

42343.

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI

SÖZLEŞMEYE DAYANAN TEMLİK KISITLAMA ve YASAKLARI
(Yüksek Lisans Tezi)

R. CEM DİNAR

Tez Danışmanı

Prof.Dr. Teoman AKÜNAL

İstanbul-1995

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VII
KAYNAKÇA.....	IX
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM I: GENEL OLARAK ALACAĞIN TEMLİKİ ve ÖZELLİKLERİ

§ 1. GENEL BAKIŞ

I) Kavram ve Tarihi Gelişim.....	2
II) Kanuni Düzenleme.....	4
III) ÖZELLİKLERİ.....	5
1) Alacağın temlikinin sözleşme olması.....	6
2) Alacağın temlikinin tasarruf işlemi olması.....	7
3) Alacağın temlikinin soyut işlem olması.....	10

§ 2. ALACAĞIN TEMLİKİNİN UNSURLARI

i) Taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olması.....	12
1) Tarafların fiil ehliyetinin olması.....	13

2) Devredenin tasarruf yetkisinin olması.....	14
3) Adi yazılı şekilde yapılması.....	14
4) Diğer geçerlilik unsurlarına uygun olması.....	21
II) Temlike elverişli bir alacak hakkının olması.....	22
III) Temlik engelinin bulunmaması.....	26
1) Kanunun öngördüğü temlik engelleri.....	26
2) Hukuki ilişkinin niteliğine bağlı temlik engelleri.....	28
3) Sözleşmeye dayanan temlik engelleri.....	29
§ 3. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KAPSAMI	
I) Alacağın tamamının temliki.....	30
II) Alacağın kısmen temliki (Kısmi temlik).....	31
III) Asıl alacak hakkına bağlı fer'i haklar ve rüçhan hakları.....	33
1) Asıl alacak hakkına bağlı fer'i haklar.....	33
a) Taşınır Rehni.....	34
b) Kefalet.....	36
c) Faizler ve Gecikme Tazminatı.....	36
d) Cezai şart.....	37

2) Yenilik doğuran haklar.....	37
3) Rüçhan (öncelik) hakları	39

BÖLÜM II. SÖZLEŞMEYE DAYANAN TEMLİK

KISITLAMA ve YASAKLARI

(TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİ)

§ 4. TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİ ve ÖZELLİKLERİ

I. Genel Olarak.....	40
1) Kavram.....	40
2) Amacı.....	41
II. Temlik yasağı sözleşmesinin tarafları.....	46
III. Temlik yasağı sözleşmesinin Geçerliliği.....	47
1) Genel Olarak.....	47
2) Şekle Bağlı Olmaması.....	49

§ 5. TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

I) Genel olarak.....	62
II) Mutlak temlik yasakları.....	63

III) Sınırlı temlik yasakları.....	63
1) Borçlunun veya üçüncü kişinin rızasına bağlanan temlik yasakları.....	64
2) Temlik şartlarının "pactum de non cedendo" ile belirlenmesi.....	69
3) Temliki borçluya "ihbar edilmesi" şartına bağlanan temlik yasakları.....	77

§ 6. TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ ve YASAĞA AYKIRI

TEMLİKİN GEÇERLİ HALE GETİRİLMESİ SORUNU

I) Etkisi.....	81
1) Alman Hukukunda.....	82
a) Nisbi etkisizlik (relative Unwirksamkeit).....	83
b) Kesin etkisizlik (absolute Unwirksamkeit).....	87
2) İsviçre Hukukunda.....	89
3) Türk Hukukunda.....	94
4) Görüşümüz.....	96
II) Yasağa aykırı temlikin geçerli hale getirilmesi sorunu.....	100

1) Genel olarak.....	100
2) Eksikliğin sonradan tamamlanması şekilleri.....	102
a) Alman Hukukunda.....	102
aa) Borçlunun tek taraflı icazeti ile eksikliğin tamamlanması.....	102
bb) İkale (eski hale getirme) sözleşmesinin (Aufhebungsvertrag) gerekliliği.....	103
b) Türk-İsviçre Hukuklarında.....	105
3) Etkili olma zamanı.....	107
a) Alman Hukukunda.....	107
b) Türk-İsviçre Hukuklarında	108
SONUÇ.....	110

KISALTMALAR

Abs.	Absatz
AD.	Adalet Dergisi
age.	adı geçen eser
agm.	adı geçen makale
agt.	adı geçen tez
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
bak.	bakınız
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK.	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
dn.	dipnot
E.	Esas numarası
f.	fıkra

FS Festschrift

HD. Hukuk Dairesi

İBD. İstanbul Barosu Dergisi

İİD. İcra ve İflas Dairesi

İİK. İcra İflas Kanunu

JB. Juristische Blaetter

K. Karar numarası

karş. karşılaştırınız

m. madde

MK. Medeni Kanun

N. Nummer

NJW Neue Juristische Wochenschrift

OR. Obligationenrecht

RKD. Resmi Kararlar Dergisi

s. sayfa

S. Sayı

SchKG. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz

SchR Schuldrecht

SJZ Schweizerisches Juristen Zeitung

TNBHD Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi

vd. ve devamı

Yarg. Yargıtay

YHD. Yasa Hukuk Dergisi

YHMİD. Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi

YKD. Yargıtay Kararları Dergisi

ZBJV. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZGB. Das schweizerische Zivilgesetzbuch

KAYNAKÇA

Antalya, G., "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, S.3, 1992

Arsebük, E., Borçlar Hukuku, C. 1 ve 2, 3. Bası, Ankara 1950

Ayiter, K., Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953

Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Auflage, München 1992

Beer, Die relative Unwirksamkeit, Berlin 1975

Becker, H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band IV, 1. Abteilung, 2. Auflage, Bern 1941

Blaum, M., Das Abtretungsverbot nach § 399, 2. Alt[ernative] BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr, Dissertation, Frankfurt am Main; Bern; New York, 1983

Birsen, K., Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1967

Bucher, E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988

Canaris, C. W., "Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote", Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg und Bonn 1992

Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, Borçlar Kanunu, C.II, İstanbul 1990

Dayınlarlı, K., Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Doçentlik Tezi, Ankara 1993

Dural, M., Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul 1987

Erdem, N., Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. I, 2. Bası, Adana 1991

Erdoğan, İ., "Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri" Akipek'e Armağan, Konya 1991

Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 5. Bası, Ankara 1994 (Borçlar Hukuku C. I olarak kısaltılmıştır)

Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 4. Bası, Ankara 1994 (Borçlar Hukuku C. III olarak kısaltılmıştır)

Erman/Westermann, (Westermann, H. P.), Handkommentar zum BGB, 11. Auflage, Münster 1993

Esener, T., Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956 (Muvazaa olarak kısaltılmıştır)

Esser, J., Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970

Esser/Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 1977

Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Bası, İstanbul 1976 (Borçlar Hukuku C. I olarak kısaltılmıştır)

Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II 2. Bası, İstanbul 1977 (Borçlar Hukuku C. II olarak kısaltılmıştır)

Fikentscher, W., Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin 1992

Franko, N., "Alacağın Temliki" Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 42, 1984

Gauch/Schluemp/Jaeggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich 1991
(Obligationenrecht Band I olarak kısaltılmıştır)

Gauch/Schluemp/Jaeggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 5. Auflage, Zürich 1991
(Obligationenrecht Band II olarak kısaltılmıştır)

Göktürk, H. A., Borçlar Hukuku, Birinci Kısım Borçların Umumi Hükümleri, Ankara 1947

Guhl/Merz/Koller/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991

Gürzumar, O. B., Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukukten Korunması, İstanbul 1995

Halim, H., "Alacak tabirinin mefhumu- Ne gibi haklar temlik olunabilir?" İBD. 1930

Huber, U., "Gefahren des vertraglichen Abtretungsverbote für den Schuldner der abgetretenen Forderung" NJW 1968

İmre/Erman, Miras Hukuku, İstanbul 1989

İmregün, O., Kara Ticareti Hukuku Dersleri, (Genel Hükümler- Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 10.Bası, İstanbul 1993

İnan, A. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979

Jauernig/Stürmer, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage, München 1981

Kaneti, S., Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972

Keller/Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1985

Kocaman, A. B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, 2. Bası, Ankara 1992 (Alacağın Temliki olarak kısaltılmıştır)

Kocayusufpaşaoğlu, N., Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985

Koziol, H., "Das vertragliche Abtretungsverbote" JB 1980

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Band I, 9. Auflage, Wien 1992

Köprülü/Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 3. Bası, İstanbul 1982-1983

Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, İlaveli 5. Bası, İstanbul 1990

Kuru, B., İcra ve İflas Hukuku, C. III, 3. Bası, Ankara 1993 (İcra olarak kısaltılmıştır)

Kuru, B., İflas ve Konkordato Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1992 (Konkordato olarak kısaltılmıştır)

Larenz, K., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989 (BGB AT olarak kısaltılmıştır)

Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auflage, München 1987 (SchR AT olarak kısaltılmıştır)

Medicus, D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 1990

Merz, H., "Die Globalzession" ZBJV 1989

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 214-432), 3. Auflage, München 1994 (MünchKomm/Roth olarak kısaltılmıştır)

Oğuzman, K., Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 7. Bası, İstanbul 1994 (Temel Kavram olarak kısaltılmıştır)

Oğuzman, K., Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1991 (Miras olarak kısaltılmıştır)

Oğuzman/Dural, Aile Hukuku, İstanbul 1994

Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995

Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1992 (Eşya Hukuku olarak kısaltılmıştır)

Oğuzman/Seliçi, Kişiler Hukuku Dersleri, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1993 (Kişiler Hukuku olarak kısaltılmıştır)

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1-183, 2. Auflage, Zürich 1929

Önen, T., Borçlar Hukuku, Ankara 1995

Özsunay, E., Borçlar Hukuku I, 2. Bası, İstanbul 1983

Palandt, O., Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentare, Band 7, 42. Auflage, München 1983

Philipp, H. J., Die Künftige Forderung als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Dissertation, Hamburg 1965

Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1993

Pulaşlı, H., Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989

Rado, T., Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 1987

Raible, A., Vertragliche Beschraenkung der Übertragung von Rechten, Band 8, Tübingen 1969

Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 1993

Riedel, H., Abtretung und Verpfandung von Forderungen und anderen Rechten, Wiesbaden-Stuttgart 1982

Saymen/Elbir, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966

Schmid, W., "Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung" SJZ 1970 **Sirmen, L.**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992

Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebensetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Auflage, Stuttgart Berlin Köln 1990 (Soergel/ Zeiss olarak kısaltılmıştır)

Spirig/Gauch, Obligationenrecht, Teilband V1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung Art.164-174 OR., Zürich 1993

Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, 5.Bası, İstanbul 1988 (C.1/1 olarak kısaltılmıştır)

Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, 3.Bası, İstanbul 1988 (C.1/2 olarak kısaltılmıştır)

Tekinay, S. S., Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler, 6. Bası, İstanbul 1992 (Genel Esaslar olarak kısaltılmıştır)

Tekinay, S. S., Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, C. II/ 3, İstanbul 1994 (Eşya Hukuku II/3 olarak kısaltılmıştır)

Tekinay, S. S., Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990 (Aile Hukuku olarak kısaltılmıştır)

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993

Tuğ, A., Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Bası, Konya 1994

Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Bası, Zürich 1979

Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Bası, Zürich 1974

Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976

Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986 (Birleşme olarak kısaltılmıştır)

Türk, H. S., Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde "Nevilerin Aynı Olması" Koşulu, Doçentlik Tezi, Ankara 1986 (Nevilerin Aynı Olması olarak kısaltılmıştır)

Uygur, T., Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C. 2, Ankara 1990

Üstündağ, S., İflas Hukuku, (İflas, Konkordato, İptal Davaları), 4. Bası, İstanbul 1991 (İflas olarak kısaltılmıştır)

Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 5. Bası, İstanbul 1992 (Medeni Yargılama olarak kısaltılmıştır)

Velidedeoğlu, H. V., Türk Medeni Hukuku, C.I, cüz 1, Umumi Esaslar, 5.Bası, İstanbul 1956 (Umumi Esaslar olarak kısaltılmıştır)

Velidedeoğlu/Kaynar, Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960

Wehrli, T., Die vertragliche Abtretung von Forderungen, Dissertation, Bern 1993

Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, 3. Bası, İstanbul 1994 (Özel Hüküm C.1 olarak kısaltılmıştır)

Yavuz, C., Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 2. Bası, İstanbul 1994 (Özel Hüküm C.2 olarak kısaltılmıştır)

Zobl, D., "Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung eine Standortbestimmung" SJZ 1989

GİRİŞ

Alacağın temliki, gerek iç hukukta ve gerekse milletlerarası özel hukuk alanında uygulaması oldukça fazla olan bir Borçlar Hukuku müessesesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alacaklı, ekonomik, ticari veya hukuki nedenlerden ötürü alacağını bir üçüncü kişiye devretmek isteyebilir. İşte bu nedenlerden biri ile alacağını devretmek isteyen alacaklı, üçüncü kişi ile yapacağı yazılı temlik sözleşmesi sayesinde devri gerçekleştirebilir. Ancak bir alacağın devredilebilmesi için herhangi bir temlik engelinin bulunmaması da gerekir. Diğer bir deyişle bir alacak, kanun tarafından veya işin niteliği gereği veya sözleşme ile yasaklanmadıkça devredilebilir. Temlik işlemi gerçekleştikten sonra devralan üçüncü kişi alacaklı sıfatını kazanmış olur ve artık borçlu, borcunu devralan yeni alacaklıya ifa etmelidir.

Tezimizin birinci bölümünde alacağın temliki müessesesini inceleyeceğiz. Bu bölümde genel olarak alacağın temliki, özellikleri, unsurları ve kapsamı üzerinde duracağız.

Tezimizin ikinci bölümünde ise, temlik engellerinden biri olan sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasaklarını (temlik yasağı sözleşmesini) inceleyeceğiz. Bu tür kısıtlama ve yasakların çeşitleri ve özellikleri üzerinde duracağız. Ayrıca yasağa aykırı bir temlik söz konusu olduğunda bunun etkileri ve yapılan böyle bir temlikin geçerli hale getirilip, getirilemeyeceği üzerinde duracağız.

BÖLÜM I: GENEL OLARAK ALACAĞIN TEMLİKİ ve ÖZELLİKLERİ

§ 1. GENEL BAKIŞ

I. Kavram ve Tarihi Gelişim

Alacağın temlik, alacaklının, alacağını üçüncü bir kişiye sözleşme ile devretmesidir¹. Ancak temlik işleminin geçerli olabilmesi için tarafların bu sözleşmeyi mutlaka yazılı olarak yapmaları gerekir (BK. m.163/f.1). Bu temlike borçlunun rıza göstermesine de gerek yoktur².

Alacaklı, gerek ekonomik, gerek ticari ve gerekse hukuki sebeplerden ötürü alacağını bir üçüncü kişiye devretmek ihtiyacı duyabilir. Örneğin, vadeli alacağını bir üçüncü kişiye (örneğin, bir bankaya) iskonto³ ettirerek devreden alacaklı, alacağın

1 Bu konuda başkaca tanımlar için bak. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, age. s.240; Oğuzman/Öz,age. s. 879; Erdem, N., age. s.1304; Tunçomağ, K., age. s.1074; Feyzioğlu, F., Borçlar Hukuku C.II, s.613; İnan, A. N., age. s.393; Reisoğlu, S., age. s.359; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.244; Von Tuhr/ Escher, age. § 93/II, s.329-330; Bucher, age. s.536; Larenz, K.,SchR Band I, s.570,575; Fikentscher, W., age. s.347; MünchKomm/Roth, age. § 398, N.3, s.1559.

2 Ancak borçlunun temlik işlemi sırasında rızasını aramayan kanun koyucu, onu koruyucu hükümler sevkettikten de geri kalmamıştır. Bak. BK. m.165-167.

3 Henüz muaccel olmamış para alacaklarının ara faizleri düşürülmek suretiyle satın alınmasına, bankacılık işleminde iskonto denilmektedir. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 94/IV, s.348, dn. 62.

temlikli sayesinde, parasal açıdan girmiş olduğu sıkıntıyı, eline hemen bir miktar nakit geçeceği için giderebilir. Aynı şekilde borçlusunu (B)'den olan alacağını, kendisinin borçlu bulunduğu üçüncü kişi (Ü)'ye devrederek kendi borcundan kurtulma olanağına sahip olur⁴. Bütün bu olanaklar ise alacağın temlikli yolu ile gerçekleşmektedir.

Roma Hukukunda alacağın temlikli kurumu yoktu; çünkü bu hukuk sisteminde, borç ilişkisinin taraflarını oluşturanlar, belirli şekilde hareket edilmesini yine sadece borç ilişkisinin karşı tarafından bekledikleri için, söz konusu ilişki zedelenmeksizin taraflarının değişebileceğini tasavvur dahi edemiyorlardı. Bugünkü durumun aksine, tarafların yapmış oldukları işlemlerde borçlunun birinci derecede önemi bulunmakta ve onun rızası olmaksızın hiç bir işlem yapılamamaktaydı. Hal böyle olunca alacağını üçüncü bir kişiye devretmek isteyen alacaklı, bunu ancak "novatio" (yenileme) veya "mandatum in rem suam veya mandatum ad agendum" (alacaklının veya borçlunun üçüncü bir kişiye vekalet veya yetki vermesi yolu) ile gidermeye çalışıyordu⁵.

Modern hukuklar "hak sahipleri, malları üzerinde nasıl tasarrufta bulunabiliyorlarsa, alacak haklarının üzerinde de dilediklerince tasarruflarda bulunabilmeli" düşüncesinden hareketle, alacak hakkının borçlunun muvafakati olmaksızın başkasına devredilebileceği esasını kabul etmişlerdir⁶. Böylece modern hukuklarda alacağın temlikli müessesesi kanunlardaki yerini almıştır.

4 Oğuzman/Öz, age. s.879. Ancak alacağın temlikli sadece bu işlemlerle sınırlı değildir. Örnek için bak. Saymen/Elbir, age. s.326.

5 Rado, T., age. s.217-220.

6 Velidedeoğlu/Kaynar, Borçlar Hukuku, s.83.

II. Kanuni düzenleme

Alacağın temliki, Borçlar Kanunumuzun 5. Bab'ında 162-172. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu Bab'daki maddeler alacağın sözleşme ile (rızaî olarak) temlikini; 164. madde ise kanun hükmünce (kanuni temlik) veya bir mahkeme kararına (kazai temlik) dayanılarak gerçekleştirilen intikalleri⁷ düzenlemektedir. Ancak alacağın rızaî olarak devredileceğine ilişkin hükümler, yapılarına aykırı düşmedikçe, kanuni veya kazai temliklere de kıyasen uygulanabilir⁸.

Bu Bab'ta yer alan 162. ve 163. maddeler (rızaî) temlik için gerekli olan şartları; 165-167. maddeler borçlunun durumunu, aidiyeti ihtilaflı alacaklarda ifadan kaçınma ve tevdi imkanını ve borçluya ait olan itiraz ve def'ileri düzenlemektedir.

Fer'i hakların, alacak senetlerinin ve ilgili diğer delillerin devrini ise 168. madde düzenlemiş bulunmaktadır. 169-171. maddeler ivazlı ve ivazsız temliklerde alacaklının, üçüncü kişiye verdiği güvenceleri ve bunların kapsamını düzenlemektedir.

7 Söz konusu deyimın kullanılmasının nedeni hakkında bak. Oğuzman/Öz, age. s.880; Kocaman, A., Alacağın Temliki, s.6-12; Bize göre de gerek kanuni ve gerekse kazai temlik için alacağın intikali deyimini kullanmak yerinde olacaktır, zira söz konusu temliklerde alacağın rızaî olarak temlik edilmesindeki gibi alacaklının herhangi bir rıza beyanına ihtiyaç yoktur.

8 Bucher, E., age. s.576; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.417-418; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.266.

Son olarak 172. maddede ise, temlikin özel rejime tabi tutulduğu durumlarda özel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanunumuz "alacakların temliki için özel kurallar konmuşsa, bu kurallar uygulanır" demek suretiyle bazı alacakların temliki hakkında, alacağın temliki kurallarından ayrılmış ve bazı özel hükümlerin geçerli olacağını belirtmiştir⁹.

III. Özellikleri

Alacağın temliki, alacak hakkını devreden (eski alacaklı) ile bu hakkı devralan (yeni alacaklı) arasında yapılan, eski alacaklının mal varlığındaki bu alacak hakkının devralanın mal varlığına devredilmesini sağlayan bir tasarruf işlemidir. Ayrıca bu temlik devralanın mal varlığında doğrudan bir artış meydana getirir ki, bu da devralan açısından kazandırıcı işlemidir. Taraflar arasında yapılan bu devir işleminin sebebe bağlı olup olmadığı konusunda, baskın görüş, devrin geçerliliğinin temel işlemin geçerliliğine bağlı olmadığı, diğer bir deyişle sebepten soyut (mücerret) bir hukuki işlem olduğu yönündedir¹⁰.

9 Özellikle Kıymetli Evrak Hukukunda alacakların devir şekilleri, Borçlar Kanunumuzdaki temlik hükümlerinden farklı şekillere tabi tutulmuştur. Kıymetli evrak niteliğine sahip olan senetlere bağlı olan hakların devri için zilyetliğin devri şart iken (TTK. m.559/f.1); emre yazılı senetler için zilyetliğin devrinden başka ciroya, nama yazılı senetlerin devri için ise, zilyetliğin devri ve yazılı devir beyanına ihtiyaç vardır (TTK. m.559/f.2). Hamile yazılı senetlerin devri için sadece senedin zilyetliğinin devredilmesi yeterlidir.

10 Bak. dn.17 ve 18.

1) Alacağın temlikinin sözleşme olması

Alacağın temliki, devreden (eski alacaklı) ile devralan (yeni alacaklı) arasında yapılan bir sözleşme¹¹ ile gerçekleşir^{12,13}. Tarafların arzuladığı hukuki sonucun oluşması, diğer bir deyişle alacağın temlik edilebilmesi sonucunun oluşması için, her iki tarafın irade beyanlarının karşılıklı olarak birbirine uygun olması gerekir ki, bu sayede sözleşme kurulmuş olur.

Taraflar arasındaki bu sözleşmenin mutlaka yazılı olarak gerçekleştirilmesi zorunludur (BK. m.163/f.1). Bu itibarla temlikin yazılı olarak yapılması kanunen geçerlilik (kanuni sıhhat) şartıdır.

11 Her ne kadar Kanunumuz açıkça temlikin bir sözleşme olduğundan söz etmese de, 163. maddenin kenar başlığı "akdin şekli" demek suretiyle alacağın temlikinin bir sözleşme olduğuna işaret etmektedir. Oysa Borçlar Kanununun 162. maddesini karşılayan Alman Medeni Kanunu (BGB) § 398'de temlikin devreden ile devralan arasında bir sözleşme ile (durch Vertrag) gerçekleşeceği açıkça belirtilmiştir.

12 Yarg.13.HD.'nin 22.2.1994 tarih ve E.1993/159, K.1994/1679 sayılı kararına göre, "Kural olarak alacağın temliki, temlik eden ile temellük eden (temlik edilen) arasında yapılan, konusu ve sonuçları itibariyle doğrudan doğruya temlik edenden temellük edene devrini içeren bir sözleşme ile yapılması gerekir. Diğer bir anlatımla, temlik; alacağın sözleşme (Hukuki işlem) ile devridir" YKD.1994, s.766.

13 Palandt/Heinrichs, § 398, s.417; Guhl/Merz/Koller/ Druey, age. s.244; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3540, s.264; Erdem, N., age. s.1304; Önen, T., age. s.90; Saymen/ Elbir, age. s.328.

Alacağın temlik işlemine borçlunun iştirak edip, muvafakat göstermesine de gerek yoktur¹⁴; zira söz konusu sözleşmenin taraflarını devreden (eski alacaklı) ile devralan (yeni alacaklı) oluşturur¹⁵. Devreden, kendi mal varlığında bulunan alacak hakkını temlik etmek istemektedir. Bunun için de borçlusunun muvafakatine ihtiyacı yoktur¹⁶.

2) Alacağın temlikinin tasarruf işlemi olması

14 Yarg. 14.HD.'nin 29.9.1992 tarih ve E.1992/8962, K.1992/8306 sayılı kararına göre, "Yüklenici, BK. m. 162 ve onu izleyen maddeleri hükmünce yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatini almaya gerek görmeden söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir" YKD. 1992, s.1730. Benzer kararlar için bak. Yarg. 14.HD.'nin 2.2.1993 tarih ve E.1992/9790, K.1993/819 sayılı kararı (YKD. 1993, s.225; Yarg. 14.HD.'nin 12.3.1985 tarih ve E.1984/7450, K.1985/1830 sayılı kararı (YHD.1985, S.11, s.770). Yarg. 15. HD.'nin 16.11.1989 tarih ve E.1989/889, K.1989/4799 sayılı kararına göre, "bu sözleşmeye dayanarak hazinenin rızasını aramaksızın kendisine isabet edecek bölümleri üçüncü kişilere temlik etmek hakkına sahiptir. Temlikin ise yazılı şekilde olması yeterlidir (BK. m.163)" YHMİD.1990, S.8, s.1175.

15 Bucher, age. s.536; Feyzioğlu, N., age. s.614; Erdem, N., age. s.1304; Oğuzman/Öz, age. s.882; Uygur, T., age. s.810; Keller/Schöbi, age. s.43; Palandt/Heinrichs, age. §398, 1,b, s.417; Erdoğan, İ., agm. s.482; Arsebük, E., age s.1044; Franko, N., agm. s.25.

16 Borçlunun rızasının aranmamasının sebebini Fikentscher şöyle açıklamaktadır. Borçlu, alacaklısının yerine günün birinde herhangi bir yenisinin geçebileceğini göz önüne almak zorundadır. Kaldı ki, o, bu yeni alacaklıyı belirleyemez. Zira alacaklının kişisel özellikleri, onun için önemli değildir. O, alacaklısının (kendisine karşı) özellikle hoşgörülü ve yumuşak olmasını istemek durumunda değildir. Kendisi için herhangi bir kişiye borcunu ifa etmek zorunda olması farketmez. Fikentscher, W., age. § 56/II.

Temlik sözleşmesi ile devreden eski alacaklı, kendi mal varlığında bulunan alacağının, sözleşmenin diğer tarafı olan devralan yeni alacaklıya devrini sağlamaktadır. Böylece devreden alacaklı, kendi mal varlığında bulunan alacak hakkına doğrudan doğruya etki yaparak, kendi mal varlığının aktifini azaltmak suretiyle bu hakkını yeni alacaklıya devretmektedir. Dolayısıyla devreden açısından alacağın temliki bir tasarruf işlemidir¹⁷.

Tasarruf işlemlerinin geçerli olabilmesi, tasarrufta bulunan kişinin, tasarruf ettiği hak üzerinde tasarruf yetkisinin¹⁸ bulunmasına bağlıdır¹⁹. Tasarruf yetkisi

17 Becker, Art.164 N.1; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.244; Bucher, E., age. s.544; Gauch/Schluemp/Jaeggi, Band II, N.3541, s.264; Keller/Schöbi, age. s.45-46; Schmid, W., SJZ 1970, 302; Larenz, K., age. s.579; Ayiter, K., age. s.24 ve 102; Velidedeoğlu, H. V., Umumi Esaslar, s.319; Yarg. 4.HD.' nin 9.7.1974 tarih ve E. 1974/5767, K. 1974/4470 sayılı kararına göre "Alacak hakkının temliki, bir tasarruf işlemidir. Yeniden hak ve borç doğurmaz. Ancak mevcut hakları aktarır" YKD.1975, s.94.

18 Tasarruf yetkisi tasarruf edebilme bakımından bir kimsenin bir hak ile olan ilişkisidir. Bak. Ayiter, K., age. s.117; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, age. s.47. Bir kimsenin bir hak üzerinde tasarrufta bulunabilmesine tasarruf yetkisi denir. Bak. Velidedeoğlu, H. V., Umumi Esaslar, s. 319-320.

19 Prensip itibariyle tasarruf yetkisi hakkın sahibine aittir. Ancak bazı hallerde tasarruf yetkisi hak sahibinde bulunmayabilir. Örneğin, iflas eden kişi, iflas masasına giren malları üzerinde tasarruf edemez. Bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmıştır (İİK. m.204). Bu yetkiyi kullanacak olan ise iflas masasının kanuni temsilcisi durumunda olan iflas idaresidir. Bak. Kuru, B., İcra s.2833; Üstündağ, S., İflas s.58 vd..

bulunmaksızın yapılan işlem kesin hükümsüzdür²⁰,²¹. Dolayısıyla alacağı devreden tasarruf yetkisinin bulunması tasarruf işleminin geçerli olması için gereklidir²².

