

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ALACAĞIN DEVRİNİN SÖZLEŞME İLE
ENGELLENMESİ
(PACTUM DE NON CEDENDO)

BURCU ERBAYRAKTAR
2502110113

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. BAKİ İLKAY ENGİN

İSTANBUL - 2020

ÖZ

ALACAĞIN DEVRİNİN SÖZLEŞME İLE ENGELLENMESİ
(PACTUM DE NON CEDENDO)
BURCU ERBAYRAKTAR

Türk Borçlar Kanunu m. 183/I hükmüne göre alacağın niteliği, sözleşme ve kanun alacağın devrine engel oluşturabilir. Bu çalışmanın konusunu sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli (*pactum de non cedendo*) oluşturmaktadır.

Tezin birinci bölümünde alacağın niteliğinden ve kanundan kaynaklanan devir engelleri incelenmekte; sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramının genel özellikleri hakkında bilgi verilerek diğer devir engeli türlerinden nasıl ayırt edileceği açıklanmaktadır. İkinci bölümde, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesinin mümkün olup olmadığı sorununun tarihsel gelişimi çerçevesinde, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği incelenmektedir. Üçüncü bölümde, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkileri açıklanmakta; geçerliliği ve yorumuna ilişkin özellik arz eden meseleler paylaşılmaktadır. Dördüncü bölümde, para alacakları bakımından devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırıldığı karşılaştırmalı hukuktaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler incelenmekte ve bu düzenlemeler göz önünde tutularak BK 183/I hükmünün yerindeliği hakkında bir görüş oluşturmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Alacağın devri, alacağın temliki, devir engeli, temlik engeli, devir yasağı, temlik yasağı, pactum de non cedendo, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli, yazılı borç tanınması, yasal devir, kanuni temlik, yargısal devir, kazai temlik.

ABSTRACT
CONTRACTUAL PROHIBITION OF ASSIGNMENT
(PACTUM DE NON CEDENDO)
BURCU ERBAYRAKTAR

According to the Art. 183/I of Turkish Code of Obligations, nature of the receivable, contract or law may restrict assignment of the receivable. Main subject of this dissertation is the assignment restriction agreed with a contract (non-assignment agreement - *pactum de non cedendo*).

In the first part, assignment restrictions resulting from nature of receivables and law are briefly reviewed; general characteristics of contractual assignment restrictions are shown; contractual assignment restrictions are distinguished from other types of assignment restrictions. In the second part, within the framework reflecting historical development of the controversial legal issue, whether it is or it has to be permissible to prevent assignment of receivables by contract, legal nature of the non-assignment agreement is examined. In the third part, in accordance with Turkish law, legal effects of the non-assignment agreement are explained; specific issues regarding its validity and interpretation are shared. In the fourth part, certain national and international regulations limiting the absolute (third party) effect of non-assignment clauses agreed for monetary receivables are analyzed, and considering these regulations it is sought to form an opinion regarding the legitimacy of Art. 183/I of the Turkish Code of Obligations.

Keywords: Assignment of claims, assignment of receivables, non-assignment clause, non-assignment agreement, contractual assignment prohibition, contractual assignment restriction, legal assignment, judicial assignment.

ÖNSÖZ

Alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânının mevcut olup olmadığı, mevcut ise bir hukuk politikası tercihi olarak bunun yerindeliği, alacağın devri kavramının modern anlamını kazandığı 19. yüzyıldan itibaren öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinde ise alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği açık biçimde düzenlenmektedir. Bu çalışma hazırlanırken iki amaca odaklanılmıştır: İlk amacı, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli (*pactum de non cedendo*) kavramının hukuki niteliğinin ve etkilerinin açıklığa kavuşturulması; ikinci amacı, BK 183/I hükmündeki düzenlemenin ne ölçüde yerinde olduğu konusunda görüş oluşturulmasıdır.

Bu doktora tez araştırması dört kısa dönem araştırma bursu ile desteklenmiştir: 8 Haziran 2015 - 3 Ağustos 2015 tarihleri arasında Roma'da bulunan UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) Enstitüsü'nde yapılan araştırmayı desteklemek üzere UNIDROIT Enstitüsü tarafından verilen iki aylık araştırma bursu; 6 Eylül 2015 - 5 Ocak 2016 tarihleri arasında İsviçre'de bulunan Fribourg Üniversitesi'nde (*Université de Fribourg*) yapılan araştırmayı desteklemek üzere Fribourg Üniversitesi tarafından verilen dört aylık doktora tez araştırma bursu; 17 Nisan 2016 - 30 Ekim 2016 tarihleri arasında Hamburg'ta bulunan Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü'nde (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) yapılan araştırmayı desteklemek üzere TÜBİTAK (*Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu*) tarafından verilen altı aylık doktora tez araştırma bursu (*BİDEB 2214-A*); 1 Kasım 2017 - 31 Aralık 2017 tarihleri arasında Frankfurt'ta bulunan Max Planck Avrupa Hukuk Tarihi Enstitüsü'nde (*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*) yapılan araştırmayı desteklemek üzere Max Planck Avrupa Hukuk Tarihi Enstitüsü tarafından verilen iki aylık doktora tez araştırma bursu (*Dialogstipendium*).

Çalışmamı özenle incelediği ve değerli katkılarda bulunduğu için tez danışmanı Prof. Dr. Baki İlkey Engin'e teşekkür ederim.

Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi’nde Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yaptığı sırada, Fakólte’de şahsım dışında başka bir medeni hukuk asistanının bulunmadığı bir dönemde, anılan burslardan yararlanmama ve yurtdışında araştırma yapmama izin verdiği için Prof. Dr. Cumhur Özakman’a teşekkür ederim.

Tez izleme komitesi üyesi olarak ayırdığı kıymetli vakti ve ilgisi için Prof. Dr. Halûk Nami Nomer’e teşekkür ederim.

Maddi ve manevi destekleri ile bana kendimi daima değerli ve mutlu hissettirdikleri, sabırla doğru yolu gösterdikleri, böylece karşılaştığım güçlüklerin üstesinden gelebilmemi sağladıkları için sevgili aileme en içten teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul 2020

Burcu Erbayraktar

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	xxii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME İLE KARARLAŞTIRILAN DEVİR ENGELİ KAVRAMININ ALACAĞIN NİTELİĞİNDEN VE KANUNDAN KAYNAKLANAN DEVİR ENGELLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

I. Devir Engeli Kavramı.....	9
A. Genel Olarak	9
B. Devrine Engel Bulunan Alacak Hakkının Malvarlığı Değeri Olarak Durumu.....	14
C. Devir Engeli Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi	17
1. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması	17
2. Haczedilebilirlik.....	19
3. Miras Yoluyla İntikal Edebilirlik.....	21
D. Devir Engeli Türlerinin Birbirinden Ayırt Edilmesi İhtiyacı	23
II. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeli	25
A. Kavram.....	25
1. “Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeli” Deyiminin Terim Olarak Benimsenmesi	25
2. Alacağın Niteliğinin Devre Engel Oluşturup Oluşturmadığı İncelenirken Başvurulan Yöntem.....	26
B. Devir Yüzünden Edimin İçeriğinin Değişebilir Olması.....	28
1. Genel Olarak	28
2. Edimin İçeriğindeki Değişikliğin Devre Engel Düzeyde Olup Olmadığının Değerlendirilmesi Sırasında Borçlunun Korunması Prensibinin İşlevi	29

3. Örnekler Üzerinden Açıklanması	34
a. Yapmama Borcunun İfasını Talep Hakkı	34
b. Borçtan Kurtarılmayı Talep Hakkı	35
4. Devrin Yalnızca Edimin Amacını Zedeleyebilir Olduğu Hâllerde Alacağın Niteliğinin Devre Elverişli Olup Olmadığı Sorunu	41
a. Sorunun Ortaya Konulması.....	41
b. Sorunun Örnekler Üzerinden Açıklanması.....	43
(1) Önsözleşmeden Doğan Alacak Hakkı.....	43
(a) Önsözleşmenin İki Taraflı Olup Olmamasının Önemi.....	43
(b) Önsözleşmeden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü	44
(c) Tüketim Ödücü Vaadinden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü.....	47
(d) Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Elverişli Olduğu Görüşü	49
(2) Özel Bir Amaca Yönelik Tüketim Ödücünden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü.....	51
c. Sorunun Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerisi	53
C. Alacak Hakkının Başka Bir Hakka veya Borca Bağımlı Olması.....	57
1. Genel Olarak	57
2. Örnekler Üzerinden Açıklanması	60
a. İş Görme Alacakları	60
(1) Vekilden İşin Görülmesini Talep Hakkı	60
(2) İşçiden İşin Görülmesini Talep Hakkı	61
b. Kullanma ve Yararlanma Alacakları	64
(1) Genel Olarak	64
(2) Kiralananı Kullanım Hakkı	65
(3) Ödünç Konusunu Kullanım Hakkı.....	71
(4) Finansal Kiralama Konusunu Kullanım Hakkı	73
(5) Franchise Sistemini Kullanım Hakkı	74
3. Feri Hak Niteliği Taşıyan Alacakların Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi	76

4. Yan Edimin İfasına İlişkin Alacaklarının Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi	81
5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Lehtarın ve Vaad Ettirenin Sahip Olduğu Talep Haklarının Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi	83
D. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeline Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım	86
1. Kesin Hükümsüzlük.....	86
2. Borçlunun Rızasının Etkisi	88
III. Kanundan Kaynaklanan Devir Engeli.....	94
A. Kavram.....	94
1. Emredici Bir Hükümden Kaynaklanması	94
2. Devir Engelinin Emredici Bir Hükümle Düzenleniş Şekilleri.....	97
B. Kanunun Alacağın Devrini Açık Bir Hükümle Yasakladığı Hâllere Örnekler.....	100
1. İşçinin Ücret Alacağı	100
2. Manevi Tazminat Talebi.....	103
C. Hükümün Amacı Gereği Devrin Engellendiği Yorumu Yapılabilen Hâllere Örnekler	107
1. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Temeli Bulunan Alacakların Devredilebilirliği..	107
2. Hacı Yasak Olan Alacakların Devredilebilirliği	111
3. Nafaka Alacağının Devredilebilirliği.....	115
4. Sır Saklama Yükümlülüğü Öngörülen Hükümlerden Kaynaklanan Devir Engeli .	119
5. Cari Hesaba Kayıtlı Alacaktaki Devir Engeli.....	123
D. Kanundan Kaynaklanan Devir Engeline Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım .	127
1. Prensip	127
2. Hükümün Koruma Amacına Göre Devrin Borçlunun Rızası ile Geçerli Hâle Getirilebilmesi.....	129
3. MK 23/II Hükümünden Kaynaklanan Devir Engellerine Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırımın Özellikleri	131
a. Kesin Hükümsüzlüğün Sonuçlarının Amaca Uygun Olarak Sınırlandırılması Görüşünün Önemi	131
b. Devrin Hukuki Sebebinin Değerlendirmeye Dâhil Olması	132
IV. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Engeli (Yasağı) Kavramı.....	133
A. Devir Yasağı Anlaşmasının Konusu ve Tarafları	133

B. Devir Yasağı Anlaşmasının Borçluyu Koruma Amacı	136
C. Borçlunun Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesindeki Menfaatleri ve Bu Menfaatlerin Uygulamadaki Görünüm Biçimleri	141
1. Alacaklı Olmayana İfa Tehlikesinin Giderilmesi	141
2. Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Güven İlişkisinin Korunması	145
3. Gelecekteki Takas Hakkının Korunması	147
4. Alacaklı veya Üçüncü Bir Kişinin Alacağın Devrinin Engellenmesine Olan Menfaatinin Korunması	150
5. Karşı Edimin Gereği Gibi İfası Sonucunun Temini	153
6. Alacak Hakkı Üzerinde Tasarruf Etkisi Yaratın Bir Sözleşme Yapılabileceği Yönündeki Ümidin Korunması	155
7. İfa Yerinin Değişmemesine Olan Menfaatlerin Korunması	156
8. Sözleşmedeki Özel Bir Ekonomik Amacın Gerçekleştirilmesi	158
D. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Kısıtlaması Örnekleri	159
V. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Engeli Kavramının Diğer Devir Engeli Türlerinden Ayırt Edilmesi	162
A. Diğer Devir Engellerinden Ayırt Edilmesinin Önemi	162
B. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engelinden Ayırt Edilmesi	164
C. Kanundan Kaynaklanan Devir Engelinden Ayırt Edilmesi	166

İKİNCİ BÖLÜM

DEVİR YASAĞI ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Alacağın Devri Özgürlüğünün Sözleşme ile Engellenebileceği Düşüncesinin Müşterek Hukukta Doğuşu ve Modern Hukuktaki Gelişimi	169
A. Müşterek Hukukta “ <i>Pactum de non cedendo</i> ” Kavramı	169
B. “ <i>Pactum de non cedendo</i> ”nun Hukuki Niteliğini Açıklamaya Yönelik Müşterek Hukuktaki Mutlak Etki ve Salt Borçlandırıcı Etki Teorileri ve Bu Teorilerin Modern Hukuktaki Yerleri	173
C. Mutlak Etki Teorisinin Müşterek Hukuktaki ve Modern Hukuktaki Temelleri ...	177
1. Mutlak Etkinin Sözleşme Özgürlüğü Prensibine Göre Temellendirilmesi	177
a. Müşterek Hukuktaki Görüşler	177
b. Modern Hukuktaki Görüşler	180

2. Sözleşme Özgürlüğü Prensibine Dayanan Temellendirme Aleyhine ve Salt Borçlandırıcı Etki Lehine Görüşler.....	183

D. Salt Borçlandırıcı Etki Teorisinin Müşterek Hukuktaki ve Modern Hukuktaki Temelleri	186

1. Salt Borçlandırıcı Etkinin İşlem Güvenliğinin Korunması Amacına Dayanılarak Temellendirilmesi	186

a. Genel Olarak	186

b. Mutlak Etkinin İşlem Güvenliği Aleyhine Olduğu Düşüncesi.....	186

c. Alacak Üzerindeki Devir Yasağı Anlaşmasının (<i>Pactum de non cedendo</i>) Eşya Üzerindeki Tasarruf Etmeme Anlaşması (<i>Pactum de non alienando</i>) ile Kıyaslanması	189

(1) Roma Hukukunda “ <i>Pactum de non alienando</i> ” Kavramı ve Modern Hukukta Eşya Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sözleşme ile Sınırlanmaması Prensibi	189

(2) Müşterek Hukuktaki Görüşler.....	192

(a) “ <i>Pactum de non cedendo</i> ”nun “ <i>Pactum de non alienando</i> ” ile Kıyaslanması	192

(b) Sonradan Kurulan “ <i>Pactum de non cedendo</i> ”nun “ <i>Pactum de non alienando</i> ” ile Kıyaslanması	193

(3) Modern Hukuktaki Görüşler	196

d. İşlem Güvenliğinin Korunması Amacına Dayanan Temellendirmeler Aleyhine ve Mutlak Etki Lehine Görüşler.....	198

(1) Devredilebilirlik Yönünden Alacak Hakkının Eşyadan Farklı Esaslara Tabi Olduğu Görüşü	198

(2) Alacağın Devrinde Eşya Üzerindeki Tasarruflara Eş Düzeyde İşlem Güvenliği Koruması Sağlanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü.....	200

2. Alacağın Devri Özgürlüğünün Azami Ölçüde Temin Edilmesi Amacına Dayanılarak Temellendirilmesi.....	202

a. Alacağın Devri Özgürlüğünün Borçlunun Menfaatleri Karşısında Üstün Tutulması Gerekliği Görüşü.....	202

(1) Borçlunun Korunması Açısından Salt Borçlandırıcı Etkinin Yeterli Olduğu Görüşü	202

(a) Müşterek Hukuktaki Görüşler	202
(b) Modern Hukuktaki Görüşler	204
(2) Salt Borçlandırıcı Etkinin Alacağın Devri Özgürlüğünü Daha Hafif Düzeyde Sınırlandığı Görüşü	207
(3) Para Alacakları Bakımından Modern Hukuktaki Görüşler	207
(4) Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Bakımından Modern Hukuktaki Görüşler ...	209
b. Alacağın Devri Özgürlüğünün Sözleşmeden Kaynaklanan Engellere Karşı Korunmasının Kamu Menfaati Gereği Olduğu Görüşü	212
(1) Müşterek Hukuktaki Görüşler	212
(2) Modern Hukuktaki Görüşler	213
c. Alacağın Devri Özgürlüğünün Azami Ölçüde Temin Edilmesi Amacına Dayanan Temellendirmeler Aleyhine ve Mutlak Etki Lehine Görüşler	217
E. Roma - Cermen Sistemi Etkisi Altındaki Başlıca Hukuk Düzenlerinde Mutlak Etki Teorisinin Gelişimi ve Düzenleniş Tarzı	221
1. Alman Hukuku	221
2. Avusturya Hukuku	228
3. Fransız Hukuku	233
4. İsviçre Hukuku	239
II. Türk ve İsviçre Hukuklarında Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etki Doğuran Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Alman Hukuku Kaynaklı Teorilerden Yararlanılarak Çözülmesi	245
A. Türk ve İsviçre Hukuklarında Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etki Doğuran Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorunu	245
B. Nispi Etkisizlik Teorisi	252
1. Nispi Etkisizlik Yaptırımının Temellendirilmesi	252
a. Genel Olarak	252
b. Kanunun Borçluyu Korunma Amacı	253
c. Geçersizliğin Borçlunun Rızası ile Düzeltilebilmesini Açıklama İhtiyacı	256
d. Senede Bağlanmış Alacaklarda Devralanın İyiniyetini Koruyan İstisnai Düzenlemenin Yorumu	256
e. Alman Hukukunda Nispi Etkili Tasarruf Yasağı Kavramına Dayanan Temellendirmesi	258

(1) Alman Hukukundaki Görüşler	258
(2) Türk Hukukundaki Yansıması	260
2. Nispi Etkisizlik Yaptırımının Hukuki Sonuçları Hakkındaki Görüşler.....	262
a. Genel Olarak	262
b. Borçlunun Savunmasının Defi Niteliği Taşıdığı Görüşü.....	264
(1) Genel Olarak	264
(2) Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu.....	266
(a) Alacağın Haczi Bakımından.....	266
(b) Devreden ve Devralanın İflası Hâlleri Bakımından.....	268
(c) Çatışan Devirler Bakımından	270
c. Borçlunun Savunmasının Bozucu Yenilik Doğuran Hak Niteliği Taşıdığı Görüşü	271
C. Nitelik Teorisi	272
1. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Temellendirilmesi.....	272
2. Borçlunun Rızasının Etkisi ve Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu	276
a. Genel Olarak	276
b. Borçlunun Rızası ile Devrin İleriye Etkili Olarak Geçerlilik Kazanacağı Görüşü	277
c. Kesin Hükümsüzlüğün Borçlunun Rızası ile Düzeltilemeyeceği Görüşü	280
D. Katılma Teorisi	281
1. Askıda Hükümsüzlük Yaptırımının Temellendirilmesi.....	281
2. Katılma Teorisine Göre Alacağın Devralana Geçirilmesi Yöntemleri.....	284
a. Genel Olarak	284
b. Alacağın Devir Yasağı ile Birlikte Geçirilmesi Yöntemi	284
(1) Genel Olarak	284
(2) Borçlunun Alacağın Devrine Katılma Hakkının Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler	285
(a) Üç Taraflı Sözleşme Görüşü	285
(b) Yasal Koşul (Tamamlayıcı Unsur) Görüşü.....	286
(c) Tasarruf Yetkisi Görüşü	287
(d) Devir Yasağı Anlaşmasının Yorumuna Dayanan Görüş	288
(3) Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu.....	289

c. Devir Yasağının Kaldırılması Yoluyla Devrin Geçerli Hâle Getirilmesi	
Yöntemi.....	294
E. Teorilerin Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi ve Varılan Sonuçların	
Gerekçelendirilmesi	295
1. Nispi Etkisizlik Teorisinin Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi	295
a. Alacağın Devrinin Nispi Etkisiz Sayılması Hâlinde Doğacak Sonuçların	
Belirsiz Oluşu.....	295
b. Defi Görüşünün Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi.....	300
(1) Alacak Hakkının Talep Yetkisinden Ayrılması Sonucu Doğurması	300
(2) Alacağın Devralana Gececeği Varsayımı ile Gerçekte Devreden	
Sorumluluğunun Kanuna Aykırı Olarak Genişletilmesi	303
c. Bozucu Yenilik Doğuran Hak Görüşünün Reddedilmesi ve Red Sonucunun	
Gerekçelendirilmesi	304
2. Nitelik Teorisinin Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi	306
a. Devir Yasağı Anlaşmasının Sadece Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Meydana	
Getirmesi	306
b. BK 183/I Hükmünün Tasarruf Yetkisinin Sözleşmeyle Sınırlanırılmaması	
Prensibinin İstisnası Olarak Görülüp Görülmemesinin Türk Hukuku	
Açısından Pratik Bir Değerinin Olmaması	310
c. Borçlunun Rızasının Her Durumda İcap veya Kabul Olarak Yorumlanmasının	
Güç Oluşu ve Bu Yorum Tarzının Devralan Nezdinde Güvensizliğe Yol	
Açması.....	313
d. Alacağın Devir Yeteneğini Geri Kazanmasının Alacaklı Olmayana İfa	
Tehlikesi Yaratması	314
3. Katılma Teorisinin Temel Sonuçları ile Kabul Edilmesi ve Kabul Edilen	
Sonuçların Gerekçelendirilmesi	316
a. Borçlunun Rızasının Yasal Koşul Niteliği Taşınması	316
b. Borçlunun Rızası ile Geçerlilik Kazanan İşlemin Teknik Anlamıyla Alacağın	
Devri İşlemi Niteliği Taşınması	321
c. Borçlunun Seçim Yetkisinin Dayanağının Yalnızca Katılma Teorisine Göre	
Açıklanabilmesi.....	323
d. Borçlunun Rızasının İleri Etki Doğurması	324

- e. Alacaklının Devralana Devrin Geçerliliğini Sağlamaya Yönelik Her Türlü İşlemin Yapılması Konusunda Temsil Yetkisi Verdiğinin Kabul Edilebilmesi..... 328

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVİR YASAĞI ANLAŞMASININ HUKUKİ ETKİLERİ, GEÇERLİLİĞİ VE YORUMU

I. Devir Yasağı Anlaşmasının Hukuki Etkileri.....	330
A. Alacak Üzerindeki Tasarruf Yetkisine Etkisi	330
1. Genel Olarak	330
2. Alacağın Doğumundan Sonra Kararlaştırılması Hâlinde	331
3. Alacağın Doğumundan Önce Kararlaştırılması Hâlinde	331
B. Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sonuçları Üzerindeki Etkileri	336
1. Tasarruf İşlemi Bakımından	336
a. Devrin Askıda Hükümsüz Olması ve Borçlunun Rızası ile Geçerli Hâle Gelebilmesi	336
(1) Askıda Hükümsüzlüğün Genel Özellikleri ve Borçlunun Rızasının Hukuki Niteliği	336
(2) Alacağı Borçlunun Rızasıyla Devralanın Devir Yasağı ile Bağlılığı.....	338
(3) Çatışan Devirlerde Borçlunun Seçim Yetkisi	340
(4) Devir Kısıtlamasına Uyulmaması Hâlinde Borçlunun Rızasının Etkisi ..	342
(5) Borçlunun Örtülü Rızası ile Alacağın Devralana Geçmesi.....	344
(6) Borçlunun Rıza Vermekten Kaçınmasının MK 2/II Hükmüne Aykırılık Yönünden Denetlenmesi	346
(a) Genel Olarak.....	346
(b) Borçlu ile Devreden Arasındaki İlişki Bakımından	347
(i) Alacaklı ile Borçlunun Menfaatlerinin Karşılaştırılması	347
(ii) Devralanın MK 2/II Hükmüne Aykırılığı Devredenine Adına ve Menfaatine Olarak Öne Sürebilmesi.....	351
(c) Borçlu ile Devralan Arasındaki İlişki Bakımından	354
(7) Devir Yasağının Sözleşme ile Kaldırılması Yoluyla Askıdaki Devrin Geçerli Hâle Getirilmesi Olanağı.....	357
(a) Devir Yasağının Kaldırılması Konusundaki Sözleşmenin Niteliği.....	357

(b) Devrin Geçerlilik Kazanması ve Alacağın Devredilebilir Bir Hak Olarak Devralana Geçmesi	358
b. Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının BK 188/I Hükmünün Uygulama Alanı ile İlişkisi	361
(1) Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının Devrin Geçersizliğine İlişkin Olması	361
(2) BK 188/I Hükmünün Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının Doğumuna Etkisi.....	363
(3) Devre Rızanın Borçlunun Diğer Savunmalarına Etkisi	366
c. Geçersiz Devir İşleminin Alacağı Tahsil için Temsil Yetkisi Verilmesi İşlemine Çevrilmesi	368
d. Devralanın İyiniyetinin Korunması	372
(1) BK 183/II Hükmünün Amacı ve Anlamı	372
(2) İyiniyetin Korunmasının Şartları.....	374
(a) Yazılı Borç Tanınması Bulunması	374
(i) Genel Olarak	374
(ii) Borç Tanınması Bulunması.....	374
(iii) Borç Tanınmasının Yazılı Olması	376
(b) Senette Devir Yasağının Belirtilmemiş Olması	378
(c) Senedin Devralana İbraz Edilmiş Olması	380
(d) Senede Güvenilerek Alacağın Devralınmış Olması.....	383
(3) İyiniyetin Korunmasının Etkisi.....	384
(4) BK 183/II Hükmünün Uygulama Alanı	387
2. Borçlandırıcı İşlem (Alacağı Devir Borcu) Bakımından	389
a. Devir Borcunun Aynen İfası Olanağına Etkisi	389
b. Devredenin Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri	391
(1) Genel Olarak	391
(2) Devredenin Garanti Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi	392
(a) Mevcut Alacaklar Bakımından.....	392
(b) Gelecekteki Alacaklar Bakımından.....	394
c. Devredenin Devir Yasağı İçeren Alacağı Borçludan Kendi Adına Devralan Hesabına Tahsil Etmeyi Üstlenmesi	395

C. Sözleşmenin Devri İşleminin Geçerliliği Üzerindeki Etkisi	399
D. Yargısal ve Yasal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkileri	400
1. Genel Olarak	400
2. Yargısal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkisi.....	401
a. Alacağın Mahkeme Kararı Gereği İntikaline Etkisi	401
b. Alacağın İcra veya İflas Organının Resmi İşlemi Gereği İntikaline Etkisi ...	402
(1) Genel Olarak	402
(2) İcra Organının Resmi İşlemleri Bakımından	404
(a) Alacağın Haczine Engel Oluşturmaması.....	404
(b) Alacağın Paraya Çevrilmesi Yollarını Sınırlandırması.....	405
(3) İflas Organının Resmi İşlemleri Bakımından	407
3. Yasal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkisi	410
a. Prensip.....	410
b. Halefiyet Hâllerindeki Özellikleri	416
(1) Genel Olarak	416
(2) Halefiyet Hâllerinde Alacak Geçiş Meydana Gelip Gelmediği Sorunu ile İlişkisi.....	417
(3) Halefiyetin Emredici Olup Olmaması ile İlişkisi.....	420
c. Örnekler Üzerinden Açıklanması.....	421
(1) Başkasının Borcunu İfa Eden Üçüncü Kişi Lehine Halefiyet Hâlleri.....	421
(2) Müteselsil Borçluluk ile Bölünemez Borçluluktaki Halefiyet Hâlleri.....	423
(3) Kefilin Halefiyeti	425
(4) Sigortacının Halefiyeti	426
(5) Vekâlet Sözleşmesindeki Yasal İntikal Hâli	430
d. Devir Yasağının Alacak Geçiş Öngören Hüküm Aracılığı ile Dolanılması.....	431
E. Külli Halefiyet Hâllerindeki Etkileri	433
1. Alacağın Külli Halefiyet Gereği İntikaline Etkisi	433
a. Prensip.....	433
b. Örnekler Üzerinden Açıklanması	434
(1) Mirasın İntikali.....	434
(2) Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi	435
2. Sözleşmenin Külli Halefiyet Gereği İntikaline Etkisi	437

F. “Kısmi Külli Halefiyet” Hâllerindeki Etkileri.....	440
1. “Kısmi Külli Halefiyet”in Anlamı: Ticari İşletmenin Devri ve Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Örnekleri	440
2. Devir Yasağı Anlaşmasının Hukuki Etkisi Sorunu	443
a. Sorunun Belirlenmesi.....	443
b. Ticari İşletmenin Devri Bakımından	444
(1) Cüzi Halefiyet Prensibine Dayanan Çözüm Tarzı	444
(a) Genel Olarak.....	444
(b) Sözleşmelerin Kanun Gereği Gececeği Görüşüne Göre Çözümü.....	445
(2) Külli Halefiyet Prensibine Dayanan Çözüm Tarzı.....	446
(a) Genel Olarak.....	446
(b) BK 202/I Hükmünün Emredici Niteliğine Dair Tartışma ile İlişkisi ...	447
(c) Kanuna Karşı Hile İhtimali	448
c. Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Bakımından	449
II. Devir Yasağı Anlaşmasının Geçerliliği.....	450
A. Genel Olarak	450
B. Şekil Bakımından	450
C. Alacağın Devri Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamanın MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi.....	452
1. Devir Yasağı Anlaşması ile Getirilen Sınırlamanın MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi.....	452
2. Devir Yasağından Başka İçerikteki Anlaşmalarla Getirilen Sınırlamaların MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi	454
D. Devir Yasağı Anlaşmasının Amacının Ahlaka Aykırı Olup Olmadığının Denetlenmesi.....	458
E. Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Devir Yasağının Geçerliliğinin Denetlenmesi	461
1. Genel Olarak	461
2. İçerik Denetimine Göre Devir Yasağının Geçerliliğinin Belirlenmesi Sorunu .	463
a. Devir Yasağının Prensip Olarak Geçerli Sayılması Gerektiği Görüşü	463
b. Devir Yasağının Prensip Olarak Geçersiz Sayılması Gerektiği Görüşü.....	466
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	467
III. Devir Yasağı Anlaşmasının Yorumu.....	470

A. Genel Olarak	470
B. Devir Yasağının Örtülü Olarak Kararlaştırılmış Olup Olmadığının Belirlenmesi	472
C. Devir Yasağının Mutlak Etkili Olup Olmadığının Belirlenmesi	475
D. Devir Yasağının Kapsamının Belirlenmesi	479

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PARA ALACAKLARI BAKIMINDAN MUTLAK ETKİNİN SINIRLANDIRILDIĞI KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE BK 183/I HÜKMÜNÜN YERİNDELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Genel Bakış	481
II. Para Alacakları Bakımından Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etkisinin Sınırlandırıldığı Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler	484
A. Salt Borçlandırıcı Etki Öngörülen Hukuki Düzenlemeler	484
1. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu	484
a. Yürürlüğü ve Uygulama Alanı	484
b. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenleme	485
(1) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması	485
(2) Taraf Devletlerin Çekincesi ile İstisnai Olarak Nispi Etkisizlik Yaptırımının Yürürlüğe Girebilmesi	488
c. Devir Yasağı Anlaşmasına ilişkin Düzenlemenin Hazırlık Süreci	490
2. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (PICC)	494
a. Para Alacakları Bakımından Prensip Olarak Salt Borçlandırıcı Etkinin Tanınması	494
b. Parasal Olmayan Alacaklar Bakımından Prensip Olarak Mutlak Etkinin Kabul Edilmesi	496
3. Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu	496
a. Yürürlüğü ve Uygulama Alanı	496
b. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenleme	498
(1) Genel Olarak	498
(2) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması	502
(3) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması	502

(4) İstisnai Olarak Mutlak Etkinin Meydana Gelebildiği Durumlar.....	504
c. Devir Yasağı Anlaşmasına ilişkin Düzenlemenin Hazırlık Süreci	506
4. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB § 1396a)	508
a. Genel Olarak	508
b. Uygulama Alanı.....	508
c. Devir Yasağı Anlaşmasının Geçerliliği için Aranılan Özel Koşullar	510
d. Anlaşmaya Aykırı Devrin Hukuki Sonuçları.....	511
(1) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması.....	511
(2) Borçlunun Devredene Yöneltebileceği Talepler	512
(3) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması.....	513
(4) Borçlunun Hafif Kusurlu Olarak Devredene İfade Bulunması Hâlinde Korunması	514
B. Alacağın Devri Geçerli Sayılan Ancak Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınan Hukuki Düzenlemeler	515
1. Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL)	515
2. Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR)	516
a. Anlaşmaya Aykırı Devrin Prensip Olarak Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınması.....	516
b. İstisnai Olarak Salt Borçlandırıcı Etki Meydana Gelebilmesi.....	518
(1) Salt Borçlandırıcı Etki Öngörülen İstisna Hâlleri	518
(2) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması.....	519
3. Alman Ticaret Kanunu (HGB § 354a).....	520
a. Genel Olarak	520
b. Uygulama Alanı.....	522
c. Anlaşmaya Aykırı Devrin Hukuki Sonuçları.....	523
(1) Anlaşmaya Aykırı Devrin Prensip Olarak Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınması.....	523
(2) Devralanın Alacağı Talep Hakkı ve Devredenin İfayı Kabul Yetkisi	525
(3) Borçlunun Devredene İfa Yetkisinin Sınırları	526
(4) Bankaların Ödünç Sözleşmelerinden Doğan Alacaklarına İlişkin İstisna Hükmü.....	529
d. HGB § 354a Hükmünün Alman Hukukundaki Eleştirisi	530

(1) Alacağın Ticari Bir İlişkiden Doğmuş Olması Koşulunun Eleştirisi.....	530
(2) Borçluya Tanınan Devredene İfa Yetkisinin Eleştirisi	532
III. Türk Hukukunda Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenebileceği Öngörülen	
BK 183/I Hükmünün Yerindeliğinin Değerlendirilmesi	534
A. Tarihsel Gelişim Sürecinde Salt Borçlandırııcı Etki Teorisinin Mutlak Etki	
Teorisine Alternatif Olmaktan Uzaklaştığının Saptanması.....	534
B. Mutlak Etkiyi Sınırlandıran Emredici Bir Hüküm Öngörülmesi Yönteminin HGB §	
354a ve ABGB § 1396a Örnekleri Üzerinden Değerlendirilmesi	536
1. Emredici Hükmün Amacının Kamu Menfaatinin Korunması Olarak	
Belirlenmesinin Eleştirisi	536
2. Emredici Hükmün Kapsamının Ticari İlişkilerden Doğan Para Alacakları ile	
Kısıtlanmasının Eleştirisi	538
3. Salt Borçlandırııcı Etkinin Emredici Bir Hükümle Düzenlenmesi Yönteminin	
(ABGB § 1396a) Değerlendirilmesi	542
a. Borçlunun Durumu Bakımından.....	542
b. Alacaklının Durumu Bakımından.....	546
c. Devralanın Durumu Bakımından	550
d. Sonuç	556
4. Alacağın Devrinin Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi	
Tanınması Sonuçlarının Emredici Bir Hükümle Düzenlenmesi Yönteminin	
(HGB § 354a) Değerlendirilmesi	558
a. Borçlunun Durumu Bakımından.....	558
b. Alacaklının Durumu Bakımından.....	560
c. Devralanın Durumu Bakımından	561
d. Sonuç	564
C. Mutlak Etkinin Kanunun Yorumu Yoluyla Sınırlandırılmasının Önemi.....	566
1. Alacağın Devralana Gececeği Sonucunu Yasal Bir Düzenleme ile Kesinleştirme	
Çabasından Vazgeçilmesi Gerekliliği	566
2. BK 183/I Hükmünün Katılma Teorisine Göre Yorumlanması ve Borçlunun Rıza	
Vermekten Kaçınma Yetkisinin MK 2/II ile Kısıtlanmasının Önemi	568
3. Borçlunun Rıza Verip Vermeyeceği Konusundaki Belirsizliğin Giderilmesi	
Bakımından Sözleşme Özgürlüğünün Önemi	572

4. Salt Borçlandırıcı Etkili Devir Yasağının Daha Hafif Bir Kısıtlama Sayılabilmesi	
Bakımından BK 183/I Hükümünün Varlığının Önemi.....	573
D. Mutlak Etkinin Sözleşmenin Yorumu Yoluyla Sınırlandırılmasının Önemi.....	574
SONUÇ	576
KAYNAKÇA	587
ÖZGEÇMİŞ	619



KISALTMALAR LİSTESİ

ABGB	: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABGBKom	: Kurzkomentar zum ABGB
Abschn.	: Abschnitt
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AGB-Gesetz	: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
aOR	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
AK-BGB	: Alternativkommentare zum BGB
Art.	: Artikel, article
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl	: Bundesblatt
Bd.	: Band
bearb.	: bearbeitet von; Bearbeiter
BeckOK	: Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	: Beck-online Rechtsprechung
begr.	: begründet von; Begründer
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BlgNR	: Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BSK	: Basler Kommentar

BT-Drs.	: Bundestagsdrucksache
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	: Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)
CR	: Commentaire romand
d.	: durum (Almanca: “ <i>Fall</i> ”)
DCFR	: Draft Common Frame of Reference
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation (Doktora tezi)
dn.	: Dipnotu
Doc.	: Document
E.	: Esas numarası; Erwägungen
e.t.	: erişim tarihi
EBJS	: Handelsgesetzbuch Kommentar, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (begr.)
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
ed.	: editör(ler), edition, édition
edit.	: Edited
eMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
eTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
FactÜ	: UNIDROIT Übereinkommen über das internationale Factoring (Convention on International Factoring)
FLF	: Finanzierung Leasing Factoring
FusG	: Fusionsgesetz (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung)
GP	: Gesetzgebungsperiode
H.	: Heft

HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
hrsg.	: herausgegeben von; Herausgeber
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
InsO	: Insolvenzordnung
IntVR	: Internationales Vertragsrecht Kommentar
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İst-BK	: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu
İş K.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JBl	: Juristische Blätter
Jg.	: Jahrgang
JGS	: Justizgesetzsammlung (1780-1848)
JuS	: Juristische Schulung
K.	: karar sayısı
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KO	: Konkursordnung
Lexpera	: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası
m.	: Madde
MK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MüKom	: Münchener Kommentar
MüKomBGB	: Münchener Kommentar zum BGB
MüKomHGB	: Münchener Kommentar zum HGB
N.	: kenar notu
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report

Nr.	: Numara, Nummer
OGH	: Der Oberste Gerichtshof der Republik Österreich
OR	: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
OR²⁰²⁰	: Schweizer Obligationenrecht 2020
ÖJZ	: Österreichische Juristen-Zeitung
PECL	: Principles of European Contract Law
PGB	: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich
PICC	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
recht	: recht-Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
red.	: Redaktor
RG	: Resmi Gazete
RGRK	: Reichsgerichtsräte Kommentar
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	: sayfa, sahife
S.	: Sayı
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SHK	: Stämpfli Handkommentar
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue Suisse de Jurisprudence)
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
UGB	: Unternehmensgesetzbuch
UmwG	: Umwandlungsgesetz
UN	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vb.	: ve benzeri
vd	: ve devamı

vs.	: ve saire
Vol.	: Volume
WM	: Wertpapier Mitteilungen IV, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlan Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	: Die Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZK	: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Alacağın devri özgürlüğü Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükme göre, prensip olarak, her alacak hakkı borçlunun rızası aranmaksızın, alacaklı ve üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile devredilebilir. Aynı hükümde, istisnai olarak, alacağın niteliği, kanun veya sözleşmenin devre engel oluşturabileceği öngörülmektedir. Bu hükme dayanılarak alacağın devri engelleri üç kavram altında incelenmektedir: Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli, kanundan kaynaklanan devir engeli, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli. Bu çalışmanın ana konusunu, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli (devir yasağı anlaşması = *pactum de non cedendo*) kavramı oluşturmaktadır.

Türk hukuku ve yabancı hukuk öğretilerinde, alacağın niteliğinden ve kanundan kaynaklanan devir engellerinin, ilgili oldukları hukuki ilişkiler hakkındaki daha geniş ölçekli bilimsel çalışmalar kapsamında incelenmesi yöntemi hâkimdir. Örneğin, işçinin ücret alacağının devrine kanunun engel oluşturduğu hizmet (iş) sözleşmesi hakkındaki eserlerde; franchise alanın sahip olduğu alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu franchise sözleşmesi hakkındaki eserlerde işlenmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramı ise alacağın devrinin modern hukuktaki teknik anlamını kazandığı 19. yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla çok sayıda makale ve monografi kapsamında bağımsız olarak incelenmeye değer görülmüştür. Bunun nedeni, ilk planda, devir yasağının sözleşmelerde sıklıkla yer verilen (vade, ceza koşulu, mülkiyeti saklı tutma veya tahkim kaydı gibi) bir yan anlaşma türü olması ve bu anlaşmanın hukuki niteliğinin anlaşılmasına pratikte ihtiyaç duyulmasıdır. Ne var ki, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğinin teorik olarak açıklanması hiçbir dönemde kolay olmamış; bugüne değin devamlı tartışmaya yol açmıştır. Bu tartışma, temelde, alacak hakkı kavramına iki farklı açıdan bakılabilmesinin mümkün oluşundan kaynaklanmıştır: Alacak hakkına alacaklı gözünden bir malvarlığı değeri olarak bakıldığında, devir yasağı anlaşması, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılması olarak değerlendirilmekte; alacaklı ile borçlunun niteliği devre elverişli bir alacak hakkını devre olanak veren tasarruf yetkisini sözleşme ile sınırlandırma imkânına sahip olmasının, işlem güvenliği yönünden yerinde olup olmadığı sorgulanmaktadır. Alacak hakkına borçlu

gözünden bir dar anlamda borç ilişkisi olarak bakıldığında ise devir yasağı anlaşması sözleşme özgürlüğünün bir ifadesi olarak anlamlandırılmakta; borçlunun alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinde hangi malvarlığı menfaatlerine sahip olabileceği açıklanmaktadır. Bu teorik yapı hakkındaki bilimsel görüşlerin ve güncel gelişmelerin Türk hukukuna aktarılması ve Türk hukuku kaynaklarından yararlanılarak özgün biçimde incelenmesi faydalı görülmüştür.

Devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğinin araştırılması Türk hukuku uygulaması açısından özellikle şu noktada önem taşımaktadır: Uygulamada anlaşma ile devri yasaklanmış alacak hakları borçlunun rızası alınarak devredilebilmektedir. Yargıtay kararlarında da borçlunun rızası ile yapılan alacağın devri işlemi geçerli sayılarak bu uygulama desteklenmektedir. İsviçre ve Alman mahkeme kararlarında da aynı görüş hâkimdir¹. Bu yolla aslında devir yasağı kararlaştırılmış alacak hakları bakımından kayda değer bir tedavül imkânı sağlanmış olmaktadır. Borçlunun rızasının meydana getireceği hukuki sonuçların İsviçre ve Alman hukuklarındaki kaynaklardan da yararlanılarak hukuken öngörülebilen bir tarzda açıklanması, devri sözleşme ile yasaklanmış alacakların tedavülü olanağının geliştirilmesine katkı sağlayacaktır.

Çalışmanın I. bölümü, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engeli türlerinden ayırt edilmesi amacıyla hazırlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda, ilk sırada, bir üst kavram olarak devir engelinin anlamı ve bu kavramın tasarruf yetkisi sınırlaması, haczedilebilirlik ve miras yoluyla intikal edebilirlik ile ilişkisi açıklanmaktadır. İkinci ve üçüncü sırada, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli ve kanundan kaynaklanan devir engeli kavramları başlıca örnekleri ile takdim edilmektedir. Bu kısımda görülecektir ki, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelleri ve kanundan kaynaklanan devir engelleri Türk ve İsviçre öğretilerinde farklı düşüncelere göre tasnif edilmektedir. Farklı düşüncelerin birbiriyle bağdaştırılması ve devir engeli türlerini birbirinden ayırt etmeye yarayan genel özelliklerin saptanabilmesi bakımından yeterli olan sayıda alacak hakkı örneği incelenmesine özen gösterilmiştir. Dördüncü sırada, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramı genel özellikleriyle tanımlanmakta; devir yasağı anlaşmasının konusunun niteliği devre elverişli bir alacak

¹ Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. s. 248, dn. 1056; Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. s. 250, dn. 1063.

hakkı olduğu, taraflarının alacaklı ile borçludan oluştuğu ve bu anlaşmanın daima borçluyu koruma amacına yönelik olduğu açıklanmaktadır. Borçlunun alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinde hangi somut menfaatlere sahip olabileceği gösterilmekte; bu menfaatlerin temininde alacağın devrinde hâkim olan borçlunun korunması prensibinin hangi durumlarda yetersiz kaldığı ortaya konulmaktadır. Beşinci sırada, önceki kısımlarda her bir devir engeli türü bakımından saptanan genel özelliklerden yararlanılarak, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engeli türlerinden nasıl ayırt edileceği ve diğer devir engeli türlerinden ayırt edilmesinin hukuken hangi açılardan önem taşıdığı vurgulanmaktadır.

Çalışmanın II. bölümünde devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği araştırılmaktadır. Bu araştırma iki aşamada gerçekleştirilmektedir:

Birinci aşamadaki araştırma, alacaklı ve borçlu arasında yapılan anlaşma ile bir alacağın devri engeli yaratılabilmesine dayanak oluşturan hukuki temelleri belirlemeye yöneliktir. Hukuk düzeni tarafından alacaklı ile borçluya alacağın devri özgürlüğünü sözleşme ile engelleyebilme olanağı tanınmasının menfaat dengesi ve hukuk politikası yönünden yerindeliliğine dair öğretilerdeki farklı görüşler paylaşılmaktadır. Bu konuda müşterek hukuken bugüne değin iki teorinin öne çıktığı tespit edilmektedir: Bir teoriye göre, alacaklı ile borçlu arasında yapılan böyle bir anlaşma salt borçlandırıcı etki meydana getirerek sadece tazminat yükümlülüğüne sebebiyet verebilir; alacağın üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ve devir yeteneğinin ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir ("*salt borçlandırıcı etki teorisi*"). İkinci bir teoriye göre, alacaklı ve borçlu arasındaki anlaşma ile alacağın devri engellenebilir ve muhtemel bir devrin geçerli olarak hüküm doğurmasının önüne geçilebilir. Bu teori çerçevesinde devrin geçersiz olduğunun devralana karşı ileri sürülebilmesi mutlak etki olarak ifade edilmektedir ("*mutlak etki teorisi*"). Bu aşamadaki araştırma sonunda görülmektedir ki, Türk hukukunun da mensubu olduğu, Roma - Cermen sistemi etkisi altındaki modern hukuk düzenlerinde günümüze dek mutlak etki teorisi hâkim olmuştur. Bununla birlikte, salt borçlandırıcı etki teorisinin dayandığı hukuki temeller her zaman bir denetim ve düzeltim işlevi gerçekleştirmeye yönelmiştir.

Türk ve İsviçre hukuklarında devir yasağı anlaşmasının mutlak etki meydana getirebileceği BK 183/II ve OR 164/II hükümlerinde açıkça düzenlenmektedir. Bu ne-

denle, ikinci aşamada, Türk hukukunda yürürlükte bulunan düzenlemeye odaklanılarak, doğrudan doğruya, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğuran hukuki niteliği, özellikle, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızası ile geçerli hâle getirilebilmesi imkânının mevcut olup olmadığı şeklindeki pratik sorun üzerinden incelemeye geçilmektedir.

Birinci aşamadaki araştırma, her ne kadar yürürlükteki Türk hukuk düzeninde mutlak etki lehine açık bir tercihte bulunulmuş olsa dahi, devir yasağı anlaşmasının dayandığı teorik yapının anlaşılması bakımından yapılması zorunlu olan bir araştırmadır. Aynı zamanda, devir yasağı anlaşmasının meydana getireceği bireysel hukuki sonuçların belirlenebilmesi bakımından da değer taşımaktadır. Özellikle, sözleşme özgürlüğü prensibinin egemen olduğu bir hukuk düzeninde, borç ilişkisinin tarafları arasında yapılan bir anlaşma ile, aynı hukuk düzeninde hâkim başka bir prensip olan, alacağın devri özgürlüğünün ne ölçüde sınırlandırılabilceği sorunun çözümlenebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, birinci aşamada yürütülen araştırma sırasında elde edilen bilgilerden, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratan hukuki niteliğinin belirlenmesine yönelik, ikinci aşamadaki araştırma konusu çerçevesinde de yararlanılmaktadır.

Birinci aşamada incelenen hukuki sorunun takdimi kendiliğinden ortaya koymaktadır ki, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ile alacağın devri özgürlüğünün sınırlandırılmasına olanak veren mutlak etki sisteminin yerindeliği tartışmalı bir konudur. Bu tartışma hem müşterek hukukta hem de modern hukukta mevcuttur. Modern hukukta, özellikle uluslararası alanda para alacakları bakımından mutlak etkinin sınırlandırılması yönünde gelişen eğilim, Alman ve Avusturya ulusal hukuk düzenlerinde aynı doğrultuda kanun değişikliklerinin yapılması (HGB § 354a; ABGB § 1396a) ile desteklenmiştir. Bu çerçevede, elbette ki, Türk hukuku açısından da yürürlükteki mutlak etkinin benimsendiği sisteminin yerindeliğinin, modern hukuktaki gelişmeler çerçevesinde değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Yalnız bu değerlendirmeye geçilmeden önce, Türk hukukunda sözleşme ile alacağın devir yeteneğinin kısıtlanması ile meydana gelen hukuki etkilerin, İsviçre ve Alman hukuku kaynaklarından da yararlanılarak, detaylı olarak açıklanması ve tüm yönleriyle kavranması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu doğrultuda, III. bölümde, Türk hukukunda devir yasağı anlaşmasının yarattığı hukuki etkiler açıklanmakta ve bu anlaşmanın geçerliliği ile yorumunu ilgilendiren öğretide ve yargı kararlarında ele alınmış belli konular paylaşılmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkileri başlığı altında, devir yasağı kararlaştırılmasının alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi, alacağın devri işleminin (tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlemin) geçerliliği ve sonuçları üzerindeki etkileri, sözleşmenin devri işleminin geçerliliğine etkisi, yargısal alacak geçişlerine ve kanuna dayanan alacak geçişlerine etkileri, külli halefiyet hâllerindeki etkileri, ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinin bölünmesi hâllerindeki etkileri incelenmektedir. Devir yasağı anlaşmasının geçerliliği başlığı altında, şekil bakımından geçerliliği, MK 23/II hükmüne aykırılığı, devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırılığı, devir yasağının genel işlem koşulu olarak geçerliliği konuları ele alınmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının yorumu başlığı altında, sözleşmede örtülü olarak devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığı, kararlaştırılan devir yasağının salt borçlandırıcı etkili mi yoksa mutlak etkili mi olduğu, mutlak etkili olduğu belirlenen bir devir yasağının sözleşmeden doğan hangi alacakları kapsadığı konularındaki yorum uyumsuzluklarının nasıl çözüme kavuşturulabileceği açıklanmaktadır.

Çalışmanın IV. bölümünde devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin para alacakları bakımından sınırlandırıldığı -II. bölümde de sıklıkla atıfta bulunulan- karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler tanıtılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta mutlak etkinin sınırlandırılması konusunda iki düzenleme yönteminin geliştiği tespit edilmiştir: Birinci yöntem, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı öngörülerek mutlak etkinin tamamen reddedilmesi şeklindedir. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri, Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu'nun devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkındaki düzenlemelerinde benimsenen bu yöntem, Avusturya Medeni Kanunu'na eklenen § 1396a hükmü hazırlanırken de tercih edilmiştir. İkinci düzenleme yöntemi, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli sayılması ve borçluya devredene ifa yetkisi tanınması şeklindedir. Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL) ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın (DCFR) ilgili düzenlemelerinde üstün tutulan bu yöntem ise Alman Ticaret Kanunu'na eklenen § 354a hükmünde bağlı kalınmıştır. Anılan

düzenlemelerin özellikleri ana hatlarıyla açıklandıktan sonra, IV. bölüm sonunda, bu güncel gelişmeler ışığında, Türk hukukunda devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurabilmesine dayanak oluşturan BK 183/I hükmünün yerinde olup olmadığı, bir emredici hüküm ile mutlak etkinin sınırlandırılmasına ihtiyaç olup olmadığı meselesi değerlendirilmektedir.

Bu çalışmada “*sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli*” ile “*devir yasağı anlaşması*” aynı kavramı ifade eden iki terim olarak belirlenmiştir. Çalışma kapsamında bu iki terime birlikte yer verilmektedir:

“*Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli*” BK 183/I hükmüne göre alacağın devrine engel oluşturması muhtemel olan üç durumdan -alacağın niteliği, kanun veya sözleşme- hangisinin mevcut olduğunu işaret etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu terime genellikle sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli ile diğer devir engeli türleri arasındaki ilişki açıklanırken veya karşılaştırma yapılırken bağlı kalınmaktadır. “*Sözleşmeden kaynaklanan devir engeli*” veya “*sözleşmesel devir engeli*” deyimleri -ödünç (ariyet) sözleşmesinden doğan kullanım hakkı², vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme alacağı³ örneklerinde olduğu gibi- sözleşmedeki bir özelliğin alacağın devrine engel oluşturduğu durumları da kapsayan geniş bir anlatım içerdiği için terim olarak tercih edilmemiştir. Niteliği devre elverişli bir alacak için “*devir yasağı kararlaştırdığı*” olgusunu doğrudan açıklayıcı olması için “*sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli*” terimi üstün tutulmuştur.

“*Devir yasağı anlaşması*” terimi ise alacaklı ile borçlunun alacağın devrinin engellenmesi konusunda yaptığı anlaşmayı ifade etmektedir. BK 183/II hükmünün “*devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınması...*” diye başlayan lafzında da bu terime bağlı kalınmıştır. “*Devir yasağı*” (“*temlik yasağı*”) deyimini Almanca “*Cessionsverbot*” veya “*Abtretungsverbot*” terimlerinin çevirisi olup müşterek hukukta eşya üzerindeki “*tasarruf yasağı*” (“*Veräußerungsverbot*”) terimi örnek alınarak yaratılmıştır. Kavramın tarihsel gelişim süreci göz önüne alındığında, aslında, “*devir yasağı anlaşması*” deyiminin alacağın devrinin engellenmesi konusundaki sözleşmeye karşılık gelmek üzere kullanılması kendi içinde şöyle bir çelişki barındırmaktadır: Eşya

² Bkz. s. 71 vd.

³ Bkz. s. 60 vd.

üzerindeki tasarruf yasağı sadece kanundan kaynaklandığı ihtimalde hak sahibinin tasarruf yetkisini sınırlandırır; sözleşme ile kararlaştırılmış bir tasarruf yasağı kural olarak yalnızca tazminat sorumluluğuna yol açabilir. Müşterek hukukta alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorununun incelendiği ilk eserlerde, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması ile paralellik kurulmuş; alacak üzerindeki devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırııcı etki doğuracağı görüşü ileri sürülmüştür⁴. İlerleyen dönemde, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânı yasal düzenlemelerle tanınmış⁵ olsa da “sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli”ne karşılık gelmek üzere “sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı” terimi öğretide ve uygulamada kullanılmaya devam etmiştir. Modern dönemde yazılan bazı eserlerde, “sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı” teriminin “sözleşme ile kararlaştırılan tasarruf yasağı”nı anımsattığı ve salt borçlandırııcı etkiyi işaret ettiği gerekçe gösterilerek, “devir yasağı kararlaştırıldığı” yerine “alacağın devrinin mümkün olmadığı”, “alacağın devir yeteneğinden yoksun olduğu” veya “alacağın devrine engel bulunduğu” deyimlerine bağlı kalınması önerilebilmektedir⁶. Bu eleştiriye rağmen, BK 183/II hükmünün lafzına uygun olarak, bu çalışmada “devir yasağı anlaşması” deyimini terim olarak tercih edilmektedir. Çünkü, “devir yasağı anlaşması” deyimini anlatımı itibarıyla alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı konusundaki temel soruna tarafsız kalmaktadır. Bu sayede müşterek hukukta ve karşılaştırmalı hukukta bu anlaşmaya atfedilen hukuki etkiyi tarif etmek üzere “salt borçlandırııcı etkili devir yasağı anlaşması” veya “mutlak etkili devir yasağı anlaşması” deyimleri kullanılabilir. Bununla birlikte, Türk hukukuna ilişkin açıklamalarda, “mutlak etkili devir yasağı anlaşması”na karşılık gelmek üzere, kural olarak, sadece “devir yasağı anlaşması” terimine bağlı kalınmaktadır. Çünkü, yalnızca devir yasağı anlaşmasının mutlak

⁴ Bkz. s. 186 vd.

⁵ Bkz. s. 221 vd.

⁶ Franz Bydlinski, “Zessionsverbot und Vertragsauslegung”, **Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer**, Basel 2004, s. 132; Christian Holzner, “Weiterhin: Drittwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote”, **Juristische Blätter**, 1998, s. 495-504. s. 497. Bydlinski (s. 132), “devir yasağı” deyiminin sadece salt borçlandırııcı etkili *pactum de non cedendo*’yu ifade etmek için kullanılmasının daha doğru olacağını ileri sürer. Yazara göre, “devir yasağı” deyimini, anlaşmanın ihlal edilebilir ve yaptırıma maruz bırakılabilir olduğu anlamı içerir; yasağa aykırı devre uygulanacak yaptırım devreden borçlunun uğradığı zararı tazminle yükümlü olmasıdır. Buna karşılık, mutlak etkili *pactum de non cedendo* ihlal edilemez. Çünkü alacak devir yeteneğinden mahrumdur. Bu nedenle, yazara göre, ikinci ihtimalde “devir yasağı” yerine “devir engeli” bulunduğu söz etmek daha anlaşılır olacaktır.

etki doğurduğu ihtimalde bir devir engeli ortaya çıkmakta olup çalışmamızın konusunu da aslen bu ihtimal oluşturmaktadır.

Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli yanında kanundan kaynaklanan devir engeli incelenirken de “*devir yasağı*” terimi kullanılabilmektedir. Esasen “*devir yasağı*” deyiminin kelime anlamı itibarıyla en uygun düştüğü durum da budur. Aşağıda görülecektir ki, kanundan kaynaklanan devir engeli, alacağın devrinin emredici bir hüküm vasıtasıyla yasaklanmış olması hâlinde söz konusu olmaktadır⁷.

Bu çalışmada birçok yerde, bir devir engelinin varlığına rağmen alacağın devri işleminin yapıldığı ihtimal üzerinde durulmaktadır. Bu sırada alacağın devri işleminin tarafları “*devreden*” ve “*devralan*” olarak adlandırılmaktadır. Bu deyimler kullanılırken, yalnızca, alacağın devri konusundaki tasarruf işleminin kurucu unsurlarının gerçekleştiği anlatılmaktadır; ilaveten devir işleminin geçerliliği hakkında herhangi bir bilgi verilmemektedir. Yani bu çalışmada geçen “*devralan*” ve “*devralan*” deyimleri, sadece alacağın devri işleminin geçerli olduğu ve alacak geçişinin gerçekleştiği ihtimali değil, aynı zamanda alacağın devri işleminin geçersiz olduğu ve alacaklı sıfatının değişmediği ihtimali de kapsamaktadır.

⁷ Bkz. s. 94 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME İLE KARARLAŞTIRILAN DEVİR ENGELİ

KAVRAMININ ALACAĞIN NİTELİĞİNDEN VE KANUNDAN

KAYNAKLANAN DEVİR ENGELLERİNDEN AYIRT

EDİLMESİ

I. Devir Engeli Kavramı

A. Genel Olarak

BK 183/I hükmüne göre: “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir*”.

BK 183/I hükmünde, dayandığı hukuki sebep her ne olursa olsun, tüm alacak haklarının devredilebilir olduğu temel bir prensip olarak öngörülmektedir. Sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme veya doğrudan doğruya bir kanun hükmünden doğmuş olması herhangi bir farklılık yaratmaksızın, her türlü alacak hakkı kural olarak devrin konusunu oluşturabilir⁸. Birden çok alacak birlikte devredilebileceği gibi (toptan devir)⁹, konusunu oluşturan edimin bölünebilir olması koşuluyla alacağın bir kısmının devredilmesi de (kısmen devir) mümkün olabilir¹⁰. Alacağın varlığının ya da kapsamının çekişmeli olması da devre engel oluşturmaz¹¹. Alacak hakkının hâlihazırda icra takibi veya dava yoluyla ileri sürülmüş olması onun devrine engel değildir¹². Devir anında geçerli bir hukuki temele dayanan gelecekteki (müstakbel) alacaklar (örneğin, doğumu koşula veya vadeye bağlı alacaklar) ile devir anında

⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 2. bası, İstanbul 1977, s. 630; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 15. bası, İstanbul 2020, N. 1714; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. bası, Ankara 2019, N. 3863; Fahrettin Aral, “Topyekûn Temlik”, **AÜHFD**, 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 93-140, s. 106; Baki İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara 2002, s. 24.

⁹ Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1714; Eren, N. 3863; Aral, s. 95 vd; Cumhur Özakman, **Factoring Sözleşmeleri**, İstanbul 1989, s. 20; Engin, s. 29.

¹⁰ Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1714; Eren, N. 3863.

¹¹ Feyzioğlu, s. 630; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1715; Eren, N. 3863; Engin, s. 24.

¹² İcra takibi devam ederken takip konusu alacağın devredilebileceği konusunda: Baki Kuru, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. bası, Ankara 2019, s. 74; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, 5. bası, Ankara 2019, s. 122. Aynı doğrultuda olarak bkz. 17. HD, 3.10.2018, E. 2017/2590, K. 2018/8537 (Kazancı, Lexpera); 8. HD, 11.5.2015, E. 2014/10512, K. 2015/10738 (Kazancı, Lexpera); 12. HD, 12.3.2015, E. 2015/4705,

herhangi bir hukuki temelden yoksun olan gelecekteki alacakların (örneğin, henüz kurulmamış bir satış sözleşmesinden gelecekte doğacak bedel alacağının) alacaklının sonradan tasarruf yetkisini kazanması koşuluna bağlı olarak devredilebileceği kabul edilmektedir¹³.

BK 183/I hükmü başka bir hususu daha ortaya koymaktadır: İstisnai olarak, bazı alacakların devrine kanundan, sözleşmeden veya alacağın niteliğinden kaynaklanan bir engel mevcut olabilir¹⁴. Alacağın devrinin konusunu ise yalnızca devrine engel bulunmayan alacak hakları oluşturur. Kanundan, sözleşmeden veya alacağın niteliğinden kaynaklanan bir devir engelinin bulunmaması, alacağın devri işleminin geçerlilik koşuludur. Alacağın devri işlemi bu koşul yerine getirilmişse sonuç doğuracaktır¹⁵.

K. 2015/5546 (Kazancı; Lexpera); 19. HD, 29.5.1996, E. 1996/2919, K. 1996/5376 (YKD 1996/12, s. 1923-1924). HMK 125/II (HUMK 186) hükmüne atıfla dava konusu alacağın davacı tarafından bir üçüncü kişiye devredilebileceği ve bu yolla üçüncü kişinin davada taraf sıfatını kazanabileceği konusunda: 4. HD, 9.7.1974, E. 1973/5767, K. 1974/4470 (YKD 1975/8, s. 93-96); 3. HD, 21.2.2017, E. 2016/13540, K. 2017/1715 (Kazancı; Lexpera); 11. HD, 6.12.2018, E. 2016/14419, K. 2018/7698 (Kazancı; Lexpera).

¹³ Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku, C. I**, Ankara 1946, s. 274; Esat Arsebük, **Borçlar Hukuku, C. I ve C. II**, 3. bası, Ankara 1950, s. 1068-1069; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku, C. I: Genel Hükümler**, 6. bası, İstanbul 1976, s. 1082; Feyzioğlu, s. 628; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, İstanbul 1991, s. 248-249; Eren, N. 3862; Özakman, s. 17-18; A. Lâle Sirmen, **Alacak Rehni**, Ankara 1990, s. 29; Aral, s. 106-107, s. 116; Engin, s. 27-29; Halûk N. Nomer, **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları**, İstanbul 2002, s. 107-112; Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri", **İÜHF**, 1999, C. 57, S. 12, s. 265-299, s. 295; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm**, 14. bası, İstanbul 2016, s. 190; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. bası, Ankara 2019, s. 1007. Devir anında hiçbir hukuki temele dayanmayan alacaklar bakımından aksi fikirde: Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1701-1703.

¹⁴ İsviçre ve Türk borçlar kanunlarındaki düzenlemeden farklı olarak, Alman Medeni Kanunu'nun § 399 hükmünde iki tür devir engeli öngörülmektedir: Edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebilir olması (alacağın niteliği) ve sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılmış olması. Bununla birlikte, Alman öğretisinde, BGB § 399 hükmünde belirtilen bu sebeplerin yanında, kanunun da devre engel oluşturabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Joseph Esser / Eike Schmidt, **Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, Teilband 2**, 8. Auflage, Heidelberg 2000, s. 309-310; **Reichsgerichtsrat Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Bd. II, 1. Teil (§§ 241-413 BGB)**, 12. Auflage, Berlin/New York, 1976 = RGRK/Weber, § 399, N. 9-10; Julius von Staudinger (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432**, (red.) M. Löwisch, Berlin 2012 = Staudinger/Busche, § 399, N. 3; **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht, Allgemeiner Teil II (§§ 311-432)**, (red.) W. Krüger, 8. Auflage, 2019 = MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 1.

¹⁵ Tunçomağ, s. 1083; Feyzioğlu, s. 629; Eren, N. 3870; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 244; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1685; Aral, s. 106; Engin, s. 23; Max G.H. Wolff, **Wesen und Voraussetzungen der Zession**, Aarau 1917, s. 166; Andreas von Tuhr / Arnold Escher, **Allgemeiner Teil**

Devir engeli kavramı, dar ve teknik olarak, BK 183/I hükmünde belirtilen üç duruma karşılık gelecek anlamda kullanılmaktadır. Bir alacağa ilişkin olarak, o alacağın niteliğinden veya kanundan kaynaklanan bir devir engelinin mevcut olup olmadığı denetlenirken, alacağın kaynağı, içeriği ve amacı yönünden bir değerlendirme yapılmaktadır:

Alacak hakkının niteliğinin devre engel olup olmadığının denetlenmesi, alacak hakkının (borçlunun katılımı aranmaksızın) bağımsız olarak devre elverişli olup olmadığını belirlemeye yöneliktir. Bu hususta özellikle alacak hakkının, alacaklının şahsına bağımlı (edimin içeriğinin alacaklının şahsına göre belirlendiği durumlarda söz konusu olur) ya da başka bir hak veya borca bağımlı bir hak niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılmaktadır¹⁶. Niteliğinin devre elverişli olmadığı tespit edilen alacak hakları, alacağın devri özgürlüğünün doğal sınırlarını tayin etmektedir.

Kanun, bazı hâllerde, niteliği devre elverişli bulunan bir alacak hakkının devrini, emredici bir hukuk kuralı ile yasaklayabilmekte ve devir özgürlüğünün sınırlarını daha da daraltabilmektedir. Böyle hâllerde, kanundan kaynaklanan devir engelinin varlığından söz edilmektedir. Örnek olarak, BK 410 hükmü, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının devrini işçiyi koruma düşünceleriyle sınırlandırmaktadır. Para alacağı, aslen devre elverişli bir niteliğe sahip olduğu hâlde, kanun koyucu, hizmet sözleşmesi hukuki sebebine dayandığı ve ücret niteliğine sahip bulunduğu ihtimalde, para alacağına ilişkin özel bir devir engeli öngörmeyi gerekli görmektedir¹⁷.

Kanunun emredici hükümlerinden kaynaklanan devir engelleri, sistematik olarak, BK 27/I hükmünde gösterilen genel geçersizlik sebepleri ile bağlantılı olarak da

des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Auflage, Zürich 1974, s. 343; Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 320; Max Keller / Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel-Frankfurt 1984, s. 58.

¹⁶ Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli kavramı ve örnekleri hakkında bkz. s. 25.

¹⁷ Kanun bazı hâlde ise alacağın devrini yasaklamamakta, sadece alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu açıklamaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralananı kullanım hakkı (BK 322/II) ve ödünç konusunu kullanım hakkı (BK 380/II) buna örnek teşkil etmektedir. Kanundan kaynaklanan devir engeli kavramının, kanunun alacağın devrini emredici bir hukuk kuralı ile yasakladığı hâller olarak tanımlanması hakkında bkz. s. 94. Devir engelleri öğretide, alacağın niteliğinden ve kanundan kaynaklanan devir engellerini kapsayacak şekilde “*objektif devir engelleri*” ve “*sözleşme ile kararlaştırılan devir engelleri*” şeklinde iki kategoride incelenebilmektedir. Bkz. Knut Wolfgang Nörr / Robert Scheyhing / Wolfgang Pöggeler, **Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme**, 2. Auflage, Tübingen 1999, s. 20.

ele alınabilmektedir. Söz gelimi, MK 23/II hükmünün, özel olarak, belirli bir alacağın devrine -o alacağın kaynağı, içeriği veya amacı ile bağlantılı bir sebepten ötürü- engel oluşturduğu durumlarla karşılaşılabilmektedir. Örneğin, nafaka alacağına ilişkin devir engelinin temelinde, nafaka alacaklısının kendi hukuki işlemlerine karşı korunması düşüncesi dolayısıyla MK 23/II hükmü yer almaktadır¹⁸. Ancak, bu bağlantıdan hareketle, alacağın devrinin BK 27/I hükmü uyarınca geçersiz sayıldığı her durumda, kanundan kaynaklanan bir devir engelinin bulunduğu sonucuna varılmayacaktır. Örnek olarak, birden çok alacağın toptan devri işlemi, meydana getireceği hukuki sonuçların devreden ekonomik varlığının tehlikeye düşürebilecek olduğu bir durumda, MK 23/II hükmüne aykırılık dolayısıyla BK 27/I uyarınca geçersiz sayılabilmektedir¹⁹. Bu ihtimalde, BK 183/I anlamında alacağın devrine kanundan kaynaklanan bir devir engeli bulunduğu söylemek doğru olmayacaktır. Çünkü, toptan devir söz konusu olan hâllerde, devre konu alacağın türü, kaynağı, içeriği veya amacı yönünden herhangi bir denetim yapılamamaktadır²⁰.

Alacağın niteliğinden veya kanundan kaynaklanan devir engeli yanında, üçüncü bir ihtimal olarak, alacaklı ve borçlu arasında alacağın devrinin engellenmesi konusunda bir anlaşma (devir yasağı anlaşması = *pactum de non cedendo*) bulunması devre engel oluşturabilir. Tezimizin ana konusunu oluşturan bu ihtimalde, alacaklı ile borçlu, niteliği devre elverişli ve kanunun devredilmesinde sakınca görmediği herhangi bir alacak hakkının devrini anlaşma ile yasaklamaktadır. Borçlunun alacaklı tarafın değişmemesindeki çeşitli menfaatlerini korumak amacıyla yapılan bu anlaşma sonucu, alacaklı, alacağı devir özgürlüğünden feragatte bulunmaktadır²¹.

Bu çalışmada, devredilebilir olup olmadığı inceleme konusu edilen hak, bir dar anlamda borç ilişkisine karşılık gelen alacak hakkıdır. Alacak hakkının, devreden ile devralan arasında yapılan alacağın devri niteliğindeki tasarruf işlemi ile devredilebilir olup olmadığını belirlemeye yönelik bir araştırma yapılmaktadır. Alacak hakkı dışında

¹⁸ Bu konuda bkz. s. 111 ve s. 115.

¹⁹ Feyzioğlu, s. 628; Aral, s. 123; Engin, s. 34, dn. 12; Oktay Özdemir, s. 289.

²⁰ **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, (ed.) H. Honsell, N. Vogt, W. Wiegand, 6. Auflage, Basel 2015 = BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 50-51.

²¹ Borçlunun alacaklı tarafın değişmemesindeki menfaatleri hakkında bkz. s. 141.

kalan hakların, örneğin yenilik doğuran hakların²², sınırlı aynı hakların²³ devir yeteneğine ilişkin esasların belirlenmesi konusu çalışma konumuzun dışında kalmaktadır.

²² İsviçre öğretisindeki bazı eserlerde, alacağın devri engelleri konusu işlenirken yenilik doğuran hak örneklerine (alım, ön alım, geri alım hakları vb.) yer verildiğine rastlanılmaktadır. Bkz. Hermann Becker, **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183**, 2. Auflage, Bern 1941, Art. 164, N. 35; Eugen Spirig, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V/1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR**, 3. Auflage, Zürich 1993, Art. 164, N. 178; Peter Gauch / Walter R. Schluep / Jörg Schmid / Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II**, 10. Auflage, Zürich 2014, N. 3433, dn. 61. Hakkın niteliğinin kavranması bakımından yanıltıcı olan bu eğilim esasen Alman hukuku öğretisinde de mevcuttur. Ancak, Alman hukukunda, yenilik doğuran hakların, alacağın devri engelleri kapsamında incelenmesi eğilimi yasal bir temele dayanmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 413. paragrafı, alacağın devri hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve kanunda aksi belirtilmedikçe, başka hakların geçişi bakımından da uygulanmasını öngörmektedir. Bu hüküm nedeniyle devir engelleri örneklendirilirken, BGB § 413 hükmüne atıfta bulunularak, yenilik doğuran haklar da anılmaktadır. Bu anlamda bkz. Staudinger/Busche, § 399, N. 40-41. Türk ve İsviçre borçlar kanunlarında ise böyle bir hüküm mevcut değildir. Kaldı ki, böyle bir kıyasın mümkün olup olmadığı, BGB § 413 hükmüne rağmen, Alman öğretisinde dahi tartışmalı bulunmaktadır (Bu tartışma hakkında bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005, s. 271). Bu konuda, bir hakkın yenilik doğuran hak niteliği taşımasının tek başına o hakkın devrine engel oluşturmayacağı, ancak başka türdeki haklar bakımından devre engel olan durumların yenilik doğuran hakların devrine de engel teşkil edebileceği, bu nedenle her yenilik doğuran hak örneği bakımından devir yeteneğinin özel olarak incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yenilik doğuran hakkın devrine engel oluşturan durumlara, yenilik doğuran hakkın hak sahibinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olması, taraflar arasında yenilik doğuran hakkın devredilemeyeceğinin kararlaştırılması, devri yasaklayan bir kanun hükmü bulunması, yenilik doğuran hakkın hak sahibi dışındaki bir kişi tarafından kullanılmasının muhatabın hukuki durumunu kötüleştirecek olması, yenilik doğuran hakkın devrinde devralanın menfaatinin bulunmaması durumları örnek gösterilmektedir. Bkz. Buz, s. 272-277.

²³ Bu açıdan kanunun alacağın devrine engel oluşturduğu durumlara oturma hakkının örnek verilmesi (bu örneğin verildiği eserler için bkz. Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 540; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 28; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich 2014, N. 1358) hiç isabetli değildir. İsviçre öğretisindeki bu yaklaşımın temelinde, kaynağı ne olursa olsun, her tür talep yetkisinin alacak hakkı kavramı altında değerlendirilmesi düşüncesi yer almaktadır. Bu tespit için bkz. Tolunay Ozanemre Yayla, **Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)**, Ankara 2019, s. 171.

Bir alacak hakkının devrine engel bulunması, o alacak hakkının rehin veya intifa konusu edilmesine²⁴ de engel teşkil eder. MK 954/I hükmünde devre elverişli alacakların rehin konusu olabileceği açıkça öngörülmektedir²⁵. Bu hükme paralel olarak, sadece devre elverişli alacaklar üzerinde intifa kurulabileceği öğretide kabul edilmektedir²⁶. Bu çalışma kapsamında, bir alacağın devredilebilir olup olmadığı konusunda verilen açıklamalar, aynı zamanda, o alacağın rehnedilebilir veya intifa konusu edilebilir olup olmadığını da belirlemeye yaramaktadır.

B. Devrine Engel Bulunan Alacak Hakkının Malvarlığı Değeri Olarak Durumu

Alacak hakkı, alacaklı ve borçlu arasındaki dar anlamda borcun alacaklı tarafından görünen yüzünü ifade eder²⁷. Parasal değer taşıyan bir edime yönelik olması hâlinde dar anlamda borç, alacaklı gözünden bakıldığında, bir malvarlığı değerine karşılık gelir²⁸. Türk Borçlar Kanunu, alacak hakkı kavramını, esasen, dar anlamda borca ilişkin hükümleri aracılığıyla borçlu gözünden bakarak düzenlemektedir. Bununla birlikte, borçlunun rızası aranmaksızın devredilebileceği (BK 183/I) ve miras yoluyla in-

²⁴ Alacağın devri hâlinde alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen devri, alacak üzerinde rehin ve intifa kurulması hâlinde ise alacak hakkının hak sahibine tanındığı yetkilerin bir kısmının devrinin söz konusu olacağı görüşü için bkz. Engin, s. 7, dn. 11. Sınırlı ayni hakkının mülkiyet hakkı ile ilişkisi öğretide iki düşünceye göre açıklanmaktadır: Bir görüşe göre, sınırlı ayni hak kurulduğunda, mülkiyet parçalanmakta ve mülkiyetin içeriğini oluşturan yetkilerden bir kısmı ondan ayrılarak bağımsız hale gelmektedir. Başka bir görüşe göre, sınırlı ayni hak mülkiyet hakkından bağımsız bir hak olup içeriği ölçüsünde mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır. Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. bası, İstanbul 2017, N. 2674; Halûk N. Nomer / Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 7. bası, İstanbul 2019, N. 945.

²⁵ Bu konuda bkz. Sirmen, s. 28; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 18. bası, İstanbul 2019, N. 3798; Dieter Zobl, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB*, 2. Auflage, Bern 1996, Art. 899, N. 61; Karl Oftinger / Rolf Bär, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Abteilung 2c: Art. 884-918 ZGB: Das Fahrnispfand*, 3. Auflage, 1981, Art. 899, N. 70.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3046.

²⁷ Engin, s. 7, dn. 1; Andreas von Tuhr / Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I*, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 9.

²⁸ Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul 1995, s. 14; Engin, s. 7; Fritz Raber, “Zum vertraglichen Abtretungsverbot”, *Juristische Blätter*, 1971, H. 17-18, s. 441-459, s. 446; Heinrich Mayrhofer, “Abtretung von Bestandrechten und Abtretungsverbot”, *ÖJZ*, 1973, Jg. 28, H. 6, s. 146-152.

tikal edebileceğinin (MK 599/II) prensip olarak düzenlenmiş bulunması, alacak hakkının kanun koyucu nezdinde bir malvarlığı değeri olarak taşıdığı önemi kendiliğinden ortaya koymaktadır²⁹. BK 183 ve devamındaki hükümlerde kanun koyucu, bir taraftan, alacak hakkının temsil ettiği malvarlığı değerinin sözleşme ile nasıl devredilebileceğini düzenlerken, diğer taraftan da devrin hükümlerinin dar anlamdaki borç ilişkisini nasıl etkileyeceğini açıklığa kavuşturmuştur³⁰. Alacak hakkının serbestçe devre konu edilebileceğini prensip olarak kabul ederken, borçluyu koruyucu hükümleri sevk etmeyi de gerekli görmekte; bu sayede alacak hakkının malvarlığı hakkı ve dar anlamda borç ilişkisi yönleri arasında bir denge kurmaktadır.

Devir engeli bulunan hâllerde, alacaklı, alacak hakkından devir yoluyla yararlanma olanağından yoksundur. Alacak hakkının dar anlamdaki borç ilişkisini ifade eden yönü ön plandadır. Oysaki, malvarlığında yer alan bir haktan beklenen, ondan tasarruf yoluyla yararlanmanın en geniş ölçüde mümkün olmasıdır. Bir malvarlığı hakkı, devir yeteneğine sahip olduğu takdirde tam bir hak olarak değerlendirilmektedir³¹. Bununla birlikte, devir yeteneği, bir malvarlığı hakkı olarak alacak hakkının taşınması gereken zorunlu bir özellik de değildir³². Bir devir engelinin bulunması, şüphesiz, alacak hakkının bir malvarlığı konusu olarak taşıdığı değerinde daha az takdir edilmesine yol açacaktır. Buna karşılık, devrine engel bulunan bir alacak hakkı, alacaklıya borçludan edimi yerine getirmesini isteme yetkisini sağlayan yönü itibarıyla hâlen daha bir malvarlığı unsurudur.

²⁹ Raber, s. 447.

³⁰ Mayrhofer, I, s. 147.

³¹ Heinrich Mayrhofer, "Abtretung von Bestandrechten und Abtretungsverbot", *ÖJZ*, 1973, Jg. 28, H. 7, s. 169-173, s. 169-170; Mayrhofer, I, s. 146. Devir engeli bulunan hâllerde, alacak hakkının, borçlu ile alacaklı arasındaki dar anlamdaki borç ilişkisine indirgenmesi görüşü için bkz. Raber, s. 447.

³² Heinrich Dernburg, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. 1: *Allgemeine Lehren*, 4. Auflage, Halle a.d.S. 1909, s. 380; Nûşin Ayiter, *Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme*, Ankara, 1968, s. 99. Bu anlama gelecek şekilde, malvarlığı haklarını ayırt etmek için hakkın devredilebilirliği ölçütünün uygulanması gerektiğini ileri süren görüşün eleştirisi için bkz. Kevork Acemoğlu, *Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri*, İstanbul 1971, s. 12-13.

Alacak hakkının malvarlığı değeri, temelde, alacaklının borçludan alacağı isteme yetkisini ifade eden³³ talep yetkisine dayanmaktadır. Talep yetkisi sayesinde alacak hakkı borçlu karşısındaki temel işlevini gerçekleştirmektedir³⁴:

Maddi hukuka ilişkin talep yetkisi kavramının usul hukukundaki görünümü alacağı dava ve cebri icra yetkisidir. Borçlunun taahhüt ettiği edimi ifa etmemesi durumunda, alacaklı, mahkemeleri ve icra dairelerini aracı kılarak, borçluyu, somut duruma göre, ifaya veya borcun ifa edilmemesinden ötürü meydana gelen zararı tazmine zorlayabilmektedir. Hukuk düzeni, alacaklıyı, mahkeme ve icra daireleri aracılığıyla borçlunun malvarlığına başvurma yetkisiyle donatarak, borçlunun borcunu ifa etmesini veya borcun ifa edilmemesinden doğan zararın gidermesini güvence altına almaktadır³⁵. Alacaklı, hukuk düzeninin kendisine sağladığı bu yetki sayesinde, borcun ifasının gerçekleşeceğine, ifa mümkün olmasa bile uğradığı zararın tazmin edileceğine güvenebilmektedir. Alacaklı, borçlunun şahsına güvenemese bile, belirtilen sonuçları sağlayacak olan devlet gücüne güvenmektedir. İşte bu güvenilirlik, alacaklı nezdinde bir malvarlığı değerine karşılık gelmektedir³⁶.

Alacaklı, kural olarak, alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Devredilebilir olma önkoşulu aranan devir, rehin, intifa gibi tasarruf işlemlerini yapma

³³ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 17. bası, İstanbul 2019, N. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 14; Akyol, s. 16.

³⁴ Akyol, s. 16. Talep yetkisi ilk planda alacağın konusunu oluşturan asli edim yükümlülüğünün ve ona eşlik eden yan edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerinin ifasına ilişkindir. İkinci planda, asli edim yükümlülüğünün yerine geçen tazminat yükümlülüklerine ilişkin talepler yer almaktadır. Bunlar da geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı olma şartı aranmaksızın, doğrudan alacak hakkının verdiği talep yetkisine dayanılarak istenebilmektedir (Akyol, s. 20-21; Feyzioğlu, s. 642). Kusurlu imkânsızlık ve kötü ifa durumlarında BK 112 hükmüne dayanan tazminat talebi, temerrüt hâlinde gecikmeden doğan zararın veya ek süre vererek süre sonunda ifadan vazgeçildiği bildirilmek suretiyle ifa etmemeden doğan zararının tazmininin istenmesi (BK 125), ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilen durumlarda ayıp sebebiyle tazminat, ayıplı şeyin onarımını (BK 475/I b. 3) veya ayıpsız misliyle değiştirilmesini (BK 227/I b. 4) talep hakları bu kapsamda görülmektedir (Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1743). Buna karşılık, örneğin, ayıptan doğan sözleşmeden dönme ve bedel indirimi taleplerinin sözleşmenin tarafı olmaya bağlı olduğu kabul edilmektedir (Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1742).

³⁵ Bu doğrultuda olarak bkz. Akyol, s. 18, s. 20. Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilamların icrası bakımından İİK 30 hükmünde özel düzenlemeler mevcuttur.

³⁶ Alacak hakkının malvarlığı değerini açıklayan bu tespit ve bunun Roma hukukuna dayanan kökeni için bkz. Raber, s. 446.

imkânından devir engeli nedeniyle istisnai olarak mahrum olması, bu hususta bir farklılık yaratmaz³⁷. Örnek olarak, alacaklının ifaya katılması gereken bir durumda, devrine engel bulunan alacak hakkının borçlunun ifası ile sona ermesi, alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması sayesinde gerçekleşir³⁸. Alacaklı, alacak üzerindeki tasarruf yetkisine dayanarak, devre elverişli olmayan alacak hakkı için vadenin ertelenmesini kabul edebilir³⁹. Devrine engel bulunan alacağa ilişkin (örneğin, anlaşma ile devri engellenmiş bir para alacağına ilişkin⁴⁰) takas beyanında bulunarak o alacağı sona erdirebilir⁴¹. Borçlu ile yaptığı bir anlaşmayla alacağından feragat ederek (ibra anlaşması)⁴² veya borca uygun olmayan edimi ifa yerine kabul ederek (ifa yerine edim anlaşması)⁴³ borçluyu borçtan kurtarabilir. Dış üstlenme (borcun nakli) sözleşmesi yaparak, devredilemeyen alacağın borçlusu olan kişinin değişmesini sağlayabilir⁴⁴.

C. Devir Engeli Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

1. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması

Bir alacaktaki devir engeli hakkında tasarruf yetkisi sınırlaması nitelendirmesi yapılabilmesi için, o alacağın niteliği itibarıyla bağımsız olarak devredilebilir bir alacak hakkı vasfı taşıması gerekmektedir. Örnek olarak, para alacağı niteliği itibarıyla devredilebilir bir alacak hakkıdır. Bir alacak hakkı üzerindeki tasarruf imkânının, ala-

³⁷ Alacak hakkı üzerinde sadece borçluya karşı etki doğuran tasarruflar (ibra, takas) ve üçüncü kişiye karşı etki doğuran tasarruflar (alacağın devredilmesi, rehn edilmesi, intifa hakkı kurulması) ayrımı için bkz. Engin, s. 7.

³⁸ Alacaklı tasarruf yetkisine sahip değilse, borçlu, alacaklıya ifa ile borcundan kurtulamaz. Örneğin, iflasın açılmasından sonra müflis hiçbir ödeme kabul edemez (İİK 192): Oğuzman/Öz, C. I, N. 847.

³⁹ Vadenin ertelenmesine ilişkin anlaşmada, alacaklı, alacak hakkını talep etmekten belirli bir süre için feragat ettiği için tasarruf yetkisine sahip olmalıdır: Eren, N. 2952; Akyol, s. 18.

⁴⁰ Borçlunun anlaşma ile devri engellemekteki başta gelen menfaatlerinden biri gelecekteki takas imkânını korumaktır. Bu konuda bkz. s. 147.

⁴¹ Takas beyanında bulunmak için alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmak gerektiği konusunda bkz. Eren, N. 4013; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1013; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1879.

⁴² İbra, alacağa doğrudan doğruya etki ederek onu ortadan kaldırdığı veya azalttığı için bir tasarruf işlemidir; ibranın geçerliliği için alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması aranır: Eren, N. 4000; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 987; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1765.

⁴³ Akyol, s. 18.

⁴⁴ Dış üstlenme sözleşmesi, borcun bir kişiden başka bir kişiye geçmesini sağlayarak alacak hakkına etki ettiği için bir tasarruf işlemi niteliği taşır; bu yüzden dış üstlenme sözleşmesinin geçerliliği için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerekir: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1844; Zafer Kahraman, **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul 2013, s. 101.

cak hakkının özünde sahip olduğu devredilebilirlik vasfına aykırı düşecek şekilde, kanunun emredici bir hükmü ile sınırlandırıldığı hâllerde, bir tasarruf yetkisi sınırlaması bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁵:

Örneğin, BK 410/I hükmünde işçinin muaccel ücret alacağı bakımından öngörülen devir sınırlaması aynı zamanda bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak da ele alınabilir. Çünkü, ücret alacağı, niteliği devre elverişli bulunan, bir tür para alacağıdır fakat devri BK 410/I hükmü ile emredici bir tarzda yasaklanmaktadır.

Alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu hâllerde ise tasarruf yetkisi sınırlaması nitelendirmesi yapılması doğru olmayacaktır. Örnek olarak, vekâlet verenin sahip olduğu işin görülmesini talep hakkı bakımından bir tasarruf yetkisi sınırlanması bulunduğunun söylenmesi yerine değildir. Çünkü, işin görülmesini talep hakkı, vekâlet sözleşmesinden doğan başka hak ve borçlara bağımlı olduğu ve iş görme ediminin içeriği alacaklının şahsına özgü olarak belirlendiği için, zaten niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacaktır. İşin görülmesini talep hakkı, her ne kadar bir malvarlığı değerine karşılık gelse de, üzerinde devir yoluyla tasarrufta bulunulabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu hâlde, alacak hakkı, doğası gereği öyle bir içeriğe sahiptir ki, bu içerikteki bir hakkın bir devir sözleşmesinin konusu olabilmesi objektif olarak imkânsızdır⁴⁶.

Alacağın devrinin borçlu ile alacaklı arasında bir devir yasağı kararlaştırılarak engellendiği hâllerde bir tasarruf yetkisi sınırlamasının mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma teori ve pratiği ilgilendiren yönleriyle tezin II. bölümünde detaylı olarak incelenmektedir. II. bölümün sonunda, öğretideki farklı görüşlerin incelenmesi neticesinde, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliği taşıdığı kanaatine varılmıştır⁴⁷.

Devir engelinin aynı zamanda bir tasarruf yetkisi sınırlaması karakteri taşıyıp taşımadığının belirlenmesi şu açıdan önem taşır: Kanundan kaynaklanan bir devir engeli veya sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli söz konusu olan durumlarda, ala-

⁴⁵ Leo Raape, **Das gesetzliche Veräußerungsverbot**, Berlin 1908, s. 173; RGRK/Weber, § 399, N. 12; Werner Dornwald, **Grenzen und Umfang des Abtretungsverbots gemäß § 399 1. Alt. BGB**, Dissertation, Köln 1978, s. 148.

⁴⁶ Detaylı açıklama için bkz. s. 87.

⁴⁷ Varılan bu sonuç ve gerekçesi hakkında bkz. s. 306.

çağın devri işlemi, alacaklı devir konusunda tasarruf yetkisine sahip olmadığı için geçersiz olmaktadır. Bu hâllerde, tasarruf yetkisi sınırlaması borçlunun korunması amacıyla yönelik olduğu takdirde, borçlunun rızası ile alacağın devri işlemine geçerlilik kazandırılabilir⁴⁸. Buna karşılık, niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacağın devre konu edildiği durumlarda bir objektif imkânsızlık hâli ortaya çıkmakta ve devir işlemi kesin hükümsüz olmaktadır⁴⁹. Son ihtimalde, giderilebilecek bir tasarruf yetkisi eksikliği bulunmamaktadır.

2. Hacedilebilirlik

Bir alacak hakkının devredilebilirliği ile hacedilebilirliği arasında iki açıdan bağlantı kurulur: Birinci bağlantı, bir alacağın hacedilebilir olmayışının devrine engel oluşturup oluşturmadığı sorusundan, ikinci bağlantı ise bir alacağın devredilebilir olmayışının haczine engel oluşturup oluşturmadığı sorusundan kaynaklanır. İlk bakışta benzermiş gibi gözüken bu iki soru ayrı hukuki esaslara göre cevaplandırılmaktadır:

Hacedilemeyen bir alacak hakkının devrinin mümkün olup olmadığı sorusu, alacağın devrine, haciz yasağı öngören emredici bir hükmün koruma amacından kaynaklanan bir engel mevcut olup olmadığını belirlemeye yöneliktir. Kanun koyucu, İİK 82 ve İİK 83 hükümleri başta olmak üzere, çeşitli hükümlerde, genellikle takip borçlusunun ailesini ve kişiliğini koruma amacı ile belirli alacakların haczini yasaklamaktadır. Haciz yasağı öngören bu hükümlerin koruma amacı bazı durumlarda alacağın devrine de engel oluşturabilmektedir. Bu yolla, haciz yasağı öngören hükmün koruma amacının alacağın devri hükümleri ile bertaraf edilmesi tehlikesinin önüne geçilmektedir. Bu sorunun cevaplandırılması yöntemi aşağıda kanundan kaynaklanan devir engelleri başlığı altında açıklanmaktadır⁵⁰.

Bir alacak hakkının devredilebilir olmayışının o alacağın haczine engel oluşturup oluşturmadığı sorusu ise o alacak hakkının hacedilerek paraya çevrilmesinin mümkün olup olmadığı konusunu araştırmayı hedeflemektedir. Bu konuda, icra iflas hukuku alanındaki eserlerde, maddi hukuka göre başkasına devrine engel bulunan mal

⁴⁸ Kanundan kaynaklanan devir devir engeli bakımından bkz. s. 129; sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli bakımından bkz. s. 336.

⁴⁹ Detaylı açıklama için bkz. s. 87.

⁵⁰ Bkz. s. 111.

ve hakların hacze konu edilemeyeceği genel bir kural olarak ortaya konulmaktadır⁵¹. Bu genel kural alacak hakları özelinde şöyle ifade edilecektir: Maddi hukuka göre devrine engel bulunan alacakların hacze konu edilmeleri de mümkün değildir⁵². Bu genellemenin biçimi, alacağın niteliğinden ve kanundan kaynaklanan devir engelleri bakımından yerindedir⁵³. Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli, aynı zamanda o alacağın haczine de engel teşkil eder⁵⁴. Örneğin, vekâlet verenin sahip olduğu iş görme alacağının haczi ve paraya çevrilmesi söz konusu olamaz. Buna karşılık, niteliği devre elverişli bir alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi, o alacağın haczedilebilirliğini etkilememektedir. Alacaklı, borçlusu ile kararlaştıracığı bir devir yasağı aracılığıyla devredilebilir nitelikteki alacak hakkını haczedilebilir olmaktan çıkarabilme yetkisine sahip değildir. Aşağıda özel olarak incelenen bu konuyla bağlantılı olarak⁵⁵, öğretide, devir engelinin, yalnızca kanundan kaynaklandığı hâllerde hacze engel oluşturacağı, sözleşme ile kararlaştırıldığı durumlarda hacze engel oluşturmayacağı vurgulanmaktadır⁵⁶.

⁵¹ Baki Kuru, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, *AÜHFD*, 1962, C. XIX, S. 1-4, s. 277-326, s. 279; Kuru, s. 188; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004, s. 173; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. bası, İstanbul 2018, s. 153; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 271. Bu çerçevede, haczedilemezliğin İİK 82-83 hükümlerinde gösterilen hâller dışında, maddi hukuka göre bir mal veya hakkın devrine engel bulunmasından da kaynaklanabileceği belirtilmektedir.

⁵² Arsebük, s. 1070; von Tuhr/Escher, s. 350. Alman hukukunda bu esas kanunda (ZPO § 851 I) açıkça öngörülmektedir.

⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 60 III 224) taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın haczedilebilir olduğu sonucuna, ilk aşamada, alacağın devrine kanundan veya niteliğinden kaynaklanan bir engel bulunmadığını tespit ederek ulaşmıştır. Ayrıca bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, İstanbul 1959, s. 147. Alman hukukunda, bir alacağın konusunun haczedilebilir olduğu ölçüde, o alacağın kendisinin de hacze konu edilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, örneğin, bir taşınır eşya haczedilebilir olduğu takdirde, o taşınır eşyanın teslimine ilişkin alacak hakkı da haczedilebilir. Bkz. Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht, Bd. 3: Schuldrecht*, München-Leipzig 1917, s. 202; RGRK/Weber, § 399, N. 5.

⁵⁴ 19. HD, 14.06.2001, E. 2001/527, K. 2001/4594 (Kazancı): “Üçüncü kişinin... borçlunun reklamını yapma edimini yükümlenmiş olması da bunlar gibi bir yapma edimi niteliğinde olup; haczi kabil bir mal veya hak olarak kabulü mümkün değildir.”

⁵⁵ Bkz. s. 404.

⁵⁶ Kuru, *Haczi Caiz Olmayan Şeyler*, s. 279; Üstündağ, s. 173; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 151; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 271. Sadece kanun gereği değil aynı zamanda işin niteliği gereği devri mümkün olmayan alacaklar bakımından da aynı doğrultuda: Arsebük, s. 1070, dn. 73.

3. Miras Yoluyla İntikal Edebilirlik

Mirasbırakanın malvarlığında yer alan alacak hakları parayla ölçülebilir nitelikte olup kural olarak miras yoluyla intikale elverişlidir. Bir alacağın devrine herhangi bir nedenden ötürü engel bulunmasının, tek başına, miras yoluyla intikal edilebilirliği önleyici bir anlamı ve işlevi yoktur⁵⁷.

Bir alacağın miras yoluyla intikal edebilir olup olmadığı belirlenirken, o alacağın intikali veya sona ermesi şeklinde iki seçenek değerlendirme konusu olmaktadır⁵⁸. Bu konuda, kural olarak, işlem güvenliğinin hakkın varlığını devam ettirmesini gerekli kıldığı dikkate alınmakta; şüphe hâlinde alacağın sona ermeyeceği, miras yoluyla intikal edeceği yönünde karara varılmaktadır⁵⁹.

Alacağın devrini yasaklayan kanun hükmünün, bazı durumlarda, o alacak hakkının aynı zamanda miras yoluyla intikale engel bulunduğu şeklinde yorumlanabilmesi ihtimal dâhilindedir. Ancak, bu konunun devir yasağı öngören her bir kanun hükmünün koruma amacına bakılarak özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁰.

Bir alacağın devrinin anlaşma ile yasaklanmış olmasının, o alacağın miras yoluyla intikale engel oluşturmayaacağı konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu konu aşağıda, devir yasağı anlaşmasının külli halefiyet hâllerindeki etkisi başlığı altında özel olarak açıklanacaktır⁶¹.

Alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu hâller bakımından ise şu tespit yapılabilir: Aşağıda görülecektir ki, bir alacak hakkının başka bir borca bağımlı bulunması, o alacağın devrine engel oluşturmaktadır⁶². Çünkü, alacağın devri, devreden ile devralan arasında gerçekleşmektedir. Alacağın bağımlı olduğu borçların alacak hakkı ile birlikte devralana geçirilebilmesi için ise borcun dış üstlenilmesi yapılarak BK 196 hükmünde aranan şartlara uyulması gerekmektedir. Örneğin, konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiralanana kullanım hakkına ilişkin devir engeli bundan kaynaklanır⁶³.

⁵⁷ Hugo Oser / Wilhelm Schöenberger, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich 1929 = Oser/Schöenberger, Art. 164, N. 35; von Tuhr/Escher, s. 351; Spirig, Art. 164, N. 113; Staudinger/Busche, § 399, N. 78.

⁵⁸ Bu değerlendirme şekli için ayrıca bkz. s. 434.

⁵⁹ Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul 2004, s. 80.

⁶⁰ Akkanat, s. 80.

⁶¹ Detaylı açıklama için bkz. s. 434.

⁶² Bkz. s. 57 vd.

⁶³ Bkz. s. 65 vd.

Buna karşılık, bir alacak hakkının başka bir borca bağımlı bulunması, kural olarak, miras yoluyla intikale engel teşkil etmemektedir. Çünkü, külli halefiyet prensibi uyarınca, alacak ve borçların bir bütün olarak mirasçılara geçişi mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden gerçekleşmektedir. Alacakların geçişi için alacağın devri anlaşması yapılmasına, borçların geçişi için de borcun dış üstlenilmesi anlaşması yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁶⁴.

Bununla birlikte, hak sahibinin kişiliğine özgü bulunmalarından ötürü külli halefiyet prensibinin dışında kalabileceği ve mirasbırakanın ölümü ile sona ereceği kabul edilen bazı alacakların⁶⁵ aynı zamanda devri de mümkün olmayabilmektedir. Bu çerçevede miras yoluyla intikal edebilirlik ile devredilebilirlik arasında belli bir kesişimden söz edilebilmektedir. Fakat bu konuda dahi tam bir kural vermek mümkün değildir:

Örnek olarak, nafaka alacağı, hak sahibinin kişiliğini koruma amacına yöneliktir ve muaccel hâle geldiği ana kadar nafaka alacağının devrine olanak bulunmamaktadır. Muaccel hâle geldikten sonra ise nafaka alacağının serbestçe devredilebilir olduğu görüşü öğretilmektedir⁶⁶. Miras yoluyla intikal edilebilirliği açısından ise kural, nafakanın, hak sahibinin ölümü hâlinde kendiliğinden kalkacağı ve hak sahibinin mirasçılara geçmeyeceği şeklinde olmakla birlikte⁶⁷, Yargıtay, mirasbırakanın sağlığında açtığı nafaka davasını, onun ölümü üzerine mirasçılarının sürdürebileceği ve dava tarihinden ölüm tarihine kadar işlemiş muaccel nafakayı talep edebileceği görüşünü benimsemektedir⁶⁸. Yargıtay'ın bu konudaki görüşü, nafaka alacağının devredilebilirliği ile miras yoluyla intikali edilebilirliği arasında tam bir paralellik kurmaktadır.

⁶⁴ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 35.

⁶⁵ Rona Serozan / Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 6. bası, Ankara 2019, § 6, N. 21; Mustafa Dural / Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku**, 13. bası, İstanbul 2019, N. 1679-1682. Nafaka, ölünceye kadar bakma, kişisel iş görme ve eşya kullanma alacakları bu kapsamda sayılmaktadır. Bkz. Serozan/Engin, § 6, N. 21.

⁶⁶ Bkz. s. 117.

⁶⁷ Bu husus yoksulluk nafakası bakımından açıkça MK 176/III hükmünde düzenlenmektedir. Yardım nafakası bakımından da bu yönde: Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III: Aile Hukuku**, 14. bası, İstanbul 2019, N. 1805; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, 6. bası, Ankara 2015, s. 1204.

⁶⁸ 2. HD, 6.5.1974, E. 1974/2936, K. 1974/2795 (YKD 1975/5, s. 47-48): “*Miras bırakanın sağlığında kullanmadığı nafaka isteme hakkı, ölümü halinde mirasçıları tarafından kullanılamaz ise de, dava açıldıktan sonra hak sahibi öldüğü takdirde mirasçılar, davayı külli halef olarak yürütebilirler. Çünkü: dava açılmakla hak, mameleki nitelik alıp, ölüme de ölenin terekesine dahil olur. Ancak açılmış davayı yürütme imkânı, dava günü ile ölüm günü arasındaki süre için gerçekleşmiş nafaka*

Buna karşılık, alacaklının kişiliğine özgü başka bir alacak hakkı örneği olan, manevi tazminat alacağı incelendiğinde, miras yoluyla intikal edilebilirlik için devredilebilirlik ile karşılaştırıldığında daha hafif bir koşul arandığı tespit edilmektedir. MK 25/IV hükmüne göre, manevi tazminat talebinin devri, karşı tarafça kabul edilmedikçe mümkün değildir. Fakat, aynı hükme göre, manevi tazminat talebi, miras bırakanın sağlığında ileri sürülmüş olduğu takdirde mirasçılara intikal edecektir. Karşı tarafça kabul edilmiş olması gerekli değildir. Mirasbırakanın manevi tazminat isteme yönündeki iradesini herhangi bir şekilde açığa vurmuş olması yeterli kabul edilmektedir⁶⁹.

D. Devir Engeli Türlerinin Birbirinden Ayırt Edilmesi İhtiyacı

Yerli ve yabancı öğretide alacağın devri engelleri farklı düşüncelere göre sınıflandırılmakta ve bu düşünce farklılığı genel olarak devir engeli türlerinin birbirinden ayırt edilmesini güç kılmaktadır. Aşağıdaki üç örnekte bu sorun bariz biçimde fark edilebilmektedir:

Önsözleşmeden doğan alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşü öğretide yaygındır⁷⁰. Oysaki, alacağın devrinin başlıca uygulama alanlarından birini taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devri oluşturmaktadır⁷¹.

ile sınırlıdır.” 2. HD, 17.10.2011, E. 2011/16598, K. 2011/15889 (Kazancı; Lexpera): “O halde, dava tarihinden davacının ölüm tarihine kadar geçen süreye kadarki tedbir nafakası, muaccel hale gelmiş demektir. Muacceliyet kazanan nafakayı talep hakkı ölenin mirasçılarına intikal etmiştir.” 2. HD, 12.5.2015, E. 2014/17443, K. 2015/10021 (Lexpera): “Ölüm halinde, ölüm tarihine kadar tahakkuk eden ve muacceliyet kazanan nafakaları talep hakkı mirasçılara intikal eder. O halde, dava tarihinden itibaren tayin edilen ve ara kararı verilmekle muaccel hale gelmiş olan tedbir nafakalarını ölüm tarihine kadar mirasçıların talep edebileceği nazara alınarak bu yönde hüküm kurulması gerekirken...” Yardım nafakası bakımından, muaccel olmuş ama tahsil edilmemiş nafaka alacaklarının miras yoluyla intikal edebileceği görüşünde: Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1805; Öztan, s. 1215.

⁶⁹ Dural/Öz, N. 1682. 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı mülga Medeni Kanun’a “Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yolu ile intikal eder” şeklindeki genel nitelikli 24a/III hükmü eklenmişti. 4721 sayılı yürürlükteki Medeni Kanun’da, eMK 24a/III hükmüne karşılık gelen bir hükme yer verilmemiştir ve aynı konu yürürlükteki MK 25/IV hükmü ile “Manevi tazminat istemi... mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez” şeklinde düzenlenmiştir. MK 25/IV hükmü çerçevesinde, manevi tazminat talebinin miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe malvarlıksal nitelik kazanamayacak oluşu öğretide eleştiriye maruz kalmaktadır; miras bırakanın manevi tazminat talebinde bulunmaya yönelik farazi irade beyanının varlığının dahi yeterli sayılması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir: Serozan/Engin, § 1, N. 151h. Manevi tazminat alacağının devredilebilirliğine ilişkin benzer yöndeki eleştiriler için bkz. aşağıda s. 105.

⁷⁰ Bkz. s. 44 vd.

⁷¹ Bkz. s. 49 vd.

Kira sözleşmesinden doğan kullanım hakkı bakımından öğretide bir görüş kanundan kaynaklanan devir engeli bulunduğunu⁷², başka bir görüş alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu⁷³, bir diğer görüş ise sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli bulunduğunu⁷⁴ öne sürmektedir.

Cari hesap sözleşmesi açısından da benzer bir durum mevcuttur. Öğretide, cari hesaba geçirilen alacakların devri, bir görüşe göre sözleşmede örtülü olarak devir yasağı kararlaştırıldığı için, başka bir görüşe göre hukuki ilişkinin niteliği devre engel oluşturduğu için, bir diğer görüşe göre ise kanun devri yasakladığı için mümkün değildir⁷⁵.

Çalışmamızın konusu gereği, verilen örneklerde sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli mevcut olup olmadığının tespit edilmesi zorunludur. Ancak, bu hususta, sadece sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli mevcut olup olmadığı sorununa odaklanılması ve diğer devir engelleri ile genel bir karşılaştırma yapmakla yetinilen bir araştırma yöntemi uygulanması mümkün olamamıştır. Çünkü, verilen örneklerdeki tartışmalı durumun temelinde daha genel bir hukuki belirsizlik hâli yer almaktadır. Bu belirsizliğin aşılabilmesi için alacağın devri engellerini belli ölçüde sistematize eden daha geniş kapsamlı bir araştırmaya ihtiyaç vardır. Bu amaç doğrultusunda, ilk aşamada, öğretide alacağın devrine engel bulunduğu belirtilen başlıca örnekler üzerinde durularak, devir engeli türlerine ilişkin ortak özellikler saptanmaktadır. İkinci aşamada, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engeli türlerinden nasıl ayırt edilebileceği konusunda bir karara varılmaktadır.

Başta belirtildiği gibi⁷⁶, alacağın devri engelleri arasında şöyle bir hiyerarşi söz konusudur: 1. Alacak hakkının niteliği devre engel oluşturabilir. 2. Niteliği devre elverişli olan alacak hakkının devri kanun tarafından yasaklanmış olabilir. 3. Bu iki durumdan biri mevcut olmadığı hâlde, alacağın devri alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir devir yasağı anlaşması (*pactum de non cedendo*) ile engellenmiş olabilir. Buna göre, niteliği devre elverişli ve kanunun devrini yasaklamadığı alacak hakkı devir ya-

⁷² Bkz. s. 94 vd.

⁷³ Bkz. s. 65 ve orada dn. 246.

⁷⁴ Bkz. s. 70 ve orada dn. 265.

⁷⁵ Bkz. s. 123 vd.

⁷⁶ Bkz. s. 9 vd.

sağı anlaşmasının konusunu oluşturabilir. Bu bölümde, alacağın niteliğinin ve kanunun hangi durumlarda devre engel teşkil ettiğinin açıklanması yoluyla, aynı zamanda, hangi alacakların devir yasağı anlaşmasının konusunu oluşturabileceği de olumsuz bir tarzda izah edilmiş olmaktadır.

II. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeli

A. Kavram

1. “Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeli” Deyiminin Terim Olarak Benimsenmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 183. maddesinin birinci fıkrasında “*işin niteliği*”nin alacağın devrine engel oluşturabileceği düzenlenmektedir. Benzer bir ifade İsviçre Borçlar Kanunu’nun 164. maddesinin Fransızca metninde “*işin doğası*” anlamına gelmek üzere “*la nature de l’affaire*” şeklinde mevcuttur. Almanca metinde de “*hukuki ilişkinin doğası*” şeklinde tercüme edebileceğimiz “*Natur des Rechtsverhältnisses*” ifadesi yer almaktadır.

Kanunun benimsediği “*işin niteliği*” deyimi, alacağın dayandığı hukuki sebebi de kapsayan geniş bir anlatım içermektedir. Örnek olarak, vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme alacağı bakımından “*işin niteliği*”nin devre engel oluşturduğu tespiti yapılması, aynı sözleşmeden doğan ücret alacağının da devrine engel bulunduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. “*İşin niteliği*” deyimi ile vekâlet sözleşmesine ilişkin -vekâletin özel bir güven temeline dayanması gibi- genel bir niteliğin mi kastedildiği, böyle genel bir niteliğin o sözleşmeden doğan tüm alacakların devrine engel mi oluşturduğu anlaşılamamaktadır. Oysa, devredilebilir nitelikte olup olmadığı inceleme konusu edilen hak, dar anlamda borç ilişkisini ifade eden münferit bir alacak hakkıdır⁷⁷. Böyle değerlendirildiğinde, vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme alacağının niteliği devre engel oluştururken, ücret alacağının devrine kural olarak hiçbir engel bulunmadığı tespit edilebilmektedir. Bu açıdan “*alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli*” ifadesi, daha teknik ve doğru bir anlatım tarzı ortaya koymaktadır⁷⁸.

⁷⁷ Staudinger/Busche, § 399, N. 7; Engin, s. 27.

⁷⁸ Engin, s. 27.

2. Alacağın Niteliğinin Devre Engel Oluşturup Oluşturmadığı İncelenirken Başvurulan Yöntem

Kanun, alacağın niteliğinin hangi hâllerde devre engel oluşturacağını tarif etmemektedir. Hem Türk hem de İsviçre ve Alman öğretilerinde, bir alacağın niteliğinin hangi hâllerde devre engel teşkil edeceği açıklanırken bazı örnekler verilmekte; alacaktaki devre engel özelliğinin ne olduğu örnekler üzerinden açıklanmaktadır. Bunun dışında, bir alacağın doğası itibarıyla devredilebilir olup olmadığını *a priori* belirlemeyi mümkün kılan soyut kurallar getirilemeyeceği, bu uğurdaki çabaların başarısız olduğu daha yirminci yüzyılın başında ifade edilmiştir⁷⁹. Günümüzde de örnek bazlı değerlendirme yöntemi, hem varılan sonuçlar itibarıyla daha güvenilirdir hem de Türk Borçlar Kanunu’nun benimsediği sözleşme özgürlüğü (BK 26) ve alacağın devri özgürlüğü (BK 183/I) prensipleri ile tutarlılık içinde bulunmaktadır. Çünkü, teorik olarak, bir alacak hakkının içeriği sözleşme özgürlüğünün sınırları çerçevesinde sonsuz biçimde tasarlanabilmektedir. Bu tasarımların tamamının incelenerek tüketilmesi mümkün olamadığından, devredilebilirliği tespiti yönelik geçerliliği doğrulanmış soyut genellemelere varılamamaktadır⁸⁰. Bu yüzden kesin ve güvenilir soyut kurallar geliştirilememektedir. Diğer yandan, geçerliliği doğrulanamayan soyut genellemeler yüzünden bazı devredilebilir alacakların devredilemez olduğu yönünde yanlış bir algı uyandırılması, alacağın devri özgürlüğünü sınırlandırıcı hatalı bir bakış açısı yaratılması tehlikesi de vardır⁸¹. Bu yüzden, bir araştırma yöntemi olarak, örnek bazlı değerlendirmenin üstün tutulması, alacağın devri özgürlüğünün en geniş şekilde anlaşılmasına ve temin edilmesine olanak sağlamaktadır.

Bununla birlikte, bir alacağın devrine engel bulunduğu tespit edilirken sadece “işin niteliği” veya “alacağın niteliği” olgusuna göndermede bulunmakla yetinilmesi

⁷⁹ Virgile Rossel, **Manuel du droit fédéral des obligations**, Lausanne 1892, s. 236. Yazar, bu konu hakkında geliştiren teorilerin oldukça zayıf bir uygulama alanına sahip olduğunu belirtmektedir.

⁸⁰ Hangi koşulların sağlanması hâlinde alacağın niteliği gereği devrine engel bir durumun söz konusu olacağı hususunda bir genellemeye varabilmenin mümkün olmadığı, her bir somut olay bakımından tüm şartlar değerlendirilerek bir karara varılması gerektiği yönünde: Keller/Schöbi, s. 58. Benzer yönde: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 20.

⁸¹ Örneğin, bazı eserlerde, kefalet alacağı örneği dikkate alınarak, feri alacakların devrinin mümkün olmadığı fikrinin genel bir tarzda ifade olunduğuna rastlanılmaktadır. Hâlbuki, feri alacak niteliği taşıyan faiz alacağı veya ceza koşulu alacağının devrine kural olarak engel bulunmamaktadır. Bu konu hakkında bkz. s. 76 vd.

de doğru olmayacaktır. Böyle bir tavır, ya devre engel oluşturan niteliği gerekçelendirmedeki bir zayıflığın saklandığı ya da aslında detaylı ve rasyonel bir gerekçelendirme yapılması mümkün olduğu hâlde bu husustaki zorluklardan kaçınıldığı eleştirisine maruz kalabilmektedir⁸². Bu nedenle, bir alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu örnek bazlı denetlenirken yararlanılacak somut değerlendirme ölçütlerine de ihtiyaç vardır.

Öğretide, alacağın niteliğinin hangi hâllerde devre engel oluşturduğu sorununun örnek bazlı incelenmesi sırasında genellikle şu ölçüt uygulanmaktadır: “*Edimin asıl alacaklıdan başkasına içeriği değişmeksizin ifa edilmesi mümkün olmayan hâllerde alacak hakkı devredilemez*”. Alman Medeni Kanunu § 399 d. 1 hükmünde yasal bir dayanağa sahip bulunan⁸³ bu değerlendirme ölçütü, İsviçre ve Türk öğretilerinde de yaygın biçimde kabul görmektedir⁸⁴. Bu değerlendirme ölçütü uygulanarak edimin içeriğinin değişmesinin önüne geçilirken amaçlanan yalnızca borçlunun korunmasıdır. Dolayısıyla, bu değerlendirme ölçütü, yalnızca, devir engelinin münhasıran borçlunun korunması amacına yönelik olduğu durumların belirlenmesi açısından fayda sağlamaktadır⁸⁵. Aşağıda görülecektir ki, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli her zaman sadece borçlunun hukuki durumunu korumaya yönelik değildir. Bazen bir alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu tespiti yapılırken, o alacağın dayandığı hukuki kurumun işlevini ve amacını gerçekleştirebilmesi veya kanunda öngörülen tipe bağlılığının bozulmaması için zorunlu olan unsurların bir arada tutulması, bu sayede, dolaylı olarak alacaklının hukuki durumunun korunması da hedeflenebilmektedir. Bu tür durumların teşhis edilebilmesi amacıyla, aşağıda⁸⁶, alacak hakkının başka hak ve borçlara ayrılmaz biçimde bağımlı olup olmadığının irdelendiği ikinci bir değerlendirme ölçütünden daha yararlanılmaktadır.

⁸² Raber, s. 442.

⁸³ Avusturya Medeni Kanunu § 1393 hükmünde ise Roma hukukundaki *obligatio* kavramını anımsatacak şekilde, alacaklının şahsına bağlı olan ve onunla birlikte sona eren alacak haklarının devredilemeyeceği öngörülmektedir.

⁸⁴ Bkz. s. 28 vd.

⁸⁵ Edimin içeriğinin devir yüzünden değişebilir olmasından ileri gelen devir engeli yalnızca borçlunun lehine olabilir: Wünschmann, “Vom pactum de non cedendo”, **Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts**, 1910, Jg. 54, s. 209-225, s. 223. Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinin bazen borçlu bazen ise alacaklı lehine olabileceği yönünde: MükomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 2.

⁸⁶ Bkz. s. 57 vd.

Aşağıda, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engellerine öğretide sıklıkla örnek gösterilen bazı alacak hakkı türleri, edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebilir olup olmadığı (veya diğer bir ifadeyle alacaklısının şahsına bağımlı olup olmadığı) ya da başka hak ve borçlara bağımlı olup olmadığı şeklindeki bu iki ölçüte göre denetlenmekte ve iki kategoriye ayrılmaktadır⁸⁷. Yukarıdaki paragrafta vurgulandığı gibi, esas itibarıyla, devir engelinin münhasıran borçlunun korunması amacına yönelik olup olmadığına bakılarak yapılan bu ayrımın önemi, niteliği devre elverişli olmayan bir alacak hakkının borçlunun rızasıyla başkasına geçirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu irdelenirken ortaya çıkmaktadır. Aşağıda görülecektir ki⁸⁸, sadece, devir engelinin münhasıran borçluyu korumaya yönelik olduğu hâllerde, borçlunun kabulüyle alacağın içeriği değiştirilerek başkasına geçirilmesi mümkün olabilmektedir.

B. Devir Yüzünden Edimin İçeriğinin Değişebilir Olması

1. Genel Olarak

Edimin içeriğinin alacaklının şahsına göre belirlendiği ve içeriği değişmeksizin başkasına ifa edilmesi mümkün olmadığı hâllerde alacağın niteliği devre engel oluşturur⁸⁹. Aslında bu hâllerde edimin amacı da devre engel oluşturmaktadır. Ancak, edimin amacının devir nedeniyle zedelenebilir olup olmadığı konusunu ayrıca araştırmaya gerek yoktur. Çünkü, amaç zaten edimin içeriğinde somutlaşmıştır. Devrin edimin içeriğini değiştireceği, borçlunun ifaya yönelik davranışında meydana gelecek maddi değişiklikler gösterilerek objektif açıdan tespit edilebilmektedir. Bu kapsamda anılan

⁸⁷ Alacağın niteliğinin devir engel oluşturduğu durumlar, öğretide, çeşitli esaslara göre sınıflandırılabilmektedir. Ancak, oluşturulan alacak kategorileri arasındaki ayrım çoğu kez net olamamakta ve kategoriler birbiriyle iç içe geçmektedir. Bu yönde bkz. Staudinger/Busche, § 399, N. 4.

⁸⁸ Bkz. s. 88.

⁸⁹ Devrin edimin içeriğinin (veya daha genel bir ifadeyle alacağın içeriğinin) değişmesine yol açtığı belirlenen hâllerde, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu tespitine varılacağı yönünde: Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, İstanbul 1958, s. 339; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu / Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 1987, s. 343; Koçayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; Nisim Franko, “Alacağın Temliki”, **AÜSBFD**, 1994, C. 49, S. 1, s. 177-197, s. 184; Eren, N. 3869; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1722; Engin, s. 27; İlhan Helvacı, **Le droit turc du contrat**, Zurich 2018, s. 268; Wolff, s. 172; Fritz Funk, **Handkommentar des Obligationenrechtes**, Aarau 1928, Art. 164, N. 5; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 26; Keller/Schöbi, s. 58; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3432; Huguenin, N. 1365; Ingeborg Schwenger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Bern 2016, N. 90.25; Spirig, Art. 164, N. 161.

alacak hakları için, edimin içeriğinin alacaklının şahsına göre belirlenmiş olması dikkate alınarak, alacaklısının şahsına bağımlı olduğu ve bu bağımlılığın devre engel oluşturduğu nitelendirmesi de yapılabilmektedir⁹⁰.

Öğretide, alacağın konusu edimin borçlu tarafından şahsen ifa edilmesi zorunlu olan hâllerde, devrin edimin içeriğinde değişikliğe yol açacak olduğu, bu nedenle bir devir engeli bulunduğu fikri ileri sürülmektedir. Bu tür alacaklara, tıbbi müdahalenin yapılmasını talep hakkı, ders verilmesini talep hakkı, avukatlık görevinin yerine getirilmesini talep hakkı örnek verilmektedir⁹¹. Bu örneklerde alacağın devrinin edimin içeriğinde değişikliğe yol açacak olduğu doğrudur. Yalnız, bunun gerekçesi, söz konusu alacakların birer şahsi edim borcu niteliği taşıması değildir. Belirtilen hâllerde, alacaklının edimin bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaati bulunmadığı ihtimalde dahi, alacağın niteliği devre engel teşkil etmektedir. Örneğin, avukat, şahsen ifa yükümlülüğü altında olmayıp alt vekil tayin etmeye yetkili bulunsa dahi, vekâletten doğan işin görülmesini talep hakkının başkasına devri, bu alacağının vekâlet sözleşmesinden doğan başka hak ve borçlara olan bağı koparılamayacağı için geçerli olmayacaktır. Ayrıca devir, iş görme ediminin içeriği alacaklının kişisel özellikleri dikkate alınarak saptanmış olduğu ve edimin içeriğinde değişikliğe sebep olacağı için de mümkün değildir⁹². Dolayısıyla, alacağın konusu edimin borçlu tarafından şahsen ifa edilmesinin zorunlu olup olmaması, bir alacağın niteliğinin devre elverişli olup olmadığı değerlendirmesinde esas alınabilir bir ölçüt değildir.

2. Edimin İçeriğindeki Değişikliğin Devre Engel Düzeyde Olup Olmadığının Değerlendirilmesi Sırasında Borçlunun Korunması Prensibinin İşlevi

Edimin içeriğindeki değişikliğin hangi hâllerde devre engel oluşturacağı alacağın devrinde hâkim olan borçlunun korunması prensibi çerçevesinde değerlendirilmektedir:

⁹⁰ Alman hukuku öğretisinde, bu anlama gelecek şekilde, bazı alacak hakları için “*kişiyе sıkı sıkıya bağılı*” anlamına gelen “*höchstpersönlich*” nitelendirmesi yapıldığına rastlanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Staudinger/Busche, § 399, N. 13, N. 8. Bu nitelendirmenin yerinde olup olmadığı konusunda bkz. s. 107 vd.

⁹¹ Staudinger/Busche, § 399, N. 6-7.

⁹² Vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme alacağının devre engel niteliği hakkında bkz. s. 60 vd.

Kanuna göre, alacağın devri için prensip olarak borçlunun bilgisi ve katılımı gerekli değildir. Alacağın devri, borçlunun bilgisi ve rızası olmaksızın, hatta borçlunun karşı çıkmasına rağmen, devreden ile devralan arasında bir sözleşme yapılarak gerçekleştirilebilmektedir. Borçlunun, alacaklısının değişmesinde kural olarak hiçbir söz hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, alacak hakkının, bir tarafında alacaklı, diğer tarafında borçlunun yer aldığı bir hukuki bağ ifade ettiği dikkate alındığında, alacaklı tarafta meydana gelen, önemli olsun olmasın, her değişiklikten borçlunun doğrudan doğruya etkileneceği hususunda tereddüt edilmeyecektir⁹³. Hatta, alacaklı taraftaki değişikliği, söz konusu hukuki bağa, yani alacak hakkına ilişkin bir içerik değişikliği olarak ele almak dahi düşünülebilir. Ne var ki, böyle bir düşünme tarzı günümüzde yalnızca hukuk felsefesi yönünden bir değer taşıyacaktır⁹⁴. Çünkü, modern kanun koyucu, alacak hakkının devreden malvarlığından devralanın malvarlığına, olduğu gibi, içeriği değişmeksizin, birebir aynı alacak hakkı olarak geçebileceği varsayımını yasalaştırmıştır⁹⁵. Alacaklının şahsı, kural olarak, borç ilişkisinin ayniyetini tayin edici bir önemde görülmektedir⁹⁶. Alacağın devri kurumu ve alacağın devri özgürlüğü prensibi bu varsayım üzerine inşa edilmektedir.

Her sözleşme ilişkisinde, tarafların şahıslarının değişmemesi birbirleri için belirli bir önem arz eder. Bir sözleşmenin kuruluşunda, tarafların kişilik özellikleri, ifa kabiliyeti çoğu zaman belirleyici olur. Buna karşılık, alacağın devri özgürlüğü prensibinin benimsendiği bir hukuk düzeninde, sözleşme tarafları arasında bu tür özellikler esas alınarak kurulan güven veya yakınlık ilişkisi, kural olarak, o sözleşmeden doğan bir alacak hakkını sözleşme tarafının şahsına bağımlı hâle getirmez ve alacağın başkasına devrine engel teşkil etmez. Bir kişiyi belirli bir içerikteki hukuki işlemi yapmaya

⁹³ Wolfgang Thiele, **Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft**, Köln 1966, s. 233; Engin, s. 36.

⁹⁴ Dornwald, s. 103-104. Alacak hakkı borçlunun yerine getireceği belirli bir edime yöneliktir ve mülkiyet hakkından farklı olarak hak sahibine üzerinde hâkimiyet sağladığı bir konusu bulunmamaktadır. Bu yönü, alacak hakkının içeriğinde herhangi bir değişiklik olmadan devredilebileceği fikrinin yerleşmesinde güçlüğe yol açmıştır. Alacak hakkının devredilebilirliği sadece bir edim ilişkisi olmayıp aynı zamanda malvarlığı değeri olduğunun kavranması ile mümkün olabilmektedir. Bkz. Engin, s. 6-7.

⁹⁵ Thiele, s. 231; Dornwald, s. 103-104; Engin, s. 10. Hâlbuki Roma hukukunda böyle değildir. Roma hukukunda alacağın devri kurumunun kabul görmeyişi, taraf değişikliği ihtimalinde, alacak hakkının hukuki varlığını ve ayniyetini nasıl koruyabileceğini açıklamaktaki mantıksal güçlükten kaynaklanmıştır: Dornwald, s. 103.

⁹⁶ Thiele, s. 231. Borcun, yeni bir tarafın ilişkiye katılmasıyla bir değişikliğe uğramış olduğu, ancak bunun borcun yenilenmesi niteliği taşımadığı yönünde: Mayrhofer, I, s. 147.

sevk eden tek taraflı saiklerin yapılan işleme uygulanacak hukuk kuralları üzerinde etkili olmayacağı genel kuralı⁹⁷ doğrultusunda, bir kişiyi belirli bir kişinin şahsı ile sözleşme yapmaya iten saiklerin, o sözleşmeden doğan alacağın devredilebilir olup olmadığının belirlenmesi üzerinde kural olarak hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Aksi takdirde, alacağın devri kurumu, karşılıklı sözleşmelerden doğan alacaklar açısından pratik değerini yitirir. Gerçekten de devralanın, alacağı talep konusunda devreden kadar hoşgörülü olmayışı ya da devredilen alacak hakkından farklı bir şekilde, devralanın muhtemelen tercih etmeyeceği bir biçimde yararlanacak olması gibi, sırf alacaklının şahsının farklılaşmasından kaynaklanan sebepler, tek başına, bir alacak hakkının devre elverişli olmadığını tespit etmek için yeterli değildir⁹⁸. Borçlu, kural olarak, devir sonucunda alacaklının şahsının değişmesinden kaynaklanan bu tarz olumsuzluklara katlanma külfeti altındadır.

Alacağın devri kurumunun hukuk düzeni tarafından tanınması, bir bakışa göre, borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını seçme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlandırma teşkil etmektedir⁹⁹. Kanun koyucu, alacak haklarının arz ettiği malvarlığı değerinin önemini dikkate alarak, alacak haklarının piyasadaki dolaşımının kolaylaştırılmasına ve işlem hayatının sadeleştirilmesine olan kamu menfaatini, borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını belirleme hakkı karşısında üstün tutmaktadır. Kanun koyucu nezdinde, borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını serbestçe belirleyebilmekteki menfaatleri, sözü edilen kamu menfaati ile karşılaştırıldığında o kadar ikinci planda kalmaktadır ki, borçlunun, alacağın devri işlemine katılması koşulu aranmamaktadır. Devreden ve devralanın anlaşması yeterli sayılmaktadır¹⁰⁰. Bununla birlikte, bir borç ilişkisinde ala-

⁹⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I)**, 4. bası, İstanbul 2008, § 11, N. 43.

⁹⁸ RGRK/Weber, § 399, N. 18.

⁹⁹ Thiele, s. 231; Staudinger/Busche, § 399, N. 12.

¹⁰⁰ Thiele, s. 231, s. 233; Heinrich Dörner, **Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten**, München 1985, s. 141; Christian Berger, **Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen**, Tübingen 1988, s. 246. Borçlunun menfaatlerinin işlem hayatının menfaatleri gözetilerek ikinci plana atıldığı şeklinde: Helmut Koziol, “Das vertragliche Abtretungsverbot”, **Juristische Blätter**, 1980, s. 113-125, s. 118. Bu hususa ilişkin öğretide başka ifade biçimlerine de rastlanılmaktadır: Dörner’e göre (s. 141), alacak hakkının malvarlığı değeri yönü, alacak hakkını borçlunun sözleşme özgürlüğü çerçevesinde üstlendiği edim yükümlülüğü olarak değerlendiren hukuki düzenlemeler karşısında üstün tutulmaktadır. Berger’e göre (s. 246), alacağın devri özgürlüğü

caklı tarafın bu şekilde borçlunun katılımı aranmaksızın değişebilir ve borçlunun alacaklısından başkasına ifa ile yükümlü hâle gelebilir olması, borçlu yönünden çeşitli tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Bu husus dikkate alınarak, *alacağın devrinin borçlunun hukuk durumunu kötüleştirmemesi kuralı*¹⁰¹ çerçevesinde kanunda bazı özel düzenlemelere yer verilmektedir.

Alacağın devrinin borçlunun hukuki durumunu kötüleştirmemesi kuralı temelde BK 188/I hükmünde şöyle dışa vurulmaktadır¹⁰²: “*Borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir*”. Bu hükme göre, alacak hakkı, devreden malvarlığında olumlu veya olumsuz ne hâlde ise prensip olarak devralanın malvarlığına o hâli ile geçmektedir¹⁰³. Bu hüküm uyarınca, borçlu, kendisine başvuran devralana karşı yöneltebileceği itiraz ve defî türünde çeşitli savunma imkânlarına sahip olmaktadır: Alacağın dayandığı borç ilişkisinin geçersizliğine, geciktirici koşulun gerçekleşmediğine, borcun ifa, ibra, takas gibi bir sebeple sona erdiğine ilişkin itirazlar, ödemezlik defî, zamanaşımı defî BK 188/I hükmü kapsamında yer almaktadır¹⁰⁴. Bunların yanı sıra, BK 186 hükmünde, borçlunun borcunu iyiniyetli olarak önceki alacaklıya ifa etmesi geçerli sayılmakta, bu yolla alacaklı olmayana ifa tehlikesi azaltılmaktadır. BK 187 hükmünde, kimin gerçek hak sahibi olduğunu belirlemekte güçlük yaşayan borçluya, borcun konusu edimi tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulma imkânı tanınmaktadır. BK 188/II hükmünde borçlunun devralana karşı sahip olduğu takas hakkını bazı koşullarla devredene yöneltebilmesi imkânına yer verilmektedir. Sonuç olarak, alacağın devri kurumunun tanınması sonucu borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlandırma, kanunun borçluyu koruyucu hükümleri vasıtasıyla önemli ölçüde dengelenmiş olmaktadır¹⁰⁵.

Borçluyu koruyucu nitelikteki bu düzenlemeler, belirli türdeki alacak haklarının devre konu olduğu hâllerde, borçlunun menfaatlerini temin etmekte yetersiz kalabilmektedir. İşte bu tür hâllerde, yine borçlunun korunması düşünceleri doğrultusunda,

prensibi, bir taraftan alacaklının tasarruf gücünü genişletmekte, diğer taraftan borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını serbestçe belirleme hakkını sınırlandırmaktadır.

¹⁰¹ Feyzioğlu, s. 661; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1745, N. 1778; Engin, s. 36.

¹⁰² Engin, s. 36.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1778; Engin, s. 37.

¹⁰⁴ Verilen örnekler için bkz. Feyzioğlu, s. 658; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1778-1784.

¹⁰⁵ Thiele, s. 233.

alacağın konusu edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebilir olduğu gerekçe gösterilerek, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu kanaatine varılabilmektedir¹⁰⁶. Bu hususta dikkat edilmelidir ki, alacağın devrinde borçlunun korunması prensibi, yalnızca geçerli bir alacak devri mevcut olduğu takdirde devreye girmektedir¹⁰⁷. Alacağın niteliği devre engel oluşturuyorsa, yapılan devir işlemi geçerli olarak hüküm doğurmayacağı için, borçlunun korunması prensibinin ifade bulduğu hükümlerin (BK 186, 187, 188) uygulanmasına yer yoktur. Bununla birlikte, borçlunun korunması prensibi, edimin içeriğindeki değişikliğin hangi düzeye ulaştığında devre engel oluşturacağını belirlemekteki en önemli referans noktasını da temsil etmektedir. Öğretide yaygın olarak benimsenen, “*devrin borçlunun hukuki durumunu kötüleştiren bir etki yaratacağı hâllerde alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu*” şeklindeki ifade biçiminin¹⁰⁸, alacağın devrinde hâkim borçlunun korunması prensibi referans alınarak anlamlandırılması gerekmektedir. Alacağın devrinin borçlunun durumunu bu derece kötüleştiren bir etkiye yol açabilir olup olmadığı sorunu, her somut durum bakımından özel olarak değerlendirilecektir¹⁰⁹. Devrin borçluyu içine düşürdüğü güçlüklerden kurtarmakta borçluyu koruyucu tedbirlerin çare olmadığı noktada alacağın niteliğinin devre engel olduğu kararına varılacaktır¹¹⁰. Diğer yandan, BK 183/I hükmüne ilişkin, edimin içeriğindeki değişikliğin devre engel oluşturabileceği şeklindeki yorum tarzı da alacağın devri özgürlüğü prensibine aykırı düşmemeli, bu prensibin haddinden fazla sınırlandırılması etkisi doğurmamalıdır.

Belirtelim ki, “*edimin içeriğindeki değişiklik*”ten söz edilirken, alacağın devri hüküm doğuracak olsa edimin içeriğinde gerçekleşeceği varsayılan değişiklik kastedilmektedir. Bu gerçekleşeceği varsayılan değişikliğin devre engel düzeyde olup olmadığı araştırılmaktadır. Devre engel düzeydeyse, devir işlemi hüküm doğurmamakta ve

¹⁰⁶ Thiele, s. 231; Dornwald, s. 107.

¹⁰⁷ Dornwald, s. 107.

¹⁰⁸ Feyzioğlu, s. 634; Kemal Dayımlarlı, **Alacağın Temliki**, 4. bası, Ankara 2010, s. 194; Wolff, s. 172; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 26; Ernst Schlesinger, **Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo**, Dissertation, Berlin 1892, s. 8; Koziol s. 121. Ayrıca bkz. BGE 135 V 2, E. 6.1.

¹⁰⁹ RGRK/Weber, § 399, N. 20.

¹¹⁰ Öğretide bu ağırlığı somutlaştırmak üzere, devir yüzünden edimin içeriğinin esaslı biçimde (Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Engin, s. 27; Funk, Art. 164, N. 5) veya borçlu açısından kabul edilemez sayılacak ölçüde (Keller/Schöbi, s. 58) değişikliğe uğraması, alacağın kapsamının temelli olarak bozulması (Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343) ya da borçlunun durumunu kayda değer ölçüde ağırlaştırması (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3432) şeklinde farklı ölçütler ortaya konulmaktadır.

alacaklı taraf aynı kaldığı için edimin içeriğinde hiçbir değişiklik ortaya çıkmamaktadır.

3. Örnekler Üzerinden Açıklanması

a. Yapmama Borcunun İfasını Talep Hakkı

Yapmama borcunun ifasını talep hakkı niteliği itibarıyla devre elverişli bir alacak hakkı değildir¹¹¹. Örneğin, belirli bir kişinin şahsı yararına kararlaştırılmış bir rekabet yasağına uyulmasını isteme hakkının niteliği devre engel oluşturur¹¹². Çünkü, rekabet etmeme borcunun içeriği alacaklının şahsı göz önünde tutularak belirlenmiştir. Muhtemel bir devir rekabet etmeme borcunun içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün değildir¹¹³.

Öğretide, rekabet yasağının belirli bir kişinin şahsı yararına değil, onun sahibi olduğu işletme yararına kararlaştırılmış olması hâlinde, rekabet yasağına uyulmasını talep hakkının, yararlanan işletmeyle birlikte devrine engel görülmemektedir¹¹⁴. Çünkü, bu hâlde, borçlu, rekabet etmeme borcunu işletmeyi devralan kişiye edimin içeriğinde herhangi bir değişiklik olmaksızın ifa edebilir¹¹⁵. Bu görüşe göre, rekabet yasağının alacaklının sahibi olduğu işletme yararına kararlaştırıldığı hâllerde, rekabet yasağına uyulmasını talep hakkı, işletmenin malvarlığının aktifinde önemli bir değer teşkil eder¹¹⁶. İşletmenin devir konusu malvarlığının kapsamına rekabet yasağının dâhil edilmemesi, karşı edimin daha düşük değerinde takdir edilmesine neden olacaktır.

¹¹¹ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Feyzioğlu, s. 635; Funk, Art. 164, N. 5.

¹¹² Arsebük, s. 1064; Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; Feyzioğlu, s. 635; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1723; Eren, N. 3869; von Tuhr/Escher, s. 345.

¹¹³ Saymen/Elbir, s. 340; von Tuhr/Escher, s. 345, dn. 23; Staudinger/Busche, § 399, N. 31.

¹¹⁴ Arsebük, s. 1064; Becker, Art. 164, N. 39; von Tuhr/Escher, s. 345; Spirig, Art. 164, N. 181; von Büren, s. 323; Ludwig Enneccerus / Heinrich Lehmann, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse**, 15. Auflage, Tübingen 1958, s. 314; Hs. Th. Soergel (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432)**, (hrsg.) W. Siebert, (red.) T. Pfeiffer, 13. Auflage, 2009 = Soergel/Schreiber, § 399, N. 4; Staudinger/Busche, § 399, N. 29; Otto Palandt (begr.), **Bürgerliches Gesetzbuch**, 75. Auflage, München 2016 = Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4. Yapmama borcu bakımından genel olarak bu yönde: Wolff, s. 174. Somut olayın koşulları çerçevesinde, işletmenin bir bölümüyle birlikte devredilerek başkasına geçirilmesinin de mümkün olabileceği görüşünde: Becker, Art. 164, N. 39.

¹¹⁵ Wolff, s. 174. Rekabet yasağına uyulmasını isteme hakkının, yalnızca alacaklının işletmesini devralan kişiye devredilebilir olması, aynı zamanda, rekabet yasağının varlığı ve devaminin alacaklının varlığına bağlı olması prensibi ile de açıklanmaktadır: von Tuhr/Escher, s. 345.

¹¹⁶ Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmemesi Borcu”, **İÜHFİM**, 2014, C. LXXII, S. 2, s. 457-468, s. 466; Becker, Art. 164, N. 39.

Normal koşullarda, işletme sahibinin böyle bir olumsuzluğa maruz kalmayı arzu etmeyeceği varsayımı doğrultusunda¹¹⁷, şüphe hâlinde, rekabet yasağının, alacaklının şahsı yararına değil, alacaklının sahibi olduğu işletme yararına kararlaştırıldığı kabul edilmektedir¹¹⁸. Buna ilave olarak, ticari işletme ile birlikte devredilen rekabet yasağının, devralanın işletmenin faaliyet türünü değiştirmesi veya başka bir amaca yönelmesi durumunda, rekabet yasağının sona ereceği görüşü yargı kararlarında benimsenmektedir¹¹⁹. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, ticari işletmenin devri sonucunda ticari işletme lehine kurulan sözleşmelerin karşı taraflarının rızalarına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden devralana intikal edeceği görüşü Türk ve İsviçre öğretilerinde yaygındır. Bu görüş üstün tutulursa, rekabet yasağına uyulmasını talep hakkının değil, bu alacağın dayandığı sözleşmenin ticari işletmenin devri ile devralana intikal ettiği sonucuna varılacaktır¹²⁰.

Rekabet yasağına uyulmasını talep hakkı, niteliği devre engel oluşturduğu için, devir yasağı anlaşmasının (*pactum de non cedendo*) konusunu oluşturamaz¹²¹. Rekabet yasağına uyulmasını talep hakkının niteliği devre engel oluştursa da rekabet yasağının ihlali üzerine doğan belli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tazminat alacağı kural olarak devre elverişlidir¹²². Tarafların anlaşma ile tazminat alacağının devrini engellemeleri mümkündür.

b. Borçtan Kurtarılmayı Talep Hakkı

Bir üçüncü kişi, borçlu ile sözleşme yaparak, onu bir borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girebilir. İç üstlenme sözleşmesi adı verilen (BK 195) böyle bir sözleşme uyarınca, borçlu, üçüncü kişiye (iç üstlenene) karşı bir alacak hakkı niteliğindeki borçtan kurtarılmayı talep hakkına sahip olmaktadır¹²³. İç üstlenme sözleşmesinden

¹¹⁷ Becker, Art. 164, N. 39.

¹¹⁸ Süzek, **İşçinin Rekabet Etmeme Borcu**, s. 466; Becker, Art. 164, N. 39; von Tuhr/Escher, s. 345.

¹¹⁹ 9. HD, 31.1.2013, E. 2010/41139, K. 2013/3827 (Kazancı; Lexpera): “İşçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenleme, işyeri devri halinde de kural olarak geçerliliğini sürdürür. Devralan işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde ise rekabet yasağı sona erer.” Bu doğrultuda: 11. HD, 02.03.2015, E. 2014/6893, K. 2015/4615 (Lexpera).

¹²⁰ Bu konudaki görüşler için bkz. s. 440 vd.

¹²¹ Bkz. s. 133 vd.

¹²² von Tuhr/Escher, s. 345, dn. 21; Arsebük, s. 1064, dn. 28.

¹²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 270; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1834; Eren, N. 3905.

doğan alacağın konusu, iç üstlenme sözleşmesinin karşı tarafını oluşturanın (borçlunun) bir borcundan kurtarılmasıdır¹²⁴.

Prensip olarak, borçtan kurtarılmayı talep hakkının devri, edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün değildir¹²⁵. Çünkü, devir sonucu, iç üstlenenin, devreden yerine devralanı borçtan kurtarmakla yükümlü hâle gelecek olması, borçtan kurtarma yükümlülüğünün konusunun esaslı ölçüde farklılaşması anlamına gelir. Alacağın içeriğinin bu ölçüde farklılaştırılabilmesi ise yalnızca borçlunun katılımı ile mümkün olabilir¹²⁶. Devralanın borcunun konusu, devreden borcunun konusu ile birbir ayni türde ve miktarda olsa bile bu böyledir¹²⁷.

Prensip bu olmakla birlikte, borçtan kurtarma talebinin, istisnai olarak, kurtarılması taahhüt edilen borcun alacaklısına devredilebileceği görüşü ileri sürülmektedir. Alman hukuku öğretisi¹²⁸ ve mahkeme kararlarında¹²⁹ yerleşik bulunan, İsviçre hukukunda da yansımaya rastlanılan¹³⁰ bu görüşe göre, borçtan kurtarma talebi, kurtarılabilecek borcun alacaklısına devri sonucunda, kurtarılabilecek borcun konusu olan edime ilişkin bir ifa talebine dönüşecektir. Bu hususta, genellikle, kurtarılabilecek borcun bir para

¹²⁴ Bu başlık altında borçtan kurtarılmayı talep hakkının devredilebilir olup olmadığı konusu incelenirken, bu alacak hakkının, bir üçüncü kişiye, üçüncü kişinin kendisine ait başka bir borçtan kurtarılmasını talebe dayanak verecek şekilde geçirilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı araştırılmaktadır. Borçlunun bir üçüncü kişiye, üçüncü kişinin iç üstlenenden borçluyu borcundan kurtarmasını isteyebileceği bir talep yetkisi tanınmasının (*Ermächtigung*) mümkün olup olmadığı sorunu ise bundan başkadır. Bkz. Dornwald, s. 93. Alacaklı tarafından bir üçüncü kişiye ifayı kendi adına talep yetkisi tanınması ihtimali hakkında bkz. s. 368'te dn. 1457.

¹²⁵ Enneccerus/Lehmann, s. 314; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München 1987, § 34, s. 582; Esser/Schmidt, s. 308; Wolfgang Fikentscher / Andreas Heinemann, **Schuldrecht**, 10. Auflage, Berlin 2006, N. 724; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4; Joachim Gernhuber, **Die Erfüllung und ihre Surrogate**, 2. Auflage, Tübingen 1994, s. 483; Dieter Medicus / Stephan Lorenz, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 21. Auflage, München 2015, N. 794; Soergel/Schreiber, § 399, N. 4; Dornwald, s. 92. Edimin başkasına ifası hâlinde anlamının değişeceği görüşünde: Staudinger/Busche, § 399, N. 27. Borçtan kurtarma talebinin niteliğinin devre engel oluşturacağı görüşünde: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3433; Schwenger, N. 90.25.

¹²⁶ Dornwald, s. 92.

¹²⁷ Dornwald, s. 91.

¹²⁸ Enneccerus/Lehmann, s. 314; Larenz, § 34, s. 582; Medicus/Lorenz, N. 794; Esser/Schmidt, s. 308; Gernhuber, s. 483; Fikentscher/Heinemann, N. 724; Soergel/Schreiber, § 399, N. 4; Staudinger/Busche, § 399, N. 27; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4. Bu görüş doğrultusunda, borçtan kurtarma vaadinden doğan alacak hakkı, Alman hukuku öğretisinde, alacağın tamamen devredilemez olmayıp yalnızca belirli kişilere devredilebilir olduğu durumlara örnek verilmektedir: Soergel/Schreiber, § 399, N. 4.

¹²⁹ RGZ 80, 183; RGZ 81, 250; BGH, NJW 1954, 795; BGH, NJW 2011, 2351.

¹³⁰ Sigortalının sigorta şirketine karşı sahip olduğu borçtan kurtarma talebinin niteliğinin zarar görene devredilmesine engel oluşturmayacağı konusunda: BGE 115 II 264, E. 3. Bu doğrultuda: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3433.

borcu olduğu varsayımından yola çıkılmaktadır. Borçtan kurtarma talebinin devir sonucu bir ödeme talebine dönüşeceği ifade edilmektedir¹³¹. Bu görüşe göre, borçtan kurtarma talebinin bir para alacağına dönüşmesi neticesinde, alacaklı, iç üstlenene karşı yöneltebileceği, kendi borçlusuna karşı sahip olduğu para alacağına özdeş başka bir para alacağına daha sahip olmaktadır. Yani, borçtan kurtarma talebinin sıradan bir para alacağına dönüşmesi, beraberinde bir borcun dış üstlenilmesi sonucu meydana getirmemektedir. Borçlu borcu ifa ile yükümlü kalmaya devam etmektedir¹³².

Bu görüşün gerekçesi şöyle açıklanmaktadır: Borçtan kurtarma talebi yöneldiği amacı, yani borçtan kurtarma amacını, herhangi bir üçüncü kişiye devredildiği ihtimalde yitirmektedir. Buna karşılık, alacaklıya devredilmesi ihtimalinde, borçtan kurtarma amacının gerçekleşmesine engel bir özellik ortaya çıkmamaktadır. Borçtan kurtarma talebi, kurtarılacak borcun hem borçlusu hem de alacaklısı açısından aynı anlam ve amaca sahiptir¹³³. Bu nedenle, alacaklıya devri iç üstlenenin hukuki durumunu kötüleştirmeyecektir¹³⁴. Üstelik, alacaklı, borçtan kurtarma talebinin yerine getirilmesinde kendisi şahsen bir malvarlığı menfaatine haiz bulunmaktadır¹³⁵.

Hemen belirtelim ki, alacaklı, borçtan kurtarma talebini kendi adına iç üstlenene yöneltebilmekte, hatta borcun ifasını doğrudan iç üstlenenden isteyebilmekte, elbette, bir malvarlığı menfaatine sahiptir. Alacaklının, borçlusunun borcu ifa etmemesi karşısında, ifa sonucunu temin etmek için bir üçüncü kişiye başvuru imkânı elde etmesi, alacaklı için şüphesiz değerli bir menfaattir. Kişisel teminat kavramı da bu menfaatin elde edilmesine duyulan ihtiyaçtan doğmuştur. Fakat, bu menfaati, alacaklının

¹³¹ Larenz, § 34, s. 582, dn. 25; Medicus/Lorenz, N. 794; Esser/Schmidt, s. 308; Fikentscher/Heinemann, N. 724; Soergel/Schreiber, § 399, N. 4. Bazı yazarlar borcun konusu edime dönüşmesi vurgusu yapmaksızın, bir ödeme talebine dönüşeceğini belirtmekle yetinmektedir: Staudinger/Busche, § 399, N. 27; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4. Böyle bir hukuki yapının daima para alacakları bakımından söz konusu olacağı, para dışındaki edimler bakımından hiçbir zaman devrin geçerli kabul edilemeyeceği yönünde: Gernhuber, s. 483.

¹³² Dornwald, s. 110. Yukarıda dn. 129'da belirtilen Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında, borçtan kurtarma talebinin istisnai olarak alacaklıya devredilebilir olması, alacaklının bu talebi ileri sürmekte şahsen menfaat sahibi olması ile gerekçelendirilmektedir. Alman Federal Mahkemesi başka bir kararında (BGH, NJW 1964, 1272), alacaklının iç üstlenene başka bir hukuki sebebe dayanarak başvurabilmesi zaten mümkün olan hâllerde, borçtan kurtarma talebini şahsen ileri sürmekte menfaati bulunmadığını belirtmektedir.

¹³³ Esser/Schmidt, s. 308.

¹³⁴ BGH, NJW 1954, 795.

¹³⁵ Dornwald, s. 102.

borçtan kurtarma talebini devralarak temin edebilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı aşağıdaki hususlar yönünden oldukça tartışmaya açıktır:

Öncelikle, aktarılan görüş dâhilinde, borçtan kurtarma talebinin başkasının malvarlığına devir yoluyla geçirilebilmesi ancak bir ödeme talebine dönüşmesi yoluyla mümkün olmaktadır. Borçtan kurtarma talebi içeriğinde bir değişiklik olmaksızın devralana geçirilememektedir. Böyle bir gerekliliğin bulunması aslında alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu kendiliğinden ortaya koymaktadır. Dahası, borçtan kurtarma talebinin devir sonucu ödeme talebine dönüşmesi, iç üstlenen açısından, alacağın devrinde hâkim borçlunun korunması prensibi ile bertaraf edilmesi mümkün olmayan, şöyle bir olumsuzluk yaratmaktadır: İç üstlenen, borçluyu borçtan kurtarmak için sahip olduğu seçimlik imkânların bir kısmını kaybetmektedir. Hâlbuki, iç üstlenen, alacaklıyla arasındaki ilişki, edimin niteliği ve içinde bulunduğu somut durumun özellikleri çerçevesinde, borçluya karşı üstlendiği borçtan kurtarma taahhüdünü nasıl ifa edeceğini belirlemekte kural olarak serbesttir. Borçluya karşı üstlendiği borçtan kurtarma yükümlülüğünü, borçlunun borcunu ifa ederek veya borçlunun alacaklısı ile bir dış üstlenme (borcun nakli) sözleşmesi yaparak yerine getirebilir. Borçlunun bu konuda seçimlik iki imkâna sahip olduğu BK 195/I hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Bunların yanı sıra, iç üstlenen, örneğin, borçlunun alacaklı tarafından ibra edilmesini sağlayarak borçtan kurtarma taahhüdünü ifa edebilme imkânına da sahip bulunmaktadır¹³⁶.

Bu eleştiriye karşılık, öğretide, alacaklının iç üstlenene yönelteceği ifa talebinin, iç üstlenenin sahip olduğu seçimlik imkânları sınırlandırmayacağı, yalnızca borçtan kurtarma taahhüdünün içeriğini somutlaştırma şeklinde bir etki doğuracağı fikri ileri sürülmektedir. Bu fikre göre, alacaklı, iç üstlenene ödeme talebi yönelttiğinde, bir taraftan, borcun dış üstlenilmesi ve ibra sözleşmesi seçeneklerini tercih etmeyeceğini dolaylı olarak açıklamış olmaktadır. Çünkü, iç üstlenenin borcu ödemek dışındaki bu seçeneklerden yararlanabilmesi için alacaklının katılımı aranmaktadır. Borçtan kurtarma taahhüdünün ifasının nasıl gerçekleştirileceği hususu alacaklının ödeme talebi

¹³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 270; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1836 ve orada dn. 157 ile dn. 161; Eren, N. 3905.

ile somutlaşmış olmaktadır. Bu yüzden, iç üstlenenin yukarıda anılan seçimlik imkânlarının kabul edilemez bir şekilde sınırlandırılması gibi bir etki meydana geleceği söylenemez. Çünkü, zaten, iç üstlenenin elinde, borçtan kurtarma olanağı olarak elinde yalnızca bu seçenek kalmıştır¹³⁷.

Ancak şu var ki, borçtan kurtarma talebinin alacaklıya devredilerek bir ödeme talebine dönüştürülebileceği varsayımında, alacaklı iç üstlenene doğrudan doğruya başvuru imkânına kavuşmaktadır. Bu sonucun kabul edilmesi ise genel esaslara şu bakımdan aykırı düşmektedir: İç üstlenme sözleşmesi, kural olarak, alacaklıya, iç üstlenene başvuru hakkı vermemektedir. İç üstlenenden taahhüdün yerine getirilmesini isteme hakkı kural olarak yalnızca borçluya aittir¹³⁸. Borçlunun yanı sıra alacaklının da başvuru hakkına sahip olması, yalnızca, iç üstlenme sözleşmesinin bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşıdığı hâllerde mümkündür. Alacaklıya, dış üstlenmeyi ya da doğrudan ifayı talep hakkı tanınması, iç üstlenme sözleşmesine bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği kazandırmaktadır¹³⁹. İç üstlenme sözleşmesinin bir tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye dönüştürülebilmesi için ise iç üstlenen ve borçlu arasında anlaşma yapılması gerekmektedir¹⁴⁰. Borçtan kurtarma talebi, borçlu ve alacaklı arasında yapılan bir anlaşma ile alacaklıya devredilerek, alacaklıya doğrudan iç üstlenene başvuru hakkı temin edilmesi mümkün olmamalıdır.

Ayrıca, borçtan kurtarma talebinin ödeme talebine dönüşerek alacaklıya devredilebileceği varsayımının benimsenmesi, alacaklının borcun ifası talebini yöneltebileceği ilave bir borçluya daha kavuşması sonucu doğurmaktadır. Çünkü borçlu, borçtan kurtarma talebinin devrettikten sonra dahi, borcu ifa ile yükümlü kalmaya devam etmektedir. Buna ek olarak, alacaklı, aynı borca ilişkin ifa talebini iç üstlenene yönelte imkânına kavuşmaktadır. Oysaki, iç üstlenenin, hâlihazırdaki borçluyla birlikte borçtan sorumlu hâle gelebilmesi, yalnız alacaklı ile iç üstlenen arasında, teminat

¹³⁷ Dornwald, s. 110. Borçtan kurtarma vaadinden doğan alacak hakkının içeriğinde devir nedeniyle herhangi bir değişiklik meydana gelmeyeceği, söz konusu alacak hakkının devirden önce de sonra da bir para alacağı içeriğine sahip bulunduğu, iç üstlenenin başka seçimlik haklara sahip olmasının hiçbir anlamı olmadığı, çünkü zaten alacaklının bu seçimlik hakları kullanmasını kabul etmediğini ödeme talebi ile açıkladığı yönünde: Gernhuber, s. 484.

¹³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 270; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1837; Eren, N. 3904.

¹³⁹ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1837 ve orada dn. 162. İç üstlenme sözleşmesinin kural olarak alacaklı yararına bir sözleşme olmadığı yönünde: Eren, N. 3904.

¹⁴⁰ Bunun bir sözleşme değişikliği olacağı ve BK 129 hükmünün kıyasen uygulanacağı konusunda bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 1283; Eren, N. 3563.

amaçlı bir borca katılma sözleşmesi yapıldığı takdirde mümkün olabilir (BK 201). Üstelik, iç üstlenin bir gerçek kişi olması ihtimalinde, böyle bir kişisel teminat sözleşmesinin geçerliliği için, BK 603 hükmünde aranan özel geçerlilik koşullarına uyulması gerekecektir.

Belirtilen gerekçelerden ötürü, bu çalışmada, borçtan kurtarma talebinin alacaklıya devredilebileceği ve bu devir sonucu bir ödeme talebine (ya da genel bir ifadeyle kurtarılması vaad edilen borca özdeş bir borca) dönüşeceği görüşü reddedilmektedir. Borçtan kurtarma talebinin, alacaklı da dâhil olmak üzere, herhangi bir üçüncü kişiye devredilebilmesi ancak alacağın içeriğinin değiştirilmesi yoluyla mümkün olabilir. Bunun için de iç üstlenenin devre rıza vermesi şarttır. İç üstlenenin rızası bulunmadığı takdirde, borçtan kurtarma vaadinin devri geçersiz olur.

Somut olayın özellikleri dikkate alınarak, geçersiz sayılan devir işleminin, borçtan kurtarma vaadinin ifasını talep için temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilmesi (tahvil) ve bu yolla ayakta tutulması mümkün olabilir¹⁴¹. Alacaklının, borçtan kurtarma talebini devraldığını gerekçe göstererek, iç üstlenenden borcun ifasını talep etmesi, bu şekilde yorumlanabilir.

Borçtan kurtarma talebi, niteliği devre engel oluşturduğu için, devir yasağı anlaşmasının (*pactum de non cedendo*) konusunu oluşturamaz¹⁴². Ancak, şunu ilave etmek gerekir ki, iç üstlenenin borçtan kurtarma taahhüdüne aykırı davranışı nedeniyle borçlunun bir zarara uğraması ve bu zararın iç üstlenene karşı yöneltilecek bir tazminat talebine dayanak oluşturması ihtimali mevcuttur ve böyle bir ihtimalde borçlunun iç üstlenene karşı sahip olduğu tazminat talebini serbestçe alacaklıya veya başkasına devretmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁴³. Bu tazminat alacağı için devir yasağı kararlaştırılması ise geçerli olur.

¹⁴¹ Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeline rağmen yapılan ve geçersiz olan devir işleminin temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilmesi hakkında bkz. s. 368.

¹⁴² Bkz. s. 133 vd.

¹⁴³ Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4; Staudinger/Busche, § 399, N. 27.

4. Devrin Yalnızca Edimin Amacını Zedeleyebilir Olduğu Hâllerde Alacağın Niteliğinin Devre Elverişli Olup Olmadığı Sorunu

a. Sorunun Ortaya Konulması

Öğretide, edimin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeksizin devralana ifa edilebilmesi mümkün olan bazı hâllerde¹⁴⁴, edimin amacını yalnızca alacaklının şahsına ifa edilerek gerçekleştirebileceği gerekçesi ile alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu sonucuna varılmaktadır¹⁴⁵. Edimin amacının devre engel oluşturduğu tespitinde bulunulabilmesi için, devrin edimin amacında yol açacağı varsayılan zedelenmenin belirli bir ağırlıkta olması aranmaktadır. Bu ağırlığın ölçüsünü tarif etmek üzere, farklı esaslardan hareket edildiği gözlemlenmektedir. Örnek olarak, devrin edimin amacını esaslı biçimde değişikliğe uğratacak¹⁴⁶, edimin amacını gerçekleştirmesini tehlikeye düşürecek¹⁴⁷ veya imkânsız hâle getirecek¹⁴⁸ ya da temelli bozacak¹⁴⁹ olması şeklinde farklı ölçütlere yer verilmektedir. Böyle hâllerde, edimin yöneldiği amaç ile bir bütün oluşturduğu, devir nedeniyle edimin amacında meydana gelecek zedelenmenin bir içerik değişikliği olarak değerlendirileceği görüşü ifade edilmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Edimin içeriğinde değişiklik olmasa da edimin amacı gereği alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu yorumu yapılabileceğini belirterek, iki grubu birbirinden ayıran yazarlar için bkz. RGRK/Weber, § 399, N. 19; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrechts Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Bern 1990, § 84, N. 67. Koller (§ 84, N. 67), borçlunun sırlarının korunmasına olan menfaatinin devir nedeniyle olumsuz etkileyeceği durumlarda edimin amacının devre engel oluşturacağı görüşünü ileri sürmektedir. Bu görüşün eleştirisi için bkz. s. 119 vd.

¹⁴⁵ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; İsmet Sungurbey, **Medenî Hukuk Sorunları, Dördüncü Cild**, İstanbul 1980, s. 380-383; Eren, N. 3869; **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. I**, (ed.) R. Serozan, T. Öz, F. Acar, E. Gökyayla, H. M. Develioğlu, 2. bası, İstanbul 2018 = İst-BK/Öz, m. 183, N. 24; Funk, Art. 164, N. 5; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3432; Larenz, § 34, s. 583; Soergel/Schreiber, § 399, N. 2.

¹⁴⁶ Funk, Art. 164, N. 5.

¹⁴⁷ Eren, N. 3869; Yılmaz Ergenekon, **Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları**, Ankara 1966, s. 37.

¹⁴⁸ Arsebük, s. 1063; Ergenekon, s. 37.

¹⁴⁹ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343.

¹⁵⁰ RGRK/Weber, § 399, N. 19; Staudinger/Busche, § 399, N. 12. Alman hukukunda bu tür alacaklara ilişkin “zweckgebunden” nitelendirmesi için bkz. Soergel/Schreiber, § 399, N. 2; RGRK/Weber, § 399, N. 19; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 5; Staudinger/Busche, § 399, N. 32; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 15.

Bu kapsamda sayılan alacak hakları aynı zamanda öğretide “*kural olarak niteliği devre engel oluşturan ancak bunun aksi kararlaştırılabilen*” tespiti yapılan alacaklardır¹⁵¹. Çünkü bu alacakların konusu edimin içeriğinde devre engel oluşturan herhangi bir özellik bulunmadığı için uygulamada niteliği devre elverişli bir alacak hakkı olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Önsözleşmeden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkı bu kapsamda görülen alacakların başlıca örneğini oluşturmaktadır: Önsözleşmeden doğan alacak hakkı, taşınmaz satış vaadi söz konusu olduğunda, Türk hukukunda, devredilebilir bir alacak hakkı olarak değerlendirilmektedir¹⁵². Buna karşılık, tüketim ödücü (karz) vaadi göz önüne alındığında, önsözleşmeden doğan alacak hakkının devrine engel bulunduğu tereddütsüz ifade edilmektedir¹⁵³.

Bu hâllerde, devir engelinin kaldırılabilmesi ve alacak hakkının devredilebilir bir hakka dönüştürülebilmesi olanağı mevcut olması, alacağın niteliğinin mi devre engel oluşturduğu yoksa anlaşmadan kaynaklanan bir devir engeli mi bulunduğu belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü, söz konusu alacakların BK 183/II hükmüne göre iyiniyetli olarak kazanılıp kazanılamayacağı veya BK 191 hükmüne göre devredenin garanti sorumluluğuna yol açıp açmayacağı gibi hususların açıklığa kavuşturulması bakımından pratik bir değer taşımaktadır¹⁵⁴.

Belirtelim ki, edimin devre engel oluşturan amacının sözleşme ile değil, kanun tarafından ve emredici bir tarzda belirlendiği durumlarda kanundan kaynaklanan bir devir engeli söz konusu olur. Örnek olarak, nafaka alacağı bakımından edimin amacı hak sahibinin ihtiyaç hâlinin ortadan kaldırılmasıdır. Nafaka alacağı kanundan sırf bu amacı gerçekleştirmek için doğmaktadır. Alacaklı ve borçlunun anlaşması ile devredilebilir hâle getirilebilmesi MK 23/II hükmüne aykırı düşeceği için mümkün değildir¹⁵⁵. Edimin amacının kanunun emredici bir hükmü ile belirlendiği durumlar, bu başlık altında incelenen sorun ile ilgili olmayıp, aşağıda kanundan kaynaklanan devir engelleri başlığı altında değerlendirilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; von Tuhr/Escher, s. 345, dn. 19; Bucher, § 31, s. 542, dn. 22; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3433, dn. 61; Nicolas R. Herzog, **Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht**, Zürich 1999, s. 223.

¹⁵² Bkz. s. 49.

¹⁵³ Bkz. s. 47.

¹⁵⁴ Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engellerinden ayırt edilmesinin önemi hakkında bkz. s. 162.

¹⁵⁵ Bkz. s. 115.

¹⁵⁶ Bkz. s. 94.

b. Sorunun Örnekler Üzerinden Açıklanması

(1) Önsözleşmeden Doğan Alacak Hakkı

(a) Önsözleşmenin İki Taraflı Olup Olmamasının Önemi

Önsözleşme veya diğer adıyla sözleşme vaadi, sözleşme taraflarından yalnızca birinin veya her ikisinin karşılıklı olarak ileride bir sözleşme yapma borcunu üstendikleri sözleşmeyi ifade etmektedir (BK 29). İleride yapılması vaad edilen sözleşme, asıl sözleşme olarak isimlendirilmektedir¹⁵⁷. Önsözleşmeden doğan alacak hakkı, asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkıdır. Taraflardan yalnızca birinin asıl sözleşmeyi yapma borcunu üstlenmiş olması ihtimalinde tek taraflı önsözleşme; tarafların her ikisinin karşılıklı olarak asıl sözleşmeyi yapma borcunu üstlenmiş olmaları ihtimalinde ise iki taraflı önsözleşme söz konusu olmaktadır.

Aşağıda yalnızca tek taraflı önsözleşmeden doğan alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığı incelenmektedir. İki taraflı önsözleşmeden doğan alacak hakkının niteliğinin her durumda devre engel oluşturduğu konusunda tereddüt edilmemektedir. Çünkü bu ihtimalde, bir tarafın sahip olduğu asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkı, aynı tarafın yükümlüsü olduğu asıl sözleşmeyi yapma borcuna bağımlı bulunmaktadır. Bu açıdan, aşağıda, “*Alacak Hakkının Başka Bir Hak veya Borca Bağımlı Olması*” başlığı¹⁵⁸ altında incelenmeye daha uygun bir örnek oluşturmaktadır:

Örnek olarak, (A) ile (B) birbirlerine karşılıklı olarak asıl sözleşmeyi kurma vaadinde bulunmuştur. (A)’nın bu sözleşmeden doğan asıl sözleşmenin kurulmasını talep hakkını (C)’ye devredebileceği varsayımında şöyle bir yapı ortaya çıkar: Devir sonucu (B) asıl sözleşmeyi kurma borcunu (C)’ye karşı ifa ile yükümlü hâle gelir; buna karşılık, (A) hâlen daha (B)’ye karşı asıl sözleşmeyi kurma borcu ile yükümlü kalmaya devam eder. (B), bir taraftan sahip olduğu alacak hakkı sayesinde (A)’yı hâlen daha asıl sözleşmeyi kurmaya zorlayabilme yetkisine sahiptir. Diğer taraftan, (C)’nin kendisine yönelttiği ifa talebinden kaçınabilmesi de mümkün değildir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Bir sözleşmenin önsözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, asıl sözleşmenin bir borç doğuran sözleşme vasfı taşıması gerekmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 142; Oğuzman/Öz, C. I, N. 587.

¹⁵⁸ Bkz. s. 57.

¹⁵⁹ Herzog, s. 224.

Verilen örnekte görülmektedir ki, iki taraflı önsözleşmeden doğan alacaktır devir engeli sadece borçlunun değil alacaklının da korunması amacına hizmet etmektedir; iki taraflı önsözleşmenin amacını gerçekleştirebilmesi için tarafların alacakları arasındaki karşılık ilişkisinin bozulmaması gerekmektedir. İki taraflı önsözleşmede, taraflardan her biri, sahip olduğu asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkını, yalnızca yükümlü olduğu asıl sözleşmeyi yapma borcuyla beraber başkasına geçirebilir. Bunun için de her durumda BK 196 gereği önsözleşmenin karşı tarafının katılımı gerekecektir¹⁶⁰.

(b) Önsözleşmeden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü

Öğretide önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin, kural olarak, devre engel oluşturduğu görüşü yaygın ölçüde benimsenmektedir. Bu görüşün temelinde, sözleşme vaadinde bulunan taraf için, genellikle, vaad alacaklısının şahsının ileride kurulacak asıl sözleşmenin karşı tarafını oluşturmasının esaslı bir önem taşıdığı düşüncesi yer almaktadır¹⁶¹.

Asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkı bakımından, edimin amacının alacağın niteliğini devre engel hâle getirdiği, sözleşmenin devrindeki yapı göz önünde tutularak şöyle izah edilmektedir: Önsözleşmeden doğan alacak hakkının devri, pratikte, asıl sözleşmedeki taraf sıfatının devri sonucunu gerçekleştirme hedefine yöneliktir. Hâlbuki, sözleşmede taraf sıfatının devri için, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında üç taraflı bir sözleşmenin devri anlaşması yapılması gerekmektedir. Devreden ve devralan arasında yapılan sözleşmenin devri anlaşması, sözleşmede

¹⁶⁰ Herzog, s. 224; Dieter Henrich, **Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag**, Berlin 1965, s. 220.

¹⁶¹ Arsebük, s. 1064; Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 146-148; Sungurbey, s. 381; Gül Doğan, **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul 2006, s. 205; Becker, Art. 164, N. 34; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27; von Büren, s. 322; Spirig, Art. 164, N. 177; Henrich, s. 220; Herzog, s. 223; Larenz, § 34, s. 582; Medicus/Lorenz, N. 794; Staudinger/Busche, § 399, N. 13. Gerekçe belirtmeksizin önsözleşmeden doğan alacağın devrine engel bulunduğu yönünde: Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1723 ve orada dn. 67; Aybay, s. 189; Funk, Art. 164, N. 5; von Tuhr/Escher, s. 344-345; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3433; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4.

kalan tarafın rızası alınmadıkça, hüküm doğurmaz (BK 205). Bu nedenle, önsözleşmeden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkı, vaadin borçlusu tarafından rıza verilmedikçe devredilemez¹⁶².

Belirtilen gerekçelerle, asıl sözleşmenin vaad alacaklısının şahsıyla yapılması amaçlanan hâllerde, önsözleşmeden doğan borç, asıl sözleşmeyi belirli bir kişiyle, önsözleşmenin karşı tarafı veya lehtar olarak belirlenen bir üçüncü kişinin şahsıyla yapma borcu olarak tarif edilmektedir. Bu görüşe göre, önsözleşmeden doğan asıl sözleşmenin yapılmasını talep hakkı, asıl sözleşme kurulacak karşı tarafın şahsını değiştirerek, edimin içeriğinin değişmesi sonucuna yol açacağı için devredilemez niteliktedir¹⁶³. Alacağın edimin içeriği değiştirilerek geçirilebilmesi ise yalnızca borçlunun rızasıyla mümkün olur¹⁶⁴.

Bununla birlikte, öğretide, tarafların, önsözleşmeden doğan alacağın devredilebilir olduğu konusunda anlaşmış olabileceği veya somut olayın koşullarından hareketle böyle bir anlaşma yapıldığı yorumuna varmanın mümkün olabileceği de ifade edilmektedir¹⁶⁵. Elbette ki, böyle bir anlaşma, vaad borçlusunun, önsözleşmenin yapıldığı safhada hiç aklında olmayan bir kişi ile asıl sözleşmeyi kurmak zorunda kalmasına yol açacaktır. Fakat, bunda herhangi bir hukuki sakınca bulunmadığı İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında¹⁶⁶ "*ilgili için işlem*" kavramı ile paralellik kurularak şöyle açıklamaktadır: Temsilci ile kurulan sözleşmede temsil olunanın adının belirtilmemesi, dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının kimliğinin belli olmaması, sözleşmenin bağlayıcı etki doğurmasına engel olmaz. Bu yüzden, bir önsözleşmede, vaad borçlusunun, alacağın devri yüzünden herhangi bir üçüncü kişiyle asıl sözleşmeyi kurması sonucu doğuracak şekilde, asıl sözleşmeyi yapma borcu altına girmesi de geçerli sayılmalıdır. Önsözleşmeden doğan alacak hakkının devredilebilir olduğunu kabul eden vaad borçlusu için asıl sözleşmenin karşı tarafının şahsı önemli değildir. Kanun prensip olarak buna itiraz edilemeyeceğini, OR 32/II (BK 40/II) hükmünde, sözleşme

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; benzer yönde: Sungurbey, s. 382.

¹⁶³ Arsebük, s. 1064; Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; Sungurbey, s. 381; Becker, Art. 22, N. 11; Bucher, § 31, s. 542; Herzog, s. 223; Medicus/Lorenz, N. 794. Böyle bir devrin borcun konusu edimin ekonomik anlamını değiştireceği şeklinde: Staudinger/Busche, § 399, N. 18.

¹⁶⁴ Henrich, s. 220.

¹⁶⁵ Bucher, § 31, s. 542, dn. 22; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3433, dn. 61; Herzog, s. 223. Taşınmaz satış vaadi bakımından bu yönde: Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; von Tuhr/Escher, s. 345, dn. 19.

¹⁶⁶ BGE 84 II 13, E. 3.

taraflarından biri için kiminle sözleşme yaptığının farksız olduğu hâllerle karşılaşılabilceğini belirterek açıkça dışa vurmaktadır.

Diğer yandan, önsözleşmeden doğan alacağın devrine benzer bir hukuki sonuç, kural olarak devredilemez olduğu hâlde (BK 239/I), sözleşmeyle devredilebilir olduğu kararlaştırılmış (BK 239/II) önalım, alım ve geri alım haklarının başkasına devri söz konusu olan hâllerde daha ileri seviyede ortaya çıkmaktadır. Yenilik doğuran hak niteliği taşıyan bu hakların kullanılması ile doğrudan satış ilişkisi meydana gelmektedir. Kanun koyucu, kurucu etki doğuran bu hakların serbestçe devredilebilir hâle getirilmesinde herhangi bir sakınca görmediğini BK 239/II hükmü ile açıkça ortaya koymaktadır. Aynı şekilde, asıl sözleşmenin kurulmasını talep hakkının sözleşme ile devredilebilir olduğunun kararlaştırılmasına da kanun koyucunun herhangi bir engel görmediği pekâlâ söylenebilecektir.

Öğretide, asıl sözleşmenin kurulmasını talep hakkının tarafların anlaşması ile devredilebilir hâle getirilmiş olmasının istisnai bir durum olduğu, kural olarak alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu özellikle vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre, şüphe hâlinde alacağın devredilebilir olduğunu iddia eden ispat yükü altındadır¹⁶⁷.

Vaad borçlusunun asıl sözleşmeyi vaad alacaklısının şahsıyla yapma amacı öngörüldüğü söylenemeyen hâllerde, önsözleşmeden doğan borç, yalnızca asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade beyanında bulunma borcudur. Bu ihtimalde, alacağın devri edimin içeriğinin değişmesine yol açmayacağı konusunda tereddüt yoktur. Bu nedenle, alacak hakkı, borçlunun rızası aranmaksızın serbestçe devredilebilir¹⁶⁸. Aşağıda görülecektir ki, taşınmaz satış vaadinden doğan alacak hakkı açısından böyle bir durum söz konusudur¹⁶⁹.

Son olarak belirtelim ki, önsözleşmeden doğan alacağın devrine engel bulunduğu belirlenmesi, beraberinde asıl sözleşmeden doğan alacağın devrine de engel bulunduğu sonucuna varmayı gerektirmemektedir. Asıl sözleşmeden doğan alacağın devredilebilir olup olmadığı konusu bağımsız olarak irdelenmelidir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ İspat yüküne dair bkz. Bucher, § 31, s. 542, dn. 22.

¹⁶⁸ Benzer yönde: Henrich, s. 220.

¹⁶⁹ Bkz. s. 49.

¹⁷⁰ Bucher, § 31, s. 542.

(c) Tüketim Ödücü Vaadinden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü

Tüketim ödücü vaadinden doğan alacak hakkının, kural olarak, niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşü ileri sürülmektedir¹⁷¹. Çünkü, tüketim ödücü vaadinde bulunan taraf için, vaad alacaklısının şahsı ve ekonomik durumu esaslı bir öneme sahiptir. Bunun başlıca sebebi, vaad alacaklısının, ileride kurulacak tüketim ödücü sözleşmesinde ödücü konusunu iade borcu ile yükümlü hâle gelecek olmasıdır¹⁷².

Tüketim ödücü (karz) sözleşmesinde, para veya başka bir tüketilebilir şeyin ödünç konusu olarak kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte (BK 386), tüketim konusunu belirli bir miktar paranın oluşturduğu ihtimal ile uygulamada daha sık karşılaşılmaktadır. Para ödücünün uygulamadaki en sık karşılaşılan örneğini, içeriğinde belirli miktar paranın faiz karşılığı ödünç verilmesi unsuru yer alan, nakdi kredi sözleşmeleri oluşturmaktadır:

Bir kredi açma sözleşmesinden doğan kredinin temin edilmesine ilişkin talep hakkı, öğretide, genellikle, münferit kredi sözleşmesinin kurulmasına ilişkin alacak hakkı olarak ele alınmakta ve önsözleşmeden doğan alacak hakkına örnek gösterilmektedir. Bu doğrultuda, kredinin temin edilmesine ilişkin talep hakkının kural olarak niteliğinin devre engel oluşturduğu fikri savunulmaktadır¹⁷³. Çünkü, kredi sözleşmesi

¹⁷¹ Enneccerus/Lehmann, s. 314; Soergel/Schreiber, § 399, N. 1; RGRK/Weber, § 399, N. 26. İsviçre hukukunda Becker (Art. 164, N. 34) ve Spirig (Art. 164, N. 177) tarafından kullanılan *pactum de mutuo dando* deyimi ile bir önsözleşme niteliğindeki tüketim ödücü vaadi kastedilmekte ve anılan yazarlarca bu sözleşmeden doğan alacak hakkının devrine engel bulunduğu belirtilmektedir. von Tuhr/Escher (§ 94, s. 345, dn. 19) ve Arsebük (s. 1065, dn. 26) ise *pactum de mutuo dando* deyimini asıl sözleşme niteliğindeki tüketim ödücü sözleşmesine karşılık gelecek şekilde kullanmakta; bu yüzden bu sözleşmeden doğan para alacağının devredilebilir olduğunu ifade etmektedir. Yani, yazarlar arasındaki görüş farklılığı, Roma hukuku ve müşterek hukuktan gelen *pactum de mutuo dando* deyimine farklı anlam vermelerinden kaynaklanmaktadır. Bu konudaki farklılık, tüketim ödücü kavramının tarihsel gelişimi ile bağlantılıdır. Tüketim ödücü sözleşmesinin, tasarruf sözleşmesi olarak nitelendirildiği eski kaynaklarda, *pactum de mutuo dando* tüketim ödücü yapma borcu doğuran asıl sözleşmeye karşılık gelmektedir; bir önsözleşme vasfına sahip olmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ekrem Kurt, **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara 2014, s. 9 vd.; Burak Özen, **Kredi Açma Sözleşmeleri**, İstanbul 2017, s. 65.

¹⁷² Enneccerus/Lehmann, s. 314; Soergel/Schreiber, § 399, N. 1; RGRK/Weber, § 399, N. 26; Larenz, § 34, s. 582; Esser/Schmidt, s. 308.

¹⁷³ “*Kreditgewährungsanspruch*” bakımından bu görüşte: Enneccerus/Lehmann, s. 314; Larenz, § 34, s. 582; Esser/Schmidt, s. 308; Staudinger/Busche, § 399, N. 18; Spirig, Art. 164, N. 181. Kredi

yapma borcu üstlenecek tarafın, örneğin bir bankanın, bu yöndeki iradesinin oluşumunda, alacaklının belirli özellikleri taşıması, özellikle kredi yeterliliğine sahip bulunması, doğrudan etkili olmaktadır¹⁷⁴. Banka, kredi yeterliliği koşulunun yerine getirilip getirilmediğini kapsamlı bir araştırma yaparak belirlemekte ve bu önkoşulun gerçekleştiği kanaatine vardığı takdirde, bir kredi açma sözleşmesi çerçevesinde, kredi temin etme (münferit kredi sözleşmesini kurma) borcunu üstlenmeyi kabul etmektedir. Öyle ki, kredi alanın kredi yeterliliğini yitirmesi üzerine, banka, kredi ilişkisini sona erdirecek olağanüstü bir fesih hakkına sahip olabilmektedir. Bu açıdan, kredi yeterliliği önkoşulu hem kredi açma sözleşmesinin kuruluşu hem de devamı bakımından işlem temeli sayılacak düzeyde önemli sayılmaktadır¹⁷⁵. Elbette ki, bankanın kredi temin etme borcu altında girme iradesinin oluşumunda, kredi alanın kredi yeterliliğine sahip bulunmasının tek başına belirleyici olduğu her zaman söylenemez. Bankanın bu husustaki iradesinin şekillenmesinde, taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu, kredinin kullanım amacının yalnızca kredi alanın şahsı tarafından gerçekleştirilebilir olması gibi başka saikler de etkili olabilmektedir¹⁷⁶. Bu saikler bir bütün olarak incelenerek, kredinin temin edilmesini talep hakkının kural olarak devredilemez nitelikte olduğu yorumuna ulaşılmaktadır. Devir engeli koruması sayesinde, bankanın gerekli özellikleri taşıyıp taşımadığını denetlemiş olmadığı, bu yüzden iade borçlusu olarak kabul edip etmeyeceğini henüz bilmediği bir kişinin, devralan sıfatına dayanarak, bankayı kendisi ile kredi sözleşmesi yapmaya zorlamasının önüne geçilmektedir¹⁷⁷.

Bununla birlikte, tüketim ödöncü vaadinden doğan alacağın devredilebilir olduğunun kabul edilmesinin sözleşme taraflarının iradesine uygun olduğu somut durumlarla karşılaşmanın da mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹⁷⁸. Alacağın sınırlı

açma sözleşmesinin hukuki niteliği öğretide oldukça tartışmalı olup bu tartışmayı çalışmamıza aktarma imkânı bulunmamaktadır. Türk hukukunda Kurt (s. 151) ve Özen (Kredi Açma Sözleşmesi, s. 77 vd, s. 82 vd.), anılan Alman ve İsviçreli yazarlardan farklı olarak, kredi açma sözleşmesinden doğan kredi temin edilmesini talep hakkının önsözleşmeden doğan bir alacak hakkı niteliği taşıdığı fikrine katılmamaktadır. Bununla birlikte, Özen (**Kredi Açma Sözleşmesi**, 265) kredi açma sözleşmesinde münferit kredi ilişkilerin kurulmasına olanak veren bir kök alacak hakkı doğduğu görüşünü benimsemekte ve önsözleşme görüşüne paralel gerekçelerle söz konusu kök alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğunu belirtmektedir.

¹⁷⁴ Enneccerus/Lehmann, s. 314; Lorenz, § 34, s. 582; Esser/Schmidt, s. 308.

¹⁷⁵ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 263.

¹⁷⁶ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 265.

¹⁷⁷ Esser/Schmidt, s. 308.

¹⁷⁸ RGRK/Weber, § 399, N. 26.

olarak devir yeteneğine sahip bulunduğu durumlara da rastlanılabilmektedir. Örneğin, bir kredi açma sözleşmesinde, bankanın, kredi alanın kredi yeterliliğine sahip bulunmasını, üstlendiği kredi temin etme borcunun yegâne temeli saydığı kesin olarak söylenebildiği somut hâllerde, kredinin temin edilmesini talep hakkının, daha yüksek kredi yeterliliğine sahip olduğu konusunda şüphe bulunmayan bir başka kimseye, bankanın rızası aranmaksızın, serbestçe devredilebileceği yorumu yapılabilmektedir¹⁷⁹.

(d) Taşınmaz Satış Vaadinden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Elverişi Olduğu Görüşü

Önsözleşmeden doğan alacağın devir yeteneği konusunda başvurulacak yukarıdaki genel değerlendirme şekli, Türk hukuku uygulamasında, taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devri söz konusu olan hâllerde tersine çevrilmektedir:

Türk hukukunda, taşınmaz satış vaadine, taşınmaz mülkiyetinin devrinde, tek aşamalı sisteme benzeyen bir sistem benimsenmiş olmasından ileri gelen bir gereksinim duyulmaktadır¹⁸⁰. Bu sistemde, tapuda resmi şekilde düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi, yalnızca bir borçlandırıcı işlem karakterini haiz değildir. Aynı zamanda tapu siciline yapılacak tescil ile geçerlilik kazanan bir tasarruf işlemi de içeriğinde barındırmaktadır¹⁸¹. Taşınmaz satış sözleşmesinin sırf borçlandırıcı işlem niteliği taşıyacak, tasarruf sonucu meydana getirmeyecek bir içerikte yapılabilmesi fiilen mümkün olmamaktadır. Bu yüzden, uygulamada, taşınmaz mülkiyetini devir borcunun, satış sözleşmesi kurulduktan hemen sonra alıcı adına tescil yapılarak ifa edilmesinin taraflarca arzu edilmediği hâllerde¹⁸² veya tescilin maddi ve şekli şartlarındaki bir eksiklikten dolayı tapu memurunun tescili gerçekleştirmekten kaçınabileceği hâllerde¹⁸³, taşınmaz satış vaadine başvurulmaktadır. Taşınmaz satış vaadinde, vaad alacaklısının, satış vaadinde bulunan malike karşı MK 716 hükmüne göre tescil davası açabileceği

¹⁷⁹ Kredinin temin edilmesini talep hakkı bakımından bu yönde: Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 265.

¹⁸⁰ Rona Serozan, **Eşya Hukuku**, 3. bası, İstanbul 2014, N. 1085.

¹⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 23 vd, ayrıca s. 70; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 1085-1086. Tasarruf işleminin kurucu unsurlarının açıklanması, bunlar arasında tescil işleminin hukuki etkisinin belirlenmesi hakkında öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 23 vd.

¹⁸² Turgut Öz, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, (ed.) E. Erdem, T. Ayoğlu, S. A. Altay, A. Dural, F. Yusufoglu, S. Yüksel, İstanbul 2017, s. 499.

¹⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 71-87.

ve taşınmazın mülkiyetinin kendi adına tescilini isteyebileceği görüşü öğretide¹⁸⁴ ve yargı kararlarında¹⁸⁵ yerleşmiştir.

Uygulamada, taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasını talep hakkının satış vaadinde bulunanın rızası alınmaksızın üçüncü kişiye devri kural olarak geçerli sayılmaktadır¹⁸⁶. Bu yaklaşımının pratik değeri özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır: Noterde resmi şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin yükleniciye karşı belirli arsa paylarını devir taahhüdünde bulunması bir taşınmaz satış vaadi olarak nitelendirilmekte¹⁸⁷; yüklenicinin bu vaaddan doğan arsa payının satışı ve tescilini talep hakkını, yazılı şekle tabi bir alacağın devri sözleşmesiyle (BK 184/I) bir üçüncü kişiye devri, uygulamada¹⁸⁸ ve

¹⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 170; Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1**, 6. bası, Ankara 1990, s. 249-250; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Eşya Hukuku, C. I**, 5. bası, İstanbul 1989, s. 695; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 1086; Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul 1991 = Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), **Eşya Hukuku**, s. 171-172. Davada verilen hükmün satış sözleşmesini kurmaya yönelik irade beyanının yerine geçeceği, vaad alacaklısının bu hükmü ibraz ederek tapuda resmi senet düzenlettirebileceği, karşı taraf tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa bu defa MK 716'ya göre dava açılabilirliği yönünde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 1477-1478.

¹⁸⁵ Yargıtay kararlarındaki yerleşik ifade biçimi şöyledir: “*Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu’nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.*” Örnek olarak bkz. 14. HD, 4.5.2016, E. 2014/17467, K. 2016/5495 (Kazancı; Lexpera); 14. HD, 4.4.2016, E. 2014/16955, K. 2016/4009 (Kazancı; Lexpera); 14. HD, 19.06.2013, E. 2013/7244, K. 2013/9335 (Lexpera). Ayrıca bkz. İBK, 25.10.1971, E. 1970/1, K. 1971/2 (RG. 12.3.1971, sayı 14040): “*Satış vaadi sözleşmesine dayanan ve Medeni Kanunun 642. maddesi hükmü gereğince açılan tescile zorlama dâvası...*” HGK, 06.07.1977, E. 1977/535, K. 1977/701 (Lexpera): “*...satış vaadi senedi geçerlidir ve yapıldığı andan itibaren mülkiyeti geçirme yükümlülüğünü yükler.*”

¹⁸⁶ 14. HD, 30.01.1975, E. 1974/5833, K. 1975/671 (YKD 1975/11, s. 96-97); 14. HD, 16.2.1982, E. 1982/141, K. 1982/859 (YKD 1982/5, s. 685-689); 14. HD, 15.10.1985, E. 1985/2321, K. 1985/6434 (YKD 1986/6, s. 835-836); 14. HD, 17.06.1986, E. 1986/285, K. 1986/4194 (Lexpera); 14. HD, 30.3.2016, E. 2015/12387, K. 2016/3798 (Kazancı; Lexpera).

¹⁸⁷ Öz, s. 503-504.

¹⁸⁸ 14. HD, 7.5.1985, E. 1984/8820, K. 1985/3269 (YKD 1986/1, s. 89-91); 14. HD, 11.3.1986, E. 1985/5387, K. 1986/1644 (YKD 1986/11, s. 1672-1673); 14. HD, 27.01.1987, E. 1987/440, K. 1987/512 (Lexpera); HGK, 21.1.2009, E. 2008/14-817, K. 2009/19 (Kazancı; Lexpera); 23. HD, 6. 3. 2014, E. 2013/7946, K. 2014/1660 (Kazancı; Lexpera); HGK, 30.9.2015, E. 2014/220, K. 2015/2024 (Lexpera); HGK, 26.2.2016, E. 2014/569, K. 2016/181 (Kazancı; Lexpera); 14. HD, 11.02.2016, E. 2015/14741, K. 2016/1709 (YKD 2016/8, s. 1915-1918); HGK, 23.5.2018, E. 2017/1611, K. 2018/1128 (Lexpera); 14. HD, 2.10.2018, E. 2016/2739, K. 2018/6280 (YKD 2018/12, s. 2917-2921); 3. HD, 5.12.2018, E. 2017/10913, K. 2018/12358 (Kazancı; Lexpera). Borçlar Kanunu’nun alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yönünde: HGK, 3.11.2004, E. 2004/14-551, K. 2004/571 (Kazancı); 14. HD, 31.1.2003, E. 2002/7655, K. 2003/683 (Kazancı); 14. HD, 19.12.2002, E. 2002/6973, K. 2002/8680 (Kazancı; Lexpera).

öğretide¹⁸⁹ geçerli kabul edilmektedir. Bu yerleşik uygulama sayesinde, yüklenici, arsa payının satışı ve tescilini talep hakkını, inşaatın henüz tamamlanmadığı safhada, belirli bir ivaz karşılığında üçüncü kişilere devrederek ihtiyaç duyduğu nakdi temin edebilmektedir¹⁹⁰.

Taşınmaz satış vaadi kurumunun, Türk hukuku uygulamasında, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran asıl sözleşmenin pratik işlevini üstlendiği göz önünde tutulduğunda, vaadden doğan alacağın kural olarak devredilebilir nitelikte sayılması haklı gözükmektedir. Satış vaadini kuran tarafların amacı, genellikle, taşınmaz satış sözleşmesinin bağlayıcı etkisini sağlamaktır. Bu yüzden, satış vaadinde bulunan taraf için, genellikle, gelecekte kurulacak satış sözleşmesindeki alıcının şahsının kim olacağı değil, taşınmazın devri karşılığı elde edeceği bedel önem taşımaktadır. Alıcının şahsının önem taşıdığı durumlarla karşılaştırılması ihtimali daha düşüktür¹⁹¹. Bu doğrultuda, Yargıtay kararlarında olduğu gibi, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkının, kural olarak devredilebilir olduğunun kabul edilmesi, yerinde bir değerlendirme tarzı oluşturmaktadır¹⁹².

(2) Özel Bir Amaca Yönelik Tüketim Ödücünden Doğan Alacak Hakkının Niteliğinin Devre Engel Oluşturduğu Görüşü

Tüketim ödücü vaadinden doğan alacak hakkının niteliğinin (kural olarak) devre engel oluşturduğu görüşünün öğretilde hâkim olduğu yukarıda açıklanmıştır¹⁹³.

¹⁸⁹ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992 = Hatemi/Serozan/Arpacı (Serozan), s. 47; Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2010, s. 189; Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. bası, İstanbul 2014, s. 1079; Kılıçoğlu, s. 1007; Halûk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. bası, İstanbul 2019, N. 242.4, N. 243.10.

¹⁹⁰ Bu açıdan alacağın devrinin önemli bir uygulama alanını oluşturmaktadır (Engin, s. 14).

¹⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246, dn. 6a. Buna karşılık, geçmişte öğretilde, taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın niteliğinin kural olarak devre engel oluşturduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bu hususta taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılırken vaad alacaklısının şahsının ve ona ait özelliklerin göz önünde tutulduğu, satış vaadinden doğan alacağın devrinin asıl sözleşmedeki satış bedeli borçlusunun değişmesine, şahsına güvenilerek satış vaadinde bulunan kişiden başka bir kimse olmasına yol açacağı, böyle bir sonucun vaadin amacını zedeleyeceği gerekçe gösterilmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, s. 147; Sungurbey, s. 380-383.

¹⁹² Yargıtay'ın taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devrine engel bulunduğunu tespit ettiği bir kararı da vardır. Bkz. 14. HD, 18.10.2010, E. 2010/9149, K. 2010/10652 (Lexpera). Bu kararda alacağın devrine engel bulunduğu, dava konusu taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin içeriğinde yer alan bazı özel unsurlara atıfla desteklenmiştir. Bu kararın detayı için aşağıda bkz. s. 473.

¹⁹³ Bkz. s. 47.

Bundan ayrı olarak, asıl sözleşme vasfına sahip tüketim ödünçü sözleşmesinden doğan, ödünç konusunun verilmesi talebinin niteliğinin devre elverişli olup olmadığı da inceleme konusudur:

Tüketim ödünçü sözleşmesinden kaynaklanan ödünç konusu paranın ödenmesi talebinin (BK 386) başkasına devrine kural olarak hiçbir engel bulunmaktadır¹⁹⁴. Çünkü, bu ihtimalde, devre konu edilen alacak hakkı, belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin sıradan bir para alacağıdır. Başkasına devri içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmayacaktır¹⁹⁵. Yukarıda tüketim ödünçü vaadinden doğan alacak hakkının devrine engel oluşturan özellik buradaki ihtimalde ortaya çıkmamaktadır. Ödünç konusu paranın verilmesi talebinin bir üçüncü kişiye devri ihtimalinde, ödünç alınan parayı iade ile yükümlü olan taraf değişmeyecektir. Ödünç alan, ödünç konusunu iade ile yükümlü kalmaya devam edecektir¹⁹⁶. Bu doğrultuda, tüketim ödünçü unsuru içeren kredi sözleşmeleri, özellikle nakdi kredi sözleşmeleri göz önünde tutularak, münferit bir kredinin ödenmesine ilişkin alacak hakkının devrine kural olarak hiçbir engel bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁹⁷.

