

Guarantee Responsibility of Transferor in the Transfer of Claim According to Turkish Code of Obligations

Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Alacak Devrinde Alacağını Devredenin Garanti Sorumluluğu

ABSTRACT

The concept of transfer of claim is an agreement between the creditor and the relevant third party, who has taken over the respective receivables, in relation to assignment of a claim arising from a significant debtor-creditor relationship. With the transfer of a claim, the right to collect the relevant receivables changes hands and passes to the transferee who becomes entitled to request payment of the respective debt from the debtor. As stipulated both in the previous Code of Obligations No. 818 (“PCO”) dated 1926¹ and the Turkish Code of Obligations numbered 6098 (“TCO”) dated 2011,² it is not required to get the consent of the debtor or to inform him about the assignment of any claim. Because of the tri-lateral structure of the assignment of claim, economic risks are likely to occur. However,

ÖZET

Alacak devri, bir borç ilişkisinden doğan belli bir alacak hakkının devrine yönelik olarak, alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi arasında yapılan tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşmedir. Alacağın devri ile alacak hakkı el değiştirir ve borcun ödenmesini isteme hakkı alacağı devralana geçer. Gerek 1926 tarihli ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda¹ (“eBK”), gerekse 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (“TBK”)² düzenlendiği üzere, alacağın devri bakımından borçlunun rızasının alınmasına veya borçluya bilgi verilmesine gerek bulunmamaktadır. Alacağın devrinin üçlü bir yapısının olması, iktisadi anlamda bazı risklerin meydana gelmesine sebep olmaktadır. Kanun koyucu, borçlar hukuku kapsamında koyduğu tamamlayıcı hükümlerle bu riski paylaşmıştır. İlgili risk paylaşımını, tarafların

such risks have been apportioned by the legislator through several complementary regulations within the scope of the law of obligations. The parties can also regulate the relevant risk sharing under an agreement. In this respect, the TCO has expanded the guarantee responsibility of transferor, which had been also covered by the PCO, in transfer of claim made for consideration.

KEY WORDS: Transfer of Claim, Guarantee, Liability, Responsibility

I. INTRODUCTION

TRANSFER OF CLAIM³ ESTABLISHES A TRILATERAL legal relationship between the transferor of the claim, transferee and debtor. Transferee of a claim is the person who takes over the rights arising from the claim, however, is not a party of the relevant agreement causing the debt. Transferor of a claim means the person who transfers his contractual rights to a third party; and debtor refers to the person who has contractual liabilities arising from the respective agreement.

Transferee of a claim usually has limited information regarding the relationship between the transferor and the debtor. For instance, the claim may be assigned even if the relevant debt has not arisen yet or will never arise. Furthermore, it may have arisen in the past but has expired at the time of the transfer. Likewise, even though the existence of a debt is definite, the relevant debtor may have become insolvent.

Turkish legislator has made a regulation in order to provide the most effective risk dispersion in order to keep the parties out of extra cost and time. According to Article 191 of the TCO, if a claim has passed to someone else without any action in return (gratuitous) or in accordance with the law; the transferor or the prior creditor shall not be responsible for the existence of such claim and the debtor's ability to pay. However, when the claim is transferred in return for an action (onerous), the transferor of such claim guarantees the existence of that claim along with the debtor's ability to pay during the transfer.

kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle düzenlemeleri de mümkündür. Bu kapsamda, TBK, eBK'nın da öngördüğü ivaz karşılığı yapılan alacak devrinde alacağı devredenın garanti sorumluluğunu genişletmiştir.

ANAHTAR KELİMELEER: Alacağın Devri, Garanti, Sorumluluk

I. GİRİŞ

ALACAĞIN DEVRİ³, ALACAĞI DEVREDEEN, ALACAĞI devralan ve borçlu olmak üzere üç taraflı hukuki bir ilişki oluşturur. Alacağı devralan, alacaktan doğan hakları devralan, ancak borç doğuran sözleşmenin tarafı olmayan kişidir. Alacağı devreden, sözleşmeden doğan haklarını üçüncü tarafa devreden kişiyi; borçlu ise sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri olan kişiyi ifade eder.

Alacağı devralanın, alacağı devreden kişi ile borçlu arasındaki ilişki hakkında bilgisi sınırlıdır. Örneğin, borcun aslında doğmamış veya doğmayacak olması yahut geçmişte doğmakla birlikte devir esnasında sona ermiş olması mümkündür. Aynı şekilde borcun varlığı kesin olsa dahi borçlunun ödeme aczinde bulunması da ihtimaller arasındadır.

Kanun koyucu, tarafları fazladan masraf ve zamandan kurtarmak adına, en verimli risk dağılımını sağlamak amacıyla bir düzenleme öngörmüştür. TBK madde 191'e göre alacak, bir edim karşılığı olmadan (ivazsız) veya kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. Ancak alacağın bir edim karşılığında (ivazlı) devredilmesi durumunda alacağı devreden devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu garanti eder.

Alacağı devredenın borçlunun ödeme aczinden sorumlu olması, eBK'da olmayan, TBK ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. Bu çalışmada alacağın devri ve garanti sorumluluğu kavramları, alacağını ivaz karşılığı ya da



The liability of the transferor in terms of the relevant debtor's ability to pay is a new regulation brought by the TCO which has not been regulated under the PCO before. In this article, the regulations under the TCO that have expanded the liability of the transferor who assigns its claim in onerous or gratuitous way will be analyzed and also the scope of that liability of the transferor will be assessed within the context of risk distribution.

II. THE GUARANTEE LIABILITY OF THE TRANSFEROR IN TRANSFER OF CLAIM

A. Regulations under the TCO for the Liability of Guarantee

The TCO has not only simplified the provisions set out in the PCO but also made modernization and modifications in terms of the guarantee liability of transferor of claim. In accordance with Article 191 of the TCO titled "Guarantee",

ivazsız olarak devreden tarafın sorumluluğunu genişleten TBK düzenlemesi çerçevesinde incelenerek, sorumluluğun kapsamı, risk dağılımı meselesi bağlamında değerlendirilecektir.

II. ALACAĞIN DEVRİNDE DEVREDENİN GARANTİ SORUMLULUĞU

A. Garanti Sorumluluğunun TBK Hükümlerince Düzenleniş Şekli

TBK ile eBK'da yer alan hükümler sadeleştirilmekle kalınmamış, aynı zamanda alacağı devredenin garanti sorumluluğunun kapsamında da yenileştirme ve değişiklikler yapılmıştır. TBK'nın "Garanti" başlıklı 191. maddesi uyarınca,



“If a claim has been transferred in return for an action; transferor of such claim guarantees the existence of that claim along with the debtor’s ability to pay during the transfer. If a claim has passed to someone else without any action in return or in accordance with the law; the transferor or the prior creditor is responsible neither for the existence of such claim nor the debtor’s ability to pay.”

