul Safaka Litnesir ve Eltevzi, Amman, 1997, s. 195.

⁴⁵¹ Havale, Arapça “İhale ve tahvil” kökenlerinden isimdir. Sözcük bakımından, bir yerden başka bir yere aktarma ve nakil anlamına gelir.

⁴⁵² Irak kanun koyucusunun burada Hak sözcüğünün kullanmasının nedeni Fransız hukukunun etkisinde kalmasından kaynaklanmaktadır.

hakkın geçirilmesi veya nakli Türkçe karşılığı çıkar⁴⁵³.

Irak Medeni Kanunu ‘Havaletül Hak’ kurumunu tanımlamamıştır.⁴⁵⁴, Ancak öğretilerde. “Havaletül Hak, bir sözleşme veya bir akittir. Bu akide göre alacaklı, kendi borçlusundaki alacağını üçüncü bir kişiye geçirir. Böylece üçüncü kişi alacaklının yerine geçer. Alacak üçüncü kişiye hiçbir değişikliğe uğramadan bütün özellik, teminat ve defileriyle geçmiş olur⁴⁵⁵.

Irak Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanununun aksine kanuni ve kazai havaletül haktan ‘Kanuni ve kazai temlikten’ bahsetmemektedir. Ayrıca bütün hukuk yazarları tarafından havaletül hakka verilen tanımlar bir sözleşmeden veya bir akitten bahsetmemektedir. Irak Kanun Koyucusu kazai ve kanuni temlik (havaletül hakkı) tanıtan (belirleyen) bir madde getirmemesinde haklıdır. Çünkü Irak hukukunda gerçek anlamda havaletül hak (iradi temlik) bile her hangi bir şekle bağlı değildir. Oysa Türk Borçlar Kanununa göre alacağın temlik (iradi temlik) yazılı şekilde yapılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu kanuni ve kazai temlikte yazılı şeklin gerekli olmadığını açıklamak için kanuni ve kazai temlik belirten bir madde getirmiştir (BK. m. 164). Oysa yukarıda verdiğimiz sebepten dolayı IMK’nun TBK. 164. maddesi gibi bir madde içermesine gerek yoktur. IMK’nun havaletül hakkı düzenleyen maddeleri arasında kazai ve kanuni havaletül hakkı içeren bir maddenin

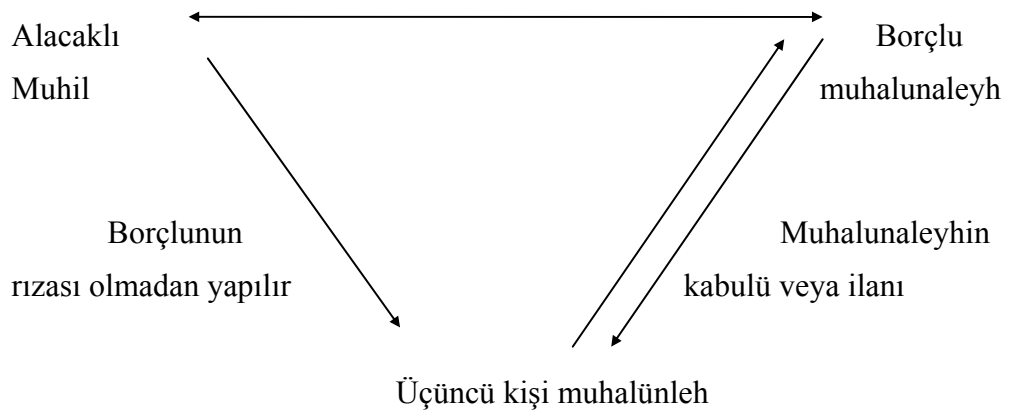
⁴⁵³ Irak hukuku hakkın (alacağın) temlik değil alacağın geçirilmesi veya nakli terimini kullanmasıyla muvaffak olmuştur. Çünkü Irak hukukunda bu kanunun nitelikleri ve şartları bakımından, bu kurumu karşılayan Türk hukukundaki kurumdaki bir hayli farklıdır.

⁴⁵⁴ Türk Borçlar Kanununda alacağın temlik kurumu tanımlanmamıştır.

⁴⁵⁵ El NAHİ, Salahattin, Elveciz Fi El nazariye Elamma Lilitizam Bağdat, 1950, s. 384; EIZENNUN, Hasan Ali, Elnazariye El amma Lililtizam, Masadır El iltizam - Ahkam El iltizam - İspat El iltizam, Bağdat 1976, s. 432; ELHAKİM, s. 317; ELBEYET, Selman, Elkaza El medeni El Iraki, I. cüz, 1962; Mısırlı ve Lubnanlı yazarlar da hemen hemen aynı tanımlı vermektedirler. ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 342; ZEKİ, Mahmut Cemaleddin El veciz Fi Nazariyetül iltizam Fi El Kanun el medeni El Mısri,

bulunmaması, Irak hukukunda böyle bir çeşit temlikin bulunmadığı anlamına gelmez. Çünkü miras yoluyla alacakların mirasçılara geçmesi aslında kanun gereği bir havaletül haktır. Ayrıca terekenin mirasçılara paylaşılmasına dair (mirasçılar arasında bir ihtilaf söz konusu olduğunda) hakim kararı, kazai havaletül haktan başka bir şey değildir.

IMK. 362. maddesinin, ikinci fıkrasına göre “... Borçlunun rızası olmaksızın havale⁴⁵⁶ gerçekleşir”. Böylece havaletül hak ile alacak hakkı hukuki işlemin neticesi olarak temellük arzusunda olan ve alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden bağımsız olan birisine geçer. Ancak IMK göre, havaletül hak bu aşamada sadece tarafları arasında hüküm ifade eder (Muhil ve muhalünleh arasında) havaletül hakkın, borçlu (muhalünaleyh) ve havaletül haktaki borç ilişkisi taraflarından başka diğer üçüncü kişiler nezdinde bir hüküm ifade edebilmesi için borçlunun havaletül hakkı kabulü veya havaletül hakka ilan edilmesi gerekir. Ayrıca havaletül hakkın borç ilişkisi dışında kalan üçüncü kişiler nezdinde hüküm ifade edebilmesi için, borçlunun havaletül hakkı kabul tarihi belli olmalıdır, (IMK. 363. M.).



Kahire Matbaası, 1974, s. 173; HATTAP, s. 224; EISARKAVİ, s. 225; HİCAZ; s. 238, ELMAHMASANİ, s. 19.

⁴⁵⁶ Havale kelimesi, havaletül hak anlamında kullanılmıştır.

Irak hukukunda, bir borç ilişkisinden doğan alacağı temlik arzusunda olan üçüncü kişiye aktarana “Muhil” bu alacağı devralacak üçüncü kişiye “muhalünleh”, söz konusu ilişkideki borçluya “Muhalünaleyh” adı verilmektedir⁴⁵⁷. Alacağı temellük eden ‘Muhalünleh’ alacaklının (Muhilin) mümessili değil, bizzat alacaklısı olur⁴⁵⁸. Havaletül hak borç ilişkisinin pozitif tarafına getirdiği değişiklikten başka borç konusunu özellikle (varlık ve miktarını) hiçbir şekilde etkilemez.

Irak hukukunda havaletül hakkın iki tane koşulu vardır. Birincisi geçerlilik (sıhhat) koşulu, ikincisi ise ifa etme koşuludur⁴⁵⁹. Irak hukukunda asıl olan her türlü alacak hakkının havaletül hak ile temlik edilebilir olmasıdır. Ancak IMK’nun 362. Maddesinin birinci fıkrası, havaletül hakka konu olacak alacaklara bir sınırlama getirmektedir. “... alacak, kanunun, tarafların anlaşmasıyla veya işin niteliği itibarı yasaklanmış olmadıkça ancak temliki mümkündür”. Ayrıca IMK’nun 364. Maddesi bir diğer sınırlama daha getirmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre haczi mümkün olmayan alacaklar havaletül hakka da konu olamaz⁴⁶⁰. Haczi mümkün olmayan alacaklar, 1980 tarihli 45 nolu Irak Tenfiz Kanununun 62. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁶¹.

IMK’nun 365. Maddesine göre havaletül hakta alacak hakkı yalnız başına

⁴⁵⁷ ELZENUN, s. 432, ELNAHİ, s. 384; ELHAKİM, s. 327; Mehaz Mısır kanununda da havaletül haktaki borç ilişkisi taraflarına aynı adlar verilmektedir. ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 442; ELŞERKAVİ, s. 225; HATTAP, s. 224; Havaletül haktaki borç ilişkisi taraflarının adları, Türk hukukundaki, havale taraflarının aynıdır. Ama bu benzerlik sadece her iki kurumun taraflarının adları açısından dır.

⁴⁵⁸ ŞEHATE, Şefik, Muhazarat Fi El kanun El medeni (Havaletül Hak Fi Kavanin El bilad El arabiyye), 1954, s. 24.

⁴⁵⁹ ŞEHATE, s. 23; ELZENUN, s. 433; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 466 ELNAHİ, s. 387; HİCAZİ, s. 239; ELŞERKAVİ, s. 226; HATTAP, s. 223-225.

⁴⁶⁰ ŞEHATE, s. 19-20; ELSENHURİ, 3. Cüz s. 458; TEKİ, s. 175; ELŞERKAVİ, s. 226-227; HATTAP, s. 224-225; EL ZENNUN, s. 432-433; ELHAKİM, s. 315, Aynı hakların havaletül hak yolu ile temliki mümkün değildir. ELSENHURİ, 3. CÜZ S. 450Dİpnot. 2 ve s. 457; ŞEHATE, s. 18.

⁴⁶¹ Irak Hukuk sistemindeki Tenfiz Kanununu Türk Hukuk Sisteminde icra ve iflas kanunu karşılamaktadır.

değil, ona bağı teminat hakları (kefalet, imtiyaz, rehin hakları gibi) da (muhalünlehe) “temellük edene” geçer. Bununla birlikte doğmuş faizler de muhalünlehe geçer. Havaletül hakta, alacak hakkı niteliğini koruyarak muhalünlehe geçer, böylece alacak hakkı şarta veya süreye bağılıysa, bu özelliğini koruyarak muhalünlehe geçer⁴⁶².

Irak hukukunda, kısmi temlikle ileride doğacak alacakların (mustakbel) alacakların temliki de mümkündür. Hatta mülkiyeti çekişmeli bulunan alacağın temliki de mümkündür⁴⁶³.

Türk hukukunda temellük edenden başkasına edimde bulunan iyi niyetli borçlunun korunması söz konusu ise de Irak hukukuna göre, borçlu muhalünlehe değil başkasına edimde bulunmuşsa iyi niyetli olsa dahi korunması söz konusu değildir. Çünkü peşin olarak İMK. 363. maddesi borçlunun muhalünlehe ödemede bulunma zorunluluğunu borçlunun havaletül hakkı kabul etmesine veya kendisine bildirilmesine bağlamıştır. Bu iki koşulun herhangi birisi gerçekleşirse havaletül hak borçlu hakkında hüküm ifade eder. Borçlunun iyi niyetli olması bu sonucu değiştirmez.

İMK. 366. maddesine göre, borçlu (muhibe) ‘temlik edene’ karşı sahip olduğu itiraz ve defileri muhalünlehe karşı da öne sürebilir. Aynı zamanda borçlu direkt olarak muhalünlehe karşı sahip olduğu defileri de öne sürebilir⁴⁶⁴.

Türk hukukunda, alacağın temlikinin benzer kurumlardan farkı konusunda

⁴⁶² EZENNUN, s. 434; s. 328; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 452; ZEKİ, s. 176; TALABA, s. 224, ELHAKİM

⁴⁶³ ZENNUN, s. 434; ELMECİT, s. 335; HATTAP, s. 224-225.

⁴⁶⁴ ELHAKİM, s. 329-332; elzennun, S. 434-435

söylediklerimiz, Irak hukukunda havaletül hak için de geçerlidir⁴⁶⁵. Bu yüzden bu konunun burada bir daha tekrarlanmasının gerekli olmadığını düşünüyoruz. Ancak bir noktaya dikkat etmemiz gerekir, o da Irak hukukunda havaletül hak kurumu hiçbir şekle bağlı değildir. Türk hukukunda alacağın temliki ise, yazılı şekle bağlı bir sözleşmedir.

II. HAVALETÜL HAKKIN TARAFLARI

Irak Medeni kanununa göre havaletül hakkın iki tarafı vardır⁴⁶⁶. Bunların birincisi ‘muhih’ (Türk hukukunda ‘temlik eden’) ve ikincisi ‘muhalünleh’ (Türk hukukunda ‘temellük eden’) muhalünaleyh, (Türk hukukunda ‘borçlu’) havaletül hak sözleşmesinin tarafı değildir⁴⁶⁷. Havaletül hakkın sadece muhih ve muhalünlehin irade beyanlarıyla meydana geldiği IMK 362. Maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. “Kanun, sözleşme tarafları veya işin niteliği itibarıyla geçirilmesi (havalesi) yasaklanmamış alacaklar, alacaklı tarafından başka bir kişiye geçirilebilir. Geçirim (havale) muhalünaleyhin rızası olmaksızın gerçekleşir.

IMK. 362. Maddesi Mısır Medeni Kanunundan aynen alınmıştır. (IMK. 362. Maddesi , MMK. 303. maddesini karşılamaktadır). Muhalünaleyh havaletül hak sözleşmesinde taraf olmamasına rağmen, havaletül haktaki borç ilişkisinin bir

⁴⁶⁵ Bakınız yukarıdaki sayfalarda, alacağın temlikinin benzer kurumlardan farklı “Irak hukukunda, borcun nakline (havaletül deyin), üçüncü kişi lehine sözleşmeye (Eliştirat li maslahatil gayir), temsile (elniyebe fi el teakut), tecdit, yenilemeye (tedit) adı verilmektedir. havale kurumu Irak hukukuna göre, ticaret kanunu kurumlarındandır. Irak hukukuna göre havale ciro edilebilen bir çeşit kıymetli evraktır.

⁴⁶⁶ ŞEHATE, s. 16; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 447; ELHAKİM, s. 320; ELŞERKAVİ, s. 226; HİCAZİ, s. 242; ELNAHİ, s. 387.

⁴⁶⁷ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 447; ELHAKİM, s. 320; ELŞERKAVİ, s. 226, HİCAZİ, s. 242; İLHANİ, s. 387; ŞEHATE, s. 16 “Arap ülkeleri yeni kanun düzenlemelerinde, havaletül hak sözleşmesinin, muhihin icabı ve muhalünlehin kabulüyle gerçekleşen bir sözleşme olduğu hükme bağlanmaktadır. Muhalünaleyh ise havaletül hak sözleşmesinde taraf değildir; böylece kabulü de havaletül hak sözleşmesinin geçerlilik (sıhhat) şartı değildir.

tarafıdır, bu yüzden havaletül hakkın taraflarını incelerken muhalünaleyhe de bir borç ilişkisi tarafı olarak yer vereceğiz. Burada havaletül hak taraflarını incelememiz sadece tarafların ehliyeti bakımından olacaktır. İlerideki sayfalarda havaletül hakkın borç ilişkisi tarafları açısından ne hüküm ifade ettiğini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

A. Muhil ‘Temlik Eden’

a. Muhilin ‘Temlik Edenin’ Fiil Ehliyetine Sahip Olması:

IMK. göre havaletül hak bir sözleşmedir. Böylece alacaklı borçlusundaki alacağını havaletül hak yolu ile bir üçüncü kişiye geçirebilmesi için akit yapma ‘fiil’ ehliyetine sahip olması gerekir⁴⁶⁸. Muhilin fiil ehliyetinin derecesi havaletül hakkın ne amaç için yapıldığına göre değişir⁴⁶⁹. Çünkü Irak hukukuna göre havaletül hak bağış amacıyla yapılmışsa bağış sözleşmesini düzenleyen maddelerin havaletül hakka uygulanması söz konusu olur. Buna karşılık havaletül hak karşılıklı yapılmışsa, satış amacıyla yapılmışsa, satış sözleşmelerini düzenleyen kuralların, havaletül hakka uygulanması söz konusu olur⁴⁷⁰. Kısaca; bağış amacıyla yapılan havaletül hakta, muhilin bağış sözleşmesinde gereken fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Satış amacıyla yapılan havaletül hakta, muhilin satış sözleşmesinde gereken fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Eğer muhil (temlik eden) mümeyyiz küçük veya ehliyeti kısıtlıysa, havaletül hak sözleşmesinin geçerli olması için mümessilin muvafakatı gerekir. (IMK. 97. M). Ancak Irak hukukuna göre bu kural mutlak değildir. Çünkü Irak hukukunda tam fiil ehliyeten sahip olmayan (mümeyyiz küçük

⁴⁶⁸ ELHAKİM, S. 320; elsenhur; 3. Cüz, s. 447, HATTAP, s. 225, ELZENNUN, S. 433.

⁴⁶⁹ ŞEHATE, s. 17; ELSENHUR; 3. Cüz, s. 447; ELHAKİM, S. 327.

⁴⁷⁰ ELHAKİM, s. 327; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 447.

veya ehliyeti kısıtlı) kişi bir bağış tasarrufunda bulunmuşsa, bu tasarrufu geçersizdir; hukuki mümessilinin (veli veya vasisinin) buna icazet vermesi bu sonucu değiştirmez, yani geçerlilik kazandırmaz⁴⁷¹. (IMK. 97. M. 1.f). Çünkü Irak hukukuna göre bağışta bulunma, bağışlayana göre sırf zarar bahşeden aktilerdendir⁴⁷².

b. Muhilin (Temlik Edenin) Tasarruf Yetkisine Sahip Olması:

Havaletül hakkın geçerli olması için, muhilin sadece fiil ehliyetine sahip olması yeterli değildir. Çünkü daha önce de söylediğimiz gibi Irak hukukuna göre havaletül hak bir akittir, böylece Medeni Kanunda akit konusunu düzenleyen kurallar havaletül hakka da uygulanır. Tasarrufi nitelikte bulunan bir akdin geçerli olması için sadece tasarruf edenin akit yapma ‘fiil’ ehliyetine sahip olması yetmez, bunun yanında akdin konusu üzerinde tasarruf ehliyetine ‘yetkisine’ de sahip olması gerekir⁴⁷³.

Fiil ehliyeti şahsın kendisinde bulunan (dahili) bir nitelik olduğu halde, tasarruf yetkisi, muhil ile muhalünbihi (temlik edilen alacak) arasında olması gereken dış (harici) bir niteliktir. Başka bir deyişle muhil ile muhalünbihi (temlik edilen alacak) arasında tasarrufu yetkili kılan bir ilişkinin bulunması zorunludur. Normalde her malik (alacaklı) alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak bu

⁴⁷¹ ŞEHATE S. 17; senhuri, 3. Cüz, s. 443, D.1; ELHAKİM, Abdumecit, Elmuvez Fi Şerih El Kanun El medeni Masadirül İltizam, 5. Bası, 1. Cüz., Nedim Matbaası, Bağdat, 1977, s. 50, 116.