Uygulamada, tüketim ödünçü sözleşmesinin amacının, ödünç konusunun verilmesini talep hakkının devrine engel görüldüğü bazı somut durumlarla karşılaşılabilmektedir¹⁹⁸. Özellikle, inşaat kredisi, konut kredisi örneklerinde olduğu gibi, kredi ilişkisinin, alacaklının şahsı tarafından belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulduğu ve bu amacın faiz, geri ödeme planını gibi hususları doğrudan saptayıcı olduğu durumlarda, kredinin ödenmesi talebinin devrine engel bulunduğu yorumuna varılabilmektedir¹⁹⁹. Bir görüşe göre²⁰⁰, bu hâllerde alacağın niteliği devre engel oluşturmaktadır. Devir işlemi, kredinin ödenmesine ilişkin alacak hakkının içeriğinin değişmesine

¹⁹⁴ Becker, Art. 164, N. 34; von Tuhr/Escher, s. 345, dn. 19; Spirig, Art. 164, N. 16; Enneccerus/Lehmann, s. 314; RGRK/Weber, § 399, N. 26; Soergel/Schreiber, § 399, N. 1; Esser/Schmidt, s. 308.

¹⁹⁵ Staudinger/Busche, § 399, N. 19.

¹⁹⁶ Becker, Art. 164, N. 34; Spirig, Art. 164, N. 16; Soergel/Schreiber, § 399, N. 1; Esser/Schmidt, s. 308; Enneccerus/Lehmann, s. 314; RGRK/Weber, § 399, N. 26; Staudinger/Busche, § 399, N. 19.

¹⁹⁷ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 273; Staudinger/Busche, § 399, N. 19. Aynı gerekçe ile banka teminat mektubundan doğan ödeme talebinin de kural olarak devredilebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir: Staudinger/Busche, § 399, N. 19; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4.

¹⁹⁸ RGRK/Weber, § 399, N. 27; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 5; Soergel/Schreiber, § 399, N. 2; Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

¹⁹⁹ Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

²⁰⁰ Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

neden olacağı için mümkün olmayacaktır. İkinci bir görüşe göre²⁰¹, taraflar arasında örtülü bir devir yasağı anlaşması bulunmaktadır²⁰².

Her iki görüş tarafından, kredinin alacaklının şahsına belirli bir amacı gerçekleştirmesi için temin edildiği hâllerde, kredinin ödenmesine ilişkin alacağın devrinin, devir işlemi kredinin amacına aykırı düşmediği müddetçe mümkün olacağı belirtilmektedir²⁰³. Buna göre, böyle hâllerde, kredinin ödenmesine ilişkin alacak hakkı, kredinin yöneldiği amacın sınırlarını tayin ettiği, kısıtlı bir devir yeteneğine sahip bulunmaktadır. Kredinin amacını gerçekleştirebilecek olan kişi çevresi bellidir. Kredinin ödenmesi talebi, yalnızca, bu belli çevreye dâhil kişilere geçerli olarak devredilebilir²⁰⁴. Örnek olarak, belli bir kişinin şahsına, bir bina inşa etme amacı doğrultusunda kullanılması için temin edilen inşaat kredisinde, kredi alan, bankaya karşı sahip olduğu belirli bir miktar kredinin ödenmesi talebini, hâlihazırda bina inşaatı faaliyetini yürütmekte olan yükleniciye geçerli olarak devredebilir²⁰⁵. Çünkü bu ihtimalde kredi sözleşmede belirlenen amaç için kullanılabilir. Devralanın, kredinin amacını gerçekleştirebilecek kişi çevresine dâhil sayılmadığı hâllerde ise devir işlemi geçersiz olur. Örnek olarak, kredi alanın, bir inşaat kredisinden doğan ödeme talebini, çocuğunun özel okul taksitini ödeme amacıyla devri hüküm doğurmayacaktır²⁰⁶. Dolayısıyla kredinin ödenmesi talebinin başkasına devrinin geçerli olup olmadığının, devir işleminin kredi ilişkisinin amacına uygunluğu gözden geçirilerek, her bir somut devir işlemi bakımından, özel olarak irdelenmesi gerekecektir²⁰⁷.

c. Sorunun Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerisi

Yukarıdaki görüşler değerlendirildiğinde ilk aşamada şu tespite varılmaktadır: Bir alacağın önsözleşmeden doğan alacak vasfı taşıdığının belirlenmesi, tek başına, o

²⁰¹ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 273; RGRK/Weber, § 399, N. 26. Zaten, ödünç konusu paranın ödenmesi talebinin devri, çoğu zaman sözleşme tarafları arasında ayrıca bir anlaşma yapılarak engellenmektedir: von Büren, s. 322-323; Spirig, Art. 164, N. 156.

²⁰² Örtülü olarak bir devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığının yorum yoluyla belirlenmesi hakkında bkz. s. 472.

²⁰³ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 273-274; RGRK/Weber, § 399, N. 27; Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

²⁰⁴ Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

²⁰⁵ Örnek için bkz. Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 274.

²⁰⁶ Staudinger/Busche, § 399, N. 20.

²⁰⁷ Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 273; RGRK/Weber, § 399, N. 27.

alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu sonucuna varmaya yetmemektedir. Yetseydi, sadece tüketim ödöncü vaadinden doğan alacağın değil aynı zamanda taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın da niteliğinin devre engel oluşturduğu kabul edilecekti. Oysaki, taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devri, Türk hukukunda alacağın devrinin asli uygulama alanlarından birini oluşturmaktadır.

O hâlde, ikinci aşamada, asıl sözleşmenin niteliğinin önsözleşmeden doğan alacağın doğasındaki devir yeteneğini belirleyip belirlemediği sorusuna odaklanılması gerekmektedir. Çünkü, önsözleşmeden doğan alacağın devredilebilir olup olmadığı konusunda, asıl sözleşmenin niteliğinin ne olduğuna bakılarak farklı karara varılmaktadır: Asıl sözleşmenin tüketim ödöncü niteliği taşıdığı durumda, önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu kabul edilirken, taşınmaz satışı niteliği taşıdığı durumda ise söz konusu alacağın serbestçe devredilebilir olduğu görüşü benimsenmektedir. Bu çalışmada, asıl sözleşmenin niteliğinin önsözleşmeden doğan alacağın doğasındaki devir yeteneğine etki etmesinin mümkün olmayacağı düşünce-sine bağlı kalınmakta; iki örnek arasındaki farklılık aşağıdaki şekilde anlaşılandırılmalıdır:

Taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın devredilebilir oluşu şunu ortaya koyar: Önsözleşmeden doğan alacağın devri edimin içeriğinde herhangi bir değişiklik yaratmaz. Önsözleşmeden doğan borç, asıl sözleşmenin kurulmasına yönelik bir irade beyanında bulunma borcudur. Muhtemel bir devir hâlinde, vaadin borçlusu alacağı devreden yerine devralana karşı irade beyanında bulunma borcu ile yükümlü hâle gelir. Vaad borçlusunun borcunun konusu edim, hem devreden hem de devralan karşısında, asıl sözleşmeyi kurmaya yönelik bir irade beyanında bulunmaktan ibarettir. Bu yüzden, önsözleşmeden doğan alacağın devrinin edimin içeriğinde değişiklik yaratacağı söylenemez.

Buna karşılık, bazı durumlarda, önsözleşmeden doğan alacağın devri, ileride kurulacak asıl sözleşmenin karşı tarafının farklılaşmasına yol açarak edimin amacını zedeleyebilir. Tüketim ödöncü vaadi de bu tarz durumlara örnek oluşturmaktadır. İleride kurulacak asıl sözleşmenin karşı tarafının şahsının vaad borçlusu için özel bir önem taşıdığı başka durumlarda da aynı özelliklerle karşılaşılabilir. Ancak, bu çalışmada savunulan görüşe göre, devir yüzünden edimin amacının zedelenebilir olması, alacağın

niteliğinin devre engel oluşturduğuna değil, alacaklı ile borçlu arasında örtülü bir anlaşma ile bir devir yasağı kararlaştırıldığına delil oluşturmaktadır:

Yukarıda görülmüştür ki, hem önsözleşmeden doğan alacağa ilişkin genel açıklamalarda hem de tüketim öduncü vaadinden doğan alacak örneğine ilişkin özel açıklamalarda devir engelinin sözleşme ile kaldırılabilceği görüşü öğretide kabul edilmektedir. Bu görüş, esasında, dolaylı olarak hem genel olarak önsözleşmeden doğan alacağın hem de tüketim öduncü vaadinden doğan alacağın özü itibarıyla devre elverişli bir alacak olduğunu ortaya koymaktadır. Öyle anlaşılmaktadır ki, tek taraflı önsözleşmeden doğan alacak hakkı söz konusu olduğunda hem devredilebilirlik hem de devredilemezlik alacak hakkının özüne uyum sağlamaktadır. Alacak hakkı özünde devredilebilir nitelikte olup hakkında açık veya örtülü bir anlaşma ile devir yasağı kararlaştırılabilmektedir. O hâlde, önsözleşmeden doğan alacağın devrine engel görülen hâllerde, aslında, sözleşme ile örtülü olarak kararlaştırılmış bir devir engeli (*pactum de non cedendo*) mevcuttur.

Oysaki, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu durumlarda, sırf devir engelinin kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılarak alacağın serbestçe devredilebilir bir hakka dönüştürülebilmesi mümkün değildir. Borçtan kurtarma talebi, vekâlet veya hizmet sözleşmesinden doğan iş görme alacağı örnekleri incelendiğinde bu özellik kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Bu örneklerdeki alacakların niteliği her somut durumda devre engel oluşturmaktadır. Bu yüzden, böyle bir alacağın devri söz konusu olduğunda, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu üçüncü kişilerin anlayabilmesi onlardan beklenmektedir. Bu beklentiden ötürü, böyle bir alacağı devralan kişiler BK 183/II hükmünde öngörülen işlem güvenliği korumasından ve BK 191 hükmü uyarınca devredenin garanti sorumluluğuna başvurma imkânından mahrum bırakılmaktadır²⁰⁸. Önsözleşmeden doğan alacaktaki devir engelinin ise sözleşme ile getirilmesi veya sözleşme ile kaldırılması mümkün olabilmektedir. Vaadin borçlusu ile alacaklısı arasındaki anlaşmaya göre bazı durumda devri mümkün olan, bazı durumda ise devrine engel bulunan bir önsözleşmeden doğan alacak hakkını devralmaya kalkışan üçüncü kişinin, BK 183/II ve BK 191 hükümlerinin onu korumasına ihtiyaç duyabilir.

²⁰⁸ Bkz. s. 162.

Bu da önsözleşmeden doğan alacaktır devir engelinin sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir yasağı olduğu tespitini desteklemektedir.

Önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşü, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkında nitelik teorisi doğrultusunda yapılan bir değerlendirmenin sonucu olarak gözükmektedir. Alman hukukunda hâkim olan nitelik teorisi, sözleşme ile bir devir yasağı kararlaştırıldığı zaman alacak hakkının tedavül konusu olmaktan çıktığını, niteliği devre engel oluşturan bir hakka dönüştüğü fikrini ileri sürmektedir. Ancak bu teorinin Alman hukukunda hâkim olmasının, Alman ulusal hukukuna özgü sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerin Türk hukukunda geçerli olmadığı II. bölümde detaylı olarak açıklanmaktadır. II. bölüm sonunda, bir devir yasağı kararlaştırıldığında alacağın özündeki devredilebilirlik niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayacağı, bu anlaşmanın sadece alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması etkisi yaratacağı sonucuna varılmıştır²⁰⁹.

Aynı gerekçeden ötürü, özel bir amaca yönelik tüketim öduncü sözleşmesinden doğan para alacağı bakımından da niteliğinin devre engel oluşturduğu tespiti yapılması isabetli değildir. Sıradan bir para alacağının sözleşmedeki özel bir amacı gerçekleştirmek için alacaklısının şahsına ifa edilmesinin gerekli oluşu, o alacağın devrine sözleşmeden kaynaklanan bir engel bulunduğunu ortaya koymaya yetse de alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu ispata yetmemektedir. Edimin içeriğinin değil yalnızca amacının devre engel oluşturduğu ve bu amacın sırf devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme ile ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu durumlarda, alacaklı ile borçlu arasında örtülü bir devir yasağı kararlaştırıldığı yorumuna varılması daha uygun olur²¹⁰. Aşağıdaki görülecektir ki, devir yasağı alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü bir şekilde kararlaştırılabilmektedir²¹¹. Yukarıda, tek taraflı önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşünü desteklemek için sunulan gerekçelerle, aslında, tarafların gerçek ortak iradesinin devrin engellenmesi yönünde olduğu belirlenmektedir²¹².

²⁰⁹ Bkz. s. 306.

²¹⁰ Bu doğrultuda olarak edimin amacının devre engel oluşturduğu hâllerin, devrin örtülü bir anlaşma ile engellendiği hâllerden ayırt edilebilmesinin güç olduğu konusunda bkz. RGRK/Weber, § 399, N. 19; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 32.

²¹¹ Bkz. s. 472.

²¹² Bkz. s. 44 vd; s. 47 vd.

C. Alacak Hakkının Başka Bir Hakka veya Borca Bağımlı Olması

1. Genel Olarak

Bazı durumlarda, alacak hakkı, alacaklısının şahsına değil, başka bir hakka (alacak hakkı, mülkiyet hakkı, fikri hak vb.) veya borca bağımlıdır ve bu bağımlılığın alacağın devri yoluyla ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, bir sözleşmenin amacının gerçekleştirilebilmesi, o sözleşmeden doğan asli edim borçları arasındaki karşılıklılık ilişkisinin bozulmamasını (örneğin, franchise sözleşmesi²¹³) zorunlu kılabilir. Belli bir hukuki tipte sözleşmenin yapılması (örneğin, vekâlet sözleşmesi²¹⁴), o sözleşmeden doğan bazı yan edim alacaklarının sözleşmeye hukuki tipini veren asli edim (iş görme edimi) alacağından ayrılmayıp aynı tarafa ait olmasını gerektirebilir. Benzer şekillerde, alacak hakkının, başka hak ve borçlarla iç içe olup belli bir amaç doğrultusunda onlarla ayrılmaz bir bütünlük oluşturduğu hâllerde niteliği devre engel oluşturur²¹⁵.

Bağımlılık olgusu, öğretide, genellikle yan borçların asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilir olup olmadığı açıklanırken ele alınmaktadır. Yan borçların amacı göz önünde tutularak, geniş anlamda borç ilişkisinin içeriğinden ayrılmaları ve bağımsız olarak devre konu edilmelerinin mümkün olup olmadığı denetlenmektedir²¹⁶. Böyle bir denetim sonucu, belirli bir yan borcun bağımlı niteliği tespit edildikten sonraki aşamada, söz konusu yan borcun ve aynı ilişkiden doğması muhtemel başka yan borçların asli edim borcuna bağımlı oluşunun asli edim alacağına ilişkin muhtemel bir

²¹³ Bkz. s. 74.

²¹⁴ Bkz. s. 60.

²¹⁵ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27; Spirig, Art. 164, N. 173. Bir hukuki kurumun, mekanizmanın veya ilişkinin ayrılmaz bir bütünlük oluşturan unsurlarının birbirinden bağımsız olarak devredilemeyeceği görüşünde: Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2. édition, Bern 1997, s. 879. Fakat, yazar, buna örnek olarak, alacağı talep yetkisinin alacaktan ayrı olarak devredilemeyeceğini belirtmektedir. Hâlbuki, talep yetkisinin alacaktan ayrı olarak devredilememesi, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki bir sözleşme ile alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olmayışından kaynaklanmaktadır. bkz. s. 302. Alacağın devredilebilir olmasının alacağın bağımsızlığını ifade ettiği, alacak başka bir hakka veya alacağa bağlı ise bağımsız olarak devrinin mümkün olmayacağı görüşünde: Sirmen, s. 27-28. Sirmen (s. 28), alacağın bağımsız olarak devrinin mümkün olmadığı duruma kefalet alacağını örnek vermektedir. Feri hakların devredilebilirliği sorunu ile bağlantılı olarak, kefalet alacağının devredilebilir olup olmadığı konusunda bkz. s. 76.

²¹⁶ Enneccerus/Lehmann, s. 314; Larenz, § 34, s. 583; Fikentscher/Heinemann, N. 726; Staudinger/Busche, § 399, N. 7, N. 43; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 2. Ayrıca aşağıda bkz. s. 81.

devre etkisinin ne olacağı sorusunun cevabı genellikle tartışmaya açılmamaktadır. Oysaki yan borcun asıl borca bağımlılığı tek taraflı değildir. Örnek olarak, vekâlet sözleşmesinde, vekilin hesap verme borcuna ilişkin alacağın vekâletten doğan iş görme alacağına bağımlı olduğu belirlendiğinde²¹⁷, dolaylı olarak, iş görme alacağının ancak hesap verme borcuna ilişkin alacakla birlikte devrinin düşünülebileceği de belirlenmiş olmaktadır. Devrin muhtemel hukuki sonuçlarının bu şekilde, yan hakların geçişine ilişkin BK 189 hükmü göz önünde tutularak tarif edilebilmesi ise her ihtimalde mümkün değildir. Sözleşmeden doğan asli ve yan borçların birbiri ile ilişkisi, tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde yaptıkları anlaşmalar da dikkate alınarak, her durumda özel olarak irdelenmeyi gerektirmektedir.

Bu başlık altında, bir alacak hakkının başka bir hak veya borca bağımlılığı belirlenirken, temelde, o alacak hakkının hangi gerekçe ile bağımsız olarak devre konu edilemeyeceği açıklanmaya çalışılmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, devrin edimin içeriğinin değişmesine sebep olacağı hâllerde de alacak hakkı bağımsız olarak devre elverişli niteliğine sahip değildir. Edimin içeriğinin alacaklının şahsına göre belirlenmiş olması nedeniyle alacaklının şahsına bağımlıdır. Ancak, yukarıdaki başlık altında incelenen örneklerde, alacak hakkının alacaklının şahsına bağımlı olduğu saptanırken borçlunun korunması amaçlanmaktadır. Buna karşılık, bu başlık altında, bir alacak hakkının başka bir hak veya borca bağımlı olduğunu tespit edilen örneklerde, devir engeli her zaman yalnızca borçlunun korunması amacına yönelik değildir; devir engeli bulunduğu tespiti aracılığıyla borçlunun korunması dışında, alacaklının menfaatlerini de ilgilendiren başka hukuki veya ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi gayesi gözetilebilmektedir.

Bu açıdan, aslında, aşağıda verilen alacak hakkı türlerinin bir kısmı açısından devrin edimin içeriğinin değiştireceği tespiti yapılması da mümkün olabilir. Örnek olarak, vekâletten doğan iş görme alacağı veya kiralanana kullanım hakkı açısından, devrin edimin içeriğini değiştireceği söylenebilecektir. Bununla birlikte, verilen örneklerde devir engeli bulunduğu tespiti yapılırken amaçlanan, sadece edimin içeriğinin alacağın devri sonucu değişmesinin önüne geçilerek borçlunun hukuki durumunu ko-

²¹⁷ Bkz. s. 81 vd; özellikle dn. 321'a bağlı ana metin.

runması değildir. Aynı zamanda, alacağın kaynaklandığı sözleşmenin amacı ve işlevini gerçekleştirebilmesi ya da kanunda öngörülen tipe bağlılığının bozulmaması için zorunlu olan bazı unsurların bir arada tutulması gibi başka amaçlar da güdölmektedir. İşte bu çerçevede ele alındığında, devir engeli, dolaylı olarak, alacaklının da hukuki durumunu korumaya yarayabilmekte; örneğin, alacağın devri yoluyla o sözleşmedeki taraf sıfatının hukuki durumunun kötüleştirilmesinin önüne devir engeli bulunduğu saptaması yapılarak geçilebilmektedir.

Alacak hakkının başka hak ve borçlara “bağlılığı” yerine “bağımlılığı” deyişmini tercih etmemizin nedeni “bağlı hak” kavramı ile karışıklığın önüne geçmektedir. Öğretide, bağlı hak nitelendirmesi, doğrudan doğruya değil, bir başka hakka sahip olunduğu (yasal önalım hakkı, faiz alacağı vb.) veya belirli bir hukuki ilişkinin tarafı bulunulduğu (dönme hakkı vb.) için kazanılan hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu açıdan hak sahibinin belirlenış şekline ilişkin bir nitelendirmeyi ifade etmektedir²¹⁸. Aşağıda ferî haklar incelenirken görölecektir ki, bir alacak hakkının bağlı hak niteliğı taşıması tek başına o alacağın bağımsız olarak devrine engel teşkil etmemektedir²¹⁹. Bu çalışmada üzerinde durulan mesele, bir alacak hakkının karşıt (karşılıklı asli edim borcu gibi) veya paralel (asli edim borcu - yan edim borcu gibi) konumda bulunduğu başka bir hakla belli bir amaç doğrultusunda işlevsel bir bütün oluşturması ve alacağın devri yoluyla bu bütünden ayrılmasının mümkün olmamasıdır.

Öğretide bir görüş tarafından, sürekli borç ilişkilerinde alacak ve borçların iç içe geçtiğı ve alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştireceğı için mümkün olmadığı görüşü bir genelleme tarzında ortaya konulmakta, bu genellemeye ilişkin olarak adi kira, ürün kirası, hizmet, eser sözleşmesi örnekleri verilmektedir²²⁰. En başta vurguladığımız gibi²²¹, alacağın niteliğinin hangi hâllerde devre engel teşkil ettiğı sorusunun cevabı araştırılırken, sürekli edim gibi, alacağın konusu edimin belirli bir özelliğini esas alan genellemelere başvurulması, kanunda alacağın devri özgürlüğünün

²¹⁸ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 25. bası, İstanbul 2019, N. 578; Mustafa Dural / Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, C. I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükmöleri**, 14. bası, İstanbul 2019, N. 1022. “Bağımlı” nitelendirmesi ise öğretide bir hakkın bağımsız olarak devre konu edilemediğı durumları anlatmak için kullanılabilir. Bkz. Eren, N. 3864; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, 8. bası, İstanbul 2018, II § 4, N. 25.

²¹⁹ Bkz. s. 76.

²²⁰ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27; Becker, Art. 164, N. 32; Spirig, Art. 164, N. 173.

²²¹ Bkz. s. 26 vd.

prensip olarak düzenlendiği dikkate alındığında pek yerinde gözükmemektedir. Üstelik, sürekli edim borcu niteliği taşıyan alacak hakları denildiğinde oldukça geniş bir grup tarif edilmiş olmaktadır. Alacağın devri özgürlüğünü geniş ölçüde sınırlandıran böyle bir bakış açısına bağlı kalmak yerine, her bir alacak hakkının devre engel oluşturan yönünün örnek bazlı değerlendirilmesi yöntemine sadık kalınması daha isabetli olacaktır.

2. Örnekler Üzerinden Açıklanması

a. İş Görme Alacakları

(1) Vekilden İşin Görülmesini Talep Hakkı

Vekâlet verenin vekile karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkının niteliği serbestçe başkasına devrine engel oluşturur²²². Bunun gerekçesi, vekilin üstlendiği iş görme ediminin içeriği ve kapsamının, vekâlet verenin şahsı yararına belirlenmesi, devralanın vekilden görülmesini isteyeceği işlerin devreden işlerinden farklı olabilmesi ve bunun iş görme ediminin içeriğinin değişmesine yol açabilmesi şeklinde ifade edilmektedir²²³. Ayrıca, vekâlet sözleşmesi, kural olarak, vekilin ve vekâlet verenin şahısları arasında özel bir güven ilişkisi meydana getirmektedir. İş görme alacağının başkasına devrinin bu güven ilişkisi ile bağdaşmayacağı için mümkün olmayacağı da söylenebilmektedir²²⁴.

Bununla birlikte, devrin, iş görme ediminin içeriğinde herhangi bir içerik değişikliği meydana getirmediği ya da muhtemel bir içerik değişikliğine vekilin rıza verdiği ihtimâllerde dahi, iş görme alacağının niteliğinin devre engel oluşturduğunun kabul edilmesi daha isabetlidir²²⁵. Çünkü, işin görülmesinin talep hakkının başkasına geçirilmesi söz konusu olan bir ihtimalde, bunun vekâlet sözleşmesinden doğan başka hak ve borçlar üzerinde nasıl bir etki meydana getireceği hukuken belirsizdir. Örnek olarak, borçlusu olduğu iş görme alacağının devrine rıza verdiği ihtimalde, vekilin,

²²² Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; Feyzioğlu, s. 635; Aybay, s. 189; Eren, N. 3869; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1723; von Tuhr/Escher, s. 344; Becker, Art. 164, N. 36; Spirig, Art. 164, N. 175; Engel, s. 879.

²²³ Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; von Tuhr/Escher, s. 344; Becker, Art. 164, N. 36; Spirig, Art. 164, N. 175. İş sahibinin yükleniciye karşı sahip olduğu eserin tamamlanmasından önceki döneme ilişkin hakların devrinin mümkün olmadığı görüşünde: Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27.

²²⁴ Feyzioğlu, s. 635.

²²⁵ Aksi görüş için bkz. s. 62, dn. 229.

aynı zamanda devralanın verdiği talimatlara uyma borcu (BK 505) altına girip girmeyeceği veya vekilin hesap verme borcunun ifasının (BK 508) kim tarafından istenebileceği hususları bilinmemektedir. Bu belirsizlik yalnızca vekâlet sözleşmesi bakımından değil, iş görme borcunun doğumuna sebebiyet veren başka bir sözleşme türü olan, hizmet sözleşmesi bakımından da mevcuttur. Aşağıda görülmektedir ki, İş K. 7 hükmünde işçinin rızasıyla “geçici iş ilişkisi” kurulması imkânına yer verilirken, söz konusu belirsizlik dikkate alınmakta ve iş sözleşmesinden doğan başka borçların ifasının kim tarafından istenebileceği sorunu kanun tarafından önemli ölçüde açıklığa kavuşturulmaktadır²²⁶.

İş görme alacağının vekilin rızası ile başkasına geçirilmesi arzu edilen bir ihtimalde, vekâlet sözleşmesinin içeriğindeki başka hak ve borçların kime ait olacağı meselesinin de taraflar arasında özel olarak düzenlemesi gerekecektir ki, böyle bir düzenlemenin sadece BK 183/I anlamında bir alacağın devri sözleşmesi yapılarak gerçekleştirilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bu çerçevede, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işin görülmesini talep hakkının vekilin rızası ile edimin içeriği değiştirilerek geçirilmesi²²⁷ dahi yeterli olmayacaktır. Her ihtimalde, iş görme alacağının ifasına veya amacına ulaşmasına hizmet eden yan borçların²²⁸ ifasını talep hakkının kime ait olacağı hususunun anlaşma ile karara bağlanması gerekecektir. Bu nedenlerden ötürü, vekâlet sözleşmesinden doğan işin görülmesini talep hakkının vekilin rızasıyla başkasına geçirilmesi söz konusu olan bir olayda, taraflar arasında yapılan işlemin, somut olayın koşullarına göre, sözleşmenin devri veya sözleşme değişikliği yoluyla vekâlet sözleşmesinin bir tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme dönüştürülmesi olarak yorumlanması daha yerinde olacaktır.

(2) İşçiden İşin Görülmesini Talep Hakkı

Hizmet sözleşmesinde, işveren işçiye karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkını başkasına devredemez. Bunun birçok sebebi vardır: En başta böyle bir devir iş görme ediminin içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün değildir. Ayrıca, işçinin, işverene karşı onun emir ve talimatları altında bir iş görme borcu altına girmeyi

²²⁶ Bkz. s. 63.

²²⁷ Bkz. s. 88.

²²⁸ Bkz. s. 81.

kabul yönündeki iradesinin oluşumunda, işverenin kişiliğine duyduğu güven belirleyici bir rol oynamaktadır. İş görme ediminin içeriğinin değişebilir olması yanında, işin görülmesini talep hakkının temelindeki bu güven ilişkisi de devre engel oluşturmaktadır. Ancak, devir engelinin temelinde yatan en önemli sebep muhtemel bir devir hâlinde işin görülmesini talebine bağımlı yan hak ve borçların akıbetinin belirsiz oluşudur. Örnek olarak, muhtemel bir devir sonucu, işverenin emir ve talimat verme hakkının devralana geçip geçmeyeceği, işverenin işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma borcunun ifasının devredenden mi yoksa devralandan mı istenebileceği bilinmemektedir. Bu yüzden, muhtemel bir devrin edimin içeriğinde önemli bir değişikliğe yol açmayacağı veya iş ilişkisinin kuruluşunun özel bir güven temeline dayanmadığı durumlarda dahi, işin görülmesini talep hakkının niteliği devre engel oluşturmaktadır²²⁹ ve işçinin rızası ile dahi devri mümkün değildir.

Bununla birlikte, İş K. 7 hükmüne göre, “geçici iş ilişkisi” kurulabilen sınırlı hâllerde²³⁰, işverenin (asıl işverenin) işçiye karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkının başka bir işverene (geçici işverene) işçinin yazılı rızasıyla geçirilmesi mümkün olabilmektedir. Asıl işveren ve geçici işveren arasında yapılan, iş görme edimini

²²⁹ Geçmişte öğretide, işçinin üstlendiği edime ilişkin alacağın, edimin içeriğinde değişiklik meydana gelmeyecek olduğu (işin niteliği icabı işçinin herhangi bir kişiye karşı yapabileceği hizmetler) hâllerde devredilebilir olduğu belirtilmiştir. Bkz. Arsebük, s. 1063 ve orada dn. 18. Benzer şekilde, gündelikçinin edimi gibi alelâde hizmetlerin görülmesine ilişkin alacakların devredilebilir olduğu ifade edilmiştir: Becker, Art. 164, N. 36. Günümüzde ise böyle bir düşünce, yukarıda ana metinde sunulan gerekçenin yanı sıra, işçinin köle gibi alınıp satılabileceği şeklinde anlaşılmaya açık olması ve iş hukukunda benimsenen işçinin korunmasına yönelik modern anlayışa aykırı düşmesi nedeniyle de kabul edilemez. Benzer gerekçelerle İş K. 7 hükmü uyarınca işçinin rızasıyla geçici iş ilişkisi kurulabilmesi imkânı dahi sınırlı olarak kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda dn. 230 ve dn. 241 ile ona bağlı ana metin. Buna karşılık, İş K. 7 hükmünün uygulanmadığı hâllerde, işverenin işin görülmesini talep hakkını başka bir işverene alacağın devri (BK 183 vd) hükümlerine göre devredileceği fikrinde: Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 17. bası, İstanbul 2019, s. 291 ile s. 304.

²³⁰ Geçici iş ilişkisi kurulabilen hâller İş K. 7 hükmünde sınırlandırılmıştır: Süzek, s. 291; Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, 31. bası, İstanbul 2018, s. 225; Baskan, s. 5. Bu hükmeye göre, geçici iş ilişkisi iki ayrı hâlde kurulabilmektedir: Birinci ihtimal, bir özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulmasıdır. Özel istihdam bürosunun kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan bir işçiyi, işçi temini sözleşmesi ile bir geçici işverene yönlendirmesi sonucunda kurulan bu ilişki öğretide “meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi” olarak isimlendirilmektedir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi 4857 İş Kanunu’nda 6.5.2016 tarihli 6715 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte yasal bir dayanağa kavuşmuştur. Bkz. Esra Baskan, “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 21, S. 2, s. 3-46, s. 9-10). Ayrıca, İş K. 7/f.15 hükmüne göre, işveren, iş görülmesini talep hakkını, iş görme ediminin ifası holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde gerçekleştirilmek üzere, başka bir işverene devredebilmektedir. Bu iki geçici iş ilişkisi hâli birbirinden farklı düzenlemelere tabi olmakla birlikte, yukarıda aktarılan genel hususlarda ortak özellikler taşımaktadırlar.

talep hakkının devri hususundaki anlaşma, taraflar arasında geçici iş ilişkisi kurmak için yapılan sözleşmenin (işçi devri sözleşmesi, işçi verme sözleşmesi, ödünç işçi sözleşmesi) içeriğindeki asli unsuru oluşturmaktadır. Bu sözleşme sonucu meydana gelen ilişki, kanun tarafından “geçici iş ilişkisi” (ödünç iş ilişkisi) olarak isimlendirilmektedir. İş görme edimini talep hakkının devri sonucu, işçi, asıl işveren karşı üstlendiği iş görme edimini belirli bir süre için geçici işverene karşı ifa ile yükümlü hâle gelmekte, iş görme ediminin alacaklısı belirli bir süre için geçici işveren olmaktadır. Bunun dışında, işçi ve asıl işveren arasındaki iş sözleşmesi devam etmekte ve bu sözleşmedeki taraf sıfatlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir²³¹. İşçi ile geçici işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulması da söz konusu olmamaktadır²³².

Geçici iş ilişkisi kuran sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur (İş K. 7/f. 11 ve f. 15)²³³. Ayrıca, sözleşmenin geçerliliği için, işçinin rızasını yazılı olarak açıklaması aranmaktadır²³⁴.

Geçici iş ilişkisinin kurulması, iş görme ediminin ifasının talep hakkı ile bağlantılı başka hakların da geçici işverene geçirilmesi sonucu yaratmaktadır. Örnek olarak, geçici işveren, işin görülmesini talep hakkıyla birlikte yönetim hakkı, emir ve talimat verme hakkına da sahip olmaktadır (İş K. 7/f. 9)²³⁵. Diğer yandan, yan edim yükümlülüklerinin önemli bir kısmının geçici işveren tarafından üstlenilmesi sonucu meydana gelmektedir. Örnek olarak, geçici işveren, işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma borcu ile yükümlü tutulmaktadır (İş K. 7/f. 9)²³⁶. Geçici iş ilişkisi boyunca, asıl işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam etmekle beraber, geçici işveren, işçinin ödenmeyen ücretinden asıl işverenle birlikte sorumlu tutulmaktadır (İş K. 7/f. 12 ve f.

²³¹ Süzek, s. 304; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 227; Hamdi Mollamahmutoğlu / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku**, 2. bası, İstanbul 2018, s. 117-118; Candan Albayrak Zincirlioğlu, **İş Sözleşmesinin Devri**, İstanbul 2015, s. 123, s. 132.

²³² Süzek, s. 299; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 118; Albayrak Zincirlioğlu, s. 131; Baskan, s. 15.

²³³ Süzek, s. 304; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 228; Albayrak Zincirlioğlu, s. 126; Baskan, s. 15.

²³⁴ İş K. 7/f.15 hükmüne tabi durumlar bakımından, işçinin rızasını en erken devir işleminin yapıldığı sırada açıklaması gerektiği, devir işlemi yapılmadan önce açıkladığı yazılı rızanın yeterli sayılmayacağı görüşünde: Süzek, s. 304; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 241; Albayrak Zincirlioğlu, s. 125.

²³⁵ Süzek, s. 299; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 227; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 118, s. 122; Albayrak Zincirlioğlu, s. 126.

²³⁶ Süzek, s. 299; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 235 vd; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 120; Albayrak Zincirlioğlu, s. 127.

15)²³⁷. Öğretide, geçici işveren ve işçinin karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirtilen yoğunluğu dikkate alınarak, taraflar arasında kurulan ilişki iş sözleşmesi ilişkisine benzer (sözleşme benzeri) bir ilişki olarak nitelendirilmektedir²³⁸. Bu ilişkide, geçici işveren, işçiye karşı sahip olduğu işin görülmesini talep hakkını işçinin yazılı rızasıyla dahi başkasına devir yetkisine sahip değildir. İşin görülmesini talep hakkının devri için, alacaklının, asıl işveren sıfatına sahip olması aranmaktadır²³⁹.

Geçici iş ilişkisi kuran sözleşmenin hukuki niteliği öğretide tartışma konusudur²⁴⁰. Esasen, geçici iş ilişkisinin, işçinin korunmasına ilişkin kamu düzenini ilgilendiren yönleri dikkate alınarak²⁴¹, kuruluşu ve sonuçları bakımından İş K. 7 hükmünde emredici nitelikte detaylı düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir²⁴². Bu çerçevede, geçici iş ilişkisine alacağın devri hükümlerinin uygulanması, yalnızca kıyasen ve emredici düzenlemelere aykırılık oluşturmadığı müddetçe söz konusu olabilecektir.

b. Kullanma ve Yararlanma Alacakları

(1) Genel Olarak

Alacağın konusunu bir kullanma ve yararlanma ediminin oluşturduğu durumlarda alacağın niteliği devre engel teşkil eder. Çünkü, kullanma ve yararlanma hakkı sahibi olan taraf, bu hakkı kullanırken bazı yan edim borçlarına uygun davranmakla yükümlüdür ve alacağın devri işlemi, alacağın bağımlı olduğu yükümlülüklerin de

²³⁷ İş K. 7/f. 15 hükmüne tabi durumlar bakımından bu yönde: Süzek, s. 304; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 244-245. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisi bakımından daha sınırlı bir sorumluluk düzenlenmektedir. Bkz. Baskan, s. 28; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 238 vd; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 119-120. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Süzek, s. 299 vd.

²³⁸ Süzek, s. 299; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 118; Albayrak Zincirlioğlu, s. 131; Baskan, s. 17.

²³⁹ Albayrak Zincirlioğlu, s. 133.

²⁴⁰ Alacağın devri, temsil yetkisi verilmesi, sözleşmeye katılma, sözleşmenin kısmen üstlenilmesi ve atipik sözleşme niteliği taşıdığı yönünde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Belirtilen görüşler ve değerlendirmeleri için bkz. Ercan Akyiğit, **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara 1995, s. 107-118. Yazar atipik sözleşme görüşünü kabul etmektedir: Akyiğit, s. 117.

²⁴¹ Geçici iş ilişkisi uygulaması, iş gücünün iş güvencesi olmayan ve düşük ücretli geçici işçilerle sağlamak amacıyla kötüye kullanılması tehlikesi yaratmaktadır. Ayrıca sendikal haklar ve toplu iş sözleşmesi hakları bakımından da sakıncalara neden olabilmektedir. Bu yüzden sıkı düzenlemelere tabi olması zorunlu görülmektedir: Baskan, s. 8.

²⁴² Bu nedenle, İş K. 7 hükmünün İş Kanunu'na tabi olmayan iş sözleşmeleri bakımından uygulanmasının zorunlu olup olmadığı hâlihazırda iş hukuku öğretisinde tartışmalı gözükmektedir. Bu konudaki görüşler için bkz. Süzek, s. 291; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 225; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 112; Baskan, s. 10.

devralana geçmesi sonucu meydana getiremez. Borçlunun, devreden borçlusuna olduğu yükümlülüklerin ifası için devralana başvurabilmesi mümkün olmaz²⁴³. Ayrıca bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmadığı takdirde, bu yükümlülüklerin ifasının yalnızca devredenden istenebilir ve onun tarafından gerçekleştirilebilir olması, borçlunun hukuki durumunun kötüleşmesine neden olur²⁴⁴.

Bununla birlikte, aşağıda görülecektir ki, kanun koyucu, niteliği devre engel oluşturan kullanım hakkının serbestçe devredilebilir olduğunu -BK 322/I hükmünde olduğu gibi- özel bir hüküm ile düzenlemeyi tercih edebilmektedir. Böyle bir düzenleme karşısında, kullanım hakkının devrinin BK 183 hükümlerinde düzenlenen anlamıyla bir alacak devri anlamına gelip gelmediği ve böyle bir devrin önüne geçilmesi konusunda yapılan anlaşmanın bir devir yasağı anlaşması (*pactum de non cedendo*) niteliği taşıyıp taşımadığı sorunlarının değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

(2) Kiralananı Kullanım Hakkı

Kiralananı kullanım hakkına bağımlı birtakım yan yükümlülükler bulunmaktadır. Kiralananı özenle ve amacına uygun olarak kullanma yükümlülüğü, ayıpları kiraya verene bildirme yükümlülüğü, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma yükümlülüğü bunlara örnek teşkil eder. Kullanım hakkının bu yükümlülüklerden bağımsız olarak başkasına devredilmesi mümkün değildir. Çünkü bu yan yükümlülükler aynı zamanda kiralananı kullanım hakkının sınırlarını belirlemektedir²⁴⁵. Kiralananı kullanım hakkının yalnızca bu yan yükümlülüklerle birlikte başkasına devri söz konusu olabilir. Ancak böyle bir devir de devralanın kiralanandan yararlanma ihtiyacı ve ölçüsünün devredenden farklı olması hâlinde, kiralananı kullanım hakkının içeriğinin değişmesine yol açacaktır. Diğer taraftan, kiralananı kullanım hakkına sürekli tarzda bağımlı yan edim yükümlülüklerinin borçlusunun şahsı kiraya veren için önem taşıyabilir. Tüm bu özellikler nedeniyle, aslında, kiralananı kullanım

²⁴³ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27.

²⁴⁴ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 27; Spirig, Art. 164, N. 173.

²⁴⁵ Yan yükümlülüklerin kullanım hakkının sınırlarını belirlemesi konusunda bkz. Aydın Zevkliler / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 19. bası, Ankara 2019, s. 298; Duygu Koçak Diker, **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2018, s. 87.

hakkının kiraya verenin rızası olmaksızın başkasına geçirilmesinin mümkün olmaması gerekir²⁴⁶.

Fakat, kanun, pratikteki gereksinimleri dikkate alarak, adi kira sözleşmesinde kiracının kiralananı kullanım hakkını bir üçüncü kişiye, kiraya verenin rızasını armaksızın, geçirebilmesine kural olarak izin vermektedir. BK 322/I hükmüne göre: “*Kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceği gibi, kullanım hakkını da başkasına devredebilir.*”

Kiracının kullanım hakkını bir üçüncü kişiye geçirmesi, öğretide ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre, alacağın devri işlemi niteliği taşımaktadır ve geçerliliği yazılı şekle tabidir²⁴⁷. BK 322 hükmünün gerekçesi de bu görüşe göre kaleme alınmıştır²⁴⁸.

Kullanım hakkının geçirilmesi sonucu, devralan, kiralananın sözleşmeye uygun biçimde kendisine teslim edilmesi hususunda kiraya verene karşı bir talep hakkına sahip olmaktadır. Yazılı devir açıklamasına dayanarak doğrudan doğruya kiraya verene karşı dava açabilmektedir²⁴⁹. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan kiracı, ayrıca

²⁴⁶ Kiralananı kullanım hakkının içeriği devir yüzünden değişebileceği için niteliğinin devre engel oluşturduğu yönünde: Larenz, § 34, s. 582; Staudinger/Busche, § 399, N. 8.

²⁴⁷ Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2**, 4. bası, Ankara 1989, s. 157; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 207; Yavuz/Acar/Özen, s. 469; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. bası, Ankara 2019, N. 1239; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. bası, İstanbul 2013, s. 365; Zevkliler/Gökyayla, s. 313; Murat Aydoğdu / Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 4. bası, Ankara 2019, s. 484, s. 494; M. Murat İncoğlu, **Kira Hukuku, C. I**, İstanbul 2014, s. 496. Yargıtay da kullanım hakkının geçirilmesini alacağın devri olarak nitelendirmektedir. Bkz. HGK, 8.2.2012, E. 2011/3-749, K. 2012/50 (Lexpera); HGK, 03.10.2001, E. 2001/653, K. 2001/672 (Lexpera). Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre, BK 322/I hükmünde düzenlenen (her ne kadar kanunda açıkça “*kullanım hakkının devri*”nden söz edilmiş olsa da) bir alacağın devri işlemi değildir; bu hükümde yalnızca kiracının kiralananı serbestçe başka bir kişinin kullanımına bırakabileceği (zilyetliğini başkasına devredebileceği) düzenlenmektedir. Aynı görüş tarafından, BK 322/II ile BK 366/I hükümlerinde, sadece kiracının kiralananı başkasına kullandırmama yükümlülüğü altında olduğunun düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Ozanemre Yayla, s. 174-175.

²⁴⁸ BK 322 hükmünün gerekçesi: “...*Kullanım hakkının devrinde, kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik olmamakta ve kiracı kira sözleşmesinin kendisine sağladığı kiralananı kullanma alacağını kısmen veya tamamen başkasına devretmektedir. Bu devrin, alacağın devri hükümlerine tâbi olduğu konusunda bir duraksama yoktur.*”

²⁴⁹ Tandoğan, **C. I/2**, s. 157; Gümüş, **C. I**, s. 365; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 207; Zevkliler/Gökyayla, s. 316; İncoğlu, s. 497.

bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmadığı takdirde, kira bedelini ifa ile yükümlü olmaya devam etmektedir²⁵⁰.

Bununla birlikte, BK 322/III hükmünde, devralanı, kullanım hakkı ile bağlantılı yan borçlara uymakla yükümlü hâle getiren şöyle bir düzenlemeye yer verilmektedir: “*Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir.*” BK 322/III hükmünün birinci cümlesinde yalnızca alt kiracının kiraya verene karşı sorumluluğu düzenlenirken; ikinci cümlesinde, kiraya verenin kiracısına karşı sahip olduğu hakları sadece alt kiracıyı değil, aynı zamanda kullanım hakkını devralana da ileri sürebileceği öngörülmektedir. Hükmün ikinci cümlesine dayanılarak, kullanım hakkını devralanın da kiralananı kiracıya tanınan biçimde kullanmaya yetkili olduğu, başka biçimde kullandığı takdirde, kiraya verenin, kiracısına karşı sahip olduğu hakları doğrudan devralana karşı ileri sürebileceği kabul edilmektedir²⁵¹. Devralan, kiralananın sözleşmeye uygun bir şekilde kullanılmamasından ötürü, kiraya verene karşı, kiracıyla birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaktadır²⁵². Bu hüküm sayesinde, kiracının, örneğin, kiralanda yenilik yapılmasına katlanma yükümlülüğünün devralana geçirilebilmesi için kiracı ve kullanım hakkını devralan arasında ayrıca bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmasına ihtiyaç olmamaktadır²⁵³. Devralan, bu yükümlülüğe

²⁵⁰ Tandoğan, C. I/2, s. 158-159; Aydoğdu/Kahveci, s. 485; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 208; Zevkliler/Gökyayla, s. 316; İnceoğlu, s. 497.

²⁵¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 470; Gümü, C. I, s. 365; Zevkliler/Gökyayla, s. 314; Aydoğdu/Kahveci, s. 496; İnceoğlu, s. 497. eBK 259/III hükmünde yalnızca alt kiraya ilişkin bir düzenleme mevcuttu. Buna rağmen, hükmün kullanım hakkının devrinde de uygulanması gerektiği öğretide kabul ediliyordu. Bkz. Tandoğan, C. I/2, s. 158; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 207. eBK 259/III hükmünün karşılığını oluşturan BK 322/III hükmü ikinci cümlesi itibarıyla kullanım hakkının devrini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 67 II 139) hem alt kiranın hem de kullanım hakkının devrinin kiracının menfaatine hizmet ettiğini ve aynı ekonomik amacı güttüğünü ifade etmiş; bu ortak amacı kiralananı kullanım hakkının kira sözleşmesine taraf olmayan bir üçüncü kişiye geçirilmesi olarak tanımlamıştır. Bu karardaki yaklaşıma paralel olarak, başka bir kararda (BGE 81 II 346, E. 1) alt kiraya ilişkin OR 264 (BK 322) hükmünün kullanım hakkının devri bakımından da kıyasen uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.

²⁵² Tandoğan, C. I/2, s. 158; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 207; Zevkliler/Gökyayla, s. 314; Gümü, C. I, s. 366; Aydoğdu/Kahveci, s. 496. Yavuz/Acar/Özen’e göre (s. 470), alt kiraya ilişkin hükümlerin kiralananı kullanım hakkının devri hâlinde de uygulanması gerekir. Diğer yandan, ayrıca borçtan kurtarılmadıkça, devralanın yanında devreden de kira sözleşmesinden doğan borçlarla yükümlü kalmaya devam edeceği yönünde: BGE 81 II 346, E. 1.

²⁵³ Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 208.

uygun davranmadığı takdirde doğacak sonuçlardan doğrudan sorumlu tutulabilmektedir.

Kanun, bir taraftan kullanım hakkının kiraya verenin rızası aranmaksızın serbestçe devredilebileceğini düzenlemekte (BK 322/I), diğer taraftan bu serbestinin kiraya veren bakımından yaratabileceği tehlike ve güçlükleri göz önüne alarak, kiraya vereni koruma amacıyla BK 322/III hükmünü sevk etmektedir²⁵⁴. BK 322/III hükmü incelendiğinde anlaşılmaktadır ki, kanun koyucu, aslında kullanım hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğunu, kullanım hakkının devri üzerine ortaya çıkacak ilişkiye, sadece Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hükümlerinin uygulanmasının yeterli olmayacağını bilmektedir. Özellikle, alacağın devrinde borçlunun korunması prensibinin (BK 188/I) sağladığı imkânların, kiraya verenin hukuki durumunun korunması açısından tatmin edici olmayacağı düşüncesi temelinde, BK 322/III hükmü aracılığıyla kullanım hakkını devralan ve kiraya veren arasında doğrudan bir borç ilişkisi kurmayı gerekli görmektedir²⁵⁵.

Alacaklının rızası olmaksızın gerçekleşen borcun dış üstlenilmesi hâllerinde, kanun tarafından, alacaklının korunması amacıyla, genellikle, eski borçlunun bir süre daha yeni borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu kalmaya devam etmesi öngörülmektedir²⁵⁶. Örnek olarak, malvarlığı ve ticari işletmenin devrine ilişkin BK 202 hükmünde böyle bir düzenleme mevcuttur. Bu yaklaşıma oldukça benzer bir tarzda, kiralanı kullanım hakkının kiraya verenin rızası olmaksızın devredilebileceği düzenlenirken, bir yandan da kiracının bedel ödeme borcu dışındaki borçlarından, kiracı ve devralanı kiraya verene karşı birlikte sorumlu hâle getiren BK 322/III hükmüne yer verildiği anlaşılmaktadır.

Nitekim, öğretilde, kullanım hakkının yazılı şekilde bir alacağın devri işlemi ile başkasına geçirilebileceği kabul edilmekle birlikte, devir sonucu ortaya çıkan üç taraflı ilişkiye alacağın devrine ilişkin hükümlerinin (BK 183-194) doğrudan doğruya uygulanmasına temkinli yaklaşılmaktadır. Alacağın devrine ilişkin hükümlerin, kira sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabileceği haklı olarak

²⁵⁴ Kullanım hakkının devrinde kiraya verenin haklarının OR 264/II ve III (BK 322/II ve III)'deki kurallar aracılığıyla korunacağı yönünde: BGE 81 II 346, E. I.

²⁵⁵ Kiraya verenin kullanım hakkını devralana karşı sahip olduğu hakların kanundan kaynaklandığı yönünde: Tandoğan, C. I/2, s. 160.

²⁵⁶ Kahraman, s. 194.

ifade edilmektedir²⁵⁷. Ayrıca öğretide, kiraya veren ve kullanım hakkını devralan arasındaki ilişkinin bir kira sözleşmesine çok benzediği de belirtilmektedir. Taraflar arasında bir kira sözleşmesinin kurulması söz konusu olmadığı hâlde, devralanın alacağın devri sözleşmesinden kaynaklanan hakları ile kiraya verenin BK 322/III gereği sahip olduğu haklar birleştiğinde, kira sözleşmesine oldukça yakın içerikte bir hukuki ilişki ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir²⁵⁸. Bu düşüncelere paralel olarak, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, kullanım hakkının devri hâlinde, alt kiradan farklı olarak, kiraya veren ile üçüncü kişi arasında bir kira sözleşmesi ilişkisi meydana geleceğini ifade etmiştir²⁵⁹.

Kanun, adi kirada kiracının kullanım hakkını başkasına serbestçe devredebileceğini düzenlerken, ürün kirasında ve konut ile çatılı iş yeri kiralalarında kullanım hakkının devrini kiraya verenin rızasına bağlı tutmaktadır:

Ürün kirasına ilişkin BK 366/I hükmünde, kiracının, kiraya verenin rızası olmadıkça kiralananı kullanma ve işletme hakkını başkasına devredemeyeceği öngörülmektedir. Kanun koyucu nezdinde, kiraya veren açısından kiracının kişisel özelliklerinin ve yeteneklerinin adi kiraya nazaran ürün kirasında daha büyük bir önem arz edeceği varsayılmaktadır²⁶⁰. Ürün kirasında mevcut olan kira konusunu iyi bir tarzda işletme ve üretime elverişli hâlde bulundurma yükümlüğünün²⁶¹ ifası açısından kiracının şahsının daha yüksek önem taşıdığı düşünülmektedir. Kullanma ve işletme hakkının devrinin kural olarak kiraya verenin rızasına bağlı tutulması bu düşünceye dayanmaktadır²⁶². Benzer şeklide, konut ve çatılı iş yeri kiralalarına ilişkin BK 322/II hükmünde de kiracının, kiralananı kullanım hakkını başkasına devri için kiraya verenin yazılı rızası aranmaktadır. Bu düzenlemenin de temelinde, kiralananı kullanım hakkından yararlanacak kişinin şahsının kiraya veren bakımından kural olarak önem taşıdığı düşüncesinin yer aldığı açıkça bellidir. Ayrıca, bu hüküm, konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kiracıya sağlanan korumayı dengeleyen bir işleve de sahip gözükmektedir. Kiraya veren, kiracıyı koruyucu hukuki düzenlemelerden istifade edecek olan kişinin

²⁵⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 470; İncoğlu, s. 496.

²⁵⁸ Tandoğan, C. I/2, s. 160.

²⁵⁹ BGE 81 II 346, E. 1.

²⁶⁰ Tandoğan, C. I/2, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, 2014, s. 712.

²⁶¹ Tandoğan, C. I/2, s. 141.

²⁶² Tandoğan, C. I/2, s. 160; Yavuz/Acar/Özen, 2014, s. 712.

şahsını belirlemekte menfaat sahibidir²⁶³. Kiraya verenin bu menfaati, BK 322/II hükmünde kullanım hakkının devri için kiraya verenin rızasının gerekli olduğu öngörülerek korunmaktadır²⁶⁴.

Belirtilen hususların tamamı değerlendirildiğinde şu sonuçlara varılmaktadır: Kiralananı kullanım hakkının BK 322/I gereği serbestçe veya BK 366/I ile BK 322/II uyarınca kiraya verenin rızasıyla bir üçüncü kişiye geçirilmesi, BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen anlamıyla bir alacağın devri işlemi niteliği taşımamaktadır. Öğretide ve yargı kararlarında da kabul edildiği gibi, bu işlem sonucunda üçüncü kişinin doğrudan kiraya verene karşı talepte bulunmasına dayanak veren bir alacak hakkına kavuşmakta ve bu alacak hakkını kiracıdan devren kazanmaktadır. Ancak bu hâllerde, devren kazanım, kiralananı kullanım hakkı, BK 183/I anlamında niteliği devre elverişli bir alacak özelliğine sahip olduğu için değil, kanun BK 322/I-II ve BK 366/I hükümlerinde alacak geçişi sonucunu açıkça düzenlenmiş olduğu için meydana gelebilmektedir. BK 322/III hükmünde kiraya verenin kullanım hakkını devralan üçüncü kişiye doğrudan başvuruya yetkili kılmış olması, yapılan işlemin teknik olarak bir alacağın devri işlemi taşımadığı yönündeki en önemli delildir. Kanun koyucu bu hüküm ile alacağın devri hükümlerinin uygulanmasının kiraya verenin hukuki durumunun korunması için yeterli olmayacağını bildiğini ortaya koymaktadır. Kiralananı kullanım hakkının devri teknik olarak bir alacağın devri niteliği taşımadığı için, adi kirada kiralananı kullanım hakkının devrinin sözleşme ile yasaklanması da teknik olarak bir söz-

²⁶³ Konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kiracıya sağlanan korumaya karşılık olarak, kiraya verene en azından kiralananı kullanacak kişiyi seçme özgürlüğü tanınmış olduğu ve bu tercihin yerinde olduğu görüşünde: İncoğlu, s. 507.

²⁶⁴ Diğer yandan, kanun, BK 366/I ve BK 322/II hükümlerinde, yalnızca kiralananı kullanım hakkının devrini sınırlandırmamakta; aynı zamanda kullanım hakkının içeriğini tayin eden bir düzenleme de öngörmektedir. Buna göre, kiracının, kullanma hakkını kiraya verenin rızasını almaksızın başkasına devri, aynı zamanda kiralananı sözleşmeye uygun kullanma borcuna aykırılık niteliği taşıyacaktır: Koçak Diker, s. 91. Kiracının kiralananı kullanımının kiraya verenin rızası olmaksızın başkasına bırakılması hâlinde kira sözleşmesinin BK 316 hükmüne göre bildirim yoluyla feshedilebileceği konusunda: 6. HD, 26.09.2016, E. 2015/12210, K. 2016/5436 (YKD 2016/11, s. 2657-2659).

leşme ile kararlaştırılan devir yasağı (*pactum de non cedendo*) niteliğine sahip değildir²⁶⁵. Aynı gerekçeden ötürü BK 322/II ve BK 366/I hükümleri için de kanundan kaynaklanan bir alacağın devri yasağı nitelendirmesi yapılmamalıdır²⁶⁶. Gerek BK 322/II ve BK 366/I hükümleri uyarınca kullanım hakkının devri hâlinde, gerekse BK 322/I hükmünün aksine bir sözleşme yapılarak kullanım hakkının devrinin engellenmesi hâlinde, alacağın devri hükümleri (BK 183 vd) doğrudan değil kıyasen uygulanmalıdır²⁶⁷.

(3) Ödünç Konusunu Kullanım Hakkı

BK 380/II hükmüne göre: “*Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullanıramaz.*” Bu hükümde, ödünç konusunu kullanım hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu açıklanmaktadır²⁶⁸.

Kullanım ödünç (ariyet) sözleşmesinde ödünç alan, ödünç konusunu kullanım hakkı ile ayrılmaz biçimde bağımlı çeşitli yan yükümlülükler altındadır. Ödünç konusunu sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun olarak ve özenli kullanma yükümlülüğü (BK 380/I), ödünç konusunun olağan nitelikteki bakım ve koruma giderlerini karşılama yükümlülüğü (BK 381/I) bu niteliktedir. Ödünç konusunu kullanım hakkının bu yükümlülüklerden bağımsız olarak başkasına geçirilmesi mümkün değildir; çünkü bu yükümlülükler, kirada olduğu gibi, ödünç alanın kullanım hakkının sınırlarını belirlemektedir.

²⁶⁵ Öğretide, kira sözleşmesinde alt kiranın anlaşma ile yasaklandığı hâllerde, örtülü olarak, kullanım hakkının devrinin de yasaklanmış olacağı yorumu yapılmaktadır. Bu çerçevede, kullanım hakkının devrinin engellenmesi konusundaki anlaşma, sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli örneği olarak ele alınabilmektedir. Bkz. von Büren, s. 324. Aynı yorum şekli için bkz. Tandoğan, C. I/2, s. 156; Zevkliler/Gökyayla, s. 313; Yavuz/Acar/Özen, s. 470, dn. 149. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinden ayırt edilmesi hakkında bkz. s. 164.

²⁶⁶ Kanundan kaynaklanan devir engelinin niteliği devre elverişli bir alacağın devrinin emredici bir hükümle yasaklandığı haller olarak anlaşılması gerektiği konusunda bkz. s. 94 vd.

²⁶⁷ Niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacağın borçlunun rızası ile geçirilmesi halinde alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanacağı konusunda bkz. s. 91.

²⁶⁸ Bu hükümde alacağın devrinin kanun tarafından yasaklandığı yönündeki görüş ve eleştirisi için bkz. 94. Başka bir fikre göre, bu hükümde bir devir yasağı değil, yalnızca ödünç alanın ödünç konusunu başkasına kullandırmama yükümlülüğü altında olduğu düzenlenmektedir. Bkz. Ozanemre Yayla, s. 174.

Ayrıca, kullanım ödünç sözleşmesi, kural olarak, ödünç alanın şahsı temel alınarak kurulmakta, ödünç verenin sadece ödünç alanın şahsına karşılıksız bir kullanım hakkı sağlamak istediği varsayılmaktadır²⁶⁹. Olası bir devir hâlinde, devralanın ödünç konusunu kullanım ihtiyacı ve ölçüsünün devredenden farklı olması, kullanım hakkının içeriğini değiştirecektir. Bu çerçevede, ödünç konusunu kullanım hakkının içeriğinin ödünç alanın şahsına özgü olarak belirlenmesi nedeniyle de niteliğinin devre engel oluşturduğunu ifade etmek mümkündür²⁷⁰.

Öğretide, ödünç konusunu kullanım hakkının devrine engel bulunmakla birlikte ödünç veren ile ödünç alan arasında yapılan anlaşmayla başkasına geçirilebileceği görüşü ifade edilmektedir²⁷¹. Bu görüş, aynı zamanda, devir sonucu ödünç veren ile kullanım hakkını devralan arasında ortaya çıkacak hukuki ilişkiye, adi kiraya ilişkin BK 322/III hükmündeki düzenlemenin kıyasen uygulanacağı kabul edildiği takdirde savunulabilir. Aksi takdirde, ödünç verenin, ödünç konusunu kullanım hakkı ile bağlantılı yan yükümlülükler uyulmasını temin edecek hukuki araçlardan yoksun kalması tehlikesi ortaya çıkacaktır²⁷².

²⁶⁹ Kullanım hakkının ödünç alanın şahsına özgü niteliği, ödünç ilişkisinin kural olarak ödünç alanın ölümü ile kendiliğinden sona ereceği öngörülen BK 385 hükmünde özellikle dışa vurulmaktadır. Ödünç konusunu kullanım hakkının kişiye özgü oluşu hakkında bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 281; Yavuz/Acar/Özen, s. 731; Eren, **Borçlar Özel**, N. 1675.

²⁷⁰ BK 380/II hükmünde, sadece ödünç konusunu kullanma hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu açıklanmamakta, ayrıca ödünç konusunu kullanma yetkisinin geçici olarak bir üçüncü kişiye bırakılmasının da önüne geçmektedir. Ödünç konusunun başkasına kullandırılmaması bir yükümlülük olarak da düzenlenmektedir. BK 380/III hükmünde, ödünç konusunu başkasına kullandırmama yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımı olarak, beklenmeyen hâllerden sorumluluğu da kapsayan ağır bir sorumluluk öngörülmektedir.

²⁷¹ Yavuz/Acar/Özen, s. 727; Aydoğdu/Kahveci, s. 695; Zevkliler/Gökyayla, s. 379; Eren, **Borçlar Özel**, N. 1675. Öğretide ayrıca ödünç konusunun başkası tarafından kullanılabilmesi konusunda ödünç veren ile ödünç alan arasında BK 380/II hükmünün aksine bir anlaşma yapılabileceği veya ödünç verenin böyle bir kullanıma rıza gösterebileceği öğretide genel olarak ifade edilmektedir. Bkz. Tandoğan, **C. I/2**, s. 294; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 280; Gümüş, **C. I**, s. 433-434. Ancak anılan eserlerde kullanma yetkisinin başkasına bırakılması mı yoksa kullanma hakkının devrinden mi söz edildiği yeterince açık değildir.

²⁷² Bu yönde olarak bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 728. Yazarlar, alt ödünç ilişkisinin kurulabileceğini ve bu ilişkide ödünç vereni korumak amacıyla adi kiraya ilişkin BK 322/III hükmündeki düzenlemenden kıyasen yararlanılabileceğini belirtmektedir.

(4) Finansal Kiralama Konusunu Kullanım Hakkı

3226 sayılı mülga Finansal Kiralama Kanunu'nun 15. maddesinde finansal kiralama sözleşmesinden doğan kullanım hakkının kiraya verenin rızası ile dahi başkasına devredilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı²⁷³. Adi kirada olduğundan farklı böyle bir düzenleme getirilirken, finansal kiralama sicilindeki tescil veya şerhin gerçeği yansıtması sağlamak amaçlanmıştı²⁷⁴. Bu amacın kamu menfaatini ilgilendirdiği, bu nedenle söz konusu hükmün emredici nitelik taşıdığı kabul edilmekte, aksinin kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. Bu yüzden, finansal kiralama sözleşmesinden doğan kullanım hakkı, kanun tarafından devri yasaklanmış bir alacak hakkı olarak değerlendirilmekteydi²⁷⁵.

3226 sayılı mülga Finansal Kiralama Kanunu'nun emredici nitelikteki 15. maddesine karşılık gelen bir hüküm, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda yer almamaktadır. 6361 sayılı Kanun'un m. 26/f. 1 hükmüne göre: *“Kiracı, kiracılık sıfatını veya sözleşmeden doğan hak veya yükümlülüklerini, kiralayandan yazılı izin almak kaydıyla devredebilir. Bu devir nedeniyle finansal kiralama sözleşmesinde yapılan kiracı değişikliği, ilgisine göre 21 inci veya 22 nci madde çerçevesinde tescil edilir veya şerh olunur.”*

Bu hükme göre, kiraya verenin yazılı iznini alması koşuluyla, kiracı, bir alt finansal kiralama sözleşmesi kurabilir veya finansal kiralama sözleşmesinden doğan kullanım hakkını başkasına devredilebilir. Adi kira sözleşmesindeki kullanım hakkının devrinin hukuki niteliği hakkındaki yukarıda açıklanan yerleşik görüşe paralel olarak²⁷⁶, finansal kiralama konusu malı kullanım hakkının devri de öğretide bir alacak devri olarak nitelendirilebilmektedir²⁷⁷. Bu doğrultuda, adi kira sözleşmesine ilişkin BK 322/III hükmünün, finansal kiralamada hem kullanım hakkının devri veya hem de

²⁷³ Aynı maddede istisnai olarak tüketicilerin konut edinmesine veya yatırımlara finansman sağlayan finansal kiralama işlemlerinde kullanım hakkının kiraya verenin yazılı rızası ile devredilebileceği düzenlenmişti. Böyle bir değişikliğin sicile kaydedilmesi gereği öngörülmüştü.

²⁷⁴ Geçmişte finansal kiralama sicilindeki tescil ve şerhin gerçeği yansıtması sağlanırken, finansal kiralama şirketlerinin işlemlerine ilişkin hukuki sınırlamalara uygunluğun denetlenmesi ve kiracıya kredi veren kuruluşların gerçeğe aykırı görünüş ile aldatılmalarının önlenmesi amacı öngörülmüştü: Atilla Altop, **Özellikle Taşınır Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara 1990, s. 218.

²⁷⁵ Altop, s. 219.

²⁷⁶ Bkz. s. 66.

²⁷⁷ Murat Topuz, **Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, 2. bası, Ankara 2017, s. 453.

alt finansal kiralama sözleşme yapılması hâlleri bakımından kıyasen uygulanabileceği, kiraya verenin bu hükme dayanarak doğrudan doğruya alt kiracıya veya devralana baş vurabileceği, ondan finansal kiralama sözleşmesine uygun davranmasını isteyebileceği ifade edilebilmektedir²⁷⁸. Bu çalışmada ise, adi kira sözleşmesi bakımından, kiralananın kullanım hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu ve devrinin teknik anlamı ile bir alacağın devri işlemi niteliği taşımadığı görüşü benimsenmiştir. Bu görüşü temellendirmek için yukarıda sunulan gerekçelerin aynısı, finansal kiralama sözleşmesinden doğan kullanım hakkının bir üçüncü kişiye geçirilmesi ihtimali açısından da geçerli olmalıdır²⁷⁹. Bu çerçevede, finansal kiralama konusu malı kullanım hakkının bir üçüncü kişiye sözleşme ile geçirilmesi hâlinde, BK 183 ve devamındaki alacağın devri hükümleri, doğrudan değil ancak kıyasen uygulama bulabilir.

(5) Franchise Sistemini Kullanım Hakkı

Franchise sözleşmesinde, franchise alanın, franchise verene ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanma ve franchise verenin işletme organizasyonuna entegre edilme konusundaki talep hakkının niteliği serbestçe başkasına devredilebilmesine engel teşkil eder. Bunun temel gerekçesi, franchise alanın, çeşitli bakımlardan, franchise verene karşı onun yararına şahsen ifa yükümlüğü altında olması ve bu yükümlüğünün franchise alanın söz konusu talep hakkına ayrılmaz biçimde bağımlı olmasıdır²⁸⁰.

Özel bir güven temeline dayanan franchise sözleşmesinde, franchise alan, çeşitli bakımlardan, franchise verenin yararına iş görme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Franchise sisteminin doğru uygulanması, sürümün desteklenmesi, franchise sisteminin imajının korunması ve pekiştirilmesi bu nitelikteki yükümlülükleri ifade etmektedir. Bu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesinde franchise alanın kişisel özellikleri önem taşımaktadır. İş görme ediminin borçlusunun kişisel özelliklerinin

²⁷⁸ Topuz, s. 452, s. 453.

²⁷⁹ Bkz. s. 70.

²⁸⁰ Osman Berat Gürzumar, **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukî Korunması**, İstanbul 1995, s. 165; Çiğdem Kırca, **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1997, s. 164.

önem taşıdığı başka iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, franchise sözleşmesinde de franchise alan şahsen ifa yükümlülüğü altında bulunmaktadır²⁸¹.

Franchise alanın, franchise verene ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanma ve franchise verenin işletme organizasyonuna entegre edilme konusundaki talep hakkı, franchise verene karşı şahsen ifa yükümlülüğü altında olduğu iş görme borçlarına ayrılmaz biçimde bağımlıdır. Franchise alan, örneğin, sürümü destekleme borcunu, yalnızca franchise sistemini şahsen kullanarak yerine getirebilir²⁸². Franchise alanın sahip olduğu alacağı başkasına devrettiği varsayımında şöyle bir yapı ortaya çıkar: Devralan, franchise sistemini kullanım hakkı elde etmiştir, ancak franchise veren, hâlen daha, sürümü desteklemesine ilişkin talep hakkını franchise alana karşı muhafaza etmektedir. Franchise alanın, franchise verene ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanmaksızın, sürümü destekleme imkânı ise bulunmamaktadır²⁸³. Bu nedenle franchise alanın sahip olduğu hakkı alacağın devri yoluyla başkasına geçirme imkânı bulunmamaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, franchise veren, franchise sistemini kullanım hakkını, franchise alana onun kişisel özelliklerini dikkate alarak, onun yetenek ve becerisine güvendiği için tanımaktadır. Franchise veren, franchise sistemini kullanım hakkının kendisinin belirlemediği kişilere bırakılmasını istememektedir²⁸⁴. Bu çerçevede, franchise alan yönünden yalnızca bir alacağın devri engeli bulunmadığı, aynı zamanda franchise alanın sadakat ve koruma yükümlülüğü çerçevesinde, franchise sistemini başkasına kullandırmama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, franchise alan, geçersiz bir devir sözleşmesine dayanarak franchise sistemi üçüncü kişiye kullandırması hâlinde dahi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olacaktır²⁸⁵.

²⁸¹ Kırca, s. 161. Yazar, vekilin şahsen ifa yükümlülüğüne ilişkin BK 506/I hükmünün kıyasen uygulanacağını belirtmektedir.

²⁸² Gürzumar, s. 165; Kırca, s. 163.

²⁸³ Gürzumar, s. 165; Kırca, s. 164.

²⁸⁴ Kırca, s. 162.

²⁸⁵ Kırca, s. 163-164; Gürzumar, s. 166.

3. Feri Hak Niteliği Taşıyan Alacakların Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi

Feri hak niteliği taşıyan alacaklar, varlığı asıl alacağın varlığı koşuluna bağlı bulunan alacaklardır (BK 131). Başlıca örnekleri, kefalet, faiz ve ceza alacağıdır²⁸⁶.

Öğretide, genellikle, ferî alacakların, asıl alacaktan ayrı olarak devredilemeyecekleri ifade edilmektedir²⁸⁷. Bu konuda, ferî alacakların, asıl alacağın varlığına bağlı olmaları²⁸⁸ ve asıl alacak hakkına yardımcı olarak, onu güçlendirmekten ibaret bir işlev gerçekleştirmeleri²⁸⁹ gerekçe gösterilmektedir. Aşağıda, faiz ve ceza alacağı örnekleri incelendiğinde görülecektir ki, ferî alacakların asıl alacaktan ayrı olarak devredilemeyeceği şeklinde genel bir kural getirilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu, ferî alacağın asıl alacağa bağlılığı konusunu, her bir ferî alacağın özelliğini dikkate alarak, birbirinden farklı şekillerde tayin etmektedir²⁹⁰. Bir alacak hakkının varlığının başka bir alacağa bağlı olması, her durumda, o alacak hakkının bağımsız olarak devre konu edilemeyeceği anlamına gelmemektedir:

Bir ferî alacak niteliği taşıyan faiz alacağının, asıl alacaktan ayrı olarak devredilmesine kural olarak hiçbir engel yoktur²⁹¹. Çünkü, faiz alacağı varlığı ve doğumu açısından asıl para alacağına bağlı olmakla birlikte, ondan ayrı bir alacak hakkıdır. Asıl alacaktan ayrı olarak talep ve dava edebilir, asıl alacaktan ayrı bir zamanaşımı süresine tabidir (BK 147/I b. I)²⁹². Sıradan bir para alacağı niteliği taşıması nedeniyle,

²⁸⁶ Ferî hak kavramı için bkz. Oğuzman/Barlas, N. 588; Serozan, **Medeni Hukuk**, II § 4, N. 25; Dural/Sarı, N. 1025.

²⁸⁷ Feyzioğlu, s. 635; İst-BK/Öz, m. 183, N. 24; Fritz Fick, **Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1-22**, 1. Auflage, Zürich 1911, Art. 164, N. 10; Funk, Art. 164, N. 5; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 31; Engel, s. 879. Bazı eserlerde rehin hakkının teminat altına aldığı alacak hakkından ayrı olarak devredilemeyeceğinin ifade edildiğine rastlanılmaktadır. Bkz. Feyzioğlu, s. 635; Fick, Art. 164, N. 10; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 32; Becker, Art. 164, N. 37. Fakat, rehin hakkı, bir alacak hakkı değil, sınırlı ayni haktır. Bu nedenle, rehin hakkının asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilir olup olmadığı sorunu burada incelenmeyecektir.

²⁸⁸ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 31; Becker, Art. 164, N. 37; Spirig, Art. 164, N. 180.

²⁸⁹ Feyzioğlu, s. 635; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 31.

²⁹⁰ Staudinger/Busche, § 399, N. 38.

²⁹¹ Arsebük, s. 1065; Oğuzman/Öz, C. I, N. 970; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 788; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 8; von Tuhr/Escher, s. 345; Enneccerus/Lehmann, s. 315; Staudinger/Busche, § 399, N. 42; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7; MüKommBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 23; Yalnızca doğmuş faiz alacağı bakımından bu yönde: Eren, N. 3051.

²⁹² Oğuzman/Öz, C. I, N. 969-970; Eren, N. 3051. Bir görüşe göre, alacaklı, asıl borç henüz ödenmeden önce, yalnızca faiz alacağını bir üçüncü kişiye devretmiş ise böyle bir devir, aynı zamanda, BK 131/II uyarınca işlemiş faizi talep hakkının saklı tutulduğu anlamına gelir; alacaklı tarafından asıl

asıl alacaktan ayrı olarak üçüncü bir kişiye devredilebilmesi mümkündür. Faiz alacağı doğup doğmayacağının veya kapsamının henüz belli olmadığı dönemde dahi asıl alacaktan ayrı olarak başkasına devredilebilir. Bir alacağın henüz doğmamış olmasının devrine engel oluşturmadığı yönündeki yerleşik görüş doğrultusunda²⁹³, faiz alacağının doğmamış olması da devrine engel değildir²⁹⁴.

Benzer şekilde, belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ceza alacağının da asıl alacaktan ayrı olarak başkasına devredilebilmesinin önünde kural olarak hiçbir engel bulunmamaktadır. Ceza alacağının henüz doğmamış olması bu konuda bir farklılık yaratmaz²⁹⁵. Ceza alacağı, aynı faiz alacağı gibi, asıl alacaktan bağımsız olarak bir malvarlığı değerine sahiptir²⁹⁶. Alacaklı, ceza alacağının temsil ettiği malvarlığı değerinin devredilebilir olmasında her durumda menfaat sahibidir²⁹⁷. Ceza alacağının doğumu koşula bağlı bir para alacağı özelliği taşıması²⁹⁸, koşula bağlı alacakların devredilebilir olduğunu kabul eden hâkim görüş doğrultusunda, onun yalnız başına devredilmesine engel değildir²⁹⁹. Diğer yandan, ceza alacağının ayrı olarak devredilmesine, ceza koşulunun teminat ve yaptırım işlevlerini zedeleyici bir etki meydana getireceği gerekçe gösterilerek de karşı çıkılamaz. Devralanın, en az devreden kadar güçlü bir şekilde ceza alacağının ifasını talep ve dava edebilecek olması söz konusu işlevlerin gerçekleştirilmesi bakımından yeterlidir³⁰⁰.

borca ilişkin olarak ifanın kabul edilmesi, faiz alacağının sona ermesi sonucu meydana getirmez: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 787-788. Faiz alacağının devrine ilişkin olarak borçluya yapılacak bildirim, işlemiş faiz alacağının saklı tutulduğuna ilişkin bildirim işlevi de görecektir.

²⁹³ Belirtilen görüş için yukarıda bkz. s. 10 ve dn. 13.

²⁹⁴ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 23; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7. Buna karşılık, yalnızca doğmuş ve asıl alacaktan belirli derecede bağımsız hâle gelmiş faiz alacağının devredilebilir olduğu yönünde: Becker, Art. 164, N. 37; Eren, N. 3051.

²⁹⁵ Necip Bilge, **Cezai Şart**, Esat Arsebük Armağanı'ndan Ayrı bası, Ankara 1957, s. 75; Kenan Tunçomağ, **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul 1963, s. 88-90; Köksal Kocaağa, **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara 2003, s. 267-269; Becker, Art. 160, N. 25; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7; Staudinger/Busche, § 399, N. 42; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 23. Seçimlik ceza koşulunun asıl alacaktan ayrı bir olarak devri hâlinde seçim yetkisinin kime ait olacağı konusunda bkz. Bilge, s. 75; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 89-90; Becker, Art. 160, N. 25.

²⁹⁶ Bilge, s. 75; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 14; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 8; Enneccerus/Lehmann, s. 315.

²⁹⁷ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 88.

²⁹⁸ Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1565; Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 88; Kocaağa, s. 268. Ceza koşulunun, iradi koşula bağlı borçlara benzer bazı özellikler taşıdığı, ancak iradi koşula bağlı borçtan farklı bir hukuki kurum olduğu yönünde: Bilge, s. 56-59.

²⁹⁹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 88; Kocaağa, s. 268.

³⁰⁰ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 88; Kocaağa, s. 268. Bazı somut durumlarda ceza alacağı ile asıl alacağın birbirinden ayrılmasının anlamsız hukuki sonuçlara yol açacağı söylenebilir. Ancak bu tür istisnai

Devir konusu ceza alacağının bir para alacağı niteliği taşıdığı hâllerde, asıl alacağın sahibinden başkasına ifa edilecek olması, kural olarak, borçlunun hukuki durumunu ağırlaştırmaz³⁰¹. Yalnız, dikkat edilmelidir ki, ceza koşulunun konusu her zaman para olmak zorunda değildir. Para dışındaki bir edimin, örneğin bir iş görme ediminin veya bir yapmama ediminin yerine getirilmesi de ceza olarak kararlaştırılmış olabilir³⁰². Ceza koşulu olarak paradan başka bir edimin ifası kararlaştırılan hâllerde, edimin niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, ceza koşulu olarak bir yapmama ediminin ifa edilmesi kararlaştırılan hâllerde, ceza alacağının niteliği devre engel oluşturur. Yukarıda açıklandığı üzere, yapmama borcunun ifasını talep hakkı edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün değildir³⁰³.

Feri alacağın niteliğinin asıl alacaktan ayrı olarak devrine engel oluşturduğu başlıca örnek şudur: Kefalet alacağı teminat altına aldığı asıl alacaktan ayrı olarak devredilemez. Kefalet alacağı sadece asıl alacakla birlikte devredilebilmektedir³⁰⁴:

Kefalet alacağını asıl alacağa bağımlı hâle getiren ve ondan ayrı olarak devrine engel oluşturan, ardındaki kişisel teminat amacı değildir. Örnek olarak, başka bir kişisel teminat türü olan garanti sözleşmesinden doğan alacak hakkının başkasına devrine kural olarak hiçbir engel yoktur³⁰⁵. Kefalet alacağının, garanti sözleşmesinden doğan alacaktan farklı olarak, ferî bir teminat alacağı niteliği taşıması da asıl alacaktan ayrı olarak devrinin önündeki engelin açıklanması bakımından yeterli değildir. Faiz ve ceza alacağı örnekleri, alacağın ferî niteliğinin tek başına devre engel oluşturmayacağını orta koymaktadır. Kefalet alacağının asıl alacaktan ayrı olarak devrinin önündeki asıl engel, kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu, kanunun kefilî koruyucu hükümlerinden doğan savunmalardır:

somut durumların varlığı, ceza alacağının, kural olarak asıl alacaktan ayrı devredilebileceği görüşünü reddetmek için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır: Becker, Art. 160, N. 25.

³⁰¹ Tunçomağ, **Cezai Şart**, s. 88; Kocağa, s. 268.

³⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 343; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1575-1576.

³⁰³ Bkz. s. 34.

³⁰⁴ Tunçomağ, s. 1084; Feyzioğlu, s. 635; İst-BK/Öz, m. 183, N. 24; Burak Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, 4. bası, İstanbul 2016, s. 95; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 32; Becker, Art. 164, N. 37; von Tuhr/Escher, s. 345; von Büren, s. 323; Spirig, Art. 164, N. 180; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7.

³⁰⁵ Fick, Art. 164, N. 10. Teminat mektubundan doğan alacağın bankanın rızasına ihtiyaç olmaksızın devredilebileceği konusunda: 11. HD, 21.4.1992, E. 1990/7824, K. 1992/5567 (YKD 1992/7, s. 1066-1067).

Kefil alacaklıya karşı, bir kısmı alacaklı ile arasındaki kefalet sözleşmesinden (örneğin, adi kefalette BK 585, müteselsil kefalette BK 586 uyarınca), bir kısmı ise alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişkiden kaynaklanan (BK 591) çeşitli savunmalara sahip bulunmaktadır. Alacaklının, kefalet alacağını, kefilin rızası olmaksızın, başkasına devretmesi, kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaların önemli bir kısmının işlevsiz hâle gelmesine, bu yüzden kefilin hukuki durumunun kötüleşmesine yol açacağı mümkün değildir. Örneğin, bir adi kefalet sözleşmesinde, kefalet alacağının asıl alacaktan ayrı olarak başkasına devrinin mümkün olabileceği varsayımında kefilin durumu şu açıdan kötüleşir: Kefil, kendisine başvuran devralana karşı, BK 585/I hükmüne göre önce asıl borçluyu takip etmesi gerektiği savunmasını veya BK 585/II hükmüne göre önce rehini paraya çevirmesi gerektiği savunmasını ileri süremez. Çünkü, devralan, asıl borcun alacaklısı değildir; asıl borçluya karşı takibe geçemez. Kefalet borcunun alacaklısı ile asıl borcun alacaklısı aynı kişi olmalıdır ki, kefilin kanunda kendisine tanınan söz konusu savunmalardan yararlanabilmesi mümkün olabilsin. Görülmektedir ki, kefalet alacağı asıl alacağa ayrılmaz biçimde bağımlı bulunmaktadır³⁰⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde, kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunmalardan önceden feragati, BK 582/III hükmü ile yasaklanmıştır³⁰⁷. Bu açıdan, kefilin, kefalet alacağının asıl alacaktan ayrı olarak devrine ilişkin rıza açıklaması, alacaklıya karşı sahip olduğu savunmalardan önceden feragati niteliği taşıdığı ölçüde geçersiz olur. Bununla birlikte, kefilin, söz konusu savunmalardan, onlardan yararlanabilmesi mümkün hâle geldiği andan sonra feragat etmesi geçerli olarak hüküm doğurur³⁰⁸. Bu açıdan, kefilin sahip olduğu savunmalardan yararlanma imkânına kavuştuğu an itibarıyla, bunlardan feragat etkisi doğuracak şekilde, kefalet alacağını ödeyeceğini kabul etmesi ya da kefalet alacağının başkasına devrine rıza vermesi geçerli sayılabilir. Bu andan ibaren, kefilin kefalet alacağını ödemeyi kabul etmesinin kefalet alacağını asıl alacağa bağımlı olmaktan çıkaracağı, sıradan bir para alacağına dönüştüreceği, böylece kefalet alacağının kefilin serbestçe devrinin mümkün hâle geleceği söylenebilir. Benzer şekilde, öğretide, mahkemece karara bağlanmış bir

³⁰⁶ Bkz. s. 57 vd.

³⁰⁷ Özen, s. 393.

³⁰⁸ Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunmalardan feragat imkânı hakkında bkz. Özen, s. 393-395.

kefalet alacağının sıradan bir para alacağı niteliği taşıdığı, bu nedenle serbestçe başkasına devredilebilir olduğu kabul edilmektedir³⁰⁹.

Sonuç olarak, faiz ve cezai alacağı örnekleri açıkça göstermektedir ki, bir alacak hakkının ferî hak niteliği taşıması, asıl alacaktan ayrı, bağımsız bir alacak hakkı olarak devrine tek başına engel oluşturmaz. Bu yüzden, bir alacağın varlığının başka bir alacağın varlığına bağlı olduğunun belirlenmesi³¹⁰, söz konusu alacağın niteliğinin devre elverişli olmadığı sonucuna varmak için yeterli bir gerekçe değildir. Bu ferî hakkın tanımıdır³¹¹ ve yalnızca alacağın bir ferî hak vasfı taşıdığını tespiti yaramaktadır. Diğer taraftan, ferî alacak hakkının, asıl alacak hakkına yardımcı olarak, onu güçlendirmekten ibaret bir işlev gerçekleştirdiği hâllerde, asıl alacaktan ayrı olarak başkasına devredilemeyeceği şeklinde bir ölçüt verilmesi³¹² de isabetli olmayacaktır. Çünkü, örneğin, bağımsız olarak devri mümkün olan faiz ve ceza alacağı bakımından da asıl alacağa yardımcı olduğu, asıl alacağı güçlendirmekten ibaret bir işleve sahip olduğu nitelendirilmesi yapılabilir. Bununla birlikte, söz konusu ölçütten, aşağıda, bağımlı yan borçların ifasına ilişkin talep haklarındaki devir engeli açıklanırken yararlanılabileceği görülmektedir³¹³. Kefalet alacağı örneği sayesinde anlaşılmaktadır ki, bazı somut durumlarda, alacağın ferî hak olması yanında taşıdığı başkaca özellikler, asıl alacaktan bağımsız olarak devrine engel teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla, devir konusu alacağın bir ferî hak vasfı taşıdığı hâllerde, asıl alacaktan ayrı olarak devredilebilir olup olmadığı konusunun, her somut durum bakımından özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme sonucu niteliğinin devre elverişli olduğu belirlenen ferî alacaklar bakımından sözleşme ile devir yasağı (*pactum de non cedendo*) kararlaştırılması mümkündür³¹⁴. Buna göre, faiz alacağı ve ceza alacağının devri alacaklı ile borçlu arasında devir yasağı kararlaştırılarak engellenebilir.

³⁰⁹ İst-BK/Öz, m. 183, N. 24.

³¹⁰ Bu görüş için bkz. s. 76 ve dn. 288.

³¹¹ Bkz. s. 76.

³¹² Bu görüş için bkz. s. 76 ve dn. 289.

³¹³ Bkz. aşağıda dn. 316'e bağlı ana metin.

³¹⁴ Bkz. s. 133 vd.

4. Yan Edimin İfasına İlişkin Alacaklarının Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi

Bir geniş anlamda borç ilişkisinde, asıl edim borcunun yanında, kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanan birtakım yan edim borçları (yan edim yükümlülükleri) da yer alabilir³¹⁵. Bir yan edim borcunun, asli edim borcunun gereği gibi ifasına yardımcı olmaktan ibaret bir işleve sahip olduğu, asli edim borcu dışında bir anlamının bulunmadığı hâllerde³¹⁶, asli edim borcundan bağımsız olarak ifasının istenebilmesi mümkün değildir³¹⁷. Böyle bir yan edim ifasına ilişkin alacak hakkı, doğaldır ki, bağımsız olarak başkasına devredilemez. Örnek olarak, alıcının, satış konusu eşyanın uygun bir şekilde ambalaj yapılmasına ilişkin talep hakkının, satış konusu eşyanın teslim edilmesi ve mülkiyetin geçirilmesine ilişkin alacak hakkından bağımsız olarak başkasına devredilebilmesi mümkün değildir³¹⁸.

Bununla birlikte, asli edim borcundan bağımsız olarak ifası istenebilen bazı yan edim borçları da bulunmaktadır³¹⁹. Ancak, bir yan edim borcunun ifasının bağımsız olarak istenebilir olması, yan borca ilişkin talep hakkının devredilebilirliğini belirlemek bakımından tek başına yeterli değildir. Bir yan edimin ifasına ilişkin alacak hakkının niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığı her somut durum açısından özel olarak incelenmelidir:

Örnek olarak, vekâlet sözleşmesinde vekilin hesap verme borcu (BK 508/I) bağımsız bir yan edim borcu niteliği taşımaktadır ve iş görme borcundan ayrı olarak ifası

³¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 14; Oğuzman/Barlas, N. 930 vd.

³¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 14.

³¹⁷ Bu hâlde “*bağımlı yan borç*” söz konusu olduğu belirtilmektedir. Bağımlı yan borç ve bağımsız yan borç ayrımı için bkz. Oğuzman/Barlas, N. 936-937. Bağımlı yan borcun asıl borçtan ayrı olarak ifası istenebilir değildir. Ancak böyle bir borca aykırı davranılması, asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurur ve bunun tazminat talebine dayanak oluşturması mümkündür. Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 1227; N. 1541 ve bu paragrafa ilişkin dn. 469.

³¹⁸ Bir şeyin sunumuna ilişkin bağımsız yan borcun ifasını talep hakkının ayrı olarak devredilemeyeceği yönünde: Larenz, § 34, s. 583.

³¹⁹ Yan borcun, asli edim borcunun ifasına değil, amacına ulaşmasına yardım ettiği hâllerde, asli edimden bağımsız olarak ifa edileceği, bu nedenle bağımsız olarak da ifasının istenebileceği yönünde: Oğuzman/Barlas, N. 937.

istenebilir³²⁰. Buna karşılık, vekâlet verenin, hesap verilmesini talep hakkını, işin görülmesini talep hakkından ayırarak başkasına devredebilmesi mümkün değildir³²¹. Çünkü, hesap verme borcu yalnızca iş görme ediminin alacaklısının (vekâlet verenin) şahsına ifa edilerek doğuş amacını gerçekleştirebilir³²². Hesap verme borcunun amacı, iş görme ediminin alacaklısına ifasını zorunlu kılmakta, hesap verilmesini talep hakkının başkasına devrine engel oluşturmaktadır.

Buna karşılık, kiraya verenin, kiracısına karşı sahip olduğu, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödenmesini talep hakkı (BK 317) sıradan bir para alacağıdır. Kiraya veren, temizlik ve bakım giderlerinin ödenmesini, kiracıdan, kira bedelinden ayrı olarak isteyebileceği gibi, kira bedelinden ayrı olarak başkasına devredilebilir. Asli edim borcunun alacaklısına, yani kira bedelinin alacaklısına, ifa edilmesini zorunlu kılan bir içerik taşımamaktadır. Nitekim, genel olarak, yan edim niteliğindeki belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin talep haklarının, asli edimin niteliğinin alacağın devrine engel oluşturduğu durumlarda dahi, asli edimden bağımsız olarak devrine kural olarak engel bulunmadığı ifade edilmektedir³²³.

Sonuç olarak, bir yan edim borcuna ilişkin alacak hakkı için devir yasağı kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı inceleme konusu edildiğinde şöyle bir yöntem izlenmelidir: İlk aşamada yan edim borcunun asli edim borcundan bağımsız olarak ifasının istenebilir olup olmadığı belirlenmeli; bağımsız olarak ifasının istenebilir olduğu belirlendiği takdirde buna ilişkin alacak hakkının niteliğinin devre elverişli olup olmadığı tespit edilmelidir. Niteliği devre elverişli ise devrinin bir devir yasağı anlaşması (*pactum de non cedendo*) ile engellenmesi mümkündür. Buna göre, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerinin ödenmesini talep hakkı (BK 317) için bir devir yasağı kararlaştırılabilir.

³²⁰ Hesap verme borcu zamansal olarak iş görme ediminden daha sonra, dolayısıyla, her durumda, iş görme borcundan bağımsız olarak ifa edilecektir. Bu özellik dikkate alındığında, iş görme borcundan bağımsız olarak ifasının istenebilecek olduğu açıkça görülür.

³²¹ von Tuhr/Escher, s. 345; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 32. Genel olarak, bir yan edim borcu niteliğindeki hesap verme borcuna ilişkin alacak hakkının devrine engel bulunduğu yönünde: Enneccerus/Lehmann, s. 314; Larenz, § 34, s. 583; Fikentscher/Heinemann, N. 726; Staudinger/Busche, § 399, N. 7, N. 43; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 7.

³²² Buna hesap verme borcunun asli edim dışında tek başına bir anlamının bulunmaması gerekçe gösterilmektedir. Örnek olarak bkz. Enneccerus/Lehmann, s. 315.

³²³ Palandt/Grüneberg, § 399, N. 4.

5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Lehtarın ve Vaad Ettirenin Sahip Olduğu Talep Haklarının Devredilebilir Olup Olmadığının Belirlenmesi

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin (lehtar) vaad edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir³²⁴. Lehtar sahip olduğu alacak hakkı üzerinde tasarruf edebilmekte, bu anlamda kural olarak alacağı serbestçe başkasına devredebilmektedir. Bu nedenle, lehtarın sahip olduğu alacak hakkının devredilebilir olup olmadığı sorusunun çözümü herhangi bir özellik taşımamaktadır. Alacağın devir yeteneğine ilişkin genel esaslar çerçevesinde her somut olay bakımından özel olarak değerlendirilmektedir³²⁵. Bu doğrultuda, örnek olarak, lehtarın bir para alacağına sahip olduğu ihtimalde, lehtar ile borçlu arasında devir yasağı kararlaştırılarak para alacağının devrinin engellenmesi mümkündür³²⁶. Tam üçüncü kişi yararına vekâlet sözleşmesi söz konusu olan başka bir örnekte³²⁷, vekâletten doğan iş görme ediminin niteliği lehtarın yapacağı devir bakımından da engel oluşturacaktır.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtarın yanı sıra vaad ettiren de edimin lehtara ifası hususunda talep yetkisine sahiptir³²⁸. Buna BK 129/II hükmünün “...*üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da... edimin ifasını isteyebilirler*” şeklindeki ifadesi gerekçe gösterilmektedir³²⁹.

³²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 29-30; Eren, N. 3586; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1306; Arif B. Kocaman, **Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu**, 2. bası, Ankara 1992, s. 103; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul 2008, s. 139.

³²⁵ Eren, N. 3584; Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 182; Becker, Art. 164, N. 24; Spirig, Art. 164, N. 16; Staudinger/Busche, § 399, N. 35; Dornwald, s. 112.

³²⁶ Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 182.

³²⁷ Vekilin, iş görme edimini vekâlet veren yararına olarak değil, bir üçüncü kişi yararına olarak ifade bulunması kararlaştırılabilir: Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. bası**, Ankara 1987, s. 362; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. bası**, İstanbul 2014, s. 120.

³²⁸ Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 111; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1307. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde, vaad ettirenin de talep yetkisine sahip olduğu yönünde: Eren, N. 3583; Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 30, dn. 36.

³²⁹ Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 111; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1307.

Vaad ettirenin talep yetkisinin temelde bir alacak hakkına dayanıp dayanmadığı ise tartışmaya açık bir konudur³³⁰. Vaad ettirenin talep yetkisinin temelde bir alacak hakkına dayandığı kabul edilirse, sonraki aşamada bu alacak hakkının niteliğinin devre elverişli olup olmadığı incelenmeye geçilebilir. Üçüncü kişi yararına sözleşme teorisini ilgilendiren bu ön meselenin bu çalışma kapsamında çözüme kavuşturulması olanağı bulunmamaktadır. Ancak, araştırmamız sırasında rastladığımız bir görüş, vaad ettirenin talep yetkisini başkasına devredebilmesinin mümkün olup olmadığı sorununun çözümü açısından yol gösterici gözükmektedir:

Bu görüşe göre, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede vaad ettirenin kendisi bir alacak hakkına sahip değildir. Vaad ettiren, lehtarın sahip olduğu alacak hakkını, kendi adına ileri sürmesine olanak veren bir talep yetkisine sahiptir ve bu talep yetkisinin dayanağı kanundur. Bir kişinin edimin alacaklıya ifa edilmesini kendi adına talep hususunda yetkili olduğu kanundan kaynaklanan özel bir durum söz konusudur³³¹. Türk hukukunda bu görüşe bağlı kalınırsa, vaad ettirenin sahip olduğu talep yetkisinin BK 129/II hükmüne dayandığı söylenebilir³³². Bu görüşün konumuz bakımından önemi şu noktadadır: Vaad ettiren, arzu ettiği takdirde, üçüncü bir kişiyi, edimin lehtara ifa edilmesini vaad edenden talep konusunda kendisini temsile yetkilendirebilir. Bu görüş dâhilinde, üçüncü kişiye alacağı talep konusunda yetki verilmesi işlemi alacağın devri niteliği taşımayacaktır³³³.

Gerçekten de bir tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapısında, vaad ettirenin, bir kişiyi, edimin lehtara ifasını talep konusunda yetkilendirmesine yalnızca temsile ilişkin esaslar çerçevesinde bir anlam vermek mümkün olabilmektedir. Buna karşılık, vaad ettirenin sahip olduğu talep hakkının bir alacak hakkı niteliği taşıdığı görüşüne

³³⁰ Genellikle, vaad ettirenin talep hakkının bir alacak hakkına dayandığı kabul edilmektedir. Vaad ettirenin alacak hakkının lehtarın alacak hakkı karşısındaki durumunu açıklamak üzere, özel bir alacağın çokluğu hâli bulunduğu, alacakların yarışması söz konusu olduğu, içerik itibarıyla birbirinden farklı iki alacak hakkı bulunduğu şeklinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler için bkz. Dornwald, s. 114. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede hem vaad ettiren hem de lehtarın ifayı talep etme hakkına sahip olması durumunun aralarında bir alacaklı teselsülü yaratmayacağı çünkü, vaad eden hangisinin talebine uyarsa uysun ifayı lehtara yapmakla yükümlü olduğu yönünde: Eren, N. 3583; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1308; Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 112.

³³¹ Dornwald, s. 115 ve orada dn. 1’de gösterilen yazarlar.

³³² Alman hukukundaki dayanağı BGB § 335 hükmüdür.

³³³ Alman hukukunda, vaad ettirenin bir üçüncü kişiye “*ifayı kendi adına talep yetkisi*” (*Einziehungsermächtigung*) tanınmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Dornwald, s. 115-116. Kavramın tanımı için bkz. aşağıda s. 368’te dn. 1457.

bağlı kalındığı takdirde, devralanın böyle bir alacak hakkını devralmakta nasıl bir hukuki menfaatinin olacağı belirsizdir. Nitekim, bir kimsenin sadece lehtara ifası istenebilen bir alacak hakkını devralmakta hukuken açıklanabilir bir menfaatinin bulunmadığı, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından özellikle vurgulanmaktadır:

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaad ettirenin, edimin lehtara ifası konusunda sahip olduğu talep yetkisinin kendi alacak hakkına dayandığı konusunda tereddüt edilmez. Lehtar bir alacak hakkına sahip olmayıp yalnızca edimin ifasını kabule yetkilidir³³⁴. Bu açıdan, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaad ettirenin sahip olduğu alacak hakkını başkasına devredebileceği kabul edilmektedir³³⁵. Yalnız, edimin sadece lehtara ifa edilmesini isteyebileceği dikkate alındığında, devralanın böyle bir alacağı devralmakta pek bir menfaatinin bulunmadığı ifade edilmektedir³³⁶. Bu çerçevede, sadece, vaad ettirenin sahip olduğu alacak hakkını lehtara devretmesinin pratik bir değer taşıyacak olduğu görüşü ileri sürülmektedir³³⁷. Bu görüş, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından kabul edilebilir olmakla birlikte, tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından şöyle eleştirilmektedir: Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtarın da vaad ettirenin sahip olduğu talep hakkını devralmakta hukuki bir menfaati yoktur. Çünkü, lehtar zaten kendisi bir alacak hakkına sahiptir ve edimin ifasını kendi adına talep edebilmektedir³³⁸.

Sonuç olarak, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtarın sahip olduğu alacak hakkının niteliği devre elverişli olduğu takdirde, bu alacak için devir yasağı kararlaştırılması mümkündür³³⁹. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaad ettirenin sahip olduğu yetkinin bir alacak hakkına dayanmadığı görüşü üstün tutulursa; bu yetkinin başkasına devrinin vaad eden ile vaad ettiren arasındaki sözleşmede yasaklanması bir *pactum de non cedendo* niteliği taşımayacaktır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede

³³⁴ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1302; Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 28; Eren, N. 3567.

³³⁵ Buna göre, vekâletten doğan iş görme ediminin üçüncü bir kişiye ifa edilmesi kararlaştırılan bir eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaad ettirenin sahip olduğu alacak hakkını başkasına devredebilir. Devir, alacağın konusu edimin içeriğinde değişikliğe yol açmaz, çünkü, borcun ifası, ister devreden isterse devralan tarafından talep edilsin, lehtara yapılacaktır. Bkz. Eren, N. 3570; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1305; Becker, Art. 164, N. 24; von Tuhr/Escher, s. 237; s. 345.

³³⁶ von Tuhr/Escher, s. 237, dn. 11; s. 345; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1305.

³³⁷ von Tuhr/Escher, s. 237, dn. 11; s. 345.

³³⁸ Dornwald, s. 113.

³³⁹ Bkz. s. 133 vd.

vaad ettirenin sahip olduğu alacak hakkı, eğer niteliğı devre elverişli bir alacak hakkı ise devir yasağı anlaşmasının konusunu oluşturabilir³⁴⁰.

D. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engeline Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

1. Kesin Hükümsüzlük

Alacağın niteliğinden kaynaklanan engele rağmen gerçekleştirilen bir devir işlemine uygulanacak yaptırımın türü hakkında öğretilerde iki görüş bulunmaktadır:

Bir görüşe göre, niteliğı devre engel oluşturan bir alacak hakkının devri kesin hükümsüz olur. Hükümsüzlüğün düzeltilebilmesi imkânı bulunmamaktadır³⁴¹.

İkinci bir görüşe göre, alacağın niteliğinden ileri gelen devir engeli sadece borçluyu korumaya yönelikse, borçlu bu korumadan feragat ederek alacağın devrine rıza verebilir. Borçlunun baştan izin veya sonradan onay vererek alacağın devrini geçerli hâle getirebilmesi mümkündür³⁴². Bu görüş kapsamında genellikle, kesin hükümsüzlük yaptırımını tarif eden bir biçimde, devrin herkese karşı geçersiz olacağı ve alacağın devralanın malvarlığına geçmeyeceğı belirtmekte, buna rağmen, geçersizliğin borçlunun rızası ile düzelebileceğini ifade edilmektedir³⁴³.

³⁴⁰ Bkz. s. 133 vd.

³⁴¹ Feyzioğlu, s. 633; Özakman, s. 22; von Büren, s. 325; Engel, s. 879; Spirig, Art. 164, N. 184; RGRK/Weber, § 399, N. 17.

³⁴² Eren, N. 3870; Nomer, N. 242; Funk, Art. 164, N. 5; von Tuhr/Escher, s. 348; **Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO Commentaire**, (ed.) L. Thévenoz, F. Werro, 2. édition, Bâle 2012 = CR-Probst, CO 164, N. 66; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52; Koller, § 84, N. 70; Bucher, § 31, s. 542; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Bernhard Berger, **Allgemeines Schuldrecht**, 2. Auflage, Bern 2012, N. 2112; Bernd Stauder / Hildegard Stauder, “Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz”, **Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen**, (hrsg.) W. Hadding, U.H. Schneider, Berlin 1986, s. 291-312, s. 296; Larenz, § 34, s. 582; Staudinger/Busche, § 399, N. 23. Devrin alacağın içeriğinde değişikliğe yol açacağı hâllerde borçlunun başkasına ifada bulunmakta haklı bir çıkarı bulunduğu ve alacağın devrinin geçersizliğini ileri sürebileceğı yönünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1722. Alacak hakkının özelliğine uygun düştüğü ölçüde borçlunun alacağın devrine rıza verebileceğinin kabul edilmesi, alacağın devir kabiliyetinin desteklenmesi gerektiğı görüşünde: Ozanemre Yayla, s. 215.

³⁴³ Açıkça bu doğrultuda: Bucher, § 31, s. 542; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Stauder/Stauder, s. 296. Ayrıca, niteliğı gereğı devredilemeyen bir alacağı konu alan devir işleminin geçerliliğinin borçlunun rızası ile düzelebilir olması karşısında, devrin nispi etkisiz olduğunu (CR-Probst, CO 164, N. 66) ve askıda hükümsüz olduğunu (B.Berger, N. 2112) ileri süren görüşlere de rastlanılmaktadır.

Belirtilen görüşlerin her ikisinin de haklı oldukları yönler bulunmakta ve birbirleriyle aşağıdaki şekilde bağdaştırılabilmeleri mümkün gözükmektedir:

İlk sırada takdim edilen görüş haklıdır; çünkü, niteliği devre engel oluşturan bir alacağın, BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen anlamdaki iki taraflı alacağın devri sözleşmesi ile devralana geçirilmesi imkânı yoktur³⁴⁴. Bu hâlde alacağın devri işleminin konusu imkânsızdır ve bu bir objektif imkânsızlık hâli oluşturmaktadır³⁴⁵. Objektif imkânsızlık hâlinde uygulanması gereken yaptırım BK 27/I uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Hâkim alacağın devri işleminin kesin hükümsüzlük olduğunu resen göz önüne almalıdır³⁴⁶. Borçlu tarafından alacağın devri işleminin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi itiraz niteliği taşır³⁴⁷. Örnek olarak, vekâletten doğan bir iş görme alacağı, devreden ve devralan arasında yapılan alacağın devri sözleşmesine konu edilmiş ve böyle bir devir sözleşmesine dayanılarak vekile iş görme edimini ifa talebi dava yoluyla yöneltilmişse, hâkim alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu ve devrin geçersiz olduğunu kendiliğinden göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Hâkimin bu hususu nazara alması için, iş görme ediminin niteliğinin devre engel oluşturduğunu savunmasının vekil tarafından ileri sürülmüş olmasına gerek yoktur. Ayrıca, senede bağlanmış alacaklar bakımından iyiniyetin korunması öngörülen BK 183/II hükmü ve devredenin garanti sorumluluğunun düzenlendiği BK 191 hükmü alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu hâllerde uygulama bulmaz. Çünkü, bu hâllerde, alacağın niteliğinin devre elverişli olmadığına üçüncü kişiler tarafından tespit edilebilmesi mümkündür. Böyle bir alacak hakkını devralmak isteyen bir kişi, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu anlayabilir. Bu yüzden, devralanın korunmaya değer bir güveni söz konusu olamaz³⁴⁸.

³⁴⁴ Wolff, s. 166.

³⁴⁵ Niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacağının devrinin borçlanıldığı ihtimalde, devir borcunun konusunun imkânsız olduğu ve sözleşmenin BK 27/I (eBK 20/I) gereğince kesin hükümsüz olacağı (hem mutlak imkânsızlık teorisi hem de objektif imkânsızlık teorisi çerçevesinde) kabul edilmektedir. Bkz. Engin, s. 85.

³⁴⁶ Sungurbey, s. 384; Spirig, Art. 164, N. 184.

³⁴⁷ Sungurbey, s. 384. Borçlunun alacağın devrine engel bulunduğu savunmasının bir defî niteliği taşıdığı görüşünde: Keller/Schöbi, s. 58-59; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Eren, N. 3870. Borçlu bu defiyi ileri sürmediği takdirde, alacağın devrine örtülü olarak rıza verdiğinin kabul edileceği görüşünde: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434. Alacak hakkının devredilebilir olduğu prensip olarak öngörüldüğü için, devir engeli mevcut olan istisnai bir durumun mevcut olduğunu ileri süren tarafın, örneğin alacağın borçlusunun, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu yönünde: RGRK/Weber, § 399, N. 2.

³⁴⁸ Bu konuda bkz. s. 162 vd.

Bununla birlikte, alacağın niteliğinden ileri gelen devir engelinin sadece borçluyu korumaya yönelik olduğu (edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebileceği) hâllerde, borçlunun bu korumadan feragat ederek alacağın devrine rıza verebileceği yönündeki hâkim görüş de tamamen haksız değildir. Sadece bu görüşün “*niteliği devre engel oluşturan bir alacağın devrinin kesin hükümsüz olacağı ancak kesin hükümsüzlüğün borçlunun rızası ile düzeltilebileceği*” şeklindeki ifade biçiminin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, hemen aşağıdaki başlık altında, savunulan görüşe göre, alacağın konusu edimin içeriği borçlunun katılımıyla değiştirilerek devralana geçirilmesi mümkün olabilir; fakat böyle bir işlem teknik olarak (BK 183 vd anlamında) bir alacağın devri işlemi niteliği taşımayacaktır.

2. Borçlunun Rızasının Etkisi

Alacağın devrinin yalnızca edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı hâllerde³⁴⁹, alacaklı ile borçlunun, devralanın şahsına özgü içerikte bir alacak hakkını - borç ilişkisinin kuruluşu sırasında veya değiştirme sözleşmesi yaparak daha sonra - yaratmasının mümkün olduğu düşüncesinden hareket edilir³⁵⁰ ve alacak hakkının borçlunun rızası ile devralana geçirebileceği kabul edilir. Aslında bu tarz durumlarda başvurulabilecek iki hukuki yol daha vardır: Mevcut alacağın borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir anlaşma ile sona erdirilmesi ve daha sonra borçlu tarafından üçüncü bir kişiye karşı yeni bir borç altına girilmesi³⁵¹ ya da alacaklı ile borçlu arasında yapılan yenileme sözleşmesi ile alacaklı tarafın değiştirilmesi³⁵². Fakat belirtilen her iki ihtimalde de mevcut alacağın sona erecek olması nedeniyle doğacak hukuki sonuçların (örneğin, faiz, ceza alacağı gibi ferî hakların sona ermesi) taraflarca arzu edilmemesi ihtimal dâhilindedir. Alacak hakkını sona erdirmeyip içeriğini değiştirerek bir üçüncü

³⁴⁹ Devir yüzünden edimin içeriğinin değişebilir olması hâli için bkz. s. 28.

³⁵⁰ Julius von Staudinger (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432**, (red.) M. Löwisch, Berlin 2012 = Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 122.

³⁵¹ Nitekim, bazı durumlarda borçlunun rıza açıklamasının, üçüncü kişiye karşı yeni bir borç taahhüdü altına girme olarak yorumlanabileceği yönünde: RGRK/Weber, § 399, N. 17.

³⁵² Bu konuda bkz. Işık Önay, **Yenileme**, İstanbul 2016, s. 213. Yeni alacaklının yenilemeye taraf olmasının zorunlu olmadığı, alacaklı ile borçlu arasında üçüncü kişi yararına yenileme sözleşmesi yapılabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Önay, dn. 827 ve dn. 230.

kişiyi geçirmek tarafların menfaatine daha uygun düşebilir. Burada hukuki sorun, böyle bir taraf değişikliğinin hangi yönetime uyularak gerçekleştirilebileceğidir.

Öğretide, bir alacak hakkının edimin içeriği değiştirilerek devralana geçirilebilmesi için, devreden, devralan ve borçlu arasında yapılacak üç taraflı bir anlaşmaya ihtiyaç olduğu görüşü ileri sürülmektedir³⁵³. Türk hukuku yönünden bu görüşün temellendirilmesinde, sözleşmenin devri kurumunun düzenlendiği BK 205 hükmünden kıyas yoluyla yararlanılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu hükme göre:

“Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”.

BK 205/I hükmünde, sözleşmeyi devreden, devralan ile sözleşmeden kalan taraf arasında yapılan üç taraflı bir anlaşma ile sözleşmenin devrinin gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir. Sözleşmenin devri ile kastedilen sözleşmedeki taraf sıfatının devridir. Bu hüküm kıyasen uygulanarak, alacaklı taraf sıfatının da üç taraflı bir anlaşma ile geçirilebileceği sonucuna varılabilmesi mümkündür: Geniş anlamda borç ilişkisini ifade eden bir sözleşme ilişkisinde, taraf sıfatı üç taraflı bir anlaşma ile devredilebildiğine göre, sözleşme özgürlüğü prensibi doğrultusunda³⁵⁴ dar anlamda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatının da üç taraflı bir anlaşma ile devri evleviyetle mümkün olmalıdır³⁵⁵. BK 205/II hükmünde, üç taraflı anlaşmanın, sözleşmeyi devreden ve devralan arasında yapılan iki taraflı anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın (önceden izin veya sonradan onay beyanında bulunarak) rıza vermesi yoluyla da kurulabileceği açıkça öngörülmektedir. Bu hükmün alacağın devri bakımından kıyasen uygulanması şöyle olacaktır:

³⁵³ Thiele, s. 239. Benzer yönde: Berger, s. 245; ayrıca bkz. aşağıda s. 90 ve orada dn. 358.

³⁵⁴ Niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacak hakkının borçlunun katılımı ile devralana geçirilebilmesi imkânının temelde sözleşme özgürlüğü prensibine dayandığı konusunda: Berger, s. 245.

³⁵⁵ Bir görüşe göre, kanun koyucu, alacak hakkının prensip olarak devredilebilir olduğunu öngörmektedir. Bu prensibin aksinin kararlaştırılması hiçbir şekilde mümkün değildir. Ancak, her bir somut devir işlemi bakımından, devri gerçekleştirecek kişilerin belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun devri gerçekleştirecek kişileri kural olarak devreden ve devralan olarak belirlemektedir. Devrin edimin içeriğinde değişikliğe yol açacağı hâllerde ise bu kişilerin arasında borçlu da dâhil olmaktadır: Berger, s. 245.

Edimin içeriğinde gerçekleşeceği varsayılan değişikliğin devre engel oluşturduğu hâllerde, devreden ile devralan arasında yapılan anlaşma, BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen anlamdaki bir alacağın devri işlemi olarak hüküm doğurmaz; kesin hükümsüz olur. Ancak, devreden ve devralan arasındaki bu anlaşma, dar anlamda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatının geçirilmesi konusunda devreden, devralan ve borçlu arasında yapılan üç taraflı anlaşmanın BK 205/II hükmünde gösterilen ilk aşaması olarak ayakta tutulabilir. Devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya borçlunun önceden izin veya sonradan onay beyanıyla rıza vermesi, dar anlamda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatının üç taraflı bir anlaşma ile geçirilmesine rıza olarak yorumlanabilir³⁵⁶. Borçlu, açık bir rıza açıklamasında bulunabileceği gibi, bu yöndeki iradesini doğrudan devralana ifada bulunarak örtülü biçimde dışa vurabilir ve bu yolla borçtan kurtulabilir³⁵⁷. Üç taraflı anlaşmada borçlu hem alacaklı tarafta gerçekleşecek değişikliği hem de yükümlü olduğu edimin içeriğinde ortaya çıkacak değişikliği kabul etmektedir.

Belirli bir alacağın BK 183 ve devamında düzenlenen yönetime göre devrinin edimin içeriğinde değişikliğe yol açacağı için mümkün olmaması, aynı alacağın arz ettiği malvarlığı değerinin sözleşme ile başkasına geçirilemez olduğu anlamına gelmemektedir. Bu hâlde, devir engeli, alacaklının alacağı başkasına geçirmeye ilişkin bir tasarrufa tek başına yetkili olup olmadığı sorununu ilgilendirmektedir. Teknik anlamdaki bir alacağın devri işleminin edimin içeriğinin değişmesi sonucunu doğuracak olduğunun belirlenmesi, esasında, alacaklının alacağı borçlunun katılımı olmaksızın başkasına geçiremeyeceğini ortaya koyar. Böyle bir alacak hakkı yalnızca devreden, borçlu ve devralan arasındaki üç taraflı bir anlaşma ile başkasına geçirilebilir³⁵⁸.

³⁵⁶ Sözleşmenin devri kurumunun özel olarak düzenlenmediği Alman hukukunda da sözleşmenin devrinin, BK 205/II hükmünde gösterilen yönetime paralel olarak, sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan arasındaki anlaşmaya sözleşmede kalanın rıza açıklamasında bulunması sonucu gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, devreden ile devralan arasında yapılan bir (teknik anlamdaki) alacağın devri sözleşmesine borçlunun rıza vermesi yoluyla bir üç taraflı bir sözleşme meydana getirilebileceği ve bu yolla niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacak hakkının devralana geçirilebileceği kabul etmektedir. Bkz. Thiele, s. 239.

³⁵⁷ Eren, N. 3870; Bucher, § 31, s. 542; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52 OR; B.Berger, N. 2112.

³⁵⁸ Bu konuda benzer doğrultuda: Berger, s. 245. Yazara göre, alacaklı ve borçlu alacak üzerindeki tasarrufa birlikte yetkilidir. Berger, borçlunun bu konudaki yetkisini bir tasarruf yetkisi olarak nitelendirmektedir. Bu görüş için bkz. s. 287, bu görüşün eleştirisi için bkz. s. 319.

Alacak geçişinin, devreden, devralan ve borçlu arasındaki üç taraflı bir anlaşmayla ve alacağın konusu edimin içeriği değiştirilerek meydana getirildiği ihtimalde de bir cüzi halefiyet hâli ortaya çıkar. Böyle bir anlaşma da alacak hakkının bir malvarlığı değeri olarak geçirilmesi sonucu yaratır. Ne var ki, böyle bir anlaşma, teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemi niteliği taşımaz³⁵⁹. Çünkü burada alacağın bir üçüncü kişiye geçirilmesi sadece taraf değişikliği sonucu yaratmaz. Buna ek olarak, dar anlamda borç ilişkisinin içeriği de değiştirilmiş olur³⁶⁰. Bu nedenle, kuruluşu ve geçerliliği açısından, devreden ve devralan arasında iki taraflı bir devir sözleşmesi yapılmasını yeterli kabul eden BK 183/I hükmü uygulanmaz. Bunun yerine BK 205 hükmü kıyasen uygulanabilir. Diğer taraftan, söz konusu üç taraflı anlaşmanın hüküm ve sonuçları açısından Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hakkındaki düzenlemelerine yine kıyas yoluyla başvurulmasına hiçbir engel bulunmamaktadır³⁶¹. Bununla birlikte, örneğin, rekabet yasağına uyulmasını talep hakkının başkasına geçirilmesi borçlunun hukuki durumunu ağırlaştırmış olabilir. Bu yüzden, devralanın kendisine yönelttiği ifa talebine karşılık, BK 188/I hükmü uyarınca, üstlendiği ediminin kapsamının ağırlaştırılamayacağını ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Borçlu, edimin içeriğinin ağırlaşılabileceğini üç taraflı sözleşme ile kabul etmektedir³⁶².

Niteliği gereği devri mümkün olmayan alacakların, devir engelinin kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılarak, niteliği devre elverişli birer alacak hakkına dönüştürülebilmeleri mümkün değildir³⁶³. Örnek olarak, borçtan kurtarılmayı talep hakkı³⁶⁴, alacaklı ile borçlunun devir engelinin kaldırılması konusunda anlaşmaları yoluyla devredilebilir bir hakka dönüştürülemez. Bu nedenle, niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkının devrine borçlunun rıza vermesi, devir engelinin kaldırılması

³⁵⁹ Thiele, s. 235. Ayrıca bkz. s. 321 vd.

³⁶⁰ Edimin niteliğindeki değişikliğin borçlunun rızasını gerektirdiği, oysa alacağın devrinde borçlunun rızasının aranmayacağı yönünde: Dayımlarlı, s. 197.

³⁶¹ Alman hukuku bakımından alacağın devrine ilişkin düzenlemelere kıyasen başvurulabileceği yönünde: Thiele, s. 235.

³⁶² Berger'e göre (s. 245), rıza başlangıçta izin olarak verilmişse, borçlu, devrin edimin içeriğini değiştirdiği savunmasından feragat etmiştir.

³⁶³ Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinden bu ölçüte göre ayırt edileceği konusunda bkz. s. 164.

³⁶⁴ Bkz. s. 35.

konusunda sözleşme yapıldığı şeklinde yorumlanamaz³⁶⁵. Bu hâllerde, yalnızca, niteliği devre engel oluşturan alacak hakkının, BK 205/II hükmüne kıyasen, devreden, devralan ve borçlunun taraf olduğu üç taraflı bir anlaşmayla, devralanın malvarlığına geçirildiği yorumu yapılabilir.

Borçlunun rızasının geçerliliği kural olarak alacağın devri için aranan yazılı şekle (BK 184/I) tabi değildir³⁶⁶. Ancak, alacağın dayandığı sözleşmenin geçerliliği belirli bir şekle tabi olduğu takdirde, BK 13 hükmü doğrultusunda, borçlunun rızası bakımından aynı şekil şartına uyulması gerekebilir. Çünkü, borçlunun rızası edimin içeriğinin değişmesine yol açmaktadır³⁶⁷. Diğer yandan, yukarıda ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması teklif edilen BK 205 hükmünün üçüncü fıkrasında da sözleşmenin devri işleminin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı tutulmaktadır. BK 205/III hükmünün de kıyasen uygulanması yoluyla şekil şartına uyulması gerektiği sonucuna varılması mümkündür.

Alacak hakkının devralana geçirilmesi konusundaki üç taraflı anlaşma, borçlunun rıza açıklamasından itibaren ileriye etkili olarak hüküm ifade eder. Bu konuda öne sürülen, borçlunun rızasının devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın yapıldığı andan itibaren geçmişe etkili olarak hükümlerini doğurması gerektiği görüşü³⁶⁸, ara dönemde aynı alacak hakkı üzerinde üçüncü kişiler (özellikle devreden alacaklıları) lehine kurulan hacizlerin etkisiz hâle gelmesine yol açabileceği için isabetli gözükmemektedir. Bu konu, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli bakımından aşağıda II. bölümde özel olarak incelenmekte, borçlunun rızasının ileriye etki doğuracağı sonucuna varılmaktadır. Bu sonuca varılırken yararlanılan gerekçelerin³⁶⁹ aynısı, niteliği

³⁶⁵ Alman hukuku öğretisindeki bir görüşe göre, borçlu, niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacağın devrine sonradan rıza verdiğinde, alacağı devredilebilir hâle getiren ilave bir anlaşma söz konusu olur: Larenz, § 34, s. 582; Staudinger/Busche, § 399, N. 23. Bu görüş, aşağıda incelenen ve Alman hukukunda hâkim olan nitelik teorisine bağlı bir görüştür. Nitelik teorisi hakkında bkz. s. 272 vd. Bu çalışmada ise nitelik teorisi değil katılma teorisi üstün tutulmaktadır. Bkz. s. 316.

³⁶⁶ Sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı bakımından da bu doğrultuda olarak bkz. s. 338.

³⁶⁷ Bu konuda, devrin borçlunun üstlendiği edimin kapsamını ağırlaştıran bir değişikliğe yol açacağı hâllerde, borçlunun bu değişikliğe ilişkin rıza açıklamasının alacağın dayandığı sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle tabi olacağı belirtilmiştir: RGRK/Weber, § 399, N. 16.

³⁶⁸ Niteliği devre engel bir alacağın devrinin borçlunun rızası ile geçmişe etkili olarak hüküm ifade edeceği yönünde: Eren, N. 3870; von Tuhr/Escher, s. 348; Bucher, § 31, s. 542; B.Berger, N. 2112; Stauder/Stauder, s. 296. Anılan yazarlar arasında yalnızca von Tuhr/Escher (s. 348) üçüncü kişilerin ara dönemde kazandıkları hakların ne olacağı sorununu ele almakta ve bu hakların saklı kalacağını belirtmektedir. Bu konuda bkz. s. 250.

³⁶⁹ Rızanın hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağı ve ara dönemdeki tasarrufların geçerliliği sorunu hakkında özellikle bkz. s. 324.

gereği devri mümkün olmayan alacakların borçlunun rızası ile geçirilmesi durumu açısından da geçerlidir.

Devir engelinin sadece edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebilir olmasından değil, aynı zamanda alacak hakkının başka hak veya borçlara bağımlı bulunmasının kaynaklandığı ihtimalde ise bu başlık altında açıklanan yönteme göre alacaklı taraf değişikliği yapılabilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü bu ihtimalde, devir engeli sadece edimin içeriği değiştirilerek aşılabılır değildir. Bunun yerine, borçlunun iradesiyle söz konusu bağımlılık olgusunun ortadan kaldırılması imkânının mevcut olup olmadığı sorgulanmalıdır. Örnek olarak, tarafların birbirine karşılıklı olarak asıl sözleşmeyi yapmayı borçlandığı iki taraflı bir önsözleşmede, birbirine karşıt durumda olan iki asli edim alacağı arasında ortak bir amaca yönelmiş olmalarından ileri gelen bir bağımlılık söz konusudur³⁷⁰. Bu bağımlılık olgusu, söz gelimi, taraflardan birinin borcundan ibra edilmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir; önsözleşmeden doğan alacak hakkı serbestçe devredilebilir hâle getirilebilir.

Yukarıda kiralananı kullanım hakkı incelenirken açıklandığı üzere, başka bir hak veya borca bağımlı olması devrine engel oluşturan bir alacak hakkının, borçlunun rızası ile (BK 322/II; BK 366/I) yahut borçlunun rızasına ihtiyaç dahi olmaksızın (BK 322/I) devredilebileceği, kanunda özel olarak düzenlenmiş de olabilir. Bu iki ihtimalde yapılan işlem alacağın geçmesi sonucu doğuracak olsa bile, teknik anlamı ile bir alacağın devri niteliği taşımayacaktır³⁷¹. Bu halde de alacağın devri hükümlerine (BK 183 vd) yalnızca kıyasen başvurulabilir.

Ayrıca şu vardır ki, niteliği devre engel oluşturan bir alacağı üçüncü bir kişiye geçirmek için yapılan anlaşmaya borçlunun rıza vermesi, bazı somut durumlarda, alacağın dayandığı sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye dönüştürmesi konusunda alacaklı ve borçlunun anlaşması olarak da yorumlanabilir³⁷². Alacaklının borçludan edimin ifasını talep yetkisini muhafaza ettiği, bunun yanı sıra üçüncü kişiye de edimin ifasını kendi adına talep etme yetkisi tanındığı hâllerde, alacaklı ve borçlu

³⁷⁰ İki taraflı önsözleşmeden doğan alacaktaki devir engeli hakkında bkz. s. 43.

³⁷¹ Bu konuda bkz. s. 65 vd; ayrıca s. 71 vd; s. 73 vd.

³⁷² Bir sözleşmeye, tarafları arasında sonradan yapılan bir sözleşme değişikliğiyle, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği kazandırılabilmesi mümkündür. Bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 1283; Eren, N. 3563.

arasında yapılan anlaşma ile aralarındaki ilişkinin tam üçüncü kişi yararına sözleşmeye dönüştürüldüğü yorumu yapılması mümkündür³⁷³.

III. Kanundan Kaynaklanan Devir Engeli

A. Kavram

1. Emredici Bir Hükümden Kaynaklanması

Türk hukukunda bir alacağın devredilemez olduğunu veya belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde devredilebileceğini öngören emredici ve emredici olmayan nitelikte pek çok sayıda kanun hükmü mevcuttur. Devir engeli öngörülen kanun hükmünün emredici bir nitelik taşıyıp taşıyamaması, Türk ve İsviçre öğretilerinde yapılan devir engelleri sınıflandırılmasında genellikle dikkate alınmaz. “*Kanundan kaynaklanan devir engeli*” kavramının, genellikle, alacağın devrine engel bulunduğu kanunda açık bir hükümle belirtildiği hâller olarak anlamlandırıldığı görülmektedir. Bu yorum tarzına göre, bir alacağın devredilemeyeceği, emredici olsun olmasın, kanunun açık bir hükmünde belirtilmişse, kanundan kaynaklanan bir devir engeli mevcuttur. Örnek olarak, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiralanana kullanım hakkı (BK 322/II)³⁷⁴, ürün kirasında kiracının kullanım hakkı (BK 366/I)³⁷⁵ ve ödünç konusunu kullanım hakkının (BK 380/II)³⁷⁶ devrinin kanunun açık bir hükmü ile engellendiği ifade edilmektedir. İlave olarak, bu hükümlerin emredici olmadığı, aksinin kararlaştırılabileceği de belirtilebilmektedir³⁷⁷. Bu çalışmada kabul edilen görüşe göre, kanun koyucu anılan hükümlerde, bir taraftan bu alacakların niteliğinin devre engel oluşturduğunu açıklayıcı, diğer taraftan bu alacakların serbestçe veya borçlunun rızası ile başkasına geçirilip geçirilemeyeceği konusundaki tereddütleri giderici mahiyette bir düzenleme (BK 322/III) öngörmektedir. Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmasa dahi, yukarıda

³⁷³ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtarın yanı sıra vaad ettiren de edimin lehtara ifası hususunda talep yetkisine sahiptir. Bu konuda bkz. s. 83 vd.

³⁷⁴ Feyzioğlu, s. 631; İst-BK/Öz, m. 183, N. 23.

³⁷⁵ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Tunçomağ, s. 1083; Feyzioğlu, s. 631; Ergun Özsunay, **Borçlar Hukuku I**, 2. bası, İstanbul 1983, s. 187; Eren, N. 3866; İst-BK/Öz, m. 183, N. 23.

³⁷⁶ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Tunçomağ, s. 1083; Feyzioğlu, s. 631; Özsunay, s. 187; Eren, N. 3866, dn. 58; İst-BK/Öz, m. 183, N. 23.

³⁷⁷ Örneğin, Feyzioğlu (s. 631) ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (s. 245), kanunun alacağın devrine engel oluşturduğu durumlara örnek verdikleri BK 322/II (6570 sayılı Kanun, m. 12), BK 366/I (eBK 284/I) ve BK 380/II (eBK 300/II) hükümlerinin emredici olmadığını ve aksinin kararlaştırılabileceğini belirtmektedir.

açıklanan esaslar çerçevesinde, sözü geçen sözleşmelerden doğan kullanım hakkının niteliğinin devre engel oluşturduğu tespit edilebilecektir. Esasen, bu hükümler (BK 322/II, BK 366/I ile -BK 322/III'ün kıyasen uygulanması mümkün olduğu takdirde- BK 380/II), niteliği devre engel oluşturan kullanım hakkının iki taraflı sözleşme ile geçirilebilmesini mümkün hale getirmeleri bakımından önem arz etmektedir (BK 322/III)³⁷⁸.

Oysa, bazı durumlarda kanun koyucu özel bir koruma amacı doğrultusunda alacağın devrini engelleme gereği görmekte ve bu koruma amacının yerine getirilmesini emredici bir hüküm ile temin etmektedir³⁷⁹. Bu tarz durumlarda, kanun hükmünün amacı alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğunu açıklamaktan, bu hususta doğabilecek hukuki belirsizlikleri gidermekten ibaret değildir. Kanun koyucu böyle bir düzenlemeye başvururken, alacaklı, borçlu veya üçüncü bir kişinin menfaatini ya da genel olarak kamu menfaatini korumayı hedefleyebilmektedir. Bu çerçevede, kanunun emredici bir hüküm ile devri yasaklamadaki amacı, alacağın niteliğinden ötürü devrine engel bulunduğunu açıklamadaki amacından tamamen ayrılmaktadır. Kanun, emredici hüküm ile devri yasakladığı hâllerde, edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebilir olup olmadığı veya başka hak ya da borca bağımlılık mevcut olup olmadığı ile hiç ilgilenmemekte, özel bir koruma amacını gerçekleştirmeye odaklanmaktadır.

Türk ve İsviçre öğretisinde emredici hükme dayanan devir engeli ile emredici olmayan hükme dayanan devir engeli arasındaki ayrım, kanunda gösterilen engele rağmen yapılan devrin geçerliliğinin değerlendirilmesi safhasına geçildiğinde ve devir engeline aykırılığa uygulanacak yaptırımın belirlenmesi gereği doğduğunda ortaya çıkmaktadır. Aşağıda görülecektir ki, bu ayrım doğrultusunda, bir kanun hükmünden kaynaklanan devir engeline rağmen yapılan alacağın devri işleminin BK 27/I hükmüne atıfla kesin hükümsüz olacağı ve böyle hâllerde kural olarak borçlunun rızası ile düzeltilebilir bir geçersizlik hâli bulunmadığı özellikle vurgulanmaktadır³⁸⁰.

³⁷⁸ Bu konuda bkz. s. 65 vd; ayrıca s. 71 vd; s. 73 vd.

³⁷⁹ Devir engelinin emredici bir kanun hükmünden kaynaklanabileceği yönünde: Engin, s. 110. Alman hukukunda da devir engelinin kanunun yasaklayıcı hükümlerinden (BGB §§ 134, 135) kaynaklanabileceği yönünde: Esser/Schmidt, s. 309-310; RGRK/Weber, § 399, N. 9-10; Staudinger/Busche, § 399, N. 3.

³⁸⁰ Bkz. s. 127. Buna karşılık, devir engeli öngören hükmün emredici nitelik taşımadığı ihtimalde, borçlunun rızası ile devrin geçerliliğinin düzeltilebileceği konusunda tereddüt bulunmadığı şeklinde: Koller, § 84, N. 60. Benzer görüşte: Staudinger/Busche, § 399, N. 2.

Kanundan kaynaklanan devir engeli kavramının, dar ve teknik olarak, kanunun alacağın devrini emredici bir hüküm ile tamamen yasakladığı veya belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tuttuğu hâller olarak kavranması, devir engeline aykırılığa uygulanacak yaptırımın doğru belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, kanunun alacağın devrini emredici bir hüküm ile engellediği hâllerde, alacağın borçlunun rızası ile başkasına geçirilebilir olup olmadığı emredici hükmün koruma amacına bakılarak belirlenmektedir. Örnek olarak, işçinin korunması amacı doğrultusunda ücret alacağının dörtte birinden fazlasının devri BK 410/I hükmü ile yasaklanmaktadır. Bu yüzden, ücret alacağının devri, işveren, yani borçlu rıza verse bile geçerlilik kazanamayacaktır³⁸¹.

Ayrıca, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramının, niteliği devre elverişli bulunan bir alacak hakkının devrinin yasakladığı hâller olarak dar anlaşılması gereği bulunmaktadır. Örnek olarak, işçinin ücret alacağı sıradan bir para alacağı olup niteliği devre elverişli bir alacaktır ve bu alacak için BK 410/I hükmü ile devrinin yasaklandığı tespiti yapılması isabetlidir. Buna karşılık, niteliği devre engel oluşturan bir alacağın devrinin kanun tarafından yasaklandığından söz edilmesi, alacağın devri işleminin BK 183 ve devamında düzenlenen teknik anlamı düşünüldüğünde, yerinde olmayacaktır. Alacağın niteliği devre elverişli olmalıdır ki, kanunun emredici bir hüküm ile alacağın devrini yasakladığı söylenebilsin. Diğer türlü, kanunun alacağın devrini değil, duruma göre sadece, edimin içeriği değiştirilerek alacağın başkasına geçirilmesini veya ifanın alacaklı dışındaki bir üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasını yasakladığı şeklinde başka bir yorum yapılabilecektir. Örnek olarak, BK 619/I hükmünde bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan hakkını devredemeyeceği düzenlenmektedir. Kanun koyucu, bakım alacağının amacını, bakım alacaklısının şahsına ifa edilerek gerçekleştirmesini emredici nitelikteki BK 619/I hükmü ile temin etmekte³⁸², sözleşme taraflarının bu amaca aykırı düşen herhangi bir anlaşma yapmalarına engel olmaktadır. Fakat bundan hareketle, BK 619/I hükmünde bakım alacağının

³⁸¹ Hükmün koruma amacına göre devrin borçlunun rızası ile geçerli hale getirilebileceği konusunda bkz. s. 129; ücret alacağı hakkında bkz. s. 100.

³⁸² BK 619/I hükmünün emredici nitelikte olduğu öğretide oybirliği ile kabul edilmektedir. Bkz. Kenan Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara 1959, s. 86; Eren, **Borçlar Özel**, N. 2856; Özkaya, s. 111; Alpaslan Akartep, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul 2010, s. 66; Yavuz/Acar/Özen, s. 1502. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağının bir kişiye sıkı sıkıya hak temeli de bulunduğu konusunda bkz.

devrinin kanunen yasaklandığı tespiti yapılması yerinde olmayacaktır; çünkü bakım alacağı zaten, özellikle içeriğinin alacaklısının şahsına göre belirlendiği dikkate alındığında, niteliği devre engel oluşturan türde bir alacaktır³⁸³. BK 183/I anlamında bir alacak devrine konu edilemediğine göre, devrinin kanun tarafından yasaklandığı yorumu da yapılamaz.

2. Devir Engelinin Emredici Bir Hükümle Düzenleniş Şekilleri

Kanunun alacağın devrine hangi durumlarda engel oluşturduğu sorunu temelde bir kanunun yorumu sorunu olup her bir kanun hükmünün izlediği amaç göz önünde tutularak özel olarak belirlenmesi gerekmektedir³⁸⁴.

Bir alacak hakkının devredilemeyeceği bazen emredici bir kanun hükmünde açıkça belirtilmiş olabilir. Örnek olarak işçinin ücret alacağı (BK 410/I) ve manevi tazminat alacağı (MK 25/IV) bakımından devir engeli bulunduğu kanunda açıkça düzenlenmektedir. Bazı durumlarda ise kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, kanunun yorumu yoluyla alacağın devrinin yasaklandığı sonucuna varmak mümkündür³⁸⁵. Özellikle, belirli bir alacağa ilişkin devir işleminin, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı düşeceği kabul edilen hâllerde, devrin emredici bir hükmün ile engellendiği yorumu yapılacaktır³⁸⁶. Örnek olarak, gelecekteki nafaka alacağının devrine MK 23/II hükmü engel teşkil etmektedir³⁸⁷.

Bu noktada bir hususa dikkat edilmesi gerekmektedir: Yalnızca çiğnendiği ihtimalde alacağın devri işleminin geçersiz olmasına yol açacak olan emredici kanun hükümleri BK 183/I anlamında devir engeli sayılabilir. Devri yasaklayan hükmün bir düzen hükmü niteliği taşıdığı, örneğin, sadece bir para cezasına sebep olacağı hâllerde BK 183/I anlamında kanundan kaynaklanan bir devir engelinden söz edilmeyecektir. Bu çerçevede, devrin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağının kanun tarafından

³⁸³ Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağını niteliğinin devre engel oluşturduğu yönünde: Arsebük, s. 1064.

³⁸⁴ Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 20.

³⁸⁵ Açık bir kanun hükmü veya kanunun amacı gereği alacağın devrinin yasaklandığının kabul edilebileceği yönünde: BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52.

³⁸⁶ Kocayusufoğlu, § 42, N. 17.

³⁸⁷ Bkz. s. 115 vd.

açıkça öngörülmediği durumlarda, ilgili yasaklayıcı hükmün anlam ve amacı araştırılmalı, yasaklayıcı hükmün öngördüğü amacın gerçekleşmesi için devrin kesin hükümsüz sayılmasının gerekli olup olmadığı incelenmelidir³⁸⁸.

Kanun bazı hâlde emredici bir hüküm vasıtasıyla alacağın devrini mutlak biçimde yasaklayıp alacak hakkının tedavül kabiliyetini tamamen ortadan kaldırırken, bazı hâlde ise bir devir kısıtlaması getirerek, devrin geçerliliğini belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlamayı koruma amacını gerçekleştirmek için yeterli görebilmektedir³⁸⁹:

Örnek olarak, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun³⁹⁰ “*Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez...*” şeklindeki m. 93/I hükmünde öngörülen devir yasağı³⁹¹ mutlak emredici niteliktedir. Bu hüküm, bir yönüyle sigortalı ve hak sahiplerinin kişiliğini kendi işlemlerine karşı korumakta, bu kişilerin sahip oldukları alacakları peşin bir ödeme karşılığı önceden devrederek kendilerini geçimleri için zorunlu malvarlığı unsurlarından mahrum bırakmalarına engel olmakta³⁹²; diğer yönüyle Sosyal Güvenlik Kurumu’nu öngörülemez sayıdaki devir işlemini takip etme külfeti altında olmaktan kurtarmakta ve kamu idaresi nezdinde bütçe tasarrufu sağlamaktadır.

³⁸⁸ Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 42, N. 24.

³⁸⁹ Julius von Staudinger (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134-138**, (red.) N. Habermann, Berlin 2011 = Staudinger/Kohler, § 135, N. 24.

³⁹⁰ RG. 16.6.2006, sayı: 26200.

³⁹¹ Bu hükümde alacağın devrine kanundan kaynaklanan bir engel bulunduğu görüşünde: Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1720; Kılıçoğlu, s. 1007; Nomer, N. 242.

³⁹² 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nun yürürlükten kaldırılan 120. maddesinin son fıkrasında benzer bir hükme yer verilerek, emeklilerin üç aylık maaş alacağından fazlasını devretmeleri emredici bir hükümle yasaklanmıştı. Bu hüküm, emeklilerin maaş alacaklarını kendi işlemleriyle peşin bir ödeme karşılığı bankalara veya başkaca kişilere devretmelerini önlemek için öngörülmüş, bu şekilde, emeklilerin kişi varlıklarını kendi işlemlerine karşı korumak amaçlanmıştı (Dayınlarlı, s. 186). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu [7.3.1979, E. 1977/417, K. 1979/218 (Lexpera)] söz konusu hükümdeki devir yasağına ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur: “... *Temlikin geçersizliği esasına dayanan son fıkra hükmü, anayasa teminatı altında bulunan “yaşama hakkı”na uygun bir düzenlemedir. Bu nedenle, bir kimsenin yaşama hakkından feragati nasıl caiz değilse, bu hakkı sağlayacak bir unsuru oluşturan ve 120. maddenin son fıkrasında belirtilen istihkakları rızaen temlik de aynı şekilde geçersizdir.*”. Bu doğrultuda olarak bkz. 4. HD, 8.12.1976, E. 1976/2040, K. 1976/10645 (YKD 1978/1, s. 29-30).

Bunun dışında, kanun, alacağın devrini tamamen yasaklamayıp borçlunun rıza vermesi veya bir üçüncü kişiye bildirimde bulunulması gibi bir koşulun yerine getirilmesine bağlayabilir. Yahut bazı hâlde, alacağın devredilebilirliğini, sadece belirli bir kişiye yapılacak devre izin vererek veya tersine sadece belirli bir kişiye yapılacak devri yasaklayarak kısıtlamayı tercih edebilir³⁹³. Bu tarz örneklerde, yalnız kanunun tayin ettiği sınırlara uyularak geçerli bir devir işlemi meydana getirmek mümkün olabilir³⁹⁴. Örnek olarak, “*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez*” şeklindeki MK 25/IV hükmünde bir devir kısıtlaması yer almaktadır. Manevi tazminat alacağının devredilebilirliği borçlu tarafından kabul edilmesi koşuluna bağlanmaktadır.

Türk hukuku öğretisinde, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramı genellikle bir kanun hükmünden kaynaklanan devir engeli olarak dar anlamlandırılmaktadır. Bununla beraber, bazı eserlerde³⁹⁵, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramına, mahkeme kararı veya yargı organının resmi işlemi ile alacağı devir yetkisinin kısıtlandığı durumları da kapsayan geniş bir anlam verildiğine de rastlanılmaktadır. İİK 86/III³⁹⁶ ve İİK 191/I³⁹⁷ hükümleri kanundan kaynaklanan devir engeline örnek gösterilmektedir³⁹⁸. Diğer yandan, Alman Medeni Kanunu’nun 136. paragrafında mahkeme veya başka bir resmi makamın sahip olduğu yetkiye dayanarak verdiği bir karardan kaynaklanan tasarruf yasağının kanundan kaynaklanan tasarruf yasağına (BGB § 135) denk olduğu açıkça öngörülmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, iflasın açılmasıyla alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması Alman öğretisinde de alacağın devri kısıtlaması hâli olarak değerlendirilmiştir³⁹⁹. Türk hukukunda BGB § 136

³⁹³ Aşağıda paylaşılan sözleşme ile kararlaştırılan devir kısıtlaması örneklerini çoğunun, özel bir koruma amacını gerçekleştirmek için formüle edilmiş bir kanun maddesi olarak karşımıza çıkabilmesi teorik olarak mümkündür. Bkz. s. 159 vd.

³⁹⁴ Kanundan kaynaklanan devir engeline aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım konusunda bkz. s. 127 vd.

³⁹⁵ Kemaleddin Birsan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. bası, İstanbul 1967, s. 583; Feyzioğlu, s. 631; Tunçomağ, s. 1083.

³⁹⁶ İİK 86/III: “İyi niyet kaidelerine aykırı olarak mahcuz taşınır mal üzerinde üçüncü şahsın iktisabettiği haklar, alacaklının hacizle o mala taallük eden haklarını ihlâl ettiği nispette bätıldır.”

³⁹⁷ İİK 191/I: “Borçlunun iflâs açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür.”

³⁹⁸ Göktürk, s. 275; Birsan, s. 583; Feyzioğlu, s. 631; Tunçomağ, s. 1083. “... temlik tarihinden önce aynı alacağa bir haciz uygulanmışsa, haciz, alacak üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayacağından, temlik tasarrufu, haciz sahibi alacaklılara karşı ileri sürülemeyecektir.” 22. HD, 21.11.2017, E. 2017/32299 K. 2017/25240 (Kazancı; Lexpera).

³⁹⁹ Medicus/Lorenz, N. 7.

gibi açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, mahkeme veya yargı organının yalnızca kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak alacağı devir yetkisini bir karar veya bir resmi işlemle kısıtlayabileceği düşünüldüğünde, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramına böyle geniş bir anlam verilmesinde herhangi bir sakınca gözükmemektedir. Dolayısıyla, bu hâllerde de kanundan kaynaklanan devir engelleri bakımından yapılan açıklamaların örnek alınması isabetli olur. Bu gerekçeyle, ticaret mahkemesi tarafından kesin konkordato mühleti verilmesi üzerine gelecekteki alacakların devrinin hükümsüz hâle geleceği öngörülen İİK 294/VI hükmünün⁴⁰⁰ de kanundan kaynaklanan devir engelleri arasında sayılabilmesi mümkündür.

B. Kanunun Alacağın Devrini Açık Bir Hükümle Yasakladığı Hâllere Örnekler

1. İşçinin Ücret Alacağı

BK 410/I hükmünde muaccel hâle gelmiş işçi ücreti alacağı açısından bir devir sınırlaması öngörülmektedir⁴⁰¹. İş Kanunu’nun 35. maddesi ile neredeyse birebir örtüşen bu hükme göre: “*İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır.*”

Bu hükümde, kanun koyucu, ücret alacağının dörtte üçlük kısmını işçinin geçimini sağlayabilmesi için gerekli asgari tutar olarak belirlemekte⁴⁰² ve bu kısmın her

⁴⁰⁰ İİK 294/VI hükmünde ticaret mahkemesi tarafından verilen kesin konkordato mühleti tanınması konusundaki kararın alacaklılar bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Bu sonuçlar arasında, konkordato mühletinin verilmesinden önce yapılmış gelecekteki alacakları konu alan devir işlemlerinin hükümsüz olacağı öngörülmektedir. Bu hükme göre, konkordato mühletinin verilmesinden önce gelecekteki bir alacağa ilişkin bir devir sözleşmesi yapılmışsa ve söz konusu gelecekteki alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, devir işlemi hükümsüz olacaktır. Bu konuda bkz. Kuru, s. 506; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 553. Bu hüküm İcra İflas Kanunu’na 28.2.2018 sayılı ve 7101 sayılı Kanun (RG. 15.03.2018, sayı: 30361) ile yapılan değişiklik sonucu eklenmiştir. 7101 sayılı Kanun’un 21. maddesinin gerekçesinde, yürürlükteki İİK 294/VI hükmünün amacının konkordato alacaklılarının başvurabileceği malvarlığını korumak olduğu, böylece alacaklıların tasarrufun iptali davası (İİK 277 vd) açmalarına gerek kalmayacağı belirtilmektedir.

⁴⁰¹ BK 410/I hükmündeki devir sınırlamasının muaccel işçi ücreti alacaklarına özgü olduğu, aynı maddenin ikinci fıkrasından anlaşılmaktadır: Gümüş, C. I, s. 449.

⁴⁰² Gümüş, C. I, s. 449.

hâlde işçinin eline geçmesini gerekli görerek alacağın devrine konu edilmesini yasaklamaktadır⁴⁰³. Bu sayede işçiyi ileriye düşünmeksizin yapacağı tasarruflar yönünden kendisine karşı korumayı amaçlamaktadır⁴⁰⁴. Buna göre, işçi, ücret alacağının en çok dörtte birine kadar olan kısmını serbestçe devredebilecektir.

BK 410/I hükmünün ikinci cümlesinde, işçinin bakmak zorunda olduğu ailesinin korunması, özellikle geçimleri yönünden zor duruma düşmelerine engel olunması amacıyla⁴⁰⁵ başka bir devir yasağı daha öngörülmektedir. Bu hükme göre, işçinin ücret alacağının bir kısmının mahkeme kararıyla işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin geçimine özgülendiği hâllerde, bu kısım açısından da devir engeli söz konusu olacaktır. Hâkim tarafından takdir edilen ücret miktarı, devir sınırlaması kapsamına, yani işçinin ücret alacağının dörtte üçüne karşılık gelen miktarına eklenecektir. Böylelikle ücret alacağının devredilebilir kısmı daha da daraltılmış olacaktır⁴⁰⁶.

Asıl ücretin yanı sıra ücret eklerinin de devir sınırlamasına tabi olup olmadığı hususu kanunda açık değildir. Fakat, yukarıdaki paragrafta açıklandığı üzere, hükmün tamamı incelendiğinde, kanun koyucunun devir sınırlaması ile korunacak ücret miktarını, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerinin varlığını dikkate alarak, geniş tutma eğiliminde olduğu tespit edilmektedir⁴⁰⁷. Kanundaki bu eğilime uygun olarak, devir sınırlamasının konusunun, ücret eklerini de kapsayacak şekilde, geniş anlamda ücret olarak anlaşılması gerektiği görüşü öğretide hâkimdir⁴⁰⁸. Diğer yandan, BK 410 hükmündeki sınırlama sadece işçinin ücret niteliği taşıyan alacaklarını kapsamaktadır. İşçinin, örneğin, iş kazasından doğan maddi tazminat alacaklarını serbestçe bir üçüncü kişiye devretmesine hiçbir engel bulunmamaktadır⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, 5. bası, Ankara 1984, s. 537.

⁴⁰⁴ Münir Ekonomi, **İş Hukuku, C. I: Ferdî İş Hukuku**, 3. bası, İstanbul 1984, s. 149; Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1988, s. 333; Süzek, s. 389; Çağlar Çopuroğlu, **Ücret ve Korunması**, Ankara 2013, s. 170. İşçinin ücret alacağının dörtte üçü üzerindeki devir sınırlaması, öğretide, bu kısım hakkındaki haciz yasağını tamamlayıcı bir tedbir olarak değerlendirilmektedir. Bu anlamda, alacağın devri sınırlamasının, haczedilemeyen bölüm üzerinde serbestçe tasarruf olanağı yaratmamak amacıyla öngörüldüğü ifade edilmektedir: Centel, s. 332.

⁴⁰⁵ Centel, s. 333; Dayınlarlı, s. 188; Eren, **Borçlar Özel**, N. 1881.

⁴⁰⁶ Çenberci, s. 539; Centel, s. 333; Dayınlarlı, s. 188; Çopuroğlu, s. 171.

⁴⁰⁷ Centel, s. 334.

⁴⁰⁸ Centel, s. 334; Çopuroğlu, s. 173; Gümüş, **C. I**, s. 447.

⁴⁰⁹ Ekonomi, s. 149; Çenberci, s. 538; Centel, s. 334; Süzek, s. 389; Dayınlarlı, s. 188; Çopuroğlu, s. 171. Yargıtay'ın bu doğrultudaki sıklıkla atıfta bulunulan bir kararı (9. HD, 8.6.1971, E. 4781, K. 13560) için bkz. Çenberci, s. 540.

BK 410/I hükmünün üçüncü cümlesine göre, ücret alacağına ilişkin belirtilen devir sınırlamaları, ücret alacağının nafaka borcunun ifası uğruna nafaka alacaklısına devredilmesi hâlinde uygulanmaz. Ücret alacağının dörtte birinden fazlasının, hatta tamamının, nafaka alacaklılarından birine nafaka borcunun ifası uğruna yazılı bir sözleşme ile devri geçerli olur⁴¹⁰.

BK 410/II hükmüne göre: “*Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir*”. Bu hükümde gelecekteki işçi ücreti alacaklarının devri tamamen yasaklanmaktadır. Bu devir yasağı, ücret alacağının (en çok) dörtte birine karşılık gelen devredilebilir kısmı açısından önem taşımaktadır. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, işçinin ücret alacağının (en az) dörtte üçüne karşılık gelen kısmının devri, ücret alacağı muaccel hâle gelmiş olsa dahi, BK 410/I göre zaten yasaktır. Kanun, geri kalan dörtte birlik kısmı üzerindeki iradi tasarrufların geçerliliği bakımından, ücret alacağının en azından ifasının istenebilir hâle gelmesini zorunlu görmektedir⁴¹¹. Ücret alacağının muaccel hâle gelmesine kadarki dönemde, kanun koyucu, işçiyi, ücret alacağının devredilebilir nitelikteki dörtte birlik kısmı üzerinde kendi yapacağı tasarruflara karşı da korumaktadır⁴¹².

Belirtelim ki, BK 410 hükmünde ücret alacağının devrine ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar mutlak emredici bir niteliğe sahiptir⁴¹³. Hatta, öğretide ve uygulamada bu sınırlamaların aynı zamanda kamu düzenine ilişkin oldukları kabul edilmektedir⁴¹⁴. Tarafların bu sınırlamalara aykırı işlemleri kesin hükümsüz olacaktır⁴¹⁵. Bu çerçevede, BK 410/I hükmü uyarınca devrine izin verilen, ücret alacağın azami dörtte birlik kısmı üzerinde sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılmasının (*pactum de non cedendo*) geçerli olup olmayacağı konusu tartışmaya açık gözükmektedir. Bu konuda,

⁴¹⁰ Centel, s. 333; Çopuroğlu, s. 172.

⁴¹¹ Bu bakımdan gelecekteki ücret alacağına ilişkin olarak BK 410/II hükmünde öngörülen devir yasağı, BK 144/I b. 3 hükmündeki takas yasağı ile de tutarlılık içindedir.

⁴¹² “*Gelecekteki ücret alacağı*” şeklindeki lafzına dayanarak BK 410/II hükmünün hem gelecekte doğacak işçi ücretleri hem de doğmuş ancak henüz muaccel olmuş işçi ücretleri bakımından uygulama bulacağı görüşünde: Gümüş, C. I, s. 449.

⁴¹³ Centel, s. 335; Çopuroğlu, s. 173; Gümüş, C. I, s. 447.

⁴¹⁴ Çenberci, s. 537; Centel, s. 335; Dayınlarlı, s. 188. “*Bu düzenlemede belirgin olan amaç, ücretler ile sosyal sigorta yardımlarının olabildiğince sahiplerinin ellerine geçmesini sağlamaktır. Bu kuruluş amacı ile hükmün kamu düzenine ilişkin ve mutlak buyurucu nitelikte olduğu açık ve seçiktir...*”: 10. HD, 4.7.1980, E. 2934, K. 4865 (Çenberci, s. 537).

⁴¹⁵ Çenberci, s. 538; Centel, s. 335; Dayınlarlı, s. 188; Çopuroğlu, s. 173; Eren, **Borçlar Özel**, N. 1883.

sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılmasının BK 410/I hükmün ardındaki işçinin korunması amacına aykırı düşmeyeceği öne sürülebilir yahut -BK 410 hükmündeki devir sınırlamalarının mutlak emredici olduğu görüşü doğrultusunda- işçinin ücret alacağı üzerindeki devir yetkisinin sözleşme ile kanunda belirlenenden daha geniş kapsamlı olarak sınırlandırılmasının geçersiz olacağı da düşünülebilir. Bu sorunun çözümü, iş hukuku alanına dair daha detaylı bir araştırmayı gerektirmekte olup çalışmamız kapsamında böyle bir araştırmaya yer verilmesi olanağı bulunmamaktadır.

2. Manevi Tazminat Talebi

Bir alacağın varlığının ve kapsamının çekişmeli olması kural olarak alacağın devrine engel oluşturmaz⁴¹⁶. Yalnız bu konuda manevi tazminat talebi bakımından bir istisna mevcuttur. Manevi tazminat alacağının çekişmeli olduğu aşamada devre konu olabilmesi MK 25/IV ile yasaklanmaktadır. Bu hükme göre: “*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*”⁴¹⁷

Kanunda, manevi tazminat alacağının çekişmeli olduğu aşamada başkasına devrinin önüne geçilirken, üçüncü kişilerin alacağı devralan sıfatına dayanarak, manevi zarara uğrayan şahsın kişilik alanına girmesine ve ona ait kişilik değerlerini mahkeme önünde kendi yararına tartışmaya açmasına engel olmak amaçlanmaktadır⁴¹⁸. Belirtilen sakıncaların ortadan kaldırılmasındaki menfaat, bir kimsenin, sahip olduğu manevi tazminat talebini çekişmeli olduğu sırada başkasına yazılı olarak devredebilmekteki malvarlığı menfaati karşısında üstün tutulmaktadır. Bu doğrultuda MK 25/IV hükmünde manevi tazminat alacağının devri için “*karşı tarafça kabul edilmesi*” koşulu⁴¹⁹ aranmaktadır.

⁴¹⁶ Bkz. yukarıda s. 9, dn. 11.

⁴¹⁷ MK 25/IV (ve eMK 24a/III) hükmü uyarınca manevi tazminat alacağının devrine kanundan kaynaklanan bir engel bulunduğu görüşünde: Sirmen, s. 28; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1720; Dural/Sarı, N. 1014; Ozanemre Yayla, s. 182 vd; alacağın (işin) niteliği gereği devredilemeyeceği görüşünde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246; Feyzioğlu, s. 635.

⁴¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246, s. 692; Ozanemre Yayla, s. 184.

⁴¹⁹ Karşı tarafça kabul edilmenin anlamı tartışmalıdır. Manevi tazminat talebinin kabulü bir görüşe göre sulh sözleşmesi (Oğuzman/Öz, C. II, N. 763, dn. 58), diğer görüşe göre yalnızca ikrar niteliği (Feyzioğlu, s. 635; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246) taşımaktadır. Bu konuda, kabul anlamına gelecek bir davranışın yeterli olduğu, tazminat tutarı konusunda anlaşma yapılmasına gerek olmadığı, tazminat tutarının çekişmeli olmasının devre engel oluşturmayacağı görüşü de mevcuttur:

Karşı tarafça kabul edilmesi sonucu, manevi tazminat talebi, manevi zarara uğrayanın kişiliğine bağlı olmaktan çıkmakta ve sıradan bir para alacağına dönüşmektedir⁴²⁰. Bunun yanı sıra manevi tazminat alacağının mahkeme hükmü ile kesinleşmiş olduğu hâllerde de devredilebilir olduğu kabul edilmektedir⁴²¹. Çünkü, bu ihtimalde de manevi tazminat alacağı çekişmeli olmaktan çıkmakta, devrine engel oluşturan sakinca giderilmektedir.

Bu noktada bir çekinceyi eklemek gerekir: BK 58/I uyarınca davacı manevi tazminat olarak yalnızca bir miktar paranın ödenmesini istemeye yetkili olup⁴²², MK 25/IV hükmünde bu konudaki talebin karşı tarafça kabul edilmesi⁴²³ ihtimali düzenlenmektedir. Ancak, manevi tazminat talebinin çekişme konusu olduğu ihtimalde, hâkim, BK 58/II uyarınca, manevi zararın -bir miktar paranın tazminat olarak ödenmesi dışında kalan- başka bir biçimde giderilmesine karar vermeye de yetkilidir. Hâkimin BK 58/II uyarınca hükmettiği giderim biçimi ise duruma göre bir alacak hakkı niteliği dahi taşımayabilir. Örneğin, hâkimin saldırıyı kınama kararı vermesi ve bu kararın yayımlanmasına hükmetmesi böyledir. BK 58/II hükmünün uygulandığı hâllerde, yukarıda belirtilenden⁴²⁴ farklı olarak, hükmedilen giderim biçiminin bir alacak hakkına karşılık gelip gelmediği, eğer bir alacak hakkı ise niteliğinin devre elverişli olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Her hâlde, manevi tazminat alacağı bakımından MK 25/IV hükmünde öngörülen devir engelinin mutlak nitelikte olmadığı açıktır: Manevi tazminat talebinin karşı

Ozanemre Yayla, s. 186. Bu görüşe karşılık, MK 25/IV hükmünün amacının manevi tazminatın çekişmeli olduğu dönemde devredilmesinin önüne geçmek olduğu, bu nedenle karşı tarafın sadece manevi tazminat alacağının varlığını değil aynı zamanda miktarını da kabul etmesi gerektiği, yani tazminatın miktarı konusunda da herhangi bir çekişmenin mevcut olmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak, manevi tazminat alacağının devredilebilirliğinin karşı tarafın kabulüne bağlanmasının hukuk politikası yönünden yerindeliği aşağıda görüleceği üzere (bkz. 105 vd) tartışmalıdır. Bu yüzden çalışmamızda MK 25/IV hükmündeki kabul şartına ilişkin dar veya geniş bir yoruma bağlı kalan herhangi bir görüş beyan etmekten kaçınılmaktadır.

⁴²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246; Oğuzman/Öz, C. II, N. 763; Dural/Sarı, N. 1014.

⁴²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246; Feyzioğlu, s. 635; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1720; Dural/Sarı, N. 1014; Ozanemre Yayla, s. 186; Spirig, Art. 164, N. 166.

⁴²² BK 58/II gereği, davacının, kendisine para ödenmesi dışında başka bir giderim biçimine hükmedilmesini talep etme imkanına sahip olmadığı; buna karşılık hakim BK 58/II uyarınca başka bir giderim biçimine hükmedebilme yetkisine sahip olduğu konusunda bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 769-770.

⁴²³ MK 25/IV hükmünde aranan karşı tarafça kabul edilme koşulunun, tarafların manevi tazminat tutarı konusunda anlaşması şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı tartışmaya açıktır. Yukarıda bkz. s. 103'te dn. 419.

⁴²⁴ Bkz. s. 104'te dn. 421'e bağlı ana metin.

tarafça kabul edilmesi veya (bir miktar paranın ödenmesi konusundaki) manevi tazminat alacağının mahkeme hükmü ile kesinleşmiş olması sonucu devir engeli ortadan kalkmaktadır.

Belirtelim ki, kanunda manevi tazminat talebinin devrine ilişkin böyle genel nitelikli bir düzenlemeye yer verilmesi tarihsel bir gelişimin neticesidir⁴²⁵: Eski Medeni Kanun döneminde, manevi tazminatın kişiye sıkı sıkıya bağlı ve mutlak surette devredilemez nitelikte bir alacak hakkı olduğu şeklinde katı bir yaklaşımın öğretide mevcut olduğu görülmektedir⁴²⁶. Mutlak surette devredilemez olduğu görüşü, 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı eski Medeni Kanun’a 24a/III maddesinin eklenmesinden itibaren Türk hukuku pratiğindeki önemini yitirmiştir. eMK 24a/III ve ayrı doğrultudaki MK 25/IV hükümlerinde getirilen düzenlemeler sayesinde, manevi tazminat alacağının arz ettiği malvarlığı değerinden devir konusu edilecek yararlanılabilmesi, en azından tazminat yükümlüsü tarafından kabul edildiği an itibarıyla mümkün hâle getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, Türk hukukunda MK 25/IV düzenlemesi, manevi tazminat alacağının devredilebilir olup olmadığı hukuki sorununun çözümünde tarihsel gelişim içinde bir ilerleme sayılabilmektedir⁴²⁷. Bununla birlikte, MK 25/IV hükmünün yerindeliği günümüzde hâlen daha tartışma konusudur. Manevi zararı, kişilik değerlerindeki eksilme olarak tanımlayan ve manevi tazminatın bu eksilmeyi telafi işlevini üstlendiğini kabul eden objektif manevi zarar teorisi çerçevesinde, manevi tazminat talebinin salt malvarlıksal nitelikte sıradan bir

⁴²⁵ 743 sayılı eski Medeni Kanun’un 85/II hükmünde nişanın bozulması hâlinde istenebilecek manevi tazminat talebine ilişkin olarak şöyle bir düzenleme yer almaktaydı: “*Manevi tazminat davası, mirasçıya intikal etmez. Şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise mirasçılara intikal eder.*” Bu hükmün, manevi tazminata ilişkin kanunda benimsenen genel bir prensibin somut bir ifadesi olup olmadığı ve miras yoluyla intikal edilebilirlik yanında alacağın devri bakımından uygulanabilirliği geçmişte öğretide tartışma konusuydu. Bkz. von Tuhr/Peter, s. 128; Ferit H. Saymen, **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul 1940, s. 218. Bu tartışmayı sonlandırmak üzere, 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun ile eski Medeni Kanun’a “*Manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ancak miras yolu ile intikal eder*” şeklindeki genel nitelikli 24a/III hükmü eklenmiştir. Bu düzenleme, yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na 25/IV hükmü olarak aktarılırken, manevi tazminat alacağının devredilebilirliği için aranan karşı tarafça kabul edilme koşulu aynen muhafaza edilmiş, miras yoluyla intikal edilebilirliği bakımından ise mirasbırakanın sağlığında ileri sürülmüş olması koşulu eklenmiştir.

⁴²⁶ Virgile Rossel, **Manuel du droit fédéral des obligations**, Lausanne-Genève 1920, s. 228; Funk, Art. 164, N. 5; Saymen, s. 218-219.

⁴²⁷ Rona Serozan, “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul 1990, s. 279-289, s. 279.

alacak hakkı olduğu ileri sürülmekte⁴²⁸, Türk hukukunda manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır⁴²⁹. Bu doğrultuda, yazılı şekildeki alacağın devri açıklamasının, manevi tazminat talebinin somutlaştırılması açısından yeterli olması gerektiği savunulmakta⁴³⁰, MK 25/IV hükmünde “*karşı tarafça kabul edilmiş olma*” koşulu aranarak manevi tazminat talebinin devrinin zarar verenin iradesine bağlanmış olması eleştirilmektedir⁴³¹.

İİK 82/I b. 11 hükmüne dayanılarak manevi tazminat talebinin haczedilemez olduğu kabul edilmektedir⁴³². Bu hüküm ile üçüncü kişilerin takip alacaklısı sıfatına dayanarak, haciz borçlusunun kişilik alanına girmesine ve ona ait bir manevi tazminat talebini gerektiğinde mahkemede çekişme konusu etmesine engel olunmaktadır⁴³³. MK 25/IV hükmüne paralel şekilde, manevi tazminatın karşı tarafça kabul edilmesi ya da mahkeme kararı ile kesinleşmiş olması hâlinde haciz engelinin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir⁴³⁴.

⁴²⁸ Serozan, **Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali**, s. 281; Eren, N. 2452; Çiğdem Kırca, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, 1999, C. 25, S. 3, s. 242-266, s. 261; Fulya Erlüle, **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara 2011, s. 445-446.

⁴²⁹ Bu nitelendirmeye karşı çıkan yazarlar için bkz. Eren, N. 2452; Kırca, **Manevi Tazminat**, s. 261. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak nitelendirmesini benimseyen yazarlara örnek olarak bkz. Saymen, s. 218; Oğuzman/Barlas, N. 570; Dural/Sarı, N. 1017. İsviçre öğretisinde aynı yönde: Spirig, Art. 164, N. 166. Manevi tazminat talebinin ileri sürüldükten sonra, zarara uğrayan kişinin şahsına bağlı olmaktan çıkacağı ve hem serbestçe devredilebilir hem de miras yoluyla intikal edebilir hâle geleceği yönünde: Becker, Art. 47, N. 1. Bu görüşler hakkında ayrıca bkz. aşağıda s. 107.

⁴³⁰ Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990, s. 67-101, s. 94.

⁴³¹ Eren, N. 2452; Serozan, **Manevi Tazminat**, s. 94; Kırca, **Manevi Tazminat**, s. 262.

⁴³² Serozan, **Manevi Tazminat**, s. 95; Eren, N. 2453; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 691-692; Erlüle, s. 447.

⁴³³ Serozan (**Manevi Tazminat**, s. 95), manevi tazminatın cebri icraya tabi sıradan bir alacak hakkına dönüşmesine İİK 82/I b. 11 hükmündeki haciz yasağının yeterli ölçüde engel olacağını ifade etmektedir.

⁴³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 692; Kuru, s. 188; Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 304.

C. Hükümün Amacı Gereği Devrin Engellendiği Yorumu Yapılabilen Hâllere Örnekler

1. Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Temeli Bulunan Alacakların Devredilebilirliği

İsviçre hukuku kaynaklarında “*kişiye sıkı sıkıya bağlı*”⁴³⁵ alacakların devredilemeyeceği görüşü yaygın olarak ifade edilmektedir⁴³⁶. Türk hukuku yönünden bakıldığında “*kişiye sıkı sıkıya bağlı alacak hakkı*” deyimini ilk planda yadırgatıcı gözükmemektedir. Çünkü, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kişi varlığında⁴³⁷, alacak hakları ise kural olarak malvarlığında yer almaktadır. Bu açıdan “*kişiye sıkı sıkıya bağlı alacak hakkı*” ile hangi alacaklardan söz edildiği hususu tereddüt uyandırmaktadır:

⁴³⁵ Almanca “*höchstpersönliche*” tabiri Türkçeye “*kişiye sıkı sıkıya bağlı*” olarak çevrilmektedir. Müsterek hukukta “*höchstpersönliche Rechte*” deyimini kişiye bağlı hakları (hem intifa hakkı ve sükna hakkı gibi kişiye bağlı malvarlığı haklarını hem de nişanlanma ve evlenme gibi şahıs varlığı haklarını), Roma hukukunda “*persönliche Rechte*” olarak tabir edilen alacak haklarından ayırmak için kullanılmıştır. Bu nedenle, İsviçre Medeni Kanunu hazırlığı sırasındaki, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramına karşılık gelecek Almanca terim arayışında, “*höchstpersönliche*” deyimini malvarlığı haklarını da kapsayan çok geniş bir anlatıma sahip olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun yerine “*kişilik dolayısıyla sahip olunan*” anlamı taşıyan “*um ihrer Persönlichkeit willen*” şeklinde başka bir deyim benimsenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun yürürlükteki 19c maddesinin başlığında “*höchstpersönliche Rechte*” terimi, birinci fıkrasında ise “*um ihrer Persönlichkeit willen*” terimi geçmektedir. Diğer taraftan, Türk Medeni Kanunu’nun 16. maddesinde tercih edilen “*kişiye sıkı sıkıya hak*” terimi, İsviçre Medeni Kanunu’nun yürürlükteki 19c maddesinin Fransızca metinde geçen “*droits strictement personnel*” teriminin Türkçeye çevirisidir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Fatma Tülay Karakaş, **Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, Ankara 2015, s. 12-19.

⁴³⁶ Wolff, s. 172; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 26; Becker, Art. 164, N. 31; Keller/Schöbi, s. 58; Engel, s. 879; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 33; Huguenin, N. 1365; Spirig, Art. 164, N. 166. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de kişiye sıkı sıkıya bağlı taleplerin alacağın devrine konu edilemeyeceğini ifade ettiği kararları bulunmaktadır. Bkz. BGE 40 II 622, E. 4; BGE 107 II 465, E. 6; BGE 135 V 2, E. 6.1.

⁴³⁷ Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kişi varlığında yer aldığı konusunda: Karakaş, s. 29 vd; Ekrem Kurt, “Türk Hukukunda Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, **İKÜHFD**, 2016, C. 15, S. 2, s. 122-187, s. 135.

İsviçre hukukunda “kişiye sıkı sıkıya bağlı alacak hakkı” niteliği taşıdığı için devredilemeyen alacaklara nafaka talebi⁴³⁸, manevi tazminat talebi⁴³⁹ örnek verilmektedir⁴⁴⁰. Bunlara ek olarak, hak sahibinin kişiliği ilgilendiren niteliğine ve aile hukukuna özgü oluşuna işaret edilerek, evlilik birliğinin giderlerine katılma talebinin devrinin mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir⁴⁴¹.

Gerçekten de evlilik birliğinin giderlerine katılma talebi⁴⁴², nafaka talebi⁴⁴³, ömür boyu gelir sözleşmesinden doğan gelir talebi⁴⁴⁴ ve manevi tazminat talebi⁴⁴⁵ bir yönüyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşımaktadır. Çünkü anılan talep hakları, sadece bir malvarlığı menfaatinin teminine yönelik olmayıp aynı zamanda kişi varlığının korunması amacına da yönelmektedir⁴⁴⁶. Öğretide, anılan talep haklarının kişi varlığında yer alan yönü malvarlığında yer alan yönünden, aşağıdaki şekilde ayrılmaktadır:

⁴³⁸ Huguenin, N. 13; Spirig, Art. 164, N. 166.

⁴³⁹ Spirig, Art. 164, N. 166.

⁴⁴⁰ İsviçre hukukunda Becker, (Art. 164, N. 31) ödünç konusunu kullanım hakkını “*höchstpersönlich*” alacak hakkına örnek vermektedir. Becker’in burada “*höchstpersönlich*” nitelendirmesini kullanırken Alman hukuku etkisi altında olduğu anlaşılmaktadır. Alman hukuku kaynaklarında da “*höchstpersönlich*” alacakların devredilemeyeceği görüşü sıklıkla ifade edilmektedir. Bkz. Medicus/Lorenz, N. 794. RGRK/Weber, § 399, N. 19; Staudinger/Busche, § 399, N. 14; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 6. Hatta, Alman hukuku kaynaklarında verilen örneklerin kişi varlığı ile bağlantısı daha da zayıf olabilmektedir. Örnek olarak, önsözleşmeden doğan alacak hakkı, kiralanana kullanım hakkının devredilemeyeceği yönünde: Staudinger/Busche, § 399, N. 13, N. 8. Çünkü, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin özel bir yasal düzenlemenin bulunmadığı Alman hukukunda “*höchstpersönliche Rechte*” terimi, müşterek hukuktaki yaklaşıma paralel olarak, hem kişiye bağlı şahıs varlığı haklarını hem de kişiye bağlı malvarlığı haklarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Karakaş, s. 18. Alman kaynaklarında verilen örnekler bazen de İsviçre hukukunda verilen örneklerle kesişmektedir. Söz gelimi, aile hukukundan kaynaklanan bakım ve yardıma yönelik taleplerin kişiye sıkı sıkıya bağlı olmalarından ötürü devredilemeyeceği yönünde: Medicus/Lorenz, N. 794; aynı gerekçe ile nafaka alacağının devredilemeyeceği yönünde: Soergel/Schreiber, § 399, N. 1.

⁴⁴¹ Becker, Art. 164, N. 41; Engel, s. 878; Spirig, Art. 164, N. 168; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 33. Türk hukukunda evlilik birliğinin giderlerine katılma talebinin niteliğinin devre engel oluşturduğu yönünde: Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; Franko, s. 184; Özsunay, s. 187; Dayınlarlı, s. 197-199.

⁴⁴² Evlilik birliğinin giderlerine katılma talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı yönünde: Öztan, s. 240; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 850; Damla Gürpınar, “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S. 8, s. 1293-1339, s. 1314-1315.

⁴⁴³ Nafaka talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı yönünde: Karakaş, s. 134; Kurt, **Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, s. 161.

⁴⁴⁴ Ömür boyu gelir sözleşmesinden doğan gelir talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı yönünde: Eren, **Borçlar Özel**, N. 2800.

⁴⁴⁵ Manevi tazminat talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı yönünde: Saymen, s. 218; Oğuzman/Barlas, N. 570; Dural/Sarı, N. 1017; Karakaş, s. 91; Kurt, **Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, s. 137. İsviçre öğretisinde bu yönde: Spirig, Art. 164, N. 166. Manevi tazminat talebinin devri hakkında ayrıca bkz. s. 103 vd.

⁴⁴⁶ Nafaka alacağı bakımından bu yönde: Karakaş, s. 134.

Evlilik birliğin giderlerine katılma talebinin (MK 186/III) bireysel giderlere katılma alacaklarına dayanak veren bir “*kök hak*”⁴⁴⁷ yönü bulunduğu ifade edilmektedir. Buna göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliği taşıyan yönü itibarıyla evlilik birliğin giderlerine katılma talebi devredilemez ve vazgeçilemez bir haktır. Bu hak eşlerden birinin ölümü üzerine sona ermektedir. Evlilik birliğin giderlerine katılma talebinin kullanılması sonucu bağımsızlaşan alacak hakları ise malvarlığında yer alan sıradan birer alacak hakkı olarak değerlendirilmektedir. Bu alacakların kural olarak hukuki işleme konu edilmeleri ve miras yoluyla intikal etmeleri mümkün kabul edilmektedir⁴⁴⁸.

Nafaka talebi bakımından da benzer bir ayrım söz konusudur: İleri sürülüp sürülmemesi konusundaki karar alma yetkisinin münhasıran hak sahibine ait olması yönünden nafaka talebinin bir kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁴⁹, buna karşılık talebin dava yoluyla ileri sürülmesi sonucu hükmedilen nafaka alacaklarının (muaccel hâle geldikleri andan itibaren) bireysel olarak devre konu edilmelerine engel görülmemektedir⁴⁵⁰.

Ömür boyu gelir (kayı hayat ile irat) sözleşmesinde (BK 607) gelir alacıklısının gelir borçlusuna karşı sahip olduğu talep hakkının temelinde “*kök hak*” olarak nitelendirilen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak bulunduğu ve bu hakkın başkasına devredilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁵¹. Buna karşılık, ömür boyu gelir sözleşmesinde sözleşmeden doğan her bir gelir alacağının bireysel olarak sıradan bir para alacağından ibaret olduğu, o nedenle devre konu edilmesine kural olarak hiçbir engel bulunmadığı

⁴⁴⁷ “*Kök hak*” nitelendirmesine alacak üzerinde intifa kurulan durum bakımından da başvurulmaktadır. Alacak üzerinde intifa kurulması hâlinde, “*kök hak*” niteliğindeki alacak hakkının sahibinde kalacağı, yararlanma yetkisinin hakkın içeriğinden ayrılarak intifa hakkı sahibine özgüleneceği belirtilmektedir: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 3043, N. 3046. Ayrıca yukarıda bkz. s. 14’te dn. 24.

⁴⁴⁸ Gürpınar, s. 1314-1315. Benzer bir ayrım için bkz. Öztan, s. 240; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 850. Aksi yönde olarak, bu alacağın evlilik birliğin korunması amacı için doğduğu, bu nedenle amacının devre engel teşkil edeceği de belirtilebilmektedir. Bkz. Becker, Art. 164, N. 41. Ayrım yapmaksızın bu alacağın amacının devre engel oluşturacağı şeklinde: von Tuhr/Escher, s. 345.

⁴⁴⁹ Kurt, **Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, s. 161; Karakaş, s. 134.

⁴⁵⁰ Bkz. s. 117.

⁴⁵¹ Eren, **Borçlar Özel**, N. 2800. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak nitelendirmesi yapmaksızın, geliri (iradı) doğuran bir kök hak mevcut olduğu ve bu kök haktan münferit alacakların kaynaklandığı, kök hakkın, bütün olarak alacak hakkı veya BK 150/II’ye göre “*alacağın tamamı*” olarak da ifade edilebileceği görüşünde: Yavuz/Acar/Özen, s. 1493.

belirlenmektedir. Aksi sözleşmeyle kararlaştırılmış olmadıkça, gelir alacaklısının haklarını başkasına devredebileceği öngörülen BK 610 hükmü bu şekilde yorumlanmaktadır⁴⁵².

Benzer şekilde, manevi tazminat talebinin ileri sürülüp sürülmemesi yönündeki karar alma yetkisinin kişilik hakkı ihlale uğrayan kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu, ancak ileri sürülmesinden sonra kişinin şahsına bağlı olmaktan çıkacağı öğretide ifade edilmektedir⁴⁵³. Manevi tazminat talebi MK 25/IV hükmünde aranan karşı tarafça kabul edilmesi koşulu gerçekleştiği takdirde serbestçe devre konu edilebilmektedir⁴⁵⁴.

Verilen dört örnekte, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması sonucu, hak sahibinin malvarlığında bulunan ve onun kişi varlığını koruma amacına yönelmiş bir alacak hakkının da talep edildiği anlaşılmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ile alacak hakkı, kişi varlığının korunması ortak amacına yönelmeleri bakımından birbirlerini tamamlamaktadır. Fakat böyle ortak bir amaca yönelmiş olmaları, bu hakların ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği anlamına da gelmemektedir. Hak sahibi, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı kullanma yönündeki iradesini açıkladıktan sonra, kişi varlığını koruma amacını gerçekleştirmek için doğmuş alacak hakkının üçüncü kişilerce talep edilebilmesinin önündeki engel ortadan kalkmaktadır. Bu açıdan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ile alacak hakkı kavramını ile bütünleştiren “*kişiye sıkı sıkıya bağlı alacak hakkı*” deyimini isabetli gözükmemektedir. Üstelik, bu deyim alacak hakkının devredilebilir olup olmadığı sorunun değerlendirilmesi yönünden yanıltıcı bir anlatım içermektedir. Bir alacak hakkı için kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu nitelendirmesi yapıldığında, o alacağa ilişkin mutlak bir devir engeli bulunduğu algısı uyandırılmaktadır. Oysaki, verilen örneklerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması kararı alındıktan sonraki aşamada, bir malvarlığı değeri taşıyan alacak hakkının devri -hak sahibinin kişi varlığının korunması amacına aykırı düşmediği ölçüde- mümkün olabilmektedir.

⁴⁵² Eren, **Borçlar Özel**, N. 2800; Yavuz/Acar/Özen, s. 1495. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağı bakıp gözetme şekilde değil belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin ise devrine engel bulunmadığı görüşünde: Feyzioğlu, s. 635; Franko, s. 184. Ölünceye bakım sözleşmesinden doğan bakım ve gözetim edimleri bir para alacağına dönüştürülmüşse veya söz konusu edimlerin gelir şeklinde ödenmesi kararlaştırılmışsa (BK 619/III) devir engelinin ortadan kalkacağı görüşünde: Akartepe, s. 67.

⁴⁵³ Becker, Art. 47, N. 1.

⁴⁵⁴ Bkz. s. 103 vd.

Tabii bir hususa dikkat çekilmesi gerekir: Yukarıda verilen örneklerin tamamında, kişi varlığını koruma amacı güden alacağın konusu edim bir miktar paranın ödenmesidir. Dolayısıyla, niteliği devre elverişli bir alacak hakkı söz konusudur. Bu sayede, belirtilen alacaklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasından sonraki aşamada, bağımsız birer malvarlığı unsuruna dönüşerek devre konu edilebilmektedir. Buna karşılık, örneğin, ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağının başkasına geçirilmesi -bakım borçlusunun rızası olsun olmasın- hiçbir zaman mümkün değildir. Çünkü, bakım alacağı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak temeline sahip olduğu hâlde⁴⁵⁵, yukarıdaki örneklerden farklı olarak, niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacaktır. Diğer yandan, bakım alacağı, temelinde yatan kişiliğin korunması amacını gerçekleştirebilmesi için kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka sürekli olarak bağımlı bulunmaktadır. Bu yüzden, salt malvarlığı değeri taşıyan bir alacak hakkına dönüşebilmesi, bağımsız bir malvarlığı değeri olarak başkasına geçirilebilmesi mümkün değildir. BK 619/I hükmünün açık ifadesi de bunu doğrulamaktadır⁴⁵⁶.

2. Haczi Yasak Olan Alacakların Devredilebilirliği

İİK 82-83 hükümlerinde, aleyhine haciz yoluyla takibe geçilen kişinin (takip borçlusunun) malvarlığında bulunabilen bazı unsurların haczi yasaklanmaktadır. Haciz yasağı öngörülen bu hükümlerin ardında, borçlunun ve ailesinin kişiliğinin korunması düşünceleri yer almaktadır. Borçlunun ve ailesinin yaşaması, ekonomik varlığını devam ettirmesi, devletin sosyal yardımına muhtaç hâl düşmesinin önüne geçilmesi şeklindeki sosyal gerekçelerden hareket edilmektedir. Borçlunun yaşam gücünden ve araçlarından tamamen mahrum bırakılmasına engel olunarak, ona insanca yaşayabilmesi, tekrar çalışıp borcunu ödeyebilmesi için gerekli asgari unsurların temin edilmesi

⁴⁵⁵ Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının sahip olduğu talep hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Bkz. Tunçomağ, **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, s. 86; Eraslan Özkaya, **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Ankara 2007, s. 111; Eren, **Borçlar Özel**, N. 2856.

⁴⁵⁶ Bakım alacağının niteliği gereği devri mümkün olmadığından dolayı BK 619/I hükmü bir yasal devir engeli olarak nitelendirilemez. Bkz. s. 96.

amaçlanmaktadır⁴⁵⁷. İcra İflas Kanunu hükümlerinde haczi yasaklanan malvarlığı değerleri arasında alacak hakkı niteliğindeki bazı değerler (İİK 82/I b. 11: bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle uğranılan zararı gidermeye yönelik tazminat alacakları; İİK 83: ücret alacakları, nafakalar) de yer almaktadır.

Alman Medeni Kanunu'nda benzer sosyal gerekçelerden hareket edilerek haciz yasakları ile devir yasakları arasında bir bağlantı kurulmuştur⁴⁵⁸. BGB § 400 hükmüne göre, bir alacak hakkı haczedilemez olduğu ölçüde devredilemez. Bu hüküm ile alacağın devri yasaklanırken, takip borçlusunun kişiliğini korumak, geçinmesi için ihtiyaç duyduğu ekonomik değerlerin gerçekten onun eline geçmesini temin etmek amaçlandığı öğretide ifade edilmektedir. İcra hukukunun haciz yasağı getirerek sağladığı kişi varlığına ilişkin korumadan, takip borçlusunun, sahip olduğu alacağı kendi iradesi ile başkasına devrederek vazgeçmesinin önüne geçilmektedir⁴⁵⁹. Diğer türlü, hak sahibi, alacaklıların baskısı altında, doğmamış alacakları önceden devrederek, geçinmek için ihtiyaç duyduğu malvarlığı unsurlarından kendisini mahrum bırakabilecektir⁴⁶⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1911 revizyonuna ilişkin hazırlık çalışmaları sırasında, Alman hukukundaki BGB § 400 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmesi ve haczedilemez alacakların devrinin yasaklanması teklifi gündeme gelmiş ve geri çevrilmiştir. Buna gerekçe olarak, maddi tazminat taleplerinin devredilebilir olmasına duyulan ekonomik ihtiyaca işaret edilmiştir⁴⁶¹. Bu yaklaşım doğrultusunda, bir alacak hakkının haczinin kanun tarafından yasaklanmış olmasının, o alacak hakkının devrinin

⁴⁵⁷ Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 278; Kuru, s. 187; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 151-153; Mehmet Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul 2016, s. 144; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 270.

⁴⁵⁸ Enneccerus/Lehmann, s. 315; RGRK/Weber, § 399, N. 4; Larenz, § 34, s. 583-584.

⁴⁵⁹ Larenz, § 34, s. 583-584; Esser/Schmidt, s. 309; Medicus/Lorenz, N. 795.

⁴⁶⁰ Larenz, § 34, s. 583-584. Diğer yandan, öğretide ve yargı kararlarında BGB § 400 hükmünün uygulanması amaca uygun olarak sınırlandırılmaktadır. Örnek olarak, haciz yasağına tabi alacak hakkının ona eşit değerde bir ivaz karşılığında devri söz konusu olan hâllerde, BGB § 400 hükmünden kaynaklanan devir yasağının ortadan kalkacağı, çünkü bu hâlde BGB § 400 hükmünün kişi varlığının korunması amacını gerçekleştirmiş olacağı kabul edilmektedir: Medicus/Lorenz, N. 795; Esser/Schmidt, s. 309; Fikentscher/Heinemann, N. 726. Bu doğrultudaki kararlar için bkz. BGH, NJW 1952, 337; BGH, NJW 1954, 1153; BGH, NJW 1972, 1703.

⁴⁶¹ Revision des schweizer Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, II. Session, 12.-23. Oktober 1908, s. 8-9.

de yasaklanmış olduğu yorumuna varmak için tek başına yeterli olmadığı görüşü öğretide ve yargı kararlarında yerleşmiş bulunmaktadır⁴⁶². İsviçre Federal Mahkemesi, kanun koyucuyu bir alacak hakkına ilişkin haciz yasağı öngörmeye sevk eden gerekçelerin sadece icra iflas hukuku alanına geçerli olduğunu, hak sahibinin alacak hakkı üzerinde kendi iradesi ile gerçekleştireceği tasarrufları kapsamadığını vurgulamaktadır⁴⁶³.

Gerçekten de bir alacağının haczinin yasaklanmış olması her durumda o alacağın devrine engel oluşturmamaktadır. Örnek olarak, İİK 82/I b. 11 hükmüne göre, bedensel bütünlüğün ihlali üzerine doğan zararların tazmini için toptan veya irat şeklinde ödenmesi kararlaştırılan maddi tazminat alacaklarının haczi yasaktır. Bu hüküm ile maddi tazminat alacağının haczi yasaklanırken, şüphesizdir ki, alacaklısının kişi varlığının korunması amaçlanmaktadır. Ancak, bu hükmün ardında yatan kişiliğin korunması amacı, maddi tazminat alacağının devri söz konusu olan her durumda ihlal edilmiş olmaz⁴⁶⁴. Örnek olarak, maddi tazminat alacaklısı ekonomik olarak refah içindeyse, sağlığını geri kazanmak, tedavi masraflarını ödemek için tazminatın doğrudan onun eline geçmesini temin eden bir hukuk kuralının onu korumasına ihtiyacı yoktur. Bu ihtimalde, alacaklının maddi tazminat alacağı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkânını sınırlandırmak için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır⁴⁶⁵. Bu belirtilenlerin aynısı destekten yoksun kalma tazminatı açısından da geçerlidir. Çünkü, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmesi için davacının desteğin kaybı nedeniyle zaruret içine düşmüş olması şartı aranmamakta; yaşam kalitesinin düşmüş olması yeterli kabul edilmektedir⁴⁶⁶. Bu yüzden, destekten yoksun kalma tazminatına

⁴⁶² Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 34; Becker, Art. 164, N. 27; von Tuhr/Escher, s. 351; von Büren, s. 325; Spirig, Art. 164, N. 130. Alman Medeni Kanunu'nun § 400 hükmündeki esasın İsviçre hukukuna yabancı olduğu yönünde: BGE 40 II 622, E. 4; BGE 63 II 157.

⁴⁶³ BGE 63 II 157.

⁴⁶⁴ İsviçre hukukunda bedensel bütünlüğün ihlalinin doğan maddi tazminat alacakları haczedilemez olduğu hâlde, devredilmelerine engel bulunmadığı yönünde: von Tuhr/Escher, s. 351.

⁴⁶⁵ BK 53-54 (eBK 45-46) hükümlerine dayanan tazminat alacaklarının haczedilmeleri yasak olmasına rağmen devredilmelerine engel bulunmadığı görüşünde: Arsebük, s. 1070-1071. İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsediği, kaza sigortası tazminatı alacağına ilişkin haciz yasağının devre engel teşkil etmediği, tazminat alacağı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir nitelik taşıyaydı devrine karşı çıkılabilecek olduğu, fakat sigorta şirketi ile alacaklı arasındaki ilişkinin alacağın devrine engel oluşturan şahsi bir yönünün bulunmadığı şeklindeki gerekçesi için bkz. BGE 40 II 622, E. 4.

⁴⁶⁶ Oğuzman/Öz, C. II, N. 321.

ilişkin alacak hakkının devrinin her durumda alacaklısının kişiliğini ihlal edeceği söylenemez⁴⁶⁷. Bununla birlikte, maddi tazminatın ve destekten yoksun kalma tazminatının devredilebilirliğine ilişkin bu göreceli yaklaşım tarzının aynısı, örneğin, İİK 83 hükmüne göre haczi yasak olan yoksulluk nafakası bakımından benimsenebilir değildir. Çünkü, lehine yoksulluk nafakasına hükmedilen kişi, yaşamını sürdürmek için bu nafakanın eline geçmesine muhtaç bir durumdadır. Nafakanın kişiliğin korunması amacını yerine getirmesi, doğrudan nafaka alacaklısının eline geçmesine bağlıdır. Bu nedenle, alacaklının nafaka alacağı üzerinde devir yoluyla tasarruf edebilme imkânının belirli bir seviyeye kadar sınırlandırılması, alacaklının kendi iradesi ile gerçekleştireceği işlemlere karşı korunması gerekmektedir. Diğer türlü, Alman hukuku öğretisinde belirtildiği gibi, hak sahibinin, alacaklıların baskısına karşı koyamayıp gelecekteki nafaka alacaklarını onlara devrederek geçinmek için ihtiyaç duyduğu malvarlığı değerlerinden kendisini mahrum bırakması tehlikesi söz konusu olabilecektir⁴⁶⁸. Bu tehlikenin önüne geçilerek nafaka alacaklısının devletin yardımına muhtaç hâle düşmesine engel olunmasında aynı zamanda kamu menfaati de bulunmamaktadır⁴⁶⁹.

Sonuç olarak, bir alacağın devrine, o alacağın haczini yasaklayan kanun hükmü değil, fakat kişiyi kendi iradesiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemlere karşı koruyan emredici nitelikteki MK 23/II hükmü engel oluşturabilir. Her ne kadar Türk ve İsviçre hukuklarında haczedilemezliği doğrudan devredilemezlik ile ilişkilendiren genel bir düzenleme bulunmasa dahi, haciz yasaklarının ardında yatan kişiliğin korunması amacının MK 23/II hükmü uyarınca devre engel oluşturabilmesi mümkündür⁴⁷⁰. Haciz ya-

⁴⁶⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, destekten yoksun kalma tazminatının haczinin yasaklanmış olmasının, onun devrine engel bulunduğu anlamına gelmediğini, bu nedenle serbestçe devredilebileceğini kabul etmiştir. Bkz. BGE 63 II 157.

⁴⁶⁸ Alacağın devrinin, haciz borçlusunun geçiminin teminini öngören bir haciz yasağının dolanılması amacıyla yapıldığı hâllerde hükümsüz olacağı yönünde: Becker, Art. 164, N. 27. Bu görüşe paralel olarak Türk hukukunda, işçinin ücret alacağına ilişkin yasal devir engelinin (bkz. yukarıda s. 100 vd), işçinin ücretinin haczedilemeyen kısmı üzerinde serbestçe tasarruf etmesinin önüne geçmek amacıyla getirildiği belirtilemektedir. İşçiye ücretinin haczedilmeyen bölümü üzerinde serbestçe tasarruf imkânı tanınmış olsaydı, ücretin saklı kısmının haczedilemezliğine ilişkin hükümlere aykırılığın kolaylaşacağı ifade edilmektedir. Bkz. Centel, s. 332.

⁴⁶⁹ Bu konuda BGB § 400 hükmünün de bir yönüyle kamu menfaatini temine yönelik olduğu, kamu menfaatini sosyal yardım taleplerine karşı koruma amacı güttüğü belirtilmektedir: Fikentscher/Heinemann, N. 726; Staudinger/Busche, § 399, N. 26.

⁴⁷⁰ Kişiliğin korunması amacı öngörülen haciz kısıtlamalarının alacağın devredilebilirliği bakımından da etkili olacağı, bu doğrultuda, alacaklının güç duruma düşmesini engellemek amacıyla öngörülen

sağı öngörülen hükümlerde, takip borçlusunun kişiliğinin korunması için temini zorunlu malvarlığı değerleri somut bir tarzda belirlenmektedir. Bu açıdan, haciz yasakları MK 23/II hükmünden kaynaklanan bir devir yasağı mevcut olup olmadığının araştırılmasında bir ölçü olarak ele alınabilir. Aşağıda görülecektir ki, Türk hukuku öğretisinde nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması düşünceleri ile gelecekteki nafaka alacağının devredilemeyeceği görüşü yerleşmiş bulunmaktadır⁴⁷¹.

3. Nafaka Alacağının Devredilebilirliği

Nafaka alacağı, kanunda öngörülen hâllerde, alacaklısının şahsı lehine, onun ihtiyaçlarının giderilmesi ya da içine düştüğü yoksulluk hâlinin ortadan kaldırılması için doğmaktadır⁴⁷². Miktarı, nafaka alacaklısının talebi üzerine, onun ihtiyaçları ile nafaka yükümlüsünün hayat koşulları ve ödeme gücü birlikte göz önünde tutularak

haciz kısıtlamalarının aynı zamanda alacağın devrini de yasakladığının kabul edilmesi gerektiği; buna karşılık haciz kısıtlaması ile kişiliğinin korunması amacı öngörülmemeyen hâllerde haczedilemezliğin devredilemezliği kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiği görüşünde: von Büren, s. 325. Haciz veya takas edilmesi yasak bir alacağa ilişkin devir işleminin genellikle devredenin hafifliği veya içinde düştüğü zaruret hâlinde ötürü yapıldığı, bu yüzden devredenin geçinmesi bakımından zorunlu olan alacakların devrine müsaade edilmemesi gerektiği fikrinde: Arsebük, s. 1071, dn. 79. Ömür boyu gelir sözleşmesinden doğan gelir alacaklarının MK 23/II sınırları içinde devrinin kural olarak mümkün olduğu, ancak bu konuda haczedilebilirlik ölçüsünün devredilebilirliğin değerlendirilmesinde bir sınır oluşturabileceği görüşünde: Eren, **Borçlar Özel**, N. 2800. Diğer yandan, İsviçre Borçlar Kanunu’da haczedilemezliği devredilemezlik ile ilişkilendiren özel bir hükme rastlanılmaktadır: OR 325 hükmünde, aile hukukundan doğan bakım ve yardım yükümlülüklerine uygunluğun temini amacı doğrultusunda, gelecekteki işçi alacakların yalnızca haczedilebilir oldukları ölçüde devredilebileceği ve rehin konusu edilebileceği düzenlenmektedir.