In this context, the TCO has made a dual separation, which considers if the transfer is gratuitous or onerous, regarding the guarantee liability of transferor. When legal outcomes of this dual separation is evaluated, it is seen that, unless otherwise agreed, in terms of transfers practiced gratuitous – as in the PCO - there is not any liability for guarantee; on the other hand, as for the transfers practiced onerous, the ability of the debtor to pay is guaranteed along with the existence of claim which is independent from the fact that whether the transferor has any fault or not. In terms of onerous transfers, while

“Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”

Bu kapsamda TBK, devrin ivazlı veya ivazsız olmasına göre ikili bir ayrıma gitmiştir. Bu ikili ayrımın ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar değerlendirildiğinde ivazsız yapılan devirler bakımından -eBK’da olduğu gibi- aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir garanti yükümlülüğü olmadığı; ivazlı yapılan devirler bakımından ise, devreden kusurlu olup olmadığından bağımsız alacağın varlığı ile birlikte, borçlunun ödeme gücünün garanti edildiği görülmektedir. İvazlı yapılan devirler bakımından, eBK kapsamında yalnızca borçlunun ödeme gücünün taahhüt edildiği haller için alacağını devreden bir garanti yükümlülüğü olduğu belirtilirken, TBK’da garanti

it was stated under the PCO that the transferor will have a guarantee liability only for the circumstances in which the debtor's payment ability is undertaken by the transferor; such a commitment is not required for the guarantee of the transferor under the TCO. It should also be noted that there is no separation regulated either under the PCO or the TCO for the circumstances in which a claim is passed to someone else in accordance with the provisions of the law, and it is regulated that the transferor will not be liable for the existence of claim or debtor's ability to pay, regardless of the fact that whether the transfer is onerous or gratuitous.

It is possible to classify the concept of "transfer of claim" as transfer instead of discharge; transfer for discharge; transfer with assurance-purpose and transfer for the purpose of collecting the relevant debt. The concept of "transfer of claim for discharge" is regulated in Article 192 of the TCO (corresponding to Article 170 of the PCO). Transfer of claim to be carried out for discharge, within the scope of aforementioned article, means that the claim is assigned for the purpose of discharge of another obligation or for the sake of discharge. In the transfer of claim "instead of discharge", the relevant debt is deemed as fulfilled by the assignment. However, in the transfer of claim "for discharge", the relevant amount that the transferee has already obtained or would have obtained from the debtor if the transferee had exercised due diligence, will be deducted from the debt of the transferor. The purpose of the mentioned provision is to make sure that the transferee (who has taken over the relevant claim "for discharge") puts in effort to receive the claim.

Within the scope of Article 193 of the TCO, transferee will be able to request from the transferor who bears the guarantee liability,

- i. repayment of the performed counter discharge including its interest,*
- ii. the expenses occurred due to the transfer of claim,*
- iii. the expenses made by the transferee in order to obtain the relevant claim and the expenses occurred as a result of unavailing attempts which the transferee made to receive the claim from the debtor and*
- iv. other damages suffered by the transferee unless the transferor proves his faultlessness.*

yükümlülüğü için söz konusu nitelikte bir taahhüt aranmamıştır. Bununla birlikte, alacağın kanun hükümleri gereği bir başka şahsa geçtiği durumlar için eBK ya da TBK içerisinde herhangi bir ayırım yapılmamış, devrin ivazlı ya da ivazsız olduğuna bakılmaksızın devreden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir.

Alacağın devri kavramını; ifa yerine; ifaya yönelik; teminat amacıyla ve tahsil amacıyla olmak üzere sınıflandırmak mümkündür. "İfa yönelik alacağın devri" kavramı, TBK madde 192'de (eBK'nın 170. maddesine karşılık gelen) düzenlenmiştir. Söz konusu madde kapsamında ifaya yönelik olarak yapılan alacak devri, alacağın bir başka borcun ifası amacıyla veya ifası uğruna temlik edilmesi anlamını taşımaktadır. Alacağın "ifa yerine" devrinde, devir ile birlikte borç sona ererken, "ifa uğruna" devirde aksine bir anlaşma yoksa alacağı devralanın borçludan elde ettiği veya gerekli özeni gösterseydi elde edeceği miktar, alacağı devreden borcuna mahsup edilir. Söz konusu hükmün amacı, ifa uğruna alacağı devralan tarafın alacağın tahsili için bir çaba sarf etmesidir.

TBK madde 193 kapsamında, devralan garanti ile yükümlü olan devredenden,

- i. ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini,*
- ii. devrin sebep olduğu giderleri,*
- iii. borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri ve*
- iv. devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını*

talep edebilecektir.

İlk üç bentte yer alan düzenlemeler eBK'da da mevcutken, son bent TBK ile getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle TBK, eBK'daki düzenlemeye ek olarak, alacağını devreden kusursuzluğunu ispat edememesi halinde alacağı devralanın ilk üç bentte sayılan zararların dışındaki uğradığı diğer zararları talep edebilme hakkını içermektedir. Ayrıca değinmek gerekir ki, ki bu hakkın kanunda açıkça düzenlenmese de yeni kanun yürürlüğe girmeden önce var olduğu da savunulmakta ancak kusuru ispat yükü devralana yüklenmekteydi.⁴

While the regulations mentioned in the first three articles were also regulated under the PCO, the last one has been newly brought by the TCO. In other words, in addition to the relevant provisions under the PCO, the TCO also includes the right to demand other damages incurred by transferee apart from the damages mentioned in the first three articles, in case the transferor of claim cannot prove his faultlessness. Also, it should be mentioned that even though this right was not regulated explicitly in the law, it is argued that such right of transferee was applicable even before the new law has entered into force; however, the burden of proof in terms of the transferor's fault was on the transferee.⁴

B. The Relationship between the Guarantee Liability in Transfer of Claim and the Fault Liability and Non-Compulsory Nature of the Guarantee Liability Provisions

According to the concept of "fault liability", in order for the debtor to be held responsible from damages, the debtor's fault should be ascertained. Within the context of the TCO, the fault of a person is determined as the main principle for fault based liability.⁵ Furthermore, it has been regulated in the law that one can be held responsible in terms of certain legal transactions, even if there is no fault ascertained for that person.

In accordance with the TCO, as for the transfer of claim, provisions related to the guarantee liability has not been based on "fault", on the contrary, it is based on "absolute liability" principle.⁶ The legislator has held the transferor of claim liable to the transferee, even in cases where the claim does not exist or the transferee does not know or is not required to know that the debtor is not able to pay the relevant debt.⁷ In transfer of claim, in addition to the fact that the guarantee principle is in favor of transferee according to the fault liability principle, it is pos-

B. Alacağın Devri İşleminde Garanti Sorumluluğu ile Kusur İlkesinin İlişkisi ve Garanti Yükümlülüğüne İlişkin Hükümlerin Emredici Nitelikte Olmaması

Kusur sorumluluğu kavramı uyarınca, borçlunun zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurunun tespit edilmiş olması gerekmektedir. TBK kapsamında kişinin kusuru, sorumluluğun temel prensibi olarak belirlenmiştir.⁵ Bazı özel hukuki işlemlerde borçlunun hiçbir kusurunun saptanamadığı durumlarda dahi sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir.

TBK uyarınca alacağın devrinde ise, garanti sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler "kusur" temeline dayandırılmamış olup, "kusursuz sorumluluk" prensibi söz konusudur.⁶ Kanun koyucu, alacağını devredeni, alacağın mevcut olmadığı veya borçlunun ödeme gücünün yeterli olmadığını bilmediği ve bilmesinin de gerekmediği durumlarda dahi devralana karşı sorumlu tutmuştur.⁷ Alacağın devrinde, kusur ilkesine göre garanti ilkesinin devralanın lehine olmasının yanı sıra, TBK madde 191 emredici nitelikte olmadığından, tarafların devir sözleşmesini garanti yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde de düzenlemeleri mümkündür.⁸

Kanun koyucu tarafından özel bir düzenleme yapılarak TBK madde 191 ve devamındaki hükümler düzenlendiğinden, alacağın devrinde ayıba karşı ve zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı yoktur. Her ne kadar "satım sözleşmeleri" kapsamında ayıba karşı ve zapta karşı tekeffül hükümleri satıcının borçları kapsamında düzenleme alanı bulmuşsa da, garanti sorumluluğu kapsamındaki hükümler hususidir ve evvelce uygulanması gerekir.