⁴⁷² Irak hukukunda akitler ehliyet bakımından üçe ayrılmaktadır. A - sınıfı Fayda bahşeden akitler, örneğin bağış sözleşmesi, kendisine bağışta bulunulan açısından, B. Sınıfı zarar bahşeden akitler, örneğin bağış sözleşmesi, bağışlayan açısından C. Fayda ve zararı güden aktire örneğin, satış akdi. Tam fiil ehliyetine sahip olan kimse yukarıdaki akit çeşitlerinin hepsini yapabilir. Fiil ehliyeti tam olmayan kişiler (mümeyyiz küçük) sadece sırf fayda bahşeden akitleri yapabilir; fayda ve zarar güden akitleri yapabilmesi için velisinin veya vasisinin icaze vermesi gerekir. fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler yukarıdaki akit çeşitlerinin hiçbirini yapamazlar. ELHAKİM (Masadirül İltizam) s. 116; ELSENHURİ, Abdulrazzak Ahmet, El Vasit Fi Şerih El Kanun El medeni Nazariyetül İltizam Bivecih An (Masadirül İltizam), 1. Cüz, 2. Bası, Darul Nahza Elarabiye yayın evi, 1964. Zb 285, 294, 295; EL ZENNUN, 1976, s. 78-81.

yetki tamamen veya kısmen kanun tarafından sınırlanabilir. Örneğin, İMK. düzenlenen ‘ELHACİZ ALA ELMEDİN ELMUFLİS’ yani ‘iflas eden borçlu aleyhine tasarruf yasağı’ müessesesine göre⁴⁷⁴, iflas eden borçlu haciz kararından sonra kendi malları üzerinde tasarruf edemez (İMK. 270-279. m)⁴⁷⁵. Diğer bir örnek, Irak Ticaret Kanununda düzenlenen iflas kurumuna göre, iflas masasına yatırılan alacaklar iflas eden tarafından havaletül hak yoluyla başkasına geçirilemez. Geçirilse dahi kendisi dahil hiçbir taraf hakkında bir hüküm ifade etmez⁴⁷⁶.

Tasarruf yetkisine sahip olmayan malikler (alacaklılar) aksine, tasarruf yetkisine sahip olan ancak malik (alacaklı) olmayanlar da vardır. Bunlar ya Kanun veya anlaşma gereği yetkili kılınmışlardır (örneğin, veli, vasi, temsilci, rehin hakkı sahibi, haciz koyan... vs). Havaletül hakkın geçerli olması için, muhilin havaletül hakkı yaptığı anda tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Tasarruf yetkisini havaletül hak esnasında kaybeden muhilin yaptığı havaletül hak tasarrufu geçersizdir. Ancak daha sonra bu yetkiyi tekrar kazanırsa daha önce yapılan havaletül hak işlemine geçerlilik kazandırır.

Havaletül hak yolu ile geçirilen alacağın birden çok sahibi varsa, havaletül hakkın geçerliliği hepsinin tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır.

Temlike yetkili olmayan veya başkasına ait bir alacak üzerinde sahibinin

⁴⁷³ ELSENHURİ, 1. Cüz, s. 286.

⁴⁷⁴ Irak Medeni Kanunundaki bu müessese, bildiğimiz iflas müessesesinden farklıdır. İMK. İflas müessesesi adlı bir kurumu tanımamaktadır, tanımamasının sebebi İslam Kanunu etkisinde kalmasındandır. İflas müessesesi Irak Ticaret Kanununun bir müessesesidir. ELBEKRİ, Abdulkaki, Şerih Eliltizam Elmedeni El İraki (Tenfiz el iltizam) s. Cüz, Zehra Matbaası, Bağdat, 1971, s. 368-372; ELMECİT, s. 113; ELZENNUN, s. 372.

⁴⁷⁵ Bkz. ELBEKRİ, s. 367-438; ELHAKİM, s. 111-115; ELZENNUN, s. 371-373.

⁴⁷⁶ Irak Ticaret Kanunundaki iflas kurumu, sadece tacir sıfatı olan kişiler arasında iflas konusunu düzenler, bu yüzden Irak hukukunda iflas kurumu ELİFLAS ELTİCARİ diye adlandırılmaktadır.

rızası olmaksızın havaletül hak gibi bir tasarruf işlemi yapan birisinin hukuki durumuna gelince (şayet bir kimse, başkasına ait bir alacak üzerinde onun adına yetkisiz surette tasarrufta bulunmuşsa (tasarrufulfuzuli) (fuzuli tasarrufu) (IMK. 1, 2, 3, 4. F.) bu tasarruf askıdadır durumundadır, geçerli hale gelebilmesi alacaklının icazetine bağlıdır. (IMK. 1. f.). Malik (Muhil) bu tasarrufa icazet verirse, icazet vekalet anlamına gelir ve alacak icazet anında değil havaletül hak sözleşmesi yapıldığı anda hüküm ifade eder. İcazet açık veya zımni bir şekilde olabilir⁴⁷⁷

B. Muhalünleh (Temellük Eden)

Havaletül hak, işlemde bulunanın tek taraflı bir işlemi değil, muhil ile muhalünleh arasında kurulan bir sözleşmedir. Böylece sadece muhilin değil, muhalünlehin de iradesi söz konusudur. Havaletül hak sözleşmesinde, muhalünlehe ilk baktığımızda, onun sınırlı ehliyetsiz olmasının yetkili olması ve hatta kanuni temsilcisinin izin veya icazeti olmadığı halde bile temellük edebilirliği zannolunabilir. Çünkü mücerret havaletül hak onun mal varlığında sadece bir artma meydana getirmektedir. Ancak geçirme ivazlı yapıldığı anda her ne kadar muhalünleh bir hak veya seyi kazanmışsa da diğer taraftan bu kazanma ifa nedeni olduğu için, yani ivazlı olduğu için muhalünlehin zarara uğraması sonucu doğurabilir. Çünkü o alacağı üzerinde tasarruf etmiş yani alacağını sona erdirmiş bulunuyor, bu nedenle muhalünleh mümeyyiz küçük veya ehliyeti sınırlı olduğu halde ivazlı geçirim işlemine kalkarsa kanuni temsilcisinin onayına gerek doğar. Kısaca geçirme ivazlı yapılmışsa muhalünlehin fiil ehliyetine sahip olması, sınırlı

MUSA, TALİP HASAN, Mebedi El kanun El ticari; 1. Bası. Darul Hurriye Devlet Matbaası, 1973, s. 52.

⁴⁷⁷ Bkz. ELHAKİM (Masadir ül iltizam) s, 305-314; EL ZENNUN, s. 136-137.

ehliyetsiz bulunduğu halde temsilcisinin icazetine gerek vardır⁴⁷⁸. “Mumeyyiz küçük... zarar ve faydayı güden tasarruf işlemleri ancak velisinin rızasıyla geçerli olur” (IMK. 97. M. 1. f.). Ancak aynı madde hükmüne göre mümeyyiz küçük sırf fayda bahşeden bir tasarruf işlemi bulunmuşsa, velisinin rızası olmasa bile yaptığı bu tasarruf geçerlidir. Yani eğer havaletül hak ivazsız ise (örneğin, bağış ‘hibe’ amacıyla yapılan havaletül hak)⁴⁷⁹ mümeyyiz veya ehliyeti sınırlı muhalünle kanuni temsilcisinin izni olmadan da kendisine muhil tarafından yapılan temlik kabul edebilir. Ancak IMK. 96. Maddesine göre “Temyiz kudreti olmayan küçüklerin tasarrufları geçerli değildir; velisinin icazet vermesi bu sonucu değiştirmez” yani ivazsız geçirim de bile muhalünlehin temyiz kudretine sahip olması aranır. Temyiz kudreti bulunmayan kimse hiçbir temlik kabul edemez⁴⁸⁰.

C. Muhalünaleyh (Borçlu)

Muhalünaleyh, havaletül hak sözleşmesinin bir tarafı değildir (IMK. 362. m)⁴⁸¹. Bunun için muhalünaleyhin irade beyanı söz konusu değildir⁴⁸². Ancak havaletül haktaki borç ilişkisi üçlü borç ilişkisi olduğu için burada borçluya dair bazı bilgilerin aktarılmasını doğru görüyoruz. Havaletül hak muhalünaleyhin durumunda hiçbir değişiklik meydana getirmemekte, daha önceki muamelede pasif durumda

⁴⁷⁸ EL HAKİM (Masadirül iltizam), s. 116-119, ELZENNUN, S. 77-80.

⁴⁷⁹ Bağış amacıyla yapılan havaletül hakka, bağış sözleşmesini düzenleyen madde hükümleri uygulanır, EL HAKİM, (Ahkamül iltizam), s. 317; ELSENHURİ, s. 443; bağış (hibe) sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için, bakınız, ELSENHURİ, Abdülrazzak Ahmet, El vasit Fi şerih El kanun Elmedeni, Elukut Elleti Teka ala El mülkiye (El hibe ve Elşerike), 5. Cüz, 2. C, Darul Nahza El arabiye, 1962, s. 3-212.

⁴⁸⁰ ELHAKİM (Ahkamül iltizam), s. 317; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 443, dipnot 1.

⁴⁸¹ IMK. 362. m., Mahaz Mısır medeni kanunundan aynen alınmıştır. IMK. 362. m., MMK. 303. m. karşılamaktadır, ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 465; MMK. 303. m., Lübnan Borçlar kanununun 28. Maddesini, Suriye Medeni kanununun 333. m. karşılamaktadır. EL MEHMASANİ, s. 19 dipnot 1, ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 465.

olan muhalünaleyh havaletül hakta da pasif durumda bulunmaktadır. Böylece havaletül hak esnasında ehliyetini kaybeden borçlu (muhalünaleyh) yine de borçunu ödemek zorundadır; yeter ki havaletül haktan önceki borçlandırıcı muamelede tam ehliyete sahip olsun, eğer bu esnada da (havaletül haktan önceki hukuki muamele esnasında) ehliyeti yoksa veya ehliyeti sınırlıysa bunu bir itiraz olarak öne sürebilir.

Gerçi IMK. 363. maddesi, havaletül hakkın muhalünaleyhin ve diğer üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesi için muhalünaleyhin, havaletül hakkı kabul etmesini, veya havaletül hakka ilan edilmesini bir ifa etme ‘yürürlük’ koşulu olarak şart koşuyorsa da, bu kabul, tam anlamıyla bir kabul olmayıp, havaletül hakkın vuku bulmasına dair bilgisinin bulunduğu anlamında bir kabuldür. Yani muhalünaleyhin buradaki (havaletül hakkı) kabulü bir irade beyanı niteliğindeki bir kabul değildir; sadece havaletül hakkın vuku bulduğuna dair bilgisi vardır anlamında bir kabuldür⁴⁸³. Bunun için bu kabulün havaletül hak sözleşmesinin tamamlanmasından sonra vuku bulması gerekir. Muhalünaleyhin, havaletül hak sözleşmesi yapılmadan önce kabulü geçerli değildir. Çünkü bu kabul muhalünaleyhin “Tamamen havaletül hakkın vuku bulduğunu bildim” anlamına gelmektedir.

§.11. HAVALETÜL HAKKIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. HAVALETÜL HAK BİR SÖZLEŞMEDİR:

Havaletül hak, IMK. 362. maddesinden anlaşıldığına göre bir akit veya bir

⁴⁸² EL HAKİM, s. 320, ELZENNUN, 1954, s. 228; SEHATE,s. 16; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 466; ZEKİ, s. 176; ELŞERKAVİ, s. 226; HİCAZ, s. 240; HATTAP, s. 225.

⁴⁸³ SEHATE, s. 39; EL SENHURİ, 3. Cüz, s. 479.

sözleşmedir.

Havaletül hak, muhil ile muhalünleh arasında yapılan iki taraflı bir sözleşmedir. Havaletül hakkın geçerli olması için tek tarafın iradesi yeterli değil ve hiçbir sonuç doğurmaz. Başka bir deyişle havaletül hakta, muhilin tek taraflı geçirme beyanı yeterli olmayıp muhalünlehin kabul beyanı olması gerekmektedir.

Irak Medeni kanununun akit konusunu düzenleyen genel kuralları (irade beyanı, sözleşmenin konusu ve sebebini düzenleyen kurallar) havaletül hakka da uygulanır⁴⁸⁴.

A. Havaletül Hakta İrade Beyanı

Irak Medeni kanununun (77-125. m.) sözleşmesinin kurulmasına, irade beyanlarının (icab ve kabulün) birbirine uygunluğuna, etkinlik ve geçerliliğine, irade sakatlığına dair hükümleri havaletül hakka da uygulanır. Bir akdin geçerli olması için karşılıklı irade beyanının bulunması, irade beyanında bulunan kimselerin ‘fiil’ ehliyetine sahip olması, iradeyi sakatlayan her hangi bir engelin bulunmaması, icab ve kabulün birbirine uygun olması gerekir⁴⁸⁵.

İrade beyanının şekline gelince, IMK. 79. maddesinin hükmüne göre “sözleşmelerde icab ve kabul sözlü olabileceği gibi, yazılı, yaygın işaret, zımnî (örtülü) veya kuşku yeri bırakmayan her hangi bir metodla da olabilir”.

Yukarıda söylediklerimiz, bir sözleşme olduğu için havaletül hakka da uygulanır. IMK. 79. m. hükümlerine göre muhilin icabı açık olabileceği gibi zımnî

⁴⁸⁴ ELHAKİM, s. 320; ELSENHURİ, 1. Cüz, s. 320; ELZENNUN, s. 433; ELMAHMASANİ, s. 19; HATTAP, s. 225.

(örtülü) de olabilir, ancak uygulamada yaygın olan icabın açık olmasıdır⁴⁸⁶. Görüldüğü gibi, Irak hukukuna göre havaletül hakta, icab ve kabul açık olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. Hatta IMK. 79. maddesine göre icab ve kabule delalet eden işaretlerin kullanmasına da bir engel yoktur. Yani icab ve kabul işaretle de olabilir. Ancak kullanılan bu işaret icab ve kabule kesin bir şekilde delalet eden yaygın bir işaret olmalıdır. Ayrıca icab ve kabul kuşku bırakmayan her hangi bir metodla da olabilir. Yeter ki muhalünlehten çıkan irade beyanı (kabul) muhilden çıkan irade beyanına uygun düşsün.

B. Konu (Mahel)

Her sözleşmede olduğu gibi, havaletül hakkın da bir konusunun mahalli olması gereklidir. Irak Medeni Kanununun sözleşmelerin konusunu düzenleyen (126-130. m.) maddeleri havaletül hakka da uygulanır⁴⁸⁷.

C. Sebep

Havaletül hak bir sözleşme olduğu için diğer sözleşmelerde olduğu gibi havaletül hakkın da mutlaka bir sebebi olmalıdır “kanuna, kamu düzenine veya adaba aykırı olarak yapılan sözleşmeler; sebebi olmayan veya sebebi kanunen yasaklanmış sözleşmeler geçersizdir” (IMK. 132. m. 1.f). Irak hukuk sisteminde, Türk hukukundan farklı olarak, yeni sebep teorisi uygulanmaktadır; bu teoriye göre havaletül hakkın bir sözleşme olarak sebebi (El bais El dafi) geçirmeye illet teşkil

⁴⁸⁵ Ayrıntılı bilgiler için bkz. ELHAKİM (masadirül Ahkam) s. 59-175; ELSENHURİ, 1. Cüz, s. 182-403; ELZENNUN, s. 39-107.

⁴⁸⁶ ELHAKİM (Masadirül Ahkam) s. 62.

⁴⁸⁷ İlerideki sayfalarda havaletül hakkın konusunu ayrıntılı olarak incelemek üzere burada bu kadar bilgi aktarmakla yetineceğiz.

eden (neden olan) amaçtır⁴⁸⁸. Bunun için Irak doktrininde havaletül hakkın illi nitelikte olup olmadığına dair bir tartışma yoktur⁴⁸⁹. Geçirilen alacağın türediği kaynak havaletül hak bakımından önem taşımaz. Her iki taraf için borç doğuran sözleşmelerden doğan alacaklar gibi haksız fiilden ve nedensiz zenginleşmeden doğan alacak hakları da temlik edilebilir⁴⁹⁰.

II. HAVALETÜL HAK SEBEBE 'AMACA' BAĞLI BİR İŞLEMDİR:

Irak Medeni Kanununun havaletül hak konusunu düzenleyen maddeleri (IMK. 362-374) havaletül hakkın sebebe bağlı olup olmadığına dair özel bir hüküm içermemektedir. Ancak havaletül hak bir sözleşme olarak, sözleşmelerde sebep konusunun düzenleyen Irak Medeni Kanununun 132. maddesine bağlıdır. Çünkü Irak Medeni kanununun 132. maddesi genel bir kuraldır, özel bir kural bulunmadığı, sürece uygulanması söz konusudur “Sebebi bulunmayan, sebebi kanun tarafından yasaklanmış bulunan veya sebebi ahlaka ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler geçersizdir”⁴⁹¹. Bu maddede sebep kelimesi kasıt, amaç anlamında kullanılmıştır. Çünkü Irak hukuk sisteminde yeni sebep teorisi uygulanmaktadır. (Elbais, Eldafi-Mobile İmpulsif et determinant)⁴⁹². Böylece havaletül hakta sebep (havaletül hakkın

⁴⁸⁸ Sebep konusunda uygulanan bu teori, mehzaz Mısır Medeni Kanununda ve Fransız medeni kanununda da uygulanmaktadır.

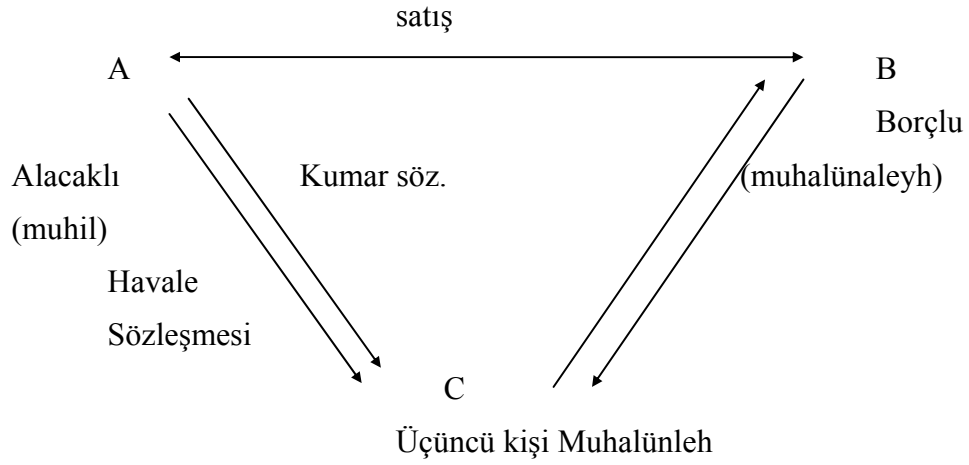
⁴⁸⁹ Irak hukuk sisteminde sebep konusunda geniş bilgiler için bkz. ELHAKİM (masadirül İltizam) s. 213-261; ELZENNUN, s. 117-125; ELSENHURİ, 1. cüz, s. 451-527.