Burada mal varlığına yaptıkları etki açısından alacağın temliki ile temlik vaadi arasındaki farktan söz etmek durumundayız. Alacağın temliki tasarruf işlemi olmasına karşılık, alacağın temliki vaadi²³, alacağın temlik edilmesi borcunu yükleyen bir sözleşmedir²⁴. Zira temlik vaadinde bulunan kişi, malvarlığının pasifini çoğaltan bir işlem yapmakta, dolayısıyla malvarlığının pasifine yeni bir borç ekleyerek malvarlığının azalmasına sebep olmaktadır. Vaadi yapan kişi, sadece vaad ettiği temliki yapma borcu altına girmektedir. Oysa temlik işlemi, alacağın bir üçüncü kişiye (devralana) devrini sağlar.

20 Oğuzman, K., Temel Kavram, s.120; Tunçomağ, K., age. s.1093.

21 Ancak bazı yazarlar tasarruf yetkisi olmadan alacağı temlik edenin sonradan tasarruf yetkisi kazanması ile temlik işleminin kendiliğinden geçerli olacağını belirtmektedirler. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 93, II, s.331; Bucher, E., age. s.548; Ayiter, K., age. s.131; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.419-420.

22 Keller/Schöbi, age. s.46 vd.; Feyzioğlu, F., age. s.626; Tunçomağ, K., age. s.1093.

23 Eren, temlik vaadi teriminin yerinde olmadığını ve söz konusu edilenin temlik taahhüdü olduğunu belirtmektedir. Bak. Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.426.

24 Bucher, E., age. s.543; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.244; Von Tuhr/Escher, age. § 93/IV, s.337; Oğuzman/Öz, age. s.885; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.244; Uygur, T., age. s.828. Ayrıca bu konuda karşı. Dayınlarlı, K., agt. s.80 ve 83; Franko, N., agm. s.27.

Ancak temlik vaadi²⁵ ile temlik işlemi arasındaki fark bundan ibaret değildir. İleride bu konuya tekrar döneceğiz.

Devreden açısından tasarruf işlemi olan alacağın temliki, devralan açısından ise bir kazandırıcı işlemdir. Zira burada devreden alacaklı tarafından, devralan alacaklıya bir menfaat sağlanmakta ve bu menfaat de, devralan alacaklının mal varlığının aktifinin (bir alacak hakkının iktisabından ötürü) artmasına sebep olmaktadır²⁶.

3) Alacağın temlikinin soyut işlem olması

Her kazandırıcı işlem gibi alacağın temlikinin de bir hukuki sebebi vardır. Bu hukuki sebep ise genellikle bir ifa sebebi, bağışlama sebebi veya alacak sebebidir.

Doktrinde hukuki sebepteki bir sakatlığın temlikin geçerliliğine etkili olup olmadığı konusunda bir tartışma vardır. Bir grup yazar²⁷ hukuken geçerli bir sebep olmasa dahi

²⁵ Alacak hakkının devredilmesi borcunu yükleyen temlik vaadi, BK.m.22'de belirtilen bir sözleşme yapma vaadi (önsözleşme) de değildir. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 93/IV, s.337; Uygur, T., age. s.828. Temlik vaadinde, vaadde bulunan alacağını, vaadde bulunduğu kişiye devretmek borcu altına girer. Vaadde bulunan ise vaadin yerine getirilmesini ister. Oysa sözleşme yapma vaadi, tarafların birbirlerine ileride bir sözleşmeyi yapma taahhüdünde bulunmalarını ifade eder. Bak. Kocayusufpaşaoğlu, N., age. s.114 vd.; Bucher, E., age. s.105. Temlik vaadinde, vaadde bulunan, vaadini yerine getiremezse, alacağın devrini gerçekleştiremediği için, vaadde bulunduğu kişiye karşı borcuna aykırı davranışından ötürü BK.m.96 uyarınca sorumlu olacaktır. Oğuzman/Öz, age. s.885-886.

²⁶ Oğuzman, K., Temel Kavram, s.103-104.

²⁷ Feyzioğlu, F. N., age. s.614-615; Velidedeoğlu/Kaynar, age. s.83; Velidedeoğlu, H. V., Umumi Esaslar, s.308; Erdem, N., age. s.1306; İnan, A. N., age. s.399; Dalamanlı/Kazancı/

temlikin geçerli olduğunu, diğer bir deyişle temlikin sebepten soyut (mücerret) bir işlem olduğunu savunurken; diğer bir grup yazar²⁸ ise hukuki sebepteki bir sakatlığın temlik işlemini de sakatlayacağını, başka bir söyleyişle temlikin sebebe bağlı (illi) bir işlem olduğunu savunmaktadırlar.

İsviçre Federal Mahkemesinin eski tarihli kararlarında²⁹ mücerretlik görüşü savunulurken, yeni tarihli kararlarında³⁰ illilik görüşüne yöneldiği görülmektedir.

Kazancı, age. s.793; Saymen/Elbir, age. s. 330-331; Tunçomağ, K., age. s.1091; Uygur, T., age. s.810; Oğuzman/Öz, age. s.883; Özsunay, E., age. s.184; Önen, T., age. s.87; Von Tuhr/Escher, age. § 93/II, s.333; Becker, H., age. Art.164, N.1, s.772; Larenz, K., SchR AT. s.579; Medicus, D., age. s.323; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.245; Oser/Schönenberger, Art.164-174, N. 3; Jauernig/ Stürmer, age. § 398, 1.b), s.393; Esser, J., age. s.401; Schmid, W. D., SJZ 1970, 301.

28 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, age. s.241-242; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.421; Dayınlı, K., agt. s.72-73; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3549, s.266; Koziol/Welser, age. s.292; Wehrli, T., agt. s.28-29.

29 BGE 67 II 127. Ayrıca yine Federal Mahkeme "şimdiye kadarki içtihatlar gereğince temlik mücerret bir işlem olmasına rağmen, temlik konusundaki içtihadın menkul mülkiyetinin geçirilmesi alanındaki içtihat değişikliğinden sonra (BGE 55 II 302) yeniden gözden geçirilmesini" savunmaktadır (BGE 84 II 363-364).

30 "Eğer hukuki işlemin (temlikin) sebebi geçersiz ise, (davacı) alacaklının alacağın temlik edildiğine ilişkin irade açıklaması etkili olamaz. Somut olayda ise P. Holdinginin, M. AG. Firmasından olan alacağının bir miktarını Bay (B)'ye ne sebeple temlik ettiği, senet metninde belirtilmemiş, sadece imzalar atılarak böyle bir temlik işleminin gerçekleştiği belirtilmiştir. Oysa temlikin ne sebeple yapıldığı senet metninde gösterilmesi gerekirdi. Geçersiz bir temlik sebebine rağmen alacaklının temlik işleminin gerçekleştiği yolundaki irade açıklaması bir hüküm ifade etmez" BGE 96 II 391-392.

Buna karşılık Yargıtayımız temlikin soyut bir işlem olduğu görüşünü sürdürmektedir³¹.

Biz de baskın görüşe katılarak temlikin sebepten soyut bir işlem olduğunu, dolayısıyla hukuki sebepteki bir sakatlığın temlik işlemini sakatlamayacağını, diğer bir deyişle hukuken geçerli bir sebep olmasa bile, yapılan temlikin geçerli olacağını savunmaktayız. Dolayısıyla geçerli bir hukuki sebep bulunmaksızın yapılan temlik geçerli sayılacak ve alacak hakkı kazanan kişi sebepsiz zenginleşmiş olacaktır.

§ 2. ALACAĞIN TEMLİKİNİN UNSURLARI

I. Taraflar arasında geçerli bir sözleşme olması

31 Yarg. 4.HD.'nin 18/2/1965 tarih ve E.1963/8716, K.1965/862 sayılı kararına göre "Alacağın temliki, devreden alacaklı ile devralan arasında yapılan bir sözleşme ile meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı ve mücerret bir işlemdir" bak. Erdem, N., age. s.1333. Yarg. İİD.'nin 5.12.1968 tarih ve E.11365, K.11427 sayılı kararına göre, "Alacağın temliki mücerret, faydalandırıcı bir muameledir" RKD.1969, s.62. Ayrıca Yarg. 13.HD.'nin 16.2.1976 tarih ve E.1975/1212, K.1976/1049 sayılı bir başka kararına göre ise, "Temlik borç doğuran bir sözleşme değil, alacağı başkasına geçiren soyut (mücerret) bir tasarruftur" YKD.1976, s.1011.

1) Tarafların fiil ehliyetinin olması

Borçlar Kanunumuzun alacağın temlikini düzenleyen hükümlerinde tarafların ehliyetleri ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte genel kurallar çerçevesinde tarafların ehliyetlerini belirlemek mümkündür.

Alacağın temlik sözleşmesinin taraflarının her ikisi de tam ehliyetli olması halinde sorun yoktur. Zira her ikisi de kendi fiilleri sonucunda hak kazanabilir veya borç altına girebilirler.

Devreden alacaklı, sınırlı ehliyetsiz³² ise, bu sözleşmeyi ancak kanuni temsilcisinin izin veya icazeti ile yapabilir. Temlik işlemi tasarrufta bulunanın malvarlığındaki alacağa doğrudan doğruya etki yaparak, alacağın başka birisine devredilmesi sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir deyişle temlik işlemi devreden malvarlığının aktifini azaltmaktadır. Dolayısıyla böyle bir temlik işlemi yapmak isteyen sınırlı ehliyetsiz devreden, MK. m. 16 uyarınca mutlaka kanuni temsilcisinin izin veya icazeti gerekmektedir.

Buna karşılık devralan kişi ivazsız kazandırmaları kanuni temsilcisinin izin veya icazetine gerek olmaksızın kabul edebilecekken, karşılığında bir ivaz verilmesi durumunda bu işlemi ancak kanuni temsilcisinin izin veya icazet ile yapabilir (MK. m. 16)³³.

32 Bu konuda geniş açıklamalar için bak. Oğuzman/Seliçi, Kişiler Hukuku, s.47 vd.; Dural, M., age. s.96 vd.; Karş. Tekinay, S. S., Genel Esaslar, s.241 vd.

33 Feyzioğlu, F. N., age. s.625-626; Tunçomağ, K., age. s.1092; Oğuzman/Öz, age. s.887.

2) Devredenin tasarruf yetkisinin olması

Temlik işlemi ile alacak devreden malvarlığından çıkar ve devralanın malvarlığına girer. Ancak böyle bir sonucu doğuracak temlik işleminden söz edebilmek için devreden, alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir.

Tasarruf işlemlerinde, borç doğuran işlemlerden farklı olarak, tasarruf yetkisinin bulunmaması bu işlemler açısından butlan sebebidir; diğer bir deyişle tasarruf yetkisi olmaksızın yapılan işlem kesin hükümsüzdür^{34, 35}.

3) Adi yazılı şekilde yapılması

Borçlar Kanunumuz "tahriri şekilde yapılmış olmadıkça alacağın temlik muteber olmaz (BK. m. 163/f.1)" hükmü ile alacağın temlik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemiş bulunmaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere kanunun kastettiği yazılı şekil, adi yazılı şekildir.

Taraflar temlik sözleşmesini yazılı olmak şartı ile, diledikleri şekilde yapabilirler. Örneğin, adi yazılı şekil asgari şart olduğu için, taraflar sözleşmeyi resmi şekilde yapmayı da kararlaştırabilirler³⁶.

³⁴ Oğuzman, K., Temel Kavram, s.120; Tunçomağ, K., age. s.1093.

³⁵ Bu konuyu "alacağın temlikinin tasarruf işlemi olması" başlığı altında incelediğimiz için oraya atıf yapmakla yetineceğiz. Bak. s. 9-10, dn. 18-22 ile ilgili metinler.

Temlikin yazılı olması şartı, kanunen aranan bir geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Dolayısıyla yazılı şekle uyulmaksızın yapılan temlik sözleşmesi kesin hükümsüzdür. Devredenin, şekle aykırı olarak yaptığı bu sözleşmeyi daha sonra kabul etmesi veya ikrar etmesi dahi sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz³⁷. Devredenin, bu sözleşmeye geçerlilik kazandırması için, yeniden ve şekle uygun şekilde bir sözleşme yapması gerekir.

Temlikin şekle bağlanmasının nedeni devredenin, alacağını devredip devretmeme konusundaki kararını daha iyi tartıp düşünmesini sağlamak değil³⁸; aksine

36 Tuğ, A., age. s.106. Taraflar adi yazılı şekli, resmi yazılı şekil olarak kararlaştırabilirler. Ancak resmi yazılı şekilde düzenlenmesi gereken bir sözleşmeyi adi yazılı şekilde yapamazlar. Bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.113.

37 Oser/Schönenberger, age. Art.165, N.4, s.725; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.242; Feyzioğlu, F., age. s.636. Şekle aykırılığın hukuki sonucu geçersizliktir. Kanuni şekle aykırılığın hukuki sonucu olan geçersizlik iki şekilde sınırlanabilir. Şekilden doğan geçersizlik subjektif olarak kabul edilip, ancak tarafların menfaatlerini ilgilendiriyorsa bu geçersizliğe dayanabileceği savunulur veya şekli geçersizlik hakim tarafından re'sen nazara alınır, fakat şekle aykırılığa dayanma hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, geçersizlik MK. m.2 ile sınırlanır. Bak. Antalya, G., agm. s.385.

38 "Böylece hukuk güvenliğini sağlamak amacını (da) taşır. Üçüncü kişilerin, özellikle devredilen alacağın borçlusunun, devreden veya devralanın alacaklılarının ve uyuşmazlık halinde hakimin, alacağın kime ait olduğunu açık bir şekilde tespit edebilmesini sağlar" BGE 82 II 52.

borçlunun ve üçüncü kişilerin³⁹ söz konusu temlik işleminden kolayca haberdar olmalarını sağlamak ve böylece borçlunun, borcunu birden fazla ifa etmesinin sakıncalarını önlemektir.

Yazılı sözleşmenin, irade açıklamalarının⁴⁰ bütün esaslı unsurlarını kapsamaması gerekmektedir⁴¹. Ayrıca temlik sözleşmesi metninden, alacağı devreden, devralanın ve devreden borçlusunun kimler olduğu⁴², tarafların devir iradesi⁴³ ve alacağın konusu anlaşılmalıdır⁴⁴.

Borçlar Kanununun yazılı şekle ilişkin genel kuralları (BK. m.12-15) kural olarak alacağın temlik sözleşmelerine de uygulanır. Temlik sözleşmesinin devreden tarafından

39 "Yazılı şekle bağlanmasının bir amacı da, devreden alacaklılarının korunmasıdır. Bir alacağın belirli bir zamanda devreden veya başka birisinin malvarlığına geçmiş olmasının tespiti alacaklıların menfaatinedir" BGE 88 II 24.

40 "Temlik yazılı olarak yapıldığında geçerlidir (OR. Art.165/1). Ancak imzalanarak verilen yazılı belgede temlik ibaresinin geçmesi zorunluluğu yoktur. Alacaklının, alacağı devralana devretme iradesi ile hareket ettiğinin anlaşılması yeterlidir" BGE 88 II 21.

41 "Bu bakımdan yazılı temlik sözleşmesinden, sadece hangi alacağın temlik edildiği, özellikle de kimin alacaklı ve kimin borçlu olduğunun değil, ayrıca kime devredildiğinin de anlaşılması gerekir..... Devralanın belirlenebilir olması yeterlidir" BGE 82 II 51-52.

42 BGE 82 II 52.

43 BGE 88 II 21.

44 Keller/Schöbi, age. s.45.

imzalanmış olması yeterlidir⁴⁵. Buna karşılık devralanın imzalamasına gerek yoktur⁴⁶. Ancak devredenin irade beyanına uygun olarak temlik kabul ettiğini bildirmesi gerekir. Devralan, beyanını açıkça belirtebileceği gibi, zımnen⁴⁷ bir irade beyanında da bulunabilir⁴⁸.

Temlik sözleşmesi ile temlik vaadi arasında şekil açısından da bir fark mevcuttur. BK. m.163/f.1, temlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını hükme bağlamıştır. Buna karşılık m.163/f.2 ise, temlik vaadinin yapılmasının herhangi bir şekle bağlı olmadığını düzenlemiştir. Ancak her ne kadar temlik vaadi için bir şekil öngörülmemişse de, temlik

⁴⁵ Keller/Schöbi, age. s.45; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3544, s.265; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.425; Tuğ, A., age. s.106; Tunçomağ, K., age. s.1088.

⁴⁶ Devralanın metni imzalamasının gerekmediği sonucuna yazılı şekle bağlı borç sözleşmelerinde sadece borç altına girenin imzasını arayan BK. m.13 hükmünden kıyasen yararlanılarak varılır; bununla birlikte temlik sebebinin belirtildiği ivazlı bir temlik söz konusu olduğunda ise, metnin alacağı devralan tarafından da imzalanması gerekir. Bak. Oğuzman/Öz, age. s.888.

⁴⁷ "... alacağın temlik, devreden ile devralan arasında iki taraflı bir hukuki işlemdir, OR. Art.165, Abs.2 temlik sözleşmesinden söz etmektedir. Bu bakımdan temlik,..., devralan tarafın kabul beyanı ile tahakkuk eder, elbette bir çok durumda bu kabul beyanı zımni olur" BGE 84 II 363.

⁴⁸ Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3546, s.265.

vaadi bir bağışlama vaadi teşkil etmekte⁴⁹ ise, bu vaadin geçerliliği de, BK. m.238/f.1 hükmü uyarınca yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır⁵⁰.

Temlik vaadi herhangi bir yazılı şekle bağlı olmadığı için, geçersiz olarak yapılan temlik sözleşmesinin tahvil suretiyle alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemine dönüştürmek mümkündür⁵¹.

Bunun yanı sıra yazılı şekle uyulmaksızın yapılan temlikin, temlik vaadine tahvil edilip edilemeyeceği hususunda doktrinde tartışma vardır. Bir grup yazar⁵², yazılı şekle aykırı yapılan temlik işleminin tahvil suretiyle temlik vaadine dönüştürülemeyeceğini savunur. Çünkü devreden, tasarruf işlemini yapma arzusundadır ve geçerli saydığı tasarruf işlemi hakkında yükümlülük altına girmek istediği söylenemez. Diğer bir deyişle tasarruf işlemi, borçlandırıcı işleme çevrilerek sonucun buna göre doğması sağlanamaz. Diğer bir grup yazar⁵³ ise, böyle bir işlemin tahvil edilmek suretiyle temlik vaadine dönüştürülebileceğini savunur.

49 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s. 247; Bucher, E., age. s. 553, dn. 71. Taşınmaz dışındaki değerlerin bağışlanmasında yazılı şekil gereklidir. Böylece taşınırlara, alacaklara, haklara ilişkin bağışlama vaadi yazılı şekilde yapılmalıdır. Bak. Yavuz, C., Özel Hükümler C. I, s. 211.

50 Tandoğan, H., C.I/1, s.356; Eren, F., Borçlar Hukuku, C.III, s.427.

51 Kaneti, S., age. s.231; Von Tuhr/Escher, age. § 93/III, s.336.

52 Von Tuhr/Escher, age. § 93/III, s.336; Eren, F., Borçlar Hukuku, C.III, s.426.

53 Kaneti, kesin olarak bir çözüme ulaştırılması mümkün olmayan bu yönün, somut olay göz önüne alındığında, tarafların varsayıli iradesi açısından sonuçlandırılacağını, dolayısıyla bu soruna genel bir çözüm getirme olanağı bulunmamakla beraber, bir tasarruf işleminin, kişisel borç yükleyen bir işleme çevrilmesinin olağan olacağını ifade etmektedir. Bunu kanıtlamak için

Temlik sözleşmesinin devredence el yazısı ile yazılması zorunluluğu olmadığı gibi, BK. m. 13/f.2 kıyasen uygulanınca, devredenin imzalamış olduğu bir mektup veya telgraf dahi yazılı şekli gerçekleştirir. İmza konusunda BK. m.14 ve 15'de yer alan kurallar burada da geçerliliğini korur.

Temlik sözleşmesi alacak senedinin üzerine veya arkasına yazılabileceği gibi⁵⁴, ayrı bir senetle de temlik sözleşmesi yapılabilir. Temlik sözleşmesinde devredilecek alacağın⁵⁵ ve devralanın belirtilmesi, en azından belirlenebilir olması gerekir⁵⁶. Ancak devreden, devralanın ismini veya alacağı belirtmeksizin de böyle bir sözleşme düzenleyebilir. Böyle olunca senedin üçüncü kişi tarafından, özellikle de devralanca doldurulması söz konusu olur⁵⁷. Buna açığa veya beyaza temlik denir⁵⁸. Beyaza imza⁵⁹ hususunda benimsenen esaslar açığa veya beyaza temlik durumlarında da uygulanır.

de, intifa hakkının devrini, intifa hakkının kullanılmasının devrine çevrilmesini örnek göstermektedir. Bak. Kaneti, S., age. s.1-2 ve 231-232. Ayrıca bak. Oğuzman/ Öz, age. s.886.

54 Von Tuhr/Escher, age. § 93/III, s.336, dn.54; Saymen/ Elbir, age. s.332; Yarg. 13.HD.'nin 2.12.1986 tarih ve E.1986/5433 ve K.1986/5976 sayılı bir kararına göre, "Belge arkasındaki,...açık bir temlik beyanıdır" YKD.1987, s.1355.

55 Von Tuhr/Escher, age. § 93/III, s.335.

56 Keller/Schöbi, age. s.44-45.

57 Gauch/Schluemp/Jaeggi, Band II, N.3545, s.265; Guhl/ Merz/Koller/Druey, age. s.247.

58 Keller/Schöbi, age. s.45; Bucher, E., age. s.551; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.247; Larenz, K., SchR AT. s.575, dn.1.

Burada karşımıza şu sorun ortaya çıkmaktadır. Acaba beyaza imza suretiyle bir alacak iktisap edilmiş ve bu alacak da iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmişse, iyiniyetli üçüncü kişinin bu iktisabı, imzayı atana karşı korunur mu? Federal Mahkeme, beyaza imza atan kişinin, atmış olduğu imzanın sonuçlarına katlanması gerektiğine ve dolayısıyla imzanın kötüye kullanıldığı yolundaki savunmanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı herhangi bir hüküm ifade etmeyeceğine karar vermiştir. Diğer bir deyişle, iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunacaktır⁶⁰.

59 Boş bir kağıda atılan imzanın, sonradan üzerinin doldurulması halinde yazılı şeklin gerçekleşmiş sayılacağı, çünkü metnin imza sahibinin iradesi doğrultusunda doldurulduğu veya güven teorisine göre iradesinin bu yönde olduğuna inanılarak doldurulduğu için şekle aykırılık söz konusu olmaz. Bak. Oğuzman/Öz, age. s.116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age. s.118-119; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band I, N.513, s.86-87; Von Tuhr/Peter, age. § 30/V,2, s.242.

60 "Beyaza atılmış imzayı alan kimse, bunu talimatlara aykırı olarak doldurmuşsa, beyaza imza veren lehine bir savunma doğar. Ancak bu savunma iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu durumda senedin hata sebebiyle iptali ve OR. Art.26 gereğince, iptali isteyen zarar giderme borcu altına girmesi söz konusu olabilir (Becker OR. Art.1, N.21). Von Tuhr/Siegmart, bu düşüncüyü kabul etmekle birlikte, beyaza atılan imzanın anlaşmaya aykırı olarak doldurulması, imzalayanın hatası olarak nitelendirilemez. Zira beyaza imza atan, metni dolduranın iradesini bilecek durumda değildir. Burada imza atanın güveni kötüye kullanılmıştır. Bu yüzden hata sebebi ile senedin iptal edilmesine imkan yoktur. Ayrıca bu imkan tanınırsa, alacağı kazanan iyiniyetli üçüncü kişi, imza atanın OR. Art.26 uyarınca kusurunu ispatlayamadıkça, bu yüzden uğrayacağı zarara katlanmak durumundadır. Oysa hakkaniyet gereğince, beyaza imzanın kötüye kullanılmasına öncelikle imza atanın katlanması gerekir. Ayrıca beyaza imzayı kötüye kullanana karşı bir tazminat davasının kendisine tanınması gerekir (Von Tuhr/Siegmart, OR. Art.II s.152 N.32). Dolayısıyla beyaza atılan imzanın kötüye kullanıldığı savunması iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemez" BGE 88 II 427-428.

4) Diğer geçerlilik unsurlarına uygun olması

Sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin hükümler, temlik sözleşmelerinde de uygulanır.

Tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Diğer bir deyişle alacağını devretmek isteyen alacaklının bu konudaki icabına, devralmak isteyen uygun kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Ancak bunun aksi de söz konusu olabilir⁶¹. Dolayısıyla alacağı devralmak isteyen kişi, alacağı devretmek isteyen kişiye, alacağı devralmak hususunda bir icapta bulunabilir ve devretmek isteyen buna uygun kabul beyanı ile sözleşme yine kurulmuş olur.

Tarafların, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarında anlaşmaya varmış olmaları gerekir.

İrade beyanlarının sıhhatli olması, diğer bir deyişle hata, hile veya ikrah ile irade beyanlarında bir sakatlık olmaması gerekir. Ayrıca ivazlı temlikler açısından da tarafların edimleri arasında aşırı bir oransızlık (gabin) olmaması gerekir⁶².

Temlik sözleşmesinin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka⁶³ ve kişilik haklarına⁶⁴ aykırı olmaması gerekir⁶⁵.

61 Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.793; Tunçomağ, K., age. s.1086-1087.

62 Oğuzman/Öz, age. s.887.

63 "ZGB. Art.27/II ve OR.Art.20 uyarınca, bir kimsenin uzun bir süre için veya hayatı boyunca üçüncü kişilere karşı doğmuş veya doğması mümkün bütün alacaklarından, hiç bir ihtirazi kayıt koymaksızın feragat etmesi geçerli değildir. Burada ekonomik özgürlüğün, kişilik

II. Temlike elverişli bir alacak hakkının olması

Kural olarak, kaynağı ne olursa olsun⁶⁶, bütün alacaklar⁶⁷ temlike konu teşkil ederler. Ancak bu kuralın istinaları Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kanun, sözleşme veya işin niteliği gereği temlik edilemeyen alacaklar vardır (BK. m.162/f.1).

Sona ermiş bulunan bir alacak temlik edilemez⁶⁸; zira bir alacağın çeşitli nedenlerle (ifa, ibra, takas vb. nedenlerle) sona ermiş olması, ortada tasarruf

hakları ile bağdaşmayan bir sınırlaması ve aynı zamanda da genel ahlaka aykırı bir sözleşme söz konusudur" BGE 84 II 366,367.

64 BGE 84 II 366,367. "İleride doğacak bir alacağın temliki, bu alacak yeterince belirli veya en azından belirlenebilir ise ve devredenin ekonomik özgürlüğü aşırı şekilde kısıtlanmamış ve böylece devredenin kişilik hakları kısıtlanmamışsa geçerlidir" BGE 112 II 434,435.

65 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s. 248; Gauch/Schluep/ Jaeggi, Band II, N.3578, s.273; Von Tuhr/Escher, age. § 94/IV, s.350; Zobl, D., agm. s.354-355.

66 Wehrli, T., agt. s.4. Sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, (vasiyetten) veya diğer herhangi bir sebepten doğan alacakların temliki mümkündür. Bak. Keller/ Schöbi, age. s.56.

67 Halim, H., İBD 1930, s.1726-1734.

68 Wehrli, T., agt. s.4.

edilebilecek bir hak bulunmadığındandır ki, hak sahibinin hak üzerinde tasarruf etme olanağını da ortadan kaldırır. Dolayısıyla ancak mevcut haklar temlike elverişlidir.

Bundan başka alacaklı, alacağını temlik ettikten sonra, bu alacağı ikinci defa temlik ederse, bu iki temlikten önce yapılanı geçerlidir⁶⁹. Zira ilk temlikten sonra, alacak, alacaklının malvarlığından çıkmıştır ve bu sebeple de üzerinde tasarruf etmesi söz konusu olamaz.

Ayrıca muacceliyetinden önce bir alacak temlik edilebileceği gibi; alacak, geciktirici şarta bağlı ise, şartın gerçekleşmesinden önce de temlik edilebilir⁷⁰.