FOOTNOTE

1 Official Gazette (OG) dated 29.04.1926 and numbered 359.

2 OG dated 04.02.2011 and numbered 27836.

3 It has been regulated between Articles 183 to 194 of the TCO.

4 **Baki İlkay Engin**, *Alacağın Devredenin Garantisi Sorumluluğu*, Ankara 2002, p. 152.

5 **M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz**, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2012, p. 2.

6 **Mehmet Deniz Yener**, "Alacağın Devredenin Garantisi Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2011, p. 71. <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/download/5000006325/5000006778> (Access: 27.05.2016).

7 **Güler Gümüşsoy**, *Alacağın Devrinde Devredenin Garantisi Yükümlülüğü*, Master's Thesis İstanbul Kültür

University, İstanbul 2013, p. 79 <http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/handle/11413/737> (Access: 27.05.2016).

8 Gümüşsoy, p. 79.

9 **Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Cilt 1, İstanbul 2008, p. 114-115.

10 Engin, p. 95.

sible to draw up the agreement for transfer of claim in such a way as to eliminate the responsibility for guarantee, as Article 191 of the TCO is not compulsory.⁸

Since Article 191 and the following articles of the TCO have been specifically regulated by the legislator, the guarantee provisions will not be applicable for the transfer of claim. Even though the guarantee provisions regulated under the law will be applicable for seller's obligations under "sale contracts", provisions within the scope of guarantee liability are particular and should be primarily enforced.

C. Concepts and Separation of Onerous and Gratuitous Transfers in terms of the Guarantee Liability in the Transfer of Claim

In accordance with the TCO, obligatory and dispositive transactions can be drawn up as onerous or gratuitous.⁹ However, it should be noted that dispositive transactions, which are regulated for discharge of an obligation caused by a legal transaction, cannot be classified as onerous or gratuitous. If the opposite party is granted with a claim by incurring an obligation with the transfer of claim, the qualification of the relevant obligatory transaction will determine the legal nature of the relevant transaction.¹⁰ If the claim has been transferred in return for an action, then the relevant assignment of claim will be onerous; however, if an unreciprocated transfer has been made, then such assignment will be gratuitous. As mentioned before, this dual separation has been regulated in Article 191 of the TCO and the guarantee liability of the transferor has different limitations for onerous and gratuitous assignments.

In any case, the scope of the guarantee liability of the transferor in an onerous transfer will be larger than a gratuitous transfer. However, it is not possible to say

C. Alacağın Devrinde Garanti Sorumluluğu Açısından İvazlı - İvazsız Devir Kavramları ve Ayrımı

TBK uyarınca borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri, ivaz karşılığı yapılabileceği gibi ivazsız (karşılıksız) da yapılabilir.⁹ Ancak tasarruf işlemlerinin ivazlı ya da ivazsız olabileceğine değinilse de, bir hukuki işlemten kaynaklanan borcun ifası için yapılan tasarruf işlemlerinin ivazlı ya da ivazsız olduğundan bahsetmek yerinde olmayacaktır. Alacağın devri kurumu ile borç altına girilerek karşı tarafa alacak hakkı sağlanması durumunda, yapılan bu kazandırmanın ivazlı olup olmadığı borçlandırıcı işlemin niteliğinden anlaşılır.¹⁰ Alacak bir edim karşılığında devredilmişse ivazlı, eğer karşılıksız bir devir söz konusu ise de ivazsızdır. Daha önce de değindiğimiz gibi, bu ikili ayırım TBK madde 191'de yapılmış olup, alacağın devredeninin garanti sorumluluğu ivazlı-ivazsız devirler için farklı sınırlar öngörülerek düzenlenmiştir.

İvaz karşılığı devirlerde, ivazsız devirlere göre garanti sorumluluğunun kapsamı her halükarda daha geniştir. Ancak, ivazsız devirlerde hiçbir sorumluluk öngörüle-meyeceğini söylemek yerinde olmayacaktır. Nitekim taraflar, devir ivazsız olmasına rağmen alacaklının devredilen alacağın varlığından sorumlu olabileceği hususunu kararlaştırabilirler.¹¹ TBK madde 191'in ilk fıkrasından da açıkça anlaşılabilir. Üzere, ivazlı devirlerde alacağın devreden kişinin garanti sorumluluğuna ilişkin olarak, "alacağın varlığını" ve karşı tarafın "ödeme gücünü" garanti etmesi söz konusudur. Ancak TBK madde 191/2 uyarınca ivazsız devirlerde bu iki durumdan devreden sorumlu tutulmamış olup, "kanun gereğince" ifadesinden de anlaşıldığı üzere, kanundan doğan devirlerde de devredeninin garanti sorumluluğu olmayacaktır.¹²

Söz edilen düzenlemenin yanı sıra, bazı özel durumlarda ivazlı-ivazsız devir ayrımının yapılamaması söz konusudur. Alacağın devri bir mahkeme kararının veya bir ka-

DİPNOT

1 29.04.1926 tarih ve 359 sayılı Resmî Gazete (RG).

2 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

3 Alacağın Devri TBK'nın 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

4 Baki İlkay Engin, *Alacağın Devredeninin Garanti Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 152.

5 M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2012, s. 2.

6 Mehmet Deniz Yener, "Alacağın Devredeninin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler", *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2011, s. 71 <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/download/5000006325/5000006778> (Erişim: 27.05.2016).

7 Güler Gümüşsoy, *Alacağın Devrinde Devredeninin Garanti Yükümlülüğü*, Yüksek Lisans Tezi İstanbul

Kültür Üniversitesi 2013, s.79 <http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/handle/11413/737> (Erişim: 27.05.2016).

8 Gümüşsoy, s. 79.

9 Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 1.Cilt, İstanbul 2008, s. 114-115.

10 Engin, s. 95

that no liability can be regulated in gratuitous transfers. Hence, even though the transfer is gratuitous, parties can agree on the fact that creditor can be liable for existence of the claim.¹¹ Considering the responsibility of the transferor of claim for guarantee in onerous transfers, it is possible to guarantee the “existence of claim” and “ability of payment” of the opposite part, as it can be clearly seen in the first paragraph of Article 191 of the TCO. However, the transferor is not held responsible for these two situations in gratuitous transfers, and as seen in the statement of “in accordance with law”, the transferor will not have a guarantee liability in the transfers arising from the law, according to Article 191/2 of the TCO.¹²

In addition to the mentioned regulation, in some special cases the differentiation between onerous and gratuitous transactions may not be possible. The transfer of claim can also be carried out as a result of a court decision or enforcement of a provision of law. In Article 185 of the TCO titled “Legal or Judicial Transfer and its Effect”, it is stated:

“If the transfer of claim has been performed in accordance with the law or a court decision, this transfer can be brought forward against third parties without the necessity of any particular form and consent of the prior creditor.”