⁴⁹⁰ ELSENHURİ, 3. cüz, s. 450-451; ELHAKİM, s. 318.

⁴⁹¹ Türk Borçlar Kanununun alacağın temlik konusunu düzenleyen maddeleri, alacağın temlikinin illi veya soyut nitelikte olduğunu açıkça ifade etmemiştir. Aynı zamanda, aynı kanunun genel hüküm içeren 19. M. 2. Fıkrası da bu konuya hiçbir çözüm getirmemiştir. Bu yüzden Türk doktrininde alacağın illi veya soyut nitelikte olduğu tartışma konusu olmuştur. Bkz. yukarıdaki sayfalarda alacağın temlik illi niteliktedir.

⁴⁹² Bu teori, Fransız mahkemelerinin ürettiği bir teoridir, bu teoriye göre bir sözleşmenin sebebi bu sözleşmeye neden olan amaçtır, eğer bu amaç geçerliyse sözleşme de buna göre geçerlidir, eğer sözleşmenin amacı geçerli değilse, sözleşme de geçerli değildir. Bu teoriye göre sözleşmelerde sebep eşittir. Amaca (Fransızca karşılığı, mobile impulsif et determinant) Irak hukukundaki karşılığı

sebebi) muhil ve muhalünlehi havaletül hakka def'eden amaçtır. Örneğin havaletül hak eğer ifa uğruna yapılmışsa, havaletül hakkın geçerliliği bu ifade bulunmanın amacına bağlıdır⁴⁹³. Konuya daha fazla açıklık getirmek için 'A', 'B' ile satış muamelesinden doğan alacağını 'C' ile aralarında meydana gelen bir kumar sözleşmesinden doğan borcunu ödemek için 'C'ye havaletül hak etmiştir 'geçirmiştir'. Burada havaletül hak ifa uğruna yapılmıştır, ancak ifanın amacı bir kumar borcunu ödemektir, bu amaç da kamu düzenine ve ahlaka aykırı olduğu için geçersizdir. Buna göre havaletül hak işlemi de geçersizdir (IMK. 132. 1. f).



Burada 'A' alacaklı 'C' ile yaptığı kumar sözleşmesinden doğan borcunu ödemek için 'B' deki alacağını 'C'ye havaletül hak etmiştir. Ancak havaletül haktan dilenilen amaç geçersiz olduğu için havale de buna göre geçersizdir. Böylece alacak bir hak olarak muhilden muhalünlehe geçmemiş, havaletül haktan önce olduğu gibi havaletül haktan sonra da muhilde kalmıştır. Alacak hakkı muhilde kaldığı için muhalünlehin sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmaz aynı zamanda muhalünle

(sebeb=Elbais Eldafı). Oysa Türk hukukunda Alman İsviçre hukuku uygulanmaktadır. Bu sisteme göre tasarruflar iki çeşittir, sebebe bağlı tasarruflar (Fransızca karşılığı kau sale rechtsgeschaefte) ve soyut tasarruflar (Fransızca karşılığı, Abstrakte Rechtsgeschaefte). Alman sistemi sebep konusundaki klasik teori adlı teori üzerine yapılır. Bu teoriye göre, sebep amaç veya maksat diye yorumlanamaz. ELSENHURİ, 1. cüz, s. 507-510.

böyle bir alacağı temlik edene tekrar devretmesi de söz konusu olmaz.

III. HAVALETÜL HAK ŞEKLE BAĞLI DEĞİLDİR

Havaletül hak konusunu düzenleyen Irak medeni kanunu kuralları (IMK. 362-374. m.) havaletül hak sözleşmesinin belli bir şekle bağlı olduğuna dair hiçbir hüküm içermemektedir⁴⁹⁴. Havaletül hak rızai bir akittir; geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir⁴⁹⁵. Çünkü Irak Hukukuna göre sözleşmelerin rızailiği bir kuraldır. Kulli bir kural içeren IMK. 160. m. göre “Mutlak olan sınırlandırılıncaya kadar mutlaktır”. Ayrıca IMK. 90. 1. fıkrasına göre “Kanun bir sözleşmenin geçerliliği için belli bir şekil öngörmüşse, bu şekle uyulmalıdır” Oysa havaletül hak için hiçbir şekil öngörülmüş değildir. IMK. 362. m. göre “alacaklı, borçlusundaki alacak hakkını başkasına geçirebilir”. Ne bu madde ne de bundan sonraki maddeler, havaletül hak sözleşmesini bir şekle bağlamış değildir.

A- İpotekli Alacağın Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesinde Şekil:

İpotekle temin edilmiş bir alacak havaletül hak yoluyla geçirilebilir, bu geçirim de hiçbir şekle bağlı değildir. İpotek hakkı bir fer’i hak olarak alacakla birlikte muhalünlehe geçer “alacak hakkı niteliğini koruyarak muhalünlehe geçer, ayrıca havaletül hak muaccel faizleri de kapsar” (IMK. 365. m.) “Taşınmaz rehniyle güvence altına alınan alacak hakkı bir başkasına geçirilebilir, bu geçirme havaletül hakkı düzenleyen kurallara göre gerçekleşir” (IMK. 1302. m.). Görüldüğü gibi

⁴⁹³ ELSENHURİ, 3. cüz, s. 447.

⁴⁹⁴ Oysa Türk Borçlar Kanununun 163. m. 1.f. göre alacağın temlik yazılı şekilde yapılmalıdır, öyle ki yazılı şekilde yapılmayan alacağın temlik geçerli değildir. Bkz. yukarıdaki sayfalarda, alacağın temlik şekle bağlı bir işlemdir.

⁴⁹⁵ ELHAKİM (Ahkamül iltizam) s. 321; ELZENNUN, 1976, s. 433; ŞEHATE, s. 14; ELSENHURİ, 3. Cüz. S. 467-468.

ipotekle temin edilmiş bir alacağın geçirilmesini düzenleyen Irak Medeni Kanunu maddeleri, bu geçirim belli bir şekilde yapılmasını öngörmüş değildir. Oysa Iraklı yazarlar Mısırlı hukukçulardan etkilenerek, ipotekli alacağın geçirilmesinde tapu sicilinin ilgili yerinde geçirim meydana geldiğine dair bir işaretin konulmasını öngörüyorlar⁴⁹⁶ “İpotekli alacakların geçirilmesinin üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesi için, geçirim tapu dairesinin bilgisi içerisinde gerçekleşmiş olmalıdır; geçirme tapu sicilinde rehin sayfasında işaret edilmelidir ki işlemlerde istikrar sağlansın”⁴⁹⁷.

B. Bağışlama (Hibe) Amacıyla Yapılan Havaletül Hakta Geçerlilik Koşulu

Yukarıda aktardığımız göre, havaletül hak sözleşmesini düzenleyen Irak Medeni Kanunu Kuralları havaletül hakkın belli bir şekilde yapılmasını zorunlu kılmamıştır. Ancak havaletül hak bağışlama amacıyla yapılmışsa, o zaman hibe konusunu düzenleyen Medeni Kanun maddelerinin uygulanması söz konusu olur. IMK. 603. m. 1. Fıkrasına göre “Taşınır bağışlamasının geçerli olması için kabz gerekir...” Yani bağışlama konusu alacak bağışlanan tarafından kabzolununca ancak bağışlama sözleşmesi tamamlanmış olur. Böylece havaletül hak da bağışlama

⁴⁹⁶ Mısırlı Hukukçular haklı olarak Mısır Medeni Kanununun 1053. m. 2. Fıkrasına dayanarak, ipotekle temin altına alınan bir alacağın geçirilmesinin üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesi için geçirim tapu sicilinin rehin sayfasında kayıt edilmesinin gerekli olduğunu savunmaktalar. Ancak aynı şeyin Irak hukuku hakkında da söylenmesi mümkün değildir. Çünkü Irak Medeni kanununda ipotekli alacağın geçirilmesinde belli bir şekli uyulma zorunluluğu yoktur. Oysa Mehaz Mısır Medeni kanununun 1053. m. 2. Fıkrası ipotekli alacağın geçirilmesinin üçüncü kişiler hakkında bir hüküm ifade etmesini Tapu Sicilindeki rehin sayfasında geçirim ifade eden bir kaydın bulunmasına bağlamıştır; bu kaydın bulunmaması alacağın geçirilmesinin üçüncü kişiler hakkında hiçbir hüküm ifade etmeyeceği anlamına gelir. ELSENHURİ, Abdulrazzak, Ahmet, El vasit Fi El Kanun El medeni (Fi El teminat El şahsiye ve el ayniye), 10. Cüz, 1970, s. 515-516, ŞEHATE, s. 15.

⁴⁹⁷ ELBEŞİR, Mehmet Taha/TAHA, Gani Hassun, El hukuk Elayniye (El hukuk El ayniye El asliye ve el tebeiyeye) 2. Cüz, Darül Kütüp Liltabı ve el neşir Müdüriyeti, Bağdat, 1982, s. 431; ELBEŞİR, Mehmet Taha, El veciz Fi El hukuk Elayniye El tebeiyeye (Dirase Tehliliye Mukarene), 2. Ba., Ani Matbaası, Bağdat 1971, s. 110.

amacıyla yapılmışsa, havaletül hak konusu alacak, bağışlanan tarafından ancak, kabz olunca havaletül hak tamamlanmış olur⁴⁹⁸.

C. Havaletül Hakkın İspatı

Havaletül hak şekle bağlı bir sözleşme değildir; o bir rizai sözleşmedir. Böylece havaletül hakkın ispatı genel ispat kurallarına göre düzenlenir. Havaletül hak konusu alacağın değeri on Irak dinarından aşkınısa, o zaman ispatı yazılı delille olur⁴⁹⁹; on Irak Dinarını değer olarak aşan alacağın geçirilmiş olmasını karine ve şahadetle ispatlamak olanaksızdır⁵⁰⁰.

IV. HAVALETÜL HAKKIN ŞARTLARI:

Yukarıda havaletül hak sözleşmesinin şekle bağlı bir sözleşme olmadığını aktarmış bulduk. Ancak havaletül hakkın iki tane şartı vardır. Bunlardan birincisi, geçerlilik ‘sıhhat’ şartı, diğeri ise yürürlük ‘ifa etme’ şartıdır.

A- Havaletül Hakkın Geçerlilik ‘Sıhhat’ Şartı:

Havaletül hak sözleşmesinin geçerli olması için muhil (alacaklı) ile muhalünlehe (üçüncü kişi, yeni alacaklı) anlaşması yeter. Eğer alacaklı kendi borçlusundaki alacağının bir üçüncü kişiye geçmesine razı olur ve bu üçüncü kişi de

⁴⁹⁸ Mehaz Mısır Medeni Kanununa göre havaletül hak sözleşmesi bağışlama amacıyla yapılmışsa, yine bağışlamayı ‘hibe’yi düzenleyen genel kuralların uygulanması söz konusu olur. Ancak Mısır Hukukuna göre taşınır malların bağışlamasının tamam olması için, bağışlamanın resmi kağıtta yapılmış olması veya bağlama konusu alacağın bağışlanan tarafından kabz olunması gerekir. Bkz. ELSENHURİ, Abdulrazzak, Ahmet, Elvesî Fi şerih El kanun el medeni (Elukut el eti Teka Ale El mulkiye), Elhibe ve el şerike, 5. Cüz, 2. C., Darul Mahza El arabiye, 1962, s. 43-44. Lübnan Borçlar Kanununda bu konu açıkça hükme bağlanmıştır “Havaletül hakkın tamamlanmasıyla, alacak muhaünlehe geçer, ancak havaletül hak karşılıksız yapılmışsa, o zaman hibe konusunda öngörülen şeklin burada da uygulanması söz konusu olur. ELSENHURİ, 3. C. s. 469, dipnot.

⁴⁹⁹ Türk Borçlar Kanununun 163. m. 1. Fıkrasında öngörülen yazılı şekil ispat amaçlı değildir; o bir geçerlilik şartıdır, öyle ki yazılı şekilde yapılmayan alacağın temlik geçerli değildir. Bkz. yukarıdaki sayfalarda, alacağın temlik şekle bağlı bir sözleşmedir.

bu geçirimi kabul ederse havaletül hak sözleşmesi tamamlanmış olur⁵⁰¹. Böylece eski alacaklı (muhi) yeni alacaklıysa muhalünle olur. Borçlunun (muhalünaleyhin) rızası dışında gerçekleşir. Yani muhalünaleyhin rızası havaletül hakkın geçerliliğine hiçbir etkisi yoktur. Çünkü borçlu ‘muhalünaleyh’ bu geçirimle hiç bir zarara uğramamaktadır. Irak Medeni Kanununun 362. maddesi bunu açıkça ifade etmiştir. ‘Kanun, sözleşme tarafları veya işin mahiyeti icabı olarak yasaklanmış olmadıkça, alacaklı borçlusundaki alacağını üçüncü bir kişiye geçirebilir. Borçlunun rızası olmaksızın geçirim (havaletül hak) gerçekleşir’⁵⁰². Ödeme mecburiyetinde olan borçlu eski alacaklıdan başkasına ödemeye mahkum edilirse bile durumu ağırlaşmış olmaz. Çünkü o sonuçta bir ödemede bulunmaya mecburdur. Geçici alacaklılar, alacaklarını istemekte sert ve yumuşak olarak farklı olabilirler, ancak bu havaletül hak sözleşmesinin geçerliliği için borçlunun kabulünü gerektiren bir sebep değildir.

Çünkü havaletül hakkın geçerliliğini borçlunun kabulüne bağlarsak muhalünlehe büyük bir zarar yüklemiş oluruz. Borçlu (muhalünaleyh) borç altına girerken, alacaklının değişebilir olmasını tahmin etmiş olmalıdır. Ayrıca borçlu borçlandırıcı işlemi yaparken alacaklıyla anlaşarak geçirim ‘havaletül hak’ yasağını getirebilir⁵⁰³.

Sözleşmeleri düzenleyen genel kuralların havaletül hakka da uygulanması söz konusudur. Çünkü havaletül hak da bir sözleşmedir⁵⁰⁴.

Muhi ile muhalünlehin iradelerinin birleşmesi ile havaletül hak sözleşmesi

⁵⁰⁰ ELHAKİM, s. 321; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 469.

⁵⁰¹ ELHAKİM, s. 320-321; SEHATA, s. 23; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 466; BEYET, s. 395; ELŞERKAVİ, s. 226; HATTAP, s. 225; ELZENNUN, 1954, s. 228.

⁵⁰² Bu madde Mehaz Mısır Medeni kanundan aynen alınmıştır (IMK. 362. m., MMK. 303. Maddesini karşılamaktadır)

⁵⁰³ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 466-467.

⁵⁰⁴ ELHAKİM, s. 321; ELZENNUN, s. 433; HATTAP, s. 225.

tamamlanmış olur ve alacak hakkı muhilden muhalünlehe geçmiş olur. Ancak havaletül hakkın bu aşamadaki hükmü sadece muhil ve muhalünleh arasında geçerlidir. Havaletül hakkın meydana gelmesi borçluya bildirilmeden önce veya borçlu havaletül hakkı kabul etmeden önce, havaletül hak borçlu ve üçüncü kişiler hakkında hiçbir hüküm ifade etmez⁵⁰⁵; üçüncü kişiler borçlu ‘muhalünaleyh’ yanındaki alacak üzerine haciz koyabilir.

B. Havaletül Hakkın Yürürlük ‘İnfaz’ Şartı:⁵⁰⁶

IMK 363. Maddesine göre, havaletül hak üçüncü kişiler (Elgayir) ve muhalünaleyh hakkında hüküm ifade etmesi, muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesi veya havaletül hakkı ilan edilmesine bağlıdır. Muhalünaleyhin sadece havaletül hakkı kabul etmesi, üçüncü kişiler (Elgayir) hakkında hüküm ifade etmesi için yeterli değildir; hüküm ifade debilmesi tarihin belli olup olmamasına bağlıdır. Yani kabul tarihi belli ise ancak Elgayir (diğerleri - üçüncü kişiler) hakkında hüküm ifade eder.

Daha önce farklı yerlerde de işaret ettiğimiz gibi havaletül hak borçlunun rızası olmaksızın gerçekleşir ve alacak hakkı muhilin malvarlığından çıkıp muhalünlehin mal varlığına girer, ancak bu aşamada havaletül hakkın hükümleri muhil ve muhalünleh arasında sınırlıdır. Havaletül hakkın muhalünaleyh ve

⁵⁰⁵ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 470; SEHATE, s. 23.

⁵⁰⁶ Irak kanun Koyucusu Fransız Hukuku ve İslam Kanunu etkisinde kalarak bu şartı koşturmuştur. Irak kanun koyucusunun bu şartı koşturmasındaki tutumu eleştiri konusudur. En azından kabul şartını koşturmasında muvaffak olmamıştır. Çünkü daha sonra göreceğimiz gibi bu Irak hukukunda bir çelişki nedeni olacaktır. Ayrıca bu şart muhalünaleyhi bir taraf gibi göstermektedir, aynı zamanda havaletül hakkın ekonomik hayatla önemini azaltmaktadır. Böylece modern hukuk sistemine ters düşmektedir. Aslında Irak Kanun koyucusu sadece burada değil bir çok yerde çelişkiye düşmüştür. Bunun da nedeni Irak kanun koyucusu, İslam kanunu, Fransız hukuku ve yeni batılı görüşler arasında uyum sağlamak arzusundan kaynaklanmaktadır.

elgayirler hakkında hüküm ifade edebilmesi için, muhalünaleyhin, havaletül hakkı, kabul veya bunun ilan edilmesi gerekir.

Anlaşıldığında göre, kanun, havaletül hakkın muhalünaleyh ve Elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için iki yol öngörmüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ilan, ikincisi ise kabuldür. Bu iki yolun detayına girmeden önce, Elgayirin ne anlama geldiği ve kimi kapsadığını açıklamamız gerektiğini düşünüyoruz.