⁴⁷¹ Alman hukuku öğretisinde de haciz yasağına tabi olduğu için devrine engel görülen alacaklara en başta verilen örnek nafakadır. Bkz. aşağıda s. 117, dn. 481.

⁴⁷² Nafaka alacağı doğrudan doğruya kanundan doğan bir alacak hakkıdır: Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 119; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1756. Boşanma veya ayrılık davası sürerken, eşlerin geçimi, bakımı ve korunması amacıyla hükmedilen tedbir nafakası (MK 169); velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan anne veya babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılımını sağlamak amacıyla hükmedilen iştirak nafakası (MK 182); boşanması sonrası yoksulluğa düşecek eş lehine hükmedilen yoksulluk nafakası (MK 175); yoksulluğa düşecek üstsoy ve altsoy ile kardeşler lehine hükmedilen yardım nafakası (MK 364) aile hukukundaki örneklerini oluşturmaktadır.

hâkim tarafından takdir edilmektedir⁴⁷³. Bu yüzden, nafaka alacağının mahkeme kararına dayalı (ilama dayalı) olmasından söz edilmektedir⁴⁷⁴. Uygulamada, mahkeme kararına dayanan nafaka alacağı, kural olarak, irat biçiminde ödenmesi kararlaştırılan bir miktar para alacağı olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁵.

Bir tür para alacağı olan nafakanın alacaklısı yerine başka bir kişiye ifa edilecek olması içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz⁴⁷⁶. Bu nedenle alacağın konusu edimin içeriğinde devre engel oluşturan herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Buna karşılık, nafaka alacağının amacı kanun tarafından hak sahibinin zorunlu ihtiyaçlarının giderilerek kişiliğinin korunması şeklinde emredici bir tarzda belirlenmektedir (MK 23/II)⁴⁷⁷. Kanun koyucu, nafaka alacağının doğumunun ardında yatan bu amacı gerçekleştirebilmesi için, nafaka ödemelerinin doğrudan alacaklının eline geçmesini gerekli görmektedir. Nafaka alacağının, takas hakkının doğumundan sonra dahi, yalnızca alacaklısının rızasıyla takas edilebileceğini öngören BK 144/I b. 3 hükmü bu gerekliliği açıkça vurgulamaktadır⁴⁷⁸. Ayrıca, İİK 83 hükmünün zıt anla-

⁴⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1788-1792; Öztan, s. 1210-1213.

⁴⁷⁴ İİK 83 hükmünde “*ilâma müstenide olmayan nafaka*”dan bahsedilmektedir. Bu anlamdaki sözleşmeye dayanan nafakaya BK 607 hükmünde düzenlenen ömür boyu gelir sözleşmesi uygulamada örnek verilmektedir. Bkz. 12. HD, 9.7.2002, E. 2002/14311, K. 2002/15013 (Kazancı; Lexpera). Bu çerçevede, mahkeme kararına dayanan nafaka alacağının devrine ilişkin esaslar çerçevesinde, muaccel gelir alacağının devrine hiçbir engel bulunmadığı ifade edilmektedir. Gelecekteki gelir alacağının da MK 23/II hükmünün çizdiği sınırlar dâhilinde devredilebilir olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, İİK 83 hükmünde gösterilen haczedilebilirlik ölçüsü, gelir alacağının devredilebilirliği konusunda MK 23/II hükmünün çizdiği sınırları tayin etmekte belirleyici olacaktır. Ayrıca, taraflar diledikleri takdirde gelir alacağının devrini sözleşme ile yasaklayabilme imkânına da sahiptir (BK 610). Bkz. Eren, **Borçlar Özel**, N. 2800.

⁴⁷⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1793. Bazen sözleşme ile bir kimseye, onun, örneğin bir aylık ihtiyacını giderecek miktarda yiyecek ve yakacak malzemesinin nafaka olarak verilmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu hâlde nafaka alacağının başkasına devrinin, alacağın konusu edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün olmayacağı öğretilde belirtilmektedir: Tunçomağ, s. 1084; Eren, N. 3869; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 29; Becker, Art. 164, N. 41; von Tuhr/Escher, § 94, s. 344; Larenz, § 34, s. 582. Esasen, bu ihtimalde de bir verme borcu söz konusu olup devir işlemi edimin içeriğinin değişmesine yol açmayacaktır. Bu ihtimalde de nafaka alacağının devrine engel oluşturan MK 23/II hükmüdür. Bkz. aşağıda dn. 477 ve ona bağlı metin.

⁴⁷⁶ Larenz, § 34, s. 582; Staudinger/Busche, § 399, N. 26.

⁴⁷⁷ Nafaka talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı hak yönü ve kişiliğin korunması amacı hakkında bkz. Kurt, **Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, s. 161; Karakaş, s. 134. Sosyal bir amaca yönelik olduğu konusunda Hüseyin Hatemi / Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul 1993, s. 339; von Büren, s. 322. Ayrıca yukarıda bkz. s. 115.

⁴⁷⁸ BK 144/I b. 3: “*Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar*”. Bu konuda bkz. Ergenekon, s. 33; Hatemi/Serozan, s. 339; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1809; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, **Türk Medenî Hukuku, C. II: Aile Hukuku**, 22. bası, İstanbul 2020, s. 453.

mından hareket edilerek üçüncü kişilerin nafaka alacağına haciz takibi yoluyla erişebilmesinin önü kesilmektedir⁴⁷⁹. Nafaka miktarının mahkemece nafaka alacaklısının zorunlu ihtiyacı esas olarak belirlenmiş olması buna gerekçe gösterilmektedir⁴⁸⁰. Nafaka alacağının başkasına devri kanunun öngördüğü amacı zedeleyeceği için geçerli olmayacaktır⁴⁸¹. Bu anlamda, yalnızca nafaka alacağının başkasına devri değil, örneğin nafaka alacağından önceden sözleşme ile feragat edilmesi de geçersiz sayılmaktadır⁴⁸².

Kanun tarafından böyle sosyal bir amacı gerçekleştirmek üzere alacaklı ve borçlu arasında kurulan bağ, nafaka alacağının muaccel hâle gelmesiyle zayıflamaktadır⁴⁸³. Nafaka alacağının ardında yatan ve devrine engel oluşturan kişiliğin korunması amacı alacağın muaccel hâle gelmesiyle ortadan kalkmaktadır⁴⁸⁴. Nafaka alacağının ifasının istenebilir hâle gelmesiyle birlikte hak sahibinin ihtiyacının giderildiği ve amacına ulaştığı varsayılmakta, bu andan sonra, nafaka alacağının, mahkeme kararına dayanan sıradan bir para alacağına dönüştüğü kabul edilmektedir⁴⁸⁵. Bu doğrultuda,

⁴⁷⁹ İİK 83 hükmüne göre sözleşmeye dayanan nafaka alacağının kısmen haczi mümkündür. İİK 83 hükmünün zıt anlamı gereği mahkeme kararına dayanan nafaka alacağının haczedilemez olduğu yönünde: Hatemi/Serozan, s. 339; Akıntürk/Ateş, s. 453; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1808; Kuru, s. 193; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 280, dn. 10. Birikmiş nafaka alacağı bakımından da bu yöndeki yargı kararları için bkz. aşağıda dn. 486.

⁴⁸⁰ Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 319; Kuru, s. 193; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 280, dn. 10.

⁴⁸¹ Ergenekon, s. 37; Hatemi/Serozan, s. 339; Sirmen, s. 28; Dayınlarlı, s. 199. Nafaka talebinin kişiye bağlı olması ile bağlantılı gerekçelerle öğretilde nafaka alacağının devrine engel bulunduğu kabul edilmekte; bu sırada devrin hukuki ilişkinin veya alacağın niteliğine uygun düşmediği için mümkün olmadığı da belirtilebilmektedir: Göktürk, s. 275; Feyzi Feyzioğlu / Cumhuriyet / Enis Sarıal, **Aile Hukuku**, 3. bası, İstanbul 1986, s. 586; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 7. bası, İstanbul 1990, s. 597; Öztan, s. 1216; Özsunay, s. 187; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1723; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1807; Akıntürk/Ateş, s. 453; Kılıçoğlu, s. 1009; Helvacı, s. 268; Rossel, s. 228; Becker, Art. 164, N. 41; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 29; Engel, s. 878; von Büren, s. 322; Bucher, § 31, s. 542; Spirig, Art. 164, N. 166; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3433; Huguenin, N. 1365; Schwenzler, N. 90.25. Alman hukukunda nafaka alacağına ilişkin devir engeli, haczedilemez alacakların devredilemez olduğunu öngören § 400 hükmüne dayandırılmaktadır. Nafaka alacağının başkasına iradi olarak devrinin, nafaka alacağına ilişkin haciz yasağının koruma amacını zedeleyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Larenz, § 34, s. 584; Medicus/Lorenz, N. 795; RGRK/Weber, § 399, N. 24.

⁴⁸² Hatemi/Serozan, s. 339; Öztan, s. 1216; Akıntürk/Ateş, s. 453; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1810.

⁴⁸³ von Büren, s. 322.

⁴⁸⁴ Ergenekon, s. 36-37; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 586; Tekinay, s. 597.

⁴⁸⁵ Ergenekon, s. 36-37; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 586.

muaccel (birikmiş) nafaka alacağının serbestçe başkasına devredilebileceği görüşü öğretide hâkim bulunmaktadır⁴⁸⁶.

Gelecekteki nafaka alacağının devri kural olarak MK 23/II hükmüne aykırılık nedeniyle geçersiz olacağı kabul edilmekle birlikte, devrin hukuki sebebinin içeriğinin nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması amacının aykırılık oluşturmayacak şekilde düzenlendiği bazı istisnai hâllerde, devir işlemi geçerli sayılabilmektedir:

Gelecekteki nafaka alacağının devri işleminin, nafaka alacağına eşdeğer bir ivaz karşılığında gerçekleştiği hâllerde nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması amacına aykırı düşen bir yön bulunmadığı ileri sürülmektedir. Örnek olarak, ekonomik sıkıntı içinde bulunan nafaka alacaklısı (A) iki hafta sonra muaccel olacak nafaka alacağını (Ü)'ye devretmiştir; (A)'ya yardım etmek isteyen (Ü) nafaka yükümlüsünün borçlu olduğu miktara denk miktardaki parayı, ivaz olarak hemen ödemiştir. Bu ihtimalde, nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması amacını tehlikeye düşüren değil, bilakis bu amacı pekiştiren, nafaka alacaklısının hukuki durumunu iyileştiren bir devir söz konusudur. (A) nafakaya eşdeğer miktardaki parayı nafakanın vadesinden iki hafta önce elde etmekte ve bu sayede içine düştüğü ekonomik sıkıntıdan hemen kurtulabilmektedir. Bu ihtimalde, gelecekteki nafaka alacağının devrinin geçerli sayılması yerinde olup borçlunun devrin geçersiz olduğunu gerekçe göstererek ifadan kaçınmaması gerekir⁴⁸⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, ergin çocuğun babasından olan nafaka alacağını yazılı bir sözleşme ile annesine devrini geçerli saymıştır. Dava konusu olayda, taraflar, anneyi nafaka alacağını dava yoluyla talebe yetkili kılmak amacıyla bir alacağın devri işlemi yapmıştır. Federal Mahkeme'ye göre böyle bir hâlde, nafaka alacağının çocuğun korunması amacına yönelik ve onun şahsına bağlı olmasından kay-

⁴⁸⁶ Ergenekon, s. 37; Tekinay, s. 597; Hatemi/Serozan, s. 339; Öztan, s. 1216; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1807; Akıntürk/Ateş, s. 453; Dayınlarlı, s. 199; Spirig, Art. 164, N. 166. Birikmiş nafaka alacağının, mahkeme kararına dayanan sıradan bir alacağa dönüşmüş olması dolayısıyla haczedilebilir olduğu öğretide ileri sürülmektedir. Bkz. Ergenekon, s. 36. Fakat, Yargıtay, nafakanın birikmesi hâlinde dahi haczedilemez olduğu görüşündedir: 12. HD, 9.7.2002, E. 2002/14311, K. 2002/15013 (Kazancı; Lexpera); 12. HD, 8.12.2003, E. 2003/20618, K. 2003/23963 (Kazancı; Lexpera); 12. HD, 17.2.2009, E. 2008/22825, K. 2009/2904 (Kazancı; Lexpera).

⁴⁸⁷ Alman öğretisinde benimsenen bu yorum tarzı için bkz. yukarıda s. 112'te dn. 460. Ayrıca İsviçre hukukunda, alacaklının, haciz yasağına tabi alacak hakkını, ona eşit değerde bir ivaz karşılığında devredebilme imkânına sahip olması gerektiği yönünde: Becker, Art. 164, N. 27.

naklanan bir devir engeli ortaya çıkmamaktadır. Çünkü, anne, nafaka alacağını devralırken, babaya karşı dava açarak onun ortak çocuklarına karşı yükümlü olduğu nafaka borcunu yerine getirmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Nafaka davası açan anne kendi adına fakat ortak çocukları yararına olarak hareket etmektedir. Federal Mahkeme'ye göre, çocuğun, nafaka alacağını, onun bakımı ve yetiştirilmesi konusunda babasına kıyasla fiilen daha ağır bir yük üstlenen annesine devrine karşı çıkmak için hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır⁴⁸⁸. Belirtelim ki, Federal Mahkeme'nin bu kararında, muaccel bir nafaka alacağının devri söz konusudur. Türk hukukundaki hâkim görüş çerçevesinde, nafaka alacağının devrine engel oluşturan kişiliğin korunması amacının muacceliyet ile birlikte ortadan kalktığı gerekçe gösterilerek de aslında aynı sonuca varılabilmektedir. Bununla birlikte, Federal Mahkeme yararlandığı gerekçede, nafaka alacağının devrinin amacını, dolayısıyla devrin hukuki sebebinin içeriğini, nafaka alacağının devrinin geçerliliğinin değerlendirilmesine dâhil etmektedir⁴⁸⁹.

4. Sır Saklama Yükümlülüğü Öngörülen Hükümlerden Kaynaklanan Devir Engeli

Alacağın devri, bazı durumlarda, devir konusu alacak ile aynı hukuki sebepten kaynaklanan bir sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilir. Özellikle, BK 190 hükmüne göre devreden devralana vermekle yükümlü olduğu, alacağın ispatı ve ileri sürülebilmesi için gerekli olan bilgi ve belgelerin borçluya ait sırları içermesi böyle bir aykırılığa yol açabilir⁴⁹⁰. Bu durum kural olarak alacağın devrine engel teşkil etmez ve sadece bir tazminat sorumluluğuna sebep olur⁴⁹¹. İşlem hayatının alacak haklarının

⁴⁸⁸ BGE 107 II 465 (474).

⁴⁸⁹ Temelinde MK 23/II hükmü yer alan bir devir engeline rağmen yapılmış devir işleminin geçerliliği denetlenirken, devrin hukuki sebebinin de değerlendirmeye dâhil olabileceği konusunda bkz. s. 132.

⁴⁹⁰ BGB § 402 hükmüne atıfla aynı yönde: Staudinger/Busche, § 399, N. 54; MüKommBGB-Roth/Kieninger § 399, N. 27.

⁴⁹¹ Walter Fellmann, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR**, Bern 1992, Art. 394, N. 555; Staudinger/Busche, § 399, N. 54; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8. Avukatın ücret alacağının, avukatın sır saklama yükümlülüğünü ihlal edecek evrak teslim edilmeksizin, başkasına devredilebileceği; çünkü bu hâlde edimin içeriğinde veya amacında bir değişiklik meydana gelmeyeceği görüşünde: Spirig, Art. 164, N. 16.

devredilebilirliğine olan menfaati bu yaklaşımın kural olarak benimsenmesini gerektirir⁴⁹². Elbette ki, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık meydana gelebileceği öngörülen hâllerde, taraflar diledikleri takdirde, bir devir yasağı anlaşması yapabilirler. Borçlu, alacaklının sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmasını temin etmek için bir devir yasağı kararlaştırılmasında menfaat sahibidir⁴⁹³. Bununla birlikte, sadece sır saklama yükümlülüğünün varlığına dayanılarak örtülü bir devir yasağı kararlaştırıldığı yorumu yapılabilmesi kural olarak mümkün değildir⁴⁹⁴.

Kanun bazı hâllerde sır saklama yükümlülüğünü emredici bir hüküm aracılığıyla düzenlemektedir. Kişisel verileri verme, yayma, ele geçirme suçunun düzenlendiği TCK 136 ile ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun düzenlendiği TCK 239, bu düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. Sır saklama yükümlülüğünün kanunun emredici bir hükmünden kaynaklandığı bazı hâllerde, emredici hükmün amacı devre engel oluşturabilmektedir. Alacaklının gerçekleştirdiği devir işleminin hukuki sonuçlarının, sır saklama yükümlülüğünün dayandığı emredici hükmün koruma amacına aykırı düştüğü hâllerde devir işlemi geçersiz sayılmaktadır⁴⁹⁵. Ancak, devir işleminin, sır saklama yükümlülüğü öngörülen emredici hükmün koruma amacına aykırı bir sonuç meydana getirip getirmediğinin, her somut alacak devri bakımından özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁹⁶:

Alacağın üçüncü bir kişi tarafından ileri sürülmesinin, zorunlu olarak, borçlunun sırlarını içeren kişiliğin özel alanına müdahale etkisi doğuracak olduğu hâllerde, MK 23/II hükmü alacağın devrine engel oluşturur⁴⁹⁷. Bu yorum tarzı, özellikle, devir konusu alacağın çekişmeli olduğu ve bu çekişmenin giderilmesi için borçluya ait sırları

⁴⁹² Türker Yalçınduran, **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Ankara 2007, s. 187; Staudinger/Busche, § 399, N. 54.

⁴⁹³ Bkz. s. 147.

⁴⁹⁴ Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8. Aksi fikirde olarak, Koller (§ 84, N. 67), borçlunun sırlarının korunmasına olan haklı menfaatinin devir nedeniyle olumsuz etkileneceği durumda alacağın niteliğinin devre engel oluşturacağını belirtmektedir.

⁴⁹⁵ Esser/Schmidt, s. 309-310; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 27; Othmar Jauernig (begr.), **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. Auflage, München 2015 = Jauernig/Stürner, § 399, N. 6.

⁴⁹⁶ Esser/Schmidt, s. 309-310; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 27.

⁴⁹⁷ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 32.

içeren bazı maddi olguların değerlendirilmesinin gerekli bulunduğu hâllerde önem kazanmaktadır: Söz gelimi, bir kimse, akıl ve ruh sağlığını ilgilendiren bir hastalık nedeniyle tedavi görmüştür. Bu tedaviye ilişkin ücret alacağının miktarı konusunda hasta ile hekim arasında anlaşmazlık bulunmaktadır. Hekim, çekişmeli ücret alacağını bir üçüncü kişiye devretmiş ve tedavi sürecinin detaylarını dışa vuran belgeleri devralana teslim etmiştir. Böyle bir devrin hastanın kişilik hakkını ihlal edeceği ve bu ihlalin yol açtığı zararın hekim aleyhine bir tazminat talebine dayanak oluşturabileceği konusunda tereddüt yoktur. Fakat, verilen örnekte devir işlemi geçerli sayıldığı takdirde, hekimin tazminatla yükümlü tutulabilir olması, hastanın kişiliğinin korunması yönünden, tek başına yeterli olmayacaktır. Çünkü, ücret alacağını devralan kişi hastaya ifa talebi yöneltebilecektir; hasta, ücretin dayandırıldığı tedavi sürecine ilişkin maddi olguların doğruluğunu, kendisine ifa talebi yönelten üçüncü kişi ile tartışmak zorunda kalacaktır. Tedavi sürecinin üçüncü kişi nezdinde tartışmaya açılması, hastanın uğradığı kişilik hakkı ihlalinin boyutunu derinleştirecektir. Hasta, kanundan kaynaklanan bir devir engeli bulunduğunu gerekçe göstererek, üçüncü kişinin ifa talebini doğrudan bertaraf edebilmeli, başka hiçbir şekilde kendisini savunma külfeti altında bırakılmamalıdır⁴⁹⁸.

Alacağın üçüncü bir kişi tarafından ileri sürülmesinin, bu şekilde, borçlunun kişiliğın özel alanına müdahale etkisi yaratmayacağı hâllerde ise alacağın devrine engel görülmemektedir. Bu tür durumlara bankacılık uygulamasından bir örnek verilmektedir: Banka, kanun gereği, müşterisine ait çeşitli bilgileri saklama yükümlülüğü altında bulunmaktadır ve bankanın müşterisine karşı sahip olduğu alacakları başkasına devri bu sırların açığa çıkmasına yol açabilecektir. Buna karşılık, bankaların müşteriye karşı sahip olduğu kredinin geri ödemesine ilişkin alacakları, başka bir bankaya veya bir varlık şirketine devretmesine, bankanın sır saklama yükümlülüğüne dayanılarak

⁴⁹⁸ Alman mahkeme kararlarında, genellikle, kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü, hekim ve avukatların ücret alacaklarının devrine engel kabul edilmektedir. Hekimin ücret alacağı bakımından: BGH, NJW 1991, 2955; BGH, NJW 1993, 2371; BGH, NJW 1996, 775. Avukatın ücret alacağı bakımından: BGH, NJW 1993, 1638; BGH, NJW 1993, 1912; BGH, NJW 1993, 2795. İsviçre hukukunda, sır saklama borcuna değinmeksizin, avukatın ve hekimin ücret alacağının şahsi niteliği dolayısıyla devredilemeyeceği görüşünde: Engel, s. 879. Türk hukukunda, avukatın ücret alacağının devrini yasaklayan açık bir kanun hükmü bulunmadığı, bu yüzden yalnızca alacağın niteliğinin devre engel olup olmadığının tartışabilir olduğu görüşünde: Yalçınduran, s. 185.

kanundan doğan bir devir engeli türetilmeyeceği görüşü öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁴⁹⁹.

Bu konuda, alacağın devrinin hukuki sebebinin oluşturan sözleşmede, devralanın, alacağı ispata yarayan belgelerin teslim edilmesini talep hakkından açıkça feragat ettiği hâllerde, alacağın devrinin hükümlerinin, sır saklama yükümlülüğü öngörülen hükmün koruma amacına aykırı düşmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁰⁰. Benzer şekilde, alacak devredildiği hâlde, devredene alacağı talep hususunda temsil yetkisi tanındığı (gizli veya örtülü devir)⁵⁰¹ durumlarda, borçlunun devir engeli bulunduğu ileri sürmekte menfaati olmadığı belirtilmektedir⁵⁰².

Kanundan doğan sır saklama yükümlülüğünün amacının devre engel oluşturduğu durumlarda, koruma lehtarı borçlu, örneğin müvekkil veya hasta, ücret alacağının devrine rıza gösterebilmektedir⁵⁰³. Alacağın devrine rıza verilmesi, aynı zamanda, sırların devralana açıklanmasına rıza gösterilmesi ve belirli bir devrin geçerliliği lehine olarak, devre engel oluşturan korumadan feragat edilmesi anlamı taşıyacaktır.

Bazı durumlarda ise borçlunun sırlarının korunması ihtiyacı bulunmadığı düşüncesiyle rıza aranmamaktadır. Söz gelimi, devralanın, sır niteliği taşıyan ve alacağın devrine engel oluşturan bilgileri, daha önce hukuka uygun bir yolla öğrenmiş olması böyle değerlendirilmektedir⁵⁰⁴. Bu anlamda olarak, avukatın vekâlet ücretini, mesleki faaliyeti çerçevesinde dosyaya daha önce bir şekilde dâhil olmuş başka bir avukata

⁴⁹⁹ Otto Palandt (begr.), **Bürgerliches Gesetzbuch**, 64. Auflage, München 2005 = Palandt⁶⁴/Heinrichs, § 399, N. 8; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 33; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6. Bu doğrultudaki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW 2007, 2106; BGH, NJW 2010, 361; BGH, NJW 2011, 3024. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararı da bu yöndedir: BVerfG, NJW 2007, 3707. Bu hâllerde, banka ve müşterinin menfaatlerinin tamamen aksi yönde olduğu, bu nedenle kredinin geri ödemesine ilişkin alacakların devrinin örtülü olarak engellendiği yorumunun dahi yapılamayacağı görüşünde: Staudinger/Busche, § 399, N. 54.

⁵⁰⁰ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 32.

⁵⁰¹ Gizli devir veya örtülü devir olarak isimlendirilebilen bu devir türü hakkında bkz. Özakman, s. 34; Engin, s. 27.

⁵⁰² Palandt/Heinrichs⁶⁴, § 399, N. 8. Bu yönde: BGH, NJW 1993, 2796.

⁵⁰³ Jauernig/Stürner, § 399, N. 6.

⁵⁰⁴ Esser/Schmidt, s. 309-310; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6.

devri geçerli sayılmaktadır⁵⁰⁵. Diğer taraftan, avukatın vekâlet ücretini başka bir avukata devri, devralanın da bir avukat olması ve mesleki olarak sır saklama yükümlülüğü altında bulunması gerekçe gösterilerek, geçerli kabul edilebilmektedir⁵⁰⁶.

5. Cari Hesaba Kayıtlı Alacaktır Devir Engeli

Bir alacak hakkının cari hesaba kaydedilmesinin⁵⁰⁷ o alacağın devrine engel oluşturacağı neredeyse oybirliğiyle kabul edilmekle birlikte⁵⁰⁸, devir engelinin türü konusunda üç farklı görüş bulunmaktadır:

Birinci görüşe göre, cari hesap sözleşmesinin içeriğinde örtülü bir devir yasağı anlaşması yer alır. Cari hesap sözleşmesi yapılması, cari hesaba geçirilen alacağın devrinin yasaklanması konusunda taraflar arasında örtülü bir anlaşma yapıldığını ortaya koymaktadır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 29. Bu yönde: BGH, NJW 1995, 2915; BGH, NJW 1997, 188; BGH, NJW 2005, 507.

⁵⁰⁶ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 29. Bu yönde: BGH, NJW 2007, 1196. Başka bir avukata yapılan devrin de kural olarak geçersiz olacağını belirterek aksi yönde: BGH, NJW 1993, 1912.

⁵⁰⁷ Alacakların cari hesaba kaydedilmesi cari hesap sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği, hesabın kim tarafından nasıl tutulacağı ve hangi alacakların cari hesaba kaydedileceği cari hesap sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bkz. Ramazan Durgut, **Cari Hesap Sözleşmesi**, İstanbul 2012, s. 83.

⁵⁰⁸ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246; Sirmen, s. 28; Özakman, s. 22; Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak)**, 12. bası, İstanbul 2001, s. 111; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 25. bası, Ankara 2019, s. 404; Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 6. bası, İstanbul 2019 = Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 699; Ali Bozer / Celal Göle, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018, s. 388; Durgut, s. 122; Funk, Art. 164, N. 5; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 14; von Tuhr/Escher, s. 345; Oftinger/Bär, Art. 899 ZGB, N. 80; Spirig, Art. 164, N. 181; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Staudinger/Busche, § 399, N. 28, N. 55; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6; Walter Hadding / Frank van Look, “Vertraglicher Abtretungsausschluß - Überlegungen de lege lata und de lege ferenda”, **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**, Sonderbeilage, 1988/7, s. 2-20, s. 2; C. T. Ebenroth, / K. Boujong, / D. Joost, / L. Strohn (begr.), **Handelsgesetzbuch Kommentar, Bd. 2: §§ 343-475h**, 3. Auflage, München 2015 = EBJS/Wagner, § 354a, N. 7; Karsten Schmidt, **Handelsrecht, Unternehmensrecht I**, 6. Auflage, München 2014, § 18, N. 71. İsviçre Federal Mahkemesi’nin gerekçe belirtmeksizin sadece cari hesaba kaydın alacağın devrine engel oluşturacağı ifadesine yer verdiği bir kararı için bkz. BGE 50 II 150, E. 6. Alman Federal Mahkemesi’nin aynı tarzdaki, gerekçe belirtmeksizin cari hesaba kayıtlı alacakta devir engeli bulunduğunu açıkladığı kararlarına örnek olarak bkz. BGH, NJW 1978, 538; BGH, NJW 2002, 2865. Bir alacağın cari hesaba kaydedilmesinin devrine engel oluşturmayacağı yönündeki aksi fikir için bkz. s. 125’te dn. 519.

⁵⁰⁹ Yalnızca Alman hukuku öğretisinde rastlanılan bu görüş için bkz. Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6; Hadding/van Look, s. 2; EBJS/Wagner, § 354a, N. 7; Manfred Wolf, “Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften”, **Festschrift für Fritz Baur**, (hrsg.) W. Gursky, R. Stürner, G. Walter, M. Wolf, Tübingen 1981, s. 147-168, s. 158. Devir engelinin cari hesap kurumunun özünde yer aldığını, cari hesap sözleşmesinin

İkinci görüşe göre, cari hesaba geçirilen alacağa ilişkin devir engeli kanundan kaynaklanır⁵¹⁰. Her ne kadar cari hesap bir sözleşme türü olsa da, cari hesaba kayıtlı alacaktaki devir engelinin temelinde sözleşme değil, kanun yer almaktadır⁵¹¹.

Üçüncü görüşe göre, cari hesaba kaydedilen alacaktaki devir engeli hukuki ilişkinin niteliğinden ileri gelir⁵¹². Alacak hakkı cari hesaba geçirildikten sonra bağımsızlığını yitirmekte ve cari hesapta kayıtlı alacakların tamamının oluşturduğu ayrılmaz bütünlüğe dâhil olmaktadır⁵¹³. Bir alacağın cari hesaba geçirilmesi, o alacağın bağımsız olarak talep edilebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı gibi, bağımsız olarak devre konu edilmesine de engel teşkil etmektedir⁵¹⁴.

Dikkat edilirse, üçüncü görüş, aslında “*bütünlük ilkesi*”nin⁵¹⁵ düzenlendiği TK 97 hükmünün meydana getirdiği hukuki sonucu tarif etmektedir. TK 97 hükmüne göre: “*Cari hesaba geçirilen alacak ve borç kalemleri ayrılmaz bir bütün oluşturur. Cari hesabın kesilmesinden önce taraflardan hiçbirisi, alacaklı veya borçlu sayılamaz. Tarafların hukuki durumunu ancak sözleşmenin sonundaki hesabın kesilmesi belirler.*” Böyle bakıldığında, cari hesaba kaydedilen alacaktaki devir engelini kanundan kaynaklandığı görüşünün daha isabetli olduğu görülür. Cari hesaba kaydedilen alacaktaki devir engeli kanunun tipe bağlılığı düzenlediği emredici bir hükmünden kaynaklanmaktadır:

kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi için içeriğinde bir devir engelini bulunmasının zorunlu olduğu görüşünde: Claus-Wilhelm Canaris, **Handelsrecht**, 24. Auflage, München 2006, § 26, N. 22.

⁵¹⁰ Schmidt, § 18, N. 71; **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 5, Buch 4: Handelsgeschäfte (§§ 343-406)**, (red.) B. Grunewald, 4. Auflage, 2018 = MüKomHGB-Langenbucher, § 355, N. 64.

⁵¹¹ MüKomHGB-Langenbucher, § 355, N. 64.

⁵¹² Arsebük, s. 1065; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 246; Durgut, s. 122; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 14; von Tuhr/Escher, s. 345; Spirig, Art. 164, N. 181; Staudinger/Busche, § 399, N. 28, N. 55; Klaus Bette, “Vertraglicher Abtretungsausschluß im deutschen und Grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr”, **WM**, 1994, s. 1909-1956, s. 1919; Peter Henseler, “Die Neuregelung des Abtretungsverbots”, **Betriebs-Berater**, 1995/1, s. 5-9, s. 7.

⁵¹³ Arsebük, s. 1065; İmregün, s. 111; Durgut, s. 122; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 14; von Tuhr/Escher, s. 345; Spirig, Art. 164, N. 181; Staudinger/Busche, § 399, N. 28; Adolf Baumbach (begr.) / Klaus Hopt (bearb.), **Handelsgesetzbuch**, 38. Auflage, München 2018 = Baumbach/Hopt (Hopt), § 355, N. 7; Uwe Blaurock, “Die Factoring- Zession”, **ZHR**, 1978, Bd. 142, s. 325-341, s. 334; Bette, s. 1909; Henseler, s. 7.

⁵¹⁴ Bu anlamda, devir engelini, alacağın bağımsız olarak talep edilememesinin bir sonucu olduğu yönünde: Arkan, s. 404; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 699.

⁵¹⁵ Bütünlük ilkesi öğretide “*cari hesabın bölünmezliği*” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. İmregün, s. 111.

Bir alacak hakkının cari hesaba kaydedilmesi, TK 97 hükmü uyarınca, o alacak hakkının içeriğindeki talep yetkisinden feragat sonucu meydana getirmektedir⁵¹⁶. Bu ise bir tasarruf yetkisi sınırlaması oluşturmaktadır⁵¹⁷. Cari hesapta tasarruf yetkisinin sözleşme ile üçüncü kişilere etkili olacak şekilde sınırlandırılabilirdiği istisnai bir durum söz konusudur. İstisnai bir yasal düzenleme olarak, TK 97 hükmü, tarafların anlaşmasına böyle mutlak bir hukuki etki tanımaktadır⁵¹⁸. TK 97 hükmünde cari hesaba kaydedilen alacağın devrinin yasak olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, TK 97 hükmünün amacı alacağın devrinin de yasaklandığı yorumuna varılmasını gerektirir. Alacağın bağımsız olarak ifası istenemediği hâlde devrinin mümkün olduğu şekilde aksi bir yorumun benimsenmesi, TK 97 hükmünün amacını zedeler⁵¹⁹. Dolayısıyla, cari hesaba kaydedilen alacaktaki devir engeli, tarafların belli bir alacağın cari hesaba geçirilmesi konusundaki anlaşmasına TK 97 hükmünün bağladığı bir hukuki sonuçtur⁵²⁰.

Cari hesaba kaydedilen alacaktaki devir engelinin TK 97 hükmünün hukuki sonucu olduğunun belirlenmesi, aynı zamanda, cari hesabın içeriğinde örtülü bir devir yasağı anlaşması bulunduğunu ileri süren görüşün hangi gerekçeyle isabetli olmadığını da açıklamaktadır. Belli bir alacağın cari hesaba kaydedilmesi konusunda anlaşılan tarafların, ayrıca devir yasağı kararlaştırılması konusunda anlaşmış olup olmadıkları, devir engelinin varlığının belirlenmesi açısından hiçbir değer taşımaz. Bir alacak hak-

⁵¹⁶ Cari hesaba kaydedilen alacakların ödenmesi bağımsız olarak talep ve dava edilemez. Hesap devresi sonunda alacaklar toplu olarak takas edilmektedir. Talep edilebilen tek alacak hakkı, cari hesap sözleşmesinin sona ermesi ile belirlenen nihai bakiye alacağıdır. Bkz. Hayri Domaniç / Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. bası, İstanbul 2007, s. 347-348; Arkan, s. 410; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 698-699; Durgut, s. 110.

⁵¹⁷ Cari hesaba geçirmenin alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırdığı yönünde: İmreğün, s. 111; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 698; Durgut, s. 110. Cari hesaba kayıt sözleşmesinin tasarruf sözleşmesi niteliği taşıdığı yönünde: Durgut, s. 83.

⁵¹⁸ Alacağı talep yetkisinden sözleşme ile feragat edilmesi, sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılması olarak değerlendirilir; bu açıdan, kural olarak yalnızca borçlandırııcı etki doğurarak tazminat sorumluluğuna sebebiyet verebilir. Bkz. Şener Akyol, **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, 2. bası, İstanbul 2007, s. 143-145. Ayrıca bu konuda bkz. aşağıda s. 302 ve orada dn. S. 1258.

⁵¹⁹ Aksi fikre göre, cari hesaba dâhil alacak hakkı devredilebilir; buna karşılık, cari hesap borçlusunun, devir konusu alacağa ilişkin takas hakkı saklı kalır. Bkz. Domaniç/Ulusoy, s. 348.

⁵²⁰ Alman hukuku bakımından bu şekilde: Bette, s. 1909; Henseler, s. 7. Alman Federal Mahkemesi de devredilemezliği, cari hesabın kurulması neticesinde meydana gelen bir yan hukuki sonuç olarak nitelendirmiştir. Bkz. BGH, NJW 1979, 1206.

kının cari hesaba kaydedilmesi, o alacağın devir yoluyla cari hesabın dışına çıkarılmasının engellenmesi açısından yeterlidir⁵²¹. Tarafların ayrıca devir yasağı konusunda anlaşmış olmalarına gerekmediği gibi, cari hesaba kayıtlı bir alacağın devredilebilir olduğu konusunda aksi yöndeki anlaşmaları da TK 97 hükmüne aykırı düşeceği için kesin hükümsüz olacaktır. Cari hesaba kayıtlı alacak hakkı ancak cari hesabın kapsamı dışına çıkarılarak tekrar bağımsızlığına kavuşturulabilir ve devre konu edilebilir.

Ayrıca, öğretide TK 97 ve TK 100 hükümlerinin yorumu yoluyla cari hesaba kaydedilen alacak hakkının bireysel olarak haczinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁵²². Bu konudaki kabul de cari hesaptaki devir engelinin sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeli olmadığını, doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Çünkü, aşağıda görülecektir ki, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli hiçbir durumda alacağın haczine engel oluşturmamaktadır⁵²³.

Bütünlük ilkesinin etki doğurabilmesi için aranan önkoşul, alacak hakkının cari hesaba kaydedilmesidir⁵²⁴. Taraflar arasındaki sözleşmenin yalnızca TK 89 anlamında bir cari hesap hukuki niteliği taşıdığı hâllerde, alacağın cari hesaba kaydedilmesi, alacağın bağımsızlığını yitirmesi sonucu doğurabilir ve alacağın bağımsız olarak devrine engel oluşturabilir. Yalnızca bir muhasebe yöntemi olarak anlam ifade eden cari hesap ilişkilerinde ise böyle bir devir engeli ortaya çıkmaz. Bu açıdan, örneğin, genel kredi sözleşmelerine ilişkin olarak öğretide mevcut olan tartışmada, banka ile müşteri arasındaki genel kredi sözleşmesi kapsamında oluşturulan cari hesabın yalnızca bir muhasebe yönteminden ibaret olduğu görüşü⁵²⁵ kabul edilirse, banka, müşteriden olan alacaklarını -kredi cari hesabının kesilmesine gerek olmaksızın- serbestçe devredebilecektir; buna karşılık, taraflar arasında TK 89 anlamında bir cari hesap bulunduğu

⁵²¹ Durgut, s. 122.

⁵²² Arkan, s. 411; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 699; Bozer/Göle, s. 388; Durgut, s. 126 ve orada dn. 544'te belirtilen eserler. Bakiyenin haczinin mümkün olduğu ise TK 100 hükmünde açıkça düzenlenmektedir.

⁵²³ Bkz. s. 404. Ayrıca devir engeli ile haciz engeli arasındaki bağlantı hakkında bkz. s. 19.

⁵²⁴ İmregün, s. 110-111; Arkan, s. 404; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 698; Durgut, s. 51-52, s. 107-109.

⁵²⁵ Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 688 vd; Reha Poroy / Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 18. bası, İstanbul 2019, s. 362; Bozer/Göle, s. 383-384. Bu doğrultuda olarak bkz. HGK, 20.10.1978, E. 1977/213, K. 1978/856 (Lexpera).

görüşü⁵²⁶ benimsenirse, banka, cari hesap kurulması sonucu meydana gelen devir engeli ile -cari hesap devam ettiği ve müşteri ile banka arasında alacağın cari hesap dışına çıkarılması konusunda yeni bir anlaşma yapılmadığı müddetçe- bağlı olacaktır.

Cari hesaba kaydedilen alacaktır devir engeli, cari hesabın kesilmesi ve bakiyenin karşı tarafça kabul edilerek yenilenmesi sonucu doğan alacağı (BK 134/II), kısaca bakiye alacağını, kapsamamaktadır. Bakiye alacağı kural olarak serbestçe devredilebilir⁵²⁷. Alacağın henüz doğmamış olmasının devrine engel oluşturmayaacağına ilişkin yerleşik kabul doğrultusunda⁵²⁸, bakiye alacağın cari hesabın kesilmesi ve karşı tarafça kabul edilmesinden önce devri mümkündür⁵²⁹. Bakiye alacağın devri, hesabın kesilmesi ve bakiyenin karşı tarafça kabul edilmesi sonucu alacağın doğması üzerine hüküm ifade eder⁵³⁰. Elbette ki, taraflar anlaşma ile bakiye alacağın da devrini engelleme olanağına sahiptir⁵³¹.

D. Kanundan Kaynaklanan Devir Engeline Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

1. Prensip

Kanunun alacağın devrini emredici bir hukuk kuralı ile yasakladığı hâllerde, bu yasağa aykırı olarak gerçekleştirilen alacağın devri işlemi -söz konusu kurala aykırılık hâlinde başka bir hükümsüzlük yaptırımını uygulanması kanunda özel olarak düzenlenmiş olmadıkça- BK 27/I uyarınca kesin hükümsüz olur⁵³². Hâkim, kanundan

⁵²⁶ Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. Arkan, s. 400-401; Durgut, s. 79 vd.

⁵²⁷ Arsebük, s. 1065; Özakman, s. 22; Durgut, s. 124; Spirig, Art. 164, N. 181; Staudinger/Busche, § 399, N. 28; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 37.

⁵²⁸ Bkz. yukarıda s. 10 ve dn. 10.

⁵²⁹ Durgut, s. 124; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 37. Aksi yönde olarak, bakiye alacağın hesap kesiminden önce belirsiz olduğu ve belirsiz bir alacağın da devrine imkân bulunmadığı görüşünde: Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Helvacı), s. 699.

⁵³⁰ Durgut, s. 124.

⁵³¹ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 37.

⁵³² Kanundan kaynaklanan devir engeline aykırı devrin, BK 27/I hükmüne (OR 20/I) atıfla, kesin hükümsüz olacağı görüşünde: Ozanemre Yayla, s. 191; Spirig, Art. 164, N. 184; B.Berger, N. 2100; CR-Probst, CO 164, N. 66; **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, (hrsg.) A. Furrer, A. K. Schnyder, 3. Auflage, Zürich 2016 = CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N.11; BGE 123 III 60 (62); BGE 127 V 439 (442). Genel olarak, kanundan kaynaklanan devir engeline aykırılık hâlinde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı ve borçlunun rızası ile hükümsüzlüğün düzeltilmesinin mümkün olmayacağı görüşünde: Jale Güral, **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi**, Ankara 1953, s. 224; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52; Spirig, Art. 164, N. 184; B.Berger, N.

kaynaklanan bir devir yasağına aykırılık bulunduğunu ve devrin kesin hükümsüz olduğunu görevi gereği kendiliğinden göz önüne almak zorundadır⁵³³.

Kanun koyucunun devir yasağının öngörüldüğü emredici hukuk kuralına aykırılık hâlinde kesin hükümsüzlükten başka bir hükümsüzlük yaptırımını⁵³⁴ uygulanmasını, özel bir tarzda düzenlemiş olması ihtimal dâhilindedir. Söz gelimi, devrin geçerliliği kanunen belirli bir unsurun (borçlunun veya üçüncü bir kişinin rızası, üçüncü bir kişiye bildirim yapılması vb.) yerine getirilmesine bağlı tutulmuş, bu unsurun eksik olması hâlinde devir işlemine uygulanacak yaptırım askıda hükümsüzlük olarak belirlenmiş olabilir:

Örnek olarak, MK 25/IV hükmünde manevi tazminat alacağının ancak borçlusu tarafından kabul edilmiş olduğu takdirde devredilebileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm ile alacaklının manevi tazminat alacağı üzerindeki tasarruf imkânı borçlunun manevi tazminat alacağını kabul etmesi şartına bağlanmıştır. MK 25/IV hükmündeki devir kısıtlamasının amacı manevi tazminatın çekişmeli olduğu dönemde devredilmesinin önüne geçmekten ibaret olup⁵³⁵, borçlunun devirden önce veya sonra manevi tazminat alacağını kabul etmesi bu amacı gerçekleştirmek için yeterlidir.

Emredici bir hukuk kuralına aykırı alacak devri tamamen hükümsüz olabileceği gibi, kısmen de hükümsüz olabilir (BK 27/II)⁵³⁶. Söz gelimi, BK 410/I hükmüne aykırı olarak gerçekleştirilen (doğmuş) işçi ücreti alacağının devri, ücretin kanunen saklı tutulmayan kısmı (azami dörtte biri) bakımından geçerli olarak sonuç doğuracaktır⁵³⁷.

2100; CR-Probst, CO 164, N. 66; Stauder/Stauder, s. 296. Mutlak devir yasağına aykırılığın kesin hükümsüz olacağı görüşünde: RGRK/Weber, § 399, N. 9. İşçinin ücret alacağı bakımından bu doğrultuda: Eren, **Borçlar Özel**, N. 1883.

⁵³³ Eren, N. 3870; Ozanemre Yayla, s. 192; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Spirig, Art. 164, N. 184; B.Berger, N. 2100; CR-Probst, CO 164, N. 66; CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N.11; BGE 123 III 60 (62); BGE 127 V 439 (442). İşçinin ücret alacağı bakımından aynı yönde: Eren, **Borçlar Özel**, N. 1881.

⁵³⁴ Hükümsüzlük türleri hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, N. 733 vd; Kocayusufoğlu, § 43, N. 1 vd; Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26a vd; Dural/Sarı, N. 1152 vd.

⁵³⁵ Bkz. s. 103.

⁵³⁶ Ozanemre Yayla, s. 191; B.Berger, N. 2100.

⁵³⁷ Ozanemre Yayla, s. 194.

2. Hükümün Koruma Amacına Göre Devrin Borçlunun Rızası ile Geçerli Hâle Getirilebilmesi

Bazen kanun emredici bir hüküm ile devri yasaklarken münhasıran borçlunun özel bir menfaatini korumayı amaçlar ve borçlunun kanunun ona sağladığı korumadan feragat etmesinde hiçbir sakınca bulunmaz. Öğretide bu tür hâllerde, kanunun alacağın devrini mutlak biçimde yasaklamadığı, sadece bir devir kısıtlaması öngördüğü yorumu yapılmaktadır. Bu yorum tarzına göre, kanun alacağın devrini tamamen engellemiş, alacağı devir kabiliyetini ortadan kaldırmış değildir; borçluyu koruma amacı doğrultusunda, devrin geçerliliğini onun rıza vermesi koşuluna bağlamıştır. Alacağın devri, borçlunun rızası ile hüküm ifade edecektir⁵³⁸.

Bu yorum tarzı, devir yasağı anlaşmasına rağmen gerçekleştirilen devrin geçerliliğine uygulanacak yaptırımın belirlenmesi konusunda, katılma teorisinin benimsediği ve bu çalışmada da üstün tutulan yorum tarzı ile tutarlılık içerisindedir. İlerleyen kısımlarda görülecektir ki, katılma teorisi, anlaşma ile getirilen devir yasağının borçlunun menfaatini koruma amacına yönelik olduğunu dikkate almakta ve devir yasağı kararlaştırılan her durumda aslında devrin geçerliliğinin borçlunun rıza vermesi şartına bağlandığını, dolayısıyla mutlak bir devir engeli değil, sadece bir devir kısıtlaması bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüşün temel gayesi, alacağın devri özgürlüğü prensibine uygunluğu en geniş şekilde temin etmek, alacağın tedavül yeteneğinin borçluyu koruma amacının dışına taşan bir tarzda sınırlandırılmasının önüne geçmektir⁵³⁹. Aynı yaklaşım tarzının, kanunun devri münhasıran borçluyu korumak amacıyla yasakladığı ve borçlunun sağlanan korumadan vazgeçmesinde sakınca bulunmadığı hâller bakımından da benimsenmesi uygundur. Böyle bir durumda, alacağın devri özgürlüğü borçluyu korumak için yeterli olanın ötesinde sınırlandırılmamalıdır.

⁵³⁸ Koller, § 84, N. 60; RGRK/Weber, § 399, N. 9-10, N. 17. Kanunda öngörülen devir yasağı borçlunun menfaatine hizmet ettiği takdirde borçlunun alacağın devrine izin veya icazet ile geçerlilik kazandırabileceği yönünde: Güral, s. 224; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434. Benzer olarak, böyle hâllerde alacağın devrinin, kanunun öngördüğü amacın yerine getirilmesine aykırı olduğu ölçüde hüküm doğurmayacağı görüşünde: Soergel/Schreiber, § 399, N. 2.

⁵³⁹ Katılma teorisi hakkında bkz. s. 281 vd; katılma teorisinin bu çalışmada hangi gerekçelere dayanarak üstün tutulduğu konusunda bkz. s. 316 vd.

Devrin geçerliliği için borçlunun rıza vermesi şartı arayan bir devir kısıtlamasının mevcut olup olmadığı konusunda devre engel oluşturan emredici hükmün yorumu belirleyicidir⁵⁴⁰. Hükmün koruma amacı gereği devrin borçlunun rızasına bağlı tutulduğu yorumu yapılabilen hâllerde, alacağın devri işlemi BK 27/I uyarınca doğrudan kesin hükümsüz olmaz. Devir işlemi borçlunun rıza verip vermediğinin belirli olmadığı dönemde önce askıda hükümsüz olur; borçlunun onay beyanıyla geçerli olarak hüküm ifade eder veya red beyanıyla kesin hükümsüz hâle gelir⁵⁴¹.

Örnek olarak, kanundan doğan sır saklama yükümlülüğü ile borçlunun kişiliğinin korunması amaçlandığı ve devrin bu amaca aykırı düşeceği için geçersiz sayıldığı hâllerde, borçlu, sırların saklanmasına ilişkin korumadan devralan lehine vazgeçerek, devir işlemine rıza gösterebilir⁵⁴². Ancak, ilave etmek gerekir ki, devir yasağının borçlunun kişiliğini koruma amacına yönelik olduğu her durumda, borçlunun kendisine sağlanan korumadan feragatinin geçerli olup olmayacağı MK 23/II hükmüne göre de denetlenecektir.

Devir yasağının münhasıran borçluyu korumayı amaçladığı hâllerde, borçlu bu korumadan vazgeçebilir ve alacağın devrine rıza verebilir; ancak, emredici hüküm, aynı zamanda alacaklıyı da korumayı amaçlıyorsa, borçlunun rızası alacağın devrini geçerli hâle getirmeye yetmeyecektir⁵⁴³.

Devir yasağı öngörülen emredici hükmün amacının alacağın devrinin borçlunun rızası ile gerçekleştirilmesine izin verdiği durumlarda, borçlunun rızası ile meydana gelen alacak geçişi sırasında edimin içeriği değişmez. Bu, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramının, niteliği devre elverişli bulunan bir alacak hakkının devrinin emredici bir hüküm ile yasakladığı hâller olarak dar anlaşılmasına⁵⁴⁴ bağlı bir sonuçtur. Bu hâlde, borçlunun rızası ile geçerli olarak hüküm ifade eden işlem teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemidir. Bu yüzden BK 183 ve devamı hükümlerinin prensip itibarıyla doğrudan uygulanması mümkündür⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Koller, § 84, N. 60.

⁵⁴¹ Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeline rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerliliğine askıda hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı konusunda bkz. s. 336 vd.

⁵⁴² Bkz. s. 336.

⁵⁴³ Koller, § 84, N. 60.

⁵⁴⁴ Bu tanım hakkında bkz. s. 94 vd.

⁵⁴⁵ Alacağın borçlunun rızası ile bir üçüncü kişiye geçirilmesinin edimin içeriğini değiştireceği hâllerde, yapılan işlemin teknik anlamda alacak devri sayılmayacağı konusunda bkz. s. 88 vd.

3. MK 23/II Hükümünden Kaynaklanan Devir Engellerine Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırımın Özellikleri

a. Kesin Hükümsüzlüğün Sonuçlarının Amaca Uygun Olarak Sınırlandırılması Görüşünün Önemi

Kanundan kaynaklanan bir devir engeli bulunduğu kabul edilen bazı hâllerde, devir engelinin temelinde kişilerin özgürlüklerinden vazgeçmesini ve onları ahlaka aykırı biçimde sınırlamasını yasaklayan emredici nitelikteki MK 23/II hükmü yer almaktadır. Yukarıda bunun örnekleri paylaşılmıştır⁵⁴⁶.

MK 23/II hükmüne aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırım BK 27/I uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Bununla birlikte, öğretide, MK 23/II'ye aykırı düşen işlemlere kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanırken, MK 23/II hükmünün kişilik hakkı ihlal edilen tarafı koruyucu amacının göz önünde tutulması ve bu amaç doğrultusunda kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının sınırlandırılması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüş çerçevesinde, sadece kendi kişilik hakkını zedeleyici işlemde bulunan tarafın kesin hükümsüzlüğü ileri sürebileceği, hâkimin de kesin hükümsüzlüğü sadece kişilik hakkı korunan taraf lehine resen göz önünde tutabileceği ifade edilmektedir⁵⁴⁷.

Bu görüşe bağlı kalındığı takdirde, MK 23/II hükmüne aykırı düşen devir işlemleri bakımından, kesin hükümsüzlük yaptırımı MK 23/II hükmünün kişilik haklarını korumaya yönelik amacı doğrultusunda sınırlanarak (teleolojik redüksiyon) şu şekilde uygulanacaktır: Devir işleminin geçersizliğine, sadece devir yasağı ile kişilik hakkı korunan taraf dayanabilir ve hâkim geçersizliği sadece onun lehine olarak resen göz önünde tutabilir⁵⁴⁸. Örnek olarak, MK 23/II hükmünün devrine engel oluşturduğu

⁵⁴⁶ Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak temeli bulunan alacaklar için bkz. s. 107 vd; haczi yasak olan alacaklar için bkz. s. 111; nafaka alacağı için bkz. s. 115; devrin sır saklama yükümlülüğünün ihlaline yol açacağı durumlar için bkz. s. 119.

⁵⁴⁷ Kesin hükümsüzlük yaptırımının, MK 23/II hükmünün amacı göz önünde tutularak sınırlandırılması, “*esnek hükümsüzlük*” anlayışı çerçevesinde gerçekleşmektedir: Kocayusufpaşaoğlu, § 42, N. 57. Ayrıca bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 3, N. 8; Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul 2016, s. 256-257. MK 23/II hükmüne aykırılığın kendine özgü bir geçersizlik hâli doğurduğu ve sadece kişilik hakkı ihlal edilen tarafa geçersizliği ileri sürme (fesih, bozma) hakkı verdiği görüşünün öğretide ağırlık kazandığını belirterek benzer yönde: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, N. 659.

⁵⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 32.

gelecekteki nafaka alacağının devri söz konusu olan bir ihtimalde, devrin geçersizliğini yalnızca nafaka alacaklısı ileri sürebilir ve hâkim geçersizliği nafaka alacaklısı lehine olarak resen göz önüne almalıdır.

b. Devrin Hukuki Sebebinin Değerlendirmeye Dâhil Olması

Her alacağın devri işlemi, amacını ve içeriğini devreden ile devralanın serbestçe belirlediği bir hukuki sebebe dayanır. Bir alacak hakkının devrine herhangi bir engel bulunup bulunmadığının araştırılması sırasında, kural olarak, hukuki sebebin içeriğinin devreden ve devralan arasında nasıl tasarlandığı, örnek olarak devrin ivazlı mı yoksa ivazsız mı olduğuna bakılmamaktadır. Nitekim, yukarıda, alacağın niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığının araştırılması sırasında, devrin hukuki sebebini ilgilendiren konular tamamen değerlendirme dışı bırakılmıştır.

MK 23/II hükmünün amacının alacağın devrine engel oluşturup oluşturmadığı sorusunun araştırılması sırasında ise hukuki sebebin içeriğindeki bazı unsurların da değerlendirilmesi gereği ortaya çıkabilmektedir:

Örnek olarak, gelecekteki nafaka alacağının devri İİK 83 hükmünde dışa vurulan nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması amacına aykırı düşeceği için geçersiz kabul edilmektedir (MK 23/II). Böylelikle bir kimsenin sahip olduğu nafaka alacağını, alacaklılarının baskısına karşı koyamayarak, önceden, düşük bir değer karşılığında elden çıkarmasının önüne geçilmektedir. Buna karşılık, bir kimsenin gelecekteki nafaka alacağını, ona eşdeğer bir ivaz karşılığında devretmesine engel görülmemektedir. Çünkü bu ihtimalde, nafaka alacaklısının kişiliğinin korunması amacına aykırı düşen bir özellik bulunmayıp aksine, nafaka alacaklısının, alacağın vadesini beklemek zorunda kalmaksızın nafaka alacağına eşdeğer bir ekonomik değeri fiilen elde etmesi onun hukuki durumunu iyileştirmektedir. Bu ihtimalde, nafaka alacağının devrine MK 23/II hükmünden kaynaklanan bir engel olup olmadığı, devrin hukuki sebebine ilişkin bir değerlendirme çerçevesinde, nafaka alacaklısının eline geçen ivaz miktarının nafaka alacağına denk olup olmadığına bakılarak tespit edilecektir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Bkz. s. 118 ve ayrıca s. 112'de dn. 460.

Yine, yukarıda görüldüğü üzere, alacağın devredilmesi ve devir sonucu alacağın devralan tarafından ileri sürülmesinin borçlunun sırlarının açığa çıkmasına ve kişilik hakkının ihlal edilmesi yol açabileceği hâllerde, bu sonuçların meydana gelmesinin önüne geçmek için MK 23/II uyarınca devrin geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Böyle hâllerde, devreden ile devralan arasındaki anlaşmada, alacağın devreden tarafından tahsil edilerek devralana verilmesi kararlaştırılmış olduğu takdirde, MK 23/II hükmünün amacına aykırılık gündeme gelmeyeceği, bu nedenle devrin geçerliliğine karşı çıkmamak gerektiği görüşü benimsenmektedir⁵⁵⁰. Bu ihtimalde de yapılan ilave değerlendirme devrin hukuki sebebine ilişkindir.

IV. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Engeli (Yasağı) Kavramı

A. Devir Yasağı Anlaşmasının Konusu ve Tarafları

Devir yasağı anlaşması (*pactum de non cedendo*), niteliği devre elverişli bir alacak hakkının devrinin engellenmesi konusunda alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşmayı ifade eder. Devir yasağı anlaşması alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması sonucu meydana getirir. Türk hukukunda alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile alacağın devrinin engellenmesinin mümkün olduğu - kanunun lafzı (BK 183/II), devir yasağı anlaşması kavramının tarihsel gelişimi ve teorik temellerine dayanılarak- çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılarıyla açıklanmaktadır⁵⁵¹.

Devir yasağı anlaşmasının konusunu niteliği devre elverişli bir alacak hakkı oluşturur⁵⁵². Bir alacağın niteliği devre elverişli değilse, o alacak için devir yasağı kararlaştırılması devir konusundaki tasarruf yetkisinin kısıtlanması sonucu doğurmaz. Niteliği gereği devri mümkün olan bir alacağın devri kanunun emredici bir hükmü ile yasaklanmışsa, bu demektir ki, devir konusundaki tasarruf yetkisini kanun zaten kısıtlamıştır; alacağın devrinin ayrıca sözleşme ile engellenmesine ihtiyaç yoktur⁵⁵³. Bu çerçevede, yukarıda II ve III numaralı başlıklar altında devrine engel bulunduğu saptanan türdeki bir alacak hakkı için devir yasağı kararlaştırılması, yalnızca, kanunun

⁵⁵⁰ Bkz. s. 122.

⁵⁵¹ Bu konuda özellikle bkz. s. 245 vd; s. 330 vd.

⁵⁵² Bkz. s. 9.

⁵⁵³

veya alacağın niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığı konusundaki muhtemel bir ihtilafın önüne geçmekten ibaret bir anlam taşıyabilir⁵⁵⁴. Uygulamada en yaygın ölçüde, niteliği devre elverişli alacakların başlıca örneğini oluşturan, para alacakları için devir yasağı kararlaştırıldığına rastlanılmaktadır.

BK 183/I hükmünde devir yasağı anlaşmasının taraflarının kimler olduğu açıklanmış değildir⁵⁵⁵. Yalnız, bu hükmün alacağın devrine engel durumları düzenlediği dikkate alındığında, devir yasağı anlaşmasının bir tarafının alacaklı olması gerektiği tespit edilebilmektedir⁵⁵⁶. Bununla birlikte, devir yasağının yalnızca dar anlamda borç ilişkisinin tarafları, yani alacaklı ile borçlu arasında kararlaştırılmış olduğu takdirde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir olacağı ve mutlak etki meydana getireceği fikri öğretide yerleşiktir⁵⁵⁷. Bir alacak hakkı, serbestçe devredilebilir bir malvarlığı değeri olarak yaratılmışsa, alacaklının borç ilişkisinin tarafı olmayan herhangi bir üçüncü kişiyle yaptığı anlaşma aracılığıyla alacağın devir yeteneğini mutlak etkili olarak sınırlandırabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Alacaklının, borçlu dışındaki bir üçüncü kişiye karşı üstlendiği alacağı devretmeme taahhüdü, alacak hakkının malvarlığı değeri yönü göz önünde tutularak, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması yönündeki temel prensip doğrultusunda⁵⁵⁸, yalnızca borçlandırıcı etkili olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, alacaklının üçüncü bir kişiye karşı üstlendiği bu taahhüdü ihlal ederek alacağını bir başkasına devretmesi geçerli olacaktır. Alacaklı, yalnızca,

⁵⁵⁴ Örneğin, devrin hukuki sonuçlarının MK 23/II hükmüne aykırı düşüp düşmediği konusundaki ihtilafın önüne önceden bir devir yasağı kararlaştırılarak geçilebilir. Muhtemel bir ihtilafın önüne geçmek dışında, ikinci bir ihtimal olarak, kanundaki devir engelinin kapsamı genişletilmek istenmiş de olabilir. Ancak bu ikinci ihtimalde emredici hükmün devre engel oluşturduğu bir durum mevcut değildir.

⁵⁵⁵ BGB § 399 d. 2 bu hususta daha açık bir hüküm içerir. Bu hükmü göre, alacak hakkı, alacağın devri borçlu ile yapılan anlaşma ile engellendiği zaman, devredilemez hâle gelir.

⁵⁵⁶ Othmar Heinrich Schuler, **Der Ausschluss der Zessionsfreiheit bei Forderungen durch “Vereinbarung” und “Gesetz” (Art. 164 OR)**, Dissertation, Zürich 1951, s. 22.

⁵⁵⁷ Arsebük, s. 1066; Saymen/Elbir, s. 340; Feyzioğlu, s. 632; Franko, s. 184; Özsunay, s. 187; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1725; Özakman, s. 22; Oruç Hami Şener, **Factoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması**, Ankara 2005, s. 77; İst-BK/Öz, m. 183, N. 25; Helvacı, s. 268; Alfred Martin, “De la défense d’aliener”, **ZSR**, 1923/42, s. 1-21, s. 17; Wolff, s. 171; von Tuhr/Escher, s. 346; Zobl, Art. 899 ZGB, N. 69; von Büren, s. 323; Schuler, s. 25; CR-Probst, CO 164, N. 33; Guhl, Théo (begr.), **Das Schweizerische Obligationenrecht**, (ed.) T. Guhl, A. Koller, A. K. Schnyder, J. N. Druey, 9. Auflage, Zürich 2000 = Guhl/Koller, § 34, N. 28; Huguenin, N. 1360; B.Berger, N. 2101; Oftinger/Bär, Art. 899 ZGB, N. 86; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, **Le droit des obligations**, 5. édition, Zürich 2012, N. 1683; Spirig, Art. 164, N. 146; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20.

⁵⁵⁸ Bu prensip hakkında bkz. s. 189. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki anlaşmanın bu prensibe göre değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. s. 200.

alacağı devretmeme taahhüdüne aykırı davrandığı için üçüncü kişinin uğradığı zararlardan ötürü tazminatla yükümlü tutulabilir⁵⁵⁹. Söz gelimi, alacağı devreden ile devralan arasında yapılan bir anlaşma ile alacağın devir yeteneği ortadan kaldırılamaz; devralan, böyle bir anlaşmaya aykırı olarak alacağı tekrar başkasına devredecek olsa, devir işlemi hüküm ifade eder, yalnızca devredene karşı üstlendiği taahhüdü yerine getirmekten dolayı sorumlu tutulabilir⁵⁶⁰. Bu çerçevede, örneğin, inançlı alacak devirlerinde (başlıca örneği olan teminat amaçlı devirlerde), inanılanın (devralanın), inananın (devredene) karşı ondan devrıldığı alacağı başkasına devretmeyeceğini taahhüt etmesi daima borçlandırıcı etki doğuracaktır. İnanan ile inanılan arasındaki yapılan bir anlaşma ile devrin üçüncü kişilere etkili olacak şekilde engellenebilmesi olanağı bulunmamaktadır⁵⁶¹. Benzer şekilde, borçlu lehine rehin veya kefalet veren bir üçüncü kişi ile alacaklı arasında kararlaştırılan alacağı devretmeme taahhüdü de sadece borçlandırıcı etki doğuracaktır⁵⁶².

Elbette ki, sözleşme özgürlüğü gereği, alacaklı borçluya karşı alacağı devretmeme konusunda bir yapmama borcu altına girmekte serbesttir. Fakat, sözleşme ile sırf alacağı devretmeme borcu kararlaştırılan ve alacak hakkının devir yeteneği korunan bir ihtimalde, teknik anlamıyla bir devir yasağı kararlaştırıldığından söz edilmeyecektir. Bu ihtimalde BK 183/I hükmünün uygulama alanını ilgilendiren nitelikte bir anlaşma ortaya çıkmamaktadır⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Feyzioğlu, s. 632; Aslı Makaracı Başak, **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul 2014, s. 199-200; Ozanemre Yayla, s. 191; von Tuhr/Escher, s. 346, dn. 40; Keller/Schöbi, s. 57; Spirig, Art. 164, N. 146; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20; Oftinger/Bär, Art. 899, N. 86; Tercier/Pichonnaz, N. 1683; CR-Probst, CO 164, N. 72. Alman hukukunda da alacaklı ile üçüncü kişi arasında alacağın devredilmesi için yapılan bir anlaşmanın § 137 anlamında bir hukuki işleme dayanan tasarruf yasağı olduğu, bu ihtimalde alacak hakkının içeriğine ilişkin bir değişiklik meydana getirilmeyeceği, sadece borçlandırıcı etkinin söz konusu olabileceği belirtilir. Bkz. Dernburg, s. 380; Lorenz Brütt, **Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch**, Dissertation, Berlin 1900, s. 30; Gottlieb Planck (begr.), **Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241-432**, (hrsg.) E. Strohal, 4. Auflage, Berlin 1914 = Planck/Siber, § 399, N. 2; Paul Oertmann, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung: §§ 241-431**, 5. Auflage, Berlin 1928, § 399, s. 441; Staudinger/Busch, § 399, N. 51; Hadding/van Look, s. 8; Staudinger/Kohler, § 137, N. 19. Avusturya hukukunda aynı yönde: Holzner, s. 497.

⁵⁶⁰ Keller/Schöbi, s. 57; Spirig, Art. 164, N. 146; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20; CR-Probst, CO 164, N. 72.

⁵⁶¹ Berger, s. 295. Bununla birlikte, inançlı devirlerde inananın korunması amacıyla devir yasağından yararlanılması yine de mümkündür. Bu imkân hakkında bkz. s. 151.

⁵⁶² Rehine veren açısından bu yönde: Makaracı Başak, s. 199-200.

⁵⁶³ Devir yasağı anlaşmasının yorumunu ilgilendiren bu konu hakkında bkz. s. 475.

B. Devir Yasağı Anlaşmasının Borçluyu Koruma Amacı

Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hükümleri arasında borçluyu devrin olumsuz sonuçlarına karşı koruyan bazı özel düzenlemelere yer verilmektedir. Bu düzenlemelere dayanılarak, alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştirmemesi gerektiği esası uygulanırken, yalnızca, borçlunun kanun koyucu nezdinde korunmaya değer görülen menfaatlerine odaklanılmaktadır. Geri kalan konularda alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştirmesi olağan karşılanmakta ve borçlu bu kapsamda değerlendirilebilen kötüleşmeye katlanma külfeti altında görülmektedir⁵⁶⁴. Örnek olarak, devralanın, alacağı talep konusunda devreden kadar hoşgörülü olmayışı ya da devir konusu alacaktan farklı bir şekilde, devralanın muhtemelen tercih etmeyeceği bir biçimde, yararlanacak olması gibi, sırf alacaklının şahsının farklılaşmasından kaynaklanan olumsuzluklara katlanma yükü borçlu üzerindedir⁵⁶⁵. Bu açıdan, alacağın devri kurumunun hukuk düzeni tarafından tanınması, öğretide, borçlunun borç ilişkisinin karşı tarafını seçme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlandırma olarak görülebilmektedir⁵⁶⁶.

Borçlu, alacağın devrine ilişkin yasal düzenlemenin özünde var olan ve kanun koyucu tarafından bilinçli olarak maruz bırakıldığı olumsuzluklara karşı kendisini bir devir yasağı ile korumayı isteyebilmektedir⁵⁶⁷. Alacaklı ile borçlu arasında bir devir yasağı anlaşması yapıldığında alacaklı borçlunun katılımı olmaksızın alacağı başkasına devredebilme yetkisinden yoksun hâle gelmekte; bunun karşılığında borçlu kendi seçtiği alacaklıyı muhafaza edebilme imkânına kavuşmaktadır. Borçlu, devir yasağı anlaşması sayesinde, gelecekte yapılması muhtemel alacağın devri işlemleri üzerinde kontrol yetkisi elde etmektedir⁵⁶⁸. Bu açıdan, sözleşme ile devrin engellenebilmesine

⁵⁶⁴ Kanunun korumaya değer görüp görmemesi ölçütü çerçevesinde, borçlunun menfaatleri objektif ve sübjektif menfaatler olarak ikiye ayrılabilir: Thiele, s. 231. Benzer şekilde, borçlunun alacağın devrini engellemekte menfaatlerinden söz edilirken, borçlunun hukuki durumuna ilişkin olanlardan ziyade, borçlunun içinde bulunduğu somut olayın koşullarına göndermede bulunulduğu yönünde: Attenhofer, "Der Gegenstand der Cession", **ZSR**, Bd. V, 1886, s. 269-288, s. 278.

⁵⁶⁵ Wolfgang Schuhmacher, "Zur Wirksamkeit von Abtretungsverboten in Einkaufs- und Auftragsbedingungen", **Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht**, 1993, H. 9, s. 279-287, s. 286.

⁵⁶⁶ Thiele, s. 231; Staudinger/Busche, § 399, N. 12.

⁵⁶⁷ Schuhmacher, s. 286.

⁵⁶⁸ Kontrol yetkisi ile kastedilen, borçlunun devir yasağı anlaşması sayesinde gelecekteki devir işlemine katılma hakkı elde etmesidir. Bu ifade tarzı, II. bölüm sonunda vardığımız sonuçlara dayanmaktadır. Bkz. s. 316.

imkân veren BK 183/I hükmü sözleşme özgürlüğünün bir ifadesi olarak anlaşılmaktadır. Devir yasağı anlaşması, borçlunun, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü⁵⁶⁹ koruma altına almakta; bu doğrultuda sözleşme özgürlüğünü güçlendirici bir etki doğurmaktadır⁵⁷⁰.

Devir yasağı anlaşmasının borçlunun korunması amacına hizmet ettiği fikri öğretilerde yerleşiktir⁵⁷¹. BK 183 ve OR 164 hükümlerinin tarihsel gelişimi incelendiğinde de kanun koyucunun alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânını düzenlemekteki yegâne amacının borçlunun korunması olduğu kolaylıkla tespit edilmektedir⁵⁷². Buna rağmen bazı eserlerde, devir yasağının “*genellikle*” veya “*prensip olarak*” borçluyu korumak için kararlaştırıldığı belirtilerek⁵⁷³, borçlu dışında bir kişiyi, örneğin alacaklıyı veya bir üçüncü kişiyi korumak için de kararlaştırılmış olabileceği ihtimali saklı tutulmaktadır. Bu yaklaşım tarzı, devir yasağı anlaşmasına başvurulmuş somut ihtimallerin çeşitliliğini kapsayıcı olmakla birlikte, aşağıda belirtilen sebeplerden ötürü,

⁵⁶⁹ Tabii, taraflar sadece sözleşmeden değil, aynı zamandan kanundan, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görmeden bir alacak hakkının devredilebilirliğini de anlaşma ile engelleyebilirler.

⁵⁷⁰ BGB § 399 d. 2 bakımından bu yönde: Berger, s. 249. Borçlunun devir yasağı anlaşması ile negatif sözleşme özgürlüğünü geri kazandığı yönünde: Dörner, s. 144. Benzer şekilde, kanun koyucunun, BK 183/I (eBK 162/I) hükmünde devrin anlaşma ile engellenebilmesi olanağı tanırken, alacaklı ile borçlunun karşılıklı menfaatlerini dengelemek istediği de belirtilmektedir. Mademki, alacaklı, borçlunun katılımına ihtiyaç olmaksızın alacağı serbestçe devredebilmektedir, o hâlde borçlu da, devir işleminden önce olması şartıyla, mevcut veya ileride doğacak bir alacağın devredilmesini alacaklı ile anlaşarak engelleyebilmelidir. Bkz. Cem R. Dinar, **Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik, Kısıtlama ve Yasakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 43.

⁵⁷¹ Arsebük, s. 1068; Feyzioğlu, s. 633; Özakman, s. 24, dn. 42; Şener, s. 74; Wolff, s. 171; Becker, Art. 164, N. 44; Schuler, s. 17; von Tuhr/Escher, s. 347; Spirig, Art. 164, N. 146; Koller, § 84, N. 66; Hermann Schulin / Nedim Peter Vogt, “Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerischen Vertragsund Erbrecht”, **Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag**, Bern 2007, s. 613; Tercier/Pichonnaz, N. 1683; Markus Müller-Chen, “Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr”, **Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag**, (hrsg.) G. Hager, I. Schwenzer, Tübingen 2003, s. 903-921, s. 905; Hadding/van Look, s. 8-10; Hein Kötz, “Rights of Third Parties, Third Party Beneficiaries and Assignment”, **International Encyclopedia of Comparative Law, VII: Contracts in General, Chapter 13**, (ed.) R. David, Tübingen 1992, s. 64; Koziol, s. 113; Peter Schlechtriem / Martin Schmidt-Kessel, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Tübingen 2005, § 19, N. 780; Horst Eidenmüller, “Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung”, **AcP**, 204/2004, s. 457-501, s. 466; Soergel/Schreiber, § 399, N. 8; Walter Erman (begr.), **Bürgerliche Gesetzbuch Handkommentar, Bd. I**, 14. Auflage, 2014 = Erman/Westermann, § 399, N. 2; Raber, s. 449.

⁵⁷² Bkz. s. 221 vd.

⁵⁷³ Örnek olarak bkz. Arsebük, s. 1068; von Tuhr/Escher, s. 350; von Büren, s. 323; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20; Soergel/Schreiber, § 399, N. 8.

gerek BK 183 hükmünün amacının gerekse devir yasağı anlaşması kavramının doğru anlaşılmasına engel oluşturabilecek bir aksaklığı barındırmaktadır:

Devir yasağı anlaşmasının daima borçlunun menfaatine olduğu saptaması, bu anlaşmanın taraflarının alacaklı ile borçlu olması zorunluluğundan ileri gelen mantıksal bir sonuçtur. Bazı hâlde, devir yasağı anlaşması bir üçüncü kişinin menfaatini korumak amacıyla da yapılmış olabilir. Ancak, devir yasağı anlaşmasının üçüncü kişi yararına yapılmış olması, üçüncü kişiyi anlaşmanın tarafı hâline getirmez⁵⁷⁴.

Yukarıda belirtildiği gibi⁵⁷⁵, alacaklı, bir üçüncü kişiye alacağı devretmeme taahhüdünde bulunursa böyle bir taahhüt yalnızca borçlandırıcı etki doğurabilir. Üçüncü kişi, alacaklı ile yaptığı bir anlaşma ile alacağın devredilebilirliğini mutlak etkili biçimde ortadan kaldıramaz. Bununla birlikte, borçlu, bir üçüncü kişiye alacağın devrini engelleme taahhüdünde bulunmuş olabilir ve bu taahhüdün ifasını alacaklısı ile bir devir yasağı anlaşması yaparak yerine getirebilir. Örneğin, banka Ü, küçük çaplı bir tarımsal işletme yürüten A'ya kredi vermeyi kabul ederken, A'nın, büyük ölçekli perakende şirketi B ile arasında mevcut olan ticari ilişkiyi ve bu ilişkiden doğan para alacaklarını bir tür güvence olarak değerlendirmiş, kredinin geri ödenmesinde gecikme hâlinde bu alacakları haczettirebileceğini göz önünde tutmuş, bu nedenle A ile B arasındaki sözleşmeye bir devir yasağı dâhil edilmesini B aracılığıyla sağlamış olabilir. Devir yasağının bu şekilde bir üçüncü kişi lehine kararlaştırıldığı durumlarda dahi, üçüncü kişinin menfaatini koruyacak olan daima borçludur. Üçüncü kişinin alacağın devredilmemesine olan menfaati, ancak, borçlu bu menfaati gerçekleştirmekte kendisi menfaat sahibi olduğu ve bu menfaati alacaklıya karşı bizzat dayattığı ölçüde bir devir yasağı anlaşması ile korunabilir. Yine, aynı nedenle, devir yasağının bir üçüncü kişinin menfaatini korumak için kararlaştırılmış olması, alacaklı ile borçlu arasında yeni bir anlaşma yapılarak kaldırılmasına engel oluşturmaz. Devir yasağının üçüncü kişi lehine olduğu durumda dahi, borçlu devir yasağının kaldırılmasını kabul ederken, alacaklı tarafın değişmemesine olan kendi menfaatinden (üçüncü kişinin alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaatini gerçekleştirmekteki kendi menfaatinden) vazgeçmektedir.

⁵⁷⁴ Üçüncü kişi yararına kararlaştırıldığı örnekler için bkz. s. 150 vd.

⁵⁷⁵ Bkz. s. 134.

Borçlu, üçüncü kişiye karşı onun alacaklı tarafın değişmemesindeki menfaatini koruma taahhüdünde bulunmuşsa, bu taahhüde aykırı davranmasından ötürü sorumlu tutulabilir. Ancak, devir yasağının borçlu ile alacaklı arasındaki anlaşma ile kaldırılmasının üçüncü kişinin menfaatine aykırı düşmesi, söz konusu anlaşmanın geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁷⁶.

Ayrıca, devir yasağı kararlaştırılmasının her somut durumda alacaklının aleyhine olduğu konusunda şüphe yoktur; çünkü böyle bir anlaşma yalnızca onun tasarruf özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bir devir yasağı kararlaştırıldığı zaman, taraflar, alacaklının alacağı serbestçe devredilebilmekteki menfaati karşısında, borçlunun alacağın onun rızası olmadan devredilmesini engellemekteki menfaatini koruma altına almış olmaktadır⁵⁷⁷. Aşağıda görülecektir ki⁵⁷⁸, bazı hâllerde, alacaklının kişisel özellikleri gereği ekonomik durumunu kendi başına yönetemeyeceği göz önünde tutularak, alacaklıyı kendi yapacağı işlemlere karşı korumak amacıyla devir yasağı kararlaştırıldığına rastlanabilmektedir. Örneğin, büyük bir işletme yürüten B, ilkel düzeyde muhasebe bilgisine sahip küçük tedarikçisi A'nın kendisinden olan para alacaklarından finansal olarak yararlanma tarzı ve yöntemine katkıda bulunarak, onu korumak amacıyla aralarındaki anlaşmaya devir yasağı koydurabilir. Devir yasağı, bu şekilde, alacaklıyı koruma amacıyla kararlaştırılmış olsa dahi esas itibarıyla borçlunun menfaatinedir. Çünkü hukuken alacaklı konumundaki küçük tedarikçi A'nın, büyük ölçekli işletmenin sahibi B'nin koruma ve denetimine tabi olmasını gerektirecek bir özelliği, fiil ehliyeti yönünden eksikliği bulunmamaktadır. Verilen örnekte, daha güçlü konumda olan B, alacaklının finansal konularda alacağı kararlara, alacaklının üretimini devam ettirmesinde ve onunla ticari ilişkisini sürdürmekte kendisi menfaat sahibi olduğu için katılmak istemektedir.

Bu çerçevede, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesine izin veren BK 183/I hükmünün daima borçluyu koruyucu olduğu göz önünde tutulmalı; somut olayda

⁵⁷⁶ Devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmenin hukuki niteliği hakkında bkz. s. 357 vd.

⁵⁷⁷ Schuler, s. 17; Spirig, Art. 164, N. 146; Daniel Girsberger / Johannes Lukas Hermann, "Reformbedarf beim pactum de non cedendo? Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis" **Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander**, (hrsg.) F. Lorandi, D. Staehelin, Zürich/St. Gallen 2011, s. 322; Koziol, s. 113; Hadding/van Look, s. 10.

⁵⁷⁸ Bkz. s. 150.

tarafarla başka bir amaçla kullanması söz konusu olan hâllerde dahi, devir yasağı anlaşması istikrarlı biçimde borçluyu koruyucu bir anlaşma olarak anılandırılmalıdır⁵⁷⁹. BK 183/I hükmüne ilişkin bu yorum tarzı, ileride, devir yasağı anlaşmasına aykırı devrin borçlunun rızası ile geçerli hâle getirilmesinin mümkün olup olmadığı sorununun çözümünde önem kazanacaktır⁵⁸⁰.

Alacağın konusu edimin içeriğinde alacaklı tarafın aynı kalmasını gerektiren bir özellik bulunmadığı kanaatine varılan hâllerde, borçlunun alacaklı tarafın değişmesini alacaklı ile anlaşma yaparak engellemekte (kanunun korumaya değeri bulmadığı) somut bir menfaati mevcut olabilmektedir⁵⁸¹. Üstelik bu menfaat çoğu zaman gerçek bir malvarlığı menfaatine de karşılık gelmektedir⁵⁸². Aşağıda, alacağın devrinde hâkim borçlunun korunması prensibi ile borçluya sağlanan imkânlar aktararak, bu imkânların varlığına rağmen, borçlunun neden yine de alacağın devrini engellemekte menfaat sahibi olduğu açıklanmaya çalışacaktır. Bu sırada belirtelim ki, devir yasağı anlaşmasının geçerliliğinin denetlenmesi sırasında -kural olarak- borçlunun devir yasağına olan somut menfaatinin ne olduğuna bakılmamaktadır. Alacaklının devir özgürlüğünü korumadaki menfaati ile borçlunun devri engellenmesindeki menfaati birbirine tamamen zıt yöndedir; ancak alacaklı ile borçlunun birbirine zıt yöndeki bu menfaatlerinden hangisinin diğerine üstün olduğu konusunda -kural olarak- herhangi bir değerlendirme yapılmamaktadır⁵⁸³. Bununla birlikte, ilerideki kısımlarda görülecektir ki, borçlunun devir yasağına olan somut menfaatinin belirlenmesi ve bu menfaatinin alacaklı-

⁵⁷⁹ BGB § 399 d. 2 bakımından bu yönde: Wünschmann, s. 224.

⁵⁸⁰ Katılma teorisi tarafından benimsenen ve bu çalışmada da üstün tutulan, devir yasağı kararlaştırıldığında alacağın devrinin borçlunun katılımına bağlanmış olacağı görüşü, BK 183/I hükmünün borçluyu koruma amacına dayanılarak gerekçelendirilmektedir. Bkz. s. 281 vd. ile s. 316 vd.

⁵⁸¹ Thiele, s. 231.

⁵⁸² Borçlunun devri engellemekteki menfaatinin genellikle malvarlığına ilişkin olduğu, özellikle, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğurması gerektiğini ileri süren yazarlarca ortaya konulmaktadır. Nitekim bu görüşteki yazarlar, anlaşmaya aykırı devrin yol açtığı menfaat ihlalinin her hâlde maddi tazminat yükümlülüğü doğmasına sebebiyet vereceğini ifade etmektedir. Bkz. Lot-har Seuffert, “Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes”, *AcP*, 1868, Bd. 51, H. 1, s. 102-110, s. 102; Koziol, s. 117-124; **Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil**, (hrsg.) C. Huguenin, R. M. Hilty, Zürich 2013 = OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 9. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda s. 202 vd. Borçlunun, yürüttüğü ticari faaliyet ile ilgili olarak, taraf olduğu sözleşmelerin devir yasağı kaydı içermesini genel bir uygulama olarak benimsemiş olduğu hâllerde, bu uygulamadan vazgeçilmesinin borçlu açısından katlanılması gerekli belli bir maliyete karşılık geleceği ifade edilmektedir. Bkz. Eidenmüller, s. 466.

⁵⁸³ Hukuk düzeninin, hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil eden durumlar dışında, tarafların hangi amaçla devir yasağı anlaşması yaptığı ile ilgilenmediği yönünde: Holzner, s. 502.

nın menfaati karşısındaki durumu, anlaşılmaya aykırı devre rıza vermekten kaçınması-
nın MK 2/II hükmüne aykırı olup olmadığının araştırılması sırasında önem kazanmak-
tadır⁵⁸⁴.

C. Borçlunun Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesin- deki Menfaatleri ve Bu Menfaatlerin Uygulamadaki Görünüm Biçimleri

1. Alacaklı Olmayana İfa Tehlikesinin Giderilmesi

Alacağın borçlunun katılımı olmaksızın devredilebilir olması, borçlu açısından alacaklı olmayana ifa tehlikesi yaratır. Borçlu alacağın devrini bilmediği ve bilme-
mekte somut olayın koşulları çerçevesinde haklı sayılabildiği hâllerde BK 186 hükmü
gereği eski alacaklıya ifada bulunarak borçtan kurtulabilir. Ancak, borçlu alacağın
devredildiğini bir şekilde öğrenmişse artık kendi alacaklısına ifa ile borçtan kurtula-
maz⁵⁸⁵. Borçlunun eski alacaklıya ifada bulunurken iyiniyetli olup olmadığının belir-
lenmesinde alacağın devrinin borçluya bildirilmesi önem arz eder⁵⁸⁶. Bildirimin borç-
luya ulaşmış olması borçlunun iyiniyetli olduğu karinesini ortadan kaldırır. Borçlu,
bildirimin kendisine ulaşmasından sonra eski alacaklıya ifada bulunmuşsa, ifa sıra-
sında alacağın devredildiğinden haberi olmadığını ispat edemediği takdirde, yeni ala-
caklıya tekrar ifada bulunmak zorunda kalır⁵⁸⁷. Diğer yandan, alacağın devri borçluya
bildirilmeden önce, somut olayın koşulları çerçevesinde, borçlunun alacağın devrini
öğrenmesi sonucunu yaratacak başka olgular söz konusu olabilir. Bu hâlde, yeni ala-
caklı (her ne kadar alacağın devri borçluya henüz bildirilmemiş olsa da) borçlunun

⁵⁸⁴ Bkz. s. 346 vd.

⁵⁸⁵ Arsebük, s. 1079; Saymen/Elbir, s. 344; Feyzioğlu, s. 653-654; Eren, N. 3884-3886; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1755. Borçlunun alacağın devrini nasıl öğrendiği bu hususta bir farklılık yaratmaz (Fey-
zioğlu, s. 653).

⁵⁸⁶ Alacağın devrinde bildirimin geçerliliği şekle tabi değildir. Saymen/Elbir, s. 344; Arsebük, s. 1079; Eren, N. 3885.

⁵⁸⁷ Feyzioğlu, s. 653; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 257-258; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1762. Bu konu öğretide tartışmalıdır. Aksi yöndeki görüşe göre, borçlu alacağın devri bildirim kendisine ulaştıktan sonra eski alacaklıya ifada bulunurken iyiniyetli olduğunu ispat ederek borçtan kurtula-
maz. Bu görüş maddenin lafzına ve devralanın korunması düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara örnek olarak bkz. Arsebük, s. 1080; von Tuhr/Escher, s. 359. Tekinay/Ak-
man/Burcuoğlu/Altıp (s. 257-258) BK 186 (eBK 165) hükmünün yorumunda öğrenme olgusunun
üstün tutulması gerektiğini, bunun BK 188 (eBK 167) hükmü ile tutarlılığın bir gereği olduğunu ifade etmektedir.

önceki alacaklıya ifada bulunurken iyiniyetli olmadığını ispat ederek borçluyu edimi tekrar kendisine ifaya zorlayabilir⁵⁸⁸. Belirtilen esaslar birbirini takip eden devirler bakımından da geçerlidir⁵⁸⁹. Borcu tekrar ifa etmek zorunda kalan borçlu, eski alacaklıya kendisini borçlu sanarak yaptığı ifayı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirse de⁵⁹⁰, eski alacaklının aciz hâline düşmesi veya iflası dolayısıyla iade talebinin sonuçsuz kalması riskini kendi üzerinde taşıyacaktır⁵⁹¹.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu borçluyu alacaklı olmayana iyiniyetli olarak ifada bulunma tehlikesine karşı korurken (BK 186), aynı zamanda onu alacağın devrine ilişkin bildirimlerin takibi hususunda bir özen külfeti ile yüklemektedir. Bu özen külfeti kapsamında borçlunun bildirimlerin yanı sıra dürüstlük kuralı uyarınca alacağın devrini öğrendiği sonucuna varılabilecek başka olguları da atlamaması gerekmektedir⁵⁹². Alacağın devrini dışa vuran bildirimlerin ve diğer delillerin izlemesi, bunlar doğrultusunda alacaklı bilgilerinin gerçeğe uygunluğunun temin edilmesi kimi zaman borçlu tarafından (özellikle çok sayıda kişiye para ödemeyi borçlu olan bir kişi tarafından) hatırı sayılır bir emek harcanmasını ve masraf yapılmasını gerektirebilir⁵⁹³. Söz konusu emek ve masrafın kapsamı, bazı hâllerde, borçlunun kişisel özellikleri ile

⁵⁸⁸ Bildirim yapılmadan önceki dönemde borçlunun önceki alacaklıya ifada bulunurken iyiniyetli olmadığını ispat yükü alacaklı üzerindedir. Bkz. Arsebük, s. 1079; Saymen/Elbir, s. 345; Feyzioğlu, s. 653, dn. 85; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1755. Devrin yapıldığını devredenin bildirimi dışında öğrenen borçlunun devralana ifada bulunma yükümlülüğü altında olmadığı görüşünde: Eren, N. 3886.

⁵⁸⁹ Tunçomağ, s. 1108; Feyzioğlu, s. 654; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1764-1765. BK 186 hükmünün aynı alacağın birden fazla kişiye çatışan bir tarzda devri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Uygulanabileceği görüşünde: Arsebük, s. 1082; Saymen/Elbir, s. 345; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 258. Buna karşılık, aynı alacağın birden fazla kişiye çatışan bir tarzda devri hâlinde, bundan kaynaklanan çekişmeli durumu bilen borçlunun, ancak alacağı BK 187 hükmüne göre tevdi ile borçtan kurtulabileceği görüşünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1765.

⁵⁹⁰ Arsebük, s. 1079; Feyzioğlu, s. 653; Eren, N. 3895.

⁵⁹¹ Şener, s. 75; Hadding/van Look, s. 9; Blaurock, s. 333; Müller-Chen, s. 905; Angela von Falkenhayn, **Das Verhältnis von Factor und Debitor beim Factoring**, Frankfurt am Main 1999, s. 124; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 6.

⁵⁹² Örneğin, faturalarda alacakların faktoring kuruluşuna devredildiği ve ödemelerin faktoring kuruluşuna yapılması gerektiği yönünde kayıtlara yer verilebilmektedir. Bkz. Özakman, s. 87. Borçlunun faturadaki bir kayıt aracılığıyla alacağın devrine işaret edilmiş olup olmadığını denetlemesi gerekir. Borçlu böyle bir denetimi atlarsa, alacağın devrini bilmediğine dayanamaz ve yalnızca devralana ifa ile borçtan kurtulabilir. Bkz. Hadding/van Look, s. 9.

⁵⁹³ OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 6; Eidenmüller, s. 466; Wolfgang Lücke, "Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot", **JuS**, 1992, s. 114-116, s. 114; Christoph Häusler, **Das UNIDROIT Übereinkommen über internationales Factoring (Ottawa 1988) unter besonderer Berücksichtigung seiner Anwendbarkeit**, Frankfurt am Main 1997, s. 187; Bydliński, s. 126; Schuhmacher, s. 282.

bağılantılı olarak, alacağın devrinin engellenmesi ihtiyacı doğuran seviyeye ulaşmaktadır.

Alacağın devri muhasebe kaydı tutan borçlunun durumu bakımından da bazı olumsuz etkilere yol açmaktadır. Borçlunun menfaati muhasebe kayıtlarının basit ve kolay bir şekilde tutulmasına yöneliktir. Alacağın devri ile meydana gelen değişiklik, muhasebe kayıtlarına aktarılması gerekliliği doğurması dolayısıyla ilave iş yükü ve risk ortaya çıkarmaktadır⁵⁹⁴. Günümüzde elektronik yöntemler aracılığıyla bu yükün önemli ölçüde azaltılabileceğini ileri sürenler mevcuttur⁵⁹⁵. Ancak, muhasebe kayıtlarının elektronik olarak tutulduğu ve ödemelerin elektronik olarak gerçekleştirildiği bir sistemde dahi borçlunun devri engellemekte menfaat sahibi olduğu, genellikle, kabul edilmektedir. Çünkü alacağın devri ihtimali söz konusu olan hâllerde, ödeme işlemi yapılırken kullanılan standart elektronik yöntemin dışına çıkılarak, önce faturayı düzenleyen kişi ile ödeme yapılacak kişinin aynı kişi olup olmadığının kontrol edilmesi, uyumsuzluk hâlinde sistemdeki kaydın değiştirilmesi gerekmektedir. Borçlu tarafından bu kontrol gerekliliği atlanıp yanlışlıkla alacaklı olmayana ödeme yapılması riski her zaman vardır. Bu hâlde, borçlu, iyiniyetli olduğu savunmasından yararlanamayıp, borçtan kurtulmak için devralana tekrar ödeme yapmak zorunda kalmaktadır⁵⁹⁶.

Borçlu açısından başka bir olumsuzluk kısmi devirler hâlinde ortaya çıkmaktadır: Bölünebilir bir alacağın kısmen devri kural olarak mümkündür⁵⁹⁷. Ancak bir alacağın bölünerek birden fazla kişiye devri hâlinde, borçlu, birden çok alacaklı ile karşı karşıya gelmek ve ifaya yönelik davranışları birden çok alacaklıya karşı gerçekleştirmek zorunda kalmaktadır. Bu borçlu açısından alacağın tek bir kişiye ifa edilmesine kıyasla hem iş yükünü ağırlaştıran hem de alacaklı olmayana ifa riskini yükselten

⁵⁹⁴ Müller-Chen, s. 905; Peter Baukelmann, “Der Ausschluß der Abtretbarkeit von Geldforderungen in AGB - Fragen zu § 354a HGB”, **Festschrift für Hans Erich Brandner**, (hrsg.) G. Pfeiffer, J. Kummer, S. Scheuch, Köln 1996, s. 185-205, s. 189; Hadding/van Look, s. 4, ve s. 10. Alman Federal Mahkemesi kararlarında borçlunun muhasebenin açık ve düzgün işleyişine olan menfaati alacağın devri yasağına olan menfaatinin haklılığını ortaya koymak için sıklıkla vurgulanmaktadır. Örnek olarak bkz. BGH, NJW 1969, 415; BGH, NJW 1971, 372.

⁵⁹⁵ Hadding/van Look, s. 10; Bydlinski, s. 127; Schuhmacher, s. 282. Alman Ticaret Kanunu’na 1995 yılında eklenen ve ticari ilişkilerden doğan parasal alacaklara ilişkin devir yasağının hukuki sonuçlarının düzenlendiği § 354a hükmünün gerekçesinde de aynı görüş ifade edilmektedir. BT-Drs. 12/7912, s. 25.

⁵⁹⁶ Hadding/van Look, s. 9; Blaurock, s. 333; Häusler, s. 187.

⁵⁹⁷ Eren, N. 3863; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 252; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1697, N. 1714.

olumsuz bir durum yaratmaktadır⁵⁹⁸. Aslında, alacağın makul sayılamayacak ölçüde küçük kısımlara ayrılarak birden fazla kişiye devri hâlinde, kısmi devir işlemlerinin geçerliliğine dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle de karşı çıkılabilmektedir⁵⁹⁹. Yine de borçlu dürüstlük kuralına aykırı sayılmayacak ölçüdeki kısmi devirleri engellemekte belirtilen gerekçelerle menfaat sahibidir.

Borçlunun geniş kapsamlı iş çevresi ve muhasebe yönetimine sahip büyük çaplı bir işletme sıfatı taşıdığı ihtimalde, alacaklı olmayana ifa riskini bir devir yasağı anlaşması ile engellemekte özellikle menfaat sahibi olduğu kabul edilmektedir. Zira, alacaklıların sayısının işletmenin büyüklüğü ile orantılı olduğu dikkate alındığında, büyük çaplı bir işletme daha yoğun biçimde alacaklı olmayana ifa riskine maruz kalmaktadır⁶⁰⁰. Alacaklı sayısının fazla olması dışında, işletmenin yönetim organizasyonu da riskin artmasına yol açabilmektedir. Örneğin, büyük çaplı bir işletmede alacağın devri bildiriminin işletmeyi temsile yetkili bir çalışana tebliğ edilmesinden sonra muhasebe kayıtlarına işlenmesi belirli bir zaman alabilmektedir. Bu süre zarfında bildirimin varlığından haberdar olmayan muhasebe birimi tarafından yanlışlıkla alacaklı olmayana ifada bulunulması tehlikesi mevcuttur⁶⁰¹. Büyük çaplı işletmeler bakımından, alacaklı olmayana ifa riski, birden çok alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi muhtemel olan belirsiz sayıda ve türdeki (kısmi devir, art arda devir, çatışan devir) devir işleminin yol açtığı risk bütünü olarak da anlam taşımaktadır. Bu risk bütünüünün bir devir yasağı anlaşması ile giderilmesinin büyük çaplı işletmeler bakımından nasıl bir ekonomik değere karşılık geldiği IV. bölümde özel olarak açıklanmaktadır⁶⁰².

Sonuç olarak, bir devir yasağı kararlaştırılarak alacaklı tarafın değişiminin engellenmesi sayesinde, borçlu alacağın devrine ilişkin bildirimleri ve devirlerin sırasını sürekli takip etme, alacağın birden fazla talibinden hangisinin yetkili olduğunu ayırt

⁵⁹⁸ İfa sürecine ilişkin güçlükler hakkında bkz. Şener, s. 75; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 6; Medicus/Lorenz, § 59, N. 796; Kötz, s. 64; Hadding/van Look, s. 9; Baukelmann, s. 189; Nefzger, s. 48; von Falkenhayn, s. 119; Schuhmacher, s. 282. Alacaklı olmayana ifa riski hakkında bkz. Şener, s. 75; Lücke, s. 114.

⁵⁹⁹ Şener, s. 75.

⁶⁰⁰ Koziol, s. 122; Hadding/van Look, s. 10.

⁶⁰¹ Şener, s. 75; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 6; Müller-Chen, s. 905; Schuhmacher, s. 281; Baukelmann, s. 189; Blaurock, s. 333; Alexander Nefzger, **Vertragliche Abtretungsverbote**, Berlin 2013, s. 48.

⁶⁰² Bkz. s. 542 vd.

etme külfeti altında olmaktan kurtulmaktadır⁶⁰³. Devir yasağı sayesinde hem masraf ve iş yükü azaltılmakta hem de alacağın devrine ilişkin bildirimlerin veya başka delillerin izlenmesindeki bir ihmâl yüzünden gerçekleşebilecek alacaklı olmayana ifa riski ortadan kaldırılmış olmaktadır⁶⁰⁴. Bu açıdan devri yasağının bir teminat işlevi gördüğü de öğretide ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Yargı kararlarında para borçlusunun bir devir yasağı kararlaştırılması yoluyla öngöremeyeceği kadar çok sayıda alacaklıyla karşı karşıya gelmekten kaçınmakta ve borcun ifası sürecinin açıklığı ve kesinliğini temin etmekteki menfaati korunmaya değer kabul edilmektedir⁶⁰⁶.

2. Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Güven İlişkisinin Korunması

Borçlu ile sözleşmenin karşı tarafını oluşturan alacaklı arasında özel bir güven temeline dayanan bir hukuki ilişki varsa, borçlu alacağın devri yoluyla bu ilişkiye başkasının girmesini istemeyebilir. Bir devir yasağı aracılığıyla normal koşullarda sözleşme yapmayı tercih etmeyeceği birinin karşısına alacaklı olarak çıkmasını önlemek isteyebilir⁶⁰⁷. Söz gelimi, borçlu kredi almayı, kredi veren ile arasındaki yakın ilişkiye güvendiği için kabul etmiştir; devir yasağı kararlaştırılmasını sağlayarak, karşısına ummadığı bir başkasının alacaklı olarak çıkması ihtimalinin önüne geçmiştir⁶⁰⁸.

Bu anlamda taraflar arasındaki güven ilişkisinin özelliği, sözleşmedeki edimler arasındaki dengenin belirlenmesinde etkili olmuş, bu dengenin korunması devir yasağı

⁶⁰³ Özen külfetinin kapsamı aynı alacak hakkının birden fazla kişiye devri söz konusu olan hâllerde ağırlaşabilmektedir. Bkz. Kötz, s. 64; Hadding/van Look, s. 9; Eberhard Wagner, **Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse**, Tübingen 1994, s. 42; Schuhmacher, s. 282; Holzner, s. 502. Ayrıca bu konuda bkz. Baki İlkay Engin, “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır?”, **M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 313-321, s. 320.

⁶⁰⁴ Şener, s. 74-75; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 6; Brütt, s. 32; Kötz, s. 64; Hadding/van Look, s. 8-9; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 780; Blaurock, s. 333-334; Baukelmann, s. 189; Eidenmüller, s. 466; Wagner, s. 43; Nefzger, s. 48; Bydlinski, s. 126; Roy Goode, “Assignment Clauses in International Contracts”, **International Business Law Journal**, 2002, s. 389-406, s. 395-396. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu’nun Art. 6 hükmüne ilişkin hazırlık çalışmaları sırasında da alacaklı olmayana ifa riskinin ortadan kaldırılması borçlunun bir devir yasağı kararlaştırılmasındaki temel menfaati olarak takdim edilmiştir. Bkz. UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 17.

⁶⁰⁵ Otto Gellner, “Das vertragsmäßige Zessionsverbot”, **Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis**, 1913, Bd. XXX, s. 1-12, s. 11.

⁶⁰⁶ Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki kararlarına örnek olarak bkz. BGH, NJW 1969, 415; BGH, NJW 1971, 372; BGH, NJW 1980, 2245; BGH, NJW-RR 1991, 763.

⁶⁰⁷ Brütt, s. 32; Kötz, s. 64.

⁶⁰⁸ Holzner, s. 502. Bazı somut hâllerde, yakınlık ilişkisinin düzeyi devrin örtülü olarak engellendiği yorumu yapmayı gerektirebilir. Bkz. s. 472 vd.

ile güvence altına alınmış olabilir. Örneğin, bir terzi uzun yıllardır tanıdığı bir işletme sahibi ile yaptığı sözleşmede düşük bir bedel karşılığında belli sayıda iş önlüğü dikmeyi kabul etmiştir. Bedelin düşük olmasının işletme sahibine sağladığı menfaati dengelemek üzere, dikilen iş önlüklerinin teslimine ilişkin alacak hakkının devri sözleşme ile yasaklanmıştır⁶⁰⁹.

Borçlu, kimi zaman, alacağı devralan kişinin, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve şahsına güven duyduğu alacaklısı kadar hoşgörülü olmayabileceğini düşünür, alacağı talep konusunda daha girişken ve zorlayıcı bir tavır takınmasından çekinir⁶¹⁰. Anlaşma ile devir yasağı kararlaştırılmasının ardında yatan tarihsel olarak en eski sebeplerden biri budur⁶¹¹. Örneğin, borçlunun borcu vaktinde ifa etmekte zorlandığı ve alacaklısına vadenin ertelenmesini kabul ettirmeyi ümit ettiği bir durumda, borçlusu olduğu alacağın alacak takibinde profesyonel birine, örneğin bir faktoring kuruluşuna devredilmesi ve bu kişi tarafından güçlü biçimde takibe geçilmesi, borçluyu iflasa sürükleyecek düzeyde olumsuz bir etki meydana getirebilecektir⁶¹².

Benzer bir düşünceyle borçlunun en büyük rakibinin alacağı devralarak kendisine karşı takibe geçmesini devir yasağı anlaşması aracılığıyla engellemek isteyebileceği belirtilmektedir⁶¹³. Tacirler, borçlusu oldukları alacakların ve bunlara ilişkin teminatların piyasada kontrolsüz bir şekilde dolaşmasını engellemekte menfaat sahibi olabilmektedir⁶¹⁴. Bu kimi zaman ticari işletme malvarlığı üzerindeki hâkimiyeti koruma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Söz gelimi, bir tacir nakit sıkıntısı içinde olduğu bir dönemde, borçlusu olduğu alacakların rakibi konumundaki başka bir tacire devredilmesi ihtimaline karşı kendisini bir devir yasağı ile korumaya ihtiyaç duyabilir. Örneğin, tacir B, borçlusu olduğu alacakların rakibi konumundaki tacir Ü'ye devredilmesini şu yüzden önlemek ister: Ü, önce B'nin borçlusu olduğu alacakları devralıp

⁶⁰⁹ Holzner, s. 502. Benzer bir menfaatin varlığına Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun hazırlığı sırasında da değinilmiştir. Bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I./S.R.16, s. 264. Ayrıca bkz. aşağıda s. 183'te dn. 769'ye bağlı metin.

⁶¹⁰ Attenhofer, s. 278; Müller-Chen, s. 905; Gernhuber, s. 484; Baukelmann, s. 189; von Falkenhayn, s. 116; Nefzger, s. 49.

⁶¹¹ Attenhofer, s. 278. Roma hukukunda *personae potentiores*'e devrin (*cessio in potentiorum*) yasak olmasının altında yatan düşüncenin bu olduğu görüşünde Gellner, s. 10.

⁶¹² Häusler, s. 187.

⁶¹³ Schulz/Vogt, s. 613.

⁶¹⁴ EBJS/Wagner, § 354a, N. 20a.

sonra alacaklı sıfatıyla B'nin karşısına çıkarak onu sahibi olduğu ticari işletmeyi -borcun ifası yerine geçmek üzerine- kendisine devre zorlayabilir. Yahut Ü, B'nin taraf olduğu başka sözleşmelerden doğan alacakları toplayıp ona karşı haciz veya iflas yoluyla takibe geçebilir; bu yolla B'nin sahibi olduğu ticari işletmeyi devralabilir. Tacir B taraf olduğu sözleşmelerden doğan alacakların devrini sözleşme ile engelleyerek böyle bir stratejinin başarıya ulaşmasını önleyebilecektir⁶¹⁵.

Alacaklı ile borçlu arasındaki özel bir güvene dayanan temel hukuki ilişki bazen içeriğinde bir sır saklama yükümlülüğünü barındırır. Alacağın devri bu sır saklama yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilir. Örneğin, vekâletten doğan ücret alacağı kural olarak devredilebilir nitelikte olduğu hâlde, ücret alacağının devriyle birlikte BK 190 gereği alacağa ilişkin senet ve diğer belgelerin devralana teslim edilecek olması, vekâlet sözleşmesinden doğan sır saklama borcunun ihlali sonucu yaratabilir. Alacağın devrinin, sır saklama borcuna aykırılık sonucu meydana getireceği durumların bazısında, bundan doğan zararın tazmini ile yetinilirken⁶¹⁶, sır saklama borcunun kanundan (örneğin MK 23/II) doğduğu bazı durumlarda ise kanunun amacının dolaylı olarak devre engel oluşturduğu yorumu yapılabilir⁶¹⁷. Ancak, ilk durumda, tazminat talebine yerine, bir devir yasağı anlaşması yapılarak ücret alacağın devrinin tamamen engellenmesinde borçlu menfaat sahibidir⁶¹⁸.

3. Gelecekteki Takas Hakkının Korunması

Alacağın devrinde borçlunun devredene karşı sahip olduğu takas hakkı BK 188 hükmünde iki ayrı durum gözetilerek korunmaktadır:

⁶¹⁵ Schmidt, § 22, N. 35. Alman hukuku bakımından, devir yasağı anlaşmasının, büyük ölçekli yatırımcı kuruluşların, alacak haklarını devir yoluyla topladığı ve bunlar karşılığında pay devraldığı, özellikle kriz anında çoğunluk payını devralarak şirket hâkimiyetini ele geçirdiği uygulamalara (*debt-to-equity-swap*) karşı bir savunma aracı teşkil ettiği görüşünde: Schmidt, § 18, N. 70. Alman Ticaret Kanunu'nun bu menfaati temine yönelik özel düzenlemesi için bkz. s. 529.

⁶¹⁶ Yalçınduran, s. 187; Fellmann, Art. 394, N. 555.

⁶¹⁷ Bkz. s. 119.

⁶¹⁸ Nefzger, s. 49. Sözleşme ile kararlaştırılan devri engeli hakkındaki erken tarihli bilimsel eserlerde, alacağın devrinin dışa açıklanması ile borçlunun kredi itibarının ciddi şekilde zarar görebileceği belirtilmekte; borçlunun alacağın devri yüzünden kredi itibarının zedelenmesini engellemek istemesi haklı bir menfaat olarak görülmektedir: Seuffert, s. 102; Schlesinger, s. 9; Attenhofer, s. 278.

Takas hakkının korunduğu ilk durum, borçlunun devredene karşı takas hakkını alacağın devrini öğrenmeden önce elde ettiği durumdur. Devredene karşı alacağı muaccel hâle gelen borçlu, kendi borcu (devredilen alacak) da ifa edilebilir olduğu takdirde (ve takas için BK 139 hükmünde aranan diğer şartlar gerçekleşmişse) dilerse hemen kullanabileceği bir takas hakkı elde eder⁶¹⁹. Alacak hakkı devralanın malvarlığına takasa konu edilme ihtimali ile yüklü olarak zayıf biçimde geçer⁶²⁰. Bu ihtimalde borçlunun devri öğrendikten sonra devralana ileri sürebileceği takas savunması BK 188/I hükmüne dayanmaktadır. Borçlu devralana, alacağın devrini öğrendiği anda devredene karşı sahip olduğu bir savunmayı yöneltecektir⁶²¹.

İkinci durumda borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı bir takas hakkı elde etmiş değildir. Ancak devredene karşı henüz muaccel olmayan bir alacağa sahiptir. Bu alacağın muaccel hâle gelmesiyle devredene karşı takas ileri sürmeyi beklemektedir. BK 188/II hükmünde borçlunun gelecekte elde edeceği takas yetkisini alacağın devri yüzünden kaybetmesini önleyen şöyle bir düzenlemeye yer verilir: *“Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir”*. Bu düzenlemede borçluyu koruma amacıyla takasın karşılıklılık şartına (BK 139/I) bir istisna getirilmiştir⁶²². Devredilen alacak artık devralanın malvarlığına geçmiş olduğu, bu yüzden devredilen alacak ile borçlunun devredene karşı sahip olduğu alacak arasındaki karşılıklılık ortadan kalktığı hâlde, borçlu yine de takas hakkı kazanabilmektedir. Bu

⁶¹⁹ Normal durum vadenin borçlu lehine olmasıdır. Kendi lehine kararlaştırılmış bir vadeden önce borcu ifa yetkisine sahip olan borçlu, aynı borcu muaccel alacağı ile takas edebilmelidir. Bu yüzden takas edilecek alacağın muaccel olması, borcun ise ifa edilebilir olması yeterli kabul edilmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 1017; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1864; Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara 1994, s. 37.

⁶²⁰ von Tuhr/Escher, s. 367.

⁶²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 256; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1858; Bucher, § 31, s. 568-569; von Tuhr/Escher, s. 367.

⁶²² Feyzioğlu, s. 660; Tunçomağ, s. 1115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 255; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1789; Aral, **Takas**, s. 25; Oser/Schönenberger, Art. 169, N. 10; von Tuhr/Escher, s. 367. Karşılıklılık şartı dışında BK 139 hükmünde aranan şartlar gerçekleşmiş olmalıdır: Feyzioğlu, s. 661; Koller, § 84, N. 140.

sayede, söz gelimi, borcunu kendi alacaklısına nakit olarak ödemek yerine, karşı alacağı ile takas etmeyi planlayan borçlu, alacağın devri yüzünden takas olanağını yitirmemekte ve devralana ödeme yapmak zorunda kalmamaktadır⁶²³.

Borçlunun gelecekteki takas hakkını koruyan istisnai nitelikteki BK 188/II hükmünden yararlanabilmesi için, devredene karşı devri öğrenmeden önce kazanmış olduğu alacak hakkının devredilen alacaktan (kendi borcundan) daha sonra muaccel olmaması şartı bulunmaktadır⁶²⁴. Ayrıca, borçlu, BK 188/II'ye dayanarak, yalnızca devri öğrendiği ana kadar kazandığı karşı alacakları takasa konu edebilir⁶²⁵. Borçlu alacağın devrini öğrendikten sonra, devredene karşı bir alacak iktisap etmişse, bu alacağı (artık devralana ifa ile yükümlü olduğu) kendi borcuyla takas edemez⁶²⁶. Kanun koyucu bu andan sonra borçlunun takas hakkını korumamaktadır. Bu andan itibaren, borçluyu değişen duruma uyum sağlama külfeti ile yüklemektedir⁶²⁷. Borçlu, kanunun sağladığı bu sınırlı koruma ile yetinmeyip devri öğrenmesinden sonra kazanacağı alacakları konu edebileceği gelecekteki takas hakkını bir devir yasağı ile korumayı isteyebilir⁶²⁸. Alacaklı ile borçlu arasında sürekli bir ticari ilişki bulunan ve tarafların birbirine karşı devamlı yeni bir alacak kazandığı hâllerde, takas imkânını korumak borçlu bakımından önemli olabilir. Devir yasağı anlaşması, özellikle tarafların karşılıklı olarak para borcu altına girdikleri sözleşmelerde ekonomik bir işlev arz etmektedir⁶²⁹.

Diğer taraftan, sürekli bir ticari ilişki dolayısıyla karşılıklı alacakların doğması beklenebilen hâllerde, taraflar arasında genellikle bir cari hesap sözleşmesi yapılmış olacaktır⁶³⁰. Taraflar, alacaklı tarafın değişmemesi sonucunu, alacağı doğuran her

⁶²³ Örnek için bkz. Feyzioğlu, s. 661. BK 188/II hükmündeki imkândan yalnızca borçlu yararlanabilir. Alacağı devralanın da yararlanabilmesi mümkün değildir. Bkz. Feyzioğlu, s. 661; Aral, **Takas**, s. 27; Koller, § 84, N. 143.

⁶²⁴ Feyzioğlu, s. 660; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 255; Ögüzman/Öz, **C. II**, N. 1789; Oser/Schönenberger, Art. 169, N. 10.

⁶²⁵ BK 188/II'e göre bu yönde: Aral, **Takas**, s. 26; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 256; Tunçoğlu, s. 1115; von Tuhr/Escher, s. 367; Koller, § 84, N. 141. BGB § 406 uyarınca aynı yönde: Hadding/van Look, s. 9; von Falkenhayn, s. 118. ABGB § 1396 uyarınca aynı yönde: Koziol, s. 118, s. 121; Schuhmacher, s. 281.

⁶²⁶ von Tuhr/Escher'e göre (s. 367), borçlunun devri öğrendiği anda karşı alacağın mevcut olması takasa konu olabilmesi için yeterlidir. Alacağın vadeye veya koşula bağlı olması farklılık yaratmaz. Her ihtimalde, karşı alacağın devir konusu alacaktan daha sonra muaccel olmaması gerekmektedir. Koziol, s. 121.

⁶²⁷ Hadding/van Look, s. 9; Nefzger, s. 49; von Falkenhayn, s. 118; Gellner, s. 11; Koziol, s. 121; Schuhmacher, s. 281.

⁶²⁹ Koziol, s. 118, 121; Schuhmacher, s. 281; Holzner, s. 502; Goode, s. 396.

⁶³⁰ Schuhmacher, s. 281.

ilişki için ayrı ayrı devir yasağı kararlaştırmak yerine, cari hesap sözleşmesi yaparak topyekûn temin etmeleri mümkündür. Bu ihtimalde ise bir kanundan kaynaklanan devir engeli söz konusu olur; TK 97 hükmü cari hesaba kaydedilen alacağın devrine engel oluşturur⁶³¹.

4. Alacaklı veya Üçüncü Bir Kişinin Alacağın Devrinin Engellenmesine Olan Menfaatinin Korunması

Devir yasağı anlaşmasının alacaklı tarafın veya üçüncü bir kişinin menfaatinin koruma amacıyla yapıldığı somut durumlarla karşılaşılabilmektedir:

Alacaklı lehine devir yasağı kararlaştırılması özellikle alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin iç içe geçtiği sözleşme ilişkilerinde söz konusu olmaktadır⁶³². Borçlu kendi menfaati için, borçlandığı edimin doğrudan kendi alacaklısının eline geçmesini bir devir yasağıyla temin etmeyi, bu şekilde onu ekonomik olarak korumayı ve desteklemeyi gerekli görebilmektedir⁶³³. Borçlu nezdinde böyle bir gereklilik, borçlu ile alacaklının edim - karşı edim ilişkisi nedeniyle birbirlerine bağlı olduğu hâllerde ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, alacaklı tarafın zayıf bir kişiliğe sahip olması böyle bir tedbire başvurulması ihtiyacı yaratabilmektedir⁶³⁴. Borçlu, devir yasağı aracılığıyla, üstlendiği para borcunu kendi alacaklısına ifada bulunarak alacaklıya gereksinim duyduğu nakdi sağlamayı, bu sayede alacaklının iflasını engellemeyi amaçlamaktadır. Borçlu, bunu yaparken, esasen, alacaklı ile aralarındaki mesleki veya ticari ilişkinin bozulmamasına, aynı şekilde devam etmesine olan kendi menfaatinin korumayı hedeflemektedir⁶³⁵.

⁶³¹ Bkz. s. 123 vd.

⁶³² Sigorta şartnamelerinde kararlaştırılan devir yasağı buna örnek verilmektedir. Bkz. von Büren, s. 324.

⁶³³ von Büren, s. 323; Eidenmüller, s. 466.

⁶³⁴ von Büren, s. 323. Yazara göre, İsviçre hukukunda bunun bir örneği, işçi ve işveren arasındaki ilişkide ortaya çıkar: İşçi hayatını idame ettirmek için ücret alacağına bağımlıdır. İşveren, işçinin üstlendiği iş edimini, ücret alacağı ay sonunda doğrudan işçinin eline geçeceği takdirde gereği gibi ifa edeceğini düşünür. Ekonomik olarak daha güçlü konumda bulunan işveren, işçinin iş edimini özenle ifa etmesini sağlayabilmek amacıyla ücret alacağının devredilebilirliğini kaldırmak isteyebilir (von Büren, s. 323). Türk hukukunda ise işçilerin gelecekteki ücret alacaklarının devri kanun tarafından yasaklanmıştır. Bkz. s. 100 vd.

⁶³⁵ Müller-Chen, s. 905; Canaris, § 26, N. 24 -25; Nefzger, s. 49. Bu açıdan, borçlunun, alacaklının iflası hâlinde dahi, üstlendiği para borcunu iflas masasına ödemede bulunarak bu sayede alacaklının işletmesindeki üretimin devam etmesini sağlamakta menfaat sahibi olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Müller-Chen, s. 905; Nefzger, s. 49.

Devir yasağının üçüncü bir kişi lehine kararlaştırılmış olması da ihtimal dâhilindedir. Üçüncü kişi lehine devir engeli, inançlı alacak devirlerinde ortaya çıkmaktadır. İnançlı alacak devirlerinde, devir yasağı anlaşması aracılığıyla inanılan tarafından alacağın inanç anlaşmasına aykırı olarak başkasına devrinin önüne geçilmekte, bu yolla inananın korunması temin edilmektedir⁶³⁶:

İnançlı alacak devrinin uygulamadaki en önemli örneğini teminat amaçlı alacak devirleri oluşturmaktadır⁶³⁷. Teminat amaçlı alacaklı devri, bir kişinin (inananın - devredenin) sahip olduğu bir alacak hakkını başka bir kişiye (inanılana - devralana), ona karşı olan borcunu teminat altına almak amacıyla devretme borcunu üstlendiği ve devralanın da bu hakkı teminat amacının sınırları içinde kullanma borcu altına girdiği bir inançlı işlem türüdür. Böyle bir işleme dayanılarak yapılan devir sonucu, inanılan (devralan) üçüncü kişilere karşı alacak hakkı üzerinde tam hak sahibi konuma gelmekte, alacak hakkı üzerinde dilediği tasarrufu gerçekleştirebileceği tasarruf yetkisi elde etmektedir⁶³⁸. İnanılan, teminat altına alınan borç ödendiğinde alacağı geri inana devretme borcu altında olduğu hâlde, bu borca aykırı olarak alacağı bir üçüncü kişiye devredecek olsa, tam hak sahibi sıfatı sayesinde gerçekleştireceği devir (üçüncü kişinin iyiniyetine gerek olmaksızın) geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Bu çerçevede, inançlı devirlerde, inanılanın devraldığı hak üzerinde tam hak sahibi konuma gelmesi karşısında inanç anlaşmasına aykırı tasarrufların önüne nasıl geçilebileceği şeklindeki genel sorun, teminat amaçlı devirler özelinde de ortaya çıkmaktadır⁶³⁹.

Örneğin, A, B'ye karşı sahip olduğu bir alacak hakkını banka Ü'ye inançlı olarak devretmiştir. A ile Ü arasında yapılan inanç anlaşmasında, Ü, A kendisine olan kredi borcunun tamamını ödediği takdirde, alacağı A'ya geri devredeceğini taahhüt etmektedir. Buna karşılık, Ü, üstlendiği borca aykırı olarak alacağı C'ye devrederse, bu geçerli bir devir olacaktır. Devrin geçerliliği için C'nin iyiniyetli olup olmamasının

⁶³⁶ Spirig, Art. 164, N. 153; Staudinger/Busche, § 399, N. 66. Anılan yazarların açıklamalarında, devir yasağı anlaşmasının inanç anlaşmasının içeriğinde mi yer alacağı, yoksa inançlı olarak devredilen alacağın borçlusu ile alacaklısı arasında mı kararlaştırılacağı tam anlaşılmamaktadır.

⁶³⁷ Teminat amaçlı devrin devralana tam hak sağlaması ve alacağını kolaylıkla elde etme imkânı vermesi uygulamada alacak rehnine nazaran daha çok tercih edilmesine sebep olmaktadır. Bkz. Engin, s. 13.

⁶³⁸ Teminat amaçlı (inançlı) alacak devri kavramı, unsurları, tarafların inanç sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri hakkında bkz. Oktay Özdemir, s. 269-285.

⁶³⁹ İnanılanın tam hak sahibi olması karşısında ortaya çıkan inananın korunması sorunu hakkında bkz. Oktay Özdemir, s. 269.

bir önemi yoktur. A, Ü'nün inanç anlaşmasına aykırı olarak gerçekleştirdiği devrin geçerli olarak hukuki sonuç doğurmasına katlanacak olup Ü'den yalnızca borca aykırı davranışı nedeniyle tazminat talep edebilecektir.

Verilen bu örnekte, devir yasağı anlaşması, alacağın tekrar inanana devrini ön- gören anlaşma ile bağlantılı olarak kararlaştırılabilir ve bu yolla Ü'nün yapması muh- temel inanç anlaşmasına aykırı tasarruflara karşı A lehine belirli ölçüde koruma sağ- lanabilir. Söz konusu koruma yöntemi şöyle kurgulanabilir: A ile B arasında alacağın devrinin borçlunun rıza verdiği takdirde geçerli olarak hüküm ifade edeceği şeklinde bir devir kısıtlaması kararlaştırılır⁶⁴⁰. A'nın sahip olduğu alacağı Ü'ye teminat amaçlı devretmesine B rıza verir ve devir geçerli olarak hüküm ifade eder. Alacak hakkı, B'nin rızasıyla Ü'nün malvarlığına geçtikten sonra, devir yasağı anlaşmasının bir ta- rafı borçlu B, diğer tarafı devir sonucu alacaklı sıfatını kazanan Ü olur. Yani, artık, devir yasağı anlaşması borçlu B ile alacaklı Ü arasındadır; Ü devir yasağı ile bağı- dır⁶⁴¹. A ise alacaklı sıfatını kaybetmiş, üçüncü kişi sıfatı kazanmıştır. Bu yapıda, Ü'nün inanç anlaşmasına uygun davranması ve alacağı inanç anlaşmasına aykırı ola- rak başkasına devretmemesi konusunda A'nın sahip olduğu menfaati, devir yasağı an-laşmasının karşı tarafını oluşturan B koruyacaktır. Ü'nün yaptığı inanç anlaşmasına aykırı düşen devir işlemleri, B rıza vermedikçe geçerli olmayacaktır.

Üçüncü kişi lehine kararlaştırılan devir yasağına başka bir örnek şu olabilir: Bir üçüncü kişi borçlu lehine rehin vermiş veya kefalet taahhüdünde bulunmuştur. Bu üçüncü kişi (rehin veren veya kefil), asıl alacağın devri ihtimalinde, alacağa bağlı feri hakların da devralana geçecek olduğunu (BK 189) göz önünde bulundurarak devri en- gellemeyi istemektedir. Ancak üçüncü kişinin alacaklı ile böyle bir anlaşma yapması sadece borçlandırııcı etki doğuracaktır. Buna karşılık, üçüncü kişi, lehine rehin veya kefalet verdiği borçlunun alacaklı ile bir devir yasağı anlaşması yapmasını sağlayabi- lirse, asıl alacağın devri ihtimalini tamamen ortadan kaldıramasa bile zayıflatmış olur.

⁶⁴⁰ Bu çalışmada kabul edilen görüşe göre, özel olarak, devrin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlı olduğunun kararlaştırılmasına gerek yoktur. Devir yasağı anlaşması, her durumda, devrin geçerlili-ğinin borçlunun rızası koşuluna bağlanması hukuki sonucu doğurmaktadır. Bu konu hakkında bkz. s. 336 vd.

⁶⁴¹ Serbestçe devredilebilir bir alacak hakkı teminat amaçlı olarak devredildikten sonra, devredenin isteği üzerine, devralan ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılması da mümkün olabilir.

Bu çerçevede tekrar belirtelim ki, üçüncü kişinin devir yasağına olan menfaati, borçlu devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifadan kaçındığı müddetçe gerçekte koruma görebilir. Çünkü, üçüncü kişi devir yasağı anlaşmasının tarafı değildir⁶⁴². Yukarıda verilen her iki örnekte, borçlu, dilerse üçüncü kişiye (inanana, kefil veya rehin verene) karşı üstlendiği taahhüde aykırı davranmayı seçebilir ve devralanın gerçekleştireceği devre rıza verebilir. Bu ihtimalde, borçlu aralarındaki anlaşmaya aykırı davrandığı için üçüncü kişiye (inanana, kefil veya rehin verene) karşı tazminatla yükümlü tutulabilir de, yeni alacaklının borçlunun rızasıyla yapacağı devir geçerli olarak hüküm ifade edecektir.

5. Karşı Edimin Gereği Gibi İfası Sonucunun Temini

Karşılıklı bir sözleşmeden doğan alacağını başkasına devreden taraf, kendi edim borcunu ifa ile yükümlü olmaya devam eder. Borçlu, devredenin kendi edim borcunu gereği gibi ifa etmesini temin etmek için, borçlunu korunması prensibi çerçevesinde BK 188/I'e dayanan çeşitli hukuki olanaklardan yararlanabilir. Örneğin, devredene yönelik karşı edim alacağına dayanan ödemezlik defini devralana karşı da ileri sürebilir. Bu sayede, bir satış sözleşmesinde bedel alacağı devredilmiş olsa bile, alıcı, satılan kendisine teslim edilmedikçe satış bedelini devralana ifadan kaçınabilir⁶⁴³. Ayrıca, alacağın devrine rağmen, devredenin sözleşmenin karşı tarafı olarak ayıptan doğan sorumluluğu devam etmektedir⁶⁴⁴.

Tüm bu imkânlarla sahip olduğu hâlde, borçlu, kimi zaman devir yasağı aracılığıyla karşı edimin borçlusunun alacaklı sıfatını yitirmesini engellemeyi, bu sayede karşı edimin gereği gibi ifasına ilişkin haklarını, özellikle ayıptan doğan haklarını etkin şekilde kullanabilmeyi ister⁶⁴⁵. Devredenin karşı edim borcunu gereği gibi ifa etmesi hâlinde, borçlunun, BK 188/I çerçevesinde sahip olduğu olanaklara rağmen, maruz kalacağı ve devir yasağı ile ortadan kaldırmayı istediği olumsuzluk genel olarak şudur: Devralan, sözleşmenin içeriği ve karşı edim borcuna ilişkin kötü ifa oluşturan

⁶⁴² Bkz. s. 134.

⁶⁴³ Salamon Kaniti, **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul 1962, 78; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1783; Feyzioğlu, s. 658-659. Bu konuda bkz. 14. HD, 02.10.2018, E. 2016/2739, K. 2018/6280 (YKD 2018/12, s. 2917-2921).

⁶⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 256; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1782.

⁶⁴⁵ Kötz, s. 64; von Falkenhayn, s. 121; Eidenmüller, s. 466.

maddi olgu hakkında, genellikle, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan devredene nazaran daha az bilgi sahibi bir konumda olacaktır. Bu nedenle, borçlunun, alacağın tahsili için kendisinden talepte bulunan devralan ile meşgul olması, ilgili defileri ileri sürmesi, ileri sürdüğü defilerin haklı dayanakları bulunduğuna, örneğin ayıptan veya eksik ifadan doğan hakların mevcut olduğuna devralanı ikna etmek için belirli bir çaba harcaması gerekecektir⁶⁴⁶.

Bunun yerine, borçlu, ödemezlik defini doğrudan doğruya sözleşmenin karşı tarafına yöneltme imkânını bir devir yasağı ile korumayı isteyebilir. Ödemezlik definin karşı edimin borçlusuna yöneltilmesi imkânının bir devir yasağı ile korunması ayıptan doğan hakları güçlendirici bir etki yaratabilmekte, karşı edim borcunun aynen ifasının temin edilmesinde etkin bir baskı aracı meydana getirebilmektedir. Borçlunun menfaatinin karşı edim borcunun (ayıp giderilerek) aynen ifa edilmesi yönünde olduğu hâllerde bu imkân özellik arz etmektedir⁶⁴⁷. Örnek olarak, bir eser sözleşmesinde BK 475/I b. 3'e göre yükleniciden eserdeki ayıp gidermesini talep eden iş sahibi, eserdeki ayıp giderilinceye kadar BK 97'ye dayanarak kendi bedeli ödeme borcunu ifadan kaçınabilir, bu yolla yükleniciyi eserdeki ayıbı gidermeye zorlayabilir. Aynı şekilde, bir satış sözleşmesinde satılndaki ayıp satıcı tarafından giderilmedikçe alıcının BK 97'ye dayanarak satış bedelini ifadan kaçınabilmesi mümkündür⁶⁴⁸. Bedel alacağının devredilmesi hâlinde ise yukarıda belirtildiği şekilde BK 188/I'e göre iş sahibi ya da alıcı tarafından devralana karşı ödemezlik defi ileri sürülmesi, devreden konumundaki yükleniciyi veya satıcıyı ayıbı gidermeye zorlamak için tek başına yeterli olmayabilmektedir. Alacağı ivazlı olarak devretmek suretiyle karşı edime ilişkin ekonomik menfaati elde eden taraf, sonrasında kendi edimlerini borca uygun olarak ifa etmekte, bu çerçevede, eserdeki ya da satılndaki ayıbı gidermekte daha özensiz davranabilmektedir. Borçlu bir devir yasağı ile sözleşmenin karşı tarafının tutum ve davranışlarında meydana gelebilecek bu tür olumsuz değişikliklerin önüne geçmek isteyebilmektedir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ von Falkenhayn, s. 121.

⁶⁴⁷ von Falkenhayn, s. 122; Bette, s. 1912.

⁶⁴⁸ Ayıbın gerekli uzmanlığa sahip yüklenici tarafından ve en kısa sürede giderilmesini temine yarayan etkili baskı aracının bu olduğu belirtilen bir Avusturya Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. OGH, 16.1.1984, JBl 1984, s. 312. Ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasında ödemezlik definden yararlanılabileceği konusunda eser sözleşmesi bakımından bkz. Kaniti, s. 123, satış sözleşmesi bakımından bkz. Kaniti, s. 122.

⁶⁴⁹ Kötz, s. 64; von Falkenhayn, s. 122.

Bu noktada, öğretide, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan devredenin kendi edimini borca uygun olarak ifa etmesinde, borçlu kadar devralanın da menfaat sahibi olduğu, borçlunun ödemezlik define dayanması yüzünden alacağı elde edemeyen devralanın, devreden ile aralarındaki devir işleminin sebebini oluşturan sözleşmeye dayanarak onu kendi edimini aynen ifaya zorlayabileceği⁶⁵⁰, bu yüzden aslında borçlu yönünden alacaklı değişimini engelleme ihtiyacı olmadığı söylenmektedir. Hatta devralan bir kredi kuruluşu ise güçlü konumu sayesinde sözleşmenin karşı tarafını oluşturan devredeni kendi edimini borca uygun olarak ifaya zorlamakta kimi hâlde borçludan daha başarılı olabileceği ifade edilmektedir⁶⁵¹. Ancak bu borçlu açısından dolaylı bir baskı aracıdır. Borçlu, alacağı devralan kişinin, sözleşmenin karşı tarafı üzerinde baskı uygulayabileceğine ve bundan dolaylı olarak yararlanabileceğine güvenmek yerine, aynı baskıyı kendi edim borcunu ifadan kaçınmak suretiyle bizzat uygulama imkânını elinde tutmak istemekte haklı sayılmaktadır⁶⁵².

6. Alacak Hakkı Üzerinde Tasarruf Etkisi Yaratan Bir Sözleşme Yapılabileceği Yönündeki Ümidin Korunması

Doğmuş bir alacak hakkı devredildikten sonra, borçlu önceki alacaklı ile alacağa ilişkin tasarruf etkisi yaratan bir sözleşme yapma imkânını kaybeder. Hâlbuki, borçlu, alacaklı ile sürekli bir mesleki veya ticari bir ilişki içinde olabilir. Bu ilişkinin yarattığı yakınlık ve anlayış çerçevesinde, gelecekte alacaklı ile kendi hukuki durumunu iyileştiren bir sözleşme yapılabileceğini; bu anlamda, devir konusu edilmesi muhtemel alacak hakkında, örneğin, vadenin ertelenmesi, borçlunun alacağa bağlı gecikme faizinden ibra edilmesi gibi konularda anlaşmaya varılabileceğini ümit etmekte olabilir. Alacağın devri bu tür ümitlerin kaybına yol açar⁶⁵³. Tabii, borçlu, alacağın

⁶⁵⁰ Borçlunun ödemezlik def'i ileri sürebildiği bu ihtimalde, devralan devir işlemi sonucunda borçluyu alacağı ifaya zorlayabilecek bir hukuki duruma getirilmiş değildir. Devreden alacağı devir borcunu gereği gibi ifa etmemiştir. Bu yüzden devreden borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere göre (BK 112 vd) sorumlu tutulabilir. Bkz. Engin, s. 54.

⁶⁵¹ Hadding/van Look, s. 10.

⁶⁵² von Falkenhayn, s. 122.

⁶⁵³ Hadding/van Look, s. 10; von Falkenhayn, s. 115; Koziol, s. 121; Schuhmacher, s. 282. İbra ve vadenin ertelenmesi anlaşmalarının geçerliliği için alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği konusunda bkz. s. 17'de dn. 39 ve dn. 42.

devrinden sonraki dönemde, devralan ile anlaşarak da aynı tasarruf sonucunu elde edebilir. Ancak, özellikle alacağın ivazlı olarak devredildiği ihtimallerde, devralanın vadenin ertelenmesi ya da gecikme faizinden ibra gibi alacağın değerini düşüren değişiklik tekliflerini geri çevirmesi kuvvetle olasıdır. Bu açıdan, borçlu, kendi alacaklısı ile yapacağı bir anlaşma ile daha cazip bir hukuki duruma erişebilme ihtimalini bir devir yasağı ile korumak istemekte menfaat sahibi sayılabilir.

7. İfa Yerinin Değişmemesine Olan Menfaatlerin Korunması

Borçlunun, alacağın devri yüzünden edimin gönderileceği veya götürüleceği yerin değişebileceğini göz önünde tutarak alacaklı bir devir yasağı kararlaştırmayı istemesi mümkündür. Çünkü, alınacak borçlarda alacağın devri üzerine edimi teslim alacak olan tarafın değişmesi borçlu bakımından fark yaratmazken, götürülecek ve gönderilecek borçlarda durum böyle değildir:

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken götürülecek borçlarda⁶⁵⁴, borçlunun alacaklı tarafın değişmesi yüzünden meydana gelen yer değişikliğine katlanmakla yükümlü olup olmadığı sorunu, alacaklının yerleşim yeri değişikliğinin ifa yerine etkisini düzenleyen BK 89/II hükmüne göre çözümlenir. BK 89/II hükmüne göre, alacaklının yerleşim yerinin borcun doğumundan sonra değişmesi nedeniyle borcun ifası önemli ölçüde güçleşmişse, borçlu, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifada bulunarak borçtan kurtulabilir. Bu hüküm uyarınca, alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir alacağın doğumundan sonra devredilmesi hâlinde, borçlu devredenin yerleşim yerinde ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁶⁵⁵. Ancak borçlunun BK 89/II hükmüne dayanarak devredenin yerleşim yerinde ifadan kaçınabilmesi için iki şart gerçekleşmiş olmalıdır: İlk olarak, devir işlemi alacağın doğumundan sonra yapılmış olmalıdır. BK 89/II hükmünün, lafzındaki sınırlama dolayısıyla henüz doğmamış alacakların devri hâlinde uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir. İkinci olarak,

⁶⁵⁴ Götürülecek borç kavramı, edimin ifa yerine borçlu tarafından götürülecek veya masrafı ve hasarı borçluya ait olarak taşınacak olmasını ifade eder (Oğuzman/Öz, C. I, N. 1045). Alacaklının yerleşim yeri dışında taraflarca belirlenen ifa yerine götürülecek borçları da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Burada yalnızca, kanun gereği veya taraflarca, ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olarak belirlendiği götürülecek borçlar üzerinde durulmaktadır. Çünkü, diğer ihtimalde, alacaklı tarafın değişmesi ifa yerinin değişmesi sonucu doğurmayacaktır.

⁶⁵⁵ Yerleşim yeri değişikliğinin sebebi olarak verilen alacağın devri örneği için bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 1045.

alacak devredildiği için meydana gelen yerleşim yeri değişikliği yüzünden borcun ifasının önemli ölçüde güçleşmiş olması aranmaktadır. Yerleşim yeri değişikliği dolayısıyla ortaya çıkan güçlük önemli değilse, ona borçlu katlanacaktır⁶⁵⁶. Son ihtimalde, borcun artık devredenin değil devralanın yerleşim yerinde ifası gerekecek, buna karşılık ifa yeri değişikliğinin yol açtığı masrafları alacaklı üstlenecektir⁶⁵⁷.

Alacaklının yerleşim yerine gönderilecek borçlarda⁶⁵⁸ ise alacaklı tarafından gönderilecek yerin değiştirilmesi ile paralellik kurularak, alacağın devri hâlinde borçlunun edimi devralanın yerleşim yerine göndermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁹. Buna göre, edimin gönderileceği yerin değişmesi yüzünden ortaya çıkacak ilave risk ve masraflara alacaklı katlanacaktır⁶⁶⁰.

Alacağın devri yüzünden edimin götürüleceği veya gönderileceği yerin değişebileceği hâllerde, borçlu tarafından katlanması gerekli bazı ilave külfetler de zorunlu olarak ortaya çıkmaktadır. Borçlu, alacağın devrine bağlı bildirimlerin takibi bakımından olduğu gibi⁶⁶¹, edimin götürüleceği veya gönderileceği yer bakımından herhangi bir değişiklik olup olmadığını takip etmek, mevcut değişikliklere uyum sağlamak durumunda kalmaktadır. Ayrıca, özellikle götürülecek borçlarda, borcun konusu edimin

⁶⁵⁶ Eren, N. 2921; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1045. İfanın aşırı ölçüde güçleşmesi koşulu aranacağı yönünde: Rona Serozan, **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III)**, 6. bası, İstanbul 2014, § 4, N. 5.

⁶⁵⁷ Oğuzman/Öz, C. I, N. 1045. Borçlunun, ifa yeri değişikliğine engel oluşturmayan bu masrafları kendi borcuna takas edebileceğini belirtmektedir: Eren, N. 2921.

⁶⁵⁸ Gönderilecek borçlarda aslında ifa yeri borcun konusu edimin bulunduğu yer veya borçlunun yerleşim yeridir. Buna karşılık, borçlu, masrafı ve hasarı alacaklıya ait olacak şekilde, edimi, sözleşmede kararlaştırılan yere, örneğin, alacaklının yerleşim yerine gönderme yükümlülüğü altındadır. Taşınır satışındaki örneği için bkz. BK 211/I. Gönderilecek borç kavramı hakkında bkz. Serozan, § 4, N. 9; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1046; Eren, N. 2929.

⁶⁵⁹ Koziol, s. 121-122.

⁶⁶⁰ Koziol, s. 121. Yazar, aynı sayfada, ortaya çıkan riske veya masraf artışına devreden mi yoksa devralanın mı katlanmak zorunda olduğu sorusunun pratik bir önemi olmadığını, çünkü borçlunun devredene karşı doğan bu alacağı, devralan aleyhine takas yoluyla ileri sürebileceğini belirtmektedir. Ayrıca yazar, istisnai bir durum olarak, borçlu edimi alacaklının ülke sınırları içindeki yerleşim yerine göndermeyi üstlenmişken, alacağın devri nedeniyle edimin devralanın yurtdışında bulunan yerleşim yerine göndermesi gerekli hâlde gelmişse, bu hâlde, borçludan, edimi yurt dışına göndermek için gerekli yükümlülükleri yerine getirmesinin, örneğin ithalat belgesi alması ya da yabancı para düzenlemelerinin gerektirdiği izinleri almasının beklenemeyeceğini; çünkü bunların borçlu üzerinde ilave yan yükümlülükler yaratacak nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Koziol, s. 122.

⁶⁶¹ Bkz. s. 141 vd.

hasara uğraması ihtimalinde, hasarın ifa yerinin değişikliği ile bağlantılı bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana geldiği olgusunun ispatı borçlu açısından güçlük yaratabilecek niteliktedir.

Belirtilen özellikler dikkate alınarak, borçlunun, edimin götürüleceği veya gönderileceği yerin değişmesiyle ilişkilendirilebilen olası risk ve masrafları önlemek amacıyla bir devir yasağı kararlaştırılmasında menfaat sahibi olduğu kabul edilmektedir⁶⁶².

8. Sözleşmedeki Özel Bir Ekonomik Amacın Gerçekleştirilmesi

Borcun konusunun para dışında bir edim olduğu bazı hâllerde, devir yasağı kararlaştırılarak belirli bir ekonomik sonucun gerçekleştirilmesi amaçlanır. Örneğin, lüks, ileri teknoloji içeren, marka değeri bulunan ya da satışı uzmanlık gerektiren ürünlerin satışına ilişkin dağıtım (distribütörlük) sözleşmelerinde yeniden satış olanaklarının sınırlandırılması amacıyla devir yasağından yararlanıldığı görülmektedir⁶⁶³. Bu çerçevede dağıtıcı (distribütör) aleyhine kararlaştırılan devir engelleri, belirli bir ürünün satışı veya satış sonrası yedek parça temini benzeri hizmetlerin sunumunda, müşteri nezdinde güven ve itibar sağlanmasına, bu sayede ürünün marka değerinin korunmasına ve pekiştirilmesine yaramaktadır⁶⁶⁴. Aynı zamanda pazarda ürüne ilişkin fiyat kontrolü sağlamak amaçlı da kullanılabilir⁶⁶⁵. Özellikle, motorlu taşıt araçlarının satışına ilişkin dağıtım anlaşmalarında⁶⁶⁶, yetkisiz dağıtıcılara yeniden satışı engellemek amacıyla genel işlem koşulları arasında devir yasağı kayıtlarına sektör genelinde yaygın biçimde yer verilmektedir. Bu uygulama sahasında, devir yasağı genel-

⁶⁶² Bydlinski, s. 126; Koziol, s. 121.

⁶⁶³ Bu anlamda özellikle seçici dağıtım sözleşmelerinde devir yasağına yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Wagner, s. 48; Goode, s. 397. Seçici dağıtım sözleşmeleri 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RG. 13.12.1994, sayı: 22140) rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yasaklayan 4. maddesini ilgilendirmektedir. Çünkü, bu tür sözleşmelerde satıcı, anlaşma konusu ürünleri sadece belirli kriterleri gerçekleştiren dağıtıcılara (distribütörlere) satmayı taahhüt etmekte ve dağıtıcılar da söz konusu ürünleri yetkisiz dağıtıcılara yeniden satmama borcunu üstlenmektedir. Bu tarz rekabeti kısıtlayan anlaşmalara Rekabet Kurulu tarafından aynı Kanun'un 5. maddesine göre bireysel veya grup muafiyeti verilebilmektedir. Seçici dağıtım sistemi kavramı ve grup muafiyeti alınabilmesi için aranan şartlar 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde düzenlenmektedir (Tebliğ için bkz. RG. 14.07.2002, sayı: 24815).

⁶⁶⁴ Wagner, s. 48.

⁶⁶⁵ Wagner, s. 48.

⁶⁶⁶ Yeni model motorlu taşıt aracı satıcısı lehine kararlaştırılan bir devir yasağı örneği için bkz. BGH, NJW 1981, 117. Bu kararın içeriği hakkında ayrıca bkz. s. 464.

likle alacağın devrinin borçlunun (üretici veya tedarikçi) rızasına bağlanması görünümünde ortaya çıkmaktadır⁶⁶⁷. Tabii, bu tür anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olup olmadığı ve geçerliliği 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine uyarınca denetime tabidir⁶⁶⁸.

D. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Kısıtlaması Örnekleri

Alacaklı ve borçlu sözleşme ile alacağın devredilebilirliğini tamamen kaldıracak veya belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tutarak sınırlandırabilir⁶⁶⁹. Kanun, alacağın devrinin tamamen engellenmesine izin verdiğine göre, alacağı devir özgürlüğünü sınırlandıran daha düşük seviyede bir hukuki tedbire başvurulmasına da engel bulunmamaktadır⁶⁷⁰.

En yaygın devir kısıtlaması türlerinden biri alacağın devrinin borçlunun rızasına bağlanmasıdır⁶⁷¹. Örneğin, sigorta sözleşmelerinde, genellikle, sigorta tazminatının, sigortacının rızası ile devredilebileceği kararlaştırılmaktadır⁶⁷². Alacağın devri, borçlu dışında üçüncü bir kişinin rıza vermesi koşuluna da bağlanabilmektedir⁶⁷³. Örneğin, devrin noterin onayı üzerine geçerlilik kazanacağı düzenlenmiş olabilir⁶⁷⁴.

Başka bir devir kısıtlaması türü, devir işleminin borçluya bildirimde (ihbar) bulunulması koşulu ile geçerlilik kazanacağı konusunda tarafların anlaşılmasıdır⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ Wagner, s. 48. Bu konu Türk hukukunda özel olarak 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde düzenlenmektedir (RG. 24.02.2017, sayı: 29989).

⁶⁶⁸ Bkz. yukarıda s. 158 ve dn. 663.

⁶⁶⁹ Engin, s. 26; Becker, Art. 164, N. 45; von Tuhr/Escher, s. 347; Engel, s. 878; Oftinger/Bär, Art. 899 ZGB, N. 86; Zobl, Art. 899 ZGB, N. 70; von Büren, s. 323; Guhl/Koller, § 34, N. 28; Tercier/Pichonnaz, N. 1683; CR-Probst, CO 164, N. 33; Huguenin, N. 1360.

⁶⁷⁰ Martin, s. 17; Becker, Art. 164, N. 44; CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N. 5.

⁶⁷¹ Feyzioğlu, s. 632; Tunçomağ, s. 1084; Engin, s. 26; Şener, s. 79; Oertmann, § 399, s. 441; von Tuhr/Escher, s. 347; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 17; Spirig, Art. 164, N. 157; Zobl, Art. 899 ZGB, N. 70; RGRK/Weber, § 399, N. 42; Medicus/Lorenz, § 59, N. 796; Hadding/van Look, s. 2. Alacağın devrinin borçlunun rızasına bağlandığı örnekler için bkz. 19. HD, 5.12.2017, E. 2016/11692, K. 2017/7747 (Kazancı; Lexpera); 13. HD, 15.2.2017, E. 2015/14545, K. 2017/1808 (Kazancı; Lexpera).

⁶⁷² Becker, Art. 164, N. 45. Rızanın yanı sıra bildirim koşuluna da bağlanabilmektedir. Hayat sigortalarında, sigortacıya bildirim koşuluna bağlanması böyledir: Erman/Westermann, § 399, N. 2; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6. Bu yönde bkz. BGH, NJW 1991, 559; BGH, NJW-RR 1992, 790; BGH, NJW 1997, 2747.

⁶⁷³ RGRK/Weber, § 399, N. 42.

⁶⁷⁴ Dinar, s. 69.

⁶⁷⁵ Saymen/Elbir, s. 340; Feyzioğlu, s. 632; Tunçomağ, s. 1084; Dinar, s. 78; Engin, s. 26; Şener, s. 79; von Tuhr/Escher, s. 347; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 17; Spirig, Art. 164, N. 157; Planck/Siber, § 399, N. 2; Staudinger/Busche, § 399, N. 53.

Kanuna göre, alacağın devri bildirimi bir geçerlilik koşulu olmadığı hâlde, alacaklı ve borçlunun anlaşması ile devrin geçerliliği bildirim koşuluna bağlanabilmektedir. Bildirimin belirli bir kişi tarafından veya özel bir şekle uyularak yapılması kararlaştırılmış olabilir. Örneğin, devrin, devreden tarafından noter kanalıyla borçluya bildirim yapılması üzerine hükümlerini doğurması konusunda anlaşmaları böyledir⁶⁷⁶.

Alacağın konusu edimin belirli bir miktarı bakımından devir kısıtlamasına başvurulabilmektedir: Bölünebilir bir edimin belirli bir kısmının devredilmeyeceği konusunda tarafların anlaşmaları mümkündür⁶⁷⁷. Tam aksine, birden fazla alacaklının talebine maruz kalmak istemeyen borçlu lehine olarak, alacağın sadece bütün olarak devre konu edilebileceği, kısmen devrin geçerli olmayacağı şeklinde bir devir kısıtlaması kararlaştırılması da söz konusu olabilir⁶⁷⁸.

Alacağın konusu edimin türü yönünden de sınırlandırma getirilebilir: Bir sözleşmeden doğan alacak hakları arasında yalnızca para alacaklarının devredilebilir olduğunun kararlaştırılması böyledir⁶⁷⁹.

Alacağın belirli kişilere devredilebilir olduğu yönünde bir anlaşma yapılması da mümkündür⁶⁸⁰. Bu anlaşma iki şekilde düzenlenebilir: Bir alacak hakkının kural olarak devredilebilir olduğu, istisnai olarak belirli kişilere devredilemeyeceği kararlaştırılabilir: Sadece faktoring kuruluşuna yapılacak devirlerin engellenmesi⁶⁸¹ buna örnek teşkil eder. Tam tersi olarak, bir alacağın kural olarak devredilemeyeceği, ancak istisnai olarak belli kişilere devrinin mümkün olduğu⁶⁸² düzenlenmiş olabilir: Bu anlamda, alacağın sadece bir faktoring kuruluşuna devredilebileceği⁶⁸³, sadece alacağı tahsil yetkisine sahip temsilciye yapılacak devrin geçerli olacağı⁶⁸⁴, pay sahiplerinin

⁶⁷⁶ Dinar, s. 78.

⁶⁷⁷ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Feyzioğlu, s. 632; Şener, s. 78; Engel, s. 878; Brütt, s. 35; Staudinger/Busche, § 399, N. 53.

⁶⁷⁸ Goode, s. 402.

⁶⁷⁹ Goode, s. 400.

⁶⁸⁰ Arsebük, s. 1066; Saymen/Elbir, s. 340; Feyzioğlu, s. 632; Tunçomağ, s. 1084; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Fahiman Tekil, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1980, s. 242; Kılıçoğlu, s. 1008; Dayınlarlı, s. 189; Engin, s. 26; Dinar, s. 72-74; Şener, s. 78; Funk, Art. 164, N. 4; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 17; Martin, s. 17; von Tuhr/Escher, s. 347; Engel, s. 878; von Büren, s. 323; Spirig, Art. 164, N. 157; Huguenin, N. 1360; Planck/Siber, § 399, N. 2.

⁶⁸¹ Şener, s. 78.

⁶⁸² Kılıçoğlu, s. 1008; Şener, s. 78; Attenhofer, s. 267; von Büren, s. 323; Schulin/Vogt, s. 613.

⁶⁸³ Şener, s. 78.

⁶⁸⁴ Attenhofer, s. 267; von Büren, s. 323.

şirkete yönelik alacaklarını yalnızca diğer pay sahiplerine devredilebilecekleri⁶⁸⁵ şeklinde devir kısıtlamaları getirilebilmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, kredi alacaklarının yalnızca belirli bankalara devredilebilir olduğu düzenlenebilmektedir⁶⁸⁶.

Tarafların bir alacak hakkının belirli bir süre için devredilebilir veya devredilemez olacağı konusunda anlaşmaları da mümkündür⁶⁸⁷. Örneğin, taraflar, alacağın doğumundan itibaren üç ay süre ile devredilemeyeceği veya devrin ancak alacağın doğumundan itibaren üç ay içinde yapıldığı takdirde geçerli olacağı konusunda anlaşmış olabilir⁶⁸⁸.

Alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma ile alacağın devri işleminin geçerliliğinin belirli bir şeklin yerine getirilmesi koşuluna bağlanması da mümkündür⁶⁸⁹.

Taraflar, alacağın devrinin hüküm doğurmasını, belirli bir hukuki işlemin yapılması koşuluna da bağlayabilirler. Örneğin, devralan tarafından belirli yükümlülüklerin üstlenilmesi koşuluna⁶⁹⁰, belirli bir malvarlığının devri koşuluna⁶⁹¹ bağlanması böyledir.

Yukarıda sayılan devir yasağı türlerinin bazıları birlikte kararlaştırılabilir: Örnek olarak, alacağın devri hem maddi bir koşulun gerçekleşmesine hem de belirli bir şekle uyulmasına bağlanmış olabilir⁶⁹². Devrin geçerliliğinin üçüncü kişinin rızasını yazılı şekilde açıklanması koşuluna bağlanması böyledir⁶⁹³. Bazı hâllerde devir kısıtlamasına ilişkin olarak daha detaylı bir usul tarif edilebilmektedir. Uygulamada, idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde, idarenin borçlusu olduğu alacakların devri için,

⁶⁸⁵ Schulin/Vogt, s. 613. Bazen alacağın devredilebileceği kişi grubunun tarifi daha detaylıdır: “*Yüklenici, bu sözleşmeden kaynaklanan alacaklarını, yüklenicinin işletmesinin tamamını veya önemli bir bölümünü devralan dışında başka kimseye devredemez*”. Bkz. Goode, s. 399.

⁶⁸⁶ Louise Gullifer, “Should Clauses Prohibiting Assignment be Overridden by Statute?”, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4, Issue 1, 2015, s. 47-67, s. 65.

⁶⁸⁷ Arsebük, s. 1066; Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; Feyzioğlu, s. 632; Şener, s. 78; Funk, Art. 164, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 347; Martin, s. 17; Engel, s. 878.

⁶⁸⁸ Dinar, s. 76.

⁶⁸⁹ Planck/Siber, § 399, N. 2; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6; Hadting/van Look, s. 2.

⁶⁹⁰ RGRK/Weber, § 399, N. 42; Staudinger/Busche, § 399, N. 53.

⁶⁹¹ von Gierke, s. 202.

⁶⁹² RGRK/Weber, § 399, N. 42; Georg Furtner, “Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und ihre Sicherung”, **NJW**, 1966, H. 5, s. 182-189, s. 186.

⁶⁹³ RGRK/Weber, § 399, N. 42.

idarenin yazılı rızasının bulunması, alacağın devri sözleşmesinin noter tarafından düzenlenmesi ve idare tarafından istenen belirli kayıtları içermesi koşulları birlikte aranabilmektedir⁶⁹⁴. Bunun yanı sıra şöyle bir devir yasağı formüle edilebilir: “*Alacaklı alacağı devretmek istediği takdirde, borçluya, devralanı teşhise yarayan bilgiyi paylaştığı ve devre rıza verilmesini talep ettiği bir bildirim göndermelidir. Borçlu on dört gün içinde itiraz etmediği takdirde devre rıza vermiş sayılır*”. Ya da bir kredi sözleşmesinde şöyle bir devir engeli ile kararlaştırılmış olabilir: “*Banka her zaman bu sözleşmeden doğan alacaklarından herhangi birini kredi alanın rızası ile başkasına devredebilir. Kredi alan makul olmayan bir gerekçeyle rıza vermekten kaçınamaz ve devir işleminin bildirildiği tarihten itibaren işleyen yedi günlük süre içinde itirazda bulunmadığı takdirde rıza vermiş sayılır*”. Başka bir örnek ise şu olabilir: “*Banka bu sözleşmeden doğan alacaklarını her zaman kredi alanın rızası ile devredebilir. Ancak kredi alanın temerrüdü hâlinde rıza gerekli değildir*”⁶⁹⁵.

V. Sözleşme ile Kararlaştırılan Devir Engeli Kavramının Diğer Devir Engeli Türlerinden Ayırt Edilmesi

A. Diğer Devir Engellerinden Ayırt Edilmesinin Önemi

Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli, kanundan kaynaklanan devir engeli ve sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli olmak üzere, üç tür devir engeli bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engeli türlerinden ayırt edilmesi aşağıdaki açılardan ötürü özellikle önem taşımaktadır:

Daha önce belirtildiği üzere, alacağın devri işleminin geçerlilik koşullarından biri alacağın niteliğinden, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir devir engeli bulunmamasıdır⁶⁹⁶. Bir devir engeline rağmen yapılan alacağın devri işlemine hangi geçersizlik yaptırımının uygulanacağı, özellikle devrin borçlunun rızası ile geçerli hâle getirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu göz önünde tutularak, her bir

⁶⁹⁴ 15. HD, 13.1.2014, E. 2013/346, K. 2014/189 (Kazancı; Lexpera); 15. HD, 27.6.2014, E. 2013/5510, K. 2014/4545 (Kazancı; Lexpera); 15. HD, 17.6.2015, E. 2014/5638, K. 2015/3418 (Kazancı; Lexpera); 15. HD, 23.6.2016, E. 2015/5589, K. 2016/3663 (Kazancı; Lexpera); 23. HD, 20.3.2017, E. 2015/10172, K. 2017/852 (Kazancı; Lexpera).

⁶⁹⁵ Örnekler için bkz. Goode, s. 397-398.

⁶⁹⁶ Bkz. s. 9 vd.

devir engeli türü açısından farklı değerlendirilmektedir⁶⁹⁷. Aşağıda görülecektir ki, devri sözleşme ile engellenmiş bir alacak hakkı, her durumda, içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmeksizin, borçlunun rızası ile devralana geçirilebilmektedir⁶⁹⁸.

Senede bağlanmış alacaklarda devralanın iyiniyetinin korunması öngörülen BK 183/II hükmünün uygulama alanı, yalnızca sözleşme ile devri yasaklanmış alacaklarla sınırlıdır. BK 183/II hükmü niteliği gereği devri mümkün olmayan alacaklar ve kanunun emredici bir hükmü ile devri yasaklanmış alacaklar bakımından uygulama bulmaz⁶⁹⁹.

Alacağın devrine engel bulunmasının devredenin garanti sorumluluğuna etkisi konusu devir engelinin türüne göre ayrı ayrı incelenmektedir. Alacağın niteliğinin veya emredici bir hükmün devre engel oluşturduğu durumlarda devralanın güveninin korunması ihtiyacı mevcut olmadığı, bu yüzden devredenin garanti sorumluluğuna başvurulamayacağı kabul edilmektedir⁷⁰⁰. Buna karşılık, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmiş olduğu durumda devreden garanti sorumluluğu altında tutulmaktadır⁷⁰¹.

Bir kanun hükmü veya bir mahkeme kararı gereği gerçekleşen (cüzi) alacak intikallerine, özel bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı, bu doğrultuda bir alacağın devrine engel bulunmasının, prensip olarak, o alacağın kanun hükmü veya bir mahkeme kararı gereği geçişini de önleyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık, aşağıda görülecektir ki, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli çoğu durumda alacağın kanun gereğini intikaline engel oluşturmamaktadır⁷⁰².

Alacağın niteliğinden veya kanunun emredici bir hükmünden kaynaklanan bir devir engelinin, aynı zamanda alacağın haczine de engel teşkil edeceği, sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir engelinin ise alacağın haczedilebilirliğini etkilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır⁷⁰³. Bu ayrım iflas yönünden de önem taşımaktadır: Yalnızca haczi

⁶⁹⁷ Alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli bakımından bkz. s. 88; kanundan kaynaklanan devir engeli bakımından bkz. s. 129.

⁶⁹⁸ Bkz. s. 336.

⁶⁹⁹ Gereğesi için bkz. s. 387.

⁷⁰⁰ Engin, s. 110.

⁷⁰¹ Bkz. s. 391 vd.

⁷⁰² Bkz. s. 410 vd.

⁷⁰³ Bkz. s. 19 vd; s. 404.

mümkün alacak haklarının iflas masasına dâhil olacağını öngören İİK 184 hükmü uyarınca, niteliği gereği devir mümkün olmayan ve kanun tarafından devri yasaklanmış alacak hakları iflas masasının dışında kalır; devri anlaşma ile engellenmiş alacak hakları haczi mümkün birer malvarlığı değeri olmaları dolayısıyla iflas masasının aktifine dâhil olur⁷⁰⁴.

B. Alacağın Niteliğinden Kaynaklanan Devir Engelinden Ayırt Edilmesi

Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinden aşağıdaki ölçüte göre ayırt edilir:

Devir yasağı anlaşmasının konusu daima niteliği devre elverişli bir alacak hakkıdır. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli, sonradan devir yasağının kaldırılması konusunda başka bir sözleşme yapılarak ortadan kaldırılabilir. Alacaklı ile borçlu arasında devir yasağının kaldırılması konusunda yeni bir sözleşme yapılması, alacak hakkının serbestçe devredilebilir bir hakka dönüştürülmesi için yeterli olur. Buna karşılık, alacağın niteliğinden kaynaklanan bir devir engeli, alacaklı ile borçlu arasında sırf devir engelinin kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılarak ortadan kaldırılamaz. Bu yüzden ki, yukarıda, tek taraflı önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturmadığı sonucuna varılmıştır: Taşınmaz satış vaadindeki durumda devredilebilirken tüketim öduncü vaadindeki durumda devrine engel bulunması, tek taraflı önsözleşmeden doğan alacaktır devir engelinin sözleşme ile kaldırılabilir olduğunu, dolayısıyla devir engelinin alacağın niteliğinden kaynaklanmadığını ortaya koymaktadır⁷⁰⁵.

Alacağın niteliği devre engel oluşturuyorsa, alacaklı ile borçlunun sırf devir engelinin kaldırılması konusunda anlaşması alacağı devredilebilir bir hakka dönüştürmeye yetmeyecektir. Bununla birlikte, alacağın başka bir hak veya borca bağımlılığının devre engel oluşturduğu durumların bazısında, değiştirme sözleşmesi yapılarak belirtilen bağımlılık ilişkisinin ortadan kaldırılması, bu yolla alacağın bağımsız ve dev-

⁷⁰⁴ Bkz. s. 407 vd.

⁷⁰⁵ Bkz. s. 53.

redilebilir bir hakka dönüştürülmesi mümkün olabilmektedir. İki taraflı önsözleşmeden doğan alacak buna bir örnek oluşturmaktadır. Bir önsözleşmede, her iki tarafın birbirine karşı asıl sözleşmeyi yapmayı borçlandığı durumda, birbirine karşıt durumda olan iki asli edim alacağı arasında ortak bir amaca yönelmiş olmalarından ileri gelen bir bağımlılık söz konusudur ve bu bağımlılık hâli söz konusu alacakların birbirinden ayrı olarak devrine engel oluşturur⁷⁰⁶. Buna karşılık, örneğin, iki taraflı bir taşınmaz satış vaadinin, taraflardan birinin borcundan ibra edilmesi yoluyla tek taraflı satış vadedine dönüştürülmesi ihtimalinde, bağımlılık hâli ortadan kalkacak, satış vadedinden doğan alacak hakkı serbestçe devredilebilir hâle gelecektir. Dikkat edilirse, bu ihtimalde de sözleşme ile alacaktır devir engeli kaldırılmış olmaktadır. Ancak, yapılan sözleşmenin konusu devir engelinin kaldırılmasından ibaret değildir: Alacak hakkındaki devir engeline yol açan bağımlılık niteliği ortadan kaldırılmaktadır; bağımlılık niteliğinin sözleşme ile ortadan kaldırılması, alacak hakkına devir yeteneğini geri vermektedir⁷⁰⁷.

Aşağıda görülecektir ki, sözleşme ile devri engellenmiş bir alacağa ilişkin devir işlemine uygulanacak geçersizlik yaptırımını askıda hükümsüzlüktür. Askıdaki devir işlemi borçlunun rızası ile geçerli hâle getirilebilir. Borçlunun rızası ile yapılan tasarruf işlemi teknik anlamı ile bir alacağın devri işlemi niteliği taşır; alacak hakkının içeriği değişmeksizin, olduğu gibi, devralana geçmesi sonucu doğurur⁷⁰⁸. Konusunu niteliği gereği devri mümkün olmayan bir alacak hakkı oluşturan bir alacağın devri işlemine uygulanacak geçersizlik yaptırımını ise kesin hükümsüzlüktür. Çünkü, bu hâlde bir objektif imkânsızlık hâli söz konusudur (BK 27/I). Yukarıda açıklanmıştır ki, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinin sadece edimin içeriğinin değişmesini önleme işlevi gördüğü istisnai bazı durumlarda, borçlunun da tarafı olduğu üç taraflı bir sözleşme ile alacağın bir üçüncü kişiye geçirilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak, böyle bir durumda üç taraflı sözleşme ile alacağın geçirilmesi edimin içeriğinin değişmesine

⁷⁰⁶ Bkz. s. 43.

⁷⁰⁷ Bkz. s. 93.

⁷⁰⁸ Bkz. s. 321 ve s. 366.

yol açacaktır. Bu yüzden, niteliği devre engel oluşturan bir alacağın geçirilmesi konusundaki üç taraflı sözleşme teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemi niteliği taşımamaktadır⁷⁰⁹.

Kiralananı kullanım hakkı incelenirken ortaya konulmuştur ki, kanun koyucu, pratikteki gereksinimleri dikkate alarak, niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkının borçlunun katılımına ihtiyaç olmaksızın iki taraflı bir sözleşme ile başkasına geçirilebileceğini açık bir hükümle düzenleyebilmektedir. Adi kira sözleşmesinde kiracının kiralananı kullanım hakkını bir üçüncü kişiye, kiraya verenin rızasını aramaksızın, geçirilebileceği düzenlenen BK 322/I hükmü de bu doğrultudaki bir düzenlemedir. Ancak, yukarıda gerekçeleriyle belirtildiği gibi, kiralananı kullanım hakkının gerek BK 322/I uyarınca serbestçe gerekse BK 366/I ile BK 322/II uyarınca kiraya verenin rızasıyla bir üçüncü kişiye geçirilmesi, BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemi niteliği taşımamaktadır. Bu yüzden, adi kirada kiralananı kullanım hakkının devrinin sözleşme ile yasaklanması da teknik olarak bir sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli (*pactum de non cedendo*) olarak nitelendirilmemelidir⁷¹⁰. Bir alacak hakkının başka bir üçüncü kişiye geçirilmesine dayanak oluşturan hukuki işlem BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen teknik anlamı ile bir alacağın devri işlemi niteliği taşımalıdır ki, bu işlemin hukuki sonuç doğurmasının alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile engellenmesi *pactum de non cedendo* niteliğinde görülebilsin. Bununla birlikte, BK 322/I hükmünün aksine bir sözleşme yapılarak kullanım hakkının devrinin engellenmesi hâlinde, alacağın devri hükümlerinin (BK 183 vd) kıyasen uygulanmasına engel bulunmamaktadır⁷¹¹.

C. Kanundan Kaynaklanan Devir Engelinden Ayırt Edilmesi

Alman hukukunda bir görüş, kanundan kaynaklanan devir engelini, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelini de kapsayacak şekilde geniş bir tarzda tanımlamaktadır⁷¹². Bu görüşe göre, kanun koyucu alacağın devrinin alacaklı ve borçlu arasında

⁷⁰⁹ Bkz. s. 88.

⁷¹⁰ Bkz. s. 70.

⁷¹¹ Bu doğrultuda olarak bkz. s. 70; s. 91.

⁷¹² Alman hukukunda, devir yasağı anlaşmasına aykırı devre nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünün dayandığı gerekçelerden biri bu geniş tanımdır. Bkz. s. 258.

yapılan bir anlaşma ile engellenebilmesine izin vererek, sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılmayacağını yönündeki genel prensibe bir istisna tanımıştır. Kanunun açık bir hükmü (BGB § 399 d. 2; BK 183/I), sözleşme ile alacağın devri özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin vermiştir. Devir yasağı anlaşmasının bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak etki doğurabilmesi bu kanun hükmü sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu nedenle, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli doğrudan doğruya kanunda öngörülen tasarruf yetkisi sınırlamaları ile aynı şekilde değerlendirilmelidir⁷¹³.

Kanundan kaynaklanan devir engeline ilişkin böyle geniş bir tanım tercih edilirse, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramının hukuki niteliği şöyle açıklanacaktır: Alacaklı ile borçlu arasında bir devir yasağı anlaşması yapılmışsa BK 183/I hükmü alacağın devrine engel oluşturur. BK 183/I hükmü borçluyu koruma amacıyla devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanımakta; bu koruma amacı doğrultusunda hakında devir yasağı kararlaştırılmış bir alacağın borçlunun rızası olmaksızın devredilmesini engellemektedir. Bu yönüyle BK 183/I hükmü emredici bir hüküm niteliği taşımaktadır.

Belirtelim ki, kanundan kaynaklanan devir engeline ilişkin geniş bir tanımdan hareket edilerek geliştirilen bu açıklama tarzında herhangi bir yanlışlık yoktur. Bu çalışmada devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğinin incelendiği II. bölümün sonunda varılan sonuçlar arasında bu açıklama tarzındaki unsurların benimsendiği görülecektir⁷¹⁴. Özellikle, sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeline rağmen yapılan devrin borçlusu rızası ile geçerli hâle getirilmesinin mümkün olduğu sonucuna esasen kanundan kaynaklanan devir engeli ile kurulan paralellik üzerinde varılmaktadır. Bu imkânın temelinde devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün münhasıran borçluyu korunmayı amaçladığı düşüncesi yer almaktadır⁷¹⁵. Dikkat edilirse, yukarıda da emredici hükmün münhasıran borçluyu koruma amacı ile devri yasakladığı hâllerde, borçlunun kanunun kendisine tanınan korumadan vazgeçebileceği ve devre

⁷¹³ Eduard Goldmann / Leo Lilienthal, **Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse**, 2. Auflage, Berlin 1903, s. 178; Wünschmann, s. 222; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Hellmut Scholz, “Die verbotswidrige Abtretung”, **NJW**, 1960, H. 41, s. 1837-1839, s. 1837; Claus-Wilhelm Canaris, “Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbot”, **Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag**, Heidelberg 1992, s. 9-36, s. 11 vd. Alacağın devredilebilirliğine ilişkin normal durumun bir istisnası olarak sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin yasal devir engeli ile eşit değerlendirildiği fikrinde: Hadding/van Look, s. 2.

⁷¹⁴ Özellikle bkz. s. 312 ve s. 316 vd.

⁷¹⁵ Bkz. s. 316 vd.

rıza vereceği görüşü kabul edilmiştir⁷¹⁶. Diğer taraftan, devir engelinin hem kanundan hem de tarafların anlaşmasından kaynaklandığı durumda, niteliği devre elverişli bir alacak hakkı söz konusudur. Her iki durumda borçlunun rızası ile geçerli olarak hüküm ifade eden işlem teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemi niteliği taşımakta ve BK 183 ve devamı hükümleri prensip olarak doğrudan uygulanabilmektedir⁷¹⁷. Son olarak, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin geniş anlamıyla bir kanundan kaynaklanan devir engeli niteliği taşıdığı düşüncesi, devir engelinin alacağın kanun hükmü gereği intikaline engel oluşturup oluşturmayacağı sorunu incelenirken önem kazanmaktadır. Aşağıda görülecektir ki, bu sorunun çözümü için, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün ardındaki borçluyu koruma amacı ile alacağın intikalini öngören ilgili kanun hükmünün koruma amacı arasında karşılaştırma yapılmakta ve hangi koruma amacının diğerine üstün olduğu belirlenmektedir⁷¹⁸.

Tüm bu ortak yönlerle rağmen, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramının özellikleri incelendiğinde, devir engelinin kanundan değil, sözleşmeden kaynaklanan yönünün ön planda olduğu tespit edilmektedir. Öncelikle, BK 183/I hükmünde öngörülen korumadan borçlunun yararlanabilmesi, alacaklı ile arasında alacağın devrinin engellenmesi konusunda bir sözleşme yapılması koşuluna bağlıdır. Ayrıca, devir engelinin sözleşmeden kaynaklanan yönü, bir devir engeli mevcut olup olmadığı sorunu incelenirken, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği ve yorumu gibi başka açılardan da değerlendirme yapılması gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Oysaki, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramı altında yalnızca kanunun amacının alacağın devrine engel oluşturup oluşturmadığının sorgulanmaktadır. Bu temel farklılıktan ötürü, kanundan kaynaklanan devir engeli kavramının, sözleşme ile kararlaştırılan devir engellerini dışarıda bırakacak şekilde, dar anlaşılması daha uygun olur.

⁷¹⁶ Bkz. s. 129.

⁷¹⁷ Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli bakımından bkz. s. 321 ve s. 366. Kanundan kaynaklanan devir engeli bakımından bkz. s. 130.

⁷¹⁸ Bkz. s. 410 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVİR YASAĞI ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Alacağın Devri Özgürlüğünün Sözleşme ile Engellenebileceği Düşüncesinin Müşterek Hukukta Doğuşu ve Modern Hukuktaki Gelişimi

A. Müşterek Hukukta “*Pactum de non cedendo*” Kavramı

Roma hukukunda borç ilişkisi, *obligatio*, alacaklı ile borçlu arasındaki bunların şahıslarından ayrılması mümkün olmayan bağı ifade etmektedir. Bu ilişkide alacaklı belirli bir davranışı yalnız borçlusuna karşı isteme yetkisine sahip olup borçlu da bu davranışı yalnızca alacaklısına karşı gerçekleştirmekle yükümlü bulunmaktadır. Tarafların şahısları borç ilişkisinin esaslı unsuru sayıldığından, edimin içeriği zedelenmeden borç ilişkisinin alacaklı tarafının değişebileceği fikri Roma hukuku döneminde tasavvur dahi edilememiştir⁷¹⁹. Bu dönemin düşüncesine göre, bir alacak hakkının sözleşme ile, borçlunun katılımı olmaksızın ve hakkın ayniyeti muhafaza edilerek, başka bir kişiye geçirilebilmesi mümkün değildir. Sadece külli halefiyet (*successio*) söz konusu olan hâllerde kanun gereği alacaklının yerine külli halef sıfatıyla başka bir kişi geçebilmektedir⁷²⁰. *Obligatio*’ya ilişkin bu kavrayıştan ötürü Roma hukukunda alacağın devri mevcut olmamakla birlikte, alacağın devrine yakın bazı ekonomik sonuçları meydana getirmek üzere geliştirilmiş iki hukuki kurum bulunmaktadır:

Roma hukukunun ilk dönemlerinde, alacaklı tarafın değişmesi sonucu, ancak, *delegatio* (*delegatio nominis* = aktif havale) adı verilen hukuki yola başvurularak, borçlu ile yeni alacaklı arasında eskisinin yerine geçen yeni bir borç ilişkisi kurulması yoluyla gerçekleştirilebilmiştir⁷²¹. *Delegatio*’nun ekonomik sonucu itibarıyla alacağın devrine benzer olduğu düşünülebilirse de⁷²², kuruluşu ve meydana getirdiği hukuki

⁷¹⁹ Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, 12. bası, İstanbul 2016, s. 169; Schlesinger, s. 6; Dornwald, s. 103. Cüzi halefiyet kavramının klasik hukukta tanınmadığı, bundan hareketle alacağın devrinin de o zamanlar bilinmediği sonucunun çıkarılabileceği yönünde: Paul Koschaker / Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara 1977, s. 275.

⁷²⁰ Rado, s. 169.

⁷²¹ Koschaker/Ayiter, s. 275; Rado, s. 171; Schlesinger, s. 6. Eski alacaklının borçlusunu yeni alacaklıya havale etmiş olacağı düşüncesiyle bu işlemin *delegatio* olarak isimlendirildiği yönünde: Rado, s. 171.

⁷²² Koschaker/Ayiter, s. 275.

sonuçlar itibarıyla alacağın devrinden tamamen farklı olduğu şüphesizdir: *Delegatio*'da, alacaklı borçlusuna, o vakte kadar kendisine borçlu olduğu şeyi bir üçüncü kişiye vaad etmesi konusunda yetki vermekte; bu yetkiye dayanılarak borçlu ile üçüncü kişi arasında *stipulatio* yapılmakta ve mevcut borç yenilenmektedir (*novatio*). Yenileme sonucu, alacaklının sahip olduğu mevcut alacak hakkı (ve bu alacağa bağlı kefalet ve rehin gibi feri teminat hakları) sona ermekte; borçlu üçüncü kişiye karşı yeni bir borçla yükümlü hâle gelmektedir. Alacağın devrinden farklı olarak, *delegatio*'nun gerçekleştirilebilmesi için borçlunun katılımı gerekmektedir⁷²³.

Alacağın devrinin borçlunun katılımı gerekliliğinden kurtarılması çabası doğrultusunda, bir sonraki aşamada, alacağın geçişini sağlamak amacıyla temsil kurumuna dayanan *mandatum ad agendum* kullanılmaya başlanmıştır⁷²⁴. Mevcut borç ilişkisinin sona erdirilmediği bu yapıda⁷²⁵, alacaklı, alacağını devretmek istediği bir kişiye *-procurator*'a- borçlusuna karşı kendi adına dava açma yetkisi *-mandatum ad agendum* vermektedir. *Procurator* açtığı dava sonucu elde ettiğini muhafaza edebilmektedir⁷²⁶.

Delegatio ve *mandatum ad agendum* kavramlarının tanımlanması kendiliğinden ortaya koymaktadır ki, Roma hukukunda günümüzdeki anlamıyla bir alacağın devri bulunmadığı için, alacağın devrinin anlaşma ile engellenmesi olanağının mevcut olup olmadığını belirlemeye yönelik pratik bir ihtiyaç da ortaya çıkmamış olmalıdır: *Delegatio* zaten sadece borçlunun katılımı ile yapılabilmektedir. *Mandatum ad agendum*'a başvuru ihtimalde ise alacağın devri meydana gelmemekte; yalnızca bir üçüncü kişiye alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi söz konusu olmaktadır⁷²⁷.

⁷²³ Koschaker/Ayiter, s. 275; Rado, s. 171. *Delegatio*, borçlunun durumunu kötüleştirmeyecektir; çünkü, borçlu *stipulatio* ile eski alacaklıya karşı borçlu olduğu şeyi yeni alacaklıya karşı üstlenmeyi taahhüt etmiştir ve eski borçtan dolayı eski alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün savunmaları yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilecektir (Koschaker/Ayiter, s. 275).

⁷²⁴ Koschaker/Ayiter, s. 275; Rado, s. 171; Schlesinger, s. 6.

⁷²⁵ Mevcut borç ilişkisi sona ermediği için, alacağa bağlı feri nitelikteki teminat hakları da varlığını sürdürebilmektedir. Bkz. Rado, s. 171.

⁷²⁶ Koschaker/Ayiter, s. 275; Rado, s. 171; Schlesinger, s. 7; Brütt, s. 31. Açılan davada davacı olarak alacaklının ismi gösterilmekte; ancak, hâkimden borçluyu *procurator*'a ödemeye mahkûm etmesi talep edilmektedir. Bu hâlde davanın tespiti (*litis contestatio*) anında, alacağın devrinin meydana geldiği belirtilmektedir. Bu anda davayı vekil sıfatı ile açmış olan kişi yeni alacaklı durumuna geçmektedir. Bkz. Rado, s. 171.

⁷²⁷ Schlesinger, s. 7.

İlerleyen dönemde alacağın devri sonucunun temini *actio utilis* aracılığıyla belirli ölçüde mümkün olabilmisse de⁷²⁸, en azından *Corpus Juris Civilis*'in hazırlandığı dönemde *mandatum ad agendum* uygulamasının hâlen daha mevcut olduğu belirtilmektedir⁷²⁹. Roma hukuku kaynaklarında alacağın devrinin anlaşma ile engellenmesi olancağı konusunda doğrudan bir çözüm bulunmayışı⁷³⁰ bu şekilde açıklanmaktadır.

Alacağın devrinin bugünkü anlamını kazanması, alacağı içeriği değişmeksizin ve borçlunun katılımına ihtiyaç olmaksızın ferileri birlikte bağımsız bir hak olarak devralana geçiren bir hukuki kuruma dönüşmesi üzerine, borçlunun, alacaklısıyla yapacağı bir sözleşme aracılığıyla kendi durumunda meydana gelebilecek değişiklikleri engellemekteki menfaati ortaya çıkmıştır⁷³¹. Alacağın devrinin modern anlamının yerleşmeye başladığı 19. yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla⁷³² müşterek hukukta *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi hakkında zengin bir literatür ortaya konulmaya başlandığı görülmektedir:

Alacağın devrinin anlaşma ile engellenmesi imkânının mevcut olup olmadığı konusu, ilk defa, Sintenis tarafından 1847 tarihinde ele alınmakta, bugün itibarıyla mutlak etki hukuki sonucunun yerindeliğinin gerekçelendirilmesinde hâlâ başvuru

⁷²⁸ Milattan sonra 2. yüzyıldan itibaren çeşitli alanlarda (terekenin toptan satın alınması, alacağın ivazsız olarak devralınması gibi) *actio utilis* aracılığıyla doğrudan doğruya alacak hakkına dayanılarak dava açma hakkı tanınmış; bu amaçla tanınmış *actio utilis*'lerin uygulama alanı giderek genişlemiştir. Buna rağmen, alacağın devrine ilişkin günümüzdeki kavrayışa Roma hukukunun son dönemlerinde bile bir türlü erişilemediği ifade edilmektedir. Koschaker/Ayiter, s. 276; Rado, s. 170.

⁷²⁹ Seuffert, s. 104. Bu dönemde, alacağın devredilemeyeceği konusunda alacaklı ile borçlunun anlaşması, alacağın alacaklıdan başka biri tarafından talep edilmesinin anlaşma ile engellenmesi anlamına gelecektir ki, böyle bir anlaşmaya menfaat eksikliği nedeniyle nadiren başvurulmuş olacağı ifade edilmektedir (Seuffert, s. 104).

⁷³⁰ Bu tespit için bkz. Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, **Das praktische gemeine Civilrecht, Band. 2: Das Obligationenrecht**, 3. Auflage, Leipzig 1868, s. 810, dn. 31; Seuffert, s. 104; Attenhofer, s. 269; Schlesinger, s. 7. Buna karşılık, (herhâlde *actio utilis*'e dayanan alacağın devri uygulamaları kastedilerek) Roma hukukunda yasal devir engelleri ile karşılaşıldığı belirtilmektedir. Son imparatorluk döneminde borçluyu zarara sokacak nitelikteki alacağın devri işlemlerinin imparatorlar tarafından sınırlandırıldığı; bu kapsamda olarak, borçluya zarar verebilecek yüksek sosyal statüdeki kişilere yapılan devirlerin (*cessio in potentiorum*), örneğin, ergin olmayan (*pupillus*) durumunda olan borçlunun velisine (*tutor*) veya benzer şekilde vasiye (*curator*) yapılan devirlerin, ayrıca çekişmeli alacakların devirlerinin de yasaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Rado, s. 172. *Cessio in potentiorum* hakkında ayrıca bkz. Gellner, s. 10.

⁷³¹ Schlesinger, s. 7.

⁷³² 19. yüzyıl başlarındaki müşterek hukuk literatüründe alacak haklarında cüzi halefiyet hâlen daha tartışmalı olsa bile, en azından *mandatum ad agendum* 'un artık hukuk hayatına son derece yabancı hâle geldiği tereddütsüz ifade edilmektedir. Bkz. Seuffert, s. 104.

değerli açıklamalara yer verilmektedir⁷³³. “Alacağı devretmeme anlaşması” olarak çevrilebilen “*pactum de non cedendo*” terimi, çalışmamızda yararlanılan kaynaklardan anlaşılabilirdiği kadarıyla, en erken, Alman Konfederasyonu dönemine ait (1815-1866), 1834 tarihli bir Lübeck Temyiz Mahkemesi kararında geçmektedir⁷³⁴. Bu kararın 1852 yılında yayımlanması üzerine, alacağın devrinin anlaşma ile engellenmesi imkânının mevcut olup olmadığı sorunu öğretilde tartışılmaya başlanmıştır. Seuffert 1868 tarihli makalesinde⁷³⁵, anılan karara atıfla *pactum de non cedendo*’nun hukuki etkisi konusunu tartışmaya açmakta ve *pactum de non alienando* (eşya üzerindeki “tasarruf etmeme anlaşması”) ile paralellik kurarak değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Müşterek hukuk döneminde, *pactum de non cedendo*’nun hukuki etkisi sorunu, Roma hukuku kaynaklarında doğrudan bir çözümün yer almaması dolayısıyla genel hukuk prensipleri çerçevesinde ve benzer hukuki ilişkilere kıyas yoluyla çözülmeye çalışılmıştır⁷³⁶. Böylece, konu Alman Medeni Kanunu’nun kabul edildiği 1896 yılına kadar, kayda değer sayıda makale, doktora tezi, ders kitabı kapsamında ele alınmıştır. Bu dönemde yayımlanan eserlerde alacaklı ile borçlunun *pactum de non cedendo* konusunda geçerli bir anlaşma yapabileceği kabul edilmekte; buna karşılık *pactum de non cedendo*’ya aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususunda bir türlü uzlaşmaya varılamamaktadır⁷³⁷.

Alacağının devri özgürlüğünün sözleşme ile üçüncü kişilere etkili olacak şekilde sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı, alacağın devri kavramının modern anlamını kazandığı 19. yüzyılın ikinci yarısından bugüne dek tartışılmalıdır. Bu konuda esasen mutlak etki ve salt borçlandırıcı etki şeklinde iki ayrı teori ortaya konulduğu ve bu teorilerin dönemi içinde birbirleriyle temelden çatışma içine girerek zıt

⁷³³ Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, **Das practische gemeine Civilrecht, Zweiter Band: Das Obligationenrecht**, Leipzig 1847, s. 809. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli kavramının yaratıcısının Sintenis olduğu tespiti için ayrıca bkz. Dietmar Willoweit, “Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot”, **Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag**, Tübingen 1993, s. 549-561, s. 553.

⁷³⁴ Lübeck Temyiz Mahkemesi’nin (Oberappellationsgericht) 29.11.1834 tarihli kararı için bkz. Seuffert’s Archiv, 1852, Bd. 5, N. 11. Kararda, *pactum de non alienando* ile kıyas yapılmakta ve *pactum de non cedendo*’nun salt borçlandırıcı etki meydana geleceği sonucuna varılmaktadır.

⁷³⁵ Lothar Seuffert, “Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes”, AcP, 1868, Bd. 51, H. 1, s. 102-110.

⁷³⁶ Örnek olarak bkz. Seuffert, s. 104: “Meseleye ilişkin bir kaynak kararı (Quellenentscheidung) olmadığının göre, o hâlde, genel hukuk prensiplerine göre bir cevap aramak hususunda özgürüz”. Bu sayede zengin bir kazuistik ortaya çıktığı belirtilmektedir: Schlesinger, s. 7.

⁷³⁷ Attenhofer, s. 269.

yönlere evrildiği gözlemlenmektedir. Söz konusu teorilerin bugüne kadar olan gelişimi aşağıda açıklanmaktadır.

B. “*Pactum de non cedendo*”nun Hukuki Niteliğini Açıklamaya Yönelik Müşterek Hukuktaki Mutlak Etki ve Salt Borçlandırıcı Etki Teorileri ve Bu Teorilerin Modern Hukuktaki Yerleri

Müşterek hukukta *pactum de non cedendo*’nun hukuki niteliğini açıklamaya yönelik iki teori ortaya çıkmıştır: Salt borçlandırıcı etki teorisi ve mutlak etki teorisi. Bu teorilerin, alacak hakkının hem bir dar anlamda borç ilişkisini hem de bir malvarlığı değerini ifade eden çift yönlü karakterine olan yaklaşım tarzı temelde birbirlerinden farklıdır. Salt borçlandırıcı etki teorisi alacak hakkını aslen bir malvarlığı değeri olarak düşünmekte; mutlak etki teorisi ise alacak hakkını aslen bir dar anlamda borç ilişkisi olarak ele alıp malvarlığı değeri yönünü ikinci planda görmektedir. Bu iki teorinin *pactum de non cedendo*’nun hukuki niteliği konusunda birbirlerine zıt sonuca varmalarının temelinde alacak hakkına ilişkin bu kavrayış farklılığı yer almaktadır.

Salt borçlandırıcı etki⁷³⁸ (*rein-bloss obligatorische-schuldrechtliche-relative-inter partes Wirkung, Wirkung in personam*) teorisi, dönemine ait malvarlığı değerlerinin tedavülünün genişletilmesi akımının etkisinde kalarak, alacak hakkını aslen veya en azından bir malvarlığı konusu olarak ele almakta ve alacak hakkının eşya ile eşit muamele edilmesi gerektiği fikrinden yola çıkmaktadır. Bu doğrultuda, alacak üzerindeki devretmeme anlaşması (*pactum de non cedendo*) ile eşya üzerindeki tasarruf etmeme anlaşması (*pactum de non alienando*) arasında paralellik kurarak, *pactum de non cedendo*’nun yalnızca alacaklı ile borçlu arasında borçlandırıcı etki doğurması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, *pactum de non cedendo*’ya aykırı bir devir geçerli olur; borçlu alacaklı ile arasındaki anlaşmaya dayanarak devralana ifadan kaçınamaz. Borçlu *pactum de non ce-*

⁷³⁸ Salt borçlandırıcı etkiye karşılık gelmek üzere öğretilde “*salt nispi etki*” (Koziol, s. 113; Bydliniski, s. 122) deyiimi de kullanılabilir. Türk hukukunda, nispi etkisizlik teriminin yerleşmiş olduğu, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeline aykırı alacak devrinin nispi etkisizliğinin de öğretilde geniş ölçüde tartışma konusu olduğu (bkz. aşağıda s. 252 vd) göz önünde tutularak, anlam karışıklığına yol açmamak için, “*salt nispi etkili*” değil “*salt borçlandırıcı etkili*” devir yasağı anlaşması deyiimi tercih edilmektedir.

dendo'ya dayanarak, duruma göre, yalnızca devredene karşı tazminat talebinde bulunabilir. Seuffert⁷³⁹ ve Schlesinger bu teorinin müşterek hukuktaki başta gelen temsilcileridir.

Mutlak etki (*absolute-dingliche-erga omnes Wirkung, Wirkung in rem*) teorisi, sözleşmeden doğan alacak hakkını, borçlar hukukuna egemen sözleşme özgürlüğünün bir ürünü olarak ele almakta; buna bağlı olarak tarafların özgür iradeleriyle alacak hakkını en baştan devredilemez bir hak olarak tasarlayabilecekleri, sözleşme ile alacak hakkına, üçüncü kişilere karşı etkili olacak şekilde devredilemezlik niteliği kazandırabilecekleri sonucuna ulaşmaktadır. Bu doğrultuda *pactum de non alienando* ile kıyas yapılmasına karşı çıkmaktadır. *Pactum de non cedendo*'ya aykırı devrin hükümsüz olacağı ve borçlunun alacak hakkının devrinin sözleşme ile engellendiği savunmasını ileri sürerek devralana ifadan kaçınabileceği görüşünü kabul etmektedir. Bu teorinin başlıca temsilcileri ise Sintenis, Windscheid ve Stegemann'dır⁷⁴⁰.

Birbiri ile tamamen çelişen bu iki teori müşterek hukuk öğretisinde ve yargı kararlarında⁷⁴¹ hemen hemen eşit ağırlıkta benimsendiği için olsa gerek, konuya ilişkin tartışmalı durum yürürlükteki Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmalarına da yansımıştır: Tasarı I'de *pactum de non cedendo*'nun salt borçlandırıcı etki doğuracağı, Tasarı II'de ise mutlak etki doğuracağı fikri kabul edilmiştir⁷⁴². Diğer yandan, dönemin öğretisindeki bazı kararsız tutumlar dikkati çekicidir: Örnek olarak, 1884 tarihli makalesindeki bugün dahi kabul edilen gerekçelendirmeleri dolayısıyla mutlak etki teorisini öncülerinden biri olarak görülmesi mümkün olan Stegemann, Tasarı I'de *pac-*

⁷³⁹ Sözü geçen yazar “Lothar Seuffert” olup “*Praktisches Pandektenrecht*” adlı eserin yazarı ve “*J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten*” dergisinin kurucusu olan “Johann Adam Seuffert” değildir.

⁷⁴⁰ Bu yazarlar teorinin gelişimindeki öncü etkileri dolayısıyla dikkati çeker. Bu görüşe katılan diğer yazarlara örnek olarak bkz. Brütt, s. 32; Dernburg, s. 380. Dernburg (s. 380), bu çözüm tarzının işlem hayatının gerekliliklerine uygun düştüğünü ve müşterek hukuk döneminde yaygın biçimde kabul gördüğünü ifade etmektedir.

⁷⁴¹ *Pactum de non alienando* ile kıyas yapılarak salt borçlandırıcı etki benimsenen yargı kararları için bkz. Seuffert's Archiv, 1852, Bd. 5, N. 11 (Oberappellationsgericht, Lübeck, 29.11.1834); Seuffert's Archiv, 1881, Bd. 36, N. 271 (Oberlandesgericht, Celle, 1.3.1881). Buna karşılık *pactum de non alienando*'nun eşya hukukuna özgü görülerek onunla kıyasın reddedildiği aksi yöndeki bir karar için bkz. Seuffert's Archiv, 1884, Bd. 39, N. 96 (Oberlandesgericht, Celle, 3.10.1883). Bu kararda *pactum de non cedendo* ile borçlunun sadece kendi alacaklısına karşı ifa ile yükümlü tutulabileceği içerikte sınırlı bir borç altına girdiği gerekçesi gösterilerek mutlak etki tanınmıştır.

⁷⁴² Bkz. s. 221 vd.

tum de non cedendo'nun salt borçlandırıcı etkili kabul edilmesi üzerine, kendi görüşünü terk etmiş; salt borçlandırıcı etkiyi benimseyen yeni bir makale daha kaleme almıştır⁷⁴³. Ayrıca, *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi sorunu Alman Medeni Kanunu'nun kabulünden önceki dönemde İmparatorluk Mahkemesi tarafından birbirinden farklı şekilde cevaplandırılmıştır. Mahkeme, 10.03.1891 tarihli kararında salt borçlandırıcı etki teorisine göre⁷⁴⁴, 10.05.1893 tarihli kararında mutlak etki teorisine göre⁷⁴⁵ karar vermiştir.