İleride doğacak bir alacağın temliki de mümkündür⁷¹. Ancak bu tür alacakların temlik edilebilmesi için, bunların belirli veya en azından belirlenebilir olması gerekir^{72, 73}.

69 Von Tuhr/Escher, age. § 96/II.

70 Keller/Schöbi, age. s. 56; Riedel, H., age. s.62; Palandt/Heinrichs, age. § 398, 3,c, s.418; Guhl/Merz/Koller/ Druey, age. s.248; Wehrli, T., agt. s.4.

71 MünchKomm-Roth, § 399, N.26, s.1614-1615; Riedel, H., age. s.62; Keller/Schöbi, age. s.56; Bucher, E., age. s.543; Wehrli T., agt. s.4; Fikentscher, W., age. § 57/II 2, s.348-349; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, age. s.248; Tunçomağ, K., age. s.1082; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.427. Nitekim Yarg. 4.HD.'nin 8.12.1976 tarih ve E.1976/2040, K.1976/10645 sayılı kararına göre, "Borçlar Yasasında yer alan genel kurallara göre doğmuş veya doğmamış bir hak ve alacağın temliki geçerlidir. Ancak özel yasalarla yanlar arasında yapılan sözleşmelerde doğmuş veya doğacak bir hak veya alacağın temlik edilemeyeceği buyrulabilir veya koşullanabilir" YKD.1978, s.29.

72 Belirlenebilir olmaktan kastedilen, alacak miktarının, borçlunun ve hukuki nedenin tespit edilebilecek olmasıdır. Bak. Merz, H., ZBJV 1989, 212. "Temlik konusu alacak, borçlunun kimliği, hukuki dayanak ve miktar yönünden yeterince belirlenmiş veya belirlenebilirse, gelecekteki

Acaba ileride doğacak alacakların hepsinin birden -bütün olarak- temlik edilebilmesi zaman ve konu açısından sınırlama yapmaksızın mümkün müdür? Gerek doktrin⁷⁴, gerekse Federal mahkeme içtihatları⁷⁵, bu soruya olumsuz cevap vermektedirler. Bu tür temlikler, devredecek kişinin ekonomik özgürlüğünü, kişilik hakları ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayacağı ve bu da genel ahlaka aykırı olacağı için geçersizdir.

alacağın temliki geçerlidir" BGE 84 II 366. Ayrıca "gelecekte doğacak bir alacağın temliki; ancak, alacağın, yeteri kadar belirlenmiş veya belirlenebilir olması durumunda ve devredenin, ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlamamışsa ve bunun sonucunda da kişilik haklarına tecavüz edilmemişse, mümkündür" BGE 112 II 435.

73 "Hangi zamana kadar gelecekteki alacaklar belirlenebilir?" sorusu doktrinde tartışmalıdır. Gerek doktrin (Von Tuhr/ Escher, age. § 94/IV, s.350; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.248; Keller/Schöbi, age. s.56; Zobl, D., SJZ 1989, 349 vd.; Wehrli, T., agt. s.62; Esser, J., age. s.402; Jauernig/ Stürmer, age. § 398, 5.d), s.395; Palandt/Heinrichs, age. § 398, 3,d, s.419), gerekse mahkeme içtihatları (BGE 112 II 435; BGE 113 II 163) bu zamanın, alacağın doğumu veya devreden tarafından talep edildiği anda belirlenebilir olmasının yeterli olduğu görüşündedirler. Buna karşılık ileride doğacak alacakların temliki, temlik zamanında (henüz doğmamış olsa bile) belirli olan alacaklara ilişkinse geçerli olur. Bak. Bucher, E., age. s.543.

74 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.248; Keller/Schöbi, age. s.56; Bucher, E., age. s.543; Larenz, K., SchR AT. s.584 ve 596; Medicus, D., age. s.324.

75 "Bir kimsenin uzun süre için veya hayatı boyunca, hiç bir ihtirazi kayıt koymaksızın...doğacak bütün alacaklarını üçüncü kişilere bırakması geçerli değildir" BGE 84 II 366-367. "Zaman ve konu sınırlaması olmaksızın yapılan şimdiki ve gelecekte doğacak bütün alacakların temliki, ZGB. Art.27/2 ve OR. Art.21/1 uyarınca genel ahlak ve adaba aykırıdır ve geçersizdir" BGE 112 II 436.

Ayrıca burada karşımıza ilerde doğacak alacağın temlik edilmesi halinde, temlik edilen bu alacağın kimin hukuk alanında doğacağı, diğer bir deyişle ilk olarak kimin mal varlığına geçeceği sorunu çıkmaktadır. Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazar⁷⁶, böyle bir temlik halinde, alacağın, doğrudan doğruya devralanın mal varlığında doğacağı görüşünde iken; diğer bir kısım yazar ise⁷⁷, önce devreden mal varlığına geçeceğini, ancak (bir anlık da olsa) devreden mal varlığına geçen bu alacağın, daha sonra otomatikman devralanın malvarlığına geçeceğini savunmaktadır. Biz de ikinci görüşe katılmaktayız. Dolayısıyla alacak önce devreden mal varlığına bir anlık da olsa geçecek ve daha sonra otomatikman devralanın mal varlığına geçip, orada yer alacaktır. Ayrıca devreden kişi olmasaydı veya olmasına rağmen böyle bir temlik yapmak istemeseydi, ilerde doğacak alacak ile devralan arasında herhangi bir ilgi de doğmazdı.

Bundan başka müteselsil alacaklılardan her biri, alacağını üçüncü kişilere devredebilir⁷⁸. Böyle olunca devralan kişi, diğer alacaklılarla birlikte müteselsil alacaklı olacaktır⁷⁹.

76 "Doğrudan doğruyalık teorisi-Unmittelbarkeitstheorie" olarak adlandırılan bu teoriyi savunanlar, Esser/Schmidt, age. s.246; Von Tuhr/Escher, age. § 94/IV, s.349; Becker, H., age. Art.164, N.16, s.777; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.248-249; Larenz, K., SchR AT. s. 585; Tunçomağ, K., age. s.1082.

77 "Geçiş teorisi-Durchgangstheorie" olarak adlandırılan bu teoriyi savunanlar, Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.4, s.717; Bucher, E., age. s.547; Keller/Schöbi, age. s.60; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3569, s.270; Medicus, D., age. s.325.

78 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.7, s.718; Beker, H., age. Art.164, N.24, s.779; Tunçomağ, K., age. s.1083.

Nihayet alacağın ihtilafı olduğu durumlarda da, bu tür alacakların devredilmesi mümkündür⁸⁰.

III. Temlik engelinin bulunmaması

Alacağın temlik edilebilmesi için diğer bir unsur da herhangi bir temlik engelinin bulunmamasıdır. Borçlar Kanunumuz söz konusu temlik engellerini 162. maddenin 1. fıkrasında belirtmiştir. Buna göre temlik engelleri, kanuni, hukuki ilişkinin niteliğine bağlı ve sözleşmeye dayanan temlik engelleri olmak üzere düzenlenmiştir.

1) Kanunun öngördüğü temlik engelleri

Kanun, bazı alacakların temlik edilmesini yasaklamak suretiyle, bunların hak sahiplerinden başka birisine devredilmesine açıkça karşı çıkmıştır; dolayısıyla kanun koyucu, alacak kimin şahsında doğmuşsa, alacağın o şahısta kalmasını istemiştir.

Örneğin; hasılat kirasında, kiracı, kiralananı kullanma hakkını başkasına devredemez (BK. m.284/f.1)⁸¹; adi kiralarda, kiracı, kiralananı kullanma hakkını

79 Bucher, E., age. s.570.

80 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.248; Wehrli, T., agt. s.4; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.427-428; Oğuzman/Öz, age. s.893; Özsunay, E., age. s.186.

81 Hasılat kirasında alt kira sözleşmesi yapabilme yasağı, kiracılık hakkının devri yasağını da içine alır. O halde gerek alt kira sözleşmesi yapma, gerekse kira alacağının başkasına temliki ancak kiralayanın izin ya da icazeti ile gerçekleştirilebilecektir. Yasağa rağmen, alt kira

başkasına devredemez (6570 sayılı Kanun m.12)⁸²; iş sahibi, hizmet alacağını devredemez (BK. m.320/f.2); ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı da hakkını devredemez (BK. m.519); manevi tazminat talebi karşı tarafça (borçlu tarafından) kabul edilmedikçe, devredilemez (MK. m.24a/f.3)⁸³. Ancak bu hükümler emredici nitelikte değildir⁸⁴. Dolayısıyla taraflar bunların aksini kararlaştırabilirler. Buna

sözleşmesi yapılmışsa, bu hasılat kirası sözleşmesine aykırılık teşkil eder ve kiralayan, BK.m.289 hükümleri çerçevesinde kira sözleşmesini feshedebilir. Hasılat kirasında kiracı, kiralayanın muvafakati olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremez (BK.m.284/1). Bununla beraber ilk kiralayanın muvafakati olmaksızın da hasılat kirasına dahil olan yerlerin adi kiraya verilmesi BK.m.284/2,3 çerçevesinde mümkün olmaktadır. Bak. Yavuz, C., Özel Hükümler C.1, s.321-322; Tandoğan, H., C.I/2, s.160.

82 Bu hüküm, taşınmazların adi kirasında da, kiralayanın muvafakati olmaksızın, kiracının kiralananı başkasına kiralaması (alt kira) ve kira alacağını başkasına temlik etmesi (kiranın temliki) imkanlarını kural olarak ortadan kaldırmıştır. Bak. Yavuz, C., Özel Hüküm C.1, s.261-262; Ayrıca bu konudaki Yargıtay Kararlarının örnekleri için bak. Tandoğan, H., C.I/2, s.161 vd..

83 Mahkeme tarafından tazminata hükmedilmişse de, manevi tazminat alacağı devredilebilir. Zira gerek borçlunun kabulü olsun, gerekse mahkeme hükmü olsun, manevi tazminat alacağının kişiye bağlı niteliği ortadan kalkar. Bak. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, age. s.246; Bucher, E., age. s.540, dn.14; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.249.

84 Buna karşılık 5434 sayılı Emekli Sandığı kanununun 120/1. maddesine, 6311 sayılı kanun ile eklenen fıkraya göre, emekli aylıklarının üç aylık tutarı temlik edilebilirken, bu tutarı aşan kısmın temliki geçersizdir. Bunun aksi taraflarca kararlaştırılmaz. Bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.245.

karşılık kanuni temlik yasağından yararlanacak kişinin muvafakat etmesi ile bu tür alacakların devredilebilmesi de mümkün olmaktadır⁸⁵.

2) Hukuki ilişkinin niteliği gereği temlik engelleri

Devredilecek hak kişisel nitelikte veya borçlunun hukuki durumunu güçleştirecek bir görünümde veya ifanın ilk alacaklıdan başkasına yapılması alacağın içeriğini değiştirir nitelikte ise, hukuki ilişkinin niteliği gereği bu alacaklar da devredilemez⁸⁶.

Örneğin, alacaklının ihtiyacına göre belirlenen ve henüz kesinleşmemiş nafaka alacaklarının⁸⁷ devri mümkün değildir; yine rekabet yasağından doğan hakların devredilmesi hukuki ilişkinin niteliği gereği mümkün değildir⁸⁸.

85 6570 sayılı Kanuna göre kiracının kiralananı kullanma hakkını devredememesi ile ilgili olarak bak. Tandoğan, H., C. I/2, s.161 vd.; Yavuz, C., Özel Hükümler C.1, s.261-262. Ayrıca hasılat kirasında kiracının, kiralananı kullanma hakkını başkasına devredememesi ile ilgili olarak bak. Tandoğan, H., C.I/2, s.160; Yavuz, C., Özel Hükümler C.1, s. 321-322.

86 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.26, s.721; Beker, H., age. Art.164, N.31, s.780-781; Larenz, K., SchR AT. s.582.

87 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.249; Bucher, E., age. s.542, dn.22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.245. Buna karşılık muaccel olmuş alacağın üçüncü kişiye devredilebilir olması, kişiye bağlı olma niteliğinin ortadan kalkması ile açıklanmaktadır. Bak. Oğuzman/Dural, age. s.387, dn.42 ve ilgili metin. Birikmiş nafaka alacakları, şahsa bağlı niteliklerini kaybedeceğinden, devirleri de mümkündür. Bak. Tekinay, S. S., Aile Hukuku, s.597.

88 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.249. Hukuki ilişkinin niteliği gereği devri kabil olmayan alacaklara bir örnek olarak, franchise-alanın, franchise-verene ait üretim, işletme ve pazarlama

Burada da hukuki ilişkinin niteliği gereğince alacağın temlik edilemeyeceği söz konusu olursa ve buna rağmen bir temlik vukubulursa, borçlunun muvafakat etmesi ile bu alacakların temliki de mümkün olabilecektir.

3) Sözleşmeye dayanan temlik engelleri

Bütün bu engellerin yanı sıra alacaklı ve borçlu aralarında bir sözleşme yaparak, alacağın temlik edilmeyeceğini veya belli şartlarla temlik edilebileceğini kararlaştırabilirler. Tarafların getirmiş olduğu bu tür yasak ve kısıtlamalar da, bir temlik engeli teşkil eder.

Tarafların aralarında yapmış oldukları bu sözleşmeye, temlik edilememe anlaşması⁸⁹ ("pactum de non cedendo") denilir.

Böyle bir yasağa rağmen temlik gerçekleştirilmek istenirse, böyle bir temlik geçersizdir⁹⁰.

§ 3. ALACAĞIN TEMLİKİNİN KAPSAMI

sistemini kullanmak ve franchise-verenin işletme organizasyonuna entegre edilmek konusundaki talep hakkıdır. Bak. Gürzumar, O., age. s.165.

⁸⁹ Bucher, E., age. s.541; Oğuzman/Öz, age. s.895.

⁹⁰ Söz konusu olan geçersizliğin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. İleride bu konuyu ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

Temlik sözleşmesi devreden (eski alacaklı) ile devralan (yeni alacaklı) arasında yapılır. Devreden taraf, bu sözleşme ile alacağının tümünü veya alacağı bölünebilir bir nitelikte ise⁹¹, alacağının bir kısmını devredebilir⁹².

I. Alacağın tamamının temliki

Alacaklı, mevcut alacağının tamamını temlik sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredebilir⁹³. Söz konusu devri gerçekleştirebilmek için borçlusunun rızasına da ihtiyacı yoktur. Alacağın temlik edilebilir olması, borçlunun (olası) üçüncü bir kişiye ifada bulunmasını gerektiren bir durum yaratır. Bu durumda yapılan temlik işlemi borçluya bir takım ek külfetler yükleyebilir. Gerçi böyle külfetler karşısında borçlunun başvurabileceği

91 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.2, s.716.

92 Riedel, H., age. s.62. Borçlu, alacaklının kısmi ifa talebinde bulunmasına veya alacağın bir kısmını dava konusu yapmasına engel olamadığı ölçüde, alacağın kısımlara ayrılmasına katlanmaya mecburdur. Alacağın çok küçük parçalara bölünerek temlik edilmesi, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını teşkil ettiği durumlarda, MK. m.2'den yararlanabilir. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 95/I, s.353, dn.1.

93 "Alacağın tamamı" ile kastedilen münferit alacağın tamamıdır. Bundan başka "toptan temlik" denilen bir temlik de söz konusu olabilir. Toptan temlik ile kastedilen, mevcut ve ileride doğacak bireysel alacaklara ilişkin münferit temliklerin sadece kavramsal olarak bir araya getirilmesidir. Bu sebeple önceden toptan temlik, ileride doğacak alacaklara ilişkin olduğu takdirde, toptan temliğin geçerli olması için, temlik edilen ileride doğacak alacakların doğum anında belirlenebilir olması yeterlidir. Bak. Kocaman, A. B., Factoring, s.122-126, özellikle dn.315.

bazı imkanlar da vardır. Şöyle ki; Örneğin, borçlunun aynı şehirde oturan alacaklısına yapacağı ifa ile, alacaklısının alacağını yurt dışında oturan üçüncü bir kişiye temlik etmesi sonucunda, yurt dışında oturan üçüncü kişiye yapacağı ifa arasında ödenecek miktar açısından ek külfetler (örneğin, yurt dışına yapılan havale sonucunda ödenecek fazla miktar gibi) yüklemesi söz konusu olabilir. Bu durumda borçlu toplam meblağdan, ödeyecek olduğu ek miktarı indirebilir⁹⁴.

Temlik sadece alacak hakkına ilişkindir; yoksa borç ilişkisinin tamamına sirayet etmez⁹⁵. Dolayısıyla borç ilişkisinden doğan alacağını devreden alacaklı, söz konusu borç ilişkisinden doğan borçlarını, hala kendisi ifa etmek durumundadır; dolayısıyla bu borçları üzerinde taşımaya devam eder⁹⁶.

II. Alacağın kısmen temlik (Kısmi temlik)

Alacağın bölünebilir olması halinde, alacaklı, alacağının bir kısmını kendinde tutup, diğer kısmını devredebileceği gibi, kısımlara ayırdığı alacağını farklı farklı kişilere de devredebilir⁹⁷. Bölünebilir nitelikteki alacağın ayrı ayrı kişilere temlik edilmesi

94 Bucher, E., age. s.560-561.

95 Bucher, E., age. s.570; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3582, s.274; Keller/Schöbi, age. s.69; BGE 84 II 367, 368.

96 Keller/Schöbi, age. s.69.

97 Bucher, E., age. s.547; Von Tuhr/Escher, age. § 95/I, s.353; Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.2, s.716-717; Esser, J., age. s.402.

borçluya ek külfetler yükleyebilir. Eğer bu durum borçluya ek külfetler yüklüyorsa, o, ödeyeceği fazla miktarı toplam miktardan indirebilir. Örneğin, BK. m. 73/f.1 (OR. Art.74/1) uyarınca ifa yeri tarafların açık veya zımni iradelerine göre belirlenir. Para borçları, başkaca bir hüküm konulmamışsa, ifa zamanında alacaklının ikametgahının olduğu yerde ödenir. İşte bu hüküm uyarınca bölünebilir olan alacağın ayrı ayrı kişilere temlik edilmesi borçluya ek külfetler yükleyebilir. Dolayısıyla borç miktarına böyle ek külfetler yükleyen durumların söz konusu olması halinde, borçlu ödemiş olduğu ek masrafları, toplam miktardan indirebilir. Örneğin, alacaklı bölünebilir alacağının bir miktarını yurt dışında yaşayan üçüncü bir kişiye temlik etmesi halinde, BK. m.73/f.1 uyarınca borçlunun havale yolu ile borcunu ifa ettiğinde, havale miktarı borçluya, devreden alacaklıya ödeyeceği miktardan fazla bir ödeme yapmasını gerektirir ki, bu fazla miktarı da borçlu ödediği miktardan indirebilir⁹⁸.

Alacaklı, bölünebilir alacağını kısımlara ayırarak temlik etmişse, bu temlik sonucunda aynı kökten iki alacak ortaya çıkar. Ancak her ne kadar bunların kökü aynı olsa da, bunlar birbirlerinden tamamen bağımsızdır ve bu durum söz konusu alacakların geleceğini dahi farklı kılabilir⁹⁹.

98 Bucher, E., age. s.547, dn.44.

99 Von Tuhr/Escher, age. § 95/I, s.353; Larenz, K., SchR AT. s.579. Buna karşılık bölünebilen alacakların temlik edilmesi durumunda, kısımlara ayrılmış alacakların hiç biri diğerinden derece olarak üstün değildir, aksine hepsinin derecesi aynıdır. Örneğin, borçlunun iflası halinde söz konusu alacaklardan hiç biri diğerinden önce istenemez. Bak. Bucher, E., age. s.572.

III. Asıl alacak hakkına bağlı fer'i haklar ve rüçhan hakları

Borçlar Kanunumuz, alacak hakkının devredilmesi durumunda sadece asıl alacak hakkının değil, aynı zamanda devredenın kişisel özelliklerine özgü olmayan rüçhan hakları ile fer'i hakların da devralana geçeceğini hükme bağlamıştır. Ancak taraflar bu durumun aksini kararlaştırabilirler¹⁰⁰.

1) Asıl alacak hakkına bağlı fer'i haklar

Bir kimse alacak hakkına sahip olduğu zaman, bu alacak hakkına bağlı olan fer'i haklara da sahip olur. Bu durumda da karşımıza şu soru çıkar. Acaba asıl alacak hakkı devredilirse, alacağa bağlı fer'i hakların akıbetleri ne olur?

Prensip olarak fer'i hakların akıbetleri, asıl alacak hakkının akıbetine bağlıdır. Diğer bir deyişle asıl alacak hakkı devredilince, fer'i haklar da devredilmiş olur ve devralan kişi, hem asıl alacak hakkına, hem de asıl alacağa bağlı fer'i haklara sahip olur¹⁰¹. Dolayısıyla fer'i hakların asıl alacakla birlikte devralana intikali hususu kanunun alacağın temlikine bağladığı bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların bunu öngörmelerine gerek yoktur. Fer'ilik niteliği sonucu, fer'i haklar da asıl alacak hakkını takiben yeni alacaklıya geçer.

100 Erdem, N., age. s.1353.

101 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, age. s.14; Oğuzman, K., Temel Kavram, s.97; Esser, J., age. s.406.

a) Taşınır rehni

Devreden alacaklı taşınır bir mal üzerinde rehin hakkı sahibi ise ve rehinli alacağı devrederse, temlikin kapsamına rehin hakkı da kendiliğinden girer ve asıl alacağa bağlı olarak bu hak da devralan yeni alacaklıya geçer¹⁰². Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler^{103, 104}. Ancak her ne kadar taraflar bunun aksini kararlaştırabilirlerse de, görevi belirli bir alacağı teminat altına almak olan menkul rehni, teminat altına aldığı alacağa bağlı fer'i bir haktır. Bunun sonucu olarak varlığını asıl alacağın varlığına bağlı olarak sürdürebilir¹⁰⁵ (alacağa bağlılık prensibi).

Taraflar menkul rehnini bilfiil tesis etmeyip, sadece eski alacaklıya rehin verileceği hususunda bir taahhütte bulunmuşlarsa, bu taahhütten taraf olmamasından ötürü devralan yararlanamaz. Dolayısıyla devralan kişi söz konusu rehin hakkının kurulmasını isteyemez¹⁰⁶.

102 Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.882; Baur/Stürmer, age. § 55 B II 2, s.592.

103 Alacak hakkı bulunmaksızın rehin hakkı da olamayacağından, devreden eski alacaklının, menkul rehnini saklı tutmak iradesi rehin hakkından feragat etmek anlamına gelir. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 95/II, s.354.

104 Taşınır rehninin asıl alacak hakkından bağımsız olarak devredilmesine olanak yoktur. Bak. Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.882; Baur/Stürmer, age. § 55 B II 2, s.592.

105 Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s. 881; Tekinay, S. S., Eşya Hukuku II/3, s.70.

106 Oğuzman/Öz, age. s.897.

Acaba devreden rehinli alacaklı, rehin konusu taşınır malı fiilen teslim etmek zorunda mıdır?

Devreden eski alacaklı, rehin konusu taşınır malı, devralan yeni alacaklıya teslim etmemiş olsa dahi, yapılan temlik işlemi sonucunda, rehin hakkı devralan yeni alacaklıya geçmiş olur. Ancak devralan yeni alacaklının, rehin hakkından yararlanabilmesi, rehinli menkul malın, kendisine teslim edilmesine bağlıdır¹⁰⁷. Rehlin veren, rehin konusu menkul malı fiilen ve yalnız kendi zilyetliğinde bulundurduğu sürece rehin hakkı rehinli alacaklı için doğmaz (MK. m. 853/ c. son). Menkul mal alacaklının rızası ile rehnedenin fiili hakimiyeti altında bulunduğu müddetçe rehin hakkının hükümleri askıdadır (MK. m. 857/ c. 2). Kanun koyucu söz konusu bu hükümleri vazetmekle, menkul rehninin kurulması için rehin konusu malın vasıtasız zilyetliğinin rehinli alacaklıya nakledilmesini öngörmüştür. Menkul rehinde aleniyet prensibi olarak karşımıza çıkan bu durum, rehinli alacaklıyı koruma amacı da güder. Zira bu şekilde malikin, rehinli alacaklının zararına olarak rehin konusu menkul mal üzerinde yapabileceği fiili ve hukuki tasarrufları da önlemek mümkündür¹⁰⁸. MK. m. 853/ c. 2'ye göre, emin sıfatı ile zilyetten iyiniyetle bir menkul malı rehin olarak alan üçüncü kişi, zilyedin tasarruf yetkisi olmamasına rağmen, rehin hakkını iktisap eder. Söz konusu bu hüküm ise, menkul rehinde güvenin korunması prensibini gerçekleştirir¹⁰⁹. Alacağın temlik sonucunda

107 Feyzioğlu, F., Borçlar Hukuku, C.II, s.642; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, age. s.251.

108 Köprülü/Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, s.466; Tekinay S. S., Eşya Hukuku II/3, s.136.

109 Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, s.893.

rehinli menkul malın devralan yeni alacaklıya devredilmesi sayesinde yeni alacaklı da bu hükümlerden yararlanabilecektir. Aksi halde rehin hakkı ile teminat altına alınmak istenen alacak hakkı, sözü edilen teminatı devralan yeni alacaklı açısından gerçekleştirilmeyebilir.

b) Kefalet

Taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça¹¹⁰, alacağın temlik edilmesi sonucunda asıl alacakla birlikte kefile karşı alacak hakkı da devralan yeni alacaklıya geçer¹¹¹, ¹¹². Zira kefalet de fer'i bir haktır ve varlığı da asıl alacağın varlığına bağlıdır.

c) Faizler ve gecikme tazminatı

110 Alacağı teminat altına alan kefalet de, asıl alacak hakkına bağlı fer'i bir hak olduğu için tarafların bunun alacağı takiben yeni alacaklıya geçeceğini ayrıca öngörmelerine gerek yoktur. Zira fer'i haklar, asıl alacağın akıbetine uğrarlar (alacağa bağlılık prensibi). Bak. Bucher, E., age. s.571.

111 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.251; Gauch/ Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3588, s.275; Larenz, K., SchR AT. s.577, dn.5.

112 Kısmi bir temlik söz konusu olduğunda, devreden alacaklı, kefaletin devretmediği kısımda kalmasını isteyebilir, diğer kısmı kefaletten bağımsız olarak devredebilir. Şayet böyle bir iradesi yoksa, söz konusu teminat (kefalet) eski ve yeni alacaklılardaki alacak miktarı ile orantılı bir şekilde her iki alacak için de geçerliliğini korur. Bak. Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.II, s.642.

Temlikin yapılmasından önce işlemiş, fakat ödenmemiş faiz alacakları ile temlikten sonra işleyecek olan faizler, taraflarca kararlaştırılmış olmasa dahi¹¹³, alacağın temliki ile devralana geçer¹¹⁴. Ancak devreden, temlik yapılmadan önce gecikme dolayısıyla uğramış olduğu zararları OR. Art.103/1 (BK. m.102/f.1) uyarınca borçludan isteyebilir¹¹⁵.

d) Cezai şart

Edimin gecikmesi halinde cezai şart kararlaştırılmış ve temlik edilmeden önce kararlaştırılan durum gerçekleşmişse, cezai şartı isteme hakkı, devreden eski alacaklıda kalır. Ancak yeni bir gecikme veya edimin ifa edilmemesi yüzünden bir cezai şart ödenmesi kararlaştırılmışsa, bu takdirde cezai şartı isteme hakkı da devralana geçer¹¹⁶.

2) Yenilik doğuran haklar

Alacağa bağlı yenilik doğuran haklar, temlik işlemi sonucunda devralan yeni alacaklıya geçer¹¹⁷. Söz konusu bu haklarda, alacaklı borçludan bir şey talep etmez,

113 Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.842; Önen, T., age. s. 91.

114 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age. s.251.

115 Bucher, E., age. s.571; Karş. Gauch/Schluemp/Jaeggli, Band II, N.3589, s.275.

116 Gauch/Schluemp/Jaeggli, Band II, N.3589, s.275; Bucher, E., age. s.571; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.842.