Elgayir, tam karşılığını ifade etmese dahi üçüncü kişi demektir. Elgayir, kazanılan hak muhalünlehin hakkıyla ters düşmesi koşuluyla havaletül hak sözleşmesinin konusu ‘muhalünbihi’ üzerinde hak kazanan herkesi kapsar. Böylece ikinci bir muhalünleh söz konusu alacağı haciz koyan (muhilin alacaklısı), muhilin iflası veya ödeme gücünün zayıflaması halinde ‘iisar etmesi’⁵⁰⁷ alacaklılar da elgayir kapsamına girer⁵⁰⁸.

a. Havaletül Hakkın Muhalünaleyhe İlan Edilmesi:

İlan, havaletül hakkın borçlu ve elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için Irak Medeni Kanununun öngördüğü yollardan biridir⁵⁰⁹. Havaletül hak borçluya ilan edilince, artık muhalünaleyh, muhalünlehe ödemede bulunmaya mecburdur; muhalünlehe değil eski alacaklıya ödemede bulursa borcundan kurtulmuş olmaz⁵¹⁰. Ayrıca havaletülhak, muhalünaleyhe ilan edilince, elgayirler hakkında da hüküm

⁵⁰⁷ İflas Kurumu Irak Ticaret Kanunu kurumlarından. Irak Medeni Kanununda iflas kurumu yoktur. Irak Hukukunda iflas sistemi sadece tacir sıfatı olan kişilere arasında uygulanır. Irak Medeni kanununda ‘iflas’ kurumunu karşılayacak ‘iisar’ kurumu vardır. bu kurum İslam kanunundan Irak medeni Kanununa geçmiştir.

⁵⁰⁸ ELHAKİM, s. 322; ELZENNUN, s. 433; ELSENHURİ, 3. c., s. 471; ŞEHATE, s. 49; HATTAP, s. 225.

⁵⁰⁹ ELHAKİM, s. 323; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 475; SEHATE, s. 39.

⁵¹⁰ ELZENNUN, s. 475

ifade eder. İlandan sonra elgayir (üçüncü kişiler) haciz koyarlarsa bu haciz, muhalünlehin alacak hakkını etkilemez. Ardarda havaletül hakta hangisi muhalünaleyhe daha önce ilan edilmişse o tercih olunur. Çünkü ilanla birici muhalünlehin hakkı yürürlüktelik kazanmış olur.

aa. İlanı Yapacak Kişi:

Normalde, ilanı muhil veya muhalünleh yapar. Çünkü daha sonra göreceğimiz göre her ikisinin de ilan etmekte çıkarı vardır. Ancak çoğunlukla ilanı muhalünleh yöneltir. Çünkü muhalünleh, bu ilanla olası ikinci havaletül ve muhilin alacaklıları tarafından konulan hacizin hakkında hüküm ifade etmesini engellemiş olur⁵¹¹.

bb. İlanın Şekli:

İlanın nasıl yapılacağı doktrinde tartışma konusudur. Mısır hukuk yazarlarının etkisinde kalan hukukçular, ilanın resmi yolla (El Katibul adil yoluyla)⁵¹² yapılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre ilan sözlü ‘şifahen’ veya hatta yazılı da yapılmışsa geçerli değil ve hiçbir hüküm ifade etmez; geçerli olan sadece resmi yolla yapılan ilandır⁵¹³. Diğer bir görüşe göre ilanın geçerliliği resmi yolla yapılmasına bağlı değildir. İlan adi yazıyla yapılabilir. Normal

⁵¹¹ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 475; ŞEHATE, s. 38; Mehaz Mısır Konusunda ilanın nasıl yapıldığı hakkında bilgi edinmek için bakınız, ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 475-478; ŞEHATE, s. 38-39

⁵¹² El katibul adil, moter demektir

⁵¹³ ELZENUN, S. 433.

yazıyla yapılan ilan tarihi belli olmasa bile geçerlidir. Sözlü yapılan ilanlar da geçerlidir. Ancak sözlü ilanın geçerli olması için, iki tanığın bulunması gerekir. Bu görüşe göre, Irak Medeni Kanununda ilanın resmi yolla yapılmasını gerektiren hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Irak Medeni kanunundaki bütün kurallara göre “Mutlak olan, bir madde veya delaletle sınırlandırılıncaya kadar mutlaktır”. İlanın resmi yolla yapılmaması İMK. 372. Maddesine uygun düşmektedir. “Muhälünaleyh havaletül hakkı, kabul etmesinden öne ve buna ilan edilmesinden önce muhile ödemedede bulunsa borcundan kurtulmuş olur” (İMK. 372. m.). İlanın resmi yolla yapılması havaletül hakkı ispat etmek için yararlıdır. Oysa burada ilanın amacı, havaletül hakkı ispatlamak değil, havaletül hakka yürürlüktelik kazandırmaktır⁵¹⁴.

b. Muhalünlehin Havaletül Hakkı Kabul Etmesi:

Havaletül hakkın borçlu ve elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için Irak Medeni Kanununun öngördüğü diğer bir yol da “kabuldür”⁵¹⁵. Burada söz konusu olan kabul, kelimenin tam anlamıyla kabul değildir; yani dar anlamda kabul değildir. Buradaki kabul “tamam havaletül hakkın vuku bulduğunu bildim” anlamında yorumlanmalıdır⁵¹⁶. Buradaki kabul ilan anlamında bir kabuldür⁵¹⁷. Aksi takdirde muhalünaleyh, havaletül hakkın bir tarafıdır demiş oluruz. Oysa havaletül hak sözleşmesi, üç tarafın değil iki tarafın (muhil ve muhalünlehin) iradesinin birleşmesiyle gerçekleşir. Muhalünaleyh havaletül hakkı kabul edip etmemesi

⁵¹⁴ ELHAKİM, 3. C., s. 324.

⁵¹⁵ ELHAKİM, s. 324; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 448.

⁵¹⁶ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 479; HATTAP, s. 224.

⁵¹⁷ Kanun koyucunun kabul kelimesini kullanması doktrinde eleştiri konusudur. Kabul kelimesi yerine ikrar kullanmalıydı. Çünkü kabul kelimesi yanlış algılamalara yol açabilir. ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 479; HATTAP, s. 226; Hicazi, s. 244.

havaletül hakkın geçerliliğini etkilemez⁵¹⁸. “Muhälünaleyhin havaletül hakka itiraz etmesi veya havaletül hakkı kabul etmemesi havaletül hakkın geçerliliği bakımından hiçbir şey ifade etmez”⁵¹⁹. Ancak muhälünaleyh havaletül hakkı kabul etmeden önce, muhälünlehe ödemede bulunma mecburiyeti yoktur. Yani kabulden önce muhälünaleyh eski alacaklısına ‘muhile’ ödemede bulursa borcundan kurtulmuş olur. Söylediklerimiz ilan için de geçerlidir. Havaletül hak borçlu ‘muhälünaleyh’ tarafından kabul edilince artık muhälünlehe ödemede bulunmaya mecburdur. Borçlu muhälünlehe değil eski alacaklıya ödemede bulursa borcundan kurtulmuş olmaz. Muhälünaleyhin havaletül hakkı kabulü, kendisine tanınan defî ve itirazlardan vazgeçeceği anlamına gelmez. Ancak muhälünaleyh havaletül hakkı kabul edince artık takasta bulunamaz⁵²⁰. Kabul esnasında takasta bulunabilme hakkını saklı tutarsa ancak muhälünlehe karşı takasta bulunabilir. “Muhälünaleyh havaletül hakkı kabul ederken takasta bulunabilme hakkını saklı tutmamış ise, havaletül hakkı kabul etmeden önce muhile karşı sahip olduğu takasta bulunma hakkını, muhälünlehe karşı öne süremez...”(IMK. 417. m. 1. f.)⁵²¹. Muhälünaleyh havaletül hakkı kabul ederken, defî ve itiraz hakkından da vazgeçebilir⁵²².

aa. Muhälünaleyhin Havaletül Hakkı Kabul Etme Anı:

Muhälünaleyhin kabulü, bir irade beyanında bulunma değildir. Bunun için havaletül hak sözleşmesinin yapılmasından önce yapılan kabul geçerli değildir.

⁵¹⁸ HİCAZİ, s. 244; ELŞERKAVİ, s. 229.

⁵¹⁹ ELŞERKAVİ, s. 229.

⁵²⁰ ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 479.

⁵²¹ Görüldüğü gibi kabulün ilan 7ıkrar’ anlamında bir kabuldür. Savunulmasına rağmen, takas konusunda kabulün ilandan farklı bir hüküm ifade ettiği açıktır. Çünkü Irak Medeni kanununun 417. m. 2. Fıkrasına göre kabulde bulunmanın aksine havaletül hak muhälünaleyhe ilan yoluyla

Kabul, havaletül hak sözleşmesi yapılırken meydana geldi ise geçerlidir, ancak bu kabulün havaletül hakkın geçerliliğine hiçbir etkisi yoktur. Geçerli kabul havaletül hak sözleşmesinin tamamlanmasından sonra yapılan kabuldür⁵²³.

bb. Kabulün Şekli:

Kabulün belli bir şekilde olma zorunluluğu yoktur⁵²⁴. Kabul resmi bir kağıtta yapılabileceği gibi, adi yazıyla da yapılabilir. Hatta sözlü yapılmasında da hiçbir sakınca yoktur. Kabul, açık olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir⁵²⁵. Muhalünaleyh kabul ettiğini inkar ederse, kabulün vuku bulunduğu genel kurallara göre ispat edilir⁵²⁶. Kabul tarihi belli olmasa bile muhalünaleyh hakkında hüküm ifade eder, ancak elgayir (üçüncü kişiler) hakkında hüküm ifade edebilmesi için kabulün belli bir tarihi olmalıdır⁵²⁷. “Muhälünaleyhin havaletül hakkı kabulü üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesi için bu kabulün tarihi belli olmalıdır” (IMK. 363. m.).

c. Muhalünaleyhin Havaletül Hakkın Meydana Geldiğini Başka Yolla Öğrenmesi:

Muhalünaleyh, havaletül hakkı kanunun öngördüğü yollardan başka bir yolla öğrenmiş bulunuyorsa durum ne olacaktır? Bu konuda Irak Medeni Kanunu, Mehaz

bildirilmişse muhalünaleyh muhalünlehe karşı takasta bulunabilir. Yeter ki takas hakkı ilandan önce doğmuş olsun.

⁵²² ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 479.

⁵²³ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 478; ŞEHATE, s. 39.

⁵²⁴ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 480; TALABA, s. 226, 227; SEHATE, s. 39.

⁵²⁵ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 480.

⁵²⁶ ELHAKİM, s. 325; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 280.

⁵²⁷ ELHAKİM, s. 325; ELSENHURİ, 3. Cüz, 480; ELŞERKAVİ, s. 229, 230; ŞEHATE, s. 39.

Mısır Medeni Kanununun hilafına bir hüküm getirmiş bulunmaktadır⁵²⁸. “Muhälünaleyh (Borçlu) havaletül hakkın vuku bulduğunu bilmesine rağmen Muhile (eski alacaklıya) ödemede bulursa borcundan kurtulmaz. Ancak Muhälünleh, muhälünaleyhin havaletül hakkın vuku bulduğunu bilmiş olduğunu ispatlaması gerekir” (IMK. 372. m. 2.f.) Bu maddeye göre muhälünaleyh, havaletül hakkın meydana geldiğini kanunun öngördüğü iki yolla (kabul ve ilan) değil, başka bir yolla öğrenmiş bulursa yine de havaletül hakkı kazanmış olur⁵²⁹. Yani muhälünaleyh eski alacaklısına (muhile) değil, muhälünlehe ödemede bulunmalıdır; eğer eski alacaklısına ödemede bulunmuşsa borcundan kurtulmamış olur ve tekrar muhälünlehe ödemede bulunma mecburiyetinde kalır. Ancak bu durumda ispat yükü muhälünlehe muhälünlehe düşer. Yani muhälünleh, muhälünaleyhin havaletül hakkı kabul ve ilan yoluyla değil başka bir yolla öğrenmiş olup buna rağmen eski alacaklıya ödemede bulunmuş olduğunu ispatlaması gerekir. Aksi takdirde muhälünaleyhin ödemesi geçerli olur.

d. Yürürlük Şartının Amacı:

Havaletül hakta, yürürlüktelik infaz şartının kimin çıkarını korumak için konulmuş olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre yürürlüktelik şartı ilk

⁵²⁸ Mehaz Mısır medeni kanununa göre, muhälünaleyh, kabul ve ilanla değil başka bir yolla havaletül hakkı öğrenmişse, bu şekilde öğrenmiş olması hiçbir hüküm ifade etmez. Muhälünleh, muhälünaleyhin havaletül hakkı biliyor olmasını kanıtlarsa veya muhälünaleyh kendisi havaletül hakkı bildiğini itiraf etse bile bu sonuçtan birşey değiştirmez. Mısır hukukuna göre havaletül hak, kanunun çizdiği yolla (ilan veya kabul) ancak yürürlüktelik kazanır. Ancak Mısır kanununda bir istisna söz konusudur, o da muhälünaleyh kanunun çizdiği yolla değil havaletül hakkı başka bir yolla öğrenmiş olmasına rağmen kötü niyetle veya sırf muhälünlehe zarar vermek için eski alacaklıya ödemede bulunmuşsa, kötü niyetinden dolayı tekrar muhälünlehe ödemek mecburiyetinde kalır. Kötü niyetin ispatı muhälünlehe düşer. Fransız mahkeme kararları ve Fransız doktrinindeki görüşler de bu yöndedir. Yani kötü niyet istisnasını kabul etmektedir. ayrıntılar için bakınız, ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 480-486; Hicazi, s. 245-247; HATTAP, s. 227-228.

⁵²⁹ ELHAKİM, s. 325-326.

planda muhalünlehin çıkarını korumayı amaçlamıştır. Çünkü havaletül hak ilan veya kabulle yürürlüktelik kazınınca artık muhalünleh alacağın tek sahibi olur. Böylece üçüncü kişilerin önünü engellemiş olur⁵³⁰. Diğer bir görüşe göre yürürlüktelik şartıyla ilk planda muhalünaleyhin korunması amaçlanmıştır. Çünkü muhalünaleyh ilan veya kabulle havaletül hakkın meydana geldiğini öğrenince artık eski alacaklıya değil yeni alacaklıya ödemede bulunacaktır. Biz birinci görüşte olanlara katılıyoruz⁵³¹.

§.12. HAVALETÜL HAKKIN KONUSU

Havaletül hakkın konusu, borç ilişkisinin tamamı olmayıp, bu borç ilişkisinden doğan alacak veya alacaklardır.

Bir borç ilişkisinden doğan bütün alacakların geçirilmesi halinde de, borç ilişkisi aynı kalır; yani alacaklı taraf alacaklı sıfatını ve borçlu taraf borçlu sıfatını kaybetmez. Bunun tersi istenirse, ancak her iki tarafın rızasıyla olabilir buna da doktrinde ‘havaletül akit’ yani ‘sözleşmenin devri’ veya ‘sözleşmenin yüklenilmesi’denilmektedir⁵³².

Havaletül hakla, sadece şahsi alacak haklarının geçirilmesi mümkündür. Aynı hakların nitelikleri itibarıyla havaletül hak yoluyla geçirilmesi mümkün değildir⁵³³; ancak bu haklardan doğan alacak hakları havaletül hak sözleşmesinin konusu olabilir.

Havaletül hakkın konusundan bahsederken, Irak Medeni Kanununun,

⁵³⁰ ELHAKİM, s. 323.

⁵³¹ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 474; HİCAZİ, s. 245.

⁵³² ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 454 dipnot 1.

sözleşmelerde, sözleşme konusunu düzenleyen genel kurallarını (IMK. 126-132. m.) ve özel kurallarını (IMK. 362. m. ve 364. m.) göz önünde bulundurmamız gerekir.

Havaletül hakkın konusu, muhilin borçlusundaki alacak hakkıdır. Irak Medeni Kanununun 126. maddesine göre havaletül hak bir sözleşme olarak geçerli olabilmesi için mutlaka bir alacak bulunmalıdır. Çünkü olmayan bir alacağın havaletül hak yoluyla geçirilmesi muhalünlehi alacaklı kılmaz. Alacak hakkının düşmesi, sona ermiş olması gibi durumlarda, borçlu muhalünlehe karşı bunu geniş anlamda def'i olarak ileri sürebilir. Ancak alacak hakkının geçirilme esnasında mevcut olması zorunlu değildir. IMK. 129. m. 1. fıkrasına göre müstakbelde doğacak bir alacağın geçirilmesi mümkündür. Dava konusu şarta veya süreye bağlı bir alacak da havaletül hakkın konusu olabilir⁵³⁴.

IMK. 130. m. 1. fıkrasına göre havaletül hak bir sözleşme olarak konusu, kanuna, kamu düzenine ve adaba aykırı olmamalıdır; aksi halde sözleşme geçersiz olur. Örneğin bir kumar sözleşmesinden doğan bir alacağın havaletül hak yoluyla geçirilmesi geçerli değildir. Çünkü alacağın doğduğu hukuki işlem adaba aykırıdır⁵³⁵.

Müteselsil alacaklılardan biri de alacak hakkını, havaletül hak yoluyla geçirebilir. Bu durumda muhalünlehi diğer alacaklılarla birlikte müteselsil alacaklı niteliğini kazanır. Ayrıca, sözleşmeleri düzenleyen Irak Medeni Kanununun genel kuralları ve havaletül hakkın konusunu düzenleyen Irak Medeni Kanununun özel kurallarında, alacağın havaletül hak yoluyla toptan geçirilmesini "Toptan Temlik" ve

⁵³³ ELSENHURİ, 3. CÜZ, S. 454.

⁵³⁴ ELHAKİM, s. 318; ELZENNUN, s. 432; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 450-451; ZEKİ, s. 175; ŞEHATE, s. 18; BEYET, s. 395; HATTAP, s. 224.

⁵³⁵ Bkz. ELSENHURİ, Abdulrazzak, Ahmet, Elvasit Fi şerih El kanun el medeni, Ukut Elgarar (Ukut El mukamere, el rihan, el murettep meda El hayat ve Akit El temin), 7. Cüz, 2. C., 1964, s. 1600.

kısmi geçirimi yasaklayan hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Alacak hakkı hangi kaynaktan doğmuş olursa olsun geçirilmesi mümkündür Havaletül hakkın konusu, medeni bir alacak hakkı olabileceği gibi ticari bir alacak hakkı da olabilir. Havaletül hakkın konusu bir miktar para, misli eşya, yapma veya yapmama işi de olabilir⁵³⁶.

Asıl olan şahsi hakların (alacak hakları) hepsinin havaletül hak yoluyla geçirebilir olmasıdır; ama bu kural istisnasız değildir⁵³⁷. IMK. 362 maddesine göre “kanun, sözleşme tarafları veya işin mahiyeti icabı olarak yasaklanmış olmadıkça, alacaklı, borçlusundaki alacağını üçüncü bir kişiye geçirebilir”. Yani bir alacak hakkının kanun, sözleşme gereği veya işin niteliğinden dolayı, havaletül hak yoluyla geçirilmesi yasaklanmış olabilir. Ayrıca IMK. 364. maddesine göre “Haciz edilemeyen alacaklar havaletül hak da edilemez”. Yani üzerine haciz konulamayan alacak hakları, havaletül hakka da konu olamaz.