1896 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB § 399 d. 2) ve 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (OR 164/II), anlaşma ile bir devir engeli yaratılabileceğini açıkça düzenlemeyi seçmiş; *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi hakkındaki tartışmada mutlak etki lehine açık bir tercihte bulunmuştur. Bu yüzden, Alman ve İsviçre hukuklarına dair modern literatürde, müşterek hukuk dönemindeki tartışmalara sade bir atıfta bulunulmakla yetinilmektedir. Buna karşılık, Avusturya hukukunda durum farklıdır: *Pactum de non cedendo*'nun hukuki niteliği hakkında müşterek hukuktaki motiflerle işlenmiş benzer bir tartışmaya, alacak haklarının teminat konusu olarak giderek daha çok önem kazandığı 1960'lı yıllar itibarıyla, modern Avusturya hukuku öğretisinde de rastlanmaktadır. Bu benzerlik tesadüfi olmayıp Avusturya Medeni Kanunu'nda, anılan Alman ve İsviçre kanunlarından farklı olarak, *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisini düzenleyen açık bir hükmün bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Avusturya

⁷⁴³ Stegemann, Tasarı I'nin hazırlığı sırasında gündeme gelen, devrin anlaşma ile engellenmesinin alacak hakkını haczedilebilir olmaktan çıkaracağı ve bu sonucun kabul edilemez olduğu fikrinden etkilenmiş ve ilk makalesindeki görüşünü özellikle bu gerekçeden ötürü değiştirmiştir. İkinci makalesinde, bir alacak hakkının devredilemez olduğu hâlde haczedilebilir oluşunu teorik ve pratik açıdan izah edilmesi güç bir durum olarak gördüğünü ifade etmiştir. Bkz. Stegemann, "Ueber die Wirkung kontraktlicher Cessionsverbote", **Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft**, 1894, Bd. 12, s. 199-207, s. 205-206. Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasındaki haczedilebilirliğe ilişkin bu tartışma ve çözüm şekli hakkında bkz. s. 224.

⁷⁴⁴ RGZ 27, 339. Alman İmparatorluk Mahkemesi, faaliyete başladığı 1879 yılından Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.1.1900 tarihine kadar, özellikle Ren (Rhein) nehrinin doğusunda kalan bölgede Fransız Medeni Kanunu'nu (*Code civil*) uygulamıştır. Bu nedenle, anılan kararda Fransız Medeni Kanunu'nun 1598. maddesi tatbik edilmiştir. Bkz. Ute Goergen, **Das Pactum de non cedendo**, Baden-Baden 2000, s. 151. Kararda alacak üzerindeki devir yasağı ile eşya üzerindeki tasarruf yasağı arasında paralellik kurulmakta; bu doğrultuda Fransız Medeni Kanunu'nun eşya üzerindeki tasarruf özgürlüğünün kanunda öngörülen hâller dışında sınırlandırılmayacağı öngörülen 1598. maddesine atıfla, anlaşmaya aykırı devrin geçerli olacağı hükmüne bağlanmaktadır. Ayrıca, aynı kararda bu sonucun yerinde olduğu -Alman Medeni Kanunu'nun hazırlığı sırasında oluşturulan- Tasarı I'de salt borçlandırıcı etkinin benimsendiği § 295 hükmüne atıfla da desteklenmektedir.

⁷⁴⁵ RGZ 31, 164.

Medeni Kanunu, söz konusu tartışmanın müşterek hukukta ortaya çıkmasından yaklaşık elli yıl önce, 1811 tarihinde kabul edilmiş olduğu için, doğal olarak, konu hakkında açık bir hükme yer verilememiş; diğer taraftan 2005 yılına kadar (ABGB § 1396a) bu konuda herhangi bir değişiklik yapma gereği de görülmemiştir. Bu çerçevede, Avusturya öğretisinde, *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi sorunu, tıpkı müşterek hukukta olduğu gibi, borçlar hukuku ve eşya hukukunun genel prensipleri çerçevesinde irdelenmeye ve *de lege feranda* çözümünün ne olması gerektiği araştırılmaya devam edilmiştir. Bu araştırmaların sayesinde salt borçlandırııcı etki ve mutlak etki teorilerinin modern hukuktaki gelişimine önemli katkı sağlandığı söylenebilir.

Modern hukukta, salt borçlandırııcı etki ve mutlak etki teorileri, alacağın devri hakkındaki çok taraflı uluslararası sözleşmelerin hazırlığı safhasında da tartışma konusu olmuştur. Mutlak etki teorisi, genel olarak, alacağın devri özgürlüğünü sınırlandırıcı yönü itibarıyla eleştiri konusudur. Özellikle Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu (Art. 6) ve Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu'nun (Art. 9) hazırlık safhalarına ilişkin tutanaklar incelendiğinde, *pactum de non cedendo*'nun mutlak etkisine karşı eleştirel tavrın yoğunluğu bariz ölçüde hissedilmektedir. Alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesi düşüncesi çerçevesinde mutlak etkinin sınırlandırılması eğilimi, anılan konvansiyonların yanı sıra, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (Art. 9.1.9), Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL 11: 301), Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR III-5:108) gibi bağlayıcılığı bulunmayan (*soft law*) hukuk kaynaklarında da dışa vurulmaktadır. Uluslararası düzenlemelerdeki -yerinde-liği son derece tartışmaya açık- bu eğilim, mutlak etki teorisinin kabul edildiği ve Türk hukukunun da dâhil olduğu Roma-Cermen sistemine dayanan modern hukuk düzenlerini değiştirmeye zorlamaktadır. Ticari ilişkilerden doğan para alacakları bakımından Alman Ticaret Kanunu'da (§ 354a) ve Avusturya Medeni Kanunu'nda (§ 1396a) salt borçlandırııcı teorisinin dayandığı temeller esas alınarak geliştirilmiş özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Müşterek hukuktaki tartışmalarda, *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi sorunun çözümünde başvurulmuş iki ayrı teori, dayandıkları temeller itibarıyla en saf ve soyut hâliyle dışa vurulurken; modern Avusturya hukuku öğretisinde ve uluslararası düzenlemelerin hazırlığı sırasında yaklaşık yüz yıl sonra yürütülen tartışmalarda, 20.

yüzyılın sosyal ve ekonomik koşulları içinde deneyimlenmiş olarak yeniden ele alınmakta ve şaşırtıcı biçimde, yine aynı teorik döngü içinde tartışılmaktadır. Bu bölümde, mutlak etki ve salt borçlandırıcı etki teorileri, dayandıkları ve birbirilerine karşı savunma olarak geliştirdikleri temelleri itibarıyla açıklandıktan sonra, bu teorilerin Roma-Cermen sistemine dayanan başlıca hukuk düzenlerinde, *pactum de non cedendo* kavramını nasıl şekillendirdiği ve günümüzdeki devir yasağı anlaşması kavramına dönüştürdüğü anlatılacaktır. Her iki teorinin bugün hâlâ müşterek hukuktaki gerekçelendirmelerden yararlanılarak savunulmaya devam etmekte oluşu ortaya koymaktadır ki, kavramın tarihsel gelişimi henüz tamamlanmış değildir. Bu yüzden ayrı bir başlık altında konunun tarihsel gelişimini baştan sonra anlatıp bitirmek olanaksız gözükmektedir. Bunun yerine, teorileri, dayandıkları temellerin, tarihsel gelişim süreci içindeki yerlerine referanslarda bulunarak aktarmak daha sade bir anlatım tarzı olacağı düşünülmektedir.

Salt borçlandırıcı etki teorisi esas alınarak veya bu teorinin dayandığı temellerden yararlanılarak geliştirilen uluslararası düzenlemeler ile bu düzenlemelerin etkiyle Alman ve Avusturya ulusal hukuklarında gerçekleştirilen kanun değişiklikleri, bu çalışmanın dördüncü bölümde paylaşılmaktadır.

C. Mutlak Etki Teorisinin Müşterek Hukuktaki ve Modern Hukuktaki Temelleri

1. Mutlak Etkinin Sözleşme Özgürlüğü Prensibine Göre Temellendirilmesi

a. Müşterek Hukuktaki Görüşler

Müşterek hukukta alacağın devrinin *pactum de non cedendo* ile engellenebileceği düşüncesi sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak aşağıdaki şekilde temellendirilmiştir:

Sintenis, *pactum de non cedendo*'yu alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelleri arasında ele almıştır. Sintenis'e göre, alacağın devredilebilirliğine ilişkin bir sınırlama, genel olarak, edimin ifası talebinin alacaklının şahsına bağımlı olduğu ihtimalde söz konusu olur. Bu öyle bir bağımlılıktır ki, edim yalnızca alacaklının şahsına ifa edilebilir, alacağın başkasına devredilmesi edimin karakterini yitirmesine neden

olur⁷⁴⁶. *Pactum de non cedendo* yapılması hâlinde belirli bir alacaklıya özgü olacak tarzda bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Alacak hakkı, içeriği itibarıyla yalnızca belirli bir kişinin şahsı için varlık kazanmaktadır. Bir alacak hakkı bu şekilde belirli bir kişinin şahsına bağlı olarak yaratılmış ise serbestçe başkasına devredilebilmesi mümkün olmayacaktır. Borçlar hukukunun genel esasları arasında böyle bir alacak hakkı yaratılmasına engel oluşturabilecek herhangi bir dayanak yoktur. Sintenis, bu ifade biçimini, Seuffert'in *pactum de non cedendo*'nun sözleşme ile kararlaştırılan bir tasarruf yasağı olduğu, bu yüzden yalnızca salt borçlandırıcı etki yarabileceği tezini karşısına alarak ve bu tezi çürütmek maksadıyla geliştirmiştir. Diğer bir deyişle, Sintenis, mutlak etki görüşünün dayandığı esasları, Seuffert'e ait makalenin⁷⁴⁷ eleştirisi üzerinden ortaya koymuştur⁷⁴⁸.

Sintenis'in bu görüşü Windscheid'ın, "*Lehrbuch des Pandektenrechts*"⁷⁴⁹ adlı eserinde güçlü bir destek⁷⁵⁰ bulmuştur. Windscheid'a göre bir alacak hakkının münhasıran belirli bir kişiye ifa edilebilir nitelikte olup olmadığı hususunda alacak hakkını yaratan kişinin iradesi belirleyicidir. *Pactum de non cedendo* alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu durumlara bir örnek teşkil etmektedir. *Pactum de non cedendo* ile borçlunun münhasıran belirli bir alacaklıya karşı ifa yükümlülüğü altında olduğu sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Windscheid bu noktada, aynı Sintenis gibi, Seuffert'e atıfta bulunmuş ve Seuffert'e ait *pactum de non cedendo*'nun tasarruf yasağı anlaşması niteliği taşıdığı fikrine şöyle karşılık vermiştir: "*Burada bir tasarruf yasağından söz etmek isabetli değildir. Alacak hakkı ilk başta devredilebilir bir hak olarak yaratılmış ve sonradan onun devredilebilirlik karakterini ortadan kaldıran yeni bir kayıt öngö-*

⁷⁴⁶ Sintenis, s. 810.

⁷⁴⁷ Bkz. s. 172'te dn. 735. Makalede öne sürülen görüşler hakkında bkz. s. 186 vd.

⁷⁴⁸ Sintenis, s. 811, dn. 31.

⁷⁴⁹ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 5. Auflage, Stuttgart 1879, § 335, dn. 5. Bu görüş eserin sonraki basılarında da muhafaza edilmiştir. Bkz. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 7. Auflage, Frankfurt am Main 1892, § 335, dn. 5; Bernhard Windscheid / Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 9. Auflage, Frankfurt am Main 1906.

⁷⁵⁰ Windscheid, "*Lehrbuch des Pandektenrechts*" adlı kitabının (Bd. 1-2) 1870 tarihli 3. basısında, *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi sorununu ele almış değildir. Sintenis ise aktarılan görüşünü (yukarıda bkz. dn. 746) "*Das practische gemeine Civilrecht*" kitabının 1847 tarihli 1. basısında ana hatlarıyla, 1868 tarihli 3. basısında ise yukarıda aktarılan olgunlaşmış hâliyle paylaşmaktadır. Bu nedenle, Windscheid'ın Sintenis'in görüşünü desteklediği tespiti yapılmıştır.

rülmüş değildir. Aksine, alacaklının tasarruf gücü en baştan itibaren öyle sınırlandırılmıştır ki, yalnızca kendisi borçludan ifayı istemeye yetkilidir”. Windscheid, Alman Medeni Kanunu’nun hazırlığı safhasında oluşturulan ve üyesi olduğu I. Komisyon’da da bu görüşü savunmuş; alacağın devrinin hem borç ilişkisinin kuruluşunda hem de sonradan yapılan bir anlaşma ile engellenebileceği fikrini öne sürmüştür⁷⁵¹.

Stegemann, 1884 tarihli makalesinde Sintenis ve Windscheid’in sözleşme özgürlüğü prensibine dayanan bu gerekçelendirmesini -alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu durumlarla doğrudan paralellik kurarak- bir adım daha ileriye götürmektedir: Stegemann’a göre, *pactum de non cedendo*’nun hukuki etkisi araştırılırken, bir borç ilişkisine tasarım verme yetkisinin yalnızca o borç ilişkisini kuran taraflara ait olduğu şeklindeki temel teoremden hareket edilmesi gerekmektedir⁷⁵². *Pactum de non cedendo* ile borçlu münhasıran belirli bir kişinin borçlusu olmayı üstlenmekte; bunun karşılığında alacaklı, sahip olduğu alacaklı sıfatını başkasına kazandırmak yönünde herhangi bir işlemde bulunmayacağını taahhüt etmektedir. Borç ilişkisinin kurucuları öyle bir alacak hakkı yaratmaktadır ki, yalnızca alacaklının şahsına ifa edilerek sona erdirilebilir. Alacaklı, *pactum de non cedendo*’ya aykırı olarak alacağı devrederse, borçlu, devralan tarafından kendisine yöneltilen ifa talebine karşılık, üstlendiği borçtaki kısıtlamaya dayanarak haklı olarak karşı çıkabilir. Borç ilişkisi kurulurken borçlanma iradesinin, münhasıran alacağı devreden borçlusu olmak yönünde olduğunu beyan ettiğini, yapılan devrin devreden ile arasındaki sözleşmeye aykırı olduğunu, başkasının borçlusu olmayacağını ileri sürebilir⁷⁵³. Stegemann, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu başka durumlarla şöyle paralellik kurmuştur: Bir alacak hakkı, borç ilişkisinin kuruluşunda tarafların kararlaştırdıkları amaç doğrultusunda alacaklının şahsına bağlandığı takdirde devredilemez nitelik kazanabilir. Yazar buna, tüketim ödöncü vaadinden (*pactum de mutuo dando*’dan) doğan alacak hakkını⁷⁵⁴ örnek vermiştir. Yazara göre, borç ilişkisinin amacı ve kapsamı nasıl bir alacağın niteliğinin devre engel oluşturmaya yol açabiliyorsa, o hâlde, aynı hukuki sonuca yönelmiş olarak, sözleşme taraflarının alacak hakkının devredilemez olduğunu birbirine

⁷⁵¹ Bkz. s. 223.

⁷⁵² Stegemann, “Das pactum de non cedendo”, *AcP*, 1884, Bd. 67, H. 2, s. 315-322, s. 316.

⁷⁵³ Stegemann, s. 316.

⁷⁵⁴ Tüketim ödöncü vaadinden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturup oluşturmadığı günümüzde de tartışmalıdır. Bkz. s. 47 vd.

karşı açıkça beyan ettiği ve bu husustaki irade buluşmalarını aralarındaki sözleşmenin bir parçası seviyesine yükselttikleri ihtimalde de bir devredilemezlik hâli ortaya çıkabilmesi mümkün olmalıdır⁷⁵⁵.

İsviçre öğretisinde Attenhofer, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1881 tarihli versiyonuna göre kaleme aldığı makalesinde, tarafların borç ilişkisinin kuruluşu sırasında devredilemez bir alacak hakkı yaratmakta sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbest olduklarını belirtmiş, Sintenis ve Windscheid'ın yukarıda aktarılan görüşlerine katıldığını ifade etmiştir. Yazara göre, borç ilişkisinin kuruluşu sırasında alacağın alacaklının şahsına bağlanması yoluyla alacak hakkına baştan itibaren devredilemezlik karakteri tanınabilir. Böyle bir alacak hakkı serbestçe bir başkasına devredilemeyecektir⁷⁵⁶. Buna karşılık, Attenhofer, mevcut bir alacağın devir yeteneğinin sonradan alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile kaldırılabilir olduğu görüşüne işlem güvenliğinin korunması temelinde karşı çıkmıştır⁷⁵⁷.

b. Modern Hukuktaki Görüşler

Modern Avusturya hukukunda -Alman, İsviçre ve Türk hukuklarından farklı olarak, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkında açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı 2005 yılına kadar olan dönemde⁷⁵⁸- mutlak etki sonucu sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak aşağıdaki şekillerde temellendirilmiştir⁷⁵⁹:

⁷⁵⁵ Stegemann, s. 316-317. Stegemann, Alman Medeni Kanunu'nun ilk tasarısında salt borçlandırıcı etki görüşü üstün tutulunca (bu konuda bkz. aşağıda s. 221 vd), mutlak etki yönündeki ilk görüşünden vazgeçmiş salt borçlandırıcı etkiyi savunduğu ayrı bir makale daha kaleme almıştır. Bkz. yukarıda s. 174.

⁷⁵⁶ Attenhofer, s. 271.

⁷⁵⁷ Bkz. s. 193.

⁷⁵⁸ Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkındaki görüşlerin Avusturya hukukundaki gelişimi hakkında bkz. s. 228 vd.

⁷⁵⁹ Victor Hasenöhr, **Das oesterreichische Obligationenrecht**, 2. Auflage, Bd. 2, Wien 1899, s. 183; Ernst Swoboda, **Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Dritter Teil: Das Recht der Schuldverhältnisse**, Wien 1942, s. 138-139; Horaz Krasnopolski / Bruno A. Kafka, **Österreichisches Obligationenrecht, Bd. III: Obligationenrecht**, Wien 1910, s. 268; Gellner, s. 6; Armin Ehrenzweig, **System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, Erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse**, 6. Auflage, Wien 1920, s. 236; Gerhard Frotz, "Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts: Gutachten", **Verhandlungen des Vierten Österreichischen Juristentages**, Bd. I, 3. Teil, Wien 1970, s. 3-316, s. 227; Holzner, s. 496-497; Mayrhofer, **II**, s. 170-172. Ayrıca sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak mutlak etkinin kabul edildiği Avusturya Temyiz Mahkemesi kararları için bkz. OGH, ZBl 1913, N. 6; OGH, JBl 1968, s. 476; OGH, JBl 1984, s. 311.

Hasenöhrle'e göre, alacaklı ve borçlu birbiriyle örtüşen iradeleri doğrultusunda, alacak hakkını diledikleri bakımdan sınırlandırmakta serbesttir. Alacaklı ve borçlu arasındaki böyle bir anlaşmanın geçerliliğini reddetmek için herhangi bir haklı gerekçe bulunmamaktadır. Hukuk düzeni böyle bir anlaşma yapılabilmesini yasaklanmış değildir⁷⁶⁰.

Ehrenzweig'a göre, alacak hakları tabiatları itibarıyla işlem konusu olmaya kendiliğinden elverişli değildir⁷⁶¹. Sözleşmeden doğan alacakların devredilebilirliği tarafların iradesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar diledikleri takdirde alacağın devrini bir sözleşme ile engelleyebilirler. Borçlunun alacağın devrini engellemek istemekte, devir yüzünden doğabilecek karşı taleplere karşı kendini korumak gibi haklı sebepleri olabilir⁷⁶².

Gellner'e göre, sözleşme tarafları aralarındaki hukuki ilişkiyi serbestçe tasarlayarak, daha en başta, borçlunun belirli bir kişinin borçlusu olmayı açıkça kabul ettiği, başkasının borçlusu olmayı kesinlikle istemediği bir alacak hakkı yaratabilirler. Bu şekilde, devir yasağı, bir borç ilişkisinin asli unsuru hâline getirilebilir. Alacak hakkının içeriğinde yer alan devir engelinin, alacağın içeriğindeki başka unsurlar bakımından olduğu gibi üçüncü kişiler tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Bu açıdan, devri engellenmiş bir alacak hakkı, koşula veya vadeye bağlı bir alacak hakkı gibi, içeriğinde özel bir nitelik barındırmaktadır⁷⁶³.

Mayrhofer'e göre borçlar hukukuna egemen sözleşme özgürlüğü prensibi, bir borç ilişkisini kuran tarafların sahip oldukları tasarruf gücüne dayanarak aralarındaki borç ilişkisini sınırlandırabilmelerini gerektirir⁷⁶⁴. Taraflar diledikleri yoğunlukta bir borç ilişkisi tasarlamakta serbesttirler. Tarafların sahip olduğu birinci seçenek kanunun alacağın devrini düzenlerken kurduğu yapıya sadık kalmaktır. Bu yapıda, alacak hakkı borçlunun katılımına ihtiyaç olmaksızın serbestçe devredilebilir; aynı zamanda sözleşmedeki *synallagma* ilişkisi, borçlunun korunması prensibi çerçevesinde belirli

⁷⁶⁰ Hasenöhrle, s. 183.

⁷⁶¹ Ehrenzweig, s. 236. Bu fikir Alman hukukunda Raape tarafından Ehrenzweig'dan önce 1908 tarihinde savunulmuştur. Bkz. aşağıda s. 274.

⁷⁶² Ehrenzweig, s. 236.

⁷⁶³ Gellner, s. 6.

⁷⁶⁴ Mayrhofer, II, s. 170.

ölçüde muhafaza edilir. İkinci seçenek, kanundaki düzenlemeden sapan özel bir hukuki tasarıma başvurmaktadır. Bu ise birbirine tamamen zıt iki tarzda ortaya çıkabilir. Taraflar, diledikleri takdirde, alacak hakkını senede bağlayarak, sözleşme tarafları arasındaki *synallagma* ilişkisini geniş ölçüde ortadan kaldıracaktır. Diğer taraftan, bir devir yasağı kararlaştırarak alacağın devrinin borçlunun rızası olmadan yapılmasının önüne geçebilirler⁷⁶⁵.

Holzner'e göre, eşyadan farklı olarak, sözleşmeden doğan alacak hakları doğada kendiliğinden bulunan varlıklar değildirler. Sözleşme taraflarının yaratıcı davranışları ile meydana getirilen hukuki tasarımlardır. Taraflar, alacak hakkının içeriği ve kapsamını tasarlamakta özgürdür. Alacak hakkının içeriği, yasal bir tanıma göre değil, sadece tarafların anlaşmasına göre tayin olunur. Taraflar diledikleri takdirde aralarındaki kişisel bağa anlaşma ile şahsa özgü bir nitelik kazandırabilirler. Nitekim, bir sözleşmenin kuruluşunda sözleşme içeriğinin yanı sıra tarafların şahsının belirleyici bir önem arz ettiği düşüncesi, yüzyıllar boyunca, alacaklı değişiminin alacağın devri yoluyla gerçekleşmesine engel olmuştur. Günümüzde de aynı gerekçelerle alacağın devrinin engellenebilir olmasında yadırganacak bir yön yoktur⁷⁶⁶. Bir alacak hakkı tarafların ortak iradesiyle devredilemez olarak tasarlanmışsa, bu içeriği gereği artık devir konusu olabilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁶⁷.

Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisine ilişkin Art. 6 hükmünün hazırlığı safhasında yürütülen tartışmalarda da mutlak etki görüşü sözleşme özgürlüğü prensibi temelinde takdim edilmiştir⁷⁶⁸. Salt borçlandırıcı etki öngörülen bir düzenlemenin alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğüne müdahale oluşturacağı, menfaat dengesini faktörün lehine olarak haksız bir değişikliğe uğratacağı ileri sürülmüştür. Hâlbuki, borçlunun alacağın devrini engellemekte korunmaya değer menfaatlere sahip olabilmesi mümkündür. Örneğin, alacaklı ve borçlu arasında uzun süreli bir ticari ilişkiye girmek mak-

⁷⁶⁵ Mayrhofer, II, s. 172. Burada yazarın alacağın senede bağlanması ile kastettiği, asıl borçtan soyut nitelikte bir kambiyo senedi düzenlenmesi olsa gerektir.

⁷⁶⁶ Holzner, s. 496.

⁷⁶⁷ Holzner, s. 496-497.

⁷⁶⁸ UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 17. Ottawa Konferansı sırasında bu görüş Sovyetler Birliği'nin (Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.17, s. 268) ve Fransa'nın (Acts and Proceedings II, 16. Meeting, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264) temsilcileri tarafından ileri sürülmüştür.

sadıyla bir satış sözleşmesi yapılmış olabileceği, sözleşmedeki edim - karşı edim den-
gesinin de bu çerçevede belirlenmiş olabileceğine işaret edilmiştir. Borçlu yönünden
bakıldığında, alacaklı tarafın kendisiyle ticari ilişkileri devam ettirmek isteyen bir te-
darikçi kuruluş yerine, alacağı tahsil hususunda uzmanlaşmış bir faktör olmasının
önem taşıyabileceği, dolayısıyla alacaklının şahsının değişmesini engellemekte haklı
bir menfaati olabileceği vurgulanmıştır⁷⁶⁹.

2. Sözleşme Özgürlüğü Prensibine Dayanan Temellendirme Aleyhine ve Salt Borçlandırııcı Etki Lehine Görüşler

Mutlak etki sonucunun sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak temellen-
dirilmesi, öğretide, salt borçlandırııcı etki teorisini savunan yazarlarca çeşitli açılardan
eleştiriye maruz kalmaktadır:

Sözleşme özgürlüğüne dayanan temellendirmeye karşılık, ilk planda, sözleş-
menin yalnızca tarafları bağlayan bir hukuki ilişki meydana getirdiği; alacak hakkının
nispi karakterinin sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak mutlak etki türetilme-
sine engel oluşturacağı eleştirisi yöneltmiştir⁷⁷⁰. Raber, borç ilişkisinin nispi karak-
teri göz önünde tutulduğunda, alacaklı ve borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasının
üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir olmasının hukuk düzeni içinde bir anomali oluş-
turduğunu belirtmiştir⁷⁷¹. Raber'in bu eleştirisine karşılık, devir yasağı anlaşmasının
hukuki etkisi araştırılırken, sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak devredilemez
nitelikte bir alacak hakkı yaratılmasının mümkün olup olmadığı sorunun tartışma ko-
nusu edildiği, bu sorunun alacak hakkının nispi karakterini ilgilendiren herhangi bir
yönünün mevcut olmadığı savunmasında bulunulmuştur⁷⁷². Bu savunmaya cevaben,

⁷⁶⁹ Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264.

⁷⁷⁰ Heinrich Klang (hrsg.), **Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, §§ 1293-1502**, 2. Auflage, Wien 1951 = Klang/Wolff, § 1393, s. 295; Josef Aicher, "Zur Wirkung des vertraglichen Zessionsverbotes", **ÖJZ**, H. 12, Jg. 27, 1972, s. 309-319, s. 312 vd; Raber, s. 448. Bu gerekçe, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından salt borçlandırııcı etki görüşünün temellendirilmesi için kullanılmıştır. Cour de Cassation, Chambre commerciale, 21.11.2000, 97-16.874 (Legifrance, e.t. 16.7.2020).

⁷⁷¹ Raber, s. 448. Raible'ye göre (s. 66) *pactum de non cedendo*'nun mutlak etkisinin yürürlükteki hukuk düzeni içinde bir anomali oluşturduğu doğru değildir. *Pactum de non cedendo*'nun mutlak etkisi, özel hukuka hâkim iki temel prensibin, bir tarafta sözleşme özgürlüğünün diğer tarafta ala-
cağın devri özgürlüğünün ortak bir sonucudur. Bu açıdan hukuk mantığının bir gereğidir. Bkz.
Adalbert Raible, **Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten**, Tübingen 1969.

⁷⁷² Frotz, s. 227.

Aicher şu görüşü paylaşmaktadır: Sözleşme özgürlüğü prensibi sözleşme içeriğinin düzenlenmesi sorununu; alacak hakkının nispi karakteri alacak hakkının kime yönel-
tilebileceği sorununu ilgilendirmektedir. Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide söz-
leşme özgürlüğüne dayanılarak yalnızca alacak hakkının edim borcuna karşılık gelen
iç yönü sınırlandırılabilir; alacak hakkının bir malvarlığı değeri olarak işlevini ifade
eden dışı yönünün ise sözleşme özgürlüğüne dayanılarak sınırlandırılması mümkün
olmamalıdır. Devir yasağı anlaşmasının yaratacağı öne sürülen mutlak etki, alacak
hakkının dışı etkisi sorununu ilgilendirmektedir. Bu yüzden, mutlak etkiyi açıklamak
için sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılması isabetli değildir⁷⁷³.

İkinci olarak, alacaklı ve borçlunun anlaşması ile devredilemez bir alacak hakkı
meydana getirilebileceği sözleşme özgürlüğüne dayanılarak kabul edildiği takdirde,
üçüncü kişilerin hukuk alanının bundan olumsuz etkilenebileceği eleştirisi ortaya ko-
nulmaktadır. Koziol'e göre, dar anlamıyla irade özgürlüğü, kişilerin dış dünyadaki hu-
kuki ilişkilerini kendi iradeleri doğrultusunda düzenleyebilmeleri olarak anlaşılır. Bir
kimse, bir sözleşme kurmak isteyip istemediği, kiminle ve hangi içerikte bir sözleşme
kurmak istediği konularında serbestçe karar verebilir. Ne var ki, her bireyin irade öz-
gürlüğünün doğal sınırları başka bir bireyin irade özgürlüğü tarafından belirlenir. Ka-
nundan veya bir hukuki işlemde doğan bir hakkın mevcut olduğu hâller saklı kalmak
üzere, hiç kimse bir başkasının hukuk alanını onun rızasına aykırı olarak şekillendire-
mez. Bu yüzden ki, hukuk düzeni üçüncü kişilere zarar verme amacı güden sözleş-
melerin geçerliliğini reddeder. Devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratması yü-
zünden üçüncü bir kişi herhangi bir borç veya külfet altına girecek değildir; ancak
üçüncü kişinin içinde bulunduğu durum mutlak etki onun belirli bir alacak hakkını
kazanmasını imkânsız hâle dönüştürecek için kötüleşecektir. Bu açıdan, bir devir ya-
sağı anlaşmasına mutlak etki tanınması başkalarının hukuk alanına müdahale etmekte
ve kişilerin sahip olduğu irade özgürlüğü sahasının sınırlarını aşmaktadır. Bu yüzden,
devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin yalın bir şekilde sözleşme özgürlüğüne da-
yanılarak gerekçelendirilmesi doğru değildir⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Aicher, s. 312-313.

⁷⁷⁴ Koziol, s. 114.

Başka bir eleştiri, mutlak etkinin tanınmasının alacağı haczedilebilir bir malvarlığı unsuru olmaktan çıkarması ve bu sonucun üçüncü kişilerin zarara uğramasına yola açabilmesi konusundadır. Bu eleştiri hem müşterek hukuk öğretisinde⁷⁷⁵ hem de modern Avusturya hukuku öğretisinde mevcuttur⁷⁷⁶. Alacaklının borçlu ile kararlaştıracağı bir devir engelinden yararlanarak kendi alacaklılarının malvarlığındaki alacak haklarına erişimini önleyebileceği eleştirisi Alman Medeni Kanunu'nun hazırlığı sürecinde de etkili olmuştur. *Pactum de non cedendo*'ya BGB § 399 d. 2 hükmünde mutlak etki tanınırken, sözleşme ile alacaklılardan mal kaçırılabilir olması tehlikesi ZPO § 851 II hükmünde *pactum de non cedendo*'nun alacağın haczine engel oluşturmayacağı açık bir hükümle düzenlenerek gidermiştir⁷⁷⁷.

Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun hazırlığı sırasında, mutlak etki görüşünün temsilcilerinin sözleşme özgürlüğü prensibine dayanmasına, pratik hayatın gerekliliklerini ve tarafların pazarlık güçleri arasındaki dengesizliği dikkate almayan 19. yüzyıldan kalma bir yaklaşım olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır. 20. yüzyılda sözleşme taraflarının menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması ve ticari hayatta verimliliği sağlanması amaçlarına yönelik olarak sözleşme özgürlüğü prensibine sayısız sınırlama getirildiği, buna ilişkin pek çok örneğin tüketici hukukunda, uluslararası düzenlemelerde de mevcut olduğu ifade edilmiştir⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Schlesinger, s. 14; Stegemann, 1894, s. 206. Ayrıca, bir alacak hakkının miras yoluyla intikal edilebilir ve haczedilebilir olduğu hâlde devredilemez olmasının bir çelişki olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Stegemann, 1894, s. 207.

⁷⁷⁶ Koziol, s. 114.

⁷⁷⁷ Bkz. s. 226.

⁷⁷⁸ Ottawa'daki diplomatik konferans sırasında Birleşik Krallık'ın temsilcisi tarafından ifade edilen bu görüş için bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 266.

D. Salt Borçlandırıcı Etki Teorisinin Müşterek Hukuktaki ve Modern Hukuktaki Temelleri

1. Salt Borçlandırıcı Etkinin İşlem Güvenliğinin Korunması Amacına Dayanılarak Temellendirilmesi

a. Genel Olarak

Salt borçlandırıcı etki teorisinin dayandığı ana temellerden biri, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratması hâlinde işlem güvenliğinin zedeleneceği yönündeki varsayımdır. Bu varsayımdan hareketle devir yasağı anlaşmasının tarafları arasında sadece borçlandırıcı etki meydana getirmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁷⁹. Bu fikrin savunucularının bir kısmı, alacak üzerindeki devir yasağı anlaşması *-pactum de non cedendo-* ile eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması *-pactum de non alienando-* arasında paralellik kurmaktadır. Eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmasının kural olarak yalnızca borçlandırıcı etki yarabileceği yönündeki Roma hukukuna dayanan medeni hukuk prensibini örnekseme yöntemiyle alacak üzerindeki devir yasağı anlaşması bakımından da uygulamaktadır. Bu yolla, işlem güvenliğinin korunması teminde salt borçlandırıcı etki teorisini destekleyici ilave bir gerekçe daha paylaşılmaktadır.

b. Mutlak Etkinin İşlem Güvenliği Aleyhine Olduğu Düşüncesi

Salt borçlandırıcı etkiyi savunan yazarlara göre, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratarak devrin geçersizliğine sebep olabildiği bir hukuk düzeninde, alacağı bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilmeden, iyiniyetli olarak, devralan tarafın ağır biçimde zarara uğraması tehlikesi ortaya çıkar⁷⁸⁰. Alacağı iyiniyetli olarak devralan kişi, genellikle, alacağı kazandığı inancıyla karşı edimi devredene ifa ettikten sonra, devir işleminin alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağı anlaşması nedeniyle geçersiz

⁷⁷⁹ Seuffert, s. 105-106; Schlesinger, s. 11-12; Koziol, s. 122; Aicher, s. 313; Raber, s. 451; Gert Iro, "OGH: Absolute Wirkung des vertraglichen Abtretungsverbot", **Österreichisches Recht der Wirtschaft**, 1984/4, s. 103-104, s. 103. Aynı görüş salt borçlandırıcı etkinin benimsendiği Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 ve Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6 hükümlerine ilişkin hazırlık çalışmalarında da ifade edilmiştir. Bkz. UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 açısından: Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 100; Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 103; UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6 açısından: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33.

⁷⁸⁰ Schlesinger, s. 11-12; Koziol, s. 122; Raber, s. 451; Aicher, s. 313.

olduğunu öğrenmekte ve borçluyu ifaya zorlayamayacağı gerçeği ile yüzleşmektedir⁷⁸¹. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması için, alacakların doğası gereği sahip olduğu devir yeteneğinin sözleşme ile sınırlandırılmasına engel olunması gerekmektedir. Bu görüşe göre, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanınması, sözleşme taraflarının, sadece kendi hukuk sahalarını değil, aynı zamanda üçüncü kişileri, dolayısıyla hukuk düzenini etkileyen bir anlaşma yapmakta serbest oldukları anlamına gelmektedir ki, bu kabul edilebilir değildir. Hukuk düzeni için tehlike arz eden bu tarz malvarlığı unsurlarının sözleşme ile yaratılmasına izin verilmemelidir⁷⁸². Bu çerçevede, bir devir yasağı anlaşması mevcut olup olmadığı konusundaki belirsizliğin alacağın devri kurumu aleyhine ciddi bir güvensizlik meydana getirdiği ve bu durumun kamu menfaatine aykırı düştüğü ifade edilmektedir⁷⁸³.

Bu görüşe göre, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli, işlem güvenliğini ilgilendiren sakıncaları yönünden alacağın niteliğinden veya kanundan kaynaklanan devir engellerinden şu açıdan farklılaşır: Bir alacağın kanun gereği ya da niteliğinden ötürü devredilemez olduğu bir durumda, böyle bir alacağı devralmak isteyen kişi, alacağın konusu edimin içeriğine veya dayandığı hukuki sebebe bakarak bir devir engeli mevcut olduğunu anlayabilir. Bu ihtimalde, devralanın, alacağın devredilebilir olduğu yönündeki inancı, devir işleminin geçerliliğine olan güveni hukuken korunmaya değer seviyede değildir; bu yüzden işlem güvenliğini tehdit eden bir özellik yoktur. Devir yasağının sözleşme ile kararlaştırıldığı ihtimalde ise devre engel oluşturan özellik alacak hakkının içeriğinden ileri gelmediği için üçüncü kişiler tarafından tespit edilmesi olanaklı değildir⁷⁸⁴.

Teminat ve finansman işlevleri dolayısıyla günümüz ekonomisi için vazgeçilmez sayılan alacağın devri uygulamasının, mutlak etkili devir yasağı kayıtlarının yol açtığı tehlike yüzünden ağır bir yükü yüklediği ifade edilmektedir⁷⁸⁵. Bir alacağı devralmak isteyen, her durumda, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmiş olup ol-

⁷⁸¹ Koziol, s. 122.

⁷⁸² Koziol, s. 118; Raber, s. 451.

⁷⁸³ Seuffert, s. 105-106; Schlesinger, s. 11-12; Koziol, s. 122. ABGB § 1396a hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BlgNR 22. GP 1.

⁷⁸⁴ Koziol, s. 124.

⁷⁸⁵ Iro, s. 103.

madığını araştırma külfeti altında bulunmaktadır. Özellikle, genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde, her bir koşulun tek tek incelenerek devir yasağı anlaşmasının mevcut olup olmadığının araştırılması yerine getirilmesi güç bir külfet olarak değerlendirilmektedir⁷⁸⁶. Alacağı devralmak isteyen, örneğin bir faktör veya bir kredi kuruluşu açısından, mutlak etkinin yol açtığı geçersizlik riskini ortadan kaldırmak amacıyla her bir devir işlemi öncesi borçludan devir yasağı mevcut olmadığı konusunda teyit alma ihtiyacı ortaya çıktığı belirtilmektedir⁷⁸⁷.

Yine bu görüş tarafından, devir yasağının mevcut olup olmadığı konusundaki denetimlerin gereği gibi gerçekleştirildiği ihtimalde dahi, mutlak etki dolayısıyla ortaya çıkan geçersizlik riskinin kesin olarak ortadan kaldırılmasının her zaman mümkün olmadığı belirtilmektedir. Çünkü, gelecekteki bir alacağın devri söz konusu olan durumlarda, devredilen alacağın doğumuna kadar olan süre boyunca, alacaklı ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılması ve alacak geçişinin engellenmesi riski mevcuttur⁷⁸⁸. Özellikle, alacakların toptan devri söz konusu olan hâllerde ilave bir risk ortaya çıktığı belirtilmektedir. Devralan taraf, toptan devraldığı alacaklar arasında devri sözleşmeyle yasaklanmış bir alacak mevcut olup olmadığını araştırmak, mevcut değilse bile sonradan bu yönde bir anlaşma yapılıp yapılmadığını takibe devam etmek zorunda kalmaktadır⁷⁸⁹. Bu riskin ekonomik bir maliyeti bulunduğuna dikkat çekilmektedir. İvazlı devirlerde bu riskin varlığı göz önünde tutularak karşı edimin değerinin daha düşük belirlendiği ifade edilmektedir⁷⁹⁰. Kredi veren kuruluşlar tarafından teminat olarak alacakların devralındığı kredi sözleşmelerinde kredi masrafı hesaplanırken, devir yasağı olgusu bir risk faktörü olarak hesaba katılmakta ve kredi masrafının daha yüksek takdir edilmektedir⁷⁹¹. Faktoring sektörü bakımından da aynı şekilde,

⁷⁸⁶ Faktoring uygulamasında bu araştırma külfetinin faktörlerin üzerine ağır bir yüklediği ifade edilmektedir. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6'nın hazırlığı safhasında ortaya konulan bu görüş için bkz. UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 17, s. 19-20. Ottawa Konferansı sırasında Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın temsilcilerinin aynı yöndeki görüşü için bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.1/S.R.16, s. 264-266.

⁷⁸⁷ İro, s. 103.

⁷⁸⁸ Türk hukuku bakımından da gelecekteki bir alacağın devrinden sonra, devredilen alacağın alacaklı ile borçlusu arasında devir yasağı kararlaştırılması ve askıdaki devrin hukuki sonuç doğurmasının önüne geçilmesi imkânının mevcut olduğu konusunda bkz. s. 331 vd.

⁷⁸⁹ İro, s. 103.

⁷⁹⁰ Girsberger/Hermann, s. 322.

⁷⁹¹ Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün aynı yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BİgNR 22. GP 2.

factoring kuruluşlarının, kimi zaman devir yasağı anlaşması mevcut olup olmadığının hiç araştırmaksızın, alacak haklarının değerini belirlerken sabit bir oranı bu riskin temini için hesaba kattığı belirtilmektedir⁷⁹².

c. Alacak Üzerindeki Devir Yasağı Anlaşmasının (*Pactum de non cedendo*) Eşya Üzerindeki Tasarruf Etmeme Anlaşması (*Pactum de non alienando*) ile Kıyaslanması

(1) Roma Hukukunda “*Pactum de non alienando*” Kavramı ve Modern Hukukta Eşya Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sözleşme ile Sınırlandırılmaması Prensibi

Tarihsel gelişim süreci içinde, *pactum de non cedendo*’nun hukuki etkisi araştırılırken, eşya hukukuna ait *pactum de non alienando* kavramından sıklıkla yararlanıldığı, bu iki kavramın birbiriyle ilişkilendirilerek çalışma konusu edildiği dikkati çeker. Aslında Roma hukuku yönünden bakıldığında, elbette ki, alacak hakkı ile mülkiyet hakkı böyle bir karşılaştırma yapılmasına olanak vermeyecek ölçüde birbirinden farklıdır. Roma hukukunda alacak hakkı alacaklının şahsına bağlı ve devredilemezken, eşya ile ticaretten fayda sağlanabilmesi *dominium*’un devredilebilir olmasına bağlıdır. Müşterek hukukta, alacak hakkının mülkiyet hakkı gibi serbestçe devredilebilir olmasına duyulan pratik ihtiyaç doğrultusunda, Roma hukukundaki *delegatio* ve *mandatum ad agendum* anlayışından uzaklaşılması ve geçerliliği için borçlunun katılımı aranmayan alacağın devri kurumunun yerleşmesiyle, eşya ve alacak kavramları arasında temsil ettikleri malvarlığı değerlerinin devredilebilirliği yönünden bir benzerlik doğmuştur⁷⁹³.

Pactum de non alienando, kelime anlamı itibarıyla, bir eşyanın malikinin mülkiyet hakkını bir başkasına devretmemeyi taahhüt ettiği anlaşmayı ifade etmektedir. Roma hukukunda, *pactum de non alienando*’ya aykırı mülkiyet devri geçerli sayılmış ve devralanın kazanımı korunmuştur. Roma hukukunun ilk dönemlerinde, mülkiyet

⁷⁹² **Internationales Vertragsrecht: Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ Kommentar**, (hrsg.) F. Ferrari, E. M. Kieninger, P. Mankowski, 3. Auflage, München 2018 = IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 3.

⁷⁹³ Schlesinger, s. 16.

kavramının asli unsurunu oluşturan, tasarruf edilebilirlik (*jus alienandi*) özelliğine aykırı düşeceği gerekçesiyle *pactum de non alienando*'nun tamamen geçersiz olacağı kabul edilirken; ilerleyen dönemde, *pactum de non alienando*'nun mülkiyetin devri dolayısıyla zarara uğrayan tarafın tazminat talebine dayanak oluşturabileceği anlayışı yerleşmiştir⁷⁹⁴. İlerleyen dönemdeki anlamı itibarıyla, *pactum de non alienando*, müşterek hukuk teorisinde ve modern kodifikasyonlarda benimsenen temel bir prensibi de ifade edebilmektedir⁷⁹⁵. Bu prensibe göre, sözleşme ile kararlaştırılan bir tasarruf ya- sağı malikin tasarruf yetkisini kısıtlamaz; eşya üzerinde sözleşmeye aykırı olarak ya- pılan tasarruf işlemini geçersiz kılmaz. Salt borçlandırııcı etki yaratarak tazminat tale- bine dayanak oluşturabilir⁷⁹⁶.

Pactum de non alienando'nun muhtemel bir mülkiyet devrini engellemekte et- kisiz kabul edilmesi sözleşme özgürlüğü bakımından bir sınırlama olarak değeri- rilmektedir. Eşya üzerinde her türlü tasarrufu yapmaya kural olarak yetkili bulunan malik, eşya üzerindeki kendi tasarruf yetkisini aynı etkili olarak kısıtlama imkânından (kanunun izin verdiği hâller dışında) mahrumdur⁷⁹⁷. Böyle bir sınırlama ile eşyaların serbestçe dolaşımının sağlanması, işlem hayatının olabildiğince kısıtlamalardan ve güçlüklerden arındırılması, işlem güvenliği temin edilerek dürüst alıcının korunmasına olan kamu menfaatinin temin edilmesi amaçlanmaktadır⁷⁹⁸. Bir eşyanın, sözleşme ta- raflarının iradesiyle tasarruf edilebilirlik özelliğinden yoksun bırakılmış vaziyette (*res extra commercium*) hukuk hayatında mevcut olmaya devam edecek oluşu, kamunun işlem güvenliğine olan menfaatine aykırı görülmüştür⁷⁹⁹. Hukuk düzeni tarafından, üçüncü kişileri etkileyen irade özgürlüğü aleyhine tercihte bulunarak bu tür sözleşme- lerin aynı etki doğurmayacağı kabul edilmiştir⁸⁰⁰. Diğer yandan, *pactum de non alie- nando*'nun hukuki etkisi yalnızca kamu menfaatlerinin gerekli kıldığı ölçüde sınırlan-

⁷⁹⁴ Schlesinger, s. 12-15.

⁷⁹⁵ Attenhofer, s. 273.

⁷⁹⁶ Attenhofer, s. 273.

⁷⁹⁷ Seuffert, s. 107.

⁷⁹⁸ Seuffert, s. 107-108; Schlesinger, s. 12; Attenhofer, s. 273; Koziol, s. 118.

⁷⁹⁹ Seuffert, s. 107-108; Schlesinger, s. 12.

⁸⁰⁰ Koziol, s. 118.

dırılmıştır. Buna göre, *pactum de non alienando*, eşyanın başkasına devrini engellemeyecek olduğu hâlde, sözleşme tarafları arasında salt borçlandırıcı etkili olarak bağlılık yaratabilmektedir⁸⁰¹.

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 137) ve Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB § 364c) tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibine karşılık gelen genel hükümlere yer verilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda bu prensibin açıkça düzenlendiği genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, aynı prensibin Türk hukukunda da bulunduğu eşya hukukunda aynı haklara hâkim olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensipleri ile zımnen ortaya konulmaktadır. Nitekim, Alman hukukunda da, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmayacağı öngörülen BGB § 137 hükmü aracılığıyla, aynı haklarda hâkim sınırlı sayı prensibinin güvence altına alındığı ve aynı hak tiplerinin içeriğinin irade özgürlüğüne dayanılarak değiştirilmesinin önüne geçildiği ifade edilmektedir⁸⁰². Türk hukukunda, bir aynı hakkın kuruluşu veya değiştirilmesi söz konusu olan durumlarda, borçlar hukukunda alanında hâkim olan sözleşme içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğü, kural olarak uygulama bulmamaktadır. Sınırlı sayı prensibi gereği sadece kanunun belirlediği tipte (mülkiyet, irtifak, rehin ve taşınmaz yükü) aynı hak tesis edilebilmekte ve tesis edilen aynı hakkın içeriği kanunun izin verdiği sınırlar ölçüsünde değiştirilebilmektedir. Kanun koyucu, sadece aynı hak tiplerinin sayısını değil, aynı zamanda aynı hak tiplerinin içeriğinin belirlenmesi konusundaki sözleşme özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır. Özellikle, mülkiyet ve rehin haklarında, aynı hakkın içeriğini belirleme özgürlüğü istisnai hâllerde mevcut olabilmektedir⁸⁰³. Bireylerin, kanunda düzenlenenden başka bir tipte aynı hak yaratılması konusundaki veya kanunda düzenlenen tipteki bir aynı hakkın

⁸⁰¹ Seuffert, s. 108; Attenhofer, s. 273.

⁸⁰² Staudinger/Kohler, § 137, N. 3; **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil I (§§ 1-240)**, (red.) C. Schubert, 8. Auflage, 2018 = MüKomBGB-Armbrüster, § 137, N. 5.

⁸⁰³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 127-128; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 224; Nomer/Ergüne, N. 22.

içeriğinin kanunun tayin ettiği sınırı aşarak değiştirilmesi konusundaki anlaşmaları hükmüsüz olmaktadır⁸⁰⁴. Buna karşılık, aynı hakkın içeriğindeki bazı yetkilerin kullanılmaması konusundaki borçlandırııcı nitelikteki sözleşmeler geçerli kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerden biri olan tasarruf yetkisinin -kanunun izin verdiği hâller haricinde- sınırlandırılması konusundaki anlaşma da geçersiz olmakta, ancak söz konusu anlaşma sözleşme tarafları arasında tazminat talebine dayanak oluşturabilmektedir⁸⁰⁵.

(2) Müşterek Hukuktaki Görüşler

(a) “*Pactum de non cedendo*”nun “*Pactum de non alienando*” ile Kıyaslanması

Pactum de non cedendo’nun hukuki etkisi sorununun ilk defa ele alındığı belirlenen 29.11.1834 tarihli Lübeck Temyiz Mahkemesi kararında, *pactum de non alienando* ile kıyas yapılarak salt borçlandırııcı etki yönünde karar verilmiştir⁸⁰⁶. Kararın ardından öğretilde kaleme alınan konuya ilişkin ilk eserlerde, *pactum de non cedendo*, içeriği ve arzu edilen etkisi ile alacağın yeniden devredilmesini önlemeye yönelik olması bakımından bir tür tasarruf yasağı anlaşması olarak görülmüştür. Bu yüzden *pactum de non alienando* ile aynı şekilde muamele edilmesi gerektiği düşünülmüştür:

Seuffert, Lübeck Yüksek Temyiz Mahkemesi’nin 1834 tarihli kararından esinlenerek kaleme aldığı, 1868 tarihli makalesinde, *pactum de non alienando* ile kıyas yapılması gerektiği görüşünü savunmuştur. Bu çerçevede, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmalarının aynı etkisinin önüne geçmek için ortaya konulan gerekçelerin, alacak formundaki malvarlığı değerlerinin devrinin sözleşme ile kısıtlanması söz konusu olan durumlarda, daha uygun ölçüde kendini hissettirdiğini ifade etmiştir. Seuffert’e göre, alacak formundaki malvarlığı değerleri, eşya formundaki malvarlığı değerlerine

⁸⁰⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 129. Bu doğrultuda, “*Malikin rehinli taşınmaz üzerinde yeni sınırlı aynı haklar kurmayacağını taahhüt etmesi geçerli değildir.*” şeklindeki MK 869/I hükmünün taşınmaz rehnine özgü özel bir hüküm olmayıp genel bir prensibin ifadesi olduğu ifade edilmektedir: Ayiter, s. 135.

⁸⁰⁵ Ayiter, s. 135; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 129; Serozan, **Eşya Hukuku**, N. 262.

⁸⁰⁶ Kararda, böyle bir anlaşmanın devralana karşı hiçbir hukuki etki doğurmayacağı, alacağın devrinin kendiliğinden geçersiz sayılmasına sebebiyet vermeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Seuffert’s Archiv, 1852, Bd. 5, N. 11 (Oberappellationsgericht, Lübeck, 29.11.1834). *Pactum de non alienando* ile kıyas yapılarak salt borçlandırııcı etki benimsenen başka bir yargı kararı için bkz. Seuffert’s Archiv, 1881, Bd. 36, N. 271 (Oberlandesgericht, Celle, 1.3.1881).

nazaran daha geniş bir tedavül kabiliyetine sahiptir. Anlaşma ile malvarlığı değerinin el değiştirmesini engelleme olanağı tanınması, eşya formundaki değerlere nazaran alacak haklarında kamu menfaati açısından daha ağır ve katlanılamaz sonuçlar doğuracaktır⁸⁰⁷. Bu yüzden, döneminin hukuk öğretisinin alacak hakları için benimsediği cüzi halefiyet tasarımını esas alarak, Roma hukukunda benimsenen eşya üzerindeki *pactum de non alienando*'nun salt borçlandırıcı etki doğuracağı yönündeki prensibin, kıyas yoluyla, alacak üzerindeki *pactum de non cedendo* bakımından da uygulanmasını önermiştir⁸⁰⁸. Schlesinger de, 1892 tarihli doktora tezinde, Seuffert'e katılmış; devredilebilir nitelikteki alacak haklarıyla yapılan ticaretin önem kazandığını, bu yüzden alacak hakları için de kısıtlamalara tabi olmayan, serbest bir piyasa temin edilmesi gerektiğini, mutlak etkili bir *pactum de non cedendo*'nun özel ve kamusal menfaatlere aykırı düşeceğini savunmuştur⁸⁰⁹.

Alman Medeni Kanunu'nun hazırlığı sırasında oluşturulan Tasarı I'de, bu görüşlerin etkisi altında kalınarak, *pactum de non cedendo*'nun yalnızca tazminat yükümlülüğü doğuracağını öngören § 295 hükmüne yer verilmiştir. Tasarı I'in gerekçesinde, alacak haklarının işlem hayatına ilişkin modern yaklaşım çerçevesinde, tıpkı eşya gibi olması gerektiği; bu yüzden, alacak üzerindeki devri yasağı anlaşmasının, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması hakkındaki prensiplere göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸¹⁰.

(b) Sonradan Kurulan “*Pactum de non cedendo*”nun “*Pactum de non alienando*” ile Kıyaslanması

Bir görüş borç ilişkisinin kuruluşu aşamasında devredilemez bir alacak hakkı tasarlanabileceğini prensip olarak kabul eder. Ancak, borç ilişkisinin kuruluşu ile varlık kazanan bir alacak hakkının devrinin sonradan mutlak etkili olarak sınırlandırılmayacağını, aksi takdirde işlem güvenliğinin zarar göreceğini savunur. Alman Medeni Kanunu'nun Franz von Kübel tarafından hazırlanan 1882 tarihli Öntasarı metninde bu görüş kabul edilmiştir. Gerekçe olarak, borç ilişkisinin kuruluşundan sonra yapılan bir

⁸⁰⁷ Seuffert, s. 108.

⁸⁰⁸ Seuffert, s. 108.

⁸⁰⁹ Schlesinger, s. 12.

⁸¹⁰ Tasarı I'deki bu düzenleme hakkında detaylı bilgi için bkz. s. 221 vd.

pactum de non cedendo'nun alacak hakkının doğasını değiştiremeyeceği ve alacağın devrini engellemeyeceği, aynı eşyaya ilişkin bir *pactum de non alienando* bakımından olduğu gibi, yalnızca alacaklı ile borçlu arasında etki doğuracağı belirtilmiştir⁸¹¹.

Attenhofer, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun (aOR) 183. maddesi hakkında kaleme aldığı 1886 tarihli “*Gegenstand der Cession*” başlıklı makalesinde⁸¹², aynı görüşü, Öntasarı'daki düzenlemeye atıfta bulunmaksızın, desteklemektedir. Belirtelim ki, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinde yalnızca alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği hükme bağlanmıştır. Yürürlükteki 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 164/II hükmüne (ve Türk Borçlar Kanunu'nun m. 183/II hükmüne) karşılık gelen, senede bağlanmış alacaklarda iyiniyetin korunmasını öngören istisnai bir düzenleme mevcut değildir⁸¹³. Attenhofer, bu görüşü aşağıdaki gerekçelerle savunmaktadır:

Attenhofer'e göre, aOR 183 hükmünün uygulama alanı, *pactum de non cedendo*'nun borç ilişkisinin kuruluşunda kararlaştırıldığı hâllerle sınırlandırılmalı; sonradan kararlaştırıldığı ihtimaller bakımından *pactum de non alienando* hakkındaki prensip kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Yazar, bu ayrımı yaparken Windscheid'in *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisini açıkladığı şu paragrafına atıfta bulunmaktadır: “*Alacak hakkı ilk başta devredilebilir bir hak olarak yaratılmış ve sonradan onun devredilebilirlik karakterini ortadan kaldıran yeni bir kayıt öngörülmüş değildir. Aksine, alacaklının tasarruf gücü en baştan itibaren öyle sınırlandırılmıştır ki, yalnızca kendisi borçludan ifayı istemeye yetkilidir*”⁸¹⁴. Attenhofer, *pactum de non cedendo*'nun, borç ilişkisinin kuruluşu sırasında kararlaştırıldığı ihtimal bakımından Windscheid'e katıldığını ifade eder. Yazara göre, bu ihtimalde ortada bir tasarruf yasağı bulunmadığı değerlendirmesi isabetli olup *pactum de non alienando*'ya egemen prensibin kıyasen uygulanabilmesi mümkün değildir; sonradan kararlaştırılan *pactum de non cedendo* hâlinde ise tam anlamıyla bir tasarruf yasağı anlaşması mevcuttur.

⁸¹¹ Redaktorentwurf, Abschn. I, Tit. 4, I, § 3, s. 18 = Werner Schubert (hrsg.), **Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1**, Berlin 1980, s. 950.

⁸¹² Attenhofer, “Der Gegenstand der Cession”, ZSR, Bd. V, 1886, s. 269-288.

⁸¹³ Bkz. s. 239.

⁸¹⁴ Windscheid'in görüşü için bkz. yukarıda s. 178.

Çünkü, yazara göre, ikinci ihtimalde, Windscheid'ın görüşünün dayandığı öncüller tamamen eksiktir. Alacak hakkı en başta devredilebilir bir hak olarak varlık kazanmaktadır. Alacaklının tasarruf gücü, yalnızca borçlu tarafından ifanın istenebilmesine imkân verecek şekilde, en baştan sınırlandırılmış değildir. Taraflar sonradan yaptıkları bir anlaşma ile alacak hakkına tasarruf edilemezlik karakteri verilerek onu değişikliğe uğratamaz⁸¹⁵.

Attenhofer'e göre, işlem hayatı yönünden bir olumsuzluk, yalnızca, sonradan kararlaştırılan bir *pactum de non cedendo*'ya da mutlak etki tanınması hâlinde ortaya çıkar⁸¹⁶. Yazara göre bu konu, pratik hayatta devri sıklıkla söz konusu olan senede bağlanmış alacaklar bakımından önem arz etmektedir. Çünkü sözleşmenin kuruluşu sırasında yan bir nokta olarak kararlaştırılan *pactum de non cedendo*'nun şeklin kapsamına dâhil edilmediğine pratikte nadiren rastlanacaktır. Borçlu bu hâlde sıklıkla *pactum de non cedendo*'nun da yazılı şekle bürünmesini talep edecektir. Buna karşılık, devri sonradan yazılı veya sözlü biçimde yapılan bir anlaşma ile engellenen bir alacak, böyle bir anlaşmanın mevcut olduğu açıklanmaksızın başkasına devredebilir. Diğer yandan, böyle bir anlaşmanın mevcut olduğu devralan tarafından her zaman fark edilebilir olmayabilir. Yazara göre, bu şekilde sonradan kararlaştırılan bir devir yasağının alacağın devrini geçersiz kılması, bir taraftan alacağın devri hukukunun temel prensiplerinin haksız ölçüde ihlal eder; diğer taraftan modern işlem hayatının gerekliliklerine aykırı düşer. Bu hâlde alacağın geçişine karşı güvensizlik ortaya çıkacak olması dolayısıyla alacağın devrini konu alan işlem hayatının zarara uğrayacağı söylenebilir. Hukuk düzeni tarafından, alacağın devrinin borçlunun aksi yöndeki iradesine rağmen yapılabileceği bir defa genel prensip olarak kabul edildikten sonra, alacaklı ve borçlu arasında alacağın kurulmasından sonra yapılan *pactum de non cedendo* ile bu prensibin sınırlandırılması mümkün olmamalıdır. Yazara göre, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurarak alacağın devrinin geçersizliğine sebep olması varsayımında, devralanın yanıltılması dolayısıyla ortaya çıkan olumsuzluk, borçlunun menfaati karşısında daha

⁸¹⁵ Attenhofer, s. 271-274. Ancak, yazara göre, şu mümkündür: Alacaklı ve borçlu devredilebilir nitelikteki mevcut bir alacağı yenileme yoluyla sona erdirip yerine devredilemez nitelikte yeni bir alacak hakkı yaratabilir. Bu ihtimalde, *pactum de non cedendo*, yenileme yoluyla yaratılan alacak hakkı ile aynı anda ortaya çıkmaktadır. Alacağın kurulmasından sonra yapılan bir anlaşma olarak değerlendirilmez. Alacağın kurulması sırasında yapıldığını kabul etmek varsaymak daha isabetli olur (Attenhofer, s. 272).

⁸¹⁶ Attenhofer, s. 273.

ağır basmaktadır⁸¹⁷. Kamu menfaatlerinin korunması düşüncesi ile *pactum de non alienando*'nun aynı etkisini reddeden *ratio legis*, sonradan hakkında *pactum de non cedendo* kararlaştırılan alacaklar bakımından da güçlü bir şekilde mevcuttur. Yazar bu gerekçelerden ötürü, *pactum de non alienando* prensibinin, alacak hakkı için sonradan kararlaştırılan *pactum de non cedendo* bakımından kıyasen uygulanması gerektiği görüşünü kabul etmekte; bu yüzden böyle bir anlaşmanın salt borçlandırıcı etki meydana getireceği sonucuna varmaktadır⁸¹⁸.

(3) Modern Hukuktaki Görüşler

Müşterek hukuktaki görüşlere oldukça paralel bir yaklaşım tarzı modern Avusturya hukuk literatüründe mevcuttur. Avusturya hukukunda, Türk hukukundaki senede bağlanmış alacaklar bakımından iyiniyetin korunmasına ilişkin BK 183/II hükmüne benzer özel bir düzenleme yer almadığı için, işlem güvenliğinin tesis edilmesi amacı doğrultusunda *pactum de non alienando* ile kıyas yapılması ihtiyacı kendini daha çok hissettirmiştir. Avusturya hukukunda, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etki doğuracağını öngören ABGB § 364c hükmünün alacak hakları bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği görüşü⁸¹⁹ ileri sürülmektedir.

Bu görüşe göre, hukuk ve ekonomi düzeninin gereksiz ve üçüncü kişiler tarafından tespit edilebilir olmayan tehlikelerden arındırılması gerektiği prensibi ABGB § 364c hükmünde yalnızca eşyalara özgü olarak karara bağlanmıştır. Alacak hakları bakımından başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki, bir alacak hakkı için devir yasağı kararlaştırılan ihtimalde, bir eşyaya ilişkin tasarruf yasağı anlaşmasıyla yapıl-

⁸¹⁷ Attenhofer, s. 276-279 ve s. 272- 273.

⁸¹⁸ Attenhofer, s. 273 -275.

⁸¹⁹ Koziol, s. 118; Aicher, s. 313; Raber, s. 451; Iro, s. 103. Avusturya öğretisinde Klang/Wolff, (§ 1393, s. 295) salt borçlandırıcı etki görüşüne katılmakla birlikte, ABGB § 364c hükmüne dayanılarak bu sonuca varılamayacağı fikrindedir. Çünkü bu hüküm, lafzında açıkça eşyadan ve aynı haktan söz etmektedir ve kıyasen alacak hakları bakımından uygulanması mümkün değildir. Bydlinski (s. 133) de malvarlığı değerlerinin tedavül kabiliyetinin bir hukuki işlem ile sınırlandırılmasının kanundaki kısıtlamaları yönünden, alacak hakları ile eşyalar arasında birlik sağlanmasının *de lege feranda* daha isabetli olacağı fikrine katılmaktadır. Ancak, ABGB § 365c hükmünün lafzı ve gerekçesi itibarıyla temelinde yatan düşüncenin bu olmadığını belirterek, hükmün kıyasen *pactum de non cedendo* bakımından uygulanmasına karşı çıkmaktadır.

dığı gibi, malvarlığı kazanımının sözleşme ile sınırlandırılması söz konusu olmaktadır⁸²⁰. Borçlunun, alacağın devrinin yasaklanmasına olan menfaatleri, bir eşyaya ilişkin tasarruf yasağı anlaşmasının lehtarının menfaatleri ile karşılaştırıldığında daha ciddi ölçüde dikkate alınmayı gerektiren bir seviyede değildir⁸²¹. Diğer taraftan, alacak hakkı, bir malvarlığı değeri olarak işlem konusu olabilmekte; buna karşılık, tıpkı taşıyıcı eşyalar bakımından olduğu gibi, alacağın devredilemez olduğu alacağı devralan kişiler tarafından her zaman fark edilememektedir. Bu durum işlem hayatı bakımından ciddi bir güvensizliğe sebep olmaktadır. Bu güvensizlik, ABGB § 364c hükmünde somutlaşan menfaat dengesi çerçevesinde devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı kabul edilerek kaldırılabilir⁸²².

Buna ilave olarak, ABGB § 364c hükmündeki düzenlenmenin, sadece bir devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi doğurmasına değil, aynı zamanda mutlak etki sonucuna devir yasağı dışında başka bir anlaşma aracılığıyla erişilebilmesine de engel oluşturduğu fikri ileri sürülmektedir. Örneğin, sözleşmede, taraflar, alacak hakkının varlığını alacağın devri bozucu koşula bağlamış olabilir. Böyle bir bozucu koşul kararlaştırılması alacak hakkının devredilemezliği sonucunu meydana getirerek, ABGB § 364c hükmünün yasakladığı sonuca ulaşması nedeniyle bir kanuna karşı hile teşkil eder⁸²³. Hukuk ve işlem düzeninin lüzumsuz risklerden arındırılması ihtiyacı, normal koşullarda bir sözleşme ilişkisinin bozucu koşula bağlanmasına izin veren sözleşme özgürlüğü prensibini de sınırlandırır⁸²⁴. Nitekim Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin 1908 tarihli bir kararında böyle bir bozucu koşul kararlaştırılması hâlinde mutlak etkili devir yasağı ortaya çıkacağı tespit edilerek, bozucu koşulun geçersiz olacağına hükmedilmiştir⁸²⁵.

⁸²⁰ Raber, s. 451.

⁸²¹ Koziol, s. 118.

⁸²² Raber, s. 451; Koziol, s. 118; Aicher, s. 313.

⁸²³ Raber, s. 452; Koziol, s. 116- 117. Aksi yönde bkz. Klang/Wolff, § 1393, s. 295. Salt borçlandırıcı etki görüşünü savunan Klang/Wolff'e göre böyle bir bozucu koşul geçerlidir.

⁸²⁴ Raber, s. 452.

⁸²⁵ OGH, ZBl 1909, N. 88. Karara konu olayda, satıcı tarafından satış bedelinin başkasına devri hâlinde bedel borcunun ortadan kalkacağı hususunda bir anlaşma yapılmıştır. Kararda böyle bir bozucu koşul kararlaştırılmasının alacağın devrinin yasaklanması hukuki sonucunu meydana getireceği belirtilmektedir. Bu çerçevede de yapılan anlaşmanın alacağın üçüncü kişilere geçmesine engel olmayacağı ve borcun sona ermesi sonucunu meydana getiremeyeceği belirtilmektedir. Karar hakkında ayrıca bkz. Raber, s. 443.

Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu’nun devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini düzenleyen Art. 9 hükmünün hazırlık çalışmaları sırasında da eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmasıyla paralellik kurulduğu gözlemlenmektedir. Bu hususta, salt borçlandırıcı etkinin, piyasa ekonomisinin dayandığı prensiplerle ve eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması yönündeki temel prensiple uyumlu olduğu ifade edilmektedir⁸²⁶.

d. İşlem Güvenliğinin Korunması Amacına Dayanan Temellendirmeler Aleyhine ve Mutlak Etki Lehine Görüşler

(1) Devredilebilirlik Yönünden Alacak Hakkının Eşyadan Farklı Esaslara Tabi Olduğu Görüşü

Pactum de non cedendo ile *pactum de non alienando* arasında temel bir hususta farklılık bulunduğu, görüşü savunan yazarların bizzat kendisi tarafından, şöyle ifade edilmektedir: Lehine bir devri yasağı kararlaştırılan borçlu, devir konusu malvarlığı değerine, yani alacak hakkına, tasarruf yasağı lehtarının eşyaya karşı konumu ile karşılaştırıldığında, daha yakın bir konumda yer almaktadır. Eşyada, tasarruf yasağı lehtarı tipik olarak yalnızca mülkiyet hakkının belirli bir kişide kalmasında menfaat sahibidir; bunun dışında, anlaşmaya aykırı olası bir tasarruf yüzünden lehtarın içinde bulunduğu hukuki durum etkilenebilir değildir. Devir yasağı anlaşması yapılan ihtimalde ise durum muhtemelen başka türdür: Alacaklı tarafın değişmesi borçlunun içinde bulunduğu hukuki durumu kötüleştirebilir. Fakat, aynı yazarlara göre, *pactum de non alienando*’ya ilişkin prensibin kıyasen uygulanması için ileri sürülen gerekçeler, bu husustaki sakıncaları giderecek kadar önemli gözükmemektedir⁸²⁷.

Modern kanunlarda, kimi zaman açık bir hüküm vasıtasıyla kimi zamansa bir eşya hukuku prensibi gereği, taşınır ve taşınmazlar üzerinde sözleşme ile aynı etkili

⁸²⁶ Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 100; Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 103.

⁸²⁷ Seuffert, s. 109; Koziol, s. 118. Schlesinger’e göre (s. 15) Celle Temyiz Mahkemesi’nin “eşya hukukuna hâkim prensipler alacak haklarının hukuki yapısına öylece aktarılamaz” şeklindeki genellemesi doğrudur. Ancak mahkemece varılan bu genel yargıdan hareketle tasarruf yasağının hukuki etkisine ilişkin prensibinin alacağın devri yasağı bakımından kıyasen uygulanabilmesinin dahi mümkün olmadığı şeklinde bir sonuca varılamaz. Schlesinger’in sözünü ettiği karar için bkz. Seuffert’s Archiv, 1881, Bd. 36, N. 271 (Oberlandesgericht, Celle, 1.3.1881) ve ayrıca bkz. yukarıda s. 174’teki dn. 741.

bir tasarruf kısıtlaması oluşturulması yasaklandığı hâlde; alacak hakları bakımından böyle bir yasak öngörülmemiş olmasının hangi gerekçeye dayandığı öğretide şöyle açıklanmaktadır: Taşınır ve taşınmazlar bakımından öngörülen kısıtlamalar ciddi olumsuzluklara yol açarken, alacak hakları bakımından böyle bir olumsuzluk ya hiç yoktur ya da çok daha küçük boyutta ortaya çıkmaktadır. Alacak hakları, muaccel hâle gelmelerine kadar geçen sınırlı sürenin sonuna ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, alacak haklarına ilişkin devredilemezlik itirazı çok sınırlı bir süre için mevcuttur. Eşyada ise bu süre çok daha uzun hatta belirsizdir⁸²⁸. Eşya, doğası gereği, süresiz olarak insanlığın ihtiyaçlarına yarayabilen bir varlıktır. Alacak hakkı ise kısa bir süre için ve sadece tarafların iradesi ile varlık kazanabilen, alacaklı ile borçlu arasındaki görünmez bir bağıdır. Hukuk düzeni, eşyanın tasarruf kabiliyetinin sözleşme ile sınırlandırılmasının önüne geçmeye; bu sayede insanlar tarafından arzu edilen şekilde yararlanılabilir olmasını sağlamaya çalışmaktadır. Soyut bir tasarımı ifade eden ve kısa bir süre için varlık kazanan alacak hakkı bakımından ise aynısı geçerli değildir⁸²⁹.

Buna ek olarak, alacak haklarının, fiziksel eşyalardan farklı olarak, kendiliğinden bir değer ifade etmediğine, yalnızca bir edimin ifasına yönelmiş oldukları için bir malvarlığı değeri taşıdıklarına dikkat çekilmektedir. Zira, borcun konusu edimin bir malvarlığı değeri olduğu ölçüde, alacağın bir malvarlığı değeri taşıdığından ve devredilebilirliğine ilişkin bir menfaat bulunduğundan söz edilebilmektedir. Bu çerçevede, alacak hakkının kendisi devredilemez olsa bile, alacağın konusu edimin devredilebilirliği açısından herhangi bir engel söz konusu değildir. Sözleşme ile kararlaştırılan bir alacağın devri yasağı, edim konusu eşyanın devredilebilirliği açısından işlem hayatında hiçbir değişiklik meydana getirmeyecektir. Sözleşme ile devredilemez kılınmış bir alacak hakkı dahi edimin konusu eşyanın mülkiyetinin başkasına devrini sağlamayı amaçlamaktadır⁸³⁰.

⁸²⁸ Brütt, s. 32; Martin, s. 18.

⁸²⁹ Brütt, s. 32; Mayrhofer, II, s. 170. Stegemann (s. 321) da benzer şekilde, eşyanın zaten var olduğunu, alacak hakkının varlık kazanabilmesi için ise borç ilişkisinin taraflarınca yaratılmasının gerekli olduğunu belirtmektedir.

⁸³⁰ Holzner, s. 498. Alacak haklarının hukuk düzeninde birer malvarlığı konusu olarak değerini, belirli bir değere sahip bir eşyanın tesliminin borcu konusunu oluşturması dolayısıyla kazanabileceği yönünde: Bydlinski, s. 125, s. 133. Malvarlığı değeri teşkil eden yönü nedeniyle, alacak kavramı ile eşya kavramı arasında paralellik kurulmasının alacak üzerinde mülkiyetten bahsedilmesi gibi bazı aşırıya kaçan yan etkilere de yol açtığı görüşü için bkz. Engin, s. 8.

Alacaklı ile borçlu arasında yapılan *pactum de non cedendo*'nun değil, alacaklı ile borçlu dışındaki bir üçüncü kişi arasında yapılan ve alacaklının alacağı başka kimseye devretmeyeceği taahhüdünde bulunduğu anlaşmanın *pactum de non alienando*'ya daha uygun bir örnek teşkil ettiği vurgulanmaktadır⁸³¹. Bir alacak hakkı devredilebilir olarak yaratılmışsa, alacaklının, borçlu dışındaki bir üçüncü kişiyle yaptığı herhangi bir anlaşma ile alacağın devredilebilirlik özelliğinin ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir⁸³². Gerçekten de alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan böyle bir anlaşmanın alacağın devrine engel olmayacağı, yalnızca bir tazminat borcunun doğmasına sebep olabileceği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁸³³.

(2) Alacağın Devrinde Eşya Üzerindeki Tasarruflara Eş Düzeyde İşlem Güvenliği Koruması Sağlanmasının Mümkün Olmadığı Görüşü

Alacağın devri özgürlüğünün sözleşme ile engellenebilmesi hâlinde işlem güvenliğinin bundan olumsuz etkileneceği görüşüne şöyle cevap verilmektedir:

Alacağın devri işlemi genel olarak bakıldığında devralan yönünden çeşitli riskler barındırmaktadır. Devir konusu alacak hakkında bir devir yasağı kararlaştırılmış olması ihtimali devralanın göz önünde tutması gereken risklerden sadece biridir. Devir konusu alacak hakkı başka birçok nedenden ötürü ayıplı olabilir ve devralanın bunları bilmemesi zarara uğramasına yol açabilir⁸³⁴. Örnek olarak, devir konusu alacağın hiç mevcut olmaması, ifa veya ibra ile sona ermiş olması ya da bir geciktirici koşula bağlı olması hâlinde de devralanın borçluyu ifaya zorlayabilmesi mümkün olmayacaktır⁸³⁵. Devralanın bu hususlarda bilgi sahibi olmaması, borçlunun devralana yöneltebileceği savunmalar bakımından hiçbir değişiklik yaratmamaktadır. Örneğin, devralanın, geciktirici koşula bağlı bir alacak hakkını, koşula bağlı olmadığı inancıyla devralmış olması, borçluyu sanki koşul gerçekleşmişçesine ifaya zorlayabilmesine olanak

⁸³¹ Brütt, s. 30.

⁸³² Holzner, s. 497.

⁸³³ Bkz. s. 134.

⁸³⁴ Gellner, s. 4.

⁸³⁵ Holzner, s. 500.

vermez. Borçlu koşulun henüz gerçekleşmediğini ileri sürerek devralana ifadan kaçınabilir⁸³⁶. Diğer yandan, devir konusu alacak hakkında bir devir yasağı kararlaştırılmış olması ihtimali, kesinlikle, devir konusu alacağın daha önce başkasına devredilmiş olması ihtimalinden daha büyük bir risk değildir⁸³⁷. Alacağın devrinin beraberinde getirdiği risklerin çeşitliliği dikkate alındığında, işlem güvenliği yönünden mutlak etki doğuran devir yasağı kayıtlarına karşı özel bir korumaya başvurulmasına ihtiyaç yoktur⁸³⁸. Devredilen alacağın varlığına olan güvenin genel olarak korunmadığı bir hukuk düzeninde, alacağın devredilebilirliğine olan güvenin özel olarak korunması pek anlaşılır olmayacaktır⁸³⁹.

Eşyadan farklı olarak, alacak haklarının belirli bir asgari içeriğe sahip olması zorunlu değildir, içeriği taraflarca serbestçe tasarlanabilir⁸⁴⁰. Bu serbestiden ileri gelen risklerin devralan tarafından her zaman göz önünde tutulması gerekmektedir. Belirli bir alacağı devralmak isteyen kimsenin, söz konusu alacak hakkında bir devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığını önceden araştırması, hatta, bu hususu belirlemek amacıyla doğrudan borçluya başvurması tedbirli bir davranış olur. Borçluya, alacak hakkının mevcut olup olmadığını ve borçlunun savunmalarından muaf olup olmadığını sorarak üzerindeki rizikoyu azaltabilir⁸⁴¹.

Ayrıca, alacağın dayandığı sözleşmenin genel işlem koşulu içermesi halinde, genel işlem koşullarının tek tek incelenerek devir yasağı anlaşmasının mevcut olup olmadığının araştırılmasının kredi veren (devralan) konumundaki üçüncü kişiler nezdinde yerine getirilmesi güç bir külfet oluşturduğu eleştirisi⁸⁴² de abartılı bulunmaktadır. Çünkü, bu kişilerin zaten her somut durumda, kredi verip vermeme konusunda karara varmadan önce, teminat olarak sunulan alacakların dayandığı sözleşmedeki ge-

⁸³⁶ Mayrhofer, II, s. 171. Alacağın devrinde devralanın iyiniyeti kural olarak korunmuş olmadığı için, devralanın bu tür defilerin varlığını bilmemesinin bir önemi bulunmadığı konusunda bkz. Engin, s. 38. Gellner'e göre (s. 7), taşınırlarda iyiniyetin korunmasına ilişkin yaklaşım, alacak haklarının kazanımında aynı şekilde benimsenmiş olsaydı, şu sonuçlara varılacaktı: Alacağı devralan, devir anında, devir konusu alacak hakkının mevcut olmadığı, sona ermiş olduğu ya da geciktirici koşula bağlı olduğu hususlarında iyiniyetli ise kazanımı korunacaktı ve borçluyu ifaya zorlayabilecekti.

⁸³⁷ Gellner, s. 8.

⁸³⁸ Gellner, s. 8; Holzner, s. 500-501; Mayrhofer, II, s. 171.

⁸³⁹ Bydlinski, s. 124.

⁸⁴⁰ Holzner, s. 500-501.

⁸⁴¹ Swoboda, s. 139; Gellner, s. 8; Holzner, s. 501.

⁸⁴² Bkz. s. 188.

nel işlem koşullarını incelemesi gerekmektedir. Bu inceleme muhtemel risklerin öngörülebilmesi bakımından her somut durumda yerinde getirilmesi zorunlu bir prosedürdür. Bugün bir kanun değişikliği yapılsa ve devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurmayacağı emredici bir hükümle düzenlenecek olsa, gelecekte de kredi veren kişilerce, aynı inceleme yapılmaya devam edilecektir. Bu hususta, kredi veren üçüncü kişiler nezdindeki iş yükünü hafifleten aslında şu olmaktadır: Aynı sektörde ticari faaliyette bulunanlar birbirlerine oldukça benzer içerikte genel işlem koşullarına başvurmaktadır; bu sayede hangi sektörde devir yasağı kayıtlarına yer verildiği öngörülebilmektedir. Kredi veren konumundaki üçüncü kişiler genel işlem koşulları arasında bir devir yasağı mevcut olup olmadığı konusundaki incelemesini, genellikle, genel işlem koşullarını baştan sona tek tek okuyarak değil, daha ziyade, o koşulları düzenleyen borçlunun kim olduğuna bakarak gerçekleştirmektedir⁸⁴³.

2. Alacağın Devri Özgürlüğünün Azami Ölçüde Temin Edilmesi Amacına Dayanılarak Temellendirilmesi

a. Alacağın Devri Özgürlüğünün Borçlunun Menfaatleri Karşısında Üstün Tutulması Gerektiği Görüşü

(1) Borçlunun Korunması Açısından Salt Borçlandırıcı Etkinin Yeterli Olduğu Görüşü

(a) Müsterek Hukuktaki Görüşler

Seuffert, bir taraftan *pactum de non cedendo*'nun mutlak etkisine özellikle işlem güvenliğinin korunması temelinde karşı çıkarken, diğer taraftan borçlunun böyle bir anlaşma yapılmasında, çoğu hâlde, gerçek bir malvarlığı menfaati bulunduğunu da vurgular. Yazara göre, mutlak etki görüşüne karşı çıkarken gerekçeyi kesinlikle malvarlığı menfaati eksikliğinde aramamak gerekmektedir. Bu çerçevede, alacağı bir *pactum de non cedendo*'ya aykırı olarak devreden, borçlunun uğradığı doğrudan ve dolaylı menfaat ihlalinin tamamını tazminle sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir⁸⁴⁴.

⁸⁴³ Gullifer, s. 58.

⁸⁴⁴ Seuffert, s. 102, s. 107.

Attenhofer, (sonradan kararlaştırılan *pactum de non cedendo* açısından) mutlak etkinin kabul edilmesi hâlde, alacağın borçlunun katılımı gerekmeksizin devredilebilmesi temel prensibi ile çelişki ortaya çıkacağı görüşündedir⁸⁴⁵. Yazar, alacağın devrinde borçlunun durumunu fiili ve hukuki olmak üzere iki açıdan ele alarak, alacağın devri yüzünden borçlunun fiili durumunda bir kötüleşme meydana gelebileceğini ve bu kötüleşmenin *pactum de non cedendo*'ya aykırı bir devirden kaynaklanması hâlinde, borçlu lehine bir tazminat talebine imkân verebileceğini kabul eder⁸⁴⁶. Buna karşılık, alacağın devrinin borçlunun hukuki durumunda herhangi bir kötüleşme meydana getiremeyeceğini, bu yüzden *pactum de non cedendo*'nun alacağın devrine engel olmaması gerektiğini savunur. Yazara göre, döneminin hukuk öğretisinde, mutlak etki teorisini temellendirmek amacıyla borçlunun durumunun alacağın devri yüzünden değişmesi veya kötüleşmesinden söz edilen hâllerde, borçlunun hukuki durumuna ilişkin olanlardan ziyade, borçlunun içinde bulunduğu somut olayın koşullarına göndermede bulunmaktadır. Bu anlamda, *pactum de non cedendo*'ya başvurma gerekçesi olarak, genellikle, borçlunun ya alacağın devri yüzünden kredi itibarının zedelenmesinden ya da borcun ifasında, devralanın, devreden kadar anlayışlı olmayabileceğinden çekindiği ifade edilmektedir. Attenhofer'e göre her iki hâlde de alacağın devri yüzünden etkilenebilecek olan yalnızca borçlunun içinde bulunduğu somut koşullardır. Devir konusu alacak hakkı göz önüne tutulduğunda, borçlunun hukuki durumu bakımından herhangi bir değişik veya kötüleşme söz konusu olmamaktadır. Borçlunun fiili durumunun kötüleşmesine yol açan koşullara dayanılarak alacağın devredilemezliğini destekleyici bir gerekçe türetilemez. Yazara göre, alacağın devredilebilirliğinin böyle bir gerekçe ile engellenebilmesinin doğal sonucu, alacağın devri kurumuna hukuk hayatımızda hiç yer vermemek olacaktır⁸⁴⁷.

Hukuki durum ve fiili durum şeklindeki ayrım Schlesinger'in tezinde de mevcuttur. Yazara göre, örneğin, alacağın devri ile borçlunun itibarının ciddi şekilde zarar görebileceği doğrudur. Ancak, alacaklı, alacağı devretmeyip bunun yerine bir üçüncü kişiye alacağı tahsil için temsil yetkisi verdiği zaman da borçlunun itibarı eşit şekilde

⁸⁴⁵ Borç ilişkisinin kuruluşundan sonra yapılan *pactum de non cedendo* bakımından bu yönde: Attenhofer, s. 270.

⁸⁴⁶ Attenhofer, s. 274. Ayrıca bkz. yukarıda s. 193.

⁸⁴⁷ Attenhofer, s. 278.

sarsılmaktadır. Dolayısıyla, aynı olumsuzluk alacağın devri dışındaki başka bir hukuki işlem yüzünden de meydana gelebilmektedir. O hâlde, bu örnek bakımından, borçlunun hukuki durumunun alacağın devri yüzünden kötüleştiği söylenemeyecektir. Borçlunun itibarının sarsılması, borçlunun hukuki durumunda alacağın devrinden kaynaklanan bir kötüleşme sayılmayacağı için, buna dayanılarak alacağın devredilemezliği için yeterli bir gerekçe türetebilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁴⁸. Schlesinger'e göre, *pactum de non cedendo*'ya aykırı alacak devri geçerli sayılmalı; bununla birlikte devreden borçlunun devir yüzünden uğradığı zararı tazminle yükümlü olmalıdır⁸⁴⁹.

(b) Modern Hukuktaki Görüşler

Salt borçlandırıcı etki teorisinin modern hukuktaki savunucularına göre, kanunun alacağın devrine ilişkin düzenlemelerinde borçlunun korunması prensibi çerçevesinde öngörülen tedbirler, kural olarak, borçluyu alacağın devrinin olumsuz etkilerine karşı korumak için yeterlidir. Bu yüzdendir ki, hukuk düzeni alacağın devri özgürlüğünü prensip olarak kabul etmektedir⁸⁵⁰.

Bir görüşe göre, alacaklı değişiminin muhasebe açısından yaratacağı güçlükler borçlunun alacağın devrini engellemekteki haklı menfaati olarak değerlendirilemez. Bunlar borçlu tarafın dürüstlük kuralına göre katlanması beklenen birtakım rahatsızlıklardır⁸⁵¹. Benzer şekilde, borçlunun borçtan ibra edileceği yönündeki ümidini ala-

⁸⁴⁸ Schlesinger, s. 9-10.

⁸⁴⁹ Schlesinger, s. 25-26.

⁸⁵⁰ Koziol, s. 122; von Falkenhayn, s. 132; Girsberger/Hermann, s. 336-337; OR²⁰²⁰- Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 13. Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 hükmünün hazırlığı sürecinde de bu yaklaşım belirleyici olmuştur. Bkz. Report of the Working Group, A/CN.9/420, N. 64; Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 229. Konvansiyon'un Art. 9 hükmü şu varsayımı esas almaktadır: Borçlu taraf, eğer sözleşmeye bir devir yasağı kaydı dâhil etmeye yetecek ölçüde yüksek bir pazarlık gücüne sahip ise o hâlde devrin meydana getireceği muhtemel olumsuz etkilere karşı da kendisini koruyabilmelidir. Bkz. Spiros V. Bazinas, "Multi-Jurisdictional Receivables Financing: UNCITRAL's Impact on Securitization and Cross-Border Perfection", **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 12, 2002, s. 365-387, s. 373; Spiros V. Bazinas, "Key Policy Issues of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 2003, s. 275-301, s. 287.

⁸⁵¹ Hadding/van Look, s. 10. Hadding/van Look (s. 10)'a göre günümüzde yazılım teknolojisi sayesinde elektronik ödeme yöntemlerinin her geçen gün gelişmekte olması, örneğin, bilgisayar sistemine yalnızca bir veri girişi yapılarak ödemenin gerçekleştirilebilir olması, alacaklı değişimine bağlı meselelerin çözümünü günümüzde daha da pratik hâle getirmektedir.

cağın devri sonucu yitirmesi hâlinde de borçlunun hukuki durumunun kötüleşmesinden söz edilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁵². Bunlardan farklı olarak, borçlunun hukuki durumunun gelecekteki takas olanaklarının kaybedilmesi üzerine kötüleşebileceği saptaması genellikle haklı bulunmaktadır⁸⁵³. Gerçi bir görüş tarafından, gelecekteki takas olanağının kaybı hâlinde dahi o kadar önemli bir menfaat ihlali ortaya çıkmayabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, takas olanağının korunmasındaki menfaatin yüksekliliği, somut olayın koşullarına, özellikle alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkinin türüne ve bununla bağlantılı olarak karşı alacakların doğması ihtimalinin ne kadar yüksek olduğuna göre değişmektedir. Başka bir sebepten karşı alacakların doğması beklenebilen hâllerde genellikle taraflar arasında sürekli bir ticari ilişki mevcuttur. Böyle bir ilişkide ise genellikle bir cari hesap kararlaştırılmış olacaktır. Cari hesap kararlaştırılmış olması zaten alacağın devrine başlı başına bir engeldir⁸⁵⁴.

Borçlunun bir devir yasağı kararlaştırılmasında haklı menfaatleri bulunsa bile, her hâlde bunun tek başına mutlak etki lehine geçerli bir dayanak oluşturamayacağı da öğretide ileri sürülmektedir⁸⁵⁵. Bu görüşe göre, borçlunun menfaatleriyle birlikte devir yasağı anlaşmasının karşı tarafındaki alacaklının, aynı zamanda devralan konumundaki ve devredenin ya da devralanın alacaklısı konumundaki üçüncü kişilerin menfaatlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu ancak menfaatler durumunun bir bütün olarak değerlendirilmesi yoluyla çözümlenebilir⁸⁵⁶. Bu değerlendirme kapsamında, işlem güvenliğinin korunması, alacaklının devir özgürlüğünün haksız sınırlamalara karşı korunması ve devir özgürlüğüne olan kamu menfaatinin korunması yönündeki düşünceler ortaya konularak, neticesinde, mutlak etki sonucunun adil olmadığı yargısına varmaktadır. Bu görüşe göre, salt borçlandırıcı etki kabul edilmesi ve borçlu lehine yalnızca bir tazminat

⁸⁵² Koziol, s. 121

⁸⁵³ Koziol, s. 122; Raber, s. 453; Hadding/van Look, s. 9; Schuhmacher, s. 281; von Falkenhayn, s. 118.

⁸⁵⁴ Schuhmacher, s. 281. Buna karşılık, Avusturya hukukunda, şüphe hâlinde alacağın devri özgürlüğünün geçerli olduğu, bu yüzden cari hesaba kayıtlı münferit bir alacak hakkının dahi serbestçe devredilebileceği görüşü de mevcuttur. Bkz. Klang/Wolff, § 1393, s. 295. Türk hukuku açısından cari hesaptaki devir engelinin niteliği hakkında bkz. s. 123 vd.

⁸⁵⁵ Koziol, s. 124.

⁸⁵⁶ Koziol, s. 117; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 9.

hakkı tanınması, borçlunun devir yasağı yüzünden ihlal edilen menfaatlerin korunması için yeterli olacaktır⁸⁵⁷.

Salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı anlaşmasına aykırılık üzerine doğan tazminat sorumluluğunun esasları şöyle açıklanmaktadır: Alacaklının borçlu ile arasındaki anlaşmaya rağmen alacağı başkasına devretmesi, şüphesiz, hukuka aykırı bir davranış teşkil eder. Alacaklı, bir alacağın devri yasağının mevcut olduğunu bildiği veya en azından bilmesi gerektiği için, her hâlde, devir yasağına aykırı davranmakta kusurlu sayılacaktır. Borçlu alacağın devri yüzünden bir zarara uğramışsa tazminat talebinin doğumu için gerekli tüm şartlar gerçekleşmiş olmaktadır. Somut bir alacağın devri işleminin borçlu nezdinde hiçbir zarara yol açmamış olması, borçlunun korunmaya değer hiçbir menfaati bulunmadığına dair en iyi delildir⁸⁵⁸.

Koziol'e göre, borçlu, alacağın devri yüzünden uğradığı zarara ilişkin tazminat talebini, devralana karşı (alacağın devri neticesinde artık devralana ifa ile yükümlü hâlde geldiği borcuna mahsup ederek) takas yoluyla ileri sürme olanağına sahiptir. Çünkü, borçlunun, anlaşmaya aykırı bir devir sonucu elde edeceği tazminat alacağı, devredene karşı alacağın devrini öğrendiği anda sahip olduğu bir karşı alacak niteliğindedir. Kanunda borçluyu koruyucu bir tedbir olarak öngörülen takasa ilişkin genel kural çerçevesinde, bu tazminat alacağına ilişkin olarak devralana karşı takas savunması yöneltilebilmesi mümkün olacaktır⁸⁵⁹.

Raber, bir devir yasağı anlaşmasına ayrılıktan doğan tazminatın kapsamı belirlenirken, alacaklının sözleşmeye aykırı davranışının ardında yatan saikin de dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Bu çerçevede, anlaşmaya aykırı devrin ne ölçüde acil bir gereksinimden kaynaklandığının değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Örnek olarak, alacaklı, kendisinin sebep olmadığı bir iflas hâlinin önüne geçmek için alacağı başkasına devretmiş olabilir. Yazara göre, borçluya ait menfaatin hafifliği ve

⁸⁵⁷ Koziol, s. 117-124; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 9. Koziol'e göre (s. 124), borçlunun menfaatlerinin, alacaklının ve üçüncü kişilerin menfaatlerine üstün tutulabileceği hâllerde dahi, mutlak etki lehine geçerli bir dayanak türetilmesi mümkün değildir.

⁸⁵⁸ Koziol, s. 124.

⁸⁵⁹ Koziol, s. 117, s. 125. Belirtilen takas savunması Avusturya hukukunda ABGB § 1442 hükmüne dayanmaktadır. Bkz. Schuhmacher, s. 281. Bu hükmün Türk hukukundaki karşılığını oluşturan BK 188/II hakkında bkz. yukarıda s. 147.

devredenin içinde bulunduğu koşulların güçlüğü, tazminat miktarının azaltılmasına veya tamamen kaldırılmasına yol açabilecektir⁸⁶⁰.

(2) Salt Borçlandırıcı Etkinin Alacağın Devri Özgürlüğünü Daha Hafif Düzeyde Sınırladığı Görüşü

Bydlinski, salt borçlandırıcı etki ile karşılaştırıldığında mutlak etki sonucunun alacaklının tasarruf özgürlüğünü daha ağır ölçüde sınırladığını ifade etmektedir⁸⁶¹. Çünkü, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğurması ihtimalinde, alacaklı, acil bir nakit gereksinimi ortaya çıktığında, sahip olduğu alacak hakkını ihtiyaç duyduğu krediye teminat oluşturmak amacıyla devrederek kullanabilme özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu açıdan, salt borçlandırıcı etki, anlaşmaya aykırı devrin tazminat borcu altına girme şeklinde bir bedeli olacak olsa bile, yine de, alacaklı üzerinde daha az baskı yaratmaktadır⁸⁶². Mutlak etki hâlinde, alacaklı, uğrunda tazminat ödemeyi tercih etse bile, devir yoluyla alacaktan yararlanma olanağına sahip olamayacaktır.

Ayrıca, Bydlinski, devir yasağı anlaşmasına aykırılığın sonuçlarının devreden ile devralan arasındaki ilişkiyi etkilemeyecek oluşu nedeniyle, salt borçlandırıcı etkisinin alacaklı üzerindeki yükü mutlak etkiye nazaran hafiflettiği düşüncesindedir. Çünkü, mutlak etki, alacağın devrinin geçersizliğine yol açarak, devredenin devralana karşı tazminat yükümlülüğü altına girmesine ve sıklıkla daha olumsuz bir sonuç olarak, devralanın (ve muhtemelen daha geniş bir iş çevresinin) devredenin güvenilirliği hakkında şüphe duymasına sebebiyet vermekte ve bu şekilde alacaklı üzerindeki yükün fark edilir düzeyde ağırlaşmasına yol açmaktadır⁸⁶³.

(3) Para Alacakları Bakımından Modern Hukuktaki Görüşler

Modern hukukta salt borçlandırıcı etki teorisinin önemli dayanaklarından biri, borçlunun menfaatlerini korumak amacıyla bir devir yasağı kararlaştırılması hâlinde alacaklının devir özgürlüğünün haksız biçimde sınırlandırılmış olacağı düşüncesidir. Alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin karşılaştırılmasına dayanan bu düşünce ticari

⁸⁶⁰ Raber, s. 453.

⁸⁶¹ Bydlinski, s. 131.

⁸⁶² Bydlinski, s. 131.

⁸⁶³ Bydlinski, s. 131.

ilişkilerden doğan para alacaklarının ekonomik olarak önem kazanması ile ortaya çıkmıştır⁸⁶⁴. Modern ekonomik gelişim, özellikle kredi sektörünün gelişimi, alacaklının ve aynı zamanda devralan konumundaki üçüncü kişilerin para alacakları üzerinde tasarruf özgürlüğünün korunmasına olan menfaatinin güçlenmesine sebep olmuştur⁸⁶⁵. Ticaret hayatında para alacakları kıymetli bir teminat konusu hâline gelmiştir. Bir ticari işletmenin sahip olduğu para alacaklarını ihtiyaç duyduğu krediyi elde etmek için teminat amaçlı kullanabileceği dikkate alındığında, alacağı devir özgürlüğünün ekonomik önemi daha iyi anlaşılmaktadır⁸⁶⁶.

Salt borçlandırıcı etki teorisini savunan yazarlara göre, borçlunun mutlak etkili bir devir yasağı ile korumayı amaçladığı, alacaklı olmayana ifa riskinin ortadan kaldırılması, muhasebe işlemlerinin basitleştirilmesi şeklindeki menfaatleri, alacaklının alacağı devir özgürlüğüne olan menfaati karşısında çoğu kez daha önemsiz düzeydedir⁸⁶⁷. Borçlunun bu tarz nispeten daha önemsiz menfaatlerinin bir devir yasağı ile mutlak etkili olarak korunması, alacaklının tasarruf özgürlüğü üzerinde aşırı baskıya yol açan, kimi zaman alacaklının ekonomik olarak bağlanması sonucu doğuran bir etki yaratmaktadır⁸⁶⁸. Sahip olduğu alacak hakları malvarlığında esaslı bir yer teşkil eden pek çok işletme için, bu durum, tasarruf özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁸⁶⁹.

Bu görüşe göre, borçlunun menfaatleri, alacaklının para alacağı üzerinde tam bir tasarruf özgürlüğüne sahip olma hakkı temel ekonomik menfaati karşısında, bugün artık öncelikli değildir⁸⁷⁰. Alacaklının para alacaklarını teminat amaçlı kullanabilmekteki menfaati 20. yüzyıldaki gelişim sonucu önem kazanmış ve bu gelişim, borçlar hukuku kodifikasyonlarının hazırlandığı 19. yüzyıl sonlarında geçerli olan ve mutlak

⁸⁶⁴ Bydlinski'ye göre (s. 126) mutlak etkiye karşı en güçlü argüman alacaklının menfaatlerinin önemini ortaya koyan menfaat analizidir.

⁸⁶⁵ Ulrich Drobnig, "Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag", **Verhandlungen des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages**, Bd. I, München 1976, s. F 4-99, s. F 78-79.

⁸⁶⁶ Drobnig, s. F 78; Koziol, s. 122. Benzer yönde: Bydlinski, s. 133.

⁸⁶⁷ Drobnig, s. F 78; Koziol, s. 122. Benzer yönde: Bydlinski, s. 126.

⁸⁶⁸ Koziol, s. 122.

⁸⁶⁹ Koziol, s. 122. Yazara göre, bu hâlde, mutlak etkili devir yasağı, alacaklının tasarruf özgürlüğüne vurulan bir kelepçe (*Knebelung*) etkisi doğurmaktadır. Türk hukuku bakımından bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. aşağıda s. 452 vd.

⁸⁷⁰ Drobnig, s. F 79.

etkiyi kabul eden düzenlemelerin esas aldığı menfaat dengesini değişikliğe uğratmıştır. Bugün itibarıyla kanun koyucunun borçlunun menfaatlerini üstün gören tavrı tartışmalı hâle gelmiştir. 19. yüzyıldaki anlayışın ürünü mutlak etkiyi kabul eden düzenlemelerin modern gelişim çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir⁸⁷¹.

(4) Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Bakımından Modern Hukuktaki Görüşler

Mutlak etkili devri yasağı kayıtlarının, genellikle para borçlusu konumundaki pazarlık gücü yüksek büyük işletmeler tarafından daha küçük ölçekteki işletmelere karşı niceliksel olarak daha yoğun biçimde kullanıldığı belirtilerek⁸⁷², taraflar arasındaki menfaat dengesi bu ihtimal bakımından özel olarak tartışmaya açılmaktadır⁸⁷³. Bu görüşün temel argümanı, küçük veya orta ölçekli bir işletmenin malvarlığındaki alacakları teminat amaçlı kullanabilmekteki menfaati karşısında borçlunun menfaatlerinin pek önemli olmadığı, bu yüzden taraflar arasında adil bir menfaat dengesinin bulunduğundan söz edilemeyeceği, bu tür kayıtların genellikle pazarlık gücü yüksek büyük ölçekli işletmeler tarafından sözleşmeye genel işlem koşulu olarak empoze edildiği, nakit sıkıntısı yaşayan küçük ve orta ölçekli işletmeler aleyhine etki doğurduğu şeklindedir.

Bu görüşe göre, alacaklı konumundaki küçük ve orta ölçekli işletmelerin alacaklarını kredi teminatı olarak kullanmaktaki menfaatleri hayati niteliktedir⁸⁷⁴. Çünkü bu kategoride yer alan işletmelerin çoğunluğu kronik bir sermaye zayıflığı içindedir ve bu durum sürekli bir yeniden finansman ihtiyacı yaratmaktadır⁸⁷⁵. Sipariş aldıkları işi tamamlayabilmek için krediye bağımlıdırlar ve genellikle alacak hakları dışında başka kredi teminatları yoktur⁸⁷⁶. Sahip oldukları alacakları teminat amaçlı devrederek

⁸⁷¹ Drobnig, s. F 78. Benzer yönde: Iro, s. 103.

⁸⁷² Bydlinski, s. 127; von Falkenhayn, s. 133.

⁸⁷³ Rolf Serick, **Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. II: Die einfache Sicherungsübertragung, Erster Teil**, Heidelberg 1965, s. 289; Girsberger/Hermann, s. 322.

⁸⁷⁴ Bydlinski, s. 127; Bernd Depping / Frank Nikolaus, "Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot auf dem Prüfstand ökonomischer Analyse des Rechts", **Der Betrieb**, 1994, H. 24, s. 1199-1203, s. 1203.

⁸⁷⁵ Schuhmacher, s. 283.

⁸⁷⁶ Serick, **Bd. II**, s. 289; Iro, s. 103; Bydlinski, s. 127.

kredi temin edebilmeleri ve faktoring yoluyla ivaz karşılığı devrederek nakit elde edebilmeleri mümkün olmaktadır. Tedarikçi veya yüklenici olarak faaliyet gösteren küçük ve orta ölçekli işletmeler alacağın devrinden yararlanarak elde ettikleri nakit ile malzeme satın alabilmektedir. Devir yasağı kararlaştırılan hâllerde, küçük ve orta ölçekli işletmeler bu imkânlardan mahrum kalmaktadırlar⁸⁷⁷. Bu durum, küçük ve orta ölçekli işletmelerin nakit sıkıntısının sebebini oluşturmaya yetmese de her hâlde bu sıkıntının güçlenmesine yol açmaktadır⁸⁷⁸.

Bu çerçevede özellikle gelecekteki para alacaklarından yararlanabilmekte menfaat sahibi oldukları ifade edilmektedir⁸⁷⁹. Gelecekteki alacaklara ilişkin olarak devir yasağı kararlaştırılan durumda, alacaklı konumundaki küçük veya orta ölçekli işletmenin, aslında alacağının muaccel olacağı tarihe kadar geçecek süre için müşterisine bir kredi sağlamış gibi olduğuna, buna karşılık, sahip olduğu alacağı kendisi için finansman amaçlı olarak kullanabilme olanağından mahrum kaldığına dikkat çekilmektedir⁸⁸⁰. Devir yasağı anlaşmasının uzun ödeme süreleri ile kombine edildiği veya geç ödeme olgusu ile birlikte ortaya çıktığı ihtimallerde⁸⁸¹ sorun daha büyüktür. Borçlandığı edimi önce ifa yükümlülüğü altında olan ve para alacağını tahsil için vade tarihine kadar uzun süre beklemesi gereken, bu nedenle hâlihazırda zaten nakit sıkıntısı içinde bulunan küçük ve orta ölçekli işletmelerin, bir de devir yasağı yüzünden sahip olduğu alacağı finansman elde etmek için kullanma (örneğin, kredi için teminat amaçlı olarak

⁸⁷⁷ Hadding/van Look, s. 16; Canaris, *Abtretungsverbot*, s. 9.

⁸⁷⁸ Schuhmacher, s. 283.

⁸⁷⁹ Schuhmacher, s. 283.

⁸⁸⁰ Blaurock, s. 333-334; Schuhmacher, s. 283; von Falkenhayn, s. 133.

⁸⁸¹ Türk hukukunda, TK 1530/V gereği, alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz. Ayrıca TK 1530/VII hükmünde belirtilen sıfatları haiz alacaklılara yapılan geç ödemelerde uygulanacak temerrüt faizi oranının 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca ticari işlere uygulanan temerrüt faizi oranından en az yüzde sekiz fazla olması gerektiği düzenlenmektedir.

veya bir ivaz karşılığında bir faktoring kuruluşuna devretme⁸⁸² ya da menkul kıymetleştirme) imkânı olmadığında, çoğunlukla ödeme güçlüğü içine düştükleri belirtilmektedir⁸⁸³.

Bu sorunun, para borçlusunun pazardaki gücü ne kadar yüksekse, o kadar ciddi boyuta ulaştığı vurgulanmaktadır⁸⁸⁴. Küçük ve orta ölçekli işletmelerin, ekonomik olarak kendilerinden daha güçlü olan para borçlusu konumundaki büyük ölçekli işletmelere tek başlarına karşı koyamadıkları ifade edilmektedir⁸⁸⁵. Bu görüşe göre, küçük ve orta ölçekli işletmeler, özellikle, yürüttükleri ticari faaliyetin devamlılığı için pazardaki güçlü müşterilerin talepte bulunmalarına ekonomik olarak bağımlı oldukları ihtimalde, kendi aleyhlerine olan devir yasağı kayıtlarını, müşterilerini kaybetmemek uğruna, yeniden finansman olanaklarından mahrum kalmak pahasına, kabule zorlanmaktadır⁸⁸⁶. Bu şekilde bir devir yasağı kararlaştırılan hâllerde küçük ve orta ölçekli işletmelerin ekonomik faaliyet alanı ve karar alma özgürlüğü şiddetli bir biçimde sınırlandırılmış olmaktadır⁸⁸⁷. Üstelik, bir devir yasağı empoze edecek güçteki müşterilere yönelik parasal alacaklar özellikle teminat konusu olarak veya faktöre devredilerek kullanılmaya çok elverişli niteliktedir. Çünkü, bu alacakların borçlusu, büyük ölçekli ticari işletme gibi, sıra dışı ölçüde güvenilir ve ödeme gücü yüksek kişilerdir⁸⁸⁸.

Alacaklının kendi malvarlığında bulunan alacak haklarına erişiminin ve kredi teminatı ya da finansman aracı olarak kullanımının, pazarda güçlü konumda yer alan

⁸⁸² Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun hazırlık çalışmaları sırasında, faktoring yoluyla finansman ihtiyacını gidermek olanağından mahrum kalan tedarikçi tarafın sıklıkla bir küçük veya orta ölçekli işletme olduğu ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın temsilcilerinin paylaştığı bu görüş Almanya tarafından da desteklenmiştir. Bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264 ve s. 268.

⁸⁸³ Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BlgNR 22. GP 2. Alacaklı konumundaki tedarikçinin büyük çapta hammadde satın alması gerekiyorsa veya hammadde satın aldığı kendi tedarikçisine daha kısa vadede para borcunu ifa etme yükümlülüğü altındaysa nakit sıkıntısının ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. Müller-Chen, s. 906. Benzer yönde: IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8. Hareket yetenekleri açısından nakit birikiminin büyük önem taşıdığı küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin, devir yasağı ile alacakların nakit hâle getirilmesinin engellenmesi yüzünden büyük zarara uğrayabildiği şeklinde: Şener, s. 88.

⁸⁸⁴ Schuhmacher, s. 283; Depping/Nikolaus, s. 1203.

⁸⁸⁵ Serick, **Bd. II**, s. 289; Drobnig, s. F 78-79; Häusler, s. 183. Ayrıca bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264 ve s. 268.

⁸⁸⁶ Hadding/van Look, s. 16; Schuhmacher, s. 283. ABGB § 1396a hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BlgNR 22. GP 2.

⁸⁸⁷ Hadding/van Look, s. 16; von Falkenhayn, s. 134.

⁸⁸⁸ Blaurock, s. 331; von Falkenhayn, s. 133.

borçlunun (örneğin bir büyük ölçekli işletmenin) salt keyfi dayatması yüzünden engellendiği ileri sürülmektedir⁸⁸⁹. Uygulamada, alacaklı tarafından, borçluya devir yasağının kaldırılması teklifi yöneltilen, borçludan devre onay vermesi istenilen özel durumlarda dahi, alacaklının bu isteklerinin borçlu tarafından keyfi biçimde ya geri çevrildiği ya da gecikmeli olarak değerlendirmeye alındığı belirtilmektedir⁸⁹⁰. Bir görüşe göre, hukuk düzeninin devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanınması, ekonomik olarak güçlü tarafın onlara bağımlı konumda olan küçük ve orta ölçekli işletmelerin kredi ve finansman olanaklarına böyle keyfi biçimde, sahip oldukları gücü kötüye kullanarak müdahale edebilmelerine fırsat yaratmaktadır⁸⁹¹. Her büyük ölçekli işletmenin pazar gücünü kötüye kullandığı elbette söylenemez. Ancak, pazar gücünün kötüye kullanılması ihtimali potansiyel olarak her zaman mevcuttur⁸⁹² ve bu potansiyelin varlığı, yalnızca alacaklıların değil alacağı devralmak isteyen üçüncü kişilerin de malvarlığı menfaatini tehdit etmektedir⁸⁹³.

b. Alacağın Devri Özgürlüğünün Sözleşmeden Kaynaklanan Engellere Karşı Korunmasının Kamu Menfaati Gereği Olduğu Görüşü

(1) Müşterek Hukuktaki Görüşler

Seuffert, 1868 tarihli makalesinde, alacağın devri özgürlüğünün sözleşme ile sınırlandırılması sorununu kamu menfaati yönünden de irdelemektedir. Yazar, döneminin hukuk hayatında, malvarlığı değerlerini olabildiğince kısıtlamalardan kurtararak devir kabiliyeti tanıma yönünde göz ardı edilemez bir çaba bulunduğunu, bu çabanın bilhassa kıymetli evrak ve taşınırlarda mülkiyetin kazanılmasına ilişkin temel prensiplerde dışa vurulduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, alacağın devir kabiliyetinin sözleşme ile ortadan kaldırılabileceği düşüncesinin, dönemine ait işlem hayatı gereklilikleriyle uyumlu olmadığı kanaatine ulaşmaktadır⁸⁹⁴. Seuffert'e göre, *pactum de non*

⁸⁸⁹ Drobnig, s. F 78-79.

⁸⁹⁰ Drobnig, s. F 79; Hadding/van Look, s. 16; Müller-Chen, s. 906.

⁸⁹¹ **Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Allgemeines Schuldrecht, §§ 241-432**, Luchterhand 1980 = AK-BGB/Ott, § 399, N. 2.

⁸⁹² Depping/Nikolaus, s. 1203.

⁸⁹³ von Falkenhayn, s. 136; Bette, FLF 1993, 139.

⁸⁹⁴ Seuffert, s. 106.

cedendo'ya mutlak etki tanındığı takdirde, piyasada oldukça baskılayıcı bir kısıtlama meydana geleceği hemen fark edilebilir⁸⁹⁵. Alacak hakkının temsil ettiği malvarlığı değeri, bireylerin özel iradesi ile sıradan bir sözleşme yapılarak dolaşım kabiliyetinden mahrum bırakılamamalıdır. Aksi takdirde, böyle atıl malvarlığı değerleri yüzünden işlem hayatının baskılayıcı bir biçimde önü tıkanacaktır⁸⁹⁶.

(2) Modern Hukuktaki Görüşler

Modern hukukta, mutlak etkili devir yasağının kamu menfaatini ilgilendiren yönünün, özellikle, büyük ölçekli işletmeler tarafından genel işlem koşulu olarak yaygın biçimde kullanılması nedeniyle ortaya çıktığı belirtilmektedir⁸⁹⁷. Alacağın devri yasağının genel işlem koşulları arasında geniş biçimde kullanılmasının ekonominin geneline yönelik olumsuz etkilerine, Alman hukukunda, oldukça erken bir tarihte işaret edilmiştir. Alman İmparatorluğu Finans Bakanlığı 1936 tarihli bir genelgede ve 1937 tarihli bir kararnamede kamu kuruluşları tarafından alacağın devri yasaklarına mümkün olduğunca sınırlı başvurulması gerektiğini buyurmuştur⁸⁹⁸. Ayrıca, üst düzeydeki ekonomi kuruluşları pek çok defa ilgili çevreleri alacağın devri yasaklarından kaçınmaya çağırmıştır⁸⁹⁹. Serick, 1965 yılında, yine bu kaynaklara atıfta bulunarak, devir yasağı kayıtlarının ekonomik olarak arzu edilir olmadığı hususunun geniş çevrelerce kabul edildiğini belirtmektedir⁹⁰⁰. Buna rağmen, devir yasakları uygulamada genel işlem koşulu olarak yaygın biçimde kullanılmaya devam etmiştir.

⁸⁹⁵ Seuffert, s. 105-106.

⁸⁹⁶ Seuffert, s. 106. Attenhofer (s. 279) de borç ilişkisinin kuruluşundan sonra kararlaştırılan mutlak etkili bir devir engelinin işlem hayatının gerekliliklerine aykırı düşeceğini belirtmektedir.

⁸⁹⁷ Söz konusu yaygın kullanım alanı hakkında: Hadding/van Look, s. 15-16; EBJs/Wagner, § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8; Michael Eckert, "Teilweise Unwirksamkeit von Abtretungsverboten: der neue § 354a HGB", **Deutsches Steuerrecht**, 1995, s. 851-854, s. 851; Hans Kuhn, "Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht", **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 3/2002, s. 129-142, s. 134. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6'nın hazırlığı sırasında bu yönde: Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I./S.R.16, s. 264 ve s. 268.

⁸⁹⁸ Serick, **Bd. II**, s. 289, dn. 96; Hadding/van Look, s. 16, dn. 132.

⁸⁹⁹ Bu çağırışı bildiren kaynaklar hakkında bkz. Matthias Blaum, **Das Abtretungsverbot nach 399 2. Alt. BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr**, Frankfurt am Main 1983, s. 220, dn. 55; Hadding/van Look, s. 16, dn. 133.

⁹⁰⁰ Serick, **Bd. II**, s. 289. Alman Federal Mahkemesi 1968 tarihli bir kararında (BGHZ 51, 113= WM 1969, 114) Serick'e ait bu ifadeyi benimsemektedir: Bir tarafta alacaklının, alacağın devri yoluyla para veya mal ödünç elde etmekteki menfaatinden devir yasağı yüzünden mahrum kalmasını; diğer tarafta, ödünç verenin devri sözleşme ile engellenmiş bir alacağı teminat olarak devralabilme

Bir görüşe göre, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı kavramı, başta, alacağın devri özgürlüğü prensibine ilişkin bir istisna olarak tasarlanmışken; genel işlem koşulu olarak böyle yaygın bir kullanım tarzının ortaya çıkması ve yargı kararlarında genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağı kayıtlarının borçlunun korunmaya değer menfaatlerine atıfta bulunularak içerik denetimine göre geçerli kabul edilmesi⁹⁰¹ yüzünden, artık bir istisna olmaktan çıkıp genel kural hâline dönüşmüştür⁹⁰². Üstelik, bu dönüşüm ekonomik düzenin dayandığı koşulların gelişimi neticesinde ortaya çıkmış değildir. Güçlü konumdaki müşteri grubunun bazı özel menfaatlerinin korunması amacıyla ve daha zayıf konumdaki üretici, tedarikçi ya da yüklenici küçük ve orta işletmelerin alacağın devri özgürlüğüne olan birincil menfaatlerini zarar uğratmak pahasına, güç dengesizliğinin bir sonucu olarak, böyle bir dönüşüm gerçekleşmiştir⁹⁰³.

Genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasakları ile ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının önemli bir kısmının ekonomik olarak kullanılamaz hâle getirilmesi yüzünden, alacaklının yanı sıra üçüncü kişilerin malvarlığı menfaatinin zarar görebildiği ifade edilmekte ve bu kamu menfaatini ilgilendiren bir sorun olarak takdim edilmektedir⁹⁰⁴. Öğretide, genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağı kayıtlarının işlem güvenliğini ilgilendiren sakıncaları bulunduğu ve bunun kamu menfaatine aykırı olduğu şeklindeki eleştiriler bulunduğu yukarıda açıklanmıştır⁹⁰⁵. Bu eleştirilere ek olarak, alacaklı ve borçlu dışındaki üçüncü kişilerin malvarlığı kazanımının çeşitli açılardan engellediği fikri de savunulmaktadır: Örneğin, alacaklının, sahip olduğu alacakları teminat veya faktoring amaçlı devretme olanağından mahrum kalmasının, dolaylı olarak, banka veya faktoring kuruluşu sıfatına sahip üçüncü kişinin teminat menfaatini veya malvarlığı kazanımı menfaatini olumsuz etkilediği belirtilmektedir⁹⁰⁶. Bu çerçevede, mutlak etkinin hukuk düzeni tarafından genel olarak tanınmasının bankacılık ve

riski altında olmasını, devir yasağının arzu edilmeyen etkileri olarak değerlendirilmektedir. Bu tarz arzu edilmeyen etkileri nedeniyle, kamu idarelerinin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde yer alan devir yasaklarının azaltılması gerektiğini ifade etmektedir.

⁹⁰¹ Bu uygulama hakkında bkz. s. 463 vd.

⁹⁰² Hadding/van Look, s. 17; von Falkenhayn, s. 132.

⁹⁰³ von Falkenhayn, s. 132.

⁹⁰⁴ Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BlgNR 22. GP 1.

⁹⁰⁵ Bkz. s. 188.

⁹⁰⁶ Hadding/van Look, s. 16.

factoring sektörünün kazanç fırsatlarını sınırlandırarak gelişimini sektöre uğrattığı⁹⁰⁷, ayrıca alacak finansmanı kurumuna karşı ciddi bir tehdit oluşturduğu ileri sürülmektedir⁹⁰⁸. Bu görüşe göre, faaliyet alanı, ticari işletmelerin nakit açıklarını para alacaklarını devralmak karşılığında kapatmak olan factoring kuruluşlarının kazanç fırsatları, mutlak etkili devir yasakları dolayısıyla bankalara göre daha da fazla sınırlandırılmaktadır. Çünkü bankalar, kredi teminatı olarak en azından taşınır veya taşınmaz rehni gibi konusu alacak hakkı olmayan başka teminatlar elde edebilmektedir. Factoring kuruluşları açısından ise böyle bir olanak yoktur⁹⁰⁹. Bu yüzdendir ki, genel işlem koşulu olarak kullanılan devir yasaklarının en güçlü karşıtı factoring sektöründe ortaya çıkmaktadır⁹¹⁰.

Diğer yandan, alacaklının sahip olduğu alacağı yalnızca teminat amaçlı olarak değil, aynı zamanda başkasına olan borcunu ifa amaçlı olarak devretme imkânının da ortadan kalkması yüzünden, alacaklı ile ticari ilişkide bulunan üçüncü kişilerin malvarlığı menfaatinin de olumsuz etkilenebileceği belirtilmektedir. Örneğin, ham madde satın aldığı bir üçüncü kişiye olan borcunu ifa amaçlı olarak sahip olduğu alacakları devretme imkânı olmayan, borcu ifa için yeterli nakdi bulunmayan alacaklı, ham madde siparişinden vazgeçmek zorunda kalabilir. Bu durum nihayetinde ham madde satıcısının malvarlığı kazanımını zedeleyecektir⁹¹¹.

Kamu menfaatine ilişkin başka bir gerekçe bankacılık sektörü ve kredi uygulaması ile bağlantılı olarak ortaya konulmaktadır. Bu görüşe göre, devir yasağı kararlaştırılmış olması ihtimalinin kredi veren açısından her kredi işlemi öncesinde göz önünde tutulması gerekmekte; bu ihtimalin varlığı kimi hâlde kullanılabilir kredinin sınırlandırılmasına kimi hâlde ise kredi masrafinin artmasına yol açmaktadır⁹¹². Piyasadaki alacakların yalnızca küçük bir bölümü devir yasağı ile kayıtlı olsa bile, her kredi

⁹⁰⁷ von Falkenhayn, s. 134.

⁹⁰⁸ Kötz, s. 64.

⁹⁰⁹ von Falkenhayn, s. 134.

⁹¹⁰ von Falkenhayn, s. 135. Yazara göre, factoring sektörünün özellikle Amerika Birleşik Devletleri ile karşılaştırıldığında, Almanya'da yeterli büyümeyi gösterememiş olmasının en önemli sebeplerinden biri (vergi hukuku düzenlemeleri, ekonomi politikaları yanında) mutlak etkili devir yasağı kayıtlarıdır. Bu nedenle, factoring kuruluşlarının temsilcileri HGB § 354a hükmünün hazırlığı safhasında etkili bir rol üstlenmiştir. Bkz. von Falkenhayn, s. 135; s. 135, dn. 146. HGB § 354a hükmü hakkında aşağıda bkz. s. 520 vd.

⁹¹¹ Hadding/van Look, s. 16.

⁹¹² Kuhn, s. 134.

işlemi öncesi bir devir yasağı anlaşmasının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi gerekliliği ortaya çıkması, kredi masrafının genel olarak artmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede, alacak haklarının devredilebilir olduğu bir ekonomik düzeninin borçlular açısından da olumlu etkiler yaratacağı fikri mevcuttur. Bu fikre göre, alacaklıların sahip oldukları alacakları serbestçe devredebilmeleri sayesinde tasarruf edecekleri masraf tutarı, borçluların, daha düşük bedelle mal ve hizmet tedarik etmelerine olanak sağlar, daha düşük masraflı kredi alabilmelerine dolaylı olarak katkıda bulunabilir. Dolayısıyla, borçlunun belirli bir alacaklıya ifaya olan menfaatinin korumak yerine, genel olarak, alacakların devredilebilirliğini teşvik etmek ve bu şekilde kredi masrafını düşürmek herkesin menfaatinedir⁹¹³. Bu çerçevede, kredi sisteminin geçtiğimiz yüzyıldaki gelişimi göz önünde tutulduğunda, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan düzenlemelerin bugün itibarıyla çağ dışı kaldığı, kredi sisteminin dayandığı ekonomi politikası ile uyumlu olmadığı iddia edilmektedir⁹¹⁴.

Sonuç olarak, alacak haklarının sözleşme ile atıl malvarlığı değerlerine dönüştürülmesine engel olunarak serbest dolaşımının sağlanması gerektiği, bu amaçla alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesine ihtiyaç olduğu öne sürülmektedir⁹¹⁵. Alacağın devri özgürlüğünün korunması sayesinde kredi ve finansman olanaklarının, ayrıca ekonomik koşulların daha çok gelişeceği ifade edilmektedir⁹¹⁶. Bu çerçevede, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının hukuki etkilerinin sınırlandırılması, modern alacağın devri hukukunun en önemli gerekliliklerinden biri olarak gösterilmektedir⁹¹⁷.

⁹¹³ Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9'un hazırlık çalışmaları sırasında ortaya konulan bu görüşler için bkz. Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 103; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 100. Ayrıca bkz. Report of the Working Group, A/CN. 9/445, N. 229.

⁹¹⁴ AK-BGB/Ott, § 399, N. 2.

⁹¹⁵ Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün bu yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BİgNR 22. GP 4.

⁹¹⁶ OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 9. Yazarlara göre, borçlunun alacağın devrini sözleşme ile engellemeyi istemekteki haklı menfaatlerinin korunması da kamu menfaatinin ilgilendirir. Zira borçlunun menfaatlerinin arka plana atılması hukuk ve iktisat düzeninin işleyişinde birtakım aksamlara yol açabilir. Sonuçta, ilgili tarafların tamamının korunmaya değer menfaatleri göz önünde tutularak bir menfaat dengesinin sağlanması kamu menfaatine hizmet etmektedir. Yazarlara göre, böyle bir menfaat dengesi, borçlunun salt tazminat talebi ile yetinmesi yoluyla gerçekleştirilebilir.

⁹¹⁷ Kuhn, s. 134.

c. Alacağın Devri Özgürlüğünün Azami Ölçüde Temin Edilmesi Amacına Dayanan Temellendirmeler Aleyhine ve Mutlak Etki Lehine Görüşler

Alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesi amacına dayanan temellendirmeler aleyhine olarak ilk planda şu eleştiri yöneltilmektedir: Sahip olduğu alacağı bizzat kendisinin kabul ettiği bir devir yasağı anlaşmasına aykırı olan devreden menfaati ile o alacak için devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek ve olası bir devrin bir başkasının kişisel hakkının ihlale uğramasına yol açacağının farkında olarak devralanın menfaati, borçlunun alacaklı taraf değişimini engellemekteki menfaatleri ile karşılaştırıldığında kural olarak daha fazla korunmaya layık değildir⁹¹⁸.

Bunun dışında, devir konusu alacağa ve alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye ait belirli somut özellikler göz önünde tutularak, aşağıdaki ilave eleştirilerde bulunmaktadır:

Alacaklının ekonomik özgürlüğünün mutlak etki nedeniyle haksız biçimde sınırlandırıldığı şeklindeki genellemenin, parasal olmayan alacaklar bakımından uygulamada bir karşılığının bulunmadığı, dolayısıyla söz konusu menfaat dengesizliğinin parasal olmayan alacaklar bakımından ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir. Çünkü, bu türdeki alacakların teminat ve yeniden finansman amaçlarıyla kullanılması zaten nadiren söz konusu olmaktadır⁹¹⁹. Nitekim bu düşünce, hukukun uyumlaştırılmasına yönelik çeşitli uluslararası düzenlenmelerin hazırlığı safhasında da etkili olmuştur. Söz konusu düzenlemelerin devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkındaki ilgili hü-

⁹¹⁸ Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında geçen bu tespit için bkz. OGH, 16.1.1984, JBl 1984, s. 312. Öğretide bir görüş tarafından, devir yasağı kararlaştırılan durumda, alacaklının alacak hakkından örtülü alacak devri (*stille Zession*) yoluyla yararlanma imkânına sahip olmaya devam edeceği, bu nedenle devir yasağı nedeniyle alacak hakkının hiçbir şekilde *res extra commercium*'a dönüşmeyeceği görüşü ifade edilmiştir. Bkz. Mayrhofer, II, s. 171. Bu görüş isabetli değildir; çünkü örtülü devir hâlinde de bir alacak devri yapılmaktadır. Örtülü olması, devrin borçluya bildirilmeyip ondan saklanmasıyla kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, örtülü devrin geçerliliği için de alacak hakkının devredilebilir bir hak olması şarttır.

⁹¹⁹ Holzner, s. 503.

kümleri genellikle sadece para alacaklarına hasredilmiştir. Para alacağı niteliği taşımayan türdeki alacaklar bakımından devir yasağı anlaşmasına başvurulması sözleşme özgürlüğü prensibi temelinde geçerli kabul edilmiştir⁹²⁰.

Benzer şekilde, kredi teminatı olarak taşıdığı pratik önem göz önünde tutulduğunda, gelecekteki alacakları konu alan devirler ve toptan devirler bakımından alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesi gerektiği fikrinin tartışılabileceği, buna karşılık, münferit bir alacağın devri veya muaccel alacakların devri söz konusu olan hâllerde alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı gösteren bir menfaat çatışması bulunmadığı görüşü ifade edilmiştir⁹²¹.

Başka bir eleştiri, borçlunun tacir sıfatına sahip olmadığı durumlara ilişkindir. Tacir sıfatı taşımayan borçluların, genellikle, alacaklı tarafa onun tarafından arzu edilmeyen bir devir yasağını dayatacak kadar güçlü bir konumda yer almadığı, bu nedenle devir yasağına nadiren başvurdıkları ve başvurdıkları ihtimalde de hiçbir zaman devir yasağını bir genel işlem koşulu olarak kullanmadıkları belirtilmektedir. Bu yüzden, borçlusunun tacir sıfatını taşımadığı alacaklar bakımından devrin engellenmesinin pek önem arz eden bir konu olmadığı vurgulanmaktadır. Bir ticari işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak hukuki işlemde bulunan borçlunun, alacaklısının finansman ihtiyacının önemi dikkate alındığında, borçlusu olduğu alacakların (ABGB § 1396a gibi, salt borçlandırıcı etkinin emredici bir tarzda düzenlendiği bir hükme dayanan) devredilebilirliğine katlanma külfeti altında olduğu görüşünün tartışılabileceği, ancak bunun dışında kalan tüm hâllerde devir yasaklarının mutlak etkisine dokunulmaması, sözleşme özgürlüğüne saygı duyulması gerektiği ileri sürülmektedir⁹²².

Tüm bu eleştirilerle birlikte, mutlak etkiyi destekleyen yazarların bir kısmının, mutlak etkinin alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında dengesizliğe yol açtığı ve alacaklının korunması ihtiyacı yarattığı istisnai durumlarla karşılaşılabileceği görü-

⁹²⁰ Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu açısından devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini düzenleyen Art. 9 hükmünün uygulama alanının para alacakları ile sınırlandırılmasının yerinde olup olmayacağı tartışılan görüşmelere örnek olarak bkz. Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 137. Belirtilen düzenlemelerin detayları hakkında bkz. s. 481.

⁹²¹ Bu açıdan mutlak etkiyi ortadan kaldıran muhtemel bir düzenlemenin uygulama alanının gelecekteki alacak devirleri ve toptan devirlerle sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Uluslararası Ticarette Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu'nun hazırlığı sırasındaki bu görüş için bkz. Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 101.

⁹²² Holzner, s. 503.

şüne hak verdiği tespit edilmektedir. Böyle bir menfaat dengesizliğinin, özellikle, alacaklı tarafın küçük veya orta ölçekli işletme olup yeniden finansman amacı çerçevesinde sahip oldukları alacakların devredilebilirliğine bağımlı olduğu, buna karşılık borçlu tarafın güçlü olması nedeniyle bu menfaatlerini koruyamadığı ihtimalde söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁹²³.

Bununla birlikte, öğretide Bydlinski, alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında her durumda aşırı bir dengesizlik bulunduğu varsayımından hareket edilerek salt borçlandırıcı etkiyi üstün tutan bir çözüme varılmasının bilimsel açıdan doğru bir yöntem olmadığına dikkat çekmektedir. Çünkü, mutlak etkinin önüne geçilmesini haklı gösterecek düzeyde bir menfaat dengesizliği ile her somut durumda karşılaşılmayabilir. Alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında aşırı bir dengesizliğin mevcut olmadığı somut durumlarda, menfaat dengesizliği olgusuna dayanılarak mutlak etki aleyhine kanıt getirilemez. Adil bir menfaat dengesinin bulunduğu ihtimalleri de kapsayacak şekilde, devir yasağının mutlak etkisinin reddedilmesi aşırı bir hukuki tedbir oluşturacaktır⁹²⁴.

Diğer taraftan Bydlinski'ye göre, aşırı bir menfaat dengesizliğinin bulunduğu somut durumlar bakımından sadece mutlak etkinin reddedilmesi yeterli olmayıp hem mutlak etki hem de salt borçlandırıcı etki aleyhine bir çözüm benimsenmesi gerekmektedir. Çünkü, alacaklı üzerinde borçlunun daha önemsiz menfaatlerini korumaya yönelik benzer güçte bir baskı salt borçlandırıcı etki neticesinde de ortaya çıkmaktadır⁹²⁵. Bydlinski, salt borçlandırıcı etkili devri yasakları aracılığıyla alacaklının ekonomik özgürlüğünün baskılayıcı biçimde sınırlandırılabilmesinin mümkün olduğunu aşağıdaki şu açıklamalarıyla ortaya koymaktadır:

Alacaklı, salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağına aykırı davranır ve alacağı devrederse (örneğin kredi ihtiyacı ona başka bir seçim imkânı bırakmayacak ölçüde yoğun olduğu için), borçlu (alacağı devretmeme borcunun alacaklısı), alacağı devret-

⁹²³ Holzner, s. 502. Yazara göre, böyle bir durumda kararlaştırılan devri yasağı ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilir. Ancak, her hâlde, para ödünç veren, devir yasağı anlaşmasının ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabileceği ihtimaline güvenerek, devir yasağı ile kayıtlı alacağı teminat amaçlı devralmayı kabul etmeyecektir.

⁹²⁴ Bydlinski, s. 129, s. 133.

⁹²⁵ Bydlinski, s. 128-129, s. 133.

meme (yapmama) borcuna aykırı davranışın durdurulması için alacaklı (alacağı devretmeme borcunun borçlusu) aleyhine dava açabilir. Devir yasağı anlaşmasına aykırı devirlerin tekrarlaması tehlikesi bulunduğu takdirde (örneğin, taraflar arasında sürekli bir ticari ilişki bulunan ve alacaklının kredi ihtiyacının devam ettiği ihtimalde) bu durum yeni davalara sebebiyet verebilecektir⁹²⁶. Buna ilaveten, borçlunun devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle uğradığı zararlar (örneğin alacaklı değişimine bağlı işletme içi masraflar, edimin yeni alacaklıya ifası için yapılması gerekli harcamalar) şüphesiz tazminat davasına dayanak oluşturabilecektir. Çoğu kez, taraflar arasında, alacaklının devir yasağı anlaşmasına uygun davranmasını temin amacıyla yüksek miktarda ceza koşulu da kararlaştırılmış olacaktır. Tacirler arasında kararlaştırılan cezanın hâkim tarafından indirilmesi imkânı ise oldukça sınırlıdır⁹²⁷. Diğer taraftan, her ihtimalde, tacir sıfatına sahip olan alacaklının kendisini büyük ölçekli işletme konumundaki borçlusuna karşı üstlendiği alacağı devretmeme taahhüdü ile bağlı hissedeceği ve bu taahhüdüne aykırı davranmaya sıklıkla gücünün yetmeyeceği belirtilmektedir. Çünkü, alacaklı, nihayetinde iş ilişkisinin ortadan kalkması gibi, ekonomik yaptırımlara uğramaktan kaçınmak zorundadır⁹²⁸.

Sonuç olarak, Bydlinski, pek çok kez vurgulanan menfaat dengesizliğini ortadan kaldırmak ve orta ölçekli ekonominin ihtiyaçlarını gidermek konusunda, emredici bir hüküm ile mutlak etkinin kaldırılmasının, maddi içeriği ve kapsamı itibarıyla ya kısmi bir fayda sağlayacağını ya da hiçbir faydasının olmayacağını ifade etmektedir⁹²⁹. Bu çerçevede, Bydlinski, gerek ulusal gerekse uluslararası ölçekteki hukuk politikası

⁹²⁶ Bydlinski, s. 128. Türk hukukunda, alacaklı yapmama borcunun ifasını sağlamak için borçluyu dava edebilir (İİK 30/III). Mahkemenin vereceği hükme rağmen, yapmama borcuna aykırı davranacak borçlu İİK 343 uyarınca üç aya kadar tazyik hapsine mahkûm edilir. Borçlu, hapisle tazyik hükmüne rağmen, yapmama borcuna aykırı davranmayı sürdürürse, alacaklı borçludan yalnızca tazminat isteyebilir. Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 1244. Bydlinski'nin sözünü ettiği dava Avusturya hukukunda "*Unterlassungsklage*" olarak isimlendirilmektedir.

⁹²⁷ Bydlinski, s. 128.

⁹²⁸ Bydlinski, s. 128.

⁹²⁹ Bydlinski, s. 129. Holzner'e göre (s. 503) devir yasağı anlaşması, yalnızca üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda taraflar arasında da geçersiz olmalıdır. Ancak bu hâlde alacaklı -tazminat veya ceza alacağı talebine maruz kalmaktan çekinmeksizin- sahip olduğu alacakları rahatlıkla teminat amaçlı devrederek kredi elde edebilir.

girişimlerinde tek taraflı olarak yalnızca mutlak etkiye karşı mücadele edilmesini eleştiri ile karşılamaktadır⁹³⁰. Söz konusu hukuk politikası girişimlerinin faktoring birliklerinin yoğun lobi faaliyetleri ile ilişkili olduğunu vurgulamakta ve sadece mutlak etkiye karşı mücadele edilen tek taraflı tutumu şöyle açıklamaktadır: Faktoring kuruluşlarının ekonomik faaliyetleri yalnızca mutlak etkili devir yasaklarından etkilenmektedir; alacaklı üzerinde salt borçlandırıcı etki dolayısıyla da meydana gelebilecek baskılayıcı durum ise onların endişelenmesini gerektirmemektedir⁹³¹.

E. Roma - Cermen Sistemi Etkisi Altındaki Başlıca Hukuk Düzenlerinde Mutlak Etki Teorisinin Gelişimi ve Düzenleniş Tarzı

1. Alman Hukuku

Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında oluşturulan 1882 tarihli Öntasarı, 1888 tarihli Tasarı I ve 1896 tarihli Tasarı II metinlerinde, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkında birbirinden tamamen farklı düzenlemeler içeren üç ayrı paragraf taslağı üzerinde durulmuştur. Bu taslaklar incelendiğinde, mutlak etki teorisi ve borçlandırıcı etki teorisi arasında gelgitler yaşandığı bariz ölçüde fark edilmektedir. Bunun sebebi, elbette ki, BGB'nin tasarı çalışmalarının başladığı 1874 tarihinde⁹³² *pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi hakkında öğretide ve yargı kararlarında tam bir görüş birliğine varılamamış olmasıdır.

I. Komisyon için Franz Philipp von Kübel tarafından hazırlanan 1882 tarihli Öntasarı'da (*Redaktorentwurf*)⁹³³ devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi, yalnızca borç ilişkisinin kuruluşunda sonra kararlaştırılmış olduğu ihtimal ile sınırlı olarak tanınmıştır. Öntasarı'nın § 3, III hükmüne göre, mevcut (*bestehend*) alacak hakları bakımından sonradan sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılması yasaktır⁹³⁴. Gerekçeye

⁹³⁰ Bydlinski, s. 129.

⁹³¹ Bydlinski, s. 129, dn. 28.

⁹³² Schubert, s. IX.

⁹³³ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Buch I: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Theil mit Begründung, Vorlage des Redaktors: Franz Philipp von Kübel, Berlin 1882 (Redaktorentwurf). Öntasarının metni ve gerekçesi için bkz. Schubert, s. 921 vd.

⁹³⁴ Redaktorentwurf, Abschn. I, Tit. 4, I, § 3 = Schubert, s. 927. Öntasarı'da devir engellerinin düzenlendiği §. 3 şu şekildedir:

göre, § 3 II hükmünde “*alacak hakkının sözleşme ile münhasıran baştaki alacaklıya tanınmış olması*” hâlinde alacağın devrine engel bulunduğu öngörülürken, borç ilişkisinin kuruluşunda yapılan, borçlunun münhasıran belirli bir alacaklının şahsına karşı ifa yükümlülüğü altına girdiği devir yasağı kastedilmektedir. Böyle bir anlaşma, alacak hakkını alacaklının şahsına bağlı kılmakta, edime yalnızca alacaklının şahsına ifa edilmesini gerekli kılan bir nitelik kazandırmaktadır. Bu ihtimalde, alacaklı ve borçlu birbirine en başta öyle sıkı bir biçimde bağlanmaktadır ki, bu ilişkide alacaklının yerine başkasının geçebilmesi mümkün olmayacaktır. Sadece bu ihtimalde, borçlu ve alacaklının ortak iradesi ile üçüncü bir kişinin alacaklının yerine geçmesi engellenilmektedir⁹³⁵. Ancak, aynısı, mevcut bir alacak hakkının devredilebilirliğinin sonradan sözleşme ile engellenmesi hâlinde geçerli değildir. Gerekçeye göre, § 3 III hükmünde, sonradan kararlaştırılan bir devir yasağının alacak hakkının doğasını değiştiremeyeceği ve alacağın devir yoluyla başkasına geçirilmesine engel teşkil etmeyeceği; aynı eşya üzerinde sözleşme ile kararlaştırılan bir tasarruf yasağı bakımından olduğu gibi, yalnızca taraflar arasında etki doğuracağı kabul edilmektedir⁹³⁶. Bu çerçevede, müşterek hukuktaki yaklaşıma paralel olarak, yalnızca alacaklının şahsına bağımlı olan alacakların devredilemez olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir⁹³⁷.

Öntasarı’nın § 3 hükmündeki düzenleme I. Komisyon’da yeniden ele alınmış ve tartışılmıştır. Neticesinde aşağıdaki üç değişiklik önerisi ortaya çıkmıştır⁹³⁸:

“*Gegenstand der Uebertragung können Forderungen jeder Art und jeden Ursprungs sein; auch Forderungen, bei welchen der Gläubiger Verbindlichkeiten hat, sind, vorbehaltlich der dem Schuldner nach §. 16 zustehenden Einreden, übertragbar.*

Forderungen, deren Erfüllung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen, als den ursprünglichen Gläubiger verändert würde, oder welche vertragsmässig gerade nur dem ursprünglichen Gläubiger eingeräumt worden sind, oder zu ihrer Geltenmachung eine nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers voraussetzen, sind nicht übertragbar.

Die Uebertragbarkeit einer bestehenden Forderung kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden.

Nebenforderungen sind ohne die Hauptforderung übertragbar, wenn sie selbständig geltend gemacht werden können.”

⁹³⁵ Redaktorentwurf, Abschn. I, Tit. 4, I, § 3, s. 18 = Schubert, s. 950.

⁹³⁶ Redaktorentwurf, Abschn. I, Tit. 4, I, § 3, s. 18 = Schubert, s. 950.

⁹³⁷ Redaktorentwurf, Abschn. I, Tit. 4, I, § 3, s. 17 = Schubert, s. 949.

⁹³⁸ Horst Heinrich Jakobs / Werner Schubert (hrsg.), **Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241-432**, Berlin 1978 = Jakobs/Schubert, s. 771.

1. “Mevcut bir alacağın devredilebilirliğinin hukuki işlem ile kaldırılması alacağın devrinin geçerliliğini etkilemez.”⁹³⁹

2. “Alacak haklarının devredilebilirliği hukuki işlem ile kaldırılamaz.”⁹⁴⁰

3. “Alacak haklarının devredilebilirliği sözleşme ile kaldırılabilir.”⁹⁴¹

I. Komisyon’da çoğunluğun kararıyla ikinci öneri kabul edilmiştir⁹⁴². İkinci öneri kabul edilirken, aynı zamanda, (Öntasarı’nın § 3 III hükmüne paralel) birinci önerinin de redaksiyon safhasında göz önünde tutulacağına dair bir çekince de eklenmiştir⁹⁴³. Geri çevrilen üçüncü önerinin Bernhard Windscheid’e ait olduğu tahmin edilmektedir. Çünkü, Windscheid, komisyondaki görüşmelerde, alacak hakkının hem borç ilişkisinin kuruluşunda hem de sonradan devredilemez kılınabileceği görüşünü savunmuştur⁹⁴⁴.

I. Komisyon’un hazırladığı 1887 tarihli Tasarı I⁹⁴⁵ § 295 II hükmü şu şekildedir: “Hukuki işlem ile bir alacak hakkının devredilebilirliği üçüncü kişilere karşı etkili olarak kaldırılamaz”⁹⁴⁶. I. Komisyon tarafından, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi dışlanarak, yalnızca borçlandırııcı etki yaratabileceğinin kabul edilmesinde, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması ile paralellik kurulması gerektiği düşüncesi etkili olmuştur. Gerekçeye göre, alacakların tedavül edilebilirliğine ve cüzi halefiyete ilişkin modern kavrayış çerçevesinde, devir yasağı anlaşmasının geçerliliği, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmalarının geçerliliğine paralel biçimde değerlendirilmeli, bu çerçevede devir yasağı anlaşmasının üçüncü kişilere etki etmeyeceği ve yalnızca borçlandırııcı etki meydana getireceği düzenlenmelidir. Ayrıca gerekçede, döneminin hukuk pratiğinde, devir yasağı anlaşmasının yalnızca borçlandırııcı etki meydana getireceği görüşünün zaten yerleşmiş bulunduğu belirtilmektedir. Diğer yandan, I. Komisyon,

⁹³⁹ “Der Ausschluß der Uebertragbarkeit einer bestehenden Forderung durch Rechtsgeschäft berührt die Wirksamkeit der Uebertragung nicht.”

⁹⁴⁰ “Die Uebertragbarkeit der Forderungen kann durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden.”

⁹⁴¹ “Die Uebertragbarkeit der Forderungen kann durch Vertrag ausgeschlossen werden.”

⁹⁴² Jakobs/Schubert, s. 771.

⁹⁴³ Jakobs/Schubert, s. 771.

⁹⁴⁴ Jakobs/Schubert, s. 771 ve s. 771, dn. 2.

⁹⁴⁵ Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Berlin, 1887. Tasarı I’in metni için bkz. Werner Schubert (hrsg.), **Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe**, Berlin 1986, s. 645 vd.

⁹⁴⁶ Tasarı I § 295: “Durch Rechtsgeschäft kann die Übertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden.”

kendi kaleme aldığı gerekçe metnindeki bu kesin ifadelerle çelişmek pahasına, mutlak etki görüşünün dayandığı sözleşme özgürlüğü temelini de teorik bakımından güçlü olduğunu itiraf etmektedir. I. Komisyon’a göre, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında en başta devredilemez bir alacak yaratmakta veya sonradan bir anlaşma ile devri engellemekte serbest oldukları görüşü de aslında teorik olarak savunulabilir. Ancak bu görüş, alacağın devri özgürlüğüne ilişkin Roma hukuku anlayışından farklılaşan modern yaklaşım ile temelde çatışmaktadır. Alacağın devri özgürlüğü eşyada olduğu gibi üstün tutulmalı, sözleşme ile sınırlandırılmamalıdır⁹⁴⁷.

Konunun pratik bir yönü I. Komisyon’un borçlandırıcı etki lehine karara varmasında belirleyici olmuştur: I. Komisyon’a göre, sözleşme ile alacağın devrinin engellenebileceğinin kabul edilmesi, aynı zamanda alacağın sözleşme ile hacze tabi bir malvarlığı değeri olmaktan çıkarılabileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir. Bu ise beraberinde borçlunun kolaylıkla malvarlığını alacaklılardan kaçırabilmesi tehlikesi doğurur. I. Komisyon, tam bu noktada, prensip olarak mutlak etkiyi kabul edip bir istisna hükmü aracılığıyla alacağın haczine izin vermeyi düşündüklerini, ancak bundan vazgeçildiğini gerekçede açıklamaktadır. I. Komisyon’a göre, böyle bir istisnai düzenlemeye başvurulması hâlinde kanunun iç uyumu bozulacaktır. Hukuki işleme dayanan sınırlamaya aykırı olarak alacağı devretmek isteyen alacaklı, aynı amaca kendisine karşı haciz yoluyla takip yapılmasını sağlayarak ulaşabilecektir. Bu sayede, sınırlama üçüncü kişiye karşı etkisiz hâle getirilmiş olabilecektir⁹⁴⁸.

I. Komisyon’un gerekçesine bakılarak şöyle bir tespitte bulunmak mümkündür: I. Komisyon çalışmalarında mutlak etki görüşü, sözleşme özgürlüğü temelinde, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında devredilemez bir alacak hakkı yaratmak konusunda serbest olmaları gerektiği düşüncesine dayanılarak savunulmuştur. Borçlandırıcı etki görüşü ise alacak hakkı ve eşya arasında devredilebilirlik yönünden aynı kurallara tabi olması gerektiği fikrinden hareketle *pactum de non cedendo* ile *pactum de non alienando* arasında paralellik kurularak açıklanmıştır. Gerekçesinde, borçlandırıcı etkinin teorik temelini daha üstün tutulduğu yönünde ifadeler yer alsa da, Tasarı

⁹⁴⁷ Motive, s. 122-123 = Benno Mugdan (hrsg.), **Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schulverhältnisse**, Berlin 1899, s. 67; Protokolle I, s. 1278 - 1279 = Jakobs/Schubert, s. 771-772.

⁹⁴⁸ Motive, s. 123 = Mugdan, s. 67; Protokolle I, s. 1279 = Jakobs/Schubert, s. 772.

I’de borçlandırıcı etkinin tercih edilmesinde, teorik değil pratik bir gerekçenin, mutlak etkili *pactum de non cedendo*’nun alacağın icra kabiliyetine engel olacağı düşüncesi- nin, belirleyici olduğu barizdir. Borçlandırıcı etki ve mutlak etki teorileri teorik temel- leri itibarıyla eşit derecede güçlü bulunmuş gözükmektedir⁹⁴⁹.

1896 tarihli Tasarı II’de ise devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi § 343 pa- ragrafında şu şekilde düzenlenmektedir⁹⁵⁰: “*Asıl alacaklıdan başkasına edimin içeriği değişmeksizin ifa edilemeyen veya borçlu ile yapılan anlaşma aracılığıyla devri engel- lenen bir alacak hakkı devredilemez.*” Mutlak etkinin açıkça kabul edildiği bu hüküm yürürlükteki BGB § 399 hükmüne paraleldir. II. Komisyon tarafından salt borçlandırı- cı etkinin reddedilmesine dayanak oluşturan gerekçeler şunlardır:

İlk sırada, borçlandırıcı etki teorisinin dayandığı işlem güvenliğinin korunması amacının mutlak etkinin ortadan kaldırılması bakımından yeterli bir gerekçe oluşturma- dığı ifade edilmektedir⁹⁵¹. Bu bakımdan, Tasarı I’in § 295 II düzenlemesi çok geniş bir düzenleme olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. I. Komisyon’un *pactum de non cedendo*’nun salt borçlandırıcı etki doğuracağı görüşünü döneminin hâkim görüşü ola- rak takdim etmesi gibi, II. Komisyon da, *pactum de non cedendo*’nun mutlak etki mey- dana getirebileceği görüşünün müşterek hukukta ve Prusya hukukundaki hâkim görüş olduğunu ifade etmektedir⁹⁵².

II. Komisyon’un gerekçesinde, tarihsel gelişimin ve alacağın devri özgürlü- ğünü benimseyen modern yaklaşımın bir sonucu olarak alacaklının şahsının prensip olarak önem taşımadığı, ancak yine de alacaklının şahsının önem taşıdığı istisnai du- rumlarla karşılaşılabileceği ifade edilmektedir⁹⁵³. Çünkü, bir sözleşme yapılırken ta- rafların çeşitli özel ihtiyaçlarını gidermek amaçlanmaktadır. Bu yüzden, borcun ko- nusu edimin başka bir alacaklıya içeriği değişmeksizin ifa edilebilir olduğu hâllerde

⁹⁴⁹ Tasarı I § 265 hükmünün bu düzenlemesi, Schlesinger’in 1892 tarihli “*Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo*” başlıklı doktora tezinde (s. 13), sözleşen tarafların irade özgürlüğünü üçüncü ki- şiler lehine olarak sınırlandıran bir hüküm olarak takdim edilmiş ve desteklenmiştir.

⁹⁵⁰ Tasarı II § 343: “*Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen ande- ren als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.*” Bkz. Mugdan, s. XX.

⁹⁵¹ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

⁹⁵² Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

⁹⁵³ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

dahi, kimi zaman, borçlu yalnızca belirli bir alacaklıya karşı borç altına girmekte geçerli bir menfaate sahip olabilmektedir. Böyle bir borç ilişkisinde alacaklı tarafın değişmesi üzerine borçlunun durumu kabul edilemez bir değişikliğe uğrayabilir⁹⁵⁴. Bu gerekçeyi somutlaştırmak amacıyla, sigorta şirketlerinin şartnamelerinde yer alan sigortalının kendilerine karşı doğacak haklarını başkasına devrini yasaklayan kayıtlar örnek gösterilmektedir. Ayrıca, uygulamada, demiryollarının düzenlediği dönüş biletleri (*Retourkarten*), çift yönlü biletler (*Rundreisekarten*) ve abonelik kartlarında (*Abonnementskarten*), Reichsbank'ın düzenlediği depo sertifikalarına (*Depotschein*) bağlı haklarda böyle bir durum söz konusu olduğu ifade edilmektedir⁹⁵⁵.

Bu açıklamalar neticesinde, Tasarı II'nin gerekçesinde, alacak üzerindeki devir yasağı anlaşması ile eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması arasındaki ayrım net biçimde ortaya çıkmaktadır. II. Komisyon tarafından, alacak üzerindeki devir yasağı anlaşmasına ilişkin yürürlükteki BGB § 399 d. 2 ile eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmasına ilişkin yürürlükteki BGB § 137 hükmüne karşılık gelen paragraflar (§ 343 ve § 102a) arasındaki ilişkinin daha belirgin biçimde vurgulanması ve BGB § 137 hükmünde salt borçlandırıcı etki meydana gelirken, BGB § 399 d. 2 hükmünde mutlak etki meydana gelebileceğinin açıklığa kavuşturulması yönünde karar alınmıştır⁹⁵⁶.

I. Komisyon tarafından salt borçlandırıcı etkinin üstün tutulmasına sebep olan, devredenin alacaklılarının korunması yönündeki pratik kaygı, II. Komisyon tarafından, Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) § 851 II hükmünde sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının alacağın haczine engel oluşturmayacağı şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilerek giderilmiştir. Gerekçede, devredenin alacaklılarının devir yasağı ile kısıtlı alacaklara erişiminin sağlanmasının amaçlandığı açıkça vurgulanmaktadır⁹⁵⁷.

II. Komisyon tarafından, salt borçlandırıcı etki teorisinin dayandığı alacağın devrinde işlem güvenliğinin korunması gerektiği düşüncesi, senede bağlanmış alacak-

⁹⁵⁴ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

⁹⁵⁵ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

⁹⁵⁶ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

⁹⁵⁷ Protokolle, s. 772 = Mugdan, s. 573.

lar yönünden yürürlükteki BGB § 405 hükmü vasıtasıyla önemli ölçüde temin edilmiştir⁹⁵⁸. Bu hükme göre, borçlu kendisi tarafından düzenlenmiş bir senede güvenerek alacağı devralan üçüncü kişiye karşı, alacağın muvazaalı olduğu savunmasını veya alacak için devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri süremez. Ancak bu hükmün de tartışmasız biçimde kabul edilmiş olduğu pek söylenemez. Tasarı I’de buna karşılık gelen herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Tasarı II’nin § 348 hükmünde, yalnızca, senede bağlanmış alacaklarda muvazaanın senede güvenerek alacağı devralana karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmektedir⁹⁵⁹. Sözleşme ile alacağın devrinin yasaklandığı ancak senette buna ilişkin bir kayıt gösterilmediği hâllerde aynı hukuki sonucun kabul edilmesi için bir değişiklik yapılması önerisi II. Komisyon’da gündeme gelmiştir. Ancak, bu değişiklik önerisine, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının borçlunun yöneltebileceği diğer savunmalardan farklı bir düzenlemeye tabi tutulmasını haklı gösteren hiçbir sebep olmadığı belirtilerek karşı çıkmıştır. Ayrıca, böyle bir değişikliğin, alacağa ilişkin her tür senedin, belirtilen savunmaların kabul edilebilirliği yönünden, kıymetli evrak ile eş tutulmasına yol açabileceği eleştirisi ortaya konulmuştur⁹⁶⁰. II. Komisyon’daki çoğunluk bu kaygıları haklı görmemiştir ve değişiklik önerisinin kabulüne karar vermiştir⁹⁶¹. Gerekçede, alacağın devralanın iyiniyetinin korunmasına ilişkin bu ilave düzenlemenin, eşya hukukunda iyiniyetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin geniş kapsamı göz önünde tutulduğunda, makul olduğu belirtilmektedir. Borçlu devredilemezliğe ilişkin anlaşmayı senette belirtmeyi ihmal etmişse sonucuna katlanmalıdır. Bu hâliyle § 399 olarak Tasarı II’ye eklenmiştir ve sonrasında BGB § 405 hükmü olarak yasalaşmıştır⁹⁶².

Sonuç olarak, Alman Medeni Kanunu’nda devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisini ilgilendiren iki hüküm şu şekilde yasalaşmıştır: BGB § 399 d. 2 hükmünde, alacağın devrinin alacaklı ve borçlu arasında yapılan anlaşma ile engellenebileceği dü-

⁹⁵⁸ BGB § 405 hükmündeki ihtimalde, işlem güvenliği menfaati borçlunun alacaklının şahsına ifadaki özel menfaatine üstün tutulmuştur: Wunschmann, s. 223.

⁹⁵⁹ Tasarı II § 348 için bkz. Mugdan, s. XXII.

⁹⁶⁰ Protokolle, s. 787 = Mugdan, s. 578.

⁹⁶¹ Değişiklik teklifi komisyonun dokuz üyesi tarafından reddedilmiş, dokuz üyesi tarafından kabul edilmiştir. Eşitlik hâlinde II. Komisyon’daki oturum başkanının kabul oyu belirleyici olmuştur. Bkz. Protokolle, s. 787 = Mugdan, s. 578.

⁹⁶² Protokolle, s. 787 = Mugdan, s. 578.

zenlenmiş; bu hükümle devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğuracağı prensip olarak kabul edilmiştir⁹⁶³. BGB § 405 hükmünde, borçlunun kendisi tarafından düzenlenmiş bir senede güvenerek alacağı devralan üçüncü kişiye karşı devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri süremeyeceği şeklinde bir istisna hükmüne yer verilmiş; bu hüküm aracılığıyla işlem güvenliğinin korunması kaygıları senede bağlanmış alacaklar bakımından temin edilmiştir⁹⁶⁴. Bu sırada Alman Medeni Usul Kanunu'na (ZPO) eklenen § 851 II hükmüyle sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı alacağın haczine engel oluşturmayaacağı açıklığa kavuşturulmuştur⁹⁶⁵.

Alacağın devrinin sözleşme ile mutlak etkili olarak engellenebileceği öngörülen BGB § 399 d. 2 hükmüne, 1994 yılında, Alman Ticaret Kanunu'na (HGB) eklenen § 354a hükmü ile ticari ilişkilerden doğan para alacakları bakımından başka bir istisna daha getirilmiştir. HGB § 354a hükmünde, devir yasağı anlaşmasına aykırı alacak devrinin geçerli olacağı, ancak borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceği düzenlenmektedir. Bu istisna hükmünün özellikleri IV. bölümde özel olarak incelenmektedir⁹⁶⁶.

2. Avusturya Hukuku

1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda⁹⁶⁷ sözleşme ile kararlaştırılan alacağın devri yasağını düzenleyen, BGB § 399, OR 164 ve BK 183 hükümleri gibi, açık bir hüküm bulunmamaktadır. ABGB § 1393 hükmüne göre, tasarruf edilebilir tüm haklar prensip olarak devrin konusu olabilir. Yalnızca, kişiye bağlı hakların devri

⁹⁶³ BGB § 399: “Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.”

⁹⁶⁴ BGB § 405: “Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste.”

⁹⁶⁵ ZPO § 851 II: “Eine nach § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.”

⁹⁶⁶ Bkz. s. 520.

⁹⁶⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946 von 1811.

mümkün değildir⁹⁶⁸. Avusturya hukukunda 19. yüzyılın ilk yarısına ait eserlerde, alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanabileceği görüşünün belirtildiğine rastlanılmaktadır. Ancak, bu görüş tarafından devir yasağının hukuki etkisinin nasıl kavrandığı ve bu kavrayışın neye dayandırıldığı yeterince açık değildir⁹⁶⁹.

Avusturya Medeni Kanunu'nun devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkındaki tarafsız tutumu -2005 yılında yapılan kanun değişikliğine (ABGB § 1396a) kadar- neredeyse iki asır boyunca aynı kalırken, bu süre zarfında bilimsel çalışmalar-daki bakış açısı ve yorum tarzı sürekli bir tartışma ve dönüşüm içinde olmuştur.

1896 tarihinde kabul edilen Alman Medeni Kanunu'nun § 399 hükmünde mutlak etkinin benimsenmesi, döneminin Avusturya hukuku öğretisinde alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği görüşünün yerleşik hâle gelmesi şeklinde bir etki doğurmuştur⁹⁷⁰. Bu dönemdeki eserlerde, bir alacak hakkının devredilemez kılınması olanağının sözleşme özgürlüğünün zorunlu bir sonucu olarak değerlendirildiği görülmektedir. Tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi sözleşme özgürlüğüne dayanarak diledikleri şekilde tasarlamalarına karşı çıkılamayacağı, bu doğrultuda tarafların alacak

⁹⁶⁸ ABGB § 1393: “*Alle veräußerliche Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung. Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden.*”

⁹⁶⁹ Örneğin, Schuster, alacak haklarının tasarruf edilemezliğine yol açan dört sebep arasında sözleşme sebebine yer vermekle yetinmektedir. Bkz. Michael Schuster, “Grundlehren der Cessionen”, **Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde**, 1829, Bd. II, s. 17-33, s. 18. Nippel alacak hakkının kanunun yanı sıra sözleşme ile belirli bir hak sahibi lehine sınırlandırılabilceğini ifade ederek mutlak etki görüşüne yakın olduğunu bir nebze dışı vurmaktadır. Bkz. Franz Xaver J.F Nippel, **Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 8, Abteilung 2**, 1836, s. 73. Winiwarter, doğası itibarıyla devredilebilir olan bir alacak hakkının, sözleşme ile sınırlandırılabilceğini, böyle bir durumda alacağın devrinin hüküm doğurmayacağını belirterek mutlak etki görüşünü benimsediğini açıkça ortaya koymaktadır. Bkz. Joseph Winiwarter, **Das Oesterreichische bürgerliche Recht**, Fünfter Theil, 2. Auflage, Wien 1846, s. 66.

⁹⁷⁰ Örneğin, Krainz/Pfaff'ın kurucusu olduğu “*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II*” adlı eserinin Ehrenzweig tarafından hazırlanan 1900 tarihli 3. basısında (Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, s. 107, dn. 3) Seuffert'in makalesine (“*Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes*”, **AcP**, 1868, Bd. 51, H. 1, s. 102) atıfla (bir taraftan devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisinin tartışmalı olduğu çekincesi de belirtilerek), salt borçlandırıcı etki görüşü üstün tutulurken, aynı eserin (artık yazar adı olarak sadece Ehrenzweig'a yer verilen) 1920 tarihli altıncı basısında mutlak etki görüşüne bağlı kalındığı (Ehrenzweig, s. 236) tespit edilmektedir. Eseri güncelleyen Ehrenzweig'in Alman Medeni Kanunu etkisi altında kaldığı ve eserdeki görüşün 1907 tarihli 4. bası ile 1915 tarihli 5. bası arasında değiştiği belirtilmektedir. Bkz. Raber, s. 441.

hakkının içeriğini diledikleri ölçüde sınırlandırmakta serbest oldukları ifade edilmektedir⁹⁷¹. Yakın tarihli eserlerde de mutlak etki sonucu esasen sözleşme özgürlüğü prensibine göre değerlendirilmektedir⁹⁷².

Alman Medeni Kanunu'nun § 399 hükmündeki tercihi Avusturya kanun koyucusu nezdinde şu şekilde yansıma bulmuştur: Avusturya Medeni Kanunu'na ilişkin 1916 tarihli reform (*III. Teil Novelle*) kapsamında kanuna § 364c hükmü eklenmiştir. ABGB § 364c bir eşya veya bir ayni hak üzerinde sözleşme ile kararlaştırılan tasarruf ve mükellefiyet yasaklarının salt borçlandırııcı etki doğuracağını öngören bir hükümdür. Bu hükmün gerekçesinde sözleşme ile kararlaştırılan alacağın devri yasakları bakımından uygulanmayacağı açıkça vurgulanmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının alacağı devralana karşı da ileri sürülebilmesi olanağının ilişkinin tabiatında yer aldığı, bu yüzden her zaman mutlak etkili doğuracağı, zaten BGB § 399 hükmünde de aynı yönde karara varılmış olduğu belirtilmektedir⁹⁷³.

Avusturya öğretisinde, mutlak etki hukuki sonucunun yerindeliği özellikle 1970'li yıllar itibarıyla tartışmaya açılmıştır. Böyle bir hukuki sorunun ön plana çıkmasının sebebi, tahmin edileceği üzere, geçen zaman içerisinde alacağın devrinin sağladığı ekonomik işlevlerin giderek önem kazanmış, özellikle teminat amaçlı olarak kullanımının yaygınlaşmış olmasıdır. Bu konudaki görüş ayrılıkları özellikle 1970'li yıllar itibarıyla derinleşmeye başlamıştır. Öyle ki, devir yasağının mutlak etkili mi yoksa salt borçlandırııcı etkili mi olduğu şeklindeki temel sorunun, konuya ilişkin bilimsel çalışmaların sayısı bir ölçüt olarak esas alındığında, 1970 - 2000 arası dönemin en tartışmalı özel hukuk sorunu olduğu saptaması yapılmaktadır⁹⁷⁴. 1970'li yıllardan bugüne dek yayımlanan bilimsel eserlerde hâkim görüş⁹⁷⁵ devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırııcı etki meydana getireceği yönündedir.

⁹⁷¹ Hasenöhl, s. 183; Gellner, s. 6; Swoboda, s. 138-139. Gerekçe belirtmeksizin, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğuracağı yönünde: Stubenrauch, s. 805; Krasnopolski/Kafka, s. 268.

⁹⁷² Mayrhofer, II, s. 170; Holzner, s. 496-498; Bydlinski, s. 132.

⁹⁷³ Beilagen zu den Stenographischen Protokollen über die Sitzungen des Herrenhauses des Reichsrates, Reichsrates, 1911 bis 1912, XXI. Session, II. Band, Wien 1912, s. 44.

⁹⁷⁴ Bydlinski, s. 122.

⁹⁷⁵ Klang/Wolff, § 1393, s. 295; Raber, s. 451; Aicher, s. 313; Koziol, s. 118; Iro, s. 103; Helmut Paris, "Vor dem Ende des Abtretungsverbot?", *ÖBA*, 1996/12, s. 921-924, s. 921-922; Peter Rummel (hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 1175-1502 ABGB*, 3. Auflage, Wien 2002 = Rummel/Ertl, § 1393, N. 9. Salt borçlandırııcı etki görüşünün hâkim görüş olduğu tespiti için bkz. Bydlinski, s. 124.

Avusturya öğretisindeki salt borçlandırıcı etkinin desteklenmesi eğiliminin temelinde alacaklının ekonomik özgürlüğünün korunması⁹⁷⁶ ve devralanın işlem güvenliğinin temin edilmesi⁹⁷⁷ amaçları yer almaktadır. Bunlar içinde işlem güvenliğini sağlama amacı Avusturya hukuku açısından özellikle önem taşımaktadır. Çünkü, Avusturya Medeni Kanunu'nda, bir alacağı, devir yasağı kararlaştırıldığını bilmeden devralan tarafın iyiniyetini koruyan (BK 183/II, OR 164/II, BGB § 405 hükümlerine benzer) özel bir düzenleme, senede bağlanmış alacaklar bakımından dahi, mevcut değildir.

Avusturya hukukunda, salt borçlandırıcı etki gerekçelendirilirken, ilk planda, alacak hakkı ve eşyanın devredilebilirlik yönünden aynı prensibe tabi tutulması gerektiği düşüncesinden hareket edilerek, alacak üzerindeki devir yasakları ile eşya üzerindeki tasarruf yasakları arasında paralellik kurulmakta ve Avusturya Medeni Kanunu'nun eşya ve ayni haklar üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etki doğuracağını öngören § 364c hükmünün, alacak üzerindeki devir yasağı anlaşmaları bakımından da kıyasen uygulanması teklif edilmektedir⁹⁷⁸. Bu görüşe göre, ABGB § 364c hükmünün (yukarıdaki paragrafta aktarılan) gerekçesi böyle bir kıyasa engel oluşturmayacaktır, çünkü gerekçenin bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ayrıca, kanun koyucunun bu gerekçeyi kaleme alırken esas aldığı koşulların, alacağın devrinin ekonomik öneminin artması üzerine ciddi biçimde değişikliğe uğradığı öne sürülmektedir⁹⁷⁹.

Avusturya öğretisinde salt borçlandırıcı etki görüşünü benimseyen yazarlarca, mutlak etki sonucunu temellendirmek için Alman hukukundan kanıt getirilmesi iki açıdan eleştirilmektedir: İlk olarak, Alman hukukunda sözleşme ile devredilemez nitelikte bir alacak hakkı yaratılmasına açık bir hükümle (BGB § 399) izin verilerek kanun koyucu tarafından bir karara varılmış olduğu, bu karara -böyle bir kararın yerindeliği tartışmaya açık olsa bile- uyulmasının zorunlu olduğu, Avusturya hukukunda ise böyle bir zorunluluğun bulunmadığı belirtilmektedir⁹⁸⁰. İkinci olarak, Alman Medeni Kanunu'nun Avusturya Medeni Kanunu'na nazaran borçluyu daha koruyucu bir

⁹⁷⁶ Iro, s. 103; Paris, s. 921-922.

⁹⁷⁷ Raber, s. 451; Aicher, s. 313.

⁹⁷⁸ Raber, s. 451; Aicher, s. 313; Koziol, s. 118; Rummel/Ertl, § 1393, N. 9.

⁹⁷⁹ Koziol, s. 123; Iro, s. 103.

⁹⁸⁰ Koziol, s. 124.

yapıda olduđu⁹⁸¹, Alman Medeni Kanunu’nda alacak hakkının dar anlamda borç ilişkisi yönünün üstün tutulduđu⁹⁸², bu çerçevede mutlak etkinin Alman Medeni Kanunu’nun temel eğilimlerine uygun düşebileceği, fakat Avusturya Medeni Kanunu’nun alacak hakkının malvarlığı değeri yönünü üstün gören sistemine aykırı olduğu eleştirisi yöneltilmektedir⁹⁸³.

Mutlak etkinin sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak temellendirildiği eserlerde ise devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisinin ABGB § 364c hükmü kıyasen uygulanarak salt borçlandırıcı etki olarak belirlenmesine karşı çıkmaktadır. ABGB § 364c hükmünün alacağın devri yasağı anlaşması bakımından uygulanmasının, anılan hükmün lafzında “eşya ve ayni haklar” şeklindeki sınırlamaya yer verilerek kanun koyucu tarafından bilinçli olarak dışladığı kabul edilmekte, ayrıca § 364c hükmünün gerekçesi, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânına kanun koyucu tarafından izin verilmiş oluşunun açık bir delili olarak görülmektedir⁹⁸⁴. Son olarak, Avusturya Medeni Kanunu’nun, Alman Medeni Kanunu’ndan farklı olarak, alacak hakkının malvarlığı yönüne odaklandığı yorumu eleştiri ile karşılanmaktadır. Avusturya Medeni Kanunu’nun alacak hakkının dar anlamda borç ilişkisi yönünü yeterli ölçüde dikkate aldığı ve 1392, 1395 ve 1396 numaralı paragrafları aracılığıyla bu hususu açıkça ortaya koyduğu ifade edilmektedir⁹⁸⁵.

Avusturya Temyiz Mahkemesi’nin (*Oberster Gerichtshof*) devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini, eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşmasıyla benzerlik kurarak, salt borçlandırıcı etki olarak belirlediği 1908 tarihli bir kararı mevcuttur⁹⁸⁶. Ancak, Avusturya Temyiz Mahkemesi sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçmiş, söz-

⁹⁸¹ Koziol, s. 124.

⁹⁸² Raber’e göre (s. 448), Alman Medeni Kanunu § 398 hükmünde öngörülen alacağın devri özgürlüğü genel prensibine aykırı düşecek şekilde, § 399 hükmünü kabul ederken, muhtemelen Pandektistlerin sübjektivist alacak hakkı kavramının etkisinde kalmıştır.

⁹⁸³ Koziol, s. 124.

⁹⁸⁴ Ehrenzweig, s. 236; Holzner, s. 498; Bydinski, s. 132. Salt borçlandırıcı etki teorisini benimseyen yazarlar arasında olarak Klang/Wolff (§ 1393, s. 295), bu hükmün lafzının açıkça eşya ve ayni hak ile sınırlı uygulanmasını buyurduğunu gerekçe göstererek, salt borçlandırıcı etki sonucuna ABGB § 364c hükmü ile kıyas yapılarak varılmasına karşı çıkmaktadır.

⁹⁸⁵ Mayrhofer, II, s. 170.

⁹⁸⁶ OGH, ZBl 1909, N. 88.

leşme özgürlüğü prensibine dayanan temellendirme ile mutlak etki yönündeki görüşünü yerleşik içtihadı hâline getirmiştir⁹⁸⁷. Sorunu öğretideki eleştirileri dikkate alarak tekrar kapsamlı biçimde ele aldığı 1984 tarihli kararında da mutlak etki yönündeki içtihadını yinelemiştir. Bu kararda Avusturya özel hukukunda, alacağın devredilemez bir hak olarak yaratılmasına izin veren sözleşme özgürlüğü prensibinin üstün olduğunu, sözleşme özgürlüğü prensibini sınırlandıran herhangi bir düzenleme bulunmadığını vurgulamaktadır⁹⁸⁸.

Avusturya Medeni Kanunu'na 9.6.2005 tarihinde, Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin 1984 tarihli kararında sözünü ettiği şekilde, devredilemez bir alacak hakkı yaratılmasına olanak veren sözleşme özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte bir istisna hükmü (§ 1396a) eklenmiştir⁹⁸⁹. Bu hükümde ticari işletmeler arasındaki ilişkilerden doğan para alacakları hakkında kararlaştırılan devir yasaklarının salt borçlandırıcı etki doğuracağı öngörülmektedir. Avusturya hukukunda salt borçlandırıcı etki görüşü, kapsamlı ticari işletmeler arasındaki ilişkilerden doğan para alacakları ile sınırlı da olsa, bu hüküm sayesinde yasal bir dayanağa kavuşmuştur. Diğer taraftan, Avusturya öğretisinde devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkında uzun yıllar yürütülen tartışma ABGB § 1396a hükmünün kabul edilmesi ile büyük ölçüde önemini yitirmiş olsa gerektir. Çünkü, kanun koyucu, istisnai nitelikteki ABGB § 1396a hükmünün kapsamı dışında kalan hâllerde, mutlak etkili devir yasağı kararlaştırılabileceğini örtülü olarak kabul etmiş, bu konudaki tartışmada mutlak etki lehine olan tavrını (*III. Teil Novelle* ile yaptığı gibi) bir kez daha dışa vurmuş gözükmektedir.

3. Fransız Hukuku

Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code civil*) alacağın devrine ilişkin hükümlerinde, 10.2.2016 tarihli borçlar hukuku reformu kapsamında Art. 1321 hükmünde değişiklik yapıncaya dek, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yalnızca kira sözleşmesine ilişkin Art. 1717 hükmünde kiralanana kullanım hakkının devrinin anlaşma ile engellenebileceğine dair bir

⁹⁸⁷ OGH, ZBl 1913, N. 6; OGH, JBl 1968, 476. Mutlak etki görüşünün Avusturya Temyiz Mahkemesi kararlarında yerleşik olduğu tespiti için ayrıca bkz. Bydlinski, s. 123.

⁹⁸⁸ OGH, JBl 1984, s. 311.

⁹⁸⁹ Zessionsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 51/2005. ABGB § 1396a hükmünün düzenlemesi hakkında detaylı bilgi için aşağıda bkz. s. 508 vd.

hükme yer verilmekteydi⁹⁹⁰. Aynı şekilde hiçbir düzenlemenin mevcut olmadığı Avusturya hukuku ile karşılaştırıldığında, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi ve geçerliliği konusu Fransız hukukunda 2000’li yıllara kadar neredeyse hiç tartışma konusu edilmemiştir. Hatta, Fransız literatüründe devir yasağı anlaşmasına karşılık gelen bir terminoloji dahi mevcut değildir. İki yüz yıl boyunca neredeyse hiç tartışma konusu edilmemiş olması göz önünde tutulduğunda, kavramın Fransız hukukunda bir adının dahi bulunmaması normal karşılaşmaktadır⁹⁹¹. Fransız hukukundaki durum, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları (özellikle Alman hukuku ile karşılaştırma yapılan çalışmalar) üzerinden incelendiğine aşağıdaki bilgilere ulaşılmaktadır:

Fransız hukukunda devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurmayacağı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği görüşü yerleşiktir. Ancak, bu görüşün ardında yatan gerekçelerin neler olduğu karşılaştırmalı hukuk öğretisinde tam açıklanamamaktadır. Her hâlıkârda, alacak haklarının teminat konusu olarak kullanılabilmesi imkânını güvence altına almak gibi bir hukuk politikasının ürünü olmadığı tereddütsüz ifade edilmektedir. Çünkü, Fransız uygulamasında alacağın devrine teminat amaçlı başvurulması yakın döneme kadar nadiren söz konusu olmuştur. Bu görüşün, daha ziyade, mülkiyet hakkına ilişkin kısıtlamaları ortadan kaldırmaya yönelik Fransız İhtilali’nden beri uygulanan hukuk politikası ile bağlantılı olabileceği tahmin edilmektedir⁹⁹². Nitekim, öğretilde, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurmayacağı görüşünü temellendirmek için Fransız Medeni Kanunu’nun, mülkiyet kavramının tanımlandığı Art. 544⁹⁹³, -kanundaki farklı düzenlemeler saklı kalmak üzere- herkesin sahip olduğu malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğini öngören Art.

⁹⁹⁰ Bu tespit için bkz. Joel Benjamin Münch, **Abtretungsverbote im deutschen und französischen Recht**, Frankfurt am Main 2001, s. 178. Hükmün son fıkrasına göre, kiralana ilişkin bir alt kira sözleşmesi yapılması veya kullanım hakkının başkasına devredilmesinin mümkün olup olmadığının kira sözleşmesinde karara bağlanması zorunludur.

⁹⁹¹ Goergen, s. 138. Ayrıca, yakın döneme kadar dava konusu dahi olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Wolfgang Rosch, “Pactum de non cedendo im französischen Recht: Totgesagte leben länger!”, **Recht der Internationalen Wirtschaft**, 2001, H. 8, s. 604-610, s. 608.

⁹⁹² Kötz, s. 64.

⁹⁹³ Karl Arndt, **Zessionsrecht: Beiträge zum Recht der Forderungsabtretung im internationalen Verkehr**, Berlin 1932, s. 14, dn. 14; Rosch, s. 605.

537⁹⁹⁴, ticareti yapılabilir tüm malvarlığı unsurlarının -kanundan kaynaklanan bir tasarruf yasağı bulunmadıkça- prensip olarak satışa konu edilebileceği öngören Art. 1598⁹⁹⁵ hükümlerine dayanılmakta ve denilmektedir ki, tüm malvarlığı değerlerine ilişkin serbestçe tasarruf imkânı bulunması kamu menfaatine dayanan temel bir prensip olup (Art. 6) alacağın devri bakımından da geçerli olmalıdır. Kanun koyucu, devredilebilir bir alacak hakkının sözleşme ile devredilemez bir hakka dönüştürülebileceğini açık bir hükümle kabul etmediğine göre, bunun gerçekleştirilebilmesine hukuken imkân yoktur⁹⁹⁶.

Karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında, ayrıca, Fransız hukukunda, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırııcı etki yaratacak şekilde dahi geçerli kabul edilmediği tespitinde bulunmaktadır⁹⁹⁷. Çünkü, salt borçlandırııcı etki hâlinde dahi, kanun koyucunun yasakladığı amaca yönelik belli ölçüde baskı ortaya çıkabilmektedir⁹⁹⁸. Tasarruf özgürlüğünün korunması prensibi, aynı sonuca varmayı amaçlayan tüm alternatif hukuki olanakların önüne geçmelidir. Bu doğrultuda, muhtemel bir devir hâlinde devredeninin sahip olduğu alacak hakkının ortadan kalkacağı şeklindeki bir bozucu koşulun dahi hükümsüz sayılacağı belirtilmektedir⁹⁹⁹. Ancak, haklı olarak, bu prensibin uygulama alanına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Çünkü, pek çok durum vardır ki, borçlunun alacağın devrini engelleyebileceği hiçbir imkân olmaması hâlinde, alacağın devri üzerine sözleşmenin sona ermesi beklenecaktır. Bir kişinin yaşamını idame ettirebilmesi

⁹⁹⁴ Hans Schumann, **Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht**, Marburg 1924, s. 127; Carl Crome, **Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts**, Mannheim 1894, s. 258; Rosch, s. 605. Bu anlama gelecek şekilde, *pactum de non cedendo*'nun (devreden ile devralan arasındaki alacağın devri hakkındaki sözleşme kastedilerek) sözleşme özgürlüğünün dayandığı prensiplere aykırı düşeceğinin düşünüldüğü ifade edilmektedir Bkz. Arndt, s. 14.

⁹⁹⁵ Arndt, s. 14, dn. 14; Rosch, s. 605.

⁹⁹⁶ Schumann, s. 127; Crome, **Code civil**, s. 258. Bu anlama gelecek şekilde, *pactum de non cedendo*'nun (alacaklı ile üçüncü kişi arasında alacağın devri konusunda sözleşme yapma özgürlüğü kastedilerek) sözleşme özgürlüğünün dayandığı prensiplere aykırı düşeceğinin düşünüldüğü ifade edilmektedir Arndt, s. 14.

⁹⁹⁷ Crome, **Code civil**, s. 258, s. 259, dn. 5; Schumann, s. 127; Arndt, s. 14; Goergen, s. 140; Rosch, 605; Bydliniski, s. 121. Ayrıca, Fransız hukukunda, *pactum de non cedendo*'nun geçerliliğinin tanınmaması yönündeki eğilimin istisnaları bulunduğu, örneğin zamansal bir devir sınırlaması veya borçlu lehine devir sınırlaması öngörülen hâlde bu anlaşmanın geçerli kabul edildiği yönünde: Arndt, s. 14-15.

⁹⁹⁸ Crome, **Code civil**, s. 259, dn. 57.

⁹⁹⁹ Schumann, s. 127.

için sözleşme ile kararlaştırılan gelir alacağı bu ihtiyacın bulunduğu durumlara örnek gösterilmektedir¹⁰⁰⁰.

Fransız hukukuna ilişkin bu genel saptamalara çarpıcı biçimde aykırı düşen bir bilgiye, en erken, Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun 1988 tarihli hazırlık tutanaklarında rastlamaktayız. Çalışmamızın IV. bölümünde detayları görüleceği üzere, anılan Konvansiyon'un tasarı çalışmalarında Fransa'nın diplomatik temsilcisi oldukça katı bir tutumla mutlak etki görüşünü savunmaktadır. Mutlak etkinin açıkça yasal bir dayanağa sahip bulunduğu Almanya'nın temsilcisinin dahi salt borçlandırıcı etki görüşüne katılarak bu konuda Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın temsilcilerini desteklediği çalışmalarda, Fransa'nın temsilcisinin karşıt tavrı o derece güçlüdür ki, devir yasağı anlaşmasının Konvansiyon'un uyumlaştırmayı hedeflediği konular kapsamından çıkarılması alternatifinin değerlendirmeye alınmasına dahi neden olmuştur¹⁰⁰¹. Nihayetinde 1988 yılında kabul edilen Konvansiyon'u 1991 yılında onaylayan Fransa, salt borçlandırıcı etkinin öngörüldüğü Art. 6/1 hükmüne dair çekince vermiştir (Art. 18) ve mutlak etkinin benimsendiği Art. 6/2 hükmüne tabi olmayı kabul etmiştir. Art. 6/2 uygulandığında ise şu sonuç ortaya çıkmaktadır: İkametgahı Fransa'da bulunan borçlu ile alacaklısı arasında bir devir yasağı kararlaştırılmış olduğu takdirde, borçlu, buna dayanarak alacağı devralan faktöre ifadan kaçınabilecektir. Diğer bir ifadeyle, çekince imkânından yararlanılarak, Fransa'da ikametgahı bulunan borçlunun sözleşme ile alacağın devrinin engellenmesine olan menfaati korunmuştur. Bu bilgilere dayanarak Fransız hukukundaki yaklaşımın, en azından Fransa'nın anılan konvansiyonu onaylandığı 1991 yılı itibarıyla, karşılaştırmalı hukuk öğretisinde aktarıldığı ölçüde net olmadığı şeklinde bir çıkarımda bulunmak mümkündür.

¹⁰⁰⁰ Schumann, s. 128. Diğer yandan, 19. yüzyıl sonunda Fransız öğretisinde, sözleşme ile getirilen tasarruf yasağının malvarlığı unsurları üzerindeki serbestçe tasarruf edilebilirliği ilelebet ortadan kaldıracığı ve malvarlığı değerlerinin bireylerin hâkimiyetine özgülenerek tasarrufun kalıcı olarak engellenmesi şeklinde sağlıklı bir sonuca yol açacağı şeklindeki varsayımın alacak üzerindeki devir yasağı anlaşması bakımından geçerli olmadığı fikri de ileri sürülmüştür. Bu fikre göre, aynı tehlike ve özellik *pactum de non cedendo* bakımından ortaya çıkmamaktadır; çünkü alacak hakkının temsil ettiği malvarlığı değeri alacağın muaccel hâle gelmesi üzerine hukuki işlem hayatına geri dönmektedir. Devir yasağından yararlanan taraf hiçbir hâlde alacak haklarını sürekli olarak yük altına sokamaz. Dolayısıyla, bu fikre göre, söz konusu tartışma ciddi bir şekilde abartılmaktadır: Théophile Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, F. Pichon, B.1, Paris 1891, s. 349 (Goergen, s. 141-142'den naklen).

¹⁰⁰¹ Bu tartışmalar için bkz. s. 490.

Fransız hukukunda devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi 21.11.2000 tarihli bir Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) kararı¹⁰⁰² ile birlikte teorik bir çerçevede tartışma konusu olmaya başlanmıştır:

21.11.2000 tarihli bir Fransız Temyiz Mahkemesi kararında devir yasağı anlaşmasının en azından taraflar arasında geçerli sayıldığı tespit edilmektedir¹⁰⁰³. Kararda, sözleşme ile taraflar arasında nispi bir ilişki kurulduğu, alacağı devralanın bu sözleşmenin içeriğindeki devir yasağı anlaşmasının tarafı olmadığı, bu nedenle devir yasağının devralana karşı ileri sürülemeyeceği görüşü kabul edilmiştir.

Bu kararın ardından, 21.5.2001 tarihinde Fransız Ticaret Kanunu'na (*Code de commerce*) eklenen rekabeti kısıtlayıcı işlem ve uygulamalar hakkındaki Art. L 442-6 hükmü¹⁰⁰⁴ kapsamında, açıkça, belirli ticari faaliyetlerde (üretici, satıcı, sanayici, zanaatkar) bulunan borçlular lehine kararlaştırılan devir yasaklarının kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Fransız Ticaret Kanunu'nda yapılan bu değişiklik ile kanun koyucunun Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 2000 tarihli kararı karşısında bilinçli bir tavır takınmış olup olmadığı ise öğretide tam anlaşılamamıştır¹⁰⁰⁵.

Fransız Medeni Kanunu'nun borçlar hukuku alanında yapılan 10.2.2016 tarihli reform düzenlemeleri¹⁰⁰⁶ kapsamında devir yasağının anlaşmasının mutlak etki doğurabileceği şeklinde yorumlanmaya müsait bir hüküm sevk edildiği tespit edilmektedir. Reform sonucu, alacağın devri (*la cession de créance*) hakkındaki Art. 1321 hükmünün son fıkrasında şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Alacak hakkının devredile-*

¹⁰⁰² Cour de Cassation, Chambre commerciale, 21.11.2000, 97-16.874 (Legifrance, e.t. 16.7.2020). Bu tarihe kadar, devir yasağı anlaşması hakkında Fransız Temyiz Mahkemesi'nin verdiği ve atıf yapılan tek karar 1853 yılına aittir. Bu karara konu olayda, ilk derece mahkemesi, alacağın devrinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Temyiz Mahkemesi bu kararı, bu tür tasarruf yetkisini sınırlandırıcı sözleşmelerin yasak olduğunu gerekçe göstererek bozmuştur. Cour de Cassation, Chambre civile, 6. 6. 1853, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile, no. 6, N. 65, s. 148-150.

¹⁰⁰³ Münch (s. 179) bu kararı göz önünde tutarak, Fransız hukukunda, devir yasağı anlaşmasının yalnızca taraflar arasında borçlandırııcı etki yaratarak tazminat talebine dayanak oluşturabileceği tespitinde bulunmaktadır.

¹⁰⁰⁴ Loi no. 2001-420 du 15 May 2001 relative aux nouvelles regulations économiques.

¹⁰⁰⁵ Art. L 442-6 hükmünün dar kapsamı dışında kalan hâllerde kararlaştırılan devir yasaklarının artık geçerli mi sayılacağı; yoksa Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 19. yüzyıldaki içtihadını değiştirip salt borçlandırııcı etkiyi tanımasına karşılık kanun koyucunun bilinçli olarak eski içtihadı geri dönmeyi mi tercih ettiği belirlenememiştir. Bkz. Rosch, s. 609.

¹⁰⁰⁶ Ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

mez olduğu kararlaştırılmış olmadıkça, (alacağın devri için) borçlunun rızası aranmaz”¹⁰⁰⁷. Bu hükmün uygulamada alacağın devri için prensip olarak borçlunun rızasına ihtiyaç olmadığı, istisnai olarak sözleşme ile devredilemez olduğu kararlaştırılmış alacakların devri için borçlunun rızası arandığı şeklinde yorumlandığı görülmektedir¹⁰⁰⁸. Buna ilave olarak, 24.4.2019 tarihinde Fransız Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklikle¹⁰⁰⁹ birlikte, Art. L 442-6 hükmündeki, ticari ilişkilerden doğan alacaklar için kararlaştırılan devir yasaklarını geçersiz kılan (yukarıda anılan) düzenleme de tamamen yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰¹⁰.

Sonuç olarak, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları incelendiğinde, hakkında, Fransız Medeni Kanunu’nun sözleşme ile yaratılan tasarruf kısıtlamalarını geçersiz kılan genel hukuk politikası doğrultusunda, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki (hatta salt borçlandırıcı etki dahi) doğurmayacağı tespiti yapıldığı belirlenen ve bu tespitin Fransız Temyiz Mahkemesi’nin 2001 yılında verdiği bir kararla teyit edildiği Fransız hukukunda, 2016 yılında yapılan kanun değişikliği ile alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesi imkânının düzenlendiği ve mutlak etki lehine tercihte bulunulduğu belirlenmektedir.

¹⁰⁰⁷ Art. 1321/IV: “Le consentement du débiteur n’est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible.”

¹⁰⁰⁸ Bu değişiklik sonucu, borçlunun rızasının eksikliği hâlinde devrin kesin hükümsüz mü yoksa sadece borçluya karşı geçersiz mi olacağı hususunun tartışmalı hale geldiği ifade edilmektedir. Bkz. Benteux, Grégory, “Clause limitative de cession des créances: tenir compte du nouveau régime”, **Option Finance**, 15 Juillet 2019.

¹⁰⁰⁹ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹⁰¹⁰ Bu tespit için bkz. Benteux, Grégory, “Clause limitative de cession des créances: tenir compte du nouveau régime”, **Option Finance**, 15 Juillet 2019.

4. İsviçre Hukuku

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun¹⁰¹¹ 1875¹⁰¹², 1877¹⁰¹³ tarihli tasarılarının 156. maddesinde¹⁰¹⁴ yalnızca niteliği gereği alacaklının şahsına bağlı olan alacak haklarının devredilemeyeceği düzenlenmektedir. Alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesi olanağına yer verilmemektedir. Benzer şekilde, 1855 tarihli Zürih Özel Hukuk Kanunu'nun (PGB) 1029. paragrafında¹⁰¹⁵ da, yalnızca, doğası itibarıyla belirli kişiye özgü olan alacakların devredilemeyeceği düzenlenmiş, bunlara şahsi iş görme edimlerine ilişkin alacaklar, nafaka alacakları, haksız fiilden doğan tazminat alacakları örnek verilmiştir

1881 tarihli aOR 183¹⁰¹⁶ hükmünde kanun, sözleşme ve hukuki ilişkinin özel doğası şeklinde üç ayrı sebebin alacağın devrine engel oluşturabileceği açıkça ifade edilmektedir. Ancak 1881 tarihli aOR 183 hakkındaki, döneminin borçlar hukukuna ilişkin genel nitelikli bilimsel eserler incelendiğinde, sözleşmeden kaynaklanan devir engelinin tanımı ve hukuki etkisi hakkında farklı yaklaşımlar bulunduğu görülmektedir. Örneğin, Schneider/Fick'in sözleşmeden kaynaklanan devir engeline ilişkin kavrayışlarında, sözleşme, hukuki ilişkinin doğasından kaynaklanan devir engelinin özel

¹⁰¹¹ Bundesgesetz über das Obligationenrecht, 18.06.1881, BBl Jg. 33, Bd. III, Nr. 26, s. 109. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin bölümü hazırlanırken kaynak olarak, Zürih Özel Hukuk Kanunu, Dresden Tasarısı, Fransız Medeni Kanunu ve dönemin Pandektist literatüründen yararlanılmıştır. Bkz. Bruno Huwiler, "Begriff und Rechtswirkung: zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881", **Das Obligationenrecht 1883-1983**, (ed.) P. Caroni, Bern 1984, s. 209-276, s. 209 vd.

¹⁰¹² Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 22-28 Oktober 1869 und 6-13 October 1872, Bern 1875.

¹⁰¹³ Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes, Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876, Bern 1877.

¹⁰¹⁴ Sechster Titel, Abtretung von Forderungen, Art. 156: "(1) Der Gläubiger kann jede ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten. (2) Ausgenommen sind Forderungen, welche ihrer Natur nach an der Person des Gläubigers haften."

¹⁰¹⁵ PGB § 1029: "Forderungen, welche ihrer Natur nach nur einer bestimmten Person individuell zustehen, sind nicht übertragbar, z.B. Forderungen auf persönliche Dienstleistungen und Alimente, oder auf Genugthuung wegen Injurien." Bkz. Johann Caspar Bluntschli (hrsg.), **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich**, Zürich 1855, s. 89. Kanunun redaktörü Bluntschli (s. 89) PGB § 1029 hükmüne ilişkin şerhinde, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağı ve yoksulluk nafakasının niteliğinin devre engel oluşturacağını, buna karşılık, bakım borçlusunun sahip olduğu (karşı edim niteliğindeki) para alacağı için aynısının geçerli olmayacağını, çünkü onun borcu kime ödeyeceğinin fark yaratmayacağını belirtmektedir.