117 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age. s.251; Eren, F., Borçlar Hukuku, C.III, s.434; Önen, T., age. s.91.

arzu ettiği sonuca kendisinin yapacağı bir işlem sonucunda ulařır¹¹⁸. Örneđin, borcun konusunu birden fazla edim oluşturuyor ve yalnız birinin sečilerek ifası gerekiyor ve bu sečilim hakkı da (alacaklı ile borçlunun anlaşması suretiyle) alacaklıya tanınmış bulunuyorsa, alacaklıya tanınmış olan sečilim hakkı, alacağın temlik edilmesi sonucunda alacaklının yapacağı bir işleme dayanmasından ötürü devralan yeni alacaklıya geçer. Aynı şekilde alacaklının takas beyanında bulunma hakkı; muacceliyeti alacaklının ihbarına bağlanan ihbar hakları da alacağa bağlı yenilik doğuran haklardandır ve temlik işleminin sonucunda devralan yeni alacaklıya geçer¹¹⁹.

Buna karşılık sözleşmeye taraf olmaya bağlı olan yenilik doğuran haklar ise, devralan yeni alacaklıya geçmez; söz konusu hakları sözleşmeye taraf olmaya devam eden, eski alacaklı kullanabilir¹²⁰. Örneğin, irade beyanının sakatlığı yüzünden sözleşmeyi iptal etme hakkı, sözleşmeden dönme ve sözleşmeyi fesih hakları sözleşmeye taraf olmaya bağlı yenilik doğuran haklardandır ve alacağın temlik edilmesi sonucunda, borç ilişkisinin tamamının devredilmesi söz konusu olmadığı için, bu tür haklar, devreden alacaklı da kalmaya devam eder¹²¹.

118 Von Tuhr/Peter, age. ř 2/Vl, s.15.

119 Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.II, s.643; Keller/Schöbi, age. s.68; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3592, s.275.

120 Bucher, E., age. s.571; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3593, s.275-276; Keller/Schöbi, age. s.69; Uygur, T., age. s.844; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, age. s.251.

121 "Alacağın temliki ile borç ilişkisinin tamamı devredilmediğinden, söz konusu borç ilişkisine bağlı olan yenilik doğuran haklar devredende kalır" BGE 84 II 367, 368.

3) Rüçhan (  ncelik) hakları

Bir alacak hakkı temlik edildiğinde, devreden alacaklının kişiliğine özgü haklar dışındaki rüçhan (  ncelik) hakları kanun gereği kendiliđinden¹²² devralana geçer; diğer bir deyişle devredeninin kişiliğine özgü olmayan rüçhan (  ncelik) hakları da temlike dahil-dir¹²³. Devralana geçen rüçhan hakları, alacağın doğum sebebine bağlı olan rüçhan haklarıdır ve bunlar alacaklının kişisel nitelik ve özelliklerine ayrılmaz bir şekilde bağlanmışsa, devralana ge mezler¹²⁴.

122 Tunçomağ, K., age. s.1106.

123 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.251; Medicus, D., age. s.327; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.II, s.641;  nen, T, age. s.92.

124 Oser/Schönenberger, age. Art.170, N.3; Bucher, E., age. s.570; Gauch/Sch-luep/Jaeggi, Band II, N.3590, s.275; Keller/Schöbi, age. s.68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.251; Erdem, N., age. s.1355

BÖLÜM II: SÖZLEŞMEYE DAYANAN TEMLİK KISITLAMA ve YASAKLARI

(TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİ)

§ 4. TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİ ve ÖZELLİKLERİ

I. Genel Olarak

1) Kavram

Bir borç ilişkisinde alacaklının, borçlusundan olan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi borçlunun rızasına (onayına) gerek olmaksızın mümkün iken; alacaklı ile borçlu, kanunda gösterilen diğer istisnalar dışında, söz konusu alacağın devredilmemesi veya belli şartlar altında devredilmesi hususunda anlaşabilirler (BK. m. 162/ f. 1). Bizzat tarafların getirmiş olduğu bu yasaklama ve kısıtlamalar da diğerleri gibi bir temlik engeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu temlik engeline sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasağı veya temlik edilememe anlaşması¹²⁵ (pactum de non cedendo) denilir.

Taraflar temliki mutlak şekilde yasaklayabilecekleri gibi, temliki daha zor bir hale getirebilir veya bu konuda başka bazı sınırlamalar dahi getirebilirler¹²⁶. Örneğin, taraflar

¹²⁵ Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268; Keller/ Schöbi, age. s.57; Bucher, E., age. s.541; Raible, A., age. s.15.

¹²⁶ Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268.

alacaklının alacağını, belirli bir zamanda temlik etmesini kararlaştırabilecekleri gibi, belirli kişilere temlik edilmesini yasaklayabilir veya temlikin geçerli olmasını borçluya yapılacak bir ihbara bağlayabilir veya ancak borçlunun veya üçüncü kişinin rızası (onayı) ile temlikin mümkün olabileceğini kararlaştırabilirler¹²⁷.

Bu nedenle tezimizde, alacaklı ile borçlunun yapacağı, alacağın temlik edilmemesi veya belli şartlar altında temlik edilmesi hususundaki anlaşmaları "sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasakları (temlik yasağı sözleşmesi)" adı altında inceleyeceğiz.

2) Amacı

Alacaklı ve borçlu, alacağın temlikini mutlak surette yasaklayabilir veya belli şartların gerçekleşmesine bağlayabilirler.

Böyle bir sözleşme yapılması genellikle borçlunun isteği üzerine gerçekleşir ve bu tür sözleşmeler de genellikle borçlunun menfaatinedir¹²⁸. Borçlunun amacı, alacaklısının değişmesini yasaklamak veya sadece belli kişilerin alacaklı olabilmesine imkan sağlayıp, değişik kişi veya kişilerin alacaklı olmasını ortadan kaldırmaktır. Temlik

127 Blaum, M., agt. s.67-68; Riedel, H., age. s.65; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.794; Tunçomağ, K., age. s.1084.

128 Blaum, M., agt. s.40-42; Bucher, E., age. s.542; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269; Becker, H., age. N.44, s.784; Esser, J., age. s.405; Gural, J., age. s.224.

yasağı sözleşmesi sayesinde borçlu, alacaklısının değişmesi suretiyle zedelenmeye müsait olan menfaatlerini koruma altına almak ister¹²⁹.

Borçlar Kanunumuzun 162. maddesine bir bütün olarak baktığımızda taraflar (alacaklı ve borçlu) açısından bir çeşit menfaatlerin dengelenmesini görmek mümkündür. Zira bir tarafta borçlunun rızasına gerek olmaksızın alacağını (istisnalar hariç olmak üzere) temlik edebilecek olan alacaklı; diğer tarafta ise (kanundan doğan veya işin niteliği gereği temlik edilmesi mümkün olmayan alacağın yanı sıra), sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasakları sayesinde, menfaatlerini korumak isteyen borçlu yer almaktadır¹³⁰. Diğer bir deyişle alacaklı değişikliğini yasaklamak veya ancak belli kişi veya kişilerin alacaklı olmasına rıza göstermek suretiyle menfaatlerine aykırı durumların ortaya çıkmasına, temlik yasağı sözleşmesi ile set çekmek isteyen borçlu yer almaktadır.

Borçlu, asıl alacaklısının değişmesi ile kendi açısından meydana gelebilecek tehlikelere karşı kendisini güvence altına almak isteyeceğinden¹³¹, alacaklıya bu tür bir sözleşmeyi yapma arzusunu bildirir. Alacaklı da borçlunun bu isteğini kabul ederse, aralarında temlik etmeme veya belirli şartlarla temlik etme anlaşması gerçekleşmiştir. Alacaklının, "temlik işlemi" sayesinde ekonomik açıdan elde edebileceği menfaatleri göz önüne alındığında; borçlunun bu işlem sonucunda gerek ekonomik açıdan, gerekse

129 Bucher, E., age. s.541, dn.20; Von Tuhr/Escher, age. § 94/II, s.347.

130 Beer, age., s.182; Blaum, M., agt. s.42; Raible, A., age. s.67.

131 Beer, age. s.181.

kişisel sebeplerden ötürü (örneğin, istemediği birisine karşı borçlu olmak gibi) menfaatlerine aykırı bir durum ile karşılaşması mümkündür. Zira alacağın temlik işlemi genellikle alacaklının lehinedir. Ancak bu durumun taraflar arasında bir eşitsizlik yarattığı da ortadadır. Kanun koyucu menfaatlerdeki bu eşitsizliği BK. m.162/f.1'i düzenlemek suretiyle dengelemek istemiştir. Bunu da şöyle sağlamıştır. Madem ki, alacağın temlik sayesinde alacaklı, borçlunun muvafakatine dahi gerek olmaksızın temlik işlemini gerçekleştirebiliyor; borçlu da, temlik işleminden önce olmak üzere, mevcut veya ileride doğacak bir alacağın temlik edilmemesini veya belli şartlar altında temlik edilebilmesini alacaklı ile anlaşmak suretiyle kısıtlayabilmeli veya yasaklayabilmelidir. Kanun koyucu, temlik etmeme veya belli şartlarla temlik etme sözleşmesi sayesinde borçlunun menfaatlerini de koruma (güvence) altına almıştır^{132, 133}.

Alacaklı, alacağını dilediği kişiye temlik etmekte özgürdür. Ancak bu özgürlüğün, borçlunun menfaatlerine aykırı bir durum yaratması da mümkündür. Zira alacaklının kendi menfaatlerine göre davranması gayet doğaldır ve o kendi menfaati neyi gerektiriyor ise onu yapmak ister. Dolayısıyla temlik işleminin borçlunun yararına veya zararına olduğunu düşünmesi kendisinden beklenmez. Buna karşılık borçlunun kendi menfaatlerini korumak istemesi de gayet doğaldır. Dolayısıyla borçlu, alacaklı ile

132 Blaum, M., age. s.40-41.

133 BGB § 398'de temlik işleminin borçlunun muvafakatine gerek olmaksızın yapılabileceği hükme bağlanmışken, § 399/ 2. Alt. ile de temlik etmeme veya belli şartlar altında temlik etme anlaşmaları düzenlenmiştir. Oysa gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR. Art.164) olsun, gerekse Türk Borçlar Kanunu'n- da (BK. m.162) bu iki düzenleme aynı hükümde düzenlenmiştir.

anlaşmak suretiyle temlik işlemlerine bazı kısıtlamalar getirebileceği gibi, bunları mutlak surette yasaklayabilme olanağına temlik yasağı sözleşmesi (pactum de non cedendo) sayesinde kavuşmaktadır.

Taraflar, temlik yasağı sözleşmesini, borç ilişkisinin doğumu anında kararlaştırabilecekleri gibi, alacağın doğumundan önce (ileride doğacak alacaklar için) veya doğumundan sonra (mevcut alacaklar için) da bu tür yasakları kararlaştırabilirler.

Alacaklı ile borçlu, borç ilişkisinin doğumu anında (im Zeitpunkt der Begründung der Schuldverhaeltnisses) alacağın temlikini yasaklayabilir veya bir kısıtlamaya tabi tutabilirler¹³⁴.

Taraflar ileride doğacak alacağın¹³⁵ sınırlı olarak temlik edilebileceğine veya mutlak olarak temlik edilmeyeceğine ilişkin bir sözleşmeyi [temlik yasağı sözleşmesini ("pactum de non cedendo")] borç ilişkisinin doğumundan önce de yapabilirler^{136, 137}.

134 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.146, s.124; Blaum, M., agt. s.64-65; Wehrli, T., agt. s.4; Becker, H., age. Art.164, N.44, s.783; Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.422. Ayrıca bu sınırlama genel olabileceği gibi, kısmi [nur ein partieller (eine Einschränkung)] de olabileceğini ve hemen sonra sınırlı temlik yasakları örnekleri vermek suretiyle kısmi temlik yasağından ne anlaşılması gerekeceğini belirtmektedir. Bak. Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.18, s.720; Aynı şekilde bak. Tunçomağ, K., age. s.1084; Erdem, N., age. s.1308; İnan, A.N., age. s.398.

135 Nitekim Federal Mahkemeye göre, "ileride doğacak ücret alacakları üzerine henüz ücret alacağı doğmadan önce sözleşme ile temlik yasağı getirilebilir" BGE 112 II 241. Ayrıca bak. Spirig/Gauch, age. Art.164, N.149, s.125.

136 Spirig/Gauch, age. Art.164, N.146, s.124; Blaum, M., agt. s.64-65; Temlik etmeme sözleşmesi, ileride doğacak alacaklar için (de) etki etmektedir, oysa temliki gerçekleşmiş

Bundan başka taraflar, temlik mümkün olan bir alacağın temlikini, borç ilişkisinin doğumundan sonra yapacakları temlik yasağı sözleşmesi ile yasaklamak suretiyle ortadan kaldıracabilecekleri gibi, belirli kısıtlamalarla da engelleyebilirler¹³⁸.

alacaklar (für bereits vorgenommene Zessionen) da böyle bir sözleşmenin etkisi yoktur. Bak. Bucher, E., age. s.541, dn.20. Zira temlik gerçekleşmiş alacak devreden mal varlığından çıkmış ve devralanın mal varlığına geçmiştir.

137 Ancak Bucher'e göre, ileride doğacak alacakların temlikinde, tasarrufların belirlilik (aus dem Erfordernis der Spezialität von Verfügungen) şartından çıkan sınırlar önemlidir. Yani henüz doğmamış alacakların temlikinin ancak temlik anında (im Zeitpunkt der Zession) belirli olması halinde geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır. Söz konusu bu alacaklar henüz doğmamış olsa bile temlik anında belirli olması gerekir. Buna karşılık sadece temlik edilen alacağın ileri sürülmesi veya doğumu anında belirli olması bu şart için yeterli değildir. Bucher Ayrıca iki Federal Mahkeme kararını (BGE 112 II 435 ve 113 II 167) eleştirmek suretiyle tasarruf konusunun tasarruf anında belirli olması prensibini toptan temlike uygulamaktadır. Böylelikle ileride doğacak alacakların önceden toptan temlikinde, alacakların ancak doğumu anında belirlenebilir olması durumunda sadece bir temlik taahhüdünün söz konusu olabileceğini, tasarruf işleminin söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir. Bu kararlardaki önceden toptan temlik sadece temlik yükümlülüğü (nicht als Zessionsverpflichtung) olarak nitelendirilemez. Aksine bizzat temlik etkisi ile donatılmalıdır. Bu kararlara göre, sonuçta alacağın devri (die Wirkungen des Forderungsübergangs) etkisi borçlandırıncı işlemle meydana getirilmektedir. Böylece temlik hukukundaki (im Zessionsrecht) tasarruf ve borçlandırıncı işlem ayrımı ortadan kalkmış gözükmektedir. Oysa bu ayrım kanunda yeterli şekilde açıklanmıştır. Bak. Bucher, E., age. s.544.

138 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.18, s.720; Becker H., age. Art.164, N.44, s.783; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.146, s.124; Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.422.

Bütün bunların yanı sıra alacaklı ile borçlu, temlik kısıtlama ve yasaklarını her zaman değiştirebilirler. Ayrıca bu kısıtlama ve yasakları tamamen ortadan kaldırmak suretiyle alacağın tekrardan temlik edilebilir hale gelmesini sağlayabilirler. Diğer bir deyişle temlik edilebilirliği yeniden canlandırabilirler¹³⁹.

Taraflar mutlak temlik yasağı getirmişlerse, bu yasağı her zaman değiştirebilecekleri gibi, bunun yerine yapacakları ikinci bir temlik yasağı sözleşmesi ile temlikin belli kısıtlamalarla gerçekleşeceğini kararlaştırabilirler. Diğer bir deyişle mutlak temlik yasağı sözleşmesini, belli kısıtlamalarla yapılabilen yeni bir temlik yasağı sözleşmesi haline getirebilirler. Doğaldır ki, bunun aksi de mümkün olabilir. Kısıtlama şeklinde yapılan sözleşme, mutlak temlik yasağına da her zaman dönüştürülebilir.

II. Temlik Yasağı Sözleşmesinin Tarafları

Bir alacağın sözleşme ile başka kişi veya kişilere temlik edilmeyeceğini veya ancak belirli şartlar altında temlik edilebileceğini kararlaştıracak olanlar, böyle bir sözleşmenin tarafları olan alacaklı ve borçludur. Diğer bir deyişle sözleşmeye dayanan

¹³⁹ Taraflar söz konusu temlik yasağı sözleşmesini tamamen ortadan kaldırmak suretiyle temliki yeniden canlandırabilirler. Canlandırılan temlik edilebilirlik ile alacaklı, alacağını dilediği kişiye devredebilme olanağına tekrar kavuşmuş olur ve alacaklı tıpkı borç ilişkisinin kurulduğu andaki gibi, borçlunun muvafakatine ihtiyaç olmaksızın alacağını devredebilecek duruma gelir. Bak. Blaum, M., agt. s.70.

temlik kısıtlama ve yasaklarının tarafları alacaklı ve borçludur¹⁴⁰. Alacaklı veya borçlu, gerçek veya tüzel kişi olabilir.

III. Temlik Yasağı Sözleşmesinin Geçerliliği

1) Genel olarak

Alacağın temlik edilmeyeceğine veya belli şartlar altında temlik edilebileceğine ilişkin sözleşmelerde, tarafların iradelerinin birbirine uygun olması gerekir¹⁴¹. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile anlaşmak istedikleri nokta, alacağın başka kişi veya kişilere devredilmemesi veya belirlemiş oldukları kısıtlamalar çerçevesinde temlikin gerçekleşmesidir¹⁴².

Buna göre taraflar, temlik yasağı sözleşmesini Borçlar Hukukundaki sözleşme serbestisi prensibi gereğince diledikleri gibi kararlaştırabilirler¹⁴³. Diğer bir deyişle yasak veya kısıtlamanın ne şekilde olacağını serbestçe belirleyebilirler.

¹⁴⁰ Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.146, s.124; Keller/Schöbi, age. s.57; Canaris, C. W., agm. s.10 vd.; Esser, J., age. s.405; Huber, U., NJW 1968,1905; Philipp, H. J., agt. s.74.

¹⁴¹ Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268; Guhl/ Merz/Koller/Druey, age. s.250; Blaum, M., agt. s.9; Zobl, D., SJZ 1989, 351; Fikentscher, W., age. § 57/II 4 c, s.350.

¹⁴² Bucher, E., age. s.541, dn.20; Guhl/Merz/Koller/ Druey, age. s.250; Keller/Schöbi, age. s.47; Huber, U., NJW 1968, 1909, dn.27.

¹⁴³ Von Tuhr/Escher, age. § 94/II, s.347.

Her ne kadar taraflar bir sözleşme yapmak istediklerinde konusunu diledikleri şekilde belirleyebilirlerse de, temlik yasağı sözleşmesine ilişkin kayıtların da diğer hukuki işlemler için aranan geçerlilik şartlarına uyularak yapılması gerekir. Bu tür sözleşmenin konusunun da emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir.

Nitekim genel ahlak ve kişilik haklarına aykırılık¹⁴⁴ halinde, alacağın temlik sözleşmesinin geçersizliğine hükmeden Federal Mahkeme kararlarının¹⁴⁵, örneksme yöntemi ile "pactum de non cedendo"ya da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu yorum bizi genel ahlak ve kişilik haklarına aykırı "pactum de non cedendo"nın da geçersiz olması sonucuna götürür. Diğer bir deyişle, tarafların yapmış oldukları anlaşma, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü, kişilik hakları ile bağdaşmayacak bir şekilde sınır-
lıyorsa, bu temlik etmeme anlaşması hem kişilik haklarına hem de genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizdir.

Taraflar borç ilişkisinin doğumu anında alacağın temlik edilemeyeceğine ilişkin bir kaydı sözleşmeye koyabilecekleri gibi, bundan tamamen bağımsız bir sözleşme ile de bunu kararlaştırabilirler. Bu konudaki iradelerin birbirine uygunluğu tarafların bunu

144 YHGK.'nın 11.2.1976 tarih ve E.1973/4-1088, K.1976/209 sayılı kararına göre, "bireylerin kişiliklerini ve ekonomik yapılarının temellerini ahlak anlayışı ile bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, sınırlamaları öngören sözleşmeler hükümsüzdür" YKD. 1976, s. 1269-1270.

145 Bak. dipnot 42 ve 43'deki Federal Mahkeme kararları (BGE 84 II 366, 367; BGE 112 II 434, 435).

açıkça öngörmeleri ile mümkündür. Diğer bir deyişle, temlik yasağını içeren sözleşmelerin metninden temlik yasaklarının açıkça anlaşılacak şekilde düzenlenmesi gerekir. Örneğin, taraflar, "üçüncü kişiye yapılacak temlik kabul olunmaz" şeklinde bir ibareyi metne koyabilecekleri gibi, "üçüncü kişiye yapılan temlik tanınmaz"¹⁴⁶ şeklinde bir kaydı da metne koyabilirler¹⁴⁷. Tarafların söz konusu temlik yasaklarını zımni olarak kararlaştırabilip, kararlaştıramayacakları konusunda doktrinde tartışma vardır¹⁴⁸. Biz bu tartışmalara hemen aşağıda (şekle bağlı olmaması bölümünde) değineceğimiz için bu konudaki görüş ve tartışmalara da orada yer vermek istiyoruz.

2) Şekle bağlı olmaması

Kanunumuz temlik yasağı sözleşmelerinin ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir¹⁴⁹. Kural olarak temlik yasağı sözleşmeleri de şekle bağlı

¹⁴⁶ MünchKomm/Roth, age. § 399, N.26, s.1614, dn.54; Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.422.

¹⁴⁷ Blaum, M., agt. s.52.

¹⁴⁸ Bir kısım yazar (Bucher, E., age. s.541; Soergel/ Zeiss, age. § 399, N.6, s.1832; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268) zımni olarak böyle bir yasağın yapılabileceğini savunurken; aksi görüşte olup, zımnen böyle bir yasağın yapılmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar (MünchKomm/ Roth, age. § 399, N.26, s.1614; Erman/Westermann, age. § 399, N.12, s.878) da vardır. Blaum ise, zımnen yapılacak bir temlik etmeme sözleşmesine şüphe ile yaklaşılması gerektiğini savunur. Bak. Blaum, M., agt. s.53.

¹⁴⁹ Sözleşmelerin kurulması için gerekli olan irade beyanlarında asıl olan şekilsizliktir; kanunda belirtilmiş olmadıkça, taraflar diledikleri şekli seçmekte özgürdürler (BK. m.11/f.1). Kanunumuz şekil serbestliğini asıl sayıyor. Buna karşılık ancak belli işlemler ve sözleşmeler için

değildir¹⁵⁰. Taraflar bu tür anlaşmaları diledikleri şekilde kararlaştırabilirler, şekilsizlik esastır¹⁵¹. Hatta alacak hakkının doğumuna yol açan borç ilişkisi hakkında bir şekil öngörülmüş olsa bile, pactum de non cedendo kural olarak şekle bağlı değildir¹⁵². Ancak her irade açıklamasında olduğu gibi, temlik yasağı sözleşmelerinde yer alan irade açıklamalarında da mutlaka bir şekil söz konusu olur. Alacaklı ve borçlu, temlik etmemeye ilişkin anlaşmayı (pactum de non cedendo'yu), sözlü veya yazılı olarak yapabilirler.

a) Taraflar borç ilişkisinin doğumu anında alacağın temlik edilemeyeceğine ilişkin bir kaydı, sözleşmeye açıkça koyabilecekleri gibi¹⁵³, bu sözleşmeden tamamen

şekle bağlılığı emrediyor. Bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, age. s.100; Oğuzman/Öz, age. s.111 vd.; Tuğ, A., age. s.32; Gauch/ Schlupe/Jaeggi, Band I, N.478, s.81-82.

150 Eğer şekil geçerlilik şartı olarak düzenlenmişse, bu şekil, hukuki işlemlerin ispatlanması sorununa da (doğrudan doğruya) etki eder ve bu işlemlerin ispatlanması Medeni Hukukun öngördüğü şekil şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Söz konusu hukuki işlemin diğer deliller (ikrar, yemin) ile ispatlanması mümkün değildir. Ancak şeklin geçerlilik şartı olduğu durumlarda dahi sözleşme, şekline uygun olarak yapılmış olmasına rağmen, belgenin kaybedilmesi durumunda artık HUMK. m.294 uyarınca tanıkla ispat mümkündür. Bak. Üstündağ, S., Medeni Yargılama, s.632; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri, s.1429.

151 Uygur, T., age. s.812. Bu anlaşmalar, şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Bak. Tunçomağ, K., age. s.1084; Erdem, N., age. s.1308.

152 Oğuzman/Öz, age. s.895.

153 Alacaklı ve borçlu, alacağın temlik edilmemesini borç senedinde tespit edebilirler. Bak. Ayiter, K., age. s.148.

bağımsız ve ayrı bir sözleşme ile de alacağın mutlak suretle temlik edilmeyeceğini veya belirli şartlarla temlik edilebileceğini kararlaştırabilirler.

b) Bazı yazarlara göre¹⁵⁴, tarafların açıkça anlaşmalarının dışında, genel kurallar uyarınca, hayatın mutlak ve beklenebilir durumlarında bu anlaşmayı zımni olarak kararlaştırabilmeleri de mümkündür.

Ancak diğer bazı yazarlar ise¹⁵⁵, temlik etmeme anlaşmasının zımnen yapılabileceğinin kabul edilmesine şüphe ile yaklaşılması gerektiğini ve zımnen böyle bir anlaşmanın yapılabileceği hakkındaki yorumun kolaylıkla kabul edilemeyeceği görüşünü savunurlar. Dolayısıyla zımni olarak temlik etmeme anlaşmasının yapılabileceğini kabul etmeyenlere göre, temlik yasağı sözleşmesi açıkça yapılmalıdır¹⁵⁶.

Biz öncelikle iradenin "zımnen" açığa vurulmasından ne anlaşılması gerektiğini, daha sonra da zımni olarak temlik etmemeye ilişkin yapılabildiği öne sürülen cari hesap ilişkilerindeki¹⁵⁷ durumu incelemeye çalışacağız.

154 Bucher, E., age.s.541; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268; Soergel/Zeiss, age. § 399, N.6, s.1832; Jauernig/Stürmer, age. §§ 399,400, 2.a), s.399; Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.422.

155 Blaum, M., agt. s.53; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.26, s.1614; Erman/Westermann, age. § 399, N.12, s.878.

156 Erman/Westermann, age. § 399, N.12, s.878.

157 Temlik etmeme anlaşmasının zımni olarak kararlaştırılabileceğini savunanlar (Jauernig/Stürmer, age. § § 399,400, 2.a), s.399; Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.422; Soergel/Zeiss, age. § 399, N.6, s.1832-1833) böyle bir anlaşmaya örnek olarak cari hesap ilişkisini gösterirler.

Hukuki bir sonuca varmak isteyen kişi, iradesini dolayısıyla açıklayan beyan veya davranışlarda bulunursa, söz konusu kişi iradesini zımni olarak açığa vurmuştur. Değişik şekillerde olan bu davranışlar (istisnai hallerde) susma¹⁵⁸ şeklinde olabileceĝi gibi, iradeyi gösteren hareketlerle¹⁵⁹ veya irade faaliyetleri¹⁶⁰ şeklinde de ortaya çıkabilir.

158 Ancak susma, istisna olarak bazı özel durumlarda zımni irade beyanı sayılabilir. Bunun için de bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. şöyle ki, olayın zelliĝi ile mevcut hal ve şartlar açısından, susan kişinin MK. m.2'de yer alan drştlk kuralı gereĝince olumlu, aktif bir davranışta bulunması icap etmelidir. Burada, durum, karşı taraf açısından incelenecektir. O, kendisince bilinen, bilinebilen bütün hal ve şartları MK. m.2'deki drştlk kuralının ıřıĝı altında deĝerlendirerek, diĝer tarafın olumlu beyanda bulunmak istemiyor ise cevap vermesi gerektiĝi sonucuna haklı olarak varmış olmalıdır. Onun, susan karşı tarafın bu tutumunu olumlu beyan sayması, güven nazariyesine hakim olan esaslar bakımından caiz sayılabilmelidir. Ayrıca susan tarafın, susmasının kendisine zımni bir irade beyanı olarak baĝlanması yol açan olguları bilmesi, hiç deĝilse bilebilecek durumda olması gerekir. Ancak bu durumdadır ki, onun susmasının karşı tarafça haklı olarak kabul (muvafakat) diye anlařılabileceĝinin farkına varması, baĝlanmak istemiyorsa, olumsuz cevap vermek, itiraz etmek imkanını kazanması söz konusu olabilir. Bak. Kocayusufpařaoĝlu, N., age. s.159-161.