I. TAM VE KISMİ TEMLİK:

Bir borç ilişkisinden doğan alacağın tamamının geçirilmesi mümkündür; yeter ki Irak Medeni kanununun 362. m. ve 364. maddesine aykırı olmasın. Yani geçirilen alacak kanun, sözleşme gereği, işin niteliği icabı yasaklanmış olmasın, ancak haciz konulabilen bir alacak olsun. Çünkü Irak Medeni kanununun 364. Maddesi bir alacak hakkının havaletül hak yoluyla geçirebilir olmasını bu alacağın haciz konulabilir olmasına bağlamıştır; haczi mümkün olmayan alacakların havaletül hak edilmesi de mümkün değildir.

⁵³⁶ ELHAKİM, s. 318-319; ŞEHATE, s. 18; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 450-451; ZEKİ, s. 179; HATTAP, s. 224-225.

Bir kira sözleşmesinden doğan bedelin tamamı havaletül hak edilebilir. Bunun yanında bir tek alacak veya birden çok alacak havaletül hak yoluyla geçirilebilir; mesela çeşitli borç ilişkilerinden doğan alacakların tek bir havaletül hak sözleşmesiyle geçirilmesi; aynı zamanda havaletül hak yoluyla alacağın kısmi geçirilmesine de bir engel yoktur. Mesela bir satış sözleşmesinden doğan alacağın bir bölümü geçirilebilir; muhil, alacağın diğer bölüm veya bölümlerini elinde tutabilir. veya muhil örnekteki satış sözleşmesinden doğan alacağını bölerek bir kaç kişiye geçirebilir. İşte bu iki halde kısmi geçirim söz konusudur. Ancak kısmi geçirimin geçerliliği iki şarta bağlıdır. Bunlardan birincisi, kısmi geçirime konu olan alacağın zarara uğramadan bölünebilir olması. İkinci şart ise, kısmi geçirimin (kısmi havaletül hak) borçlunun durumunu ağırlaştırmamış olmasıdır.

Alacağın bir kısmı geçirilmişse, bu alacağı bağlı senet ve senetlerden sadece muhil değil muhalünle de yararlanmalıdır. Bu gibi hallerde (kısmi geçirimde), senetler güvenilir (emin) bir elde (yediemin) bırakılır. Ancak bu çözüm uygulamada yararlı olmayabilir. Çünkü taraflar alacak veya haklarını aynı zamanda istemeyebilirler. Bu yüzden, muhil senetlerin aslını kendisinde saklayarak bir suretini (fotokopisini) muhalünlehe vermekle yetinebilir⁵³⁸.

II. SÜREYE VEYA ŞARTA BAĞLI TEMLİK

Şarta veya süreye bağlı bir alacak havaletül hakkın konusu olabilir⁵³⁹. Irak Medeni Kanununun şart ve süre konusunu düzenleyen 286-397. maddeleri şart ve

⁵³⁷ ELHAKİM, s. 318; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 449; ŞEHATE, s. 19-20.

⁵³⁸ ELHAKİM, s. 335-336.

⁵³⁹ ELHAKİM, s. 318; ELZENNUN, s. 432; ELSENHURİ, 3. C. s. 450-451; ZEKİ, s. 175; ŞEHATE, s. 18; BEYET, s. 395; HATTAP, s. 224.

süreye bağı havaletül hakka da uygulanır.

Taraflar kendi iradeleriyle bir alacağın doğumunu ve ortadan kalkmasını gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlayabilirler; buna şarta bağı alacağın geçirilmesi denir⁵⁴⁰. Mesela ‘A’ yarışta birinci geldiği takdirde, yarışı düzenleyen ‘B’den alacağı ikramiyeyi ‘Ü’ye geçirebilir.

Taraflar hukuki işlemin sonuç doğurmasını veya sonuçlarının ortadan kalkmasını gelecekteki gerçekleşmesi kesin bir olaya bağlayabilirler, buna da alacağın süreye bağı havaletül hak yoluyla geçirilmesi denir⁵⁴¹. Mesela yüklenici ‘A’ borçlu olduğu bankaya borcunu ifa etmek için iş sahibi ‘B’den iki ay sonra vadesi gelecek olan alacağını havaletül hak yoluyla geçirebilir.

Şarta veya süreye bağı alacaklar bağımsız alacaktır. Bu tür alacağın müstakbel alacaktan ne kadar farklı olduğunu bir sonraki konuda değineceğiz. Irak hukukuna göre şart ve süre alacağın bir niteliğidir.

III. MÜSTAKBEL ALACAĞIN TEMLİKİ

Havaletül hak yapıldığı anda henüz mevcut olmayan ancak ileride doğacak alacağa, müstakbel alacak denir. Irak Medeni Kanununun 129. m. 1. fıkrasına göre “Doğduğunda belirlenebilir olması koşuluyla, ileride doğacak alacaklar, sözleşme konusu olabilir”. Havaletül hakta bir hukuki işlem olduğu için konusu henüz doğmamış, ileride doğacak bir alacak olabilir⁵⁴². Böylece, Irak Medeni Kanunu müstakbel alacaklarda tasarruf edebilme konusunda, İslam Kanununun hilafına bir

⁵⁴⁰ Bkz. ELHAKİM, s. 140-172; ELZENNUN, s. 284-393.

⁵⁴¹ Bkz. ELHAKİM, s. 173-197; ELZENNUN, s. 393-399.

⁵⁴² ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 452-453.

hüküm getirmiş bulunmaktadır. Çünkü İslam Kanunu müstakbel alacaklarda tasarruf etmeyi caiz kılmaz⁵⁴³. Müstakbel alacağın havaletül hakka konu olabilmesi için söz konusu alacağın havaletül hak sözleşmesinin yapıldığı an değil alacağın doğduğu an belirli veya belirlenebilir olması yeterlidir. Irak Medeni Kanununun 129. m. 1. fıkrasına dayanarak müstakbel alacakların, şarta veya süreye bağlı alacaklardan farklı olduğunu söyleyebiliriz. Şarta bağlı alacak sözleşme yapılırken eksik bir hukuki mevcudiyete sahiptir; şart gerçekleşince bağlı olduğu alacağın (geriye etkili olarak) mevcudiyeti tamamlanır. Oysa müstakbel alacağın, sözleşme yapılırken, hukuken varlığı yoktur; gelecekte doğabilme ihtimali vardır. Aynı zamanda müstakbel alacaklar geriye dönük bir etkiye de sahip değildir.

Irak hukukuna göre kural olan müstakbel alacakların tasarruf edilebilir olmasıdır; ancak bu kural istisnasız değildir. Irak Medeni Kanununun 129. m. 2. fıkrasına göre “henüz yaşayan bir insanın terekesinde tasarruf etmek geçerli değildir”. Bu madde hükmü müstakbel terekede tasarruf etmeyi yasaklamıştır⁵⁴⁴. Örneğin, bir mirasçının henüz miras bırakanı (murisi) ölmeden, mirasta tasarruf etmesi yasaktır; yani ‘A’ isimli bir kişi, ileride kendine intikal edecek (muris ölmeden) bir tereke alacağını ‘B’ isimli bir kişiye havaletül hak yoluyla geçiremez. Bu hüküm kıyas yoluyla vasiyete de uygulanır⁵⁴⁵.

⁵⁴³ ELHAKİM (Masadirül İltizam), s. 182-183, ELZENNUN, s. 11.

⁵⁴⁴ Irak Kanun koyucusu Fransız Medeni Kanununun etkisinde kalarak bu istisnayı getirmiştir. Bu istisnanın kökü Roma Kanununa dayanır. Müstakbel terekede tasarruf yasağının gerekçesi ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmasıdır. ELHAKİM (Ma sadirül İltizam), s. 183.

⁵⁴⁵ ELHAKİM, (Masadirül İltizam), s. 184; ELZENNUN, s. 110-11.

IV. ÇEKİŞMELİ BULUNAN BİR ALACAĞIN HAVALETÜL HAKKA KONU OLMASI

Irak Medeni Kanununun 593. maddesine⁵⁴⁶ göre, havaletül hak sözleşmesi bir satış sözleşmesi olarak (satış amaçlı havaletül hak) yapıldığında, konusunun çekişmeli bir alacak hakkı olmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Başka bir deyişle IMK 593. Maddesine göre, satış amaçlı bir havaletül hak sözleşmesine, çekişmeli bir alacak hakkı konu alabilir⁵⁴⁷. “Çekişmeli bir alacak hakkı, sahibi tarafından karşılıklı olarak bir başka kişiye geçilebilir; çekişmenin diğer tarafı (aleyhine geçirimde bulunulan kişi) müşterinin verdiği parayı faiziyle birlikte kendisine ödeyerek takiden kurtulabilir” (IMK 593. m. 1. f.). Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, çekişmeli alacağı tanımlamaktadır “Çekişmeli alacak, açılmış bulunan bir davanın konusu veya ciddi bir çekişmeye konu olan bir alacaktır”.

V. HAVALETÜL HAK YOLUYLA GEÇİRİLMESİ MÜMKÜN OLMAYAN ALACAKLAR:

Irak hukukuna göre asıl olan tüm şahsi hakların havaletül hak yoluyla geçirilebilir olmasıdır. Ancak bu kural mutlak değildir⁵⁴⁸. Irak Medeni Kanununun 362. m. ve 364. m. hükmüne göre alacağın havaletül hak yoluyla geçirilebilir olması için hukuki herhangi bir engelin bulunmaması gerekir. Bu engeller kanun hükmünden, akitten veya işin niteliğinden kaynaklanmış olabilir. “Kanun, sözleşme tarafları veya işin mahiyeti icabı olarak yasaklanmış olmadıkça, alacaklı, borçlusundaki alacağını üçüncü bir kişiye geçirebilir” (IMK. 362.m.) Bunun yanında

⁵⁴⁶ IMK. 593. m., Mehaz MMK. 469. Maddesinin aynısıdır.

⁵⁴⁷ Bkz. ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 456-457.

bir alacağın havaletül hak yoluyla geçirilebilmesi gerekir. “Haciz edilemeyen alacaklar havaletül hak da edilemez” (IMK. 364. M.).

A. Kanun Hükmünden Dolayı Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar.

a. Kira Sözleşmelerinde Kiracının Oturma Hakkı:

Irak Taşınmaz Kiralaması Kanununun 10. maddesi hükmüne göre kiracı taşınmaz kiralaması sözleşmesinden doğan oturma alacağını bir başka kişiye geçiremez; sadece tam geçirim değil, bu gibi alacağın kısmi geçirimi bile mümkün değildir. Yani taşınmaz kiralaması sözleşmesinden doğan oturma alacağı, kanundan ötürü kısmi de olsa bir başkasına geçirilemez. Ancak bu madde, kanunun amir kurallarından değildir. Taraflar anlaşarak bu madde hükmünün hilafını kararlaştırabilirler; ancak anlaşmaları yazılı olmalıdır “Kiracı, kiraladığı taşınmazı bir başkasına kiralayamaz ve oturma alacağını bir başkasına geçiremez; taraflar yazılı yapılması koşuluyla bunun tersini kararlaştırabilirler” (ITKK. 11. m.).

b. Çekişmeli Alacakları Belli Kişilere Geçirme Yasağı:

IMK. 595. maddesi, çekişmeli alacakların ilgili bulunan hakimler, savcılar, avukatlar ve adliye memurları tarafından satın alınmasını yasaklanmıştır. Aslında çekişmeli (dava konusu) bir alacağın satın alınması, o alacağın geçirilmesi (havaletül hak edilmesi) anlamına gelir. Böylece çekişmeli bir alacağın yukarıdaki kişiler tarafından satın alınamaması, bu kişilere geçirilmemesi demektir. Çekişmeli (dava konusu) bir alacağın havaletül hak yoluyla geçirilmesinin mümkün olduğunu gördük.

⁵⁴⁸ ELHAKİM, s. 318; SEHATE, s. 19; ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 458.

Ancak buradaki geçirilememe yasağı havaletül hakkın konusuna bağı bir yasadır değıdir; kanun bu gibi alacakların sadece bazı kişilere geçirilmesini yasaklamıştır. Söz konusu yasaklama, hakim veya savcı ünvanını taşıyan herkesi değı, ilgili hakim, savcı ... kapsar. Başka bir deyişle, çekişmeli alacak hangi mahkemede duruşma konusu ise o mahkemede bulunan hakim, savcı, adliye memurları ve çekişmeli alacak sahibinin avukat müvekkilini kapsamaktadır.

B. Hukuki İlişkinin Niteliğinden Dolayı Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar:

Bazı alacaklar, alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağıdır ve ancak kendisi tarafından kullanılabilir. Bu gibi alacakların geçirilmesi halinde, alacağın türü, konusu ya da amacı tehlikeye uğrar. Bu yüzden hukuki işin niteliğı icabı bu gibi alacakların geçirilmesi mümkün değıdir⁵⁴⁹. Örneğın Irak Medeni Kanununun 205. m. 3. fıkrasında yer alan manevi tazminat hakkın geçirme yasağı. Manevi tazminat alacaklarının geçirilemez olmasının nedeni, bu alacakların hukuken şahsa sıkı sıkıya bağı nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Yukarıdaki fıkranın hükmüne göre, manevi tazminat hakkının miktarı, kesin bir mahkeme kararıyla veya tarafların anlaşmasıyla sınırlandırılınca, artık bu haklar temlik edilebilir konuma gelmiş olur “Manevi tazminat hakkı bir başka kişiye devredilemez. Bu hakkın miktarı, tarafların anlaşması veya nihai bir mahkeme kararıyla belirlenince, artık geçirilebilir” (IMK. 205. M. 3. F.). Aynı zamanda şahsi ortaklıkta, her şerikin ortaklık hakkı, hukuki işin niteliğinden dolayı bir başka kişiye geçirilmesi mümkün değıdir. Bu örneklere benzeyen daha nice örnekler vardır.

C. Sözleşme Gereği Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar:

Sözleşmenin tarafları sözleşmeyi yaparken veya daha sonra bu sözleşmeden doğan alacakların geçirilmesini yasaklayabilirler. Burada sözleşmeden doğan bir iradi havaletül hak yasağı söz konusudur⁵⁵⁰. Bu da kanunen geçerlidir. Örneğin, ‘A’ ve ‘B’ bir satış sözleşmesi yaparken veya daha sonra bu sözleşmeden doğan alacakların başkasına geçirilmesini yasaklayabilirler. Diğer bir örnek, seyahat firmaları tarafından isme yazılı seyahat biletlerine konulan geçirme yasağı. Geçirme yasağı genel olabileceği gibi kısmi de olabilir. Aynı zamanda geçirme yasağı süreye veya şarta da bağlanabilir⁵⁵¹.

D. Haczi Mümkün Olmadığı İçin Havaletül Hak Yoluyla Geçirilmesi Mümkün Olmayan Alacaklar⁵⁵²

Aslında bu tür geçirme yasağı kanundan doğan bir geçirme yasağıdır⁵⁵³. Ancak Irak Medeni Kanunu bu tür geçirme yasağını özel bir maddeyle düzenlediği için biz de özel olarak incelemesini doğru gördük. “Haciz edilemeyen alacaklar, havaletül hak da edilemez” (IMK. 364.m.). Haczi mümkün olmayan alacaklar, Irak Medeni Yargılama Kanununun (248. M. 1-18.f.)’da ve Irak Tenfiz Kanununun (62.m. 1-16. F.)’da düzenlenmiş bulunmaktadır. Sadece bu iki kanunun zikrolunan maddelerinde değil, farklı kanunlarda da haczi mümkün görülmeyen alacaklar

⁵⁴⁹ ELHAKİM, s. 319; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 459-460.

⁵⁵⁰ Taraflar alacağın, bir başka kişiye geçirilmesini, borçlunun rızasına bağlayabilirler. Bu durumda geçirme yasağı borçlunun lehine konulmuş bir geçirme yasağıdır. ELHAKİM, s. 318; ŞEHATE, s. 20-21; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 461-462; HİCAZİ, s. 242; ZEKİ s. 176.

⁵⁵¹ ŞEHATE, s. 21; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 462.

⁵⁵² ELHAKİM, s. 320; ELSENHURİ, 3. CÜZ, S. 459.

düzenlenmiş bulunmaktadır.

a. Maaşların Beşte Birini Aşan Oran:

Irak Tenfiz Kanununun 62. M. 10. fıkrası hükmüne göre, devlet memuru, asker, işçi, emekli ve devletten maaş alan herkesin aldığı maaşın beşte birinden fazlası üzerine haciz konulamaz. Böylece maaşların beşte birini aşmayan havaletül haklar ancak geçerlidir. Çünkü bu maaşların haczi ancak bu oranda geçerlidir. Maaşların beşte birini aşan oranda havaletül hak yoluyla geçirilmesi, kanun hükmünden dolayı geçersizdir.

b. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Alacaklısının Hakkı:

Irak Medeni Yargılama kanununun 248. M.. 5. fıkrası hükmüne göre ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan alacak hakkına haciz konulamaz. Ancak bu fıkranın uygulanabilmesi için, bu alacağın (bakma alacağı) karşılıksız bağış olarak verilmiş olması gerekir. Yani karşılıksız elde edilmiş ölünceye kadar bakma alacağına haciz konulamaz. “Ölünceye kadar bakma alacağı karşılıksız verilmişse, haczi mümkün değildir” (IMYK. 248.m.5.f.). Bu fıkra hükmünü IMK. 364. maddesinin “Haciz edilemeyen alacaklar, havaletül hak da edilemez” hükmüyle karşılaştırdığımızda, ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan alacak (karşılıksız verilmiş olması koşuluyla) havaletül hak yoluyla üçüncü bir kişiye geçirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmış oluruz.

⁵⁵³ ŞEHATE, s. 20.

E. Geçirilmesi Mümkün Olmamasına Rağmen Geçirilen Alacakların Hüküm ve Sonuçları:

Geçirilmesi mümkün olmayan bir alacak buna rağmen temlik edilmişse, temlik hem taraflar, hem de üçüncü kişiler karşısında hükümsüz olacağı için alacak yine muhile ait olmaya devam eder. Geçirme (havaletül hak) yasağı borçlunun çıkarını korumak için konulmuşsa, borçlu havaletül hakka izin (gerçek anlamda kabul) vererek geçerlilik kazandırabilir. Borçlu (muhalünaleyh) tarafından geçirmeye verilen bu izin, verildiği andan değil, havaletül hakkın yapıldığı andan geçerlilik kazanır. Çünkü muhalünaleyhin izni geriye yönelik etkilidir⁵⁵⁴.