Pursuant to the above-mentioned provision, in transfer of a claim, which will be performed in accordance with the law, the debtor will not hold responsible for guarantee either.¹³ This is clearly inferred from Article 191/2 of the TCO. Another exception regulated in Article 185 of the TCO is related to judicial decisions. If there is a transfer of claim to be performed as a result of a judicial decision, as in the transition in accordance with the law, it will be transferred to a third party without any necessity of will for transfer. In addition to that, as there is no regulation to the contrary in the law and the majority of academics embrace this opinion,¹⁴ the transferor will not have any guarantee liability. However, if there is a promise to onerous transfer, in terms of the damages that may occur when such promise is not fulfilled, even though the transfer is performed by a court decision, as long as obligation of transfer is caused by an onerous transaction, the guarantee liability will be in question.¹⁵

nun hükmünün icra edilmesi sonucu da gerçekleşebilmektedir. TBK'nın “Yasal veya Yargısal Devir ve Etkisi” başlıklı 185. maddesinde;

“Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekilde ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.”

ifadeleri yer almaktadır.

Söz konusu hüküm uyarınca, kanun gereği gerçekleşen alacağın devrinde, borçlunun garanti sorumluluğu da olmayacaktır.¹³ Bu durum TBK madde 191/2'den de açıkça anlaşılmaktadır. TBK madde 185'te değinilen bir diğer istisna ise, yargı kararlarına ilişkindir. Eğer bir yargı kararı sonucunda gerçekleşen alacak devri söz konusu ise; kanun gereği intikalde olduğu gibi, devir iradesi aranmadan üçüncü kişiye intikali söz konusu olur. Aynı zamanda, kanunda aksine herhangi bir düzenleme olmadığından ve doktrindeki baskın görüş bu yönde olduğundan,¹⁴ devredenin herhangi bir garanti sorumluluğu olmayacaktır. Ancak ivazlı devir vaadinde bulunulması söz konusu olduğunda, bu vadin yerine getirilmemesi durumunda oluşabilecek zararlar kapsamında, devir mahkeme kararıyla gerçekleşse bile, devir borcu ivazlı bir işlemten kaynaklandığı sürece, garanti sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁵

D. İvazlı Devirlerde Devredenin Alacağın Varlığından ve Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu

1. İvazlı Devirlerde Devredenin Alacağın Varlığından Sorumlu Olması

TBK madde 191 geniş yorumlandığında, ivazlı devirlerde alacağın varlığının garanti edilmesi kapsamında iki farklı kavram ortaya çıkmaktadır. Bu ifadeden anlaşılması gereken, devrin gerçekleştiği sırada alacağın devredeninin malvarlığında bulunması ve alacağın borçludan tahsil edilmesini zorlaştıracak etkenlerdir.¹⁶ Ayrıca, alacağın devredilmesiyle alacağa bağlı olan yan haklar da ek bir işlem yapılmaksızın devralana geçebilecek. Fakat, söz konusu yan haklar kapsamında garanti sorumluluğundan bahsedilebilmek için bu hakların da ek olarak taahhüt edilmiş olması gerekecektir.¹⁷ Öncelikle alacak, devrin gerçekleştiği sırada devredeninin malvarlığında tamamen veya kısmen bulunmak zorundadır. Aksi durumda, devreden nezdinde alacağın var olmaması sebe-



D. The Transferor's Liability of Existence of Claim and the Debtor's Payment Ability in Onerous Transfers

1. The Transferor's Liability of Existence of Claim in Onerous Transfers

When Article 191 of the TCO is interpreted largely, two concepts arise within the scope of guaranteeing the existence of claim in onerous transfers. By this point, the claim's being in the asset of the transferor during the transfer and the factors which make it difficult to collect the claim from the debtor should be understood.¹⁶ Besides, with the transfer of a claim, secondary rights related to the claim also pass to the transferee without making any other transaction. On the other hand, the guarantee liability in terms of the secondary rights may only occur if those rights are also guaranteed.¹⁷ First of all, the claim should fully or partially exist in the assets of the transferor during the transfer. Otherwise, the transferor will be

biyle sorumluluk doğacaktır. Devredenin bu kapsamda sorumlu olacağı başka bir durum ise, alacağın gerçekte var olmaması olabilir. Sözleşme konusunun en başından imkânsız olması halinde, aslında mevcut olmayan bir alacak devre konu edilmiştir;¹⁸ nitekim, alacak hiç doğmamış ve devre konu olmamış olabilir. Kanun koyucu alacağın devrinde kusursuz sorumluluk öngörmüş olduğundan, hukuki işlemin en başında sözleşme konusunun imkânsız sayılması sebebiyle, sözleşmenin de hükümsüz/geçersiz olacağını düzenleyen TBK'nın 27. maddesi yerine 191. maddesi uygulama alanı bulacak ve bu kapsamda alacağın varlığına ilişkin garanti sorumluluğu geçerli olmaya devam edecektir.¹⁹

TBK madde 191'de ivazlı devirler kapsamında öngörül-
müş olan alacağın varlığına dair garanti sorumluluğu ancak söz konusu alacağın mevcudiyeti ile ilişkilendirilebilir. Başka bir deyişle, alacak devri sözleşmesine dair oluşabilecek geçersizlik durumları garanti sorumluluğu kapsamında değildir. Alacak devri sözleşmesi alacağın

liable for non-existence of the relevant claim in the transferor's assets. Another situation that the transferor will be liable within this scope may be the fact that the relevant claim does not exist at all. If the subject of a contract is impossible from the beginning, it means that a claim which actually does not exist at all is subjected to a transfer;¹⁸ as a matter of fact, such claim may have never been occurred and subjected to the transfer. Nevertheless, since the legislator has adopted the concept of absolute liability in the transfer of claim, Article 27 of the TCO will not be applicable which regulates that the contract shall be deemed void/invalid since the subject of the relevant contract is impossible from the beginning and instead, Article 191 of the TCO will be applicable in which case, the transferor's guarantee liability will remain valid.¹⁹

Guarantee responsibility related to the existence of claim regulated within onerous transfers under Article 191 of the TCO can be associated only with the existence of the relevant claim. In other words, invalidity situations that may occur in relation to the agreement for transfer of claim are not included within the guarantee liability. If an agreement for the transfer of a claim has been considered invalid by any other reason other than the fact that the relevant claim does not actually exist; then it is not possible to mention a liability for guarantee.²⁰ In addition, if the respective claim has been transferred despite any obstacle that prevents such transfer, the guarantee liability cannot be applicable in this case as well.²¹ Namely, if there is a claim which cannot be transferred or a legal obstacle to transfer the claim exists, considering the fact that the transferee has no benefit that is worth preventing in this regard, it is possible to deduce that the transferor does not have any guarantee liability.²² On the contrary, if a claim has been transferred despite an obstacle arising from the contract executed between the debtor and the creditor, and the debtor does not perform its obligations to the transferee by setting forth the obstacle as the reason; it will be possible to say that the transferor has a guarantee liability.²³

mevcut olmaması dışında herhangi bir sebepten geçersiz sayılmış ise, bu durumda garanti sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.²⁰ Bunlara ek olarak, herhangi bir devir engeline rağmen alacak devredilmiş olursa, devredenin garanti sorumluluğundan söz edilemeyecektir.²¹ Şöyle ki, eğer devredilmesi mümkün olmayan bir alacaktan söz ediliyorsa veya alacağın devredilmesinin önünde kanunen bir engel varsa; devralan tarafın bu durumda korunmaya değer bir menfaatinin olmadığı göz önünde bulundurulur; devredenin garanti sorumluluğu altında bulunmadığı sonucuna varılabilir.²² Buna karşın, borçlu ile alacaklı arasında akdedilen sözleşmeden doğan bir devir engeli bulunan bir alacak hakkının devredilmesi söz konusu ise, borçlu tarafından söz konusu sözleşme neden gösterilerek devralana ifade bulunulmaması durumunda, devredenin garanti sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacaktır.²³

Vadeye bağlanmış alacaklar söz konusu olduğunda, devir tarihinde var olan alacak, muacceliyet kazanmış sayılmayacak, vade olduğu sürece alacağın mevcudiyeti söz konusu olacaktır.²⁴ Bu durumda önem arz eden husus, devir anının garanti sorumluluğunun başlayacağı an olmasıdır.²⁵ Alacak şarta bağlanmış olabilir. Şartın varlığından haberdar olmayan yeni bir alacaklı söz konusu ise, söz konusu şartın devir tarihinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bağlı olarak, alacağın mevcut olmadığı ileri sürülebilecektir.