¹⁰¹⁶ aOR 183: "Der Gläubiger kann die ihm zustehende Forderung auch ohne Einwilligung des Schuldners an einen Anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder die besondere Natur des Rechtsverhältnisses eine Ausnahme begründen."

bir görünümü olarak takdim edilmektedir¹⁰¹⁷. Hafner de benzer şekilde sözleşmeden kaynaklanan devir engeline ölüncüye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağını örnek vermektedir¹⁰¹⁸. Vogt'un açıklamalarında üçlü ayırım nispeten daha barizdir ve cari hesaba kayıtlı alacak hakkı sözleşmeden kaynaklanan devir engeline örnek gösterilmektedir¹⁰¹⁹.

aOR 183 bakımından, yukarıda anılan yazarların hiçbiri, *pactum de non cendo*'yu bağımsız bir sözleşme şeklinde tanımlamış ve hukuki etkisini tespit etmiş değildir. Bu konuda Fransızca eserlerde daha fazla açıklama yer almaktadır: Jacottet, alacak haklarının sözleşme ile devredilemez kılınabileceğinin kanunda genel olarak kabul edildiğini, ancak böyle bir anlaşmanın üçüncü kişilere karşı etkili olup olmayacağını tartışmaya açık olduğuna işaret etmektedir¹⁰²⁰. Rossel ise meseleye ilişkin olarak Jacottet'ye göre daha gerekçeli ve kesin bir tavır benimsemektedir. Yazar, hukuki ilişkinin doğasının devre engel oluşturabileceğini ve alacaklının kişisel bir özelliğine bağlı alacaklarda, örneğin, kanundan doğan nafaka alacağında ve bağışlama vaadinden doğan alacak hakkında böyle bir durumun mevcut olduğunu prensip olarak kabul etmektedir¹⁰²¹. Ancak Rossel'e göre, aOR 183 hükmünün muğlak ifadeler içeren metnine rağmen, doğası itibarıyla devredilebilir olan alacaklar prensip olarak sözleşme ile devredilemez kılınamaz. Kanunda açıkça gösterilen hâller dışında, böyle bir anlaşma üçüncü kişilere karşı kesinlikle hüküm ifade etmemeli, hatta sözleşmenin kendisi hükümsüz olmalıdır. Kanunun ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceğine açıkça izin vermiş olması (aOR 520), diğer tüm hâllerde böyle bir sözleşme yapılmasını yasakladığını zımnen ortaya koyan bir delil nite-

¹⁰¹⁷ Albert Schneider / Heinrich Fick, **Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. 1**, 3. Auflage, Zürich 1893, s. 278.

¹⁰¹⁸ H. Hafner, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 2. Auflage, Zürich 1896, s. 77-78.

¹⁰¹⁹ Emil Vogt, **Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern**, H. I, Bern 1882, s. 120. Bu çalışmada, Türk hukuku açısından, cari hesapta kayıtlı alacağın devrine TK 97 hükmünün engel oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Buna karşılık, örneğin Alman öğretisinde cari hesapta örtülü bir devir yasağı kararlaştırıldığı görüşü mevcuttur. Bkz. s. 123 vd. Bu açıdan Vogt'un kavramı teknik anlamına yakın kullandığı söylenebilir.

¹⁰²⁰ Paul Jacottet, **Manuel du droit federal des obligations**, Neuchatel 1884, s. 137.

¹⁰²¹ Rossel, **aOR**, s. 236.

liğindedir. Yazar, bu noktada, Zürih Temyiz Mahkemesi'nin alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceğini kabul ettiği 1.4.1890 tarihli aksi yöndeki kararına¹⁰²² atıf yapmaktadır ve bu karara rağmen görüşünü değiştirmeyeceğini vurgulamaktadır. Bunun zaten en akılcı çözüm olduğunu, çünkü alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanması hâlinde, eşyanın tasarruf edilemez kılınması üzerine oluşan ekonomik ve hukuki engellerin aynısının ortaya çıkacağını ileri sürmektedir¹⁰²³. Rossel'in bu satırlarından, Fransız Medeni Kanunu'na ilişkin döneminin yukarıda açıklanan görüşlerinin etkisi altında olduğu anlaşılmaktadır¹⁰²⁴. Rossel'in görüşü Türk hukukunda 1929 yılında yayımlanan bir makalede de ifade bulmuştur¹⁰²⁵. Bu makalede, Rossel'e atıfta bulunularak, alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanamayacağı, böyle bir sözleşmenin yalnızca taraflar arasında geçerli olacağı, üçüncü kişilere etki etmeyeceği fikri öne sürülmüştür¹⁰²⁶.

aOR 183 hükmüne ilişkin en detaylı bilimsel değerlendirmeler Attenhofer'in Pandekt hukuku kaynakları doğrultusunda kaleme aldığı 1886 tarihli "*Gegenstand der Cession*" başlıklı makalesinde¹⁰²⁷ yer almaktadır. Attenhofer, aOR 183 hükmünün uygulama alanını, *pactum de non cedendo*'nun borç ilişkisinin kuruluşunda yapıldığı hâllerle sınırlandırılmaktadır. Yazar, devir yasağı anlaşmasının borç ilişkisi kurulduktan sonra yapıldığı hâllerde, senede bağlı alacakları göz önünde tutarak ve işlem güvenliğinin korunması gayesiyle, *pactum de non alienando*'ya hâkim olan salt borçlandırıcı etki prensibinin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰²⁸.

¹⁰²² Zürih Temyiz Mahkemesi'nin (*Appellationskammer des Obergerichts*) 1.4.1890 tarihli kararı için bkz. *Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts*, Bd. VIII, 1890, s. 116. Kararda, bir hâmiline yazılı senet bakımından, senette mündemiç hakkın senetten bağımsız olarak devredilememesi sözleşme ile yaratılan bir devir kısıtlaması olarak ele alınmıştır. aOR 183 hükmüne atıfla alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği belirtilmekle yetinilmekte, konuya ilişkin teorik bir değerlendirme yapılmamaktadır.

¹⁰²³ Rossel, aOR, s. 235.

¹⁰²⁴ Fransız hukukundaki görüşler için bkz. s. 233 vd.

¹⁰²⁵ Hamdi Halim, "Alacağın Temlik: «Alacak» tabirinin mefhumu. Ne gibi haklar temlik olunabilir?", **İstanbul Barosu Mecmuası**, Sene: 3, Temmuz 1929, Sayı: 31-7, s. 1729-1734.

¹⁰²⁶ Hamdi Halim, s. 1731.

¹⁰²⁷ Attenhofer, "Der Gegenstand der Cession", ZSR, Bd. V, 1886, s. 269-288.

¹⁰²⁸ Attenhofer, s. 272. Yazarın bu görüşü için yukarıda bkz. s. 193 vd.

aOR 183 hükmündeki düzenleme, öğretideki görüş farklılıklarına rağmen, 1905 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 1190. maddesine¹⁰²⁹ - lafzı biraz redakte edilerek- aynen alınmıştır. 1911 tarihli yürürlükteki OR 164 hükmünün ikinci fıkrasına (BK 183/II) karşılık gelen istisna hükmü, 1881 tarihli Kanun'un 183. maddesinde ve 1905 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 1190. maddesinde mevcut değildir. Söz konusu istisna hükmü 1911 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 1190. maddesinin ikinci fıkrası ile eklenmiştir¹⁰³⁰.

1911 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 1190. maddesinin ikinci fıkrasına göre, devir yasağı anlaşması alacağa ilişkin senette gösterilmemişse, senette belirtilene güvenerek alacağı devralana karşı devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürülemeyecektir. İsviçre Federal Meclisi'ndeki (*Bundesversammlung*) görüşmelerde Eugen Huber, yapılan bu değişikliği, senede güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunmasını engelleyen Art. 1033 II (yürürlükteki OR 18; BK 19) hükmü ile ilişkilendirerek takdim etmektedir¹⁰³¹. Muvazaaya ilişkin Art. 1033 II hakkındaki görüşmeler sırasında da (Art. 1033 II kastedilerek) “*aynı hükmün*” alacağın devrine ilişkin Art. 1190'a da ilave edildiğini ifade etmektedir¹⁰³². Alacağın devrinde, devralanın senede güveninin, alacağın dayandığı işlemin muvazaalı olduğu veya devir yasağı anlaşmasının senette gösterilmediği birbirinden bağımsız iki ayrı ihtimalde istisnai olarak korunması hukuki sonucunu öngören (yürürlükteki OR 18 ve OR 164/II hükümlerindeki) düzenlemelere, 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu'nun § 405 hükmünde, tek bir paragraf altında yer verilmektedir¹⁰³³. Eugen Huber tarafından bu iki düzenlemenin birbiriyle bağlantı kurularak tanıtılması,

¹⁰²⁹ Art. 1190: “*Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Verpflichteten an einen ändern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.*” Bkz. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (vom 3. März 1905), BBl 1905 II 1.

¹⁰³⁰ Ayrıca tasarı çalışmaları sırasında, Wieland, haksız fiilden doğan tazminat alacaklarını göz önünde tutarak, 1190. maddeye “*haczedilemez alacaklar devredilemez*” şeklinde ikinci bir fıkra ilave edilmesini önermiş, ancak bu öneri kabul edilmemiştir. Bkz. Revision des schweizer Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, II. Session, 12.- 23. Oktober 1908, s. 8-9.

¹⁰³¹ Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Jg. XIX, Nr. 24, 1909, s. 555.

¹⁰³² Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Jg. XIX, Nr. 22, 1909, s. 474.

¹⁰³³ Alman Medeni Kanunu § 405 hükmünün yasalaşma süreci hakkında bkz. s. 226.

1911 tarihli Tasarı'daki bu değişikliğin Alman Medeni Kanunu § 405 hükmü örnek alınarak yapıldığını dışa vurmaktadır.

Sonuç olarak, 1911 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Art. 1190 hükmündeki düzenleme, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 164. hükmünde¹⁰³⁴ yürürlükteki hâliyle yasalaşmıştır.

İsviçre'de 2007 yılında başlatılan “*Schweizerisches Obligationenrecht und Europäisches Vertragswert*” başlıklı bilimsel araştırma projesi kapsamında, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlere ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanmış ve tasarı metni “*Schweizer Obligationenrecht 2020*” başlığı (OR²⁰²⁰) ile 2013 yılında kamuya açıklanmıştır¹⁰³⁵. Bu tasarı esas alınarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin revizyona tabi tutulması talebiyle İsviçre Federal Meclisi'nin 139 üyesi tarafından (106'sı Ulusal Meclis -*Nationalrat*- üyesi, 35'i Eyalet Meclisi -*Ständerat*- üyesi) 21.03.2013 tarihinde Federal Hükümet'e (*Bundesrat*) başvuruda bulunulmuştur. OR²⁰²⁰ Tasarısı'nın 164. maddesinde devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı belirtilen bir düzenleme hazırlanmış ve mutlak etkinin benimsendiği yürürlükteki OR 164 hükmünün değiştirilmesi teklif edilmiştir. Ne var ki, OR²⁰²⁰ Tasarısı temelli revizyon talebi, İsviçre Federal Hükümeti tarafından 31.01.2018 tarihinde reddedilmiştir¹⁰³⁶. Bu yüzden, aşağıda detayları verilen OR²⁰²⁰ 164 madde taslağı, günümüz İsviçre hukuku açısından yalnızca bilimsel bir referans değeri taşımaktadır.

¹⁰³⁴ BBl 1911 I 845. OR. Art. 164:

“*Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.*”

Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.”

¹⁰³⁵ Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess, Zürich 2013.

¹⁰³⁶ “Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts”, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni, 31.01.2018 (Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.235986/234.1/2017/00003). İsviçre Federal Hükümeti bu red kararında, revizyon talebini gerekçelendirmek için sunulan, yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nun kısmen çelişkili, kısmen aşırı detaylı ve kısmen eksik olduğu, hukukçu olmayanlarca anlaşılmasının güç olduğu, modern ve kullanıcı-dostu yeni bir kanuna ihtiyaç bulunduğu şeklindeki açıklamalara şöyle karşılık vermektedir: Borçlar Kanunu'nun genel bölümüne ilişkin revizyonun gerçekleştirilmesi çok büyük bir masrafa katlanılmasını gerektirecek olduğu hâlde, böyle bir revizyondan elde edilecek faydalar nispeten düşüktür; revizyonun uygulamada olumsuz sonuçlara yol açması riski de kayda değer ölçüde yüksektir. Yürürlükteki Kanun'un, metninde bazı eksiklikler mevcut olmasına rağmen, uygulanmasında ölçülebilir bir aksaklık bulunmamaktadır. Bu nedenle,

Salt borçlandırıcı etki prensibine göre formüle edilen “*Alacağın Devredilebilirliğinin Sözleşme ile Sınırlandırılması*” başlıklı OR²⁰²⁰ 164 hükmü¹⁰³⁷ aşağıdaki şekildedir:

“Alacağın devri, alacaklı ve borçlunun alacağın devrini engellemiş veya belirli koşullara bağlı kılmış olmasından bağımsız olarak geçerlidir.

Borçlunun alacaklıya karşı tazminat talebi saklıdır.”

OR²⁰²⁰164 hükmünün Daniel Girsberger ve Johannes Lukas Hermann tarafından hazırlanan gerekçesinde, alacağın devri kurumunun İsviçre Borçlar Kanunu’nun kabul edildiği 1911 yılından bugüne, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin yenisinden finansmanı bakımından ciddi bir önem kazandığı, modern gereksinimlere ve bu alandaki uluslararası eğilime uygun olarak, Almanya’da (HGB § 354a) ve Avusturya’da (ABGB § 1396a) olduğu gibi, İsviçre’de de Borçlar Kanunu’nun konuya ilişkin katı tavrının revize edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına ilişkin bugün yapılacak bir hukuki düzenlemenin tarafların karşıt menfaatleri arasında adil bir denge kurması, İsviçre Borçlar Kanunu’nun geleneksel yapısına uygun olarak sade ve uygulanabilir bir çözüm getirmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu gerekçelerle devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki meydana getirmesi gerektiği önerilmektedir. Bu sayede, devir yasağı anlaşmasının, devreden ve devralanın menfaatlerine uygun düşecek biçimde, alacakların tedavül edilebilirliğini etkilemeyeceği; buna karşılık borçlunun, anlaşmaya aykırı devir dolayısıyla uğradığı zararın tazminini devredenden isteyerek kendi menfaatlerini koruyabileceği, ilaveten, borçlunun korunması amacının bir ceza koşulu vasıtasıyla da temin edilebileceği belirtilmektedir¹⁰³⁸.

böyle geniş çaplı bir revizyon gerçekleştirilmesini haklı gösterecek temel koşul yerine getirilmiş değildir. Kanun’un genel bölümünün baştan sonra yenilenmesi gerekli olmadığı gibi, dilinin güncellenmesine özellikle hiçbir ihtiyaç yoktur. Son olarak kararda, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki - sadece Kanun’un genel bölümünde değil, aynı zamanda özel bölümündeki- münferit bazı hususlara ilişkin düzenlemelerinin yenilenmesini gerektiren maddi bir ihtiyaç bulunduğu açıklanabildiği takdirde, Federal Hükümet’in söz konusu hususları gözden geçirmeye ve gerekli değişikliklerin yapılması için çalışmaya hazır olduğu belirtilmektedir.

¹⁰³⁷ “II. Beschränkung der Abtretbarkeit durch Vertrag

Die Abtretung ist unabhängig davon gültig, ob der Gläubiger und der Schuldner die Abtretung ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht haben.

Vorbehalten bleiben Schadenersatzansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger.”

¹⁰³⁸ Girsberger/Hermann, s. 336-337; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 4-13.

II. Türk ve İsviçre Hukuklarında Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etki Doğuran Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Alman Hukuku Kaynaklı Teorilerden Yararlanılarak Çözümlemesi

A. Türk ve İsviçre Hukuklarında Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etki Doğuran Hukuki Niteliğinin Belirlenmesi Sorunu

Türk hukukunda alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma ile alacağın devrinin mutlak etkili olarak engellenebileceği BK 183/II hükmünde açıkça dışa vurulmaktadır. BK 183/II hükmüne göre: “*Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez*”. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının devralana karşı ileri sürülemeyeceği istisnai bir durumu düzenleyen BK 183/II hükmünün varlığı, Türk hukuku bakımından devir yasağı anlaşmasının üçüncü kişilere karşı (mutlak) etki meydana getirip getirmeyeceği konusunda tartışma yapılmasının önüne geçmektedir. İstisnai nitelikteki BK 183/II hükmünün zıt anlamı üzerinden (*argumentum a contrario*) kural hükmü şöyle belirlenmektedir: Borçlu alacaklı ile bir devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını alacağı devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir¹⁰³⁹. Mutlak etkinin benimsendiği bu düzenlemenin yerindeliği, Türk ve İsviçre öğretilerinde, borçlar hukukuna egemen sözleşme özgürlüğü prensibi ile açıklanmaktadır¹⁰⁴⁰.

Türk ve İsviçre hukuklarında devir yasağı anlaşmasının mutlak etki meydana getirebileceği kanunun lafzından açıkça anlaşılabilir olsa da anlaşmaya aykırı devre hangi geçersizlik yaptırımının uygulanacağı hukuki belirsizlik düzeyine ulaşan ölçüde tartışmalı bulunmaktadır:

Devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratmasına bağlı sonuçlar hâkim görüş tarafından genel olarak şöyle ifade edilmektedir: Devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan bir alacağın devri işlemi hükümsüz olur. Devralan alacaklı sıfatını kazanamaz.

¹⁰³⁹ Bu yorum tarzı için özellikle bkz. Gural, s. 224; Birsen, s. 584; Eren, N. 3868; Şener, s. 84, dn. 179; Rossel, s. 228. Alman hukuku bakımından aynı şekilde, senede bağlanmış alacaklar hakkındaki BGB § 405 istisna hükmüne dayanılarak, § 399 d. 2 hükmünde kural olarak mutlak etkinin benimsendiği yorumuna varılması hakkında bkz. Wünschmann, s. 210, s. 218-219; Gellner, s. 4.

¹⁰⁴⁰ Arsebük, s. 1066; Saymen/Elbir, s. 340; Şener, s. 78; von Tuhr/Escher, s. 347.

Alacağın devri sadece borçlu karşısında değil, devreden ile devralan arasında da sonuç doğurmaz. Buna göre, alacak hakkı devreden malvarlığında kalır ve devreden alacaklıları tarafından haczedilebilir¹⁰⁴¹. Kesin hükümsüzlüğü tarif eden bu hukuki sonuçlara kanunun lafzı gerekçe gösterilmektedir. Bu görüşe göre, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli, kanundan ve alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelleriyle aynı hukuki etkiye sahip olmalı, onlar gibi kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmalıdır. Diğer yandan, her bir devir engelinin sebep olduğu hükümsüzlüğün birbirinden farklı türde olması hâlinde, bunları birbirinden ayırmanın yarattığı güçlükler uygulama bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir¹⁰⁴². Bununla birlikte, anlaşmaya aykırı devrin hükümsüz olacağını belirten yazarların büyük bir kısmı, devir yasağı anlaşmasının çoğu kez borçlu yararına yapıldığını gerekçe göstererek, anlaşmaya aykırı bir devir işleminin borçlunun rızası ile geçerli hâle getirilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁴³. Anlaşmaya aykırı devir işlemine uygulanacak yaptırımın sonuçları kesin hükümsüzlüğü işaret eden şekilde açıklandıktan sonra, borçlunun rızası ile devrin hüküm ifade edeceğinin belirtilmesi ise tereddüt uyandırmakta ve geçersizliğin türünü devir işlemi geçerli hâle getiren rıza ile birlikte sorgulama gereği doğurmaktadır. Bu hususta, bir

¹⁰⁴¹ Devir işleminin hükümsüz olacağı yönünde: Tekil, s. 242; Funk, Art. 164, N. 5; von Büren, s. 325; Tercier/Pichonnaz, N. 1684; Huguenin, § 15, N. 1361; ayrıca alacağın devralana intikal etmeyeceği veya devralanın alacaklı sıfatını kazanamayacağı yönünde: Aybay, s. 190; İst-BK/Öz, m. 183, N. 22; Helvacı, s. 268; Nomer, N. 242; Keller/Schöbi, s. 58; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3434; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52; Schwenger, N. 90.26; CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N.11; ilave olarak, devrin sadece borçlu karşısında değil devreden ile devralan arasında da sonuç doğurmayacağı yönünde: Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1085; Franko, s. 184; Eren, N. 3870; Wolff, s. 171; Raymond Jeanprêtre, “La cession de salaire”, *SJZ*, 1967, H. 2, s. 17-24; H. 3, s. 35-37, s. 20; Schuler, s. 55; von Tuhr/Escher, s. 347; Bucher, § 31, s. 542; Spirig, Art. 164, N. 183; Schulín/Vogt, s. 615; Stauder/Stauder, s. 295; Flavio Lardelli, **Die Einreden des Schuldners bei der Zession**, Zürich 2008, s. 127; belirtilenlere ek olarak, alacağın devreden malvarlığında onun alacaklıları tarafından haczedilebileceği yönünde: Göktürk, s. 276; Arsebük, s. 1066-1067; Birsén, s. 584; Özsunay, s. 187; Dayınlarlı, s. 190; Şener, s. 84; Koller, § 84, N. 63; Guhl/Koller, Art. 164, N. 28.

¹⁰⁴² Jeanprêtre, s. 20. Ayrıca bkz. Schulín/Vogt, s. 613-614. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin kanundan kaynaklanan devir engeli ile eşit değerlendirildiği görüşünde: Hadding/van Look, s. 2.

¹⁰⁴³ Arsebük, s. 1068; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 344; Tunçomağ, s. 1085; Tekil, s. 242; Eren, N. 3870; Dayınlarlı, s. 190; Aybay, s. 190; Nomer, N. 242; Funk, Art. 164, N. 5; von Tuhr/Escher, s. 348; Keller/Schöbi, s. 59; von Büren, s. 325; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3431, N. 3434; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52; Huguenin, § 15, N. 1361; Bucher, § 31, s. 542; Spirig, Art. 164, N. 185; Koller, § 84, N. 66; Stauder/Stauder, s. 296; CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N.11; Lardelli, s. 127.

görüş tarafından, borçlunun tek taraflı onay beyanının devir işleminin geçerli hale getirilebilmesi için yeterli olmadığı, sözleşme ile getirilen devir engelinin yine sözleşme ile kaldırılabilmesi özellikle vurgulanmaktadır¹⁰⁴⁴.

İkinci bir görüş, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rıza verip vermeyeceğinin belli olmadığı dönemde askıda hükümsüz olacağını açıkça ifade etmektedir¹⁰⁴⁵. Bu görüş, askıda hükümsüzlük (noksanlık) yaptırımının uygulanmasını önerirken, borçlunun rızasına bir tamamlayıcı unsur niteliği tanımlamış olmaktadır. Ancak askıda hükümsüzlük yaptırımının dayanağı bu görüş tarafından açıklanmış değildir.

Türk ve İsviçre hukuk öğretilerinde yaygın ölçüde desteklendiği görülen üçüncü bir görüşe göre, devir yasağı anlaşmasına aykırılığa nispi etkisizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Çünkü bu anlaşma münhasıran borçlunun korunması amacına hizmet etmektedir. Nispi etkisizliğinin sonuçları, genellikle, devir işleminin devreden ile devralan arasında hüküm doğurup sadece borçluya karşı hükümsüz olması¹⁰⁴⁶ ve borçlunun dilediği takdirde rıza göstererek devri tamamen geçerli hâle getirebilmesi şeklinde tarif edilmektedir¹⁰⁴⁷. Bu görüş çerçevesinde, borçlu tarafından ileri sürülmedikçe, anlaşmaya aykırı devrin geçersiz olduğunun hâkim tarafından resen dikkate alınamayacağı ifade edilmektedir¹⁰⁴⁸. Bu noktada, anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması hâlinde doğacak hukuki sonuçlar ile askıda hükümsüzlük yaptırımı uygulanması hâlinde doğacak hukuki sonuçlar arasındaki temel farklılık, devrin geçersizliğinin hâkim tarafından resen dikkate alınıp alınamayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁴ Wolff, s. 172; Şener, s. 86.

¹⁰⁴⁵ B.Berger, N. 2103. Kesin hükümsüzlük değil düzelebilir geçersizlik hâli bulunduğu görüşünde: Ozanemre Yayla, s. 200. Tarafların anlaşmasına dayanan devir engelinin kesinlik arz etmediği ve borçlunun rızası ile devrin hüküm ifade edeceği görüşünde: Nomer, N. 242.

¹⁰⁴⁶ Devrin borçlu bakımından hükümsüz olacağı yönünde: Kılıçoğlu, s. 1008; (nispi etkisiz nitelendirilmesi yapmaksızın) devir işleminin kesin hükümsüz olmayacağı sadece borçluya karşı ileri sürülmeyeceği yönünde: Güral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Martin, s. 18; belirtilen sonuçların yanı sıra açıkça devir işleminin nispi etkisiz olacağı yönünde: Dinar, s. 98; Becker, Art. 164, N. 44; Engel, s. 878; CR-Probst, CO 164, N. 66; İsviçre hukukunda nispi etkisizlik görüşünün kabul görmediği tespiti için bkz. Schulz/Vogt, s. 615.

¹⁰⁴⁷ Güral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Dinar, s. 108; Kılıçoğlu, s. 1008; Martin, s. 18; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Becker, Art. 164, N. 44; Engel, s. 878; CR-Probst, CO 164, N. 66. Borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermesi sonucu, hükümsüzlüğü doğuran sebebin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönünde: Feyzioğlu, s. 633.

¹⁰⁴⁸ Dinar, s. 106. Bunun nispi etkisizlik yaptırımına ilişkin genel bir özellik olduğu konusunda bkz. s. 297.

¹⁰⁴⁹ Bu konuda bkz. s. 304 vd.

Devir yasağı anlaşmasının alacağın devrini hükümsüz kılacağını ve alacak geçişini önleyeceğini belirten yazarların bir kısmına göre, devir yasağı kararlaştırıldığı savunması itiraz niteliği taşıırken¹⁰⁵⁰; diğer kısmına göre defi niteliğini haizdir¹⁰⁵¹. Defi niteliği taşıdığını öne süren görüş çerçevesinde, devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunun borçlu tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen dikkate alınamayacağı da belirtilmektedir¹⁰⁵². Bu açıdan defi görüşü nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını öne süren görüşe yakın gibi gözükmemektedir. Çünkü, söz konusu savunmanın defi olarak nitelendirilmesi şöyle anlaşılmamaya müsaittir: Alacağın devrinin bir devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu, yalnızca, geçersizlik borçlu tarafından ileri sürüldüğü takdirde nazara alınır. Hâkim tarafından resen nazara alınamayacağı gibi, borçlu dışındaki kişiler, örneğin devreden alacaklıları tarafından da anlaşmaya aykırı devrin geçersizliğine dayanılması mümkün değildir. Böyle bir tanımdan hareketle, borçlu tarafından herhangi bir savunma ileri sürülmediği takdirde, alacağın devrinin üçüncü kişiler nezdinde geçerli sayılacağı sonucuna ulaşılabilmektedir¹⁰⁵³. Diğer taraftan, öğretide, devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunun hakim tarafından resen nazara alınamayacağı ifade edilirken, belki, sadece şu düşünülmektedir: Borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmemesi devre örtülü rıza olarak yorumlanmalı ve devrin borçlunun rızası ile geçerli hale geldiği kabul edilmelidir¹⁰⁵⁴.

Görüldüğü üzere, sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engeline rağmen yapılan devir işleminin borçlunun rıza vermesi üzerine geçerlilik kazanacağı öğretide -farklı gerekçelerle de olsa- neredeyse oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁰⁵⁵. Yargıtay kararla-

¹⁰⁵⁰ Arsebük, s. 1067; Dayınlarlı, s. 190; Nomer, N. 242.

¹⁰⁵¹ Eren, N. 3870; İst-BK/Öz, m. 183, N. 22, N. 25; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Keller/Schöbi, s. 59.

¹⁰⁵² Eren, N. 3870; İst-BK/Öz, m. 183, N. 22, N. 25; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434; Keller/Schöbi, s. 59.

¹⁰⁵³ Ayrıca aşağıda bkz. s. 264'de dn. 1109.

¹⁰⁵⁴ Örneğin bu anlama gelecek şekilde: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3434. Nispi etkisizlik görüşü çerçevesinde, borçlunun sessiz kalması, devrin hükümsüz olduğu yönünde herhangi bir savunma ileri sürmemesi örtülü rıza olarak da yorumlanabilmektedir: Dinar, s. 106; CR-Probst, CO 164, N. 66. Borçlunun devre örtülü rıza verebileceği konusunda aşağıda bkz. s. 472 vd; devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunun hâkim tarafından resen nazara alınıp alınamayacağı konusunda bkz. s. 361 vd.

¹⁰⁵⁵ Kesin hükümsüzlüğün borçlunun rızası ile düzeltilemeyeceği, devir yasağı sözleşme ile kaldırılıp devir işleminin tekrar yapılması gerektiği görüşünde: Schulín/Vogt, s. 617.

rında ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında hâkim olan görüş de bu doğrultudadır¹⁰⁵⁶. Bunun ardındaki düşüncenin ne olduğu ise açıktır: Devir yasağının borçlunun menfaatlerinin korunması için kararlaştırıldığı göz önünde tutulduğunda, anlaşmaya aykırı devre borçlu rıza verince, devralanın hangi sebepten ötürü alacağın ifasını borçludan isteyemeyeceğinin hakkaniyete uygun düşecek bir tarzda açıklanması mümkün olmamaktadır¹⁰⁵⁷. Borçlunun devralana ifa ile borçtan kurtulabilmesi her hâlde dürüstlük kuralının bir gereği olarak görülebilir olsa bile¹⁰⁵⁸, taraflarca arzu edilen bu sonuca nasıl erişilebileceğini her somut durumda hukuken tutarlı ve öngörülebilir bir biçimde izaha yarayan bir yorum tarzına ihtiyaç bulunmaktadır.

Borçlunun rıza vermesi sonucu devrin geçerlilik kazanacağını kabul edilmesi beraberinde başka hukuki sorunların çözülmesini gerekli kılmaktadır. Bunlar arasında pratik açıdan en önem taşıyanı borçlunun rıza verdiği devir işleminin hangi andan itibaren geçerlilik kazanacağı sorunudur. Bu konuda öğretide temelde iki görüş ortaya konulduğu tespit edilmektedir. Bir görüşe göre, anlaşmaya aykırı devir borçlunun rızasını açıkladığı andan itibaren ileriye etkili olarak hüküm ifade eder¹⁰⁵⁹. Yargıtay'ın da bir kararında benimsediği hâkim görüşe göre, borçlunun rızası geçmişe etkili olur ve alacağın devri borçlunun rızasıyla baştan itibaren geçerlilik kazanır¹⁰⁶⁰. İki görüş arasındaki fark, alacağın devri ile borçlunun rızası arasında geçen dönemde üçüncü kişilerin alacak hakkı üzerinde elde ettikleri hakların, özellikle devreden alacaklıları

¹⁰⁵⁶ 15. HD, 13.12.2004, E. 2004/2220, K. 2004/6437 (Kazancı); 15. HD, 19.6.2013, E. 2013/275, K. 2013/3959 (Kazancı; Lexpera); 11. HD, 11.12.2014, E. 2014/501, K. 2014/19582 (Kazancı; Lexpera); 15. HD, 26.1.2015, E. 2014/6219, K. 2015/397 (Kazancı; Lexpera); 23. HD, 09.06.2015, E. 2014/9387, K. 2015/4424 (Lexpera). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 1; BGE 4C.129/2002, 03.09.2002, E. 1; Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararı için bkz. ZR 113/2014 s. 170, s. 172.

¹⁰⁵⁷ Raber, s. 449.

¹⁰⁵⁸ Brütt, s. 30. Borçlu devre rıza verdikten sonra, devreden tarafından devrin hükümsüzlüğüne dayandırılmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağı görüşünde: Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 115.

¹⁰⁵⁹ Şener, s. 87; Koller, § 84, N. 66.

¹⁰⁶⁰ Arsebük, s. 1068; Tunçomağ, s. 1085; Tekil, s. 242; Eren, N. 3870; Aybay, s. 190; Dayınlarlı, s. 190; Nomer, N. 242; von Tuhr/Escher, s. 348; Bucher, § 31, s. 542; Stauder/Stauder, s. 296; B. Berger, N. 2103; Lardelli, s. 127. Yargıtay'ın bu doğrultudaki bir kararı için bkz. 13. HD, 22.12.1995, E. 1995/10115, K. 1995/11613 (Kazancı). Nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını öneren görüş çerçevesinde de borçlunun rızası ile devrin geçmişe etkili olarak hüküm doğuracağı belirtilmektedir: Güral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Dinar, s. 108. Feyzioğlu'na göre (s. 633), borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermesi sonucu, (nispi) hükümsüzlüğü doğuran sebep geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Benzer şekilde, borçlu devre rıza verirse devir engelinin geçmişe etkili ortadan kalkacağı görüşünde: Eren, N. 3870.

lehine tesis edilen hacizlerin durumu bakımından ortaya çıkmaktadır. İleriye etki görüşü, alacağın devri ile borçlunun rızası arasında geçen dönemde üçüncü kişilerin alacak üzerinde kazandıkları haklara dokunmamaktadır¹⁰⁶¹. Geçmişe etki görüşünün benimsendiği eserlerin bazısında, geçmişe etkiye rağmen ara dönemde üçüncü kişileri kazandıkları hakların saklı kalacağını belirtilmektedir¹⁰⁶². Ancak bu eserlerde de rızanın geçmişe etkisinin hangi gerekçe ile böyle sınırlandırıldığı açıklanmamaktadır.

Borçlunun rızası üzerine devrin hangi andan itibaren geçerlilik kazanacağı sorunun yanı sıra, çatışan devirler hâlinde borçlunun tercih ettiği devre rıza vererek geçerlilik kazandırma imkânına sahip olup olmadığı ve alacağı borçlunun rızası ile devralanın devir yasağı ile bağlı olup olmadığı gibi başka hukuki sorunlar da mevcut bulunmaktadır.

Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeline rağmen yapılan alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği hakkındaki bu tartışmalı durum ve belirtilen hukuki sorunlar, Türk ve İsviçre hukuklarına özgü olmayıp Alman hukukunda da mevcuttur. Şu farkla ki, Alman hukukunda, anlaşmaya aykırı devrin geçerliliği meselesi incelenmeye geçilmeden önce, ilk sırada devir yasağı anlaşmasının mutlak etkiye yol açan hukuki niteliğinin teorik olarak açıklanması yöntemine başvurulduğu gözlemlenebilmektedir. Devir yasağı anlaşmasına aykırılığın meydana getirdiği sonuçların, hukuken tutarlı ve öngörülebilir bir tarzda izah edilmesi hedefinin gerçekleştirilebilmesi açısından aynı yönteme Türk hukuku açısından da bağlı kalınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Alman hukukundaki yargı kararlarında da devir yasağı içeren alacak hakkının borçlunun rızası ile devredilebileceği görüşü hâkimdir¹⁰⁶³. Alman hukuku öğretisinde, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğini ve borçlunun rızası ile alacağın devredilebilmesi olanağını açıklamak için geliştirilmiş üç teori bulunmaktadır: Nispi etkisizlik teorisi, nitelik teorisi ve katılma teorisi. Nispi etkisizlik teorisi, devir yasağı anlaşması ile bir nispi etkili tasarruf yasağı (belirli bir üçüncü kişi lehine tasarruf yetkisi sınırlanması)¹⁰⁶⁴ meydana getirildiğini kabul etmekte, anlaşmaya aykırı devrin geçersizliğine

¹⁰⁶¹ Koller, § 84, N. 61.

¹⁰⁶² Arsebük, s. 1068; von Tuhr/Escher, s. 348.

¹⁰⁶³ RGZ 75, 142, 145; BGH, NJW 1964, 243; BGH, NJW 1978, 813; BGH, NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1990, 109.

¹⁰⁶⁴ Alman hukukuna özgü nispi etkili tasarruf yasağı kavramı için bkz. s. 258.

yalnızca tasarruf yasağının lehtarı borçlunun dayanabileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁶⁵. Nitelik teorisi, devir yasağı anlaşması ile tasarruf yasağı meydana getirilmediğini, alacak hakkının daha en baştan niteliği devre engel oluşturan bir hak olarak yaratıldığını kabul etmekte; niteliği devre engel oluşturan başka alacak hakları bakımından olduğu gibi, anlaşmaya aykırı devrin kesin hükümsüz olacağı sonucuna ulaşmaktadır¹⁰⁶⁶. Katılma teorisi, devir yasağı anlaşması ile alacağın devri işleminin borçlunun katılımı şartına bağlandığı varsayımından hareket ederek anlaşmaya aykırı devrin askıda hükümsüz olacağını ileri sürmektedir¹⁰⁶⁷.

Alman hukuk düzeninin kendine özgü yapısı içinde doğmuş ve şekillenmiş bu teorilerin Türk hukukuna aktarılmasında pek önemli bir zorluk bulunmamaktadır. Teorilerin doğrudan incelenmeye geçilmesi ve teorilerin işlenişindeki bilimsel zenginlikten en geniş şekilde yararlanılması prensip itibarıyla mümkündür. Sadece iki konuda Alman iç hukukuna özgü olup Türk hukukuna doğrudan benimsenmesi olanağı bulunmayan bazı bilgilerin burada paylaşılması gerekli görülmüştür: Birincisi, nispi etkisizlik yaptırımının Alman hukukundaki pozitif dayanağını oluşturan BGB § 135 hükmüdür. Alman hukukunda devir yasağı anlaşmasının sırf borçluyu korumaya yönelik bir tasarruf yasağı niteliği taşıdığının belirlenmesi sonucu, BGB § 135 hükmü uyarınca anlaşmaya aykırı devre nispi etkisizlik yaptırımının uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Alman hukuku bakımından kendi içinde tamamen tutarlı bir gerekçelendirmeye dayanan bu yorum tarzı, aşağıda görülecektir ki, Alman yargı kararlarında istikrarlı bir biçimde sırf nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasının yol açtığı hukuki belirsizliğin önüne geçmek için reddedilmiş, öğretide hâkim görüş olarak kabul görmemiştir¹⁰⁶⁸. İkinci olarak, Alman hukukunda anlaşmaya aykırı devre borçlunun verdiği rızanın geçmişe etki doğuracağı görüşü çerçevesinde yararlanılan, hukuki işleme rızanın hukuki etkisi hakkındaki BGB §§ 182-184 ve tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması hakkındaki BGB § 185 hükümleri üzerinde durulmaktadır¹⁰⁶⁹. Bu hükümlerle olan

¹⁰⁶⁵ Bkz. s. 262 vd.

¹⁰⁶⁶ Bkz. s. 272 vd.

¹⁰⁶⁷ Bkz. s. 281 vd.

¹⁰⁶⁸ Bkz. s. 306 vd.

¹⁰⁶⁹ Bkz. s. 289 vd.

bağlantısı çerçevesinde, geçmişe etki sonucunun Türk ve İsviçre öğretilerinde ileri sürüldüğü gibi, ara dönemde üçüncü kişilerin kazandığı hakların durumu özel olarak irdelenmeksizin kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulamaya açılmaktadır.

B. Nispi Etkisizlik Teorisi

1. Nispi Etkisizlik Yaptırımının Temellendirilmesi

a. Genel Olarak

Nispi etkisizlik teorisi, anlaşılağı üzere, adını sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına aykırılığa uygulanacak nispi etkisizlik yaptırımından almaktadır. Buna göre, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devrinin geçerliliğı yalnız borçluya karşı ileri sürülemez; borçlu dışındaki kişiler bakımından alacağın devri geçerli olarak hüküm ifade eder. Nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması gerektiğı sonucuna üç ayrı temelden hareket edilerek varılmaktadır. En geniş şekilde benimsenen birinci temeli şu şekildedir: Devir yasağı kararlaştırılmasına izin veren kanun hükmü sadece borçluyu korumayı amaçlamaktadır ve borçlunun korunması amacının gerçekleştirilmesi için nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması yeterlidir¹⁰⁷⁰. İkinci olarak, yalnızca nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması kabul edilirse, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devrinin hükümsüzlüğünün borçlunun rızası ile düzeltilebileceğı öne sürülmektedir¹⁰⁷¹. Üçüncü olarak, senede bağlanmış alacaklarda devralanın iyiniyetini koruyan istisnai düzenlemenin zıt anlamından hareketle, kanunda nispi etkisizlik yaptırımının benimsendiğı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁷².

Türk ve İsviçre hukuklarında nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını ileri süren görüş tarafından, ilk aşamada, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğı ve alacak hakkı üzerindeki meydana getireceğı hukuki etki hakkında değerlendirme yapıldığına pek rastlanılmamaktadır. Nispi etkisizlik yaptırımı ile devir yasağı anlaşmasının

¹⁰⁷⁰ Güral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Becker, Art. 164, N. 44; Martin, s. 18; CR-Probst, CO 164, N. 66; Wünschmann, s. 223; Esser/Schmidt, s. 309; Manfred Wolf / Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Auflage, München 2016, § 29, N. 48; Horst Heinrich Jakobs, “Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts und der Ausschluß der Abtretung der Weiterveräußerungsförderung- BGHZ 56, 228”, **JuS**, 1973, s. 152-157, s. 156; Scholz, s. 1837; Hubert Beer, **Die relative Unwirksamkeit**, Berlin 1975, s. 182; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12.

¹⁰⁷¹ Wünschmann, s. 211-212; Scholz, s. 1837.

¹⁰⁷² Güral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Wünschmann, s. 210, s. 218-219; Scholz, s. 1838.

hukuki niteliği arasındaki ilişki belirsizdir. Genellikle, devir yasağı anlaşmasının borçlunun menfaatine olduğu ve borçlunun menfaatinin temini için nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasının yeterli olacağı ifade edilmekle yetinilmektedir¹⁰⁷³.

Nispi etkisizlik yaptırımının, devir yasağı anlaşmasını hukuki niteliğine dayanılarak temellendirmesi yöntemi ile Alman öğretisinde karşılaşılmaktadır. Alman hukukunda, ilk aşamada, devir yasağı anlaşmasının BGB § 135 anlamında bir tasarruf yasağı niteliği taşıdığı belirlenmekte; sonraki aşamada, BGB § 135 hükmü gereği, devir yasağına aykırılığa yalnızca devir yasağının lehtar borçlu tarafından dayanılabileceği, bu açıdan bir nispi etkisizlik hâli mevcut olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁰⁷⁴. Nispi etkisizlik sonucunu Alman hukukuna özgü tasarruf yasağı kavramı ile ilişkilendiren bu yaklaşımın, Türk hukuk öğretisinde çok sınırlı da olsa yansıma bulduğu görülmektedir¹⁰⁷⁵.

b. Kanunun Borçluyu Korunma Amacı

Bir fikre göre, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan kanun hükmünün koruma amacı borçlunun alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaatlerinin korunmasıdır. Devir yasağı anlaşmasına aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımın hukuki sonuçları, borçlunun korunması amacının gerçekleştirilmesi için yeterli olan seviyenin ötesine geçmemelidir. Buna göre, kanunun koruma amacı, anlaşmaya aykırı devre yalnızca nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını haklı göstermektedir. Nispi etkisizlik yaptırımı uygulanmalı, devrin geçersizliğine borçlu dışındaki kişilerin dayanması mümkün olmamalıdır¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Gral, s. 224; Feyzioğlu, s. 633; Dinar, s. 97; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Becker, Art. 164, N. 44; Martin, s. 18; Engel, s. 878; CR-Probst, CO 164, N. 66.

¹⁰⁷⁴ BGB § 135 hükmünün anlamı ve devir yasağı anlaşmasının BGB § 135 hükmü anlamında bir tasarruf yasağı anlaşması olarak nitelendirilmesine dayanan nispi etkisizlik sonucu konusunda bkz. s. 258.

¹⁰⁷⁵ Bkz. s. 260 vd.

¹⁰⁷⁶ Wünschmann, s. 223; Esser/Schmidt, s. 309; Wolf/Neuner, § 29, N. 48; Jakobs, s. 156; Scholz, s. 1837; Beer, s. 182; Canaris, *Abtretungsverbotes*, s. 12. Avusturya hukukunda, anlaşmaya aykırı bir devrin geçersizliğine yalnızca borçlunun dayanabileceği görüşü için bkz. Gellner, s. 9. Türk ve İsviçre hukuklarında, nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması gerektiği görüşü çerçevesinde, hükmün koruma amacından ziyade, alacaklı ve borçlunun bir devir yasağı kararlaştırmaktaki ortak iradelerinin neredeyse her zaman borçlunun menfaatlerinin korunması oluşuna dayanıldığı görülmektedir. Bkz. Feyzioğlu, s. 633; Gral, s. 224; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Becker, Art. 164, N. 44; Martin, s. 18; CR-Probst, CO 164, N. 66.

Hükmün amacı tarihsel yorum yöntemiyle şöyle belirlenmektedir: Kanun koyucu, sözleşme ile alacağın devrinin engellenebilmesine izin veren bir düzenleme ile borçlunun belirli bir alacaklıya karşı taahhüt altına girmekte, her ne kadar üstlendiği edimin içeriği başka bir alacaklıya ifa hâlinde değişmeyecek olsa bile, haklı bir menfaatinin olabileceğini göz önünde tutmuştur. Bunun dışında, bir kamu menfaatini veya devredene ait herhangi bir menfaati korumayı amaçlamış değildir¹⁰⁷⁷.

Bu yorumu tamamlayıcı olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımının, hükmün korunma amacının dışına taşan sonuçlara yol açtığı ifade edilmektedir. Özellikle, hâkim görüş doğrultusunda, anlaşmaya aykırı bir devre borçlunun rıza verip vermeyeceğinin belli olmadığı ara dönemde, devredenin alacaklılarının alacak hakkı üzerinde kazandığı menfaatlerin -örneğin devredenin alacaklıları lehine kurulan hacizlerin geçerliliğinin- korunması¹⁰⁷⁸, hükmün borçlunun menfaatlerini korumaya özgülenmiş amacına aykırı bulunmaktadır¹⁰⁷⁹.

Nispi etkisizlik yaptırımı uygulanarak, başta devredenin alacaklıları olmak üzere, üçüncü kişilerin menfaatlerinin devre dışı bırakılması yoluyla aslında devralanın hukuki durumunu iyileştirmek amaçlanmaktadır. Bu anlamda, üçüncü kişiler ile devralan arasındaki menfaat çatışmasında devralan lehine tercihte bulunmaktadır. Bir görüşe göre, nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması hâlinde, söz konusu çatışan menfaatlerin kanunun amacına en uygun biçimde uzlaştırılarak temini şöyle mümkün olacaktır¹⁰⁸⁰: Nispi etkisizlik yaptırımı, bir taraftan borçluya, kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması hâlinde elde edeceği hukuki korumayı eşit ölçüde sağlar. Borçlu, arzu ettiği takdirde devredene ifada bulunabilir. Diğer taraftan, devralanı, özellikle devredenin alacaklıları karşısında daha güçlü bir konuma getirir. Devralan lehine, alacağın anlaşmaya aykırı olarak devrinden sonra, devredenin iflas etmesi, alacak hakkının haczedilmesi veya aynı alacağın başka çatışan tasarruflara konu edilmesi ihtimallerine karşı, etkin bir koruma sağlar. Böylece, alacak hakkının devreden nezdinde

¹⁰⁷⁷ Wünschmann, s. 223. Alman Medeni Kanunu'nun hazırlığı sürecinde yürütülmüş bu tarihsel yorumu destekleyici içerikteki tartışmalar için bkz. s. 221 vd.

¹⁰⁷⁸ Bu konudaki hakim görüş nitelik teorisine bağlı bir yorum tarzıdır. Bkz. s. 277 vd. Alacağın devrinin borçlunun rıza verdiği andan itibaren geçerli hale geleceği görüşü bu çalışmada üstün tutulmaktadır; ancak gerekçeleri farklıdır. Bkz. s. 324 vd.

¹⁰⁷⁹ Beer, s. 182; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12.

¹⁰⁸⁰ Canaris'e göre (s. 16), öyle ki, mümkün olsa tarafların nispi etkisizlik yaptırımını kesin hükümsüzlük yaptırımına tercih edeceği hususunda hiçbir tereddüt yoktur.

taşıdığı malvarlığı değeri yükselir¹⁰⁸¹. Alacak hakkı belirli ölçüde tedavül kabiliyeti kazanır ve devir yasağına rağmen alacak hakkından yararlanılabilmesi mümkün olur¹⁰⁸².

Bu görüşe göre, alacağın devrinin anlaşma ile engellenebileceğini öngören kanun hükmünün, alacağın devir yeteneğinin ortadan kaldırılmasına izin vererek alacağın devri özgürlüğü prensibini sınırlandıran bir hüküm olarak yorumlanması doğru değildir. Bunun yerine, sistematik açıdan, alacağın devrinde borçluyu koruyucu hükümler arasında sınıflandırılması daha isabetli olur. Alacağın devri özgürlüğünü dengeleyici nitelikte ve borçluyu koruyucu bir hüküm olarak anlaşılması kanunun benimsediği sistemle daha iyi uyum sağlar. Bu hükümde yalnızca borçlunun kendisine sağlanan özel bir koruma imkânından yararlanabilmesi için alacaklı ile bir anlaşma yapmış olması aranmaktadır. Bunun ötesinde, alacağın devri özgürlüğü prensibinin, alacaklının böyle bir anlaşmayı kabul etmesi sonucu sınırlandırılması söz konusu değildir¹⁰⁸³. Bir devir yasağı anlaşmasının hukuki sonuçları, borçlunun korunması amacının ötesine geçmemeli, bu yüzden nispi etkisizlikten daha katı bir yaptırımın uygulanmasına yol açmamalıdır¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ Beer, s. 182; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12.

¹⁰⁸² Beer, s. 182; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 16.

¹⁰⁸³ Canaris'e göre (s. 18), nitelik teorisi çerçevesinde, bir devir yasağı kararlaştırıldığında alacağın niteliği gereği devri mümkün olmayan bir hakka dönüştürüldüğü kabul edilse bile, bunun sonucu hiçbir şekilde kesin hükümsüzlük olmamalıdır.

¹⁰⁸⁴ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 18. Bir görüşe göre, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin yoğunluğuna ve borçlunun devir engeline olan menfaatine bakılarak, bir ayırım yapılmalı ve anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine uygulanacak yaptırım bu ayırma göre belirlenmelidir. Alacağın devrinin tamamen engellenmesi hâlinde, anlaşmaya aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olmalıdır. Nitelik teorisi çerçevesinde, borçlunun rızası ile ileriye etkili olarak geçerli hâle getirilebilir. Buna karşılık, alacağın devrinin belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlandığı hâllerde, borçlu menfaati yalnızca devir işlemine katılma imkânı elde etmek şeklindedir. Bu ihtimalde, borçlunun menfaatinin korunması için anlaşmaya aykırılığa nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması yeterli olacaktır. Bu görüş için bkz. Wagner, s. 468. Bu görüşün, Alman öğretisinde desteklendiği, kabul gördüğü herhangi bir esere rastlamış değiliz. Bu görüş, devir yasağı anlaşmasının içeriğine bakarak, anlaşmaya aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımı farklılaştırmak suretiyle, hâlihazırdaki tartışmalı durumun yarattığı hukuki belirsizliği daha ileri bir safhaya taşıdığı için isabetli görülmemiş; bu nedenle bu çalışmada özel olarak değerlendirilmemiştir.

c. Geçersizliğin Borçlunun Rızası ile Düzeltilebilmesini Açıklama İhtiyacı

Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, anlaşmaya aykırı alacak devrinin geçersizliğinin borçlunun rızası ile düzelebileceğini kabul eden hâkim fikrin kanunda hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü, bir hukuki işlem, bir üçüncü kişinin irade beyanı ile geçerli hâle gelecekse, kanunda açıkça gösterilmektedir. Kanunda böyle açık bir düzenleme bulunmadığı takdirde, işlemin ilgilileri tarafından düzeltilerek geçerli hâle getirilmesi mümkün değildir¹⁰⁸⁵. Nispi etkisizlik hâlinde ise farklı bir hukuki durum söz konusudur. Bu hâlde, koruma lehtarı dışında hiç kimse hükümsüzlüğe dayanamamaktadır. Lehtar tarafından ileri sürülmüş olmadıkça hükümsüzlük hâli göz ardı edilmektedir. Bu çerçevede anlaşmaya aykırı bir alacak devrinin borçlunun rızası ile (borçlunun devir yasağı anlaşmasına dayanan herhangi bir savunma ileri sürmemesi üzerine) geçerlilik kazandığı görüşünün yalnızca nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması kabul edilirse mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁸⁶.

d. Senede Bağlanmış Alacaklarda Devralanın İyiniyetini Korumaya İstisnai Düzenlemenin Yorumu

Bir görüşe göre, alacağın devrinin anlaşma ile engellenebileceği öngörülen kural hükmü (BGB § 399 d. 2; OR 164/I; BK 183/I) ile alacağı devir yasağı içermeyen bir senede güvenerek devralan kişiye karşı borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri süremeyeceği öngörülen istisna hükmü (BGB § 405; OR 164/II; BK 183/II) birbirleriyle tutarlılık içinde değildir. Kanunun lafzında, kural ve istisna hükümlerinden birinin hatalı olarak kaleme alınmış olmasından ileri gelen bir uyumsuzluk mevcuttur. Bu görüşteki Wünschmann'a göre, kanunun lafzının ruhuna uygunluğunun araştırılması ve doğru hâline yorum yoluyla erişilmesinde iki yöntemden yararlanılabilir: İstisna hükmünün kural hükmüne göre düzeltilmesi veya kural hükmünün istisna hükmüne göre düzeltilmesi. Yazara göre istisna hükmünün kural hükmüne göre düzeltilmesi şöyle olur: Anlaşmaya aykırı bir alacağın devri kural olarak hükümsüz-

¹⁰⁸⁵ Wünschmann, s. 211-212; Scholz, s. 1837.

¹⁰⁸⁶ Wünschmann, s. 211-212.

dür. İstisna hükmünün aradığı koşullar mevcut olduğunda, anlaşmaya aykırı devir hükmü doğurur, alacak hakkı iyiniyetli devralanın malvarlığına geçer. Wünschmann'a göre, böyle bir yoruma bağlı kalınırsa, aynı alacağın birbiriyle çatışan tarzda devri söz konusu olan hâllerde, her bir iyiniyetli devralanın alacağı iktisap edeceği sonucuna varılacaktır. Bunların her biri borçluyu ifaya zorlayabilecektir. Ancak, kanun koyucu hukuk güvenliğine aykırı böyle bir sonucu amaçlamış olamaz. O hâlde, Wünschmann'a göre, kural hükmü istisna hükmüne göre düzeltilerek sınırlandırılmalı ve nispi etkisizlik anlamına gelecek şekilde şöyle yorumlanmalıdır: Anlaşmaya aykırı bir alacağın devri kural olarak geçerlidir. Borçlu, alacağı anlaşmaya aykırı olarak devralana karşı, alacağın devrinin anlaşma ile yasaklandığını kural olarak ileri sürebilir. İstisnai olarak, devralanın iyiniyetli olduğu ihtimalde alacağın devrinin anlaşma ile yasaklandığı savunmasını ileri süremez¹⁰⁸⁷.

Scholz da istisna hükmünün uygulanması için aranan koşulların gerçekleştiği ihtimalde, devralanın iyiniyetinin alacak hakkını kazandırıcı bir etki yaratmayacağı görüşündedir. Çünkü, yazara göre, devralan zaten her durumda devir yasağı anlaşmasına rağmen alacağı kazanmaktadır. Buna karşılık, borçlu kural olarak devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürerek devredene ifada bulunma imkânına sahip olmaktadır. Scholz'a göre, devralanın iyiniyeti, yalnızca, borçlunun devir yasağı anlaşmasına dayanarak devralana savunma ileri sürebilmesine engel oluşturur. Bu anlamda, devralanın iyiniyeti, borçlunun nispi etkisizlik çerçevesinde sahip olduğu savunmadan feragati yerine geçmektedir¹⁰⁸⁸.

Nispi etkisizliğin gerekçelendirilmesinde iyiniyetin koruma gördüğü istisna hükmünden yararlanılması Türk hukukunda da rastlanılan bir yaklaşımdır: Güral'a göre, BK 183/II hükmü, kanun koyucunun, devir yasağı anlaşması ile kural olarak yalnızca borçlunun korunmasını amaçlandığını açıklar niteliktedir. Güral borçlunun korunması amacının gerçekleştirilmesi için nispi etkisizlik yaptırımını yeterli görmektedir¹⁰⁸⁹. Anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğinin nispi etkisiz olarak belirlenmesinde, Feyzioğlu'nun, BK 183/II hükmünü ele alış tarzı ise başka türdür: Feyzioğlu'na göre,

¹⁰⁸⁷ Wünschmann, s. 210, s. 218-219.

¹⁰⁸⁸ Scholz, s. 1838.

¹⁰⁸⁹ Güral, s. 224.

devir yasağı anlaşmasına aykırı bir devir kural olarak yalnızca borçluya karşı hükümsüz olduğu hâlde, istisnai olarak, BK 183/II hükmündeki koşullar gerçekleştiği takdirde, devrin hükümsüzlüğüne üçüncü kişilerin de dayanabilmesi mümkün olur¹⁰⁹⁰. Bu görüşe göre, alacak senede bağlanmışsa ve devir yasağı kararlaştırıldığı senette gösterilmişse sadece borçlu değil üçüncü kişiler de devrin hükümsüzlüğünü ileri sürebilecektir.

e. Alman Hukukunda Nispi Etkili Tasarruf Yasağı Kavramına Dayanan Temellendirmesi

(1) Alman Hukukundaki Görüşler

Alman hukukunda nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması şöyle bir gerekçe ile desteklenir: Kanun koyucu sözleşme ile alacağın devrinin engellenebilmesine izin verirken, sözleşme ile tasarruf yetkisinin aynı etkili olarak sınırlandırılmayacağını öngören genel prensibe (BGB § 137) bir istisna tanınmıştır¹⁰⁹¹. Kanun, sözleşme ile bir tasarruf yasağı getirilebilmesine izin vermiştir. Kanun izin verdiği için sözleşme ile kararlaştırılması mümkün olabilen bir tasarruf yasağı, doğrudan doğruya kanundan doğan tasarruf yasakları ile aynı biçimde mütalaa edilmelidir¹⁰⁹².

Alman hukukunda tasarruf yasağı kavramının pratik önemi, Alman Medeni Kanunu'nun BGB § 135 hükmü dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Bu hükme göre, kanunda münhasıran belirli bir kişinin korunması amacıyla bir tasarruf yasağı öngörülmüş ise, bu yasağı ihlal eden tasarruf işlemi yalnızca korumanın lehtarı olan üçüncü kişiye karşı hükümsüz olur. Tasarruf yasağı nitelendirmesi yapılması, hak sahibinin hakkın konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması¹⁰⁹³ yoluyla üçüncü bir kişinin korunmasına yaramaktadır. Tasarruf işlemi, her ne kadar kanunun aradığı şartlara uygun olarak gerçekleştirilmiş olsa da koruma lehtarı üçüncü kişi aleyhine hukuki etki meydana gelmesi bir tasarruf yasağı ile engellenmektedir. Alman hukukunda, tasarruf

¹⁰⁹⁰ Feyzioğlu, s. 633.

¹⁰⁹¹ Wünschmann, s. 222; Esser/Schmidt, s. 309; Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 34-35.

¹⁰⁹² Goldmann/Lilienthal, s. 178; Wünschmann, s. 222; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Scholz, s. 1837; Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 11 vd.

¹⁰⁹³ Alman hukukunda kanuna dayanan tasarruf yasağı, hak sahibinin tasarruf konusu üzerinde tasarruf gücünün bulunmaması anlamına gelir: Raible, s. 31. Tasarruf yasağı kavramının sistematikte tasarruf yetkisi kısıtlamasının altında yer aldığı yönünde: Dörner, s. 142.

yasağı ve (rıza beyanı ile) işleme katılma yetkisinin tanınması, menfaat korumasına yarayan birbirinden farklı iki teknik araç olarak görülmektedir. Buna göre, işleme katılma yetkisi tanınan hâllerde, üçüncü kişi yapılmak istenen tasarruf işleminin geçerliliği üzerinde söz sahibidir. Üçüncü kişi katılma yetkisini kullanarak rıza açıklamasında bulunmazsa hukuki işlem geçersiz olur. Tasarruf yasağı söz konusu olan hâllerde ise hak sahibinin meydana getirdiği tasarruf işlemi geçerli olduğu hâlde, işlemin üçüncü kişiyi etkileyecek sonuçları hukuk düzeni tarafından sınırlandırılmakta, tasarruf işlemi, üçüncü kişinin tasarruf yasağı ile korunan menfaatlerini etkilediği ölçüde meydana gelmemiş sayılmaktadır. Tasarruf yasağının hukuki etkisi, yalnızca üçüncü kişi tasarruf yasağı ile korunan hakkını ileri sürdüğü takdirde ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, koruma lehtarı üçüncü kişinin sahip olduğu savunmayı ileri sürmekten feragati, yasağa aykırı tasarruf işleminin düzelmesini sağlamamaktadır; çünkü işlem zaten baştan beri geçerlidir. Bu açıdan koruma lehtarı üçüncü kişinin, BGB § 135 anlamında yasaklayıcı bir normu ihlal eden bir tasarruf için açıkladığı “rıza”nın bağımsız bir feragat işlemi olduğu, bir tamamlayıcı unsur niteliğindeki rıza niteliği taşımadığı kabul edilmektedir. Buna göre, bir tasarruf yasağına aykırılık hâlinde lehtarın açıkladığı “rıza” beyanı ile tasarruf sonucu meydana getirilmez. Yalnızca, işlemin geçerliğinin koruma gören üçüncü kişi lehine “kırılğan” olmaktan kurtulması sonucunu yaratır. O andan itibaren, tasarruf eden taraf, üçüncü kişi nezdinde dahi, hak sahibi olarak değerlendirilemeyecektir¹⁰⁹⁴.

Alman hukukunda, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi hâlinde bir tasarruf yasağı bulunduğunu ve bunun BGB § 137 hükmünün bir istisnasını oluşturduğunu ifade eden yazarların amacı, genellikle, BGB § 135 üzerinden nispi etkisizlik sonucuna ulaşmaktır. Bu açıdan, BGB § 135 hükmü, nispi etkisizlik yaptırımının Alman hukukundaki yasal dayanağını oluşturmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının, münhasıran borçluyu korumaya yönelik BGB § 135 anlamında nispi etkili bir tasarruf yasağı oluşturduğu nitelendirmesi yapılması, beraberinde, anlaşmaya aykırı olarak yapılan bir alacağın devri işleminin yalnızca borçluya karşı hükümsüz olacağı sonucuna

¹⁰⁹⁴ Thiele, s. 237-238.

varmayı gerektirmektedir¹⁰⁹⁵. Alman hukukunda, borçlunun devrin hükümsüzlüğüne ilişkin savunmasının defî olarak nitelendirilmesi de nispi etkisizlik yaptırımının benimsenmesine bağlı bir nitelendirmeyi ifade etmektedir¹⁰⁹⁶.

Bununla birlikte, Alman hukuku öğretisinde, BGB § 137 ile BGB § 399 hükümleri arasında bir kural-istisna ilişkisi bulunduğunu kabul eden yazarların tamamının, BGB § 135 hükmü üzerinden nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna vardığı söylenemez. Öğretinin önemli bir kısmı, sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılmasına izin veren BGB § 399 hükmünün, sözleşme ile getirilen tasarruf sınırlamalarının sadece tazminat sorumluluğuna sebebiyet vereceğini öngören BGB § 137 hükmünün istisnasını oluşturduğunu kabul ettiği hâlde, sözleşmeye aykırı devre uygulanacak yaptırımı nispi etkisizlik değil kesin hükümsüzlük olarak belirlemektedir¹⁰⁹⁷.

(2) Türk Hukukundaki Yansıması

Anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine nispi etkisizlik yaptırımı uygulanması gerektiği görüşünün, Alman hukukunda, BGB § 135 hükmünde düzenlenen nispi etkili tasarruf yasağı kavramına dayanılarak açıklandığı bir üst başlık altında aktarılmıştır. Bu açıklama tarzı, Türk hukukunda, Güral'ın konuya ilişkin değerlendirmesinde yansıma bulmaktadır:

Güral'a göre, genel olarak, hak sahibinin tasarruf yetkisinin bulunmaması veya sınırlı olması, hak sahibinin gerçekleştirdiği tasarruf işleminin kesin hükümsüz olmasına yol açmaz. Tasarruf işlemi taraflar arasında geçerli olarak hükümlerini doğurur,

¹⁰⁹⁵ Goldmann/Lilienthal, s. 178; Wünschmann, s. 222; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Scholz, s. 1837; Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 11 vd. Avusturya hukukunda benzer yönde: Gellner, s. 9. Bu görüşteki yazarlardan Goldmann/Lilienthal (s. 178)'a göre, Alman hukukunda alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesine izin veren hüküm (BGB § 399) bir kanuni tasarruf yasağıdır. Wünschmann'a göre (s. 222), BGB § 399 yalnızca tarafların iradesine alacağın devrinin engellenmesi sonucunu bağlamaktadır. Bu yüzden kanuna dayanan değil, tarafların iradesine dayanan bir tasarruf yasağıdır. Canaris'e göre (s. 17, s. 21), kanunda öngörülen bir tasarruf yasağına aykırılık hâlinde nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını öngören § 135 hükmü, sözleşme ile kararlaştırılan bir tasarruf yasağı oluşturan devir yasağına aykırılık hâlinde de kıyasen uygulanmalıdır.

¹⁰⁹⁶ Berger, s. 299 ve ayrıca bkz. aşağıda s. 264'te dn. 1109. Türk ve İsviçre öğretisinde de bu savunmayı defî olarak nitelendiren bir görüşün mevcut olduğu konusunda bkz. yukarıda s. 248.

¹⁰⁹⁷ Brütt, s. 70; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Medicus/Lorenz, § 59, N. 796; Dieter Medicus / Jens Petersen, **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg 2016, § 45, N. 676; Schmidt, § 18 III, N. 67; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Dirk Looschelders, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München 2016, § 52, N. 1189.

yalnızca tasarruf yetkisi sınırlaması aracılığıyla menfaati korunan kimselere karşı işlemin geçerliliği “*dermeyeran edilemez*”. Yazara göre, bir hükümsüzlük türü olarak, “*dermeyeran edilemezlik*” iptal edilebilirliğe benzemektedir¹⁰⁹⁸. Devamında, Güral, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi hâlinde de bir tasarruf yetkisi sınırlaması meydana geldiğini tespit etmektedir. Yazara göre, bu ihtimalde de tasarruf yetkisi sınırlaması ile münhasıran borçlunun korunması amaçlanmaktadır. Menfaat durumu yönünden karşılaştırma yapıldığında, sözleşme ile kararlaştırılan alacağın devri engeli ile kanunda belirli kişilerin korunması amacıyla öngörülmüş tasarruf yetkisi sınırlamaları arasında tam bir benzerlik bulunmaktadır. Bu açıdan, bir devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak yapılan alacağın devri sonucunda, tasarruf yetkisi sınırlamasına rağmen yapılan bir işlemdekine tamamen benzer bir menfaat durumu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹⁹. Yazara göre, bu çerçevede, anlaşmaya aykırı devrin kesin hükümsüz olacağını söylemek doğru değildir. Devrin geçerliliğinin yalnızca borçluya karşı ileri sürülememesi sonucu doğuran “*dermeyeran edilemezlik*” yaptırımını uygulamak yeterlidir¹¹⁰⁰.

Bu açıklamalarında, Güral’ın, üçüncü kişiyi koruyucu tasarruf yetkisi sınırlaması kavramını, Alman Medeni Kanunu’nun § 135 hükmünde yer alan üçüncü kişi koruyucu tasarruf yasağı kavramı ile örtüşen bir tarzda kullandığı görülür. Tasarruf yetkisi sınırlamasına rağmen yapılan işlemin geçerliliği açısından BGB § 135 hükmünde açıkça öngörülen nispi etkisizlik yaptırımını anımsatan şekilde, Güral, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına rağmen yapılan alacak devrine “*dermeyeran edilemezlik*” yaptırımının uygulanmasını önermektedir. Yazar, ayrıca sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılabilmesi imkânının kanuna borçluyu koruma amacıyla konulmuş olduğunu, bu nedenle, borçlunun rızası ile alacağın devrinin geçmişe etkili olarak geçerli hâle geleceğini ifade etmektedir¹¹⁰¹.

Aşağıda, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği hakkındaki teorilerin değerlendirilmesi sırasında, Güral’a ait bu yorum tarzının kabul edilebilir olup olmadığı, özel olarak irdelenmektedir. Bu kısımda Türk hukukunda nispi etkisizlik yaptırımının

¹⁰⁹⁸ Güral, s. 220-223.

¹⁰⁹⁹ Güral, s. 224.

¹¹⁰⁰ Güral, s. 224. Sonuç bakımından aynı görüşte: “*Mamafih bu ademi sıhhat mutlak bir butlan demek olmayıp yalnız temlik edilen alacağın borçluya karşı dermeyeran edilememesi neticesini doğurur*”: Sabri Şakir [Ansay] / Fuad Hulûsi [Demirelli], Borçlar Kanunu Şerhi, Birinci Cilt: Umûmî Hükümler, İstanbul 1926, s. 399 (Güral, s. 225, dn. 100’den naklen).

¹¹⁰¹ Güral, s. 224.

şartları ve hukuki sonuçlarının nasıl anlaşıldığı açıklanmakta; böylece Güral’a ait nispi etkisizlik yaptırımına ilişkin yorum tarzının günümüz Türk hukukunda yerleşik olup olmadığı ortaya konulmaktadır¹¹⁰².

2. Nispi Etkisizlik Yaptırımının Hukuki Sonuçları Hakkındaki Görüşler

a. Genel Olarak

Anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine nispi etkisizlik yaptırımı uygulandığı takdirde doğacak hukuki sonuçların neler olduğu belirsiz ve tartışmalıdır. Alman hukukunda, anlaşmaya aykırı devrin nispi etkisizliği konusu, Türk ve İsviçre hukuklarına nazaran nispeten daha fazla işlenmiştir. Buna rağmen, Alman hukukunda dahi devir yasağı anlaşmasına aykırı devrin nispi etkisizliği hâlinde doğacak hukuk sonuçların neler olduğu tam anlamıyla bilinmemektedir. Bu bilinmezliği aşmak üzere, alacağın geçiş anını birbirinden tamamen farklı saptayan iki ayrı görüş ortaya konulduğu görülmektedir:

Birinci görüşe göre, alacak hakkı borçlunun rıza verip vermediğine bakılmaksızın devralana geçmektedir. Borçlu yalnızca devralana karşı borcu ifadan kaçınabilme yetkisine sahiptir¹¹⁰³.

İkinci görüşe göre, anlaşmaya aykırı devredilen bir alacak hakkının borçlunun malvarlığına geçişi, borçlunun devir yasağı savunması ileri sürüp sürmemesine bağlıdır. Borçlu, devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürerek alacağın geçişini engelleyebilir¹¹⁰⁴. Bu görüşe göre, nispi etkisizlik, hkmszlge lehtar dışında kimsenin dayanamaması yönünden iptal edilebilirliğe benzemektedir¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² Bkz. s. 295 vd.

¹¹⁰³ Scholz, s. 1838; Jakobs, s. 157; Canaris, *Abtretungsverbot*, s. 12.

¹¹⁰⁴ Hugo Rehbein, *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2: Recht der Schuldverhltnisse*, §§ 241 - 432, Berlin 1903, s. 388; Wünschmann, s. 217; Enneccerus/Lehmann, s. 314.

¹¹⁰⁵ Wünschmann, s. 217. Aslında, nispi etkisizlik hâlinde, alacak hakkının devralanın malvarlığına geçişini borçlunun rızasına bağlı gören yazarların tamamı iptal edilebilirlik ile benzerlik kurmuş değildir. Rehbein’a göre, borçlu dilediği takdirde devralana ifada bulunabilir, devre geçmişe etkili onay verebilir. Ayrıca, borçlu, devredenin iflası hâlinde, iflasın açılmasından sonra, devre onay vermeyip masaya borcu ifa ederek borçtan kurtulabilir. Bu hâlde, devralan, sadece, alacağın devrinin sebebini oluşturan hukuki işleme dayanarak (herhâlde, örneğin, devredenin garanti sorumluluğu uyarınca) iflas masasına karşı talepte bulunabilir. Bkz. Rehbein, s. 388. Enneccerus/Lehmann’a göre, devir yasağı anlaşması yalnızca borçlunun menfaatini korumayı amaçladığı için, anlaşmaya

Belirtilen görüşler, bu çalışmada, borçlunun savunmasının hukuki niteliğine odaklanılarak birbirinden ayırt edilmekte; birinci görüş “*defi görüşü*” olarak, ikinci görüş “*bozucu yenilik doğuran hak görüşü*” olarak isimlendirilmektedir.

Türk ve İsviçre hukuklarında, anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine uygulanmak üzere nispi etkisizlik yaptırımının kabul edilebilir olup olmadığının belirlenmesi amacıyla aşağıda bu iki görüş birbirinden ayrı olarak takdim edilmektedir. Şimdiden belirtelim ki, anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğine nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması görüşü, Alman yargı kararlarında hiç kabul görmemiştir¹¹⁰⁶. Buna rağmen, Alman Ticaret Kanunu’na ilave edilen, ticari işlere ilişkin § 354a hükmündeki hukuki yapı, nispi etkisizliğin, alacağın borçlunun rızası aranmaksızın devralana geçtiğini kabul eden birinci yorum doğrultusunda şekillendirilmiş gözükmetedir¹¹⁰⁷.

aykırı bir alacağın devri işlemi borçlunun rızası ile tamamen hüküm ifade eder. Borçlu rıza vermediği takdirde, alacak hakkı devreden malvarlığında kalır ve devreden alacaklısı tarafından haczedilebilir. Bkz. Enneccerus/Lehmann, s. 314. Ancak yazar, nispi etkisizlik temelinde bu sonucun meydana geleceğini ifade ettikten sonra, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin kesin hükümsüzlük sonucuna varmış olduğu, nitelik teorisinin Alman hukukunda hâkim görüş olarak yerleşmesi bakımından emsal nitelikli 14.6.1932 tarihli kararına (RGZ 136, 395) atıfta bulunmaktadır. Rehbein ve Enneccerus/Lehmann’ın nispi etkisizlik yaptırımına ilişkin hangi genel esasları, anlaşmaya aykırı alacak devrine nasıl uyguladığı ve bu sonuçlara nasıl eriştiği belirsizdir. Bu yüzden, nispi etkisizliğin hukuki sonuçları hakkında daha detaylı bir gerekçelendirme sunan Wünschmann’ın açıklama tarzı bu çalışmada esas alınmaktadır.

¹¹⁰⁶ Öğretide iki yargı kararının anıldığı gözlemlenmektedir: İlki, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin önalım hakkının devri hakkında vermiş olduğu 29.05.1935 tarihli kararıdır (RGZ 148, 105). İmparatorluk Mahkemesi bu kararda önalım hakkının, BGB § 473 (mülga § 514) hükmüne düzenlenen devir yasağına aykırı olarak devredilmesi hâlinde, devrin nispi etkisiz olacağı sonucuna varmıştır. Kararda, Mahkeme, BGB § 473 hükmünde korunması amaçlananın, kamu menfaati değil, belirli bir özel hukuk kişinin menfaati olduğunu, bu yüzden, BGB § 473 hükmünün, BGB § 135 anlamında nispi etkili bir tasarruf yasağı oluşturduğunu belirtmektedir. Alman hukukunda yasağı aykırı bir alacak devrinin nispi etkisiz olacağını kabul eden yazarlar (Enneccerus/Lehmann, s. 314; Canaris, *Abtretungsverbotes*, s. 14), kendi görüşlerini desteklemek amacıyla, Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin bu kararına atıfta bulunmaktadır. Diğer yandan, Alman Federal Mahkemesi de bir kararında (BGH, NJW 1959, 1681), müflisin borçlusu lehine kararlaştırılmış bir alacağın devri engelinin BGB § 135 anlamında bir tasarruf yasağı oluşturduğunu ifade etmiştir. Ancak, buna dayanarak, yasağı aykırı devrin yalnızca borçluya karşı hükümsüz olacağı ya da nispi etkisiz olacağı şeklinde herhangi bir sonuca varmış, bu sonuçları tarif etmiş değildir.

¹¹⁰⁷ Bkz. s. 520 vd.

b. Borçlunun Savunmasının Defi Niteliği Taşıdığı Görüşü

(1) Genel Olarak

Bir görüşe göre, anlaşmaya aykırı devrin nispi etkisizliğine bağlı sonuçlar şöyledir: Anlaşmaya aykırı alacak devri yalnızca borçluya karşı hükümsüzdür. Borçlu dışındaki kişilere karşı tamamen hüküm ifade eder. Alacak hakkı devralanın malvarlığına geçmiştir. Devralan, alacaklı sıfatını kazanmıştır. Fakat borçlunun nispi etkisizlikten doğan hakları saklıdır¹¹⁰⁸. Bu görüş çerçevesinde, borçlunun devir yasağı savunmasını ileri sürmesi devralanın alacağı iktisabına engel bir etkide görülmediği için, borçlunun savunmasının, devralana ifadan kaçınmasına olanak veren bir defi niteliği taşıdığı tespitinde bulunulması mümkündür¹¹⁰⁹. Borçlunun alacaklının değişmemesine bağlı menfaatlerinin korunması, borçlunun nispi etkisizlik gereği sahip olduğu bu savunmayı ileri sürmesine bağlıdır. Devralanın alacağı iktisabı değilse de hukuki durumu, borçlunun nispi etkisizliğe dayanan savunmayı ileri sürüp sürmemesine göre değişmektedir:

Birinci ihtimal, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermesi, devralanın alacaklı sıfatını kazandığını kabul etmesidir. Bu ihtimalde, borçlunun rıza açıklaması, nispi etkisizlik çerçevesinde sahip olduğu, kendisini korumaya yarayan haktan feragat niteliği taşımaktadır. Bu ise askıda hükümsüz bir işleme rıza verilmesinden farklıdır. Alacağın devrinin askıda hükümsüz olduğu ihtimalde alacak hakkı borçlunun rızası ile devralana geçer; alacağın devrinin nispi etkisiz olduğu ihtimalde ise devralan zaten işlemin yapıldığı anda alacaklı sıfatını kazanmıştır. Alacağın devri üçüncü kişiler yönünden zaten baştan beri geçerlidir. Borçlunun nispi etkisizliğe dayanmaktan feragati yalnızca alacak hakkına ilişkin bir ayıbın giderilmesi sonucu doğurmaktadır¹¹¹⁰.

İkinci ihtimal, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermeyip nispi etkisizliğin korumasına dayanmaktan vazgeçmemiş olmasıdır. Bu ihtimalde, borçlunun menfaatlerinin korunması, alacağın devri borçlu yönünden sanki tamamen hükümsüzmüş

¹¹⁰⁸ Scholz, s. 1838; Jakobs, s. 157; Canaris, *Abtretungsverbot*, s. 12.

¹¹⁰⁹ Devir yasağı kararlaştırıldığı defi ve bu defiden feragatten söz edilen hukuki yapı, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin BGB § 135 anlamında kanuna dayanan bir tasarruf yasağı olarak değerlendirilmesinin bir dışavurumu olarak yorumlanmaktadır. Bkz. Berger, s. 299. Bu yorumu destekleyen yöndeki açıklamalar için bkz. Scholz, s. 1838.

¹¹¹⁰ Scholz, s. 1838.

gibi düşünülerek temin edilmektedir. Alacak hakkı devralanın malvarlığına geçmiş olduğu hâlde, borçlu, devralanın kendisine yönelttiği ifa talebine karşılık, devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Devralanın malvarlığına geçen alacak hakkı, borçluyu ifaya zorlayabilecek bir talep yetkisi içermemektedir¹¹¹¹. Diğer yandan, borçlu kanunda gösterilen sınırlamalarla bağlı kalmaksızın gelecekteki takas hakkını muhafaza etmektedir¹¹¹².

Devralanın yönelttiği ifa talebine karşılık, devir yasağı anlaşmasına dayanarak ifadan kaçınan borçlunun, artık borcu devredene ifa yükümlülüğü altında olduğu, bu doğrultuda, alacak hakkı devralanın malvarlığına geçtiği hâlde, alacağın ifasını talep yetkisinin devredende kalacağı kabul edilmektedir. Devredenin sahip olduğu ifayı talep yetkisinin dayanağı hakkında ise farklı gerekçeler sunulmaktadır: Bir fikre göre, borçlu, alacağın devrinin devir yasağı anlaşmasına aykırı olduğu savunmasına devralana karşı ileri sürmüştse, daha sonra, devredene, alacak hakkının devralanın malvarlığında bulunduğu savunması yöneltebilmesine dürüstlük kuralı engel olur. Borçlunun, kendi davranışı ile tutarlı olarak devredeni alacaklı olarak kabul etmesi gerekmektedir¹¹¹³. Diğer bir fikre göre, devralan alacak hakkını iktisap ettiği hâlde, devir engelinin koruma amacı gereği, alacağı ifayı talep ve kabul yetkisi devredende kalmaktadır¹¹¹⁴.

Bir görüşe göre, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermemesi, devredeni, devralan hesabına alacağı tahsil etmekle ve elde edeceği kazanımı devralana vermekle yükümlü kılar. Çünkü, devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağı başkasına devreden, devralana karşı borçlunun devre rıza vermesini sağlayacağı yönünde örtülü bir taahhütte bulunmaktadır. Borçlu rıza vermediği takdirde, hukuken ayıplı bir alacak hakkının devri söz konusudur. Taraflar arasındaki sözleşmenin amacına erişebilmesi, dürüstlük kuralı gereği, devredenin alacağın ifasını borçludan bizzat talep etmesi ve ifa sonucu elde edeceği kazancı devralana geçirmesi ile mümkün olur¹¹¹⁵. Bu ihtimalde,

¹¹¹¹ Scholz, s. 1837-1838.

¹¹¹² Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 32.

¹¹¹³ Scholz, s. 1839.

¹¹¹⁴ Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 21.

¹¹¹⁵ Scholz, s. 1838- 1839

devralan, edimin devreden tarafından kendisine geçirilmesi riskini üzerinde taşımaktadır¹¹¹⁶.

Defi görüşü çerçevesinde, alacak hakkı devralanın malvarlığına geçtiği hâlde, devralanın borçluyu kendisine ifaya zorlayabilme imkânından mahrum olduğunun kabul edilmesi, aşağıda görüleceği üzere, icra ve iflas hukuku yönünden karmaşık problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

(2) Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu

(a) Alacağın Hacı Bakımından

Bu görüşe göre, anlaşmaya aykırı olarak devredilen alacak hakkı, borçlunun rıza verip vermeyeceğinin belli olmadığı dönemde dahi, devreden alacaklıları ve devralan arasındaki ilişkide devralanın malvarlığında yer almaktadır¹¹¹⁷. Devreden alacaklısının devir yasağı korumasından yararlanabilmesi mümkün değildir¹¹¹⁸. Alacak hakkı, anlaşmaya aykırı olarak devredilmesinden sonraki dönemde, devreden alacaklıları tarafından haczedilirse, yapılan haciz işlemi aleyhine devralan tarafından üstün hak sahibi üçüncü kişi sıfatıyla (istihkak iddiasıyla) başvuruda bulunulabilir (ZPO § 771) ve alacak üzerindeki haciz kaldırılabilir¹¹¹⁹. Devralan bu imkâna, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermiş olup olmamasından bağımsız olarak sahiptir.

Canaris'e göre, devralanın, bir devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devraldığı alacağı kendisi için haczettirebilmesi dahi mümkündür. Canaris'e göre, buna karşılık, devralanın kendi malvarlığında yer alan bir hakkı haczettirebilmesinin mümkün olmadığı şeklindeki olası bir eleştiri haklı olmaz. Çünkü, üçüncü kişilerin gözünden bakıldığında, devralan, anlaşmaya aykırı olarak devraldığı alacağı iktisap etmiş gö-

¹¹¹⁶ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 32. Yazara göre (s. 32), devralanın, en azından, borçludan devredene ifada bulunulmasını istemesine olanak veren sınırlı bir talep hakkına sahip olduğu kabul edilebilir. Bu menfaatler durumuna uygundur, devir yasağı anlaşmasının koruma amacını zedelemeyecektir.

¹¹¹⁷ Scholz, s. 1839; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 25-26.

¹¹¹⁸ Scholz, s. 1839.

¹¹¹⁹ Jakobs, s. 157; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12, s. 25-26. Scholz'e göre (s. 1839), alacak hakkı üzerinde devir işleminden sonra devreden bir alacaklı tarafından yapılan haciz hükümsüzdür.

zükse bile, eğer söz konusu devre borçlu rıza vermiş değilse, devralan borçlu karşısında alacaklı sıfatını kazanmış değildir.¹¹²⁰ Diğer yandan, devralanın, devreden karşısında alacaklı sıfatını haiz olması da ihtimal dâhilindedir. Canaris'e göre, devralan, devredene karşı sahip olduğu bir alacağın ifasını cebri icra yoluyla sağlamak için, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devraldığı alacağı (üçüncü kişiler gözünden bakıldığında malvarlığında yer alan, ancak nispi etkisizlik sonucu borçlu karşısında alacaklı sıfatını kazanamadığı alacağı) haczettirebilir. Yazar, bu hususta iki örnek üzerinde durmaktadır:

Birinci örnek, devri anlaşma ile engellenmiş bir alacağı teminat amaçlı olarak devralan bankanın içinde bulunduğu durumdur. Bir müşterisine, devri anlaşma ile engellenmiş alacakları da kapsayacak şekilde, toptan devre dayanarak kredi veren banka, kredinin geri ödemesine ilişkin talep hakkı dolayısıyla müşterisi karşısında alacaklı sıfatına sahiptir. Banka, müşteri karşısında sahip olduğu alacaklı sıfatına dayanarak devri anlaşma ile engellenmiş alacağı haczettirebilir¹¹²¹. Canaris'e göre, nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması sonucu ortaya çıkan hukuki yapıda, devralan, alacak hakkı üzerinde, devreden diğer alacaklıları karşısında, ayrıcalıklı bir konumda yer almaktadır. Çünkü, devreden diğer alacaklıları, anlaşmaya aykırı devrin hükümsüzlüğüne dayanamamakta, bu yüzden aynı alacağı kendi alacakları için haczettirme imkânından yoksun bulunmaktadır¹¹²². İkinci örnek, devralanın, devir yasağı hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadan alacağı devraldığı ve borçlunun devir yasağına dayanarak devralana ifadan kaçındığı ihtimalde söz konusu olur. Nispi etkisizlik sonucu, alacak hakkı devralanın malvarlığına geçtiği hâlde, devralanın alacağın ifasını talep yetkisine sahip olmayışı bir kötü ifa teşkil eder. Devralan, devreden ile arasındaki alacağın devrinin sebebini oluşturan sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu çerçevesinde alacaklı sıfatını kazanmıştır. Bu sifata dayanarak devir konusu alacağı bizzat haczettirebilmesi dahi mümkündür. Canaris'e göre, bunun kanuna karşı hile oluşturacağı şeklindeki muhtemel bir eleştiri haklı olmayacaktır, çünkü borçlu devir yasağı ile kayıtlı alacağın haczedilebilirliğine (ZPO § 851 II) her hâlde riayet etmek durumundadır ve

¹¹²⁰ Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 30.

¹¹²¹ Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 31.

¹¹²² Canaris, **Abtretungsverbotes**, s. 31.

onun açısından değişen bir şey olmamaktadır¹¹²³. Görüldüğü üzere, Canaris'in devir konusu alacak üzerinde devralanın haciz imkânına sahip olduğu varsayımı ve bu varsayımı yukarıda açıklanan şekilde gerekçelendirme çabasının ardında, nispi etkisizlikte devralanın alacağı takip yetkisine sahip olmayışının yarattığı sakıncaları ortadan kaldırma amacı yer almaktadır¹¹²⁴.

Defî görüşü çerçevesinde, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devredilen ve devralanın malvarlığına geçtiği varsayılan bir alacağın, devralanın alacaklıları tarafından nasıl haczedilebileceği aşılması güç bir sorun teşkil eder. Devredilen alacak hakkı devralanın malvarlığına geçtiği için devralanın alacaklılarının erişimine açık olduğu düşünülse bile, aslında devralanın alacaklıları tarafından gerçekleştirilen haciz, borçlu alacağın devrine rıza vermediği takdirde ekonomik faydasını yitirmektedir¹¹²⁵. Bu sorunu kısmen aşmak üzere, iki farklı yöntem önerilmektedir: Scholz'e göre, bu ihtimalde, takip alacaklısı alternatif olarak, devralanın devredene karşı sahip olduğu, devir yasağı ile kayıtlı alacağın ifasını borçludan istenmesine yönelik talep hakkını ve borçlunun ifası ile elde edilen kazancın kendisine geçirilmesine yönelik talep hakkını haczettirebilir¹¹²⁶. Canaris'e göre ise bu sorunun aşılması, çifte haciz yöntemi uygulanarak mümkün olabilir: Devralanın alacaklısı, öncelikle, devralanın devredene karşı sahip olduğu herhangi bir alacağı kendisi için haczettirir. Daha sonra, haczedilen alacağı, eğer bu alacak bir para alacağı ise ödeme yerine devralabilir veya ona tahsili talep yetkisi tanınabilir (ZPO § 835; İİK 120). Bu şekilde, devralanın alacaklısı, devredenin alacaklıları arasına katılmış olur. Sonrasında, ikinci defa haciz yoluyla takibe başvuru olarak, borçlu açısından devredenin malvarlığında gözükken devir yasağı ile kayıtlı alacağı haczettirebilir¹¹²⁷.

(b) Devredenin ve Devralanın İflası Hâlleri Bakımından

Defî görüşünü benimseyen yazarlara göre, hâkim görüş tarafından (nitelik teorisi çerçevesinde) uygulanan kesin hükümsüzlük yaptırımı¹¹²⁸, devredenin iflası

¹¹²³ Canaris, *Abtretungsverbotes*, s. 31.

¹¹²⁴ Canaris, *Abtretungsverbotes*, s. 30, s. 32.

¹¹²⁵ Scholz, s. 1839.

¹¹²⁶ Scholz, s. 1839.

¹¹²⁷ Canaris, *Abtretungsverbotes*, s. 26.

¹¹²⁸ Bkz. s. 272 vd.

hâlinde iflas masasının çoğalmasına sebep olmaktadır. Böyle bir sonuç devir yasağı anlaşmasının koruma amacına aykırı düşmektedir. Çünkü, devir yasağı kararlaştırılırken devreden alacaklılarının korunması kesinlikle taraflarca göz önünde tutulmaktadır¹¹²⁹.

Bu görüşe göre, nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması kabul edilirse, alacağın anlaşmaya aykırı olarak devredilmesinden sonraki bir tarihte, devreden hakkında iflas kararı verilmiş olması ihtimalinde, alacak hakkı devreden iflas masasına girmez¹¹³⁰. Çünkü, alacak hakkı anlaşmaya aykırı devir işlemi sonucu devralanın malvarlığına geçmiştir. Devralan, üçüncü kişiler nezdinde elde ettiği hak sahibi konumu gereği, iflas masasına kaydedilen alacak üzerinde ayırma hakkına sahip olur¹¹³¹. Devralan hakkında, alacağın devrinden sonraki tarihte iflas kararı alınması hâlinde ise anlaşmaya aykırı olarak devredilen alacak hakkı (ayrıca, devralanın, nispi etkisizlik gereği, devredene karşı sahip olduğu alacağın tahsilini talep hakkı ve ifa sonucu elde ettiği kazancın kendisine verilmesini talep hakkı) masanın aktifine ait olmaktadır¹¹³².

Canaris, bu yorumun pratik öneminin teminat amaçlı devirler bakımından ortaya çıktığını ifade eder. İflasın açılmasından önce yapılmış bir teminat amaçlı devir, borçlunun rıza verip vermediği araştırılmaksızın, üçüncü kişiler yönünden geçerli sayılmakta, böylece, kendisi de devreden bir alacaklısı konumunda yer alan devralanın, alacağın teminat işlevinden yararlanabilmesi mümkün olmaktadır. Yazara göre, meseleye bu yönden bakıldığında görülecektir ki, devri sözleşme ile engellenmiş bir alacağın teminat olarak kullanılmaya elverişli olmadığı iddiası doğru değildir. Diğer türlü, kesin hükümsüzlük sonucu yaratan yorum tarzı çerçevesinde, bir alacağın devir yasağı ile kayıtlı olması teminatsız alacaklılara sunulmuş bir hediye gibidir. Dahası, iflas hâlinde, teminatlı alacaklıların teminatsız olanlara nazaran daha fazla koruma

¹¹²⁹ Esser/Schmidt, s. 309, ayrıca dn. 57; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 24. Anılan yazarların, hâkim görüş ile kastettiği, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızasıyla ileriye etkili olarak geçerlilik kazanacağı ya da geçmişe etkili olarak geçerli hâle geleceği ancak ara dönemdeki takip işlemlerinin geçerliliğinin korunacağını ileri süren görüşlerdir. Bu görüşlerin vardıgı kesin hükümsüzlük sonucu, devralanı ve onun alacaklılarını devir yasağı kararlaştırılmış alacaktan mahrum bıraktığı için, görüşlerin dayandığı gerekçelerle hiç ilgilenilmeksizin, eleştirilmektedir.

¹¹³⁰ Scholz, s. 1839.

¹¹³¹ Scholz, s. 1839; Jakobs, s. 157; Beer, s. 183; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12, s. 23.

¹¹³² Scholz, s. 1839.

görmesi gerektiği yönündeki prensibi zedelemektedir. Böyle bir hukuki sonuç devir yasağının koruma amacı kapsamında yer almamaktadır¹¹³³.

(c) Çatışan Devirler Bakımından

Alacaklı tarafından, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak, alacak hakkı üzerinde birbiriyle çatışan biçimde birden çok tasarrufta bulunulmuş olması ihtimalinde, kimin alacak hakkını iktisap etmiş olacağı sorunu, defi görüşü çerçevesinde, zamansal öncelik prensibi uygulanarak çözümlenir. Buna göre, birbiriyle çatışacak şekilde birden çok kişiye devredilen alacak hakkı, alacağı birinci sırada devralan kişinin malvarlığına geçer. Alacağı birinci sırada devralan, alacaklının sonraki çatışan tasarruflarına karşı zamansal öncelik prensibine göre koruma görür¹¹³⁴.

Defi görüşüne göre, öncelik prensibinin kabul edilmesi, borçlunun, aynı alacağı devralan birden çok kişiden dilediğine ifada bulunabilmesine engel oluşturmaz. Borçlu, devirlerin sırasıyla bağlı olmaksızın kendi tercih ettiği kişiye ifada bulunabilir. Borçlu, hükümsüzlüğü ileri sürmekten feragat edebildiğine göre, o hâlde, borçlunun kime karşı hükümsüzlüğü ileri sürmekten feragat edebileceği konusunda da serbestçe karar alabilmesi prensip olarak mümkündür¹¹³⁵. Ancak, bu, borçlunun, aynı alacağı devralan kişilerin, birbirleriyle olan ilişkisi üzerinde karar verme yetkisine sahip olduğu anlama gelmez. Devir engelinin amacı, borçlunun aldığı karar ile alacaklının sözleşme partnerleri ve üçünü kişiler ile arasındaki ilişkiler üzerinde bağlayıcı bir etki meydana getirebilmesini haklı göstermemektedir. Aksi ihtimalde, borçlu sıra dışı bir hukuki yetkiyle donatılmış olur. Hâlbuki, zamansal öncelik prensibi gibi temel bir prensibe müdahale edilebilmesi için gerçekten önemli bir maddi gerekçe bulunması gerekir ki, hâlihazırdaki örnekte mevcut değildir¹¹³⁶. Sonuç olarak, alacağı ilk sırada devralan, borçlunun ifada bulunduğu kişiye, örneğin alacağı ikinci sırada devralana, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BGB § 816 II) göre iade talebinde bulunabilir¹¹³⁷.

¹¹³³ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 24.

¹¹³⁴ Scholz, s. 1838; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12, s. 27. Nispi etkisizliğin kabulü hâlinde, haklara ilişkin tasarruflarda uygulanan öncelik prensibinin yeniden devreye girdiği yönünde: Hadting/van Look, s. 14.

¹¹³⁵ Scholz, s. 1838; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 27.

¹¹³⁶ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 28.

¹¹³⁷ Scholz, s. 1838; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 28.

c. Borçlunun Savunmasının Bozucu Yenilik Doğuran Hak Nite- liği Taşıdığı Görüşü

Wünschmann'a göre, nispi etkisizlik bir hükümsüzlük çeşidi olarak, hükümsüzlüğe lehtar dışında kimsenin dayanamaması yönünden iptal edilebilirliğe benzetilmektedir ve iptal edilebilirlikte olduğu gibi bir askıda hükümsüzlük hâli meydana getirmektedir¹¹³⁸. Yazara göre, anlaşılmaya aykırı bir alacağın devri işleminin geçerliliği, borçlunun nispi etkisizlik gereği elde ettiği savunmadan feragat edip etmeyeceğinin belli olmadığı safhada askıdadır. Borçlunun devrin geçerliliğinin kendisine karşı ileri sürülemeyeceği yönündeki iradesini dışa vurmasıyla devir işlemi yalnızca borçluya karşı hükümsüz olmaktan çıkar, herkese karşı hükümsüz hâle gelir. Bu andan sonra devrin hükümsüzlüğüne üçüncü kişilerin de dayanabilmesi mümkün olur. Alacak hakkı devreden malvarlığında kalır. Diğer taraftan, borçlu, hükümsüzlüğüne ilişkin savunmasından feragat ederse, alacağın devri işlemi, herkes için geçerli olarak etki doğurur ve alacak hakkı devir yasağıyla birlikte devralanın malvarlığına geçer. Bu ise iptal edilebilir bir işlemin onaylanmasına karşılık gelir¹¹³⁹. Her hâlde, devrin herkese karşı etkili olarak hükümsüz olması sonucunun meydana gelmesini yalnızca borçlu sağlayabilmektedir¹¹⁴⁰. Wünschmann'a göre, iptal edilebilirlikten farklı olarak, nispi etkisizlikte hükümsüzlüğü ileri sürmek için belirli bir süre sınırı bulunmamaktadır. Ancak askıda hükümsüzlük hâlinin belirli bir noktada sona ermesi gerektiği ve lehtarın bu husustaki iradesini açıklaması gerekli olduğu için, üçüncü kişiler lehtardan hakkını ne zaman ve hangi kapsamda kullanacağına karar vermesini istemeye yetkilidir¹¹⁴¹. Bu

¹¹³⁸ Wünschmann, s. 217. İptal edilebilirlik hâllerinde, kesin hükümsüzlükten farklı olarak, iptal hakkı sahibi olan taraf iptal hakkını kullanmadıkça, sözleşmenin karşı tarafının veya bir üçüncü kişinin, sözleşmenin hükümsüz olduğunu ileri süremeyeceği konusunda: Kocayusufoğlu, § 43, N. 24. Yanılma, aldatma, korkutma hâllerinde, iptal hakkı kullanılmadıkça, hâkimin işlemdeki sakatlığı resen göz önüne alamayacağı, ancak iptal hakkı kullanıldıktan ve işlem kesin hükümsüz hale geldikten sonra hâkimin kesin hükümsüzlüğü resen dikkate alabileceği konusunda: Oğuzman/Öz, C. I, N. 380, N. 387.

¹¹³⁹ Wünschmann, s. 218, s. 225. Yazara göre (s. 218), borçlunun savunmalarından kefil ve rehin veren üçüncü kişi de yararlanır. Bu yüzden, her ikisi de borçlu tarafından ileri sürülen hükümsüzlüğe dayanabilir. Aynı şekilde, borçlunun onayı üzerine, devrin geçerliliğine de dayanabilirler.

¹¹⁴⁰ Wünschmann, s. 225.

¹¹⁴¹ Wünschmann, s. 128.

ifadelerinde Wünschmann'ın, genellikle eksik işlemlerin geçerlilik durumunu ifade etmek için kullanılan askıda hükümsüzlük kavramını, iptal edilebilirliği ve nispi etkisizliği de kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullandığı görülmektedir¹¹⁴².

Wünschmann, borçlunun anlaşmaya aykırı devrin hükümsüzlüğünü ileri sürmesinin salt bir defi hakkının kullanılması niteliği taşımadığını özellikle vurgular. Wünschmann'a göre, anlaşmaya aykırı bir devir hâlinde, borçlunun, yalnızca bir defi hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi, hükmün daraltılması değil yok sayılması anlamına gelir. Kanun, sözleşme ile devri engellenen alacağın devredilemeyeceğini açıklamak suretiyle anlaşmaya aykırı devir işlemini hükümsüz kılmayı istediğini açıkça ifade etmiştir. Bu yüzden, borçlunun hükümsüzlüğü ileri sürmesi üzerine, anlaşmaya aykırı devrin herkese karşı geçersiz hâle geleceğinin kabul edilmesi daha yerinde olur. Kanundaki düzenlemenin amacı yalnızca borçluyu devir yasağı anlaşmasının ihlaline karşı bir defi aracılığıyla korumaktan ibaret değildir¹¹⁴³.

Türk hukukunda Güral'ın nispi etkisizliği kavrayışı, iptal edilebilirlik ile kurduğu benzerlik dolayısıyla Wünschmann'ın açıklama tarzına yakındır¹¹⁴⁴.

C. Nitelik Teorisi

1. Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Temellendirilmesi

Nitelik teorisine göre, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devri kesin hükümsüz olur. Bu yüzden devrin geçersizliğine yalnızca borçlu tarafından değil, aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da dayanılabilir. Alacak hakkı devreden malvarlığında kalır. Devreden alacaklıları tarafından haczedilebilir. Alacağın ifasını yalnızca devreden borçludan talep edebilir¹¹⁴⁵. Alman hukuku öğretisi ve yargı kararları

¹¹⁴² Askıda hükümsüzlük tabirinin geniş anlamda kullanılabilmesi konusunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 37.

¹¹⁴³ Wünschmann, s. 220-221.

¹¹⁴⁴ Bkz. s. 260.

¹¹⁴⁵ von Gierke, s. 201; Raape, s. 172-175; Julius von Staudinger (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241-580**, 7-8. Auflage, München/Berlin 1912 = Staudinger⁷⁻⁸/Kuhlenbeck, § 399, s. 456; Raible, s. 66-67; Serick, **Bd. II**, s. 290; RGRK/Weber, § 399, N. 13; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 91, N. 111-112; Staudinger/Busche, § 399, N. 65; Larenz, § 34, s. 581, ayrıca dn. 19; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Soergel/Schreiber, § 399, N. 8; Staudinger/Kohler,

rında hâkim olan bu teori, kesin hükümsüzlük yaptırımını, bir devir yasağı kararlaştırıldığında alacağın niteliği devre engel oluşturan bir hakka dönüştüğü varsayımına bağlı kalarak aşağıdaki şekilde temellendirilmektedir:

Kökenini müşterek hukukta Sintenis ve Windscheid'in eserlerinde bulan nite-lik teorisine göre¹¹⁴⁶, alacak hakkı, tasarımı tarafların iradesine bırakılmış bir malvarlığı değeridir. Taraflar, prensip olarak alacak hakkının değerini ve içeriğini serbestçe belirleme yetkisine sahip olduğuna göre, bu yetki çerçevesinde, alacak hakkının içeriğini sınırlandırmak yoluyla onu alacaklının şahsına bağımlı kılabilirler¹¹⁴⁷. Devir yeteneği de alacak hakkının içeriğinde yer alan ve sözleşme ile serbestçe belirlenebilen bir özelliktir. Üstelik, kanun koyucu, alacağın içeriğine ilişkin bu özelliği, tarafların sözleşme ile diledikleri şekilde tayin edebilmelerine açıkça izin vermektedir¹¹⁴⁸. Nite-lik teorisine göre, bir devir yasağı kararlaştırıldığında, alacak hakkının devir yeteneği ortadan kaldırılmak suretiyle yalnızca içeriği belirlenmiş olur¹¹⁴⁹; bu yolla alacak hakkı, asli niteliğine yabancı bir tasarruf yasağına tabi tutulmuş, tasarruf edilebilir bir hak üzerindeki tasarruf yetkisi ile sözleşme sınırlandırılmış olmaz. Sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı sorunu, ancak tasarruf edilebilir bir hakkın varlığı önkoşulu gerçekleştiyse tartışmaya açılabilir. Devir yasağı

§ 135, N. 22; Soergel, Hs.Th. (begr.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240)**, (hrsg.) W. Siebert, (red.) M. Wolf, 13. Auflage, 1999 = Soergel/Hefermehl, § 137, N. 6; Looschelders, § 52, N. 1189; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 782; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Lücke, s. 114; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; **Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, (hrsg.) H. G. Bamberger, H. Roth, W. Hau, R. Poseck, 4. Auflage, München 2019 = BeckOK/Rohe, § 399, N. 20.

¹¹⁴⁶ Bkz. s. 177.

¹¹⁴⁷ von Gierke, s. 201; Oertmann, § 399, N. 440; Carl Crome, **System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse 1**, Tübingen 1902, s. 326; Serick, **Bd. II**, s. 289; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 780.

¹¹⁴⁸ Soergel/Hefermehl, § 137, N. 6; Staudinger/Busche, § 399, N. 65; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; RGRK/Weber, § 399, N. 13; Blaum, s. 29.

¹¹⁴⁹ Arthur Brückmann, "Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB", **Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung**, 1906, Bd. 71, s. 437-441, s. 438; Planck/Siber, § 399, N. 2; Serick, **Bd. II**, s. 289; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 84-85; Staudinger/Busche, § 399, N. 52; Larenz, § 34, s. 581, dn. 19; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Staudinger/Kohler, § 137, N. 17.

kararlaştırılan hâle ise alacak hakkı tarafların ortak iradesi sonucu daha en başta tasarruf edilemez nitelikte bir hak olarak doğmaktadır¹¹⁵⁰. Her ne kadar bir eşya bir hukuki işlem aracılığıyla devredilemez kılınmasa da alacak hakkı bakımından bu mümkündür. Alacak hakkı tarafların anlaşmasıyla işlem konusu olabilme özelliğinden yoksun hâle getirilebilmektedir¹¹⁵¹. Bir hukuki işlem aracılığıyla daha en başta, normal bir alacak hakkına göre daha eksik, tasarruf edilemez nitelikte bir alacak hakkı yaratılabilmektedir¹¹⁵². Bu yüzden, kanun koyucunun, alacağın devrini engelleyen bir anlaşmaya mutlak etki tanırken, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılabilmesi yönündeki genel hukuk prensibine (BGB § 137) bir istisna öngörmüş olduğu söylemek de doğru olmayacaktır¹¹⁵³.

Anlaşmaya aykırı devir işlemine kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği görüşü -devir yasağı kararlaştırıldığında bir tasarruf yetkisi sınırlaması meydana getirilmediği, alacağın içeriğinin belirlendiği ve devir yeteneğinden yoksun bir hak yaratıldığı, bu yüzden devir yasağı anlaşmasının tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılabilmesi prensibinin bir istisnası olarak görülemeyeceği- şeklindeki gerekçesi ile birlikte, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi kararlarında yerleşmiştir¹¹⁵⁴.

Alacak üzerindeki devir yasağı anlaşmasının, sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hâli oluşturmadağı düşüncesi Raape tarafından şöyle açıklanmaktadır:

¹¹⁵⁰ Brückmann, s. 439; Planck/Siber, § 399, N. 2; Raape, s. 173; Soergel/Schreiber, § 399, N. 8; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 86; RGRK/Weber, § 399, N. 13; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Looschelders, § 52, N. 1189; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 780. İsviçre öğretisinde de bu görüşte: Schuler, s. 21-22.

¹¹⁵¹ Fikentscher/Heinemann, N. 725; Staudinger/Busche, § 399, N. 65; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 111; Larenz, § 34, s. 581, dn. 19. Bu yaygın ifade biçimi ile İsviçre öğretisinde de karşılaşılmaktadır. Bkz. Schuln/Vogt, s. 616.

¹¹⁵² Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 86. Tabii, bu görüşe göre tasarruf edilebilir olarak doğmuş bir alacak hakkının sonradan tarafların anlaşmasıyla tasarruf edilemez bir alacağa dönüştürölmesi de mümkündür.

¹¹⁵³ Crome, s. 326; Soergel/Hefermehl, § 137, N. 6; Serick, **Bd. II**, s. 289; RGRK/Weber, § 399, N. 13; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 84; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; Jauernig/Mansel, § 137, N. 2; Blaum, s. 29.

¹¹⁵⁴ RGZ 136, 395. Alman İmparatorluk Mahkemesi'ne ait bu karar, kesin hükümsüzlük yaptırımına dayanak olarak sunulan alacak hakkının tasarruf edilemez bir hakka dönüştüğü gerekçesi ile birlikte, Alman Federal Mahkemesi'nin 14.10.1963 tarihli başka bir kararında (NJW 1964, 243) açıkça atıfta bulunarak benimsenmiş ve Mahkeme'nin bugüne kadarki içtihatlarında bu kararda kabul edilen görüşe bağlı kalmıştır. Bu doğrultuda olarak bkz. BGH, NJW 1971, 1750; BGH, NJW 1978, 813; BGH, NJW 1990, 109; BGH, NJW 1991, 559. Canaris'e göre (s. 12), yakın gelecekte bu görüşün değişebilmesi pek olası gözükmemektedir.

Bazı hakların, örneğin mülkiyet hakkının veya intifa hakkının devredilebilir olup olmadığı kesin olarak belirlenebilirken, alacak hakları bakımından aynısı geçerli değildir. Alacak haklarının devir yeteneği, ortaklık payı, önalım hakkı gibi bazı haklar bakımından olduğu gibi, ait olduğu hukuki ilişkiye göre değişebilmektedir. Kanun koyucu alacakların devir yeteneği hakkında herhangi bir karar vermiş değildir; bu hususun belirlenmesini tarafların iradesine bırakmıştır. Kanunun tasarruf edilemez olduğunu açıkça öngörmüş olmadığı tüm alacaklara, tasarruf edilebilirlik özelliği tanıdığı inancına kapılarak hataya düşülmektedir. Raape'ye göre, gerçekte, alacak hakları iki gruba ayrılmaktadır: Birincisi, kanun tarafından devredilemez olduğu öngörülenler, ikincisi, çok daha geniş grup olarak, devredilebilirliği tayin edilmemiş olanlar. Kanun tarafların alacağın tasarruf edilebilir olup olmadığı hususunda yaptıkları düzenlemeyi yalnızca tali olarak onaylamaktadır. Taraflar bunları devredilemez olmaktan çıkarıp devredilebilir bir hakka dönüştürebilirler veya tersi de mümkündür. Hem tasarruf edilebilirlik hem de tasarruf edilemezlik nasıl en başta alacağın niteliği ile bağdaşıyorsa sonradan da aynısı mümkündür. Dönüştürülebilirlik alacağın özündeki bir nitelik ve dönüşüm her zaman hakkın özüne uyum sağlar¹¹⁵⁵.

Raape'nin yukarıdaki şekilde ortaya koyduğu, kanun koyucunun alacağın devredilemeyeceğini açıkça öngörmemiş olduğu hâllerde, alacağın devredilebilirliği konusundaki kararı taraflara bıraktığı fikri öğretide Raible tarafından da desteklenir¹¹⁵⁶. Raible'ye göre kanun koyucu devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyarak, alacağın devri işleminin hüküm doğurmasını engeller¹¹⁵⁷. Raible, alacağın içeriğinde meydana gelen ve tasarrufa engel olan değişikliği, alacak hakkının çift yönlü karakterini¹¹⁵⁸ göz

¹¹⁵⁵ Raape, s. 172-175. Raape'ye benzer olarak, Avusturya hukukunda Ehrenzweig (s. 236) da alacak haklarının tabiatları itibarıyla işlem konusu olmaya kendiliğinden müsait olmadığını, sözleşmeden doğan alacakların devredilebilirliğinin tarafların iradelerine dayandığını ifade etmiştir. Bu görüş, Avusturya hukukunda Ehrenzweig'a ait belirtilen ifadeler üzerinden iki açıdan haklı olarak eleştirilmektedir: İlk olarak, kanun koyucunun alacağın devri özgürlüğünü karine olarak kabul ettiğine dikkat çekilmektedir. Kanun koyucu kural olarak alacak haklarının devredilebilir olduğu yönünde bir karara varmıştır (Koziol, s. 115). İkincisi, bu görüşün yalnızca sözleşmeye dayanan alacakları göz önünde tutan bir gerekçeye dayanması dolayısıyla aksadığı belirtilmektedir. Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacaklarının veya kanundan doğan alacakların kendiliğinden devredilebilir niteliğe sahip oluşlarını açıklamakta yetersiz kalmaktadır (Raber, s. 442; Koziol, s. 115).

¹¹⁵⁶ Raible, s. 66.

¹¹⁵⁷ Raible, s. 31, s. 33.

¹¹⁵⁸ Devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin alacağın çift yönlü karakterine göre açıklanması eğilimi katılma teorisinde daha bariz görülmektedir. Bkz. s. 281 vd.

önünde tutarak şöyle açıklar: *Pactum de non cedendo* alacaklının sözleşme ile üstlendiği aynı etkili bir yapmama yükümlülüğüdür. Alacaklı, sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan tasarım özgürlüğü temelinde, alacağı başkasına devretmeme yükümlülüğünü aynı etkili olarak üstlenmektedir. Aynı etki, dar anlamda borç ilişkisinin alacaklı tarafın kişiliği ile bütünleşik oluşundan ve borç ilişkisinin içeriğine ait bu özelliğin üçüncü kişilere ileri sürülebilir olmasından ileri gelmektedir. Alacağı devretmeme yükümlülüğü sözleşme tarafının kişiliği ile bütünleşik değilse aynı etki ortaya çıkmaz. Alacaklının borçlu dışındaki bir üçüncü kişiye karşı alacağı devretmemeyi taahhüt etmesi bu yüzden aynı etki doğuramaz¹¹⁵⁹.

Nitelik teorisine göre, devredilebilir olarak doğmuş bir alacağın sonradan tarafların anlaşmasıyla içeriği değiştirilerek devredilemez bir alacağa dönüştürülmesi de mümkündür¹¹⁶⁰. Raible, devredilebilirliğin sonradan yapılan bir anlaşma ile kaldırılmasına herhangi bir engel olmadığı tespitine katılmakta, ancak en başta veya daha sonra bir anlaşma yapılarak alacağın özündeki devir yeteneğinden kesin biçimde mahrum edilemeyeceğine de dikkati çekmektedir. Devir yasağı anlaşmasının konusunu oluşturan alacak hakkının, özü itibarıyla devredilebilir bir hak olduğunu vurgulayan benzer bir anlatım tarzını Staudinger/Kaduk da benimsemektedir. Staudinger/Kaduk’a göre, bir devir yasağı anlaşmasıyla doğası itibarıyla devre elverişli belirli bir hakkın ya en baştan ya da sonradan devre elverişli nitelikte olmadığı kararlaştırılmaktadır¹¹⁶¹.

2. Borçlunun Rızasının Etkisi ve Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu

a. Genel Olarak

Nitelik teorisi, devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir alacak devrinin borçlunun iradesiyle sonradan geçerli hâle getirilebilmesinin mümkün

¹¹⁵⁹ Raible, s. 66. Nitelik teorisini benimseyen başka yazarlardan farklı olarak, Raible (s. 33), devir yasağı anlaşmasının bir tasarruf kısıtlaması meydana getirdiğini kabul etmektedir.

¹¹⁶⁰ von Gierke, s. 201; Planck/Siber, § 399, N. 2; Soergel/Hefermehl, § 137, N. 6; RGRK/Weber, § 399, N. 13; Raible, s. 66-67; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 85; Staudinger/Busche, § 399, N. 52; Staudinger/Kohler, § 135, N. 22; Schuler, s. 21-22.

¹¹⁶¹ Raible, s. 66; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 85. Sonraki basıda aynı yönde: Staudinger/Busche, § 399, N. 52. Bu anlatım tarzı, sözleşmeden en başta niteliği devre engel bir hak olarak doğan alacak hakkının, sonradan tarafların anlaşmasıyla niteliği devre elverişli bir hakka dönüştürülebilmesinin mümkün olduğunu daha iyi açıklamaktadır.

olup olmadığı sorununa yaklaşımı yönünden kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, alacaklı ve borçlu arasında devir yasağının kaldırılması konusunda yeni bir sözleşme yapılarak anlaşmaya aykırı devrin geçersizliğinin düzeltilebileceğini kabul etmekte; diğer bir görüş ise buna karşı çıkmaktadır.

b. Borçlunun Rızası ile Devrin İleriye Etkili Olarak Geçerlilik Kazanacağı Görüşü

Alman hukukunda hâkim olan, Türk ve İsviçre hukuklarında da edildiğine rastlanılan, bir görüşe göre devir yasağı anlaşmasına aykırılıktan kaynaklanan geçersizliğin borçlunun rızası ile tek taraflı olarak düzeltilebilmesi mümkün değildir. Yeni bir sözleşme yapılarak alacağın içeriğinin değiştirilmesi ve alacağın tekrar devredilebilir hâle getirilmesi gerekmektedir¹¹⁶². Alacağın devredilemezliği, alacaklı ile borçlunun ortak iradeleriyle alacağın içeriğini devredilemez olarak tasarlamış olmalarından kaynaklanmaktadır. Bu yüzden, borçlunun tek taraflı irade açıklaması yeterli değildir, borç ilişkisini değiştiren bir sözleşmeye ihtiyaç vardır¹¹⁶³. Borçlunun anlaşmaya aykırı devrin geçerliliğini tek taraflı irade açıklaması ile düzeltebilmesi, yalnızca borçluya devir yasağı anlaşması ile bir rıza verme yetkisi tanınmış olunan ihtimalde mümkün olabilir¹¹⁶⁴.

Bu görüşteki yazarlara göre, devrin geçersizliğinin borçlunun iradesi ile düzeltilmesi, alacaklı ve borçlu arasında sonradan yapılan bir sözleşme ile devir yasağının kaldırılması ve alacak hakkını devredilebilir hâle getirilmesi yoluyla mümkün olur.

¹¹⁶² Oertmann, § 399, N. 441; Brückmann, s. 439; Staudinger⁷⁻⁸/Kuhlenbeck, § 399, s. 456; Raible, s. 67; Soergel/Schreiber, § 399, N. 9; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Larenz, § 34, s. 582, dn. 21; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Furtner, s. 186. Avusturya öğretisinde bu görüşte: Holzner, s. 501. Türk ve İsviçre öğretilerinde bu görüşte: Şener, s. 86; Wolff, s. 172. Borçlunun alacağın devrine onay vermesi üzerine, devir yasağı anlaşmasının etkisini kaybedeceği yönünde: Dernburg, s. 380.

¹¹⁶³ Brückmann, s. 439; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 108; Staudinger/Busche, § 399, N. 63.

¹¹⁶⁴ Brückmann, s. 439; Staudinger/Busche, § 399, N. 63. Brückmann'a göre (s. 440), borçlunun anlaşmaya aykırı alacak devrini basit bir tek taraflı rıza beyanı ile onaylayabileceği ve geçerli kılabilceği söylendiği zaman, borçluya, alacaklının hukuki durumunu etkileyebileceği bir konum ve yetki tanınmış olur ki, bu hiçbir gerekçeyle haklı görülemez. Borçlu, alacaklı ile aralarındaki sözleşmenin bir unsuru olan devir yasağından, yalnızca, alacaklıyla beraber kendisi de istediği zaman vazgeçebilir.

Borçlunun anlaşmaya aykırı bir devre ilişkin rıza açıklaması, bu görüş tarafından, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeyi kuran beyanlardan biri olarak yorumlanmaktadır¹¹⁶⁵. Bu hususta iki ayrı yorum tarzı ön plana çıkmaktadır:

Türk ve İsviçre öğretilerinde de desteklenmiş birinci yorum tarzına göre, alacaklı, anlaşmaya aykırı olarak gerçekleştirdiği bir alacak devri ile devir engelinden kurtulma yönündeki iradesini dışa vurmaktadır. Bu yüzden alacağın devri işlemi, kural olarak, alacaklı tarafından borçluya yöneltilmiş, devir yasağının kaldırılmasına yönelik bir icap teşkil etmektedir¹¹⁶⁶. Alacaklının icabı genellikle devralan tarafından alacağın talep edilmesi yoluyla borçluya iletilmektedir¹¹⁶⁷. Devralan, borçluya alacaklının icabını ileten bir ulak konumundadır¹¹⁶⁸. Alacağın devrinin alacaklı (devreden) tarafından borçluya bildirilmesi yoluyla icabın yöneltilmesi de mümkündür¹¹⁶⁹. Borçlunun alacağın devrine rıza beyanı alacaklının icabına uygun bir kabul beyanı niteliği taşımaktadır¹¹⁷⁰. Bu görüşteki yazarlar, devralanın, borçlunun kabul beyanı açısından uygun bir beyan muhatabı olmadığını, kabul beyanının kural olarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturan alacaklıya yöneltilmesi gerektiğinin farkındadır¹¹⁷¹. Buna rağmen, borçlunun rıza beyanını üçüncü kişi konumundaki devralana da açıklamış olmasının sözleşmesinin kuruluşunu engellemeyeceği ifade etmektedirler. Bir fikre göre, devralanın borçlunun kabul beyanını devredene iletmekle yetkili bir ulak konumunda olduğu¹¹⁷², diğer fikre göre, devralanın, borçlunun alacağın devrini geçerli hâle getiren

¹¹⁶⁵ Brückmann, s. 439; Raible, s. 67; Larenz, § 34, s. 582, dn. 21; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 108, N. 118; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; BeckOK/Rohe, § 399, N. 22. Avusturya öğretisinde bu görüşte: Holzner, s. 501. Bu yöndeki yargı kararları için bkz. RGZ 75, 142, 145; BGH, NJW 1978, 813; BGH, NJW 1990, 109. Müşterek hukukta da aynı gerekçelendirme mevcuttur: Sintenis (s. 811, dn. 31) anlaşmaya aykırı bir alacak devrine rağmen borçlunun devralana ifasının, elbette, geçerli olacağını, ancak bu şekilde örtülü bir anlaşma ile alacağın niteliğinin değiştirilmiş olacağını belirtmektedir.

¹¹⁶⁶ Brückmann, s. 439; Raible, s. 67; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 108, N. 118; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Larenz, § 34, s. 582, dn. 21. Avusturya öğretisinde bu görüşte: Holzner, s. 501. Türk ve İsviçre öğretilerinde bu görüşte: Şener, s. 86; Wolff, s. 172.

¹¹⁶⁷ Brückmann, s. 440; Staudinger⁷⁻⁸/Kuhlenbeck, § 399, s. 456.

¹¹⁶⁸ Raible, s. 67; Holzner, s. 501. Brückmann'a göre (s. 400), hayatın olağan akışında, devralanın "Senin adına borçludan alacağın devrine rıza vermesini isteyebilir miyim?" şeklindeki sorusuna devreden olumlu cevap vereceğini varsaymak her hâlde pek iddialı olmayacaktır.

¹¹⁶⁹ Raible, s. 67; Staudinger/Busche, § 399, N. 63.

¹¹⁷⁰ Brückmann, s. 439; Raible, s. 67; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 118; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Larenz, § 34, s. 582, dn. 21; Holzner, s. 501.

¹¹⁷¹ Holzner, s. 501.

¹¹⁷² Raible, s. 67.

rızaya ilişkin irade beyanını kabul hususunda temsil yetkisiyle donatıldığı¹¹⁷³ söylenebilir.

Diğer bir yorum tarzına göre, borçlunun rıza beyanı, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeye icap niteliği taşımaktadır. Devredenin, devir yasağının kaldırılmasına yönelik olarak borçlunun yönelttiği icabı kabulü ile alacağın devri hüküm ifade eder¹¹⁷⁴.

Son olarak, somut olayın koşullarına göre, borçlunun rızasının kimi hâlde bir icap kimi hâlde ise kabul olarak yorumlanabileceğini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır¹¹⁷⁵.

Borçlunun rıza beyanını, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeyi kurmaya yönelik icap veya kabul beyanı olarak yorumlayan yazarlar bir konuda hemfikirdir: Borçlunun rızasını açıkladığı ve sözleşmenin kurulduğu andan itibaren devir yasağı ileriye etkili olarak kalkar ve alacağın devri işlemi bu andan itibaren ileriye etkili olarak hüküm doğurur. Bu görüş, devir sözleşmesinin yapıldığı an ile borçlunun rızasını açıkladığı an arasındaki dönemde devredenin alacaklıları lehine kurulan hacizlerin geçerliliğine dokunulmamasını amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, nitelik teorisinin bu açıklama tarzı çerçevesinde ara dönemde kazanılan haklar korunmaktadır¹¹⁷⁶. Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik görüşü de bu doğrultudadır¹¹⁷⁷.

Nitelik teorisini benimseyen yazarlar, genellikle, alacağın, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak birden çok kişiye birbiriyle çatışacak şekilde devredilmiş olması ihtimalinde, borçlunun, tercih ettiği herhangi bir devir işlemine rıza vererek geçerlilik kazandırabileceğini, dolayısıyla borçlunun, hangi devre onay vereceğini seçme yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir¹¹⁷⁸. Ancak bu sonuca varırken dayandıkları gerekçe belirsizdir. Bu konuda Brückmann'ın sunduğu bir gerekçe, borçlunun rızasını devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeyi kuran beyanlardan biri olarak

¹¹⁷³ Brückmann, s. 440.

¹¹⁷⁴ Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12.

¹¹⁷⁵ BeckOK/Rohe, § 399, N. 22.

¹¹⁷⁶ von Gierke, s. 201-202; Soergel/Schreiber, § 399, N. 9; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; Larenz, § 34, s. 582; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Şener, s. 87.

¹¹⁷⁷ Nitelik teorisine bağlı olarak, anlaşmaya aykırı devrin geçerliğinin borçlunun rızasıyla ileriye etkili olarak düzeleceği kabul edilen yargı kararları için bkz. BGH, NJW 1978, 813; BGH, NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1990, 109.

¹¹⁷⁸ Brückmann, s. 441; Staudinger/Busche, § 399, N. 62; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; BeckOK/Rohe, § 399, N. 22; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12. Türk hukukunda bu yönde: Şener, s. 86.

yorumlayan hâkim görüşle uyumlu olması itibarıyla dikkate değerdir: Brückmann'a göre, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmenin kuruluşu için, alacaklının, anlaşmaya aykırı devir ile ortaya koyduğu irade açıklaması ve borçlunun rıza açıklamasının birbiriyle uyuşması gereklidir. Aynı alacağı ikinci defa devreden alacaklı, bu davranışıyla kendi borçlusuna karşı, onun ilk devri onaylamasını istemediği yönündeki iradesini açıklamaktadır. Buna göre, alacaklı ilk devirde ortaya koyduğu icabı ikinci devirde geri almaktadır ve ikinci devirde borçlusuna yeni bir icap yöneltmektedir. Bu icap borçluya yalnızca ikinci devri onaylama imkânı verir. Dolayısıyla, Brückmann, hâkim görüşten farklı olarak, borçlunun dilediği devri onaylayarak geçerli hâle getiremeyeceğini belirtmektedir¹¹⁷⁹. Bununla birlikte, Brückmann'a ait bu yorum tarzı, devreden borçluya yönelttiği icabı her zaman geri alabilmesi ve alacağın geçişini bu yolla engelleyebilmesi imkânı yarattığı, ayrıca çatışan devirlerde borçlunun seçim hakkını ortadan kaldırdığı ve her durumda en son sıradaki devrin geçerlilik kazanması sonucuna yol açtığı gerekçeleri ile öğretide eleştirilmiştir¹¹⁸⁰.

c. Kesin Hükümsüzlüğün Borçlunun Rızası ile Düzeltilemeyeceği Görüşü

Bir görüşe göre, devir yasağının yalnızca sözleşme ile kaldırılabilmesi ve böyle bir sözleşmenin her zaman ileriye etki doğuracağı doğrudur. Buna karşılık, devir yasağının kaldırılması konusunda yeni bir sözleşme yapılarak, daha önce kurulmuş bir alacağın devri işleminin geçerli hâle getirilmesi mümkün değildir. Alacağın devri işlemi, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeden daha önce yapılmış olduğu için hükümsüz olur. Borçlu yalnızca devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabilir. Borçlunun devralana ifasının borcun sona ermesi sonucu meydana getirebilmesi için, mantıksal olarak, alacaklının, devir yasağı geçerli bir sözleşme ile kaldırıldıktan sonra, alacağı tekrar devralana devretmesi gerekmektedir¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁹ Brückmann, s. 441.

¹¹⁸⁰ Wünschmann, s. 212.

¹¹⁸¹ Fikentscher/Heinemann, N. 725; Lüke, s. 116. İsviçre hukukunda bu görüşte: Schulin/Vogt, s. 617. Anılan yazarlar arasında, Lüke (s. 116), borçlunun rızası anlaşmaya aykırı bir devir işlemine geçerlilik kazandırmak için tek başına yeterli olmadığı hâlde, devreden, devralan ve borçlu arasında üç taraflı bir anlaşma aracılığıyla alacağın geçişinin sağlanabileceği fikrindedir. Yazara göre, böyle bir anlaşma, borçlu ve devreden arasında alacağın devri engelinin kaldırılması ve alacağın yeniden devredilmesi yönünde etki doğuracaktır.

Bu görüşün İsviçre hukukundaki temsilcisi Schulin/Vogt, bir ihtimale özgü olarak, alacağın devrinin hem borçlunun rızası ile hem de geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanabilmesinin mümkün olduğu fikrini ileri sürmektedir. Yazarlara göre, bu ihtimal, alacaklının, alacağı devir beyanında bulunduğu ve devir beyanında bulunurken aynı zamanda borçlusu adına bir yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket ederek devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme yaptığı kabul edilebilen bir somut durumda ortaya çıkar. Bu ihtimalde alacaklı, temsil yetkisi olmadan borçlusu adına kendisiyle devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme yapmaktadır. Borçlu, alacaklısının yaptığı devir işlemine onay verince, OR 38/I (BK 46/I) uyarınca, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşme kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak hüküm ifade edecektir. Yazarların açıklama tarzına göre, (alacaklının kendisi ile borçlu adına yetkisiz temsilci sıfatıyla yaptığı) devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşme ile alacağın devri sözleşmesi aynı anda kurulmuştur. Devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmenin borçlunun onayıyla geçmişe etkili hüküm doğurması sonucu, devir yasağı alacağın devri sözleşmesinin kurulduğu anda kalkmış olmaktadır. O hâlde, askıda hükümsüz durumdaki alacağın devri sözleşmesi de borçlunun onayı ile geçmişe etkili olarak hüküm ifade edecektir¹¹⁸².

D. Katılma Teorisi

1. Askıda Hükümsüzlük Yaptırımının Temellendirilmesi

Devir yasağı anlaşmasına aykırılık hâlinde askıda hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü temellendirmek üzere geliştirilmiş katılma teorisi, Alman hukuku öğretisinde, nitelik teorisine nazaran, çok daha az sayıda kaynaktaki¹¹⁸³ benimsenir. Bu teoriye göre, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi hâlinde, alacak hakkına kanun tarafından (alacağın devri özgürlüğü öngörülerek) prensip olarak tanıyan devredilebilirlik özelliği ortadan kaldırılmış olmaz; yalnızca alacaklının alacak

¹¹⁸² Schulin/Vogt, s. 618.

¹¹⁸³ Alman öğretisinde -her biri doçentlik tezi (*Habilitationsschrift*) olarak hazırlanmış- üç eserde devir yasağının hukuki etkisi bir yan konu olarak değerlendirmekte ve katılma teorisi benimsenmektedir. Dörner'in tezi "*borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri*" (*Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, München 1985*); Thiele'nin tezi "*hukuki işleme rıza*" (*Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln 1966*); Berger'in tezi "*sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılması*" (*Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1988*) konusundadır.

hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olur. Bir devir yasağı kararlaştırıldığı anda alacağın devri işleminin geçerliliği borçlunun bir taraflı irade beyanı ile işleme katılması koşuluna bağlanmış olur. Alacaklı ve borçlu aralarındaki devir yasağı anlaşması ile bu hususu açıkça düzenlemiş olmasa bile böyledir¹¹⁸⁴. Kanun koyucu borçluya alacağın devri üzerinde kontrol sahibi olabilmesi için bir rıza verme yetkisi tanımıştır¹¹⁸⁵. Buna göre, borçlunun rızası eksikse, tasarruf işleminin geçerlilik şartlarından biri eksiktir. Bu eksikliğe rağmen yapılan alacağın devri işlemi önce askıda hükümsüz; borçlunun rıza vermeyeceği anlaşıldıktan sonra kesin hükümsüz olur¹¹⁸⁶.

Katılma teorisi çerçevesinde devir yasağı anlaşmasının alacak hakkının çift yönlü karakteri üzerindeki hukuki etkisi şöyle açıklanmaktadır: Alacak hakkının iç yönünü oluşturan dar anlamda borç ilişkisi üzerindeki etkisi bir içerik belirlemesi veya değişikliğidir¹¹⁸⁷. Alacak hakkının bir malvarlığı değerini ifade eden dış yönü üzerindeki etkisi bir tasarruf yetkisi sınırlamasıdır¹¹⁸⁸. Bir devir yasağı anlaşması ile alacaklı, alacağı borçlunun katılımı olmaksızın bir üçüncü bir kişiye devredebilme olanağından, kanunun bu hususta ona (devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyarak) verdiği yetkiyi (borç ilişkisinin kuruluşunda veya daha sonra) kullanarak, feragat etmektedir¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁴ Thiele, s. 232; Dörner, s. 142; Hadding/van Look, s. 13; Berger, s. 246. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi hakkında katılma teorisinin benimsediği bu yorum tarzının, alacağın devri hakkında yazılan erken tarihli bazı eserlerde de genel hatlarıyla dış vurulduğuna rastlanmaktadır. Örnek olarak, Cosack (s. 389), BGB'nin genel hükümleri hakkındaki 1903 tarihli eserinde, alacağın devri işleminin kural olarak borçlunun rızasına bağlı olmadığını, buna karşılık, istisnai olarak, alacağın devrinin sözleşme ile engellendiği hâlde borçlunun rızasının aranacağını belirtmektedir. Bkz. Konrad Cosack, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen**, 4. Auflage, Jena 1903. Avusturya hukukunda Swoboda (s. 139), bir devir yasağı kararlaştırılan hâlde, alacağın devrinin yalnızca borçlunun rızası ile meydana geleceği kabul edilen “*eski Alman hukuku*”na yakınlaşan bir hukuki yapı ortaya çıktığını ifade etmektedir. Yazarın “*eski Alman hukuku*” ile hangi dönemi ve alacağın devrine ilişkin hukuki yapıyı işaret ettiği eserinde açık değildir.

¹¹⁸⁵ Dörner, s. 207; Berger, s. 246.

¹¹⁸⁶ Thiele, s. 239; Dörner, s. 142; Hadding/van Look, s. 14; Berger, s. 309; RGRK/Weber, § 399, N. 15. Aynı anlama gelecek şekilde bkz. Dieter Medicus, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 16. Auflage, München 2005 = Medicus¹⁶, § 62, N. 718; Erman/Westermann, § 399, N. 3.

¹¹⁸⁷ Thiele, s. 240; Dörner, s. 142-144. Hadding/van Look, (s. 13)'a göre, devir yasağı anlaşması borçlu ve alacaklı arasındaki iç ilişkide alacaklının borçlunun katılımı olmaksızın alacağı başkasına devretmemeyi borçlanması olarak etki meydana getirir. Bu bir içerik tayini anlamına gelmez.

¹¹⁸⁸ Thiele, s. 240; Dörner, s. 142-144; Hadding/van Look, s. 13.

¹¹⁸⁹ Thiele, s. 240; Dörner, s. 142-144.

Bu açıdan sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılmaması prensibinin bir istisnası olduğu da ifade edilmektedir¹¹⁹⁰.

Katılma teorisine göre sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir engeli bulunması yalnızca şu anlama gelir: Alacaklı, alacak hakkı üzerindeki bir tasarruf işlemini tek başına gerçekleştirmeye yetkili değildir; borçlunun iradesi ile katılımına ihtiyacı vardır. Kanunun devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanırken amaçladığı, yalnızca, üçüncü kişiler nezdinde alacak hakkının malvarlığı değerinin kısıtlı olarak yer değiştirebilir olmasıdır. Bu amacın dışına çıkılarak, alacak hakkının doğası gereği sahip olduğu devredilebilirlik özelliği anlaşma ile ortadan kaldırılamaz. Bu yüzden, “*sözleşme ile alacak hakkının tasarruf edilebilirlik özelliğinin ortadan kaldırıldığı, alacak hakkının tasarruf edilemez bir hakka, bir res extra commercium’a dönüştürüldüğü*” şeklindeki yaygın ifade biçimi kanunun amacını aşmaktadır. Bu ifade biçimi, alacağın devri özgürlüğünün maddi olarak haklı sayılabilenin ötesinde sınırlandırılmasına yol açan bir anlam içermektedir. Kanunun sözleşme ile alacağın devrinin engellenebilmesini açıkça düzenlemekteki amacı, yalnızca, borçluya alacaklının tasarruflarına karşı kendi hukuki durumunu koruyabilme olanağı tanımaktır. Bunun dışında ne borçlunun menfaati ne de kamu menfaati alacağın tasarruf konusu olabilme yeteneğinin tamamen ortadan kaldırılmasını haklı gösterebilir. Kanun koyucu, alacaklı ve borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyarak, yalnızca, alacaklının borçlunun katılımı aranmaksızın alacağı başkasına geçirmesinin önüne geçmektedir. Bu yüzden, devir yasağı anlaşması ile alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığıнын kabul edilmesi yeterlidir. Alacaklı taraf değişiminin gerçekleştirebilmesi imkânsız hâle getirilmiş değildir. Devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak hakkının hukuki işlem konusu olabilmesi hâlen daha mümkündür¹¹⁹¹. Yalnızca, kanunda açık bir düzenleme öngörülmüş olmadığı için alacaklı taraf değişiminin nasıl meydana gelebileceği belirsizdir¹¹⁹².

Katılma teorisinin yorum tarzının, nitelik teorisinin yorum tarzı ile karşılaştırıldığında, daha cazip olan yönü şudur: Alacağın devir yeteneğinin tek seferde yeniden

¹¹⁹⁰ Dörner, s. 143. Yazara göre, terminoloji kullanımı alacak hakkının hangi yönü üzerinde durulduğu ile bağlantılıdır. Bu tartışma borç ilişkisinin çift yönlü bir karaktere sahip olmasından ileri gelmektedir ve ortada maddi soruna ilişkin olarak farklı bir dil tercihi söz konusudur.

¹¹⁹¹ Thiele, s. 232-233; Dörner, s. 143; Berger, s. 246.

¹¹⁹² Thiele, s. 233.

tesis edilmesi mecburiyeti yoktur. Borçlu belirli bir alacak devrine rıza verebilmekte, alacak hakkını devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak başkasına geçirebilmektedir. Bu hukuki yapı sayesinde borçlu, devre rıza verdikten sonraki dönemde, alacaklı taraf değişimi üzerinde aynı şekilde kontrol sahibi olmaya devam etmektedir¹¹⁹³.

2. Katılma Teorisine Göre Alacağın Devralana Geçirilmesi Yöntemleri

a. Genel Olarak

Katılma teorisi, devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak bakımından alacaklı taraf değişiminin nasıl meydana gelebileceği hususundaki boşluğu doldurmak amacıyla seçimlik olarak kullanılması mümkün iki ayrı yöntem önermektedir¹¹⁹⁴: Birinci yöntem, borçlu tarafından geçerliliği askıdaki devir işlemine rıza verilmesi ve alacak hakkının devir yasağı ile birlikte devralana geçirilmesidir. İkinci yöntem, devir işleminin geçerliliğinin askıda olduğu dönemde, devir yasağının alacaklı ile borçlu arasında yeni bir sözleşme yapılarak kaldırılması ve alacak hakkının devredilebilir bir hak olarak devralana geçirilmesidir. Aşağıda görülecektir ki, belirtilen ikinci yöntem, her ne kadar dayandığı gerekçe farklı olsa da, vardığı sonuçlar itibarıyla nitelik teorisi ile örtüşmektedir.

b. Alacağın Devir Yasağı ile Birlikte Geçirilmesi Yöntemi

(1) Genel Olarak

Katılma teorisine göre, alacak hakkının borçlunun rızasıyla devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak devralana geçirilmesi yöntemine başvurulduğu takdirde, sadece borçlunun rıza verdiği somut bir alacak devri geçerli hâle gelir. Yeni alacaklı hâlen daha devir yasağı anlaşması ile bağlı kalmaya devam eder¹¹⁹⁵. Aynı alacak sözleşmeye aykırı olarak birden çok defa devredilmişse, borçlu kendi isteğine göre, bunlardan herhangi birine geçerlilik kazandırabilir. Borçlu devirlerin sırası ile bağlı değildir¹¹⁹⁶. Bu

¹¹⁹³ Berger, s. 302.

¹¹⁹⁴ Thiele, s. 235; Dörner, s. 144; Berger, s. 302.

¹¹⁹⁵ Thiele, s. 239; Dörner, s. 206-207; Berger, s. 308-309. Aynı yönde: Erman/Westermann, § 399, N. 3.

¹¹⁹⁶ Dörner, s. 207; Berger, s. 308-309; RGRK/Weber, § 399, N. 15.

ikinci yöntemin dayandığı hukuki yapının açıklanması açısından farklı görüşler söz konusu olup bu görüşler aşağıda incelenmektedir.

(2) Borçlunun Alacağın Devrine Katılma Hakkının Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşler

(a) Üç Taraflı Sözleşme Görüşü

Thiele'ye göre, hem niteliği devre engel oluşturan alacaklar hem de anlaşma ile devri engellenmiş alacaklar devreden, devralan ve borçlu arasında yapılacak bir üç taraflı sözleşme ile başkasına geçirilebilir. Böyle bir sözleşme, alacak hakkının bağımsız bir malvarlığı değeri olarak nakli sonucunu yaratır, bu yönden bir cüzi halefiyet hâli oluşturur. Ancak bu, teknik olarak, bir alacağın devri işlemi sayılmaz. Bu yüzden kanunun alacağın devri hakkındaki düzenlemelerine yalnızca kıyasen başvurulabilir¹¹⁹⁷.

Thiele (sözleşmenin devri hakkında BK 205 benzeri özel bir hükmün bulunmadığı Alman hukuku açısından) bu üç taraflı sözleşmenin, eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında yapılan bir (teknik anlamdaki) alacağın devri sözleşmesine borçlunun rıza vermesi yoluyla da meydana getirilebileceğini kabul etmektedir¹¹⁹⁸.

Thiele'ye göre, devralanın alacaklı sıfatını kazanması, devreden ve devralan arasında kurulan sözleşmenin borçlunun rızasıyla birlikte meydana getirebileceği bir sonuçtur. Borçlunun rızası alacağın devrinin bir geçerlilik koşuludur ve yenilik doğuran bir değişiklik yaratmaktadır. Thiele, borçlunun rıza açıklamasının bir tasarruf işlemi niteliği taşımadığını, alacağın geçişinin yalnızca malvarlığı eksilen taraf konumundaki devralan yönünden bir tasarruf işlemi oluşturacağını özellikle vurgulamaktadır¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ Thiele, s. 235.

¹¹⁹⁸ Thiele, s. 239. Türk hukukunda BK 205/II hükmünde sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça onaylanan anlaşmanın sözleşmenin devri hükümlerine tabi olduğu açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca bkz. s. 88 vd.

¹¹⁹⁹ Thiele, s. 298-299.

(b) Yasal Koşul (Tamamlayıcı Unsur) Görüşü

Dörner'e göre, Thiele'nin geliştirdiği “*üç taraflı sözleşme*” hukuki yapısı, kanunun sözleşme ile alacağın devrinin engellenmesine izin verirken öngördüğü borçlunun korunması amacının dışına taşmaktadır. Alacağın devrine borçlunun bir taraflı rıza beyanı ile katılımının yeterli görülmesi, borçlunun menfaatlerinin temini bakımından daha amaca uygun olur. Ayrıca borçlunun katılımının üç taraflı bir sözleşmeye taraf olmak mı yoksa iki taraflı bir sözleşmeye rıza vermek anlamı mı taşıdığını, bu iki tasarıma birbirinden bağımsız olarak başvurulabilmesinin mümkün olup olmadığını, sözleşmenin devri bakımından olduğu gibi, tartışma ihtiyacı doğurmaktadır¹²⁰⁰.

Bu yüzden Dörner, borçlunun rızasının, alacağın geçişini sağlamaya yönelik üç taraflı sözleşme yapısının bir unsuru olarak değil, bağımsız bir yasal koşul (kanuni şart; tamamlayıcı unsur) olarak yorumlanması gerektiği fikrindedir. Dörner'e göre, alacaklının, alacağı bir hukuki işlem aracılığıyla üçüncü bir kişiye devredebilme olanağından, kanunun ona tanıdığı yetkiyi kullanarak feragati sonucu, borçlu, yapılması muhtemel bir alacağın devri işlemine katılma hakkı elde etmektedir. Tasarruf işleminin kurucu unsurları yanına borçlunun rızası bir tamamlayıcı unsur olarak eklenmektedir. Bu unsur yerine getirilmedikçe alacağın devri işlemi geçerli olmayacaktır¹²⁰¹.

Dörner'in yukarıdaki açıklamaları, sözleşme ile devri yasaklanan alacaklara özgü olup alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu hâlleri kapsamamaktadır. Benzer şekilde Hadding/van Look tarafından, sözleşme ile alacağın devrinin engellenebilmesine olanak veren hükmün uygulama alanının, alacağın niteliğini, örneğin edimin kapsam ve içeriğinin devir yüzünden değişebilir oluşunu, bağımsız bir devir engeli sebebi olarak öngören hükmün uygulama alanına taşırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır¹²⁰². Anılan iki yazar bu açıdan Thiele ve aşağıda görüşü aktarılan Berger'den

¹²⁰⁰ Dörner, s. 144.

¹²⁰¹ Dörner, s. 142, ayrıca bkz. s. 206-207. Bu görüş -alacağın devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak geçirilmesine imkân veren özelliği üzerinde durulmaksızın- Hadding/van Look (s. 13) tarafından da benimsenmiştir. Berger (s. 304), Dörner'e ait borçlunun rızasının yasal koşul niteliğine sahip olduğu görüşüne, Alman hukuk sistemi dâhilinde bir anlam ifade eden şu gerekçeden ötürü katılmaktadır: Alman hukukunda Alman Federal Mahkemesi'nin 14.10.1963 tarihli kararından (NJW 1964, 243) itibaren, sözleşme ile kararlaştırılan devri yasağının kanundan kaynaklanan bir tasarruf yasağı niteliği taşımadığı görüşü yerleşmiştir. Berger'e göre, bu yerleşik görüş gereği, sözleşme ile alacağın devrinin yasaklanabileceğini öngören kanun hükmü, yasal koşulun bir dayanağı olarak da görülemez.

¹²⁰² Hadding/van Look, s. 13.

ayrılmaktadırlar. Thiele ve Berger, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu durum ile sözleşme ile devrin engellendiği durumu birbirine paralel olarak değerlendirmektedir¹²⁰³.

(c) Tasarruf Yetkisi Görüşü

Berger'e göre, bir alacağın devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak devri için Thiele'nin önerdiği üç taraflı sözleşme yapısından hareket etme zorunluluğu yoktur; borçlunun devreden ve devralan arasındaki teknik anlamdaki iki taraflı alacağın devri işlemine rızası yeterlidir¹²⁰⁴. Berger, borçlunun rıza açıklamasında bulunurken, devir yasağı anlaşmasına kanunun tanıdığı mutlak etki sayesinde elde ettiği, anlaşmaya aykırı bir devri geçerli hâle getirebilmeye yarayan, sınırlı bir tasarruf yetkisini kullandığı görüşündedir. Thiele'den farklı olarak, Berger alacaklının alacağı devre ilişkin tasarruf yetkisinin eksik parçasının borçluda olduğunu, bu yüzden tasarruf yetkisi eksikliğinin borçlunun rızası ile tamamlanabileceğini düşünmektedir. Berger'e göre, alacaklının malvarlığında yer alan bir alacak hakkının aktif ve pasif olmak üzere iki tarafı mevcuttur. Bir alacağın devri işleminde alacaklı, yalnızca alacak hakkın aktif tarafının devri bakımından kendi hakkına dayanır. Alacak hakkının pasif tarafının devri ise borçlunun hukuki alanından kaynaklanan özel bir yetkinin kullanılması ile mümkün olur. Alacağın devri özgürlüğünün kabul edildiği bir hukuk düzeninde, alacaklı, kural olarak, bu yetkiye tek başına sahiptir. Alacağın devrinin ediminin içeriğinde değişikliğe yol açtığı (alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu) durumda veya alacağın devrinin anlaşma ile engellendiği durumda ise bu yetki borçluyla paylaşılmaktadır¹²⁰⁵.

Berger'e göre, alacağın devri özgürlüğü ile kanun, aslında, alacağı devir yetkisi hakkında tarafların ortak iradelerine uygun olduğu varsayılan bir modeli karine olarak öngörmektedir. Fakat, taraflar irade özgürlüğü temelinde alacağı devir konusundaki

¹²⁰³ Thiele, s. 232-233; Berger, s. 246

¹²⁰⁴ Berger, s. 307.

¹²⁰⁵ Berger, s. 246. Yazara göre (s. 248), devir yasağının yalnızca alacaklı ve borçlu arasında kararlaştırıldığı ihtimalde mutlak etki yaratabilir olması da buna dayanır. Alacaklının üçüncü kişiyle yaptığı bir anlaşma ile alacağın devredilebilirliği ortadan kaldırılamaz. Çünkü, üçüncü kişinin, kendi hukuk sahasından kaynaklanmayan kanuni bir yetkiyi ortadan kaldırabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle böyle bir anlaşma yalnızca borçlandırıcı etki doğurabilir.

yetki durumunu kanundan farklı düzenleyebilir¹²⁰⁶. Alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi hâlinde, alacaklı, alacağın devri konusunda tek başına sahip olduğu tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını kabul etmektedir. Alacak üzerinde alacaklı ve borçlu birlikte tasarruf yetkisine sahip olmaktadır. Alacağın devri sonucunun meydana gelmesini artık alacaklı ve borçlu yalnızca birlikte sağlayabilir. Alacaklı, alacağı yalnızca borçlu tarafından bir hukuki işlem ile yetkilendirdiği takdirde geçerli olarak devredebilir¹²⁰⁷.

Berger'e göre borçlu, alacak üzerinde "*hak sahibi*" değildir, fakat alacaklı ile arasındaki borç ilişkisi üzerinde bir tasarruf yetkisine sahiptir. Borçlunun alacak üzerindeki tasarruf işlemine katılımı gerekliliği, alacaklı ile arasındaki borç ilişkisi üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan alacaklının borçlu tarafından baştan alacağın devri işlemini yapmak için yetkilendirilmesi, "*alacak hukuki ilişkisi*" üzerindeki tasarrufa izin (BGB § 185 I) teşkil eder¹²⁰⁸. Borçlunun, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir devre sonradan rıza göstermesi, alacaklının yetkisiz olarak yaptığı tasarrufa icazet (BGB § 185 II c. 1) niteliği taşır¹²⁰⁹.

(d) Devir Yasağı Anlaşmasının Yorumuna Dayanan Görüş

Bir görüş¹²¹⁰, devir yasağının münhasıran borçlu lehine kararlaştırıldığı olgusundan hareket etmekte ve borçlunun tek taraflı rızasını sözleşmeye aykırı devrin geçerlilik kazanması için yeterli görmektedir. Bu görüş şöyle bir gerekçeye dayanmaktadır: Alacağın devrinin sözleşme ile tamamen engellenmeyip yalnızca borçlunun rızasına bağlanarak sınırlandırıldığı ihtimalde, devrin geçerliliği için borçlunun tek taraflı rızasının yeterli olduğu hususunda hiçbir tereddüt yoktur. O hâlde, devrin tamamen engellendiği ihtimalde de devir yasağının hemen hemen her sözleşmede borçlu lehine öngörüldüğü göz önünde tutularak, tarafların varsayılan ortak iradeleri uyarınca alacağın devrinin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlı tutulduğu yorumuna varılmaktadır. Alacaklı ve borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasının yorumu çoğu zaman be-

¹²⁰⁶ Berger, s. 249.

¹²⁰⁷ Berger, s. 241-242, s. 249.

¹²⁰⁸ Berger, s. 247.

¹²⁰⁹ Berger, s. 306.

¹²¹⁰ Planck/Siber, § 399, N. 2; Serick, **Bd. II**, s. 290; RGRK/Weber, § 399, N. 14.

raberinde devrin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlandığını kabul etmeyi gerektirmektedir. Bu yüzden, alacaklı ve borçlu arasında devir yasağının kaldırılması konusunda yeni bir sözleşme yapılmış olup olmadığının araştırılmasına ihtiyaç yoktur. Borçlunun tek taraflı rıza beyanı, alacağa içeriğindeki devredilebilirlik özelliğini geri verecektir.

Bu görüşteki yazarlar esasen nitelik teorisine mensuptur. Devir yasağı kararlaştırıldığında, alacak üzerinde tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmış olmayacağı, alacağın niteliği devre engel oluşturan bir hakka dönüşeceği şeklindeki dayanak noktaları itibarıyla nitelik teorisini desteklemektedirler¹²¹¹. Bununla beraber, alacağın devrinin sözleşme ile tamamen yasaklandığı ihtimalde dahi, aslında alacağın devrinin borçlunun katılımına bağlı olduğunu kabul etmeleri ve anlaşılmaya aykırı bir alacak devrinin borçlunun rızası ile (Alman Medeni Kanunu'nun §§ 182-184 hükümlerine atıfta bulunarak) hüküm ifade edeceğini belirtmeleri yönünden katılma teorisine de yakın gözükmektedirler¹²¹².

(3) Ara Dönemde Kazanılan Hakların Durumu

Bu başlık altında yer alan açıklamalar, esasen Alman iç hukukuna özgü olup Türk hukukuna doğrudan aktarılması imkânı bulunmamaktadır. Bu açıklamalar paylaşılırken, sırf bir karşılaştırmalı hukuk çalışması yapılması ve Alman hukukuna özgü meselelerin Türk hukukuna tanıtılması amaçlanmıştır değildir. Türk ve İsviçre hukuk öğretilerinde, borçlunun devir yasağı anlaşmasına aykırı bir devre rıza vermesi sonucu, devrin geçmişe etkili olarak hüküm ifade edeceği görüşü oldukça yaygındır. Amacımız, geçmişe etkinin Türk ve İsviçre hukuk öğretilerinde ileri sürüldüğü gibi, ara dönemde yapılan tasarrufların durumuna ilişkin bir çekince koymaksızın, genel biçimde kabul edilmesinin mümkün olup olmadığını sorgulamaya açmaktır. Aşağıda görülecektir ki, Alman hukukunda rızanın geçmişe etkili olduğu görüşü, ara dönemdeki tasarrufların geçerliliği sorunuyla birlikte ele alınmaktadır.

¹²¹¹ Bkz. yukarıda s. 272 vd ve orada atıfta bulunulan eserler. Nitelik teorisini benimseyen yazarlardan ayrıca von Gierke (s. 201-202) ve Soergel/Hefermehl (§ 137, N. 6) de hükümsüzlüğün borçlunun rızası ile düzelebileceğini belirtmektedir. Ancak, rızanın tek başına yeterli olduğu, devreden ile borçlu arasında devir yasağının kaldırılması konusunda sözleşme yapılmasına ihtiyaç olmadığı şeklinde açık bir gerekçe belirtmemektedirler.

¹²¹² RGRK/Weber, § 399, N. 15.

Katılma teorisinin önerdiği yöntem temelinde, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devrinin borçlunun rızasıyla geçerli hâle getirilebileceği ve alacağın devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak devralana geçirilebileceğinin kabul edilmesi, Alman Medeni Kanunu'nun hukuki işleme rızanın hukuki etkisi hakkındaki genel nitelikli §§ 182-184 hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet vermektedir. Buna göre, borçlunun rızası eksikse, tasarruf işleminin geçerlilik şartlarından biri eksiktir. Bu eksikliğe rağmen yapılan alacağın devri önce askıda hükümsüz olmakta, borçlunun rıza vermeyeceği anlaşıldıktan sonra kesin hükümsüz hâle gelmektedir¹²¹³. Rıza koşulunun sonradan tamamlanması hâlinde, BGB § 184 I hükmü uygulanarak, rızanın geçmişe etki doğuracağı ve alacağın devrinin baştan itibaren hüküm ifade edeceği sonucuna varılmaktadır¹²¹⁴.

Geçmişe etki sonucuna varılması ise devamında, alacağın devredildiği andan borçlunun rızasını açıkladığı ana kadar geçen ara dönemde, alacak üzerindeki yapılan tasarruf işlemlerinin ve uygulanan icra takibi işlemlerinin geçerliliğinin ne olacağı meselesini gündeme getirmekte ve bu mesele farklı şekillerde çözümlenmektedir:

Ara dönemdeki tasarruf işlemi ile kastedilen, alacak hakkının devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak birden çok kişiye birbiriyle çatışacak şekilde devredilmiş olması ve borçlunun yapılan devirlerin hepsini onaylamış olmasıdır. Örneğin, alacaklı, 01.09.2020 tarihinde C'ye, 10.09.2020 tarihinde D'ye alacağı devretmiştir. Borçlu 15.9.2020 tarihinde D'ye yapılan devre, 20.09.2020 tarihinde C'ye yapılan devre onay vermiştir. Alman hukukunda katılma teorisine göre, BGB § 184 I hükmü tatbik edildiğinde, her iki devir borçlunun rızasıyla geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanacağı sonucuna varılır. Bu yüzden çatışan devirlerden hangisinin önceliğe sahip olduğunun belirlenmesi ihtiyacı doğar. Katılma teorisini benimseyen yazarlar, farklı gerekçelerle de olsa, oybirliği ile borçlunun rıza verdiği ilk devrin, yani verilen örnekte D'ye yapılan devrin, geçerlilik kazanacağını kabul etmektedir¹²¹⁵:

¹²¹³ Thiele, s. 239; Dörner, s. 142; Hadding/van Look, s. 14; Berger, s. 309; RGRK/Weber, § 399, N. 15. Aynı anlama gelecek şekilde bkz. Medicus¹⁶, § 62, N. 718; Erman/Westermann, § 399, N. 3.

¹²¹⁴ Dörner, s. 144; Thiele, s. 239; Berger, s. 311; RGRK/Weber, § 399, N. 15; Erman/Westermann, § 399, N. 3; Medicus¹⁶, § 62, N. 718. Bu yazarlar arasında, Berger (s. 311) ise borçlunun rızasını alacaklıyı alacak üzerindeki tasarrufa yetkilendirme olarak değerlendirdiği için BGB § 185 II hükmü üzerinden BGB § 184 I hükmüne ulaşmaktadır. Diğer yazarlarla aynı şekilde geçmişe etki sonucuna varmaktadır. Berger'e benzer şekilde bkz. Erman/Westermann, § 399, N. 3; Medicus¹⁶, § 62, N. 718.

¹²¹⁵ Dörner, s. 206; Berger, s. 311; Thiele, s. 299. Aynı yönde: Erman/Westermann, § 399, N. 3.

Bir görüş bu sonuca Alman Medeni Kanunu'nun § 184 II hükmünü uygulayarak varmaktadır. BGB § 184 II hükmüne göre, rıza veren, bir tasarruf işleminin geçerliliğinin onun rızasının eksikliği nedeniyle askıda olduğu dönemde, tasarrufa konu şey üzerinde başka bir tasarruf işleminde daha bulunmuşsa, askıdaki tasarruf işlemine geçmişe etkili rıza vererek yaptığı sonraki tasarruf işlemini geçersiz hâle getiremez. BGB § 184 II hükmünün ardında yatan düşünce şudur: Rıza veren ile tasarrufta bulunan aynı kişidir. Rıza verme yetkisi tasarruf yetkisinden kaynaklanır. Rıza veren ara dönemde yaptığı tasarruf sonucu tasarruf yetkisini kaybeder. Bu yüzden başka bir tasarruf işlemine rıza vererek onun tasarruf sonucunu doğurmasını sağlayamaz. Berger'e göre, BGB § 184 II hükmünün uygulanabilmesi için aranan, ara dönemdeki tasarrufun rıza veren tarafından yapılmış olması önkoşulu, alacağın devrine borçlunun rıza vermesi hâlinde de gerçekleşmektedir. Çünkü alacağı devre ilişkin tasarruf yetkisi yalnızca alacaklıda değil, aynı zamanda borçludadır. Borçlu, alacağın devrine rıza vererek kendi hukuki durumunu etkileyecek bir tasarrufta bulunmaktadır¹²¹⁶. Thiele'ye göre ise her ne kadar borçlunun rıza açıklaması başlı başına bir tasarruf işlemi niteliği taşıyor olsa da alacaklının yaptığı tasarruf işleminin geçerli olarak sonuç doğurabilmesi borçlunun rızası ile mümkün olur. Bu nedenle borçlunun rızası BGB § 184 II anlamında ara dönemdeki bir tasarruf sayılabilir¹²¹⁷. Bu yüzden Berger ve Thiele'ye göre BGB § 184 II doğrudan uygulanmalı ve borçlunun ikinci sırada verdiği onayın (yukarıdaki örnekte 20.09.2020 tarihinde C'ye yapılan devre onayın) geçmişe etkisi bertaraf edilmelidir¹²¹⁸.

Dörner, BGB § 184 II hükmünün uygulanmasını, borçlunun rızasını bir tasarruf işlemi olarak görmediği için reddetmektedir. Ancak, farklı bir gerekçeye dayanarak da olsa aynı sonuca varmaktadır: Borçluya alacağın devrine katılma yetkisi, alacaklı taraf değişimi üzerinde kontrol sahibi olabilmesi için tanınmıştır. Eğer borçlu rıza yetkisini, örneğin ikinci sıradaki devre onay vererek kullanmışsa ve alacak hakkı ikinci sıradaki

¹²¹⁶ Berger, s. 312. Berger'in görüşü için yukarıda bkz. s. 287 vd.

¹²¹⁷ Thiele, s. 299.

¹²¹⁸ Thiele, s. 299; Berger, s. 312. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında (BGH, NJW 1964, 243), borçlunun, sözleşme ile kendisine tanınan rıza verme yetkisini kullanarak, ilk sırada rıza verdiği devir işleminin geçerliliğini, rıza işleminin tasarrufi bir nitelik taşıyıp taşımadığı hakkında herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, BGB § 184 II hükmünü uygulayarak korumuştur. Bu kararda, Federal Mahkeme, esasen nitelik teorisini benimsemektedir. Sözleşme ile devrin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlanmış olması hâlinde, herhangi bir gerekçe sunmaksızın, §§ 182-184 hükümlerini uygulamaktadır. Bu mahkeme kararı ile aynı doğrultuda: RGRK/Weber, § 399, N. 15.

devralanın malvarlığına geçmişse, borçlu artık devredenın başka tasarrufları bakımından rıza verme yetkisini kaybetmiştir. Bundan sonra, borçlunun alacağın devrine katılma yetkisi ikinci devralanın (yukarıdaki örnekte D'nin) yapacağı devir işlemleri bakımından söz konusu olur. İkinci devralanın kazanılmış hakkı korunur. İlk devralanın (yukarıdaki örnekte C'nin) tarafı olduğu devir işleminin geçerliliğine olan güveninin korunmasını gerektiren herhangi bir sebep yoktur. İlk devralan hukuki kazanımının borçlunun rızası koşuluna bağlı olduğunu bilmekte veya en azından bilebilecek durumdadır. Baştan itibaren borçlunun rıza vermeyebileceğini hesaplamış olması gerekir¹²¹⁹.

Katılma teorisinin anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızası ile BGB § 184 I gereği geçmişe etkili olarak hüküm doğuracağı yönündeki kabulü çerçevesinde, alacağın devri ve borçlunun rızası arasındaki dönemde yapılan icra takibi işlemlerinin geçerliliğinin ne olacağı, özellikle bu ara dönemde alacak üzerinde kurulan haczin hükümlerinin borçlunun rızasının geçmişe etkisi yüzünden ortadan kalkıp kalkmayacağı da aynı şekilde tartışmalıdır.

Berger'e göre haczin hükümlerinin üçüncü kişi konumundaki borçlunun tek taraflı irade açıklaması ile etkisiz hâle getirilebilmesi mümkün değildir. Berger bu sonuca BGB § 184 II hükmünü doğrudan uygulayarak varır. BGB § 184 II hükmüne göre, bir tasarruf işleminin geçerliliğinin rızanın eksikliği nedeniyle askıda olduğu dönemde, tasarruf konusu şey rıza verenin malvarlığında haczedilmişse, sonradan açıklanan rıza beyanının geçmişe etkisi haciz işleminin geçerliliğini etkilemez. Berger'e göre, haciz işlemi, devredilen alacağın borçlusunun malvarlığına yönelik değildir; ama alacak üzerinde kurulan haciz, alacağın dayandığı borç ilişkisinin karşı tarafındaki borçluyu da ilgilendirmektedir. Bu yüzden BGB § 184 II hükmü doğrudan uygulanmalı, borçlunun alacağın devrine hacizden sonra açıkladığı rızanın geçmişe etkisi, haciz işleminin geçerliliğine dokunmamalıdır. Berger'e göre, diğer türlü, anlaşma ile devri engellenmiş bir alacağın haczedilebilir olduğunu açıkça öngören ZPO § 851 II hükmünün amacı zedelenir. Anlaşma ile devri engellenmiş bir alacak hakkı, ZPO § 851 II hükmünün değer yargısına göre, haciz konusu olabilmesi yönünden sıradan bir

¹²¹⁹ Dörner, s. 206-207. Alacağın devrinin sözleşmede açıkça borçlunun rızasına bağlandığı hâller bakımından aynı yönde: Lüke, s. 116.

alacaktan farklı değildir. Sıradan bir alacak hakkının haciz konusu olması hâlinde ise haczin hükümlerinin üçüncü kişi konumundaki borçlu tarafından tek taraflı olarak etkisiz hâle getirilebilmesi mümkün değildir¹²²⁰.

Thiele ve Dörner'e göre, alacağın devrinin askıda olduğu dönemde, alacaklı aleyhine gerçekleştirilen haciz işlemi borçlunun rızasının geçmişe etkisi sonucu hükümsüz hâle gelir. Haciz işleminin geçerliliğini korumak için BGB § 184 II hükmünden yararlanılamaz; çünkü bu hüküm yalnızca rıza verenin malvarlığında gerçekleştirilen haciz işlemleri bakımından uygulanır. Oysa, mevcut durumda, haciz işlemi anlaşmaya aykırı devre rıza veren borçlu aleyhine değil, alacaklı aleyhine gerçekleştirilmiştir¹²²¹. Thiele ve Dörner'e göre, menfaatler durumu, BGB § 184 II hükmüne kıyasen dahi başvurulmasına engel oluşturur¹²²². Nihayetinde icra alacaklısının, alacağın haciz yapılmadan önce devredilmiş olduğunu öğrendiğinde, devrin borçlunun rızası ile alacağın devrinin geçerlilik kazanabileceğini göz önünde tutarak, mevcut hukuki durumunu koruyamayabileceğini, tıpkı alacağı ikinci sırada devralan gibi, hesaplaması beklenir¹²²³.

Belirtelim ki, Alman hukukunda nitelik teorisine bağlı yazarlar, bir alacağın devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devrinde, tasarruf yetkisi olmayan bir kişinin tasarrufta bulunması hâlinin söz konusu olmayacağını açıkça vurgularlar. Bu yüzden BGB §§ 185 II, 184 I hükümlerinin uygulanmasına karşı olduklarını açıkça belirtirler. Tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesinin borçlunun rızasına bağlı olduğu (BGB § 185 II), bu nedenle genel nitelikli BGB § 184 I hükmünün uygulanması ve borçlunun rızasının geçmişe etkili kabul edilmesi gerektiği görüşüne karşı çıkarlar¹²²⁴. Bu görüşe

¹²²⁰ Berger, s. 312-313. Varılan sonuç itibarıyla aynı yönde: Erman/Westermann, § 399, N. 3; RGRK/Weber, § 399, N. 15.

¹²²¹ Thiele, s. 241; Dörner, s. 207. Alacağın devrinin sözleşmede açıkça borçlunun rızasına bağlandığı hâller bakımından aynı yönde: Lüke, s. 116. Alman Federal Mahkemesi bir kararında aynı gerekçelerle bu hükümden yararlanılamayacağını belirtmekte; BGB § 182 ve devamındaki hükümlere kıyasen başvuru yolunun dahi kapalı olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BGH, NJW 1990, 109.

¹²²² Thiele, s. 240; Dörner, s. 208.

¹²²³ Dörner, s. 208. Dörner'e göre (s. 208) bu sonucun garipsenecek bir tarafı yoktur, zira Alman hukuk düzeninde, rızanın geçmişe etkisinin daha önce üçüncü kişiler lehine tesis edilen hakları etkilemeyeceği şeklinde genel bir hukuk ilkesi bulunmamaktadır.

¹²²⁴ Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; Soergel/Schreiber, § 399, N. 9; Larenz, § 34, s. 581. Nitelik teorisini benimseyen yazarlar arasında Staudinger¹²/Kaduk, alacaklı ve borçlu arasındaki devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmenin alacağın devri anından itibaren hükümlerini doğuracak şekilde geçmişe etkili olarak yapılabileceğini belirtir. Staudinger¹²/Kaduk, şüphe hâlinde, borçlunun alacağın devri anından itibaren hüküm doğurmak üzere geçmişe etkili olarak rıza beyanında

göre, alacağı devreden, pekâlâ, alacak üzerinde hak sahibi sıfatına sahiptir. Rıza beyanında bulunan ise alacak hakkı sahibi değildir, alacağın borçlusudur. Alacağın devrinin hükümsüz olmasının sebebi, alacak hakkının niteliği devre engel bir hak olarak yaratılmış olmasıdır¹²²⁵. Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi, pek çok defa, aynı cümlelerle BGB §§ 185 II, 184 I hükümlerinin dışlanması gerektiğine, borçlunun rızasının ileriye etki doğuracağına hükmetmiştir¹²²⁶. Bununla birlikte, Alman Federal Mahkemesi'nin, sözleşme ile alacağın devrinin tamamen yasaklanmayıp yalnızca borçlunun rızasına bağlanmış olduğu bir olayda, BGB § 184 I hükmünü uygulayarak geçmişe etki sonucuna vardığı, ara dönemdeki çatışan iradi tasarrufu da BGB § 184 II hükmüne göre koruduğu bir kararı da mevcuttur¹²²⁷.

c. Devir Yasağının Kaldırılması Yoluyla Devrin Geçerli Hâle Getirilmesi Yöntemi

Katılma teorisine göre, bir devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeni ile alacağın devri işleminin geçerliliğinin askıda olduğu dönemde, devreden ile borçlu arasında devir yasağını kaldırılması konusunda sözleşme yapılabilir; böylelikle alacak hakkına devir yeteneği tekrar kazandırılabilir. Bu hâlde, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmenin kurulması itibarıyla alacak hakkı devredilebilir hâle gelir ve anlaşmaya aykırı devir işlemi bu andan itibaren ileriye etkili olarak hüküm ifade eder¹²²⁸. Katılma teorisine göre, burada gelecekteki alacakların devrine benzer bir durum söz konusudur. Devir yasağının kaldırılması konusunda sözleşme yapılması sonucu, alacaklı, alacak hakkını değilse de alacağı devre ilişkin tasarruf yetkisini geri kazanmaktadır. Alman hukukunda ileriye etki sonucuna, Alman Medeni Kanunu'nun § 185 II

bulunduğunu kabul etmek gerektiği fikrindedir. Ancak Staudinger¹²/Kaduk'e göre de geçmişe etki üçüncü kişilerin haklarını etkilememelidir. Üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımları (BGB § 184 II kıyasen uygulanarak) korunmalı, bu anlamda alacak hakkı, borçlu rızasını açıklamadan önce alacaklının malvarlığında haczedilmişse, haciz hakkı borçlunun sonradan onay vermesi ile kaldırılmalıdır. Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 118, 109, 121.

¹²²⁵ Soergel/Schreiber, § 399, N. 9.

¹²²⁶ RGZ 75, 142; BGH, NJW 1978, 813; BGH, NJW 1990, 109.

¹²²⁷ BGH, NJW 1964, 243. Bu kararın aksine, alacağın devrinin sözleşme ile borçlunun rızasına bağlanmış olması hâlinde, açıkça, borçlunun rızasının ileriye etki doğuracağı yönünde: BGH, NJW 1990, 109.

¹²²⁸ Thiele, s. 234, s. 240; Dörner, s. 144; Berger, s. 300.

hükmü¹²²⁹ kıyasen uygulanarak varılmaktadır¹²³⁰. Bu yöntem aslında vardığı sonuçlar itibarıyla nitelik teorisi ile birebir örtüşmektedir. Aynı nitelik teorisi gibi, devir yasağının sözleşme ile kaldırılması ile alacağın devrinin ileriye etkili olarak geçerlilik kazanacağı sonucuna ulaşmaktadır. Devrin ileriye etkili olarak geçerli hâle gelmesi sonucu ara dönemde kazanılan haklar geçerliliğini korumaktadır¹²³¹. İki teori arasında, sadece, devir yasağının bir tasarruf yetkisi sınırlaması olup olmadığı konusundaki görüş ayrımı ile bağlantılı bir farklılık vardır: Nitelik teorisi, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşme ile alacağın yeniden niteliği itibarıyla devredilebilir bir hakka dönüştüğünü kabul ederken; katılma teorisi alacaklının alacağı tek başına devredebilmesine olanak veren tasarruf yetkisini söz konusu sözleşme ile geri kazandığı görüşündedir.

E. Teorilerin Türk Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi ve Varılan Sonuçların Gerekçelendirilmesi

1. Nispi Etkisizlik Teorisinin Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi

a. Alacağın Devrinin Nispi Etkisiz Sayılması Hâlinde Doğacak Sonuçların Belirsiz Oluşu

Nispi etkisizlik teorisi kapsamında, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin sadece borçluyu korumaya yönelik bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun tespit edilmesi isabetlidir. Bu tespitin isabetli olduğu aşağıda başka gerekçelerle de desteklenmektedir¹²³². Buna karşılık, borçluyu korumaya yönelik bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun saptanması Türk hukuku bakımından nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması için tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Türk hukukunda nispi etkisizlik yaptırımının şartları ve sonuçları kanun tarafından genel bir tarzda düzenlenmemiştir. Buna rağmen, öğretide, uygulama alanı tasarruf işlemleri ile sınırlı tutulan bir nispi

¹²²⁹ BGB § 185 II hükmüne göre, tasarruf işlemi, hak sahibi onay verirse veya tasarrufta bulunan tasarruf konusunu iktisap ederse ya da hak sahibinden miras yoluyla kazanırsa geçerlilik kazanır.

¹²³⁰ Thiele, s. 234; Berger, s. 300.

¹²³¹ Bkz. s. 277 ve devamındaki aynı yöndeki görüşler.

¹²³² Bkz. s. 306 vd.

etkisizlik yaptırımının mevcut olduğu genellikle kabul edilmektedir¹²³³. Alacağın devri işlemi bir tasarruf işlemi niteliği taşıdığı için bu şart sağlanmaktadır. Ancak bunun dışında kalan, tasarruf işlemindeki hangi eksikliğin nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasına yol açacağı ve nispi etkisizliğin hangi hukuki sonuçları doğuracağı hususları Türk hukuku bakımından oldukça tartışmaya açıktır. Öyle ki, anlaşılmaya aykırı bir devir işlemine hangi hukuki şartlar gerçekleştiği için nispi etkisizlik yaptırımı uygulanması gerektiği ve nispi etkisizlik yaptırımı uygulandığında hangi hukuki sonuçların meydana geleceği sorularına, sadece Türk hukuku kaynakları esas alınarak, tutarlı ve kesin bir yanıt verilmesi mümkün gözükmemektedir:

Türk hukukundaki bir tanıma göre, nispi etkisizlik, bir tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin kanunun korumayı amaçladığı belirli üçüncü kişilere karşı etkili olmaması hâlidir¹²³⁴. Böyle geniş bir tanıma bağlı kalınması nispi etkisizliğe verilen örneklerin çeşitlenmesine yol açmaktadır¹²³⁵. Kanunun özel bir hükmü uyarınca üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu durumlar da bu tanım çerçevesinde nispi etkisizliğe örnek verilebilmektedir: Söz gelimi, alacağın devri borçluya bildirilmemişse, devralana iyiniyetli olarak ifada bulunan borçlunun borçtan kurtulacağı düzenlenen BK 186 hükmü¹²³⁶; tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği öngörülen MK 1010 hükmü¹²³⁷ nispi etkisizliğe örnek gösterilebilmektedir. Öğretideki başka bir tanıma göre, nispi etkisizlik, bir tasarruf işleminin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi hakkının işlemin tarafı olmayan belirli üçüncü kişilere onları koruyucu olarak tanındığı istisnai bir yaptırım türüdür¹²³⁸ ve kesin hükümsüzlükten farklı olarak, kanun tarafından özel

¹²³³ Nispi etkisizlik yaptırımının yalnızca tasarruf işlemleri bakımından uygulama bulacağı yönünde: Oğuzman/Barlas, N. 774; Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 37; Akbulut, s. 58. Özellikle tasarruf işlemleri bakımından uygulama bulacağı yönünde: Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26f; Dural/Sarı, N. 1180.

¹²³⁴ Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26f; Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 37. Başka bir görüşe göre (Oğuzman/Barlas, N. 774; Dural/Sarı, N. 1180), nispi etkisizlik tasarruf işlemi ile meydana gelen değişikliğin bazı sebeplerle belirli kişilere karşı etkili olmamasıdır.

¹²³⁵ Bu görüşe göre, MK 638, MK 764, MK 766, MK 939, MK 979/II, MK 1010, BK 171/III, İİK 86/III, İİK 91, İİK 191/I hükümleri nispi etkisizliğe örnek oluşturmaktadır. Bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26f.

¹²³⁶ Aksi takdirde alacağın devri borçluya karşı ileri sürülememektedir ve bu bir nispi etkisizlik hali oluşturmaktadır: Oğuzman/Barlas, N. 775.

¹²³⁷ Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26f.

¹²³⁸ Akbulut, s. 59. Bu yaptırım türünde, geçersizliği ileri sürebilecek üçüncü kişiler tasarruf işlemine taraf değildir. Bu nedenle, kesin hükümsüzlüğün sonuçlarının “amaca uygun sınırlama” yöntemi ile daraltılmasından farklı olduğu yönünde: Akbulut, s. 59.

olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹²³⁹. Kanun tarafından özel olarak düzenlenmiş olması şartı aranması, nispi etkisizliğe örnek verilen örneklerin sayısını azaltmaktadır; bu doğrultuda yalnızca İİK 86/III ve İİK 191/I hükümlerini nispi etkisizliğe örnek verilebilmektedir¹²⁴⁰. Bu tanım farklılığı göz önüne alındığında ortaya çıkmaktadır ki, Türk hukukunda, devir yasağının borçluyu koruma amacına yönelik olduğu gerekçesine dayanan alacağın devrinin nispi etkisiz olacağı görüşünün isabetli olup olmadığı, yalnızca, nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması için kanunda özel olarak düzenlenmiş olması şartı aranmadığı takdirde tartışmaya açılabilir. Diğer türlü, devir yasağı anlaşmasına aykırı devrin nispi etkisiz olacağı görüşünün tartışılmasına yer yoktur; zira BK 183/I hükmünde devrin sadece borçluya karşı geçersiz olacağı anlamına gelen herhangi bir ifade kullanılmış değildir.

Türk hukukunda nispi etkisizlik yaptırımına ilişkin bir genel özellik olarak, tasarruf işleminin geçersiz olduğunun koruma lehtarı üçüncü kişi tarafından ileri sürülmedikçe hâkim tarafından resen nazara alınamayacağı belirtilmektedir. Bu özellik, nispi etkisizliğin sonuçlarının, bir tasarruf işleminin taraflar arasında geçerli olup yalnızca belirli kişi ya da kişilere karşı geçersiz olması şeklinde tanımlanmasına dayalı bir çıkarımdır¹²⁴¹. Buna karşılık, koruma lehtarı üçüncü kişinin geçersizliği ileri sürüp sürmemesinin işlemin geçerlilik durumu -taraflar arasındaki geçerliliği ve işlemin üçüncü kişi karşısındaki etkisizliği- üzerinde nasıl bir etki meydana getireceği tartışmaya açıktır. Daha somut olarak, üçüncü kişinin geçersizliği ileri sürme hakkının hukuki niteliğinin ne olduğu, bir defa mi yoksa bir yenilik doğuran hak (iptal hakkı veya rıza) mı olduğu, belirsizdir. Bu konuda bir görüş, nispi etkisizliğin, kesin etkisizlik olabileceği gibi, düzelebilir bir etkisizlik de olabileceğini belirtmektedir¹²⁴². Başka bir

¹²³⁹ Akbulut, s. 59. Nispi etkisizliğin istisnai bir yaptırım türü olduğu ve kanunda özel olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 2612, dn. 51.

¹²⁴⁰ Akbulut, s. 59. Kocayusufpaşaoğlu (§ 43, N. 37) kanunda özel olarak düzenlenmesi şartı bulunduğunu açıkça belirtmemekte, bununla birlikte, yalnızca anılan hükümleri nispi etkisizliğe örnek vermektedir. Ayrıca, 743 sayılı mülga Medeni Kanun döneminde “*Başkasını izrar veya teminat ahkâmını ihlal kasdiyle bir menkulü temlik eden kimse onu hususi bir sebeple yedinde alırsa mülkiyetin intikali üçüncü şahıs hakkında muteber olmaz...*” şeklindeki eMK 690 hükmü de nispi etkisizliğin tipik örneği olarak görülmekteydi. Bkz. Oğuzman/Barlas, N. 777; Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 37.

¹²⁴¹ Akbulut, s. 58.

¹²⁴² Oğuzman/Barlas, N. 774.

görüş (İİK 86/III ve İİK 191/I hükümlerini dikkate alarak) koruma lehtarını üçüncü kişinin onayı veya tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması sonucu işlemdeki nispi etkisizlik hâlinin ortadan kalkabileceğini, bu nedenle bir “askıda nispi hükümsüzlük” söz konusu olduğunu ifade etmektedir¹²⁴³. Son olarak, yukarıda da anılan bir görüş, nispi etkisizlik ile iptal edilebilirlik arasında benzerlik kurmaktadır¹²⁴⁴.

Nispi etkisizliğin anlamı konusundaki bu belirsizlik sadece Türk hukukuna özgü değildir. İsviçre öğretisinde de nispi etkisizlik yaptırımının pratikte nasıl uygulanacağı konusunun müşterek hukuk ve Alman hukuku öğretilerinde olağanüstü ölçüde karmaşık bulunduğu ve devamlı tartışma doğurduğu ifade edilmektedir. Nispi etkisizlik hâlinde, bir hakkın aynı anda iki sahibi olduğunun kabul edilmesi yapay bir açıklama tarzı olarak görülerek eleştirilmektedir. Böyle karmaşık bir hukuki yapıya başvurulmasının zorunlu olmadığı belirtilmekte ve hukukun sadeliğine olan menfaat gereği bu yapının reddedilmesi önerilmektedir. Bu doğrultuda, bir tasarruf yetkisi sınırlandırılmasına rağmen yapılan tasarruf işleminin ya herkes için geçerli ya da herkes için geçersiz olması gerektiği vurgulanmaktadır¹²⁴⁵. Nitekim, Alman hukukunda da devir yasağına aykırı bir alacağın devri işlemine nispi etkisizlik yaptırımının nasıl uygulanacağı konusunun fevkalade belirsiz oluşu, İsviçre öğretisindeki nispi etkisizlik yaptırımı aleyhine olan bu genel nitelikteki eleştiriyi desteklemektedir:

Alman hukukunda alacağın devrinin nispi etkisizliği hâlinde doğacak hukuki sonuçlar belirlenirken, daha en temelde bir görüş ayrılığı bulunduğu tespit edilmektedir: Bir görüşe göre borçlunun nispi etkisizliğe dayanan savunması bir iptal hakkına benzemektedir ve bu savunmanın ileri sürülmesi sonucu alacağın devri herkes için geçersiz hâle dönüşmektedir. Bu görüş, borçlunun devrin anlaşmaya aykırı olduğu savunmasında bozucu yenilik doğuran bir etki görmektedir (bozucu yenilik doğuran hak görüşü). Borçlunun söz konusu savunmayı ileri sürüp sürmemesine bağlı olarak, alacak hakkının ya devredende kalacağını ya da devralanın malvarlığına geçeceğini ifade etmektedir¹²⁴⁶. Başka bir görüşe göre ise alacak hakkı, devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesi sonucu devralanın malvarlığına geçmektedir. Borçlunun menfaatleri,

¹²⁴³ Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 38.

¹²⁴⁴ Bkz. s. 260 vd.

¹²⁴⁵ von Tuhr/Peter, s. 221.

¹²⁴⁶ Bkz. s. 271 vd.

devredenin devir yasağına aykırılığa dayanan borçlunun gözünde alacaklı sıfatını kazanmamış olacağı faraziyesi üzerinden bir defi hakkı aracılığıyla korunmaktadır (defi görüşü)¹²⁴⁷. Alacak hakkının geçiş anının saptanmasında, böyle birbirinden farklı esaslara dayanılması, nispi etkisizlik yaptırımının hukuki belirsizliğe yol açtığı yönündeki en önemli delildir¹²⁴⁸. Nihayetinde, alacak hakkının devredende mi kaldığı, yoksa devralana mı geçtiği sorusunun cevabı bilinmemektedir¹²⁴⁹. Nitekim, alacağın devri hakkındaki bazı uluslararası düzenlemelerin hazırlık aşamalarında, anlaşmaya aykırı devrin nispi etkisizlik yaptırımına tabi olduğuna işaret etmek üzere, “*alacağın devri borçluya karşı ileri sürülemez*” veya “*alacağın devrinin geçersizliğine yalnızca borçlu dayanabilir*” şeklinde formüle edilen madde taslakları, doğuracağı hukuki sonuçların belirsizliği ve bilinmezliği gerekçe gösterilerek geri çevrilmiştir¹²⁵⁰. Ayrıca, Alman hukukunda devir yasağı anlaşması, borçluyu koruyucu nitelikte bir tasarruf sınırlamasına yol açması yönünden, nispi etkisizlik yaptırımının açıkça öngörüldüğü BGB § 135 hükmündeki tüm koşulları gerçekleştirdiği hâlde, devir yasağı anlaşmasına aykırılığa nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması Alman Federal Mahkemesi kararlarında istikrarlı biçimde reddedilmiştir. Alman hukukunda, nispi etkisizlik yaptırımının (defi görüşünün tarif ettiği sonuçları doğuracak şekilde) kabul edilebilmesi, ancak HGB § 354a hükmü ile (uygulama alanı ticari işlerle sınırlı) açık yasal bir dayanağa kavuşturulduktan sonra mümkün olabilmıştır. Üstelik HGB § 354a hükmünü hazırlayan Alman kanun koyucusu, “*alacağın devri borçluya karşı ileri sürülemez*” şeklinde nispi etkisizlik anlamına gelecek bir ifade ile de yetinmemiştir. Alacak hakkının devralanın malvarlığına geçeceği, buna rağmen borçlunun devredene ifada bulunabileceği şeklindeki bireysel hukuki sonuçları açıkça düzenlemeyi gerekli görmüştür¹²⁵¹.

¹²⁴⁷ Bkz. s. 264 vd.

¹²⁴⁸ Üstelik, ikinci sırada anılan görüşteki yazarlar, Canaris, Scholz ve Beer, onlardan daha erken tarihte Wünschmann tarafından ortaya konulmuş, nispi etkisizliği iptal edilebilirliğe benzeten bir görüş mevcut olduğundan habersizmiş gibi gözükmemektedir. Anılan yazarların eserlerinde Wünschmann’ın nispi etkisizliğe dair yorum tarzına ilişkin tespit ve değerlendirmeleri eksiktir.

¹²⁴⁹ Häusler, s. 194.

¹²⁵⁰ Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6’nın hazırlığı sırasında bu yönde: Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 18. UNCITRAL Konvansiyonu hakkında bkz. Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 120; Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 229. Ayrıca bkz. s. 488 vd ve s. 506 vd. Nispi etkisizliğin tercih edilmesi hâlinde, buna bağlı hangi sonuçların meydana geleceğinin özel olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde: Häusler, s. 190.

¹²⁵¹ HGB § 354a düzenlemesi hakkında bkz. s. 520 vd.

b. Defi Görüşünün Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi

(1) Alacak Hakkının Talep Yetkisinden Ayrılması Sonucu Doğurması

Defi görüşüne ait alacak hakkının devir sözleşmesi ile devralana geçtiği biçimindeki yorum tarzı Alman hukukunda HGB § 354a hükmünün şekillenmesinde belirleyici olmuştur¹²⁵². Bu yorum tarzı çerçevesinde, bir taraftan alacak hakkının devir yasağı anlaşmasına aykırılığa rağmen devralana geçecek, diğer taraftan borçlunun menfaatlerinin temin edilecek olması, yaratıcı ve cazip bir çözüm şekli olarak algılanmış gözükmemektedir. Ancak Türk hukukunda, HGB § 354a gibi bir kanun değişikliği yapılmadıkça, bu yorum tarzı aşağıdaki nedenlerden ötürü kabul edilebilir değildir:

Öncelikle, bu yorum tarzı, devralanın, alacak hakkını devir sonucu kazanmış olduğu hâlde borçluyu ifaya zorlayamayacağını, borçlunun dilediği takdirde devredene ifa ile borçtan kurtulabileceğini kabul etmesi yönünden, devralanın talep hakkından yoksun bir alacak hakkı kazandığı şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu yüzdendir ki, bu yorum tarzı çerçevesinde, devreden talep hakkını muhafaza etmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Devreden hangi gerekçe ile talep hakkını muhafaza edebileceği ise izah edilememektedir. Alacak hakkı, devralanın malvarlığına geçtiği hâlde, devreden talep hakkına sahip olmaya devam etmesinin yalnızca dürüstlük kuralına dayandırılarak açıklanması¹²⁵³ oldukça zayıf bir gerekçe oluşturmaktadır. Defi görüşünün kurduğu yapıda dürüstlük kuralından yardım alınmasa şöyle temel bir sorun ortaya çıkacaktır: Borçlu, devredene karşı alacaklı olmadığını ileri sürerek, devralana karşı ise devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle devrin geçersiz olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınabilecek; dolayısıyla ne devreden ne de devralan borçluyu ifaya zorlayabilecektir¹²⁵⁴. Diğer yandan, dürüstlük kuralı yardımıyla bu aksaklığın düzeltilebilmesi için, öncelikle dürüstlük kuralına aykırılık olgusunun belirlenmesi gerekmektedir ki,

¹²⁵² Bkz. s. 520 vd.

¹²⁵³ Scholz, s. 1839. Ayrıca yukarıda bkz. s. 265.

¹²⁵⁴ Bu yapıda borçlunun kimseye ifada bulunmasına gerek kalmayacağı yönünde: Wünschmann, s. 213, s. 217. Yazar borçlunun savunmasının defi niteliği taşıdığı görüşünü bu şekilde eleştirmektedir.

bu başlı başına ihtilaf yaratmaya elverişlidir. Her hâlde, borçlu, devreden ve devralanın alacaklıları karşısında, şöyle bir avantajlı konum elde etmektedir: Bir taraftan, borçlu devralanın alacaklısına karşı alacağın devrinin geçersiz olduğu savunmasını ileri sürebilmektedir; diğer taraftan, devreden alacaklısı borçluya karşı alacağı takibe geçememektedir, çünkü alacağın devri üçüncü kişilere karşı geçerlidir¹²⁵⁵. Nispi etkisizlik yaptırımını tarif edilen bu sonuçlarıyla borçlunun hukuki durumunu öyle iyileştirmektedir ki, borçlunun -alacaklı tarafın değişmesinde hiçbir menfaati olmadığı hâlde- belki ihlal edilir umuduyla devir yasağı kararlaştırılmasını istemesi dahi muhtemeldir. Alman öğretisinde, özellikle Canaris tarafından, bu aksaklıkların giderilmesi için geliştirmiş olan (devralanın kendi malvarlığında bulunan ama borçluyu ifaya zorlama yetkisi vermeyen alacağı hem kendi adına haczettirebilmesi hem de aynı alacağın devralanın alacaklıları tarafından çifte haciz yoluyla da haczedilebilmesi gibi) kurguların pratikte karşılık bulması imkânsız ölçüde yapay ve anlaşılmasız nitelikte oluşu teorisinin zafiyetine ilişkin en önemli delildir.

İkincisi, devralanın alacak hakkını kazanacağı, devreden ise alacağı talep yetkisini (dürüstlük kuralı gereği) muhafaza edeceği bir hukuki yapıda, alacak hakkı ve talep hakkı birbirinden ayrılmış olmaktadır. Borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürmesi, alacak hakkını talep hakkından yoksun hâle dönüştürerek alacak hakkının içeriğinin değişmesine yol açmaktadır¹²⁵⁶. Alacak hakkının içeriğinin devir sonucu değişecek olması ise zaten başlı başına bir devir engelidir ve devir işleminin kesin hükümsüz olmasını gerektirir¹²⁵⁷. Bu açıdan, anlaşılmaya aykırın devrin nispi etkisizliğini bozulabilir bir geçerlilik hâli olarak yorumlayan, bu sayede alacak hakkını talep hakkından ayırmayıp bu sayede alacak hakkının devir yüzünden içeriğinin değişmesine engel olan Wünschmann'a ait yorum tarzı en azından kendi içinde daha tutarlı gözükmemektedir.

¹²⁵⁵ Borçlunun devreden alacaklıları ve devralanın alacaklıları karşısında elde ettiği bu durumun eleştirisi için bkz. Hadding/van Look, s. 14.

¹²⁵⁶ Aynı tespit için bkz. Staudinger/Kohler, § 137, N. 17.

¹²⁵⁷ Bkz. s. 28 ve s. 86 vd.

Ayrıca, vurgulanmalıdır ki, talep hakkının bir üçüncü kişiye devri yoluyla alacak hakkının talep hakkından yoksun hâle getirilebilmesi mümkün değildir¹²⁵⁸. Öğretilde, alacaklının talep yetkisinden feragati, sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılması (BGB § 137) örneği olarak değerlendirmekte ve yalnızca alacaklı ve alacağı taleple yetkilendirilen üçüncü kişi arasında borçlandırıcı etki yaratacağı sonucuna varmaktadır. Diğer yandan, talep hakkının alacak hakkından ayrılarak başkasına devri mümkün olsa alacaklının alacaklı sıfatını korumayı sürdürmesinin hiçbir anlamı kalmayacak, alacak hakkının içeriği tamamen boşaltılmış olacaktır. Böyle bir sonuç ise alacağın devri hakkındaki hükümlerin dolanılması sonucunu yaratacak niteliktedir¹²⁵⁹. Aynı sakınca, devir yasağı anlaşmasına aykırı devrin nispi etkisizliği nedeniyle devralanın alacaklı sıfatını kazandığı, fakat borçluyu ifaya zorlayamadığı yorum tarzı çerçevesinde de aynı şekilde ortaya çıkmaktadır. Üstelik, alacak hakkı ve talep yetkisinin bütünlüğünü işlem güvenliği açısından üstün tutan yaklaşım, alacağın devri kurumunun İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki gelişimi sırasında açıkça dışa vurulmuştur¹²⁶⁰. Kanun koyucunun tarihte bilinçli olarak reddettiği bir hukuki sonucun, bir devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle meydana getirilmesi de her hâlde mümkün olmamalıdır¹²⁶¹.

¹²⁵⁸ Türk hukuku öğretisinde tartışma konusu olan, Alman hukuku uygulamasındaki “*Einziehungsermächtigung*” kavramına karşılık gelecek şekilde, bir üçüncü kişiye alacağı kendi adına ifayı talep yetkisi tanınmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu konuda bkz. Akyol, **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, s. 143-145; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 250; Serozan, § 3, N. 4; Oğuzman/Öz, C. I, N. 856; Kocaman, s. 201 vd. Kavramın tanımı hakkında bkz. s. 368’da dn. 1457. Alacak hakkının talep yetkisinden yoksun hâle getirilmesinin mümkün olmadığı konusunda ise herhangi bir tartışma mevcut değildir.

¹²⁵⁹ Akyol, **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, s. 143-145.

¹²⁶⁰ 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun Art. 184 hükmünde, devir işleminin taraflar arasında geçerli olması için herhangi bir şekil şartı gerekli görülmemiştir. Yazılı şekil yalnızca devir işleminin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi gerekli görülmüştür. Bu düzenleme ile devir işleminin taraflar arasındaki hukuki etkisi ile üçüncü kişilere karşı etkisi arasında bir farklılık yaratılmıştır. Alacak hakkının sanki iki sahibi varmış gibi değerlendirme yapmayı gerektiren aOR 184 hükmündeki bu düzenleme, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun tasarı çalışmaları sırasında, işlem hayatında karışıklıklara sebep olduğu, üstelik taraflara hiçbir fayda sağlamadığı gerekçe gösterilerek kaldırılmıştır. BK 184/I’e karşılık gelen yürürlükteki OR 165/I hükmünde, bu yüzden, alacağın devrinin geçerliliğinin yazılı şekle tabi tutulmasında karar kılınmıştır. Bkz. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen (vom 3. März 1905), BBl 1905 II 1. Ayrıca bu konuda bkz. Huwiler, s. 273-276; Arsebük, s. 1053.