159 Dış alemde belirli bir davranışta bulunan kişinin söz konusu davranışı, ancak alışveriş hayatındaki adetlere dayanarak o olayda mevcut bütün hal ve şartlar deĝerlendirildiĝi zaman bir iradenin varlıĝını gösteriyorsa, iradeyi gösteren hareketten söz edilir. Bu durumda, geri o kimse iradesini başkasına bildirmek için hareket etmektedir, ancak bu irade, beyan vasıtalarından doĝrudan doĝruya deĝil, ancak mevcut hal ve şartlar anlamlandırılarak anlaşılmaktadır. Bak. Kocayusufpařaoĝlu, N., age. s.156. Ayrıca bak. Tekinay/Akman/Burcuoĝlu/ Altop, age. s.64-65; Eren, F., Borçlar Hukuku, C.I, s.187.

160 İrade faaliyeti durumunda, bir kimsenin davranışlarından onda belirtili bir iradenin (hukuki sonuç veya muamele iradesi) bulunduĝu sonucuna varılmakta, fakat bu davranış iradeyi beyan etmek (dış dünyaya aksettirmek) amacı ile yapılmamaktadır. Diĝer bir deyişle, söz konusu kişinin dış alemde karşımıza çıkan ve belirli bir iradenin varlıĝını gösteren hareket tarzı, iradeyi

Ancak her ne şekilde olursa olsun mutlak temlik etmeme anlaşmalarının¹⁶¹ (her iki tarafın, yani alacaklı ve borçlunun) zımni irade açıklamasıyla yapılamayacağını düşünmekteyiz. Bu tür yasakların, nitelikleri itibariyle kararlaştırılabilmeleri için, tarafların bu konuda açıkça birbirleri ile anlaşmaları gerekmektedir¹⁶². En azından taraflardan birisinin temlik etmemeye ilişkin açık irade beyanında bulunması gerekir. İşte taraflardan birisinin açık irade beyanına, karşı taraf hayatın mutlak ve beklenebilir durumlarında, zımni (kabul) iradesi ile katılarak temlik etmeme anlaşması üzerinde anlaşmaya varabilirler. Dolayısıyla taraflardan en azından birisinin mutlak temlik yasağının ne olduğunu karşı tarafa açıkça bildirmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira kural alacağın, alacaklı tarafından, borçlunun onayına dahi gerek olmaksızın temlik edilebilmesi olduğuna göre, alacaklı ile borçlunun anlaşarak alacağın mutlak surette temlik edilemeyeceğini kararlaştırmaları da istisnai niteliktedir ve bu istisnanın da sözleşme ile

başkalarına bildirmek amacı ile yapılmayıp, doğrudan doğruya bu iradenin gerçekleştirilmesine yönelmiş bulunmaktadır. Bu gibi davranışlarda beyan şuuru veya iradesi (hiç değilse iradenin dış aleme aksettirilmesi anlamında) mevcut değildir. Bak. Kocayusufpaşaoğlu, N., age. s.157. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop ise irade faaliyetini, "delalet edici fiil" olarak nitelendirmekte ve zımni irade açıklamalarının, bazen açık bir beyana eş tutulamayan fiili davranışlarla, maddi fiillerle vukubulacağını belirtmektedirler. Bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.65.

161 Kavram için bak. ileride "Temlik yasağı çeşitleri" bölümü dn. 182.

162 Ücret alacaklarında, tarafların temlik etme yasağını zımnen kabul etmelerine olanak yoktur. Dolayısıyla tarafların bu konudaki anlaşmayı açıkça yapmaları gerekir. Bak. Palandt/Heinrichs, age. § 399, 3, s.419; Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.6, s.1833.

belirtilmesi, en azından sözleşmenin taraflarından birisi tarafından "açıkça" belirtilmesi gerekir.

Sınırlı temlik yasaklarında¹⁶³ anlaşmanın zımnen yapılabilmesi mümkün müdür? Bunun da mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Zira mutlak temlik yasaklarından daha özel nitelikleri bulunan sınırlı temlik yasaklarında, taraflar hangi şartlarla temlikin geçerli olacağını aralarında açıkça belirlemek zorundadırlar. En azından taraflardan birisinin hangi şartlarla temlikin mümkün olacağını diğer tarafa açıkça bildirmesi gerekir. Böylelikle taraflardan birisi tarafından açıkça tespit edilen sınırlı temlik yasağına, karşı tarafın zımni kabul beyanı söz konusu olabilir ve temlik yasağı sözleşmesi bu suretle kurulmuş olur. Örneğin, alacağın, sadece belli kişilere temlik edilemeyeceği konusunda taraflardan birisinin açıkça belirlemesi sonucunda anlaşmışlar ve alacak da, bu anlaşmanın dışındaki kişilere temlik edilmişse ortada zımni bir kabul beyanından söz edilebilir. Bunun aksi de mümkündür. Buna rağmen hem mutlak, hem de sınırlı temlik yasaklarında tarafların söz konusu yasak anlaşmalarını her iki tarafın zımni irade beyanları ile yapamayacaklarını düşünmekteyiz. Zira bu durum, istisnai nitelikte olan sınırlı temlik etmeme anlaşmaları için sözleşmenin içeriğini belirleyebilmek açısından mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla taraflardan en azından birisinin sınırlı temlik etmeme anlaşması ile neyi kararlaştıracıklarını veya neyi kararlaştırmak istediklerini karşı tarafa açıkça bildirmesi gerekir.

163 Kavram için bak. ileride "Temlik yasağı çeşitleri" bölümü dn.184.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar şunu göstermektedir. Temlik etmemeye ilişkin yapılacak bir anlaşmanın açıkça kararlaştırılması zorunluluğu vardır.

Temlik etmeme anlaşmasının zımnen de yapılabileceğini savunan yazarlar¹⁶⁴, böyle bir anlaşmaya örnek olarak cari hesap ilişkilerini gösterirler. Bu yazarlara göre, taraflar, karşılıklı olarak, alacaklarını cari hesap devresi sonuna kadar birbirlerinden istemekten vazgeçerler¹⁶⁵. Bu da cari hesaba giren her bir alacak ve her bir borç üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmakta ve bunun sonucu olarak da, cari hesaba girmiş bir kalem, taraflardan birisince başka kişiye devredilemez nitelik kazanmaktadır¹⁶⁶. Tarafların aralarında cari hesap sözleşmesi yapmaları ise, cari hesap sözleşmesinin sonuna kadar oluşacak kalemler üzerinde, başkalarına temlik etmeme hususunda zımnen anlaşıldığına ilişkin bir örnek teşkil eder.

Oysa bu yazarlar, cari hesap ilişkilerinde¹⁶⁷, münferit taleplerin bakiyenin çıkarılmasından önce temlik edilemeyeceğini (zaten bu tür sözleşmelerin doğası gereği)

¹⁶⁴ Soergel/Zeiss, age. § 399, N.6, s.1832-1833; Palandt/ Heinrichs, age. § 399, 3, s.422; Jauernig/Stümer, age. §§ 399,400, 2.a), s.399.

¹⁶⁵ Soergel/Zeiss, age. § 399, N.6, s.1832-1833.

¹⁶⁶ Cari hesabın bölünmezliği olarak ifade edilen bu konu hakkında bak. İmregün, O, age. s.113.

¹⁶⁷ Aralarında devamlı ilişki bulunan iki kişi arasında alıcı ve satıcı sıfatları sık sık yer değiştirebilir. Bir işlemde (A), diğerinde (B) satıcı olabilir. Birincide (A), ikincide ise (B) semeni ödemekle yükümlüdür. Bu gibi durumlarda alacakları takas etmek belki de gereksiz para hareketlerinin önüne geçecektir. İşte ekonomik yönden cari hesap "özel bir takas müessesesi"dir. Taraflar arasındaki alacaklılık sıfatı sadece satım sözleşmelerinden değil,

önceden ve tarafların bunu yazılı şekilde kararlaştırmış olduklarını (TTK. m.87/2) gözden kaçırmaktadırlar. Her ne kadar cari hesaba para, mal, hizmet veya başkaca ilişkilerden doğan alacaklar geçirilse de¹⁶⁸, sonuç da taraflar böyle bir sözleşmeyi yapmak arzusunda olduklarını açıkça kararlaştırmaktadırlar. Zira cari hesap ilişkisinin geçerli olabilmesi yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. Bu yazılı sözleşme sayesinde de zımni temlik etmeme anlaşmasının kararlaştırılması düşünülemez.

Her ne kadar temlik etmeme anlaşmaları şekle bağlı değilse de, kanun koyucu bir düzenleme getirmiştir. Borçlar Kanununun 162. maddesinin ikinci fıkrasında, "borçlu alacağın temlik edilmemesi şart edilmiş olmadıkça bu şartı ihtiva etmeyen bir ikrar bilkitabeye istinat ile, alacağını temellük eden üçüncü bir şahsa karşı iddia edemez" hükmü yer almaktadır. Ancak bu fıkranın, Kaynak İsviçre Kanununa isabet eden OR. Art.164/II uyarınca, "borçlu, temlik yasağını ihtiva etmeyen yazılı bir borç ikrarına güvenerek alacağı iktisap etmiş olan üçüncü kişilere karşı, anlaşma ile alacağın temlik edilemeyeceği defini ileri süremez" şeklinde anlaşılması gerekir.

Kanunkoyucu bu hükmü sevk etmek suretiyle 162. maddenin birinci fıkrasına bir istisna getirmiştir. Senede bağlanan bir alacak söz konusu ise ve bu senette de temlik edilmeme hususunda herhangi bir yazılı kayıt mevcut değilse, borçlu, bu senede gü-

başkaca sözleşmelerden, hizmet, komisyon, vekalet, karz veya diğer sözleşmelerden de doğabilir. Bak. İmregün, O., age. s.110.

168 İmregün, O., age. s.112.

venerek alacağı devralan (iyiniyetli) üçüncü kişiye karşı, alacağın temlik edilmeyeceğine ilişkin bir anlaşmanın var olduğunu ileri süremez¹⁶⁹.

BK. m.162/f.2'deki şartların varlığı halinde, borçlu, alacağın temlik edilmemesi şartına rağmen, devralan üçüncü kişiye karşı, temlik etmeme anlaşmasına dayanamaz:

aa) Alacak bir senede veya belgeye bağlanmışsa,

bb) Senet veya belge metninde alacağın başkasına devredilmeyeceği hususunda bir kayıt yoksa,

cc) Alacağı devralan kişi bu senet veya belgeye güvenerek alacağı devralmışsa, yani iyiniyetli ise, diğer bir deyişle kendisine temlik yapıldığı anda, alacaklı ile borçlu arasında temlik etmeme anlaşmasının bulunduğu bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyorsa, alacağı devralan üçüncü kişinin iktisabı korunur¹⁷⁰.

Borçlu, BK. m.162/f.2 uyarınca, alacağı devralan üçüncü kişiye karşı herhangi bir itirazda bulunamaz; ancak o (borçlu), aralarındaki sözleşmeyi ihlal eden alacaklıdan, uğramış olduğu zararların giderilmesini isteyebilir.

Taraflar, yaptıkları bir sözleşmede gerçekte bu sözleşmenin hiç bir şekilde hüküm doğurmaması konusunda anlaşmış veya görünüşte yapılan sözleşme ile aslında başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda anlaşmışlarsa, ortada

¹⁶⁹ Bucher, E., age. s.542-543; Keller/Schöbi, age. s.59; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N. 3612, s. 279; Erdem, N., age. s.1308; Özsunay, E., age. s.188; Ayiter, K., age. s.148; Tunçomağ, K., age. s.1085.

¹⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.247.

muvaazalı bir sözleşmenin varlığı söz konusudur¹⁷¹. Muvazaalı sözleşmeler hem taraflar¹⁷² için, hem de üçüncü kişiler¹⁷³ için hükümsüzdür¹⁷⁴.

Taraflar muvaazalı bir sözleşme yaptıktan sonra, sözde alacaklı, sözde borçlusundan olan alacağını üçüncü bir kişiye temlik ederse ne olur?

İşte bu sorun BK. m.18/f.2'de şöyle hükme bağlanmıştır. Tahriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyeran olunamaz.

Örneğin, muvaazalı sözleşme sonucunda alacaklı (A), sözde borçlusu (B)'den almış olduğu 1 milyon TL.'sı karşılığı olan senedi üçüncü kişi (Ü)'ye temlik ederse, iyiniyetli olması koşulu ile (Ü)'nün bu iktisabı korunur¹⁷⁵. Dolayısıyla bu senede güvenen (Ü)'ye karşı borçlu (B) muvazaa iddiasında bulunamayacağı gibi, ifayı yapmaktan da kaçınmaz. Zira muvaazalı bir sözleşmeye dayanan alacak doğmamış olsa bile, BK.

171 Bucher, E., age. s.146-147; Esener, T., Muvazaa, s.7.

172 Esener, T., Muvazaa, s.54 vd..

173 Esener, T., Muvazaa, s.90. Üçüncü kişilerden kimlerin anlaşılması gerektiği hususunda bak. Esener, T., Muvazaa, s.91 vd..

174 Buna karşılık Gauch'a göre burada söz konusu edilen hükümsüzlük değil, yokluktur. Bak. Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band I, N.1019, s.183.

175 Yazılı borç ikrarının muvaazalı olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişinin iktisabı korunmayacağı hususunda bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, age. s.252-253.

m.18/f.2 uyarınca, söz konusu alacağın üçüncü kişiye temlik edilmesi hüküm ifade edebilecektir¹⁷⁶, ¹⁷⁷.

BK. m.162/f.2 ile BK. m.18/f.2 birbiri ile uyumlu düzenlemeler olup, üçüncü kişilerin korunması amacıyla konulmuş hükümlerdir¹⁷⁸. Muvazaalı bir sözleşmeden doğan alacağını üçüncü kişiye devreden alacaklının, söz konusu temlik bazı koşulların varlığı halinde geçerlidir.

Bu koşullar şunlardır:

aa) Senet veya belge, borçlu tarafından imzalanmalıdır. Borçlu, sözde alacaklısına yazılı bir senet veya belge vermiş ve bunları imzalamışsa, bu tahriri borç ikrarı anlamına gelir ve sözde alacaklı da bu senet veya belgeyi üçüncü kişiye devrederse, temlik gerçekleşmiş olur. Ancak diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekir.

bb) Söz konusu senet veya belgede alacağın başkalarına temlik edilmeyeceğine ilişkin bir kayıt bulunmamalıdır. Şayet borçlu tarafından imzalanan senet veya metinde söz konusu alacağın üçüncü kişilere temlik edilemeyeceği konusunda bir kayıt varsa, bu

¹⁷⁶ Yazılı metnin borçlu tarafından imzalanması da gerekir. Bak. Oğuzman/Öz, age. s.891.

¹⁷⁷ Bu hüküm sayesinde yazılı borç senedine güvenerek iyiniyetle alacağı devralan üçüncü kişi, devreden maliki olmadığı bir alacağı iktisap ederken; muvazaa sebebiyle borç senedi vermiş olan borçlu, devreden kişinin borçlusu olmadığı halde, devralan üçüncü kişinin borçlusu durumuna gelir Von Tuhr/Escher, age. § 96/V, 1, s.365. Kanun koyucu BK. m.18/f.2' yi koymakla ticari işlerde güvence sağlamayı amaçlamıştır. Bak. Esener, T., Muvazaa, s.127.

¹⁷⁸ Esener, T., Muvazaa, s.127.

kayıt üçüncü kişi açısından söz konusu senet veya metinde yer alan kaydı görmediğini bildirmesini engeller bir nitelik taşır. Ancak böyle bir kayıt bulunmuyorsa, temlik geçerlidir.

cc) Alacağı devralan üçüncü kişi, bu senet veya belgeye dayanarak (güvenerek) hareket etmelidir. Şayet senet veya belge metninde devredilmeyeceğine ilişkin bir kayıt yoksa, devralanın iktisabı korunur. Zira devralan üçüncü kişi, sözde alacaklının kendisine vermiş olduğu senet veya belgede yazılı bulunanlara dayanmak suretiyle hareket etmiştir. Devralan kişinin güveninin korunabilmesi için senet veya belgeyi incelemiş olması yeterlidir. Dolayısıyla metinde yer almayan temlik olunamayacağına ilişkin kaydı görmesine de olanak bulunmamaktadır. O, devreden tarafından kendisine verilen senede veya belgeye güvenmek suretiyle alacağı devralmıştır.

dd) Devralan üçüncü kişi kendisine temlik yapıldığı anda, alacağın muvazaalı olduğunu bilmemeli veya bilmesi gerekmemelidir. Diğer bir deyişle temlik yapıldığı anda iyiniyetli olmalıdır. Şayet alacağın muvazaalı olduğunu üçüncü kişi biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, sözde alacağı iktisap eden üçüncü kişinin iyiniyetinden söz edilemez. Dolayısıyla temlik yapıldığı anda alacaklı ile borçlu arasında her hangi bir alacağın mevcut olmadığını bilen veya bilmesi gereken kişinin iktisabı korunmaz. Söz konusu kişi (sözde) alacakta da hak sahibi olamaz. Ancak bu koşulların varlığı halindedir ki, yapılan temlik geçerlidir¹⁷⁹.

179 Esener, T., Muvazaa, s.131-136.



§ 5. TEMLİK YASAĞI ÇEŞİTLERİ

I. Genel olarak

Taraflar, temlikin hiç bir şekilde olmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi (mutlak temlik yasakları); bu konuda bir takım sınırlamalar da (sınırlı temlik yasakları) getirebilirler¹⁸⁰. Diğer bir deyişle taraflar, temlikin zorlaştırılması şeklinde sınırlamalar getirebilecekleri gibi, tamamen yasaklanması konusunda da anlaşabilirler¹⁸¹.

Temlik kısıtlama ve yasaklarında taraflar, alacağın hiç kimseye temlik edilemeyeceğini; veya yalnızca belirli kişilere; veya belirli bir süre için; veya borçlu veya bir üçüncü kişinin rızası (onay vermesi) halinde; veya borçluya ihbar edilmesi şartına bağlanan bir temlik ile devrin mümkün olacağını kararlaştırabilirler. Taraflar kısıtlama ve yasak getirme konusunda tamamen serbesttirler. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, temlik yasağı sözleşmesinin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir.

180 Nitekim Alman doktrininde mutlak temlik yasakları sınırlandırılmamış temlik yasakları (Die uneingeschraenkten Abtretungsverbote); sınırlı temlik yasakları ise sınırlandırılmış temlik yasakları (Die eingeschraenkten Abtretungsverbote) olarak adlandırılmaktadır, bak. Blaum, M., agt. s.64-65.

181 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.17, s.720; Becker, H., age. Art.164, N.45, s.784; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.157, s.126; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250

II. Mutlak Temlik Yasakları

Taraflar, sözleşmeye herhangi sınırlayıcı bir kayıt koymaksızın genel anlamda bir temlik yasağı koyabilecekleri gibi, temlik edilmemesi hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, bu konuda bir kural koymamış da olabilirler. Bu tür temlik yasaklarında temlik mutlak (bütün) olarak yasaklanmaktadır¹⁸². Dolayısıyla herhangi bir sınırlama getirilmediğinden mutlak (sınırlandırılmamış) temlik yasakları olarak adlandırılabilirler.

Alacaklı ile borçlu, alacağın hiç kimseye hiç bir surette temlik edilmeyeceği konusunda anlaşmaya varmalıdır. Bu sayede temliki mutlak olarak yasaklamış olurlar. Ancak taraflar aralarında her hangi bir temlik yasağı konulması hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, temlik yasağının şeklini belirlememişlerse, onların irade beyanlarının yorumundan temliki mutlak surette yasakladıkları sonucu çıkarılır¹⁸³. Zira taraflar ne tür bir yasağın konulmasını istiyorlarsa, bunu açıkça belirlemeleri gerekir. Temlik etmeme anlaşması üzerinde anlaşmaya varmalarına rağmen, şekil hususunda herhangi bir kısıtlama belirlememişlerse, tarafların temliki mutlak suretle yasakladıkları sonucu çıkarılır.

III. Sınırlı Temlik Yasakları

182 Becker, H., age. Art.164, N.45, s.784; Oser/ Schönenberger, age. Art.164, N.17, s.720; Gauch/Schlupe/Jaeggi, Band II, N.3561, s.268; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Erman/Westermann, age. § 399, N.2, s.876; Blaum, M., agt. s.65; Koziol, H., JB. 1980, 117.

183 Blaum, M., agt. s.65.

Alacaklı ve borçlu, temlik etmeme konusunda bir takım sınırlamaları da aralarında anlaşmak suretiyle kararlaştırabilirler. Böylece taraflar, temlikin tamamen yasaklanmasını değil, ancak belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde devredilebileceğini arzulamaktadırlar.

Bu tür yasaklarda, taraflar (alacaklı ve borçlu), basit ve şekle uyulmaksızın yapacakları bir temlik yasağı sözleşmesi ile, temlik işlemini bir takım sınırlandırmalara tabi tutmak isteyebilirler. Alacaklı ve borçlu, bu sınırlandırmayı diledikleri şekilde yapmak suretiyle hangi şartlarda temlikin etkili olabileceğini kararlaştırabilirler¹⁸⁴.

Bu tür sınırlandırılmış temlik yasaklarını aşağıda belirlediğimiz şekillerde incelemek mümkündür:

1) Borçlunun veya üçüncü kişinin rızasına bağlanan temlik yasakları

Taraflar, ancak borçlunun rızası ile temlikin mümkün olacağı konusunda anlaşabilirler. Diğer bir deyişle, alacağını temlik etmek isteyen alacaklı, borçlu ile yaptıkları anlaşma uyarınca ancak borçlunun rıza göstermesi şartı ile temlikin geçerli olarak meydana gelebileceğini kararlaştırabilirler¹⁸⁵.

184 Blaum, M., agt. s.67.

185 Bucher, E., age. s.542; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Huber, U., NJW 1968, 1906; Blaum M., agt. s.67; Tunçomağ, K., age. s.1084; Erman/Westermann, age. § 399, N.2, s.876; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.157, s.126; MünchKomm/ Roth, age. § 399, N.29, s.1615.

Bu tür yasaklarda borçlu, alacaklının değişmesini isteyip istememek konusunda aktif olarak söz sahibidir. Zira onun vereceği rıza (onay) sayesinde temlik işlemi gerçekleşebilecektir. Diğer bir deyişle, alacaklının değişmesini isteyen alacaklıya karşılık, bu değişikliğin mümkün olup olmayacağına rıza göstermek suretiyle karar verecek olan borçludur ve temlikin gerçekleşip gerçekleşmemesi tamamen borçlunun iradesine bırakılmıştır. Borçlunun rızasına bağlı olan bu tür sınırlandırma, sınırlı (sınırlandırılmış) temlik yasağı halinin en yaygın şeklidir¹⁸⁶.

Bu durumda alacağını temlik etmek isteyen alacaklı, söz konusu alacağını üçüncü kişiye devretmek istediğinde, borçlu, temlik edilmek istenen alacağın söz konusu bu kişiye devredilmemesini isteyebilir ve bu suretle de alacaklısının değişmesi imkanını ortadan kaldırdığı gibi, istemediği kişilerle borç ilişkisi içerisine girmek durumundan da rıza göstermemek suretiyle kendisini korumuş olur.

Taraflar, borçlunun rızasına bağlanan temlik yasağı şartından farklı olarak bir üçüncü kişinin rızası şartına bağlamak suretiyle de temlikin mümkün olabileceğini kararlaştırabilirler. Buradaki üçüncü kişiyi belirlemek tarafların elinde olduğu için doğaldır ki, hem alacaklı hem de borçlu kendileri için en uygun kişiyi seçmek isteyeceklerdir.

Bir üçüncü kişinin rızası ile temlikin mümkün olacağının kararlaştırılması halinde ise borçlunun durumu, kendi iradesi ile rıza göstermesi halindeki durumundan biraz daha fazla risklidir, zira artık onun (borçlunun) rıza göstermesinin temlikin gerçekleşmesi

186 Blaum, M., agt. s.67-68; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.29, s.1615.

konusunda hiç bir etkisi olmayacağı gibi, bu tür temlik kısıtlamasında, temlik işlemine muvafakat etmesi gereken üçüncü bir kişinin iradesi söz konusudur. Bu durum borçluyu kendisinin vereceği rızaya göre daha fazla risk altına sokmaktadır. Zira borçlu kendisinin rızasına bağlanan bir temlik yasağı sözleşmesinde, alacağın istemediği üçüncü kişilere temlik edilmesine rıza göstermeyebilir ve bu suretle temliki engelleyebilme olanağına sahip olur. Oysa üçüncü kişinin rızasına bağlanan temlik yasaklarında, temliki geçerli hale getirebilecek olan bir üçüncü kişidir. Sadece onun irade açıklaması ile temlik işlemi geçerli hale gelir ve borçlunun herhangi bir irade açıklaması da söz konusu temliki engellemeye yetmez.

Temliğin üçüncü kişinin rıza göstermesine bağlanması durumunda söz konusu üçüncü kişinin iradesine gerek vardır ve ancak bu irade olumlu bir şekilde verilirse, temlik gerçekleşmiş olur. Gerçi burada borçlunun temlike etkisi yoktur, ancak söz konusu üçüncü kişinin belirlenmesinde rolü olduğu da bir gerçektir. Nitekim taraflar bu üçüncü kişiyi belirleme yetkisini borçluya bırakmış da olabilirler. Böylelikle doğrudan doğruya temlike etkisi olmayan borçlu seçeceği üçüncü kişi aracılığıyla da dolaylı yoldan temlike etki edebilme şansına sahip olur.

Buna karşılık bir üçüncü kişinin temlik konusunda rıza göstermek suretiyle devreye girmiş olması da, alacaklının, alacağını istediği şekilde devretmek istemesine bir sınırlama, bir engel olarak ortaya çıkar¹⁸⁷. Diğer bir deyişle artık alacaklı, alacağını söz konusu kısıtlamalar getirilmezden önceki durumundan farklı olarak dilediği gibi, istediği kişi veya kişilere temlik edebilme olanağından yoksun kalmaktadır. Temlik

187 Blaum, M., agt. s.68.

konusunda devreye borçlu veya üçüncü bir kişi girmektedir ki, bu da alacaklının dilediği gibi temlik yapabilmesine bir sınırlama getirmektedir.

Burada incelememiz gereken diğer bir nokta ise, tarafların ferden belirledikleri üçüncü kişi ölürse, söz konusu sınırlı temlik yasağının geleceğinin ne olacağıdır? Ortada ferden belirlenmiş olmasına rağmen rıza gösterecek bir kişi kalmazsa, acaba bu yasak sözleşmesi hala geçerli olur mu? Yoksa değişik bir şekle mi girer?

Her ne kadar taraflar üçüncü kişiyi ferden belirlemiş olsalar da, burada önemli olan, tarafların ferden belirledikleri kişinin, kişisel nitelik ve özelliklerini göz önüne almalarıdır. Dolayısıyla ölüm halinde ölenin mirasçıları rıza verme yetkisine sahip olamazlar. Ferden belirlenen kişinin ölmesi halinde taraflar yeni bir kişiyi belirleyebilirler. Ancak üçüncü kişinin rızasına bağlanan temlik yasağı sözleşmelerinde, bunu belirlememişlerse, artık tarafların irade beyanlarının yorumu ön plana çıkar. Dolayısıyla sınırlı temlik yasağı sözleşmesinin yorumlanmasından, başka kişinin değil de, sadece o kişinin rızası ile temlikin gerçekleşeceği çıkartılırsa, artık üçüncü kişinin rızasına bağlanan sınırlı temlik yasağı, mutlak temlik yasağı statüsüne girer. Zira sınırlı veya mutlak temlik yasağı sözleşmeleri borçlunun menfaatini göz önüne alan sözleşmelerdir. Bu yorum bizi üçüncü kişinin rızasına bağlanan sınırlı temlik yasağı sözleşmelerinden mutlak temlik yasağı sözleşmelerine götürür. Buna karşılık taraf iradelerinin yorumundan o kişi olmasa da başka birisinin rızası ile bu gerçekleştirilebilir sonucu çıkartılırsa, taraflar aralarında yeniden anlaşmak suretiyle yeni bir kişiyi rıza verme konusunda yetkilendirebilirler. Dolayısıyla sınırlı temlik yasağı aynı kalmaya devam eder, ancak rıza verecek üçüncü kişi yeni bir kişi olarak belirlenir.

Bir başka sorun ise, ferden belirlenen üçüncü kişinin ehliyetini kaybetmesi halinde ortaya çıkar. Belirlenen üçüncü kişi temyiz kudretini kaybetmek suretiyle tam ehliyetsiz duruma düşerse, acaba sınırlı temlik yasağı sözleşmesi, mutlak temlik yasağına mı dönüşür? Yoksa artık alacak yeniden devredilebilir bir hale mi gelir?