Bazı durumlarda alacak mevcut olduğu halde, devralanın alacağa sahip olabilmesi için, devredenin bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekebilir. Bu sebeple devredenin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda sorumluluğu doğacaktır. Alacağın devredilebilmesi için gereken işlemler bu kapsamda sayılabilir.²⁶

FOOTNOTE

11 Duygu Diren, "Alacağın Temlikinin Hüküm ve Sonuçları", Unpublished Master's Thesis Çankaya University, Ankara 2011, p.85 <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/handle/123456789/118?show=full> (Access: 27.05.2016).

12 Gümüşsoy, p. 80-81.

13 Gümüşsoy, p. 82.

14 Gümüşsoy, p. 83.

15 Engin, p. 102.

16 Gümüşsoy, p. 79.

17 Yener, p. 72.

18 Gümüşsoy, p. 86.

19 Gümüşsoy, p. 86.

20 Gümüşsoy, p. 88.

21 Gümüşsoy, p. 91.

22 Engin, p. 111.

23 Engin, p. 111.

24 Yener, p. 72.

25 Gümüşsoy, p. 88.

26 Gümüşsoy, p. 85.

27 Yener, p. 73.

When the matter is a claim with a certain due date, the relevant claim will not be due and payable on the transfer date; however, such claim will exist as long as the due date continues to exist.²⁴ In this case, the important point is that the time in which the guarantee liability will start is the time of transfer.²⁵ In some cases a certain condition may be stipulated for a claim. In the event of contingent claims, if there is a new creditor who is not aware of the conditions; depending on the fact that whether the aforementioned condition will be realized on the transfer date or not, it can be argued that such claim does not exist.

In certain cases even though the claim exists, the transferor may be required to fulfill certain obligations, so that the transferee obtains the claim. For this reason, the transferor will be liable if he does not fulfill such obligations. The transactions which are required to be performed for the assignment of the claim can be considered within the scope of such obligations.²⁶

2. The Transferor's Liability of the Debtor's Ability to Pay in Onerous Transfers

Legislator has held the transferor responsible for the ability of debtor to pay, unless otherwise agreed, and stipulated a larger liability compared to the regulation in the PCO by bringing an additional regulation with the TCO. The important point which should be considered in terms of the transferor's liability for the debtor's payment ability is the date on which the respective claim has been transferred or the date on which it has become due and payable. The reason why these dates are important is because it will not be possible to make reference to the guarantee liability of the transferor if the debtor has ability to pay his debt until the transfer date or the due date and if it is concluded that the creditor will be able to receive the debt by pursuing the debtor in due course.²⁷ Although it is controversial in the law to determine for which moment of the debtor's ability to pay the

2. İvazlı Devirlerde Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumlu Olması

Kanun koyucu TBK ile bir ek düzenleme getirerek, aksi kararlaştırılmadıkça, devredeni borçlunun ödeme gücünden de sorumlu tutmuş ve eBK'daki düzenlemeye kıyasla daha geniş bir sorumluluk öngörmüştür. Borçlunun ödeme gücü kapsamındaki sorumlulukta dikkat edilmesi gereken husus, alacağın devredildiği veya muaccel olduğu tarihtir. Bu tarihlerin önemli olmasının sebebi, eğer devir tarihine veya muacceliyet tarihine kadar borçlu ifa gücünü haiz ise ve alacaklının borçluyu zamanında takip etmesi ile alacağı elde edeceği sonucuna varılıyorsa, artık devredenin garanti sorumluluğundan bahsetmenin mümkün olmayacak olmasıdır.²⁷ Alacağını devredenin, borçlunun hangi andaki ödeme gücünden sorumlu olduğu konusu Kanunda tartışmalı olmakla birlikte; ivazlı devirde bulunan, alacağı devrettiği sırada borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kaçamayacaktır. Bu kapsamda yeni alacaklı, zamanaşımı def'ine maruz kalıncaya kadar borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmaya devam edecektir.²⁸

Borçlunun aciz halini ispatla yükümlü olan taraf, alacağı devralan taraftır ve devralanın aciz halini her türlü delille ispat etmesi mümkündür. Buna ek olarak, borçlu herhangi bir hile ile ödeme gücüne sahip olduğu düşüncesini uyandırarak sözleşme kurulmasına sebebiyet verirse, devralanın sözleşmeyi iptal hakkı bulunmaktadır.²⁹

Borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmaması aslında alacağa ilişkin bir özellik değildir. Burada borçlu, devir işleminin tarafları dışında bir üçüncü kişidir. Başta ödeme gücüne sahip olan borçlu devredenin bilgisi olmadan sonraki günlerde ödeme gücünden yoksun kalabilir. Bu nedenle, borçlunun ödeme gücü devredenin kontrol edebileceği bir olgu değildir.³⁰ Menfaat dengesi bakımından ideal çözüm, devredenin (ayrıca taahhütte bulunması durumu haricinde) borçlunun ödeme gücü kapsamında bir sorumluluğunun kabul edilmemesidir.

DİPNOT

11 Duygu Diren, "Alacağın Temlikinin Hüküm ve Sonuçları", Çankaya Üniversitesi, Ankara 2011, 85.

12 Gümüşsoy, s. 80-81.

13 Gümüşsoy, s. 82.

14 Gümüşsoy, s. 83.

15 Engin, s. 102.

16 Gümüşsoy, s. 79.

17 Yener, s. 72.

18 Gümüşsoy, s. 86.

19 Gümüşsoy, s. 86.

20 Gümüşsoy, s. 88.

21 Gümüşsoy, s. 91.

22 Engin, s. 111.

23 Engin, s. 111.

24 Yener, s. 72.

25 Gümüşsoy, s. 88.

26 Gümüşsoy, s. 85.

27 Yener, s. 73.



transferor will be liable; in terms of onerous transfers, the transferor is not allowed to evade responsibility by proving that the debtor had ability to make the relevant payment at the time of the transfer of claim. In this context, the new creditor will continue to be responsible for the debtor's payment ability until being exposed to the plea of lapse of time.²⁸

The party who is obliged to prove the debtor's insolvency is the transferee, and he can prove it with any kind of evidence. In addition, if the debtor causes execution of an agreement by imposing the idea that the debtor has the ability to make the relevant payment, the transferee will have the right to cancel that agreement.²⁹

The debtor's solvency or insolvency is not actually a feature relating to the claim. In that case, the debtor is a

Ancak, TBK'da devredenin borçlunun ödeme gücünden de sorumlu tutulacağı öngörülmektedir.³¹

E. İvazsız Devirlerde Devredenin Garanti Yükümlülüğü (Genel Olarak ve Sözleşme ile Üstlenilmesi Durumunda)

Alacağın devrinin ivazsız olduğu durumlarda alacağı devredenin herhangi bir garanti yükümlülüğü bulunmamakta ve alacağın varlığından sorumlu olmamaktadır. Dolayısıyla, TBK kapsamında alacak eğer bir edim karşılığı olmaksızın, yani ivazsız olarak devredilmişse alacağı devredenin ne alacağın varlığından ne de borçlunun ödeme gücünden sorumluluğu bulunmaktadır.