§.13. HAVALETÜL HAKKIN SEBEPLERİ

Alacaklının alacağını bir üçüncü kişiye havaletül hak yoluyla geçirmesi değişik amaçlardan kaynaklanabilir. Ancak uygulamada daha çok karşılan, havaletül hakkın satış, ifa, tahsil, teminat, bağış amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır⁵⁵⁵.

I. SATIŞ AMAÇLI HAVALETÜL HAK:

Alacaklı 'mühil' acil ihtiyacından dolayı müeccel alacağını üçüncü bir kişiye karşılıklı olarak havaletül hak yoluyla geçirebilir. Eski alacaklı 'mühil' havaletül hak yoluyla, müeccel olan alacağını yeni alacaklı 'muhalünleh'den tahsil edince, acil

ihtiyacını gidermiş olur. Muhalünleh ise geçirilen alacağını muhalünaleyhten tahsil edince dilediği karı elde etmiş olur. Çünkü muhalünlehin müeccel bir alacağı satın alması çoğunlukla kar amaçlıdır⁵⁵⁶. İşte bu durumda havaletül hak satış amaçlı yapılmıştır; havaletül hakkı düzenleyen kurallar yanında satış sözleşmesini düzenleyen kuralların uygulanması söz konusudur⁵⁵⁷.

II- İFA AMAÇLI HAVALETÜL HAK

Alacaklı alacağını üçüncü kişiye olan borcunu ifa amacıyla geçirebilir. Alacaklı, alacağını borçludan kendi eli ile tahsil edip üçüncü kişiye ifada bulunma yerine, üçüncü kişiyi (havaletül hak yoluyla) alacaklı yaparak ona olan borcundan kurtulmaktadır⁵⁵⁸.

III- TAHSİL AMACIYLA HAVALETÜL HAK

Alacaklı, borçlusundaki alacağını tahsil edebilmesi için havaletül hakka başvurabilir. Alacaklı bazen iş bakımından yoğun olabilir veya alacağının tahsili yargı yoluyla gerekmiş olabilir. Bu hallerde, alacaklı alacağını bizzat tahsil etme yerine, bu işlerden anlayan bir üçüncü kişiye geçirir⁵⁵⁹.

Tahsil amacıyla havaletül hakka örnek: A, B'den alacaklıdır. Bu alacağını tahsil etmek üzere, avukat Ü'ye vekaletname çıkarılacak yerde, alacağını havaletül

⁵⁵⁴ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 462, dipnot -1-; HİCAZİ, s. 242.

⁵⁵⁵ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 443, dipnot -1-, s. 445, dipnot -3-.

⁵⁵⁶ ELHAKİM, s. 317; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 444; ELŞERKAVİ, s. 225; uhicazi, S. 238; sehate, S. 14.

⁵⁵⁷ Irak hukukunda, satış sözleşmesine dair ayrıntılı bilgiler için bakınız, ELFADLİ, cafer, Elveciz Fi Elukut Elmedeniye (Elbeyi, Elicar, Elmukavele), talim Ali Matbaası-Musul, 1989, s. 13-200; ELSENHURİ, Abdulrazzak, Ahme t(Elukut Elleti Teka Ale Elmülkiye) Elbeyi, 4. Cüz, 1. C., Metabi darul Neşir Lilcamiat Elmsriye, Elkahire, 1960.

⁵⁵⁸ ELHAKİM, s. 317; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 445, ŞEHATE, s. 14; ZEKİ, s. 173; HİZACİ, s. 238; ELŞERKAVİ, s. 225.

hak yoluyla geçirmekte, alacak tahsil edildiğinde onunla hesaplaşma konusunda anlaşmaktadır.

IV- TEMİNAT AMACIYLA HAVELATÜL HAK

Alacaklı, alacağını üçüncü kişiye olan borcunun teminatı olmak üzere havaletül hak edebilir⁵⁶⁰. Örneğin A, satım sözleşmesi nedeniyle B'den on milyar TL bedel alacağına sahiptir. A, Ziraat Bankası'ndan kredi almak istemiş, kendisinden teminat talep edilmiştir. A, teminat olarak B'deki alacağını göstermiştir. B'den olan alacağını, Ziraat Bankasına (üçüncü kişiye) teminat amacıyla havaletül hak etmiştir.

V- BAĞIŞ AMACIYLA HAVALETÜL HAK:

Alacaklı, borçludan olan alacağını, üçüncü kişiye bağış amacıyla havaletül hakla geçirmek isteyebilir⁵⁶¹. Örneğin, alacaklı A, borçlu B'deki satış sözleşmesinden doğan alacağını 'Ü' isimli üçüncü kişiye karşılıksız olarak havaletül hak ettiğinde bağış amacıyla havaletül hak söz konusu olur. Bu durumda havaletül hak konusunu düzenleyen kurallar yanında, bağışlama (hibe) konusunu düzenleyen kuralların da uygulaması söz konusu olur⁵⁶².

⁵⁵⁹ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 445, dipnot -3-.

⁵⁶⁰ ELHAKİM, s. 317; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 444; ŞEHATE, s. 14

⁵⁶¹ ELHAKİM, s. 317; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 444; SEHATE, 3. 14, ZEKİ, s. 173; HİCAZİ, s. 238; ELŞERKAVİ, s. 225.

⁵⁶² Bağışlama 'hibe' sözleşmesine dair ayrıntılı bilgiler için bakınız, ELSENHURİ, 5. Cüz, 2. C., s. 3-213.

§.14. HAVALETÜL HAKKIN KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ:

Irak Medeni Kanunu havaletül hakkın kapsamı ve hükümlerini, 365. madde - 374. M arasında düzenlemiş bulunmaktadır.⁵⁶³

I. MUHALÜNLEH VE MUHALÜNALEYH İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN:

Irak Medeni Kanununun, 365. ve 366. maddeleri, muhalünleh ve muhalünaleyh ilişkileri bakımından havaletül hakkın kapsamı ve hükümlerini düzenlemiştir. “Alacak hakkı bağlı olduğu teminat (kefalet, rehin), imtiyaz haklarıyla birlikte ve kendi niteliğini koruyarak geçer. Havaletül hak muaccel olan faizleri de kapsar” (IMK. 365. m.) “Hakkında havaletül hak yürürlüktelik kazanınca, muhalünaleyh, muhile karşı sahip olduğu defileri muhalünlehe karşı da öne sürebilir, ayrıca muhalünaleyh direkt olarak muhalünlehe karşı sahip olduğu defileri de öne sürebilir” (IMK. 366. m.).

IMK. 365. ve 366. m. hükmü ile, muhalünleh ve muhalünaleyh ilişkileri bakımından havaletül hak hükümlerini iki ana noktada toplamaktadır.

A. Muhalünlehin Muhilin Yerine Geçmesi:

IMK. 365. maddesi hükmüne göre, muhalünleh muhilin yerine geçer. Alacak hakkı muhilin malvarlığından çıkıp, muhalünlehin malvarlığına girer.

⁵⁶³ Irak Medeni kanunun havaletül hak sözleşmesini iki bölümde düzenlemiş bulunmaktadır; birinci bölümde havaletül hakkın unsuru ve şartlarını (362. M-364. M.) arasında düzenlemiştir. İkinci bölümde ise, havaletül hakkın kapsamı ve hükümlerini (365.m-374. M.) arasında dört noktada düzenlemiştir. Birinci, muhalünleh ve muhalünaleyh, ilişkileri bakımından havaletül hakkın hükümleri (IMK. 365.m, 366. M.), ikinci, muhalünleh ve muhil ilişkileri bakımından havaletül hakkın hükümleri (IMK. 367.m. - 371. M.), üçüncü, muhalünaleyh ve muhil ilişkileri bakımından havaletül hakkın hükümleri (IMK. 372. M.), dördüncü noktadaysa, muhalünleh ve elgair ‘üçüncü kişiler’ ilişkileri bakımından havaletül hakkın hükümleri (373. M. - 374. M.) düzenlemiştir.

a. Muhalünaleyhe Göre Muhalünlehin Muhilin Yerine Geçmesi Zamanı:

IMK. 362. m. hükmüne göre, havaletül hak sözleşmesi yapılmasıyla birlikte, muhalünleh muhilin yerine geçer. Ancak bu sadece muhalünleh ve muhilin ilişkileri bakımından geçerlidir. Havaletül hak, muhalünaleyhe ilan edilinceye kadar, muhalünaleyhle muhilin ilişkisi kesilmiş olmaz. Yani muhalünaleyhe göre muhalünleh muhilin yerine geçmiş değildir; muhalünaleyhin muhili yaptığı ödeme geçerli ve borçtan kurtarıcıdır. Muhalünaleyhe göre, muhalünlehin muhilin yerine geçmesi zamanı, havaletül hakkın kendisine ilan edilmesi veya havaletül hakkı kabul etmesi anıdır. Çünkü bu ilan ve kabulden sonra muhalünaleyhin muhille ilişkisi sona ermiş olur. Böylece muhalünlehe değil muhile ödemedede bulunsa tekrar muhalünlehe ödemek zorunda kalır⁵⁶⁴.

b. Alacak Hakkı Bağlı Olduğu Haklarla Birlikte Muhalünlehe Geçer:

Muhalünlehin muhilin yerine geçmesi alacak hakkını hiçbir değişikliğe uğratmaz. Alacak hakkı muhilden muhalünlehe aynen intikal eder. IMK. 365. maddesine göre alacak hakkı muhalünlehe teminatıyla (kefalet, rehin, imtiyaz) faizleri ve niteliğini (ticari, medeni, muaccel veya mueccel, şarta veya süreye bağlı bir alacak olduğunu) koruyarak intikal eder.

⁵⁶⁴ Mehas Mısır Kanununa göre, muhalünaleyhe göre muhilin yerine geçmesi zamanı havaletül hak sözleşmesinin yapıldığı andır. Çünkü Mehas MMK. 306. . göre Muhalünlehe havaletül hak sözleşmesi muhalünaleyhe ilan edilmeden önce veya havaletül hak muhalünaleyh tarafından kabul edilmeden önce, kendisine geçirilen hakkı korumak amaçlı bazı girişimlerde bulunabilir (örneğin kendisine geçirilen alacak üzerine muhalünaleyh elinde haciz koydurabilir). Böylece Mehas MMK. 306. Maddesiyle yürürlüktelik şartının getirdiği çelişkiyi yumuşatmaya çalışmıştır. Oysa Imk. bu madde hükmünü karşılayan bir madde bulunmamaktadır. Bkz. ELHAKİM, s. 328; ELSHENURİ, 3. Cüz s. 520, 521; SEHATE, s. 37, 38.

aa. Teminat Hakları

aaa. Aynı Teminat Hakkı

aaaa. Taşınır Rehni (Elrehin Elhiyazi)

Alacaklı taşınır malı elinde bulundurarak alacağını güvence altına almış olur. Alacaklı, taşınır rehni ile güvence altına alınan alacağını havaletül hak yoluyla geçirdiğinde IMK. 365. m. hükmüne göre taşınır rehin hakkı alacakla birlikte muhalünlehe geçer. Çünkü taşınır rehni (ELREHİN ELHİYAZİ) IMK. 1322. m. 1. f. hükmüne göre alacağa bağlı ferî bir haktır⁵⁶⁵.

bbbb. Taşınmaz Rehni ‘Elrehin Eltemini’

Taşınmaz (gayrimenkul) rehni bir alacağı güvence altına almaya tahsis edilen bir haktır. Taşınmaz rehin hakkı, IMK. 365. m. hükmüne göre, bir ferî hak olarak alacakla birlikte muhalünlehe geçer⁵⁶⁶. Havaletül hak tarafları taşınmaz rehin hakkının kısmen veya tamamen geçemeyeceğini kararlaştırabilirler⁵⁶⁷. IMK. 1302. m. hükmüne göre taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış bir alacağın havaletül hak yoluyla bir başkasına geçirilmesi hiçbir şekilde bağlı tutulmamıştır. “Taşınmaz rehniyle güvence altına alınan alacak hakkı bir başkasına geçirilebilir, bu geçirim havaletül hakkı düzenleyen kurallara göre gerçekleşir”. Hatta taşınmaz rehniyle temin edilmiş bir alacağın geçirilmesinin geçerliliği yazılı şekilde de bağlı değildir. Çünkü IMK. 362. m. hükmüne göre havaletül hak şekilde bağlı değil; rızai bir sözleşmedir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ ELBEŞİR/TAHA, s. 487; ELBEŞİR, s. 179; ELSENHURİ, Abdurrazzak, Ahmet, El vasit Fi Elkanun Elmedeni (Fi Elteminat El şahsiye ve elayniye), 10. Cüz, 1970, s. 742-743.

⁵⁶⁶ ELHAKİM, s. 328; ELZENNUN, s. 434; ELBEŞİR/TAHA, s. 353, 354.

⁵⁶⁷ ELBEŞİR/TAHA, s. 353-354.

⁵⁶⁸ Bkz. Yukarıdaki sayfalarda, havaletül hak şekilde bağlı değil, rızai bir sözleşmedir.

bbb. Şahsi Teminat Hakkı

IMK. 365. maddesinde, kefalet hakkı, şahsi teminat haklarına bir örnek olarak gösterilmiştir. IMK. 365. M. hükmüne göre kefalet hakkı bir şahsi ferî hak olarak asıl alacakla birlikte muhalünlehe geçer. Kefaletle teminat altına alınan bir alacak havaletül hak yoluyla geçirildiğinde, kefil alacaklının değişmesine rıza göstermek durumundadır. Havaletül hakkın vuku bulduğunu bilmeyen kefil, muhalünaleyh (borçlu) lehine, muhalünlehe değil muhile ödemede bulunmuşsa, bu ödemesi geçerlidir. Böylece borcundan kurtulmuş olur⁵⁶⁹.

IMK. 365. maddesi rehin ve kefalet hakkını teminat hakkına örnek olarak vermiştir⁵⁷⁰. Böylece havaletül hakta alacağa bağlı ferî nitelikteki her türlü teminat hakkı alacakla birlikte muhalünlehe geçer. Ancak Irak Hukukuna göre hapis hakkı bir ferî hak olmasına rağmen muhalünlehe geçmez⁵⁷¹.

bb. İmtiyaz Hakkı

Irak Medeni Kanununun 365. maddesi hükmüne göre, havaletül hak yoluyla geçirilen alacak imtiyazlı bir alacak ise, aynı bu niteliğini koruyarak muhalünlehe geçer. İmtiyazlı alacaklar borçlunun iflası halinde diğer alacaklara oranla bazı imtiyazlara sahiptir. İmtiyazlı alacak hakları IMK. 1369-1381 maddeleri arası sırayla

⁵⁶⁹ ELSENHURİ, 3. Cüz 496.

⁵⁷⁰ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 496.

⁵⁷¹ Irak Hukukuna göre hapis hakkı, aynı veya şahsi bir teminat hakkı olarak nitelendirilemez; hapis hakkı özel niteliğe sahip ferî bir haktır. Irak Hukukunda hapis hakkı konusunda temel alınan teori 'Alman teorisi' Türk hukukunda hapis hakkı konusunda temel alınan teori 'klasik İsviçre teorisi'nden farklıdır. Irak hukukuna göre hapis hakkı ferî bir hak olmasına rağmen muhalünlehe geçebileceğine hiçbir imkan yoktur. Çünkü IMK. 284. M. 1. Fıkrasına göre, hapis hakkı sahibi, hapis konusu alacağın zilyedliğini bir başkasına devrederse, hapis hakkı sona ermiş olur. Hapis hakkı konusunda ayrıntılı bilgiler için, bakınız, ELBEKRİ, s. 439-448; ELZENNUN, s. 373-377; ELHAKİM, s. 115134; ELSENHURİ, Abulrazzak, Ahmet, Elvasit Fi Şerih El kanun Elmedeni Elcedit Nazariyetül İltizam Bivechinamin (Elispat-Asarül iltizam), 2. Cüz, 1956, s. 1124-1190.

düzenlenmiştir. Geçirilen alacak havaletül haktan önce hangi derecede bir imtiyazlı alacak ise aynı derecesini koruyarak muhalünlehe geçer.

cc. Alacağa Bağlı Faizler:

Irak Medeni Kanununun 365. maddesi hükmüne göre faiz hakkı alacakla birlikte muhalünlehe geçer. Faiz hakkı alacağın büyümesine neden olan önemli ferî haklardandır. İMK. 365. maddesi hükmüne göre, havaletül hakkın geçirilmesinden itibaren faizler muhalünlehe için doğarlar. Havaletül hakkın geçirilmesinden önce doğmuş ancak muhil tarafından tahsil edilmemiş faizler de alacakla birlikte muhalünlehe geçer⁵⁷². Alacakla birlikte intikal eden sadece sözleşmeye dayalı iradi faizler değil kanuni faizler de alacakla birlikte muhalünlehe geçer.

dd. Yenilik Doğuran Haklar:

Alacağın havaletül hak yoluyla geçirilmesiyle, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar da muhalünlehe geçer. Örneğin, takas ileri sürme hakkı (İMK. 417. M.1. ve 1. f.)

Yukarıda verdiğimiz örneklere ilaveten, alacağa bağlı ferî nitelikli haklar alacakla birlikte muhalünlehe geçer, yeter ki alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı haklardan olmasın. Alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar, havaletül hak edilen alacakla birlikte muhalünlehe geçmez⁵⁷³.

B. Muhalünaleyhin Muhalünlehe Karşı Defileri İleri Sürebilmesi:

Havaletül hakkın muhalünaleyh ve muhalünlehe ilişkileri bakımından getirdiği

⁵⁷² ELHAKİM, s. 329; ŞEHATE, s. 40; ELSHENURİ, 3. Cüz, 497; ZEKİ, s. 180.

ikinci ana hüküm, muhalünaleyhin muhalünlehe karşı defileri ileri sürebilmesidir⁵⁷⁴. IMK. 366. m. hükmüne göre⁵⁷⁵, muhalünaleyh havaletül hak kendisine ilan edildiği anda veya havaletül hakkı kabul ettiği tarihe karşı da ileri sürebilir. IMK. 366. maddesinin konulmasından amaç, muhalünaleyhin (borçlunun) hukuki durumunun daha fazla kötüleşmemesi ve ağırlaşmamasıdır⁵⁷⁶. Aynı maddenin hükmüne göre muhalünaleyh doğrudan doğruya muhalünlehe karşı haiz olduğu defileri de öne sürmeye yetkilidir⁵⁷⁷. Yani havaletül hak sözleşmesinden doğan defileri de öne sürebilir (örneğin, havaletül hak sözleşmesinin belli sebeplerden dolayı geçersiz olduğu defi)⁵⁷⁸.