Taraflar, ehliyetini kaybeden üçüncü kişinin kişisel özellik ve niteliklerini (kişiliğini) ön plana alarak böyle bir sınırlı temlik yasağı sözleşmesi yapmışlardır. Şayet tarafların iradelerinin yorumu, ehliyetini kaybeden kişinin rızasının önemli olduğu ve bu rıza olmadan böyle bir temlikin yapılamayacağı yolunda ise, söz konusu sınırlı temlik yasağı, mutlak temlik yasağına dönüşür. Buna karşılık iradelerin yorumundan başka kişinin rızası ile de böyle bir temlikin gerçekleştirilebileceği sonucu çıkartılırsa, sınırlı temlik yasağı sözleşmesi aynı kalmaya devam eder, ancak bir başka üçüncü kişinin rızası aranır ki, taraflar bunu yapacakları yeni bir sınırlı temlik yasağı ile kararlaştırırlar.

Ancak şu noktayı belirtmemiz gerekiyor. Tarafların iradelerinin yorumlanmasında, borçlunun menfaatine olan yorumların daha fazla göz önüne alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira sınırlı da olsa, mutlak da olsa temlik yasağı sözleşmeleri borçlunun menfaatine olan sözleşmelerdir. Dolayısıyla sınırlı temlik yasağının, mutlak temlik yasağına dönüşmesinin borçlunun daha fazla menfaatine olduğu düşüncesindeyiz. Ancak buna rağmen tarafların söz konusu yasak sözleşmesi ile neyi amaçladıkları önemlidir.

Bütün bunların yanı sıra tarafların belirleyecekleri üçüncü kişi, resmi bir makam da olabilir. Taraflar, resmi makamın fiilinin temlik sözleşmesinin hüküm ifade etmesini sağlayan tamamlayıcı unsur olacağı konusunda anlaşabilirler. Örneğin, temlik

sözleşmesinin geçerliliğinin noterin vereceği onay sayesinde mümkün olacağını kararlaştırabilirler veya alacaklı ve borçlu, devreden ile devralan arasında ancak noter tarafından re'sen düzenlenen bir temlik sözleşmesi olursa, temlikin geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Burada da yazılı temlik sözleşmelerinin ağırlaştırılması suretiyle bir temlik sınırlaması ile karşılaşmaktayız. Şayet resmi makamın (noterin) fiili (onaylaması veya re'sen düzenlemesi) gerçekleşmezse, temlik sözleşmesi hüküm ifade etmez¹⁸⁸. Dolayısıyla sınırlı temlik yasağı sözleşmesi gereğince, borçlu kendisine başvuran kişilere karşı söz konusu temlik yasağını ileri sürebilir ve böylece borcu ifa etmekten kaçınabilir.

2) Temlik şartlarının "pactum de non cedendo" ile belirlenmesi.

Alacaklı ve borçlu, baştan beri hangi şartlarla^{189, 190}, temlikin gerçekleşebileceği hususunda anlaşabilirler. Diğer bir deyişle, taraflar önceden belirlemiş oldukları şartların

188 Oğuzman/Öz, age. s.130

189 Bütün hukuki işlemlerin şarta bağlanabilmesi mantiken mümkünse de, hukuken yasaklanmıştır. BK. m.149 vd. ile MK. m.5 hükümleri bir arada incelendiğinde, hukuki işlemlerin şarta bağlanabilmesinin kural olduğu ortaya çıkar. Ancak bu kural kanun koyucunun hukuki işlemlerin şartlı olarak yapılmasındaki menfaate üstünlük tanıdığı ölçüde geçerlidir. Bununla beraber şart yasağının hangi işlemler için söz konusu olduğu genel bir ilkeye bağlanmadığı gibi, tek tek de sayılmamıştır. Bir kaç hükümden başka (örneğin, BK. m.214; MK. m.549 gibi) işlemlerin şarta bağlanamayacağı hususunda düzenleme yoktur. Ancak bu durum, kanun koyucunun bu işlemler dışında şart yasağı getirmedeği anlamına gelmez. Bak. geniş bilgi için Sirmen, L., age. s.99 vd..

190 Taraflar hukuki işlemin etkisinin başlamasını gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlarsa, geciktirici şart söz konusudur. Bak. Sirmen, L., age. s.53-54;

gerçekleşmesi halinde temlikin geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Dolayısıyla taraflar, burada sözü edilen şartları "sözleşme serbestisi prensibi" gereğince diledikleri gibi kararlaştırabilirler.

Taraflar temlikin geçerli olabilmesini belli yükümlülüklerin devralan tarafından üstlenilmesi şartına bağlayabilirler¹⁹¹. Bu yükümlülükler değişik şekillerde olabilir. Örneğin, bir malın patentinin kullanımı ile ilgili olarak patent sahibi ile bir üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye göre, patent üçüncü kişiye devredilmekle birlikte, patent sahibine de, bu devirden bir pay verilmesi öngörülmüş olabilir. Yine bu sözleşmeye göre, patent sahibine söz konusu işletmenin 10 yıl süre ile teknik idareciliği (maaş karşılığı olmak üzere) ve- rilmiş ve işletmenin el değiştirmesi durumunda söz konusu bu şartların devralan tarafından da yerine getirilmesi kararlaştırılmış olabilir¹⁹². Böyle bir şart sayesinde temlikin geçerli olarak yapılması öngörülmüşse, devralan kişi de, alacaklı ile borçlunun (patent sahibi ile üçüncü kişi) aralarında yapmış oldukları sözleşme ile bağlıdır. Dolayısıyla devralan, patent sahibinin 10 yıl süre ile (maaş karşılığı olarak) teknik idarecilik yapmasını engelleyemez.

Pulaşlı, H., age.57. Taraflar hukuki işlemin etkisinin sona ermesini gelecekteki şüpheli bir olayın gerçekleşmesine bağlamışlarsa da, bozucu şarttan söz edilir. Bak. Simen, L., age. s.54 vd.; Pulaşlı, H., age. s.63 vd..

191 Blaum, M., agt. s.68.

192 RGZ 121, 257.

Yine tarafların temlikin geçerli olabilmesini belli olayların gerçekleşmesi şartına bağlamaları mümkündür¹⁹³. Örneğin, İzmir'de ikamet etmekte olan alacaklı ve borçlu, aralarında yapacakları sınırlı temlik yasağı gereğince, taraflardan birinin bir başka yere tayin edilmesi halinde, alacağın İzmir'de ikamet eden bir üçüncü kişiye temlik edileceğini kararlaştırmış olabilirler. Alacaklı ve borçlu, belli olayların gerçekleşmesi şartı ile temlikin geçerli olmasını, ancak tarafların İzmir'den başka bir şehre tayin olması şartına bağlamaktadırlar. Dolayısıyla herhangi bir tayin olmadığı takdirde de alacak temlik edilmeyecektir.

Bunun yanı sıra alacaklı ile borçlu, alacağın yalnızca belli bir kişiye veya belli kişilere devredilebileceği konusunda da anlaşabilirler¹⁹⁴. Bu kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilir. Örneğin, temlikin sadece (X) kişisine temlik edilebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, yalnızca (X) veya (Y)'den birisine devredilebileceği hususunda da anlaşabilirler. Tarafların (X) veya (Y)'den birine temlik edilebileceği konusundaki anlaşmalarına ek olarak; temlik edilecek kişinin bu kişilerden hangisi olacağını belirleme yetkisini, devreden alacaklıya veya borçluya bırakmaları da mümkündür. Gerçi taraflar belirli sayıda temlik edilebilecek kişileri [(X) veya (Y)'yi] birlikte kararlaştırmış olabilirler, ancak temlikin hangisine yapılacağını seçme hakkını alacaklıya veya borçluya bırakmış olmaları mümkündür.

193 Blaum, M., agt. s.68.

194 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.17, s.720; Spirig/Gauch, age. Art.164, N.157, s.126; Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.5, s.1832; Reisoğlu, S., age. s.363; İnan, A. N., age. s.398; Saymen/Elbir, age. s.340.

Taraflar, temlikin ferden belirlemiş oldukları üçüncü kişiye yapılması konusunda anlaşmışlar, ancak söz konusu üçüncü kişi temlikten önce, fakat ferden belirlendikten sonra ölürse veya ehliyetini kaybederse, sözleşme ile getirilen temlik kısıtlamasının geleceği ne olur? Aynı şekilde belirlenen bu üçüncü kişi bir tüzel kişi ise ve bu tüzel kişi başka bir tüzel kişi ile birleşirse veya tüzel kişiliği sona ererse sınırlı temlik yasağının geleceği ne olur?

Her ne kadar bir kişinin ölümü halinde malvarlığında bulunan hak ve borçlar mirasçılara bir bütün olarak küll halinde intikal ederse de^{195, 196}, burada alacağın kanuni hükümle intikali söz konusu değildir. Zira alacaklı ve borçlu, ferden bir kişi belirlemişler ve ancak o kişiye devredildiğinde temlikin geçerli olacağını şart koşmuşlardır. O kişinin kişisel nitelik ve özelliklerine önem verdikleri için temlikin de ancak ona yapılabileceği şartını kararlaştırmışlardır. Dolayısıyla o kişinin ölümü üzerine sadece ona devredilebileceği şartına bağlanan bir temlik kısıtlaması, ölenin mirasçılara intikal etmeyeceği gibi; tarafların sınırlı olarak kararlaştırmış oldukları bu temlik yasağı da, artık mutlak temlik yasağına dönüşecektir. Zira taraflar temlikin ferden belirledikleri kişiye yapılmasını ve temlikin ancak ona yapılabileceğini kararlaştırmış olmalarına rağmen, ortada temlik edilebilecek bir kişi kalmadığı içindir ki, sınırlı olan

195 Oğuzman, K, Miras. s.3-4; İmre/Erman, age. s.8-10.

196 Burada belirtmemiz gerekir ki, temlik yasağı sözleşmesinin taraflarından birisinin veya her ikisinin ölmesi halinde bu sözleşmenin geleceği nasıl etkilenir? Bir kişinin ölmesi üzerine malvarlığında bulunan hak ve borçlar bir bütün halinde mirasçılara (kanuni hükümle) intikal edeceği için (MK. m.539), taraflar ne tür bir temlik yasağı (sınırlı veya mutlak olması farketmez) kararlaştırmışlarsa, mirasçılar da temlik yasağı sözleşmesine aynı şartlarla taraf olurlar.

temlik yasağı da mutlak temlik yasağına dönüşür. Ancak taraflar daha sonra yapacakları bir sözleşme ile mutlak temlik yasağını tamamen ortadan kaldırıp, alacağın yeniden devredilebilir olacağını kararlaştırabilecekleri gibi, yeni bir sınırlı temlik yasağı sözleşmesi de yapabilirler.

Benzer bir sorun da ferden belirlenen kişinin ehliyetini kaybetmesi durumunda karşımıza çıkabilir. Temlik işlemi yapılmadan önce (ancak sadece ona temlikin yapılabileceği kararlaştırılmışsa) o kişi temyiz kudretini kaybetmişse temlik yasağı sözleşmesinin geleceği ne olacaktır?

Taraflar temyiz kudreti olan bir kişiyi seçmiş olmalarına rağmen, o kişi daha sonra temyiz kudretini kaybetmişse, yine kişiliği ön plana çıkmış (ferden belirlenmiş) bir kişi söz konusudur. Dolayısıyla o kişinin temyiz kudretini kaybetmesi ile makul surette hareket edebilme iktidarını da kaybedeceği açıktır. Sadece ona yapılabileceği öngörülen temlikin makul surette hareket iktidarını kaybedeceği göz önüne alındığında, söz konusu sınırlı temlik yasağı da, mutlak temlik yasağına dönüşecektir. Burada da taraflar, mutlak temlik yasağını ortadan kaldırabilecekleri gibi, başka bir sınırlı temlik yasağı sözleşmesi de serbestçe belirleyebilirler.

Tüzel kişilerde de karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır. Acaba tarafların belirledikleri tüzel kişi sona ermişse temlik yasağı sözleşmesinin geleceği ne olacaktır?

Örneğin taraflar sadece (X) derneğine, dolayısıyla o derneğin üyelerine temlikin yapılabileceğini öngörmüşler ve bu demek de daha sonra sona ermişse, ne olacaktır? Ortada (X) derneği kalmadığı için derneğin üyelerinin de var olduğu söylenemez. Dolayısıyla var olmayan kişilere temlik yapılamayacağı için artık bu sınırlı temlik yasağı

sözleşmesi hüküm ifade etmeyecektir. Tarafların iradelerinin yorumundan çıkartılacak sonuç temlikin sadece bu demeğe yapılabileceği ise, sınırlı temlik yasağı, mutlak temlik yasağına dönüşür. Ancak yorumla, ortada temlik edilebilecek bir demeğin üyeleri olmadığı için, alacak artık herkese devredilebilir sonucu çıkartılabilirse, alacak sınırlı temlik yasağından önceki devredilebilecek duruma geri dönecektir. Diğer bir deyişle alacağın tekrar devredilebilirliği canlanmış olur. Taraflar serbestçe başka bir temlik yasağını da kararlaştırabilirler. Bu kararlaştıracakları temlik yasağı sınırlı olabileceği gibi, mutlak bir temlik yasağı da olabilir.

Bir diğer sorun ise şöyle karşımıza çıkabilir. Borçlu, sadece (X) tüzel kişiliğine temlikin yapılmayacağı konusunda alacaklı (Y) tüzel kişisi ile anlaşmış ve daha sonra (X) tüzel kişiliği (Y) tüzel kişiliği ile birleşmişse, bu durumda ne olur? Örneğin (X) ortaklığı, (Y) ortaklığı ile birleşirse ne olur? Bilindiği üzere birleşme iki şekilde olur. Yeni kuruluş veya katılma (iltihak).

Yeni kuruluşta birden çok ortaklığın bir araya gelmek suretiyle yeni bir ortaklığı oluşturmaları söz konusu olur. Birleşen ortaklıklar infisah etmekle birlikte tasfiye olmazlar. Malvarlıkları bir bütün halinde yeni ortaklığa devredilir^{197, 198}.

197 Birleşmede ortaklıkların malvarlıkları tasfiye olunmaksızın bu ortaklıklardan birine veya yeni kurulan ortaklığa kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmektedir. Böylece ortaklıkların malvarlıkları birleşmekte ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklık ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsünde, bünyesinde birleşilen ortaklıkta kendiliğinden ortaklık payı kazanmasıdır. Bak. Poroy/Tekinalp/çamoğlu, age. s.71; Türk, H. S., Birleşme s. 11-20. Ayrıca birleşme için en az iki ticaret ortaklığının bulunması önkoşul olmakla birlikte bu yeterli değildir. Zira birleşme yalnız "aynı neviden" ticaret ortaklıkları arasında

Katılmada ise bünyesinde birleşilecek bir ortaklık eskiden beri vardır. Buna katılınan ortaklık denir. Bu ortaklık birleşme için de kurulmuş değildir. Diğer ortaklık ise eskiden beri var olan bu ortaklığa katılmaktadır. Katılan ortaklıkların birden fazla olması mümkündür. Katılan ortaklığın mal varlığı, bir bütün halinde katılınan ortaklığın mal varlığına girer. Katılma gerçekleştikten sonra katılan ortaklık tüzel kişiliğini yitirir. Ancak bunlar infisah etmesine rağmen, tasfiye olunmazlar¹⁹⁹.

Birleşme işlemi gerçekleştikten sonra katılınan veya yeni kurulan ortaklıklar ortadan kalkan ortaklıkların yerine geçerler²⁰⁰. Dolayısıyla sadece (X)'e temlikin yapılmayacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, daha sonra alacaklı (Y) ortaklığı, temlik yasağında sadece ona temlik edilmeyeceği hususunda bir anlaşma olmasına rağmen, (X) ortaklığı ile birleşirse, alacak kanuni bir hükümle (X)'e intikal etmiştir. Diğer bir deyişle (X), (Y)'nin kanuni halefi olmaktadır. Tarafların kararlaştırmış oldukları sınırlı

yapılabilir (TTK. m.147). "Nevilerin aynı olması" koşulunun incelenmesi hakkında geniş bilgi için bak. Türk, H. S., Nevilerin Aynı Olması, s. 245 vd., özellikle s.290-291.

198 Birleşme tamamlandığında da birleşen ortaklıkların tüzel kişilikleri, ticaret sicilinden terkin edilmek suretiyle ortadan kaldırılır ve birleşme ölçüsünde paylar elde edilir. Bak. Poroy/Tekinalp/çamoğlu, age. s.76; Türk, H. S., Birleşme s. 80-102.

199 Poroy/Tekinalp/çamoğlu, age. s. 76-77; Türk, H. S., Birleşme s.80-102.

200 Yarg. HGK'nun 20.3.1963 tarih ve E.6/65, K.31 sayılı kararına göre, "TTK. m.151 uyarınca iki ticari ortaklığın birleşerek yeni bir ortaklık meydana getirmeleri halinde hak ve borçları yeni kurulan ortaklığa geçer. Diğer bir deyişle yeni ortaklık, birleşen ortaklıkların kanuni halefi olur ve bu bakımdan (B) Bankasının kiracılık hak ve sıfatı davalı (A) Bankasına geçmiş sayılır" AD. 1963, s.803.

temlik yasağı (X)'in kanuni halef olması sebebiyle (X)'e karşı hüküm ifade etmeyecektir. Alacak (X)'e intikal etmiştir ve borçlu, (Y)'ye [sınırlı temlik yasağı sayesinde (X)'e temlik edilmeyeceği kararlaştırılmış] olan borcunu artık (X)'e ifa etmek zorundadır. Böyle bir durumda kanunen intikal eden bir alacak için, borçlunun, alacaklı ile aralarında sınırlı temlik yasağı sözleşmesinin var olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.

Alacaklı ile borçlu, alacağın bölünebilir olması şartı ile (X) ve (Y)'ye temlikin yapılabileceği konusunda da bir sınırlama getirebilirler. Alacağın (bölünebilir olması koşulu ile) ne miktarının, kime temlik edileceğini belirleme yetkisini de içlerinden birisine (alacaklı veya borçludan birisine) bırakmış olabilecekleri gibi, bu konuda her ikisinin veya bir üçüncü kişinin yetkili olacağı bir sözleşme de yapabilirler.

Yine tarafların, temlikin belli bir süre içinde yapılması veya belli bir süre için yapılmaması hususunda anlaşmaları mümkündür²⁰¹. Örneğin, borçlu, alacaklısına "borç ilişkisinin doğumundan itibaren üç ay süre ile alacağı temlik etmemesini" şart olarak ileri sürebilir. Bu süre içinde yasağa aykırı olarak yapılan temlik geçersiz olacaktır.

Veya taraflar "temlikin ancak üç ay içinde" vukubulması halinde geçerli olacağı hususunda bir şartı kabul edebilirler. Şayet üç ay içinde temlik vukubulmazsa, kararlaştırılan sınırlı temlik yasağı, mutlak temlik yasağına dönüşecek ve artık alacak hiç kimseye temlik edilemeyecek bir duruma gelecektir.

201 Von Tuhr/Escher, age. § 94/II, s.347; Spriig/Gauch, age. Art.164, N.157, s.126; Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.17, s.720; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku C.II, s.632; Saymen/Elbir, age. s.340.

Kaldı ki, belirlenen bu süreler içinde belli kişilere temlikin yapılmaması veya ancak belli kişilere yapılması konularındaki kısıtlamalar, yine belirlenen bu süreler içinde olmak koşulu ile belli olayların gerçekleşmesi veya belli yükümlülüklerin devralan tarafından yerine getirilmesi şeklinde de ortaya konulabilir.

3) Temlik borçluya ihbar şartına bağlayan temlik yasakları

Sadece borçluya ihbar şartına bağlanan durumlarda temlik yasağının en zayıf şekli ile karşılaşılır. Bu durumda temlikin yapılması halinde bile alacaklı söz konusu şartı yerine getirmek suretiyle temlik işleminin geçerli olarak yapılabilmesini sağlayabilir. Dolayısıyla alacaklının tek başına hareket etmek suretiyle yapabileceği bir şey, alacağın temlikinin geçerli hale getirilmesini mümkün kılmaktadır.

Burada taraflar temlik işleminin geçerli olmasını, yazılı şekilde ihbar edilmesi veya başka bir şekilde yapılacak ihbar şartına bağlayabilirler²⁰². Hatta temlik sözleşmesinin özel bir yazılı şekilde ihbar edilmesi de taraflarca kararlaştırılabilir. Tarafların kararlaştıracakları bu tür ihbar şartına bağlı olan temlik etmeme yasakları, sözleşme serbestisi çerçevesinde değişik şekillerde ortaya konulabilir.

²⁰² Blaum, M., agt. s.68; Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.17, s.720; Soergel/Zeiss, age. § 399, N.5, s.1832; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.29, s.1615; Tunçomağ, K., age. s.1084; Feyzioğlu, N. F., Borçlar Hukuku, C.II, s.632.

Örneğin, noter tarafından borçluya yapılacak bir ihbar şartı taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Burada tarafların özel bir yazılı şekilde ihbar şartı olarak kararlaştırdıkları noterlikçe borçluya temlikin yapıldığının ihbar edilmesidir. Devreden, temlik işlemini yaptıktan sonra, söz konusu bu temlik işleminin hüküm ifade edebilmesi için ihbarın noterlikçe borçluya yapılması gerekir²⁰³.

Ayrıca taraflar, alacağın temlikinin geçerli olarak yapılabilmesini, bütün ilgililerin (devreden ve/veya devralanın) belirli bir irade açıklamasında bulunması gibi bir prosedüre tabi tutmaları da mümkündür.

Örneğin, yapılan temlik işleminden borçlunun haberdar olmasını sağlayacak bir ihbarın gönderilmesi şartı ortaya konulabilir. Söz konusu bu ihbarı devreden veya devralan (veya her ikisi birlikte) yapabilir. Bu durumda, gerek devretmek isteyen alacaklı, gerek devralan, (gerekse her ikisi birden üçüncü kişinin), temlikin yapıldığını, ya yazılı ya da benzer bir şekilde borçluya bildirmesi zorunludur. Zira söz konusu bu ihbar, temlikin borçluya ihbar edilmesi şartıdır ve geçerli olması da ihbar şartına bağlıdır.

Devreden veya devralan tarafından borçluya yazılı olarak ihbar edilmesi şartına bağlanan temlik etmeme sözleşmesinde, ihbar etme yükümlülüğünde bulunanların (devreden veya devralan veya her ikisi birlikte), herhangi bir makam veya kişinin onaylaması veya katılımına ihtiyaç duymaksızın temlik etme yönündeki iradelerini borçluya yazı ile ihbar etmeleri yeterlidir. Borçluya yapılan ihbarın, gönderen tarafça

203 Blaum, M., agt. s.68, dn.57.

(devreden veya devralan veya her ikisi de olabilir) imzalanması gerekir²⁰⁴. Böyle bir ihbar şartına bağlanan sözleşme ise, ihbar şartı yerine getirildiği andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlar. Doğaldır ki, alacaklı ve borçlu, ihbar şartına bağlanan temlikin hüküm ifade etmesi gereken zamanı, temlik işleminin yapıldığı ana kadar geriye yürütebilme konusunda anlaşabilirler.

İmzalı mektup veya borcu üzerine alan tarafından imzalanan telgraf, yazılı şekil yerine geçen bazı belgeler olarak BK. m.13/f.2'de belirtilmiştir. Bu maddeye göre, aksi kanunda belirtilmedikçe²⁰⁵, imzalı bir mektup veya aslı, borcu üzerine alan kişiler tarafından imzalanan telgraf da, yazılı şeklin yerine geçer^{206, 207}.

204 Adi yazılı şeklin unsurları hakkında bak. Bucher, E., age. s.164 vd.; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band I, N.503-520, s.85-88; Eren, F., Borçlar Hukuku C. I, s.337 vd.; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altın, age. s.113 vd.; Tuğ, A., age. s.54 vd..

205 Kanun koyucu bazı işlemlerde imzanın özel bir belge üzerine atılmasını aramaktadır. Örneğin, poliçe (TTK. m.583), bono (TTK. m.688) ve çek (TTK. m.692) gibi kıymetli evraklarda durum böyledir. Kanun koyucu poliçe, bono ve çek gibi kıymetli evraklarda keşidecinin (senedi düzenleyen) adı geçen maddelerdeki unsurları da içeren bir belgeyi imzalanmasını şekil açısından gerekli görmüştür.

206 Borcu üzerine alan tarafından imzalanmış bir mektup, metnin tamamını kapsayacak bir durumda ise ve mektuptan da, o işlem için ayrıca yazılı bir sözleşme yapılması anlaşılmıyorsa, kanunun ön gördüğü yazılı şekil yerine getirilmiştir. Buna karşılık mektupta ayrıca sözleşme yapılacağı belirtiliyor ve imzalanmamış sözleşme taslağı gönderiliyorsa, böyle bir mektup, ancak sözleşmeye hazırlık anlamına gelir ve yazılı şekil yerine geçmez. Bak. Tunçomağ, K., age. s.227; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.I, s.332.

Konumuz açısından bakıldığında ise, alacağı devralan kişinin borçluya göndereceği (devralanın kendi) imzasını taşıyan ve borcun artık kendisine ödemesi gerektiğini bildiren bir mektup veya telgrafın ihbar şartını yerine getireceği açıktır. Bu durum devreden açısından da geçerlidir. Ancak böyle bir durumda devreden kişi, alacağın belirli bir üçüncü kişiye devredilmiş olduğunu ve artık ifanın ona yapılmasının gerektiğini bildiren mektup veya telgrafi imzalamak şartı ile borçluya göndermelidir.

Ayrıca burada sözü edilen ihbar, BK. m.165 anlamındaki ihbar da değildir. Zira burada temlikin borçluya ihbar edilmesi taraflarca kararlaştırılmaktadır.

BK. m.165'e göre ise, borçluya alacağın temlik edildiği bildirilmeden önce, önceki alacaklıya iyiniyetle veya birden fazla temlik olması halinde, alacağı devralanlardan tercihi lazım gelen biri varken, diğerine iyiniyetle yapılan ifa (ödeme) sayesinde, borçlu borcundan kurtulmuş olur.

Ancak borçlunun iyiniyetle yapacağı ifanın kendisini borçtan kurtarabilmesi için, ihbarın kendisine yapılmasından önce borcunu ifa etmiş olması gerekir. Aksi takdirde, yani, borçlu, ihbarın yapılmasına rağmen borcunu istediği kişiye ifa etmek suretiyle borcundan kurtulmuş olmaz. Borcun ikinci defa ifa edilmesi riski ile karşılaşabilir.

207 Telgrafta ise, aslı, borcu üzerine alan tarafından imzalanan ve posta idaresince muhataba gönderilecek olan suretinde de bu imzanın belirtilmiş olması halinde yazılı şekil şartı yerine getirilmiştir. Bak. Tunçomağ, K., age. s.227; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.I, s.333.

Buradaki ihbar temlikin yapılmış olduğunun borçluya haber verilmesi şeklinde bir bilginin açığa vurulmasıdır²⁰⁸ ve hiç bir şekle bağlı değildir. Yazılı veya sözlü olarak yapılması, ihbarın geçerliliğine etki etmez. Devreden de, devralan da söz konusu ihbarı yapabilir²⁰⁹.

Ancak taraflar, temlikin borçluya ihbarını özel bir yazılı şekil şartına bağladıkları bir temlik etmeme anlaşması yapmışlarsa, borçluya yapılan bu ihbarın mutlaka yazılı veya benzer şekilde olması gerekir. Taraflar, özel bir şekil şartı olarak ihbar edilmesine bağlamışlarsa, söz konusu ihbar şekline uyulmaksızın yapılan temlik işlemi geçersizdir²¹⁰.

§ 6. TEMLİK YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN ETKİLERİ ve YASAĞA AYKIRI TEMLİKİN GEÇERLİ HALE GETİRİLMESİ SORUNU

I. Etkisi

208 Eren, F., Borçlar Hukuku C.I, s.219. Kocayusuf-paşaoğlu, bilgi açıklamalarını tasavvur açıklaması olarak nitelendirmektedir. Bak. Kocayusufpaşaoğlu, N., age. s.102.

209 Kocayusufpaşaoğlu, N., age. s.102-103; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıtop, age. s.257.

210 Blaum, M., agt. s.68-69.

Taraflar temlik yasağı getirmiş olmalarına rağmen, alacaklı bu yasağa aykırı hareket ederse, ne olur?