Alacağı devredenin ivazsız devirde bulunmasının bağışlama niteliğinde olması sebebiyle bağışlayanın, bağışla-

third party aside from the parties of the transfer transaction. A debtor that was able to pay at the beginning may have become insolvent in time without the transferor's knowledge. For this reason, the ability of the debtor to pay is not a phenomenon which can be controlled by the transferor.³⁰ The ideal resolution in terms of the balance of interest is not to consider the transferor (excluding a separately made commitment) being responsible for the ability of debtor to pay. However in the TCO, it is regulated that the transferor will be held responsible for the debtor's payment ability.³¹

E. The Transferor's Guarantee Liability in Gratuitous Transfers (In General and in Case of a Contractual Undertaking)

In the cases where transfer of claim is gratuitous, the transferor has no guarantee liability and he is not responsible for the existence of claim either. Therefore, within the scope of the TCO, if the claim has been transferred without any action in return, namely if it is gratuitous, the transferor of claim has no liability for existence of the claim and the debtor's ability to pay.

Due to the "donatio" character of a gratuitous transfer, if the donator also gives a guarantee and makes a commitment with regard to the relevant claim, it will give rise to the transferor's liability (Article 191/II of the TCO). In this context, according to the TCO, the donator will be liable only for the damages resulting from his gross negligence.³²

Since Article 191 of the TCO, which regulates that the transferor or the prior creditor shall not be liable for the existence of the claim or the debtor's ability to pay if the relevant claim has been transferred to another person without any action in return, is not compulsory in terms of the gratuitous transfers, the parties can draw an agreement which is contrary to that provision, and in terms of gratuitous transfers, it is possible to regulate that the transferor will have a guarantee liability if he guarantees the existence of the claim and the ability of the debtor to pay.

F. The Scope of the Guarantee Liability in Transfer of Claim

Under the PCO, the scope of the guarantee liability in transfer of claim has been determined as the capital gained in return of the transfer of claim and its interest,

nan alacak ile ilgili olarak ayrıca garanti sözü vermesi, taahhütte bulunması durumunda, alacağı devreden bakımından sorumluluk doğacaktır (TBK madde 191/II). Bu kapsamda TBK uyarınca bağışlayanın, yalnızca ağır kusuruyla bağışlanana verdiği zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir.³²

İvazsız devirlerde alacağı devreden, borçlunun ifa gücünden hatta alacağın varlığından dahi sorumlu olmayacağını düzenleyen TBK'nın 191. maddesi emredici nitelikte olmadığından; taraflar hükmün aksini sözleşme aracılığı ile kararlaştırabilir ve ivazsız devirler bakımından da devreden alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü taahhüt etmesi durumunda garanti yükümlülüğü altına gireceğinin düzenlenmesi mümkündür.

F. Alacağın Devrinde Garanti Sorumluluğunun Kapsamı

Alacağın devrinde garanti kapsamı eBK'da, alacağın devri karşılığında alınan anapara ve faizi, semeresiz kalan takipten dolayı uğranılan zararlar ve devrin sebep olduğu giderler olarak belirlenmiştir. TBK ise bunlara ek olarak, devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe devralanın uğradığı diğer zararları da devredenden talep edebileceğini belirtmiştir.³³ Kanun koyucu burada, TBK madde 112'ye paralel olarak, kusur söz konusu olduğunda alacağın tahsil edilememesi durumunda doğan müspet zararların da tazminini öngörmüştür.

Alacağı devreden alacağın ortadan kaldıran sebeplerden veya borçlunun ödeme aczinden haberdar olmasa dahi garanti sorumluluğu vardır.³⁴ Garanti sorumluluğu kapsamında devredene aşağıdaki talepler yöneltilebilir.

1. Devir Karşılığı Ödenen Bedel ve Faizi

Devralanın borçlunun ödeme güçsüzlüğünün anlaşılması ya da alacağın devir anında var olmaması gibi sebeplerden dolayı parayı tahsil edememesi durumunda, devir karşılığındaki edimini oluşturan anapara ve faizi talep edebilir. Uygulamada devir genelde alacaktan daha düşük bir bedel karşılığında gerçekleştiğinden, devralan yalnızca bu bedeli ve faizini talep edebilir.³⁵

2. Devrin Sebep Olduğu Giderler ve Takip Masrafları

Devralan, devir için yapmış olduğu masrafları ve devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz kalan giri-

damages resulting from an unreciprocated prosecutions and expenses caused by the transfer itself. The TCO, in addition to this, has stated that transferee can request from the transferor to indemnify his other damages unless the transferor proves his faultlessness.³³ The legislator, here, in parallel to Article 112 of the TCO, regulated the compensation of positive damages arising in the cases where the claim would not be received even if there is a fault.

Even though the transferor has not been informed regarding the reasons abolishing the claim or insolvency of the debtor, the transferor will still have the guarantee liability.³⁴ Within the scope of the guarantee liability, the following requests can be directed to the transferor.

1. The Amount Paid in Return for the Transfer and Its Interest

In case the transferee cannot receive the money because of the reasons such as inability of the debtor to pay or non-existence of the claim at the time of the transfer, the transferee can request the capital along with its interest. In practice, as transfer occurs in return for a lower amount than the claim in general, the transferee can request only this amount and its interest.³⁵

2. Expenses and Prosecution Costs Caused by the Transfer

The transferee can request the expenses which he made for the transfer, and also the costs resulting from his unavailing attempts to obtain the relevant claim from the debtor. Transferee can request only the compulsory expenses such as the expenses that are made for the preparation of the transfer agreement and prosecution fees.³⁶

3. Other Damages

In addition to the liabilities determined in the PCO, it has been regulated under the TCO that if the transferor has a fault, the transferee can request other damages as well. Therefore, transferor can be held responsible for the positive damages of the transferee at the rate of the transferor's fault. In accordance with Article 193 of the TCO, the transferee is not obliged to prove the fault of the transferor. The burden of proof belongs to the transferor.

When the transferor of the claim proves his faultlessness, the guarantee liability of the transferor only covers the

şimlerin yol açtığı giderleri talep edebilecektir. Devralan yalnızca devir sözleşmesi hazırlanması için yapılanlar ve takip harçları gibi zorunlu giderleri talep edebilecektir.³⁶

3. Diğer Zararlar

TBK, eBK da düzenlenmiş yükümlülükler ek olarak devreden kusuru olması durumunda devralanın uğradığı diğer zararları da talep edebileceğini düzenlemiştir. Böylece devreden, devralanın müspet zararlarından da kusuru oranında sorumlu tutulabilecektir. TBK madde 193'teki düzenleme gereği devralan, devreden kusurunu ispatlamak zorunda değildir. İspat yükü devreden dedir.