IMK. 366. maddesindeki defi kelimesinden kasıt olunan teknik anlamda defi değildir. Bu yüzden, bu madde sadece gerçek anlamda defileri değil, ayrıca itirazları da kapsar.

a. İtirazlar:

Muhalünaleyh geçirilen alacağın doğmadığını veya sona erdiğini gösteren bazı olaylara dayanabilir. Yani teknik anlamda itiraz öne sürülebilir. Muhalünaleyh, muhalünlehin ifa isteğine karşı alacağın (örneğin, taraflardan birinin ehliyetsizliği veya şekil noksanlığı nedeniyle) meydana gelmediğini veya alacağın (örneğin, ifa, ibra veya takas nedeniyle) artık sona erdiğini ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Geçirilen alacağın ahlaka ve adaba aykırı olarak yapılan bir hukuki işlemden

⁵⁷³ EL HAKİM, s. 329; ŞEHATE, s. 42.

⁵⁷⁴ ELHAKİM, s. 329; ELZENNUN, s. 434; SEHATE, s. 43.

⁵⁷⁵ ELHAKİM, s. 330, madem ki, muhalünlehe muhiline yerine geçiyor, buna karşılık (nimet külfet - Egurum bilgünün kaidesine göre) muhalünaleyhin muhile karşı ileri sürebildiği, defileri muhalünlehe karşı sürebilmesi doğaldır.

⁵⁷⁶ IMK. 366. M. Mehaç MMK. 312. Maddesinin aynıdır

⁵⁷⁷ ELHAKİM, s. 331-332; ŞEHATE, s. 47; ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 533.

⁵⁷⁸ ŞEHATE, s. 47; ELSHENURİ, 3. Cüz, s. 533.

doğduğu için havaletül hakkı mümkün olmadığı, borçlunun kusuru olmaksızın edanın imkansız hale gelmesi (ifa imkansızlığı) sebebiyle alacağın sona erdiğini, alacağın infisahi bir şarta bağlı olduğunda, bu şartın gerçekleştiği için alacağın doğmadığını veya alacağın vakıf bir şarta bağlı olduğunda, bu şartın gerçekleşmediği için alacağın doğmadığını, borcun nakli ‘havaletül deyin’ dolayısıyla borcundan kurtulduğunu muhalünlehe karşı bir itiraz olarak öne sürebilir⁵⁷⁹.

Muhalünaleyhin ileri sürdüğü bu itirazlar (olaylar) sabit olduğu takdirde yapılan havaletül hak geçerli olmaz. Çünkü mevcut olmayan bir alacak havaletül hak edilemez.

Asıl olan, muhalünaleyhin muhile karşı sahip olduğu itirazları, muhalünlehe karşı da ileri sürebilmesidir. Ancak bu asıl kuralın önemli bir istisnası muvazaa (Elsuvariye) itirazıdır⁵⁸⁰. Muhalünaleyhin muhalünlehe karşı muvazaa itirazında bulunamaması IMK. 147. m. 1. fıkrasında hükme bağlanmıştır⁵⁸¹; muhalünaleyh bu itirazda bulunsa bile hiç bir sonuç doğurmaz⁵⁸².

b. Defiler:

Muhalünaleyh bazı özel nedenlerden dolayı ödemekten kaçınabilir, yani teknik anlamda defî öne sürebilir. Muhalünaleyhin muhalünlehe karşı ileri sürebileceği defiler arasında, örnek olarak bilhassa ödemezlik defî (IMK. 280. M.) ile zaman aşımı (El tekadum) defî gösterilebilir⁵⁸³.

⁵⁷⁹ ELHAKİM, s. 330; ELZENNUN, s. 434; SEHATE, s. 43-46.

⁵⁸⁰ ŞEHATE, s. 43, dipnot (2)

⁵⁸¹ Irak Hukukunda, muvazaa ‘Elsuvariye’ itirazı konusunda ayrıntılı bilgiler için bakınız, ELHAKİM, s. 103-111.

⁵⁸² ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 535.

⁵⁸³ ELHAKİM, s. 118; ELZENNUN, s. 434.

Muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesi, kendisine tanınan defi ve itirazlardan vazgeçmesi anlamına gelmez; sadece takas ileri sürme hakkını kaybeder⁵⁸⁴

c. Takas:

Yukarıda açıkladığımızı göre, kanun havaletül hakkın muhalünaleyh ve üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edebilmesini, muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesine veya havaletül hak kendisine ilan edilmiş olmasına bağlamıştır.

Muhalünaleyhin takas ileri sürme hakkı, IMK. 417. m. 1. ve 2. f. düzenlenmiştir⁵⁸⁵.

aa. İlan Halinde Takasta Bulunabilme:

Irak Medeni Kanununun 417. m. 2. f. hükmüne göre, havaletül hak muhalünaleyhe ilan edildikten sonra, muhalünaleyh muhalünlehe karşı takas ileri sürebilir. Yeter ki takas hakkı ilandan önce doğmuş olsun⁵⁸⁶.

bb. Kabul Halinde Takasta Bulunabilme:

Irak Medeni kanununun 417. m. 1. f. hükmüne göre muhalünaleyh havaletül hakkı kabul ederken takasta bulunabilme hakkını saklı tutmamış ise, havaletül hakkı

⁵⁸⁴ ELZENNUN, s. 434; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 532; ŞEHATE, s. 44; HİZACİ, s. 254, ELHAKİM'in "Muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesi kendisine tanınan defi ve itirazlardan vazgeçmesi anlamına gelir" yönündeki görüşü doğru değildir. Çünkü muhalünaleyhin havaletül hakkı kabulü gerçek anlamda kabul değı, ilan anlamında bir kabuldür. IMK. 417. M. 1. ve 2. F. hükmüne göre, muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesi, ancak kendisinin 'muhalünaleyhin' takasta bulunabilmesini engeller. Ayrıca, havaletül hak sözleşmesini düzenleyen Irak Medeni kanunu maddeleri arasında, havaletül hakkı kabulü halinde muhalünaleyhi defi ve itirazlardan mahrum kılan bir madde hüküm bulunmamaktadır.

⁵⁸⁵ IMK. 417. M., Mehaz MMK. 368. M. aynıdır.

⁵⁸⁶ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 532; ELZENNUN, s. 434; SEHATE, s. 44; HİCAZİ, s. 225.

kabul etmeden önce muhile karşı sahip olduğu takas hakkını muhalünlehe karşı öne süremez⁵⁸⁷.

Muhalünaleyh havaletül hakkı kabul ederken defî ve itiraz hakkından vazgeçebilir⁵⁸⁸.

II- Muhalünleh ve Muhil İlişkileri Bakımından:

Havaletül hak sözleşmesinin muhalünleh ve muhil ilişkileri IMK 367-371. maddesinde düzenlenmiştir.

IMK. 367-371. maddeler hükmüne göre muhilin muhalünleh lehine iki çeşit sorumluluğu vardır.

A- Muhilin Teslim Sorumluluğu:

Muhilin, muhalünleh lehine teslim sorumluluğu IMK. m. 367.'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre “Muhil, muhalünlehe, alacak senedini alacağın ispatına yarayan bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür”.

Bu madde hükmüne göre muhil muhalünlehe, alacağa bağlı senetleri ve alacağın ispatına yarayan her türlü bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür⁵⁸⁹. Muhil sadece alacağın ispatına yarayan belgeler değil, alacağa bağlı bulunan fer'i hakların (rehin, kefalet, imtiyaz hakkı...) ispatına yarayan belgeleri vermekle de yükümlüdür⁵⁹⁰. Ancak bu bilgi ve belgeleri teslim etmese de havaletül hak geçerlidir. Çünkü senetler ve belgeler alacağı ispat etmek için önemlidir; havaletül hakkın

⁵⁸⁷ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 532; ELZENUNUN, s. 434; ŞEHATE, s. 44; HİCAZİ, s. 225.

⁵⁸⁸ ELSENHURİ, 3. Cü, s. 479.

⁵⁸⁹ ELHAKİM, s. 335; ELZENUNUN, s. 435; ŞEHATE, s. 24-25.

⁵⁹⁰ ELHAKİM, s. 336; ŞEHATE, s. 26; ZEKİ, s. 181.

geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemez.

Muhilin sorumluluğu sadece yazılı belgeleri teslimi ile sınırlı değildir. Muhil gerektiği halde muhalünlehe sözlü olarak bilgi vermek zorundadır⁵⁹¹. Alacağın bir kısmı geçirilmişse, alacaklı belgelerin aslını kendisinde saklayarak bir suretini (fotokopisini) muhalünlehe vermekle yetinebilir⁵⁹².

B- Muhilin Garanti Sorumluluğu

Muhilin, muhalünleh lehine garanti sorumluluğu IMK. 368-371. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Muhilin garanti sorumluluğu, havaletül hakkın ne şekilde (ivazlı veya ivazsız) yapılmış olduğuna göre saptanır⁵⁹³.

a. Muhilin, Alacağın Varlığı Yönündeki Garanti Sorumluluğu:

Bu tür garanti sorumluluğuna doktrinde (kanuni garanti-Elzaman Elkanuni) adı verilmektedir. Yani kanuna dayalı garanti sorumluluğu.

Alacağın varlığından sorumluluk, geçirilen alacağın doğmuş veya istikbalde doğması ihtimali bulunduğu ya da bu alacağın sona ermemiş olduğu hususlarını içerir. IMK. 368. maddesi havaletül hakkın karşılıklı (ivazlı) veya karşılıksız oluşuna göre ya da bu konuda bir anlaşma bulunmasına göre, muhilin sorumluluğunu farklı şekillerde düzenlemiştir⁵⁹⁴.

aa. Karşılıklı (İvazlı) Havaletül Hakta, Muhilin Durumu:

⁵⁹¹ ELHAKİM, s. 335.

⁵⁹² ELHAKİM, s. 335-336; ELZENNUN, s. 436.

⁵⁹³ ELHAKİM, s. 339; ELZENNUN, s. 436-437.

⁵⁹⁴ IMK. 368. Maddesi Mehaż MMk. 308. Maddesinin aynısıdır.

Eğer havaletül hak ivazlı ise muhil IMK. 368. m. 1. f. hükmüne göre alacağın havaletül hakkın zamanındaki varlığından sorumludur. “Aksi kararlaştırılmamışsa, karşılıklı ivazlı havaletül hakta muhalünaleyh ancak havaletül hakkın yapıldığı an alacağın varlığından sorumludur”.

Havaletül hak bir borcun ifası amacıyla, bir karşı alacak elde etmek üzere yapıldığında ivazlıdır. Havaletül hakkın dayandığı temel ilişki, her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunda, karşılıklı (ivazlı) havaletül hak söz konusudur. Mesela ‘A’, ‘B’ ile bir satım sözleşmesi yapmıştır. ‘A’, ‘B’ye olan borcunu ödemek için ‘Ü’deki alacağını ‘B’ye havaletül hak etmiştir. İşte burada bir ivazlı havaletül hak söz konusudur. ‘A’ IMK. m. 368. 1. fıkrasına göre ‘Ü’deki alacağın varlığından (mevcudiyetinden) sorumludur. Karşılıklı havaletül hakta, havaletül hak sözleşmesini düzenleyen Irak Medeni Kanunu kuralları yanında satış sözleşmesini düzenleyen Irak Medeni Kanununun genel kurallarının uygulanması söz konusu olur⁵⁹⁵. Muhilin sorumluluğu tayin edilirken havaletül hakkın anı ve eğer alacak daha sonraki bir tarihte ödenecekse, ödeme anı esas alınır. Bu durumda alacak bu an geçtikten sonra sona ermişse hasarı muhalünleh yüklenecektir. Örneğin, alacak geçirildikten sonra zaman aşımına uğradığı için sona ermiş ise, bunun sorumluluğu muhile yüklenmez⁵⁹⁶.

IMK. 368. m. 1. fıkrası hükmüne göre, taraflar, karşılıklı (ivazlı) havaletül hakta, muhilin, alacağın varlığından sorumlu olmadığını kararlaştırabilirler. Havaletül hak tarafları, muhilin, alacağın varlığından bir bütün olarak sorumlu olmadığını kararlaştırdıkları gibi, sadece alacağa bağlı bulunan hakların (rehin,

⁵⁹⁵ ELHAKİM, s. 339; ELZENNUN, s. 435; ŞEHATE, s. 27.

kefalet, imtiyaz hakkı gibi) varlığından sorumlu olmadığını da kararlaştırabilirler⁵⁹⁷.

Karşılıklı (ivazlı) havaletül hakta, muhilin sorumluluğunun kapsamına gelince, muhil muhalünleh karşısında sadece mücerret olarak alacağın varlığından değil ona bağlı feri hakların (rehin, kefalet, imtiyaz...) varlığında da sorumludur⁵⁹⁸.

İMK. 370. maddesine göre⁵⁹⁹, sorumluluk muhilin yalnız almış olduğu bedeli değil, ayrıca muhalünlehin alacağı tahsil edebilmesi uğruna harcadığı masrafları da kapsar⁶⁰⁰. Aynı madde hükmüne göre muhil muhalünaleyhin ödeme gücünün varlığını garanti ettiği hallerde de, ancak almış olduğu bedeli faizleriyle birlikte ve muhalünlehin alacağı tahsil edebilmesi için harcadığı masrafları geriye vermekle mükelleftir. Muhil, alacağın ifa edilmesi halinde karşı yanın elde edeceği çıkarı değil de, alacak mevcut olmadığı için havaletül hakkın geçerli olmamasından doğan zararı (menfi zararı) tazminle yükümlüdür. Böylece kanun koyucu muhilin sorumluluğunu düzenlerken borca aykırı davranış halinde benimsenen genel ilkeden (İMK. 168. m.) ve (554. m. 2.f.) ayrılmıştır⁶⁰¹. Muhilin alacağın mevcudiyetinden sorumluluğu, geçirilen alacak miktarı ile değil alınan ivaz (karşı edim) ile sınırlıdır.

Mesela 'A' isimli bir kimse beş milyar değerindeki 'Ü' deki bir alacağını 'B' ile bir satış sözleşmesinden doğan borcunu ödemek için havaletül hak etmiştir. Ancak aldığı bedel beş milyar değil, üç milyar liradır. Şimdi 'B' isimli kişi alacağın yok olduğunu ispatlarsa, 'A' isimli kişi sadece alacağın bedelini kanunen (İMK. 370.

⁵⁹⁶ ELHAKİM, s. 341; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 502; HİCAZİ, s. 257, EŞAHET, s. dipnot (2).

⁵⁹⁷ ELHAKİM, s. 343; ELZENNUN, s. 437; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 506.

⁵⁹⁸ ELHAKİM, s. 341; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 504; ELZENUNUN, s. 436; ZEKİ, s. 181; ELŞERKAİ, s. 233; ŞEHATE, s. 27; HİCAZİ, s. 257.

⁵⁹⁹ ELHAKİM, s. 343; ELZENNUN, s. 437; ELSENHURİ, 3. Cüz, 506.

⁶⁰⁰ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 515; ELZENNUN, (1954), s. 260; ŞEHATE, s. 31; ELHAKİM, s. 346.

⁶⁰¹ ŞEHATE, s. 30-31.

m.) vermekle mükelleftir, yani A' burada beş milyar değil sadece 'B'den aldığı üç milyarı vermekle sorumludur. IMK. 370. maddesi kanunun amir kurallarındandır. Yani taraflar, IMK. 370. maddede sınırlanmış bulunan tazminatı (bedel faizleriyle birlikte ve menfi zararlar) daha fazlasını kararlaştırsalar bile geçersizdir⁶⁰². “Muhalünleh 368. ve 369. Maddelere göre muhile rucü ederse, muhil almış olduğu bedel, faiz ve muhalünlehin alacağı elde edebilmesi için harcadıklarını vermekle yükümlüdür; aksi kararlaştırılmış olsa bile muhil zikrolunanlardan fazlasını vermekle yükümlü değildir”.

bb. Karşılıksız (İvazsız) Havaletül Hakta Muhilin Durumu:

IMK. 368. m. 1. fıkrası hükmüne göre, havaletül hak karşılıksız yapılmışsa, muhil alacağın varlığından dahi sorumlu değildir.

Karşılıksız (ivazsız) havaletül hak, alacağın üçüncü kişiye herhangi bir karşılık gözetilmeksizin (örneğin bağış yoluyla) geçirilmesini ifade eder. İvazsız havaletül hak bir bağış niteliğinde olduğu için, IMK.'nun bağış sözleşmesini düzenleyen genel kurallarının da uygulanması söz konusu olur. Örneğin IMK.614. maddesi burada da kıyas yolu ile uygulanmaktadır. IMK. 614. m. 1. fıkrası hükmüne göre ivazsız havaletül hakta, muhil alacağın istihkak edilme sebebini bilerek muhalünlehten gizlemişse sorumludur⁶⁰³.

⁶⁰² Bu maddenin düzenlenmesinden amaç muhili korumaktır. Muhil maddi sıkıntıda olduğu için alacağını normal fiyatından daha ekşiğine geçirmiş olabilir, muhilin garanti sorumluluğu gerçekleşince muhalünlehe onun ödediği bedeli değil alacağın orijinal fiyatına göre veya ödediği bedelden daha fazlasına rucu hakkı tanınmış olsaydı muhil pozisyonunda olanların durumu ağırlaştırılmış olurdu. Bunun için kanun koyucu bu maddeyle havaletül hakkın spekülasyon aracı olarak kullanılmasını önlemiştir.

⁶⁰³ Irak hukukuna göre hibe ikiye ayrılmaktadır. Karşılıklı ve karşılıksız hibe, karşılıksız hibe, hiçbir karşılığı bulunmayan hibedir. Karşılıklı hibeyse sembolik karşılığı bulunan bir çeşit hibedir. Karşılıklı alınan bedel ivazlı hibe konusu olan mal veya şeyin anı in al fiyatından çok azdır. Örneğin 'A' isimli bir kişi ÇANKAYA'daki dairesini 'B' isimli bir kişiye hibe etmiştir. Ancak arşılık olarak 'B'den 100

Bu fıkra hükmüne göre muhilin sorumluluğu sözleşmeye dayalı ‘akdi sorumluluk (Elmesuliye Elakdiye) değil kusura dayalı bir sorumluluktur.

IMK. 370. m. hükmüne göre, taraflar sözleşme ile havaletül hakkın ivazsız olmasına karşın, muhilin alacağıın varlığından sorumlu olacağını kararlaştırmazlar. Çünkü IMK. 370. maddesi kanunun amir kurallarındandır; getirdiği hükmün karşıtı kararlaştırılmaz.

b. Muhilin, Muhalünaleyhin Ödeme Gücünün Varlığı Yönündeki Garanti Sorumluluğu.

Bu tür garanti sorumluluğuna doktrinde “El Zaman El İttifaki” adı verilmektedir. Yani sözleşmeye dayalı garanti sorumluluğunda kural olarak muhil muhalünlehin ödeme gücünün varlığından sorumlu değildir.