Bu konu hakkında gerek Alman, gerekse Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde farklı görüşler mevcuttur. Her iki hukuk sisteminde de böyle bir temlikin hükümsüz olacağı şüphe götürmez bir şekilde ortaya konmuştur. Ancak asıl sorun kendisini şurada göstermektedir: Söz konusu hükümsüzlük kesin hükümsüzlük müdür, yoksa diğer hükümsüzlük sebeplerinden²¹¹ biri midir?

Diğer bir deyişle, sözleşme ile kararlaştırılan temlik yasağına rağmen bir temlik işlemi yapılmışsa, kurucu unsurları mevcut olan bir sözleşmenin in'ikad etmiş (kurulmuş) olmasına rağmen, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması nedeniyle sözleşme kesin hükümsüz müdür? Yoksa sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık bulunması sebebiyle, söz konusu sakatlığın giderilerek, sözleşmenin geçerli hale getirilmesi mümkün müdür?

1) Alman Hukukunda

211 Diğer hükümsüzlük sebepleri değişik adlandırılmış (Bak. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.381 vd'nda bunların askıda hükümsüzlük olduğunu belirtmektedirler) olsalar da genel olarak şunlardır: İptal kabiliyeti (bu da kendi içinde düzelebilir hükümsüzlük ve bozulabilir muteberlik olmak üzere ikiye ayrılır), noksanlık, kısmi hükümsüzlük ve nisbi etkisizliktir. Bu kavramlar hakkında geniş açıklamalar için bak. Oğuzman/Öz, age. s.128-131 ve Oğuzman, K., Temel Kavram, s.122-124; Güral, J., age. s.91 vd..

Alman Hukukunda bu sorun için ortaya atılan iki görüş vardır. Bunlardan ilki nisbi etkisizlik (relative Unwirksamkeit) diğeri ise kesin etkisizliktir (absolute Unwirksamkeit). Böyle bir ayırım yapılmasının nedeni ise, yasağa aykırı temlik vuku bulunduğunda söz konusu temlikin kime veya kimlere karşı etkisiz olacağının gösterilmesi açısından önem taşımaktadır. Şimdi sırası ile söz konusu etkisizlikleri inceleyeceğiz.

a) Nisbi Etkisizlik (relative Unwirksamkeit)²¹²

Bir tasarruf işlemi, sadece belirli bir kişi veya belirli bir kişiler için etki yaratmıyor ve ancak sözü edilenlerin dışındaki kişiler açısından etkili bir sonuç meydana getirmekte ise söz konusu bu etkisizliğe, nisbi (relativ) etkisizlik denmektedir²¹³. Diğer bir deyişle, gerçekleştirilmek istenen tasarruf işlemi esas itibarıyla etkilidir; ancak belli kişilerle ilişkilerde, özellikle de korunması öngörülen kişiye (örneğin, borçluya) karşı etkisi bulunmamaktadır. Tasarruf işlemi ile gerçekleşmesi istenen hukuki sonuç, tasarruf işlemi sonucunda menfaatleri zedelenen olan kişi dışındaki herkese karşı etkilidir; diğer bir deyişle sadece menfaati zedelenen kişi veya kişiler istisna tutulmak kaydı ile yapılan tasarruf işlemi, herkese karşı etkili olur²¹⁴.

Bir kısım yazar, sözleşme ile getirilen temlik yasağına rağmen bir temlik işlemi vuku bulmuşsa, böyle bir temlikin sadece borçluya karşı etkisiz olacağını; ancak söz

²¹² Larenz, K., BGB AT. s. 471 vd..

²¹³ Larenz, K., BGB AT. s. 454.

²¹⁴ Larenz, K., BGB AT. s. 471.

konusu tasarruf işleminin borçlu dışındaki diğer kişiler (örneğin, devralan) açısından etkilerini doğuracağını savunmaktadırlar²¹⁵.

Nisbi (relativ) etkisizliği savunanlara göre, temlik etmeme anlaşması, BGB § 135 anlamında kanuni tasarruf yasağı (gesetzliches Veraeussierungsverbot) olarak nitelendirilemez. Zira temlik etmeme anlaşması, yasakla yükümlü olan kişinin (devredenin), kanuni tasarruf yasağı (BGB § 135) anlamında olmak üzere, tasarrufta bulunma yetkisini kısıtlamamaktadır. Dolayısıyla devreden kişi rahatlıkla temlik yasağı sözleşmesine aykırı tasarruflarda bulunabilecektir²¹⁶. Nisbi etkisizliğin kabulü, devreden menfaatlerine de hizmet etmektedir. Zira devreden kendi kredi itibarını, yapacağı tasarruf işlemleri aracılığıyla, artırabilmektedir²¹⁷. BGB § 135'de (kanuni tasarruf yasağı) bu anlamda § 399'dan ayrılmaktadır²¹⁸. Aralarındaki yapısal farklılık ise, temlik yasağının ortaya koyduğu hukuki sonuç ile kendini göstermektedir²¹⁹.

²¹⁵ Canaris, C., W., agm. s.12 ve 16; Medicus, D., age. s.326; Raible, A., age. s.27 ve 41; Beer, age. s.181-182; Koziol, H., JB 1980,113,125; Koziol/Welser, age. s.229.

²¹⁶ Raible, A., age. s.22.

²¹⁷ Beer, age. s.181-182.

²¹⁸ BGB § 135 kanuni tasarruf yasaklarından söz etmekte, buna karşılık § BGB 399 ise, sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasaklarını içermektedir.

²¹⁹ Blaum, M., agt. s.86.

Taraflar BGB § 399 anlamında ortaya konulan temlik yasağı sözleşmesini kendi aralarında anlaşmak suretiyle meydana getirmektedirler²²⁰ ve bu yasağın sonuçları da kanuni tasarruf yasağından (BGB § 135) daha az etkiye sahiptir. Dolayısıyla sözleşmeye dayanan temlik yasağında, herhangi bir ihlal söz konusu olursa, bu sadece nisbi etkisizlik sonucunu oluşturur. BGB § 135 anlamında yasağın özelliği devredilme kabiliyetinin olmamasında kendisini gösterir, buna karşılık BGB § 399/2'de (temlik etmeme sözleşmesinde) bu görünmemektedir²²¹. Dolayısıyla BGB § 399/2'ye göre, temlik kabiliyeti yasak sözleşmesine rağmen yine de vardır. Oysa BGB § 135'e göre yapılan tasarruf, "tasarrufun yasaklanması" olduğu için geçersizdir.

Nisbi (relativ) etkisizlik kabul edildiğinde de borçlu yeterince korunmaktadır, zira bu görüş kabul edildiğinde de yasağa aykırı bir temlik sadece borçluya karşı etkisizdir. Nisbi etkisizliğin kabulü, borçlunun uygun şekilde korunmasına engel teşkil etmediği gibi, onun korunmasını garanti altına almak için de yeterlidir²²². Zira borçlu, esas alacaklısının değişmesi ile kendisi için ortaya çıkabilecek tehlikelerden korunmak amacıyla temlik yasağı sözleşmesi yapar. Buna karşılık esas alacaklısının durumunu güçleştirecek bir ortam da yaratmamalıdır. Alacaklı, alacağı dolayısıyla kredi durumunu

220 Yasağa aykırı temlik geçerlidir, ancak böyle bir durum ile karşılaşıldığında, temlik etmemekle yükümlü kişi (devreden), yasak hakkı sahibinin (borçlunun) ihlal sonucu oluşan zararını karşılamakla yükümlüdür. Bak.Koziol/Welser, age.s.292

221 Blaum, M., agt. s.86.

222 Blaum, M., agt. s.89; Beer, age. s.182; Canaris, C. W. agm. s.24.

iyileştirebilir ve bunda da menfaatinin olduğu göz ardı edilmemelidir²²³. Dolayısıyla nisbi etkisizlik tarafların menfaatlerine etki etmediği gibi, menfaatlerin en uygun şekilde kullanılmasına da yardımcı olmaktadır.

Nisbi etkisizliğin kabul edildiği durumlarda, yasağa aykırı temlike rağmen, alacağın malvarlığı değerinin kimde olacağı sorusu gündeme gelir. Zira nisbi etkisizlik sadece borçluya karşı hüküm ifade etmemektedir. Diğer bir deyişle borçlu, kendisine başvuran kişilere karşı temlik yasağı definde bulunarak, gerek devredene karşı, gerek devralana karşı bu savunmayı yapabilmektedir. Buna karşılık alacaklı, temlik yasağı sözleşmesinin varlığına rağmen, yapacağı tasarruf işlemleri sayesinde kredi itibarını artırabileceği gibi, bu alacağını üçüncü kişilere de devredebilmektedir. Burada alacağın kimin mal varlığında olduğu sorusu sorulduğunda ise, özellikle cebri icra ve iflas hallerinde açıklanamaz sonuçların kendisini açıkça göstereceği ortaya çıkmaktadır ki, bu durum da kesin (absolut) etkisizliği savunanlarca şiddetle eleştirilmektedir²²⁴.

Devredilen alacak sadece borçlu için geçersiz olacağından, böyle bir etkisizlik, alacağı devralan açısından da söz konusu olamayacağından, acaba alacağın gerçekte nerede olduğu, diğer bir deyişle kimin (devreden mi, devralan mı) mal varlığında olduğu sorusu gündeme getirilmektedir. Nisbi etkisizlik sonucu kabul edildiğinde, temlik işlemi, borçlu dışındaki herkes için etkili olacaktır. Buradan çıkartılacak sonuç ise, alacak, devralanın mal varlığına geçecek ve dolayısıyla devreden alacaklıları, alacak

223 Beer, age. s.181

224 Blaum, M., agt. s.91; Karş. Raible, A., age. s.41; Beer, age. s.182.

devredenin mal varlığından çıkmış olduğu için, devredenin iflası söz konusu olduğunda, bu alacaktan mahrum kalmış olacaktırlar²²⁵. Nisbi etkisizlik, esas itibarıyla haciz işlemlerinde devralanın alacaklılarının, alacağı tahsil etmek istemelerinde kendini gösterir. Bu da ortaya şu sorunu çıkartır: Acaba borçlu devralanın alacaklılarına da temlik yasağı definde bulunabilir mi? Temlik yasağı sayesinde, hukuk tekniği açısından borçlu korunmaktadır ve devralana karşı ifadan kaçınma hakkı doğar²²⁶.

b) Kesin Etkisizlik (absolute Unwirksamkeit)

Yasağa aykırı temlikin hukuki sonucu olarak, nisbi etkisizlik göz önüne alınmazsa, buna karşı kesin etkisizlik (absolute Unwirksamkeit) bir çözüm olarak kendisini gösterir²²⁷.

Bu görüşü savunanlara göre, şayet yasağa rağmen bir temlik vukubulursa, söz konusu bu temlik kesin etkisizdir (absolute Unwirksamkeit). Diğer bir deyişle, bu temlik hem borçlu hakkında, hem de temlik sözleşmesinin tarafları (devreden ve devralan) ve üçüncü kişiler hakkında hiçbir hüküm doğurmaz²²⁸. Alacak devredenin mal varlığında

225 Blaum, M., agt. s.91.

226 Beer, age. s.182. Ancak açıklığa kavuşmayan nokta, borçlunun neden devralana karşı hareket etmek zorunda olduğudur. Bak. Blaum, M., agt. s.98.

227 Blaum, M., agt. s.100.

228 Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876; Larenz, K., SchR AT. s.581; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.32, s.1616; Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.8, s.1833; Huber, U.,

kalmaya devam eder²²⁹. Nitekim cebri icra ve iflasın söz konusu olduğu durumlarda alacağın kimin mal varlığında bulunduğu da bu sayede rahatlıkla açıklanmaktadır. Oysa böyle bir açıklama nisbi etkisizlik taraftarlarınca yapılamamaktadır, çünkü alacağın kimin mal varlığında olduğu belirlenememektedir.

Kesin etkisizliği savunanlara göre, temlik etmeme anlaşması, alacağın kendi karakterine yabancı bir devir yasağı da eklemeyiz; aksine alacak en baştan itibaren devredilemez bir hak olarak ortaya çıkmaktadır²³⁰. Ayrıca BGB § 135 (kanuni tasarruf yasağı) anlamında da bir devretmeme yasağı yoktur²³¹.

Sözleşme ile getirilen yasağa aykırı olarak bir temlik vuku bulursa, gerçi bu herkese karşı ve herkes için etkisizdir, ancak borçlunun korunmasına hizmet eden böyle bir yasağa borçlu tarafından icazet (Genehmigung) verilince, kesin etkisizlikte ortadan kalkmaktadır²³².

NJW 1968, 1906; Jauernig/Stürmer, BGB §§ 399,400, 2.b), s.399; Esser/Schmidt, age. s.249; Riedel, H., age. s.68; Esser, J., SchR AT. s.405; Palandt/Heinrichs, age. § 399,6, s.423.

229 MünchKomm/Roth, age. § 399, N.34, s.1616.

230 Fikentscher, W., age. s.350. Sözleşmenin etkisi devir yasağı içinde meydana gelir ki, o devir yasağı BGB § 137'nin [hukuki işlemle tasarruf (temlik) yasağı] istisnasında herkese karşı ileri sürülebilen etkiye sahiptir. Dolayısıyla temlik etmeme anlaşmasına rağmen yapılan temlik herkese karşı etkisizdir. Bak. Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876.

231 Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.8, s.1833.

232 Huber, U., NJW 1968, 1905; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.35, s.1616; Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.9, s.1833; Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876.

Nisbi etkisizlik, gerek cebri icra gerekse iflasda bir takım açıklanamaz durumları ortaya koymaktadır. Nisbi etkisizliği savunanlara göre, yasağa aykırı temlik işlemi borçlu açısından etkisiz, ancak buna rağmen üçüncü kişiler açısından etkilidir. Oysa kesin etkisizliğin kabulü halinde, yasağa aykırı temlik, gerek borçluya karşı olsun, gerekse devreden ile devralan ve üçüncü kişilere karşı olsun etkisizlik sonucuna sahip olacağından, alacak hala devreden mal varlığında bulunmaktadır²³³.

2) İsviçre Hukukunda

İsviçre Hukukunda da bir kısım yazar, temlikin sadece borçlu hakkında hüküm doğurmayacağını ileri sürerken; diğer bir kısım yazar ise, yasağa aykırı bir temlikte, söz konusu temlikin sadece borçlu hakkında değil, aynı zamanda sözleşmenin tarafları (devreden ve devralan) ve üçüncü kişiler hakkında da hükümsüz olacağı görüşünü savunmaktadırlar.

Von Tuhr'a göre, alacağın temliki mümkün değilse, (devreden yapmamak istediği) temlik sadece borçluya karşı etkisiz olmaz, aynı zamanda temlik işleminin tarafları (devreden ve devralan) ve üçüncü kişilere karşı da etkisizlik sonucunu doğurur. Bu durumda da alacak hakkı devreden mal varlığında kalmaya devam eder. Alacağın

233 Blaum, M., agt. s.102.

temlikinin mümkün olmaması durumunda, devralan kişinin iyiniyetli olması da, prensip itibarıyla korunmaz²³⁴.

Alacak üzerinde rehin kurulabilmesi ZGB. Art.899/I (MK. m.868) ve alacağın haczedilebilmesi (her ne kadar bu durum kanun tarafından açıkça belirtilmemiş olsa da) söz konusu alacağın, temlik edilebilir olup olmamasına bağlıdır; aynı şekilde alacaklının iflası durumunda da, alacağın, iflas masasına dahil olup olmayacağı da yine alacağın temlikinin mümkün olup olmamasına bağlıdır. Alacaklı ile borçlu aralarında anlaşma yapmak suretiyle temlik etmemeyi kararlaştırmışlarsa, bu tür alacaklar, söz konusu kurala bir istisna oluştururlar; çünkü hiç kimse kendi mal varlığına dahil olan bir şeyi üçüncü bir kişi ile yapmış olduğu anlaşma uyarınca alacaklılarının takibinden mahrum bırakamaz (kaçıramaz)²³⁵, ²³⁶.

234 . Von Tuhr/Escher, age. § 94/ III, s.347. Aynı şekilde bak. Wehrli, T., agt. s.5.

235 Sadece OR. Art.519/II gereğince, üçüncü kişi lehine karşılıksız olarak kaydı hayat ile irat tesis eden kişi, o kişinin icra yolu ile takibi veya iflas etmesi halinde alacaklılarının menfaatine olarak irattan yoksun bırakılamayacağı şartını ortaya koyabilir. İsviçre Hukukunda bir alacağın haczedilebilir olmaması durumu, BGB § 400'deki gibi, alacağın temlik edilemeyeceği sonucunu doğurmaz. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 94/V, s.350-351.

236 Nisbi etkisizlik için SchKG. Art.204'e dayanılır. Bu maddeye göre, iflas edenin yapacağı hukuki tasarruflar alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Dolayısıyla söz konusu madde, iflas edeni bağlamaktadır. Bu prensibin uygulanması gerek Müşterek Hukukta gerekse BGB'de güçlüğe yol açar. Prensibin kabul edildiği düşünülürse, hukukta bir ikilik (Duplizitaet) ortaya çıkar. Ancak bu yorumdan hukuku sadeleştirmek (zur Vereinfachung des Rechts) için vazgeçmek zorunludur. Zira ciddi bir araştırma yapıldığında görülecektir ki, tasarruf hakkının sınırlandırılması, tasarrufun geçerliliğini de etkileyecektir. Ancak tasarruf, daima, ya herkes için

Buna karşılık diğer yazarlardan Oser/Schönenberger ve Becker, temlik yasaklarının kanundan, işin niteliğinden veya sözleşmeden doğmuş olmasına göre, sonuçlarının farklı etkiler meydana getireceğini savunmaktadırlar²³⁷. Adı geçen yazarlara göre, taraflar sözleşme ile temlik yasağı getirmişler ve buna rağmen bir temlik yapılmışsa, söz konusu temlikin sonucunun etkisizlik olacağını beyan etmekle birlikte, bu etkisizliğin, mutlak butlan [(kesin hükümsüzlük) nicht absolute Nichtigkeit] anlamında değil de, borçlunun menfaatine olması nedeniyle söz konusu temlikin sadece borçluya karşı ileri sürülemeyeceğini; diğer bir deyişle söz konusu etkisizliğin nisbi olduğunu söylemektedirler²³⁸.

Kaldı ki bu yazarlara göre, kesin hükümsüzlük ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi, işlemi geçersiz kılmak için ne bir irade beyanına, ne de dava açmaya gerek vardır. Ayrıca bir sürenin geçmesi veya sakatlığın düzeltilmesi yolu ile de hükümsüz işlem geçerli hale gelmez; şayet işlemin hüküm ifade etmesi isteniyorsa,

(für jedermann) kesin geçerlidir (absolut gültig) veya herkes için kesin geçersizdir (absolut ungültig). Bak. Von Tuhr/Peter, age. § 28/Vi, s.221.

237 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.20, s.720; Becker, H., age. Art.164, N.25, s.779 ve N.44, s.783-784.

238 Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.20, s.720; Becker, H., age. Art.164, N.45, s.784. Ayrıca temlik edilebilmenin yasaklanması, haczedilebilir olmamakla veya iflas masası kapsamına alınmama durumu ile birlikte oluşması da zorunlu değildir. çünkü iradeye aykırı ve karşılık olmaksızın bir hakkın ortadan kaldırılması uygun görülmeyen yerde hukuki işlem ile devir kanun siyaseti noktasından savunulabilir. Bak. Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.34, s.723.

hukuki işlemin geçerli olarak yeniden yapılması gerekir²³⁹. Oysa sözleşme ile temlik kısıtlama veya yasağı getirilmişse ve buna rağmen temlik yasağa aykırı olarak yapılmışsa, borçlu, tasarruf işlemine icazet vermek suretiyle geçersizlik müeyyidesini bertaraf edebilme olanağına sahiptir²⁴⁰.

Ayrıca gerek Bucher²⁴¹, gerekse Schluep²⁴² de, tıpkı Becker ve Oser/Sc-hönenberger gibi kanuni temlik yasakları ile sözleşmeye dayanan temlik yasakları arasında bir ayırım yapmak suretiyle konuya açıklık getirmektedirler. Temlik yasaklarına rağmen bir temlik işlemi gerçekleşmişse, bu temlik geçersizdir (ungültig) ve devreden kişi alacaklı olarak kalmaya devam eder. Borçlunun menfaatlerine hizmet eden (sözleşme ile kararlaştırılan) temlik yasağı ise, borçlu tarafından onaylandığında (Zustimmung oder Genehmigung) artık hüküm ifade etmez ve temlik gerçekleşir. Buna karşılık borçlu, temlike onay vermeyebileceği gibi, temlikin geçersizliğini bir defî olarak ileri sürmesi de mümkündür²⁴³. Aksi takdirde borçlu, söz konusu defîyi ileri sürmeyi ihmal ederse, temlik hakkında zımni bir icazet vermiş sayılır²⁴⁴.

239 Von Tuhr/Peter, age. § 29, s.225-230; Bucher, E., age. s.241 vd.; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band I, N.681-687, s.116-118.

240 Bucher, E., age. s. 542; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269; Keller/Schöbi, age. s.59.

241 Bucher, E., age. s.542, dn.23.

242 Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269.

243 Spirig/Gauch, age. Art.164, N.157, s.126.

244 Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269.

Devreden kişi, (örneğin, borçlunun onayını almak suretiyle) söz konusu devir engelini ortadan kaldırmayı başaramazsa, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle, devralana karşı OR. Art. 97 (BK. m. 96) vd. uyarınca sorumlu olacaktır²⁴⁵.

Her ne kadar İsviçreli yazarlar farklı şekillerde konuya açıklamalar getirmekte iseler de, aralarındaki farklılık sadece kendilerini ifade ederken görölmektedir. Nitekim diğer bir yazarın görüşü de bunu doğrulamaktadır. Temlik yasağı sözleşmesine göre, borçluya karşı alacağını üçüncü kişilere devretmemeyi veya ancak belirli şartlarla devretmeyi vaat eden alacaklı, vaadine uymaksızın alacağını temlik ederse, kararlaştırılmış olan temlik yasağı sözleşmesi devralan kişiye karşı (auch gegenüber dem Zessionar) da etkili olmaktadır²⁴⁶.

Şöyle ki, alacağı devraldığını ileri süren üçüncü kişi borcun kendisine ifa edilmesini (borçludan) talep ettiğinde, borçlu temlik yasağı sözleşmesini ona karşı da ileri sürebilir ki, bu da bize temlik yasağı sözleşmesinin, alacağı devraldığını ileri süren üçüncü kişiyi de etkilediğini gösterir. Dolayısıyla borçlu, alacağı devraldığını ileri süren üçüncü kişinin

245 Keller/Schöbi, age. s.57; Bucher, E., age. s.542, dn.24.

246 Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250. Ancak her ne kadar yazarlar burada devralan (Zessionar) kişiden söz etmişlerse de, bizce burada "devralan kişi" terimi yerine "devraldığını ileri süren üçüncü kişi" terimi daha uygun olacaktır. Zira temlik yasağı sözleşmesi "Zessionar"a karşı da etki doğuruyorsa, o zaman burada devralandan söz etmek doğru olmaz. Burada sözü edilen kişi olsa olsa devraldığını ileri süren kişidir. Nitekim Oğuzman/Öz'de benzer terimi kullanmaktadır. Bak. Oğuzman/Öz, age. s.895.

ifa talebini reddederek, borcunu ifa etmez. Diğer bir deyişle temlik yasağı sözleşmesinden devraldığını ileri süren üçüncü kişiler de etkilenmektedir.

Alacağı devraldığını ileri süren üçüncü kişi, ifayı kendisine yapması konusunda borçluya başvurması üzerine, borçlu, temlik edilmeme anlaşmasını defi olarak ileri sürebilir. Böylelikle kendisine başvuran üçüncü kişinin ifa talebini reddedebilecektir.

Buna karşılık iyiniyetli üçüncü kişileri korumayı amaçlayan kanun koyucu, OR. Art.164/2 hükmü ile söz konusu durumu yumuşatmak istemiştir. Diğer bütün hallerde, temliki mümkün olmayan alacağın temliki geçersizdir²⁴⁷.

3) Türk Hukukunda

Türk Hukukunda da yazarlar sözleşme ile kararlaştırılan temlik yasağına rağmen, yasağa aykırı bir temlikin vuku bulması halinde söz konusu temlikin kural olarak geçersiz (hükümsüz) olduğu konusunda aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Ancak buradaki geçersizlik (hükümsüzlük) kesin geçersizlik değildir ve borçlunun onaylaması ile geçerli hale getirilebilecek bir temlikin varlığından dolayıdır ki, nisbi etkisizliktir²⁴⁸. Diğer bir deyişle yasağa aykırı temlik borçluya karşı ileri sürülemez.

²⁴⁷ Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250.

²⁴⁸ Güral, J, "nisbi etkisizlik" terimi yerine "dermeyan edilememelik" terimini kullanmaktadır. Bak. Güral, J, age. s.224.

Sözleşme ile temlik yasağı getirilmiş olmasına rağmen alacaklı, alacağını devretmek isterse, söz konusu temlik kural olarak geçersizdir (hükümsüzdür)²⁴⁹; ancak borçlu, yasağa aykırı temliki onaylamak suretiyle geçerli hale getirebilir²⁵⁰. Zira temlik yasağının kararlaştırılma amacı, borçlunun menfaatlerinin korunması²⁵¹ olduğuna göre, borçlunun, söz konusu temliki onaylamak suretiyle geçerli hale getirebilmesi mümkün olmalıdır.

Borçlu, sözleşme ile kararlaştırılmış olan temlik yasağını, alacağı devralana karşı ileri sürmek suretiyle, temlik işleminin geçersiz olduğunu beyan eder ve bu suretle de devralanın ifa talebini reddetmiş olur²⁵².

Alacağın doğumundan önce veya sonradan olmak üzere kararlaştırılan temlik yasaklarına rağmen, alacaklı temlik işlemi yapmak isterse, söz konusu bu temlik,

249 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.247; Saymen/ Elbir, age. s.340; Franko, N., agm. s.28; Birsen, K., age. s.583-584. Ayrıca Dayınlarlı, sözleşme ile temlik yasağı getirilmesine rağmen, böyle bir alacağı devralan kişinin temlik edilen alacağın "borçlusu nezdinde" hiç bir hakkı doğmaz. Devreden, bu alacağın sahibi olarak kalır. Bak. Dayınlarlı, K., agt. s.134.

250 Reisoğlu, S., age. s.363; Güral, J., age. s.224; Erdem, N., age. s.1308; Feyzioğlu, F., Borçlar Hukuku C.II, s.633; Tunçomağ, K., age. s.1085; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.794.

251 Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku C.II, s.633; Tunçomağ, K., age. s.1085; Erdem, N., age. s.1308; Arsebük, E., age. s.1068. Temlik edilmeme kaydı ile güdülen gaye borçlunun menfaatinin korunmasıdır. Bak. Güral, J., age. s.224.

252 Oğuzman/Öz, age. s.895; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.794; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age. s.247.

borçluya karşı ileri sürülemez²⁵³; diğer bir deyişle, borçlu, temlik yasağı sözleşmesini devralana karşı da ileri sürebilir²⁵⁴.

4) Görüşümüz

Kanaatimizce, sözleşme ile kararlaştırılan temlik yasağına rağmen, alacaklı, alacağını, üçüncü bir kişiye devretmek istiyorsa, söz konusu bu temlik işlemi geçersizdir; ancak bu geçersizlik, nisbi etkisizlik anlamındadır. Dolayısıyla yasağa aykırı olarak temlik işlemi yapılırsa, söz konusu bu temlik, devreden, alacağı devraldığını ileri süren üçüncü kişi veya bunların dışındaki üçüncü kişiler dahi borçluya karşı ileri süremezler. Diğer bir deyişle, yapılan temlik borçlu hakkında hiç bir hüküm ifade etmez. Ancak

253 Temlik işlemi, hem taraflar, hem de üçüncü kişiler karşısında geçersizdir (hükümsüzdür). Dolayısıyla alacak, devretmek isteyen alacaklının mal varlığında kalmaya devam eder. Bak. Tunçomağ, K., age. s.1084; Özsunay, E., age. s.187. Gerçi yazarlar yasağa aykırı temlik işleminin hem taraflar, hem de üçüncü kişiler karşısında geçersiz olduğunu söyleseler de, aslında kastedilen şudur: yasağa aykırı temlik borçluya karşı ileri sürülemez. Bunu ne devreden, ne devraldığını ileri süren, ne de diğer üçüncü kişiler dermeyeran edemez.