Alacağı devreden kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde, garanti sorumluluğuna yalnızca devralanın menfi zararı girecektir. Bu durumda devralan, devredilen alacağı tahsil etmiş olsaydı elde edeceği menfaatin tazmini talep edemez.³⁷

4. Zamanaşımı

TBK'nın 191-194. maddeleri arasında düzenlenen alacağın devrinde garanti sorumluluğu kapsamında devredene yöneltililecek talepler için bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu durumda garanti sorumluluğundan kaynaklanan alacaklar için de TBK madde 146'da düzenlenen on (10) yıllık genel zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

G. Özel Durumlar

TBK madde 192'de "ifaya yönelik devir" başlığı altında düzenlenen duruma göre, alacaklı alacağını borcunu ifaya yönelik olarak devretmekle birlikte borca mahsup edilecek kısmı belirlememişse devralan, ancak borçludan aldığı veya gereken özeni gösterebilseydi alabileceği miktarı kendi alacağına mahsup etmek zorunda kalacaktır.³⁸

İfa yerine edimde borçlu borçlandığı edimi bir başkasıyla değiştirerek (bu ihtimalde alacağın devri) edimin yerine getirildiği anda borcundan kurtulmaktadır. İfa uğruna edimde ise borç devrin yapıldığı anda sona ermemektedir. Borçlanılan şey yerine verilenin paraya çevrilip tahsil edilmesi gerekmektedir. Bu durumda borç alacaklının tatmin edildiği oranda sona ermektedir. Bu halde alacaklı, eksik kalan kısım için borçluya tekrar başvurabilir. Alacağın devrinin ifa yerine yapıl-



negative damages of the transferee. In this case, transferee cannot request compensation of the benefit that he would have received if he had collected the claim.³⁷

4. Lapse of Time

Within the scope of the guarantee liability of the claim which takes place between Articles 191 to 194 of the TCO, no lapse of time has been regulated for the requests to be directed to the transferor. The general rule regarding the lapse of time, which is 10 years, regulated in Article 146 of the TCO will be applicable for the expenses arising from the liability guarantee, as well.

dığı açıkça belirtilmedikçe, ifa uğruna devir söz konusu olacaktır. Bu durum alacaklının lehinedir.³⁹ İfa uğruna alacağın devri söz konusu olduğunda devralan gerekli özeni gösterseydi tahsil edebilecek olduğu miktarı borçtan düşmelidir. Gerekli özeni gösterseydi tahsil edeceği miktarın borçtan fazla olması durumunda bu fazlalık kısım için tazminat davası açılabileceği kabul edilmiştir. Devralanın gerekli özeni göstermesi, örneğin, usulüne uygun olarak icra takibinde bulunması gerekecektir.

Bu iki durum birlikte değerlendirildiğinde, ifa yerine edimde borç derhal sona erdiği halde; ifa uğruna devir yapıldığında, borcun sona ermeyeceğini belirtmek gerekir. Bunun sebebi, ifa uğruna devir halinde alacaklıya,

G. Particular Circumstances

According to the scenario regulated under the title of “transfer for discharge” in Article 192 of the TCO, the creditor transfers its claim in order to discharge its obligation, however if the amount of the claim, which will be deducted from the respective debt of the transferor, has not been determined along with that; the transferee will be obliged to deduct only the amount that he has already received or would have received from the debtor if he had exercised due diligence.³⁸

In terms of the action instead of discharge, the debtor exchanges his debt with someone else (in this situation, transfer of claim) and when the action is fulfilled the debtor will be discharged from its debt. As for the actions for the purpose of discharge, the debt is not over when the transfer is made. In such a case, the relevant receivable, instead of the debt itself, should be converted into money in order to fulfill the debt. In this case, the debtor will be discharged from its debt in respect of the creditor’s satisfaction. The creditor can reapply the debtor for the remaining part of the debt. Unless it is explicitly stated that transfer of claim is made instead of discharge, such transfer of claim will be construed as transfer of claim “for discharge”, which is in favor of the creditor.³⁹ When the transfer of claim for the purpose of discharge is in question, transferee should reduce the amount which he could have received from debtor if he had exercised due diligence. In case the amount to be received if the transferee had exercised the required due diligence is more than the debt itself, it has been accepted that the transferee can file a claim for such surplus damages. The transferee will have to pay the required attention, for example, duly perform the respective execution proceedings.

When these two situations are evaluated together, it is necessary to state that although the debt is immediately over in the action of “instead of discharge”; the debt will

alacağını tahsil edebilmesi için ayrıca bir imkan sağlanmış olmasıdır. İfa uğruna edimin ardından farklı konuda edimde bulunan borçlunun, alacaklıya karşı olan ana borcu ve söz konusu borçtan ötürü sorumluluğu devam eder. İfa yerine devirden farklı olarak ifa uğruna devirlerde borçlu tarafın borcu sürdürdüğü için, sağlanan ek imkanın boşa çıkması sebebiyle ayrıca bir sorumluluk altında olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. İfa uğruna devredilen alacağın mevcut olmaması, devrinde herhangi bir kanuni engel bulunması veya borçlunun ödeme gücünden yoksun olması gibi durumlarda da devredenın ayrıca bir sorumluluğu olacağını söylemek mümkün olmayacaktır.⁴⁰

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Alacağın devri kurumu alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun muvafakati gerekmeksizin devredebilmesini düzenleyen bir müessesedir. Bu intikal işlemi için borçlunun rızası hatta haberinin olması dahi gerekmemekle birlikte, söz konusu intikal ile alacağın niteliği değişmemektedir. Alacaklı, adi şekil şartı dışında bir şekil şartı aranmaksızın alacağını devredebilir, bu devir karşılığı ivaz kazanabilir. Devir sözleşmesinin diğer tarafı ise ivazlı temlik sözleşmesinde ivaz karşılığı, ivazsız temlik sözleşmelerinde ise herhangi bir edim gerekmeksizin bir alacak hakkı kazanmaktadır.

TBK, eBK dönemindeki düzenlemelerden farklı olarak iki önemli değişiklik ihtiva etmektedir. İlk olarak alacağın devri ilişkisinde alacağını devreden tarafın garanti yükümlülüğü kapsamı genişletilmiştir. Kusurlu sorumluluk halleri kanun içerisinde genel olarak düzenlenmiş olmakla beraber, burada istisnai bir kusursuz sorumluluk hali ortaya çıkmakta ve alacağını devreden taraf, kusursuz dahi olsa devralana karşı sorumlu olmaktadır. Yeni düzenlemeler kapsamında alacağını edim karşılığı devreden, hem alacağın varlığından hem de alacak borçlusunun ödeme kabiliyetinden sorumludur. Oysa eBK döneminde alacağını devreden bir garanti ya da taahhüt

FOOTNOTE

²⁸ Oğuzman, Öz, p. 580.

²⁹ Yener, p. 73.

³⁰ Hüseyin Can Aksoy, “Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomik Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi.” Ankara Barosu Dergisi 1, 2012, p. 155.

³¹ Yener, p. 73.

³² According to the Article 294 of the TCO, “Grantor is not liable for the damage arising from the granting the granted person unless he does not cause this damage by his absolute liability.

³³ Gümüşsoy, p. 105.

³⁴ Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, İstanbul 2014, p. 117.

³⁵ Engin, p. 150.

³⁶ Günergök, p. 128.

³⁷ Yener, p. 71.

³⁸ Günergök, p. 129.

³⁹ Gümüşsoy, p. 109-110.