¹²⁶¹ 2020 İsviçre Borçlar Kanunu taslağı çalışmaları kapsamında, devir yasağı anlaşmasına aykırılığa nispi etkisizlik yaptırımını uygulandığı takdirde, devrin hükümsüzlüğüne yalnızca borçlunun daya-

(2) Alacağın Devralana Gececeği Varsayımı ile Gerçekte Devredenin Sorumluluğunun Kanuna Aykırı Olarak Genişletilmesi

Kanunun lafzı (BK 183/I, OR 164/I, BGB § 399 d. 2) ve tarihsel gelişimi sözleşme ile alacağın devrinin engellenebileceğini, sözleşmeye aykırı devrin herkese karşı hükümsüz olacağını ve alacak geçişinin meydana gelmeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır¹²⁶². Buna rağmen, nispi etkisizlik yaptırımını çerçevesinde, sözleşmeye aykırı devir hâlinde alacak hakkının devralanın malvarlığına geçeceği, fakat yalnızca borçluya ileri sürülemeyeceği görüşünün öne sürülmesi kanuna aykırı bir yorum tarzı oluşturmaktadır¹²⁶³. Diğer taraftan, defi görüşü çerçevesinde, alacak hakkının devir yasağı anlaşması ihlal eden bir devir sonucu devralanın malvarlığına geçeceğinin saptanması sadece bir faraziyeden ibarettir. Gerçekte ise herhangi bir alacak geçişi meydana gelmemektedir. Alacak devralanın malvarlığına geçmiş olsaydı, devralan borçluya karşı ifa talebinde bulunabilirdi. Zira, alacağın devrinin asli hükmü, alacak hakkının devralanın malvarlığına geçmesi ve borçluya karşı ileri sürülebilmesidir. Bu husus, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 14.6.1932 tarihli kararında¹²⁶⁴ şöyle ifade edilmektedir: *“Alacak hakkı yalnızca alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi meydana getirir. Bu yüzden borçluya karşı hükümsüz bir alacak devri bir malvarlığı geçişi olarak değerlendirilemez.”* Defi görüşünün kurguladığı alacağın devralana geçtiği faraziyesi aracılığıyla, aslında, borçlunun edimi ifası veya başka bir şekilde, örneğin takas ileri sürerek, borcundan kurtulması üzerine, devralanın, doğrudan devreden malvarlığında meydana gelen artış miktarını isteyebilmesine dayanak oluşturan özel bir hukuki sebep yaratılmaktadır. Bu ise alacağın geçişini değil, devreden ile devralan arasındaki ilişkiyi ilgilendiren başka bir konudur. Bu yorum tarzı ile gerçekte devreden devralana karşı sorumluluğunun kapsamı genişletilmektedir. Devralanın iade talebine olanak veren böyle bir sebep bulunduğu kabul edilebilmesi için, Alman hukukundaki HGB § 354a gibi, özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme ise bu

nabilecek ve devir işleminin geçerliliğinin hükümsüzlüğü ileri süren tarafa göre değişebilecek olması nedeniyle hukuki durumu daha karmaşık hâle geleceği ifade edilmiştir: Girsberger/Hermann, s. 337; OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 13.

¹²⁶² BGB § 399 d. 2 bakımından bu yönde: Hadding/van Look, s. 14.

¹²⁶³ Wünschman'ın aynı doğrultudaki eleştirisi için yukarıda bkz. s. 272.

¹²⁶⁴ RGZ 136, 395.

çalışmada benimsenen görüşe göre önerilebilir değildir¹²⁶⁵. Çünkü, defî görüşü, hem borçlunun devir yasağına olan menfaatlerini korumayı hem de devreden ve devralan yönünden alacağın malvarlığı değerini yükseltmeyi hedeflemektedir ki, birbirine zıt yöndeki bu iki hedefin birlikte, biri diğerine zarar vermeden gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Defî görüşünün yapılandırılmasındaki en büyük aksaklık bundan kaynaklanmaktadır. Borçlunun menfaatlerinin mutlak etki çerçevesinde korunması, her koşulda, alacak hakkının malvarlığı değerini düşürecektir. Bundan kaçınabilmek mümkün değildir. Bu yüzden ki, nispi etkisizlik yaptırımının yasal bir dayanağa kavuşturulduğu karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde, devralanın üçüncü kişiler karşısında alacaklı sıfatını kazandığı hâlde alacağı tahsil yetkisine sahip olmayışı tatmin edici bulunmamaktadır. Bir kimsenin, aslında borçlu karşısında kazanmış olmayacağı böyle bir alacağı devralmayı istemesi zor gözükmektedir. Böyle bir yapı ile alacağın devredilebilirliği ve teminat konusu olarak uygunluğu temin edilmiş olmaktadır¹²⁶⁶.

c. Bozucu Yenilik Doğuran Hak Görüşünün Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi

Gerek bozucu yenilik doğuran hak görüşü gerekse defî görüşü çerçevesinde, nispi etkisizlik teorisi, hâkimin sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir yasağına aykırılık bulunduğu olgusunu resen nazara almasına engel olmayı amaçlamaktadır. Her iki yorum tarzı, hükümsüzlüğün sonuçlarının belirlenmesinde borçlunun korunması amacıyla odaklanarak, devreden alacaklılarının devir işleminden sonra haciz ve iflas yoluyla devir yasağı ile kayıtlı alacak hakkına erişebilmesinin önünü kesmeyi, bu sayede alacak hakkının devreden ve devralan nezdinde taşıdığı malvarlığı değerini yükseltmeyi hedeflemektedir. Aynı eğilim, katılma teorisi çerçevesinde, borçlunun rızasının (üçüncü kişilerin ara dönem kazandıkları hakları ortadan kaldıracak şekilde) geçmişe

¹²⁶⁵ Bkz. s. 558 vd.

¹²⁶⁶ Bydlinski, s. 122; Raber, s. 444; Harry C. Sigman / Eva-Maria Kieninger, “The Law of Assignment of Receivables: in Flux, Still Uncertain, Still Non-Uniform”, **Cross-Border Security over Receivables**, (ed.) H. C. Sigman, E. M. Kieninger, Munich 2009, s. 1-81, s. 26; Christopher Selke, **Ein optionales europäisches Zessionsrecht?**, Baden-Baden 2014, s. 267-268. Nispi etkisizliğin benimsendiği düzenlemelerin yürürlüğü söz konusu olan hâllerde, örnek olarak devir yasağı ile kayıtlı bir alacağın devredildiği faktoring işlemlerinde, faktörün avans olarak bir herhangi bir ödeme yapmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Häusler, s. 193.

etkili sayıldığı görüş bakımından da mevcuttur. Devredenin alacaklılarının, devir yasağına olan menfaatlerinin korunmaya değer olup olmadığı, aşağıda katılma teorisinin değerlendirilmesi kapsamında özel olarak irdelenmektedir¹²⁶⁷. Anılan başlık altında, borçlunun rızanın geçmişe etki doğuracağı görüşünü reddederken sunduğumuz gerekçeler, aynı zamanda, nispi etkisizlik teorisine ait bozucu yenilik doğuran hak görüşü aleyhine de eleştiri niteliği taşımaktadır.

Nispi etkisizlik teorisine ait bozucu yenilik doğuran hak görüşü ile katılma teorisine ait borçlunun rızasının geçmişe etki doğuracağı görüşünün ulaştığı hukuki sonuçlar arasındaki tek farklılık, hâkimin geçersizliği resen dikkate alıp alamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, devir engelinin sadece borçluyu korumaya yönelik bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun tespit edilmesi, borçlu tarafından ileri sürülmedikçe hâkimin devir yasağı kararlaştırdığı olgusunu resen nazara alamayacağı fikrinin haklılığını ispat için yeterli gözükmemektedir. Çünkü, belirtilen her iki görüş çerçevesinde, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürüp sürmemesi alacağın devralana geçip geçemeyeceğini belirlemektedir; borçlu bu konudaki irade beyanı ile sadece kendi menfaati üzerinde değil, aynı zamanda devreden, devralanın ve onların alacaklısı konumundaki başka kişilerin menfaatini etkileyen bir değişikliğe yol açmaktadır. Her iki görüş bakımından, devir yasağı kararlaştırıldığı savunması, devreden ve devralanın alacaklılarının da dâhil olduğu çok taraflı bir menfaat dengesini ilgilendiren bir savunma niteliği taşımaktadır. Bu açıdan, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürüp sürmemesinin alacağın devralana geçmesi veya devredende kalması şeklinde yenilik doğuran bir etki yaratabileceği fikri, yalnızca devrin geçersizliğinin hâkim tarafından resen nazara alınabildiği bir geçersizlik yaptırımına bağlı kalındığı takdirde desteklenmelidir. Bu yaptırım türü ise askıda hükümsüzlük (noksanlık) olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁶⁸. Askıda hükümsüzlük yaptırımını, yukarıda görülmüştür ki, sadece katılma teorisinin açıklama tarzı çerçevesinde temellendirilebilmektedir.

Belirtilen gerekçelerden ötürü, nispi etkisizlik teorisine ait bozucu yenilik doğuran hak görüşü de bu çalışmada benimsenmemektedir.

¹²⁶⁷ Bkz. s. 324 vd.

¹²⁶⁸ Askıda hükümsüzlüğün hâkim tarafından resen nazara alınacağı konusunda bkz. s. 336.

2. Nitelik Teorisinin Reddedilmesi ve Red Sonucunun Gerekçelendirilmesi

a. Devir Yasağı Anlaşmasının Sadece Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Meydana Getirmesi

Nitelik teorisine göre, tasarruf sınırlaması mevcut olduğunun kabul edilebilmesi, tasarruf edilebilir bir hak bulunması önkoşuluna dayanmaktadır. Anlaşma ile alacağın devrinin engellenmesi hâlinde ise tasarrufa engel oluşturan, münferit bir tasarruf sınırlaması değil, alacak hakkının taraflarca belirlenen niteliği ve içeriğidir. Bir devir yasağı kararlaştırıldığında alacak hakkı niteliği devre engel oluşturan bir hakka dönüşür.

Nitelik teorisinin “*sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı bir tasarruf sınırlaması meydana getirmez, alacak hakkını niteliği itibarıyla tasarruf edilemez bir hakka dönüştürür*” şeklindeki anahtar ifade biçiminin, Alman hukukunda nispi etkisizlik yaptırımının önünü kesmek gibi önemli bir pratik sonucu bulunmaktadır. Çünkü Alman Medeni Kanunu’nun sistematüğinde şöyle bir mantıksal dizilim mevcuttur: BGB § 137 hükmü sözleşme ile tasarruf yetkisinin sınırlandırılmayacağını öngörmektedir. BGB § 135 hükmüne göre, kanunda bir tasarruf yasağı öngörülmüş ve bu tasarruf yasağı aracılığıyla belirli bir kişinin korunması amaçlanmış olduğu takdirde, tasarruf yasağına aykırı olarak yapılan işlem yalnızca koruma lehtarına karşı hükümsüz olmaktadır. Bu sistematik içinde, alacağın devrini engelleyen anlaşmanın borçluyu koruyucu bir tasarruf yasağı veya bir tasarruf sınırlaması olarak nitelendirilmesi, devamında BGB § 135 uyarınca nispi etkisizlik sonucuna varmaya tamamen müsaittir¹²⁶⁹. BGB § 135 hükmüne giden mantıksal yolu baştan kapatmak için, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceğini öngören BGB § 399 d. 2 hükmünün BGB § 137’nin bir istisnası olmadığı belirtilmektedir. BGB § 135 hükmüne giden mantıksal

¹²⁶⁹ Örneğin, Wünschmann, 1910 tarihli makalesinde nispi etkisizlik sonucuna bu gerekçelendirmeyi izleyerek varmaktadır. Bkz. s. 258 vd.

yolu kapatma eğilimi, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 14.6.1932 tarihli kararında¹²⁷⁰ çok barizdir. Nitelik teorisinin Alman hukukunda hâkim görüş olarak yerleşmesi bakımından emsal oluşturan bu kararda, Mahkeme, öncelikle, devir yasağı anlaşmasıyla alacak hakkının kendi doğasına yabancı BGB § 137 anlamında bir tasarruf yasağına tabi tutulmuş olmayacağını, alacak hakkının içeriği belirlenerek tasarruf edilebilirlik özelliğinin ortadan kaldırılmış olacağını tespit etmektedir. Hemen sonra, alacak hakkının nispi bir hak olduğunu ve eğer alacağın devri borçluya karşı ileri sürülemiyorsa, o hâlde, bir alacak geçişinden söz edilemeyeceğini belirterek nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını kesin bir dille reddetmektedir ve kesin hükümsüzlük sonucuna varmaktadır.

Alman Medeni Kanunu'nun § 137, § 399 d. 2 ve § 135 hükümleri arasındaki mantıksal bağlantı üzerinden nispi etkisizlik sonucuna erişilmesini önleme arzusu, Alman hukukunda, devir yasağı anlaşmasının bir tasarruf yetkisi sınırlaması meydana getirmediği, alacağın içeriğindeki devredilebilirlik niteliğini değiştirdiği şeklindeki nitelik teorisinin gelişmesine neden olmuştur. Bu teorinin ana gayesi kesin hükümsüzlük sonucuna varmak ve nispi etkisizliğin yarattığı hukuki belirsizliğin önüne geçmektir. Aslında nitelik teorisinin yararlandığı gerekçelendirme Sintenis ve Windscheid'in müşterek hukuktaki eserlerinde de mevcuttur. Sintenis ve Windscheid, devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratabileceğini sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde temellendirirken, alacağın niteliğinin devre engel oluşturabildiği aile hukukuna ait bazı alacak hakkı örnekleri vermekte ve alacağın niteliğine ilişkin benzer bir tasarının tarafların iradesinden de kaynaklanabileceğini belirtmektedir. Ancak, farklılık şudur ki, Sintenis ve Windscheid bu gerekçelendirmeye, döneminde savunulan salt borçlandırıcı etki teorisini çürütmek, Roma hukukundaki *pactum de non alienando* prensibi üzerinden eşya ve alacak hakkı arasında kurulan kıyasın önüne geçmek maksadıyla başvurmuştur¹²⁷¹. Bu yolla, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorununu, alacak ve eşya arasında kurulan paralellikten kurtarmaya, sorun hakkında borçlar hukuku içinde bir çözüme ulaşmaya çalışmıştır. Özetle, müşterek hukukta “sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı bir tasarruf sınırlaması meydana

¹²⁷⁰ RGZ 136, 395.

¹²⁷¹ Bkz. s. 177 vd.

getirmez” şeklindeki ifade biçimiyle alacağın devrinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir biçimde engellenebileceğini kabul ettirmek hedeflenmişken; aynı ifade biçimi modern Alman hukukunda BGB § 135 üzerinden nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasının önüne geçmek için kullanılmaktadır.

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda, belirli kişileri koruyucu tasarruf sınırlamalarına aykırılığa nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması gerektiği yönünde bir yasal düzenleme veya yerleşik bir görüş bulunmamaktadır. Bu açıdan, Türk hukukunda devir yasağı anlaşmasının bir tasarruf yetkisi sınırlamasına yola açtığı ifade edilirken tereddüt etmeye gerek yoktur. Doğası gereği devre elverişli bulunan alacak hakları göz önüne alındığında, alacak hakkına devir kabiliyeti verenin alacaklının bu husustaki tasarruf yetkisi olduğunu açıkça ve rahatlıkla ifade etmek lazımdır. Diğer türlü, sonradan yapılan bir sözleşme ile devir yasağı kaldırıldığında, alacak hakkına hangi özelliğin kazandırıldığını, alacaklının önceden sahip olmadığı hangi yetkiye sonradan kavuştuğunu izah etmek güçtür. Devre engel olanın tasarruf yetkisi eksikliği olduğu kabul edildiği zaman, meselenin, tasarruf yetkisinin sonradan kazanıldığı başka durumlar örnek alınarak sadelikle çözümü şu şekilde mümkün olmaktadır: Devri sözleşme ile engellenmiş bir alacak hakkındaki devir işlemi, alacaklının devir konusundaki tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle önce askıda hükümsüz (noksan) olur. Borçlunun devir yasağının kaldırılması konusunda sözleşme yapılmasını kabul etmesiyle geçerli olarak hüküm ifade eder veya kabul etmediğinin anlaşılması üzerine kesin hükümsüz hâle dönüşür¹²⁷².

Bunun dışında, devir yasağı anlaşmasının alacak üzerinde meydana getirdiği hukuki etkinin tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun belirlenmesi, alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu durumlardan farkının açıklanabilmesi bakımından da önemlidir. Çünkü, nitelik teorisi, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli ile alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli arasındaki ayrımı ortadan kaldırmaktadır. Hâlbuki bunlar birbirinden farklıdır:

BK 183/I hükmünde kanun koyucunun, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engeli ile sözleşme ile kararlaştırılan devir engelini birbirinden ayırdığı görülmektedir. Bu ayrımın hukuki önemi, aşağıda görüleceği üzere, BK 183/II hükmüne göre

¹²⁷² Detayları için aşağıda bkz. s. 358 vd.

iyiniyetin korunup korunmayacağını araştırılması veya BK 191 hükmüne göre devredenin garanti sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi gereği doğduğunda ortaya çıkmaktadır. Devir engelinin alacağın niteliğinden kaynaklandığı hâllerde, böyle bir alacağı devralmak isteyecek kişinin alacağın devredilebilir olduğuna yönelik güveni korunmaya layık bulunmamaktadır. Bu nedenle, hem devralanın iyiniyeti BK 183/II hükmüne göre korunmamakta hem de devralanın BK 191 hükmüne dayanan garanti sorumluluğuna başvurulması mümkün olmamaktadır¹²⁷³.

Gerçekten, sözleşme ile getirilen bir devir engeli, yine sözleşme ile kaldırılabilir ve alacak hakkı tekrar devredilebilir hâle getirilebilir. Bir devir engelinin sözleşme ile kaldırılması ve alacağın tedavül edebilir bir hakka dönüştürülmesi mümkünse, o hâlde, alacağın niteliği devre engel oluşturmamaktadır. Örneğin, vekâletten doğan işin görülmesini isteme hakkı veya rekabet yasağına uyulmasını isteme hakkı, alacaklı ile borçlu arasında devir engelinin kaldırılması hususunda bir anlaşma yapılarak devredilebilir bir hakka dönüştürülemez. Bu alacaklar doğası itibarıyla devredilebilirlik niteliğine sahip değildir. Doğası itibarıyla devredilebilir bir alacak hakkı için bir devir yasağı kararlaştırılmış olması ise tek başına onu niteliği devre engel bir alacağa dönüştürmek için yeterli değildir. Böyle bir anlaşmanın hukuki etkisi yalnızca alacaklının alacağı devir hususundaki tasarruf yetkisini sınırlandırmaktan ibarettir. Bu açıdan, nitelik teorisinin, devir yasağı anlaşmasının alacak hakkını tasarruf edilemez bir malvarlığı değerine dönüştürdüğü şeklindeki ifade biçimi maksadını aşmaktadır.

Koziol şöyle bir görüş ileri sürmektedir: Borç ilişkisinin taraflarının sözleşme ile alacak üzerindeki devir yetkisini sınırlandırma imkânına sahip olduğunun kabul edilmesi, beraberinde, tarafların alacaklının şahsına bağımlı ve niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkı yaratmak hususunda da evleviyetle yetkili olduklarının kabul edilmesini gerekli kılar¹²⁷⁴. Bu görüş, hemen aşağıda açıklandığı üzere, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği konusunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı Avusturya hukukunda anlamlı olsa da, Türk hukuku açısından kabul edilebilir değildir. Yukarıda aktarılan tarihsel gelişim süreci¹²⁷⁵ ortaya koymaktadır ki, bir borç

¹²⁷³ BK 183/II bakımından bkz. s. 387; BK 191 bakımından bkz. s. 391 vd. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin diğer devir engellerinden ayırt edilmesinin önemi hakkında ayrıca bkz. s. 162.

¹²⁷⁴ Koziol, s. 120

¹²⁷⁵ Bkz. s. 177 vd.

ilişkisinin taraflarının serbest iradeleriyle alacaklının şahsına bağımlı ve niteliği devre oluşturan bir alacak hakkı tasarlayabileceği görüşü, müşterek hukuk döneminde kalmıştır. Bu görüş, alacağın devrinin alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile engellenebilmesi olanağının açık bir yasal dayanağa kavuşturulması üzerine, müşterek hukuktaki ortaya çıkış amacını tamamlamıştır. BK 183/I hükmünün açık düzenlemesi karşısında, Türk hukukunda bakımından artık bu görüşe ait açıklama tarzına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu çerçevede, örneğin, iki tacirin, aralarındaki satış sözleşmesinden doğan bedel alacağının satıcının şahsına bağımlı olduğunu kararlaştırması veya bu alacağın sadece satıcının şahsına ifa ile sona erdirilebilecek özel bir yapıda tasarlandığı konusunda anlaşması, satış bedeli alacağının doğasında herhangi bir değişikliğe yol açmayacaktır. Ticari hayatta hâkim görüşler ve dürüstlük kuralı (MK 2/I) böyle bir anlaşmanın tarafların ortak arzusuna göre hüküm doğurmasına engel oluşturur. Böyle bir anlaşma sadece BK 183/I anlamında bir devir yasağı anlaşması olarak geçerli sayılabilir ve satıcının bedel alacağını devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması etkisi doğurur.

b. BK 183/I Hükmünün Tasarruf Yetkisinin Sözleşmeyle Sınırlandırılmaması Prensibinin İstisnası Olarak Görülüp Görülmemesinin Türk Hukuku Açısından Pratik Bir Değerinin Olmaması

Türk hukukunda, aynı haklara egemen olan sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensipleri ışığında, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibinin mevcut olduğu kabul edilmektedir¹²⁷⁶. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 137) ve Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB § 364c) tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibinin öngörüldüğü genel nitelikli hükümlerin de ilk planda aynı haklar göz önünde tutularak yorumlandığı anlaşılmaktadır.

Öğretide, bir tarafında alacaklı diğer tarafında üçüncü kişinin yer aldığı alacağı devretmeme anlaşması ile eşya üzerindeki tasarruf yasağı anlaşması arasında daima

¹²⁷⁶ Bkz. s. 189.

paralellik kurulmaktadır. Çünkü, üçüncü kişi nezdinde alacak hakkının malvarlığı değeri yönü ön plandadır. Tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibi doğrultusunda, alacak üzerinde üçüncü kişiye karşı üstlenilen devretmeme taahhütlerrinin sat borçlandırıcı etki meydana getireceği oybirliği ile kabul edilmektedir¹²⁷⁷. Buna karşılık, alacaklının aynı taahhüdü üçüncü kişiye karşı değil borçluya karşı üstlendiği ihtimalde, alacak hakkının dar anlamda borç ilişkisi yönü devreye girmekte; alacak ile borçlunun alacağın devredilmemesi konusunda anlaşması dar anlamda borç ilişkisinin içeriğinin belirlenmesi olarak da değerlendirilebilmektedir. Böylece, devir yasağı anlaşmasının, sadece tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibinin istisnası olarak değil, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünün bir ifadesi olarak ele alınması mümkün olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukuku açısından, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibinin istisnası olarak nitelendirilmesi veya böyle bir nitelendirmenin reddedilmesi sadece teorik açıdan önemli olup pratik bir değer taşımamaktadır. Şöyle ki, Avusturya hukukunda (2005 yılındaki değişiklikle ABGB § 1396a hükmü kabul edilene kadar) alacak üzerindeki devir yasağı anlaşması ile eşya üzerindeki tasarruf sınırlaması anlaşması arasında paralellik kurulması yoluyla genel nitelikli ABGB § 364c hükmü gereğince salt borçlandırıcı etki meydana geleceği sonucuna varılmıştır. Çünkü, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisinin düzenlendiği düşünülebilecek başka bir hüküm yoktur. Devir yasağı anlaşmasının, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibinin bir istisnası olup olmadığının tartışılması Avusturya hukukunda bu açıdan bir pratik değere sahip bulunmaktadır. Eğer istisnası olduğu tespiti yapılırsa mutlak etki sonucuna varılacaktır. Alman hukukunda aynı paralelliğin kurulması, devir yasağı anlaşmasının özel olarak düzenlendiği BGB § 399 hükmünün açık tercihi nedeniyle mutlak etkinin doğumuna engel olmamaktadır. Böyle bir engel olmayınca, BGB § 399 hükmü, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibi öngörülen BGB § 137 hükmüne bir istisna olarak nitelendirilebilmektedir. Ne var ki, böyle bir nitelendirme yapılırca sadece belirli üçüncü kişilerin menfaatini koruma amacı güden (nispi) tasarruf

¹²⁷⁷ Bu konuda bkz. s. 134. Alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki anlaşmanın tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibine göre değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. s. 200.

yasaklarına aykırılık hâlinde nispi etkisizlik yaptırımını uygulanacağını öngören BGB § 135 hükmü devreye girmektedir. Çünkü devir yasağı anlaşması sadece borçlunun menfaatini korumaktadır. Buna göre, Alman hukukunda kural-istisna ilişkisinin kurulmasının pratik sonucu, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan devrin nispi etkisiz sayılmasıdır. Türk hukuku yönünden bakıldığında ise devir yasağı anlaşmasının sözleşme ile getirilen bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak nitelendirilmesi beraberinde -Avusturya hukukunda olduğu gibi- salt borçlandırıcı etki sonucuna varılmasını gerektirmeyecektir; çünkü, anlaşmanın mutlak etki yaratacağı BK 183/II hükmünde açıkça öngörülmektedir. Devir yasağı anlaşmasının sözleşme ile getirilen bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak nitelendirilmesi bu anlaşmayı ihlal eden devre -Alman hukukunda olduğu gibi- nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasına yol açmayacaktır; çünkü Türk hukukunda, yalnızca belirli üçüncü kişileri korumaya yönelik (nispi) tasarruf yetkisi sınırlamalarına aykırılık hâlinde nispi etkisizlik yaptırımını uygulanmasını öngören -BGB § 135 benzeri- genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun m. 183/I hükmünde, bir taraftan alacağın devri özgürlüğünün temel bir prensip olarak öngörüldüğü, diğer taraftan alacaklı ile borçluya alacağın devrini sözleşme ile engelleme olanağı tanındığı, böylece mutlak etkinin benimsenmesi yönünde açık bir yasal tercihte bulunulduğu noktalarını vurgulamak önem taşır. Çünkü, teorik olarak, alacağın devrinin sözleşme ile engellenbilmesi olanağı, alacağın devri özgürlüğü prensibi ile doğrudan doğruya çatışma içindedir. Bu yüzdendir ki, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı, bu hususta açık bir yasal düzenlenmenin bulunmadığı müşterek hukuk döneminde ve modern Avusturya hukukunda *de lege lata* tartışma konusu olmuştur. Türk Borçlar Kanunu alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceğini açık bir tarzda düzenlenmiş olmasaydı -tıpkı müşterek hukukta ve modern Avusturya hukukunda yapıldığı gibi- alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını Türk hukuku bakımından da tartışmaya açmak gerekecekti; bu tartışmada mutlak etki sonucu ancak alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğü gerekçe gösterilerek savunulabilecekti¹²⁷⁸. Türk hukukunda BK 183/I

¹²⁷⁸ Bkz. s. 177 vd.

hükmünde alacağın devrinin engellenmesi konusundaki sözleşmeye mutlak etki tanıyan açık bir düzenlemeye yer verilerek böyle *de lege lata* bir tartışmanın önüne geçilmiştir. Şu hâlde, Türk hukukunda, alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması olanağının varlığı, sözleşme özgürlüğü prensibine (BK 26) değil, BK 183/I hükmüne dayanmaktadır. BK 183/I hükmü sayesinde alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği konusunda tereddüt edilmezken; bu konuda ilaveten sözleşme özgürlüğü prensibine de atıfta bulunulması¹²⁷⁹ ancak BK 183/I hükmünün temelinde yatan düşüncenin açıklanması veya bu düşüncenin yerindeliğinin desteklenmesi olarak bir anlam taşımaktadır.

c. Borçlunun Rızasının Her Durumda İcap veya Kabul Olarak Yorumlanmasının Güç Oluşu ve Bu Yorum Tarzının Devralan Nezinde Güvensizliğe Yol Açması

Nitelik teorisinin anlaşmaya aykırı devrin geçersizliğinin düzeltilmesine ilişkin açıklaması iki açıdan haklı olarak eleştiri konusudur. İlk olarak, borçlunun rızasının her durumda devir yasağını kaldıran sözleşmeyi kuran beyanlardan biri olarak yorumlanabileceği görüşü pek gerçekçi gözükmemektedir. Elbette ki, belirli bir somut olayın koşulların içinde, tarafların eylem ve işlemlerinin, devir yasağının kaldırılması yönündeki ortak iradenin dışı vurumu şeklinde yorumlanması mümkün olabilir. Ancak, her somut olayda, böyle bir ortak iradenin mevcut olduğu varsayımından hareket edilmesi ve alacak hakkının devralanın malvarlığına geçişinin bu varsayıma dayanarak temellendirilmesi doğru olmayacaktır¹²⁸⁰. Farz edelim ki, alacaklı, borçlunun hazırladığı sözleşmeyi okumadan imzalamıştır¹²⁸¹ ve bir devir yasağına aykırı davrandığının farkında olmaksızın, alacağı başkasına devretmiştir. Borçlu, kendisine yapılan bildirim

¹²⁷⁹ Belirtilen şekilde sözleşme özgürlüğü prensibine atıfta bulunan yazarlara örnek olarak bkz. s. 245 ve orada dn. 1040.

¹²⁸⁰ Wünschmann, s. 212.

¹²⁸¹ Bir taraf, hazırladığı sözleşme metninin karşı tarafın arzusuna uygun olmadığını bilmiyorsa ve bilmesi gerekmiyorsa, sözleşme imzalanan metne göre kurulur. Metni okumadan imzalamış bulunan taraf, yanılması esaslı olduğu takdirde, yanılma hükümlerine dayanarak iptal hakkını kullanabilir. İptal edilmediği takdirde, okumadan imzalanan metne göre kurulan sözleşme, geçerli olarak hüküm doğurur. Oğuzman/Öz, C. I, N. 320-322. Sözleşmenin genel işlem koşulları içermesi hâlinde meselenin çözümü farklı olacaktır. Bu konuda bkz. s. 461.

üzerine, hiçbir savunma ileri sürmeksizin, devralana ifada bulunmuştur. Nitelik teorisinin yorum tarzı, bu ihtimalde, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızası ile düzeltilmesini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Alacaklı, devir yasağı kaydını kabul ettiğinin farkında değildir ki, anlaşmaya aykırı devir işlemi ile borçluya devir yasağının kaldırılması için bir icap yönelttiği veya borçlunun icabını kabul ettiği yorumu yapılabilir.

Diğer yandan, anlaşmaya aykırı devri, borçluya devir yasağının kaldırılması için yapılmış bir icap olarak yorumlayan görüş şu sonuca varmaya müsaittir: Alacaklı, anlaşmaya aykırı olarak alacağı başkasına devrettikten sonra, yapmış olduğu bu işlem- den ötürü pişman olduğu takdirde, genel hükümler (BK 10) çerçevesinde, borçluya devralandan önce ulaşıp devir yasağının kaldırılmasına yönelik icabı geri alabilir. Devreden bu şekilde icabını geri alması hâlinde, borçlunun rızası alacağın devrini geçerli kılmak için yeterli olmaz¹²⁸². Borçlunun rıza açıklamasında bulunarak, anlaşmaya aykırı devri geçerli hâle getirebilmesi ve alacağın devralana geçişini sağlayabilmesi, bu hususta borçlu menfaat sahibi olsa bile, mümkün olmayacaktır. Böyle bir sonuç, devir yasağı anlaşmasının yalnızca borçlunun menfaatine olduğu yönündeki genel kabule aykırı düşmekte ve alacaklının devir yasağı anlaşmasından kötüye kullanma sayılacak ölçüde yararlanabilmesinin de önünü açmaktadır.

d. Alacağın Devir Yeteneğini Geri Kazanmasının Alacaklı Olmayana İfa Tehlikesi Yaratması

Alacağın devrinin, yalnızca devir yasağı sözleşme ile tamamen kaldırılarak geçerli hâle getirilebileceğini kabul eden ve borçlunun rızasını devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeyi kuran bir irade beyanı olarak yorumlayan nitelik teorisi çerçevesinde, şöyle bir sakınca ortaya çıkmaktadır: Alacaklı, birbiriyle çatışacak şekilde birden çok devir işlemi gerçekleştirmişse, sözleşme ile devir yasağının kaldırılması borçlu yönünden alacaklı olmayana ifa tehlikesi yaratmaktadır. Borçlunun arzu ettiği devir işlemine geçerlilik kazandırabilmesi -bu teoriye mensup yazarlar tarafından öne sürülenin¹²⁸³ aksine- mümkün değildir. Çünkü, devir yasağının kaldırıldığı ve

¹²⁸² Brückmann, s. 441.

¹²⁸³ Bkz. s. 279 ve orada dn. 1178.

alacaklının alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisini kazandığı an itibarıyla zamansal öncelik prensibi tekrar yürürlüğe girmektedir¹²⁸⁴. Bu prensip gereğince ilk sırada yapılan devir geçerlilik kazanacaktır. Alacak hakkı, devredilebilir bir hak olarak, onu ilk sırada devralan kişinin malvarlığına geçecektir. Bu durumda borçlunun, kendi tercih ettiği, örneğin ikinci sırada alacağı devralan kişiye yapacağı ifa ile borçtan kurtulabilmesi imkânı bulunmamaktadır. Borçlunun hükümsüzlüğü ileri sürmekten belirli bir devralan lehine feragatte bulunabilmesi yalnızca nispi etkisizlik teorisi kapsamında savunulan defi görüşü çerçevesinde mümkün olabilir ki¹²⁸⁵, bu görüşün hangi gerekçelerden ötürü kabul edilebilir olmadığı yukarıda detaylarıyla açıklanmış bulunmaktadır.

Bir örnek meseleyi anlamaya yardımcı olabilir:

Alacaklı, anlaşma ile devri engellenmiş bir alacağı 01.09.2020 tarihinde C'ye, 05.09.2020 tarihinde D'ye devretmiştir. Yapılan her iki devir işleminin geçerliliği, alacaklı devir sırasında devir yasağı anlaşması ile bağlı olduğu, devre ilişkin tasarruf yetkisine sahip olmadığı için askıdadır. Her iki devrin askıda hükümsüz olduğu dönemde, borçlu, D'ye yapılan devir işlemine geçerlilik kazandırmak istemiş; bu amaçla, borçlu ile alacaklı arasında 10.09.2020 tarihinde bir sözleşme yapılarak devir yasağını kaldırılmış ve 15.09.2020 tarihinde borçlu D'ye ifada bulunmuştur. Böyle bir örnek ile karşılaşıldığında hemen şu tespit edilecektir: Alacak hakkı 10.09.2020 tarihinde yapılan sözleşme sonucu devir yeteneğini geri kazanmıştır ve bu anda zamansal öncelik prensibi gereği, C'ye yapılan askıdaki erken tarihli devir işlemi geçerlilik kazanmış, alacak hakkı C'nin malvarlığına geçmiştir. Borçlu, 15.09.2020 tarihinde alacaklı sıfatını kaybetmiş olan D'ye yaptığı ifa ile borçtan kurtulamaz. C'ye tekrar ifada bulunması gerekir.

Yukarıda verilen örnekte, borçlunun 10.09.2020 tarihinde hiçbir savunma ileri sürmeksizin D'ye ifada bulunduğunu ve nitelik teorisi çerçevesinde ifa teşkil eden eylem veya işlemin, aynı zamanda devir yasağını tamamen kaldıran sözleşmeye ilişkin bir icap veya kabul açıklaması olarak yorumlanabildiği varsayılın. Bu ihtimalde de

¹²⁸⁴ Bu konuda ayrıca bkz. s. 358 vd.

¹²⁸⁵ Scholz, s. 1838; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 27. Ayrıca bkz. yukarıda s. 270 vd.

alacak hakkı yine zamansal öncelik prensibi uyarınca 10.09.2020 tarihinde C'nin malvarlığına geçecektir. Borçlunun aynı tarihte D'ye ifada bulunarak borçtan kurtulabilmesi mümkün değildir. 10.09.2020 tarihi itibarıyla devir yasağının kalkması sonucu alacaklı sıfatını kazanan C'ye tekrar ifada bulunması gerekir.

Hâlbuki, alacağın birden fazla kişiye birbiriyle çatışan şekilde devredilmesi hâlinde, borçlunun kendi tercih ettiği kişiye ifa ile borçtan kurtulabilmesi gerektiği öğretide tüm görüşler tarafından oybirliği ile kabul edilmektedir¹²⁸⁶. Türk hukukunda Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir¹²⁸⁷. Bu tezde savunulan görüşe göre, borçlunun, çatışan devirler söz konusu olduğunda kendi tercih ettiği devralana ifa ile borçtan kurtulabilmesi, ifa teşkil eden eylem veya işlemin aynı zamanda anlaşmaya aykırı devri geçerli hâle getiren bir rıza açıklaması oluşturmaya bağlıdır. Bu ise yalnızca alacağın devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak geçirilmesine olanak veren katılma teorisi çerçevesinde mümkün olabilmektedir¹²⁸⁸.

3. Katılma Teorisinin Temel Sonuçları ile Kabul Edilmesi ve Kabul Edilen Sonuçların Gerekçelendirilmesi

a. Borçlunun Rızasının Yasal Koşul Niteliği Taşınması

Katılma teorisine göre, bir devir yasağı anlaşması yapılması hâlinde, devir işleminin geçerliliği kanun tarafından borçlunun rızasına bağlanmaktadır. Bu açıklama tarzının isabetli olduğu, ilk planda, devir yasağı anlaşmasının yorumuna dayanılarak ispatlanır: Alacağın devrinin tamamen engellendiği her anlaşma, devir yasağının yalnızca borçlu lehine kararlaştırıldığı göz önünde tutulduğunda, devrin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlı kıldığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Bununla birlikte,

¹²⁸⁶ Bkz. aşağıda s. 340 ve orada dn. 1366. Nispi etkisizlik teorisine ait defî görüşü çerçevesinde dahi, borçlu açısından alacaklı olmayan ifa tehlikesi ortaya çıkmamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, zamansal öncelik prensibi, aslında defî görüşü çerçevesinde de yürürlüğe girmekte ve alacağın, onu ilk sırada devralan kişinin malvarlığına geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Fakat, defî görüşünün açıklama tarzına göre, borçlu, tercih ettiği kişi lehine olarak hükümsüzlüğe dayanmaktan vazgeçebilmekte ve ona ifada bulunabilmektedir. Defî görüşü, zamansal öncelik prensibini, borçlunun ifada bulunduğu kişinin alacaklı sıfatını kazanmış kişiye, borçludan tahsil ettiği tutarı iade ile yükümlü olduğunu açıklamak için kullanmaktadır. Bkz. s. 270.

¹²⁸⁷ 11. HD, 11.12.2014, E. 2014/501, K. 2014/19582 (Kazancı; Lexpera). Kararın içeriği hakkında bkz. s. 340 ve orada dn. 1367.

¹²⁸⁸ Berger, s. 302.

borçlunun rızasının yeterli sayılması, yalnızca devir yasağı anlaşmasını yorumuna dayanan bir çıkarım değildir. Bu esasında kanunun amacına uygun olarak yorumlanmasının bir gereğidir. Devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan yasal düzenlemenin borçlunun korunması amacına yönelik olduğu, kavramın yapısı, tarihsel gelişimi ve pratik uygulaması ile bariz şekilde dışa vurulmaktadır. Bu anlamda, “*sözleşme ile alacak hakkının tasarruf edilebilirlik özelliğinin ortadan kaldırıldığı, alacak hakkının tasarruf edilemez bir hakka, bir res extra commercium’a dönüştürüldüğü*” şeklindeki yaygın ifade biçiminin kanun koyucu tarafından gözetilen borçlunun korunması amacını aştığı ve alacaklının tasarruf özgürlüğünün maddi olarak haklı sayılabilenin ötesinde sınırlandırılmasına yol açacak bir anlam içerdiği fikri haklıdır. Gerçekten de böylesine katı bir sonucu haklı kılabilen bir kamu menfaati ya da özel bir menfaat tespit edilememektedir. Devrin tamamen engellendiği her anlaşma, alacağın devrinin borçlunun rızasına bağlı olduğu şeklinde yorumlanarak, BK 183/I hükmünün borçluyu korumaya özgülümlenmiş amacı yeterli ölçüde temin edilebilir.

Buraya kadar, sadece, devrin tamamen engellendiği ihtimalde, borçlunun, anlaşmaya aykırı devri rıza açıklaması ile düzeltilebileceği açıklanmış olmaktadır. Bu gerekçelendirme şöyle devam etmelidir: Borçlu, devrin tamamen, yani azami seviyede engellendiği ihtimalde, alacağın devrine rıza verme yetkisine sahip olduğuna göre, devrin özel bir koşulun (bildirim, şekil vs.) gerçekleşmesine bağlanarak daha hafif bir seviyede engellendiği ihtimalde evleviyetle rıza verme yetkisine sahip olmalıdır. Örneğin, alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma ile alacağın devri resmi şekil şartına bağlanmışsa, bu şekil şartı yerine getirilmemiş olsa bile, borçlu rıza verme yetkisini kullanarak devir işlemini geçerli hâle getirebilmelidir. Şu hâlde, devir yasağının içeriğine ve yoğunluğuna bakılmaksızın, borçlunun, taraf olduğu her devir yasağı anlaşması ile gerçekleşmesi olası bir devir işlemine rıza yoluyla katılma hakkı elde ettiği saptanmış olmaktadır. Öyleyse, borçlunun devir yasağı anlaşması ile elde ettiği devir işlemine katılma hakkı, devir yasağı anlaşmasının yorumundan değil, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk hukukunda alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesi olanağı sözleşme özgürlüğü prensibine değil BK 183/I hükmüne da-

yanmaktadır. BK 183/I hükmü devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıdığı için sözleşme ile bir devir engeli meydana getirilebilmektedir¹²⁸⁹. Bu açıdan, aslında, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin, kanundan kaynaklanan devir engelinin özel bir türünü oluşturduğu yukarıda belirtilmiştir¹²⁹⁰. Kanundan kaynaklanan devir engelinin sadece borçluyu korumaya yönelik olduğu durumlarda, borçlunun kendisine tanınan korumadan vazgeçebileceği ve devre rıza verebileceği kabul edilmektedir¹²⁹¹. BK 183/I hükmünün devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanımaktaki amacı da münhasıran borçlunun korunmasıdır¹²⁹². Borçlunun devre rıza verme yetkisi, ilk bakışta, kanunun ona tanıdığı korumadan vazgeçebilme yetkisi olarak düşünülebilir. Bu noktada, borçlunun, BK 183/I hükmünün korumasından yararlanabilmesi için alacağın devrinin engellenmesi konusunda bir sözleşme yapılmasına ihtiyaç olduğuna dikkat edilmelidir. Belirli bir devir işlemini tek taraflı onaylayan borçlunun bu davranışıyla alacaklısına daha önce bir sözleşme yapılmasını kabul ettirerek elde ettiği korumadan vazgeçtiğinin kabul edilmesi, borçlu aleyhine bir yorum tarzı oluşturur. Bunun yerine, borçlunun tek taraflı onay beyanı ile, BK 183/I hükmünün ona sağladığı korumadan değil, alacaklısının şahsının aynı kalmasına olan somut menfaatinden vazgeçtiğinin kabul edilmesi daha adildir. O hâlde, BK 183/I hükmünün borçluya sağladığı koruma, borçluya alacağın devrine katılma hakkı tanınması olarak yorumlanmalıdır. Buna göre, borçlunun BK 183/I hükmünün ona sağladığı korumadan vazgeçmesi, alacağın devrine katılma hakkından vazgeçmesi demektir ve bunun için alacaklı ile borçlu arasında devir yasağının kaldırılması konusunda yeni bir sözleşme yapılması gerekir¹²⁹³. Böyle bir sözleşme yapılmadıkça, borçlunun tek taraflı onay beyanı sadece alacak hakkının içeriğindeki devir yasağı ile birlikte devralana geçmesi sonucu doğurur¹²⁹⁴. Devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağa ilişkin devir işleminin geçerlilik kazanabilmesi için

¹²⁸⁹ Bkz. s. 310 vd.

¹²⁹⁰ Bkz. s. 166 vd.

¹²⁹¹ Bkz. s. 129 vd.

¹²⁹² Bkz. s. 136 vd.

¹²⁹³ Bkz. s. 357 vd.

¹²⁹⁴ İlave bir gerekçe için bkz. s. 323 vd.

borçlunun tek taraflı onay beyanının yeterli olduğu İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir¹²⁹⁵.

Görüldüğü üzere, borçlunun devir işlemine katılma hakkı BK 183/I hükmünde bağımsız bir yasal dayanağa sahiptir. Borçlu ile alacaklı arasında bir devir yasağı anlaşması yapılmasıyla beraber, alacağın devrinin geçerlilik şartları arasında borçlunun rızası bir tamamlayıcı unsur olarak eklenmektedir. Buna göre, borçlunun rızası bir yasal koşul (kanuni şart; tamamlayıcı unsur) niteliği taşımaktadır. Bu yasal koşul tamamlanmadıkça alacağın devri işlemi geçerlilik kazanamayacaktır. Öğretide, borçlunun rızasının yasal koşul olarak nitelendirilmesine, kanunda açıkça gösterilmediği ileri sürülerek karşı çıkmıştır¹²⁹⁶. Bu eleştiriye karşılık, yasal koşulun her zaman kanunda açıkça gösterilmiş olması zorunluluğu bulunmadığı, örtülü bir tarzda düzenlenmiş de olabileceği yanıtını vermek gerekir¹²⁹⁷. Örnek olarak, tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması, bu hususta açık bir düzenleme bulunmadığı hâlde, öğretide yasal koşul olarak kabul edilmektedir¹²⁹⁸. Bu doğrultuda, gelecekteki alacakların devrinde, devir işleminin hüküm ifade etmesi için aranan alacağın doğması şartının, bir yasal koşul niteliği taşıdığı görüşü öğretide benimsenmektedir¹²⁹⁹.

Borçlunun rızasının yasal koşul niteliği taşıdığı yukarıdaki şekilde tespit edildikten sonra, kökeni itibarıyla tasarruf yetkisine dayanıp dayanmadığı sorununu incelemeye geçilmelidir. Bu konuda Berger'e ait, borçlunun, alacaklı ile arasındaki borç ilişkisi üzerinde, alacağın devri sonucunu temin etmekle sınırlı, bir tasarruf yetkisine sahip olduğu görüşü reddedilmelidir. Çünkü, alacak hakkı, borçluya karşı ifayı talep yetkisi veren yönü itibarıyla alacaklının malvarlığında bir değer oluşturmaktadır¹³⁰⁰.

¹²⁹⁵ BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 1. İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında yetkisiz temsile ilişkin OR 38/I (BK 46/I) hükmüne kıyasen borçlunun tek taraflı onay beyanının alacağın devri işlemi geçerli hale getireceğini kabul etmiştir. Ancak, menfaat durumları farklı olduğu için, yetkisiz temsile ilişkin hükmün kıyasen uygulanması isabetli değildir. Çünkü, temsil olunan yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme onay verdiğinde, kendisi yapılan işlemin tarafı hâline gelmektedir. Borçlu devir yasağı içeren alacağın devrine onay verdiğinde ise, kendisinin tarafı olmadığı, devreden ile devralan arasında yapılan, tasarruf işleminin geçerlilik kazanmasını sağlamaktadır. Yetkisiz temsilcinin yaptığı tasarruf işlemine verilen onay temsil olunanın malvarlığında tasarruf etkisi doğururken; borçlunun devir yasağı içeren alacağın devrine onayı, borçlunun değil, alacaklının malvarlığında tasarruf etkisi doğurmaktadır.

¹²⁹⁶ Wünschmann, s. 211-212.

¹²⁹⁷ A. Lâle Sirmen, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992, s. 85.

¹²⁹⁸ von Tuhr/Escher, s. 259; Ayiter, s. 131; Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 33; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 112; Oğuzman/Barlas, N. 713.

¹²⁹⁹ Bu konudaki görüşler için bkz. aşağıda s. 358.

¹³⁰⁰ Bkz. s. 14 vd.

Şüphesiz ki, borç ilişkisinin taraflarını oluşturan alacaklı ve borçlu, alacak hakkının içeriğini, özelliklerini ve taşıdığı değeri birlikte belirlemektedir. Ancak bu, borçlunun alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Alacak hakkı taraflarca belirlenen içeriği ile borçlunun malvarlığının pasifinde yer almaktadır. Bir kimsenin malvarlığının pasifi üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabileceği düşüncesi ise bir hayli yadırgatıcıdır. Bu görüş, her ne kadar açıkça belirtmiş olmasa da, borcun dış üstlenilmesi (nakli) sözleşmesindeki bir özelliği alacağın devri sözleşmesine aktarmaktadır: Öğretide, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin, borcun bir kişiden başka bir kişiye geçmesini sağlarken alacaklının hakkına etki ettiği göz önüne alınarak, bir tasarruf işlemi niteliği de taşıdığı, bu yüzden geçerliliği için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁰¹. Herhâlde, bunun tam zıttı olarak, alacağın devri sözleşmesinin de alacağın bir kişiden başka kişiye geçmesini sağlarken borçlunun borcuna etki ettiği ve bu etkinin bir tasarruf etkisi niteliği taşıdığı düşünülmektedir. Hâlbuki, böyle bir etki olsa olsa borçlandırıcı etki olarak nitelendirilebilir. Böyle bir nitelendirme ise sadece niteliği devre elverişli olmayan alacaklar bakımından söz konusu olabilir. Devrin edimin içeriğinde değişikliğe yol açacağı tespit edilen durumlarda, alacağın devreden, devralan ve borçlu arasındaki üç taraflı sözleşme ile alacağın geçirilmesi¹³⁰², borçlu açısından borçlandırıcı etki yaratabilir. Buna karşılık, niteliği devre elverişli bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olup bu alacağın borçlunun rızası ile devredildiği ihtimalde, yapılan işlem borçlu yönünden borçlandırıcı etki dahi doğurmaz. Çünkü, bu ihtimalde devir işlemi edimin içeriğinde herhangi bir değişikliğe sebep olmaz. Alacağın niteliğinin devre elverişli olmasının anlamı zaten budur; alacak hakkı olduğu gibi devralana geçmektedir.

Bununla beraber, borçlunun devir yasağı anlaşması ile elde ettiği katılma hakkının borçlu açısından bir malvarlığı değeri taşıdığını söylemek pekâlâ mümkündür. Borçlu bu hak sayesinde, alacağın devri özgürlüğü prensibine bağlı kalınan bir düzende katlanmak durumunda olduğu riskleri (örneğin çifte ödeme riskini) bertaraf ede-

¹³⁰¹ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1844 ve orada dn. 173'te belirtilen yazarlar; Kahraman, s. 101.

¹³⁰² Bkz. s. 88 vd.

bilmektedir. Katılma hakkı, bu risklere karşı sağladığı koruma nedeniyle borçlu yönünden bir malvarlığı değerine karşılık gelmektedir¹³⁰³. Bu yüzden, borçlunun malvarlığındaki bu haktan devir yasağını kaldıran bir sözleşme ile feragat etmesi bir tasarruf işlemi oluşturacaktır¹³⁰⁴. Ancak, borçlunun, belirli bir alacağın devri işlemine rıza göstermesi bir tasarruf işlemi veya borçlandırıcı işlem niteliği taşımamaktadır. Bu ihtimalde, borçlu, yalnızca devir yasağı anlaşması ile elde ettiği katılma hakkını kullanmakta, katılma hakkının ona sağladığı malvarlığı değerinden istifade etmektedir¹³⁰⁵.

b. Borçlunun Rızası ile Geçerlilik Kazanan İşlemin Teknik Anlamıyla Alacağın Devri İşlemi Niteliği Taşınması

Thiele, gerek niteliğinden ötürü gerekse anlaşma ile engellendiği için devri mümkün olmayan alacakların, sözleşmenin devrinde olduğu gibi, devreden, devralan ve borçlu arasındaki üç taraflı bir sözleşme yapılarak, devir yeteneği kısıtlı bir alacak olarak devralana geçirilebileceğini, fakat bunun teknik anlamda bir alacak devri teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedir. Bu doğrultuda, borçlunun katılma hakkını kullanmasını, üç taraflı sözleşmenin kurucu bir unsuru olarak görmektedir. Thiele'nin önerdiği, temeli sözleşmenin devri kurumuna dayanan, üç taraflı sözleşme yapısının yalnızca niteliği devre elverişli olmayan alacakların geçişini sağlamak amacıyla kullanılabileceği görüşündeyiz.

Gerçekten de niteliği devre elverişli olmayan bir alacağın başkasına geçirilmesi, sadece taraf değişikliği yapılarak değil, aynı zamanda alacağın konusu edimin içeriği değiştirilerek mümkün olabilir. Bunun için, borçlunun, hem alacaklı tarafta gerçekleşecek değişikliği hem de yükümlü olduğu edimin içeriğinde ortaya çıkacak değişikliği kabul ettiği üç taraflı bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bu şekilde, alacağın geçişinin edimin içeriği değiştirilerek meydana getirildiği ihtimalde, Thiele'nin belirttiği gibi, her ne kadar bir cüzi halefiyet hâli ortaya çıksa da teknik anlamıyla bir alacağın devri bulunmamaktadır. Bu konuda, alacağı devreden, devralan ve borçlu arasındaki

¹³⁰³ Bu doğrultuda olarak bkz. s. 140; s. 202 vd; s. 337; s. 358 vd.

¹³⁰⁴ Bu konuda bkz. s. 358 vd.

¹³⁰⁵ Alacağın devrine katılma hakkının borçlunun malvarlığında yer alan yenilik doğuran bir hak niteliği taşıdığı konusunda bkz. s. 336 vd.

üç taraflı sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği açısından, alacağın devrine ilişkin BK 184/I hükmü değil, sözleşmenin devrine ilişkin BK 205/II hükmü kıyas yoluyla uygulanmalıdır¹³⁰⁶. Üç taraflı sözleşmenin hüküm ve sonuçları açısından ise Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hakkındaki düzenlemelerine yine kıyas yoluyla başvurulması düşünülebilir. Fakat, örneğin, rekabet yasağına uyulmasını talep hakkının başkasına geçirilmesi hâlinde, borçlunun kabul ettiği içerik değişikliğinin onun hukuki durumunu kötüleştirilmesi muhtemeldir. Bu yüzden, borçlunun, devralanın kendisine yönelttiği ifa talebine karşılık, BK 188/I hükmüne dayanarak, üstlendiği rekabet etmeme borcunun kapsamının ağırlaştırılamayacağını ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Borçlu, edimin içeriğinin ağırlaşılabileceğini üç taraflı sözleşme ile kabul etmektedir. Niteliği devre elverişli olduğu hâlde hakkında bir devir yasağı kararlaştırılan alacaklar bakımından ise üç taraflı sözleşme yapısına başvurulması, Dörner'in belirttiği gibi, lüzumsuzdur. Çünkü, bu ihtimalde, borçlunun onay vermesi yalnızca bir taraf değişikliği sonucu meydana gelmektedir. Alacak hakkı zaten doğası itibarıyla devre elverişli olduğu için, başkasına geçirilmesi edimin içeriğinde herhangi bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Borçlunun onayı ile geçerlilik kazanan işlem teknik anlamıyla bir alacağın devri işleminden ibarettir. Bu yüzden alacağın devri hükümlerinin prensip olarak doğrudan uygulanması gerekmektedir. Buna göre, örneğin, devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağın devrine rıza veren borçlu da BK 188/I hükmüne dayanan savunmalardan yararlanma imkânına prensip olarak sahip olmalıdır¹³⁰⁷. Devrin içerik değişikliğine sebep olmadığı ihtimalde borçlunun tek taraflı onay beyanının alacağın devrinin geçerli hâle gelmesi için yeterli olduğu, sadece içerik değişikliği meydana gelen ihtimalde sözleşme yapılması gerektiği -farklı gerekçelerle de olsa- İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir¹³⁰⁸.

¹³⁰⁶ Bu konuda bkz. s. 88 vd.

¹³⁰⁷ Bu konuda bkz. s. 321 vd; s. 366 vd.

¹³⁰⁸ BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 1. İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun devre konu tutarı devralana karşı borçlu olmayı kabul ettiği fikrinden hareket ederek OR 38/I (BK 46/I) hükmünü kıyasen uygulamıştır. Mahkeme, temsil olunanın sözleşmeyi yetkisiz temsilci tarafından kabul edilen içeriği ile kayıtsız koşulsuz benimsemesi hâlinde tek taraflı rızanın yeterli olması; değişik bir içerikte kabul etmesi hâlinde bunun için iki taraflı sözleşme yapılması gerekmesi ile paralellik kurmuştur. Kararda sözü edilen içerik değişikliği, devre konu para alacağının tutarının aynı kalması veya artmasıdır. Yetkisiz temsil hükmünün devir yasağı içeren alacağın devri hâlinde kıyasen uygulanması, yukarıda belirtilen (bkz. 318 ve dn. 1295) gerekçelerden ötürü, isabetli değildir. Bununla birlikte, söz konusu karar, içerik değişikliği için bir sözleşme yapılması gerektiğinin belirlenmesi,

c. Borçlunun Seçim Yetkisinin Dayanağının Yalnızca Katılma Teorisine Göre Açıklanabilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere, nitelik teorisi çerçevesinde, borçlunun anlaşmaya aykırı birden fazla çatışan devirden dilediğine geçerlilik kazandırabilmesi mümkün değildir. Çünkü, nitelik teorisine göre, anlaşmaya aykırı bir devrin geçerli hâle getirilebilmesi için devir yasağının sözleşme ile tamamen kaldırılması ve alacağın yeniden niteliği devre elverişli bir hakka dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu ihtimalde ise zamansal öncelik prensibi yürürlüğe girmekte ve bu prensip doğrultusunda yalnızca ilk devir geçerlilik kazanabilmektedir. Bu ise borçlu açısından alacaklı olmayana ifa tehlikesi yaratmaktadır¹³⁰⁹. Hâlbuki, alacaklı olmayana ifa tehlikesinin önüne geçilmesi, borçlunun alacağın devrini engellemekteki başlıca menfaatini oluşturmaktadır. Bu riskin yeniden canlanacak olması, borçlunun, devir yasağının kaldırılmasına razı olma yönündeki eğilimini tersine çevirecek güçtedir. Katılma teorisi doğrultusunda, borçlunun rızasının devrin geçerliliğine ilişkin bir yasal koşul olarak nitelendirilmesi sayesinde, borçlunun, devir yasağı kaldırılmaksızın, tercih ettiği bir devir işlemini geçerliliğe kavuşturabilmesi mümkün olmaktadır. Üstelik, bu yapının borçlu açısından cazip diğer bir yönü, alacağı devralanın da devir yasağı ile bağlı kalmaya devam edecek olmasıdır. Devralanın devir yasağı ile bağlılığı, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza verme yönündeki olumlu eğilimini pekiştirecek niteliktedir. Borçlu, mevcut hukuki durumunu koruyabileceğine güvenirse, onun anlaşmaya aykırı bir devir işlemine rıza göstermesi daha muhtemel hâle gelir. Devir yasağı ile kayıtlı alacakların belirli ölçüde tedavülünün sağlanabilmesi, bu sayede taşıdıkları malvarlığı değerinden daha geniş kapsamlı yararlanabilme imkânı yaratılması, ancak katılma teorisi çerçevesinde, borçlunun kendi hukuki durumunu koruyabileceği bir hukuki yapı oluşturularak mümkün olabilir.

içerik değişikliği olmayan ihtimalde borçlunun onayı yeterli sayılması yönünden, bu çalışmada varılan sonucu desteklemektedir.

¹³⁰⁹ Bkz. s. 314 vd.

d. Borçlunun Rızasının İleri Etki Doğurması

Borçlunun rızasının bir yasal koşul niteliği taşıdığı tespit edildikten sonra, bu koşulun gerçekleşmesiyle birlikte anlaşmaya aykırı devir işleminin hangi andan itibaren hüküm doğuracağı meselesinin de çözümlenmesi gerekmektedir. BK 170/II hükmünde geçerliliği tarafların iradesiyle geciktirici iradi bir koşula bağlı tutulan işlemlerin, koşulun gerçekleşmesiyle ileriye etkili olarak hüküm ifade edeceği açıkça düzenlenmektedir. Geçerliliği yasal bir koşulun gerçekleşmesine bağlı işlemler bakımından ise kanunda böyle genel bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Öğretide, yasal koşulun gerçekleşmesi üzerine, hukuki işlemin hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağı, işlemin hükümlerinin yapıldığı ana kadar geriye yürüyüp yürümeyeceği hususunda genel bir kural konulamayacağı, bu konuda yasal koşulun niteliğine bakılması gerektiği görüşü hâkimdir¹³¹⁰. Bu görüş doğrultusunda, anlaşmaya aykırı devre borçlunun rızasının geçmişe etkili sayılmasının işin niteliğine uygun düşüp düşmediğini değerlendirmeye ihtiyacı bulunmaktadır:

Borçlunun rızasının geçmişe etkili olduğunun kabul edilmesi, alacağın devri işleminin yapıldığı andan borçlunun rızasını açıkladığı ana kadar geçen dönemde, alacak üzerinde yapılan birbiriyle çatışan tasarrufların ve haciz işlemlerinin geçerliliğinin ne olacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bir görüş, devir yasağı anlaşması ile münhasıran borçlunun korunması amacı güdüldüğünü gerekçe göstererek, borçlunun rızasının geçmişe etki doğuracağını ve ara dönemde üçüncü kişileri kazandığı hakların ve onlar lehine kurulan hacizlerin geçersiz hâle geleceğini ileri sürmektedir. Ne var ki, borçlunun korunması amacı böyle bir sonucu temellendirmek için yeterli değildir. Devir yasağı anlaşması kurulurken münhasıran borçlunun menfaatinin gözetildiği, borçlunun devrin olumsuz sonuçlarına karşı kendini korumak istediği için böyle bir anlaşmanın yapılmasını öne sürdüğü doğrudur. Ancak, devir yasağı bir defa kararlaştırıldıktan sonra, üçüncü kişilerin menfaatleri de devreye girmektedir. Çünkü böyle bir

¹³¹⁰ Oğuzman/Barlas, N. 768; Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 33; Dural/Sarı, N. 1175; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 97. Yasal koşulun prensip olarak geçmişe etki doğuracağı, ancak bazı hâllerde geçmişe etkinin işin bünyesine uygun düşmeyebileceği yönünde: Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 97. Sonradan gerçekleşen yasal koşulun hukuki işleme ilişkin baştaki bir eksikliği giderdiği ihtimallerde geçmişe etkili olduğu yönünde: Oğuzman/Barlas, N. 768. Bir gerçek veya tüzel kişinin rızasının yasal koşul niteliği taşıdığı hâllerde, rızanın geçmişe etkili olduğu yönünde: Kocayusufpaşaoğlu, § 43, N. 33, ayrıca bkz. § 10, N. 10.

anlaşma ile alacaklının malvarlığında devir yeteneği kısıtlı bir değer yaratılmış olmaktadır. Örneğin, bir sözleşmede, gelecekte dönemsel olarak doğacak para alacaklarının devrinin genel olarak engellenmiş olması, alacaklının malvarlığının üçüncü kişiler nezdinde takip hukuku yönünden arz ettiği teminat gücünü yükseltmektedir. Bir kredi kuruluşu tarafından kredi kullandırılmasına yönelik karar verilmesinde, kredi talep eden kişinin malvarlığına düzenli nakit akışı sağlayacak böyle bir sözleşmeye taraf olması şüphesiz olumlu bir etkidir. Bu ihtimalde, kredi kuruluşu devir yasağı anlaşmasında dolaylı olarak menfaati olan üçüncü kişidir. Hatta, kredi kuruluşunun, alacaklıya krediyi kullandırmayı, alacaklı ve borçlu arasındaki sözleşmeye devir yasağının dâhil edilmesi koşuluyla kabul etmiş olması da muhtemeldir. Devir yasağının doğrudan üçüncü bir kişinin menfaati gözetilerek kararlaştırılmış olması, borçlunun anlaşmaya aykırı devre rıza vermesine veya devir yasağının sözleşme ile tamamen kaldırılmasına engel olmaz. Çünkü, devir yasağı anlaşmasının tarafları alacaklı ve borçludur. Buna karşılık, üçüncü kişinin devrin engellenmesindeki menfaatinin, en azından ara dönemde alacak üzerinde onun lehine kurulan hacizlerin geçerliliği muhafaza edilerek temin edilmesi, hakkaniyetin bir gereğidir. Borçlunun, sözleşme ile bir devir yasağı koydurarak elde ettiği katılma hakkından, devreden alacaklılarının menfaatlerini zarara uğratacak şekilde yararlanabilmesi mümkün olmamalıdır¹³¹¹.

İsviçre öğretisinde bir görüş, borçlunun rızasının geçmişe etkisine rağmen ara dönemde üçüncü kişilerin kazandıkları hakların saklı kalacağını belirtmektedir¹³¹². Belirtelim ki, bu görüşün kabul edilmesi, borçlunun rıza verme yetkisi, alacak üzerindeki tasarruf yetkisine dayansaydı mümkün olabilirdi. O zaman, borçlunun “*alacak üzerindeki tasarruf yetkisi*”nin, örneğin, alacak hakkına haciz konulması neticesinde sınırlandırıldığı, bu nedenle, borçlunun alacağın devrine rızasının haczin sonuçlarını ihlal ettiği ölçüde hüküm doğurmayacağı söylenebilirdi. Böylelikle, üçüncü kişinin ara dönemde alacağa koydurduğu haczin korunabilmesi mümkün olurdu. Ancak, borçlunun,

¹³¹¹ Alman Federal Mahkemesi’nin bir kararına (BGH, NJW 1990, 109) konu olayda, borçlu, alacaklı hakkında iflas kararı alındıktan sonra, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak alacağı teminatı devir alan kişiye borcu ifaya hazır olduğunu bildirmiş ve ona ödemede bulunmuştur. İflas idaresinin borçlunun borcu yeniden ifa etmesi için yaptığı başvuru Federal Mahkeme nezdinde haklı görülmüştür. Mahkemenin geçmişe etkiyi reddetmesinin gerekçesi, borçlunun, iflasın açılmasından sonra iflas masasını azaltması ve belirli bir iflas alacaklısının durumunu iyileştirmesine engel olmaktadır (Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 24). Haciz bakımından geçmişe etkinin reddedildiği benzer bir karar için bkz. BGH, NJW 1978, 813.

¹³¹² von Tuhr/Escher, s. 348.

kendi malvarlığının pasifinde karşılık bulan başkasına ait bir alacak hakkı üzerinde, alacağın devri sonucunu temin etmekle sınırlı dahi olsa tasarruf yetkisine sahip olabileceği fikri, yukarıda açıklandığı gibi, kabul edilebilir değildir¹³¹³. Borçlu alacak üzerinde hak sahibi olmadığı için ve alacağın devrine rıza verme yetkisi bir tasarruf yetkisine dayanmadığı için, geçmişe etki görüşü çerçevesinde, ara dönemdeki tasarrufların korunması imkânı bulunmamaktadır¹³¹⁴. Bu yüzdendir ki, Alman öğretisi ve yargı kararlarında, borçlunun rızasının geçmişe etkili olduğu görüşü, BGB § 184 hükmünde rızayı geçmişe etkili kılan genel bir hüküm mevcut olduğu hâlde, bu hükmün kıyasen uygulanmasına dahi karşı çıkılarak, reddedilmiştir ve nitelik teorisi çerçevesinde borçlunun rızasının ileriye etki doğuracağı hâkim görüş olarak yerleşmiştir. Alman Federal Mahkemesi, ileriye etki görüşü çerçevesinde ara dönemde kazanılan hakların korunmasını o kadar önemsemiştir ki, devir yasağı kavramını tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak nitelendirmekten dahi çekinmiştir; çünkü böyle bir nitelendirmenin Alman hukukunda beraberinde getireceği (BGB § 135) nispi etkisizlik yaptırımının tipik özelliği devir işleminin baştan itibaren hukuki sonuç doğurması, borçlu dışında kimsenin devrin geçersiz olduğu iddiasını ileri sürememesidir¹³¹⁵.

Borçlunun alacağın devri işlemine katılma hakkı elde edebilmesi BK 183/I hükmünün devir yasağı anlaşılmasına tanıdığı mutlak etki sayesinde mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun katılma hakkı, kanundan kaynaklandığı kadar tarafların iradesinden de kaynaklanmaktadır. BK 183/I hükmüne dayanan yönü itibarıyla, borçlunun rızası her ne kadar, alacağın devri işleminin geçerlilik kazanmasını sağlayan bir yasal koşul niteliği taşımakta olsa da, alacağın devrinin hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağı sorununun çözümünde, devir yasağının alacaklı ve borçlunun ortak iradesinden kaynaklanan yönü belirleyici olmalıdır. Bu nedenle, iradi koşula ilişkin

¹³¹³ Bu konuda bkz. yukarıda s. 319 vd. Belirtelim ki, Berger, borçlunun alacak hakkı üzerinde devir işleminin hüküm doğurmasına imkân veren bir tasarruf yetkisine sahip olduğu şeklindeki görüşünü öne sürerken (Berger'in bu görüşü için bkz. yukarıda s. 287 vd), aslında, ara dönemdeki çatışan tasarrufların geçerliliğini koruma hedefine yönelmektedir. Bkz. s. 291.

¹³¹⁴ Yasal koşulun geçmişe etkili olduğu hâllerdeki ara dönemdeki tasarrufların korunması sorunu hakkında bkz. Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 102-106.

¹³¹⁵ Bkz. s. 258 vd.

BK 170/II hükmü kıyasen uygulanmalı¹³¹⁶, alacağın devri borçlunun rızası anından başlayarak ileriye etkili olarak hükümlerini doğurmalıdır¹³¹⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere, alacaklı ile borçlu, anlaşmaya aykırı devri geçerli hâle getirmek için başka bir imkândan daha yararlanabilir: Diledikleri takdirde, yeni bir sözleşme yaparak devir yasağını kaldırabilirler. Devir yasağının sözleşme ile kaldırılması üzerine, askıdaki alacağın devri işleminin ileriye etkili olarak hüküm doğuracağı oybirliği ile kabul edilmektedir¹³¹⁸. Geçmişe etkinin meydana gelip gelmeyeceği, yalnızca, borçlu tarafından -belirli bir devir işlemine özgü ve tek taraflı olarak- devre onay beyanında bulunulması ve alacağın devir yasağı ile yüklü olarak devralana geçirilmesi imkânı bakımından tartışma konusudur. Bu tartışma açısından bu çalışmada varılan sonuç şudur: Alacaklı ve borçlu arasındaki bir sözleşme ile devir yasağının tamamen kaldırdığı ihtimalde dahi, alacağın devri işlemi ileriye etkili olarak geçerlilik kazanabildiğine göre; üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımlarını kayba uğratarak daha ağır sonuçlara yol açabilecek olan geçmişe etki sonucunu, borçlunun tek taraflı irade beyanıyla meydana getirebilmesi mümkün olmamalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, anlaşmaya aykırı devir işleminin, devir yasağının sözleşme ile tamamen kaldırılması ihtimalinde ileriye etkili olarak, borçlunun tek taraflı olarak onay beyanından bulunması ihtimalinde geçmişe etkili olarak hüküm doğuracağının kabul edilmesi hukuki belirsizliğe sebep olur. Öğretide, geçmişe etkiyi savunan bir görüş çerçevesinde şu ifade edilmiştir: Taraflar (devreden, devralan ve borçlu) diledikleri takdirde, borçlunun tek taraflı rıza açıklamasında bulunması ve önceden gerçekleşmiş alacağın devri işleminin geçmişe etkili olarak geçerli hâle getirilmesi yoluna başvurulabilirler; alternatif olarak, devir yasağının devreden ile devralan arasında sözleşme

¹³¹⁶ İradi koşula ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin istisnai hâllerde ve kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça yasal koşul bakımından da uygulanabileceği görüşünde: Sirmen, **Şart**, s. 86. BK 171 (eBK 150) hükmünün kıyasen yasal koşul bakımından uygulanabileceği görüşünde: Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 98.

¹³¹⁷ Geciktirici koşula bağlı tasarruf işlemi koşulun gerçekleşmesiyle ileriye etkili olarak hüküm doğurur. Taraflar aralarındaki anlaşma ile tasarruf işleminin geçmişe etkili hüküm doğurmasını sağlayamazlar; sadece tasarruf işlemi geçmişe etkili hüküm doğursaydı oluşacak olan hukuki durumu sağlamayı karşılıklı olarak borçlanabilirler. Bkz. Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 91.

¹³¹⁸ Geçmişe etki görüşü yalnızca yetkisiz temsil hükümlerine dayanılarak ileri sürülmüştür. Schuln/Vogt'a ait bu görüş için bkz. s. 280 vd.

yapılarak tamamen kaldırılması ve önceden gerçekleşmiş alacağın devri işlemine ileriye etkili olarak geçerlilik kazandırılması yoluna da gidebilirler¹³¹⁹. Bu görüşün bir avantaj olarak takdim ettiği seçimlik yapı, aslında, hukuki belirsizliğin ta kendisidir ve her iki ihtimalde de -borçlunun devre onay vermesi veya devir yasağının sözleşme ile tamamen kaldırılması üzerine- devrin ileriye etkili olarak hüküm doğuracağı kabul edilerek bu belirsizliğin önüne geçilmesi gerekmektedir.

Son olarak, İsviçre öğretisinde Schulin/Vogt tarafından önerilen şekilde¹³²⁰, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan devir işleminin, aynı zamanda, devredenin borçlu adına yetkisiz temsilci olarak hareket edip kendisi ile devir yasağının kaldırılması konusunda sözleşme yaptığı şeklinde anlamlandırılması ve borçlunun devre onay verirken aslında temsil olunan sıfatıyla devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeye onay verdiğinin düşünülmesi, tarafların irade beyanlarına ilişkin haddinden fazla yaratıcı bir yorum tarzı oluşturmakta; dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan, tarafların açık irade beyanlarıyla böyle bir yolu izlemesi ihtimalinde dahi, borçlunun onayı ileriye etki doğurmalıdır. Zira, bu çalışmada yukarıdaki gerekçelerden ötürü borçlunun onayının ileriye etki doğuracağı görüşü üstün tutulmaktadır. Şu hâlde, taraflarca böyle bir hukuki yapıya başvurulması, borçlunun onayının geçmişe etki doğurması sonucuna ulaşmak için yetkisiz temsil hükümlerinin dolanılması sayılmalıdır.

e. Alacaklının Devralana Devrin Geçerliliğini Sağlamaya Yönelik Her Türlü İşlemin Yapılması Konusunda Temsil Yetkisi Verdiğinin Kabul Edilebilmesi

Nitelik teorisi çerçevesinde, alacaklının devir beyanı ve borçlunun onay beyanı, devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeyi kurmaya yönelik icap ve kabul beyanları olarak yorumlanmakta; devralanın devir yasağının kaldırılmasına yönelik icap beyanını borçluya yöneltirken, devredenine adına ve hesabına bir temsilci ya

¹³¹⁹ Dörner, s. 144.

¹³²⁰ Bkz. s. 281.

da bir ulak olarak hareket ettiği ifade edilmektedir¹³²¹. Yukarıda, alacaklının devir beyanı ve borçlunun onay beyanının devir yasağının tamamen kaldırılması konusundaki sözleşmeye icap veya kabul şeklinde yorumlanmasının bir taraftan her somut durumda mümkün olmayabileceği, diğer taraftan devralan nezdinde güvensizliğe yol açabileceği fikri benimsenmiştir¹³²². Bununla birlikte, nitelik teorisine ait, devralanın borçluya ifa talebinde bulunurken devredenin temsilcisi olarak hareket ettiği şeklindeki yorum şeklinden yararlanılması mümkündür. Şöyle ki, askıdaki devir işleminin borçlunun onayıyla geçerlilik kazanmasında kural olarak hem devredenin hem de menfaati bulunmamaktadır¹³²³. Bu yüzden, alacaklı bir devir beyanında bulunduğunda, alacaklının, devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik her tür işlemin yapılması konusunda devralana sınırlı bir temsil yetkisi de verdiği, prensip olarak, kabul edilebilir. Devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik işlem, örneğin, borçluya karşı ifa talebi ile dava açılmasıdır. Borçlunun açılan davada devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmemesi, örtülü rıza anlamında gelerek, devir işleminin geçerlilik kazanmasını sağlanacaktır. Bu açıdan, devralan borçluya karşı ifa talebi ile dava açtığında, kural olarak, sadece kendi adına ve menfaatine olarak değil, aynı zamanda, devredenin adına ve menfaatine olarak da hareket etmektedir. İleride görülecektir ki, devralanın devrin geçerliliğini sağlama konusunda devreden adına her tür işlemi yapmaya yetkili olduğunun düşünülmesi, borçlunun alacağın devrine rıza vermekten kaçınması hâlinde, hakkın kötüye kullanılması yasağının (MK 2/II) nasıl uygulanacağı açıklanırken fayda sağlamaktadır¹³²⁴.

¹³²¹ Bkz. s. 277 vd.

¹³²² Bkz. s. 313 vd.

¹³²³ Devredenin menfaatinin askıdaki devrin geçersiz hale gelmesi yönünde olması ihtimali de mevcuttur. Bkz. s. 352.

¹³²⁴ Bkz. s. 351 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVİR YASAĞI ANLAŞMASININ HUKUKİ ETKİLERİ, GEÇERLİLİĞİ VE YORUMU

I. Devir Yasağı Anlaşmasının Hukuki Etkileri

A. Alacak Üzerindeki Tasarruf Yetkisine Etkisi

1. Genel Olarak

Gerekçeleri yukarıda açıklandığı üzere, devir yasağı anlaşması, alacak üzerindeki devir yetkisini sınırlandırarak bir tasarruf yetkisi kısıtlaması oluşturmaktadır¹³²⁵.

Devir yasağı borç ilişkisinin kuruluşu sırasında veya borç ilişkisi kurulduktan sonra kararlaştırılabilir¹³²⁶. Devir yasağının borç ilişkisi kurulmadan önce kararlaştırılmasına da engel bulunmamaktadır. Örneğin, gelecekte kurulacak münferit kredi sözleşmelerinin tabi olacağı hükümlerin düzenlendiği bir çerçeve sözleşmede bir devir yasağı kaydına yer verilmesi mümkündür.

Devir yasağı alacağın doğumundan önce veya sonra kararlaştırılabilir¹³²⁷. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere, devir yasağı anlaşmasının alacak üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi, alacağın doğumundan önce mi yoksa alacağın doğumundan sonra mı yapıldığına bakılarak birbirinden farklı değerlendirilmektedir.

¹³²⁵ Tasarruf yetkisi sınırlaması tespiti için bkz. Özakman, s. 23; Nomer, N. 242; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 58a; Stauder/Stauder, s. 295; Brütt, s. 70; Thiele, s. 232; Raible, s. 33; Dörner, s. 142; Hadding/van Look, s. 13; Berger, s. 246; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Medicus/Lorenz, § 59, N. 796; Medicus/Petersen, § 45, N. 676; Schmidt, § 18, N. 67; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Looschelders, § 52, N. 1189; Goldmann/Lilienthal, s. 178; Wünschmann, s. 222; Esser/Schmidt, s. 309; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Scholz, s. 1837; Canaris, **Abtreuungsverbot**, s. 11, s. 34-35. Bu çalışmada tasarruf yetkisi sınırlaması tespitinin dayandırıldığı gerekçeler için bkz. s. 306.

¹³²⁶ Birsén, s. 583; Eren, N. 3868; Becker, Art. 164, N. 44; Spirig, Art. 164, N. 146; von Büren, s. 323; B.Berger, N. 2102; Dernburg, s. 380; Planck/Siber, § 399, N. 2; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Serick, **Bd. II**, s. 289; Staudinger/Busche, § 399, N. 53; RGRK/Weber, § 399, N. 38; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; BeckOK/Rohe, § 399, N. 11.

¹³²⁷ Arsebük, s. 1066; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Feyzioğlu, s. 632; Özakman, s. 22; Tunçomağ, s. 1084; Tekil, s. 242; Aybay, s. 190; Funk, Art. 164, N. 4; Becker, Art. 164, N. 44; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 18; von Tuhr/Escher, s. 347; Engel, s. 877; Schuln/Vogt, s. 614, ayrıca dn. 29; Bucher, § 31, s. 541; Tercier/Pichonnaz, N. 1683; B.Berger, N. 2102; RGRK/Weber, § 399, N. 38; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; Furtner, s. 186; Larenz, § 34, s. 581; Hadding/van Look, s. 2.

2. Alacağın Doğumundan Sonra Kararlaştırılması Hâlinde

Alacağın doğumundan sonra yapılan bir devir yasağı anlaşması ile alacaklı, alacak hakkı üzerindeki devir yetkisinden feragat ederken, borçlu da alacaklının bu feragatini kabul etmektedir. Bu şekilde, alacak hakkı üzerinde doğrudan bir etki meydana getirilerek devir konusundaki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta ve alacağın malvarlığı değeri azaltılmaktadır. Bu açıdan, alacağın doğumundan sonra devir yasağı kararlaştırılması, bir tasarruf sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹³²⁸.

Alacağın doğumundan sonra kararlaştırılan devir yasağı ileriye etkili olarak hüküm ifade eder¹³²⁹. Doğmuş bir alacağa ilişkin devir işlemi (BK 188/I hükmünün uygulanması için aranan koşullar gerçekleşmiş olmadığı takdirde¹³³⁰) sonradan devreden ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılarak geçersiz hâle getirilemez. Doğmuş alacak hakkının tekrar başkasına devredilmesini engellemek isteyen borçlu, devir yasağı anlaşmasını artık devralan ile yapmalıdır; çünkü alacak hakkı devir sonucu devralanın malvarlığına geçmiştir ve alacak üzerindeki tasarruf yetkisi devralana aittir.

3. Alacağın Doğumundan Önce Kararlaştırılması Hâlinde

Alacağın doğumundan önce yapılan devir yasağı anlaşmasının bir tasarruf sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığı öğretide tartışmalıdır:

Bir görüşe göre, alacak hakkı doğarken devir yeteneğine sahiptir; devir yasağı anlaşması alacak hakkını değişikliğe uğratar; onu sonradan devir yeteneği kısıtlı bir hakka dönüştürür. Bu görüş, devir yasağı anlaşmasının tasarruf sonucunu hangi anda

¹³²⁸ Schulin/Vogt, s. 614, dn. 30; Raape, s. 175; Staehelin, s. 390; Rolf Serick, **Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. V: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübereignung, Zweiter Teil: Erweiterungsformen und Dritter Teil: Sonstiges**, Heidelberg 1982, s. 583 vd; Joachim Hennrichs, “Kollisionsprobleme bei der (Voraus-) Abtretung zukünftiger Forderungen”, **Juristen Zeitung**, Jg. 48, 1993/5, s. 225-231, s. 230; Willoweit, s. 557. Doğmuş alacak - gelecekteki alacak ayrımı yapmaksızın devir yasağı anlaşmasının tasarruf işlemi niteliği taşıdığı konusunda bkz. Martin, s. 17; Stauder/Stauder, s. 295; Mayrhofer, II, s. 172.

¹³²⁹ Adrian Staehelin, “Zur Abtretung künftiger Forderungen”, **Mélanges Pierre Engel**, (ed.) F. Dessemontet, P. Piotet, Lausanne 1989, s. 381-392, s. 390. Alacağın doğmuş olup olmaması bakımından ayrım yapmaksızın devir yasağı anlaşmasının ileri etki doğuracağı yönünde: Şener, s. 78; Becker, Art. 164, N. 44; Spirig, Art. 164, N. 189; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20; Stauder/Stauder, s. 295. Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi’nin bu doğrultudaki kararı için bkz. ZR 79/1980 s. 312, 313-314.

¹³³⁰ Bkz. s. 363 vd.

meydana getireceği meselesini, tasarruf işleminin en erken tasarruf yetkisinin kazanılması anında hükümlerini doğuracağı düşüncesi göre, şöyle çözümlemektedir: Doğmamış bir alacağa ilişkin devir yasağı anlaşması tasarruf sonucunu en erken, alacak üzerinde tasarruf yetkisinin kazanıldığı, alacağın doğumu anında meydana getirir. Buna göre, devir yetkisinin kısıtlanması konusundaki tasarruf işleminin hükümleri alacağın doğumu anına kadar askıda kalır. Devir yasağı anlaşması alacağın doğumu ve alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin kazanılması anında tasarruf sonucu yaratır. Alacak hakkı, doğumu sırasında mantıksal bir an için sahip olduğu devir yeteneğini devir yasağı anlaşmasının tasarruf sonucunu doğurması ile yitirir ve devir yeteneği kısıtlı bir hakka dönüşür¹³³¹.

Hâkim görüşe göre, doğumundan önce devir yasağı kararlaştırılması hâlinde alacak hakkı daha en baştan devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak doğar. Alacak hakkının önce devredilebilir bir hak olarak doğması ve devir yeteneğini sonradan kaybetmesi şeklinde tasarrufi bir etki meydana gelmez. Devir yasağı anlaşması ile alacağın doğumundan önce devir yeteneğinin kısıtlanabilir olması, bu anlaşmanın bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesini zorunlu kılmaz. Böyle bir anlaşma, yalnızca alacaklı ile borçlu arasındaki dar anlamda borç ilişkisinin içeriğini belirlemektedir. Dar anlamda borç ilişkisinin kuruluşu sırasında değil daha sonra yapılması hâlinde, dar anlamda borç ilişkisi üzerinde değişiklik meydana getirmekte; bu açıdan bir değiştirme sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Taraflar bir değiştirme sözleşmesi ile dar anlamda borç ilişkisinin içeriğini belirlemek; gelecekte doğacak alacak hakkının sınırlı bir devir yeteneğine sahip olmasını kararlaştırmaktadır¹³³².

¹³³¹ Staehelin, s. 390; Serick, **Bd. V**, s. 583 vd; Hennrichs, s. 230. Devir yasağının alacağın doğumundan önce kararlaştırıldığı ihtimalde, alacağın değerinin daha doğumu sırasında azaldığı yönünde: Schuln/Vogt, s. 614, dn. 29.

¹³³² Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 118; Crome, s. 326, dn. 16; Planck/Siber, § 399, N. 2; Raible, s. 67; Hadding/van Look, s. 7; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 100; Staudinger/Busche, § 399, N. 53, N. 59; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 38; Looschelders, § 52, N. 1190. Katılma teorisi tarafından da devir yasağı anlaşmasının dar anlamda borç ilişkisi üzerindeki etkisi bir içerik belirlemesi veya değişikliği olarak ifade olunmaktadır: Thiele, s. 240; Dörner, s. 142-144. Ayrıca bkz. s. 281. Devir yasağı anlaşmasının gelecekteki alacak hakkı üzerindeki hukuki etkisinin belirlenmesi bakımından, katılma teorisinin mi yoksa nitelik teorisinin mi tercih edildiği fark yaratmaz. Nitelik teorisine mensup yazarlar, alacak hakkının en baştan niteliği devre engel bir alacak hakkı olarak doğduğunu ifade etmektedir. Bu ifade şekli, katılma teorisine bağlı kalındığında şöyle değişecektir: Alacak hakkı, daha en baştan, devir yeteneği kısıtlı (borçlunun rızasına bağlı) bir alacak hakkı olarak doğmaktadır. Alacaklının devir konusundaki tasarruf yetkisi, daha alacağın doğumu sırasında sınırlıdır.

Bu konudaki görüş ayrılığı, gelecekteki bir alacağı konu alan bir devir işlemi yapıldıktan sonra, aynı alacak için bir devir yasağı kararlaştırılarak, alacağın devralanın malvarlığına geçişinin önlenip önlenemeyeceği sorununun çözümünde belirleyici olmaktadır:

Bu sorun, alacak hakkının en başta devredilebilir bir hak olarak doğduğunu ve devir yeteneğini sonradan yitirdiğini ileri süren birinci görüş tarafından, şöyle çözümlenmektedir: Hem gelecekteki alacağa ilişkin devir işlemi hem de devir yasağı anlaşması, tasarruf sonucunu en erken alacağın doğumu anında (alacak üzerinde tasarruf yetkisinin kazanıldığı anda) meydana getirir. Dolayısıyla, doğmamış alacak üzerinde, devir yasağı anlaşmasının meydana getireceği tasarruf sonucu, aynı alacağı konu alan bir devir işleminin meydana getireceği tasarruf sonucu ile aynı anda, fakat birbirine tamamen zıt yönde olarak ortaya çıkar. Bu görüşe göre, devir işlemi ile devir yasağı anlaşması arasındaki bu çatışma¹³³³, zamansal öncelik prensibi uygulanarak giderilmelidir. Buna göre, devir işlemi ile devir yasağı anlaşması, yapıldıkları tarihlere bakılarak karşılaştırılmalı; hangi işlem daha erken tarihte yapılmış ise o işlem öncelikli olarak hükümlerini doğurmalıdır. Bu görüşe göre, gelecekteki bir alacağı konu alan bir devir işleminin hükümlerini doğurması, sonraki tarihte yapılan bir devir yasağı anlaşması ile engellenemeyecektir. Çünkü, alacaklı devir yasağının hüküm doğurması için gerekli tasarruf yetkisini, devir işleminin önce hükümlerini doğurması sonucu, kaybetmiştir¹³³⁴. Bu görüş çerçevesinde, gelecekteki alacağın devrinden sonra devir yasağı kararlaştırılması, devralanın beklenen hakkını ihlal eden bir tasarruf işlemi niteliğinde (BK 171/III) görülerek geçersiz sayılmaktadır¹³³⁵. Bunun sonucunda, borçlu,

¹³³³ Bu görüş, gelecekteki alacağa ilişkin devir işlemi ile devir yasağı anlaşmasının hükümleri arasında ortaya çıkan çatışmanın, gelecekteki alacağın birden fazla kişiye devri hâlindeki çatışmaya veya gelecekteki alacağın devri ile devrinden sonraki bir tarihte devreden malvarlığında haczi hâlinde ortaya çıkan çatışmaya benzer olduğunu belirtmektedir: Staehelin, s. 391.

¹³³⁴ Staehelin, s. 390-391; Serick, **Bd. V**, s. 583 vd; Hennrichs, s. 230. Staehelin'e göre (s. 391) bu bağlantı çerçevesinde, mevcut ve gelecekteki alacaklar ayırımına gerek kalmaz. Önemli olan sadece hukuk güvenliğinin temin edilmesidir.

İsviçre hukukunda, gelecekteki alacakların devri ile sonradan kararlaştırılan devir yasağı arasındaki çatışma, işçi ücreti alacakları bakımından tartışma konusu olmuştur. Hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin revizyonu ile birlikte tartışmanın İsviçre hukuku bakımından da önemini yitirdiği belirtilmektedir. Bkz. Guhl/Koller, § 34, N. 23.

¹³³⁵ BGB § 161 I hükmüne atıfla bu yönde: Hennrichs, s. 230.

devir yasağı anlaşmasına rağmen ve bu anlaşmanın yapılması münhasıran onun menfaatine olduğu hâlde, devralana ifada bulunmakla yükümlü olmaktadır¹³³⁶.

Aynı hukuki sorunun çözümünde, öğreti ve yargı kararlarında hâkim olan görüş, alacak hakkının daha en başta devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak doğduğu fikrine bağlı kalmaktadır. Bu görüşe göre, devir yasağı anlaşması sonucu alacak hakkının daha en baştan devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak doğması, devir işleminin hüküm doğurmasına engel oluşturur. Taraflar bu yolla doğmamış alacak hakkını önceden yapılan devir işleminin kapsamı dışına çıkarılabilir¹³³⁷. Bu görüş çerçevesinde -devir işleminin geçerliliğinin alacağın doğması koşuluna bağlı olduğu gerekçe gösterilerek- BK 171/III hükmüne dayanılması ve bu hüküm uyarınca alacağın doğumundan önce ancak devirden sonra kararlaştırılan devir yasağının devrin hükümlerini zedelediği oranda geçersiz sayılması söz konusu olamaz; devralanın beklenen hakkı, devreden borçlusu ile kararlaştırdığı devir yasağı karşısında koruma görmez¹³³⁸. Doğmamış alacağa ilişkin devir işleminin dayandığı sözleşmede, devreden, borçlu ile bir devir yasağı kararlaştırmayacağını devralana taahhüt etmiş ve sonradan bu taahhüdüne aykırı olarak borçlu ile bir devir yasağı kararlaştırmış olsa bile, bu taahhüde dayanarak devralan borçludan herhangi bir talepte bulunamayacaktır¹³³⁹.

Hâkim görüşün savunduğu bu çözüm tarzı, öğretide, alacaklının, borçlu ile bir devir yasağı kararlaştırarak, önceden yaptığı gelecekteki alacağın devri işleminin hüküm doğurmasını engelleme imkânı yarattığı gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir¹³⁴⁰. Ancak bu eleştiri yapılırken temel bir nokta gözden kaçırılmaktadır: Devreden başka davranışları ile de devir işleminin hüküm doğurmasını engellemesi mümkün olabilir. Borçlu ile sonradan devir yasağı kararlaştırılarak devrin hüküm doğurmasının

¹³³⁶ Staehelin, s. 391.

¹³³⁷ Özakman, s. 72; Engin, s. 117; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 118; Şener, s. 81; Özcan Günergök, **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, İstanbul 2014, s. 222; Jeanprêtre, s. 20; Bucher, § 31, s. 541, dn. 20; Spirig, Art. 164, N. 149; Huguenin, N. 1360; Schwenzler, N. 90.24; Guhl/Koller, § 34, N. 23; Stauder/Stauder, s. 295; RGRK/Weber, § 399 N. 39; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 87, N. 100; Staudinger/Busche, § 399, N. 59; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 38; Erman/Westermann, § 399, N. 2; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Looschelders, § 52, N. 1190; Berger, s. 258. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 112 II 241, E. 2; BGE 4A_133/2009, 03.06.2009, E. 2.2. Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi'nin bu doğrultudaki bir kararı için bkz. ZR 79/1980, s. 312, s. 315. Aynı yöndeki Alman mahkeme kararları için bkz. RGZ 97, 76; BGH, NJW 1980, 2245; BGH, NJW 1958, 1281.

¹³³⁸ Özakman, s. 72. BGB § 161 I hükmüne atıfla aynı yönde: Hadding/van Look, s. 7.

¹³³⁹ Spirig, Art. 164, N. 149.

¹³⁴⁰ Staehelin, s. 390.

önüne geçilebilir olması bu konudaki tek tehlike değildir. Gelecekteki alacakların devri söz konusu olan hâllerde, devir konusu alacağın doğup doğmaması veya kararlaştırılan içerikte doğması üzerinde, devreden devir iradesini açıkladıktan sonraki davranışları çeşitli biçimlerde etkili olabilmektedir. Bu konuda, devreden açısından, yalnızca, devir işleminin hüküm doğurmasına engel olmama yükümlülüğü söz konusudur¹³⁴¹. Bunun dışında, gelecekteki bir alacağın devredilmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğünü sınırlandırıcı bir etki doğurmamaktadır¹³⁴². Alacak hakkı, sadece devre konu edilebilir bir malvarlığı değerini değil, aynı zamanda bir dar anlamda borç ilişkisini de ifade etmektedir. Alacağın doğumuna kadar olan dönemde, devreden ile borçlu anlaşarak, nasıl alacağın vadesini erteleyebilir, miktarını azaltabilirse, aynı şekilde alacağın devrini de engelleyebilir¹³⁴³.

Doğmamış bir alacağın devrinden sonra, devreden ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılması prensip olarak en geç devir konusu alacağın doğumu anına kadar mümkündür¹³⁴⁴. Alacağın doğumundan sonra, devir yasağı ancak borçlu ile devralan arasında kararlaştırılmış olduğu takdirde geçerli olarak hüküm doğurur. Çünkü, alacak hakkı doğumu anında devralanın malvarlığına geçer; bu andan itibaren alacaklı sıfatı devredene değil devralana ait olur¹³⁴⁵. Bununla birlikte, aşağıda görüleceği üzere, borçlunun alacağın devrini öğrenmesine kadar olan dönemde, borçlu ile devreden arasında alacağın doğumundan sonra devir yasağı kararlaştırılması BK 188/I hükmü uyarınca geçerli sayılmaktadır¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ Özakman, s. 71-72; Engin, s. 117. Devir yasağının gelecekteki alacağın devrinden sonra kararlaştırılmış olmasının devreden garanti sorumluluğuna etkisi hakkında bkz. aşağıda s. 391 vd.

¹³⁴² Hadding/van Look, s. 7; Berger, s. 258; Günergök, s. 222.

¹³⁴³ MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 38.

¹³⁴⁴ Özakman, s. 23; Şener, s. 81; Staudinger/Busche, § 399, N. 59; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; CR-Probst, CO 164, N. 33, dn. 110. Ayrıca bu yönde: BGE 112 II 241, E. 2; BGE 4A_133/2009, 03.06.2009, E. 2.2; BGE 4A_616/2012, 19.02.2013, E. 5.1.

¹³⁴⁵ Bkz. s. 358 vd.

¹³⁴⁶ Bkz. s. 363 vd.

B. Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sonuçları Üzerindeki Etkileri

1. Tasarruf İşlemi Bakımından

a. Devrin Askıda Hükümsüz Olması ve Borçlunun Rızası ile Geçerli Hâle Gelebilmesi

(1) Askıda Hükümsüzlüğün Genel Özellikleri ve Borçlunun Rızasının Hukuki Niteliği

Tezin II. bölümündeki devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği hakkındaki araştırma neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır: Borçlu ile alacaklı arasında bir devir yasağı kararlaştırılan hâllerde, alacağın devri işleminin geçerliliği kanun tarafından borçlunun katılımına bağlanmakta, devir işleminin geçerlilik şartları arasına borçlunun rızası bir tamamlayıcı unsur (yasal koşul; kanuni şart) olarak eklenmektedir. Bu açıdan, alacaklı ve borçlu arasındaki anlaşmada alacağın devrinin tamamen engellenmesi ile devrin borçlunun rızası ile yapılabileceğinin kararlaştırılması arasındaki hiçbir fark yoktur. Borçlu, alacaklı ile arasındaki devir yasağı anlaşmasına BK 183/I hükmünün mutlak etki tanınması sayesinde, alacağın devrine katılma hakkı elde etmektedir¹³⁴⁷.

Alacağın devrinin sözleşme ile yasaklandığı hâllerde alacak hakkı borçlunun rızası alınarak devredilebilir. Borçlu alacağın devrine rıza verdiğini devir işlemi yapılmadan önce izin şeklinde açıklayabilir. Bu ihtimalde, devir işlemi yapıldığı an itibarıyla hükümlerini doğurur. Borçlunun izni alınmaksızın yapılan bir alacağın devri işleminin geçerliliği ise askıdadır: Borçlu onay (icazet) verirse geçerlilik kazanır; borçlunun onay vermediğinin anlaşılması üzerine kesin hükümsüz hâle gelir¹³⁴⁸. Hâkim, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızasının eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olduğunu resen göz önüne almak durumundadır¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ Bkz. s. 316 vd.

¹³⁴⁸ Thiele, s. 239; Dörner, s. 142; Hadding/van Look, s. 14; Berger, s. 309; RGRK/Weber, § 399, N. 15; von Falkenhayn, s. 135. Aynı anlama gelecek şekilde bkz. Medicus¹⁶, § 62, N. 718; Erman/Wesermann, § 399, N. 3. İsviçre hukuku bakımından bu hâlde açıkça askıda hükümsüzlük bulunduğu yönünde: B.Berger, N. 2103. İleri etki sonucunun çıkarımı hakkında bkz. s. 324 vd.

¹³⁴⁹ Askıda hükümsüzlüğün hâkim tarafından resen nazara alınacağı yönünde: Güral, s. 147; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, N. 314; Oğuzman/Barlas, N. 769.

Devrin geçerliliği üzerinde meydana getireceği etki göz önüne alındığında borçlunun alacağın devrine katılma hakkının bir yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı anlaşılr. Bu yenilik doğuran hak borçlunun malvarlığında yer almaktadır. Borçlunun, alacaklı tarafta meydana gelmesi muhtemel değişiklikleri kontrol etmekteki ekonomik menfaatleri, alacağın devrine katılma hakkı ile temin edilmektedir¹³⁵⁰. Borçlunun askıdaki alacağın devri işlemini onaylaması tek taraflı ve yenilik doğuran hukuki işlem niteliğine sahiptir¹³⁵¹.

Borçlu onay beyanını devredene veya devralana karşı yöneltebilir¹³⁵². Borçluya, devre onay verip vermediğini açıklaması için, genellikle, devreden değil devralan talepte bulunur. Bu ise çoğu kez alacağın ifasını talep görünümünde ortaya çıkar. Devralan borçludan ifayı isterken zımnen ondan devre onay verip vermediğini açıklamasını da ister. Borçlunun onay beyanını doğrudan kendisinden ifa talebinde bulunan devralana açıklaması devir işleminin geçerli hâle gelmesi için yeterlidir.

Alacaklı bir devir beyanında bulunduğunda, kural olarak, devralana devrin geçerliliği sağlamaya yönelik her türlü işlemi yapabilmesi konusunda sınırlı bir temsil yetkisi de verir. Devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik işlem, ilk planda, devralan tarafından borçluya karşı ifa talebi ile dava açılmasıdır¹³⁵³. Borçlunun kendisi aleyhine açılan davada devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmemesi, devre örtülü rıza anlamına gelerek, askıdaki devir işleminin geçerlilik kazanmasını sağlayacaktır¹³⁵⁴. Devralanın devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik her türlü işlemin yapılması

¹³⁵⁰ Bkz. s. 320.

¹³⁵¹ Borçlunun devre rıza açıklamasının yenilik doğuran bir etki meydana getirdiği konusunda: Thiele, s. 298. Bir işlemin geçerliliğinin kanunen rıza koşuluna bağlandığı hâllerde, rıza verme hakkı bir yenilik doğuran hak, rıza verme işlemi ise bir yenilik doğuran işlem olarak nitelendirilmektedir. Yasal temsil bakımından: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, N. 300; Mustafa Dural / Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku, C. II: Kişiler Hukuku**, 20. Bası, İstanbul 2019, N. 454. İradi temsil bakımından: Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 762; Eren, N. 1412-1413; Nomer, N. 95. Bir hukuki işlemin geçerliliğinin kanunen rıza koşuluna bağlandığı hâllerde, rızanın izin olarak baştan açıklanmasının, aynı temsil yetkisi verilmesi gibi, bir yetkilendirme işlemi olduğu, icazet olarak sonradan açıklanmasının ise bir yenilik doğuran işlem niteliği taşıdığı görüşünde: Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 8, N. 4.

¹³⁵² Yetkisiz temsil bakımından bu yönde: Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 762; Eren, N. 1412; Nomer, N. 95.

¹³⁵³ Temsil ilişkisinin kurulması hakkında bkz. s. 328 vd.

¹³⁵⁴ Bu konuda bkz. s. 344; s. 362.

konusunda devredeni temsile yetkili olduğunun varsayılması, aşağıda, borçlunun devralana karşı ileri sürdüğü devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK 2/II) ile denetlenmesi sırasında önem kazanmaktadır¹³⁵⁵.

Onay beyanı karşı tarafa varması ile hüküm ifade eder¹³⁵⁶; bu andan itibaren askıdaki devir işlemi ileriye etkili olarak geçerli hâle gelir. İleri etki doğuracağı için, devir anı ile rıza anı arasındaki dönemde üçüncü kişilerin elde edeceği haklar saklı kalır¹³⁵⁷. Özellikle, bu ara dönemde üçüncü kişiler lehine gerçekleştirilen haciz işlemleri geçerliliğini korur.

Alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabi olduğu (BK 184/I) hâlde, borçlunun rızası bakımından özel bir geçerlilik şekline uyulması aranmaz¹³⁵⁸. Bunun dışında kalan konularda rıza işleminin geçerliliği genel esaslara göre değerlendirilecektir. Örnek olarak, irade sakatlığı nedeniyle iptali söz konusu olabilir¹³⁵⁹.

Borçlunun rıza vermeyeceğinin anlaşılması üzerine askıdaki devir işlemi kesin hükümsüz hâle gelir. Bu hâlde de devrin geçersizliğine sadece borçlu tarafından değil, aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından da dayanılabilir. Alacak hakkı devreden malvarlığında kalır; devreden alacaklıları tarafından haczedilebilir. Alacaklı, önceden olduğu gibi, alacağın ifasını yalnızca borçludan talep edebilir¹³⁶⁰.

(2) Alacağı Borçlunun Rızasıyla Devralanın Devir Yasağı ile Bağlılığı

Borçlu rıza vererek anlaşmaya aykırı devir işlemini geçerli hâle getirebilir; fakat devrine borçlu tarafından bir defa rıza verilmekle, alacak hakkı devir yasağı ile kısıtlı olmaktan kurtulup devredilebilir bir hakka dönüşmez. Devir yasağı anlaşmasına

¹³⁵⁵ Bkz. s. 351 vd.

¹³⁵⁶ Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, bütün irade beyanlarının kural olarak varma anında hüküm ifade edeceği kabul edilir: Kocayusufpaşaoğlu, § 15, N. 4.

¹³⁵⁷ İleri etki sonucunun çıkarımı hakkında bkz. s. 324 vd.

¹³⁵⁸ RGRK/Weber, § 399, N. 15. Ayrıca devir yasağının anlaşmasının geçerliliğinin şekle tabi olmadığı konusunda bkz. s. 450 vd.

¹³⁵⁹ Hata nedeniyle iptal gündeme gelebileceği yönünde: Wünschmann, s. 213.

¹³⁶⁰ Devrin kesin hükümsüz olmasına bağlı sonuçlar bu şekilde tarif edilmektedir. Türk ve İsviçre öğretinde bu yönde olarak bkz. s. 245 ve orada dn. 1041. Alman öğretisinde bu yönde olarak bkz. s. 272 ve orada dn. 1145.

aykırı bir alacak devri için borçlunun açıkladığı rızanın hukuki etkisi, askıda hükümsüz durumdaki somut bir devir işlemine geçerlilik kazandırmaktan ibarettir; devir yasağını tamamen ortadan kaldıran bir etki meydana getirmez¹³⁶¹.

Aşağıda açıklandığı üzere, alacağı devreden devir yasağının kaldırılmasını borçluya kabul ettirebilmesi de ihtimal dâhilindedir¹³⁶². Ancak, borçlunun gelecekte yapılması muhtemel devir işlemlerine ilişkin katılma hakkını korumayı arzu ettiği ve devir yasağının kaldırılmasına yönelik böyle bir anlaşmaya razı olmadığı durumlarda, devralan, borçlunun rızasıyla alacaklı sıfatını kazandığında devir yasağı anlaşması ile bağlı olur. Devir yasağı anlaşmasına aykırı belirli bir devre borçlunun rıza vermesi, alacak hakkının devir yasağı ile yüklü olarak devralana geçmesi sonucu doğurur¹³⁶³. Bu çerçevede, takip eden devirlerin geçerliliği ilk devir bakımından olduğu gibi değerlendirilir, yine devrin geçerliliği için borçlunun rızası aranır. Dolayısıyla, aynı alacağa ilişkin ikinci devir işleminde devralanın, devir yasağının tamamen kaldırıldığını, alacak hakkının devredilebilir bir hakka dönüştürüldüğünü varsaymaktaki güveni kural olarak koruma görmez.

Borçlunun, anlaşmaya aykırı bir devir işlemine rıza beyanı, şüphe hâlinde, yalnızca alacak hakkının devir yasağıyla birlikte geçmesine rıza olarak yorumlanmalıdır. Çünkü, belirli bir devir işlemine onay veren ve bu yolla alacak hakkının devralanın malvarlığına geçmesini sağlayan borçlunun gelecekteki menfaati, kural olarak, devralanın onun katılımı olmadan herhangi bir tasarrufta bulunamaması yönündedir¹³⁶⁴. Borçlunun bu konudaki menfaatinin korunması, devri sözleşme ile engellenmiş alacakların sınırlı da olsa tedavülünün sağlanabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Borçlu, anlaşmaya aykırı bir devre rıza verdiğinde, devir yasağı tamamen kalkacak ve alacak devredilebilir bir hakka dönüşecek olsa, pek tabii olarak, rıza vermekten kesin bir tarzda kaçınmayı tercih eder ve bu tutumunda haklı sayılır. Buna karşılık, alacağı devralan da devir yasağı ile bağlı kalacak ve böylelikle borçlu alacaklı taraf değişimi

¹³⁶¹ Thiele, s. 239; Dörner, s. 206-207; Berger, s. 308-309; Erman/Westermann, § 399, N. 3. Aynı doğrultuda: Wünschmann, s. 214, ayrıca bkz. s. 225. Buna karşılık, borçlunun devralana ifâda bulunarak devir yasağını kendisinin ortada kaldırdığı yönünde: 15. HD, 19.6.2013, E. 2013/275, K. 2013/3959 (Kazancı; Lexpera).

¹³⁶² Bkz. s. 358 vd.

¹³⁶³ Thiele, s. 239.

¹³⁶⁴ Dörner, s. 207.

üzerindeki kontrol yetkisini muhafaza etmeye devam edecek olursa, borçlu, devir yasağı kararlaştırılmasındaki başlıca menfaatini oluşturan, alacaklı olmayana ifa tehlikesinin ortadan kaldırılmasına olan menfaatini gerçekleştirir. Borçlunun alacaklı olmayana ifa tehlikesini (çifte ödeme riskini) bertaraf etmek dışında başka bir menfaati yoksa devre rıza vermekten kaçınması, aşağıda görüleceği üzere, hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır¹³⁶⁵.

(3) Çatışan Devirlerde Borçlunun Seçim Yetkisi

Alacak hakkının, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak birden çok kişiye birbiriyle çatışacak şekilde devredilmiş olduğu ihtimalde, borçlu, devirlerin sırası ile bağlı olmaksızın tercih ettiği herhangi bir devir işlemine rıza vererek geçerlilik kazanabilir. Borçlu hangi devre rıza vereceği konusunda bir seçim yetkisine sahiptir¹³⁶⁶. Borçlunun seçim yetkisine sahip olduğu Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir¹³⁶⁷.

Borçlu, örneğin, ilk değil ikinci sırada yapılan alacak devrini onaylamayı seçebilir. Bu yüzden, aynı alacağı ilk sırada devralan kişi, borçlunun ikinci sıradaki alacak devrine rıza vermeyeceğine hiçbir zaman güvenemez. Devri anlaşma ile yasaklanan

¹³⁶⁵ Bkz. s. 346 vd.

¹³⁶⁶ Dörner, s. 207; Berger, s. 308-309; RGRK/Weber, § 399, N. 15; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 32. Seçim yetkisinin dayanağı konusunda yukarıda bkz. s. 314 vd ile 323 vd. Nitelik teorisini benimseyen yazarlar da borçlunun seçim yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Brückmann, s. 441; Staudinger/Busche, § 399, N. 62; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12. Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; BeckOK/Rohe, § 399, N. 22; von Falkenhayn, s. 136. Ayrıca bkz. Şener, s. 86. Ancak nitelik teorisi bu yetkinin dayanağını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Bu konudaki eleştiri için bkz. s. 314 vd. Nispi etkisizlik teorisi (defi görüşü), esasen, hangi devrin geçerlilik kazanacağı konusunun borçlunun seçimine göre belirlenmesi gerektiği fikrini reddetmekte ve bu konuda zamansal öncelik prensibine bağlı kalmaktadır. Buna karşılık, borçlunun tercih ettiği kişiye ifada bulunarak borçtan kurtulabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, alacağı ilk sırada devralan kişi, borçlunun ifada bulunduğu sonraki sırada devralan kişiden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilecektir. Bkz. Scholz, s. 1838; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 12, s. 27. Dolayısıyla, birden fazla devir hâlinde borçlunun seçtiği kişiye ifada bulunabileceği, farklı gerekçelerle de olsa, öğretideki tüm görüşler tarafından kabul edilmektedir.

¹³⁶⁷ 11. HD, 11.12.2014, E. 2014/501, K. 2014/19582 (Kazancı; Lexpera). Bu kararda belediyenin borçlusu olduğu bir alacak hakkının devri borçlunun yazılı rızasına bağlanmıştır. Alacaklı tarafından aynı alacak hakkı iki kere devredilmiş, borçlu (belediye) ikinci devre onay vermiş ve borcu ödemiştir. İlk devirdeki devralan (banka) belediyeye kendisine ikinci bir ödeme yapması için başvurmuş, borçlunun sessiz kalarak, herhangi bir savunma ileri sürmüyerek ilk devre onay verdiğini ileri sürmüştür. Yargıtay ikinci devri geçerli saymıştır. Kararda, ikinci devrin geçerli sayılmasının gerekçesi şöyle açıklanmaktadır: İlk devirde devralan devre konu alacak için bir devir yasağı kararlaştırılmış olduğunu bilmektedir; bunu bildiği hâlde borçludan yazılı onay vermesi için talepte bulunmamıştır. Borçlunun rızası alınmadığı için ilk devir geçerlilik kazanamamıştır.

alacak hakkının birden fazla kişiye devri hâlinde devirler arasındaki çatışma zamansal öncelik prensibine¹³⁶⁸ göre değil, borçlunun iradesine göre giderilir.

Çatışan devirlerde, borçlunun seçim yetkisine sahip olması gerektiği düşüncesinin ardında yatan şudur: Borçlu, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devrine razı olsa bile, yeni alacaklının kim olacağını belirlemekte menfaat sahibidir. Örneğin, takas olanakları bakımından yeni alacaklının kim olacağı borçlu açısından fark yaratabilir. Borçlu, bir devir yasağı anlaşması yapılmasını alacaklıya kabul ettirerek, alacaklı taraf değişimini yönetebileceği bir katılma hakkına sahip olmuş; alacağın devri özgürlüğünü prensibine dayanan hukuk düzeninin kural olarak kendisine tanımadığı, borç ilişkisinin karşı tarafını serbestçe belirleme ve muhafaza etme hakkını, devir yasağı anlaşması ile temin etmiştir. Bu açıdan, borçlunun, tercih ettiği devir işlemine geçerlilik kazandırma hakkı, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe belirleme hakkının dışavurumudur¹³⁶⁹. Borçlu hangi devre rıza vereceğine kendi menfaatlerini göz önünde tutarak karar verecektir. Örneğin, kendisine yakın bulunduğu bir kişiye yapılan devre, söz gelimi, mevduat hesabının bulunduğu bir bankaya yapılacak devre rıza vermeyi tercih edebilecektir¹³⁷⁰.

¹³⁶⁸ Aynı alacağın birden fazla kişiye birbiriyle çatışacak şekilde devri hâlinde hak sahipliği zamansal öncelik prensibine göre çözümlenmektedir. Ancak öğretide anılan prensibin dayandırıldığı gerekçeler farklı olabilmektedir. Netice itibarıyla daha erken tarihli devrin geçerlilik kazanacağı görüşü benimsenen eserler için bkz. Arsebük, s. 1069; Aral, s. 128; Özakman, s. 78; Engin, s. 33; Engin, **Alacağın Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi**, s. 320 vd; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 114; Oktay Özdemir, s. 296; von Tuhr/Escher, s. 349; Becker, Art. 164, N. 16; Bucher, s. 546; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 47. Gelecekteki alacağın devri hâlinde devir işleminin geçerliliğinin alacağın doğması yasal koşuluna bağlı olduğu, aynı alacağın birden fazla kişiye devri söz konusu olduğu takdirde, erken tarihli devrin BK 171/III (eBK 150/III) hükmüne kıyasen öncelikli olduğu konusunda bkz. Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 114. Zamansal öncelik prensibinin alacağın devrinde prensip olarak iyiniyetin korunmaması ile bağlantılı olduğu görüşünde: Medicus/Lorenz, N. 791.

¹³⁶⁹ Berger, s. 309.

¹³⁷⁰ von Falkenhayn, s. 136. Çatışan devirler söz konusu olan bir durumda, devralanın, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğunu ileri sürme imkânının sınırlanacağı konusunda bkz. s. 352 vd.

(4) Devir Kısıtlamasına Uyulmaması Hâlinde Borçlunun Rızasının Etkisi

Yukarıda belirtildiği üzere, taraflar, devri tamamen engellemek yerine belli bir olgunun gerçekleşmesine bağlı kılarak kısıtlayabilirler¹³⁷¹. Bu tarz durumlar, öğretilerde, alacağın devrinin tamamen engellendiği durumlara paralel olarak ve birlik gözetilerek değerlendirilmekte, devir kısıtlaması olarak kararlaştırılan koşul yerine getirilmediği takdirde alacağın devrinin geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede, alacaklı ile borçlu arasında bir devir kısıtlaması kararlaştırılan durumlarda, devir işleminin geçerliliği, sanki devir işlemi devreden ve devralan arasında bir iradi koşula bağlanmış gibi, ele alınmaktadır. Başta askıda hükümsüz durumda olan alacağın devri işlemi, devir kısıtlamasını ortadan kaldıran olgunun (örneğin, üçüncü kişinin yazılı rızası) gerçekleşmesi üzerine geçerlilik kazanmaktadır¹³⁷². Şu farkla ki, bu sonucun meydana gelmesi için ise devreden ile devralan arasında iradi koşul anlaşması yapılmış olmasına, hatta bir devir kısıtlaması kararlaştırıldığıının devralan tarafından bilinmesine dahi ihtiyaç yoktur.

Devir kısıtlaması olarak kararlaştırılan olgunun gerçekleştiği andan itibaren, ileriye etkili olarak, devir işlemi askıda hükümsüz olmaktan çıkar ve geçerli hâle gelir. Devralan, borçlu ile devir yasağının tamamen kaldırılması konusunda ayrıca bir anlaşma yapmadıkça¹³⁷³, aynı devir kısıtlaması ile bağlı olur. Örneğin, ilk alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağı anlaşması ile devrin geçerliliği borçluya belirli bir şekilde bildirim yapılması koşuluna bağlanmışsa, devralan aynı koşulu yerine getirerek alacağı başkasına devredebilir.

II. bölümde varılan sonuçlar ortaya koymuştur ki, devrin tamamen engellenmesi ile borçlunun rızasına bağlanması arasında hukuken herhangi bir farklılık yoktur; devrin tamamen engellendiğini ifade eden bir anlaşma kaydı, devrin borçlunun rızasına bağlı olduğu şeklinde yorumlanır¹³⁷⁴. Devrin borçlunun rızası dışında başka bir

¹³⁷¹ Bkz. s. 159 vd.

¹³⁷² Alfred Koller, **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Freiburg 1985, s. 204, dn. 817; Serick, **Bd. II**, s. 291; RGRK/Weber, § 399, N. 42; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 12; BeckOK/Rohe, § 399, N. 21.

¹³⁷³ Bkz. s. 358 vd.

¹³⁷⁴ Bkz. s. 316 vd.

olgunun gerçekleşmesine bağlandığı durumlar bakımından ise bir özellik söz konusudur:

Alacağın devrinin tamamen engellendiği veya açıkça borçlunun rızasına bağlanarak kısıtlandığı hâllerde, borçlu kendi menfaatlerini göz önünde tutarak, devir işlemine rıza verip vermemek konusunda serbestçe karar verir. Buna karşılık, devrin borçlunun rızası dışındaki bir olgunun gerçekleşmesine bağlanarak kısıtlandığı hâllerde, borçlunun devre rıza vermekten kaçınma yetkisi de sınırlandırılmaktadır. Örnek olarak, devrin geçerliliği bir üçüncü kişinin rızası koşuluna bağlanmışsa devir işlemi üçüncü kişinin rıza açıklamasıyla geçerli olarak hüküm ifade edecektir. Borçlu bu sonuca katlanmak zorundadır; kendisinin rıza vermediğini ileri sürerek, devrin üçüncü kişinin rızası ile hukuki sonuç doğurmasını engelleyemez. Çünkü, borçlu, söz gelimi, üçüncü kişinin rızası olduğu, özel bir şekle uyulduğu, alacak kısmen değil tamamen devredildiği veya alacak üç ay içinde devredildiği takdirde, devir hukuki sonucuyla bağlı olacağını daha baştan objektif bir tarzda, alacaklı ile yaptığı devir yasağı anlaşması ile kabul etmiştir. Bu şekilde, bir devir kısıtlamasının içeriğine ilişkin çeşitli düzenlemelerle, borçlunun devre rıza vermekten kaçınma yetkisi mutlak etkili olarak sınırlandırılabilir; fakat, devre rıza vererek geçerli hâle getirme yetkisi mutlak etkili olarak sınırlandırılmaz:

Örneğin, devrin geçerliliği için özel bir şekle uyulması bir devir kısıtlaması olarak kararlaştırılmışsa, bu şekil şartı yerine getirilmemiş olsa bile, borçlu rıza vererek devir işlemi geçerli hâle getirebilir. Devri kısıtlayan olgu gerçekleştiğinde borçlunun devrin hukuki sonucunun doğmasının önüne geçme imkânı kalmaz; bu sonuca katlanması gerekir. Buna karşılık, söz konusu olgunun herhangi bir sebepten ötürü gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında, borçlu, rıza vererek yine de devri geçerli hâle getirebilme yetkisine sahiptir. Bir devir kısıtlamasını kabul eden alacaklı, hiçbir zaman devrin tamamen engellendiği ihtimalden daha ağır bir hukuki durum içine girmez. Devir kısıtlaması, borçlunun rıza vermekten kaçınma yetkisini sınırlandırdığı için her zaman daha hafif bir kısıtlamadır¹³⁷⁵. Ayrıca, unutmamak gerekir ki, devir yasağı an-

¹³⁷⁵ Bkz. s. 316 vd. Bu değerlendirme tarzı, aşağıda, genel işlem koşulu niteliği taşıyan devir yasağı kayıtlarının geçerliliğinin içerik yönünden denetlenmesi sırasında da benimsenmektedir. Bkz. 461.

laşması daima borçlunun menfaatinedir. Devir yasağının bir üçüncü kişinin menfaatinini korumak için kararlaştırıldığı, bu nedenle devrin geçerliliğinin o üçüncü kişinin rızasına bağlandığı durumlarda dahi, borçlu rıza vererek devri geçerli hâle getirebilir¹³⁷⁶. Çünkü, üçüncü kişinin alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaatinin korunması, borçlunun bu menfaatin korunmasını devir yasağı anlaşması aracılığıyla alacaklıya dayatmasına bağlıdır. Borçlu dilerse, üçüncü kişinin alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaatinin kendi adına korumaktan vazgeçebilir ve devre rıza gösterebilir. Üçüncü kişinin, borçludan bu davranışı nedeniyle tazminat talep etmesi (borçlunun üçüncü kişiye karşı devri engelleme taahhüdünde bulunmuş olduğu hâllerde) mümkün olabilir de devrin borçlunun rızası ile geçerli hâle gelmesine engel olma imkânı yoktur.

(5) Borçlunun Örtülü Rızası ile Alacağın Devralana Geçmesi

Borçlu rızasını açık veya örtülü olarak açıklamayı tercih edebilir. Örtülü rıza alacağın devrinden önce veya sonra açıklanmış olabilir¹³⁷⁷.

Rızanın örtülü olarak açıkladığı kabul edilen durumlar arasında en sık rastlanılanı, borçlunun devir yasağına ilişkin herhangi bir savunma ileri sürmeksizin doğrudan devralana ifada bulunmasıdır¹³⁷⁸. Borçlu, devralana borcu ifa etmek dışında,

¹³⁷⁶ Bkz. s. 136.

¹³⁷⁷ Alacağın devrinden önce rızanın örtülü olarak açıklandığı durumlara örnek olarak bkz. 19. HD, 5.12.2017, E. 2016/11692, K. 2017/7747 (Kazancı; Lexpera): “Her ne kadar davacı ile davalı arasındaki sözleşmede idarenin yazılı oluru alınmadan alacağın üçüncü kişilere devir ve temlik edilemeyeceği denilmişse de söz konusu temlik sözleşmesi uyarınca daha önce dava dışı şirkete ödemeler yapıldığı anlaşılmakla davalının temlike zımnen izin verdiği, bu sebeple davacı ile davalı arasındaki temlik sözleşmesinin geçerli hale geldiği kabul edilmelidir...” Ayrıca bkz. 15. HD, 21.02.2013, E. 2012/5001 K. 2013/1202 (Lexpera): “Davalılar arasında düzenlenen Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 2. maddesinin 9. bendinde ‘yüklenici firma sözleşmenin kendisine tahmil ettiği mükellefiyet ve hakları arsa sahibinin onayı olmadan başkalarına kısmen veya tamamen devir ve teslim edemez’ hükmüne yer verilerek devir için arsa sahibi kooperatifin onay vermesi gerektiği düzenlenmiştir... Arsa sahibi kooperatif, yüklenici şirket ile aralarındaki ... sözleşme uyarınca, ... 4 adet daireyi, yüklenicinin muvafakat etmesi halinde davacı kooperatife devredebileceğini bildirmiş olup, bu durum sözleşmedeki hakların devrine arsa sahibi kooperatifin muvafakat verdiği anlamına gelmektedir.” Son kararda, yüklenici satış vaadinden doğan alacak hakkına sahiptir ve bu alacak hakkının devri arsa sahibinin onay vermesi koşuluna bağlanmıştır. Arsa sahibinin dört bağımsız bölümün (daire) kooperatife devri için yükleniciden onay vermesini istemesi, kararda, yüklenicinin satış vaadinden doğan alacağı kooperatife devretmesine örtülü rıza olarak yorumlanmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacağın devri hakkında bkz. s. 49 vd.

¹³⁷⁸ Ozanemre Yayla, s. 200; Becker, Art. 164, N. 44; Bucher, s. 542; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 52; B.Berger, N. 2103; Lardelli, s. 127; von Falkenhayn, s. 136. Bu doğrultudaki kararlar için bkz. 15. HD, 19.6.2013, E. 2013/275, K. 2013/3959 (Kazancı; Lexpera): “Davalı iş sahibi

onunla ifa yerine edim anlaşması, ibra anlaşması, sulh anlaşması yaparak veya ona karşı takas açıklamasında bulunarak borcu sona erdirebilir. Belirtilen ihtimallerde, iki ayrı hukuki işlem yapılmaktadır: Bir işlemde, borçlu, alacağın devralana geçirilmesine rıza verdiğini, artık alacaklı olarak devralanı muhatap aldığını örtülü biçimde açıklamaktadır; diğer işlemde, örtülü rıza açıklaması sonucu alacaklı sıfatını kazanan devralan ile borçlu arasında, borcu ifa dışında sona erdirmek konusunda bir anlaşma (ibra, sulh, ifa yerine edim vs.) yapılmaktadır.

İfa veya borcu sona erdirmeye yönelik sözleşmeler dışında, borçlunun başka hangi davranışlarının örtülü bir rıza açıklaması olarak kabul edilebileceği bir yorum sorunudur:

Örneğin, alacaklı alacağı borçlunun isteği ve yönlendirmesi üzerine bir üçüncü kişiye devretmişse, borçlunun yapılan devre baştan devre örtülü olarak izin verdiği konusunda tereddüt edilmemelidir¹³⁷⁹.

Borçlunun, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak bir alacağın devri işlemi yapıldığının kendisine bildirilmesi karşısında susması ve herhangi bir savunma ileri sürmemesi, kural olarak, borçlunun yapılan devre rıza verdiği şeklinde yorumlanmamaktadır¹³⁸⁰. Devir yasağına rağmen alacağın devredildiği kendisine bildirilen borçlunun bu bildirim karşısında hareketsiz kalması hâlinde, bunun tek başına devre örtülü rıza

şirketle ihbar olunan yüklenici şirket arasındaki sözleşmenin 13.5. maddesinde temlik yasağı kararlaştırılmışsa da davalı iş sahibi şirket bu yasağına rağmen ...TL'yi davacıya ödemekle temlik yasağını kendisi ortadan kaldırmıştır. Davalı iş sahibi anonim şirket olup, söz konusu bedeli hataen ödediği savunmasına da geçerlilik tanınması mümkün görülmemiştir." 15. HD, 13.12.2004, E. 2004/2220, K. 2004/6437 (Kazancı): "Her ne kadar temlik eden ile davalılar arasındaki sözleşmede temlik yasağı bulunmakta ve temlik bildiriminin davalılara ulaşmasından sonra davalılarca B.K.nun 162.maddesine dayanılarak temlik işlemi kabul edilmemiş ise de daha sonraki ödemeler ve icraya verilen cevap karşısında temlikin sözleşmeye rağmen davalılarca benimsendiğinin kabulü zorunludur." Devir yasağına rağmen yapılan alacak devrinin kesin hükümsüz olduğu ve borçlunun rızası ile hiçbir şekilde düzeltilemeyeceği görüşü (bu görüş için bkz. yukarıda s. 280) kabul edilse, devralana yapılan ifanın borç olmayan şeyin ifası niteliği taşıyacağı görüşünde: Wünschmann, s. 213.

¹³⁷⁹ Böyle bir olay İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olmuştur. Bkz. s. 355. Başka bir görüşe göre (Lardelli, s. 127), devir işlemi borçlunun isteği ve yönlendirmesi üzerine yapılmışsa, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması oluşur.

¹³⁸⁰ Şener, s. 80, dn. 74; Holzner, s. 501. Nispi etkisizlik görüşü çerçevesinde, borçlunun sessiz kalmasının, devrin hükümsüz olduğu yönünde herhangi bir savunma ileri sürmemesinin örtülü rıza olarak yorumlanabileceği yönünde: Dinar, s. 106; CR-Probst, CO 164, N. 66.

olarak yorumlanamayacağı, borçlunun rıza vermediğini açıklama külfeti altında bulunmadığı Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir¹³⁸¹. Bu konuda borçlunun savunmaları bakımından ifade olunan genel esas uygulanmaktadır: Borçlunun alacağın devrinin kendisine bildirilmesi üzerine susması, sahip olduğu defî ve itirazları devralana karşı ileri sürme yetkisinden vazgeçtiği şeklinde yorumlanamaz¹³⁸².

Borçlunun susması başka tutum ve davranışlarla desteklendiği ölçüde devre örtülü rıza verdiği yorumuna dayanak oluşturabilir¹³⁸³. Bu hususta, borçlunun, devralandan kendisine alacağın devri bildirimini gönderilmesini talep etmesinin dahi, borçlunun devre örtülü rıza verdiği çıkarımı yapmaya yetmeyeceği, borçlunun bu talebinin sadece diğer tarafta ne olup bittiğini öğrenmek amaçlı olabileceği ifade edilmektedir¹³⁸⁴.

Bununla birlikte, alacağı devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devralan taraftan borçluya karşı açılan bir davada, borçlunun devir yasağına ilişkin herhangi bir savunma ileri sürmeksizin, doğrudan borcun varlığı veya miktarına ilişkin başka hususları tartışmaya geçmesi bir örtülü rıza olarak yorumlanabilecektir.

(6) Borçlunun Rıza Vermekten Kaçınmasının MK 2/II Hükümüne Aykırılık Yönünden Denetlenmesi

(a) Genel Olarak

Borçlu, devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devrine rıza verip vermemek konusunda kural olarak serbesttir. Bununla birlikte, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı gerekçesi ile devrin kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmesi, bazı durumlarda,

¹³⁸¹ 11. HD, 17.11.2015, E. 2014/17280, K. 2015/12144 (Kazancı; Lexpera); 11. HD, 15.4.2019, E. 2018/1326, K. 2019/2955 (Kazancı; Lexpera). Aksi yöndeki bir karar için bkz. 19. HD, 1.7.2004, E. 2003/11013, K. 2004/7859 (Kazancı): “... Davalı bu belgenin kendisine ulaşmadığını savunmuşsa da ... dosyasına verdiği dilekçede temlik sözleşmesinin 19.7.2000 tarihli yazı ile gönderildiğini kabul etmiştir. Davalı temlikin yapıldığını kabul ettiğinden ve karşı çıkmadığından dolayı temlike icazet vermiş sayılır.”

¹³⁸² Feyzioğlu, s. 659. Aynı doğrultuda: 4. HD, 30.9.1958, E. 1957/7071, K. 1958/6062 (Kazancı).

¹³⁸³ 23. HD, 9.6.2015, E. 2014/9387, K. 2015/4424 (Lexpera): “Öte yandan, temlik işlemini öğrenen arsa sahibi buna karşı çıkmadığı gibi, aynı ihtarla dava konusu bağımsız bölümü kime devir edeceği hususunu yüklenici şirket ile temlik alana yöneltmiş ve temlik sözleşmesini birleşen dava dilekçesi ekinde sunduğu görülmüştür. Az yukarıda bahsi geçen ihtarname, arsa sahibinde temlik hususunda oluşan iradeyi göstermesi açısından önem arz etmekte olduğu gibi, bu delili birleşen davada kendisinin dosyaya sunması ve tapu devrini temlik alana yapabileceğini bildirmesi nedeniyle artık temlik işlemine muvafakat ettiğinin kabulü gerekir.”

¹³⁸⁴ Holzner, s. 501.

hakkın kötüye kullanılması (MK 2/II) sayılabilmektedir¹³⁸⁵. Hâkim, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmesinin MK 2/II hükmüne aykırı olduğunu dava dosyasından anlayabildiği takdirde kendiliğinden nazara almalıdır¹³⁸⁶.

Geçerliliği askıda bulunan devir işleminin geçerlilik kazanmasında kural olarak hem devreden hem de devralanın menfaati bulunmaktadır¹³⁸⁷. Bu açıdan borçlunun devir yasağı içeren alacağın devrine rıza vermekten kaçınması hem devreden hem de devralanın menfaatinin olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının hakkın kötüye kullanılması sayılabildiği somut durumlar, aşağıda, borçlu ile devreden arasındaki ilişki ve borçlu ile devralan arasındaki ilişki bakımından olmak üzere, iki ayrı grup altında incelenmektedir.

(b) Borçlu ile Devreden Arasındaki İlişki Bakımından

(i) Alacaklı ile Borçlunun Menfaatlerinin Karşılaştırılması

Borçlunun devre rıza vermekten kaçınması sonucu askıdaki devrin geçersiz hâle gelmesi, alacaklının devrin geçerlilik kazanmasındaki somut menfaatine erişemesine yol açar. Böyle olumsuz bir etki yaratması tek başına hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleştiği sonucuna varmak için yeterli değildir; çünkü alacaklı devir yasağı ile bağlı olmayı kendisi sözleşme ile kabul etmiştir. Bununla birlikte, borçlunun devre rıza vermekten kaçınmakta haklı bir menfaatinin olmadığı veya sahip olduğu menfaatin alacaklının devir özgürlüğünden yararlanmaktaki menfaati karşısında korunmaya değer görülemeyen durumlarda, borçlunun rıza vermekten kaçınması MK 2/II hükmüne aykırı sayılmaktadır.

¹³⁸⁵ BGB § 242 hükmüne atıfla bu yönde: Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 110; Staudinger/Busche, § 399, N. 65; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8, N. 12; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6; BeckOK/Rohe, § 399, N. 20; Erman/Westermann, § 399, N. 1a; Dörner, s. 145; Hadding/van Look, s. 14-15. Borçlunun rıza vermekten keyfi olarak kaçınmayacağı görüşünde: Bydlinski, s. 130. Borçlunun rıza vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı yönünden değerlendirildiği Alman Federal Mahkemesi kararlarına örnek olarak bkz. BGH, NJW 1971, 1311; BGH, NJW 1985, 1537; BGH, NJW-RR 2000, 1220; BGH, NJW 2004, 1100.

¹³⁸⁶ Hâkimin MK 2/II hükmüne aykırılığı dava dosyasından anlayabildiği takdirde resen nazara alması gerektiği yönünde: Oğuzman/Barlas, N. 899 ve orada dn. 486'te belirtilen eserler ve mahkeme kararları; Dural/Sarı, N. 1271; İBK. 25.01.1984, E: 1983/3, K: 1984/1 (RG 27.02.1984, sayı: 18325).

¹³⁸⁷ Çatışan devirler hâlinde devralanın menfaati devrin geçersiz hale gelmesi yönünde olabilir. Bkz. s. 353.

BK 183/I hükmünün -bu çalışmada yapıldığı gibi- borçlunun rızası ile alacağı devralanın kural olarak devir yasağı ile bağlı olacağı şeklinde yorumlanması¹³⁸⁸, hakkın kötüye kullanılması yasağının (MK 2/II) devir özgürlüğünün pekiştirilmesi konusundaki teknik işlevini ortaya çıkarmaktadır. Bu yorum tarzı sayesinde, borçlunun devre rıza vermekten kaçınmakta korunmaya değer bir menfaate sahip olup olmadığını belirlemek, belirlenen menfaatini alacaklının menfaati ile karşılaştırmak ve hangi menfaatin ötekine üstün olduğunu ölçmek mümkün olabilmektedir. Bu yolla, örneğin, borçlunun alacaklısının değişmemesi için direnmekteki menfaati gelecekteki takas hakkının korunması olarak somutlaştırılabilen; borçlunun gelecekteki takas hakkını korumaktaki menfaati ile alacaklının alacağı teminat amaçlı devretmekteki karşı menfaati arasında birebir karşılaştırma yapılabilmektedir. Diğer türlü, borçlunun rızası ile devir yasağı tamamen kalkacak olsa, borçlu -alacağın art arda devredilmesi, kısmi olarak birden çok kişiye devredilmesi, birden çok kişiye çatışan tarzda devredilmesi gibi- alacağın devredilebilir bir hakka dönüşmesinden ileri gelen risk bütününe maruz kalmamak için rıza vermekten kaçınmayı tercih edebilecek ve bu davranışında çoğu durumda haklı sayılacaktır.

Bu çerçevede, borçlu ile devreden arasındaki ilişkide borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olup olmadığı, tarafların birbiri ile çatışan menfaatleri arasında karşılaştırma yapılarak şöyle denetlenmektedir:

Borçlunun rıza vermekten kaçınmakta korunmaya değer hiçbir menfaatinin bulunmadığı hâllerde, hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleşeceği konusunda tereddüt edilmemektedir¹³⁸⁹. Örneğin, borçlunun menfaati, sadece devir bildiriminin atlanması ve borcun alacaklı olmayana ifa edilmesi riskinin önüne geçmekten ibaret ise borçlu bu menfaate dayanarak devir işlemine rıza vermekten kaçınmaz. Devir yasağı kararlaştırılarak devrin geçerliliğinin borçlunun rızası koşuluna bağlanmış olması

¹³⁸⁸ Bkz. s. 338 vd.

¹³⁸⁹ Staudinger/Busche, § 399, N. 56; BeckOK/Rohe, § 399, N. 18; BGH, NJW-RR 2000, 1220, 1221. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmamasının hakkın kötüye kullanıldığını göstereceği konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, N. 872 vd; Dural/Sarı, N. 1257 vd. HGB § 354a bakımından da borçlunun devredene ifada korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması gerektiği, aksi takdirde devralana ifadan kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması sayılacağı görüşünde: Stefan Chr. Saar, "Zur Rechtsstellung des Schuldners nach § 354a Satz 2 HGB", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 24, 1999, s. 988-994, s. 994; Canaris, § 26, N. 25; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16; EBJS/Wagner, § 354a, N. 15. HGB § 354a hakkında bkz. s. 520 vd.

uygulamada en sık karşılaşılan bu somut menfaatin temin edilmesi bakımından yeterlidir. Sonraki aşamada, borçlunun belirli bir devre rıza verip vermemesinin bu somut menfaatin korunması ile ilgisi yoktur. Bu hâlde, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının haklı sayılabilmesi için alacaklı tarafın değişmemesinde ilave bir menfaatinin daha bulunması gerekir¹³⁹⁰.

Borçlunun devir yasağına olan somut menfaatlerinin tamamının temin edildiği ihtimalde de devre rıza vermekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması sayılabilmektedir¹³⁹¹. Örnek olarak, borçluya, devreden alacağı devralan adına ve hesabına tahsile yetkili kılındığı veya tüm takas imkânlarını devralan karşısında da muhafaza edeceği açıklanmış olan bir somut durumda, borçlunun belirtilenler dışında başka bir menfaati olmadığı hâlde rıza vermekten kaçınması, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir¹³⁹².

Borçlunun alacaklısının değişmemesinde belli bir menfaati olsa bile, bu menfaat ile alacaklısının devrin geçersiz olması yüzünden uğrayacağı zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması ihtimalinde, devre rıza vermekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması oluşturur¹³⁹³. Söz gelimi, büyük ölçekli işletmelerin, tedarikçilerinin kendilerinden olan para alacaklarının devrini engellemekte, muhasebe işleyişini basitleştirmek şeklinde belli bir malvarlığı menfaatine sahip olduğu kabul edilmektedir. Çünkü, her bir devir işlemi yüzünden alacaklının banka hesabı bilgilerinin güncellenmesi gereği ortaya çıkmakta ve bunun yerine getirilmesi çok fazla sayıda alacaklısı bulunan büyük işletmelerin muhasebe işleyişini daha zahmetli hâle getirebilmektedir¹³⁹⁴. Bununla birlikte, nakit sıkıntısı nedeniyle borçlarını ödemekte zorlanan, bu yüzden iflasın eşiğinde bulunan bir küçük ölçekli işletme, kredi elde edebilmek için büyük ölçekli bir işletmeden olan gelecekteki alacaklarını teminat amaçlı olarak bankaya devretmeye

¹³⁹⁰ Muhasebe işleyişinin yeniden organize edilmesi gerekliliği gibi alacaklının değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan salt rahatsızlıklara ise borçlu katlanmak durumunda olduğu görüşünde: Hadding/van Look, s. 17; Wolf, s. 158.

¹³⁹¹ Alacaklı, devralanın da katılımı ile borçlunun devir yasağına olan menfaatlerini yeterli ölçüde temin etmişse, o hâlde, borçlunun da alacaklının yeniden finansmana olan menfaatini alacağın devrine rıza vererek gerçekleştirmesi gerektiği görüşünde: Hadding/van Look, s. 15.

¹³⁹² Blaurock, s. 334; Hadding/van Look, s. 14.

¹³⁹³ Alacaklının menfaatinin daha üstün olmasının yeterli olduğu yönünde: BeckOK/Rohe, § 399, N. 18; BGH, NJW-RR 2000, 1220, 1221. Hakkın kullanılmasının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması hâlinde hakkın kötüye kullanılması mevcut olduğu kabul edilmektedir: Oğuzman/Barlas, N. 878 vd; Dural/Sarı, N. 1260 vd.

¹³⁹⁴ Bkz. s. 141 vd.

ihtiyaç duyuyorsa, borçlunun, alacaklı tarafın değişmesinin muhasebe işleyişini karmaşık hâle getireceğini ileri sürerek, devre rıza vermekten kaçınması, hakkın kötüye kullanılması oluşturmaktadır¹³⁹⁵.

Borçlunun sırf alacaklı üzerinde baskı ve hâkimiyet kurma amacı güderek devre rıza vermekten kaçınması da hakkın kötüye kullanıldığına delil olarak görülmektedir¹³⁹⁶. Örnek olarak, bir büyük işletme, nakit sıkıntısı içindeki tedarikçisinin kendisinden olan para alacaklarını bir faktoring kuruluşuna devrine pek önemli bir menfaati olmaksızın karşı çıkıyor, diğer taraftan, tedarikçisine nakit ihtiyacı için bizzat yardımda bulunmayı teklif ediyorsa böyle bir amaç izleyip izlemediği irdelenmektedir. Büyük işletmenin devir yasağına dayanmaktaki gerçek amacının, tedarikçisini kendisinden olan alacakları finansman amaçlı kullanma imkânından yoksun bırakmak, kendisini bir kurtarıcı olarak öne çıkarmak, tedarikçisine yardımda bulunarak onu kendisine ekonomik olarak daha bağımlı hâle getirmek olduğu belirlenen hâllerde hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleştiği tespiti yapılmaktadır¹³⁹⁷.

Görüldüğü üzere, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasında hiçbir menfaatin bulunmaması prensip olarak devir yasağı anlaşmasını geçersiz hâle getirmese¹³⁹⁸ de, borçlunun devre rıza vermekten korunmaya değer bir menfaati olmaksızın kaçınması hakkın kötüye kullanılması sayılabilmektedir. Bu nedenle, borçlunun, kendisine yöneltilen rıza talebini geri çevirirken korumayı amaçladığı menfaatin haklılığını her bir somut devir işlemi bakımından izah edebilmesi gerekmektedir. Borçlunun, somut bir devir işleminin yol açacağı sonuçları değerlendirmeksizin, alacağı devralmak isteyen kim olduğuna dahi bakmaksızın, alacağın devrine devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek her durumda kesin biçimde karşı çıkması ve devre rıza vermekten uzlaşmaz bir tutumla kaçınması, -tüketim öduncü (karz) vaadinden doğan alacak hakkı (örneğin kredi temini talebi) bakımından olduğu gibi¹³⁹⁹ - sadece alacaklı tarafın şahsının

¹³⁹⁵ Alacaklının yönelttiği, devir yasağının kaldırılması talebinin, alacaklının ekonomik bir sıkıntı içinde olduğuna ve bundan ötürü bir krizin yaklaşmakta olduğuna işaret edebileceği yönünde: Eidenmüller, s. 466.

¹³⁹⁶ Borçlunun sahip olduğu tekel konumundan yararlanarak devir yasağına dayanmasının (ve devre rıza vermekten kaçınmasının) hakkın kötüye kullanılması sayılacağı yönünde: Fikentscher/Heinemann, N. 725.

¹³⁹⁷ Bette, s. 1912; von Falkenhayn, s. 137.

¹³⁹⁸ Bkz. s. 140 vd.

¹³⁹⁹ Bu konuda bkz. s. 47 vd.

değişmemesinin sözleşmenin temelini oluşturduğu istisnai durumlarda haklı görülebilmektedir.

(ii) Devralanın MK 2/II Hükmüne Aykırılığı Devredenine Adına ve Menfaatine Olarak Öne Sürebilmesi

Bir görüşe göre, devralan, devreden menfaatinin üstün olduğu gerekçe göstererek, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunu öne süremez. Bu görüşe göre, bazı somut hâllerde borçlu dürüstlük kuralı gereği devre rıza verme borcu (irade beyanına bulunma borcu) altında olabilir. Ancak, borçlunun dürüstlük kuralı gereği rıza verme borcu altında olduğunun tespiti ve bu borcun ifası, yalnızca, alacaklı sıfatıyla devreden tarafından ileri sürülebilir; devralan açısından benzer bir talepte bulunma imkânı, yalnızca, borçlunun rıza vermekten kaçınması şeklindeki davranışının devralana ahlaka aykırı davranış ile kasten zarar verme (BK 49/II) sayılabildiği durumlarla sınırlı olarak mevcuttur¹⁴⁰⁰. Öyle anlaşılmaktadır ki, bu görüş, devralanın, devreden menfaatine olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanabilmesine, devir yasağı anlaşması borçlu ile alacaklı arasında olduğu için karşı çıkmaktadır. Borçlu devre rıza vermeyeceğini açıkladığında, devralanın, borçlunun bu açıklamasına karşı rıza verme hakkını kötüye kullandığı iddiasında bulunabileceği bir hukuki konumu kalmayacağı, artık borçlunun karşısında sıradan bir üçüncü kişiye dönüşeceği düşünülmektedir. Devir yasağı anlaşmasının tarafı olan ve alacağı devretmekte menfaati olan kişi devralan değil, devredendir. Bu görüşe bağlı kalındığı takdirde, önce, devreden tarafından açılan bir dava ile borçlunun dürüstlük kuralı gereği rıza verme borcu altında olduğunun tespiti ve rıza beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi istenecek; bu dava sonunda verilen ve borçlunun rızası yerine geçen karara dayanılarak devralan tarafından borçluya ifa talebi yöneltilebilecektir. Böyle dolambaçlı bir yola başvurulmasına iki nedenden ötürü ihtiyaç bulunmamaktadır:

Birincisi, devralanın borçluya karşı açtığı ifa davasında, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı, devralan tarafından talep edilmesine gerek olmaksızın, zaten hâkim

¹⁴⁰⁰ BGB § 826 hükmüne atıfla bu görüşte: Hadding/van Look, s. 14-15.

tarafından resen değerlendirilebilmektedir¹⁴⁰¹. İkincisi, devir yasağına rağmen yapılan bir alacağın devri işleminde, devralan sıradan bir üçüncü kişi konumunda değildir. As-kıdaki devir işleminin borçlunun onayıyla geçerlilik kazanmasında kural olarak hem devreden hem de devralanın menfaati bulunmamaktadır. Bu yüzdendir ki, bir devir beyanında bulunan alacaklının devralana, devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik her türlü işlemin yapılması konusunda sınırlı bir temsil yetkisi de verdiği varsayılmaktadır. Devralan, sadece kendi adına ve menfaatine olarak değil, aynı zamanda -sahip olduğu bu sınırlı temsil yetkisi gereği- alacaklı adına ve menfaatine olarak borçluya karşı ifa talebi ile dava açmaktadır¹⁴⁰². Devralan -alacaklının verdiği bu sınırlı temsil yetkisine dayanarak- borçlunun rıza vermekten kaçınmakta menfaati olmadığını veya alacaklının menfaatinin borçlunun menfaatine göre daha ağır olduğunu alacaklı adına ve menfaatine olarak tartışabilir; alacaklının alacağı devredebilmekteki menfaatinin üstünlüğünü ispata çalışabilir. Çoğu kez, devir borcu doğuran sözleşmenin amacı (teminat, faktoring vs.) alacaklının devre olan somut menfaatinin ağırlığını ortaya koymak açısından tek başına yeterli olacaktır. Bu çerçevede, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturduğunun, devreden adına ve menfaatine olarak, devralan tarafından da ileri sürülebilmesi mümkündür.

Bununla birlikte, devralanın devreden menfaatine olarak MK 2/II hükmüne dayanabilme imkânı, devreden, alacağın devrinden sonra sergilediği bazı tutum ve davranışlarla devrin geçerlilik kazanmasında menfaati olmadığını dışa vurması yüzünden ortadan kalkmış olabilir. Böyle bir durumun ortaya çıkabileceği iki ihtimal düşünülebilir:

Birincisi, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifadan kaçınması ve devreden borçlunun kendisine sunduğu ifayı kabul etmesi ihtimalidir. Böyle bir ihtimalde, aslında, devreden, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının MK 2/II'ye aykırı düştüğünü gerekçe göstererek, borçlunun ifa talebini geri çevirebilir; bu yolla, devrin geçerliliğine olan kendi menfaatinin MK 2/II aracılığıyla korunmasını sağlayabilir. Bunu yapmayıp borçlunun sunduğu ifayı kabul etmesi, askı-

¹⁴⁰¹ Bkz. s. 347 vd.

¹⁴⁰² Bkz. s. 328 vd ve s. 337.

daki devir işleminin geçerlilik kazanmasına olan kendi menfaatinden vazgeçtiği şeklinde anlamlandırılacaktır. Bu andan itibaren, borçlunun alacaklının değişmemesindeki menfaati ile alacaklının devrin geçerliliğine olan menfaati arasında MK 2/II çerçevesinde bir karşılaştırma yapma imkânı ortadan kalkacaktır. Devralanın, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğunu, devredenin adına ve menfaatine olarak, tartışmaya devam edebilmesi de artık mümkün olmayacaktır. Borçlu devredene ifa ile borcundan kurtulmuştur¹⁴⁰³.

İkincisi, devri anlaşma ile yasaklanmış alacağın birden fazla kişiye çatışan bir tarzda devredilmiş olması ihtimalidir. Yukarıda açıklandığı üzere, devralan, alacaklının devrin geçerliliğine menfaatinin üstün olduğu ve borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğu iddiasını, alacaklının kendisi ile yaptığı devir işlemindeki somut menfaati ne ise o somut menfaati esas alarak öne sürebilir¹⁴⁰⁴. Farz edelim ki, alacaklı, devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacak hakkını, önce C'ye kredi teminat oluşturmak üzere sonra D'ye faktoring yoluyla devretmiştir ve her iki devrin de geçerliliği askıdadır. Aynı alacağı çatışan bir tarzda iki ayrı kişiye devretmiş olan alacaklı, böyle davranarak, C'ye yapılan devrin mi yoksa D'ye yapılan devrin mi geçerlilik kazanmasında -alacak hakkını kredi teminatı olarak mı yoksa faktoring yoluyla mı kullanmakta- menfaat sahip olduğu konusunda çelişkili bir görünüş yaratmıştır. Bu çelişkili görünüş yüzünden, C ve D, alacaklının kendileri ile yaptığı devir işleminin geçerliliğine olan somut menfaatinin borçlunun menfaatine daha üstün olduğunu tartışma imkânına sahip değildir; alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat karşılaştırmasına dayanarak borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğu iddiasında bulunamazlar. Alacaklı sergilediği kararsız tutum ile devrin geçerliliğine olan somut menfaatinin onun adına devralan tarafından savunulabilmesine olanak veren hukuki zemini ortadan kaldırmıştır. Bu ihtimalde, C ve D, borçludan askıdaki devre rıza vermesini artık sadece kendi adlarına ve menfaatlerine olarak isteyebilirler.

¹⁴⁰³ Bu ihtimalde, sözleşme ile ayrıca üstlenildiği takdirde, devralan devredenden borçludan tahsil ettiğini kendisine vermesini talep edebilir (bkz. s. 395 vd) veya şartları gerçekleştiyse devredenin garanti sorumluluğuna başvurabilir (bkz. s. 391 vd).

¹⁴⁰⁴ Bkz. s. 347 vd.

Borçlu, seçim yetkisini kullanarak belirtilen devirlerden herhangi birine devrin geçerlilik kazandırabilir veya rıza vermeyip her iki devri de kesin hükümsüz hâle getirebilir¹⁴⁰⁵.

(c) Borçlu ile Devralan Arasındaki İlişki Bakımından

Devreden devrin geçerliliğini sağlamaya yönelik onun adına işlemde bulunabilmesi için devralana temsil yetkisi vermiş değilse veya devreden sonradan sergilediği davranışlarla devrin geçerlilik kazanmasında menfaati olmadığını ortaya koymuşsa; devralan, devreden adına ve menfaatine olarak, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğu iddiasında bulunamaz¹⁴⁰⁶. Böyle bir durumda, devralan, yalnızca kendi adına ve menfaatine olarak, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olduğunu öne sürebilir.

Borçlu ile devralan arasındaki ilişkide, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmüne aykırı olup olmadığının, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaati ile üçüncü kişinin alacağı devralmaktaki menfaati arasında karşılaştırma yapılarak belirlenmesi, genellikle, mümkün olamamaktadır. Çünkü bu iki menfaat birbiriyle rekabet içinde değildir. Devralan, borçlunun alacaklısının mevcut veya potansiyel bir sözleşme ilişkisindeki karşı tarafı oluşturan bir üçüncü kişidir; borçlunun bu üçüncü kişinin menfaatlerini özel olarak gözetmesi gerektiği yönünde genel bir kural bulunmamaktadır¹⁴⁰⁷. Bununla birlikte, borçlunun sırf devralanı zarara uğratmak için devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmesi hâlinde bunun hakkın kötüye kullanılması sayılacağı konusunda elbette tereddüt edilmeyecektir¹⁴⁰⁸.

Devralan ile borçlu arasındaki ilişkide MK 2/II hükmüne aykırılık iddiası genellikle çelişkili davranış yasağına aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır:

Örnek olarak, önceki davranışlarıyla devralan nezdinde rıza vereceği yönünde haklı bir güven uyandırmış olan borçlunun, sergilediği bu tutum ile çelişen bir tarzda,

¹⁴⁰⁵ Bkz. s. 340 vd.

¹⁴⁰⁶ Bkz. s. 352 vd.

¹⁴⁰⁷ Bkz. s. 459 vd.

¹⁴⁰⁸ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16.

devir yasağı savunmasını ileri sürmesi MK 2/II hükmüne aykırılık oluşturur¹⁴⁰⁹. Devralanın borçlunun rıza vereceğine güvenerek bazı işlemlerde bulunmuş olması muhtemeldir. Bu hâlde, MK 2/II hükmünün müdahalesi ile devir işlemi geçerli sayılarak devralanın güveninin boşa çıkması yüzünden zarara uğramasının önüne geçilmesi gerekir. Böyle bir somut olay İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olmuştur. Karara konu olayda, yüklenicinin alacaklarının devrinin yasaklanmış olduğu bir eser sözleşmesi mevcuttur. İş sahibi (borçlu), eserin teslimindeki gecikme üzerine, yükleniciden (devreden) bedel alacağını bir alt yükleniciye (devralan) devretmesini istemiştir. Alt yüklenici iş sahibinin yönlendirmesiyle alacağını devralmış, iş sahibi yararına çalışmaya başlamış, kazanç elde edebileceği başka faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmıştır. İş sahibi, alt yükleniciye yapılan ilk üç devir işlemini onaylamıştır¹⁴¹⁰. Ancak sonradan yapılan başka bir devir işlemine dayanan ifa talebine karşılık devir yasağı bulunduğu savunmasını ileri sürmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, iş sahibi önceki davranışlarıyla alt yüklenici nezdinde haklı bir güven uyandırmış olup takip eden devir işlemine rıza vermekten kaçınması çelişkili bir davranış oluşturur. Federal Mahkeme'ye göre, iş sahibinin alacağı devralması için alt yükleniciyi ikna edip sonradan devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmüş olması, tek başına, hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi için yeterlidir. Bu noktada, Federal Mahkeme, devirlerin istisnaen ve sadece iş sahibinin yazılı rızası ile yapılabilecek olduğunun alt yüklenici tarafından bilindiği yönündeki borçlunun öne sürdüğü savunmayı da haklı görmemiştir; çünkü Federal Mahkeme'ye göre, iş sahibinin önceden üç devir işlemini onaylanmış olması aksi yöndeki bir uygulamanın mevcut olduğuna işaret etmektedir. Sonuç olarak, Federal Mahkeme, borçlunun devir yasağına dayanmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu hükmüne varmış ve ihtilaf konusu alacağın devri işlemini geçerli saymıştır¹⁴¹¹.

¹⁴⁰⁹ Uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması (çelişkili davranış yasağına uyulmaması) hakkın kötüye kullanılması hâllerinden birini oluşturmaktadır. Bkz. Oğuzman/Barlas, N. 889 vd; Serozan, **Medeni Hukuk**, II § 9, N. 11; Dural/Sarı, N. 1262 vd.

¹⁴¹⁰ Belirtelim ki, bu aşamaya kadar yapılan devir işlemleri açısından borçlu örtülü rıza verdiğini, bu devir işlemlerinin yapılması yönünde kendisi istem ve yönlendirmede bulunarak, zaten baştan açıklamıştır. Bkz. s. 472. MK 2/II hükmünün uygulanması daha sonraki devir işlemleri bakımından söz konusudur.

¹⁴¹¹ BGE 4C.129/2002, 03.09.2002, E. 1.1-1.3.

Benzer şekilde, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ilk hangi anda ileri sürdüğü, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığının denetiminde önem taşıyabilmektedir¹⁴¹². Yukarıda belirtildiği üzere, borçlunun, kendisine yöneltilen alacağın devrine rıza verme istemi karşısında sessiz kalması, kural olarak, devre rıza anlamına gelmemektedir¹⁴¹³. Bununla birlikte, borçlu, kendisine yöneltilen rıza istemi karşısında bir taraftan sessiz kalıp diğer taraftan devre rıza verdiği çıkarımı yapılabilecek tutum ve davranışlar sergilemiş, sonra beklenmedik bir biçimde devir yasağı bulunduğu savunmasını ileri sürmüşse, hakkın kötüye kullanılması olgusunun gerçekleştiği söylenebilmektedir¹⁴¹⁴.

Buna karşılık, öğretide belirtilenin aksine¹⁴¹⁵, devralanın, devredenin alacaklısı sıfatıyla devir konusu para alacağını zaten haczettirebilecek bir konumda olması, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının hakkın kötüye kullanılması sayılması için tek başına yeterli değildir. Borçlu, somut bir durumda, devralanın şahsı ile muhatap olmaktan kaçınmakta ve borçlusu olduğu alacağın haczedilmesi üzerine icra dairesine ödemeyi tercih etmekte korunmaya değer bir menfaate sahip olabilir¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² Hak sahibinin sessiz tutumunun muhatap nezdinde artık hakkın ileri sürülmeyeceği yönünde haklı bir güven yaratmış olduğu hâllerde, hakkın ileri sürülmesi çelişkili davranış oluşturmakta ve hakkın kötüye kullanılması sayılmaktadır. Bkz. Serozan, **Medeni Hukuk**, II § 9, N. 11 ile II § 7, N. 17.

¹⁴¹³ Bkz. s. 345 vd.

¹⁴¹⁴ Bir Yargıtay kararında, devir bildiriminin kendisine ulaştığını teyit eden borçlunun, devre rıza verip vermediği konusunda sessiz kalıp devredene ödemedede bulunmaya devam ettiği, diğer taraftan aleyhine açılan davada sunduğu cevap lahiyasında devir yasağına dayanarak savunma yapmadığı göz önünde tutulmuş, borçlunun daha sonra (üstelik ne zaman düzenlendiği ispat edilemeyen bir adi yazılı belgeye dayanarak) devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmesi MK 2/II hükmüne aykırı bulunmuştur. Bkz. 11. HD, 22.12.2010, E. 2010/14998, K. 2010/13106 (Kazancı). Alman Federal Mahkemesi bir kararında, borçlunun, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ilk defa davanın ikinci duruşmasında ileri sürmesi karşısında, borçlunun o ana kadar, devir yasağını kararlaştırıldığını ileri sürmekte bir menfaatinin bulunduğu farkında dahi olmadığı çıkarımı yapmış, borçlunun sonradan hatırlayıp bu savunmayı ileri sürmesi ve bunda korunmaya değer bir menfaatinin bulunmaması olgularını bir bütün olarak değerlendirerek, borçlunun rıza vermekten kaçınma yetkisini kötüye kullandığı sonucuna varmıştır. Bkz. BGH, NJW-RR 2000, 1220. İsviçre Federal Mahkemesi, devir yasağı savunmasının ilk defa icra mahkemesinde itirazın kaldırılması istendikten sonra (İİK 68 vd; SchKG 79 vd) ileri sürülmüş olmasını hakkın kötüye kullanılması olarak görmemiştir; bir talebin veya savunmanın hangi ana kadar ileri sürülebileceği meselesinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle göre belirleneceğini, bundan farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek başkaca bir koşulun somut olayda gerçekleşmediğini gerekçe olarak ifade etmiştir. Bkz. BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 3. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının itiraz niteliği taşıdığı ve davada hangi ana kadar ileri sürülebileceği konusunda bkz. s. 361 vd.

¹⁴¹⁵ Erman/Westermann, § 399, N. 4.

¹⁴¹⁶ Bu ihtimalde, devir işlemi yapılarak borçlunun rıza verme hakkını kötüye kullanması için provoke edildiğinin de söylenebileceğini belirterek aynı yönde: Hadding/van Look, s. 15.

(7) Devir Yasağının Sözleşme ile Kaldırılması Yoluyla Askıdaki Devrin Geçerli Hâle Getirilmesi Olanakları

(a) Devir Yasağının Kaldırılması Konusundaki Sözleşmenin Niteliği

Alacaklı ile borçlu arasında kararlaştırılan devir yasağı daha sonra başka bir sözleşme yapılarak kaldırılabilir¹⁴¹⁷. Tarafların devir yasağının kaldırılması konusunda anlaşması üzerine, bu ana kadar devir yasağı ile kayıtlı bulunan alacak hakkı, ileriye etkili olarak, serbestçe devredilebilir bir hakka dönüşür¹⁴¹⁸.

Devir yasağının kaldırılmasına ilişkin anlaşma, doğmuş bir alacak üzerinde doğrudan doğruya etki meydana getirerek, onu özünde sahip olduğu devir yeteneğine tekrar kavuşturur. Bu anlaşma sırasında borçlu, devir yasağı anlaşması ile elde ettiği alacağın devrine katılma hakkından feragatte bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere¹⁴¹⁹, devre katılma hakkı borçlu açısından bir malvarlığı değeri taşımaktadır. Borçlu bir yenilik doğuran hak niteliği taşıyan bu hak sayesinde, alacağın devri özgürlüğü prensibine bağlı kalınan bir düzende katlanmak durumunda olduğu olumsuzlukları (çifte ödeme riski vb.) bertaraf edebilmektedir. Katılma hakkı, bu olumsuzluklara karşı sağladığı hukuki koruma nedeniyle borçlu yönünden bir malvarlığı değerine karşılık gelmektedir. Bu yüzden, borçlunun malvarlığında bulunan bu yenilik doğuran haktan devir yasağını kaldırılması konusundaki sözleşme ile feragat etmesi bir tasarruf işlemi oluşturur ve borçlunun malvarlığında bir azalma sonucu meydana getirir¹⁴²⁰.

Devir yasağının kaldırılması ve alacaklının devir özgürlüğünü geri kazanması sonucu borçlu öncesine nazaran daha ağır bir hukuki durum içine girer. Bu yeni durumda, borçlu, alacağın devri özgürlüğünün benimsendiği hukuk düzeninin kendisine temin ettiği koruma (BK 186-188) ile yetinecektir. Bunun dışında, borçlunun üstlendiği edim yükümlülüğünün kapsamı, alacağın devredilebilir hâle dönüşmesinden etkilenecek; devir yasağının kalkması, borçlunun üstlendiği asli edim yükümlülüğünün

¹⁴¹⁷ Şener, s. 86; von Büren, s. 323; Schuln/Vogt, s. 616; Oertmann, § 399, s. 441; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 1; Soergel/Schreiber, § 399, N. 9.

¹⁴¹⁸ Schuln/Vogt, s. 616; Serick, **Bd. II**, s. 291.

¹⁴¹⁹ Bkz. s. 320 ve s. 337. Borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaatinin malvarlığı değerine karşılık geldiği konusunda ayrıca bkz. s. 140; s. 202 vd.

¹⁴²⁰ Borçlunun devir yasağına olan menfaatinden feragat ettiğini belirterek aynı yönde: Schuln/Vogt, s. 616. Ayrıca bkz. s. 320.

kapsamının genişlemesi veya borçlunun ilave bir yan edim yükümlülüğü altına girmesi şeklinde bir sonuç meydana getirmez.

Devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşme, alacaklı yönünden kazandırıcı bir işlemdir. Alacaklı, sahip olduğu alacak hakkı üzerinde devir yetkisi elde eder. Bu yetki sayesinde alacak üzerinde devir yoluyla tasarrufta bulunabilme imkânına kavuşur. Devredilebilir bir hakka dönüşen alacak hakkının malvarlığı değeri yükselir. Çeşitli ekonomik amaçları gerçekleştirmek amacıyla alacak hakkından devir yoluyla yararlanılabilmesi mümkün hâle gelir. Örneğin, alacaklı, vadesine kadar olan süre zarfında alacaktan teminat amaçlı devir yoluyla istifade edebilir.

(b) Devrin Geçerlilik Kazanması ve Alacağın Devredilebilir Bir Hak Olarak Devralana Geçmesi

Anlaşmaya aykırı bir devre onay vermesi için kendisine başvurulmuş borçlunun, askıda hükümsüz devre onay vermek yerine, devreden ile sözleşme yaparak devir yasağının kaldırılmasını kabul etmesi de ihtimal dâhilindedir. Bu yola başvurulması, alacak hakkının devralana devredilebilir bir hak olarak geçmesi sonucu doğuracaktır. Devir yasağı sözleşme ile kaldırılarak devrin geçerli hâle getirilebilmesi olanağı aşağıda şekilde izah edilmektedir:

Öğretide, tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan bir tasarruf işleminin askıda hükümsüz (noksan) olacağı, tasarruf yetkisinin kazanıldığı andan itibaren geçerli hâle geleceği görüşü kabul edilmektedir¹⁴²¹. Bu görüşün başlıca uygulama alanı gelecekteki alacakların devri söz konusu olan hâllerde ortaya çıkmakta; bu konuda gelecekteki bir alacağı konu alan devir işleminin, alacağın doğması ve tasarruf yetkisinin kazanılması anında tasarruf sonucunu meydana getireceği fikri öğretide benimsenmektedir¹⁴²².

¹⁴²¹ Ayiter, s. 131; Kocayusufoğlu, § 43, N. 33; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 112; Oğuzman/Barlas, N. 713; Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26d; von Tuhr/Escher, s. 259.

¹⁴²² Arsebük, s. 1068-1069; Aral, s. 116; Özakman, s. 17-18; Engin, s. 27 vd; Nomer, **Beklenen Haklar**, s. 112-114; Oktay Özdemir, s. 295; von Tuhr/Escher, s. 349; von Büren, s. 325; Bucher, s. 545; Spirig, Art. 164, N. 40. Gelecekteki alacakların devrinin mümkün olduğu görüşünde: Feyzioğlu, s. 628; Eren, N. 3862; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 36. Alacağın doğumunun iradi koşul niteliği taşıdığı görüşünde: Sirmen, Şart, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 249. Sadece bazı yetkisiz devirlerde geçersizliği ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı sayılabileceği yönünde: Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1687 ve orada dn. 33. Ayrıca yukarıda bkz. s. 10 ve dn. 13. Alman huku-

Aynı açıklama tarzı, mevcut bir alacağa ilişkin devir yasağının devir işlemi yapıldıktan sonra kaldırıldığı durum bakımından da kabul edilmektedir. Devredenin, henüz hukuki bir temele dayanmayan alacağı önce devredip sonra bu alacağı borçluyla bir sözleşme kurarak yaratması (birinci durum) ile devri anlaşma ile yasaklanmış mevcut bir alacağı önce devredip daha sonra borçlu ile anlaşarak devir yasağını kaldırması (ikinci durum) arasında, devir işleminin hukuki sonuç doğurması için gerekli tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması yönünden hiçbir fark görülmemektedir¹⁴²³. Birinci durumda, alacaklı, devir işleminin yapıldığı sırada alacak hakkı mevcut olmadığı için hiçbir tasarruf yetkisine sahip değildir; ikinci durumda ise devir konusu alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir ancak sahip olduğu tasarruf yetkisi devir yasağı nedeniyle sınırlıdır. Yani, ikinci durumda, alacaklı sadece alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinden yoksundur. Devir yasağının devir işlemi yapıldıktan sonra kaldırılması, alacaklıyı, tasarruf işleminin hukuki sonuç doğurması için ihtiyaç duyduğu tasarruf yetkisi ile donatmaktadır. Elbette ki, alacaklı, devir işlemi yapılmadan önce borçlu ile anlaşarak devir yasağını kaldırmayı da tercih edebilir. Ancak bu tercihte bulunulması bir şekilde mümkün olmamış ve alacaklı önce alacak hakkını devretmiş, sonra borçlu ile anlaşarak devir yasağının kaldırılmasını sağlamış olabilir. Böyle bir durumda, devir yasağının anlaşma ile kaldırıldığı an itibarıyla önceden yapılan devir işleminin geçerlilik kazandığının kabul edilmesi; bu sayede tarafların devir işlemini tekrar yapmak

kunda gelecekteki alacağın devrinin, mevcut olmayan bir hak üzerinde tasarruf olduğu ve bu yüzden alacağın doğumu ile hüküm ifade edeceği (tasarruf yetkisinin sonradan kazanılmasına ilişkin § 185 II hükmüne atıfla) kabul edilmektedir: RGRK/Weber, § 398, N. 70; Larenz, § 34, s. 585; Soergel/Schreiber, § 398, N. 11; Palandt/Grüneberg, § 398, N. 11; Berger, s. 300.

¹⁴²³ Berger, s. 300-301. Aynı anlama gelecek şekilde: Thiele, s. 234; Dörner, s. 144. Ayrıca Alman hukukunda, borçlunun devre rızasının devir yasağının kaldırılması konusundaki sözleşmeye icap veya kabul niteliği taşıdığı ve devrin borçlunun “rıza”sıyla ileriye etkili olarak geçerlilik kazanacağı görüşü hâkimdir. Bkz. Oertmann, § 399, N. 441; Brückmann, s. 439; Staudinger⁷⁻⁸/Kuhlenbeck, § 399, s. 456; Raible, s. 67; Soergel/Schreiber, § 399, N. 9; Staudinger/Busche, § 399, N. 63; Larenz, § 34, s. 582, dn. 21; Fikentscher/Heinemann, N. 725; Furtner, s. 186. Bu görüş için bkz. s. 277 vd. Bu görüş çerçevesinde, devredenin devir yetkisini geri kazanması, tasarruf yetkisinin sonradan kazanılması olarak nitelendirilememektedir. Çünkü, bu görüş, BGB § 135 hükmü uyarınca nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasını engelleme amacıyla, devir yasağını bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak nitelendirmekten özenle kaçınmaktadır. Tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu tespiti yapılamayınca, görüşün kendi içindeki tutarlılığı gereği, devir yasağının kaldırılması da tasarruf yetkisi eksikliğinin sonradan giderilmesi olarak ifade edilememektedir. Bununla birlikte, borçlunun rızası ile devir yasağının kalkması üzerine devrin ileriye etkili olarak hüküm ifade edeceği görüşü benimsenirken, aslında, zimnen tasarruf yetkisinin sonradan kazanılmasına ilişkin esas uygulanmaktadır. Türk hukuku bakımından, devir yasağı anlaşması için tasarruf yetkisi sınırlaması nitelendirmesi yapılmasında böyle bir sakınca bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır. Bkz. s. 306.

zorunda bırakılmaması, işlem hayatının pratik gereksinimlerine daha uygun bir çözüm tarzıdır¹⁴²⁴.

Askıdaki alacağın devri işlemi, devir yasağının kaldırıldığı andan itibaren ileriye etkili olarak geçerlilik kazanır. Alacağın devrinden sonra fakat devir yasağının kaldırılmasından önce alacak hakkı haczedilmişse, haczin hükümleri korunur¹⁴²⁵.

Aynı alacak hakkı birden çok kişiye birbiriyle çatışacak tarzda devredilmişse, borçlunun, kendi alacaklısı ile devir yasağının kaldırılması konusunda anlaşarak, tercih ettiği belirli bir devre geçerlilik kazandırabilmesi mümkün değildir. Alacaklının alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisini kazandığı an itibarıyla zamansal öncelik prensibi yürürlüğe girer ve bu prensip gereğince ilk sırada yapılan devir geçerlilik kazanır. Alacak hakkı, devredilebilir bir hak olarak, onu ilk sırada devralan kişinin malvarlığına geçer¹⁴²⁶. Borçlu, çatışan devirler arasındaki zamansal sıraya bağlı kalmak istemeyip seçtiği belirli bir devri geçerli hâle getirmek istiyorsa, o hâlde, devre katılma hakkını kullanmalıdır¹⁴²⁷. Dilediği takdirde borçlu, önce katılma hakkını kullanarak alacağı devir yasağı ile yüklü olarak tercih ettiği devralana geçirebilir ve daha sonra onunla yapacağı anlaşma ile devir yasağını kaldırabilir.

Somut bir olayda, borçlunun askıdaki devre onay vermesi üzerine alacağın devir yasağı ile birlikte mi geçirildiği; yoksa askıdaki devir işlemi borçlu ile devreden arasında devir yasağının kaldırılması konusundaki yeni bir sözleşme yapıp geçerli hale getirilerek alacağın devredilebilir bir hak olarak mı geçirildiği, tarafların irade beyanlarının yorumu yoluyla belirlenir¹⁴²⁸. Bununla birlikte, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak yapılan bir devre karşı, herhangi bir savunma ileri sürmeyen ve doğrudan devralana ifada bulunan yahut sadece yapılan devre onay verdiğini açıklayan borçlunun, sırf bu davranışlarından hareketle, devir yasağının kaldırılmasını örtülü olarak kabul ettiği yorumu yapılamaz. Borçlunun gelecekteki menfaati, kural olarak, devralanın onun katılımı olmadan herhangi bir tasarrufta bulunamaması yönünde olup dürüstlük kuralı gereği bunu devralanın anlayabilmesi ondan beklenir. Bu nedenle, şüphe

¹⁴²⁴ Berger, s. 300.

¹⁴²⁵ Thiele, s. 234; Dörner, s. 144; Berger, s. 301. İleriye etki sonucu için bkz. yukarıda s. 358, dn. 1421. Ayrıca bkz. s. 294 vd ile s. 324 vd.

¹⁴²⁶ Berger, s. 301. Bu konuda bkz. yukarıda s. 314 vd.

¹⁴²⁷ Bkz. s. 340 vd.

¹⁴²⁸ Bunun bir yorum sorunu olduğu yönünde: Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 32.

hâlinde, borçlunun yalnızca devre katılma hakkını kullandığı ve devre rıza verdiği var sayılmalıdır¹⁴²⁹. Üstelik, böyle bir olayda, devir yasağını kaldıran anlaşmanın kuruluşuna dair icap ve kabul beyanlarının değişimini tespit edebilmek de güçtür. Devralan, devir yasağının kaldırılması konudaki anlaşmanın tarafı değildir¹⁴³⁰. Bununla birlikte, istisnai bazı hâllerde, tarafların ortaya koyduğu davranışlar, devir yasağının örtülü olarak kaldırıldığı yorumu yapmaya elverişli olabilir¹⁴³¹.

Her hâlde, çatışan devirler söz konusu olan bir durumda, tercih ettiği devralana ifada bulunan borçlunun, alacağın devir yasağı ile yüklü olarak o kişiye geçirilmesine onay verdiği ve borçtan kurtulduğu varsayımından hareket edilmelidir. Çünkü, devir yasağının anlaşma ile kaldırılması sonucu zamansal öncelik prensibinin yürürlüğe girecek olması, borçlu yönünden alacaklı olmayana ifa tehlikesi yaratmakta, borçlunun, kendi tercih ettiği, örneğin ikinci sırada alacağı devralan kişiye yapacağı ifa ile borçtan kurtulabilmesi mümkün olmamaktadır¹⁴³².

b. Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının BK 188/I Hük- münün Uygulama Alanı ile İlişkisi

(1) Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının Devrin Geçer- sizliğine İlişkin Olması

Devir yasağı kararlaştırıldığı savunması alacağın devrinin geçersizliğine ilişkin bir savunmadır; defî¹⁴³³ değil itiraz niteliği taşır. Hâkim, devir yasağına rağmen gerçekleşen devrin borçlunun rıza verip vermeyeceğinin belli olmadığı dönemde askıda hükümsüz olduğunu veya borçlu rıza vermediği için kesin hükümsüz hâle geldiğini, borçlu herhangi bir savunma ileri sürmemiş olsa bile, resen göz önüne almak durumdadır¹⁴³⁴.

¹⁴²⁹ Bkz. s. 338 vd.

¹⁴³⁰ Bkz. s. 313 vd.

¹⁴³¹ Sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının borçlunun örtülü kabul beyanı ile kaldırılabileceği görüşü (Soergel/Schreiber, § 399, N. 9; Staudinger¹²/Kaduk § 399, N. 109 BeckOK/Rohe, § 399, N. 22.) bu çerçevede anamlandırılmalıdır. Ancak, borçlunun devralana ifada bulunması, kural olarak, devir yasağını kaldırılmasını örtülü olarak kabul şeklinde yorumlanamaz. Aksi yönde bkz. Şener, s. 86.

¹⁴³² Bkz. s. 314 vd.

¹⁴³³ Defî nitelendirmesi yapılan eserler ve bu nitelendirmenin nispi etkisizlik olarak anamlandırılabilmesi hakkında bkz. s. 247-248 ve orada dn. 1046 ile dn. 1052; ayrıca bkz. s. 264 vd.

¹⁴³⁴ Bkz. s. 336. İtiraz nitelendirmesi yapılan eserler için bkz. s. 248 ve orada dn. 1050.

HMK 141/I hükmüne göre, taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ise iddia ve savunmanın genişletilmesi kural olarak yasaktır. Buna rağmen, devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunu gösteren bilgi ve belgeler dava dosyasına girmişse, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının davanın sonraki aşamalarında ileri sürülmesi iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına aykırı düşmeyecektir. Çünkü, hâkim dosya kapsamına dâhil olduğu ölçüde itiraza dayanak oluşturan olguları zaten resen dikkate almak zorundadır. Ancak, devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunun dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden anlaşılamadığı ihtimalde, buna ilişkin itirazın sonradan ileri sürülmesi iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına aykırı sayılacaktır¹⁴³⁵.

Bununla birlikte, hakimin, dava dosyasındaki bilgi ve belgeleri -örneğin davacının sunduğu sözleşme senedini- incelediğinde, devir yasağı anlaşmasına aykırılık olgusunu tespit etmiş olmasının, tek başına, yapılan devir işleminin geçersiz olduğu kanaatine ulaşabilmesi bakımından yeterli olmadığını vurgulamak gerekir. Buna ilave olarak, hakimin, devir yasağı anlaşması aykırılık nedeniyle geçerliliği askıda bulunan devir işleminin borçlunun açık veya örtülü rızası ile geçerli hale gelmiş olup olmadığını, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile tarafların davadaki karşılıklı iddia ve savunmalarını değerlendirerek belirlemesi gerekmektedir. Örneğin, devralan, borçlunun devre açıkça onay verdiğini ispat eden bir belgeyi dava dilekçesi ile birlikte dosyaya sunmuş olabilir. Yahut borçlu, dava sırasında, devralanı alacaklı saydığını ortaya koyan içerikte bir savunma ileri sürerek devre rıza verdiği örtülü biçimde açıklamış olabilir; örneğin, borçlunun BK 188/I hükmüne dayanarak devralana karşı ödemezlik defi veya takas savunması yöneltmesi devre örtülü rıza olarak yorumlanacaktır¹⁴³⁶.

Bu noktada anlaşılmaktadır ki, Türk ve İsviçre öğretilerinde, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını defi olarak nitelendiren ve hakim tarafından resen nazara alınamayacağını belirten görüş¹⁴³⁷ çerçevesinde düşünülen, belki, sadece şudur:

¹⁴³⁵ Davalının savunmasının itiraz niteliği taşıdığı hâller bakımından genel olarak bu doğrultuda: Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, 2. bası, Ankara 2018, s. 266.

¹⁴³⁶ Borçlunun devre örtülü rıza verdiği yorumu yapılabilen haller hakkında bkz. s. 344 vd.

¹⁴³⁷ Bkz. s. 248 ve orada dn. 1052.

Borçlu dava sırasında devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmemiş, devralana karşı onu alacaklı olarak kabul ettiğini dışa vuran içerikte başka savunmalar yöneltilmişse, artık hakim devir yasağına aykırılığı resen göz önüne alamaz. Gerçekten de böyle bir örnekte, hakim devir yasağı anlaşmasına aykırılığı resen göz önüne alamayacaktır; ancak bunun gerekçesi devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının defî niteliği taşıması değil, yapılan devir işleminin borçlunun örtülü rızası ile geçerlilik kazanmış olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bu örnekte, hakimin resen nazara alabileceği bir geçersizlik hali bulunmamaktadır.

BK 188/I hükmünde borçlunun devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana karşı da ileri sürebileceği öngörülmektedir. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunması, borçlunun devredene karşı yöneltilbileceği bir savunma değildir. Bu savunma ilk defa olarak alacağın devri işleminin yapılmasıyla ortaya çıkar; yalnızca alacağı anlaşmaya aykırı olarak devralana yöneltililebilir¹⁴³⁸. Esasen, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının devralana karşı ileri sürülebilmesi için BK 188/I hükmünün varlığına dahi ihtiyaç yoktur. Çünkü, devir yasağı kararlaştırıldığı savunması devrin geçersizliğine ilişkin bir savunmadır¹⁴³⁹. BK 188/I hükmü, devrin geçersizliğine ilişkin olmayan savunmaların da devralana yöneltilmesine olanak verir. Alacağın devrinin geçersizliğine ilişkin savunmaların borçlu tarafından devralana yöneltililebilmesi için özel bir hükme ihtiyaç yoktur. Alacağın devrinin geçersizliğine kural olarak menfaat sahibi herkes tarafından dayanılabilir¹⁴⁴⁰.

(2) BK 188/I Hükümünün Devir Yasağı Kararlaştırıldığı Savunmasının Doğumuna Etkisi

Devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının devralana karşı ileri sürülebilmesi için BK 188/I hükmünün varlığına ihtiyaç olmasa da bu savunma hakkının doğumu bakımından BK 188/I hükmünün varlığı önem taşıyabilmektedir:

¹⁴³⁸ ABGB § 1396 hükmü bakımından bu doğrultuda: Gellner, s. 5; Aicher, s. 314; Raber, s. 444.

¹⁴³⁹ Alacağın devrine engel bulunmamasının devir işleminin geçerlilik koşulu olduğu konusunda bkz. s. 10.

¹⁴⁴⁰ ABGB § 1396 hükmü bakımından bu doğrultuda: Gellner, s. 5; Aicher, s. 314.

Yukarıda açıklandığı üzere, doğmuş bir alacağın devrinin yasaklanması bir tasarruf işlemi niteliği taşımaktadır; alacağın devrinden sonra devreden alacak üzerindeki tasarruf yetkisini yitireceği için, borçlu ile devreden arasında kararlaştırılan devir yasağı prensip itibarıyla geçersiz olur¹⁴⁴¹. Bununla birlikte, istisnai olarak, devir anından borçlunun alacağın devrini öğrendiği ana kadar olan dönemde, borçlu ile devreden arasında devir yasağı kararlaştırması BK 188/I hükmü uyarınca geçerli sayılmaktadır¹⁴⁴². Alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştirmemesi esasının düzenlendiği BK 188/I hükmü, borçlunun devri öğrendiği ana kadar devreden ile sözleşme yaparak devralana karşı ileri sürebileceği savunma hakları elde edebilmesine dayanak oluşturmaktadır. BK 188/I hükmü uyarınca borçlunun iyiniyetin korunmasının etkisi, borçlunun devreden ile yaptığı sözleşmenin devralana karşı geçerli olmasıdır¹⁴⁴³. BK 188/I hükmü uyarınca borçlunun iyiniyetinin korunması, alacak devralana geçtikten sonra devreden ile borçlu arasında kararlaştırılan devir yasağının geçersiz olmasının önüne geçmektedir.

Öğretide BK 188/I hükmünde öngörülen esasın gelecekteki alacakların devri hâlinde de uygulanması gerektiği fikri mevcuttur. Bir görüşe göre, borçlunun henüz doğmamış alacağın devredildiğini öğrendikten sonra alacaklısı ile kararlaştırdığı devir yasağı da geçersiz sayılmalıdır¹⁴⁴⁴. Başka bir görüş tarafından, alacağın devir sırasında mevcut bir hukuki temele dayanıp dayanmadığı konusunda ayırım yapılmakta ve BK 188/I hükmünün yalnız devir anında mevcut bir hukuki temele dayanan -doğumu geciktirici koşula veya vadeye bağlanmış- gelecekteki alacakların devri hâlinde uygulanması gerektiği öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, devir anında mevcut bir hukuki temele dayanan ancak henüz doğmamış alacaklar için devir yasağı kararlaştırılması en geç borçlunun alacağın devrini öğrendiği ana kadar geçerli kabul edilmelidir¹⁴⁴⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, alacağın devri borçluya bildirildikten sonra fakat en geç alacağın doğumundan önce devir yasağı kararlaştırılmasının mümkün olduğu fikrini

¹⁴⁴¹ Bkz. s. 331.

¹⁴⁴² Lardelli, s. 73. BK 188/I hükmündeki öğrenme esasının eski alacaklının borçluyu ibra etmesi veya borçlunun takas beyanında bulunması sonucu sona ermiş olması hâlinde de uygulanacağını belirterek benzer yönde: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 256; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1781.

¹⁴⁴³ Lardelli, s. 78.

¹⁴⁴⁴ BGB § 407 hükmüne atıfla bu görüşte: Serick, **Bd. V**, s. 585.

¹⁴⁴⁵ Lardelli, s. 99. Yazar, devir anında herhangi bir hukuki temele dayanmayan alacaklar bakımından devir yasağının geçerli olarak kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Lardelli, s. 95. Bu görüş Türk hukukunda da desteklenmiştir: Günergök, s. 226.

benimsemekte; böylece her iki görüşü de zımnen reddetmektedir¹⁴⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin fikri aşağıdaki gerekçelerden ötürü üstün tutulmalıdır:

İlk olarak, BK 188/I hükmüne dayanılarak, borçlunun gelecekteki alacağın devrini öğrendikten sonra devreden ile kararlaştırdığı devir yasağını devralana ileri süremeyeceği çıkarımında bulunulması mümkün değildir; çünkü, yukarıda açıklanmıştır ki, alacağın devrinde borçlunun korunması prensibinin ve bu prensibin temel dayanağını oluşturan BK 188/I hükmünün uygulanabilmesi için geçerli bir alacak devri bulunması gerekir¹⁴⁴⁷. Oysa, alacağın doğumuna kadar olan dönemde devir işleminin geçerliliği askıdadır¹⁴⁴⁸. BK 188/I hükmüne başvurulması ancak alacağın doğması ve askıdaki devir işleminin geçerlilik kazanması üzerine mümkün hâle gelir.

İkincisi, BK 188/I hükmünün gelecekteki alacakların devri hâlinde uygulanabileceği görüşü söz konusu hükmün amacından sapan bir yorum tarzı oluşturmaktadır. Başta belirtildiği gibi, BK 188/I hükmü uyarınca borçlunun iyiniyetinin korunması, devir yasağı kararlaştırılması konusundaki sözleşmenin geçerlilik kazanmasını sağlamaktadır. BK 188/I hükmü mevcut olmasa, borçlunun devreden ile yaptığı bu anlaşmanın geçersiz olması gerekecektir; çünkü alacak hakkı devralanın malvarlığına geçmiş, devreden alacak üzerindeki tasarruf yetkisini yitirmiştir. BK 188/I hükmü aracılığıyla alacağın devredildiğini bilmeyen borçlunun hukuki durumunun kötüleşmesinin önüne geçilmektedir. BK 188/I hükmünün gelecekteki alacakların devri hâlinde uygulanması gerektiği görüşü ise borçluyu değil devralanı korumaya yönelmektedir. Gelecekteki alacakların devrinde, devir işleminin yapıldığı andan alacağın doğumuna kadar olan dönemde alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğü prensibinin üstün olduğu ve bu prensip gereği tarafların bir devir yasağı kararlaştırarak alacağın içeriğini değiştirme özgürlüğüne sahip bulundukları yukarıda açıklanmıştır¹⁴⁴⁹. BK 188/I hükmünün gelecekteki alacakların devrinde de uygulanması gerektiği görüşü ile devreden ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması yoluyla devralanın durumunun iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. BK 188/I hükmünün amacı ise bu değildir; alacağın devri yüzünden borçlunun durumunun kötüleşmesinin önüne geçmektir. Bu

¹⁴⁴⁶ BGE 4A_133/2009, 03.06.2009, E. 2.2; BGE 4A_616/2012, 19.02.2013, E. 5.1. BGB § 407 hükmüne atıfla aynı yönde: Berger, s. 258.

¹⁴⁴⁷ Bkz. s. 32.

¹⁴⁴⁸ Bkz. s. 358.

¹⁴⁴⁹ Bkz. s. 331 vd.

yüzden gelecekteki alacağın devri yoluyla devreden ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi görüşünün yasal dayanağını BK 188/I hükmü oluşturamaz. Bu hususta gelecekteki alacak hakkının devir anında mevcut bir hukuki temele dayanıp dayanmaması da herhangi bir fark yaratmayacaktır.

Sonuç olarak, doğmuş bir alacağın devredildiği ihtimalde, borçlunun devirden sonra ancak devri öğrenmeden önce devreden ile kararlaştırdığı devir yasağı BK 188/I hükmünün varlığı sayesinde geçerlilik kazanır. Gelecekteki bir alacağın devredildiği ihtimalde ise devir anından alacağın doğumuna kadar olan dönemde alacaklı ile borçlu arasında yapılan devir yasağı anlaşması zaten geçerlidir; geçerli hâle gelebilmesi için BK 188/I hükmünün desteğine ihtiyaç yoktur. Borçlunun gelecekteki alacağın devredildiğini öğrenmiş olup olmaması, prensip olarak¹⁴⁵⁰, devir yasağı anlaşmasının geçerliliği üzerinde herhangi bir etki yaratmaz.

(3) Devre Rızanın Borçlunun Diğer Savunmalarına Etkisi

Yukarıda açıklandığı üzere, devri anlaşma ile yasaklanmış alacak hakkı özünde niteliği devre elverişli bir alacak hakkıdır¹⁴⁵¹. Alacaklı ile borçlu arasındaki anlaşma ile devrin yasaklanması alacak hakkının devre elverişli doğasında herhangi bir değişiklik meydana getirmez¹⁴⁵²; sadece alacağın devri işleminin geçerliliğinin borçlunun rızası koşuluna bağlanması sonucu doğurur¹⁴⁵³. Devir yasağına aykırılık nedeniyle geçerliliği askıda olan devir işlemi iki şekilde hüküm ifade eder: Ya borçlu askıdaki devre rıza verir ve alacak hakkı devir yasağıyla birlikte devralana geçer ya da borçlu ile devreden arasında yeni bir sözleşme yapılarak devir yasağı kaldırılır ve alacak hakkı devir yasağından kurtulmuş olarak devralana geçer. İki ihtimalde de borçlunun iradesi ile geçerlilik kazanan işlem teknik anlamı ile bir alacağın devri işlemidir. Bu işlem ile meydana gelen üç taraflı ilişkiye Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hükümleri doğrudan uygulanır¹⁴⁵⁴. Borçlu bakımından, özellikle, alacağın devrinde

¹⁴⁵⁰ Bu ihtimalde, devir yasağı anlaşmasının takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılıp sayılamayacağı hakkında bkz. s. 458 vd.

¹⁴⁵¹ Bkz. s. 9 vd ve s. 133.

¹⁴⁵² Bkz. s. 306 vd.

¹⁴⁵³ Bkz. s. 316 vd.

¹⁴⁵⁴ Dörner, s. 142 ile s. 206-207; Hadding/van Look, s. 13. Ayrıca yukarıda bkz. s. 321 vd.

hâkim olan borçlunun korunması prensibinin (BK 188/I) yürürlüğe girmesi önem arz eder.

Rıza açıklamasında bulunarak veya devreden ile devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılmasını kabul ederek, askıdaki devir işleminin geçerlilik kazanmasını sağlayan borçlu, borçlunun korunması prensibinin (BK 188/I) yürürlüğe girmesi sonucu, devralana yöneltebileceği çeşitli savunma hakları elde etmiş olabilir. İki ihtimalde de, borçlunun, askıdaki devrin hüküm doğurmasını sağlayan irade beyanı ile devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasından feragat etmiş olacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bunun yanı sıra, borçlunun askıdaki bir devri geçerli kılmaya yönelik irade beyanının borçlunun korunması prensibi gereğince sahip olduğu başka savunmalardan feragat etkisi yaratıp yaratmadığı meselesi gündeme gelebilir. Bu konu esasen bir irade beyanının yorumu sorunudur. Bazı somut hâllerde, borçlunun devri geçerli hâle getiren irade beyanının güven prensibine göre yorumu yoluyla borçlunun başka savunmalardan feragat ettiği sonucuna varılması mümkün olabilir. Örneğin, borçlunun onay beyanında “*alacağı devralan Ü’ye 10.000 lira ödemeyi kabul ediyorum*” şeklinde bir ifade belirtmesi borç ikrarı olarak yorumlanabilir. Bununla birlikte, güven prensibi, şüphe hâlinde, borçlunun rıza beyanı ile yalnızca devir yasağı kararlaştırılmasındaki somut menfaatten feragat ettiği şeklinde dar bir yorum yapılmasını haklı gösterir. Rıza beyanının bu şekilde dar yorumlanması, devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların tedavülünün sağlanabilmesi bakımından özellikle önem taşımaktadır. Zira, rıza işleminin borçlunun hâlihazırda devredene karşı sahip olduğu alacağın varlığını ilgilendiren başka savunmalardan feragat sonucu da doğurabileceği şekildeki geniş bir yorum tarzına üstünlük tanınması, borçlunun -kimi hâlde sırf tedbir amaçlı- rıza vermekten kaçınmasına ve bu davranışında haklı sayılmasına yol açacaktır. Oysaki, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaati bu değildir ve bu menfaati öne sürerek devre rıza vermekten kaçınması haklı görülemez. Diğer taraftan, söz konusu menfaat, alacağın devri özgürlüğü prensibinin benimsendiği hukuk düzeni tarafından dahi korunan bir menfaattir: BK 188/I hükmüne göre, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir. Bu yüzden, rıza beyanının şüphe hâlinde sadece devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasından feragat şeklinde dar yorumlanması yoluyla, borçlunun, hiç devir yasağı kararlaştırılmamış olsa sahip olacağı savunmalardan sırf devre rıza verdiği için mahrum

kalmasının önüne geçilmelidir. Başka bir ifadeyle, borçlunun, alacaklı tarafın aynı kalmasına olan somut menfaatinden vazgeçerek alacak geçişini sağlamış olmasının, borçluya başka bir savunma hakkının kaybı şeklinde geri dönmesi dar yorumla üstünlük tanınarak engellenmelidir.

c. Geçersiz Devir İşleminin Alacağı Tahsil için Temsil Yetkisi Verilmesi İşlemine Çevrilmesi

Devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan alacağın devri işlemi, çevirme (tahvil) yoluyla en azından, alacağı tahsil¹⁴⁵⁵ için temsil yetkisi verilmesi işlemi olarak ayakta tutulabilir¹⁴⁵⁶.