254 Temlik edilememenin sebebi kanundan veya işin niteliğinden ileri gelmekte ise ve buna rağmen bir temlik vuku bulmuşsa, yasağa aykırı olarak yapılan temlik herkese karşı hükümsüz iken; sözleşme ile temlik yasağı kararlaştırılmışsa, söz konusu yasağın üçüncü kişilere karşı da hükümsüzlüğünün ileri sürülebilmesi için BK. m.162/f.2'deki istisnai halin şartlarının varlığının gerekeceği hususunda bak. Feyzioğlu, F. N., age. s.633. Ayrıca bak. Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.21, s.720.

borçlu, yasağa aykırı temlikin hüküm ifade etmesini istiyorsa, söz konusu temlik işlemini, rıza göstermek suretiyle geçerli hale getirebilir.

Burada karşımıza şu sorunlar çıkmaktadır: Acaba borçluya karşı etkisi olmayan böyle bir yasak sözleşmesi, temlik işleminin tarafları arasında geçerli midir? Yoksa değil midir? Yasağa aykırı temlik işleminin taraflar arasında geçerli olduğu varsayımında, alacağın kimin mal varlığında olduğu problemi ile karşılaşırız. Şöyle ki, borçluya etkisi olmayan bir temlik söz konusudur. Ancak temlik sözleşmesinin tarafları (devreden ile devralan) arasında ise geçerli bir temlik söz konusudur. Diğer bir deyişle bir tarafta temlik yasağı sözleşmesini herkese karşı ileri sürebilen borçlu vardır, diğer tarafta ise yasağa aykırı olarak yapılsa bile, devreden ile devralan arasında geçerli bir temlik söz konusudur. Bu durumda alacağın devreden mi, yoksa devralanın mı mal varlığında bulunduğunu açıklamak hususu oldukça zorlaşmaktadır. Bu da özellikle cebri icra ve iflas hakkında kendini açıkça göstermektedir.

Buna karşılık yasağın kesin hükümsüzlüğü savunanlar, yasağın herkese karşı ve herkes için geçersiz olduğunu, dolayısıyla cebri icra ve iflas durumları ile karşılaşıldığında da alacağın, alacağını devretmek isteyen alacaklının mal varlığında olması nedeniyle bir sorun olmadığını ileri sürmektedirler. Ancak bu görüşü savunanların da göz ardı ettikleri nokta şudur: devreden ile devralan arasında yapılan tasarruf işlemi geçersiz ise bu geçersizliği rıza vermek suretiyle geçerli hale getirmek mümkün değildir. Onların görüşlerine göre, herkes için etkili olan yasak sözleşmesi, devralan ile devreden aralarında yaptıkları tasarruf (temlik) işleminin hüküm doğurmamasını da ifade etmektedir. Ancak hükümsüz bir işleme verilecek rıza, bu işlemi

geçerli hale getirmez, diğer bir deyişle borçlunun rızası ile hükümsüz temlik işlemi, geçerlilik kazanmaz. Hükümsüz bir işlemin geçerli olabilmesi için, yeniden ve şekle uygun olarak bir tasarruf (temlik) işleminin yapılması gerekir.

İşte her iki görüşünde sonuçta gelip kilitlendiği bir yer söz konusu olmaktadır. Nisbi etkisizlik görüşüne göre, alacağın kimin mal varlığında olduğu açıklanamazken, kesin hükümsüzlük görüşünü savunanlar ise, hükümsüz temlik işleminin borçlunun vereceği rıza ile geçerlilik kazanamaması noktasında kendisini göstermektedir. Zira kesin hükümsüzlük söz konusu olduğunda belirli bir sürenin geçmesi veya sakat olan unsurun düzeltilmesi veya işleme icazet verilmesi ile hükümsüz olan işlem geçerli hale gelmez. Geçerli şekilde yeniden yapılması gerekir.

Madem ki, borçlunun menfaatleri doğrultusunda bir temlik yasağı sözleşmesi yapılmıştır, o halde, borçlu söz konusu temlike vereceği rıza ile geçerlilik kazandırabilir. İşte borçlu söz konusu rızayı göstermekle, devreden ile devralan arasındaki iç ilişkide geçerli olmasına rağmen, kendisine karşı ileri sürülemeyen temlik yasağı sözleşmesini ortadan kaldırmakta ve yapılan temlikin kendisine karşı da hüküm ifade etmesini kabul etmektedir.

Buna karşılık temlik yasağı sözleşmesine rağmen, alacaklı, alacağını üçüncü kişiye temlik ederse, borçlu, alacağı devraldığını ve artık borcu kendisine ifa etmesi gerektiğini ileri süren üçüncü kişinin söz konusu ifa talebini reddedebilecektir.

Borçlar Kanunumuzun 162. maddesinin 2. fıkrasına da göz atmamız gerekir. Zira bu maddeye göre, borçlu temlik yasağını ihtiva etmeyen yazılı bir borç ikrarına inanarak alacağı iktisap etmiş olan üçüncü kişilere karşı, anlaşma ile alacağın temlik

edilemeyeceği def'ini ileri s'üremez. Taraflar arasında senet veya belgeye dayanan bir alacak söz konusu olmakla birlikte, senet veya belge üzerinde alacağın devredilmeyeceği konusunda herhangi bir yazılı kayıt bulunmamakta ise, borçlu, söz konusu senet veya belgeye güvenerek alacağı devralan kişiye (devralana) karşı, alacağın temlik edilmeyeceğine ilişkin bir anlaşmanın var olduğunu ileri s'üremez²⁵⁵.

BK. m. 162/ f. 2'deki şartlar;

- a) Alacak bir senet veya belgeye bağlanmışsa,
- b) Senet veya belge metninde alacağın başkasına devredilmeyeceği hususunda bir kayıt yoksa,
- c) Alacağı devralan kişi bu senet veya belgeye güvenerek alacağı devralmışsa (iyiniyetli ise), diğer bir deyişle kendisine temlik yapıldığı anda, alacaklı ile borçlu arasında temlik etmeme anlaşması bulunduğunu bilmiyor veya bilmesi de gerekmiyor ise, alacağı devralanın iktisabı korunur²⁵⁶.

Kanun koyucu, söz konusu bu hükmü düzenlemek suretiyle alacağın devredilmeyeceğine ilişkin bir kayıt bulunmayan bir senet veya belgeyi (buna güvenerek) alan üçüncü kişiyi korumak istemiştir.

255 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, age. s.247; Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku, C.II, s.633-634; Velidedeoğlu/Kaynar, age. s.84; Bucher, E., age. s.542-543; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3612, s.279; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Keller/Schöbi, age. s.59; Oser/Schönenberger, age. Art.164, N.21, s.720.

256 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, age. s.247.

Ayrıca devralan kişinin söz konusu senet veya belgeyi görmüş olması gerekmektedir; aksi takdirde, devralanın bilgisi dışında borç senedinin var olması yeterli değildir²⁵⁷. Aynı şekilde temlik edilmeme şartını ihtiva etmeyen bir senet veya belge ile alacağı devralan üçüncü kişi, iyiniyetli olmasa bile, söz konusu alacağı iyiniyetli bir başka kişiye [örneğin, (X)'e] temlik ederse, bu kişi [yani (X)] yine OR.164/II'ye (BK. m.162/f.2) dayanabilir²⁵⁸.

II. Yasağa Aykırı Temlikin Geçerli Hale Getirilmesi Sorunu

1) Genel Olarak

Burada incelemeye çalışacağımız konu yasağa aykırı temlik vukubulmasına rağmen, acaba söz konusu temlik işlemine sonradan etki sağlanabilir mi? Diğer bir deyişle, temlik yasağı sözleşmesine aykırı davranmak suretiyle gerçekleştirilmek istenen temlik işleminin geçerli olması sağlanabilir mi, yoksa söz konusu temlik onarılamayacak (telafi edilemeyecek; unheilbar) şekilde hükümsüz mü sayılmalıdır?

Sınırlı (eingeschränkt) temlik yasaklarında sorun yoktur. Zira temlikin geçerli hale getirilmesi için belirli şartlara ihtiyaç vardır ve bu şartların yerine getirilmesiyle de temlik işlemi geçerli hale gelir²⁵⁹. Örneğin, temlik borçlunun rıza göstermesine bağlayan

257 Von Tuhr/Escher, age. § 94/III, s.347-348.

258 Von Tuhr/Escher, age. § 94/III, s.348; Erdem, N., age. s.1308.

259 Blaum, M., agt. s.132.

temlik yasaklarında, borçlu, temlik işlemini rıza göstermek suretiyle geçerli hale getirebilir. Veya tarafların "pactum de non cedendo" ile belirlemiş oldukları şartların yerine getirilmesi sonucunda temlik işlemi geçerli olur.

Buna karşılık mutlak (uneingeschraenkt) temlik yasaklarında, temlik işleminin geçerli hale getirilebilmesi mümkün müdür? Yoksa yasağa aykırı temlik onarılamayacak şekilde hükümsüz mü sayılmalıdır?

Sözleşme ile kararlaştırılan temlik yasaklarının, borçlunun menfaati doğrultusunda kararlaştırıldığı ortadadır. Ancak menfaatler dengesi, bazen borçlunun yasak sözleşmesinin kaldırılmasını isteyebilmesini haklı gösterebilir. Diğer bir deyişle, menfaatler göz önüne alındığında, yasağa aykırı bir temlikin geçerli hale getirilmesi, söz konusu hukuki işlemin (temlikin) onarılamayacak (telafi edilemeyecek) şekilde de olsa hükümsüz sayılmasını gerektirmeyebilir²⁶⁰. Bu sonuç ister nisbi etkisizlik (relative Unwirksamkeit) , isterse kesin etkisizlik (absolute Unwirksamkeit) kabul edilsin herhangi bir fark yaratmaz; dolayısıyla yasağa aykırı temlik işleminin geçerli hale getirilebilmesi her iki durumda da mümkündür²⁶¹.

260 Blaum, M., agt. s.131. Ayrıca BGB § 185/2 de kıyasen uygulanmak suretiyle, söz konusu temlikin sonradan geçerli hale getirilebileceğine ilişkin bir dayanak olarak ileri sürülmektedir. BGB § 185/2'ye göre, hak sahibi, tasarruf işlemine icazet verirse, söz konusu tasarruf işlemi geçerli hale gelir.

261 Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.9, s.1833; Erman/ Westermann, age. § 399, N.3; MünchKomm/Roth, age. § 399, N.33, s.1616; Jauernig/Stürmer, age. §§ 399,400, 2.b), s. 399

2) Eksikliğin sonradan tamamlanması şekilleri

a) Alman Hukukunda

Alman Hukukunda eksikliğin sonradan tamamlanması şekillerinin nasıl olacağı konusunda fikir birliği yoktur. Bir grup yazar²⁶², borçlunun tek taraflı icazeti (einseitige Zustimmung des Schuldners) ile söz konusu eksikliğin giderilebileceği hakkında görüş bildirirken; diğer bir grup yazar ise²⁶³, ikale (eski hale getirme) sözleşmesinin (Aufhebungsvertrag) gerekli olduğunu savunmaktadır.

aa) Tek taraflı icazet ile eksikliğin tamamlanması

Bir grup yazar, yasağa aykırı temlikin eksikliğinin giderilebilmesi için, borçlunun tek taraflı icazetinin yeterli olacağı görüşünü savunmaktadır²⁶⁴. Zira bu görüşü savunanların birleştikleri ortak nokta şudur: Temlik yasağı sözleşmesi kural olarak

262 Bak. dn.264'de anılan yazarlar.

263 Bak. dn.268'de anılan yazarlar.

264 MünchKomm/Roth, age. § 399, N.33, s.1616; Medicus, D., age. s.326; Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876; Huber, U., NJW 1968, 1905; Esser/Schmidt, age. s.249; Beer, age. s.181-182; Palandt/Heinrichs, age. § 399,6, s.423; Canaris, C. W., agm. s.9 vd.; Riedel, H., age. s.69; Esser, J., age. s.406; Jauernig/Stürmer, age. §§ 399,400, 1.b) ve 2.b), s.399. Ayrıca "borçlunun tek taraflı icazeti, yasağa aykırı temlik geçerli hale getirir" BGHZ 108, 177.

sadece borçluyu korumaktadır ve borçlunun söz konusu korunmadan vazgeçmek istemesi de hiç bir menfaate aykırı sonuç meydana getirmez.

Tek taraflı icazetin yeterli olabilmesi için, sadece borçlunun korunması noktasından hareket etmek de yeterli değildir. Ayrıca BGB § 185/2'deki kuralın kıyasen uygulanmasının gerekliliği de Alman doktrini tarafından savunulmaktadır²⁶⁵.

BGB § 185/2'ye göre, tasarruf yetkisi olmadan yapılan tasarruf işlemine icazet verilirse, tasarruf geçerli olur.

Tasarruf yetkisine sahip olmayan kimsenin, başkasına ait hak üzerinde yaptığı tasarruf işlemi kural olarak hükümsüzdür. Ancak BGB § 185/2 uyarınca, hak sahibinin daha sonra vereceği icazet²⁶⁶, tasarruf işlemine geçerlilik kazandırır²⁶⁷.

bb) İkale (eski hale getirme) sözleşmesinin (Aufhebungsvertrag) gerekliliği

²⁶⁵ Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876; Riedel, H., age. s.69; Blaum, M., agt. s.131; Palandt/Heinrichs, age. § 399,6, s.423.

²⁶⁶ BGB § 185/2 sadece icazet konusunu düzenlememiştir. Ayrıca tasarruf konusu daha sonra (tasarruf yetkisi olmaksızın) tasarrufta bulunan kişi tarafından iktisap edilirse veya miras yolu ile kendisine intikal ederse de, tasarruf işlemi geçerlilik kazanır.

²⁶⁷ Türk-İsviçre Hukuklarında da bazı yazarlar, tasarruf yetkisi yokken yapılan tasarruf işleminin kural olarak hükümsüz olduğunu, ancak hak sahibinin vereceği icazetle, tasarruf işleminin geçerlilik kazanacağını savunurlar. Bak. Bucher, E., age. s.548; Keller/Schöbi, age. s.46-47; Eren, F., Borçlar Hukuku C.III, s.419-420.

Bir grup yazar ise, yasağa aykırı temlikteki eksikliğin giderilebilmesi için, borçlunun tek taraflı icazetinin yeterli olamayacağını ileri sürmektedir. Bu konuda alacaklı ile borçlunun eski hale getirme sözleşmesi (Aufhebungsvertrag) yapmalarının gerekli olduğunu savunmaktadırlar²⁶⁸. Zira temlik yasağı sözleşmesi, alacak üzerine getirilen bir yasaklamadır ve yasak sözleşmesi alacağın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme ile getirilen yasaklama veya sınırlama ise ancak alacaklı ile borçlunun yapacakları bir sözleşme ile ortadan kaldırılabilir. Bu durumda borçlunun zımni kabulü de, eski hale getirme sözleşmesinin kurulabilmesi açısından yeterlidir²⁶⁹.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar göstermiştir ki, Alman Hukukunda, yasağa aykırı olarak yapılan bir temlik, gerek borçlunun tek taraflı icazeti ile olsun, gerekse alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir eski hale getirme sözleşmesi sayesinde olsun, sonuç olarak etkili (wirksam) hale getirilebilir. Her iki görüşü savunanlara göre de, yasağa aykırı temlik işlemi geçerli hale getirilebilir.

Dolayısıyla burada karşılaşılan sorun etkili olup olmama sorunu değil; fakat etkili olma zamanının hangi andan itibaren kendisini göstereceği sorunudur. Zira tek taraflı icazet kabul edildiğinde etki zamanı farklıdır, eski hale getirme sözleşmesi kabul edildiğinde ise farklıdır.

²⁶⁸ Larenz, K., SchR AT. s.581; Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.9, s.1834; Fikentscher, W., age. s.350-351; Raible, A., agt. s.67.

²⁶⁹ Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.9, s.1834.

Diğer bir deyişle, yasağa aykırı olarak yapılan temlikin etkili olması istendiğinde, kaldırılması istenen etki geçmişe dönük (ex tunc) olarak mı kendini gösterecek, yoksa ileriye etkili (ex nunc) olarak mı meydana gelecektir? Aşağıda [(3) Etkili olma zamanı] bu konu üzerinde durulacaktır.

8

b) Türk-İsviçre Hukuklarında

Gerek Türk Hukukunda, gerekse İsviçre Hukukunda taraflar sözleşme ile mutlak temlik etmemeyi kararlaştırmışlarsa, bu duruma aykırı olarak alacaklının, alacağını üçüncü kişilere temlik etmesi durumunda, sözleşmeye aykırı davranılmış olduğu ortadadır. Böyle bir temlik borçluya karşı ileri sürülemez²⁷⁰. Ancak yasağa aykırı temlike rağmen borçlunun, söz konusu tasarruf (temlik) işlemine rıza göstermesi (onay vermesi) sureti ile temlik işlemi geçerli hale getirilebilir²⁷¹.

270 Keller/Schöbi, age. s.58; Bucher, E., age. s.542; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, age. s.247. Böyle bir alacak temlik edilmişse, söz konusu temlik hem taraflar, hem de üçüncü kişiler için geçersiz olur. Tunçomağ, K., age. s.1084; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, age. s.794.

271 Bucher, E., age. s.542; Gauch/Schluep/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269; Guhl/Merz/Koller/Druey, age. s.250; Feyzioğlu, F. N., age. s.633; Tunçomağ, K., age. s.1084; Reisoğlu, S., age. s.363. Böyle bir temlike, alacaklı tarafından devralana verilmiş alacağı tahsil yetkisi şeklinde de bakılabilir. Bak. Von Tuhr/Escher, age. § 94/III, s.348.

Borçlu yasak sözleşmesini kendisine başvuran herkese karşı def'i olarak ileri sürebilme imkanına sahiptir²⁷². Ancak borçlu, kendisine başvuran kişilere karşı def'i ileri sürmezse, söz konusu temlik işlemine zımnen rıza göstermiş olduğu kabul edilmelidir. Zira temlik yasağı sözleşmesinin tarafları, alacaklı ve borçludur. Dolayısıyla aralarındaki temlik yasağı sözleşmesinden üçüncü kişilerin haberi olmayabilir. Bu noktadan hareketle, borçlunun susmak suretiyle alacaklı ile aralarındaki temlik yasağı sözleşmesinden kaynaklanan ve borcunu sadece ona veya belirlenen şartlar çerçevesinde başkasına ifa edeceği hususunda bir def'i hakkına sahip olmasına rağmen, söz konusu bu def'iyi ileri sürmemesi, söz konusu temlik işlemi kabul ettiğini gösterir. Zira def'i hakkını kullanıp kullanmamak borçlunun arzusuna kalmıştır ve bir uyumsuzluk çıktığında hakim böyle bir def'iyi re'sen göz önüne alamaz²⁷³. Buna karşılık borcun kendisine ifa edilmesini ileri süren taraf, borçlunun bu konuda bir def'i hakkına sahip olduğunu bilmeyebilir. Borçlunun söz konusu def'iyi ileri sürmemesi, karşı tarafı, borcun ifası konusunda herhangi bir pürüzün olmadığı yorumuna götürecektir ve bu durumda borçlunun ileri sürmesi gereken def'i hakkını da bilmediğinden veya bilebilecek

272 Keller/Schöbi, age. s.59; Gauch/Schluép/Jaeggi, Band II, N.3565, s.269. Borçlu, yasağa aykırı temlik söz konusu olduğunda, alacağı devraldığını ileri sürerek kendisine başvuran üçüncü kişilerin ifa talebini reddedebileceği hususunda bak. Oğuzman/Öz, age. s.895.

273 Def'i haklarının dermeyeran edilip edilmemesi borçlunun (davalının) arzusuna bırakılmış haklardandır. Dilerse bunu dermeyeran eder, dilerse bundan feragat eder. Velidedeoğlu, H. V., Umumi Esaslar, s. 367; Eren, F., Borçlar Hukuku, C.I, s.90; Tekinay, S. S., Genel Esaslar, s. 187.

durumda olmamasından ötürü, bunu borçlunun rıza beyanı olarak kabul edecektir. Dolayısıyla kararlaştırmış oldukları yasağa rağmen, borçlu, söz konusu defiyi kendisine başvuran kişiye karşı ileri sürmediği sürece, borcun bu kişiye ifa edilmesi gerekir.

3) Etkili olma zamanı

a) Alman Hukukunda

Mutlak (uneingeschraenkt) temlik yasaklarında, borçlunun tek taraflı icazeti ile temlikin etkili olması kabul edildiğinde, borçlunun tasarruf işlemine vereceği icazet ile temlik işlemi yapıldığı ana kadar geriye yürür; diğer bir deyişle verilen icazet, ex tunc etkiye sahiptir. Bu zaman dilimi içerisinde herhangi bir hak elde eden üçüncü kişilerin bu iktisapları ise BGB § 184/2 uyarınca korunmaz²⁷⁴.

Buna karşılık borçlunun rızası şartına bağlanan sınırlı (eingeschraenkt) temlik yasaklarında, verilen rıza, temlikin yapıldığı ana kadar değil, rızanın verilmesinden itibaren ileriye dönük olarak temliki geçerli hale getirir²⁷⁵. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

274 Fikentscher, W., age. s. 350. Ayrıca sözleşme teorisine göre, geriye etkili olma durumu mümkün değilken, § 184 ve § 185'in kıyasen uygulanması ile verilen icazet geriye etkilidir. Bak. MünchKomm/Roth, age. § 399, N.33, s.1616.

275 Erman/Westermann, age. § 399, N.3, s.876; Jauernig/ Stürmer, age. §§ 399,400, 2. b), s. 399,400.

Eski hale getirme sözleşmesinin yapılmasının gerekliliği kabul edilirse, alacaklı ile borçlunun yapacakları böyle bir sözleşme, temlik geriye etkili hale getirir; diğer bir deyişle, yapılan sözleşme "ex tunc" etkiye sahiptir. Ancak taraflar eski hale getirme sözleşmesi ile bunun aksini kararlaştırabilirler ve temlikin ileriye etkili olmasını sağlayabilirler. Temlikin yapıldığı zaman (an) ile sözleşmenin ileriye etkili olması zamanı (anı) arasında üçüncü kişiler bir hak elde ederlerse, elde edilen bu haklar da korunur²⁷⁶.

Her ne kadar alacaklı ve borçlu aralarında yapacakları sözleşme ile etki zamanının (anının) ileriye etkili olacağını kararlaştırmaları mümkünse de, tarafların bu konuya ilişkin olarak bir düzenleme yapmamaları halinde, diğer bir ifade ile her iki tarafın da bu konuda susmaları halinde sözleşmenin ex tunc etkisini kabul ettikleri varsayılır²⁷⁷.

Doğaldır ki, ileriye etkili (ex nunc) bir sözleşmenin yapılması borçlunun daha fazla menfaatinedir; çünkü ileriye etkili bir sözleşme borçlu açısından riziko taşımaz²⁷⁸.

b) Türk-İsviçre Hukuklarında

Yasağa aykırı temlik vukubulduğunda, borçlunun vereceği icazet geriye etkili olarak hükümlerini doğurur²⁷⁹.

²⁷⁶ Soergel/Zeiss, W., age. § 399, N.9, s.1834; Larenz, K., SchR AT. s.582.

²⁷⁷ Blaum, M., agt. s.150.

²⁷⁸ Blaum, M., agt. s.148.

Ancak borçlunun onaylaması şartına bağlanan sınırlı temlik yasaklarında, taraflar aksine bir anlaşma getirmediikleri sürece, temlik, işlemin yapıldığı andan itibaren ileriye etkili olarak hüküm ifade eder. Bunun aksi taraflarca kararlaştırılabilir.

Doğaldır ki, yasak sözleşmesinin yapılması ile temlik işlemi arasında geçen zaman içerisinde, üçüncü kişilerin elde edeceği haklar korunacaktır²⁸⁰.



279 İlgili kişinin icazet vermesi suretiyle hukuki işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Dolayısıyla icazet geriye doğru etki doğurur. Bak. Oğuzman, K., Temel Kavram s.116,122, 123; Oğuzman/Öz, age. s.100,101,176; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, age. s.201 vd.; Tunçomağ, K., age. s.1084; Feyzioğlu, F., Borçlar Hukuku C.II, s.633.

280 Von Tuhr/Peter, age. § 20/VII, s.153, dn.71.

SONUÇ

Tezimizin ilk bölümünde alacağın temlikinin hukuki niteliği, şartları, kapsam ve hükümleri incelenmiştir. Buradaki incelememiz de göstermektedir ki, alacaklı, gerek ekonomik, gerek ticari ve gerekse hukuki sebeplerden ötürü alacağını, üçüncü bir kişiye temlik etmek isteyebilir. Bunun için borçlusunun muvafakatine de ihtiyacı yoktur. Ancak bu temlik işlemi kanun ile, veya işin niteliği gereğince veya gerekse sözleşme ile yasaklanmamış olmalıdır.

Tezimizin ikinci bölümünün ilk kısmında alacaklı ile borçlunun, alacağın devredilmemesi veya belli şartlarla devredilmesi konusunda anlaşabileceklerini, bunun da ancak "sözleşmeye dayanan temlik kısıtlama ve yasakları" ile mümkün olabileceğine değindikten sonra; ikinci bölümün ikinci kısmında ise temlik yasağı sözleşmelerinin amacını, taraflarını, söz konusu sözleşmelerin geçerliliğini ve şekle bağlı olmamasını irdledik.

Temlik etmeme anlaşmalarının kural olarak şekle bağlı olmayacağını, dolayısıyla şekilsizliğin esas olacağını ve yazılı olarak yapılan temlik yasağı sözleşmesinin ancak ispat açısından önemli olabileceğine değindik.

Temlik yasağı sözleşmesinin açıkça veya hayatın mutad ve beklenebilir durumlarında zımnen dahi kararlaştırılabileceği düşüncesinde olanlar varsa da, bu tür yasakların, ancak açıkça kararlaştırılmak suretiyle sözleşmelere konulabileceğini, böyle bir temlik yasağı sözleşmesinin zımnen yapılamayacağını, en azından sözleşme

taraflarından birisinin açıkça bu konuda irade beyanında bulunması gerekliliğine karşılık, diğer tarafın bunu zımni irade beyanı ile kabul edebileceğini savunduk.

Tezimizin bundan sonrasında temlik yasak ve kısıtlamalarının çeşitlerini açıklamaya çalıştık. Buna göre taraflar temlikli mutlak olarak yasaklayabilecekleri (mutlak temlik yasakları) gibi, söz konusu yasaklara bir takım kısıtlamalar (sınırlı temlik yasakları) da getirebilirler.

Daha sonra temlik yasak ve kısıtlamalarının etkilerini inceledik. Söz konusu yasak ve kısıtlamalara rağmen herhangi bir temlikin vukubulması halinde, temlik işleminin geçersiz (hükümsüz) olacağını, ancak bu geçersizliğin kesin hükümsüzlük anlamında olmayıp, bu geçersizliğin nisbi bir etkisizlik olması gerektiğini açıklamaya çalıştık.

Bu bölümün son kısmı ise, yasağa aykırı temlikin geçerli hale getirilmesi sorununa ayrılmıştır. Sınırlı temlik yasaklarında herhangi bir sorun olmadığını, zira temlik yasaklarında belirlenen şartlara uyularak temlikin geçerli hale getirilebileceğini; mutlak temlik yasaklarında ise, temlik işleminin telafi edilemeyecek şekilde de olsa hükümsüz sayılmasının tarafların menfaatleri ile bağdaşmayacağı dolayısıyla yasağa aykırı temlikin geçerli hale getirilebileceğini belirledik. Daha sonra temlik işlemindeki eksikliğin nasıl tamamlanacağını ve bunun şekilleri üzerindeki görüşlere yer verdik. Bir grup yazarın savunduğu borçlunun tek taraflı icazetinin yeterli olacağını yanısıra, (Alman Hukukunda görülen) ikale sözleşmesinin de gerekli olacağı hakkında bir grup yazarın görüşleri açıklanmıştır. Tezimizin sonunda ise, eksikliğin gerek tek taraflı icazetle olsun, gerekse ikale sözleşmesinin varlığı sonucunda tamamlanması ile olsun,

tarafkların yasağa aykırı temlike rağmen temlikin vukubulması halinde icazet veya ikale sözleşmesinin ne zaman etkili olacağı, diğer bir deyişle ileriye mi (ex nunc), yoksa geriye (ex tunc) mi etkili olacağını açıklamaya çalıştık.



**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**