⁴⁰ Engin, p. 157.

not be over when the transfer of claim is made for “the purpose of discharge”. The reason behind this is that in the transfer for the purpose of discharge, the creditor is granted with another opportunity to receive the claim. The debtor, who performed on any other subject following the performance for the purpose of discharge, will continue to be held responsible for the main obligation to the creditor and for the mentioned debt. Unlike the transfer instead of discharge, in terms of transfer for the purpose of discharge, it is not possible to say that the debtor will also be liable if the relevant additional opportunity becomes unreciprocated; since the obligation of the debtor continues to exist in terms of transfer for discharge. In some additional situations where the claim transferred for the purpose of discharge is not available, where there is any legal obstacle for transfer or where the debtor does not have the ability to pay, and it is also not possible to say that the transferor will be liable.⁴⁰

III. ASSESSMENT AND CONCLUSION

The concept of transfer of claim is a transaction that regulates the transfer of claim of the creditor arising from a relation of obligation without asking for the consent of the debtor. For this transition transaction, the consent of the debtor is not needed and even he is not required to be informed, and qualification of the claim does not change by transition in question. The creditor, without requiring any condition of form apart from the base form, can transfer his claim and gain consideration in return for this transfer. As for the other side of the agreement of transfer, it is to gain a claim in return for consideration in the onerous disposition agreement and without any performance in the gratuitous disposition agreements.

The TCO includes two important differences that are distinct from the provisions in the PCO period. At first, the scope of liability of transferor of claim for guarantee has been enlarged in the relation of transfer of claim.

altına girmediği takdirde, yalnızca alacağın varlığından sorumluydu.

Devredenin TBK'dan doğan garanti sorumluluğu, bazı yazarlar tarafından eleştirilmekte ve devreden haberdar dahi olamayacağı bir yükümlülük için sorumluluk altına alınmasının isabetsiz olduğu, bu nedenden ötürü de devreden garanti yükümlülüğü kapsamını genişleten TBK'nın 191. maddesinin yerinde olmadığı düşünülmektedir. Buna karşılık doktrindeki diğer görüşlere göre garanti kapsamının genişletilmesi yerindedir; çünkü alacağın devri için borçlunun rızası aranmadığı gibi haberdar olması da gerekmemektedir.

Devir anlaşmasının ivazsız yapıldığı hallerde devreden sorumluluğu oluşmaz ve artık alacağını devreden ne alacağın varlığından ne borçlunun ödeme gücünden sorumlu olur. İvazsız bir devir sözleşmesinden ise aksi beklenmemeli ve alacağın var olmama riski, alacağı devralanın üzerinde olmalıdır. İvazsız devirlerde karşımıza çıkan sonuçlar, kanundan doğan bir sebeple alacağın devri halinde de geçerli olacaktır.

Son olarak, getirilmiş bir başka değişiklik ise kusursuzluğun ispat edilememesine göre zararlardan sorumluluk durumudur. Alacağı devralan, devreden ifayı gerçekleştirmemesi sebebiyle kusuru olduğu hallerde cezalar ve faizler de dahil olmak üzere menfi zararın yanında müspet zararlardan da sorumlu olacaktır. Bu bağlamda, devreden kusuruna bağlı olarak tazmin edilmesi gereken zararın kapsamı belirlenecektir. Söz konusu sorumluluğun kapsamı, ifa edilen karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesi, devir giderleri ve alacağı takip giderleri ile sınırlı tutulmamıştır. Kusursuzluk ispat edilemediği sürece, ilişkili diğer zararlar da devreden istenebilecektir. ■

DİPNOT

28 Oğuzman, Öz, s. 580.

29 Yener, s. 73.

30 Hüseyin Can Aksoy, “Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi.” Ankara Barosu Dergisi 1, 2012, s. 155.

31 Yener, s. 73.

32 TBK'nın 294. maddesine göre, “Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir.”

33 Gümüşsoy, s. 105.

34 Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, İstanbul 2014, s. 117.

35 Engin, s. 150.

36 Günergök, s. 128.

37 Yener, s. 71.

38 Günergök, s. 129.

39 Gümüşsoy, s. 109-110.

40 Engin, s. 157

Even if the fault liability situations have been regulated by the law, here, an exceptional absolute liability situation arises making the transferor of claim be liable to the transferee. Within the scope of new regulations, transferor of claim in return for the performance is liable for both the existence of claim and ability of the debtor to pay. However, in the PCO period, unless the transferor of claim took over any guarantee or commitment, he was liable for only the existence of claim.

The liability of the transferor for guarantee that arises from the TCO is criticized by certain academic writers and it is considered incorrect to hold the transferor responsible for anything that he cannot be informed, and therefore Article 191 of the TCO that enlarged the scope of the liability of the transferor for guarantee is found improper. In contrary, according to other views in the doctrine, it is necessary to enlarge the scope of the guarantee; as neither the consent of the debtor nor informing him is required for the transfer of claim.

If the transfer is made as onerous in the agreement, the liability of the transferor is not formed and the trans-

feror of claim will be responsible for neither existence of claim nor the ability of the debtor to pay. As for an agreement of gratuitous transfer, a contrary situation should not be expected, and the risk of the unavailable claim should be on the transferee of claim. The results encountered in gratuitous transfers will be valid in the transfer of claim for a reason arising from the law.

Finally, another change that is brought about is the situation of being liable for damages in accordance with the fact that the faultlessness is proved or not. The transferee of claim will be liable for positive damages as well as negative damages including penalties and interests in the cases where the transferor is faulty as he did not perform the discharge. In this context, the scope of the damage that needs to be compensated will be determined in accordance with the fault of the transferor. This responsibility is not limited to returning the performed counter discharge including its interest, the expenses of the transfer and the expenses to pursue the claim. Unless faultlessness is proved, other relevant damages can be requested from the transferor. ■

BIBLIOGRAPHY KAYNAKÇA

Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara 2002
Duygu Diren, "Alacağın Temlikinin Hüküm ve Sonuçları" Unpublished Master's Thesis, Çankaya University, Ankara 2011 (Access: 27.05.2016)
<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/handle/123456789/118?show=full>

Güler Gümüşsoy, "Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Yükümlülüğü." Master's Thesis, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2013 (Access: 27.05.2016)
<http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/handle/11413/737>

Hüseyin Can Aksoy, "Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi" *Ankara Barosu Dergisi* 1, 2012 (Access: 02.05.2016) <http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11413/737/GulerGumussoyYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2012

Mehmet Deniz Yener, "Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler" *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 67, 2011 (Access: 27.05.2016) <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/download/5000006325/5000006778>

Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Cilt 1, İstanbul 2008

Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, İstanbul 2014

Baki İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara 2002
Duygu Diren, "Alacağın Temlikinin Hüküm ve Sonuçları" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara 2011 (Erişim: 27.05.2016)
<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/handle/123456789/118?show=full>

Güler Gümüşsoy, "Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Yükümlülüğü" Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2013 (Erişim: 27.05.2016)
<http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/handle/11413/737>

Hüseyin Can Aksoy, "Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi" *Ankara Barosu Dergisi* 1, 2012, (Erişim: 02.05.2016) <http://acikerisim.iku.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11413/737/GulerGumussoyYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 2012

Mehmet Deniz Yener, "Alacağı Devredenin Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler" *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi* 67, 2011 (Erişim: 27.05.2016) <http://e-dergi.marmara.edu.tr/marufacd/article/download/5000006325/5000006778>

Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Cilt 1*, İstanbul 2008

Özcan Günergök, *Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu*, İstanbul 2014