Çevirme hâlinde, devralan, alacağın devrinin ona sağlayacağı alacağı tahsil yetkisini, daha zayıf bir hukuki konum olan alacaklının temsilcisi sıfatını kazanması sayesinde elde eder¹⁴⁵⁷. Böylece, çevirmenin şartlarından biri olan, geçerli tutulacak

¹⁴⁵⁵ “Alacağı tahsil yetkisi” deyimini para alacaklarının ifasını talep ve kabul yetkisine karşılık gelir. Buna rağmen, bu başlık altında, anlatım kolaylığı sağlamak amacıyla, para alacağı dışındaki alacakları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

¹⁴⁵⁶ Arsebük, s. 1068; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 344; Tunçomağ, s. 1085; Funk, Art. 164, N. 5; Wolff, s. 171-172; von Tuhr/Escher, s. 348; Spirig, Art. 164, N. 158, N. 190; von Gierke, s. 202; Rehbein, s. 388; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Serick, **Bd. II**, s. 291-292. İsviçre Federal Mahkemesi, yasal bir devir kısıtlamasına aykırılık nedeni ile geçersiz kalan bir devrin prensip olarak alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bkz. BGE 77 II 161 (167).

¹⁴⁵⁷ Serick, **Bd. II**, s. 291-292. Alman hukukunda, alacaklının bir üçüncü kişiye, “alacağı tahsil için temsil yetkisi” (“*Einziehungsvollmacht*”) yerine, daha güçlü bir hukuki konum sağlayan “ifayı kendi adına talep yetkisi” (“*Einziehungsermächtigung*”) verebileceği kabul edilmektedir. Alman hukukuna özgü bu kavramın Türk hukuku yönünden incelenmesi ve temsil ile alacağın devrinden farkları hakkında bkz. Akyol, **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, s. 73 vd: Bu yapıda, tek taraflı bir işlem ile üçüncü kişiye ifayı kendi adına talep yetkisi tanınmaktadır (s. 22); alacaklı ifayı talep yetkisini muhafaza etmekte (s. 143 vd), borçlu dilerse üçüncü kişiye dilerse alacaklıya ifada bulunarak borçtan kurtulabilmektedir (s. 86). Temsil yetkisi verilmesi işleminden en önemli farkı şuradadır: Borçlunun üçüncü kişiye ifada bulunması üzerine, ifa konusu şey üzerinde, alacaklı değil doğrudan üçüncü kişi hak sahibi olmaktadır. Böylelikle, alacaklının üçüncü kişi ile arasındaki başka bir ilişkiden doğan borcunun ifa edilmesi de amaçlanmaktadır. Borçlu kendi borcunu üçüncü kişiye ifa ettiğinde, alacaklının üçüncü kişiye olan bir borcunu da ifa etmiş olmaktadır (s. 130). Ayrıca bkz. Kocaman, s. 201 vd; Serozan, § 3, N. 4.

Alman öğretisinde, devir yasağı anlaşmasının bir üçüncü kişiye “ifayı kendi adına talep yetkisi” (“*Einziehungsermächtigung*”) verilmesine kural olarak engel oluşturmayaacağı, ancak bazı somut hâllerde, devir yasağının amacı ve yorumu gereği, ifayı kendi adına talep yetkisi verilmesinin engellendiği sonucuna varılabileceği görüşü hâkimdir. Bu çerçevede, devir yasağına aykırılık nedeniyle geçersiz devir işleminin kendi adına ifayı talep yetkisi verilmesi işlemine çevirme yoluyla dönüş- türülebileceği belirtilmektedir. Bkz. Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 113-114; Staudinger/Busche, Einleitung §§ 398, N. 127; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 782, dn. 48; BeckOK/Rohe, § 399, N. 22; Hadding/van Look, s. 6, s. 15.

işlemin kesin hükümsüz işleme yakın ancak ondan daha ağır olmayan sonuç doğurması şartı¹⁴⁵⁸ gerçekleşir¹⁴⁵⁹. Buna ilave olarak, çevirme için aşağıdaki beş şart yerine getirilmelidir:

Birincisi, borçlu, devir yasağı anlaşmasına aykırı düşen devir işlemine onay vermediği için devir işlemi askıda hükümsüz olmaktan çıkıp kesin hükümsüz hâle dönüşmüş olmalıdır. Askıda hükümsüzlük hâli devam ederken çevirme yoluna başvurulamaz¹⁴⁶⁰.

İkincisi, devir işlemini yaptıkları sırada, devreden ile devralan, borçlunun devre rıza vereceğine ve işlemin geçerlilik kazanacağına dair haklı bir beklentiye sahip olmalıdırlar. Devir işleminin devir yasağına aykırılık nedeniyle askıda hükümsüz olduğunun taraflarca bilinmesi kural olarak çevirme yolunu kapatır; ancak böyle haklı bir beklentinin bulunması çevirme yoluna başvurulmasını mümkün kılar. Bu beklenti gerçekleşmediği ve devir işlemi borçlunun rızası alınmadığı için kesin hükümsüz olduğunda, devreden ile devralanın, devir işlemini yaparken askıda hükümsüzlüğü bildikleri gerekçe gösterilerek çevirmeye karşı çıkılamaz¹⁴⁶¹.

Üçüncüsü, devir işleminin çevirme yoluyla tahsil yetkisi verilmesi işlemi olarak ayakta tutulması, devir yasağına aykırı devrin geçersiz olacağını öngören BK 183/I hükmünün ardındaki borçlunun korunması amacının somut olayda teminine engel oluşturmamalıdır¹⁴⁶². Kanun koyucunun, BK 183/I hükmünde, devrin anlaşma ile engellenmesine izin vermekteki amacı, borçluya, alacaklı tarafın değişmemesine olan

¹⁴⁵⁸ Selim Kaneti, **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul 1972, s. 147; Kocayusufoğlu, § 44, N. 39.

¹⁴⁵⁹ Yazılı şekil şartına uyulmadığı için geçersiz olan devir işleminin de alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilerek ayakta tutulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Kaneti, **Tahvil**, s. 231; Kocayusufoğlu, § 44, N. 39; Engin, s. 21; dn. 51.

¹⁴⁶⁰ Kocayusufoğlu, § 44, N. 32 ve orada dn. 53'te belirtilen eserler. Bu görüşe karşılık, Kaneti (**Tahvil**, s. 132) eksik işlemin tamamlayıcı unsur gerçekleşmedikçe herhangi bir sonuç doğurmayacak olmasından ötürü kesin hükümsüz işlemlerle bir tutulabileceğini belirtir; askı durumu devam ederken çevirmenin mümkün olduğunu kabul eder.

¹⁴⁶¹ Tarafların, yaptıkları işlemin askıda hükümsüz olduğunu bilmelerine rağmen, ilerde tamamlayıcı unsurun yerine getirilmesi üzerine geçerlilik kazanacağı yönünde hâl ve şartların haklı gösterdiği güçlü bir kanaate sahip olduğu hâllerde, çevirme yolu saklı tutulmaktadır. Bu görüşe göre, yapılan işlemin geçerli olduğuna inanmakla, askıda hükümsüz işlemin geçerlilik kazanacağına (haklı gerekçelerle) inanmak arasında çevirme açısından farklı sonuçlara varılmasını isabetli gösterecek ölçüde bir fark bulunmamaktadır. Bkz. Kocayusufoğlu, § 44, N. 35.

¹⁴⁶² Geçersizliğe yol açan hükmün amacı çevirme imkânının sınırlarını tayin eder. Geçersizlik öngören hükmün dolanılması sonucu yaratan veya onun anlam ve amacı ile bağdaşmayan sonuçların doğumuna yol açan hâllerde çevirme yolu kapalıdır: Kocayusufoğlu, § 44, N. 36. Şekle aykırılık bakımından bu doğrultuda: Kaneti, **Tahvil**, s. 123.

çeşitli menfaatlerini koruyabileceği bir hukuki imkân sağlamaktır¹⁴⁶³. Devri engellenmiş bir alacağın, alacaklı yerine temsilcisi tarafından tahsilinin talep edilmesi, kural olarak, bu menfaatlerin teminine engel oluşturmaz¹⁴⁶⁴. Örnek olarak, uygulamada en sık rastlanılan, alacaklı olmayana ifa tehlikesinin önüne geçilmesi menfaatini olumsuz etkileyebilecek herhangi bir yönü bulunmamaktadır. Buna karşılık, taraflar arasındaki ilişkinin özel bir güven temeline dayandığı durumlarda, borçlunun bir devir yasağı anlaşması yapılmasındaki menfaati, münhasıran alacaklının şahsına ifada bulunmak şeklinde olabilir. Böyle bir özel durumun varlığı hâlinde çevirme yapılamayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶⁵.

Dördüncüsü, çevirme yolu ile ayakta tutulacak alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemi için aranan tüm geçerlilik şartlarının, kesin hükümsüz kalan alacağın devri işlemi bünyesinde gerçekleşmiş olması gerekir¹⁴⁶⁶.

Beşincisi, devreden ile devralanın, devir işleminin borçlunun rıza vermekten kaçınması üzerine kesin hükümsüz olacağını bilselerdi, alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işleminin hukuki sonucu ile yetinmeyi isteyebileceği somut olayda söylenebilir olmalıdır¹⁴⁶⁷. Öğretide, devir yasağına aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir devir işleminin alacağı tahsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilmesinin çoğu hâlde tarafların varsayılan ortak iradelerine uygun düşeceği belirtilmektedir¹⁴⁶⁸. Alacaklı, devir beyanında bulunurken, bir taraftan ifanın devralana yapılması yönündeki iradesini de örtülü olarak dışa vurmaktadır¹⁴⁶⁹. Devralan ise devir işlemi geçerlilik kazansaydı

¹⁴⁶³ Borçlunun alacaklı tarafın değişmesini anlaşma ile engellemek istemekteki somut menfaatleri için bkz. s. 141 vd.

¹⁴⁶⁴ Borçlunun devir yasağı anlaşması yapılan her durumda münhasıran alacaklının şahsına ifa ile yükümlü olma iradesini ortaya koyduğu, bu nedenle, devir yasağı anlaşmasının kural olarak sadece devre değil aynı zamanda tahsil yetkisi verilmesine de engel oluşturduğunu belirterek aksi yönde: Schulin/Vogt, s. 616.

¹⁴⁶⁵ Geçersiz devir işlemini tahsil yetkisi verilmesi işlemine çevirme yolunun sadece bu istisnai durumda kapalı olduğu yönünde: Arsebük, s. 1068; Wolff, s. 172; von Tuhr/Escher, s. 348; Spirig, Art. 164, N. 158, N. 190; von Gierke, s. 202.

¹⁴⁶⁶ Çevirmenin şartlarından biri, yedek işlem için aranan geçerlilik şartlarının, kesin hükümsüz işlem çerçevesinde gerçekleşmiş olmasıdır: Kaneti, **Tahvil**, s. 142; Kocayusufoğlu, § 44, N. 37; Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 550.

¹⁴⁶⁷ Tarafların yaptıkları işlemin geçersiz olduğunu bilselerdi, geçerli tutulacak yedek işlemi yapmaları varsayılan iradelerine uygun düştüğü takdirde, çevirme mümkündür: Kaneti, **Tahvil**, s. 151 vd; Kocayusufoğlu, § 44, N. 40; Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 550.

¹⁴⁶⁸ von Gierke, s. 202; Enneccerus/Lehmann, s. 314; Serick, **Bd. II**, s. 291-292.

¹⁴⁶⁹ von Tuhr/Escher, s. 348.

sahip olacağı alacağı tahsil yetkisine, elde ettiği temsil sıfatı aracılığıyla kavuşmaktadır¹⁴⁷⁰.

Bu beş şart yerine getirildiği ve kesin hükümsüz devir işlemi çevirme yoluyla temsil yetkisi verilmesi işlemi olarak ayakta tutulduğunda, devralan, devreden temsilcisi sıfatıyla alacağın tahsile girişebilir. Devralan, temsilci sıfatıyla borçludan alacaklı adına kabul ettiği edimi alacaklıya vermekle yükümlü olur. Devreden (temsil olunan), duruma göre, devralana (temsilciye) aralarındaki temel ilişki uyarınca başvuruda bulunarak ondan borçludan aldığını kendisine vermesini isteyebilir veya alacağı devir borcu doğuran sözleşmenin ifası yerine geçmek üzere, devralanı (temsilciyi) iade borcundan ibra yoluyla kurtarabilir¹⁴⁷¹.

Devir yasağı anlaşmasının alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesine engel oluşturmadığı dikkate alındığında, devri engellenmiş bir alacak hakkından belli ölçüde teminat amaçlı yararlanılabileceği ifade edilir. Buna göre, alacaklı, devri anlaşma ile engellenmiş para alacağını bir kredi kuruluşuna teminat amaçlı devretme imkânına sahip olmasa bile, söz konusu kuruluşa alacağı tahsil için temsil yetkisi verebilmesi kural olarak mümkündür¹⁴⁷². Fakat, elbette ki, teminat alanın durumunu güvence altına almak açısından, alacağı tahsil için yetki verilmesi, alacağın devri seçeneği ile karşılaştırıldığında daha zayıf bir araçtır. Alacaklının malvarlığına karşı yürütülecek icra takibi işlemlerine karşı, yalnızca alacağın devri yoluyla teminat alanın alacak üzerinde tam hak sahibi kılınması yeterli bir koruma sağlayacaktır¹⁴⁷³. Ayrıca, temsil yetkisinin geri alınabilir olması da devralan açısından başka bir sakıncayı ifade etmektedir¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁰ Kocayusufoğlu, § 44, N. 39.

¹⁴⁷¹ Alacaklı tarafından devrin borçluya bildirilmesinin, somut olayın koşullarına göre, borçluya, alacaklının hesabına üçüncü kişiye ödeme yapması konusunda temsil yetkisi verilmesi olarak yorumlanabileceği görüşünde: Feyzioğlu, s. 653.

¹⁴⁷² Serick, **Bd. II**, s. 291-292.

¹⁴⁷³ Özakman, s. 25, s. 42; Serick, **Bd. II**, s. 291-292.

¹⁴⁷⁴ Özakman, s. 25, s. 42. İsviçre Federal Mahkemesi, yasal bir devir kısıtlamasına aykırı devir işleminin alacağı tahsil için temsil yetkisi verilmesi işlemine çevrilmesi imkânını değerlendirdiği bir kararında bu sakıncaya işaret etmiştir. Bkz. BGE 77 II 161 (167).

d. Devralanın İyiniyetinin Korunması

(1) BK 183/II Hükümünün Amacı ve Anlamı

Kanun alacağın devrinde prensip olarak devralanın iyiniyetini korumaz. Devralanın, devir konusu alacağın varlığına, devreden alacaklı olduğuna ve alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğuna ilişkin güveni prensip itibarıyla koruma görmez. Bu doğrultuda, devralanın, devir konusu alacak hakkının devir yeteneğine sahip olduğu ve bir devir yasağı kararlaştırılmış olmadığı konusundaki güveni de kural olarak korunmaya layık değildir. Devralanın iyiniyeti, kural olarak, alacaklının devir konusundaki tasarruf yetkisi eksikliğini gidererek devir işlemini geçerli hâle getirememektedir. Ancak BK 183/II hükmü ile bu kurala bir istisna tanınmıştır¹⁴⁷⁵: “*Borçlu devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımaya güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez*”.

BK 183/II hükmüne göre, alacak için bir senet düzenlemişse fakat aynı senette alacağın devrini yasakladıklarını belirtmeyi ihmal etmişlerse, bu ihtimalde borçlu, senede güvenerek alacağı devralanın ifa talebine karşı, devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınamaz. Hükümün zıt anlamı şöyle ifade olunur: Senede bağlanmış alacaklarda, devir yasağı senette belirtilmiş olduğu veya devralan bir devir yasağı kararlaştırıldığı bilgisine sahip olduğu takdirde, borçlu, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürerek devralana ifadan kaçınabilir.

BK 183/II hükümünün koruması, devir yasağı kararlaştırıldığı konusunda eksik bilgi içeren bir senet dolayısıyla devralanın yanılgıya düşmesine kendi davranışı ile sebep olan borçlunun, alacağın devrine katlanmak zorunda olduğu düşüncesine dayanır¹⁴⁷⁶. Devir yasağı kararlaştırılması konusundaki sözleşme özgürlüğü işlem güvenliğinin korunmasına olan kamu menfaati gereği sınırlandırılmaktadır¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ Devralanın iyiniyetinin prensip olarak korunma görmediği ve BK 183/II ile BK 19/II hükümlerinin bu prensibe istisna oluşturduğu konusunda: Arsebük, s. 1067; Saymen/Elbir, s. 340; Turhan Esener, **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara 1956, s. 127; Birsen, s. 583-584; Tunçomağ, s. 1085; Özsunay, s. 187-188; Feyzioğlu, s. 533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 247; Tekil, s. 242; Aybay, s. 190; Martin, s. 20; von Tuhr/Escher, s. 347-348; Keller/Schöbi, s. 58; Bucher, § 31, s. 542; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 57; Tercier/Pichonnaz, N. 1684; CR-Probst, CO 164, N. 34, N. 72; Guhl/Koller, § 34, N. 28; Spirig, Art. 164, N. 183; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 203; Schuln/Vogt, s. 619; Huguenin, N. 1362; Oftinger, Art. 899, N. 33.

¹⁴⁷⁶ von Tuhr/Escher, s. 348; CR-Probst, CO 164, N. 71; Saymen/Elbir, s. 341; Tunçomağ, s. 1085.

¹⁴⁷⁷ Wünschmann, s. 223; Crome, s. 326.

BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunmasının şartları şunlardır:

1. *Yazılı borç tanınması bulunması*
2. *Devir yasağının yazılı borç tanınmasında belirtilmemiş olması*
3. *Borç tanınmasını içeren senedin devralana en geç devir sırasında ibraz edilmiş olması*
4. *Alacağın yazılı borç tanınmasına güvenirle devralınmış olması*

Belirtilen 1, 3 ve 4 numaralı şartlar, alacağın devrinde devralanın senede güveninin koruma gördüğü başka bir istisnai durumun düzenlendiği BK 19/II hükmü bakımından da aranmaktadır¹⁴⁷⁸. Anılan üç şartının özdeş olması nedeniyle BK 19/II ve BK 183/II hükümleri öğretide birbiri ile ilişkilendirilerek incelenmektedir¹⁴⁷⁹. Bu çalışmada da aynı yönetime bağlı kalınmakta; aşağıda BK 183/II hükmündeki istisnai durum incelenirken, anılan üç şart hakkında BK 19/II hükmü açısından ifade olunan bilimsel görüşlerden de yararlanılmaktadır.

BK 183/II hükmündeki düzenlemenin karşılığı İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1881 tarihli versiyonunda mevcut değildir. Bu istisna hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'na 1911 revizyonu çerçevesinde, BGB § 405 hükmü örnek alınarak, sonradan eklenmiştir. BK 19/II ve BK 183/II hükümlerine paralel düzenlemelere BGB § 405 hükmünde tek bir paragraf altında yer verilmektedir¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁸ Bu konuda bkz. Max Ehrenzeller, *Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht*, Bern 1951, s. 31; Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 204.

¹⁴⁷⁹ İki hükmün birlikte ele alındığı eserlere örnek olarak bkz. Tunçomağ, s. 1085; Feyzioğlu, s. 634; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1727; Dayınlı, s. 167; Rossel, s. 228; Fick, Art. 164, N. 36; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 22; Becker, Art. 164, N. 47; Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 204; Ernst A. Kramer, / Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern 1986, Art. 18, N. 170; CR-Probst, CO 164, N. 71.

¹⁴⁸⁰ Senede bağlı alacaklarda devralanın iyiniyetinin koruma gördüğü bu iki istisna hükmünün yasa-
laşma süreci hakkında bkz. s. 239 vd.

(2) İyiniyetin Korunmasının Şartları

(a) Yazılı Borç Tanıması Bulunması

(i) Genel Olarak

BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunması için aranan şartlardan biri yazılı bir borç tanınması bulunmasıdır. Buna göre, yazılı borç tanınmasının iki unsuru vardır: Borç tanınması bulunması ve borç tanınmasının yazılı olarak açıklanmış olması.

(ii) Borç Tanınması Bulunması

BK 19/II ve BK 183/II hükümlerinde geçen borç tanınması, borçlunun alacaklıya karşı belirli bir borcun mevcut olduğunu beyan etmesini ifade eder¹⁴⁸¹. Sadece mevcut bir borcun varlığının ikrar edilmesi değil, aynı zamanda borç vaadinde bulunarak yeni bir borç ilişkisi kurulması da bu kavrama dâhildir¹⁴⁸².

Borç tanınması, borçlunun alacaklıya yönelttiği bir beyandır. Alacaklının borçluya veya borçlunun bir üçüncü kişiye yönelttiği bir beyan borç tanınması niteliği taşımaz¹⁴⁸³.

Öğretide borç tanınmasının kurucu veya açıklayıcı olabileceği belirtilmektedir¹⁴⁸⁴. Kurucu olduğu ihtimalde borç tanınması tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme

¹⁴⁸¹ Esener, s. 131; Wilhelm Schönenberger / Peter Jäggi, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR**, 3. Auflage, Zürich 1973, Art. 17, N. 5; Peter Jäggi / Peter Gauch, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR**, 3. Auflage, Zürich 1980, Art. 18, N. 238; Peter Jäggi / Peter Gauch / Stephan Hartmann, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR**, 4. Auflage, Zürich 2015, Art. 18, N. 252; Kramer/Schmidlin, Art. 17, N. 34; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 190; Christoph Müller, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern 2018, Art. 17, N. 15.

¹⁴⁸² Schönenberger/Jäggi, Art. 17, N. 6; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 238; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 252; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 190. Kurucu olduğu ihtimali göz önünde tutarak, borç tanınması ile borç vaadinin sonuçları bakımından farksız olduğu, bu nedenle kanun koyucunun bu iki tipi, birbirinden ayırt etmeye gerek görmediği belirtilmektedir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 45, dn. 78; Oser/Schönenberger, Art. 17, N. 8; Kramer/Schmidlin, Art. 17, N. 18.

¹⁴⁸³ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 239; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 253; Frédéric Krauskopf, "Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht", **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, 23/2005, s. 169-184, s. 169.

¹⁴⁸⁴ İsmet Sungurbey, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul 1957, s. 2; Krauskopf, s. 172. Senette borç altına girme iradesinin değil, sadece bir vakıanın açıklanması ihtimalinde yazılı borç tanınmasından söz edilmeyeceği görüşünde: Esener, s. 132; Kramer/Schmidlin, Art. 17, N. 18.

niteliğine sahiptir¹⁴⁸⁵. Açıklayıcı olduğu ihtimalde ise sadece bir bilgi açıklamasından ibarettir¹⁴⁸⁶. Örneğin, borçlu, borcun varlığı konusunda herhangi bir uyuşmazlık ya da belirsizlik söz konusu olmadığı hâlde, sırf alacaklıya ispat kolaylığı sağlamak amacıyla borcun mevcut olduğunu tek taraflı olarak beyan etmiş olabilir; böyle bir beyan sadece bir bilgi açıklaması oluşturur¹⁴⁸⁷. Borcun varlığına ilişkin bilgi açıklamasının BK 183/II hükmünde aranan borç tanınması bulunması şartını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği tartışmaya açıktır. Ancak, BK 183/II hükmünün ardındaki devralanın senede güveninin korunması amacı göz önünde tutulduğunda, borç tanınmasının kurucu olması ile açıklayıcı olması arasındaki farklılık, BK 183/II bakımından ayrı sonuçlara varmayı haklı gösterecek düzeyde önemli gözükmemektedir¹⁴⁸⁸. Bunun dışında, borcun dayandığı hukuki sebebin senette gösterilmiş olup olmamasının da BK 183/II hükmünün uygulanması bakımından fark yaratmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁸⁹.

Öğretide, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin senede bağlandığı durumda da taraflardan her birinin üstlendiği borç açısından, bu hükümde aranan yazılı borç tanınması bulunması şartının gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Çünkü, BK 183/II hükmü açısından önem taşıyan sadece, devir yasağı kararlaştırıldığı yazılı borç tanınmasında gösterilmeyerek gerçeğe aykırı bir görünüş yaratılmış, bu yolla devralanın alacağın devredilebilir olduğuna haklı sayılabilecek ölçüde güvenmesine yol açılmış olmasıdır¹⁴⁹⁰. Her ne kadar uygulamada borç senedi tabiri ile genellikle sadece, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin kuruluşu sırasında verilen veya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin ifa edilmesinden sonra verilen borç

¹⁴⁸⁵ Kramer/Schmidlin, Art. 17, N. 35. Soyut borç tanınmasının, tek taraflı bir hukuki işlem değil yalnızca taraflardan birini borç ile yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığı, bu yüzden borç tanınmasının alacaklı tarafından kabul edilmiş olması gerektiği yönünde: Sungurbey, **Borç İkrarı**, s. 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 45, dn. 77; Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 652; Nomer, N. 32. Karşı görüşe göre, (kurucu) borç tanınması kendisini borçlu sayan kişi tarafından yapılan tek taraflı bir hukuki işlemdir. Geçerliliği için beyan muhatabının rızasına ihtiyaç yoktur: Schönerberger/Jäggi, Art. 17, N. 8; Müller, Art. 17, N. 20; Krauskopf, s. 172.

¹⁴⁸⁶ Krauskopf, s. 171.

¹⁴⁸⁷ Kramer/Schmidlin, Art. 17, N. 36.

¹⁴⁸⁸ Krauskopf, s. 184. BK 19/II (eBK 18/II) anlamında bir borç tanınmasının tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu görüşünde: Esener, s. 132.

¹⁴⁸⁹ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 190. BK 19/II (OR 18/II) bakımından da bu doğrultuda: Oser/Schönerberger, Art. 18, N. 21; Ehrenzeller, s. 32; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 238.

¹⁴⁹⁰ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 241; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 255; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 191.

tanımasını içeren senet kastedilmekte olsa da¹⁴⁹¹, BK 183/II hükmünde öngörülen yazılı borç tanınması bulunması şartı, hükmün amacına uygun olarak, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin bağlandığı senedi de kapsayacak şekilde, geniş yorumlanmalıdır¹⁴⁹². Örnek olarak, C, A'nın B'ye karşı sahip olduğu kira alacağını devralırken, A ile B arasında kurulan kira sözleşmesinin yer aldığı senette devir yasağı anlaşmasının gösterilmemiş olmasına güvenmişse, B, C'ye karşı kira sözleşmesinin bir yazılı borç tanınması niteliği taşımadığı savunmasını ileri sürülemez. Buna karşılık, B'nin, C'nin alacak hakkını kira sözleşmesinin yer aldığı belgeye güvenerek devralmadığı savunmasını ileri sürebilmesi mümkün olabilir¹⁴⁹³. Kanunda, yazılı borç tanınması bulunması gerektiği düzenlenirken, BK 183/II hükmünün uygulanması için aranan asgari koşulun ne olduğu açıklanmaktadır. Bu koşul, borçlu tarafından sebebi gösterilmeksizin yazılı borç tanınmasında bulunulmuş olan durumda asgari düzeyde gerçekleşmektedir. Borcun hukuki sebebi, karşı edim borcu, yan edim borcu gibi başka unsurların da senette gösterilmiş olması, devralanın BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunmasına engel oluşturmamalıdır.

(iii) Borç Tanınmasının Yazılı Olması

BK 183/II hükmünde borç tanınmasının yazılı olması şartı aranmaktadır. Borç tanınmasını içeren belgenin geçerlilik şeklini yerine getirmek için mi yoksa ispat aracı oluşturmak üzere mi düzenlendiği önemli taşımamaktadır¹⁴⁹⁴. Bununla birlikte, yazılılık şartı açısından, borç tanınmasını içeren belgenin adi yazılı şeklin unsurlarını (BK 13 vd), özellikle imza unsurunu içermesinin zorunlu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır: Bir görüşe göre, bir belgenin yazılı borç tanınması sayılabilmesi için borçlunun

¹⁴⁹¹ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 241; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 255.

¹⁴⁹² Ehrenzeller, s. 32; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 241; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 255; Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 191. Yazılı borç tanınmasının alacağın dayandığı sözleşme senedini de kapsadığı görüşünde: Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 171; Bucher, § 31, s. 542; Spirig, Art. 164, N. 199. BK 183/II hükmünün uygulanacağı hâllere, kira bedeli için kararlaştırılan devir yasağının kira sözleşmesi senedinde belirtilmemiş olması örneğini vererek zımnen bu görüşte: Kılıçoğlu, s. 1009. Karşı bir görüşe göre (Esener, s. 132; Becker, Art. 18, N. 30), sözleşme ilişkisinin senede bağlandığı her durumda bu hüküm uygulama bulamaz. Yalnızca dar anlamda borcun senede bağlanması hâlinde ve kural olarak, tek taraflı borç tanınması mevcut olduğu takdirde uygulanabilir. Ancak bu görüş (Becker, Art. 18, N. 30) dahi, devralana karşı, (muvazaalı) senedin tek taraflı borç tanınması niteliği taşımadığı savunması ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini belirtmektedir.

¹⁴⁹³ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 192 ve orada dn. 769.

¹⁴⁹⁴ Oser/Schönenberger, Art. 18, N. 21.

imzasını taşıması şarttır¹⁴⁹⁵. Diğer bir görüşe göre, borçlunun imzasının bulunması BK 183/II hükmünde aranan yazılılık şartının yerine getirilmesi bakımından zorunlu bir unsur değildir¹⁴⁹⁶. Borçlunun ciddi ve kesin irade açıklamasını somutlaştırmak için düzenlenmiş her belge -borçlunun imzanın içerip içermediğine bakılmaksızın- bu hükümde aranan yazılılık şartının yerine getirilmesi bakımından yeterli sayılmalıdır¹⁴⁹⁷.

Yazılı borç tanınmasının geçerlilik şeklini yerine getirmek için mi yoksa ispat aracı oluşturmak için mi düzenlendiği fark etmediğine göre, o hâlde, yazılı borç tanınmasının borçlunun imzasını içermesinin zorunlu olup olmadığı konusundaki tartışmada ele alınan hukuki sorun şu olmalıdır: Yazılı borç tanınması ile yaratılan görünüşün borçluya izafe edilebilmesi ve devralanın güvenine dayanak oluşturabilmesi için, yazılı borç tanınmasının borçlunun imzasını içermesi zorunlu mudur? BK 183/II hükmünde devralanın devredenin şahsına olan güveni değil senede olan güveni korunmaktadır¹⁴⁹⁸. Senedin devralanın güvenine dayanak oluşturabilmesi için, borçlu tarafından düzenlendiği olgusunun doğrudan doğruya senedin içeriğinde yer alan unsurlarla ispat edilebilir olması gerekmektedir. Bu nedenle, ilk görüşün üstün tutulması, yazılı borç tanınmasının borçlunun imzasını da taşıması gerektiğinin kabul edilmesi, prensip itibarıyla, daha isabetlidir. Çünkü, borçlunun imzasını taşımadığı ihtimalde, borç tanınmasını içeren belgenin borçlu tarafından düzenlendiği olgusunun doğrudan doğruya belgenin içeriğindeki diğer unsurlarla ispat edilebilmesi prensip olarak mümkün değildir. Bununla beraber, borç tanınmasının yer aldığı belgenin borçlu tarafından düzenlendiğinin belgenin içerdiği imzadan başka unsurlarla (mühür, kaşe vb.) ispatının mümkün olduğu istisnai bir somut durum ile karşılaşıldığı takdirde, ikinci görüş doğrultusunda, BK 183/II hükmünün aradığı yazılı borç tanınması şartının gerçekleştiği kabul edilebilir.

Yazılı borç tanınmasının alacaklıya verilmiş olması gerekir¹⁴⁹⁹. Borçlu, borca ilişkin bilgileri kendisi için (örneğin, muhasebe amaçlı) kayıt altına almışsa veya böyle

¹⁴⁹⁵ Esener, s. 131; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1706. Borç tanınmasının yazılı olması şartının OR 12 (BK 13) ve devamı hükümlerine göre anlaşılacağı yönünde: Kramer/Schmidlin, Art. 164, N. 171.

¹⁴⁹⁶ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 240; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 254; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 191; Müller, Art. 17, N. 33.

¹⁴⁹⁷ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 240; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 254.

¹⁴⁹⁸ Bkz. s. 380.

¹⁴⁹⁹ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 239; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 254; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 191; RGRK/Weber, § 405, N. 7.

bir kaydı içeren belgeyi alacaklısı olmayan herhangi birine (örneğin, vergi dairesine veya ticari işletmeyi devralan kişiye) vermişse, BK 183/II anlamında bir yazılı borç tanınmasından söz edilmez¹⁵⁰⁰. Bu ihtimallerde, borçlu kendisi aleyhine izafe edilebilir bir görünüş yaratmış olmamaktadır.

Yazılı borç tanınması, borcu yeterli açıklıkta göstermeli, hangi alacak hakkının devre konu edildiği yazılı borç tanınması incelendiğinde şüpheyeye yer vermeyecek şekilde belirlenebilir olmalıdır¹⁵⁰¹.

(b) Senette Devir Yasağının Belirtilmemiş Olması

Alacaklı ile borçlu arasında devir yasağı kararlaştırılmış olmalı, ancak yazılı borç tanınmasında böyle bir anlaşmanın mevcut olduğunu dışı vuran herhangi bir kayıt belirtilmemiş olmamalıdır¹⁵⁰². Devralanın senedi olağan bir tarzda gözden geçirmek yoluyla devir yasağı mevcut olmadığı kanaatine varabileceği hâllerde, devir yasağının belirtilmemiş olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰³.

Devir yasağının yazılı borç tanınmasında gösterilmemiş olması yasağın sonradan kararlaştırılmış olmasından ileri gelebilir. BK 183/II hükmünün devir yasağının borç ilişkisinin kuruluşundan sonra kararlaştırıldığı ihtimalde de uygulanacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. BK 183/II hükmü devralanın güvenini yalnızca senedin düzenlendiği sırada devir yasağına ilişkin bilginin eksik bırakıldığı ihtimalde korumaz; aynı zamanda devir yasağının senedin düzenlenmesinden sonra kararlaştırıldığı ama senede buna ilişkin kaydın eklenmesi ihmal edilen ihtimalde de korur. Borçlunun sonradan kararlaştırılan devir yasağının senette gösterilmesini sağlaması ondan beklenir. Bunu yerine getirmediği takdirde devralanın senede olan güveni korunur¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰⁰ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 239; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 191.

¹⁵⁰¹ Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 238; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 252.

¹⁵⁰² Saymen/Elbir, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Feyzioğlu, s. 533; Franko, s. 185; Martin, s. 19; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 204. Bu doğrultuda: 19. HD, 22.10.2004, E. 2004/2848, K. 2004/10489 (Kazancı).

¹⁵⁰³ Staudinger/Busche, § 405, N. 9.

¹⁵⁰⁴ Arsebük, s. 1067; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 205; Spirig, Art. 164, N. 200-201. BGB § 405 d. 2 hükmü bakımından bu doğrultuda: Planck/Siber, § 405, N. 2; RGRK/Weber, § 405, N. 12; Staudinger/Busche, § 405, N. 29; Berger, s. 315-316. Belirtelim ki, gelecekteki alacağın devrinden sonra (ama alacağın doğumundan önce) kararlaştırılan devir yasağının geçersiz olacağı görüşü (bkz. yukarıda s. 333) üstün tutulursa, devir yasağına ilişkin bilginin senede eklenmiş olup olmaması önem taşımaz. Bu görüş çerçevesinde, devralanın BK 183/II hükmünün onu korumasına ihtiyacı yoktur; çünkü zaten devir yasağı anlaşması geçersizdir.

BK 183/II hükmü sadece devir yasağının yazılı borç tanınmasında hiçbir surette belirtilmediği ihtimalde değil, bundan başka, devri yasağının kapsamının alacaklı ile borçlu arasındaki anlaşmada olduğundan farklı belirtildiği ihtimalde de uygulanır. Örneğin, bir alacak hakkının devri 31.12.2021 tarihine kadar yasaklanmış olduğu hâlde, yazılı borç tanınmasına yanlılıkla 31.12.2020'ye kadar devrin yasak olduğu yazılmıştır. Bir kimse alacak hakkını 31.12.2021 tarihinden önce, fakat 31.12.2020 tarihinden sonra, söz konusu yazılı borç tanınmasına güvenerek devraldığında, kazanımı BK 183/II hükmüne göre koruma görür¹⁵⁰⁵.

Bir devir yasağının hiç yazılmamış veya yanlış yazılmış olması dışındaki hâller bakımından BK 183/II hükmünün kıyasen uygulanması imkânı sınırlıdır. Böyle bir kıyasın yalnızca, borçlunun, devralanın senede güvenin korunması nedeniyle devir yasağına rağmen gerçekleşen devirden daha ağır bir hukuki durum içine düşmeyeceği istisnai hâllerde mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Örnek olarak, alacağın doğumunun geciktirici koşula bağlı olduğunun senette belirtilmemiş olduğu bir durumda, BK 183/II hükmünün uygulanması reddedilmektedir¹⁵⁰⁶. Çünkü, bu hâlde borçlunun koşulun henüz gerçekleşmediğini devralana karşı ileri sürememesi, onu, devir yasağı kararlaştırıldığını ileri süremediği ihtimal ile karşılaştırıldığında daha ağır bir hukuki duruma düşürmektedir¹⁵⁰⁷. Buna karşılık, alacaklı ile borçlu arasında muhtemel bir devir hâlinde alacak hakkının sona ereceği şeklinde bir bozucu koşul kararlaştırılmış olduğu takdirde, böyle bir koşulun alacağı devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için senette gösterilmiş olması şartı aranacağı görüşü¹⁵⁰⁸ BK 183/II hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla kabul edilebilir. Zira böyle bir bozucu koşul, her somut durumda, devir yasağı ile aynı sonucu -alacaklı tarafın değişmemesi sonucunu- meydana getirmek üzere kararlaştırılmaktadır¹⁵⁰⁹. Başka bir örnek, alacağa bağlı taşınır

¹⁵⁰⁵ Koller (**Der gute und der böse Glaube**, s. 207) bu hâlde hükmün (OR 164/II) kıyasen uygulanacağını ifade eder. Ancak, burada hükmün kıyasen uygulanmasını gerektirecek bir özellik bulunmamaktadır. Devir kısıtlaması da bir tür devir yasağıdır. Devir kısıtlamasının kapsamının senette taraflar arasındaki anlaşmaya göre daha dar kapsamlı açıklandığı ihtimalde de, nihayetinde, devir yasağı kararlaştırıldığı senette gösterilmemiş olmaktadır. Bu yüzden hükmün doğrudan uygulanması gerekir.

¹⁵⁰⁶ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 208.

¹⁵⁰⁷ Buna karşılık, üçüncü kişileri aldatma kastı ile alacağın koşula bağlı olduğunun senede yazılmadığı ihtimalde OR 18/II (BK 19/II) hükmünün kıyasen uygulanmasının düşünülebileceği görüşünde: Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 208.

¹⁵⁰⁸ Bucher, s. 560, dn. 95.

¹⁵⁰⁹ Bu tarz kayıtların geçerliliği hakkında bkz. s. 454 vd.

rehninin varlığının alacağın devredilmesi bozucu koşuluna bağlanmış olması hâlidir. Bu içerikteki bir bozucu koşulun da alacağa ilişkin senette belirtilmemişse BK 183/II gereğince iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemeyeceği görüşü öğretide ileri sürülmektedir¹⁵¹⁰. Ancak bu örnekte BK 183/II hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı, yalnızca taşınır rehninin borçlu tarafından verildiği durum göz önünde tutularak değerlendirilebilir. Yukarıda belirtildiği üzere, BK 183/II hükmünün koruması, eksik bilgi içeren bir senet dolayısıyla devralanın yanılgıya düşmesine kendi davranışı ile sebep olan borçlunun, alacağın geçişi sonucuna katlanmak zorunda olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Rehin verenin borçlu yerine üçüncü kişi olması ihtimalinde, böyle bir kaydın teminat konusu alacağa ilişkin senede yazılmasını sağlamadığı için rehnin paraya çevrilmesine katlanmakla yükümlü hâle gelmesi adil bir çözüm tarzı olarak gözükmemektedir.

BK 183/II hükmünün temelinde hukuki görünüşün korunması prensibinin yer aldığı öğretide ifade edilmektedir¹⁵¹¹. Bu konuda vurgulamak gerekir ki, BK 183/II hükmünün şartları arasında, devir yasağının yazılı borç tanınmasında belirtilmemiş olmasının borçlunun kusurundan kaynaklanması gerektiği şeklinde bir şart yer almamaktadır. Devir yasağının kasten belirtilmemiş olması şartı aranmadığı gibi¹⁵¹², hangi nedenden ötürü devir yasağının senette belirtilmemiş olduğu da hiçbir önem taşımamaktadır¹⁵¹³.

(c) Senedin Devralana İbraz Edilmiş Olması

Borç tanınması içeren senet devreden tarafından devralana ibraz edilmiş olmalı ve devralan, doğrudan doğruya kendisine ibraz edilen senedi incelemek yoluyla borç tanınmasının içeriği hakkında bilgi edinmiş olmalıdır¹⁵¹⁴. Devreden senedi devralana ibraz etmek yerine, senedin içeriği hakkında devralana bilgi vermesi ve devralanın bu

¹⁵¹⁰ Makaracı Başak, s. 200.

¹⁵¹¹ Tercier/Pichonnaz, N. 1684; Oertmann, § 405, N. 1. BK 19/II (OR 18/II) bakımından bu doğrultuda: Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 170. BGB § 405 d. 2 hükmünün, bilinçli olarak alacağın devredilebilir olduğu yönünde bir görünüş yaratılmasının bu görünüşe bağlı sonucun doğumunu haklı göstereceği şeklindeki düşünceye dayandığı görüşünde: Berger, s. 315.

¹⁵¹² BK 183/II hükmünün uygulanması için borçlunun kusurunun kast düzeyine ulaşmasına gerek olmadığı konusunda: Feyzioğlu, s. 634; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 23; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 204.

¹⁵¹³ Krauskopf, s. 184, dn. 190.

¹⁵¹⁴ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 195; RGRK/Weber, § 405, N. 8.

bilgiye güvenmesi hâlinde BK 183/II uygulama bulmaz¹⁵¹⁵. Devralanın devredenin şahsına olan güveni değil, devir yasağı kaydını içermeyen senedin doğruluğuna olan güveni korunmaktadır¹⁵¹⁶.

Borç tanınmasını içeren senet en geç devir sırasında devralana ibraz edilmiş olmalıdır. Senedin sonradan ibraz edilmesi ihtimalinde BK 183/II hükmü uygulanmaz¹⁵¹⁷. Bu hüküm devralanı senedi inceleyerek edindiği devir yasağı mevcut olmadığı bilgisine güvenerek alacağı devralmış olduğu için korur; devirden sonra senedi inceleyip devir yasağı mevcut olmadığından emin olduğu için korunmaz¹⁵¹⁸.

Senedin devirden önce ibraz edilmiş olduğu ihtimalde de BK 183/II hükmü kural olarak uygulanamaz¹⁵¹⁹. Çünkü ara dönemde senet yok olmuş olabilir veya senede devir yasağı kararlaştırıldığı kaydının sonradan işlenmiş olabilir¹⁵²⁰. Buna karşılık, senedin devir işlemi yapılmadan önce devralana teslim edilmiş olduğu, böylece devir işleminin yapıldığı sırada devralanın hâlihazırda senedin zilyedi konumuna gelmiş olduğu bir somut durumda bu şart gerçekleşmiş sayılmaktadır¹⁵²¹.

Senedin devir sırasında ibraz edilmesi şartı aranması BK 183/II hükmünün gelecekteki alacaklar bakımından uygulanmasına da engel teşkil edecektir. Senede bağlanmış alacağın devir sırasında henüz doğmamış bulunduğu bir ihtimalde, senedin devir işlemi yapılmadan önce ibraz edilmiş olduğu durumdaki gibi düşünülmelidir. Çünkü, gelecekteki bir alacağın devre konu edildiği ihtimalde, devir işleminin yapıldığı an ile devir işleminin hükümlerini doğurduğu an birbirinden ayrılmaktadır. Gelecekteki alacağa ilişkin devir işlemi, devir işleminin yapıldığı anda değil alacağın doğumu anında hüküm ifade edecektir; alacağın doğumu anına kadar devir işleminin hükümleri askıdadır. Devir işleminin yapıldığı an ile alacağın doğumu anı arasında geçen dönemde, alacaklı ile borçlu arasında devir yasağı kararlaştırılabilir; bu yolla askıdaki

¹⁵¹⁵ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 195; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 260. Kıyasen dahi uygulama bulmayacağı konusunda bkz. Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 206-207.

¹⁵¹⁶ Özakman, s. 23.

¹⁵¹⁷ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 195; Planck/Siber, § 405, N. 3; RGRK/Weber, § 405, N. 8.

¹⁵¹⁸ Planck/Siber, § 405, N. 3.

¹⁵¹⁹ Becker, Art. 164, N. 48; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 195; Spirig, Art. 164, N. 195; RGRK/Weber, § 405, N. 8.

¹⁵²⁰ Planck/Siber, § 405, N. 3; Staudinger/Busche, § 405, N. 11.

¹⁵²¹ Planck/Siber, § 405, N. 3; RGRK/Weber, § 405, N. 8.

devir işleminin geçerlilik kazanması önlenebilir¹⁵²². Bu çerçevede, devir işleminin yapıldığı an ile alacağın doğumu anı arasında geçen dönemde devir yasağı kararlaştırılarak senedin içeriğinin değiştirilmesi de mümkündür. Henüz doğmamış bir alacağa ilişkin senedin devir sırasında ibraz edilmiş olduğu ihtimalde, devralanın, alacağın doğumuna kadar olan dönemde, bir devir yasağı kararlaştırılabileceğini hesap etmesi ondan beklenir; senedin devir işleminin yapıldığı andaki görünüşünün alacağın doğumu anında da gerçeği yansıtacağı konusundaki güveni koruma görmeyecektir.

Senedin devir sırasında ibraz edilmesi şartı aranması dolayısıyla BK 183/II hükmü toptan devirlerde uygulanamamaktadır¹⁵²³. Çünkü, toptan devirlerde, hâlihazırda mevcut bir hukuki sebebe dayanan alacaklar ile gelecekte kurulacak hukuki ilişkilerden doğacak olan alacaklar toplu olarak devralınmaktadır; belirli bir yazılı borç tanınması incelenerek alacağın devralınması şeklinde bir durum söz konusu olmamaktadır¹⁵²⁴. Bu doğrultuda, devir yasağı kararlaştırıldığı, toptan devre konu edilmiş bir alacağa ilişkin yazılı borç tanınmasında gösterilmiş olmasa bile devralan bu alacağı iktisap edememektedir¹⁵²⁵. Bununla birlikte, bir ya da birden çok alacağın dayanağını oluşturan sözleşme metnini içeren senedin varlığı hâlinde yazılı borç tanınması bulunması şartının yerine getirilmiş sayılacağı yukarıda açıklanmıştır¹⁵²⁶. Belirli bir sözleşmeden doğmuş alacakların bir kısmının veya tamamının devre konu edilmesi ihtimalinde, sözleşme metnini içeren senedin ibraz edilmesi ve alacakların bu senet incelenerek devralınması BK 183/II hükmünün uygulanması bakımından yeterlidir. Söz konusu sözleşme metninde devre konu alacaklar için devir yasağı kararlaştırıldığı belirtilmemişse, devralanın senede olan güveni koruma görür. Ancak, bunun için devre konu edilen alacak hakları doğmuş olmalıdır; yukarıdaki paragrafta açıklanan gerekçeden ötürü, henüz doğmamış alacaklar bakımından devralanın senede güveni koruma görmeyecektir.

Devralana senedin tamamı ibraz edilmiş olmalıdır. Senedin bir kısmının devralana ibraz edilmiş olması ve ibraz olunan kısmın devir yasağı içermemesi ihtima-

¹⁵²² Bkz. s. 332 vd; s. 365 vd; s. 394 vd; s. 458 vd.

¹⁵²³ Özakman, s. 23.

¹⁵²⁴ Özakman, s. 23; Şener, s. 85.

¹⁵²⁵ Özakman, s. 23.

¹⁵²⁶ Bkz. s. 374 vd.

linde, ibraz şartı gerçekleşmiş olmayacağı için, BK 183/II hükmü uygulanamaz. Örneğin, bir sözleşme senedinde genel işlem koşulları ek bir belgede yer almaktadır. Genel işlem koşulları arasında devir yasağı kaydı mevcuttur. Devreden genel işlem koşulları içeren sözleşme ekini devralana ibraz etmemiştir. Bu örnekte, senedin devir sırasında ibraz edilmesi şartı gerçekleşmediği için BK 183/II hükmü uyarınca devralanın iyiniyeti koruma görmez¹⁵²⁷.

Senedin devralana ibrazı yeterli olup teslimi zorunlu değildir. Devralanın güveninin korunması için yazılı borç tanınması üzerinde zilyet konumuna gelmesi şartı aranmamaktadır¹⁵²⁸.

(d) Senede Güvenilerek Alacağın Devralınmış Olması

BK 183/II hükmünün uygulanabilmesi için, borçlu, devri yasağının belirtilmediği bir yazılı borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olmalıdır¹⁵²⁹. Alacağı devralan üçüncü kişi iyiniyetli olduğu takdirde bu fıkradaki korumadan yararlanır. İyiniyetin anlamı, devralanın, yazılı borç tanınmasına güvenerek alacak hakkının devredilebilir olduğunu varsaymakta haklı sayılabilir olmasıdır. Devralanın, gerçekte bir devir yasağı kararlaştırıldığını başka bir yolla öğrendiği ya da senedin içeriği veya diğer koşulları göz önüne aldığı bir devir yasağı kararlaştırılmış olmasından şüphe etmesi

¹⁵²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, aynı örnekte, iyiniyet koşulunun gerçekleşmediği gerekçesi ile OR 164/II (BK 183/II) hükmüne dayanılamayacağına hükmetmiştir. Karara konu olayda, devir sırasında devreden devralana sözleşmenin genel işlem koşullarını içermeyen bir kopyasını ibraz etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, kredi işlemleri ile bağlantılı gerçekleşen alacak devri uygulamasına aşına olan devralandan, kendisine ibraz olunan belgenin asıl sözleşme senedinin tamamının değil bir kısmının kopyası olduğunu fark etmesi beklenir. Bkz. BGE 4C.147/2000, 23.08.2000, E. 1. Esasen, böyle bir örnekte, BK 183/II hükmünün uygulanmasını önünü kesen iyiniyet değil ibraz koşulunun gerçekleşmemiş olmasıdır. Bu yüzden, devralanın kendisine sözleşme senedinin tamamının değil bir kısmının ibraz edildiğini bilmediği ve bunu bilmesinin ondan beklenemeyeceği ihtimalde dahi, ibraz koşulu yerine getirilmiş olmadığı için BK 183/II hükmü uygulanamamalıdır.

¹⁵²⁸ Esener, s. 129; Oser/Schönenberger, Art. 18, N. 21; Ehrenzeller, s. 32; Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 173; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 260; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 195, dn. 786. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 16/II hükmünde ayrıca zilyet olma şartı aranmaktaydı. Muvazaa savunmasının senedin zilyedine ileri sürülemeyeceği şeklinde bir hükme yer verilmişti. Bu hükmün çok dar olduğu düşüncesi ile 1911 revizyonu sırasında zilyet ibaresi kaldırılmıştır. Meclis görüşmeleri sırasında, devralanın senedin zilyedi hâle gelmesine gerek görülmediği, alacağı senede güvenerek devralmış olmasının yeterli bulunduğu, hükmün bu doğrultuda değiştirildiği açıkça vurgulanmıştır. Bkz. Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Jg. XIX, Nr. 22, 1909, s. 473-474. Tabii, teslim edilmemiş bir senedin devir sırasında ibraz edilmiş olduğu olgusunun ispatı güçlük arz edebilecektir.

¹⁵²⁹ Feyzioğlu, s. 533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 247; von Tuhr/Escher, s. 348; Huguenin, N. 1362; CR-Probst, CO 164, N. 72; Staudinger/Busche, § 405, N. 9.

ondan beklenen hâllerde senede güveni haklı görülmez¹⁵³⁰. Diğer taraftan, devralan, şüphe etmesini gerektiren bir durum olmadığı takdirde bir devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığını özel olarak araştırma külfeti altında değildir¹⁵³¹.

İyiniyetin alacağın devri anında mevcut olması gerekli ve yeterlidir¹⁵³². Örneğin, devir işleminin hüküm doğurmasının geciktirici koşula bağlanmış olduğu bir örnekte, devralanın devir işleminin yapıldığı sırada iyiniyetli olması yeterlidir. Koşulun gerçekleştiği ana kadar iyiniyetin devam etmesi aranmaz¹⁵³³.

BK 183/II hükmünün uygulanabilmesi için, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak yapılan devir işleminin geçerliği için aranan diğer şartlar (devir engeli bulunmaması dışında kalan geçerlilik şartları) yerine getirilmiş olmalıdır¹⁵³⁴. Devralanın iyiniyeti yalnızca devir yasağına ilişkin sakatlığı giderir; bunun dışında, örneğin, yazılı şekil şartına (BK 184/I) uyulmamış olmasından kaynaklanan sakatlığı düzeltmez.

Devir işleminin ivazlı veya ivazsız olması önem taşımamaktadır¹⁵³⁵. BK 183/II hükmü alacak üzerinde rehin (MK 954) veya intifa kurulması işlemleri bakımından da uygulanır¹⁵³⁶.

(3) İyiniyetin Korunmasının Etkisi

BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunmasının birinci etkisi, alacağın devrinin geçerli olması ve devralanın alacağı iktisap etmesidir¹⁵³⁷. Devralan alacağı iktisap edince borçlu, alacağın devrinin sözleşme ile engellendiği savunmasından mahrum

¹⁵³⁰ Tunçomağ, s. 1085; Feyzioğlu, s. 533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Franko, s. 185. Martin, s. 20; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 22; Staudinger/Busche, § 405, N. 12.

¹⁵³¹ Eidenmüller, s. 471; Claudia Rudolf, **Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen**, Tübingen 2006, s. 296.

¹⁵³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Becker, Art. 164, N. 48; Engel, s. 878; Spirig, Art. 164, N. 195; CR-Probst, CO 164, N. 71; Huguenin, N. 1362; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 59; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 248; Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 173; Staudinger/Busche, § 405, N. 12, N. 29.

¹⁵³³ Becker, Art. 164, N. 48; Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 248; Spirig, Art. 164, N. 195; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 59.

¹⁵³⁴ Esener, s. 130; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 205.

¹⁵³⁵ Oser/Schönenberger, Art. 18, N. 21

¹⁵³⁶ Rehin ve intifa bakımından bu yönde: Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 207; RGRK/Weber, § 405, N. 5. Sadece rehin bakımından bu yönde: Oftinger/Bär, Art. 899, N. 86. Bu konuda ayrıca bkz. s. 14.

¹⁵³⁷ Arsebük, s. 1067; Feyzioğlu, s. 533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 247; Kılıçoğlu, s. 1009; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 24; von Tuhr/Escher, s. 347; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 206; CR-Probst, CO 164, N. 72; Stauder/Stauder, s. 296; Planck/Siber, § 405, N. 5;

kalır¹⁵³⁸. İkinci etki, alacak hakkının devir yasağından kurtulmuş olarak devralana geçmesidir. Devralan malvarlığına geçen alacak hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir¹⁵³⁹.

Bu iki etki birleştirildiğinde anlaşılır ki, iyiniyeti koruma gören devralanın cüzi halefi, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, alacak hakkını iktisap edebilir. Yani, BK 183/II hükmüne göre kazanılan alacağın tekrar devredilmesi hâlinde, ikinci devralanın alacağı iktisap edebilmesi için BK 183/II hükmündeki şartların gerçekleşmesi aranmaz. İkinci ve sonraki devralan, borçlu ile ilk alacaklı arasında bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilse bile alacak hakkını kazanır¹⁵⁴⁰. Bu hâlde, ikinci devralan, birinci devralan ile arasındaki devir işlemine ve birinci devralana yapılan devir sırasında ibraz edilen senette devir yasağının gösterilmediğine ve onun alacağı iyiniyetle kazandığına dayanabilir¹⁵⁴¹. Başka bir görüşe göre, ikinci devralan iyiniyetli olmadığı takdirde alacak hakkını iktisap edemez. Sonraki devralan, kendisinden önce alacağı devralanın iyiniyetine dayanarak koruma görmemelidir¹⁵⁴². Bu görüşe göre, gerçeğe aykırı bir hukuki görünüş yaratan kişinin buna bağlı sonuçlara katlanması gerekir; ancak gerçeğe ilişkin bilgi her zaman görünüşe üstün gelir¹⁵⁴³. Bu görüş, eğer birinci iyiniyetli devralan alacağı devir yasağıyla birlikte devralmış olsaydı savunulabilirdi. Ancak, birinci iyiniyetli devralan alacağı devir yasağından kurtulmuş olarak kazanmaktadır. Dolayısıyla, devir yasağı BK 183/II hükmünün birinci devirdeki etkisi sonucu ortadan kalktığı için, ikinci devralan nezdinde, senetteki hukuki görünüş artık gerçeği yansıtır

RGRK/Weber, § 405, N. 15; Berger, s. 317. Tabii, devir yasağı kararlaştırılmış olması alacağın devri işleminin geçerliliğini etkileyen tek sakatlık olduğu takdirde, bu etki meydana gelir: Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 204.

¹⁵³⁸ Arsebük, s. 1067; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 204.

¹⁵³⁹ Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 204, s. 206; RGRK/Weber, § 405, N. 15; Berger, s. 317. Gerekçe belirtmeksizin OR 164/II (BK 183/II) hükmünün şartlarının gerçekleştiği ihtimalde, alacağı devralanın devir yasağı anlaşması ile bağlı olacağı görüşünde: CHK-Reetz/Burri, Art. 164, N.12.

¹⁵⁴⁰ Esener, s. 135; Funk, Art. 164, N. 4; Ehrenzeller, s. 32; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 24; von Tuhr/Escher, s. 347; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 206; Kramer/Schmidlin, Art. 18, N. 173; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 58a; CR-Probst, CO 164, N. 72; Wünschmann, s. 219; Oertmann, § 405, N. 3; Planck/Siber, § 405, N. 5; RGRK/Weber, § 405, N. 15; Berger, s. 317. Aksi hâlde, birinci devralanın BK 183/II hükmüne göre koruma görmeyen ikinci devralana karşı devir yasağı nedeniyle garanti sorumluluğunun gündeme geleceği; bu durumda da birinci devralanın BK 183/II hükmüne göre iyiniyetinin korunmuş olmasının değerinin azalacağı görüşünde: Planck/Siber, § 405, N. 5.

¹⁵⁴¹ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 24.

¹⁵⁴² Engel, s. 878; Huguenin, N. 1362.

¹⁵⁴³ Engel, s. 878.

hâle gelmiştir. Bu yüzden, ikinci devralanın iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz. BK 183/II hükmünün şartları birinci devralan bakımından gerçekleşmişse, artık takip eden devirler bakımından alacağın devrine ilişkin genel esaslar uygulanır¹⁵⁴⁴. İkinci devralanın güveninin BK 183/II hükmüne göre korunması ihtiyacı, ancak birinci devralan ile borçlu arasında tekrar bir devir yasağı kararlaştırılmış ve yine alacağa ilişkin senette devir yasağı kararlaştırıldığı gösterilmemiş olduğu ihtimalde ortaya çıkar.

Çatışan devirlerde alacağı iyiniyetli olarak ilk sırada devralan kişi iktisap eder. Yani, aynı alacağı birden fazla kişi iyiniyetli olarak devralmışsa alacak üzerinde kimin hak sahibi olduğu zamansal öncelik prensibine göre belirlenir. Örneğin, A devir yasağı kararlaştırılmış alacağını üç ayrı kişiye -önce C'ye, sonra D'ye, daha sonra E'ye- devretmiştir. C bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilmektedir; hem D hem de E iyiniyetli olup BK 183/II hükmünün geri kalan şartları her ikisi bakımından gerçekleşmiştir. Bu örnekte zamansal öncelik prensibi gereği alacağı D iktisap edecektir.

Art arda devirlerde durum farklıdır. A devir yasağı kararlaştırılmış alacağı önce C'ye devretmiştir; C bu alacağı D'ye devretmiştir. C devir yasağı kararlaştırıldığını bilmektedir; buna karşılık D iyiniyetlidir. Öğretideki bir görüşe göre, alacağı birinci sırada devralan, devir yasağı kararlaştırıldığı konusunda iyiniyetli olmasa bile, alacağı ondan ikinci sırada devralan kişi iyiniyetli ise BK 183/II hükmüne göre iyiniyeti koruma görmelidir¹⁵⁴⁵. Bu yaklaşım tarzı isabetli gözükmemektedir. Çünkü BK 183/II hükmü uygulanan hâlde, devralanın iyiniyeti yalnızca devreden alacağı devir yetkisine sahip olmamasından kaynaklanan tasarruf yetkisi eksikliğini giderir. Bunun dışında, bir kimsenin üzerinde hak sahibi bulunmadığı, dolayısıyla hiçbir konuda tasarruf yetkisine sahip olmadığı bir alacağı başkasına geçirebilmesine dayanak oluşturmamalıdır.

BK 183/II hükmüne dayanan devralan, borçlu tarafından düzenlenmiş bir yazılı borç tanınması bulunduğunu ve buna ilişkin senedin alacağın devri sırasında ona ibraz

¹⁵⁴⁴ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 206.

¹⁵⁴⁵ Saymen/Elbir, s. 341; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Feyzioğlu, s. 634; Tunçomağ, s. 1085; Martin, s. 21; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 24; Engel, s. 878; Planck/Siber, § 405, N. 5.

edildiğini ispat külfeti altınadır¹⁵⁴⁶. Bu karşılık, borçlu, devralanın alacağın devri sırasında bir devir yasağı kararlaştırıldığını bildiğini veya somut olayın koşulları dikkate alındığında bilmesinin ondan beklendiğini ispat külfeti ile yüküdür¹⁵⁴⁷.

BK 183/II hükmünün şartlarının gerçekleştiği istisnai ihtimalde, devir yasağı anlaşması yalnızca alacaklı ile borçlu arasında hüküm doğurur¹⁵⁴⁸. Borçlu, BK 183/II hükmünün şartları gerçekleşmişse borçlu alacağı devralan üçüncü kişiye karşı devir yasağı kararlaştırıldığını ileri süremez; ancak devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak alacağı devredenden uğramış olduğu bu nedenle uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir¹⁵⁴⁹.

(4) BK 183/II Hükmünün Uygulama Alanı

BK 183/II hükmü yalnızca yazılı borç tanınmasının konusu niteliği devre elverişli bir alacak hakkı olduğu takdirde uygulama bulur; niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkının BK 183/II hükmüne göre kazanılması mümkün olmaz¹⁵⁵⁰. Niteliği devre engel oluşturan alacakların devri söz konusu olan hâllerde, işlem güvenliği kendiliğinden temin edilmektedir; çünkü böyle bir hâlde üçüncü kişilerin, alacağın içeriğini incelediğinde niteliğinin devre engel oluşturduğunu kendiliğinden tespit edebilmesi beklenir. Alacağın devredilebilir olduğuna ve devir işleminin geçerliliğine olan güven hukuken korunmaya değer seviyede değildir. Bu ihtimalde işlem güvenliğini tehdit eden bir özellik yoktur. Devir yasağının anlaşma ile kararlaştırıldığı ihtimalde ise devre engel oluşturan özellik alacak hakkının içeriğinden ileri gelmediği için üçüncü kişiler tarafından tespit edilmesi olanaklı değildir¹⁵⁵¹. BK 183/II hükmü kanundan kaynaklanan devir engelleri bakımından da uygulanmaz¹⁵⁵². Kanundan kaynaklanan devir engelleri bakımından uygulanamaması, sadece bu hâlde işlem güvenliğinin korunması ihtiyacı bulunmamasından değil, aynı zamanda emredici hükmün

¹⁵⁴⁶ Oertmann, § 405, N. 1; Planck/Siber, § 405, N. 4; Staudinger/Busche, § 405, N. 33.

¹⁵⁴⁷ Planck/Siber, § 405, N. 4; RGRK/Weber, § 405, N. 9; Staudinger/Busche, § 405, N. 34.

¹⁵⁴⁸ Rossel, s. 228.

¹⁵⁴⁹ Feyzioğlu, s. 634; Dinar, s. 57; İst-BK/Öz, m. 183, N. 25.

¹⁵⁵⁰ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 204. Yazılı borç tanınmasında, tanınan alacağın içeriğinin hiçbir önem taşımadığı ifadesi (Schönenberger/Jäggi, Art. 17, N. 5) bu doğrultuda anlaşılmalıdır.

¹⁵⁵¹ Koziol, s. 124.

¹⁵⁵² Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 204.

koruma amacının devralanın iyiniyeti ile bertaraf edilebilmesinin mümkün olmayışından kaynaklanır.

Bir kanun hükmünün hakkında devir yasağı kararlaştırılmış bir alacağın intikalini öngördüğü hâllerde ve külli halefiyet hâllerinde BK 183/II kıyasen dahi uygulama bulmaz¹⁵⁵³. Ancak bu devir yasağı anlaşmasının belirtilen hâllerde üçüncü kişinin alacak hakkını kazanmasına engel oluşturacağı anlamına gelmez¹⁵⁵⁴. Aşağıda görülecektir ki¹⁵⁵⁵, külli halefiyet hâllerinin tamamında ve bazı yasal cüzi intikal hâllerinde alacağın geçişini öngören kanun hükmünün amacı üstün tutulması gerektiği için, alacak hakkı, devir yasağına rağmen kanun gereği intikal eder. Dolayısıyla, alacak geçişi gerçekleşebilmekle birlikte bu BK 183/II hükmüne öngörülen iyiniyet korumasının sonucu değildir¹⁵⁵⁶.

Aşağıda açıklanmıştır ki, alacağı kanun gereği devralan cüzi veya külli haleflere alacak hakkı devir yasağıyla birlikte intikal eder; bu kişiler kendilerine intikal eden alacak için kararlaştırılmış devir yasağı ile bağlı olur. Bu yüzden, bu kişilerden alacağı bir sözleşme ile devralacak olanların BK 183/II hükmünün korumasına ihtiyacı vardır. Alacağı kanun gereği devralan külli veya cüzi halef alacağı başkasına devrettiğinde, BK 183/II hükmünün şartları gerçekleşmişse, devralanın iyiniyeti koruma görür. Diğer bir ifade ile BK 183/II hükmü sadece devir yasağını anlaşmasını yapan ilk alacaklının gerçekleştirdiği devirler bakımından uygulanmaz; alacağı kanun gereği devralan cüzi veya külli halefler tarafından yapılan devirler bakımından da uygulanır¹⁵⁵⁷.

Mahkeme kararına dayanan devirler bakımından da BK 183/II hükmünün kural olarak uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁵⁸. İstisnai olarak, cebri veya ihtiyari açık arttırma yoluyla satış hâlinde kıyasen uygulanması mümkün görülmektedir¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵³ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 205; Planck/Siber, § 405, N. 6.

¹⁵⁵⁴ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 205.

¹⁵⁵⁵ Devir yasağı anlaşmasının külli halefiyet hâllerindeki etkisi için bkz. s. 433; yasal alacak geçişleri üzerindeki etkisi için bkz. s. 410 vd.

¹⁵⁵⁶ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 205.

¹⁵⁵⁷ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 206.

¹⁵⁵⁸ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 205; Planck/Siber, § 405, N. 6.

¹⁵⁵⁹ Koller, *Der gute und der böse Glaube*, s. 205. BK 19/II (OR 18/II) bakımından bu doğrultuda: Jäggi/Gauch, Art. 18, N. 245; Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18, N. 259.

2. Borçlandırıcı İşlem (Alacağı Devir Borcu) Bakımından

a. Devir Borcunun Aynen İfası Olanağına Etkisi

Devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacak hakkının devrine borçlunun rıza vermemesi durumunda devir borcunun ifası imkânsız hâle gelir. Ancak aşağıdaki gerekçelerden ötürü bu bir objektif değil sübjektif imkânsızlık hâli oluşturur¹⁵⁶⁰:

İlk bakışta, borçlu devri onaylamadığı takdirde devir borcunun ifasının herkes için imkânsız olacağı düşünülebilir. Bir alacağı devir borcunun yalnızca o alacağın sahibi tarafından aynen ifa edilebileceği, borçlu devre rıza vermezse artık başka hiç kimsenin bu alacağı temin edip devir borcunu ifa edemeyeceği fikri öne sürülebilir. Böyle bir düşünce tarzı yanıltıcı olacaktır; borçlunun devre rıza vermekten uzlaşmaz biçimde kaçındığı ihtimalde dahi, devir borcunun ifası aslında yalnızca alacaklının şahsı açısından imkânsızdır. Şöyle ki, alacaklı pazarlık gücü daha yüksek başka bir kişi olsa yapacağı devre borçlusunun rıza vermesini sağlayabilir; hatta ona devir yasağının tamamen kaldırılmasını kabul ettirebilir ve böylece devir borcunu aynen ifa edilebilir¹⁵⁶¹. Bu hususta şöyle bir örnek verilebilir:

Satıcı A, alıcı B'den olan ve devri anlaşma ile yasaklanmış satış bedeli alacağını önce C'ye, sonra D'ye devretmiştir. B, C'nin yönelttiği ifa talebini devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek reddetmiş; buna karşılık D'ye yapılan devre onay vermiştir¹⁵⁶². D alacak hakkını devir yasağı ile yüklü olarak iktisap etmiştir¹⁵⁶³. Yeni alacaklı D pazarlık gücünü kullanarak, borçlusu B'ye devir yasağının tamamen kaldırılmasını kabul etmesi karşılığında bir sonraki siparişinde belli bir oranda indirim uygulamaya hazır olduğu şeklinde bir teklif yöneltmiştir. Bu teklifi cazip bulan borçlu B devir yasağının tamamen kaldırılmasını kabul etmiştir. Şu hâlde, D, artık serbestçe devredilebilir bir hakka dönüşmüş alacağı C'ye devredebilir ve A'nın C'ye olan devir

¹⁵⁶⁰ Devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağın devrinin objektif değil sübjektif imkânsızlık hâline yol açacağı, çünkü devreden devralana karşı borcunu ifa edip edemeyeceğinin borçlunun davranışına bağlı olduğu, önce devir yasağının tamamen kaldırılıp sonra alacağın geçerli olarak devredebilmesinin mümkün olduğunu belirterek bu görüşte: Schulin/Vogt, s. 617 ve orada dn. 41. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeline aykırılığın baştaki objektif imkânsızlık hâli oluşturmayacağı, bu yüzden devir borcu doğuran işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği görüşünde: B.Berger, N. 2107.

¹⁵⁶¹ Borçlunun kişisel özelliklerinden kaynaklanan bir nedenden ötürü borcun ifasının mümkün olmadığı hâllerde sübjektif imkânsızlık söz konusu olur. Bu anlamda, borçlunun ifayı gerçekleştirme olanağına sonradan kavuşabileceği durumlar sübjektif imkânsızlık altında değerlendirilmektedir. Bkz. Serozan, § 14, N. 9; Oğuzman/Öz, C. I, N. 1462.

¹⁵⁶² Çatışan devirler hâlinde borçlunun seçim yetkisi hakkında bkz. s. 340 vd.

¹⁵⁶³ Devralanın devir yasağı ile bağlılığı konusunda bkz. s. 338 vd.

borcunu aynen ifa edebilir. Böyle bakıldığında anlaşılır ki, devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağa ilişkin devir borcunun aynen ifası hukuken mümkündür. Yalnızca somut bir durumda alacaklının pazarlık gücü borçlusunun devre rıza vermesini sağlamaya yetmeyebilmekte ve bu durum bir sübjektif imkânsızlık hâli oluşturabilmektedir.

Yukarıdaki değerlendirme şekli, esasında, devir engelinin hangi durumda devir borcunun konusunun objektif olarak imkânsız olmasına yol açacağını tespiti yarayan bir ölçüt bulunduğunu da ortaya koymaktadır: Bir alacaktaki devir engelinin alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile kaldırılması veya alacak hakkının borçlunun rızası ile devralana geçirilebilmesi hukuken mümkün olduğu takdirde alacağı devir borcunun konusu objektif olarak imkânsız değildir. Örneğin, vekâletten doğan iş görme alacağındaki devir engeli borçlu ile alacaklı arasında yapılan anlaşma ile kaldırılamayacağı gibi, bu alacağın borçlunun rızası ile bağımsız bir hak olarak devralana geçirilebilmesi imkânı yoktur¹⁵⁶⁴. Bu tür hâllerde, devir borcunun konusunun objektif olarak imkânsız olduğu tespiti yapılabilecektir¹⁵⁶⁵.

Devir engelinin sözleşme ile kararlaştırılmış olması hâlinde devir borcunun ifasının objektif olarak imkânsız olmadığına belirlenmesi şu bakımdan önem taşımaktadır: Borçlunun rıza verip vermemesine bağlı olarak bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olması tasarruf işlemi niteliğindeki devir işleminin kesin hükümsüz olmasına yol açabildiği hâlde, alacağı devir borcuna dayanak oluşturan borçlandırıcı işlemin geçerliliğini hiçbir durumda etkilemeyecektir¹⁵⁶⁶. Borçlu, olası bir devre rıza vermeyeceğini devir borcu doğuran sözleşmenin kuruluşu sırasında kesin biçimde beyan etmiş olsa bile bu sözleşme geçerlidir¹⁵⁶⁷.

¹⁵⁶⁴ Bkz. s. 88 vd.

¹⁵⁶⁵ Niteliği devre engel oluşturan bir alacağın devre konu edildiği durumlarda, devir borcu doğuran sözleşmenin konusunun BK 27/I (eBK 20/I) gereği imkânsız olduğu ve devralanın garanti sorumluluğu hükümlerine göre korunmasına ihtiyaç bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Engin, s. 80, s. 84.

¹⁵⁶⁶ Devir borcu doğuran sözleşmenin geçerli kalacağı yönünde: Ozanemre Yayla, s. 203; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Bucher, § 31, s. 542, dn. 24; Huguenin, N. 1361; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 53; Schulin/Vogt, s. 617; CR-Probst, CO 164, N. 68; B.Berger, N. 2107.

¹⁵⁶⁷ Aslında, ivazlı bir işleme dayanan devirlerde, alacağın varlığına ilişkin eksiklik bir objektif imkânsızlık hâli oluştursa (örneğin alacak hiç mevcut olmasa) dahi, kanunun bu ihtimalde devredeni koursuz nitelikteki garanti sorumluluğu ile yüklediği göz önünde tutulmakta ve alacağı devir borcu doğuran sözleşmenin tıpkı sübjektif imkânsızlık hâllerinde olduğu gibi geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Engin, s. 84-85; Huguenin, N. 1403. İvazsız devirlerde ise devreden yasal olarak garanti sorumluluğu altında olmadığı için, baştaki objektif imkânsızlık hâlinde devir borcu

b. Devredenin Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri

(1) Genel Olarak

Devreden alacağı devir borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde prensip olarak borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlere göre (BK 112 vd) sorumlu olur¹⁵⁶⁸.

Devir yasağı kararlaştırılmış olması, yukarıda açıklandığı üzerine, asli edim borcu niteliğindeki alacağı devir borcunun ifa edilememesine yol açar¹⁵⁶⁹. Bunun yanı sıra, bir yan edim borcuna aykırılık oluşturması da mümkündür. Örneğin, devreden devir konusu alacak için bir devir yasağı kararlaştırılmış olduğunu devralana açıklamamasının bilgi verme borcuna (BK 190) aykırılık oluşturacağı ve buna dayanarak devralanın devredene karşı tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁷⁰. Ayrıca, devir yasağı kararlaştırılması devrin amacına ulaşmasına engel olmama yükümlülüğünün ihlali de sayılabilmektedir. Gelecekteki alacakların devri bakımından önem taşıyan bu konu aşağıda incelenmektedir¹⁵⁷¹.

Bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olması devredenin garanti sorumluluğu (BK 191) yönünden özellik arz etmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, bu konu, mevcut alacak hakları ile gelecekteki alacak hakları bakımından birbirinden ayrı çözüme bağlanmaktadır.

doğuran sözleşmenin geçersiz olup olmayacağı tartışma konusu olabilmektedir. Bkz. Engin, s. 85. Alacağın varlığına ilişkin eksikliğin devir yasağı kararlaştırılmış olmasından kaynaklandığı ihtimalde bu konudaki tartışmanın önemi olmayacak, devir borcu doğuran sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olması herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Devir yasağı kararlaştırılmış olması yalnızca bir subjektif imkânsızlık hâline yol açabileceği için, her iki ihtimalde de devir borcu doğuran sözleşme geçerlidir.

¹⁵⁶⁸ Engin, s. 64.

¹⁵⁶⁹ Bkz. s. 389 vd.

¹⁵⁷⁰ BGE 4C.129/2002, 03.09.2002, E. 1.4. Devredenin bilgi verme borcu ve bu borcun ihlali hâlinde devreden tazminat ödemekle yükümlü olduğu konusunda bkz. Engin, s. 40.

¹⁵⁷¹ Bkz. s. 394 vd.

(2) Devredenin Garanti Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

(a) Mevcut Alacaklar Bakımından

BK 191 ve devamındaki hükümlerde, devredenin, bir kusursuz sorumluluk hâli niteliğindeki garanti sorumluluğu altında olduğu özel olarak düzenlenmektedir¹⁵⁷² BK 191/I hükmünde, ivazlı işleme dayanan devirlerde, devreden ile devralan arasında anlaşma yapılması aranmaksızın, devredenin alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü garanti ettiği öngörülmektedir¹⁵⁷³. Devralan BK 193 hükmünde gösterilen zararların tazmini için devredenin garanti sorumluluğuna başvurabilmektedir.

Devir yasağı kararlaştırılmış olması nedeniyle devredenin garanti sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı inceleme konusu olduğunda, ilk aşamada, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik olup olmadığı belirlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bu hususta, hakkında devir yasağı kararlaştırılmış alacağın mevcut olması alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik bulunduğu konusunda tereddüt yaratabilmektedir. Bu tereddüte şöyle yanıt verilmektedir:

Öğretide, alacağın varlığı, sadece alacağın mevcut olması değil, aynı zamanda alacağın tahsil edilmesine engel oluşturan savunma haklarına maruz bulunmaması şeklinde anlaşılmaktadır. Devralanın borçlunu ifaya zorlayacak bir hukuki duruma erişmesine engel oluşturan durumlar alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik olarak görülmekte, devreden bu eksikliklerden ötürü garanti sorumluluğu altında tutulmaktadır¹⁵⁷⁴. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının da alacağın borçludan tahsil edilmesine engel oluşturan bir etkiye yol açtığı konusunda şüphe yoktur. Bu etki göz önüne alındığında, mevcut ama devri anlaşma ile engellenmiş bir alacağı devralanın hukuki durumu ile mevcut olmayan bir alacağı devralanın hukuki durumu arasında hiçbir fark

¹⁵⁷² BK 191 (eBK 169) hükmünde düzenlenen sorumluluk için kusur şartı aranmadığı konusunda: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1806; Engin, s. 46 vd, s. 69.

¹⁵⁷³ BK 112 vd hükümlerinin alacağın devrinde garanti sorumluluğunu düzenleyen BK 191 vd hükümleri ile de yarışma hâlinde olduğu yönünde: Engin, s. 92; Schuln/Vogt, s. 620.

¹⁵⁷⁴ Engin, s. 108-109; Becker, Art. 171, N. 7; Oser/Schönenberger, Art. 171, N. 7; Bucher, s. 574; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3504; von Büren, s. 335-336; Keller/Schöbi, s. 54; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 171, N. 7; Spirig, Art. 171, N. 14-16; Koller, § 84, N. 171; Tercier/Pichonnaz, N. 1711; Huguenin, N. 1403; Schuln/Vogt, s. 619.

bulunmamaktadır¹⁵⁷⁵. Bu nedenle, borçlu tarafından kendisine devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürülerek ifa talebi reddedilen devralanın, devredenin garanti sorumluluğuna başvurması mümkündür¹⁵⁷⁶. Yukarıda açıklanmıştır ki, borçlu, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak yapılan bir devir işlemini onaylayabilir ve devralanın ifa talebine olumlu cevap verebilir¹⁵⁷⁷. O hâlde, sözleşme ile devri yasaklanmış bir alacağı devreden, borçlunun devri onaylamaması ihtimalinde, devralana karşı garanti sorumluluğu altına girecektir¹⁵⁷⁸.

Devralanın, bir alacağı onun varlığına ilişkin eksikliği bilerek devraldığı ihtimalde, devredenin garanti sorumluluğuna başvuru imkânından zımnen feragat ettiği kabul edilmektedir¹⁵⁷⁹. Buna göre, devredenin garanti sorumluluğu bir devir yasağı kararlaştırıldığı bilinmeksizin alacağın devralınmış olması ihtimalinde ortaya çıkar. Devralanın devir işleminin yapıldığı sırada alacağın devrinin sözleşme ile yasaklandığının bilmesi, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınması durumunda, devredenin garanti sorumluluğuna başvurmasına engel oluşturur¹⁵⁸⁰. Ancak şunu da ilave etmek gerekir: Ayrıca BK 183/II hükmünün şartları da gerçekleşmişse, devralan, alacak hakkını devir yasağından kurtulmuş olarak iktisap eder; devir yasağı kararlaştırılmış olması devredenin garanti sorumluluğuna yol açmaz¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁵ Martin, s. 18-19; Schulin/Vogt, s. 619. Bir görüşe göre, devir yasağı kararlaştırılmış olması alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik değildir. Sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir engeli bulunduğunu gizleyerek alacağı devreden, devralanın devrin geçersiz kalması yüzünden uğramış olduğu zararı genel prensipler çerçevesinde tazmin etmekle yükümlüdür. Bu görüş için bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 1799.

¹⁵⁷⁶ Engin, s. 110-111; Nomer, N. 242.1; Martin, s. 18-19. Yargıtay'ın bu doğrultudaki bir kararı için bkz. 13. HD, 06.07.2009, E. 2009/5396, K. 2009/9350 (YKD 2009/10, s. 1910; Lexpera) Devir engelinin türü bakımından ayırım yapmaksızın bu doğrultuda: Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20 ve Art. 171, N. 7; Spirig, Art. 171, N. 16; Koller, § 84, N. 171. Alacağın niteliğinden ve kanundan kaynaklanan devir engellerinin farklı değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. s. 162 vd.

¹⁵⁷⁷ Bkz. s. 336 vd.

¹⁵⁷⁸ Engin, s. 111, dn. 16; Martin, s. 18-19. Devredenin garanti sorumluluğuna başvuru imkânı olup olmadığı konusunda görüş belirtmeksizin, borçlu rıza vermediği takdirde, devredenin devralana karşı borca aykırılık nedeniyle (BK 112) sorumlu olacağı yönünde: Bucher, § 31, s. 542, dn. 24; Huguenin, N. 1361.

¹⁵⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 260, dn. 21b, ayrıca s. 262; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1800; Engin, s. 120; Oser/Schönenberger, Art. 171, N. 10; Becker, Art. 171, N. 4; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 171, N. 6; Spirig, Art. 171, N. 3; Koller, § 84, N. 163.

¹⁵⁸⁰ Devralanın iyiniyetli olması gerektiğini belirterek zımnen bu görüşte: Nomer, N. 242.1.

¹⁵⁸¹ Bkz. s. 384 vd.

Devredenin garanti sorumluluğunun emredici nitelikte olmadığı ve tarafların bu sorumluluğun daraltılması veya genişletilmesi konusunda anlaşabilecekleri öğretide kabul edilmektedir¹⁵⁸². Bu doğrultuda, devralanın bir devir yasağı mevcut olduğunu bildiği ihtimalde dahi, devredenin borçlunun rıza vermesini sağlayacağını sözleşme ile devralana garanti etmesi mümkün olabilir.

(b) Gelecekteki Alacaklar Bakımından

Gelecekteki (müstakbel) bir alacağın devri hâlinde çözüm tarzı yukarıda açıklanandan farklı olmaktadır: Gelecekteki bir alacağın devri söz konusu olan hâllerde, devreden, devir anından sonraki davranışlarıyla devir konusu gelecekteki alacağın hiç veya kararlaştırılan içerikte doğmamasına yol açabilmekte ve devir işlemin sonucuna ulaşmasına engel olabilmektedir. Bu hâllerde, devreden devralana karşı yalnızca aralarındaki borç ilişkisine aykırılıktan ötürü sorumlu tutulabilmekte; devredenin garanti sorumluluğuna ise başvurulamayacağı kabul edilmektedir¹⁵⁸³. Bu doğrultuda, gelecekteki bir alacağı devredenin, devir işlemi yapıldıktan sonra ancak alacağın doğumundan önce, devre konu alacağın borçlusu ile bir devir yasağı kararlaştırması ihtimalinde, garanti sorumluluğu altında olmayacağı görüşü benimsenmektedir¹⁵⁸⁴. Borçlunun devir yasağına dayanarak devralanın ifa talebini reddetmesi, bu ihtimalde de BK 191 anlamında alacağın varlığına ilişkin bir eksiklik oluşturmaktadır; ancak bu eksikliğin dayandığı sebep gelecekteki alacağa ilişkin devir işlemi yapıldıktan sonra ortaya çıktığı için BK 191 hükmünün uygulama alanı dışında kalmaktadır¹⁵⁸⁵. Bu ihtimalde, devreden devralana karşı, garanti sorumluluğuna ilişkin BK 191 hükmüne göre değil, borca aykırılığa ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulmaktadır¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 260; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1798, dn. 124; Engin, s. 70; Oser/Schönenberger, Art. 171, N. 13; Becker, Art. 171, N. 4; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3502; Keller/Schöbi, s. 54; Engel, s. 891; Spirig, Art. 171, N. 2; Koller, § 84, N. 161; Tercier/Pichonnaz, N. 1712; Huguenin, N. 1402. eBK 169/II hükmünde de borçlunun ödeme güçsüzlüğünün ayrıca garanti edilebileceği ve bu yolla garantinin kapsamının sözleşme ile genişletilebileceği açıkça düzenlenmişti. Bu konuda bkz. Engin, s. 121 vd.

¹⁵⁸³ Engin, s. 116-117.

¹⁵⁸⁴ Özakman, s. 72; Engin, s. 117.

¹⁵⁸⁵ Engin, s. 117.

¹⁵⁸⁶ Özakman, s. 72; Engin, s. 117.

Gelecekteki bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmasının devrin amacına ulaşmasına engel olmama yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir¹⁵⁸⁷. Devrin amacına ulaşmasına engel olmama yükümlülüğü, devir borcunun dayandığı temel borç ilişkisinden dürüstlük kuralı gereği çıkarılan bir yan yükümlülüktür¹⁵⁸⁸. Bu yükümlülüğün yanı sıra, devreden devralana karşı, devir yasağı kararlaştırılmasını kabul etmeyeceğini sözleşme ile özel olarak da üstlenebilmektedir¹⁵⁸⁹. Bununla birlikte, devredenın müzakere gücünün zayıf olduğunun ve gelecekte kurulacak sözleşme içeriğine etki edemeyeceğinin devralan tarafından bilindiği bazı somut durumlarda, devredenın devir yasağı kararlaştırılmasını kabul etmeyeceğine dair bir yükümlülük üstlenmesi MK 23/II hükmüne aykırı olduğu gerekçesi ile geçersiz sayılabilmektedir¹⁵⁹⁰.

c. Devredenın Devir Yasağı İçeren Alacağı Borçludan Kendi Adına Devralan Hesabına Tahsil Etmeyi Üstlenmesi

Uygulamada üçüncü kişiler devir yasağı içeren alacakları devralmayı genellikle tercih etmemektedir. Çünkü, devir yasağı kararlaştırıldığı savunması yüzünden alacağın tahsil edilememesi riski vardır¹⁵⁹¹. Yukarıda açıklandığı üzere, aslında devralan, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmesinin MK 2/II hükmüne aykırı olduğu iddiasında bulunabilir; bu iddiasını borçlunun korunmaya değer bir menfaati olmadığını ya da alacaklının menfaatinin daha üstün olduğunu ortaya koyarak ispata çalışabilir. Ancak, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmesinin

¹⁵⁸⁷ Özakman, s. 71; Engin, s. 112.

¹⁵⁸⁸ Engin, s. 43-44.

¹⁵⁸⁹ Spirig, Art. 164, N. 149.

¹⁵⁹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin, araç kiralama sözleşmesi kapsamında üstlendiği alacağı devir borcuna ilişkin olarak, kendi işvereni veya başka bir sözleşme partneri ile gelecekte devir yasağı kararlaştırılmasını kabul etmeyeceği yönünde genel bir taahhütte bulunmasını ekonomik özgürlüğün ZGB 27/II (MK 23/II) hükmüne aykırı olarak sınırlandırılmasına yol açtığı gerekçesi ile geçersiz sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Böyle bir kısıtlamanın iş arama özgürlüğü üzerinde baskı yaratacağını, özellikle işsizlik oranının yüksek olduğu dönemlerde böyle bir kısıtlamanın ölçülü sayılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. BGE 112 II 241 (244). Türk hukukunda işçinin gelecekteki ücret alacağının devri kanun tarafından yasaklanmış olduğu için, müzakere gücü zayıf olan devreden Türk hukukunda işçi olarak karşımıza çıkmayacaktır. Bkz. s. 100.

¹⁵⁹¹ Girsberger/Hermann, s. 322. Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün aynı yöndeki gerekçesi için bkz. 861 BlgNR 22. GP 2. Bu konuda yukarıda bkz. s. 212 vd.

MK 2/II hükmüne aykırı olup olmadığını nihayetinde hâkim takdir edecektir¹⁵⁹². Hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde, borçlu aleyhine açılan ifa davasının başarılı olmaması ihtimali de mevcuttur. Borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devri kesin hükümsüz hâle getirmesi ihtimalinde, devralanın devreden sorumluluğuna başvurma imkânı da genellikle olmayacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, alacağı devir yasağı içerdiğini bilerek devralan, sözleşme ile ayrıca üstlenilmiş olmadıkça, devreden garanti sorumluluğuna (BK 191) dayanamaz¹⁵⁹³. Bu ihtimalde, devreden ile devralan arasındaki sözleşmede -garanti yükümlülüğüne göre daha hafif ama amaca uygun içerikte- şöyle bir yükümlülük kararlaştırılabilir: Devreden, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını öne sürerek ifada kaçınması hâlinde, alacağı kendi adına ama devralan hesabına tahsil etmeyi üstlenebilir.

Alacağı kendi adına başkası hesabına tahsil etme yükümlülüğü ile genelde alacağın tahsil amacıyla devredildiği ihtimalde karşılaşılmaktadır. Bu ihtimalde, taraflar arasında bir inanç sözleşmesi yapılmaktadır¹⁵⁹⁴. Bu sözleşme uyarınca alacak devredilmekte; alacağı devralan (inanılan) devreden (inanana) yararına bir iş görme borcu altına girmektedir. İş görme borcunun konusu alacağın tahsil edilmesidir. Alacağın devri işlemi, bu iş görme ediminin yerine getirebilmesi için gerekli tasarruf yetkisini sağlamaya yöneliktir¹⁵⁹⁵. Alacağı tahsil için temsil yetkisi vermek de yeterli olabilecek iken; bunun yerine, alacak hakkı devredilerek inanılan daha güçlü bir hukuki duruma getirilmektedir¹⁵⁹⁶. Taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹² Bkz. s. 346 vd.

¹⁵⁹³ Bkz. s. 393.

¹⁵⁹⁴ Öğretide, inançlı işlemler, izlenen amaç ve tarafların menfaat durumları göz önüne alınarak, “*saf inançlı işlemler - karma inançlı işlemler*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Saf inançlı işlemlerde saf inananın menfaati üstün tutulmakta; karma inançlı işlemler ise kısmen veya tamamen inanılanın menfaatine yapılmaktadır. Saf inançlı işlemin uygulamada en sık karşılaşılan örneği alacağın tahsil amacıyla devridir. Karma inançlı işlemin en tipik örneğini ise bir ayni hakkın veya alacak hakkının teminat amacıyla inanılana devredilmesi oluşturmaktadır. Bkz. Ergun Özsunay, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul 1968, s. 43 vd; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 42.

¹⁵⁹⁵ Suat Sarı, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2004, s. 204.

¹⁵⁹⁶ Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 46; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 37.

¹⁵⁹⁷ Saf inançlı işlemlerde, taraflar arasındaki inanç sözleşmesine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı görüşünde: Özsunay, **İnançlı Muameleler**, s. 135 vd; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 43. Buna karşılık, alacağın tahsil için devredildiği ihtimalde, taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunduğu, alacağın devri yoluyla vekilin tasarruf yetkisi sahibi kılındığı ve böylece vekilin müvekkile ait alacak üzerinde tasarrufu gerektiren hukuki işlemi kendi adına ama müvekkil yararına gerçekleştirmesinin mümkün hale getirildiği görüşünde: Sarı, s. 204 ve orada dn. 9.

Borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürmesi durumunda, alacak hakkı devralanın malvarlığına geçmez; devreden alacak üzerine hak sahibi olarak kalmaya devam eder. Ancak, devreden alacak üzerindeki devam eden hak sahipliği, sanki devralanın alacağı devrene tahsil amacıyla geri devretmesi sonucu edinilmiş bir hak sahipliğiymiş gibi, tasavvur edilebilir. Bu çerçevede, devreden kendi adına ama devralan hesabına alacağın tahsil etme borcunu üstlenebilir. Bu hâlde, doğumu geciktirici koşula bağlı (BK 170 vd) bir iş görme borcu söz konusu olur. Geciktirici koşulun içeriği, örneğin, “*borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınması*” veya “*devir yasağı savunması yüzünden alacağın dava veya icra takibi yoluyla tahsil edilememesi*” şeklinde farklı ağırlıklarda düzenlenebilir. Koşulun gerçekleşmesi üzerine, devreden devralan yararına bir iş görme borcu altına girer. İş görme borcunun konusu, alacağın borçludan tahsil edilmesidir. Devreden bu iş görme borcunun ifasından sorumluluğu, yukarıda belirtildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu’nun vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir¹⁵⁹⁸. Devreden, borçludan kendi adına tahsil ettiği tutarı, BK 508/I hükmü uyarınca, devralana vermekle yükümlü olur.

Belirtelim ki, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmesi üzerine geciktirici koşulun gerçekleşmesi ve devreden alacağı kendi adına devralan hesabına tahsil etme borcu altına girmesi, devreden alacak üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini kısıtlamayacaktır. Devreden, alacak hakkı üzerinde, tahsil dışında, ibra, takas, ifa yerine edim vb. başka tasarruf işlemlerinde de bulunabilir¹⁵⁹⁹. Bununla birlikte, alacak hakkını devralan ile arasındaki sözleşmeye uygun biçimde kullanmaktan ötürü vekâlet hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulur¹⁶⁰⁰.

Devreden alacağı kendi adına devralan hesabına tahsil etme borcunu sözleşme ile üstlenmesi, devralan nezdindeki devir yasağı kararlaştırılmış olmasından kaynaklı riskin belli ölçüde giderilmesini sağlar. Devri anlaşma ile yasaklanmış alacağı, önceden belli bir ivaz karşılığı devre ihtiyaç duyan alacaklı, ayrıca böyle bir borç altına girmeyi teklif ederek üçüncü kişiyi alacağı devralmaya razı edebilir. Böyle bir borcun sözleşme ile kararlaştırılması ile devralanın elde edeceğine oldukça yakın bir hukuki koruma, Alman hukukunda HGB § 354a hükmü ile düzenlenmektedir. Ticari

¹⁵⁹⁸ Bkz. s. 396 ve dn. 1597.

¹⁵⁹⁹ Alacak üzerinde başka hangi tasarruflarda bulunabileceği konusunda bkz. s. 16 vd.

¹⁶⁰⁰ Bkz. s. 396 ve dn. 1597.

ilişkilerden doğan para alacaklarına özgü bu hükme göre, bir devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işlemi geçerli olarak hukuki sonuç doğurur; ancak borçlu devredene ya da devralana ifa ile borçtan kurtulma yetkisine sahiptir. Emredici nitelikteki bu hükme göre, borçlunun devredene ifada bulunmayı tercih etmesi hâlinde, devralan devredene borçludan tahsil ettiği tutarı kendisine vermesi için başvurabilmektedir¹⁶⁰¹. Uluslararası alanda PECL 11:301¹⁶⁰² ve DCFR III-5:108¹⁶⁰³ düzenlenmelerinin şekillenmesinde de rol oynamış olan HGB § 354a hükmü, ticari ilişkilerden doğan ve devri anlaşma ile yasaklanmış para alacaklarının tedavül edilebilirliğini pekiştirmek amacıyla getirilmiştir. Aşağıda bu hükümde öngörülen düzenlemenin detayları incelenmekte; Türk hukukunda benzer bir hükme yer verilmesi önerisi birçok gerekçeden ötürü reddedilmektedir¹⁶⁰⁴. Bununla birlikte, devralana borçludan tahsil ettiği tutarı vermesi için devredene başvuru hakkı sağlayan yönü itibarıyla, HGB § 354a hükmünün, alacağın devri özgürlüğünü pekiştirici bir hukuki yapı oluşturmak üzere tasarlandığı da ortadadır. Alman hukukunda HGB § 354a hükmü sevk edilerek devralana kanun tarafından sağlanan hukuki koruma, Türk hukukunda yukarıda açıklanan içerikte bir iş görme borcunun devreden tarafından sözleşme ile üstlenilmesi yoluyla daha güçlü bir şekilde temin edilebilir. Aşağıda görülecektir ki, devralanın devredene başvuru hakkı Alman hukukunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılmaktadır¹⁶⁰⁵. Bunun yerine, yukarıda açıklanan içerikte vekâlet hükümlerine tabi bir iş görme borcunun sözleşme ile kararlaştırılması hâlinde, devralanın başvuru hakkı daha elverişli bir hukuki dayanağa kavuşacaktır¹⁶⁰⁶. Diğer yandan, böyle bir korumanın emredici bir hüküm aracılığıyla değil sözleşme ile temin edilmesi sözleşme özgürlüğü prensibi yönünden daha uygundur. Zira, devralan konumundaki üçüncü kişiler, çoğun-

¹⁶⁰¹ Bkz. s. 520 vd.

¹⁶⁰² Bkz. s. 515 vd.

¹⁶⁰³ Bkz. s. 516 vd.

¹⁶⁰⁴ Bkz. s. 558 vd.

¹⁶⁰⁵ Bkz. s. 525 vd.

¹⁶⁰⁶ İade talebinin sebepsiz zenginleşme yerine sözleşmeye dayanmasının hangi açılardan daha avantajlı olduğu konusunda bkz. Serozan, § 17, N. 18.

lukla, böyle bir borca ilişkin hükmü sözleşmeye koydurabilecek müzakere gücüne sahip olup kanun koyucu tarafından özel olarak himaye edilmelerini gerektirecek bir zayıflık içinde değildir¹⁶⁰⁷.

C. Sözleşmenin Devri İşleminin Geçerliliği Üzerindeki Etkisi

Sözleşmenin devri kavramının hukuki yapısı iki teoriye göre açıklanır: Kombinasyon teorisi ve birlik teorisi. Kombinasyon teorisine göre, bir sözleşmeden doğan tüm alacak ve borçların, haklarında ayrı ayrı alacağın devri ve borcun nakli işlemleri yapılarak aynı kişiye geçirilmesi, birleşik olarak, o sözleşmenin devri hukuki sonucu doğurur. Birlik teorisi, sözleşmenin içeriğinin sadece alacak ve borçlardan ibaret olmadığını gerekçe göstererek kombinasyon teorisinin bu açıklama tarzına karşı çıkar. Birlik teorisine göre, taraf sıfatına bağlı olan, sözleşme ilişkisini değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yarayan yenilik doğuran hakların (iptal hakkı, dönme hakkı vb.) devri için, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin yapılması yeterli olmaz. Bunun için, ayrıca, bağımsız bir hukuki işlem olan sözleşmenin devri işleminin yapılması gerekir. Bu yüzden, sadece borcun nakli işlemi için değil, aynı zamanda sözleşmenin devri işlemi için de karşı tarafın rızasının bulunması gerekir¹⁶⁰⁸. Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmünde birlik teorisi benimsemektedir. BK 205/I-II hükümlerine göre:

“Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

¹⁶⁰⁷ Bkz. s. 564 vd. İngiliz hukukunda benzer amaçla geliştirilmiş -özellikle “*invoice discounting*” sözleşmelerinde yaygın- bir uygulama mevcuttur: Devreden ile devralan arasındaki anlaşma uyarınca, alacağın devri borçluya bildirilmemekte ve alacağın tahsili devreden tarafından gerçekleştirilmektedir. Taraflar arasında, (devir olgusu kendisini bildirilmeyen) borçlu devredene ifada bulunduğu, devreden borçludan tahsil edeceği tutar üzerinde devralanın lehine *trust* hakkı doğacağı sözleşmede kararlaştırılmaktadır. *Trust* kaydı devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların tahsili üzerine elde edilecek tutarı da kapsamaktadır. Bkz. Gullifer, s. 53.

¹⁶⁰⁸ Kombinasyon ve birlik teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara 2003, s. 39-53; Christoph Bauer, **Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang**, Zürich 2010, N. 75-152. Kombinasyon teorisi, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde ticari işletmenin devrinde (eBK 179) sözleşmelerin geçişi sorunu incelenirken önem taşımıştır. Bkz. s. 445 ve orada dn. 1789.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”.

Bu hüküm çerçevesinde, bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olması, o alacağın dayandığı sözleşmenin devrine engel oluşturmaz¹⁶⁰⁹. Hatta, bir sözleşmenin tarafları aralarında anlaşarak, sadece alacağın değil aynı zamanda sözleşmenin devrini yasaklamış olsa bile, böyle bir anlaşmaya rağmen sözleşmenin devri mümkündür. Çünkü sözleşmenin devri zaten üç tarafın katılımı ile gerçekleşmektedir¹⁶¹⁰. Sözleşmenin devri hakkındaki üç taraflı anlaşma sonucu o sözleşmeden doğan ve devri anlaşma ile yasaklanmış alacaklar da sözleşmeyi devralana geçecektir¹⁶¹¹.

D. Yargısal ve Yasal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkileri

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu’nun alacağın devrine ilişkin hükümleri, bir alacak hakkının devreden ve devralan arasında yapılan bir sözleşme ile devri hâli göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Alacaklının iradesi aranmaksızın, kanun gereği veya bir mahkeme kararı gereği gerçekleşen alacak intikallerine, özel bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu’nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁶¹². Bu doğrultuda, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının alacağın devrine engel oluşturacağını öngören BK 183/I hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı aşağıdaki şekilde değerlendirilmektedir.

¹⁶⁰⁹ Berger, s. 329; Bauer, N. 183.

¹⁶¹⁰ Bauer, N. 183.

¹⁶¹¹ Kombinasyon teorisi çerçevesinde, devir yasağı anlaşması hukuki etkisi sorununun çözümü ise herhâlde şöyle olacaktır: Bu teoriye göre, bir sözleşmenin devri için o sözleşmeden doğan tüm alacakların devri gerekir. Böyle bir devir ise o sözleşmeden alacaklar devredilebilir ise mümkün olabilir. Bu açıdan, kombinasyon teorisi çerçevesinde, bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olmasının, o alacağın dayandığı sözleşmenin devrine engel oluşturacağı çıkarımına varılması beklenir. BK 205 hükmünde birlik teorisinin açıkça benimsenmiş olması karşısında artık bu konunun pratik bir değeri bulunmamaktadır. Geçmişteki önemi açısından bkz. Bkz. s. 445 ve orada dn. 1789.

¹⁶¹² Feyzioğlu, s. 620; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 266; Eren, N. 3833, N. 3835; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1660; Engin, s. 12, dn. 22 ve s. 101; Oser/Schönenberger, Art. 110, N. 10 ve Art. 166, N. 1; Becker, Art. 166, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 373; von Büren, s. 339; Keller/Schöbi, s. 42; Bucher, s. 578; Spirig, Art. 166, N. 64 vd; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 5; Kanun gereği geçişler açısından bu yönde: Ahmet M. Kılıçoğlu, **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara 1979, s. 21; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 49; Fellmann, Art. 401, N. 16.

2. Yargısal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkisi

a. Alacağın Mahkeme Kararı Gereği İntikaline Etkisi

BK 185 hükmüne göre, alacağın bir mahkeme hükmü gereği intikal ettiği hâllerde, ayrıca yazılı bir devir sözleşmesi yapılması veya alacaklının devre rıza vermesi şartı aranmaz¹⁶¹³. Bu hâlde, mahkeme hükmü alacaklının devir yönündeki irade beyanının yerine geçmektedir¹⁶¹⁴. Yalnızca, hâkimin verdiği kararda alacağın devrine hükmettiği ve alacaklıyı değiştirdiği hâllerde mahkeme kararına dayanan alacak intikali bulunduğundan söz edilir. Alacak hakkının belirli bir kişiye ait olduğu konusundaki tespit kararı ise bu nitelikte değildir. Tespit kararı sadece alacak hakkının kime ait olduğu konusundaki uyuşmazlığı giderir¹⁶¹⁵.

Alacağın mahkeme kararı gereği geçişi ile alacaklının sözleşmeden veya kanundan doğan devir borcunu ifadan haksız olarak kaçındığı için kendisi aleyhine dava açılmasına sebep olduğu ihtimalde karşılaşılr. Böyle bir dava sonunda verilen karar alacaklının yerine getirmekten kaçındığı devir beyanının yerine geçer¹⁶¹⁶. Bunun dışında, bir elbirliği ortaklığı veya paylı ortaklığın giderilmesi konusundaki bir mahkeme kararı gereği de alacak devri gerçekleştirebilir. Söz gelimi, terekede bulunan bir alacak hakkının mahkeme tarafından oluşturulan miras payları içinde olmak üzere,

¹⁶¹³ BK 185 hükmünde “...*üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.*” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Bu ifadede üçüncü kişilere karşı etki vurgusu yapılmış olmasının nedeni, bu hükmün lafzının 1881 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu döneminden kalmış olmasıdır. 1881 sayılı mülga Kanun’da alacağın devrinin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için borçluya bildirimde bulunulması şartı öngörülmüştü; alacağın devrinin taraflar arasındaki etkisi ve üçünü kişilere karşı etkisi arasında ayırım yapılmıştı. Bkz. s. 239 vd. Bu doğrultuda kaleme alınmış olan aOR 185 hükmü, üçüncü kişilere karşı etki ayırımını ortadan kaldıran 1911 sayılı İsviçre Borçlar Kanunu’na yanlılıkla aynen aktarılmıştır. Hem 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nda (eBK 164) hem de 6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu’nda (BK 185) benimsenen bu ifadenin başka hiçbir özel anlamı bulunmamaktadır. Bkz. Oser/Schönenberger Art. 166, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 370, dn. 1a.

¹⁶¹⁴ Feyzioğlu, s. 621; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 265; Özakman, s. 73; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1824; Engin, s. 103; Oser/Schönenberger, Art. 166, N. 3; Spirig, Art. 166, N. 76.

¹⁶¹⁵ Feyzioğlu, s. 622; Eren, N. 3834; Tuhr/Escher, s. 371-372; Keller/Schöbi, s. 41; Spirig, Art. 166, N. 52; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 4.

¹⁶¹⁶ Feyzioğlu, s. 622; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 265; Oğuzman/Öz, C. II, N. 1824; Engin, s. 103; Oser/Schönenberger, Art. 165, N. 11; Bucher, § 31, s. 578; Spirig, Art. 166, N. 54. Alacağın mahkeme hükmü gereği intikaline verilen bu örneğin pratikte pek bir önem taşımadığı, çünkü dava sırasında alacaklının alacağı tahsil edebileceği veya başkasına devredebileceği yönünde: Bucher, § 31, s. 578; Spirig, Art. 166, N. 54.

mirasçılardan birine özgülenmesi (MK 646 vd) böyledir¹⁶¹⁷. Alacak vasiyetinin mahkeme kararı ile yerine getirilmesi de alacağın mahkeme kararı gereği intikaline başka bir örnek teşkil eder¹⁶¹⁸.

Mahkeme kararı gereği gerçekleşen alacak geçişlerine, özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği görüşü¹⁶¹⁹ doğrultusunda, alacağın mahkeme hükmü gereği intikal edebilmesi için devre elverişli olması şartı aranmaktadır. Bu çerçevede bir alacak hakkı için devir yasağı kararlaştırılmış olmasının, o alacağın bir mahkeme kararı gereği başkasına intikaline de engel oluşturacağı kabul edilmektedir¹⁶²⁰. Hâkim, yukarıda verilen örneklerde, tıpkı alacaklı gibi, devir yasağı anlaşması ile bağlıdır.

b. Alacağın İcra veya İflas Organının Resmi İşlemi Gereği İntikaline Etkisi

(1) Genel Olarak

Kanunda öngörülen bazı hâllerde, aleyhine icra veya iflas takibi gerçekleştirilen borçluya ait alacak hakkı, onun yazılı şekildeki devir beyanına ihtiyaç olmaksızın, icra veya iflas organının resmi işlemi ile takip alacaklılarından birine geçirilebilmektedir. Bu tür hâllerde alacak geçişi bir mahkeme kararına değil, icra organı (icra dairesi) veya iflas organı (iflas idaresi; ikinci alacaklılar toplantısı) tarafından yapılan resmi işleme dayanmaktadır. Buna rağmen, öğretilde, mahkeme kararına dayanan geçişlerle eşdeğer nitelikte görülmektedir¹⁶²¹. BK 185 (OR 166) hükmüne kıyasen bu

¹⁶¹⁷ Oser/Schönenberger, Art. 166, N. 3; von Tuhr/Escher, s. 371; von Büren, s. 339; Keller/Schöbi, s. 42; Spirig, Art. 166, N. 57; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 4; Feyzioğlu, s. 623; Eren, s. 1251.

¹⁶¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 265.

¹⁶¹⁹ Bkz. s. 400.

¹⁶²⁰ Eren, N. 3834; von Tuhr/Escher, s. 373; Keller/Schöbi, s. 142; RGRK/Weber, § 412, N. 44.

¹⁶²¹ İsviçre hukukunda haczedilen alacağın SchKG 122 vd (İİK 112 vd) hükümlerine göre açık artırma yoluyla satışı (*Versteigerung*), SchKG 131/I (İİK 120/I) hükmüne göre ödeme yerine devri açısından bu yönde: Oser/Schönenberger, Art. 166, N. 3; von Tuhr/Escher, s. 371-372; Keller/Schöbi, s. 42; von Büren, s. 339; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3554; Bucher, § 31, s. 578; Spirig, Art. 166, N. 60. İflas masasına kayıtlı alacakların SchKG 256 vd hükümlerine göre iflas idaresi tarafından açık artırma veya pazarlık yoluyla satışı bakımından aynı yönde: Bucher, § 31, s. 578; von Büren, s. 339. Türk hukukunda İİK 120/I hükmüne atıfla bu yönde: Feyzioğlu, s. 623; Eren, N. 3834; ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 266. Alman hukukunda haczedilen alacağı ödeme yerine devri açısından ZPO § 835 II hükmüne atıf ile bu yönde: RGRK/Weber, § 412, N. 44; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 174.

hâllerde de aleyhine icra veya iflas takibi gerçekleştirilen kişinin yazılı şekildeki devir beyanına ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir¹⁶²².

Türk hukukunda BK 185 hükmünün başlığında kullanılan “*yargısal devir*” de-yimi, bir yargı organı gerçekleştirilen devirleri de kapsayan geniş bir anlatım içermektedir. Bu açıdan icra ve iflas organlarının işlemine dayanan alacak geçişlerinin “*yargısal*” olarak nitelendirilmesinde sakınca yoktur¹⁶²³. En azından, böyle bir nitelendirmenin devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi üzerinde fark yaratmayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Aşağıda görülecektir ki, icra ve iflas organlarının da devir yasağı anlaşmasıyla bağlı olduğu görüşü öğretide yerleşiktir¹⁶²⁴.

İcra veya iflas organının işlemine dayanan alacak geçişleri hakkında öğretide yasal intikal nitelendirmesi de yapıldığına da rastlanılmaktadır¹⁶²⁵. Çünkü, belirtilen hâllerde, yargı organı, kanunun ona verdiği yetkiyi kullanarak alacağı başkasına geçirmektedir. Ancak, kanunun yetkilendirmesi ölçütüne göre tasnif yapılacak olursa, mahkeme kararına dayanan alacak geçişlerinin de yasal intikalin bir türü olarak incelenmesi gerekecektir; çünkü hâkim de, aynı icra veya iflas organı gibi, kanunun ona tanıdığı yetki sayesinde alacağın geçişine hükmedebilmektedir. Bu çalışmada BK 185 hükmünde benimsenen ve hâlihazırda öğretide yerleşik bulunan yargısal geçiş - yasal geçiş ayrımına bağlı kalınması daha isabetli görülmüştür. Çünkü, yargısal geçişlerin tamamında gerek hâkimin gerekse yargı organının devir yasağı anlaşması ile bağlı bulunduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, kanuna dayanan alacak geçişleri bakımından böyle genel bir kural verilememekte, alacak geçiş

¹⁶²² SchKG 122 vd (İİK 112 vd) ve SchKG 131/I (İİK 120/I) hükümleri bakımından bu yönde: von Tuhr/Escher, s. 371-372.

¹⁶²³ Borçluya ait alacakların icra veya iflas organları tarafından devrinin, “*kazaî olmasa bile adli temlik*” teşkil edeceğini belirterek benzer görüşte: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 266.

¹⁶²⁴ Bkz. s. 405 ve s. 407.

¹⁶²⁵ Türk hukukunda, İİK 120/I hükmünde, alacak hakkının, alacaklının (takip borçlusunun) bir irade beyanına ihtiyaç olmaksızın, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine kendiliğinden üçüncü şahsa (takip alacaklısına) geçtiği dikkate alındığında bir yasal intikal hâli düzenlendiği belirtilmiştir. Bkz. Murat Yavaş, **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, İstanbul 2005, s. 197. BK 185 anlamında kanun gereğince gerçekleşen bir alacak devri niteliği taşıdığı görüşünde: Kuru, s. 222; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 318. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 136 III 437, E. 1.1) SchKG 131 I hükmü (İİK 120/I) uygulanan hâlde, OR 166 anlamında (BK 185) kanuna dayanan bir alacak geçişini gerçekleştirdiği nitelendirmesinde bulunmuştur. Ayrıca, Alman öğretisinde, idarenin işlemine (*Hoheitsakt*) dayanan alacak geçiş hâllerinin, bunun örneğini oluşturan haczedilen alacağın takip alacaklarından birine devri hâlinin (ZPO § 835), kanuna dayanan alacak geçişlerine eş değer olduğu belirtilmektedir: Palandt/Grüneberg, § 412, N. 1.

öngören kanun hükmü ile devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün koruma amaçları arasında karşılaştırma yapılmakta; bu doğrultuda farklı sonuçlara varılabilmektedir¹⁶²⁶.

(2) İcra Organının Resmi İşlemleri Bakımından

(a) Alacağın Hazine Engel Oluşturmaması

Malvarlığında bulunan devredilebilir nitelikteki bir hakka ilişkin haciz engeli yalnızca kanundan kaynaklanabilir¹⁶²⁷. Sözleşme ile haciz engeli yaratabilmesi kural olarak mümkün değildir¹⁶²⁸. Bu çerçevede, sözleşme ile getirilen devir engeli alacağın hazine engel teşkil etmemektedir¹⁶²⁹. Borçlunun alacaklılarına karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu kuralı emredici niteliktedir ve bu temel kuralın, borçlunun kendi alacaklısı ile yaptığı bir devir yasağı anlaşması ile aşılabilmesi mümkün değildir¹⁶³⁰. Takip alacaklısı, kendi alacağını elde etmek için, borçlusunun malvarlığında bulunan anlaşma ile devri engellenmiş alacak hakkına, haciz yoluyla erişebilme olanağına sa-

¹⁶²⁶ Bkz. s. 410 vd.

¹⁶²⁷ Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 279; Kuru, s. 188; Üstündağ, s. 173; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 271; Martin, s. 21.

¹⁶²⁸ Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 279; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 271; Martin, s. 21. Eşyanın haczedilebilirliğinin sözleşme ile yasaklanması ihtimalini göz önüne alarak bu yönde: Üstündağ, s. 173; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 151. Kanun, istisnai olarak, sözleşme ile haciz engeli meydana getirilmesine açık bir hükümle izin verebilmektedir. Örnek olarak, ömür boyu gelir sözleşmesine konulan bir kayıt aracılığıyla, gelir alacağının gelir alacaklısının alacakları tarafından haczedilmesinin önüne geçilebilmesi İİK 82/I b. 8 hükmü uyarınca mümkündür. Yürürlükteki BK 610 hükmünde karşılığı bulunmayan, eBK 510 hükmünün ikinci cümlesi (veya mülga OR 519/II hükmü) uyarınca bu görüşte: Arsebük, s. 1070; Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 279; Üstündağ, s. 174; Martin, s. 21; von Tuhr/Escher, s. 350. BK 610'a ilişkin madde gerekçesinde, aynı konu İİK 82/I b. 8 hükmünde düzenlendiği için, anılan cümlelerin metnin kapsamı dışına çıkarıldığı belirtilmektedir.

¹⁶²⁹ Arsebük, s. 1070; Kuru, **Haczi Caiz Olmayan Şeyler**, s. 279; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 271; Martin, s. 21; von Tuhr/Escher, s. 350; Staehelin, s. 391; Spirig, Vorbemerkungen zu Art. 164-174, N. 158. Bu konuda Avusturya hukukunda da açık bir hüküm mevcut değildir; buna rağmen devir yasağı anlaşmasının hacze engel oluşturmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Ehrenzweig, s. 236; Mayrhofer, II, s. 171; Bydlinski, s. 126. Alman hukukunda, sözleşme ile devrin engellenmiş bir alacak hakkının (BGB § 399 d. 2) kısmen veya tamamen haczedilebileceği ZPO § 851 II hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin tarihsel gelişimi ve Alman Medeni Kanunu'nda devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin benimsenmesi yönünden önemi hakkında bkz. s. 221 vd.

¹⁶³⁰ Staehelin, s. 391.

hiptir. Bu olanaktan yararlanılması üzerine ortaya çıkacak sonuçların, devir yasağı anlaşmasının taraflarının iradesine aykırı düşmesi önem taşımaz¹⁶³¹. Devir yasağı anlaşmasını yapan taraflarının irade özgürlüğü kamu menfaati lehine olarak sınırlandırılmaktadır¹⁶³². Hiç kimse, devir yasağı anlaşmasından yararlanarak, malvarlığında yer alacakların bir kısmını veya tamamını haciz konusu olmaktan çıkarıp alacaklıların erişiminin önüne geçemez¹⁶³³. Aksinin kabul edilmesi kamu düzenine aykırılık oluşturur¹⁶³⁴.

(b) Alacağın Paraya Çevrilmesi Yollarını Sınırlandırması

Devir yasağı anlaşması, alacağın haczine engel oluşturmamakla birlikte, haczedilen alacağın paraya çevrilmesi için başvurulacak hukuki yolları aşağıdaki şekilde sınırlandırmaktadır:

İİK 106/II hükmüne göre, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir. Kanunun alacakların haczi ile taşınır malların haczi arasında kurduğu bu bağlantı uyarınca, borçlunun üçüncü kişilerdeki devredilebilir nitelikteki alacakları taşınır gibi paraya çevrilebilmektedir¹⁶³⁵. Buna göre, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları, haciz koyduran alacaklının satış talebi üzerine açık artırma yolu ile satılabilir (İİK 112 vd)¹⁶³⁶; ayrıca, belirli şartlar altında (İİK 119), haczedilen alacakların pazarlık yoluyla satılarak paraya çevrilmesi mümkün olabilir¹⁶³⁷. Örnek olarak, taşınmaz satış vaadinden doğan alacağın veya bir taşınırın teslimine ilişkin alacağın haczi

¹⁶³¹ Hadding/van Look, s. 6.

¹⁶³² Borçlunun münhasıran belirli bir kişi lehine (sınırlı bir tarzda) borç altına girme yetkisine sahip olduğu, ancak borçlunun sahip olduğu bu yetkinin kamu menfaatine olarak iki durumda, alacak haczinde ve senede güvenin korunduğu durumda sınırlandırıldığı yönünde: Crome, s. 326. Bydlinski'ye göre (s. 126), devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak hakkının haczedilebilir olmasının ardında yatan gaye yalnızca takip alacaklısının cebri icra menfaatinin korunması değildir. Aynı zamanda, hukuk düzeninin ve hukuk korumasının etkinliğine ilişkin kamu menfaatinin temini de amaçlanmaktadır.

¹⁶³³ Arsebük, s. 1070, dn. 73; Martin, s. 21; von Tuhr/Escher, s. 350. Alman hukukunda da ZPO § 851 II hükmünün amacı bu şekilde tarif edilmektedir: Brütt, s. 70-71; Crome, s. 326; Staudinger/Busche, § 399, N. 68; RGRK/Weber, § 399, N. 5.

¹⁶³⁴ Martin, s. 21.

¹⁶³⁵ Bilge Umar, "İİK m. 120 f. I Gereğince Yapılan Alacak Temlikinin Var Olmayan Alacağa Düşmesi, Bunun Sonuçları", **İzmir Barosu Dergisi**, 1985, Y. 4, S. 1, s. 21-27, s. 21-22; Üstündağ, s. 195, dn. 611; Kuru, s. 222; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 142; Yavaş, s. 195; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 318.

¹⁶³⁶ Umar, s. 21-22; Üstündağ, s. 195, dn. 611; Kuru, s. 222; Yavaş, s. 195.

¹⁶³⁷ Umar, s. 21-22; Üstündağ, s. 195, dn. 611; Yavaş, s. 195.

söz konusu olan hâllerde, alacağın paraya çevrilmesi belirtilen hukuki yollardan birine uyularak yapılabilir. Belirtilen hukuki yollardan herhangi birine başvurulması alacağın intikali sonucu meydana getirir¹⁶³⁸. Bu yüzden, bir alacak hakkının devrinin anlaşma ile yasaklanmış olması, o alacak hakkının açık artırma veya pazarlık yoluyla satılarak paraya çevrilmesine engel oluşturur¹⁶³⁹.

Para alacağının haczi söz konusu olan hâllerde, kanunda düzenlenen paraya çevirme yolları daha çeşitlidir:

Para alacakları bakımından İİK 89 hükmünün¹⁶⁴⁰ veya maaş ve ücret alacaklarının bakımından İİK 355-356 hükümlerinin uygulandığı hâllerde, bir paraya çevirme söz konusu olmamakta, alacak hakkı borçludan, anılan hükümlerde tarif edilen usule uyularak, tahsil edilmektedir¹⁶⁴¹. Devir yasağı anlaşmasının, alacağın borçludan tahsil edilmesine engel oluşturmayacağı açıktır. Çünkü, bu ihtimalde, alacaklı tarafta herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir.

İİK 120 hükmünde, takip alacaklısına, haczedilen para alacağını paraya çevirme amacıyla (takip alacaklısı talep ettiği ve hacze iştirak eden takip alacaklarının tamamı rıza verdiği takdirde) yararlanabileceği İİK 89'a ek başka imkânlar sunulmaktadır¹⁶⁴². İİK 120/I hükmünde tanınan birinci imkân, haczedilen para alacağının ödeme yerine geçmek üzere takip alacaklısına devredilmesidir. Bu yola başvurulması, haczedilen alacağın takip alacaklısına intikali sonucu meydana getirir; takip alacaklısı kendi

¹⁶³⁸ SchKG 122 vd (İİK 112 vd) hükümlerine göre, alacak hakkının açık artırma yoluyla satışı (*Versteigerung*) hâlinde yargısal devir bulunduğunu belirterek aynı doğrultuda: Oser/Schönenberger, Art. 166, N. 3; von Tuhr/Escher, s. 372; Keller/Schöbi, s. 42; von Büren, s. 339; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3554; Bucher, § 31, s. 578; Spirig, Art. 166, N. 60. Cebri artırma hâlinde, alacak geçişi, alacaklının yazılı şekildeki devir beyanına ihtiyaç olmaksızın, ihale sonucu gerçekleşir: von Tuhr/Escher, s. 372.

¹⁶³⁹ SchKG 122 vd (İİK 112 vd) hükümlerine göre, alacak hakkının açık artırma yoluyla satışı (*Versteigerung*) hâlinde bir yargısal geçiş meydana geldiğini ve alacağın devrine engel bulunmasının yargısal geçişlere de engel oluşturacağını belirterek zımnen bu yönde: von Tuhr/Escher, s. 373; Keller/Schöbi, s. 142.

¹⁶⁴⁰ Uygulamada bu hükme göre haczi söz konusu olan para alacaklarına, bankadaki mevduat alacağı, satış bedeli, kira bedeli, kar veya tasfiye payı, ödünç konusu paranın iadesi talebi örnek gösterilmektedir. Bkz. Kuru, s. 176.

¹⁶⁴¹ Üstündağ, s. 244.

¹⁶⁴² Üstündağ, s. 244; Kuru, s. 221; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 232; Yavaş, s. 195-196; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 318. İİK 120 hükmünün uygulama alanı, haczedilen alacakların borsada ve piyasada fiyatı olmayan para alacağı niteliği taşıdığı durumlar ile sınırlıdır.

alacağı oranında borçlunun haklarına halef olur¹⁶⁴³. İİK 120/II hükmünde tanınan ikinci imkân ise takip alacaklısının, haczedilen alacağı tahsil konusunda yetkilendirilmesidir. Öğretide “*haczedilen alacağın tahsil için devri*” adı verilen bu hukuki yola başvurulması hâlinde herhangi bir alacak geçişi meydana gelmez; takip alacaklısı yalnızca takip borçlusunun malvarlığında haczedilen alacağın borçlusuna karşı icra takibi yapma ve dava açma yetkisi (dava takip yetkisi, HMK 53) elde eder¹⁶⁴⁴. Devir yasağı anlaşması, alacağın İİK 120/I hükmüne göre takip alacaklısına ödeme yerine devredilmesine engel oluşturur. Buna karşılık, takip alacaklısına İİK 120/II hükmüne göre alacağı takip yetkisi verilmesine engel teşkil etmez¹⁶⁴⁵.

Aşağıda görüleceği üzere, iflas idaresinin devir yasağı kaydı içeren alacağı borçlunun rızası ile devredebileceği kabul edilmektedir. Aynı görüşün icra organının resmi işlemi ile gerçekleştirilen devirler bakımından da benimsenmesi mümkündür¹⁶⁴⁶.

(3) İflas Organının Resmi İşlemleri Bakımından

İİK 184 hükmüne göre, müflisin haczi mümkün tüm malvarlığı unsurları, iflasın açıldığı anda, o sırada nerede bulundukları önem taşımaksızın bir masa teşkil eder.

¹⁶⁴³ Üstündağ, s. 245; Kuru, s. 222; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 217; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 233; Yavaş, s. 196-197; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 318; Eren, N. 3834. SchKG 131/I hükmüne (İİK 120/I) atıfla aynı doğrultuda: Oser/Schönenberger, Art. 166, N. 3; von Tuhr/Escher, s. 371; Keller/Schöbi, s. 42; von Büren, s. 339; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3554; Bucher, § 31, s. 578. SchKG 131/I hükmünde kanunun “*Anweisung*” ile sözünü ettiği icra dairesinin işlemi ile alacağın geçirilmesidir: von Tuhr/Escher, s. 371.

¹⁶⁴⁴ Kuru, s. 222; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 151; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 234; Yavaş, s. 199-200; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 319. Bu hukuki yolun tercih edilmesi haczedilen alacağın çekişmeli olduğu durumlarda fayda sağlar. Ayrıca, alacağın tahsil için devri sonucu takip alacaklısının sadece takip borçlusunun temsilcisi sıfatına sahip olmadığı, dava takip yetkisinin kanunen devri gerçekleştiği, İİK 120/II’de kanuni dava yetkinliği düzenlendiği yönünde: Yavaş, s. 199.

¹⁶⁴⁵ Alman hukukunda devir yasağı anlaşmasının, haczedilen alacağın ödeme yerine geçmek üzere devrine (İİK 120/I) karşılık gelen “*Überweisung an Zahlungs Statt*” yolunu (ZPO § 835) sınırlandığı, buna karşılık tahsil için devrine (İİK 120/II) karşılık gelen “*Überweisung zur Einziehung*” (ZPO § 851 II) yoluna başvurulmasına engel oluşturmadığı kabul edilmektedir: Ennecerus/Lehmann, s. 314; RGRK/Weber, § 399, N. 5; Hadding/van Look, s. 6; Berger, s. 317 vd. Avusturya hukukunda da, benzer şekilde, devir yasağının haczedilen alacağı dava için takip yetkisi verilmesine engel oluşturmayacağı görüşünde: Ehrenzweig, s. 236; Bydlinski, s. 126. SchKG 131/I (İİK 120/I) hükmünde bir yargısal geçiş hâli düzenlendiğini ve alacağın devrine engel bulunmasının yargısal geçişlere de engel oluşturacağını ayrı ayrı belirterek zımnen aynı yönde: Eren, N. 3834; von Tuhr/Escher, s. 373; Keller/Schöbi, s. 142.

¹⁶⁴⁶ Bkz. s. 409 ve orada dn. 1653.

Devir yasağı anlaşmasının alacağın haczine engel oluşturmadığı yukarıda açıklanmıştır. O hâlde, devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak hakkı da haczi mümkün bir malvarlığı değeri olması dolayısıyla iflas masasının aktifine dâhil olacaktır.

Devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak hakkının, iflas masasına dâhil olacağı tespit edildikten sonra, iflas idaresinin devir yasağı anlaşması ile bağlı olup olmadığının belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Bu konuda iflas idaresinin devir yasağı anlaşması ile bağlı olduğu görüşü yerleşiktir¹⁶⁴⁷. İflas idaresinin devir yasağı anlaşması ile bağlılığı, iflas alacaklıları ile müflisin borçlusu üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasını ilgilendiren bir konudur. Bu konuda, müflisin borçlusu üçüncü kişilerin hukuki durumunun iflasın açılması nedeniyle kötüleşmemesi gerektiği esastan hareket edilmektedir. İflas idaresi, müflisin borçlusu karşısında, kural olarak, müflisin sahip olduğundan daha fazla hakka sahip değildir. Kanun, aksini öngörmediği takdirde, iflas idaresi kural olarak müflisin bağlı olduğu tüm kısıtlamalarla bağlıdır. Borçlu, müflis konumundaki alacaklılarına karşı iflasın açılmasından önce sahip olduğu tüm savunmaları kural olarak iflas idaresi karşısında da muhafaza eder. Borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığı savunması da bunlar arasında değerlendirilmektedir¹⁶⁴⁸. Devir yasağı anlaşmasının iflas alacaklıları arasında eşitliğin gözetilmesi ilkesini zedeleyen herhangi bir yönü ise bulunmamaktadır¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁷ Şener, s. 84; Raape, s. 174; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; BeckOK/Rohe, § 399, N. 20; Staudinger/Busche, § 399, N. 56. Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi'nin bu yöndeki bir kararı için bkz. ZR 113/2014 s. 170, s. 172. İflas idaresinin devir yasağı ile bağlı olması ve bu yolla borçlunun devir yasağına olan menfaatlerinin iflas hâlinde dahi koruması gerektiği düşüncesi, Alman hukukunda, devir yasağı anlaşmasının nispi değil mutlak bir tasarruf yasağına yol açtığı görüşünün hâkim görüş olarak yerleşmesine katkı sağlamıştır. Çünkü, Alman iflas hukukunda, devir yasağı anlaşması ile nispi etkili bir tasarruf yasağı meydana getirildiği kabulü çerçevesinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Bir nispi etkili tasarruf yasağı, tasarrufu yasaklanmış kişinin malvarlığında iflasın açılmasıyla beraber, iflas alacaklılarına karşı geçersiz hâle gelmektedir. Tasarrufu yasaklanmış şey üzerinde, iflas idaresi, iflas masası adına tasarrufta bulunabilmektedir (mülga KO § 13; yürürlükteki InsO § 80). Nispi değil mutlak bir tasarruf yasağı bulunduğu kabul edilerek özellikle bu sonucun önüne geçmek amaçlanmıştır. Bkz. Raape, s. 174. Bu konuda, nispi etkisizlik teorisini benimseyen yazarlar dahi, iflas idaresinin devir yasağı ile bağlı olması gerektiği görüşündedir: Jakobs, s. 156-157; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 23. Bu doğrultudaki Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW 1971, 1750; BGH, NJW 1997, 3434.

¹⁶⁴⁸ Blaum, s. 122-123, s. 126.

¹⁶⁴⁹ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 23.

Devir yasağı anlaşması ile bağılılığı sonucu, iflas idaresinin alacak hakkından yararlanma yetkisi alacağı takip yetkisi (İİK 229) ile sınırlıdır¹⁶⁵⁰. İflas idaresinin sahip olduğu bu yetki sayesinde iflas masasının ve iflas alacaklılarının menfaatleri yeterli ölçüde korunmaktadır¹⁶⁵¹. Devri anlaşma ile engellenmiş bir alacaktan takip dışında başka bir yararlanma olanağının bulunmaması, o alacağın iflas masası için malvarlığı değeri taşımadığı anlamına gelmemektedir¹⁶⁵². Diğer yandan, borçlunun iflas idaresinin yapacağı devir işlemine rıza verebileceği ve bu yolla devri anlaşma ile yasaklanmış alacak haklarından devir yoluyla yararlanılmasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵³.

İflasta çekişmeli alacakların takibi bakımından özel bir düzenleme mevcuttur. Çekişmeli bir alacak için icra takibi yapma veya dava açma yetkisi kural olarak iflas idaresine ait olmasına rağmen, ikinci alacaklılar toplantısının kararı ile bu yetki isteyen iflas alacaklısına (veya alacaklılarına) tanınabilmektedir (İİK 245)¹⁶⁵⁴. İİK 245 hükmünde “*takip hakkının devri*”nden söz edilse de, bu hâlde çekişmeli alacak hakkı iflas alacaklısına intikal etmemekte, ona yalnızca alacağı takip yetkisi tanınmaktadır¹⁶⁵⁵. Devir yasağı anlaşması, İİK 120/II hükmünde düzenlenen durumda olduğu gibi¹⁶⁵⁶, alacağı takip yetkisi tanınmasına engel oluşturmayacaktır.

¹⁶⁵⁰ Raape, s. 174; Jakobs, s. 156-157; Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 23; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Blaum, s. 124. Eğer bir devir kısıtlaması mevcutsa, iflas idaresinin o kısıtlamaya uygun olarak yaptığı devir geçerli olur: Blaum, s. 125.

¹⁶⁵¹ Canaris, **Abtretungsverbot**, s. 23; Jakobs, s. 156.

¹⁶⁵² Blaum, s. 125.

¹⁶⁵³ Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi’nin bu yöndeki bir kararı için bkz. ZR 113/2014 s. 170, s. 172.

¹⁶⁵⁴ İkinci alacaklılar toplantısı, masanın aktifine ait bir çekişmeli alacaktan feragat edilmesine karar verebilir; ancak bu kararı kabul etmeyen alacaklının (veya alacaklıların) bu çekişmeli alacağı takip yetkisinin kendisine devredilmesini talep etmesi mümkündür. Bu hâlde, çekişmeli alacağı takip yetkisi, ikinci alacaklılar toplantısının kararı ile o alacaklıya (veya alacaklılara) devredilmektedir: Kuru, s. 466.

¹⁶⁵⁵ Feyzioğlu, s. 624; Kuru, s. 466. SchKG 260 (İİK 245) hükmü uygulanan hâlde bir alacak devri meydana gelmeyeceği görüşü İsviçre öğretisinde de ifade edilmektedir: BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 4; Spirig, Art 166, N. 62. Bununla birlikte, maddenin lafzında “*alacağın devri*” anlamına gelen “*Abtretung*” tabirinin kullanılmış olmasından hareketle, bir yargısal devir gerçekleştiği düşüncesi de mevcuttur. Bu yönde: von Tuhr/Escher, s. 372; Bucher, § 31, s. 578; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3554; von Büren, s. 339. von Tuhr/Escher (s. 372), hükmü lafzına uygun olarak alacak geçişi meydana geldiği şeklinde yorumlamakta herhangi bir engel bulunmadığını, ancak İsviçre hukuku yerleşik pratiğinde, SchKG 260 hükmündeki “*Abtretung*” tabirinin, SchKG 131/II (İİK 120/II) hükmü açısından olduğu gibi, bir dava takip yetkisi (*Prozessvollmacht*) tanınması olarak anlaşıldığını ifade etmektedir.

¹⁶⁵⁶ Bkz. s. 405 vd.

3. Yasal Alacak İntikalleri Üzerindeki Etkisi

a. Prensip

Kanun gereği gerçekleşen alacak intikallerine, özel bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği görüşü¹⁶⁵⁷ doğrultusunda, öğretide, yalnızca BK 183/I hükmüne göre devri mümkün sayılan alacakların kanun gereği intikal edebileceği bir genelleme tarzında ifade edilmektedir¹⁶⁵⁸. Bu genellemeyle beraber, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmiş olmasının prensip olarak kanun gereği intikaline de engel oluşturacağı görüşü özellikle vurgulanabilmektedir¹⁶⁵⁹. Bu görüşe göre, bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olması hâlinde, alacağın devri için aranan geçerlilik koşullarından biri olan, alacağın devredilebilir bir hak olması koşulu eksiktir. Kanunun alacağın intikalini öngören hükmü sadece alacağın devri konusundaki sözleşmenin yerine geçmektedir; alacağın devredilebilir olması şeklindeki geçerlilik koşuluna ilişkin eksiklik ise telafi edilmiş değildir. Bu gerekçe ile bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olmasının o alacağın kanun gereği intikaline de engel oluşturacağı kabul edilmektedir¹⁶⁶⁰. Bu görüşe göre, tarafların sadece alacağın devrinin engellenmesi

¹⁶⁵⁷ Bkz. s. 400.

¹⁶⁵⁸ Oser/Schönenberger, Art. 110, N. 8; von Tuhr/Escher, s. 373; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 166, N. 5. BK 509/I (OR 401/I) hükmündeki yasal intikal hâli bakımından bu görüşte: Fellmann, Art. 401, N. 16; **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Art. 319-529 OR**, (hrsg.) C. Huguenin, M. Müller-Chen, 3. Auflage, Zürich 2016 = CHK-Gehrer Cordy/Giger, OR Art. 401, s. 507. Devir yasağı anlaşmasının halefiyete de engel oluşturacağı fikrinde: Kadir Berk Kapancı, **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul 2015, s. 352, dn. 1558.

¹⁶⁵⁹ Alman hukukunda alacağın devri hükümlerinin kanuna dayanan alacak geçişleri bakımından kıyasen uygulanacağı BGB § 412 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bu hükmün göndermesi uyarınca, BGB § 399 hükmü kanuna dayanan alacak geçişleri bakımından da uygulanmakta; bu hüküm gereği, devir yasağı anlaşmasının kural olarak kanuna dayanan alacak geçişini önleyeceği kabul edilmektedir: Wünschmann, s. 216; Planck/Siber, § 399, N. 4; RGRK/Weber, § 399, N. 3, N. 43; Staudinger/Busche, § 399, N. 75; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 54; Blaurock, s. 333; Hadding/van Look, s. 15; Gerhard Oefner, **Abtretungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Dissertation, Frankfurt am Main 1987, s. 98; Blaum, s. 55. Avusturya hukuku bakımından aynı doğrultuda: Bydlinski, s. 125. Ancak bu görüş tarafından da kefalet taahhüdü verilmesi veya rehin tesis edilmesinden sonra devir yasağı kararlaştırılması ihtimallerine karşı (bu ihtimallerde halefiyetin gerçekleşemeyeceği düşüncesi doğrultusunda) kefilin ve rehin verenin kanun tarafından korunmamış olmaları eleştirilmiştir. Bkz. Wünschmann, s. 216.

¹⁶⁶⁰ Blaum, s. 55.

konusunda anlaşmaları kanun gereği intikali önlemeye yeter; kanun gereği intikalin engellenmesi konusunda özel olarak anlaşmalarına gerek yoktur¹⁶⁶¹.

Yukarıdaki paragrafta açıklanan, bir alacak için devir yasağı kararlaştırılması-
nın prensip olarak o alacağın kanun gereği intikalini de önleyeceği görüşü, temelde,
devir yasağı anlaşmasının alacak hakkını niteliği gereği devri mümkün olmayan bir
hakka dönüştüreceği ön kabulüne¹⁶⁶² dayanmaktadır. Böyle bir ön kabulden hareket
edilince, devredilebilirlik önkoşulu aranan alacak geçişi türlerinden hiçbirinin gerçek-
leştirilemeyeceği sonucuna varıldığı saptanmaktadır¹⁶⁶³. Hâlbuki, bu çalışmada üstün
tutulan görüşe göre, devir yasağı kararlaştırılması sonucu alacak hakkı doğası gereği
sahip olduğu devredilebilirlik özelliğini kaybetmemekte¹⁶⁶⁴; alacağın devri sözleşme-
sinin geçerliliği borçlunun rıza vermesi şartına bağlanmış olmaktadır¹⁶⁶⁵. Bu açıdan,
devri sözleşme ile engellenmiş bir alacak hakkının kanun gereği intikaline doğasından
ileri gelen herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁶⁶⁶. Ayrıca, devir yasağı kararlaştırıl-
mış olmasının alacağın kanun gereği intikaline engel oluşturacağı şeklindeki bir pren-
sibe her durumda bağlı kalınması adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir¹⁶⁶⁷. Bu-
nun yerine, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceğini öngören BK 183/I
hükmü ile alacağın intikalini öngören ilgili kanun hükmü arasındaki çatışmanın nasıl
giderilebileceği sorununa odaklanılmalıdır. Bu sorunun çözümü açısından şu değer-
lendirme şekline bağlı kalınması isabetli gözükmemektedir: Devir yasağı anlaşmasına
mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün ardındaki borçluyu koruma amacı ile alacağın

¹⁶⁶¹ Blaum, s. 55. Genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan bir devir yasağının kural olarak yasal intikale engel oluşturacağı görüşünde: Oefner, s. 98.

¹⁶⁶² Nitelik teorisine ait bu açıklama tarzı hakkında bkz. s. 272 vd.

¹⁶⁶³ Açıkça bu doğrultuda: Oefner, s. 98. Koziol'e göre (s. 119) BGB § 399 f. 2 hükmü, borçlunun menfaatlerini kamunun alacağın devri özgürlüğüne olan menfaatlerine üstün kılarak, sözleşme ile alacak hakkının işlem hayatından çekilmesine izin vermektedir. Kanun koyucunun bu temel değer takdiri, devir yasağı anlaşmasını yasal intikal engel olup olmayacağının değerlendirilmesinde de belirleyici olmalıdır.

¹⁶⁶⁴ Bkz. s. 306 vd.

¹⁶⁶⁵ Bkz. s. 316 vd.

¹⁶⁶⁶ Berger, s. 325.

¹⁶⁶⁷ Örnek olarak, kefilin halefiyete dayanan rücu talebinin kefalet ile teminat altına alınan alacağın alacaklısı ve borçlusu arasında devir yasağı kararlaştırılarak engellenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bkz. s. 425 vd.

intikalini öngören ilgili kanun hükmünün koruma amacı arasında karşılaştırma yapılmalı ve hangi koruma amacının üstün olduğu belirlenmelidir¹⁶⁶⁸. Bu değerlendirme şekli, kanun gereği gerçekleşen alacak intikallerinde, özel bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği şeklindeki genel kabul¹⁶⁶⁹ ile tutarlılık içindedir. Bu genel kabul doğrultusunda, alacağın intikalini öngörülen her bir hükmün amacı yönünden özel bir değerlendirme yapılması ve devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirme yapılırken, alacağın intikalini öngören kanun hükümlerinin bazı hâllerde kamu menfaatini, bazı hâllerde ise özel bir menfaati koruma amacına yönelik olduğuna dikkat edilmelidir. Kamu menfaatini koruma amacına yönelik olduğu hâllerde, hükmün aksinin alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir devir yasağı ile kararlaştırılamayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁶⁷⁰. Özel bir menfaati korumaya yönelik olduğu hâller bakımından ise -örneğin özel bir menfaati temine yarayan bir rücu hakkını güçlendirmek için halefiyet öngörülen hâller bakımından- genel bir esas belirlenememekte, her bir yasal intikal hâli açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekli görülmektedir¹⁶⁷¹.

Öğretide bir görüş, üçüncü kişinin alacağı kanun gereği devralmaktaki somut menfaati ile borçlunun devir yasağına olan somut menfaatleri üzerinden bir karşılaştırma yapılmasını önermektedir¹⁶⁷². Bu yönetime bağlı kalınması hâlinde -örneğin kefilin halefiyeti bakımından- şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Devir yasağının borçlunun çifte ödeme riskinin bertaraf edilmesine olan menfaatini korumak için kararlaştırıldığı

¹⁶⁶⁸ Blaum, s. 58; Berger, s. 325. Benzer şekilde, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir devir yasağı anlaşması ile kanuna dayanan alacak geçişinin önlenemesinin mümkün olup olmadığı sorunun çözümünde alacak geçişi öngören hükmün koruma amacının belirleyici olacağı belirtilmiştir: RGRK/Weber, § 399, N. 43; Staudinger/Busche, § 399, N. 75; Soergel/Schreiber, § 412, N. 3. Koziol (Avusturya hukukunda devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratabileceği görüşü kabul edildiği takdirde) bir alacak hakkını devir sözleşmesi ile devralanın durumu ile kanun gereği devralanın durumu arasında karşılaştırılması yapılması ve alacağı kanun gereği devralanın sözleşme gereği devralana göre daha fazla korunmasının haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. Bkz. Koziol, s. 119.

¹⁶⁶⁹ Bkz. s. 400 vd.

¹⁶⁷⁰ RGRK/Weber, § 399, N. 43; Erman/Westermann, § 399, N. 4; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 54; Blaum, s. 58; Berger, s. 326.

¹⁶⁷¹ Bu yöntemi benimseyen yazarlar için bkz. Blaum, s. 56; Berger, s. 326; Schuln/Vogt, s. 621-622.

¹⁶⁷² Blaum, s. 56-58.

bir somut olayda alacaklıya ödemede bulunan kefilin menfaati muhtemelen daha üstün takdir edilecek ve kefilin alacağı halefiyet yoluyla devralacağı kabul edilecektir; devir yasağının borçlunun gelecekteki takas hakkını korumak için kararlaştırıldığı bir somut olay bakımından ise, belki, borçlunun menfaatinin daha üstün olduğu ve devir engelinin kefilin halefiyetine engel oluşturacağı yargısına varılabilecektir. Böyle bir yöneme bağlı kalınması, borçlu ile üçüncü kişinin somut olaydaki menfaatlerinin kanunun amacı seviyesine yükseltilmesi anlamına gelmektedir ki, bu, hukuk güvenliğini sarsacağı için kabul edilebilir değildir. Karşılaştırma yapılırken, alacağın intikalini öngören kanun hükmünün koruma amacı ile devrin anlaşma ile engellenebileceğini öngören BK 183/I hükmünün borçluyu koruma amacı objektif bir tarzda göz önünde tutulmalı, ilgililerin yasal intikal hükmüne veya BK 183/I hükmüne dayanmaktaki somut menfaatleri dikkate alınmamalıdır¹⁶⁷³.

Öğretide, kanuna dayanan alacak geçişinin anlaşma ile önüne geçilebilmesi ihtimalinde ortaya çıkan menfaat durumunun, alacağın devrinin anlaşma ile engellenmesi ile ortaya çıkan menfaat durumundan farklı olabileceğine dikkat çekilmektedir. Çünkü, kanuna dayanan alacak intikali, sadece borçlunun değil aynı zamanda alacaklının da durumuna etki eden bir değişikliğe yol açmaktadır. Alacağın devri özgürlüğünün bir devir yasağı kararlaştırılarak sınırlandırılmasında alacaklının herhangi bir menfaati bulunmazken, kanuna dayanan alacak intikalinin engellenmesi alacaklının da menfaatine olabilmektedir. Alacaklı, alacağı kanun gereği devralması muhtemel üçüncü kişi karşısındaki kendi hukuki durumunu iyileştirmek amacıyla borçlusu ile bir devir yasağı anlaşması yapmayı ve alacak hakkının kanun gereği geçişini önlemeyi isteyebilmektedir¹⁶⁷⁴. Belirtelim ki, somut bir olayda devir yasağının bu amaçla kararlaştırılmış olduğunun belirlenmesi, alacağın devrinin anlaşma ile engellenebileceğini öngören BK 183/I hükmü ile alacağın intikalini öngören ilgili kanun hükmünün ardında yatan koruma amaçlarından hangisinin diğerine üstün olduğunun tespiti bakımından herhangi değer taşımaz. Devir yasağı kararlaştırılmasına izin veren BK 183/I

¹⁶⁷³ Nitekim, öğretide Berger (s. 326-328) ve Schulin/Vogt (s. 621-622) tarafından izlenen karşılaştırma yöntemi de bu doğrultudadır. Blaum'dan (s. 56-58) farklı olarak yazarlar ilgililerin somut menfaatlerini dikkate almamakta, kanunun objektif amacına odaklanmaktadır.

¹⁶⁷⁴ Berger, s. 325. Devir yasağı anlaşması, pek çok defa vurgulandığı gibi, münhasıran borçluyu koruyucu nitelikte bir anlaşmadır. Bununla birlikte, devir yasağı anlaşması -anlaşmanın münhasıran borçluyu koruyucu olan niteliğinde herhangi bir değişiklik meydana getirilmeksizin- alacaklının menfaatine olarak da kararlaştırılabilmektedir. Bu konuda bkz. s. 150 vd.

hükmü her zaman borçluyu koruma amacıyla birlikte göz önünde tutulur¹⁶⁷⁵. Devir yasağının, somut bir olayda, alacaklının halefiyet sonucunun meydana gelmesini önlemekteki menfaatini koruma amacıyla kararlaştırılmış olması bu konuda bir farklılık yaratmaz¹⁶⁷⁶. Yukarıdaki paragrafta açıklandığı gibi, alacaklı ile borçlunun devir yasağı anlaşmasıyla hangi somut menfaatleri korumayı amaçladığı söz konusu kanun hükümlerinin koruma amacına ilişkin karşılaştırma sırasında dikkate alınmayacaktır.

Alacağın devrinin anlaşma ile engellenebileceğini öngören BK 183/I hükmünün borçluyu koruma amacı ile bağlantılı olarak ayrıca şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Devir yasağı anlaşmasının yasal intikale engel oluşturacağı belirlenen somut bir ihtimalde (örnek olarak TK 1472/I ve TK 1481/I hükümleri gereği gerçekleşen sigortacının halefiyeti hâllerinde), borçlu, dilediği takdirde, alacağın kanun gereği devraldığını gerekçe göstererek kendisine karşı takibe geçen üçüncü kişiye karşı, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını ileri sürmeyebilir ve sahip olduğu hukuki korumadan feragatte bulunabilir. Buna karşılık, alacaklı, devir yasağının kendisi menfaatine kararlaştırıldığını ileri sürerek yasal intikali önleme imkânına sahip değildir.

Yasal intikalin bir devir yasağı anlaşması ile önlenebileceği tespit edilen hâllerde¹⁶⁷⁷ ikinci bir denetime daha başvurulmalıdır: Devir yasağı kararlaştıran alacaklı ile borçlunun ortak iradesinin sadece sözleşmeye dayanan devirlerin engellenmesi yönünde mi olduğu, yoksa kanuna dayanan intikallerin önlenmesi amacını da mı içerdiği, devir yasağı anlaşmasının yorumu yoluyla belirlenmelidir¹⁶⁷⁸. Bu konuda, şüphe hâlinde, tarafların ortak iradesinin halefiyetin de engellenmesi yönünde olduğunun kabul edilmesi isabetlidir¹⁶⁷⁹. Bununla birlikte, alacaklı ile borçlunun açıkça veya örtülü olarak devir yasağının alacağın kanun gereği intikaline engel oluşturmayacağı konu-

¹⁶⁷⁵ Bu konuda bkz. s. 136 vd. Devredenin halefiyeti önlemek için devir yasağı anlaşmasına aykırılığa dayanamayacağı görüşünde: Becker, Art. 164, N. 44.

¹⁶⁷⁶ Blaum, yukarıda s. 412’de ve orada dn. 1672’te açıklanan görüşü çerçevesinde, menfaat durumunun değerlendirilmesi sırasında alacaklının durumunun dikkate alınmasının hatalı olacağını belirtir. Bkz. Blaum, s. 56.

¹⁶⁷⁷ Örnek olarak bkz. s. 426 vd.

¹⁶⁷⁸ Somut olaya ilişkin menfaatler durumu dikkate alınarak, devir yasağının yasal intikal hâllerini kapsamayacağı konusunda alacaklı ile borçlunun örtülü olarak anlaştığı yorumu yapılması mümkündür: Blaum, s. 56. Farklı olarak, devir yasağının yasal intikali kapsamadığı konusundaki anlaşmanın sözleşmede açıkça belirtilmesi gerektiği, aksi takdirde yasal intikalin gerçekleşeceği görüşünde: Oefner, s. 98.

¹⁶⁷⁹ Bu doğrultuda olarak bkz. s. 410’te dn. 1661’e bağlı metin.

sunda anlaşmış olduğu belirlenebilen bir ihtimalde, BK 183/I ile intikali öngören hüküm arasında bir çatışma ortaya çıkmayacaktır. Bu ihtimalde, alacak hakkı, kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi üzerine, üçüncü kişiye intikal edebilecektir.

Açıklığa kavuşturulması gerekli başka bir mesele, alacağı kanun gereği devralanın devir yasağı ile bağlı olup olmayacağı konusundadır. İsviçre öğretisinde, alacağın kanun gereği geçişi için devir yasağının kaldırılması yönünde bir sözleşme yapılmasını gerekli gören; bu doğrultuda, alacağı kanun gereği devralan kişinin devir yasağı ile bağlı olmayacağı tespitine varan bir görüş mevcuttur. Bu görüş, BK 127/I b. 2 (OR 110/I-2) hükmündeki halefiyet hâli bakımından, borçlunun alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağını bildirmesini, aynı zamanda alacaklıya yöneltilmiş, devir yasağının kaldırılmasına yönelik bir icap olarak yorumlamaktadır. Alacaklının kendisine yöneltilen ifa teklifini geri çevirmemesini borçlunun icabına ilişkin bir örtülü kabul olarak anlamlandırmaktadır. Bu çerçevede, halefiyetin gerçekleşeceği sonucuna ulaşmaktadır¹⁶⁸⁰. Bu yaklaşım tarzı, alacak geçişinin ancak devir yasağı tamamen kaldırılarak mümkün olabileceği şeklindeki, nitelik teorisine bağlı bir ön kabulün sonucudur¹⁶⁸¹. Bu çalışmada benimsenen katılma teorisi çerçevesinde, alacak hakkının devralana devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak geçmesine doğasından kaynaklanan bir engel bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır¹⁶⁸². Devir yasağına rağmen alacak geçişi meydana gelip gelmeyeceği; sadece, yukarıda tarif edilen şekilde, intikal öngören hükmün koruma amacı ile BK 183/I hükmünün koruma amacı arasında karşılaştırma yapılarak belirlenecektir. Bu değerlendirme sırasında, ayrıca, intikal öngören hükümde, devir yasağının sözleşme ile kaldırıldığı yorumuna varılabilecek bir hukuki yapı düzenlenmiş olup olmadığını araştırmaya yer yoktur. Bu konuda, ayrıca vurgulanmalıdır ki, alacağın intikalini öngören ve koruma amacı dolayısıyla üstün tutulan kanun hükmü, alacak hakkı üzerinde devreden sahip olmadığı bir yetkiyi -alacağı devir yetkisini- devralanın kazanmasına dayanak oluşturamaz. Aşağıdaki örnekler incelendiğinde görülecektir ki, intikal öngörülen hükümlerin önemli bir kısmında, devir yasağı

¹⁶⁸⁰ Schulin/Vogt, s. 621.

¹⁶⁸¹ Bkz. s. 272.

¹⁶⁸² Bkz. s. 316 vd.

bulunması, alacağın intikalini önleyememektedir. Bu hâllerde, alacak hakkı devir yasağı ile yüklü olarak intikal etmektedir. Alacak hakkı kanun gereği kendisine intikal eden kişi devir yasağı ile bağlı olmaktadır¹⁶⁸³.

b. Halefîyet Hâllerindeki Özellikleri

(1) Genel Olarak

Alacağın kanun gereği intikali olgusu ile en yaygın ölçüde halefîyet hâllerinde karşılaşılmaktadır. Üçüncü bir kişinin başkasına ait bir borcu veya (kefalet veya sigortada olduğu gibi) kendi borcunu ifa ederek alacaklıyı tatmin etmesi sonucu meydana gelen halefîyet hâlleri, alacağın kanun gereği geçişi söz konusu olan hâller içinde bir alt grubu ifade etmektedir¹⁶⁸⁴.

Yukarıda açıkladığımız şekilde, borçluyu koruma amacıyla bir devir yasağı kararlaştırılarak halefîyetin önüne geçilip geçilemeyeceği sorunun her bir halefîyet hükmünün koruma amacı göz önünde tutularak özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme açısından, halefîyet hâllerinde ortaya çıkan iki özellik tek başına önem taşımamaktadır:

Birincisi, halefîyetin, üçüncü bir kişinin başkasına ait bir borcu veya kendi borcunu ifa ederek alacaklıyı tatmin etmesi sonucu meydana gelmesi ile bağlantılı yönüdür. Böyle hâllerde, borçlunun asli menfaatinin -alacağın geçişinin engellenmesi değil- alacaklının tatmin edilmesi yönünde olduğu ve üçüncü kişinin ifası ile bu asli menfaatin gerçekleştiği gerekçe gösterilerek devir engelinin halefîyeti engelleyeceği tespiti¹⁶⁸⁵ yapılamaz. Çünkü, halefîyet hâllerinde, üçüncü kişinin ifası alacaklının tatminini sağlasa da borcu sona erdirmemekte, borcun alacaklısını değiştirmektedir. Her ne kadar borçlu borcunu eski alacaklıya yükümlü olmaktan kurtulsa bile, yasal intikal sonucu aynı borcu yeni alacaklıya karşı ifa ile yükümlü olmaya devam etmektedir. Bu

¹⁶⁸³ Bkz. s. 423 ve s. 426.

¹⁶⁸⁴ Örnek olarak, vekâlet verenin vekile olan borçlarının tamamını ifa edince, vekilin kendi adına fakat vekâlet veren hesabına elde ettiği alacakların kendiliğinden vekâlet verene geçeceği düzenlenen BK 509/I hükmünde, halefîyet değil, yasal intikal hâli öngörülmektedir. Bu hâlde, vekâlet veren, başkasına ait borcu değil, vekâlet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmektedir. Ayrıca, vekilin üçüncü kişi karşısındaki alacaklı sıfatı dikkate alındığında, vekâlet verenin ifasının alacaklının tatminini etkisi yaratmadığı tespit edilmektedir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, **Kanuni Halefîyet**, s. 90.

¹⁶⁸⁵ Genel halefîyetin kural olarak yalnızca devredilebilir haklar bakımından mümkün olacağı; buna karşılık, alacaklının üçüncü kişinin ifası ile tatmin olduğu bir durumda artık devir yasağının halefîyete engel oluşturmayacağı görüşünde: Becker, Art. 164, N. 42.

açından, halefiyet hâlleri, borçlunun alacağın devrini anlaşıma ile engellemekteki menfaatini de ilgilendirmektedir¹⁶⁸⁶.

İkincisi, halefiyetin, kural olarak, üçüncü kişinin borçlu ile arasındaki iç ilişkiden doğan (özel) rücu talebini güçlendirmek amacıyla düzenlenmekte oluşu ile ilişkilidir. Belirtelim ki, bir halefiyet hükmünün, iç ilişkiden doğan rücu talebini güçlendirmek için öngörülmüş olduğunun belirlenmesi, tek başına, halefiyet öngören hükmün koruma amacının üstün tutulması için yeterli değildir¹⁶⁸⁷.

(2) Halefiyet Hâllerinde Alacak Geçiş Meydana Gelip Gelmediği Sorunu ile İlişkisi

Türk hukuku öğretisinde, halefiyet hâllerinde her zaman bir alacak intikali meydana gelip gelmediği konusu tartışmalıdır:

Bir görüşe göre, alacak hakkının kanun gereği intikali yalnızca kanunda doğrudan doğruya halefiyet sonucu öngörülen hâllerde meydana gelir. “*Salt halefiyet hâlleri*” olarak isimlendirilen bu hâllere BK 127 (eBK 109) hükmünde başkasının borcunu ifa eden üçüncü kişi lehine ve TK 1472/I (eTK 1301) ve TK 1481/I (eTK 1361) hükümlerinde sigortacı lehine tanınan halefiyet hâlleri örnek verilmekte; bu hâllerde alacaklıya ait olan hakkın borcu ifa eden kişiye olduğu gibi intikal edeceği kabul edilmektedir¹⁶⁸⁸. Kanunda halefiyet sonucunun meydana gelmesinin bir rücu hakkının doğması şartına bağlandığı hâllerde ise, bu görüşe göre, herhangi bir alacak intikali olmamaktadır. “*Temelde bir rücu hakkının varlığını gerektiren halefiyet hâlleri*” olarak isimlendirilen bu hâllere BK 168/I (eBK 147/I), BK 85/III (eBK 69/c. 3), BK 596/I (eBK 496) hükümlerinde düzenlenen halefiyet hâlleri örnek verilmektedir. Bu hâllerde, alacaklının sahip olduğu alacak hakkının borcu ifa eden kişiye intikal etmeyeceği, onun şahsında bağımsız bir rücu hakkı doğacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucu belirtilen hâllerde “*halefiyet*”ten söz ederken, rücu hakkı sahibini salt halefiyet hâllerinde olduğu gibi korumayı, özellikle alacaklının alacağı lehine ve-

¹⁶⁸⁶ Blaum, s. 57.

¹⁶⁸⁷ Blaum, s. 59.

¹⁶⁸⁸ Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 14. Sadece BK 127 bakımından bu yönde: Oğuzman/Öz, C. I, N. 825.

rilmiş teminatların rücu hakkı için de teminat oluşturmalarını sağlamayı amaçlamaktadır¹⁶⁸⁹. Bu görüş tarafından, halefiyet hâllerinin tamamını kapsayacak şekilde, halef sıfatıyla rücu hakkının başka rücu sebepleri ile yarışabileceği de belirtilmektedir. Örneğin, kefil asıl borçluya, alacaklının haklarına halef olarak rücu edebileceği gibi, kendi aralarındaki ilişkiye göre de rücu edebilecektir. Benzer şekilde, borçlunun borcunu alacaklıya ifa ederek maliki olduğu eşyayı rehinden kurtaran ve BK 127/I b. 1 hükmüne göre alacaklıya halef olan üçüncü kişinin, borçluya onunla arasındaki iç ilişkiye göre de rücu edebileceği ifade edilmektedir¹⁶⁹⁰.

İkinci bir görüşe göre, halefiyet hâlleri her zaman temelde bir rücu hakkına dayanmaktadır. Duruma göre bir sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya bir vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilen bu rücu hakkı, ifada bulunan kimseye alacaklıdan intikal eden bir hak değil, bağımsız bir haktır. Kanun koyucu bazı hâllerde borcu ifa eden kimse hâlihazırda bir rücu hakkına sahip olduğu hâlde, ona ek olarak alacaklıya halef olma hakkı tanımakta ve rücu hakkını güçlendirmektedir. Halefiyet gereği, ifa edilen borca ilişkin alacak hakkı, ona bağlı teminat haklarıyla birlikte ifada bulunan kimseye geçmektedir. Böylece ifada bulunan kimsenin, rücu hakkına ek olarak, ifa ettiği borç için gösterilmiş teminatlardan yararlanabilmesi de mümkün olmaktadır¹⁶⁹¹. Bu görüşe göre, rücu hakkının bu şekilde halefiyet ile güçlendirildiği hâllerde, birincisi bağımsız rücu hakkı, diğeri ise -halefiyet gereği- ifayla birlikte ifada bulunan kimseye intikal eden alacak hakkı olmak üzere birbiriyle yarışan iki alacak hakkı söz konusu olmaktadır. İfade bulunan kimse dilerse rücu hakkına dilerse halefiyet yoluyla kendisine intikal eden alacağa dayanabilmektedir¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁹ Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 14-15, s. 18; Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 825. “*Halefiyet ister temelde bir rücu hakkına dayansın, ister dayanmasın daima asıl borçluya rücu sonucunu doğurur. Birinci halde bu rücu halefiyetin bir şartı, ikinci halde ise bir sonucudur*”: Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 16, dn. 42. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1431.

¹⁶⁹⁰ Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 17.

¹⁶⁹¹ Halûk N. Nomer, “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, **İÜHF**, 1997, C. LV, s. 243-260, s. 248-249. Halefiyetin gerçekleşmesi üzerine alacağın üçüncü kişiye intikal edeceği ve bütün unsurlarıyla varlık ve niteliğini devam ettireceği görüşünde (tüm halefiyet hâllerini kapsamına alan bir ifade ile): Eren, N. 2888.

¹⁶⁹² Nomer, **Halefiyet**, s. 250. Oğuzman/Öz, BK 62/II hükmü bakımından yukarıda (Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 825) belirtilenden farklı bir görüş açıklamakta, iç ilişkideki payından fazla ödemedede bulunan failin, fazla ödemesi oranında hem diğer sorumlularla rücu hakkına sahip olduğunu hem de mağdurun alacak hakkını devralmış sayılacağını ve yeni alacaklı sıfatıyla diğer sorumlulara başvurabi-

Üçüncü bir görüşe göre, halefîyet hâllerinin tamamında, alacak hakkı -konusu ne olursa olsun- alacaklıya halef olan kişiye aynı değerdeki para alacağına dönüşerek intikal etmektedir. Yani, halefîyet sonucu, sadece alacak hakkının alacaklısı değil aynı zamanda niteliği de değişmektedir. Halef olan kişi, alacaklının sahip olduğu alacağın değerine karşılık gelen miktarda paranın ödenmesini borçludan isteyebilecektir¹⁶⁹³. Borçlu ile halef olan üçüncü kişi arasındaki iç ilişkiden doğan rücu hakkının güçlendirilmesi için böyle bir dönüşme varsayımından yararlanılması gerekli görülmektedir¹⁶⁹⁴. Bu görüş de halef olan kişinin dilerse halefîyete dayanan (genel) rücu talebine, dilerse iç ilişkiden doğan (özel) rücu talebine dayanabileceğini, bu iki rücu talebinin birbiriyle yarışacağını kabul etmektedir¹⁶⁹⁵.

Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu, alacağın -gerek aynen gerekse bir para alacağına dönüşerek- halef olan kişiye intikal edeceğini kabul eden ikinci ve üçüncü görüşlere bağlı kalınması durumunda ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşe bağlı kalınması hâlinde -herhangi bir alacak intikali meydana gelmediği ileri sürülen BK 168/I, BK 85/III, BK 596/I hükümlerindeki halefîyet hâllerinde- halefîyete dayanan rücu hakkının kullanılabilmesi için devir yasağı kararlaştırılmış olup olmaması hiçbir

leceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, belirtilen iki hak birbiriyle yarışır ve birinin ileri sürülecek başarıya ulaştığı oranda diğeri de sona ermiş sayılır. Bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 863. Kefalet bakımından da Elçin Grassinger (s. 398-399, s. 402), kefilin alacaklıya ifada bulunmasıyla birlikte asıl alacağın kanun gereği kefile geçeceğini ve kefilin bağımsız nitelikteki rücu hakkının kapsamına dâhil olacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, kefil, asıl borçludan henüz sona ermemiş asıl borcun ifasını, şahsına tanınmış rücu hakkı ile talep edecektir. Bkz. Gülçin Elçin Grassinger, “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, *İÜHF*, 1996, C. LV, S. 1-2, s. 389-412.

¹⁶⁹³ Tüm halefîyet hâlleri bakımından bu görüşte: Kapancı, s. 442-443. Kefalet bakımından bu görüşte: Seza Reisoğlu, “Kefilin Rücu ile İlgili Meseleler”, *BATİDER*, 1962, C. 1, S. 4, s. 465-509, s. 492; Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2013, s. 269; Özen, s. 481. Reisoğlu (Rücu, s. 492), rücu talebinin tazminat niteliğinde yeni bir alacak hakkına dönüştüğünü belirtmektedir. Kapancı (s. 443-444), asıl alacağın para alacağına dönüşmesi sonucu, teminat amacıyla alacak devrine benzer bir durum ortaya çıktığını, teminat amacıyla yapılan alacak devrinde de aslolanın devir konusu alacağın paraya çevrilmesi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar iç ilişkiden doğan rücu talebinin halefîyet ile intikal eden haktan istifade ölçüsünü sınırlandırıcı etkisi (bu etki hakkında bkz. Kapancı, s. 371) ile de bağlantı kurmaktadır.

¹⁶⁹⁴ Kapancı, s. 443. Reisoğlu’na (Rücu, s. 492) göre, asıl alacağın aynen talep edebilmesi kefil ile asıl borçlu arasında bu yönde bir anlaşma mevcut olduğu takdirde mümkün olabilir. Ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 269. Özen’e göre (s. 481) kefaletteki halefîyetin temel amacı kefilin malvarlığındaki olumsuz etkinin denkleştirilmesidir. Bu nedenle, asıl borcun konusu edimin aynen ifasının kefilin menfaatine uygun olup olmadığı araştırılmalı, kefilin menfaatine aykırı düşeceği belirlenen hâllerde -ki yazara göre olağan durum budur- asıl alacağın konusu edimin değerine denk parasal bir talepte bulunabileceği kabul edilmelidir.

¹⁶⁹⁵ Tüm halefîyet hâlleri bakımından bu görüşte: Kapancı, s. 366. Kefalet bakımından bu görüşte: Reisoğlu, *Rücu*, s. 470; Reisoğlu, s. 270 vd; Özen, s. 456.

önem taşımayacaktır. Bu görüş çerçevesinde devir yasağı anlaşmasının alacağın kanun gereği intikaline etkisi sorununu incelemeye yer yoktur. Bu çalışmada, halefiyet hâlinde, alacağın -gerek aynen gerekse bir para alacağına dönüşerek- üçüncü kişiye intikal edeceği yönündeki hâkim görüşe bağlı kalınmakta ve devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu incelenmeye geçilmektedir¹⁶⁹⁶.

(3) Halefiyetin Emredici Olup Olmaması ile İlişkisi

Öğretide, alacak geçişi öngören kanun hükmünün emredici nitelik taşıması ihtimalinde, devir yasağı anlaşması ile alacak geçişi meydana gelmesinin önüne geçilemeyeceği ifadesine rastlanılmaktadır¹⁶⁹⁷. Bunun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nda halefiyet öngörülen hükümlerin kural olarak emredici nitelik taşımadığı ve bu hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği bilinmektedir¹⁶⁹⁸. Ne var ki, bu iki tespit birleştirilerek, halefiyet öngörülen hükümlerin aksinin bir devir yasağı anlaşması ile kararlaştırılabileceği şeklinde bir çıkarım yapılamaz. Halefiyet öngörülen bir hükmün emredici nitelik taşıması aynı zamanda söz konusu hükmün aksinin bir devir yasağı anlaşması yapılarak kararlaştırılabileceği anlamına gelmemektedir:

Halefiyet öngörülen hükmün aksini kararlaştırmaya yetkili bulunan taraflar ile devir yasağı anlaşması yapmaya yetkili bulunan taraflar her zaman birbirleriyle örtüşmez. Örneğin, rehin veren üçüncü kişi lehine halefiyet öngörülen BK 127/I b. 1 hükmü emredici nitelik taşımadığı hâlde, rehin ile teminat altına alınan borcun alacaklısı ile

¹⁶⁹⁶ Öğretide, farklı gerekçelerden hareketle de olsa, tüm görüşler tarafından -özellikle iş görme alacakları dikkate alınarak- alacağın niteliğinden kaynaklanan bir devir engeli bulunmasının halefiyete engel oluşturmayacağı ve halefiyete dayanan rücu talebinin konusunun daima para olacağı sonucuna varıldığı tespit edilmektedir. BK 168/I, BK 85/III, BK 596/I bakımından bu görüşte: Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 94. Tüm halefiyet hâlleri bakımından bu görüşte: Kapancı, s. 443-444. Kefalet bakımından bu görüşte: Reisoğlu, **Rücu**, s. 492; Elçin Grassinger, s. 399; Tandoğan, **C. II**, s. 789; Hatemi/Serozan/Arpacı (Arpacı), s. 537-538. Dönüşme varsayımına dayanan üçüncü görüş çerçevesinde, halefiyet yoluyla bir para alacağına dönüşerek intikal eden alacağın, artık sıradan bir para alacağı olarak serbestçe başkasına devredilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Kapancı, s. 444. Niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkının halefiyet ile intikalinin nasıl mümkün olabildiğini açıklamaya yetecek düzeyde bir araştırmaya çalışmamız kapsamında yer verilmesi mümkün görülmüştür.

¹⁶⁹⁷ RGRK/Weber, § 399, N. 43.

¹⁶⁹⁸ Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 9-11. Başkasının borcunu ifa eden üçüncü kişi lehine halefiyet hâlleri bakımından bu doğrultuda olarak bkz. s. 423; müteselsil borçluluk ile bölünemez borçluluk-taki halefiyet hâlleri bakımından aynı yönde bkz. s. 424.

borçlusu arasında yapılan bir devir yasağı anlaşması ile halefiyetin önüne geçilebilmesi imkânı yoktur¹⁶⁹⁹. Diğer taraftan, emredici nitelikte olduğu kabul edilen bir halefiyet hükmüne rağmen, bir devir yasağı anlaşması ile alacağın intikalinin önlenemediği durumlara rastlanılmaktadır. Örnek olarak, sigorta hukukundaki halefiyet hükümlerinin (TK 1472/I; TK 1481/I) emredici nitelik taşıdığı kabul edildiği hâlde, sigortacı lehine alacak intikalinin gerçekleşmesi, söz konusu alacağın alacaklısı ile borçlusu arasındaki bir devir yasağı kararlaştırılarak önlenebilmektedir¹⁷⁰⁰.

Dolayısıyla, bir halefiyet hükmünün emredici nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi, devir yasağı anlaşmasının halefiyete etkisi sorununun çözümü bakımından tek başına yeterli değildir. Burada, alacaklı ile borçlunun bir devir yasağı anlaşması yaparak halefiyet hükmü ile korunması amaçlanan üçüncü kişinin alacağı iktisap etmesini önleyip önleyemeyeceği sorunu mevcuttur ve bu sorun halefiyet hükmünün emredici niteliğinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Alacağın intikalini öngören hükmün koruma amacının -halefiyetin emredici nitelik taşıyıp taşımasından bağımsız olarak- belirlenmesi ve bu hüküm ile sağlanan korumanın intikale konu alacağın alacaklısı ile borçlusu arasında yapılan bir devir yasağı anlaşması ile kaldırılmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁷⁰¹.

c. Örnekler Üzerinden Açıklanması

(1) Başkasının Borcunu İfa Eden Üçüncü Kişi Lehine Halefiyet Hâlleri

BK 127 hükmünde iki hâlde başkasının borcunu ifa eden üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağı düzenlenmektedir. Devir yasağı anlaşmasının etkisi iki halefiyet hâli bakımından ayrı ayrı şöyle değerlendirilir:

BK 127/I b. 1 hükmünde düzenlenen birinci halefiyet hâli, üçüncü kişinin başkasının borcunu ifa ederek, bu borç için rehin verilmiş olan ve üzerinde kendisinin bir ayni hakkına sahip olduğu eşyayı rehinden kurtarması sonucu gerçekleşmektedir. Bu

¹⁶⁹⁹ Bkz. s. 421.

¹⁷⁰⁰ Bkz. s. 426.

¹⁷⁰¹ Bkz. s. 410.

halefiyet hâli bakımından, rehinli alacaklı ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılması yoluyla rehin verenin hukuki durumunun kötüleştirilemeyeceği kabul edilmektedir. BK 183/I hükmünün öngördüğü borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasına olan menfaatini koruma amacı karşısında, BK 127/I b. 1 hükmünün öngördüğü eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibi kişilerin halefiyete dayanan rücu hakkını koruma amacı daha üstündür¹⁷⁰². Bu konuda, devir yasağının rehin hakkının kurulmasından önce veya sonra kararlaştırılmış olması ya da rehin hakkı kurulurken alacak hakkında bir devir yasağı kararlaştırılmış olduğunun malik ya da sınırlı ayni hak sahibi tarafından bilinip bilinmemesi hiçbir önem taşımaz. Yalnız, alacak hakkı BK 127/I b. 1 hükmü gereği kendisine intikal eden malik veya sınırlı ayni hak sahibi devir yasağı anlaşması ile bağlıdır; borçlunun rızası olmadan alacağı başkasına devredemez¹⁷⁰³.

BK 127/I b. 2 hükmünde düzenlenen ikinci halefiyet hâli, borcu ifa eden üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağının borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi sonucu gerçekleşmektedir. Bu hükümde düzenlenen halefiyet hâli açısından devir yasağının halefiyete hukuki etkisinin belirlenmesi sorunun çözümü, BK 127/I b. 1 hükmündeki halefiyet hâli ile karşılaştırıldığında, daha basittir. Çünkü, BK 127/I b. 2 hükmündeki halefiyet hâli zaten borçlunun iradesi ile gerçekleşebilmektedir. Bu ihtimalde, halefiyetin şartlarından biri, alacaklıya, bir üçüncü kişinin borcu ifa edeceği ve ona halef olacağının ifadan önce veya en geç ifa sırasında borçlu tarafından bildirilmesidir. Borçlunun aksi yöndeki iradesine rağmen üçüncü kişinin alacaklıya ifada bulunması hâlinde ise halefiyet meydana gelmeyip bunun yerine borç sona ermektedir¹⁷⁰⁴. Borç sona eriyorsa zaten devir yasağı kararlaştırılmış olup olmaması hiçbir

¹⁷⁰² BGB § 1143 I ve § 1225 bakımından bu görüşte: Berger, s. 326. ABGB § 1358 bakımından bu görüşte: Hans Hoyer, “Absolute Wirkung eines vertraglichen Zessionsverbotes?”, **Juristische Blätter**, 1972, s. 511-523, s. 519. Alacağın devrinin sözleşme ile engellenmiş olmasının OR 110 (BK 127) hükmündeki halefiyet hâllerine engel oluşturmayacağı, OR 110 hükmünün OR 164 (BK 183) karşısında özel hüküm (*lex specialis*) teşkil edeceği görüşünde: Oser/Schönenberger, Art. 110, N. 9; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband: Beziehungen zu Dritten: Art. 110-113 OR**, Bern 2002, Art. 110, N. 43. Buna karşılık, alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinin OR 110 (BK 127) hükmüne göre halefiyete de engel oluşturacağı görüşünde: Weber, Art. 110, N. 43.

¹⁷⁰³ BGB § 1143 I ve § 1225 bakımından bu görüşte: Berger, s. 326.

¹⁷⁰⁴ Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 210; Eren, N. 2883; Oğuzman/Öz, **C. I**, N. 833; Schuln/Vogt, s. 621. Borçlu böyle bir bildirimde bulunmuş değilse, ifada bulunan üçüncü şahısla alacaklının halefiyet konusunda anlaşmış olmaları yeterli değildir: Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 211.

önem taşımamaktadır¹⁷⁰⁵. Ayrıca, üçüncü kişi ifada bulunarak BK 127/I b. 2 hükmü uyarınca alacaklıyla halef olmadan önce, borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme ile devir yasağının kaldırıldığı açıkça tespit edilemediği takdirde, BK 127/I b. 2 hükmü gereği, alacak hakkı üçüncü kişiye devir yasağı ile yüklü olarak intikal edecektir¹⁷⁰⁶.

BK 127/I b. 1 hükmünde düzenlenen halefiyet hâlinin emredici olmadığı kabul edilmektedir¹⁷⁰⁷. Ancak, halefiyetin önlenmesi sadece borçlu ile ifada bulunan üçüncü kişi arasında yapılan bir anlaşma ile mümkün olabilir. Üçüncü kişi tarafından ifa edilen borcun alacaklısı ve borçlusu arasında bir devir yasağı kararlaştırılarak halefiyetin önüne geçilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır¹⁷⁰⁸.

(2) Müteselsil Borçluluk ile Bölünemez Borçluluktaki Halefiyet Hâlleri

BK 168/I hükmünde, rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olacağı öngörülmektedir. Devir yasağı kararlaştırılmış olması BK 168/I hükmüne göre halefiyetin gerçekleşmesine engel oluşturmaz. Aşağıdaki iki ihtimal birbirinden ayrı değerlendirilerek bu sonuca ulaşılmaktadır:

Birinci ihtimal, alacaklının müteselsil borçlulardan yalnızca biri ile devir yasağı kararlaştırmış olmasıdır¹⁷⁰⁹. Bu ihtimalde, müteselsil borçlulardan biri lehine kararlaştırılmış bir devir yasağı bulunmasının, iç ilişkideki payından fazlasını ifa eden başka bir müteselsil borçlunun, fazladan ifa ettiği miktarda diğerine halef olmasına engel oluşturup oluşturmadığı sorunu incelenir. Bu sorun olumsuz tarzda şöyle çözümlenir: Müteselsil borçlulardan birinin, iç ilişkideki borcu paylaşma (hesaplaşma) yü-

¹⁷⁰⁵ Schulin/Vogt, s. 621.

¹⁷⁰⁶ Bu konuda Schulin/Vogt tarafından ileri sürülen farklı bir görüş hakkında bkz. s. 415.

¹⁷⁰⁷ Becker, Art. 110, N. 3; Weber, Art. 110, N. 24; Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 10.

¹⁷⁰⁸ Bkz. s. 422'de dn. 1702'e bağlı ana metin.

¹⁷⁰⁹ Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre, alacaklı ile her bir müteselsil borçlu arasında ayrı ayrı olmak üzere birden çok borç ilişkisi mevcuttur: Eren, N. 3745; Oğuzman/Öz, **C. II**, N. 1342; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 288. Bu görüş çerçevesinde, müteselsil borçlulardan sadece biri ile devir yasağı kararlaştırılmış olması muhtemel bir durumdur. Buna karşılık, müteselsil borçluluktan tek bir borç ilişkisi mevcut olduğu görüşü kabul edilirse, devir yasağı anlaşması ancak müteselsil borçluların tamamının katılımı ile yapılabilecektir.

kümlülüğünden tek taraflı olarak kurtulabilmesi nasıl mümkün değilse, bu yükümlülüğü gerçekleştirilmeye yönelik olan halefiyete dayanan rücu talebini alacaklı ile bir devir yasağı kararlaştırarak ortadan kaldırılabilmesi de mümkün değildir¹⁷¹⁰. Bununla birlikte, müteselsil borçlular diledikleri takdirde kendi aralarında bir anlaşma yaparak, iç ilişkideki payından fazlasını ifa eden borçlunun halefiyete dayanarak diğer borçlulara rücu edemeyeceğini kararlaştırabilirler¹⁷¹¹. Müteselsil borçlulukta halefiyet öngörülen BK 168/I emredici bir hukuk kuralı değildir¹⁷¹².

İkinci ihtimal, bir tarafını alacaklı, diğer tarafını müteselsil borçluların tamamının oluşturduğu bir devir yasağı anlaşması bulunmasıdır. Müteselsil borçluların devir yasağını birlikte kabul etmiş olması hâlinde veya borçlulardan birinin devri engellenmiş bir alacak hakkına ilişkin olarak borca katılma yoluyla borçlu sıfatını kazanmış olması hâlinde böyle bir ihtimalle karşılaşılır¹⁷¹³. Bu ihtimalde, müteselsil borçluların menfaatleri birbiriyle çatışma içinde olmayıp alacaklı tarafın değişmemesine olan ortak bir menfaati bir devir yasağı anlaşması ile korumaya yönelmiş durumdadır. Hâlbuki, halefiyete dayanan rücu talebinin kaldırılması konusundaki bir anlaşmada müteselsil borçluların menfaatleri birbirine karşıt durumda yer alır. Bu nedenle devir yasağı anlaşmasının varlığı tek başına halefiyete dayanan rücu talebinin kaldırılması konusunda bir anlaşma yapıldığı şeklinde yorumlanmaya müsait değildir. Bu ihtimalde de yukarıdaki ihtimalde benimsenen çözüm şekline bağlı kalınması gerekmektedir.

Birden fazla borçlunun bir bölünmez edimi ifa ile yükümlü olduğu durumlarda, durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, ifade bulunan borçlunun, alacaklıya halef olacağı ve diğer borçlulardan payları oranında alacağını isteyebileceği BK 85/III hük-

¹⁷¹⁰ BGB § 426 II bakımından bu görüşte: Berger, s. 328. ABGB § 896 bakımından devir yasağı anlaşmasının müteselsil borçluluktaki halefiyete dayanan rücu talebine engel oluşturmayacağı görüşünde: Hoyer, s. 519.

¹⁷¹¹ Müteselsil borçluların kendi aralarında alacaklıyı tatmin eden borçlunun diğerlerine rücu edemeyeceğini kararlaştırabileceği görüşünde: Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 74. Müteselsil borçluların iç ilişkide yaptıkları anlaşmanın dış ilişkide etkili olabilmesi ve halefiyetin meydana gelmesini önleyebilmesi için bu anlaşmaya alacaklının da katılmasının gerekli olduğu görüşü ileri sürülmektedir: Kapancı, s. 562. Benzer şekilde, borçlu ifade bulunmadan önce, alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşme yapılabileceği ve halefiyetin bu sözleşme ile engellenebileceği görüşünde: Eren, N. 3785.

¹⁷¹² Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 74; Eren, N. 3785; Kapancı s. 561-562.

¹⁷¹³ Borca katılma hâlinde, yeni borçlunun (katıldığı borcun alacaklısı ile borçlusu arasında daha önce kararlaştırılmış) devir yasağı anlaşmasına taraf olacağı yönünde: Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 99.

münde düzenlenmektedir. Öğretide kabul edilen müteselsil borçlardaki esasların bölünemez borçlulukta da uygulanacağı yönündeki genel yaklaşım doğrultusunda¹⁷¹⁴, yukarıdaki açıklamaların aynısı bölünemez borçluluk bakımından da geçerlidir.

(3) Kefilin Halefiyeti

Türk Borçlar Kanunu'nun kefil koruyucu hükümlerinin emredici nitelikte olduğu BK 582/III hükmünde açıkça ifade edilmiştir¹⁷¹⁵. Kefilin alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağını öngören BK 596/I hükmünün de kefil koruma amacı öngörmesi nedeniyle emredici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹⁷¹⁶. Hükmün emredici niteliği karşısında, kefil ile alacaklı arasında yapılan aksi yöndeki bir anlaşmanın BK 582/III hükmü uyarınca geçersiz olacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹⁷¹⁷. Hükmün koruma amacı gereği, kefalet ile teminat altına alınan asıl borcun tarafları arasında yapılan -kefilin tarafı dahi olmadığı- bir devir yasağı anlaşması ile halefiyet sonucunun meydana gelmesinin önüne geçilmesi ve kefilin sorumluluğunun ağırlaştırılması da evleviyetle mümkün olmamalıdır¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁴ Oğuzman/Öz, C. I, N. 921.

¹⁷¹⁵ BK 582/III: “*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*”

¹⁷¹⁶ Reisoğlu, s. 268; Özen, s. 453. Bununla birlikte, kefaletteki halefiyet kuralının emredici nitelik taşıması 6098 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik olmayıp 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde de eBK 496 hükmünün “...*halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir.*” şeklindeki ikinci cümlesi ile açıkça düzenlenmiş bulunmaktaydı. eBK 496 bakımından bu yönde: Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 10; Tandoğan, C. II, s. 789; Elçin Grassinger, s. 405. Borçlar Kanunu'nda halefiyetin emredici olmamasının tek istisnasını, kefalette öngörülmüş olan halefiyetin oluşturduğu yönünde: Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 10.

¹⁷¹⁷ Kefil, alacaklıya ifada bulunduktan ve rücu hakkı doğduktan sonra bu hakkı kullanarak borçluya rücu edip etmemekte serbesttir. Bkz. Elçin Grassinger, s. 405.

¹⁷¹⁸ Schuln/Vogt (s. 621) da devir yasağı anlaşmasının kefilin alacaklıya halef olmasına engel oluşturmayacağı görüşündedir. Ancak, yazarlara göre bunun gerekçesi, BK 596/I (OR 507/I) hükmünün BK 183/I (OR 164/I) hükmüne göre özel hüküm niteliği taşıması ve borçlunun vaktinde borcu ifa ederek alacağın geçişini engelleme olanağına sahip bulunmasıdır. Kefilin hukuki durumunun alacaklı ile borçlunun anlaşması ile kötüleştirilememesi gerektiği gerekçesi ile aynı yönde: Berger, s. 327. Bununla birlikte, Alman hukukunda, devir yasağı anlaşmasının kefilin halefiyetine engel oluşturacağı görüşü de mevcuttur: Hadding/van Look, s. 15; Oefner, s. 98; Blaurock, s. 333. Fakat anılan yazarların bu görüşe bağlı kalmaktaki amacı devir yasağı anlaşmasının yasal intikal yoluyla dolanılmasının önüne geçmektir. Bkz. s. 431 vd.

Halefiyet için aranan koşullar gerçekleştiğinde alacak hakkı kefile devir yasağı ile yüklü olarak intikal edecektir. Kefil kendisine intikal eden alacak hakkında kararlaştırılmış devir yasağı ile bağlıdır; borçlunun rızası olmadan alacağı başkasına devredemez¹⁷¹⁹.

(4) Sigortacının Halefiyeti

Kanun koyucu bazı sigorta sözleşmesi türlerinde sigortacı lehine halefiyet öngörmektedir. Örnek olarak, mal sigortalarına ilişkin TK 1472/I hükmünde ve sorumluluk sigortalarına ilişkin TK 1481/I hükmünde, sigortacının sigorta tazminatını ödedikten sonra sigorta ettirenin yerine geçeceği açıkça düzenlenmektedir. Bununla birlikte, halefiyet sonucu doğurmayan sigorta türleri de bulunmaktadır. Bir meblağ sigortası niteliğindeki can sigortaları buna bir örnektir¹⁷²⁰.

Aşağıda, devir yasağı anlaşmasının sigortacının halefiyetine etkisi sorunu, Türk Ticaret Kanunu’nun mal sigortalarına ilişkin halefiyet hükmüne (TK 1472/I) odaklanılarak incelenmektedir¹⁷²¹. Ayrıca, anlatımın sadeliği gereği, taraflarını sigortacı ile sigorta ettirenin oluşturduğu bir sigorta sözleşmesinde, sigorta ettirenin aynı zamanda sigortalı sıfatını taşıdığı genel duruma odaklanılmaktadır. Sigorta sözleşmesinin bir üçüncü kişi yararına yapıldığı, sigortalı sıfatının sigorta ettirene değil, üçüncü kişiye ait olduğu özel durum üzerinde durulmamaktadır. Farkı şudur ki, sigortacı, genel durumda sigorta ettirene, üçüncü kişi yararına sigorta sözleşmesi yapılan durumda ise sigortalı sıfatına sahip üçüncü kişiye halef olmaktadır¹⁷²².

¹⁷¹⁹ Berger, s. 327.

¹⁷²⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **AÜHFD**, 1974, C. 31, S.1-4, s. 395-446, s. 406; Ali Bozer, **Sigorta Hukuku**, Ankara 1981, s. 107; Haydar Arseven, **Sigorta Hukuku**, 2. bası, İstanbul 1991, s. 174; Rayegân Kender, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. bası, İstanbul 2017, s. 375; Samim Ünan, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. II: Zarar Sigortaları**, İstanbul 2016, s. 235.

¹⁷²¹ Türk Ticaret Kanunu’nda halefiyete ilişkin TK 1472 hükmünün sorumluluk sigortalarında da uygulanacağını belirtilmesi şeklinde bir düzenlemeye başvurulmasının yeterli olacağı, ayrıca TK 1481 hükmüne ihtiyaç olmadığı öğretilde ifade edilmiştir. Bkz. Ünan, s. 374. Benzer yönde: Emine Yazıcıoğlu / Zehra Şeker Ögüz, **Sigorta Hukuku**, İstanbul 2019, s. 207.

¹⁷²² Ünan, s. 233.

Sigortacı lehine halefiyet sonucu öngören TK 1472/I (sorumluluk sigortaları açısından TK 1481/I) hükmü emredici niteliktedir. Bu hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı TK 1486/I hükmünde açıkça düzenlenmektedir¹⁷²³. TK 1472/I hükmündeki halefiyet esası ile sigorta ettirenin sigortacıdan sigorta tazminatını tahsil ettikten sonra aynı zarar için üçüncü kişiden talepten bulunmasını, aynı zararı iki kere tazmin ettirmesini önlenme amacı güdüldüğü ifade edilmektedir. Ayrıca, halefiyet esasının sigortacıya sağladığı faydanın, sigorta primi miktarlarının düşük belirlenmesine ve sigortanın bireyler için daha cazip hâle getirilmesine, bu sayede riskin genele dağıtılmasına yaradığı belirtilmektedir¹⁷²⁴. Bununla birlikte, emredici nitelikteki TK 1472/I hükmünün sadece sigorta sözleşmesinin tarafları, yani sigorta ettiren ile sigortacı arasındaki sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, TK 1472/I hükmü, sigorta ettiren ile zarardan sorumlu üçüncü kişi arasındaki sözleşme özgürlüğüne dokunmamaktadır. Bu doğrultuda, halefiyetin gerçekleşmesinden önce, sigorta ettiren ile zarardan sorumlu üçüncü kişi arasında yapılan sigortacının halefiyet hakkını engelleyici içerikteki (sorumsuzluk, sulh veya ibra anlaşması gibi) anlaşmalar kural olarak geçerli sayılmaktadır¹⁷²⁵. Sigorta ettiren ile zarardan sorumlu üçüncü kişi arasında yapılan bir devir yasağı anlaşması da bu kapsamda ele alınmakta; anlaşmadan kaynaklanan devir engelinin tazminat alacağının sigortacıya intikalini prensip olarak önleyeceği kabul edilmektedir¹⁷²⁶. Zarardan sorumlu üçüncü kişinin tazminat alacağının devrini bir devir yasağı anlaşması ile engellemekte menfaat sahibi olabileceği, bu menfaati gerçekleştirmekteki sözleşme özgürlüğünün korunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷²⁷. Bu çerçevede, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I

¹⁷²³ Ünan, s. 252; Fatih Ölmez, **Sigortalının Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s. 24. eTK 1301 ve 1264 hükümleri bakımından bu doğrultuda: Merih Kemal Omağ, **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti**, İstanbul 2011, s. 116; Kılıçoğlu, **Kanuni Halefiyet**, s. 86; Kılıçoğlu, **Sigortada Halefiyet**, s. 408; Arseven, s. 173.

¹⁷²⁴ Bozer, s. 106; Arseven, s. 173; Kender, s. 371; Ünan, s. 227-228; Yazıcıoğlu/Şeker Ögüz, s. 207.

¹⁷²⁵ Ali Bozer, “Sigortacının Rücu Hakkı”, **BATİDER**, 1964, C. II, S. 3, s. 477-480, s. 480; Arseven, s. 179, ayrıca dn. 8; Omağ, s. 116-117; Ölmez, s. 25-26.

¹⁷²⁶ Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; RGRK/Weber, § 399, N. 43; Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 126; Blaum, s. 272-273; Berger, s. 328.

¹⁷²⁷ Berger, s. 328.

hükmünün koruma amacının, sigortacı lehine halefiyet sonucu öngören TK 1472/I (sorumluluk sigortaları açısından TK 1481/I) hükmünün koruma amacı karşısında üstün olduğu belirlenmektedir.

Buna ilave olarak, halefiyet hükmünün koruması sigortacı açısından vazgeçilmez nitelikte görülmemektedir. Çünkü, sigortacının menfaatlerini yeterli ölçüde temine yarayan başka hukuki imkânlar mevcuttur¹⁷²⁸. Sigorta ettirenin sigortacının halefiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğüne aykırı davrandığı başka durumlarda da yararlanılabilen bu imkânlar şunlardır:

Sigorta ettirenin bir devir yasağı kararlaştırıldığı bilgisini sigortacı ile paylaşmaması, duruma göre, sözleşme öncesi (TK 1435) veya sözleşme sonrası (TK 1444) beyan yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Sigorta ettirenin sözleşme öncesi beyan yükümlülüğüne devir yasağı kararlaştırıldığını açıklamayarak aykırı davranması hâlinde, sigortacı, TK 1439 hükmünde gösterilen haklarını (cayma hakkı, prim farkı isteme hakkı vb.) kullanabilmektedir¹⁷²⁹. Sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra devir yasağı kararlaştırıldığı ancak sigorta ettirenin bu bilginin sigortacıya açıklanmadığı ihtimalde, sigorta sözleşmesi kurulduktan sonraki beyan yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmakta ve TK 1445 hükmündeki haklardan (fesih hakkı, prim farkı isteme hakkı, tazminattan indirim talep etme hakkı vb.) yararlanılması mümkün olabilmektedir¹⁷³⁰. Rizikonun gerçekleştiği andan halefiyetin gerçekleştiği ana kadar olan dönemde, ayrıca, sigorta ettirenin zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma külfeti altında olduğunu düzenleyen TK 1448 hükmü uygulanabilmekte; sigorta ettirenin bir devir yasağı kararlaştırılmasını kabul ederek bu kül-

¹⁷²⁸ Blaum, s. 272; Berger, s. 328.