IMK. 369. m. hükmüne göre muhil ayrıca taahhüt etmemişse, muhalünaleyhin ödeme gücünün varlığından sorumlu değildir⁶⁰⁴. Ancak aynı madde hükmüne göre muhil muhalünaleyhin ödeme gücünün varlığını taahhüt ettiği hallerde bile, ödeme zamanı muhalünaleyhin ödeme gücünün varlığından değil, havaletül hakkın yapıldığı an muhalünaleyhin ödeme gücünün varlığından sorumludur. Muhil ödeme zamanında muhalünaleyhin, ödeme gücünün varlığını taahhüt edecekse bunu bağımsız olarak açık bir şekilde belirtmesi gerekir⁶⁰⁵.

milyon TL almıştır. İşte Irak Hukukuna göre burada ivazlı hibeyle karşı karşıyayız. IMK. 614. M. 1. Fıkrasına göre hibe ivazlı yapıldıysa, hibedebulunan kişi hibe konu alacağıın varlığından ve istihkak edilmiş olmasından sorumludur.

⁶⁰⁴ IMK: 369. M. Mehaç MMK. 309. M. aynıdır.

⁶⁰⁵ ELHAKİM, 3. C., s. 345; ELZENNUN, s. 434; ELSENHURİ, 3. Cüz, 507-512.

C- Muhilin Kusur Sorumluluğu:

IMK. 371. m. hükmüne göre muhil kusurundan sorumludur⁶⁰⁶. Havaletül hak karşılıksız yapılmışsa veya muhalünaleyhin alacağıın varlığından sorumlu olmadığı kararlaştırılmış olsa bile yine de muhilin kusur sorumluluğu bakidir⁶⁰⁷. Muhil geçirilen alacağıın sona erdirecek veya zedeleyecek her türlü fiillerden sakınmalıdır. IMK. 371. maddesi kanunun amir kurallarındandır; aksi kararlaştırılmaz⁶⁰⁸.

III. MUHALÜNALEYH VE MUHİL İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN:

Havaletül hakkın, muhalünaleyh ve muhil ilişkileri bakımından hükümleri, IMK. 372. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

A. Havaletül Hakkın Yürürlük Kazanmadan Önce Hükümleri:

IMK. 371. m. 1. fıkrası hükmüne göre, muhalünaleyh, havaletül hakkı kabul etmese veya havaletül hak ilan edilmeden önce, muhile ödemedede bulunmuşsa borcundan kurtulmuş olur; kabul ve ilana kadar muhil muhalünaleyhe göre henüz alacaktır. Bu aşamada muhilin alacaklıları söz konusu alacak üzerine haciz koyabilirler ve koydukları haciz geçerlidir⁶⁰⁹.

IMK. 372. m. 2. fıkrası hükmüne göre, muhalünaleyh havaletül hakkın meydana geldiğini biliyor olmasına rağmen muhalünlehe değil muhile ödemedede bulunmuşsa bu ödeme kendisini borçtan kurtarmaz. Yani eğer muhalünaleyh havaletül hakkın meydana geldiğini ilan veya kabulde değil başka bir yolla öğrenmiş olmasına rağmen muhalünlehe değil muhile ödemedede bulunmuşsa bu kendisini

⁶⁰⁶ IMK. 371. M. Mehaş MMK. 311. Maddesinin aynıdır.

⁶⁰⁷ ELSENHURİ, 3. Cüz, 500-5001; ELHAKİM, s. 339; ŞEHATE, s. 25.

⁶⁰⁸ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 501.

(muhalünaleyhi) borçtan kurtarıcı bir ödeme olmayacaktır. Ancak bu olayın ispatı muhalünlehe düşmektedir. Böylece Irak kanun koyucusu 372. m. 2. fıkrasıyla daha önce koymuş olduğu 363. m. ve 372. m. 2. hükmünü yumuşatmaya çalışmıştır⁶¹⁰.

B. Havaletül Hakkın Yürürlük Kazandıktan Sonra Hükümleri:

IMK. 363. m. hükmüne göre, havaletül hak (ilan veya kabulle) yürürlük kazanınca, muhil artık, muhalünaleyhe göre alacaklı pozisyonundan çıkar. İlan veya kabulden sonra muhalünaleyhe göre alacaklısı muhil değil muhalünlehtir. Bu değişikliğe rağmen muhalünaleyh muhalünlehe değil, muhile ödemede bulunursa, tekrar dönüp muhalünlehe ödemek mecburiyetinde kalacaktır⁶¹¹.

IV. MUHALÜNLEH VE ELGAYİR (BAŞKALARI - ÜÇÜNCÜ KİŞİLER) İLİŞKİLERİ BAKIMINDAN HAVALETÜL HAKKIN HÜKÜMLERİ

Muhalünleh ve elgayir (başkaları - üçüncü kişiler) ilişkileri bakımından havaletül hakkın hükümleri IMK. 373. m. ve 374. maddesi düzenlenmiştir.

Konuya girmeden önce elgayirin ne anlama geldiği açıklamak gerekiyorsa, elgayir sözcüğü, kazanılan hak, muhalünlehin hakkıyla ters düşmesi koşuluyla, havaletül hak sözleşmesinin konusu olacak üzerinde hak kazanan herkesi kapsar.

⁶⁰⁹ ELHAKİM, s. 348; ELZENUNUN, s. 437.

⁶¹⁰ Irak medeni kanununun 363. M. ve 372. M. 1. Fıkrası hükümleri çelişkiye neden olan, çağdaş hukuk teorileriyle bağdaşmayan ve ekonomik hayatta, havaletül hakkın fonksiyonu pasifleştiren hükümlerdir. Bunun için bu kuralların kaldırılması ve yerlerine Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde uygulanan çözümlerin koyulmasını doğru görmekteyiz.

⁶¹¹ ELHAKİM, s. 349; ELZENUNUN, s. 437; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 536-537.

Yukarıdaki tanıma göre, ikinci bir muhalünleh, haciz koyan alacaklı, iflas veya iisar eden muhilin alacaklıları birer elgayirdir⁶¹².

Yukarıda aktardığımızı göre IMK. 363. m. hükmüne göre, havaletül hak muhalünaleyh ve elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için, havaletül hakkın vuku bulduğu muhalünaleyhe ilan edilmesi veya muhalünaleyhin havaletül hakkı kabul etmesi gerekir. Ancak aynı maddenin ikinci ibaresine göre havaletül hakkın elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için ayrıca bu kabulün belli bir tarihi olması gerekir.

A. Aynı Alacak Üzerinde Birden Çok Muhalünaleyhin Rekabet Etmesi:

IMK. 373. maddesi hükmüne göre, bir alacak birden fazla havaletül hakka konu olmuşsa, öncelik daha önce yapılan havaletül hakka değil, daha önce yürürlük (infaz gücü) kazanan havaletül hakkadır⁶¹³. Örneğin ‘A’, isimli alacaklı ‘B’ isimli borçlusundaki alacağını ilk önce ‘C’, isimli kişiye geçirir aynı alacağı daha sonra ‘D’ isimli kişiye geçirir, bunların arkasından aynı alacağı ‘E’ isimli kişiye geçirir. ‘D’ isimli kişiye yapılan geçirim ilan veya kabulle diğerlerinden önce yürürlük kazanırsa D’nin kazanımı diğerlerine tercih edilir. Bu durumda ‘C’ isimli kişi her ne kadar söz konusu alacak üzerinde diğerlerinden daha önce hak kazanmış olsa da IMK. 373. m. hükmüne göre, ‘D’ isimli kişiye yapılan havaletül hak daha önce yürürlük kazandığı için diğerlerinin üzerine tercih edilir. Durum bu olunca ‘C’ ve ‘E’ isimli muhalünleher önünde muhile rucü etmeden başka bir çözüm yoktur.

⁶¹² IMK. 373. M ve 374. M. Mebaz MMK. 313 ve 314. Maddesinin aynısıdır.

⁶¹³ Oysa Türk Hukukuna göre bir alacak birden çok kimseye temlik olunmuşsa tasarruf işlemlerinde geçerli olan “öncelik ilkesi” nedeniyle zaman yönünden en önce yapılmış olan temlik geçerli olur.

B. İflas Eden Veya İisar Eden Muhilin Alacaklısı ve Muhalünleh Arasındaki rekabet⁶¹⁴

Havaletül hak (ilan veya kabulle) infaz gücü kazanmadan önce, muhilin, iflas veya iisar (Irak hukukuna özel Türk Hukukundaki iflas Kurumuna yakın bir Kurumdur) etmesi onun diğer alacaklılarını muhalünlehe göre elgayir pozisyonuna geçirir⁶¹⁵. Havaletül hak infaz gücü kazanmadığı için elgayir (başkaları - üçüncü kişiler) hakkında hüküm ifade etmez. Durum bu olunca, muhalünleh, iflas veya iisar eden muhilin diğer alacaklılarıyla aynı pozisyonunda olur. Muhalünleh iflas veya iisar eden muhilin diğer alacaklılarıyla eşit hakka sahip olur. Zira esasen muhalünlehin muhile rücu hakkı vardır⁶¹⁶.

C. Haciz Koyan Alacaklıyla Muhalünleh Arasındaki Rekabet:

Havaletül hak ilan veya kabulle yürürlük (infaz) kazanınca, muhilin diğer alacaklıları tarafından konulan hacizler hüküm ifade etmez. Ancak havaletül hak yürürlük kazanmadan önce havaletül hak konusu alacak üzerine haciz konulursa, muhalünlehin durumu ne olacağı sorusu akla gelir.

IMK. 474. m. 1. f. hükmüne göre, havaletül hak konusu alacak, havaletül hak yürürlük kazanmadan önce başka bir alacaklı tarafından hacedilirse, havaletül hak haciz koyan alacaklıya göre ikinci sıradadır. Durum bu olunca muhalünleh ve haciz

Çünkü artık birinci temlikten sonra, temlik eden, alacak üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmiş durumdadır.

⁶¹⁴ İflas kurumu Irak Ticaret kanunun Kurumlarındandır. Irak Medeni kanununda iflas kurumu yoktur. Irak Hukukunda iflas sistemi sadece tüccar vasfı olan kişiler arasında uygulanır. Irak medeni kanununda 'iflas' kurumunu karşılayan 'iisar' kurumu vardır. bu kurumu İslam kanunundan Irak Medeni kanununa geçmiştir.

koyan alacaklı söz konusu alacağı eşit olarak paylaşırlar, haklarına tam olarak kavuşmazlarsa muhile rücu ederler⁶¹⁷.

D. İlk Haciz Koyan, Muhalünleh ve İkinci Haciz Koyan Alacaklılar Arasındaki Rekabet:

Aynı alacak hakkının, iki haciz ve bir havaletül hakka konu olması durumunda ne olacağı akla gelebilir. Örneğin 'A' isimli bir alacaklı 'B' isimli kişideki alacağını 'Ü' isimli bir kişiye havaletül hak yoluyla geçirir. Söz konusu havaletül hak yürürlük kazanmadan önce havaletül hakka konu olan alacak muhilin 'C', isimli alacaklısı tarafından haciz edilir. Bu hacizden sonra havaletül hak infaz gücü kazanır, daha sonra muhilin 'D' isimli bir alacaklısı tarafından aynı alacak üzerine bir haciz daha konulur; Bu durumda; IMK. 374. m. 2. fıkrasına göre, alacak hakkı haciz koyan 'C', muhalünleh 'Ü' ve ikinci haciz koyan 'D' arasında eşitlikle paylaşılır. Daha sonra ikinci haciz koyanın payından alınır ve eksik kalan muhalünlehin hakkı tamamlanır⁶¹⁸.

⁶¹⁵ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 540; ELHAKİM, s. 350; ŞEHATE, s. 49 dipnot (1)

⁶¹⁶ ELHAKİM, s. 356; ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 541.

⁶¹⁷ ELSENHURİ, 3. Cüz, s. 546-547; ELHAKİM, s. 351; ŞEHATE, s. 52.

⁶¹⁸ Aslında IMK. 374. M. 2. Fıkrasının getirdiği hüküm aynı kanunun bir önceki maddenin (IMK. 373. M.) hükmüyle çelişmektedir ve haciz konusunu düzenleyen genel kurallara aykırıdır. Yukarıdaki misalde ikinci haczin muhalünlehin hakkını etkilememesi gerekir. zira muhalünlehin hakkı yürürlüktelik kazanmıştır. İkinci haciz ise konusu olmadığı için geçersizdir. Kanaatimizce Irak Kanun Koyucusunun havaletül hakkı yürürlüktelik 'infaz' şartına bağlaması doğru olmamıştır. Irak Hukukunu, havaletül hak konusunda çıkmaza sokan, havaletül hak konusunu düzenleyen IMK. maddeleri arasında çelişkiye neden olan ve bu maddeler arasında yeknekaklığın bulunmamasına neden olan IMK. 363. Maddesinde hükme bağlanan yürürlüktelik şartıdır. Bu şartın bulunması Irak hukukunda gerçek anlamda bir alacağın temlik müessesesinin mevcudiyetini sarsacak kadar etkilemiştir.

SONUÇ

Çalışmamızda, Türk ve Irak Hukuklarında alacağın temlik müessesesi konu edilmiştir. Çalışma boyunca Türk Borçlar Kanununda yer alan alacağın temlik kurumunu, bu kurumu karşılayan Irak Medeni Kanununda düzenlenmiş bulunan havaletül hak kurumu ile özellikle, tarafları, nitelikleri, şartları, amaçları, konu ve kapsamı ve hükümleri bakımından karşılaştırmaya çalıştık.

Çalışmanın sonunda iki hukuk arasında bazı benzerlikler ve farklılıklar ortaya çıkmıştır. Türk hukukunda alacağın temlik kurumu bir borçlar hukuku kurumudur. Alacağın temlik kurumu, Türk Borçlar Kanununun 162-172. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk borçlar hukukundaki alacağın temlik kurumunu, Irak Hukukunda havaletül hak kurumu karşılamaktadır. Irak Hukukunda havaletül hak kurumu bir medeni hukuk kurumudur. Havaletül hak kurumu, Irak Medeni Kanununun 362-374. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Her iki kurum (alacağın temlik - havaletül hak) iki tarafın (temlik eden, temellük eden - muhil, muhalünle) iradesiyle gerçekleşen, üçlü borç ilişkisi içeren bir sözleşmedir; borç ilişkisinin üçüncü tarafı olan, borçlunun (muhalünaleyhin) iradesi söz konusu değildir. Kanun, işin niteliği, sözleşme gereği temlikin yasaklanmış olmaması koşuluyla tüm alacaklar, alacağın temlik sözleşmesine konu olabilir. Havaletül hakka gelince bu şartlara ilaveten havaletül hakkın konusu olacak alacağın ayrıca haciz edilebilir bir alacak olması gerekir. Her iki kuruma göre (alacağın temlik, havaletül hak) alacak tek başına değil, bağlı olduğu ferî haklarla birlikte (temellük edene - muhalünle) geçer. Her iki kuruma göre, geçiren (temlik

eden - muhil), ivazlı temlik veya havaletül hakta alacağın varlığından sorumludur; temlik eden ve muhilin alacağın varlığı yönündeki sorumluluğu kanundan doğan bir sorumluluktur, taraflar anlaşarak geçirenin (temlik eden - muhil) alacağın varlığı yönündeki sorumluluğunu bertaraf edebilirler. Ancak her halde, temlik eden ve muhil şahsi eylemlerinden sorumludurlar. Buna karşı her iki kurumda da, taraflar geçirenin (temlik eden - muhil) sadece alacağın varlığından değil, borçlunun ödeme gücünün varlığından da sorumlu olduğunu kararlaştırabilirler. Her iki kuruma göre borçlu (muhalünaleyh) alacaklıya (temlik eden - muhil) karşı sahip olduğu itiraz ve defileri temellük edene (muhalünlehe) karşı da ileri sürebilir. Alacağın temliki ve havaletül hak amaçları bakımından da birbirine benzemektedir.

Alacağın temliki ve havaletül hak arasındaki farklılıklar ise, alacağın temlikinin, illi olup olmadığı Türk hukukçuları arasında tartışma konusu olduğu halde, havaletül hak kesin olarak illidir. Alacağın temlikinin geçerliliği yazılı şarta bağlıdır. Havaletül hak ise rızai bir sözleşmedir; geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak havaletül hakkın muhalünaleyh ve elgayir hakkında hüküm ifade edebilmesi için, muhalünaleyhin havaletül hakkın meydana gelmesini ilan veya kabulle bilmiş olması gerekir. Temlik edenin alacağın varlığı yönündeki sorumluluğu temlik sözleşmesinin yapıldığı andır, oysa havaletül hakta muhilin, alacağın varlığı yönündeki sorumluluğu havaletül hak sözleşmesinin yapıldığı an değil, havaletül hakkın ilan veya kabulle yürürlük (infaz) gücü kazandığı andır. İvazsız temlikte, temlik sözleşmesinin tarafları, temlik edenin alacağın varlığından sorumlu olduğunu kararlaştırdıkları halde, ivazsız havaletül hakta taraflar, muhilin alacağın varlığından sorumlu olduğunu kararlaştıramazlar.

Alacağın temlikinde borçlu hiçbir ön tedbir almadan, temellük edene karşı

takasta bulunabilir. Oysa havaletül hakta, muhalünaleyh takasta bulunma hakkını peşin olarak saklı tutmamışsa muhalünlehe karşı takasta bulunamaz.

Pasif pozisyonda olan borçlu iyi niyetli olarak temellük edene değil temlik edene veya ödemesi lazım gelene değil, bir başkasına ödemedede bulunmuşsa, borcundan kurtulur. Oysa havaletül hakta, yürürlük (infaz) şartının bulunması nedeniyle muhalünaleyhin iyi niyeti söz konusu değildir.

ÖZET

Çalışmada, konu edilen mukayeseli olarak Türk ve Irak hukukunda alacağın temlikî Kurumunu üç bölümde inceledik. Birinci bölümde, alacağın temlikî kavramını, tarihi gelişmesini ve benzer kurumlardan farkını inceledik. İkinci bölümde Türk hukukunda alacağın temlikî kurumunu inceledik.

Üçüncü bölümde ise Irak hukukunda alacağın temlikî (havaletül hak) kurumunu inceledik.

Eskiden alacak hakkı tamamen alacaklı ile borçlunun şahsına bağılı bir hak olup mameleke dahil değildi, ancak bu sert kural yavaş yavaş yumuşadı. Bu gün çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde alacağın temlikî kurumuna yer verilmektedir. Türk ve Irak Hukuklarında alacağın temlikî (havaletül hak) kurumu düzenlenmiştir. Alacağın temlikî kurumu ve havaletül hak kurumu arasında büyük benzerlikler vardır. Bu benzerlikler yanında alacağın temlikî ve havaletül hak arasında farklılıklar da vardır.