¹⁷²⁹ TK 1439 hükmündeki haklardan yararlanılması sigorta sözleşmesinin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikteki “önemli bir husus”un bildirilmemiş olması hâlinde mümkündür. Sigortacının halefiyete dayanan rücu hakkını kaldıran hâller -rücu hakkının varlığının sigorta primi miktarının belirlenmesinde etkili olması nedeniyle- bu kapsamda görülmektedir. Bkz. Ölmez, s. 92; Kübra Yetiş Şamlı, “Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İKÜHFD**, 2017, C. 16, S. 2-2, s. 829-849, s. 840. eTK 1290 bakımından sigorta ettirenin sigortacının halefiyet hakkını kaldıran veya kısıtlayan durumları sigortacıya sözleşmenin kuruluşu sırasında beyan yükümlülüğü altında bulunduğu ve buna aykırılık hâlinde sigortacının cayma hakkına sahip olduğu konusunda bkz. Omağ, s. 137; Bozer, **Sigortacının Rücu Hakkı**, s. 479; Kılıçoğlu, **Sigortada Halefiyet**, s. 419. Alman hukuku bakımından da devir yasağı kararlaştırıldığının bildirilmemesinin (sözleşme öncesi - sonrası ayrımı yapmaksızın) beyan yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirileceği görüşünde: Blaum, s. 272.

¹⁷³⁰ Ölmez, s. 94-95; Yetiş Şamlı, s. 842. Bu anlama gelecek şekilde: Ünan, s. 251, s. 255.

fete aykırı davranması hâlinde kusurunun ağırlığı oranında sigorta tazminatından indirim yapılabilmektedir (TK 1448/II)¹⁷³¹. Ancak, sigorta ettirenin zarardan sorumlu üçüncü kişi karşısında müzakere gücünün zayıf olduğu ve devir yasağı getirilmesine karşı durabilmesinin ondan beklenemeyeceği somut durumlarda, kusurunun hafif takdir edilmesi gerekmektedir¹⁷³². Diğer taraftan, zarar veren üçüncü kişi tarafından düzenlenen genel işlem koşulları arasında yer alan ve tazminat alacağının sigortacıya intikalinin engellenmesi öngörülen devir yasağı kayıtları içerik denetimi uyarınca geçersiz sayılabilmektedir¹⁷³³.

TK 1472/II (sorumluluk sigortaları açısından ayrıca TK 1481/III) hükmünde, sigortacının, kanun halefiyete dayanan haklarının ihlali hâlinde yararlanabileceği özel bir hukuki imkânâ daha yer verilmektedir. Ancak, bu hükme başvurulabilmesi için, sigortacının sigorta tazminatını ödemiş olması ve halefiyetin gerçekleşmiş olması koşulu aranmaktadır¹⁷³⁴. Bu hükümde, sigortacının, halefiyet gerçekleşmiş olmasına rağmen, sigorta ettirenin davranışlarından ötürü rücu hakkını kısmen veya tamamen kullanamadığı için zarara uğradığı ihtimalde, genel hükümlere (BK 112 vd; eBK 96 vd) göre sigorta ettirenden tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir¹⁷³⁵. Bu açıdan, sigorta ettiren ile üçüncü kişi arasında bir devir yasağı kararlaştırılmış olmasının TK 1472/II hükmünün uygulama alanını ilgilendiren bir etkisi ortaya çıkmayacaktır.

¹⁷³¹ Ünan, s. 251; Ölmez, s. 96; Yetiş Şamlı, s. 837. Kanun'un, sigorta sözleşmesinin kuruluşu ile rizikonun gerçekleşmesi arasındaki zaman dilimi içinde yapılan işlemler bakımından uygulanacak özel bir hükme yer vermediği, bu nedenle sigorta sözleşmesi yapıldıktan sonraki rücu hakkını zedeleyici işlemlerin riziko ağırlaşması sayılabileceği, rizikoyu ağırlaştırmama külfetine ilişkin TK 1444 ve TK 1445 hükümlerinin uygulanabileceği görüşünde: Ünan, s. 255, s. 251.

¹⁷³² Benzer bir konuda bkz. s. 395.

¹⁷³³ Staudinger¹²/Kaduk, § 399, N. 126. Bkz. s. 465 vd.

¹⁷³⁴ Kender, s. 380; Ünan, s. 256, s. 382; Ölmez, s. 104; Yetiş Şamlı, s. 838. Bu sonuç hükmün lafzındaki “sigortacıya geçen hak” ifadesinden çıkarılmaktadır. Kanunun, hakkın sigortacıya ileride geçecek olduğu ihtimali bilinçli olarak dışladığı yorumu yapılmaktadır. TK 1481/III bakımından bu görüşte: Ünan, s. 382. TK 1472/II (eTK 1301/II) kapsamındaki hâllere alacağın devri ile bağlantılı şu örnekler verilmektedir: Sigorta ettirenin sigortacı tarafından ona tazminat ödenmiş olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen zarardan sorumlu üçüncü kişiden (ikinci bir) ödeme alması (BK 186); sigorta ettirenin tazminat alacağının ileri sürülmesi için gerekli bilgi ve belgeleri sigortacıya vermekten kaçınması (BK 190). Bkz. Omağ, s. 146, s. 147-148; Ünan, s. 256; Yetiş Şamlı, s. 838. eTK 1301/II hükmü bakımından, kanunun amacının sadece sigorta tazminatının ödenmesinden sonraki ihlalleri yaptırıma bağlamak olmadığı, sigorta tazminatının ödenmesinden önceki (yani halefiyetin gerçekleşmesinden önceki) dönemdeki halefiyeti engelleyici eylem ve işlemlerin de tazminat sorumluluğuna dayanak oluşturabileceği görüşünde: Omağ, s. 142 vd.

¹⁷³⁵ Omağ, s. 145; Ölmez, s. 102. Sigortacının zararının, rücu hakkından yoksun kalma ile sınırlı olacağı ve sigorta ettirenden, halefiyeti ihlal etmeme yükümlülüğüne aykırı davranılmış olmasaydı, rücu yoluyla zarardan sorumlu üçüncü kişiden elde edebileceği tutarı talep edebileceği belirtilmektedir: Ünan, s. 256.

Çünkü, sigortacı, zarar sorumlusuna halef olduktan sonra sigorta ettiren ile zarardan sorumlu üçüncü kişi arasında bir devir yasağı kararlaştırılabilmesi imkânı bulunmaktadır. Sigorta ettiren artık alacaklı sıfatını yitirmiştir.

(5) Vekâlet Sözleşmesindeki Yasal İntikal Hâli

BK 509/I hükmünde, vekâlet sözleşmesinde, vekâlet vereni koruyucu özel bir düzenlemeye yer verilmektedir. Bu hükme göre, vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer. Vekil ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede devir yasağı kararlaştırılmış olan bir durumda, alacağın intikalini öngören BK 509/I hükmü ile alacağın devrinin anlaşma ile engellenebileceğini öngören BK 183/I hükmü arasında çatışma ortaya çıkmaktadır:

Örnek olarak, A (vekâlet veren) B'ye (vekile) Ü (üçünü kişi) ile bir satış sözleşmesi kurması için dolaylı temsil yetkisi vermiştir. Dolaylı temsilci B, Ü ile kendi adına ve A hesabına olmak üzere bir satış sözleşmesi yapmıştır. Normal durumda, A, B'ye olan borçlarının tamamını ödeyince, B'nin Ü'ye karşı sahip olduğu bedel alacağı BK 509/I gereği kendiliğinden A'ya intikal edecektir. B'nin Ü'ye karşı elde ettiği bedel alacağı hakkında bir devir yasağı kararlaştırılmasını kabul ettiği ihtimalde ise alacak hakkının BK 509/I gereği vekâlet verene intikale engel olup olmayacağı sorunu mevcuttur.

Öğretide, yalnızca BK 183/I hükmüne göre serbestçe devredilebileceği kabul edilen alacakların BK 509/I hükmü gereği intikale konu olabileceği genel esastan hareket edilmekte; bu esas doğrultusunda, bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olmasının o alacağın BK 509/I uyarınca vekâlet verene geçmesine engel oluşturacağı görüşü benimsenmektedir¹⁷³⁶. Bu görüşün vardığı sonuç isabetli olmakla birlikte dayandığı gerekçe yeterli değildir. Zira, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin bazı durumlarda yasal intikale engel oluşturmadığı yukarıda çeşitli örneklerle açıklanmış bulunmaktadır. Bunun yerine, vekilin üçüncü kişiye karşı elde ettiği devir yasağı içeren alacakların BK 509/I gereği vekâlet verene intikal edip etmeyeceği sorunu, BK

¹⁷³⁶ Fellmann, Art. 401, N. 16; CHK-Gehrer Cordey/Giger, OR Art. 401, s. 507.

183/I ve BK 509/I hükümlerinin koruma amaçları arasında karşılaştırma yapılarak belirlenmelidir. Bu karşılaştırmada ise BK 183/I hükmünün koruma amacının üstün tutulması isabetli olur. Çünkü, verilen örnekte, üçüncü kişi Ü'nün, alacağın kendi rızası olmadan başkasına devredilemeyeceğine olan güveni, vekâlet veren A'nın aynı alacağı kanun gereği devralabileceğine olan güveni ile karşılaştırıldığında daha yüksek düzeyde korunmaya layık bulunmaktadır¹⁷³⁷. Bu gerekçeden ötürü, devir yasağı kararlaştırılmış olmasının alacağın BK 509/I gereği vekâlet verene intikal etmesine engel oluşturacağı görüşü isabetlidir.

Buna ilaveten, vekilin kendi adına ama başkasına hesabına hareket ettiğinin üçüncü kişi tarafından bilinmesi, tek başına, üçüncü kişinin alacağın BK 509/I gereği vekâlet verene geçmesine örtülü olarak rıza verdiği yorumu yapılabilmesi için yeterli değildir¹⁷³⁸. Ancak somut olaya ilişkin başka olgularla desteklendiği takdirde bu yönde bir yoruma varılması mümkün olabilir.

d. Devir Yasağının Alacak Geçiş Öngören Hüküm Aracılığı ile Dolanılması

Öğretide devir yasağı anlaşmasının uygulamada halefiyet öngörülen hükümler aracılığıyla dolanılmasının mümkün olduğu ifade edilmekte, buna iki örnek gösterilmektedir:

Anlaşmadan kaynaklanan devir engeli yüzünden alacağı devralma olanağın bulunmayan bir üçüncü kişi, sırf o alacağı halefiyet yoluyla devralmak için alacaklıya kefalet verir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için borçlunun rızasına ihtiyaç yoktur. Kefil kefalet borcunu ödeyince alacaklıya halef olur; halefiyet sonucu devri anlaşma ile engellenmiş alacak hakkı kefile geçer. Kefil borçluya karşı halefiyete dayanan rücu talebi elde eder¹⁷³⁹.

Başka bir örnek, üçüncü bir kişinin, sırf alacağı halefiyet yoluyla devralmak için o alacağın alacaklısı ile borca katılma sözleşmesi yapması ve müteselsil borçlu

¹⁷³⁷ Schuln/Vogt, s. 621.

¹⁷³⁸ Bu ihtimalde üçüncü kişinin menfaatinin korunmaya değer olmadığı gerekçesi ile aksi fikirde: Schuln/Vogt, s. 621.

¹⁷³⁹ Özakman, s. 25, s. 42; Hadding/van Look, s. 15.

sıfatını elde etmesidir. Borca katılma sözleşmesinin geçerliliği için de borçlunun rızasına gerek yoktur. Üçüncü kişi borcun tamamını ifa ederek alacaklıya halef olur ve borçluya karşı ileri sürebileceği halefiyete dayanan rücu talebine kavuşur¹⁷⁴⁰.

Verilen örneklerde taraflar, aralarındaki geçerli¹⁷⁴¹ kefalet veya borca katılma sözleşmesinin halefiyete ilişkin hükümleri aracılığıyla, BK 183/II hükmünün devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyarak önlediği alacak geçişi sonucuna ulaşmayı amaçlamaktadır. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi kefalet ve müteselsil borçluluktaki halefiyet hükümleri uyarınca alacağın intikaline engel teşkil etmemektedir. BK 183/I hükmünün devir yasağı anlaşmasına tanıdığı mutlak etkiyi dolanma amacıyla yapılan bu tarz işlemlere kanuna karşı hile yaptırımı uygulanacaktır¹⁷⁴². Öğretide, kanuna karşı hile yolu ile kaçınılmak istenen kanun hükmünün doğrudan doğruya ihlali hâlinde uygulanacak yaptırım neyse, kanuna karşı hile ile ihlali hâlinde de aynı yaptırımın uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷⁴³. Bu görüş doğrultusunda, BK 183/I hükmünün devir yasağı anlaşmasına tanıdığı mutlak etkiyi halefiyet hükümleriyle bertaraf etmek için bir kefalet veya borca katılma sözleşmesi

¹⁷⁴⁰ Hoyer'in devir yasağının müteselsil borçlunun (ABGB § 896 hükmüne göre) halefiyetine engel oluşturmayacağı yönündeki görüşü çerçevesinde (Hoyer, s. 519 vd.) böyle bir dolanma imkânı ortaya çıktığı görüşünde: Koziol, s. 119.

¹⁷⁴¹ Kanunun yasakladığı sonuca başka bir yoldan ulaşmaya yönelik işlemin kanuna karşı hile sayılabilmesinin önkoşulu o işlemin geçerli bir işlem olmasıdır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 422; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 68; Dural/Sarı, N. 1228. Bu açıdan verilen örneklerdeki kefalet veya borca katılma sözleşmelerinin kanuna karşı hile sayılabilmesi için geçerli olmaları gerekmektedir. Başka bir ihtimal, verilen örneklerdeki kefalet ve borca katılma sözleşmelerinin üçüncü kişileri aldatma kastıyla görünüşte yapılmış olmasıdır. Bu ihtimalde tarafların iradesi kefalet ve borca katılma sözleşmelerinin geçerli olarak hukuki sonuç doğurması yönünde değildir. Pek muhtemeldir ki, görünüşteki kefalet veya borca katılma sözleşmesinin ardında alacağı devir borcu doğuran başka bir sözleşme gizlenmektedir. Bu ihtimalde, görünüşteki kefalet veya borca katılma sözleşmesi muvazaa nedeniyle geçersiz sayılacaktır. Sözleşme geçersiz olunca halefiyet meydana gelmeyeceği için, halefiyet hükümleri aracılığıyla devir yasağı anlaşmasının dolanılması sorununun incelemeye yer yoktur. Muvazaa ile kanuna karşı hile arasındaki ilişki hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 422; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 69.

¹⁷⁴² Bydlinski, s. 125. Öğretideki bir görüşe göre, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi halefiyet öngören hükümler aracılığıyla dolanılmaz; çünkü devir yasağı anlaşması sadece sözleşmeye dayanan alacak devrine değil, aynı zamanda kanuna dayanan alacak devrine de engel oluşturur. Bkz. Oefner, s. 98; Blaurock, s. 333; Haading/van Look, s. 15. Hukuk düzeninin bir taraftan devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıdığı, diğer taraftan dolanılması için açık kapı bırakmış olduğu düşünülemez (Koziol, s. 120). Böyle bir genellemenin hangi gerekçe ile isabetli olmadığı yukarıda açıklanmıştır. Bkz. s. 410 vd.

¹⁷⁴³ Oğuzman/Barlas, N. 910; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 424; Kocayusufpaşaoğlu, § 35, N. 77; Dural/Sarı, N. 1229. Bu ihtimalde dolanılan kuralın genişletici biçimde yorumlanması ya da kıyasen uygulanmasının düşünülebileceği yönünde: Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 5, N. 50.

yapılan hâllerde uygulanacak yaptırım şu olmalıdır: Kefalet veya borca katılma sözleşmesi geçerli sayılmalı; buna karşılık, devir yasağı anlaşması -anlaşmanın alacağın devri sözleşmesi ile doğrudan doğruya ihlali hâlinde olduğu gibi- alacağın kefalet veya müteselsil borçluluktaki halefiyet hükümleri gereğince kefile veya müteselsil borçluya intikaline engel oluşturmalıdır.

E. Külli Halefiyet Hâllerindeki Etkileri

1. Alacağın Külli Halefiyet Gereği İntikaline Etkisi

a. Prensip

Yukarıda, alacağın kanun hükmü uyarınca intikal ettiği hâllerde Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulama bulabileceği açıklanmıştır¹⁷⁴⁴. Böyle bir kıyasen uygulamanın yalnızca cüzi halefiyet hâllerinde söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Külli halefiyet hâllerinde de alacak intikali kanun gereği gerçekleştiği hâlde, bu intikale alacağın devri hükümlerinin kıyasen dahi uygulanmayacağı görüşü benimsenmektedir. Bu doğrultuda, sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir yasağının, yalnızca cüzi halefiyet hâllerinde alacağın intikaline engel oluşturabileceği, külli halefiyet hâllerinde ise alacağın intikalini hiçbir zaman önlemeyeceği görüşü hâkimdir¹⁷⁴⁵. Buna göre, külli halefiyet hâllerinde, alacak hakkı, devir yasağı ile yüklü olarak intikal edecektir. Külli halef borçlu lehine kararlaştırılmış olan devir yasağı ile bağlı olacaktır¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁴ Bkz. s. 400.

¹⁷⁴⁵ RGRK/Weber, § 412, N. 35; BeckOK/Rohe, § 412, N. 1; Palandt/Grüneberg, § 412, N. 1; Erman/Westermann, § 412, N. 2; Berger, s. 329. Birleşmedeki külli halefiyet hâli bakımından bu görüşte: Martin Henssler / Lutz Strohn (hrsg.), **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, München 2019 = Henssler/Strohn (Heidinger), UmwG § 20, N. 5; Johannes Semler / Arndt Stengel (hrsg.), **Umwandlungsgesetz**, 4. Auflage, München 2017 = Semler/Stengel (Leonard), UmwG § 20, N. 14. Cüzi halefiyete engel oluşturan hükümlerin, kural olarak, birleşmede uygulanmayacağı görüşünde: Hikmet Sami Türk, **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara 1986, s. 170; Hamdi Yasaman, **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara 1987, s. 31. Bununla birlikte, devir yasağı kararlaştırılan hâllerde borçlunun korunması ihtiyacı mevcut olup olmadığının her bir külli halefiyet hâline özgü olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü de mevcuttur. Bkz. MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 412, N. 16. Genel olarak alacağın devri hükümlerinin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusunun her bir külli halefiyet hâli açısından özel olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde: Staudinger/Busche, § 412, N. 9; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 168. Külli intikalin kanunda öngörülmüş olduğu her durum için kendi özel esaslarına tabi olduğu görüşünde: Oğuzman/Barlas, N. 785.

¹⁷⁴⁶ Schuln/Vogt, s. 621-622; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 205; Erman/Westermann, § 412, N. 2.

b. Örnekler Üzerinden Açıklanması

(1) Mirasın İntikali

Mirasın intikali kural olarak külli halefiyet prensibine göre gerçekleşir. MK 599/I hükmünde, mirasçılarının, mirasbırakanın ölümü ile mirası kanun gereği bir bütün hâlinde kazanacağı açıkça öngörülmektedir¹⁷⁴⁷.

Bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olması, o alacağın miras yoluyla intikaline engel oluşturmaz. Devri anlaşma ile engellenmiş alacak hakkı mirasbırakanın ölümü ile külli halefiyet prensibi uyarınca mirasçılara geçer¹⁷⁴⁸. Aksi kabul edilecek olsa, mirasbırakanın ölümü üzerine, devri anlaşma ile engellenmiş alacak bakımından alacaklı sıfatının ortadan kalkması ve borçlunun ifada bulunmadığı hâlde borçtan kurtulması sonucu gerçekleşecektir. Böyle bir sonuç mirasbırakanın iradesine uygun düşmeyeceği gibi¹⁷⁴⁹, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün borçluyu koruma amacını da aşmaktadır.

Mirasbırakanın sağlığında düzenlediği bir ölüme bağlı tasarruf ile malvarlığında bulunan ve hakkında devir yasağı kararlaştırılmış bulunan bir alacağı bir başka kişiye vasiyet ettiği ihtimalde (MK 517/II; alacak vasiyeti) ise çözüm şekli farklı olacaktır. Böyle bir ihtimalde, söz konusu kişi -vasiyet alacaklısı- mirasbırakanın külli değil, cüzi halefidir. Vasiyet alacaklısı, vasiyet konusu alacağı mirasbırakanın ölümü ile doğrudan iktisap etmez; alacağın kendisine devri konusunda yalnızca vasiyet borçlusuna yöneltilebileceği bir alacak hakkı (vasiyet alacağı) kazanır (MK 600/II). Vasiyet konusu alacağı iktisap edebilmesi için o alacağın vasiyet borçlusu tarafından kendisine sözleşme ile devredilmesi gerekmektedir¹⁷⁵⁰. Bu nedenle, vasiyet konusu alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olması ihtimalinde, külli halefiyete ilişkin yukarıda açıklanan çözüm şekli uygulanmayacaktır. Devri yasaklanmış bir alacak hakkının va-

¹⁷⁴⁷ Miras hukukunda külli halefiyet prensibi ve sonuçları hakkında bkz. Serozan/Engin, § 1, N. 69 vd, § 6, N. 11 vd; Dural/Öz, N. 74 vd.

¹⁷⁴⁸ Arsebük, s. 1071; Serozan/Engin, § 1, N. 70; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 35; von Tuhr/Esc her, s. 351; Spirig, Art. 164, N. 113; Schuln/Vogt, s. 621-622; Koller, **Der gute und der böse Glaube**, s. 205; Berger, s. 329. Alacağın devredilebilirliği ile miras yoluyla intikal edebilirliği arasındaki ilişki hakkında bkz. s. 21 vd.

¹⁷⁴⁹ Mirasbırakan böyle bir sonucu arzu etse, bir ölüme bağlı tasarruf ile borçluyu borcundan ibra ettiğini beyan edebilir. Bkz. Schuln/Vogt, s. 621-622.

¹⁷⁵⁰ Serozan/Engin, § 6, N. 27; Dural/Öz, N. 673.

siyete konu olduğu ihtimalde, vasiyet borcunun ifası için sadece alacağın devri sözleşmesi yapılması yeterli değildir; devri yasaklanmış alacağın borçlusunun rızasının da alınması gerekir¹⁷⁵¹. Bu çözüm şekli, vasiyet alacaklısı, alacağın kendisine devrini dava yoluyla talep ettiği zaman da değişmeyecektir; yukarıda belirtildiği üzere¹⁷⁵² devir yasağı mahkeme kararı ile devrin gerçekleştirilmesine de engel oluşturur. Hâkim devir yasağı anlaşması ile bağlıdır. Böyle bir durumda, vasiyetin açıklandığı ölüme bağlı tasarrufun yorumu yoluyla mirasbırakanın sadece devri anlaşma ile yasaklanmış alacağı mı yoksa o alacağın tahsili ile elde edilecek değeri mi vasiyet ettiği (kaim değer vasiyeti¹⁷⁵³) belirlenmelidir.

(2) Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi

Ticaret şirketlerinin birleşmesi hâllerinde külli halefiyet prensibinin geçerli olduğu TK 153/I hükmünde açıklanmaktadır¹⁷⁵⁴. Devralma yoluyla birleşmede devrolunan (katılan) şirketlerin, yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise tüm şirketlerin tüzel kişiliği tasfiyesiz sona ermekte¹⁷⁵⁵; sona eren şirketlerin sahip oldukları hak ve borçlar bütün hâlinde külli halefiyet prensibi gereği (TK 153/I), birleşme ile kurulan yeni şirkete geçmektedir¹⁷⁵⁶. Bu doğrultuda, alacaklar için ayrıca bir devir sözleşmesi yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵¹ Vasiyet borcunun ifası borçlar hukukunun genel kurallarına göre sağlanır: Serozan/Engin, § 6, N. 39.

¹⁷⁵² Bkz. s. 401 vd.

¹⁷⁵³ Kaim değer vasiyeti kavramı için bkz. Serozan/Engin, § 6, N. 35.

¹⁷⁵⁴ TK 153/I hükmü şöyledir: “Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer.” Ayrıca TK 136/III ve TK 136/IV hükümlerinde külli halefiyet prensibi ifade olunmaktadır. Birleşmede külli halefiyet prensibinin geçerli olduğu konusunda Bkz. Türk, s. 164; Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. bası, İstanbul 2019 = Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 143a; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, 13. bası, İstanbul 2019, s. 68.

¹⁷⁵⁵ Türk Ticaret Kanunu’nda ticaret şirketlerinin birleşmesi için iki hukuki yola başvurulabileceği öngörülmektedir: Devralma yoluyla birleşme ve yeni kuruluş yoluyla birleşme (TK 136/I). Devralma yoluyla birleşmede devrolunan (katılan) şirketlerin, yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise tüm şirketlerin tüzel kişiliği tasfiyesiz sona erer. Devralma yoluyla birleşmede, iki ya da daha fazla şirket vardır; bu şirketler içlerinden birinin bünyesinde birleşir. Örneğin, A, B ve C adlı üç şirketten B ve C’nin A’ya devredilmesi yoluyla birleşme gerçekleştirilir. Yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise, iki ya da daha fazla şirket, yeni kurulacak bir şirket bünyesinde birleşir. Örneğin, A ve B şirketleri, yeni kurulacak C bünyesinde birleşir. Birleşme türleri konusunda bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 142; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi, C. I**, Ankara 2018, § 7, N. 7-12; Bahtiyar, s. 63.

¹⁷⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 143a; Pulaşlı, § 7, N. 130; Bahtiyar, s. 68.

¹⁷⁵⁷ Türk, s. 164; Yasaman, s. 30; Pulaşlı, § 7, N. 130.

Ticaret şirketlerinin birleşmesinde külli halefiyet prensibi öngörülen TK 153/I hükmü, bir ticaret şirketine özgülenmiş malvarlığının ekonomik bütünlüğünü korumayı ve gerektiğinde bütün olarak el değiştirmesini sağlamayı amaçlamaktadır¹⁷⁵⁸. Bu amacın, devir yasağı anlaşmasının lehtar borçlu konumundaki üçüncü kişilerin menfaatleri görmezden gelinerek gerçekleştirilmesinin olanaklı olup olmadığı şöyle değerlendirilmektedir:

Devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan kanun hükmünün (BK 183/I), birleşmedeki külli halefiyet hâlinde de etki doğuracağı kabul edildiği zaman şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Birleşme ile şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir. Eğer, devir yasağının alacağın intikaline engel olacağı kabul edilirse, birleşme yoluyla intikal edemeyen alacak hakkı, hak sahibinin tüzel kişiliğinin ortadan kalkması ile sona erecek ve borçlu borcundan kurtulacaktır. Buna karşılık, birleşmede külli halefiyet prensibi gereği sadece alacaklar değil borçlar da intikal ettiği için, borçlu kendi karşı alacakları için birleşme ile kurulan yeni şirkete başvurabilecektir. Devir yasağı anlaşmasının amacı, borçlunun durumunun bu ölçüde iyileştirilmesini haklı göstermemektedir. Borçlunun bir devir yasağı kararlaştırılmasındaki, genellikle muhasebe işleyişini basitleştirmek ve yeni bir alacaklı ile muhatap olmamaktan ibaret olan menfaatleri, bu ölçüde korunmaya layık görülmemektedir¹⁷⁵⁹.

Sonuç olarak, devir yasağı anlaşmasının alacağın geçişine engel oluşturacağını öngören BK 183/I hükmünün, alacağın sözleşme ile devri gerçekleşen cüzi halefiyet hâlini göz önünde tuttuğu; külli halefiyetin özelliklerine bu hükmün uygulanmasının uygun düşmeyeceği, sadece ölüm hâli değil ayrıca ticaret şirketlerinin birleşmesi hâli bakımından da teyit edilmiş olmaktadır¹⁷⁶⁰. Birleşme ile tüzel kişiliği sona eren şirketlerin malvarlığında bulunan alacak hakları için devir yasağı kararlaştırılmış olması, bu alacakların külli halefiyet prensibi uyarınca yeni kurulan şirkete geçişine engel oluşturmayacaktır.

¹⁷⁵⁸ Türk, s. 160.

¹⁷⁵⁹ BGH, NJW 2017, 71, N. 30c. Bu görüş için ayrıca bkz. MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 412 N. 16; Semler/Stengel (Leonard), UmwG § 20, N. 14.

¹⁷⁶⁰ BGH, NJW 2017, 71, N. 28a. Aynı gerekçe için bkz. Berger, s. 329; Bauer, N. 481.

2. Sözleşmenin Külli Halefiyet Gereği İntikaline Etkisi

Külli halefiyet hâllerinde, prensip olarak, sözleşmeler de intikal eder; sözleşmenin karşı tarafının rızası aranmaksızın kanun gereği intikal gerçekleşir¹⁷⁶¹. Bu konuda miras hukuku alanında, sözleşme tarafının kişisel niteliklerinin önem taşıdığı bazı sözleşmelerin (örnek olarak, vekâlet, eser, hizmet vb.) ölümle birlikte sona ereceği şeklinde bir istisna kuralı tanımlanmaktadır¹⁷⁶². Aynı istisna kuralının birleşme hâlinde de uygulanmasına ise karşı çıkılmaktadır¹⁷⁶³. Böyle bir kuralın gerçek kişilerin kişiliğinin sona ermesi hâlinde anlamlı olduğu, ticaret şirketleri bakımından kural olarak geçerli sayılamayacağı görüşü ifade edilmektedir. Bu çerçevede birleşme kapsa-

¹⁷⁶¹ Birleşme bakımından bu görüşte: Alexander Vogel / Christoph Heiz / Urs R. Behnisch / Andrea Sieber / Andrea Opel, **FusG Kommentar: Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen**, 3. Auflage, Zürich 2017 = Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, FusG Art. 3, N. 7; **SHK-Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz**, 2. Auflage, Bern 2015 = SHK-Frey, FusG Art. 3, N. 7; **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG**, (hrsg.) M. Amstutz, V. Roberto, H. R. Trüeb, 3. Auflage, Zürich 2016 = CHK-Triebold, FusG Art. 3, N. 2. Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: **Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, (hrsg.) F. Vischer, (red.) F. Vischer, C. K. Martini, R. M. Müller, 2. Auflage, Zürich 2012 = ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 41, N. 48; Andreas Gersbach, “Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung”, **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, 2004/85, s. 197-227, s. 226; Roland von Büren, “Der Übergang von Verträgen im Rahmen von Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz”, **Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag**, (hrsg.) W. Wiegand, T. Koller, H. P. Walter, Bern 2009, s. 29-47, s. 41-42; CHK-Weber, FusG Art. 69, N. 13; Hans Caspar von der Crone / Andreas Gersbach / Franz J. Kessler / Brigitte von der Crone / Karin Ingber, **Das Fusionsgesetz**, 2. Auflage, Zürich 2017, § 5, N. 1016, N. 1022.

¹⁷⁶² Serozan/Engin, § 6, N. 21; Dural/Öz, N. 62. Bir sözleşmedeki taraf sıfatının miras yoluyla intikal edip etmeyeceğini belirlemek için, öncelikle, bu sözleşme ile ilgili kanun hükmüne bakılması, söz konusu hüküm, intikal yeteneğini açıklığa kavuşturmamış ise, ikinci aşamada sözleşmenin yorumu yoluyla karara varılması gerektiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, kanunda açık bir hüküm olmasa bile, mirasbırakanın kişisel özellikleri göz önünde tutularak kurulmuş bir sözleşmenin miras yoluyla geçmeyeceği yorumu yapılabilecektir. Bununla birlikte, işlem güvenliği gereği, şüphe hâlinde, sözleşmenin sona ermesi yerine mirasçılara intikal edeceği yönünde yorum geliştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Akkanat, s. 80.

¹⁷⁶³ Hak sahibinin kişiliğinin sona ermesi sonucu doğurmaları yönünden, gerçek kişilerin ölümü ile ticaret şirketlerinin birleşmesi arasında, aslında, kural olarak bir paralellik kurulmaktadır. Bu doğrultuda miras yoluyla intikale ilişkin esasların ticaret şirketlerinin birleşmesi hâlinde, kıyas yoluyla uygulanabileceği, kanundaki boşlukları doldurulması bakımından böyle bir uygulamanın kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir. Çünkü, külli halefiyet prensibinin mirasın kazanılmasındaki sonuçları eski tarihlerden beri hukuk düzeni tarafından ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olduğu hâlde, birleşmedeki sonuçları nispeten daha yakın tarihlerde değerlendirilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte, kişiye özgü malvarlığı hakların ölümle birlikte sona ereceği ve mirasçılara geçmeyeceği konusundaki esasın birleşmeye uygun düşmeyeceği belirtilmekte; böylece tarif edilen kurala ilişkin bir istisna tanımlanmış olmaktadır. Bu konuda bkz. Türk, s. 172.

mında gerçekleştirilen malvarlığı devirlerinin kural olarak kişiye özgü malvarlığı haklarını da kapsayacağı kabul edilmekte; böylelikle birleşmede külli halefiyet yoluyla intikal eden hakların kapsamı genişletilmektedir¹⁷⁶⁴.

Ayrıca, birleşme hâllerinde, intikal eden sözleşmenin karşı tarafının, sırf birleşme olgusu nedeniyle dönme veya fesih hakkı elde etmeyeceği; külli halefiyet sonucu sözleşme tarafının değişmesine katlanma külfeti altında olduğu prensip olarak kabul edilmektedir¹⁷⁶⁵. Böyle bir olağanüstü dönme veya fesih hakkının kanunda¹⁷⁶⁶ veya sözleşmede¹⁷⁶⁷ açık bir hüküm ile tanınmış olabileceği ya da -sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile- karşı tarafın sözleşmedeki durumunun birleşme sonucu kötüleştiği ve sözleşmeye devamının ondan beklenemeyeceği hâllerde ortaya çıkabileceği istisnaları saklı tutulmaktadır. Aynı yaklaşım şekli, sadece ticaret şirketlerinin birleşmesi hâlinde değil, aynı zamanda -külli halefiyet prensibi uygulanacağı kabul edilen- ticaret şirketlerinin bölünmesi ve ticari işletmenin devri hâllerinde de benimsenmektedir¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁴ Türk, s. 168-169. Bu nedenle, birleşmede külli halefiyet gereği, sadece tarafların şahsının önem taşıdığı sözleşmelerin değil, intifa ve diğer kişiye bağlı irtifak haklarında devralan veya yeni kurulan şirkete intikal edeceği görüşü ileri sürülmektedir (Türk, s. 176).

¹⁷⁶⁵ Birleşme bakımından bu görüşte: Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, FusG Art. 3, N. 7. Sözleşme taraflarından hiçbiri için, birleşme olgusunun, tek başına sözleşmenin sona erdirilmesi için haklı bir sebep oluşturmayacağı, çünkü birleşmenin, hem bir ticaret şirketinin ekonomik gelişim süreci içinde beklenebilecek bir olay hem de kanunen gerçekleştirmeye yetkili bulunduğu bir işlem olduğu görüşünde: Türk, s. 202.

¹⁷⁶⁶ Kanundan kaynaklanan devir yasaklarının sözleşmenin külli halefiyet gereği intikaline etkisinin ne olacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Kanundan kaynaklanan devir yasaklarının külli halefiyete engel oluşturabileceği görüşünde: ZK-Beretta, Art. 69-77, N. 29. Kanundan kaynaklanan devir yasağının intikale engel oluşturmayacağı ve emredici hükmün amacına göre olağanüstü bir fesih hakkının ortaya çıkıp çıkmayacağının değerlendirileceği görüşünde: von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1022.

¹⁷⁶⁷ Ticaret şirketlerinin tarafı olduğu sürekli sözleşmelere genellikle, birleşme hâlinde, karşı tarafa süresinden önce sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanıyan kayıtlar ("*change-of-control*" kayıtları) eklenmektedir. Bkz. SHK-Frey, FusG Art. 3, N. 7; Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, FusG Art. 3, N. 7.

¹⁷⁶⁸ Birleşme bakımından bu görüşte: SHK-Frey, FusG Art. 3, N. 7; malvarlığı devri bakımından bu görüşte: ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 44; von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1016. Bu doğrultuda, örneğin, bir kullanım ödünç sözleşmesinde, ödünç alan tarafın değişmesi ödünç ilişkisinin devamını çekilemez hâle getirmiş olmadıkça, ödünç verenin, kural olarak böyle bir olağanüstü fesih hakkı elde etmeyeceği ifade edilmektedir: von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1022. Ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinin bölünmesi hallerinde külli halefiyet prensibinin uygulanacağı görüşü hakkında aşağıda bkz. s. 440 vd.

Bir sözleşmede alacağın devri yasağı kararlaştırılmış olması, o sözleşmenin külli halefiyet yoluyla intikaline engel oluşturmamaktadır¹⁷⁶⁹. Ayrıca, külli halefiyet yoluyla intikal eden bir sözleşmede devir yasağı yer almasının o sözleşmenin sona erdirilmesi için tek başına haklı sebep oluşturmayacağı görüşü de yerleşiktir¹⁷⁷⁰. Çünkü bir sözleşmede devir yasağı kararlaştırılmış olması o sözleşme hakkında şahsa özgü olduğu yorumu yapılabilmesi için tek başına yeterli değildir. Bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaat, çoğu kez, devir bildirimlerini takip etme külfetinin ortadan kaldırılması, çifte ödeme riskinin bertaraf edilmesi gibi oldukça sıradan bir menfaattir. Böyle sıradan bir menfaatin devir yasağı anlaşması ile temin edilmiş olması, o sözleşmeyi şahsa özgü hâle getirmeyecektir. Bununla birlikte, başka ilave unsurlarla desteklendiği takdirde, devir yasağı anlaşmasının olağanüstü dönme veya fesih hakkının doğumuna dayanak oluşturacak şekilde yorumlanması mümkün olabilmektedir¹⁷⁷¹. Diğer yandan, devir yasağı anlaşmasına rağmen gerçekleşen intikalin, dönme veya fesih hakkı dışında, duruma göre, sözleşmenin uyarlanması (örneğin, sözleşmenin konusu veya süresinin değiştirilmesi)¹⁷⁷² ya da tazminat talebine¹⁷⁷³ de dayanak oluşturabileceği belirtilmektedir.

¹⁷⁶⁹ Birleşme bakımından bu görüşte: Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, FusG Art. 3, N. 7; SHK-Frey, FusG Art. 3, N. 7. Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1016, N. 1022; CHK-Weber, FusG Art. 69, N. 13; ZK-Beretta, Art. 69-77, N. 29, N. 48; R. von Büren, s. 41-42; Gersbach, s. 226. Birleşme bakımından bu doğrultuda bkz. 6. HD, 1.6.2010, E. 2010/5129, K. 2010/6533 (Kazancı; Lexpera): “...*tarafklar arasındaki uyumsuzluk, davalı şirketin kiracı şirket ile... ihtihak suretiyle birleşmesi halinde sözleşmeye konulan devir yasağı gereğince birleşilen şirket durumundaki davalının fuzuli şagil olup olmadığı noktasındadır... kiracı şirket ile davalı şirketin... birleşmeleri sonucunda... külli halefiyet ilkesi gereğince kira sözleşmesindeki hak ve borçların da davalı şirkete intikal ettiğinin kabulü gerekir. Bu durum yasa gereği olduğundan davacının onayının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.*” Aksi doğrultuda olarak, bölünme açısından, devir yasağı içeren sözleşmelerin (kısmi) külli halefiyet gereği geçişe dâhil olmayacağı görüşünde: Pulaşlı, § 8, N. 9.

¹⁷⁷⁰ Birleşme bakımından bu görüşte: Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber/Opel, FusG Art. 3, N. 7; SHK-Frey, FusG Art. 3, N. 7. Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1022.

¹⁷⁷¹ Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1022; R. von Büren, s. 42; ZK-Beretta, Art. 69-77, N. 29, N. 48; CHK-Weber, FusG Art. 69, N. 13; Gersbach, s. 226. Alman hukukunda bölünme açısından bu görüşte: Semler/Stengel (Schröder), UmwG § 131, N. 31; Lars Böttcher / Oliver Habighorst / Christian Schulte (hrsg.), **Umwandlungsrecht**, 2. Auflage, Baden-Baden 2019 = Böttcher/Habighorst/Schulte (Fischer), UmwG § 131, N. 20.

¹⁷⁷² Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: Gersbach, s. 226.

¹⁷⁷³ Malvarlığı devri bakımından bu görüşte: ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 48; CHK-Weber, FusG Art. 69, N. 13. Devir yasağı anlaşması ile alacağın devri için rızanın gerekli olduğu kararlaştırıldığı hâlde, külli halefiyet sonucu rıza olmadan gerçekleşen taraf değişikliğine katlanması gereken tarafın, bu yüzden uğradığı zararın tazminini isteyebileceği, çünkü bu hâlde bir sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğranılan bir zarar bulunduğu yönünde: ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 48.

Diğer yandan, örneğin, birleşme ile tüzel kişiliği sona eren şirketin taraf olduğu sözleşmede, devir yasağını tamamlayıcı bir tarzda birleşmenin etkisi açık bir hükümle düzenlenmiş olabilmektedir. Örneğin, bir sözleşme hükmünde, o sözleşmeden doğan alacakların devrinin anlaşma ile yasaklandığı belirtildikten hemen sonra, birleşme hâlinde karşı tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacağı şeklinde açık bir kayıt öngörülmüş olması muhtemeldir¹⁷⁷⁴. Sözleşmede böyle açık bir hükme yer verilmiş olmadıkça, devir yasağı anlaşması tek başına, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının varlığına dayanak oluşturacak şekilde yorumlanmaya elverişli değildir¹⁷⁷⁵.

F. “Kısmi Külli Halefiyet” Hâllerindeki Etkileri

1. “Kısmi Külli Halefiyet”in Anlamı: Ticari İşletmenin Devri ve Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Örnekleri

Bir gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu malvarlığının tamamının değil sadece belirli bir bölümünün, içeriğindeki her bir unsur için ayrı ayrı işlem yapmaya gerek olmaksızın, kanunun özel bir hükmü sayesinde, tek bir işlemle geçirilebildiği durumlarda, malvarlığı geçişi “*kısmi külli halefiyet*” (“*partielle Gesamtrechtsnachfolge*”; “*partielle Universalsukzession*”) olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁷⁶. Ticari işletmenin devri ve ticaret şirketlerinin bölünmesi, Türk hukukunda “*kısmi külli halefiyet*” gerçekleştiği öne sürülen örnekleri oluşturmaktadır:

¹⁷⁷⁴ Bauer, N. 481.

¹⁷⁷⁵ Bauer, N. 481.

¹⁷⁷⁶ “*Kısmi külli halefiyet*” deyimini kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 163b; Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. bası, İstanbul 2015 = Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Kendigelen), N. 393, N. 398; Pulaşlı, § 8, N. 9; Hüseyin Ülgen / Fatih Arıcı, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II**, İstanbul 2010, s. 1767-1804, s. 1787; Oruç Hami Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, 4. bası, Ankara 2019, s. 139; Bahtiyar, s. 70, s. 72; Hakan Çebi, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul 2010, s. 215; Kerem Çelikboya, **Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul 2017, s. 189. Öğretide ayrıca “*kısmi külli intikal*” deyimini de kullanılabilmektedir. Bkz. Zafer Kahraman, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 587-630, s. 602. İsviçre hukukunda 1.7.2004 tarihinde yürürlüğe giren Birleşme Kanunu (*Fusionsgesetz*) kapsamında öngörülen, bölünme ve malvarlığının devri işlemlerinin etkisi “*kısmi külli halefiyet*” anlamına gelecek şekilde- “*partielle Universalsukzession*” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Bauer, N. 486. Alman hukukunda ticaret şirketlerinin bölünmesi hâlleri açısından “*partielle Gesamtrechtsnachfolge*” esaslı uygulanmaktadır. Bkz. Semler/Stengel (Schröer), UmwG § 131, N. 13;

“*Kısmi külli halefiyet*” oluşturduğu öne sürülen durumlardan biri ticari işletmenin devridir. Ticari işletmenin bir tüzel kişiliği olmayıp, tacirin kişisel malvarlığı içinde belirli bir bölümü ifade etmektedir¹⁷⁷⁷. TK 11/III hükmünde ticari işletmenin “içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde” devredilebileceği öngörülmektedir. TK 11/III hükmündeki alıntılanan ifade öğretide bir görüş tarafından ticari işletme malvarlığının aktif ve pasifi ile bir bütün olarak tek bir işlemle devredilebileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, tacirin kişisel malvarlığının tamamının değil, yalnızca ticari işletmeye özgülenen malvarlığı kısmının TK 11/III hükmü uyarınca bir bütün olarak geçişi “*kısmi külli halefiyet*” olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁷⁸. Ancak bu yorum tarzı ve nitelendirmenin öğretide yerleşik olduğu söylenemez. Başka bir görüşe göre, TK 11/III hükmü, ticari işletme malvarlığının yalnızca aktifinin bir bütün olarak geçirilmesi sonucunun tek bir işlemle gerçekleştirilebilmesine olanak verir; malvarlı-

Joachim Schmitt / Robert Hörtnagl / Rolf-Christian Stratz (hrsg.), **Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar**, 8. Auflage, München 2018 = Schmitt/Hörtnagl/Stratz (Hörtnagl), UmwG § 131, N. 1; Böttcher/Habighorst/Schulte (Fischer), UmwG § 131, N. 1. Yakın dönem Alman öğretisinde, ticari işletmenin devri hükümlerinin (HGB § 25) yorumunda da aynı esasın benimsenmesi teklif edilmiş; bu konuda İsviçre Birleşme Kanunu’nun (*Fusionsgesetz*) malvarlığının devri düzenlemesinin model alınması önerilmiştir. Bkz. **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Buch 1: Handelsstand, §§ 1-104a**, (red.) K. Schmidt, 4. Auflage, 2016 = Mü-KomHGB-Thiessen, § 25, N. 23.

¹⁷⁷⁷ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Kendigelen), N. 338; Poroy/Yasaman, s. 43; Ünal Tekinalp, “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)’e Göre Devrinde Borçların Hukuki Yazgısı”, **BATİDER 60. Yıl Armağanı**, Ankara 2015, s. 3-17, s. 6.

¹⁷⁷⁸ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Kendigelen), N. 393, N. 398; Kahraman, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 602; Çelikboya, s. 189. Külli halefiyet bulunduğu yönünde: Poroy/Yasaman, s. 46. İsviçre hukukunda “*kısmi külli halefiyet*” hâli oluşturduğu kabul edilen malvarlığı devri (*Vermögensübertragung*) düzenlemesi (FusG 69) hakkında ayrıca bkz. Ülgen/Arıcı, s. 1769.

ğının aktifindeki her bir unsur için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapma ve bu işlemlere ilişkin özel şekil kurallarına uyma gerekliliğini ortadan kaldırır¹⁷⁷⁹. Bu ikinci yorum tarzı çerçevesinde “*kısmi külli halefiyet*” nitelendirmesine başvurulmamaktadır¹⁷⁸⁰.

“*Kısmi külli halefiyet*” gerçekleştiği öne sürülen ikinci durum ticaret şirketlerinin bölünmesidir. Ticaret şirketlerinin bölünmesi iki şekilde gerçekleşebilmektedir: Tam bölünme veya kısmi bölünme (TK 159). Tam bölünmede, bir şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılıp başka şirketlere devredilmekte; bölünen şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir (TK 179/III). Kısmi bölünmede ise bir şirketin malvarlığından bir veya birden çok bölüm ayrılarak başka şirketlere devredilmekte; bölünen şirketin tüzel kişiliği sona ermeyip devam etmektedir¹⁷⁸¹. Her iki tür bölünme hâli açısından, bölünmenin ticaret siciline tesciliyle, tescil anında envanterde kayıtlı bulunan tüm aktif ve pasiflerin -ayrıca bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın- kanun gereği devralan şirkete geçeceği düzenlenmektedir (TK 179/IV). Bölünmede hâllerindeki bu malvarlığı geçişi de “*kısmi külli halefiyet*” olarak isimlendirilmektedir¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁹ Tekinalp, s. 5 vd; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan (Nomer Ertan), s. 187 vd. Bu konuda, Tekinalp, TK 11/III hükmünde ticari işletmenin sadece aktifinin arz ettiği “*aynı bütün*” üzerinde tasarrufun düzenlendiğini, ticari işletmenin devrine taşınır satışı hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini, TK 11/III hükmünde özellikle “*borç*” tabirine yer verilmediğini, bu konunun BK 202 hükmüne göre çözümleneceğini, bu açıdan İsviçre hukukundaki malvarlığının devrine ilişkin FusG Art. 69 hükmüne nazaran farklı bir düzenleme benimsendiğini belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, s. 5 vd. Ticari işletmenin devri hâlinde, TK 11/III hükmü gereği ticari işletme aktiflerinin tamamının devralana geçeceği, borçların geçişinin BK 202 hükmüne tabi olacağı görüşünde: Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan (Nomer Ertan), s. 187-188 vd. Kanunun açık bir hükmü ile ticari işletme malvarlığının bütünü üzerinde tek bir işlemle tasarruf imkânının tanınmasında fayda bulunduğu geçmişte öğretilde ileri sürülmüştür. Bkz. Acemoğlu, s. 158; Ayiter, s. 142-143. Acemoğlu, bir malvarlığının ölümle geçişinde külli, sağlararası bir işlemle geçişinde ise cüzi halefiyet meydana getireceği yönündeki şekli Roma Hukuku düzeninin günümüzün gereklerine uymadığını, önemli olan malvarlığının toptan geçip geçmediği olduğunu, bu nedenle malvarlığı devrinin külli halefiyet hâli olarak düzenlenebileceği görüşündedir. Buna karşılık Acemoğlu’na göre, ticari işletme devrinin külli halefiyet olarak düzenlenmesi aynı kolaylıkla savunulamaz. Çünkü burada, malvarlığı devrinden ve şirketlerin birleşmesinden farklı olarak işletme sahibi devrettiği dışında daha birçok haklara sahiptir; bu yüzden külli halefiyetin en önemli dayanağı olan toptanlık şartı tam olarak gerçekleşemeyecektir. Yine de yazar, ticari işletmenin bir hak objesi olarak kabul edilebileceğini ve aktiflerinin tek bir işlemle geçirilmesi imkânı tanınabileceğini belirtmektedir. Bkz. Acemoğlu, s. 158.

¹⁷⁸⁰ “*Kısmi külli halefiyet*” nitelendirmesi yapmayan yazarlara örnek olarak: Tekinalp, s. 5 vd; Turgut Öz, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul 2013, s. 95-120, s. 95; Bozer/Göle, s. 27 vd; Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan (Nomer Ertan), s. 187 vd.

¹⁷⁸¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda çerçevesinde bölünme türleri hakkında bkz. Pulaşlı, § 8, N. 9; Bahtiyar, s. 70, s. 72; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 139.

¹⁷⁸² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 163b; Pulaşlı, § 8, N. 9; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 139; Çebi, s. 215. Bölünme hâli açısından külli halefiyetin “*kısmi*” olduğunu belirtmeye ihtiyaç olmadığı, çünkü böyle bir nitelendirmenin malvarlığının intikali açısından külli halefiyete nazaran

2. Devir Yasağı Anlaşmasının Hukuki Etkisi Sorunu

a. Sorunun Belirlenmesi

Yukarıda, bir alacağın devrinin anlaşma ile yasaklanmış olmasının, o alacağın külli halefiyet yoluyla intikaline tek başına engel oluşturmayacağı genel bir esas olarak belirlenmiş; bu esasın yerindeliği miras yoluyla intikal ve ticaret şirketlerinin birleşmesi örnekleri üzerinden ortaya konulmuştur. Ticari işletmenin devri ve bölünme yoluyla malvarlığı geçişi hakkında “*kısmi külli halefiyet*” nitelendirmesi yapıldığı dikkate alındığında, bu hâllerde devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların geçişinin külli halefiyet hâllerinde benimsenen bu genel esasa göre mi çözümleneceği bir sorun teşkil etmektedir.

Öğretide “*kısmi külli halefiyet*” hâllerinde, kural olarak, külli halefiyete ilişkin genel esasların uygulanacağı belirtilmektedir¹⁷⁸³. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, “*kısmi külli halefiyet*”, nitelik yönünden tam anlamıyla bir külli halefiyeti ifade ederken; nicelik yönünden kapsamı tarafların iradesiyle ile sınırlandırılmış bir külli halefiyet türüdür. Buna göre, “*kısmi*” tabiri külli halefiyetin hukuki sonuçlarına ilişkin değil, yalnızca külli halefiyetin kapsamına ilişkin bir nitelendirme içermektedir¹⁷⁸⁴.

Aşağıda görülecektir ki, öğretide, ticaret şirketlerinin bölünmesi ve ticari işletmenin devri hâllerinde devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu bazı eserlerde cüzi halefiyet prensibine göre, bazı eserlerde ise külli halefiyet prensibine göre çözüme kavuşturulmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının etkisi sorununun böyle farklı ele alınması, esasen, bölünme ve ticari işletmenin devri sonucu bir külli halefiyet meydana gelip gelmediği konusunda farklı düşünülmesi ile bağlantılıdır. Bu temel sorun hakkında karara varabilecek düzeyde bir araştırmaya tezimiz kapsamında yer verebilme imkânı bulunmamaktadır. Bu yüzden, aşağıda, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi

farklı bir hukuki sonuca işaret etmediği görüşünde: Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul 2004, s. 108.

¹⁷⁸³ Bölünme açısından külli halefiyet prensibinin şirketten ayrılan malvarlığı bölümlerine özgü olarak uygulanacağı ifade edilmiştir. Bkz. M.Helvacı, s. 108; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Tekinalp), N. 163b; Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 140; Pulaşlı, § 8, N. 9. Ticari işletmenin devri bakımından bu yönde: Çelikboya, s. 189-190.

¹⁷⁸⁴ İsviçre Federal Mahkemesi’nin ticaret şirketlerinin bölünmesi hakkındaki bu kararı için bkz. BGE 4P.299/2005, 31.01.2006, E. 2.2.2.

sorunu belirtilen iki farklı düşünceye göre ayrı ayrı ele alınmakta ve hangi sonuca varılacağı gösterilmektedir.

b. Ticari İşletmenin Devri Bakımından

(1) Cüzi Halefiyet Prensibine Dayanan Çözüm Tarzı

(a) Genel Olarak

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde, yalnızca, borcun naklinin alacaklının rızası aranmaksızın gerçekleştirilebileceği düzenlenmişti. Bu hüküm uyarınca, malvarlığının aktifinde yer alan hakların tek bir işlemle geçirilmesi mümkün değildi; her bir hak için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılması gerekiyordu. Buna göre, alacakların geçirilmesi için de alacağın devri sözleşmesi yapılması gerekiyordu¹⁷⁸⁵. Bu doğrultuda, bir alacak hakkının devrine herhangi bir engel bulunmasının, bu anlamda devir yasağı kararlaştırılmış olmasının, o alacağın ticari işletmenin devri kapsamında devrine engel oluşturacağı kabul edilmekteydi¹⁷⁸⁶.

TK 11/III hükmü ile getirilen değişiklik sonucu, ticari işletmenin devrinde malvarlığı geçişinin külli halefiyet prensibine dayanacağı görüşü yaygın biçimde ifade olunmaktadır¹⁷⁸⁷. Bununla birlikte, öğretide sözleşmenin devri için BK 205 gereği karşı tarafın rızasının aranacağı fikri de mevcuttur¹⁷⁸⁸.

¹⁷⁸⁵ Feyzioğlu, s. 691; Acemoğlu, s. 75; Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmelerin Aktif ve Pasifi ile Devri**, İstanbul 2008, s. 124.

¹⁷⁸⁶ Acemoğlu, s. 75; Arıcı, s. 124. Alman hukukunda da ticari işletmenin devrinde alacaklarının geçişi, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi, cüzi halefiyet prensibine bağlı kalınarak açıklanmaktadır. HGB § 25 I hükmünün ikinci cümlesinde, ticari işletmenin devrinde, işletmeye bağlı alacak haklarının ticari işletmeyi devralana geçmiş sayılacağı karine olarak öngörülmektedir. Bu hâlde alacağın devri hükümlerinin doğrudan uygulanacağı, devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların devrin dışında kalacağı kabul edilmektedir. Bkz. RGRK/Weber, § 412, N. 36-37; MüKom-HGB-Thiessen, § 25, N. 75; Baumbach/Hopt (Hopt), § 25, N. 23; C. T. Ebenroth, / K. Boujong, / D. Joost, / L. Strohn (begr.), **Handelsgesetzbuch Kommentar, Bd. 1: §§ 1-342e**, 4. Auflage, München 2020 = EBJS/Reuschle, § 25, N. 75.

¹⁷⁸⁷ Bkz. s. 446 vd.

¹⁷⁸⁸ Murat Topuz, "Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012, C. 18, S. 2, s. 19-79, s. 70-71. İsviçre öğretisinde, sözleşmelerin külli halefiyet gereği kendiliğinden intikal edeceği görüşü yaygın olmakla birlikte (bkz. s. 446, dn. 1794), sözleşmenin devri için rızanın gerekli olduğu fikri de öğretide savunulmaktadır. Bkz. Pascal G. Favre, **Le transfert conventionnel de contrat**, Zurich 2005, § 3, N. 282-286. Ayrıca, belirtelim ki, sözleşmelerin geçişi için rıza aranacağı görüşü, İsviçre Birleşme Kanunu'nun hazırlığı sürecinde hâkim olan görüştür. Bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung: BBl 2000, s. 4337, s. 4445; Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Sitzung des Nationalrates vom 12. März 2003, s. 243-244.

Ticari işletmenin devri kapsamında sözleşmelerin de devredilebilmesi için karşı tarafın rızasını arayan görüş, ticari işletmenin devri sonucu bir külli halefiyet gerçekleştiği düşüncesini reddetmiş olmakta; cüzi halefiyet prensibine -şekil kuralları yönünden sağlanan kolaylık dışında- bağlı kalmaktadır. Alacakların geçişinde cüzi halefiyet prensibine bağlı kalınması hâlinde, devir yasağı kararlaştırılmış bir alacak hakkı borçlu rıza vermedikçe ticari işletmeyi devralana geçmeyecektir; borçlu devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifada bulunmaktan kaçınabilecektir.

Diğer taraftan, ticari işletmeyle ilgili sözleşmelerin devri için, BK 205 hükmü uyarınca sözleşmenin karşı tarafının rızasının alınması¹⁷⁸⁹, devri anlaşma ile yasaklanmış alacak haklarının da sözleşmeyle beraber ticari işletmeyi devralana geçmesi sonucu doğuracaktır. Yukarıda belirtilmiştir ki, bir sözleşmede devir yasağı kararlaştırılmış olması o sözleşmenin üç tarafın katılımı ile devredilmesine engel teşkil etmemektedir¹⁷⁹⁰.

(b) Sözleşmelerin Kanun Gereği Gececeği Görüşüne Göre Çözümü

Bir görüşe göre, ticari işletmenin devri hâlinde işletme ile ilgili sözleşmeler kanun (TK 11/III) gereği devralana geçer. Bu görüş, sözleşmelerin kanun gereği geçişine külli halefiyet prensibini dayanak göstermiş değildir¹⁷⁹¹. TK 11/III hükmünü -

¹⁷⁸⁹ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde kombinasyon teorisine bağlı kalınarak, ticari işletmenin devri hakkındaki eBK 179 hükmü, sözleşmenin karşı tarafın rızası aranmaksızın devredilebilmesine dayanak veren istisnai bir düzenleme olarak görülmüştü. Çünkü, kombinasyon teorisine göre, sözleşmenin devri kurumu, alacağın devri ve borçların nakli işlemlerinin toplamından ibaretti. eBK 179 hükmünde ise borcun naklinin alacaklının rızası aranmaksızın gerçekleşebileceği istisnai bir düzenleme mevcuttu. Bu doğrultuda, sadece alacakların devri için değil, aynı zamanda borçların nakli için de rızanın gerekli olmadığı ortaya çıkmaktaydı. O hâlde, alacağın devri ve borcun nakli işlemlerinin ortak sonucu olan sözleşmenin devri sonucu, sadece ticari işletmeyi devreden ile devralanın tarafı olduğu bir anlaşma ile meydana getirilebilecekti. Bu görüşe göre bir sözleşmeden doğan alacak ve borçları aynı kişiye geçiren tarafın, içeriği boşaltılmış sözleşmenin tarafı olarak kalmasında menfaati bulunmamaktaydı. Bkz. Arıcı, s. 127-131. Kombinasyon teorisinin sözleşmenin devrinin hukuki yapısına ilişkin açıklama tarzı hakkında bkz. s. 399 vd.

¹⁷⁹⁰ Bkz. s. 399 vd.

¹⁷⁹¹ Ticari işletmenin devrine ilişkin TK 11/III hükmünün sözleşmenin devrine ilişkin BK 205 hükmüne nazaran özel bir hüküm olarak değerlendirileceği görüşünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1907. Ticari işletmenin devrinde malvarlığına ilişkin sözleşmelerin tarafında değişiklik meydana geleceği görüşünde: Nomer, N. 241.5. eBK 179 bakımından ticari işletmenin devrinde, işletmeye bağlı sözleşmelerin kanun gereği devrolunacağı görüşünde: Acemoğlu, s. 79; Domaniç/Ulusoy, s. 180. Ace-

kiralananın el değıştirmesine ilişkin BK 310/I hükmü¹⁷⁹² gibi- sözleşmenin kanun gereğı devrolunduğı özel bir hüküm olarak yorumladığı anlaşılmaktadır¹⁷⁹³. Böyle bir yorumun benimsenmesi hâlinde devir yasağı anlaşmasının etkisi sözleşmeden doğan alacaklar bakımından şöyle farklı değerlendirilecektir: Bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olması, kural olarak cüzi halefiyet prensibine bağılı kalınması gereğı, o alacağın ticari işletmenin devri kapsamında geçişine engel oluşturacaktır. Buna karşılık, sözleşmeden doğan ve devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların, kanunun özel hükmü (TK 11/III) gereğı, sözleşmeyle beraber ticari işletmeyi devralana geçeceği kabul edilecektir. Bu görüş çerçevesinde, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının ticari işletmenin aktifindeki alacakların geçişini sınırlandırıcı etkisi önemli ölçüde bertaraf edilmiş olmaktadır; zira pratikte devir yasağı anlaşmasının konusunu genellikle sözleşmeden doğan alacaklar oluşturmaktadır.

(2) Külli Halefiyet Prensibine Dayanan Çözüm Tarzı

(a) Genel Olarak

İsviçre hukukunda hâkim görüş ticari işletmenin devri (malvarlığı devri) hâlinde sözleşmelerin (kısmi) külli halefiyet prensibi gereğince -karşı tarafın rızası aranmaksızın- devralana geçeceği yönündedir¹⁷⁹⁴. Aynı görüş Türk hukukunda da ileri sürülmektedir¹⁷⁹⁵. Ticari işletme malvarlığının aktifindeki unsurların geçişinin külli

moğlu (s. 79), bir işletme ile yapılan sözleşmelerde, onun sahibinin değil doğrudan doğruya işletmenin göz önünde tutulmasını, sözleşmelerin işletmenin hukuki bütünlüğüne dâhil olmasını gerekçe olarak göstermektedir. Domaniç/Ulusoy (s. 180) tacirin ticari işletmesini işletirken kullandığı ticaret unvanı altında yaptığı tüm sözleşmelerin (aksi kararlaştırılmış olmadıkça ve sözleşmenin içeriğı gereğı tarafların kişiliğı önemli değilse) devralana geçeceği görüşündedir.

¹⁷⁹² BK 310/I: “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değıştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur”.

¹⁷⁹³ Ticari işletme malvarlığında bulunan hakların geçişine kural olarak cüzi halefiyet prensibi uygulanacağı, istisnai olarak ticari işletme ile ilgili sözleşmelerin kanun gereğı geçeceği fikri Alman öğretisinde de ileri sürülmektedir. Bkz. Schmidt, § 7, N. 77. Buna karşılık, Alman öğretisinde hâkim olan görüş, kanunun ticari işletmenin devrinde sözleşmenin devri sonucunu açıkça öngörmüş olmadığı gerekçesi ile bu fikri reddetmekte; yalnızca kanunun sözleşmenin tarafının değışeceğini öngördüğü istisnai hâllerde (kiralananın el değıştirmesine ilişkin BGB § 566 gibi) bu sonucun meydana geleceğı fikrini benimsemektedir. Bu görüş için bkz. Schmidt, § 7, N. 77; hâkim görüş olarak anılan eserler için bkz. Schmidt, § 7, N. 76, dn. 57.

¹⁷⁹⁴ ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 41; ZK-Beretta, FusG Art. 69-77, N. 41, N. 48; von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1016, N. 1022; CHK-Weber, FusG Art. 69, N. 13; R. von Büren, s. 41-42; Gersbach, s. 226; Bauer, N. 568 vd.

¹⁷⁹⁵ “Kısmi külli halefiyet” prensibini gerekçe göstererek sözleşmelerin kendiliğinden intikal edeceği görüşünde: Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Kendigelen), N. 393; Çelikboya, s. 379.

halefiyet prensibine göre çözümleneceği görüşü Türk hukukunda da üstün tutulduğu takdirde, devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların geçişi hakkında, yukarıda külli halefiyet başlığı altında yapılan açıklamalar örnek alınmalıdır¹⁷⁹⁶. Söz konusu başlık altında atıfta bulunulan kaynaklar incelendiğinde görülecektir ki, İsviçre öğretisinde külli halefiyet prensibine dayanan açıklama tarzı birleşme ve malvarlığı devri hâllerinde birbiriyle tam bir paralellik içindedir.

(b) BK 202/I Hükümünün Emredici Niteliğine Dair Tartışma ile İlişkisi

Ticari işletme ile ilgili borçların, ticari işletmenin devri hâlinde, alacaklıların rızası aranmaksızın devralana geçeceğini öngören BK 202/I hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı öğretide tartışma konusudur. Bir görüşe göre, bu hüküm emredici nitelikte olup bir ticari işletme malvarlığının aktif ve pasifi ancak bir bütün hâlinde devre konu olabilir. Sadece malvarlığının aktifindeki unsurların devrini öngören bir sözleşme geçerli olmaz; çünkü alacakların teminatını teşkil eden aktifin devredilip pasifin devredilmemesi emredici kurala aykırılık oluşturur¹⁷⁹⁷. İkinci bir görüşe göre, bu hüküm emredici nitelik taşımamaktadır; pasifin tamamı yahut bir kısmı, ticari işletmenin devri sözleşmesinde yapılan anlaşma ile devrin kapsamı dışında bırakılabilir¹⁷⁹⁸.

Bu görüşlerden hangisinin daha isabetli olduğu bu çalışma kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte, BK 202/I hükmünün emredici nitelik taşımadığını savunan ikinci görüşün devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini ilgilendiren bir yönü mevcut olduğunu vurgulamak gerekir: Bu görüş çerçevesinde, ticari işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılan bir anlaşma ile işletme ile ilgili bir sözleşmeden doğan borçların devreden üzerinde bırakılabileceği, sadece o sözleşmeden doğan alacakların devredilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. İçeriği tarafların iradesiyle bu şekilde ikiye ayrılmış bir sözleşmenin ise külli halefiyet gereği intikal ettiği söylene-
mez. Sadece o sözleşmeden doğan alacakların cüzi olarak devre konu edildiği tespiti

¹⁷⁹⁶ Bkz. s. 433 vd.

¹⁷⁹⁷ Teminat teorisi olarak da adlandırılan bu görüş için bkz. Poroy/Yasaman, s. 48, s. 51; Arkan, s. 46; Bozer/Göle, s. 23; Öz, Ticari İşletmenin Devri, s. 114.

¹⁷⁹⁸ Arıcı, s. 144-156; Tekinalp, s. 15; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Kendigelen), N. 389; Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Nomer Ertan), s. 183-184; Kahraman, **Ticari İşletmenin Devri**, s. 616.

yapılabilir. Dolayısıyla, bu ihtimalde, cüzi halefiyet prensibi uygulanmalı ve devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmü yürürlük bulmalıdır. Bu doğrultuda, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifada bulunmaktan kaçınması mümkün olabilir.

Böyle bir anlaşmaya rağmen sözleşmenin külli halefiyet gereği intikal edeceği kabul edilirse şu sonuç ortaya çıkar: Borçlu, karşı edime ilişkin alacağının ifasını ticari işletmeyi devralandan isteyemez; çünkü, ticari işletmeyi devreden ile devralan arasındaki anlaşma ile devralanın borçlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmıştır. Üstelik, borçlu, sözleşmede bir devir yasağı kararlaştırılmış olduğu hâlde, kendi borcunu, dayandığı sözleşme TK 11/III kapsamında külli halefiyet gereği intikal ettiği için, ticari işletmeyi devralana ifa ile yükümlü hâle gelmiştir; bu durum ise borçlunun devir yasağına olan menfaatini zedelenmektedir. TK 11/III hükmünün amacı, sözleşme özgürlüğüne bu ölçüde müdahale edilebilmesini haklı göstermemektedir. Sözleşme içeriğindeki alacak ve borçların, ticari işletmeyi devralanın hukuki durumunu iyileştirecek şekilde birbirinden ayrılabilmesi ve borçların tamamının veya bir kısmının ticari işletmeyi devreden üzerinde bırakılabileceği görüşü üstün tutulursa, bu görüş çerçevesinde, ticari işletmeyle birlikte intikal eden alacakların borçlusunun hukuki durumunun, alacağın devri hükümlerine göre korunması gerekliliği gündeme gelecektir. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi de bu doğrultuda dikkate alınmayı beklemektedir.

(c) Kanuna Karşı Hile İhtimali

İsviçre hukukunda, malvarlığı devrinin külli halefiyet sonucu doğuracağı, ancak bu işlemin bir sözleşmedeki devir yasağı anlaşmasını dolanmak için gerçekleştirilmiş olduğu hâllerde, bunun hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği ve devir yasağı kararlaştırılan sözleşmelerin intikal etmeyeceği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷⁹⁹. Türk hukukunda ticari işletmenin devrinin bir külli halefiyet hâli oluşturduğu düşüncesi üstün tutulduğu takdirde önem kazanacak olan bu görüş aşağıdaki şekilde anlaşılmalıdır:

¹⁷⁹⁹ R. von Büren, s. 42; von der Crone/Gersbach/Kessler/B. von der Crone/Ingber, § 5, N. 1016; Gersbach, s. 226.

Sözleşmenin devri için kural olarak sözleşmenin karşı tarafının rızası aranmaktadır (BK 205); külli halefiyet prensibinin uygulandığı istisnai hâllerde ise rızanın alınmasına gerek olmamaktadır. İçeriğinde bir alacağın devri yasağı mevcut olup olmadığına bakılmaksızın, tüm sözleşmeler külli halefiyet prensibi gereği intikal etmektedir. Dolayısıyla, yukarıda anılan görüşün ifadesi ile “*bir sözleşmedeki devir yasağını dolanmak için malvarlığı devri gerçekleştirilmiş*” olan bir ihtimalde, esasında, devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün değil, sözleşmenin devri için karşı tarafın rızasını arayan BK 205 hükmünün dolanılması söz konusu olacaktır. Ayrıca, kanuna karşı hilenin yaptırımını hakkın kötüye kullanılması yasağında (MK 2/II) arayan düşünce tarzı günümüzde kabul görmemektedir; bunun yerine, kanuna karşı hile oluşturan işlem ile dolanılmak istenen hükmün ihlal edilmiş sayılacağı görüşü benimsenmektedir¹⁸⁰⁰.

Bu çerçevede ticari işletmenin devrinin devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisini bertaraf etmek için gerçekleştirildiği bir ihtimalle karşılaşıldığında şöyle çözüme varılacaktır: Bu hâlde, dolanma kastı güdülen kanun hükmü, sözleşmenin devri için karşı tarafın rızasını arayan BK 205 hükmüdür. Bir ticari işletmenin devri işlemi yapılırken BK 205 hükmünün dolanılması ve devir yasağı içeren bir sözleşmenin külli halefiyet gereği intikali amaçlanmışsa BK 205 hükmü doğrudan etki yaratır; söz konusu sözleşme ticari işletmenin devri kapsamında intikal etmez. Bu sözleşme ticari işletme malvarlığının bütünlüğü açısından merkezi bir öneme sahip olduğu takdirde, duruma göre, ticari işletmenin devri işleminin hükümsüzlüğü söz konusu olabilecektir.

c. Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Bakımından

Bölünme hâllerinde devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisinin ne olacağı sorununun çözümü¹⁸⁰¹ için, ilk aşamada, bölünme hâllerinde malvarlığı geçişinin cüzi

¹⁸⁰⁰ Kocayusufoğlu, § 35, N. 78. Ayrıca bkz. s. 431 vd.

¹⁸⁰¹ Bölünme hâllerindeki devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu Alman hukukunda kanun değişikliğine sebebiyet vermiştir: Alman hukukunda ticaret şirketlerinin bölünme ve birleşmeleri hakkındaki Dönüştürme Kanunu’nun (*Umwandlungsgesetz*) § 132 hükmünde (alacağın niteliğinden kaynaklanan veya sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir engeli mevcut olduğu takdirde alacağın devrinin hükümsüz olacağı öngörülen) BGB § 399 hükmünün tam bölünme (*Aufspaltung*) hâlinde uygulanmayacağı açıkça düzenlenmişti. Buna karşılık, aynı hükmünde, BGB § 399 hükmünün kısmi bölünme hâlinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Bundan hareketle, bir alacağın devrine herhangi bir engel bulunmasının o alacağın kısmi

halefiyet prensibine mi yoksa külli halefiyet prensibine mi dayandığı konusunda karar alınması gerekmektedir. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi, ikinci aşamada, ticari işletmenin devri açısından yukarıda açıklanan çözüm şekillerinden birine bağlı kalınarak belirlenecektir¹⁸⁰². Bu konuda, yalnızca tam bölünme hâli bakımından farklı bir özellik ortaya çıkmaktadır: Yukarıda açıklandığı üzere tam bölünme hâlinde, bölünen şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir¹⁸⁰³. Bu durum göz önünde tutularak, öğretide, birleşme bakımından olduğu gibi, alacağın sona ermesi sonucunun meydana gelmesi engellenmeye çalışılmakta; bu çaba doğrultusunda genellikle devir yasağı anlaşmasının alacağın intikaline engel oluşturmayacağı kararına varılmaktadır¹⁸⁰⁴.

II. Devir Yasağı Anlaşmasının Geçerliliği

A. Genel Olarak

Devir yasağı anlaşması alacaklı ile borçlunun birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur¹⁸⁰⁵ ve geçerliliği sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabidir¹⁸⁰⁶. Aşağıda devir yasağı anlaşmasının geçerliliği bakımından öğretide ve uygulamada değerlendirme konusu olan belirli hukuki sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri paylaşılmaktadır.

B. Şekil Bakımından

Devir yasağı anlaşmasının geçerliliği kanun tarafından şekle tabi tutulmamıştır. Bu nedenle yazılı veya sözlü olarak kararlaştırılması mümkündür¹⁸⁰⁷.

bölünme sonucu intikaline engel oluşturacağı, bu alacakların bölünen şirkette kalacağı sonucuna varılmaktaydı (Bu görüşler için bkz. Çebi, s. 225). UmwG § 132 hükmü 19.4.2007 tarihli Kanun (BGBl I 542) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik, öğretide, bundan böyle, bir devir yasağı kararlaştırılmış olmasının alacağın gerek tam bölünme gerekse kısmi bölünme ile intikaline engel oluşturmayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Schmitt/Hörtnagl/Stratz (Hörtnagl), UmwG § 131, N. 31; Semler/Stengel (Schröer), UmwG § 131, N. 31; MüKombGB-Roth/Kieninger, BGB § 412, N. 16.

¹⁸⁰² Bkz. s. 444 vd.

¹⁸⁰³ Bkz. s. 440 vd.

¹⁸⁰⁴ Alman hukuku bakımından bu yönde: Semler/Stengel (Schröer), UmwG § 131, N. 31; Henssler/Strohn (Wardenbach), UmwG § 131, N. 17. Birleşmedeki durum için bkz. s. 435 vd.

¹⁸⁰⁵ Devir yasağı anlaşmasının taraflarının daima alacaklı ile borçlu olduğu konusunda bkz. s. 134 vd.

¹⁸⁰⁶ Dayınlarlı, s. 166; Dinar, s. 48.

¹⁸⁰⁷ Arsebük, s. 1066; Saymen/Elbir, s. 340; Tunçomağ, s. 1084; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Feyzi-oğlu, s. 632; Aybay, s. 190; Tekil, s. 242; Özakman, s. 22; Engin, s. 26; Dinar, s. 50; Şener, s. 76; Attenhofer, s. 276; Funk, Art. 164, N. 4; von Tuhr/Escher, s. 347; von Büren, s. 324; Engel, s. 877; Schuln/Vogt, s. 615; B.Berger, N. 2102; BeckOK/Rohe, § 399, N. 11.

Alacağın dayandığı sözleşmenin geçerliliğinin şekle tabi olması hâlinde, devir yasağı anlaşmasının da o şekle bürünmesinin gerekli olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Bu meselenin çözümü için ise devir yasağı anlaşmasının sözleşmede bir yan nokta mı yoksa bir esaslı nokta mı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir¹⁸⁰⁸. Devir yasağına ilişkin anlaşmanın dâhil olduğu sözleşme bakımından prensip olarak yan nokta niteliği taşıdığı¹⁸⁰⁹, objektif açıdan esaslı bir nokta niteliği taşımadığı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, alacağın dayandığı sözleşmenin geçerliliği şekle tabi olsa bile, devir yasağı anlaşmasının geçerliliği için herhangi bir şekle uyulması zorunluluğu bulunmadığı sonucuna varılmaktadır¹⁸¹⁰. Bir yan nokta niteliği taşıdığına göre, BK 13/I c. 2 gereği, devir yasağının kaldırılması konusundaki anlaşmanın geçerliliği için de herhangi bir şekle uyulmasına gerek bulunmamaktadır¹⁸¹¹.

Devir yasağı anlaşmasının sözleşmede sübjektif açıdan esaslı nokta niteliği taşıması ihtimali de mevcuttur. Örneğin, taraflar, bir taşınmaz satışına ilişkin sözleşmede bedel alacağının devrinin yasaklanmasına özel bir değer tanımış olabilirler¹⁸¹². Öğretilde, geçerlilik şeklinin yerine getirilmesi için hem objektif hem de sübjektif esaslı noktaların şekle bürünmesinin zorunlu olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, geçerlilik şeklinin ister objektif açıdan ister sübjektif açıdan olsun tüm esaslı noktaları içermesi gerekmektedir¹⁸¹³. Başka bir görüşe göre, sübjektif esaslı noktaların tamamının değil, sadece sözleşmenin normal hukuki çerçevesine dâhil (nitelikleri gereği doğrudan doğruya o tip bir sözleşmenin içeriğine dâhil) sayılabilenlerin şekle bağlanması yeterlidir¹⁸¹⁴. İlk görüşe bağlı kalınırsa, devir yasağı anlaşmasının sözleşmede sübjektif olarak esaslı nokta niteliği taşıdığı belirlenen bir durumda, sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline bürünmesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁸¹⁵. İkinci görüş üstün tutulursa, devir yasağı anlaşması sadece sözleşmenin normal hukuki çerçevesinde dâhil bir esaslı nokta oluşturduğu takdirde geçerlilik şekline bağlanmış olması aranmalıdır.

¹⁸⁰⁸ Spirig, Art. 165, N. 14.

¹⁸⁰⁹ Attenhofer, s. 277; Schuln/Vogt, s. 615.

¹⁸¹⁰ Oğuzman/Öz, C. II, N. 1725; Engin, s. 26.

¹⁸¹¹ Gerekçe belirtmeksizin aynı yönde: Schuln/Vogt, s. 616.

¹⁸¹² Schuln/Vogt, s. 615.

¹⁸¹³ Eren, N. 858; Oğuzman/Öz, C. I, N. 475; Nomer, N. 71.2.

¹⁸¹⁴ Tandoğan C. I/1, s. 228-232; Kocayusufoğlu, § 26, N. 5.

¹⁸¹⁵ Bu görüş doğrultusunda sübjektif esaslı nokta niteliği taşıyan devir yasağı anlaşmasının geçerlilik şekline bağlanması gerektiği fikrinde: Schuln/Vogt, s. 615.

Belirtilmelidir ki, devir yasağına ilişkin anlaşmanın sözleşmenin şekline bürünmüş olup olmaması, pratikte, geçerlilik şekli bakımından değil, devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının ileri sürülebilir olup olmadığı bakımından ihtilafa konu olmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının sözleşmenin şekline bürünmediği ihtimalde BK 183/II hükmü uyarınca devralanın iyiniyetinin koruma görüp görmeyeceği değerlendirilmektedir¹⁸¹⁶. Devir yasağı anlaşmasının sözleşme senedinde açıkça belirtildiği ihtimalde ise, alacak için bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilen devralanın borçlunun sergilediği davranışlarla kendisine yapılan devre rıza verdiğiğine güvenmekte haklı sayılabilir olup olmadığı meselesi incelenmektedir¹⁸¹⁷.

C. Alacağın Devri Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamanın MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi

1. Devir Yasağı Anlaşması ile Getirilen Sınırlamanın MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi

Öğretide, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının bazı durumlarda alacaklının ekonomik özgürlüğünün ahlaka aykırı düşecek ölçüde sınırlandırılmasına yol açabileceği ve MK 23/II hükmüne aykırı düşebileceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁸¹⁸:

Bir görüşe göre, alacaklının borçluya ekonomik olarak bağımlı olduğu somut bir durumda devir yasağını kabul etmesi MK 23/II hükmüne aykırılık oluşturabilir¹⁸¹⁹. Buna verilen tipik örnekler, borçlunun alacaklının ticari faaliyeti için müşteri olarak

¹⁸¹⁶ Bkz. s. 378 vd.

¹⁸¹⁷ Bkz. s. 354 vd. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında yazılı şekilde kararlaştırılmış bir devir yasağının kaldırılması için tarafları anlaşmasının yeterli olduğunu; devir yasağının kaldırılması konusundaki anlaşmanın da yazılı şekle bürünmesine ihtiyaç olmadığını belirtmiştir: BGE 4C.129/2002, 03.09.2002, E. 1.1. Ancak kararda geçerlilik şekline ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamakta; devralanın borçlunun devre örtülü olarak rıza verdiğiğine güvenmekte haklı sayılabilir olup olmadığı incelenmektedir.

¹⁸¹⁸ Şener, s. 99; Özge Uzun Kazmacı, **Faktoring Sözleşmesi**, İstanbul 2013, s. 117-118; BSK-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 32; Huguenin, § 15, N. 1360; Schwenzler, N. 90.24; Benedikt Fässler, **Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht**, Zürich 2010, N. 474. Aynı konu Alman ve Avusturya hukuklarında ahlaka aykırılık yönünden ele alınmaktadır: RGRK/Weber, § 399, N. 39; Hadding/van Look, s. 7; Larenz, § 34, s. 581; von Falkenhayn, s. 155; Koziol, s. 122; Iro, s. 104. Türk hukukunda kişilik değerlerinin ahlaka aykırı sayılacak ölçüde sınırlandırılması aynı zamanda MK 23/II hükmüne aykırı sayılmaktadır. Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 42, N. 60; Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 3, N. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, N. 648.

¹⁸¹⁹ Uzun Kazmacı, s. 117-118; Fässler, N. 474; Hadding/van Look, s. 11.

taşıdığı değer nedeniyle üstün pazarlık gücüne sahip olması¹⁸²⁰ ya da borçlunun tekel konumunda olmasıdır¹⁸²¹. Başka bir görüş, alacağın devir yeteneğine sahip olmasının alacaklı bakımından ne derece ekonomik önemli olduğuna da bakılması gerektiği düşüncesindedir. Buna göre, alacak hakları malvarlığında esaslı bir yer teşkil eden bir işletme için devir yasağı kararlaştırılması ekonomik özgürlüğünün ahlaka aykırı ölçüde sınırlandırılması anlamına gelebilir¹⁸²². Bu konuda gelecekteki alacakların toptan devrinin MK 23/II hükmüne aykırı olup olmadığı denetlenirken başvurulacak zaman ve konu bakımından sınırlamalarının¹⁸²³ kıyas yolu ile devir yasağı kararlaştırılan ihtimalde uygulanması önerilmektedir¹⁸²⁴.

Bir sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeni ile MK 23/II hükmü uyarınca geçersiz sayılabilmesi için taraflardan biri açısından ekonomik özgürlüğün ortadan kaldırılması niteliği taşıması, onun ekonomik varlığının özünü tehlikeye düşürmesi veya karşı tarafın keyfine tabi kılması şartları aranmaktadır¹⁸²⁵. Bu şartların ağırlığı dikkate alındığında, devir yasağı kararlaştırılması yüzünden alacaklının ekonomik özgürlüğünün ahlaka aykırı düşecek ölçüde sınırlandırılmış olacağı bir durum ile karşılaşılması pek muhtemel gözükmemektedir¹⁸²⁶. Alacaklının devir yasağı kararlaştırılmasını kabul ederken ekonomik özgürlüğünden vazgeçtiği veya ekonomik varlığının özünü tehlikeye attığı şeklinde bir tespitle bulunabilmek güçtür. Çünkü, alacaklı devir yetkisinden

¹⁸²⁰ Fässler, N. 474; Hadding/van Look, s. 11; von Falkenhayn, s. 155.

¹⁸²¹ Uzun Kazmacı, s. 117-118; Fässler, N. 474; Hadding/van Look, s. 11; Fikentscher/Heinemann, N. 725.

¹⁸²² Devir yasağı nedeni ile alacaklının ekonomik özgürlüğünün ahlaka aykırı biçimde sınırlandırılmış olabileceği ve bunun bir kelepçeleme (*Knebelung*) teşkil edebileceği görüşünde: Koziol, s. 122; Iro, s. 104. Benzer yönde: Fässler, N. 474.

¹⁸²³ Toptan devirlerin geçerli sayılabilmesi için devre konu alacakların kapsamının zaman ve konu bakımından sınırlandırılması gerekli görülmektedir. Buna göre, belirli bir borçluya karşı belirli sözleşmelerden doğacak belirli bir sayıdaki alacak hakkının devredilmesi veya belirli bir borçlu ya da borçlulara karşı belirli bir süre içinde kazanılacak alacakların devri geçerli görülmektedir. Bu tarz zaman ve konu sınırlaması yapılmaksızın gerçekleştirilen toptan devirlerse geçersiz sayılmaktadır. Bu konuda bkz. Aral, s. 123 vd; Engin, s. 29; Oktay Özdemir, s. 288 vd.

¹⁸²⁴ Dinar, s. 48.

¹⁸²⁵ Kocayusufoğlu, § 42, N. 60; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, N. 648. Bağımlılık yaratıcı, geleceği ipotek altına alıcı, süre ve kapsam yönünden ölçüsüz taahhütlerin MK 23/II kuralına aykırı düşeceği yönünde: Serozan, **Medeni Hukuk**, I § 3, N. 8.

¹⁸²⁶ Şener, s. 99; Hadding/van Look, s. 7; Berger, s. 265. Alacaklının devir yasağı yüzünden sahip olduğu alacakları teminat amaçlı devrederek kredi elde etme imkânından mahrum kalmış, bu yüzden ekonomik özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlandırılmış olmasının devir yasağının ahlaka aykırı sayılabilmesi için yeterli olmadığı görüşünde: RGRK/Weber, § 399, N. 39; Hadding/van Look, s. 7; Larenz, § 34, s. 581.

vazgeçmiş olsa bile hâlen daha alacak üzerinde hak sahibidir ve ekonomik özgürlüğünü alacağı tahsil yetkisi ile muhafaza etmektedir. Bu açıdan gelecekteki alacakların toptan devri bakımından benimsenen ölçütlerin devir yasağındaki duruma aktarılması da mümkün olamayacaktır. Gelecekteki alacakların toptan devri söz konusu olan hâllerde alacaklı malvarlığının önemli bir bölümü üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Devir yasağı kararlaştırılması hâlinde ise alacaklı sahip olduğu yetkilerin yalnızca biri olan alacağı devir yetkisinden mahrum kalmaktadır. Bir alacak hakkı söz konusu olduğunda ekonomik özgürlüğünün temelini oluşturan ifayı talep yetkisi bundan etkilenmemektedir¹⁸²⁷. Üstelik, devir yasağı kararlaştırılması sonucu alacağı devir yetkisi kesin biçimde ortadan kaldırılmış da değildir; borçlunun rızası alınabildiği takdirde alacak hakkı devredilebilir, teminat amaçlı kullanılabilir¹⁸²⁸. Ayrıca, yukarıda açıklanmıştır ki, borçlunun alacağın devrine rıza vermekten kaçınma yetkisi hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK 2/II) ile sınırlıdır. Bu açıdan borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını öne sürerek kendi menfaatlerini ölçüsüz biçimde dayattığı, devir yasağı yüzünden alacaklının borçlunun keyfine tabi duruma geldiği bir durum ile de karşılaşmayacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı borçlunun devir işlemine rıza vermekten keyfi biçimde kaçınmasının önünü kesmektedir¹⁸²⁹.

2. Devir Yasağından Başka İçerikteki Anlaşmalarla Getirilen Sınırlamaların MK 23/II Hükmü ile Denetlenmesi

Alacağın devri özgürlüğü, uygulamada, alacaklı ile borçlu arasında devir yasağından başka içerikte anlaşmalar yapılarak da sınırlandırılabilir. Örnek olarak, alacağın devredilmesi hâlinde sona ereceği kararlaştırılmış, alacağın varlığı devredilmesi bozucu koşuluna bağlanmış olabilir. Alacağın devrinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının (dönme veya fesih hakkı) doğumuna dayanak vereceği özel olarak düzenlen-

¹⁸²⁷ Şener, s. 99; Hadding/van Look, s. 7-8; von Falkenhausen, s. 155.

¹⁸²⁸ Devir yasağı anlaşmasının ahlaka aykırılık nedeniyle geçersizliğinin değerlendirildiği bir Alman Federal Mahkemesi kararında (BGH, NJW 1969, 415) bu yönüne işaret edilmiştir.

¹⁸²⁹ Farklı bir ihtimal olarak, gelecekteki alacakların devri hâlinde, devreden devralana karşı özel olarak üstlendiği, gelecekte kuracağı sözleşmelerden doğacak alacaklar için devir yasağı kararlaştırılmasını kabul etmeyeceği yönündeki taahhüt, MK 23/II hükmüne aykırı olduğu gerekçesi ile geçersiz sayılabilmektedir. Bkz. s. 394 vd.

miş olabilir. Alacaklı borçluya karşı alacağı devretmemeyi salt borçlandırıcı etkili olarak üstlenmiş ve bu borcun ihlali hâlinde yüksek bir sözleşme cezası ödeyeceği taahhüdünde bulunmuş olabilir.

Verilen üç örnekte alacaklının alacağı devre kalkışmasını dahi engellemek amaçlanmaktadır. Devir yasağı kararlaştırılan durumda en azından alacaklı borçlunun rıza vereceğini umarak bir devir işlemi yapabilmekte ve duruma göre borçlunun rıza vermekten kaçınması MK 2/II hükmüne aykırı sayılabilmektedir. Verilen örneklerde ise alacaklının devrin geçerliliğine olan menfaatinin MK 2/II hükmü yardımıyla hi-maye edilmesinin önü kesilmektedir. Devir yasağından başka içerikteki anlaşmalarla alacağın devri özgürlüğü üzerinde BK 183/I hükmünde izin verilenden daha ağır bir baskı yaratılmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir¹⁸³⁰:

BK 183/I hükmünde alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği düzenlenmektedir. Bu hükümde geçen sözleşme deyimini geniş yorumlanacak olursa, bozucu koşul veya ceza koşulu içeren belirtilen kayıtların da bu hükmün kapsamına gireceği düşünülebilir. Ancak, II. bölümde aktarılan tarihsel gelişim süreci, bu hükümle geçerlilik tanınan sözleşmenin *pactum de non cedendo* olarak dar anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. *Pactum de non cedendo*'nun hukuki etkisi müşterek hukuktan günümüzde dek yoğun biçimde tartışma konusu olmuş; devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurması aleyhine alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesi ve işlem güvenliğinin korunması gereklilikleri temelinde pek çok eleştiri yöneltilmiştir¹⁸³¹. BK 183/I hükmünde açık bir düzenleme ile alacağın devrinin engellenmesine izin verilmiş olması, Türk hukuku bakımından aynı tartışmanın yapılmasının önüne geçmektedir¹⁸³². Bununla birlikte, müşterek hukuktan günümüze dek yürütülen *de lege feranda* tartışmanın ciddiyeti dikkate alındığında, alacağın devri özgürlüğü üzerinde

¹⁸³⁰ Avusturya Medeni Kanunu'na § 1396a hükmü eklendikten sonra, alacağı devretmeme borcunun ifasını temin için, uygulamada, ceza koşulu veya alacağın devri hâlinde sözleşme ilişkisinin sona ereceğine dair bozucu koşul kararlaştırıldığı, bunun ekonomik olarak alacaklı üzerinde ciddi bir baskı yarattığı yönünde: Klaus Markowetz / Harald Radauer, "Konventionalstrafe als probates Mittel gegen (willkürliche) Abtretung von Forderungen?", *ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, 2008, H. 10, s. 899-901, s. 900. Ayrıca aşağıda bkz. s. 512 vd.

¹⁸³¹ Bkz. s. 177 vd.

¹⁸³² Bkz. s. 310 vd.

BK 183/I hükmünde izin verilenden daha ağır bir kısıtlamanın sözleşme ile yaratılabilmesi -aksi kanunda açıkça öngörülüş olmadıkça¹⁸³³- mümkün olmamalıdır. Alacağın devri özgürlüğü üzerinde BK 183/I hükmünde izin verilenden daha ağır bir baskı oluşturmak üzere hazırlanmış başka içerikteki anlaşmalar, ekonomik özgürlüğünün kanuna aykırı ölçüde sınırlandırılması olarak anlamlandırılmalı ve MK 23/II hükmüne aykırı sayılmalıdır¹⁸³⁴.

BK 183/I hükmünde sözleşme ile meydana getirilmesine izin verilen devir kısıtlamasının azami ölçüsü bu çalışmada şöyle tarif edilmektedir: Devir yasağı anlaşması ile alacağın doğası gereği sahip olduğu devredilebilirlik vasfı ortadan kaldırılamaz; sadece alacağın devri konusundaki tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir¹⁸³⁵. Sözleşme ile devri yasaklanmış bir alacak hakkı borçlunun rızası alınarak devredilebilir. Alacağı borçlunun rızasıyla devralan devir yasağı ile bağlı olur¹⁸³⁶. Borçlunun geçerliliği askıdaki devir işlemine rıza vermekten kaçınma yetkisi MK 2/II hükmü ile sınırlıdır¹⁸³⁷. Alacağın devri özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hangi hâllerde MK 23/II hükmüne aykırı sayılacağı konusunda BK 183/I hükmüne ilişkin bu yorum tarzı esas alınmalıdır.

Bir sözleşme hükmünün MK 23/II hükmüne aykırı olması hâlinde, ilk olarak, kanunda aynı konuyu düzenleyen emredici bir hükmün mevcut olup olmadığını araştırmak gerekir. Emredici bir hüküm varsa geçersiz kalan sözleşme hükmünün yerini alacaktır. Bu konuda, BK 183/I hükmünün, devir yasağından başka içerikteki anlaşmaların geçersiz olmasına yol açıp onların yerine geçen bir emredici hüküm niteliği

¹⁸³³ Örnek olarak, cari hesap kararlaştırılması da devir özgürlüğü üzerinde ağır bir kısıtlama oluşturur. Ancak bu sonuç TK 97 hükmünde açıkça düzenlenmektedir. Bkz. s. 123.

¹⁸³⁴ Alacağın devri özgürlüğü üzerindeki ağır baskının salt borçlandırıcı etki neticesinde de ortaya çıkabileceği, bunun aleyhine bir çözümün de benimsenmesi gerektiği yönünde: Bydlinski, s. 128-129, s. 133. Yazarın görüşünün detayları hakkında yukarıda bkz. s. 219 vd. Avusturya hukukunda, tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmaması prensibi temelinde, sadece devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi doğurmasına değil, aynı zamanda mutlak etki sonucuna devir yasağı dışında başka bir anlaşma aracılığıyla erişilmesine de engel olunması gerektiği fikri ileri sürülmektedir. Bu konuda verilen örnek alacak hakkının varlığının alacağın devri bozucu koşuluna bağlanmış olması hâlidir. Avusturya öğretisi ve mahkeme kararlarında ifade olunan bu görüş için bkz. s. 197. UNCITRAL Sözleşmesi'nin Art. 9 hükmünde de, sadece devir yasağının mutlak etkisi sınırlandırılmakla yetinilmemiş; aynı zamanda, borçlunun devralana karşı alacak hakkının devir sonucu ortadan kalktığı savunmasını yöneltmek ifadan kaçınamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme hakkında bkz. s. 502.

¹⁸³⁵ Bkz. s. 306 vd.

¹⁸³⁶ Bkz. s. 338 vd.

¹⁸³⁷ Bkz. s. 346 vd.

taşımadığı vurgulanmalıdır. BK 183/I hükmü, açıklanan yorum tarzıyla beraber, MK 23/II hükmüne aykırılığın denetlenmesi amacıyla başvurulabilir bir ölçü tayin etmektedir; devir yasağından başka içerikte bir kısıtlama kararlaştırılabilmesi hususundaki sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmamaktadır. Örneğin, tarafların salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı konusunda anlaşmaları geçerli olur; salt borçlandırıcı etkili devir yasağı alacaklının tasarruf yetkisini kısıtlamadığı için -ceza koşulu içermediği ihtimalde- mutlak etkili devir yasağına nazaran daha hafif bir kısıtlama oluşturmaktadır¹⁸³⁸.

Kanunda MK 23/II hükmüne aykırılık nedeniyle geçersiz sayılan sözleşme hükmünün yerine geçecek emredici bir hüküm bulunmadığı takdirde sözleşme boşluğu oluşur¹⁸³⁹. Hâkim sözleşme boşluğunu tarafların farazi iradesi çerçevesinde belirleyeceği bir kural ile tamamlar¹⁸⁴⁰. Taraflarının farazi iradeleri MK 23/II hükmüne aykırılığın giderilmesine engel oluşturmadığı ölçüde dikkate alınır¹⁸⁴¹. Hâkim sözleşme boşluğunun tamamlanması görevi çerçevesinde çoğunlukla içerik değiştirici kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygular¹⁸⁴². İçerik değiştirici kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması yoluyla devir özgürlüğü üzerindeki baskı kişilik hakkı ihlali oluşturmayan seviyeye çekilir.

Söz gelimi, alacağın varlığının devredilmesi bozucu koşuluna bağlanması veya alacağın devrinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının doğumuna dayanak oluşturacağını kararlaştırılması BK 183/I anlamında devir yasağı anlaşması olarak geçerli sayılabilir. Çünkü belirtilen anlaşmalar alacaklı tarafın değişmemesi sonucunu meydana getirmek üzere yapılmakta olup devir yasağı kararlaştırılması bu sonucun temini için yeterlidir. Alacaklının alacağı devretmemeyi salt borçlandırıcı etkili olarak üstlenmiş ve bu borcun ihlali hâlinde yüksek bir sözleşme cezası ödeyeceği taahhüdünde bulunmuş olduğu ihtimalde ise, hâkim, tarafların farazi iradelerini dikkate alarak, kararlaştırılan sözleşme cezasını borçlunun menfaatlerinin temini açısından yeterli olan tutara kadar indirerek MK 23/II hükmüne aykırılığı giderebilir.

¹⁸³⁸ Bkz. s. 475 vd.

¹⁸³⁹ Nil Karabağ Bulut, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul 2014, s. 451.

¹⁸⁴⁰ Karabağ Bulut, s. 455.

¹⁸⁴¹ Karabağ Bulut, s. 454-455.

¹⁸⁴² Karabağ Bulut, s. 451.

D. Devir Yasağı Anlaşmasının Amacının Ahlaka Aykırı Olup Olmadığının Denetlenmesi

Devir yasağı anlaşması ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olması bir geçersizlik sebebidir (BK 27/I). Devir yasağı anlaşmasının amacının ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılabilmesi için taraflardan sadece birinin o devir yasağı kararlaştırılmasındaki amacının ahlaka aykırı olması yeterli değildir; karşı tarafın ahlaka aykırı amaç izlendiğini bilmesi ve bu amacı benimsenmesi gerekmektedir¹⁸⁴³.

Öğretide ve yargı kararlarında devir yasağı anlaşmasının amacının ahlaka aykırı olduğu iddiasının gündeme geldiği belli bir somut durum mevcuttur:

Yukarıda gelecekteki bir alacağın devri durumda, alacağın doğumuna kadar olan süre zarfında alacaklı ile borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırılarak önceden yapılmış devir işleminin kesin hükümsüz hâle getirilebileceği görüşünün öğretide ve yargı kararlarında hâkim olduğu açıklanmıştır¹⁸⁴⁴. Bu görüş doğrultusunda, uygulamada, para ödücü verenler lehine önceden teminat amacıyla yapılan alacak devirlerinin hüküm doğurması, sonradan devre konu alacakların alacaklı ile borçluları arasında devir yasağı kararlaştırılarak engellenebilmektedir¹⁸⁴⁵. Örneğin, bir banka müşterisinin gelecekteki alacaklarını teminat amaçlı olarak devralmış ve karşılığında ona kredi temin etmiştir. Buna karşılık, müşteri devre konu alacakların kaynaklandığı sözleşmenin karşı tarafı ile sonradan bir devir yasağı kararlaştırmış ve alacakların bankaya geçişini bu yolla engellenmiştir. Devralanın alacağı kazanım beklentisi boşa çıkmıştır. Bu tarz bir durumda, ilk planda, gelecekteki alacağın devredildiğinin borçlu tarafından bilmediğinin varsayılacağı, devir olgusunu bilmeyen borçludan devir borcunun gereği gibi ifasına yardım edecek şekilde davranmasının beklenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸⁴⁶. Bununla birlikte, borçlunun alacakların önceden devredildiğini öğrenmiş olduğu buna rağmen devir yasağı kararlaştırılmasını öne sürdüğü tespit edildiği hâllerde,

¹⁸⁴³ Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 285-286; Kocayusufpaşaoğlu, § 42, N. 45.

¹⁸⁴⁴ Bkz. s. 331 vd.

¹⁸⁴⁵ Hadding/van Look, s. 7; Hans-Georg Koppensteiner, “Abtretungsverbote gegenüber dem Kreditnehmer im Spannungsfeld zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt - BGHZ 51, 113 und 56, 173”, *JuS*, 1972, s. 373-377, s. 373.

¹⁸⁴⁶ BGE 112 II 241, E. 2.

devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu iddiası gündeme gelebilmektedir¹⁸⁴⁷. Bu iddia aşağıdaki gerekçelerden ötürü reddedilmektedir¹⁸⁴⁸:

Bu konudaki yerleşik görüşe göre, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaati ile üçüncü kişinin alacağı devralmaktaki menfaati birbiriyle rekabet içinde değildir¹⁸⁴⁹. Borçlu, bir devir yasağı ile kendisini alacaklı tarafın değişmesine bağlı olumsuz sonuçlardan (alacaklı olmayana ifa tehlikesi vb.) korumayı amaçlar; bu korumayı elde etmesi tesadüf eseri kredi veren konumundaki bir üçüncü kişi aleyhine etki doğurabilir¹⁸⁵⁰. Borçlu, alacaklısının aralarındaki borç ilişkisinin içeriği hakkında ona kredi temin eden bir üçüncü kişiyi yanıltmış olabileceğini hesaplamakla yükümlü değildir¹⁸⁵¹. Borçlunun, alacaklısının mevcut veya potansiyel bir sözleşme ilişkisindeki karşı tarafın menfaatlerini özel olarak gözetmesi ve onun maruz kaldığı riski mümkün olduğu ölçüde azaltması gerektiği şeklinde genel bir kural bulunmamaktadır¹⁸⁵². Ayrıca, aynı alacak hakkı birden fazla kişiye çatışan bir tarzda devredilmiş de olabilir; böyle bir ihtimalde devir yasağı kararlaştırılması yalnızca kredi veren konumundaki devralan aleyhine değil, borçlunun rıza vermediği her bir devir işlemindeki devralan aleyhine etki doğurmaktadır. Borçlu, uygulamada alacağı devralması muhtemel belli bir grubun, verilen tipik örnekte kredi veren konumundaki grubun, menfaatlerini gözetme yükümlülüğü altında değildir¹⁸⁵³. Diğer taraftan, kredi veren konumun-

¹⁸⁴⁷ Devir yasağı anlaşması ile izlenen ortak amacın ahlaka aykırılığı sorunu Alman hukukunda, daha ziyade, mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satış sözleşmesi ve devir yasağı anlaşması arasındaki çatışma örneği üzerinden ele alınmıştır. RGRK/Weber, § 399, N. 39; Hadding/van Look, s. 7; Koppensteiner, s. 373; von Falkenhayn, s. 157. Yargı kararlarına sıklıkla konu olan bu örnekte, bir kişi mülkiyeti saklı tutma kaydı ile malzeme satın almakta; malzemeyi kullanarak üreteceği malın satışından elde edeceği alacakları satış bedeli yerine geçmek üzere devretmektedir. Daha sonra, devre konu alacakların dayandığı satış sözleşmesinin tarafları arasında bir devir yasağı kararlaştırılmakta; mülkiyeti saklı tutma kaydı ile mal tedarik eden satıcı lehine yapılan devir işleminin hukuki sonuç doğurması engellenmektedir. Bu konuda bkz. BGH, NJW 1969, 415; BGH, NJW 1971, 1311; BGH, NJW 1971, 1750. Hem bu örnek Alman hukuku uygulamasına özgü olduğundan dolayı hem de bu örnekteki mülkiyetin geçişi ile ilgili muhtemel problemlerden uzak durarak anlatım kolaylığı sağlama amacıyla, bu çalışmada devir yasağının amacının ahlaka aykırılığı sorunu para ödücü örneği üzerinden işlenmektedir.

¹⁸⁴⁸ RGRK/Weber, § 399, N. 39; Hadding/van Look, s. 7-8; Koppensteiner, s. 376. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki emsal nitelikteki kararı için bkz. BGH, NJW 1969, 415. Aynı doğrultudaki kararları için bkz. BGH, NJW 1971, 1311; BGH, NJW 1971, 1750.

¹⁸⁴⁹ Hadding/van Look, s. 8.

¹⁸⁵⁰ Hadding/van Look, s. 8.

¹⁸⁵¹ BGH, NJW 1969, 415; Koppensteiner, s. 374.

¹⁸⁵² BGH, NJW 1969, 415.

¹⁸⁵³ BGH, NJW 1969, 415.

daki devralanın alacağın içeriği hakkında yanıltıldığını söylemek de güçtür; kredi veren üçüncü kişinin gelecekte bir devir yasağı kararlaştırılabileceğini hesaba katması gerekir¹⁸⁵⁴. Bu yüzden, borçludan, sonradan devir yasağı kararlaştırılması yüzünden kredi verenin güç bir duruma girebileceğini öngörmesi beklenebilen ihtimalde dahi kural olarak devir yasağı ahlaka aykırı sayılmamaktadır¹⁸⁵⁵. Bu doğrultuda olarak, alacağı devralan üçüncü kişinin devir yasağı kararlaştırılmış olması nedeni ile zarara uğramış olduğunun belirlenmesi de ahlaka aykırılık denetiminin sonucunu değiştirmektedir¹⁸⁵⁶. Alacağı devralan, sonradan kararlaştırılan bir devir yasağı yüzünden devir işlemi hükümsüz kaldığı için devredenin sorumluluğuna başvurulabilir¹⁸⁵⁷.

Görüldüğü üzere, sonradan kararlaştırılan devir yasağının önceden yapılmış devir işlemi ile çatışması yüzünden devralanın zarara uğradığının belirlenmesi ve borçlunun böyle bir çatışma meydana gelebileceğini ve devralanın zarara uğrayabileceğini hesaplayabilecek durumda olduğunun saptanması, devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu iddiasının ispatı için yeterli kabul edilmemektedir. Aslında, başka bir olayda, yapılan hukuki işleminin bir üçüncü kişinin zarara uğramasına yol açabileceğinin işlemin taraflarınca öngörülebilir olması tek başına ahlaka aykırılık iddiasının ispatı için yeterli kabul edilebilir. Ancak mevcut durumda borçlunun hem ahlaka aykırılık iddiasına konu olan devir yasağı anlaşmasının hem de devre konu alacak hakkının (dar anlamda borç ilişkisinin) tarafı konumunda olması farklı bir sonuca varılmasına neden olmaktadır. Bu konudaki yaklaşım tarzı isabetlidir. Aksi bir yaklaşım tarzı, borçlunun devri öğrenmesinden alacağın doğumuna kadar olan dönemde, borçlu ile devreden arasında yapılan ve alacağın varlığı üzerinde etki doğurarak devir borcunun gereği gibi ifasına engel olan başka işlemler (ibra, takas, vadenin ertelenmesi vs.) bakımından da ahlaka aykırılık iddialarının gündeme gelmesine yol açacaktır. Başka işlemler bakımından da borçlunun devralanın zarara uğrayabileceğini öngörebilecek durumda olduğu gerekçe gösterilerek ahlaka aykırılık iddiasının öne sürülebileceği bir zemin yaratılabilecektir. Bu ihtimallerde de ahlaka aykırılık iddiasının kabul edilmesi ise, esasında, devralanın alacağın varlığına olan güveninin alacaklı ile borçlu

¹⁸⁵⁴ BGH, NJW 1969, 415.

¹⁸⁵⁵ Koppensteiner, s. 376.

¹⁸⁵⁶ RGRK/Weber, § 399, N. 39; Medicus/Lorenz, § 59, N. 796.

¹⁸⁵⁷ Hadding/van Look, s. 8; von Falkenhayn, s. 157. Devredenin sorumluluğu hakkında bkz. s. 391 vd.

arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması yoluyla korunması anlamına gelecektir. Oysa, yukarıda açıklanmıştır ki, gelecekteki alacakların devrinde, alacağın doğumuna ve böylece devrin geçerlilik kazanmasına kadar olan dönemde, devreden ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğü üstündür¹⁸⁵⁸.

Sonuç olarak, borçlunun gelecekteki alacağın devredildiğini bildiği hâlde devir yasağı kararlaştırılmasını sağlayıp devralanın zarara uğramasına yol açığının belirlenmesi devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu iddiasını ispata yetmemektedir. Bu iddianın alacaklı ile borçlunun ahlaken onaylanamaz tutumunu ortaya koyan başka olgularla desteklenmesi gerekmektedir¹⁸⁵⁹.

E. Genel İşlem Koşulu Niteliğindeki Devir Yasağının Geçerliliğinin Denetlenmesi

1. Genel Olarak

Uygulamada genel işlem koşulları arasında devir yasağına sıklıkla yer verilmektedir¹⁸⁶⁰. Genellikle satış bedeli ve eser bedeli niteliğindeki para alacaklarının devrinin genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasakları ile engellenmesi söz konusu olmaktadır¹⁸⁶¹. Genel işlem koşulları üç açıdan yargı denetimine tabidir: Yürürlük denetimi, yorum yoluyla denetim ve içerik denetimi.

Yürürlük denetiminin düzenlendiği BK 21/I hükmüne göre: “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”

Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları BK 21/I hükmünde öngörülen yürürlük denetimine tabidir¹⁸⁶². Yukarıda açıklanmıştır ki, devir yasağı alacak

¹⁸⁵⁸ Bkz. s. 331 vd ve s. 363 vd.

¹⁸⁵⁹ Hadding/van Look, s. 7-8.

¹⁸⁶⁰ Özakman, s. 22; von Falkenhayn, s. 131; Schuhmacher, s. 280.

¹⁸⁶¹ Blaurock, s. 333; Hadding/van Look, s. 9; Staudinger/Busche, § 399, N. 56; Paris, s. 921; Schuhmacher, s. 280.

¹⁸⁶² Oğuzman/Öz, C. I, N. 512; Eren, N. 639; Nomer, N. 50a.5. BK 21/I hükmünün koruma amacı gereği tacirler hakkında uygulanmaması gerektiği görüşünde: Nomer, N. 50a.

hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırdığı için hiçbir durumda alacaklının menfaatine değildir. Alacaklıyı kendi iradesine karşı koruma amacı ile kararlaştırıldığı durumda dahi, aslında, devir yasağı sadece borçlunun menfaatine hizmet etmektedir¹⁸⁶³. Bu açıdan, genel işlem koşullarını düzenleyen borçlu karşı tarafın alacaklı sıfatını taşıdığı ihtimalde, genel işlem koşulları arasındaki devir yasağı, BK 21/I hükmü anlamında, karşı tarafın menfaatine aykırı olup geçerliliği yürürlük denetimine tabi olacaktır. Devir yasağının yürürlük denetimine göre geçerli sayılabilmesi için, BK 21/I gereği, düzenleyen devir yasağının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verip içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da devir yasağını kabul etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, devir yasağına ilişkin kayda “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını uygulanacaktır¹⁸⁶⁴. Bir genel işlem koşulunun yürürlük denetimini geçebilmesi için BK 21/I hükmünde aranan şartların yerine getirilip getirilmediğini ispat yükü genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın (devir yasağının lehtarı borçlunun) üzerindedir¹⁸⁶⁵.

Yazılmamış sayılma yaptırımının uygulandığı ikinci bir durum BK 21/II hükmünde düzenlenmektedir: “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır*”. Buna hükme göre, bir kayıt yürürlük denetimine göre geçerli sayılsa bile, sözleşmenin diğer hükümleri arasında yadırganacak bir niteliğe sahip olduğu takdirde yine de “*yazılmamış sayılma*” yaptırımını uygulanarak geçersiz sayılabilmektedir. “*Şaşırtıcı kayıt*” adı da verilen böyle bir kaydın mevcut olup olmadığı bir sözleşmenin yorumu sorudur¹⁸⁶⁶. Geniş uygulama alanı göz önünde tutulduğunda, devir yasağının şaşırtıcı kayıt olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁶⁷. Ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde devir yasağı anlaşmasının bir şaşırtıcı kayıt niteliği taşıması pekâlâ mümkün olabilir.

¹⁸⁶³ Bkz. s. 136 vd.

¹⁸⁶⁴ “*Yazılmamış sayılma*” yaptırımının (kısmi) “*yokluk*” yaptırımı olarak anlamlandırılması gerektiği görüşünde: Oğuzman/Öz, C. I, N. 510; Oğuzman/Barlas, N. 747; Serozan, **Medeni Hukuk**, III § 7, N. 26a; Eren, N. 645; Nomer, N. 50a.1.

¹⁸⁶⁵ İspat yükü hakkında bkz. Oğuzman/Öz, C. I, N. 511.

¹⁸⁶⁶ Oğuzman/Öz, C. I, N. 513.

¹⁸⁶⁷ BGB § 305c (ve mülga AGB-Gesetz § 3) uyarınca bu doğrultuda: Hadding/van Look, s. 8; BeckOK/Rohe, § 399, N. 17; von Falkenhayn, s. 160; BGH, NJW-RR 1991, 763. Başka bir kararda, devir yasağı öngören kaydın hukukçu olmayan birinin dahi anlayabileceği kadar açık ve detaylı biçimde kaleme alınmış olduğu, büyük puntolarla yazıldığı için muhatabın fark etmemiş olmasının söz konusu olamayacağı gerekçe gösterilerek şaşırtıcı kayıt niteliği taşımadığı sonucuna varılmıştır: BGH, NJW 1981, 117.

Yorum denetimi hakkındaki BK 23 hükmüne göre: “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*”. Buna göre, genel işlem koşulları arasında yer alan bir kayıt ile alacağın devrinin engellendiği açık olmadığı takdirde, söz konusu kayıt düzenleyenin aleyhine olarak, duruma göre ya devrin hiçbir suretle engellenmediği ya da sadece bir alacağı devretmeme borcu üstlenildiği şeklinde yorumlanacaktır. Devir yasağını ilgilendiren kaydın ifade biçiminin hangi hâllerde yorum uyuşmazlığına yol açabileceği konusu aşağıda özel olarak incelenmektedir¹⁸⁶⁸.

İçerik denetimine ilişkin BK 25 hükmüne göre: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*”. İçerik denetimini geçemeyen genel işlem koşulları kesin hükümsüz sayılır¹⁸⁶⁹. Aşağıda görülecektir ki, genel işlem koşulları arasındaki bir devir yasağının, hangi hâllerde, düzenleyenin sözleşme yaptığı tarafın “*dürüstlük kuralına aykırı sayılacak ölçüde aleyhine*” sayılacağı oldukça tartışmalıdır. Devir yasağının genel işlem koşulu olarak geçerliliği konusu içerik denetimi yönünden önem kazanmaktadır.

2. İçerik Denetimine Göre Devir Yasağının Geçerliliğinin Belirlenmesi Sorunu

a. Devir Yasağının Prensip Olarak Geçerli Sayılması Gerektiği Görüşü

Genel işlem koşulu niteliğindeki bir devir yasağının prensip olarak içerik denetimini geçeceği ve geçerli sayılacağı görüşü öğretide hâkimdir¹⁸⁷⁰. Genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasaklarının içerik yönünden denetimi Alman Federal Mahkemesi kararlarında yaygın ölçüde değerlendirme konusu olmuş; söz konusu kararlarda özellikle asli edim alacağı niteliğindeki alacakların devrinin yasaklanması geçerli sayılmıştır. Örneğin, satış bedeli ve eser bedeli niteliğindeki para alacakları hakkında devir yasağı kararlaştırılması geçerli kabul edilmektedir. Para borçlusunun bir devir yasağı

¹⁸⁶⁸ Bkz. s. 470.

¹⁸⁶⁹ Eren, N. 684; Nomer, N. 50a.1.

¹⁸⁷⁰ Medicus/Lorenz, § 59, N. 796; Staudinger/Busche, § 399, N. 56; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Looschelders, § 52, N. 1190; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, § 19, N. 780.

kararlaştırılması yoluyla öngöremeyeceği kadar çok sayıda alacaklıyla karşı karşıya gelmekten kaçınmak ve borcun ifası sürecinin açıklığı ve kesinliğini temin etmekteki menfaati korunmaya değeri bulunmaktadır¹⁸⁷¹. Pek çok ticari ilişkisi ve çok sayıda şubesi bulunan satış mağazalarının muhasebe ve ödeme süreçlerinin borçlusu oldukları alacakların devredilmesi yüzünden güçleşmesini engellemekte kural olarak haklı bir menfaati bulunduğu vurgulanmaktadır¹⁸⁷².

Alman Federal Mahkemesi, motorlu taşıt aracı satıcısının dağıtım sözleşmesine koydurduğu devir yasağını da geçerli saymıştır. Mahkeme’ye göre, motorlu taşıt aracı satıcısının devir yasağı kararlaştırırken “*gri pazar*”ın ortaya çıkmasını önlemekte haklı bir menfaati vardır. Dağıtım sistemine dâhil olmayan satıcıların alacağın devri yoluyla temin ettiği yeni model araçları daha ucuz veya yüksek fiyata satışa sunması onun ticari menfaatini zedeler; bunu devir yasağı ile önleyerek ticari ilişkilerini korumak istemekte haklıdır¹⁸⁷³.

Bununla birlikte, Alman Federal Mahkemesi’nin devir yasağı kayıtlarını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın aleyhine görerek geçersiz saydığı kararları da mevcuttur. Mahkeme genel olarak şu esastan hareket etmektedir: Genel işlem koşulları arasında yer alan bir devir yasağı, düzenleyenin devir yasağı kararlaştırılmasında korunmaya değeri hiçbir menfaatinin bulunmadığı veya korunmaya değeri belli bir menfaati bulunmakla birlikte, alacaklının alacağın devredilebilir olmasındaki karşı menfaati daha üstün olduğu durumlarda geçersiz sayılır¹⁸⁷⁴. Bu esas doğrultusunda, aşağıdaki hâllerde, borca aykırılıktan doğan tazminat alacaklarının devrini yasaklayan genel işlem koşulu niteliğindeki kayıtların geçersiz olduğuna hükmetmiştir:

¹⁸⁷¹ BGH, NJW 1980, 2245; BGH, NJW-RR 1991, 763. Genel işlem koşulları arasındaki devir yasağının gerekçe vermeden, kural olarak, geçerli kabul edildiği başka kararlar için bkz. BGH, NJW 1980, 2245; BGH, NJW 1988, 1210. Alman hukukunda HGB § 354a hükmünün, bu içtihadın etkisinin önüne geçmek ve tarafların sözleşme ile amaçladığı mutlak etkiyi, ilgili kayıt içerik denetiminden geçse bile, ortadan kaldırmak amacı ile öngörüldüğu görüşünde: Canaris, § 26, N. 15; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8. Ayrıca bkz. aşağıda s. 521 ve orada dn. 2156.

¹⁸⁷² BGH, NJW 1980, 2245.

¹⁸⁷³ BGH, NJW 1981, 117. Devir yasağının dağıtım sözleşmelerindeki bu işlevi hakkında bkz. s. 158.

¹⁸⁷⁴ Bu ölçütün ifade edildiği kararlara örnek olarak bkz. BGH, NJW 1990, 1601; BGH, NJW-RR 1991, 763; BGH, NJW 1997, 3434; BGH, NJW 1989, 2750; BGH, NJW 2012, 2107. Aynı ölçüt öğretide de benimsenmektedir: Staudinger/Busche, § 399, N. 56; BeckOK/Rohe, § 399, N. 16.

Bir paket tur sözleşmesinin genel işlem koşulları arasında yer alan, katılımcıların kötü ifa hâlinde elde edeceği tazminat alacaklarının devrini yasaklayan kayıt, dürüstlük kuralına aykırı sayılacak ölçüde katılımcıların aleyhine olduğu gerekçe gösterilerek hükümsüz sayılmıştır. Alman Federal Mahkemesi'ne göre, borçlunun, ifa sürecinin açık ve kesinliğine olan menfaati ve çok sayıdaki alacaklının gerçekleştirebileceği belirsiz sayıdaki devir işlemi engellenmekteki menfaati, ilk planda asli edim alacaklarının ifasını ilgilendirir. Tur katılımcıların şahsının değişmesi, tur organizasyonunda buna uygun değişikliklerin yapılması (örneğin bilet ve konaklama bilgilerinin güncellenmesi) gereği doğurur; tur düzenleyicisi iş yükünün bu şekilde artmasının önüne bir devir yasağı ile geçmek istemekte menfaat sahibidir. Buna karşılık, ayıptan doğan hakların (sözleşmeden dönme veya bedel indirimi) kullanılması üzerine doğan tazminat ve iade alacakları söz konusu olduğunda, tur düzenleyicisinin aynı şekilde menfaat sahibi olduğu söylenemez. Tazminat ve iade alacakları bakımından, alacaklının şahsının kim olduğu yalnızca muhatabın kim olduğu ve hangi hesaba ödeme yapılacağı hususlarının belirlenmesi yönünden borçlu nezdinde yük yaratır ve bu kadarına borçlunun katlanması gerekir. Bu çerçevede, Mahkeme, tur katılımcılarının onlar adına (aile veya grup adına) tur sözleşmesini kuran ve toplam tur bedelinin tamamını ödeyen kişiye tazminat ve iade alacaklarını devretmekteki menfaatini daha üstün görmüştür. Çünkü söz konusu taleplerin yerine getirilmesi hâlinde ele geçen tutardaki para zaten nihayetinde bu kişiye verilecektir¹⁸⁷⁵.

Başka bir karar, tazminat alacaklarının sigortacıya kanun gereği intikali önleyen bir genel işlem koşulunun geçerliliği hakkındadır. Yukarıda açıklandığı üzere, sigortacının halefiyete dayanan rücu talebi prensip olarak devir yasağı kararlaştırılarak önlenebilmektedir¹⁸⁷⁶ ve böyle bir imkânın mevcut olduğu Alman hukukunda da kabul edilmektedir¹⁸⁷⁷. Ancak, Alman Federal Mahkemesi bir kararında, gönderenin taşıma sözleşmesinden doğan tazminat alacaklarını sigortacıya devrini taşıyıcının rızasına tabi tutan bir genel işlem koşulu geçersiz sayılmıştır. Mahkeme'ye göre, taşıma sırasında meydana gelen zararın tazminine yönelik bir alacağın sigortacıya kanun gereği

¹⁸⁷⁵ BGH, NJW 2012, 2107. Aynı doğrultudaki başka bir karar için bkz. BGH, NJW 1989, 2750.

¹⁸⁷⁶ Bkz. s. 426 vd.

¹⁸⁷⁷ Bkz. s. 427 ve orada dn. 1726.

intikalini engellemekte kural olarak taşıyıcının menfaati yoktur¹⁸⁷⁸. Taşıyıcının halefiyeti engellemekte istisnai olarak özel bir menfaati mevcut olsa dahi, Mahkeme'ye göre, bu menfaat gönderenin (sigortalının) menfaati karşısında ikinci planda kalmaktadır; gönderenin bir taşıma sigortası yaparak taşıyıcının tazminat sorumluluğunu ilgilendiren tüm muhtemel ihtilaflardan kurtulmak istemekteki menfaati daha üstündür¹⁸⁷⁹.

b. Devir Yasağının Prensip Olarak Geçersiz Sayılması Gerektiği Görüşü

Yukarıdaki başlıkta paylaşılan Alman Federal Mahkemesi kararlarında, bir satış veya eser bedeli alacağının alacaklısının söz konusu alacağı kredi teminatı veya yeniden finansman amaçlı kullanmaktaki menfaatinin daha hafif takdir edilmesi öğretilde eleştirilmektedir. Genel işlem koşulları arasında devir yasaklarına yaygın olarak yer verilmesinin özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin alacak haklarını teminat amaçlı kullanmasına engel olduğu belirtilmektedir¹⁸⁸⁰. Bir genel işlem koşulu olarak vade kararlaştırılmasını kabul eden alacaklı, borçluya alacağa karşılık gelen tutardaki paradan yararlanma imkânı sağlayarak ona bir nevi kredi temin etmektedir; buna karşılık kendisi, genel işlem koşulları arasında devir yasağını da kabul ettiği için alacağı devir yetkisinden yoksun olup aynı süre zarfında alacağı teminat amacıyla bankaya devredememekte veya faktoringe başvuramamakta, sonuç olarak, temin ettiği krediyi yeniden finanse edememektedir¹⁸⁸¹. Bu çerçevede alacağın değeri ne kadar yüksekse ve vadesi ne kadar uzunsa alacaklının alacağın devredilebilirliğine olan menfaatinin o derece önem kazandığı ifade edilmektedir¹⁸⁸².

¹⁸⁷⁸ Olayda halefiyet hâli öngörülen Versicherungsvertragsgesetz § 67 I/1 hükmünün etkisi engellenmek istenmiştir.

¹⁸⁷⁹ BGH, NJW 1976, 672. Mahkeme, aynı gerekçe ile alıcının taşıma konusu malların kaybı veya zararından kaynaklanan taleplerini sigortacıya devretmesini taşıyıcının rızasına bağlı kılan genel işlem koşulları arasındaki bir devir yasağının da geçersiz saymıştır. Bu hâlde de alıcının, söz konusu ihtilafta taşıyıcı ile bizzat muhatap olmak yerine bunu sigortacıya bırakmak yönündeki menfaatinin daha üstün görmüştür: BGH, NJW 1982, 992.

¹⁸⁸⁰ Hadding/van Look, s. 12; Baumbach/Hopt (Hopt), HGB § 354a, N. 1; Wagner, HGB § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8; Paris, s. 922; Schuhmacher, s. 286.

¹⁸⁸¹ Blaurock, s. 133; von Falkenhayn, s. 160.

¹⁸⁸² Blaurock, s. 133; Paris, s. 922; Schuhmacher, s. 286.

Bir görüş, bu konudaki eleştiriyi daha ileriye götürmekte ve devir yasağının genel işlem koşulu olarak kararlaştırıldığı her durumda prensip olarak geçersiz olacağı fikrini ileri sürmektedir¹⁸⁸³. Bu görüşe göre, borçlu, alacağın devrine ilişkin hukuki düzenlemelerin kendisine sağladığı korumayı devir yasağı ile güçlendirmek istemekte haklıdır; ancak devir yasağının mutlak etkisi dolayısıyla alacaklının alacak hakkı üzerindeki tasarruf olanağından mahrum kalması, prensip olarak, söz konusu menfaatin haklılığının ortadan kalkmasına yol açmaktadır¹⁸⁸⁴. Alacaklının alacak hakkını teminat amaçlı kullanmaktaki menfaatinin ise, her ihtimalde, borçlunun ifa sürecinin açıklığı ve kesinliğine olan menfaati karşısında daha yüksek olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, kanun borçlunun alacaklı olmayana ifa riskini yeterli düzeyde temin etmektedir; bunun dışında, alacaklının değişmesinden kaynaklanan rahatsızlıklara (mu-hasebe bilgilerinin güncellenmesi vb.) borçlunun dürüstlük kuralı gereği katlanması gerekmektedir¹⁸⁸⁵.

Bu görüş, istisnai olarak, alacağın kısmi olarak devrini engelleyen genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağının geçerli olacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, alacak hakkının bütün olarak devredildiği ihtimali göz önünde tutarak hazırlanan kanundaki tedbirler, kısmi devirler söz konusu olduğunda, borçluya yeterli korumayı sağlamamaktadır. Borçlu tek bir alacak hakkı yerine, alacak hakkı bölünerek kaç ayrı kişiye devredilmişse o kadar sayıda devir işlemine ilişkin bildirimleri takip etme ve ödeme bilgilerini güncelleme külfeti altında kalmakta; ayrıca bir o kadar sayıda dava ve takibe muhatap olma, dava ve takip masrafı ödeme riski ile yüklenmektedir. Ayrıca, kısmi devirlerin engellenmesi hâlinde, alacaklı hâlen daha alacağı bütün olarak devir özgürlüğüne sahip olacağı için de böyle bir devir kısıtlamasının dürüstlük kuralına aykırı düşmeyeceği ifade edilmektedir¹⁸⁸⁶.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağının prensip olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşü, devir yasağı yüzünden alacaklının alacağı devir imkânından

¹⁸⁸³ Wolf, s. 158; Oefner, s. 206; Schuhmacher, s. 287.

¹⁸⁸⁴ Schuhmacher, s. 286.

¹⁸⁸⁵ Wolf, s. 158.

¹⁸⁸⁶ Hadding/van Look, s. 11; Wolf, s. 158; Oefner, s. 204; von Falkenhayn, s. 162; Schuhmacher, s. 287.

yoksun kaldığı düşüncesine dayanmakta; devir yasağının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın aleyhine olup olmadığını bu düşünce temelinde değerlendirmektedir. Oysa, yukarıda açıklanmıştır ki, bu düşünce tarzı nitelik teorisine aittir. Nitelik teorisi, bir devir yasağı kararlaştırıldığında alacak hakkının niteliği devre engel oluşturan bir alacak hakkına dönüştüğünü ve tedavül konusu olmaktan çıktığını ileri sürmektedir¹⁸⁸⁷. Bu çalışmada ise bir devir yasağı kararlaştırıldığı zaman alacağın devrinin borçlunun rızasına bağlanmış olacağını kabul eden katılma teorisi üstün tutulmaktadır¹⁸⁸⁸. Katılma teorisine göre, devri anlaşma ile yasaklanmış alacak hakkı kısıtlı da olsa devir yeteneğine sahiptir; borçlunun rızası ile alacak hakkı devredilebilir¹⁸⁸⁹. Borçlu bir devir yasağı kararlaştırılması sayesinde, kanun koyucunun ona prensip olarak tanımadığı borç ilişkisinin karşı tarafını belirleme özgürlüğünü elde etmektedir¹⁸⁹⁰. Bu nedenle, içerik denetimi sırasında, alacaklının alacağı devir özgürlüğünü korumak-taki menfaati ile borçlunun alacağın devrine katılma hakkını elde etmekteki menfaati arasında bir karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Böyle bir karşılaştırmada varılan sonuç ise genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağının prensip olarak geçerli sayıl-masını haklı gösterir¹⁸⁹¹. Buna göre, genel işlem koşulları arasında yer verilen bir devir yasağı prensip olarak karşı tarafın dürüstlük kuralı aykırı düşecek ölçüde aleyhine bir kayıt olarak değerlendirilemez.

Bu çalışmada, devir yasağının hukuki etkisi hakkında benimsenen açıklama tarzı çerçevesinde, devir özgürlüğü sınırlaması, esasen, devir yasağı kararlaştırıldığı için değil, borçlu alacağın devrine rıza vermekten kaçındığı için ortaya çıkmaktadır. Borçlu ile alacaklının somut menfaatlerine (borçlunun, ifa sürecinin açıklığı ve kesinliğinin teminine, gelecekteki takas hakkının korumasına veya kısmi devirlerin önlenmesine olan menfaatleri; alacaklının, alacağın kredi teminatı olarak bankaya devredilebilmesine, faktoring yoluyla nakde çevrilebilmesine, sigortacıya halefiyet yoluyla geçebilmesine olan menfaatleri¹⁸⁹² gibi) odaklanan bir menfaat karşılaştırması, borç-

¹⁸⁸⁷ Bkz. s. 272 vd.

¹⁸⁸⁸ Bkz. s. 316 vd.

¹⁸⁸⁹ Bkz. s. 281 vd.

¹⁸⁹⁰ Bkz. s. 136 vd.

¹⁸⁹¹ Berger, s. 270.

¹⁸⁹² Başka menfaat örnekleri için bkz. s. 141 vd.

lunun münferit bir devir işlemine rıza vermekten kaçınması ihtimali söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Böylece, söz konusu hukuki sorun, genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağının geçerliliği sorunu olmaktan ziyade, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürmesinin hangi hâlde hakkın kötüye kullanılması sayılacağı sorunu olarak önem kazanmaktadır. Bu soruna ilişkin değerlendirme bakımından ise devir yasağının genel işlem koşulu niteliği taşıyıp taşıyamaması fark yaratmamaktadır¹⁸⁹³. Nitekim, genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan devir yasaklarının kural olarak geçerli sayılacağı yönündeki yerleşik içtihadına rağmen, Alman Federal Mahkemesi'nin de devir yasağına aykırılığın ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması saydığı kararları mevcut bulunmaktadır¹⁸⁹⁴.

Elbette ki, devrin borçlunun rızası ile gerçekleştirilmesi olanağı bulunan bir hukuki yapıda dahi, devir yasağının içerik denetimine göre geçersiz sayılabilmesi mümkündür¹⁸⁹⁵. Borçlunun, hangi anda veya (çatışan devirler hâlinde) hangi devralan lehine devri onaylayacağı konusunda karar alma yetkisine sahip olması, bazı durumlarda, dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde alacaklının aleyhine olabilir. Borçlunun devre rıza verip vermemek konusundaki takdir yetkisinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılması da yeterli görülmeyebilir. Çünkü, bazı durumda, borçlunun rıza vermekten kaçınmaktaki somut menfaatinin saptanması güçlük arz edebilir, rıza vermekten kaçınmanın hangi hâlde hakkın kötüye kullanılması sayılacağını önceden kesin bir tarzda belirlemek mümkün olmayabilir ve bu belirsizlik alacaklının dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde aleyhine sayılabilir¹⁸⁹⁶. Meselenin bu yönünü göz önüne alan eserlerde, genel işlem koşulu niteliğindeki bir devir yasağının içerik denetimine göre geçerli sayılabilmesi için, borçlunun ihtiyaç duyduğu koruma temin edilirse rıza vermeye hazır olduğunu dışa vuran bir tarzda formüle edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, borçlu, genel işlem koşulları arasında bir devir yasağına yer verirken sadece kendi menfaatlerini değil, alacaklının menfaatlerini de gözetmelidir¹⁸⁹⁷. Bu doğrultuda, borçlunun alacağın devrine rıza verip vermeme

¹⁸⁹³ Bu konuda bkz. s. 346 vd.

¹⁸⁹⁴ Bu kararlar için bkz. s. 346 vd.

¹⁸⁹⁵ Devrin borçlunun rızasına bağlı tutulduğu genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağının geçersiz sayıldığı kararlara örnek olarak bkz. BGH, NJW 1976, 672; BGH, NJW 1982, 992. Bu ihtimalde dahi prensip olarak geçersiz sayılması gerektiği görüşünde: Oefner, s. 203.

¹⁸⁹⁶ Oefner, s. 202.

¹⁸⁹⁷ Blaurock, s. 333.

konusundaki takdir yetkisinin alacaklının korunması amacı ile objektif bir tarzda sınırlandırıldığı kayıtlara yer verilmesi önerilmektedir¹⁸⁹⁸. Borçlu, devir yasağına ilişkin kayıтта, alacağın devrine rıza vermesi sonucunu sağlayacak koşulları şeffaf biçimde açıklamalı ve bu koşulların ağırlığı dürüstlük kuralına uygun olmalıdır¹⁸⁹⁹. Örnek olarak, devir yasağına ilişkin kayıтта, alacağın devrinin belirli şekil şartına uyularak (örneğin standart bir form kullanılması yoluyla) kendisine bildirilmesi şartı getirmekle yetinilebilir¹⁹⁰⁰. Hangi alacağın kime devredildiği, devir konusu alacağın muaccel olmasından bir süre önce (örneğin minimum yedi gün önce) devreden tarafından yazılı olarak borçluya bildirildiği takdirde, borçlunun alacağın devrine rıza vermiş sayılacağı tarzında bir kayıt kullanılabilir¹⁹⁰¹. Borçlunun devredene ifada bulunması hâlinde dahi borçtan kurtulacağını belirten bir kayıt düzenlenebilir¹⁹⁰². Devir bildiriminin varması ile borçlunun devri öğrenmesi arasındaki sürede beliren devredene ifa riski, borçlunun, bildirimin varmasından sonraki belirli bir süre içinde devredene ifada bulunursa borçtan kurtulabileceği kararlaştırılarak ortadan kaldırılabilir¹⁹⁰³. Bunlara ilave olarak, yukarıda paylaşılan, sözleşme ile kararlaştırılan devir kısıtlaması örneklerinden (sadece kısmi devirlerin yasaklanması, alacağın belirli kişilere devredilemeyeceğinin kararlaştırılması veya tersine alacağın belirli kişilere devredilebileceğinin düzenlenmesi vb.) yararlanılması da mümkündür¹⁹⁰⁴.

III. Devir Yasağı Anlaşmasının Yorumu

A. Genel Olarak

Bir sözleşmede devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusu olabilir ve böyle bir uyuşmazlığın sözleşmenin hâkim tarafından yorumlanması yoluyla giderilmesi gerekebilir. Öğretide devir engelinin varlığı konusunda uyuşmazlık söz konusu olabilecek üç ihtimal üzerinde durulmaktadır:

¹⁸⁹⁸ Blaurock, s. 333-334; Hadding/van Look, s. 11; BeckOK/Rohe, § 399, N. 18; Schuhmacher, s. 287.

¹⁸⁹⁹ Hadding/van Look, s. 11.

¹⁹⁰⁰ Hadding/van Look, s. 11; Schuhmacher, s. 287.

¹⁹⁰¹ Schuhmacher, s. 287.

¹⁹⁰² Blaurock, s. 334; Hadding/van Look, s. 11; Schuhmacher, s. 287.

¹⁹⁰³ Schuhmacher, s. 287.

¹⁹⁰⁴ Bkz. s. 159 vd.

Birinci ihtimal, sözleşmede devir yasağı kararlaştırıldığını dışa vuran herhangi bir kayıt mevcut olmadığı hâlde, borçlu tarafından, alacağın devrinin engellendiği savunması ileri sürülmesi durumunda ortaya çıkar. Bu ihtimalde, alacaklı ile borçlu arasında örtülü olarak bir devir yasağı kararlaştırılmış olup olmadığı değerlendirme konusu olur.

İkinci ihtimal şudur: Sözleşmede alacağın devrinin önüne geçilmek istendiği anlamına gelen bir kayıt düzenlenmiştir. Borçlu bu kayda dayanarak mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığını, bu nedenle devrin hükümsüz olduğunu ileri sürmektedir; alacaklı ise söz konusu kaydın alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisini sınırlandırmadığı, sadece bir devretmeme borcuna dayanak oluşturacağı iddiasındadır. Böyle bir ihtimalde, salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı mı, yoksa mutlak etkili bir devir yasağı mı kararlaştırıldığı kabul edileceği konusundaki yorum sorunu çözümlenmeyi beklemektedir¹⁹⁰⁵.

Üçüncü bir ihtimal olarak, bir sözleşmede kararlaştırılmış devir engelinin o sözleşmeden doğan hangi alacakları, sadece asli edim alacağını mı yoksa tazminat alacağını da mı kapsadığı taraflar arasında yorum uyumsuzluğuna yol açabilir.

Bunlara ilave olarak, öğretide, sözleşme taraflarının, alacağın devrinin tamamen yasaklanması konusunda anlaştığı hâllerde, buna ilişkin kaydın alacağın devrinin borçlunun rızasına tabi tutulduğu bir devir kısıtlaması olarak yorumlanmasının mümkün olup olmadığı, bir sözleşmenin yorumu sorunu olarak ele alınabilmektedir¹⁹⁰⁶. Bu çalışmada, alacağın devrinin tamamen yasaklandığı hâllerde dahi, aslında devrin geçerliliğinin borçlunun rıza vermesi şartına bağlı olduğu, bu açıdan her durumda sadece bir devir kısıtlaması ortaya çıktığı görüşü benimsenmiştir. Bu görüş sözleşmenin yorumuna değil, kanunun (BK 183/I) yorumuna dayanmakta olup hangi gerekçelerden

¹⁹⁰⁵ Bydlinski, s. 136.

¹⁹⁰⁶ Bir görüş, devir yasağının daima borçlu lehine kararlaştırıldığı olgusundan hareket etmekte ve tarafların varsayılan ortak iradeleri uyarınca alacağın devrinin geçerliliğinin borçlunun rızasına bağlı tutulduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Planck/Siber, § 399, N. 2; Serick, **Bd. II**, s. 290; RGRK/Weber, § 399, N. 14. Bu görüş hakkında detaylı bilgi için yukarıda bkz. s. 288. Aksi yöndeki bir görüşe göre, taraflar aralarında bir devir yasağı konulması hususunda anlaşmış olmalarına rağmen, devir yasağının türünü (yani devrin borçlunun rızasına bağlı olduğu bir devir kısıtlaması olup olmadığını) belirlememişlerse, tereddüt hâlinde alacağın devrini mutlak biçimde yasakladıkları yorumu yapılır. Bkz. Dinar, s. 65.

ötürü üstün tutulması gerektiği çalışmanın II. bölümünde detaylı olarak açıklanmıştır¹⁹⁰⁷.

B. Devir Yasağının Örtülü Olarak Kararlaştırılmış Olup Olmadığının Belirlenmesi

Devir yasağı genellikle açık bir kayıt ile kararlaştırılır. Bununla birlikte, bazı durumlarda, sözleşmenin yorumu yoluyla tarafların örtülü olarak devir yasağı kararlaştırdığı yorumu yapılabilmektedir¹⁹⁰⁸.

Sözleşmede alacağın devrinin örtülü olarak engellendiği yorumuna dayanak oluşturan herhangi bir özelliğin mevcut olup olmadığı güven prensibine göre belirlenir¹⁹⁰⁹. Buna göre, borçlu açısından alacaklının şahsının değişmemesinin önem taşıdığına belirlenmesi tek başına yeterli değildir¹⁹¹⁰. Yalnızca, borçlunun borç altına girerken alacaklının şahsının değişmeyeceğini varsaymakta dürüstlük kuralı gereği haklı sayılabildiği hâllerde, alacağın devrinin örtülü olarak engellendiği sonucuna varılabilir¹⁹¹¹. Örnek olarak, tüketim öduncü (karz) vaadinde, vaad borçlusunu için, vaad alacaklısının şahsının değişmemesi esaslı bir önem taşır; çünkü vaad alacaklısı, ileride kuruluacak tüketim öduncü sözleşmesinde (asıl sözleşmede) öduncü konusunu iade borcu

¹⁹⁰⁷ Bu konuda özellikle bkz. s. 316 vd.

¹⁹⁰⁸ Engel, s. 877; Huguenin, N. 1360; Tercier/Pichonnaz, N. 1683; Schwenzer, N. 90.24; Bucher, § 31, s. 541; CR-Probst, CO 164, N. 33; B.Berger, N. 2102; Planck/Siber, § 399, N. 2; Haading/van Look, s. 2; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; MüKombGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 36; Larenz, § 34, s. 581; Soergel/Schreiber, § 399, N. 5; Erman/Westermann, § 399, N. 13; Jauernig/Stürner, § 399, N. 6. Bu hâkim görüşe karşılık, devir yasağının örtülü olarak kararlaştırılamayacağı, çünkü alacağın devri özgürlüğünün prensip olarak benimsendiği bir hukuk düzeninde devir yasağı kararlaştırılmasının istisnai nitelikte olduğu ve bu istisnai imkândan yararlanıldığı takdirde bunun sözleşmede açık bir hükümle belirtilmesi gerektiği görüşü de öğretilde savunulmaktadır. Bkz. Dinar, s. 53-54; Spirig, Art. 164, N. 162.

¹⁹⁰⁹ Bu konudaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 94 II 274, E. 5. Genel olarak sözleşmenin yorumunda güven prensibinden yararlanılabileceği konusunda bkz. Eren, N. 1467; Kocayusufoğlu, § 32, N. 12; Oğuzman/Öz, C. I, N. 597.

¹⁹¹⁰ Alacaklının şahsının önem taşıdığı tüm alacaklarda devrin örtülü olarak engellendiği yorumu yapılabildiğini belirterek aksi fikirde: Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343.

¹⁹¹¹ BGE 94 II 274, E. 5. Bucher (§ 31, s. 541), borçlunun, alacağın başkasına devredilmemesi şartıyla borç altına girdiği kabul edilebilen hâllerde örtülü bir devir engeli bulunduğu yorumuna varılacağını belirtmiştir. Spirig (Art. 164, N. 162), Bucher'in bu görüşüne, alacağın devri özgürlüğü prensibine aykırı düştüğü gerekçesiyle karşı çıkmıştır.

ile yükümlü hâle gelecek olan taraftır. Bu nedenle, sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasa bile, kural olarak, tarafların ortak iradesinin alacağın devrinin engellenmesi yönünde olduğu varsayılmaktadır¹⁹¹².

Bir Yargıtay kararında, tarafların sözleşmede geciktirici koşul kararlaştırmaktaki amacından hareket edilerek, alacağın devrinin örtülü olarak engellendiği yorumuna varılmıştır. Karara konu olayda, taşınmaz satış vaadinden doğan bir alacak hakkı söz konusudur¹⁹¹³. Vaad borçlusu, yabancı uyruklu alacaklının şahsına, Türkiye’de mülk edinme izni çıkması koşulu ile taşınmazını satmayı taahhüt etmektedir. Bu koşulun gerçekleşmemesi hâlinde, satış vaadinin hükümsüz hâle geleceği taraflar arasında kararlaştırılmıştır. Yargıtay, somut olayda kararlaştırılan geciktirici koşulun amacından hareket ederek, satış vaadinden doğan alacağın münhasıran vaad alacaklısının şahsına tanındığı, tarafların bu hüküm aracılığıyla alacağın devrini engellendikleri sonucuna ulaşmaktadır¹⁹¹⁴. Hatırlanacağı üzere, aslında, bir alacak hakkının iradi koşula bağlı oluşu, kural olarak, devrine engel değildir¹⁹¹⁵. Yargıtay da bu kararda alacağın iradi koşula bağlı olmasını tek başına bir devir engeli olarak görmüş değildir; geciktirici koşulun anlam ve amacından hareketle alacak hakkının alacaklının şahsına tanındığı, bu nedenle alacağın devrinin örtülü olarak engellendiği yorumuna ulaşmıştır.

Benzer olarak, bir alacağın konusu edimin amacını yalnızca alacaklının şahsına ifa edilerek gerçekleştirebileceği kabul edilen hâllerde, o alacak hakkı için örtülü olarak devir yasağı kararlaştırıldığı yorumu yapılabilmektedir¹⁹¹⁶. Söz gelimi, inşaat kredisi, konut kredisi gibi, kredi ilişkisinin, alacaklının şahsı tarafından belirli bir amacın

¹⁹¹² Aynı doğrultuda olarak, kredi açma sözleşmesinden doğan kredinin temin edilmesi talebinin devredilebilir olup olmadığı belirlenirken, kredi açma sözleşmesini kuran irade beyanlarının güven prensibine göre yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Özen, **Kredi Açma Sözleşmesi**, 265. Öğretide, önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşü çerçevesinde, tüketim ödücü vaadinden doğan alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. s. 47 vd. Bu çalışmada ise önsözleşmeden doğan alacağın niteliğinin devre elverişli olduğu, tüketim ödücü vaadinden doğan alacağın devrinin, devir örtülü bir anlaşma ile engellendiği için mümkün olmadığı görüştüğü benimsenmiştir. Bkz. s. 53 vd.

¹⁹¹³ Türk hukukunda taşınmaz satış vaadinden doğan alacak hakkının kural olarak serbestçe devredilebilir olduğu kabul edilmektedir. Bkz. s. 49 vd.

¹⁹¹⁴ 14. HD, 18.10.2010, E. 2010/9149, K. 2010/10652 (Lexpera).

¹⁹¹⁵ Bkz. s. 10 vd.

¹⁹¹⁶ Velidedeoğlu/Özdemir, s. 343; Funk, Art. 164, N. 4; RGRK/Weber, § 399, N. 31. Bizzat alacaklısına ifası borcun doğuşu sebebinin teşkil eden alacakların başkasına devredilemeyeceği yönünde: Fey-

gerçekleştirilmesi için kurulduğu ve bu amacın faiz miktarı, geri ödeme planı gibi hususları doğrudan saptayıcı olduğu durumlarda, münferit kredinin ödenmesi talebi hakkında örtülü bir devir yasağı kararlaştırıldığı kabul edilmektedir. Bu tarz durumlarda, bankanın, kredinin amaca uygun kullanılıp kullanılmadığını denetleme yetkisine sahip olması, alacağın devrinin örtülü olarak engellenmiş olup olmadığının tespiti açısından önemli bir delil olarak görülmektedir¹⁹¹⁷.

Bir sözleşmede tahkim anlaşması yer aldığının belirlenmesi, tek başına, o sözleşmeden doğan alacakların devrinin örtülü olarak engellendiği yorumu yapılabilmesi için yeterli kabul edilmemektedir¹⁹¹⁸. Bu görüş, bir alacağı devralan üçüncü kişinin, kural olarak, o alacağın dayandığı sözleşmede kararlaştırılmış tahkim kaydından yararlanma hakkı elde edeceği yönündeki hâkim görüş ile tutarlılık içindedir¹⁹¹⁹. Zira bir sözleşmede tahkim kaydı yer alması alacağın devrinin örtülü olarak engellendiği şeklinde yorumlanabilseydi, alacağın devralanın tahkim kaydından yararlanmasının mümkün olup olmadığını tartışmaya gerek kalmazdı.

zioğlu, s. 635. Öğretide, ayrıca, cari hesapta örtülü olarak kararlaştırılmış bir devir yasağı bulunduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bu çalışmada, cari hesaba kayıtlı alacağın devrine kanunun (TK 97) engel oluşturduğu görüşü kabul edilmiştir. Bu konudaki tartışma için bkz. s. 123 vd. Bunun dışında, öğretide, kira sözleşmesinde alt kiranın yasaklandığı hâllerde, örtülü olarak, kullanım hakkının devrinin de yasaklanmış olacağı yorumu yapılmaktadır. Bkz. Tandoğan, C. I/2, s. 156; Zevkliler/Gökayla, s. 313; Yavuz/Acar/Özen, s. 470, dn. 149; von Büren, s. 324. Bu çalışmada, kiralananı kullanım hakkının devrinin, meydana getirdiği hukuki etki göz önüne alındığında, teknik anlamıyla bir alacağın devri işleminden ibaret olmadığı, BK 322/III çerçevesinde daha geniş kapsamlı etkilere yol açtığı görüşü kabul edilmiştir. Yukarıda bkz. s. 65. Kullanım hakkının devri teknik anlamıyla bir devir işlemi niteliğinde görülmediği için, belirtilen ihtimale ilişkin olarak, örtülü bir devir yasağı kararlaştırıldığı tespiti de yapılamayacaktır. Ancak bu konudan bağımsız olarak, alt kiranın sözleşme ile engellenmesinin, kullanım hakkının BK 322/I uyarınca devrine de engel oluşturacağı, elbette, söylenebilir.

¹⁹¹⁷ Bu ihtimalde alacağın niteliğinin devre engel oluşturduğu görüşü de ileri sürülmektedir. Bkz. s. 51 vd. Bu görüşün eleştirisi ve alacağın devrinin örtülü olarak yasaklandığı görüşünün kabul edilmesi hakkında bkz. s. 53 vd.

¹⁹¹⁸ Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi'nin bir kararı için bkz. RT140097, 06.03.2015, E. 5.3 (Swisslex).

¹⁹¹⁹ Devralanın devir sonucu elde ettiği tahkim anlaşmasından yararlanma hakkının dayanağı konusu ise tartışmalıdır. Bkz. Osman Berat Gürzumar, "Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C. 22, S. 3, s. 1257-1273, s. 1267. Bu konudaki tartışmada hangi görüşün benimsendiği ile bağlantılı olan farklı gerekçelerden ötürü, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının devralanın tahkim kaydından yararlanmasına engel oluşturacağı kabul edilmektedir. Sözleşme ile kararlaştırılmış devir yasağının alacağın devrinin geçersiz olmasına yol açacağı, devir işleminin geçersiz olmasının da devralanın tahkim anlaşmasına taraf olduğunu ileri sürmesine engel oluşturacağı yönünde: BGE 128 III 50 (63). Devir yasağı kaydının sözleşme taraflarının başka bir üçüncü kişi ile karşı karşıya gelmemek konusundaki iradesini dışa vurduğu; tahkim kaydının devir yasağı kaydının ardında yatan bu amaç ile uyumlu olarak yorumlanması gerektiği; böyle yorumlandığında tahkime başvuru hakkının sözleşmenin taraflarının şahsına özgü olduğu sonucuna varılacağı yönünde: BGE 117 II 94 (100).

C. Devir Yasağının Mutlak Etkili Olup Olmadığının Belirlenmesi

BK 183/I anlamındaki bir devir yasağı anlaşması alacak hakkını devir yeteneği yönünden sınırlandıran mutlak etkiye sahiptir ve devir engeli meydana getirir. Taraflar BK 183/I hükmünün tanıdığı bu imkândan yararlanmak yerine, sözleşme özgürlüğü gereği, salt borçlandırııcı etkili bir devir yasağı kararlaştırmayı da tercih edebilir¹⁹²⁰. Salt borçlandırııcı etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığı bazen sözleşmede açık bir tarzda ifade edilir: Örneğin, alacağın devredilmesi ihtimalinde alacaklının borçluya belirli bir miktar para ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmişse bir alacağı devretmeme borcu söz konusu olur¹⁹²¹. Bazı hâllerde ise sözleşme kaydındaki çelişkili ve muğlak ifadelerden ötürü mutlak etkili bir devir yasağı mı, yoksa salt borçlandırııcı etkili bir devir yasağı mı kararlaştırıldığı şüphe arz edebilir. Esasen, devir yasağını belirten kayıta alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı veya yasağa aykırı devrin geçersiz olacağı açıkça ifade edilmişse devir yasağının mutlak etki doğuracağı konusunda pek tereddüt edilmeyecektir¹⁹²². Örneğin şu ifade biçimleri, tarafların devir yasağının mutlak etki doğurması konusunda anlaştığını dışa vurur: “...

¹⁹²⁰ Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 20; Schuln/Vogt, s. 613; Bucher, § 31, s. 542, dn. 23; Willoweit, s. 557 vd; Palandt/Grüneberg, § 399, N. 8; MüKomBGB-Roth/Kieninger, § 399, N. 36; Staudinger/Busche, § 399, N. 51; Mayrhofer, II, s. 171-172.

¹⁹²¹ Mayrhofer, II, s. 171-172.

¹⁹²² Amerikan hukuku yargı kararlarında devir yasağı içeren kaydın yorumu konusu üzerinde sıklıkla durulmaktadır. Yargı kararlarında, devir yasağının mutlak etki doğurduğunun kabul edilebilmesi için, devir yasağına aykırı devirlerin “geçersiz” (“void”, “invalid”) olacağının belirtilmesi veya alacağın devri konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı sözleşme hükmü ile başka bir tarzda açıklanması şartı aranmaktadır. Örnek olarak, kredinin ödenmesi talebinin devrinin “... böyle bir rıza olmaksızın yapılan alacak devri geçersiz olur” (“... any such assignment without such consent shall be void”) şeklindeki bir hüküm ile kısıtlanması mutlak etkili devir yasağı kararlaştırdığı şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. Garden State Bldgs., L.P. v. First Fidelity Bank, N.A., 702 A.2d 1315, 1321 (Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 1997). “...bu gelir sözleşmesinden kaynaklanan hiçbir ödeme talebi devredilemez” (“...no payment under this annuity contract may be ...assigned”) şeklindeki sözleşme hükmünün alacaklının tasarruf yetkisinin kısıtlamadığı, sadece tazminat talebine dayanak oluşturabileceğine hükmedilmiştir. Bkz. Rumbin v. Utica Mutual Insurance Co. 757 A.2d 526, 534 (Supreme Court of Connecticut, 2000). “...Bu sözleşme ve bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar, bu sözleşmeye taraf olanlarının tamamının açık yazılı rızası alınmadıkça devredilemez” (“... Agreement, and the obligations and rights under this agreement will not be assignable without the express written consent of all Parties to this Agreement”) şeklindeki bir sözleşme hükmünün de alacaklının tasarruf yetkisini kısıtlamadığına ve bu hükme rağmen yapılan devrin geçerli olacağına karar verilmiştir. Bkz. Bel-Ray Co. v. Chemrite Ltd., 181 F.3d 435, 442 (United States Court of Appeals for the Third Circuit, 1999). Kararlar için bkz. LexisNexis (Çevrimiçi, 2.1.2020).

alacağın devri geçersiz olur”; “... *alacağın devri sonuç doğurmaz*”¹⁹²³. Buna karşılık, şu örneklerde sözleşmedeki kaydın nasıl anlaşılması gerektiği şüphelidir: “... *alacağın devri sözleşmeye aykırıdır*”; “... *bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar devredilemez*”. İlk örnekteki kayıt sözcük anlamı itibarıyla yalnızca alacağın devrinin arzu edilmediğini, ihlali hâlinde bir hukuki yaptırım uygulanabileceğini anlatmaktadır; tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin herhangi bir bilgi vermemektedir¹⁹²⁴. İkinci örnekteki kayıt ise borçlunun bir üçüncü kişi ile borcun üstlenilmesi konusunda anlaşmasının borcun dış üstlenilmesi (borcun nakli) sonucu meydana getirmeyeceğini öngören BK 195-196 hükümleri veya sözleşmenin devri işleminin üç tarafın (sözleşmeyi devreden ile devralan ve sözleşmede kalanın) anlaşması ile yapılabileceğini öngören BK 205 hükmü doğrultusunda anlamlandırılmaya da müsait olduğu için çelişkilidir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, arsa maliki ile yüklenici arasında düzenlenen bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılmış, yüklenicinin “*arsa sahibinin yazılı onayını almaksızın sözleşmedeki hak ve sorumluluklarını başkasına devredemeyeceği...*” şeklinde bir hükümle, tarafların, sözleşmenin devrini yasakladıkları, bunun dışında, söz konusu hükmün yüklenicisinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca edimlerini yerine getirmesinden sonra kazandığı kişisel hakkı üçüncü kişilere devretmesine engel oluşturmayacağı yorumuna ulaşmıştır¹⁹²⁵. Kararda, anılan sözleşme kaydının alacağı devretmeme borcuna dayanak oluşturup oluşturmayacağı ayrıca değerlendirilmemiştir.

Devir yasağını ilgilendiren sözleşme hükmünün tereddüt hâlinde nasıl yorumlanacağı konusunda öğretide iki görüş ileri sürülmüştür:

Bir görüşe göre, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği öngörülen BK 183/I hükmü aynı zamanda bir yorumlayıcı hukuk kuralı niteliği taşır. Tarafların

¹⁹²³ Almanca “*ausgeschlossen*”, “*unwirksam*”, “*nichtig*”, “...*könne nicht erfolgen*” ifadelerinin mutlak etkiyi tereddütsüz dışı vurduğu yönünde: Bydlinski, s. 138-139.

¹⁹²⁴ Almanca “*unzulässig*”, “*verboten*”, “*vertragswidrig*” ifadelerinin şüphe doğurduğu yönünde: Bydlinski, s. 138.

¹⁹²⁵ 14. HD, 5.10.2010, E. 2010/6839, K. 2010/9831 (Lexpera): “*Sözleşmenin 3.6 maddesi ise, ‘... Mütteahhit arsa sahibinin yazılı onayını almaksızın sözleşmedeki hak ve sorumluluklarını başkasına devredemeyeceği...’ şeklinde olup, bu madde hükmü uyarınca yüklenicinin sözleşmeden doğan genel hak ve sorumluluklarını temlik etmesi, bir başka deyişle sözleşmenin genel olarak temlik edilmesi yasaklanmıştır. Anılan madde hükmü uyarınca yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca edimlerini yerine getirmesinden sonra kazandığı kişisel hakkı üçüncü kişilere temlik etmesi yasaklanmamıştır.*” Sözleşmedeki benzer bir kaydın alacağın devrine de engel oluşturacağı yorumuna varılan aksi yöndeki bir karar için bkz. 23. HD, 17.10.2018, E. 2018/813, K. 2018/4731 (Kazancı).

gerçek veya varsayılan ortak iradelerinin bir salt borçlandırıcı etkili devir yasağı kararlaştırılması yönünde olduğu belirlenemediği takdirde, şüphe hâlinde, söz konusu sözleşme kaydı, BK 183/I hükmü doğrultusunda mutlak etkili bir devir yasağı olarak yorumlanmalıdır¹⁹²⁶.

BK 183/I hükmünün bir yorumlayıcı hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi pek yerinde gözükmemektedir; çünkü bu hüküm alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânının mevcut olup olmadığı konusundaki hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak için öngörülmüş bir hükümdür. Konunun tarihsel gelişimi bunu açıkça ortaya koymaktadır. Bir yorumlayıcı hukuk kuralı olarak da etki doğurması, muhtemelen, hiç düşünülmemiştir¹⁹²⁷.

Bu çalışmada üstün tutulan ikinci görüşe göre, çelişkili ve muğlak biçimde formüle edilmiş kaydın, şüphe hâlinde, mutlak etki doğuracak şekilde yorumlanması isabetli değildir; çünkü devir yasağı söz konusu olduğunda alacaklı ile borçlunun menfaati birbiri ile çatışma içindedir. Borçlunun kural olarak alacağın devrini mümkün olan en kapsamlı ölçüde engellemek isteyeceği gerekçe gösterilerek sözleşme taraflarının ortak iradesi hakkında hiçbir sonuca varılamaz. Çünkü, alacaklının menfaati tam aksine, daha hafif yük altına girmek, bu yüzden salt borçlandırıcı etkili devir yasağına razı olmak yönündedir. Borçlunun, sözleşmede herhangi bir devir yasağını kabul ettirebilmişse daha yüksek bir pazarlık gücüne sahip olduğu, dolayısıyla en geniş ölçüde etki doğuran devir yasağını da kabul ettirebileceği varsayımından hareket edilmesi, hukuken rahatsız edici bir yorum tarzıdır. Bu yöndeki arzusunu sözleşmenin kuruluşu sırasında dayatmamış, belki hiç ifade dahi etmemiş güçlü sözleşme tarafına “*güçlü lehine yorum*” vasıtasıyla destek olunmakta ve güçlü taraf üstün pazarlık gücünü belirli bir yönde kullanmış olsaydı elde edebileceği hukuki duruma yorum yoluyla yükseltilmektedir. Bu nedenle, sözleşmede mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığı yalnızca tarafların ortak iradesinin bu yönde olduğu belirlenebildiği durumlarda kabul edilmelidir¹⁹²⁸. Bu konuda, aşağıdaki yorum araçlarına başvurulması gerekmektedir:

¹⁹²⁶ BK 183/I hükmü ile aynı doğrultudaki BGB § 399 d. 2 hükmü açısından bu görüşte: Willoweit, s. 559.

¹⁹²⁷ Bkz. s. 221 vd.

¹⁹²⁸ Bydlinski, s. 137-138.

Devir yasağının mutlak etkili olup olmadığı, ilk aşamada, tarafların gerçek ortak iradeleri bulunarak tespit edilmeye çalışılmalıdır. Bunun için devir yasağını içeren sözleşmenin lafzı tarafların iradesi hakkında çıkarımda bulunmaya olanak veren yan koşullarla (örneğin sözleşme görüşmeleri sırasındaki yazışmalar) birlikte değerlendirilmelidir. Tarafların gerçek iradesinin mutlak etki veya salt borçlandırııcı etki konusunda bulunduğu belirlenmişse, sözleşme metninde aksi anlama gelebilecek bir ifade kullanılmış olsa bile, BK 19/I hükmü gereği, devir yasağının tarafların gerçek ve ortak iradeleri doğrultusunda etki doğuracağı yorumuna varılır (“*falsa demonstratio non nocet*”)¹⁹²⁹.

Tarafların gerçek ortak iradesinin tespit edilemediği durumda, MK 2/I hükmü çerçevesinde ve somut olaydaki menfaat durumu dikkate alınarak, tarafların varsayılan ortak iradelerinin belirlenmesi gerekecektir¹⁹³⁰. Bu aşamada, borçlunun gerçek iradesinin mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırılması yönünde olduğunu kesin biçimde açıklamış olduğu, alacaklının güven prensibi gereği bunu anlaması gerektiği tespit edilebilirse, tarafların iradesinin mutlak etki konusunda bulunduğu varsayılacaktır. Fakat, geri kalan hâllerde tarafların salt borçlandırııcı etkili devir yasağı konusunda anlaştığı varsayımına göre yorum yapılmalıdır. Çünkü, yukarıda belirtildiği üzere, devir yasağı söz konusu olduğunda tarafların menfaati birbirinin aksi yöndedir; tarafların varsayılan ortak iradelerinin dürüstlük kuralına göre belirlenmesi salt borçlandırııcı etki lehine yorum yapılmasını haklı gösterir¹⁹³¹.

Son aşamada, devir yasağının mutlak etkili mi yoksa salt borçlandırııcı etkili mi olduğu konusunda uyumsuzluk yaratan sözleşme kaydı borçlu tarafından düzenlenmiş olduğu takdirde, söz konusu kayıt şüphe hâlinde borçlu aleyhine olacak şekilde yorumlanmalı (“*in dubio contra stipulatorem*”) ve devir özgürlüğünü daha hafif düzeyde sınırlandıran salt borçlandırııcı etki kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılmalıdır¹⁹³².

¹⁹²⁹ Eren, N. 1456; Kocayusufpaşaoğlu, § 32, N. 2; Oğuzman/Öz, C. I, N. 597. Devir yasağının yorumu bakımından da bu doğrultuda: Bydlinski, s. 139.

¹⁹³⁰ Tarafların varsayılan ortak iradelerinin belirlenmesi konusunda bu doğrultuda: Eren, N. 1456-1457; Kocayusufpaşaoğlu, § 32, N. 4; Oğuzman/Öz, C. I, N. 597.

¹⁹³¹ Bydlinski, s. 139.

¹⁹³² Bydlinski, s. 140. Uyumsuzluk konusu sözleşme kaydının tereddüt hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanacağı konusunda: Eren, N. 1470; Kocayusufpaşaoğlu, § 32, N. 17; Oğuzman/Öz, C. I, N. 598.

D. Devir Yasağının Kapsamının Belirlenmesi

Yorum uyuşmazlığı bazen kararlaştırılan devir engelinin sözleşmeden doğan hangi alacakları kapsadığı konusunda ortaya çıkar. Bu konuda üç ihtimal düşünülebilir:

Birinci ihtimal, sözleşmede, genel bir tarzda belirtilmiş bir devir yasağı bulunmasıdır. “*Bu sözleşmeden doğan alacakların devri hükümsüzdür*” şeklinde bir kayıtla konulmuş devir yasağı buna bir örnektir. Böyle bir kayıt söz konusu olduğunda, tarafların gerçek iradelerin başka yönde olduğu belirlenemedikçe, devir yasağının sadece asli edim alacağını değil, yan edim alacaklarını (kiralananın temizlik ve bakım giderlerinin ödenmesi talebi vb.) veya tali edim alacaklarını (satış konusu malın teslimi ve mülkiyetin geçirilmesi talebi yerine geçen tazminat talebi vb.) da kapsayacağı yorumu yapılmaktadır¹⁹³³. Bununla birlikte, şüphe hâlinde, devir yasağının kapsamının kararlaştırıldığı sözleşmeden doğan alacaklarla sınırlı olduğu; sözleşme taraflarının birbirlerine karşı başka hukuki sebepler (sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme gibi) uyarınca kazandığı alacakların devir yasağına tabi olmadığı kabul edilmelidir. Bu konu eser sözleşmesi bakımından bir Yargıtay kararında ele alınmıştır: Kararda, yüklenicinin iş sahibi yararına gördüğü ek işe dair götürü bedeli aşan masrafları (sözleşme dışı iş bedelini) vekâletsiz iş görme hükümleri (BK 526 vd) uyarınca isteyebileceği; bu masraflara ilişkin alacak hakkı eser sözleşmesinden değil vekâletsiz iş görmeden doğduğu için eser sözleşmesinde yüklenici aleyhine genel bir tarzda kararlaştırılmış olan devir yasağına tabi olmadığı, bu yüzden söz konusu alacak hakkının serbestçe devredilebileceği hükme bağlamıştır¹⁹³⁴.

¹⁹³³ von Büren, s. 324; Schuln/Vogt, s. 616. Bu doğrultudaki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 117 II 94 (99). Kararda, genel bir tarzda ifade olunmuş devir yasağının sadece asli edim alacağının devrine değil, aynı zamanda o sözleşmeden doğan tazminat alacağının da devrine engel oluşturacağı; nihayetinde her iki alacağın da sözleşmeden kaynaklandığı görüşü kabul edilmiştir.

¹⁹³⁴ Kararda geçen devir yasağı “*yüklenicinin her türlü hakediş ve alacaklarını idarenin yazılı izni olmaksızın başkalarına temlik edemeyeceği*” şeklindedir: 15. HD, 12.2.2018, E. 2016/2930, K. 2018/526 (Kazancı; Lexpera). Yüklenicinin iş sahibinden olan bedel alacaklarının, sözleşme kapsamında hak edilen iş bedeli (götürü bedel) ile sözleşme dışı hak edilen iş bedeli olarak ikiye ayrılması ve sözleşme dışı iş bedelinin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hesaplanması, bu hesaba göre yüklenicinin tüm bedel alacaklarını temlik alan üçüncü kişinin alacağının tespit edilmesine hükmedilen başka bir karar için bkz. 15. HD, 7.11.2018, E. 2018/2015, K. 2018/4300 (Kazancı; Lexpera).

İkinci ihtimal, sözleşmede açık bir kayıtla yalnızca asli edime ilişkin alacağın devrinin yasaklanmış olmasıdır. Bu ihtimalde, aynı sözleşmeden doğan yan edim alacakları ve tali edim alacaklarının serbestçe devredilebileceği konusunda tereddüt yoktur¹⁹³⁵.

Üçüncü ihtimal, devir yasağına ilişkin kaydın asli edim alacağını kapsadığı açık olmakla birlikte, yan edim ve tali edim alacaklarını kapsayıp kapsamadığı konusunun tereddüt arz etmesidir. Böyle bir ihtimalde, sözleşmede yer alan bir haktan vazgeçilmesine ilişkin kayıtların dar yorumlanması gerektiği konusundaki yorum kuralının¹⁹³⁶ uygulanması isabetli olur. Devir yasağını belirten sözleşme kaydı, alacağı devir yetkisinden feragat etkisi doğurması¹⁹³⁷ nedeni ile dar yorumlanmalı ve asli edim alacağı dışında kalan alacakların serbestçe devredilebilir olduğu sonucuna varılmalıdır.

¹⁹³⁵ von Büren, s. 324.

¹⁹³⁶ Kocayusufopaşaoğlu, § 32, N. 15.

¹⁹³⁷ Devir yasağı anlaşmasının alacak üzerindeki tasarruf yetkisine etkisi hakkında bkz. s. 330 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PARA ALACAKLARI BAKIMINDAN MUTLAK ETKİNİN SINIRLANDIRILDIĞI KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER VE BU DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE BK 183/I HÜKMÜNÜN YERİNDELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Genel Bakış

Çalışmanın II. bölümünde detaylı olarak açıklandığı üzere, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânının hukuk düzenince tanınması, müşterek hukuktan günümüze dek, işlem güvenliğinin korunması ve alacağın devri özgürlüğünün azami ölçüde temin edilmesi gereklilikleri temelinde birçok açıdan eleştiriye maruz kalmıştır¹⁹³⁸. Mutlak etki karşıtı görüşler, hukukun uyumlaştırılmasına dair uluslararası düzenlemelerin hazırlığı safhasında etkili olmuş; bu görüşler doğrultusunda, para alacakları bakımından devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırıldığı çeşitli düzenlemeler meydana getirilmiştir. Bu düzenlemelerde mutlak etki iki yöntemden yararlanılarak sınırlandırılmaktadır:

Birinci yöntem, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırııcı etki doğuracağına açıkça öngörülmesi şeklindedir. Buna göre, sözleşme ile kararlaştırılan bir devir yasağına rağmen yapılan alacak devri geçerli olur; borçlu alacağın sözleşmeye aykırı olarak devredilmesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini devredenden talep edebilir. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri Art. 9.1.9, Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 1396a hükümlerinde prensip olarak bu düzenleme yöntemi benimsenmiştir. İkinci yöntem ise devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olacağı ancak borçlunun devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği şeklindeki iki sonucun açık bir tarzda düzenlenmesi şeklindedir. Bu düzen-

¹⁹³⁸ Bkz. s. 177 vd.

leme yöntemine, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL) Art. 11:301, Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR) III-5:108 ve Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 354a hükümlerinde prensip itibarıyla bağlı kalınmıştır.

Uluslararası alanda devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırıldığı düzenlemelerin sayıca çoğalması, ulusal hukuklarda benzer doğrultuda düzenlenmelere başvurulması yönünde bir eğilimin gelişmesine sebep olmuştur. Alman Ticaret Kanunu'na eklenen § 354a, Avusturya Medeni Kanunu'na eklenen § 1396a hükümleri bu eğilimi dışa vurmaktadır. Hem Alman hem de Avusturya öğretisinde belirtilen hükümlerin yerindeliği özellikle UNCITRAL ve UNIDROIT tarafından hazırlanan düzenlemelerle uyumlu oldukları gerekçe gösterilerek desteklenmiştir¹⁹³⁹. 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarı Projesi kapsamında karşılaştırmalı hukuktaki bu gelişmelere atıfta bulunularak, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı yönünde genel bir hüküm benimsenmesi teklif edilmiştir¹⁹⁴⁰. Türk hukukunda da, HGB § 354a doğrultusunda, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan devrin geçerli sayıldığı ancak borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulma yetkisine sahip kılındığı para alacaklarına özgü bir düzenleme öngörülmesinin isabetli olacağı fikri öne sürülmüştür¹⁹⁴¹.

Belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı hukukta, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin sayıca çoğalması, yalnızca, mutlak etkinin yol açtığı olumsuzlukların giderilmesi ihtiyacı bulunduğu konusunda uzlaşma sağlandığını dışa vurmaktadır. Bu ihtiyacın hangi düzenleme yönteminden yararlanılarak giderilebileceği konusunda ise henüz bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Daha ziyade yeni bir hukuki belirsizlik hâli yaratılmış gözükmektedir. Bu defa çözümü belirsizlik arz eden sorun, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin nasıl bir hukuki yapı öngörülerek sınırlandırılması gerektiğidir. Bu konuda birbirinden oldukça farklı iki ayrı düzenleme yöntemi mevcut olup bunların karşılaştırmalı hukukta neredeyse eşit ağırlıkta benimsenmiş olması, uzlaşmazlığın boyutunu çarpıcı biçimde ortaya koy-

¹⁹³⁹ Avusturya öğretisindeki bu görüş için bkz. s. 508; Alman öğretisindeki bu görüş için bkz. s. 521 ve orada dn. 2159.

¹⁹⁴⁰ Bkz. s. 243 vd.

¹⁹⁴¹ Şener, s. 110.

maktadır. Üstelik, aşağıda görülecektir ki, belirtilen iki düzenleme yöntemi -uygulamadaki somut menfaat çatışmalarına odaklanan- birçok ayrık hüküm eklenerek apayrı şekillerde benimsenmekte; bu yolla söz konusu hukuki belirsizlik hâli derinleştirilmektedir.

Diğer taraftan, açıklanan iki düzenleme yöntemi ile kurulan hukuki yapıları, bilimsel açıdan bir yenilik veya ilerleme olarak addedebilmek de pek mümkün değildir. II. bölümde açıklandığı üzere, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğurması gerektiği görüşü zaten müşterek huktan itibaren mevcuttur¹⁹⁴²; salt borçlandırıcı etki yönünde bir düzenleme öngörülmesi fikri Alman Medeni Kanunu'nun hazırlığı sırasında ciddi ölçüde irdelenmiş ve geri çevrilmiştir¹⁹⁴³. Devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan devrin geçerli olacağı ancak borçlunun devredene ifada bulabileceği görüşü ise esasen Alman öğretisinde nispi etkisizlik teorisi kapsamında öne sürülmüş bir yorum tarzıdır (*defi görüşü*)¹⁹⁴⁴. Yukarıda anlatıldığı üzere, Alman yargı kararlarında, anlaşmaya aykırı devre nispi etkisizlik yaptırımının uygulanması fikri kabul görmemiş; hatta, sırf nispi etkisizlik yaptırımının uygulanmasına yol açması tehlikesi bulunduğu için devir yasağını tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak nitelendirmekten dahi itina ile kaçınılmıştır¹⁹⁴⁵. HGB § 354a hükmü ile nispi etkisizlik hâlinde gerçekleşeceği iddia edilen iki hukuki sonuç yasalaştırılmıştır¹⁹⁴⁶.

Aşağıda, ilk sırada, karşılaştırmalı hukuktaki anılan düzenlemelerin devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisine ilişkin maddi içeriği tanıtılmakta; bu yolla sözü edilen tartışmalı ve belirsiz hukuki durum ortaya çıkarılmaktadır. İkinci sırada, aktarılan her iki düzenleme yöntemi bakımından, bunların II. bölümde mutlak etki aleyhine olarak ifade olunan kaygı ve eleştirilere çare olup olmayacağı konusu değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sonucunda, Türk hukukunda alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği öngörülen BK 183/I hükmüne ilişkin herhangi bir kanun değişikliği yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı konusunda bir karara varılmaktadır.

¹⁹⁴² Bkz. s. 173 vd.

¹⁹⁴³ Bkz. s. 221 vd.

¹⁹⁴⁴ Bkz. s. 264 vd.

¹⁹⁴⁵ Bkz. s. 306 vd.

¹⁹⁴⁶ HGB § 354a hükmündeki düzenlemenin nispi etkisizlikten farklı olduğu konusunda bkz. s. 524.

II. Para Alacakları Bakımından Devir Yasağı Anlaşmasının Mutlak Etkisinin Sınırlandırıldığı Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

A. Salt Borçlandırıcı Etki Öngörülen Hukuki Düzenlemeler

1. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu

a. Yürürlüğü ve Uygulama Alanı

Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu (*UNIDROIT Convention on International Factoring*), 28 Mayıs 1988 tarihinde Ottawa’da imzalanmış; üç devlet (Fransa, İtalya, Nijerya) tarafından onaylanması, bu sayede Konvansiyon’un yürürlüğü için aranan asgari onay koşulunun (Art. 14) tamamlanması üzerine, 1 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon, hâlihazırda, dokuz devlet tarafından onaylanmış durumda olup Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından imzalanmış ya da onaylanmış değildir¹⁹⁴⁷.

Konvansiyon, uluslararası faktoringin yaygınlaştırılması temel amacı çerçevesinde, uluslararası faktoringi yeknesak kurallara tabi kılarak bu alanda hukuk güvenliğini pekiştirmeyi, nihayetinde ulusal hukuklardaki düzenlemelerin uyumlaştırmasında bir model oluşturmayı hedeflemektedir¹⁹⁴⁸.

Konvansiyon’un uygulama alanı uluslararası faktoring işlemleri ile sınırlıdır. Faktoringe konu alacağın, uluslararası mal satışından veya hizmet tedarikinden doğan

¹⁹⁴⁷ Fransa (1995), İtalya (1995), Nijerya (1995), Macaristan (1996), Almanya (1998), Letonya (1998), Ukrayna (2007), Belçika (2010), Rusya (2015) tarafından onaylanmıştır. Bkz. unidroit.org/status-1988-factoring. Onaylandığı devletlerde başka bir işlem yapılmasını gerekli olmaksızın kendiliğinden yürürlüğe girmiştir. Bkz. Häusler, s. 89; Franco Ferrari, “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing: Critical Remarks on Some Specific Issues”, **Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr**, Hague 2000, s. 170-196, s. 182, dn. 10.

¹⁹⁴⁸ Hadding/van Look, s. 19. Öğretide, bu konvansiyonun hukuki temeli itibarıyla Birleşmiş Milletler’in (UNCITRAL) hazırladığı 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Viyana Konvansiyonu’na dayandığı ve ona yeni bir boyut kazandırdığı ileri sürülmektedir. Bu yüzden içeriğinde yer verilen kavramların, aksinin öngörüldüğü anlaşılmadıkça, Viyana Konvansiyonu’ndaki karşılıkları ile uyumlu olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. İki konvansiyonu hazırlayan örgütlerin birbirinden farklı olmasının bu hususta bir engel yaratmayacağı da belirtilmektedir. Bkz. IntVR/Mankowski, FactÜ Art. 1, N. 4.

bir alacak olması aranmaktadır. Alacağın dayandığı sözleşmenin taraflarının, tedarikçi¹⁹⁴⁹ ve borçlunun iş yerlerinin farklı devletlerde bulunması Konvansiyon'un aradığı uluslararası olma koşulunu gerçekleştirmektedir (Art. 2/1). İçerik bakımından Konvansiyon'un aradığı özellikleri taşıyan (Art. 1/2-b)¹⁹⁵⁰ faktoring sözleşmesinde, sözleşme taraflarının, tedarikçi ve faktörün aynı devlette yerleşik bulunması Konvansiyon'un yürürlüğüne engel değildir¹⁹⁵¹.

Faktoringe konu alacağın niteliği hakkında herhangi bir tanım verilmemekle birlikte, Konvansiyon'un bütünü incelendiğinde, özellikle Art. 8/1, Art. 8/2 ve Art. 10'teki düzenlemelere bakıldığında, alacak kavramının münhasıran para alacağı olarak anlaşılması gerektiği anlaşılmaktadır. Borcun konusunu paradan başka türde edimlerin oluşturduğu alacaklar Konvansiyon'un uygulama alanı dışında kalmaktadır¹⁹⁵².

Faktoring Konvansiyonu hükümlerinin uygulanabilmesi için taraflardan her birinin, tedarikçi, borçlu ve faktörün iş yerlerinin taraf devletlerden birinde bulunması şarttır (Art. 2/1-a). Alternatif olarak, milletlerarası özel hukuk kuralları gereği, hem faktoring sözleşmesinin hem de faktoringe konu alacağın dayandığı (tedarikçi ile borçlu arasındaki) sözleşmenin taraf devletlerden birinin hukukuna tabi olması hâlinde de Konvansiyon uygulanabilmektedir (Art. 2/1-b)¹⁹⁵³.

b. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenleme

(1) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması

Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi konusu Konvansiyonu'nun Art. 6 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükümde yalnızca borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılan devir yasaklarının hukuki etkisi düzenlenmiş¹⁹⁵⁴ olup kanuni devir yasakları

¹⁹⁴⁹ Konvansiyon'da tedarikçi (*supplier*), hem mal satan hem de hizmet tedarik edene karşılık gelmektedir. Bkz. Art. 1/2-a, Art. 1/3.

¹⁹⁵⁰ Faktoring sözleşmesinde faktörün üstlendiği edim ile Art. 1/2-b'de gösterilen dört işlevden ikisini asgari olarak sağlaması aranmaktadır. Söz konusu işlevler şu şekilde sıralanmaktadır: (1) Kredi ve avans ödemesi dâhil olmak üzere tedarikçiye finansman sağlanması, (2) alacaklara ilişkin muhasebenin tutulması ve idaresi, (3) alacakların tahsili, (4), borçlunun geç ödemelerine karşı koruma sağlanması.

¹⁹⁵¹ Ferrari, s. 184-186; Rehbein, s. 605; von Falkenhayn, s. 13.

¹⁹⁵² Rudolf, s. 144; IntVR/Mankowski, FactÜ Art. 1, N. 13.

¹⁹⁵³ Ferrari, s. 189. Faktoring sözleşmesinin ya da mal veya hizmet tedariki sözleşmesinin taraflarının, anlaşma ile Konvansiyon'un uygulanmasını engelleyebilmeleri mümkündür (Art. 3).

¹⁹⁵⁴ Faktoring sözleşmesi ile faktör tarafından tedarikçiye karşı üstlenilen alacağı devretmeme taahhütlerinin hukuki etkisi konusu Konvansiyon'un uygulama alanı dışında bırakılmıştır (Art. 12). Bu

Konvansiyon'un uygulama alanı dışında bırakılmıştır¹⁹⁵⁵. Art. 6 alacağın devrinin sözleşme ile tamamen yasaklandığı hâllerin yanı sıra, devrin borçluya bildirim yapılması veya borçlu tarafından rıza verilmesi benzeri koşula bağlanarak kısıtlandığı hâllerde de uygulanmaktadır¹⁹⁵⁶.

Art. 6/1 hükmünde, tedarikçi ve borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak alacağın faktöre devri prensip olarak geçerli kabul etmektedir. Devrin geçerli sayılması sonucu, faktör alacaklı sıfatını kazanmakta ve alacağı talep yetkisi de faktöre geçmektedir. Alacağın devri, sadece tedarikçi ve faktör arasındaki ilişkide değil, aynı zamanda borçluya karşı da hüküm doğurmaktadır. Borçlu yalnızca faktöre ifa ile borçtan kurtulabilir¹⁹⁵⁷. Art. 6 takip eden alacak devirleri bakımından da uygulanmaktadır. Bu hükme göre, devir yasağı anlaşması alacağa ilişkin ilk devrin geçerliliğini etkilemediği gibi, takip eden devirlerin geçerliliğini de etkilemeyecektir (Art. 11/1-a)¹⁹⁵⁸.

Konvansiyon Art. 6/3'e göre, bir alacak hakkının faktöre devrinin Art. 6/1 çerçevesinde geçerli sayılması tedarikçinin borçluya karşı olası hukuki sorumluluğu üzerinde hiçbir etki yaratmaz. Art. 6 devrin yol açtığı sözleşme ihlalinin ulusal hukuka göre meydana getireceği hukuki sonuçlara müdahale eden herhangi bir düzenleme

konu uygulanacak ulusal hukuka göre değerlendirilecektir. Bkz. Häusler, s. 186. Kara Avrupası hukuk sistemlerinde borçlunun taraf olmadığı böyle bir anlaşma ile devrin mutlak etkili olarak engellenebilmesi zaten mümkün değildir. Bu hükümde düzenlenen konu ilk bakışta uyumlaştırılması gereken bir konu gibi görülmüştür; bu konuda direnç yaratabilecek aksi bir eğilim bulunmadığı düşünülmüştür. Ancak hem Komisyon'daki hem de Diplomatik Konferans'taki görüşmelerde, bir delege kendi ülkesinin hukukunda böyle bir kayıtlı alacağın devrinin engellenebildiğini, böyle bir devir engeli kararlaştırılmasında ticari bakımdan faydalar olduğunu aktarmıştır. Bunun üzerine, devrin borçlunun taraf olmadığı böyle bir anlaşma ile engellenebilmesi sorununun çözümü ulusal hukuka bırakılmıştır. Bkz. UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 33, s. 28. Diplomatik Konferans'taki tutanaklar bahsi geçen ülkenin (o dönemde devlet statüsüne sahip bulunan) Çekoslovakya olduğunu dışa vurmaktadır. Bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.1/S.R.18, s. 286 vd.

¹⁹⁵⁵ Häusler, s. 185; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 22; Rudolf, s. 285

¹⁹⁵⁶ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 23.

¹⁹⁵⁷ Eberhard Rebmann, "Das UNIDROIT Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988)", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, 1989, Jg. 53, s. 599-621, s. 610; Hadding/van Look, s. 19; Häusler, s. 185-186; Jürgen Basedow, "Internationales Factoring zwischen Kollisionrecht und Unidroit-Konvention", **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, 3/1997, s. 615-642, s. 636; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 4, N. 26; Rudolf, s. 284.

¹⁹⁵⁸ Häusler, s. 186.

içermemektedir¹⁹⁵⁹. Alacağı devretmeme taahhüdüne uyulması için ayrıca bir ceza koşulu da kararlaştırılmış olabilir. Bu tür kayıtların da geçerliliği korunmaktadır¹⁹⁶⁰. Borçlunun tedarikçiye yöneltebileceği tazminat talebinin dayanağı ve koşulları uygulanacak ulusal hukuka göre belirlenecektir¹⁹⁶¹.

Art. 6 hükmünün, ulusal hukuklardaki birbirinden farklı yöndeki düzenlemeleri devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisini kaldırılarak uyumlaştırılması ve bu sayede uluslararası faktoringin daha cazip hâle getirilmesi amacı çerçevesinde, Konvansiyon'un temel taşıını oluşturmak üzere¹⁹⁶² formüle edildiği belirtilmektedir¹⁹⁶³. Buna göre, alacak haklarının finansman temeli olarak önemi göz önünde tutularak, devredilebilirliğin önünde sözleşme ile yaratılan engeller ortadan kaldırılmak istenmiştir¹⁹⁶⁴. Art. 6 sayesinde, uygulanacak hukukta devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurması yüzünden alacağın devrinin hükümsüz olması gibi bir sonuç ortaya çıkmayacaktır¹⁹⁶⁵. Böylelikle, borçlunun alacaklı değişimini engellemekteki menfaati ile alacaklının alacağı faktoring yoluyla yeniden finansman için kullanmaktaki menfaati arasındaki çatışmada alacaklı lehine tercihte bulunulduğu belirtilmektedir¹⁹⁶⁶. Bu hüküm sa-

¹⁹⁵⁹ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi**, Adana 2004, s. 205; Hadding/van Look, s. 19; Häusler, s. 186; Basedow, s. 636; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 4. Ayrıca bkz. Acts and Proceedings Vol. II, CONF.7/C.I./S.R.17, s. 269; CONF.7/C.I./S.R.20, s. 297. Art. 6/3'te geçen "tedarikçinin borçluya karşı dürüstlük kuralından doğan herhangi bir yükümlüğü" ifadesinin ne anlama geldiği öğretide tartışmalıdır. Genellikle, sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Häusler, s. 187; Elisabeth Schütze, **Zession und Einheitsrecht**, Tübingen 2005, s. 18; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 40.

¹⁹⁶⁰ Häusler, s. 186; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 39.

¹⁹⁶¹ Häusler, s. 186; Basedow, s. 636; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 38.

¹⁹⁶² UNIDROIT 1983, Study LVIII - Doc. 16, N. 34; Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 17; ayrıca bkz. Häusler, s. 183.

¹⁹⁶³ Art. 6:

1. Bir alacağın tedarikçi tarafından faktöre devri tedarikçi ve borçlu arasındaki böyle bir devri yasaklayan anlaşmaya rağmen geçerlidir.

2. Ancak, böyle bir devir, taşınır satışına ilişkin bir sözleşmenin yapıldığı anda, iş yeri Art. 18 uyarınca beyanda bulunmuş taraf devletlerden birinde bulunan borçlu tarafa karşı geçerli olmayacaktır.

3. Paragraf 1'de öngörülenlerden hiçbiri, mal satışı sözleşmesinin hükümlerine aykırı olarak yapılan alacağın devri ile ilgili olarak, tedarikçinin borçluya karşı dürüstlük kuralından doğan herhangi bir yükümlüğünü veya tedarikçinin borçluya karşı herhangi bir sorumluluğunu etkilemez.

¹⁹⁶⁴ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 1.

¹⁹⁶⁵ Rudolf, s. 284-285; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 41; Häusler, s. 185.

¹⁹⁶⁶ Hadding/van Look, s. 19.

yesinde, faktörün, böyle bir devir yasağı anlaşması mevcut olup olmadığını tespit edebilmek için detaylı ve uzun süren bir inceleme yapmak zorunda olmaktan kurtarıldığı, bu yolla işlem güvenliğine katkıda bulunulduğu ifade edilmektedir¹⁹⁶⁷.

(2) Taraf Devletlerin Çekincesi ile İstisnai Olarak Nispi Etkisizlik Yaptırımının Yürürlüğe Girebilmesi

Konvansiyon'un Art. 6/2 hükmüne göre, anlaşmaya aykırı bir devir, mal satışı veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmenin yapıldığı anda iş yeri Art. 18 uyarınca çekince vermiş taraf devletlerden birinde bulunan borçluya karşı geçerli olmayacaktır. Görüldüğü üzere, Art. 6/2 taraf devletlerce çekince verilmesi ihtimalinde yürürlüğe giren bir hükümdür. Çekince olmadığında bu hüküm pasif durumdadır¹⁹⁶⁸.

Art. 6/2'deki istisnanın yürürlüğü söz konusu olan ihtimalde, anlaşmaya aykırı alacak devrinin nispi etkisiz olacağı belirtilmektedir. Buna göre, anlaşmaya aykırı alacak devri yalnızca iş yeri çekince koyan taraf devlette bulunan borçluya karşı hüküm doğurmazken, borçlu dışındaki kişilere karşı hüküm doğurmaya devam edecektir¹⁹⁶⁹. Bu konuda, Konvansiyon'un, anlaşmaya aykırı devrin geçerliliği sorununu devrin borçluya etkisi sorunundan ayırarak çözümlemeyi tercih ettiği ifade edilmektedir. Buna göre, Art. 6/2'deki istisnanın yürürlüğü hâlinde dahi, aynı Art. 6/1'de olduğu gibi, devir yasağına aykırı bir alacak devri faktoring sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olarak sonuç doğurmaktadır. Art. 6/1'den farklı olarak, alacağın devrinin meydana getirebileceği olumsuz etkiler borçluya karşı ileri sürülememektedir¹⁹⁷⁰.

Art. 6/2'deki istisnanın yürürlüğü hâlinde uygulanacak nispi etkisizlik yaptırımının sonuçları (Alman öğretisinde) genel olarak şöyle özetlenir: Alacak hakkı faktörün malvarlığına geçer, ancak böyle bir geçiş meydana geldiği yalnızca borçluya karşı

¹⁹⁶⁷ Häusler, s. 183.

¹⁹⁶⁸ Häusler, s. 188. Ulusal hukukta egemen sistemin çekince üzerine devreye girebildiği Art. 6/2 hükmü, Viyana Satış Konvansiyonu'nun benzer tarzdaki hükümleri (Art. 11, 12 ve 96) örnek alınarak hazırlanmıştır. Bkz. UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 18-19; Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 18.

¹⁹⁶⁹ Uyanık Çavuşoğlu, s. 205; Bydlinski, s. 121-122; Rebmann, s. 610; Hadding/van Look, s. 19; Kötz, s. 71; Schütze, s. 17; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 31; Girsberger/Hermann, s. 332. Ayrıca bkz. UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 18-19.

¹⁹⁷⁰ UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 20; Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 19.

ileri sürülemez. Borçlu dilediği takdirde tedarikçiye ifada bulunarak borçtan kurtulabilir. Borçlu açısından önceden olduğu gibi tedarikçi alacak hakkı sahibidir. Bu yüzden, hak sahibi olarak yalnızca tedarikçi alacağı talep edebilir. Faktör alacağı talep yetkisine sahip değildir¹⁹⁷¹. Ancak bu durum borçlunun faktöre ifada bulunarak borçtan kurtulmasına engel değildir. Çünkü bu düzenlemede hukuken korunan yalnızca borçludur. Borçlu pekâlâ kendisine tanınan bu korumadan feragat edebilir. Borçlunun feragati üzerine alacağın devri borçluya karşı da geçerli olarak hüküm ifade edecektir¹⁹⁷².

Taraf devletlerden birinin Art. 18'e göre vereceği bir çekince objektif bir tarzda hüküm ifade eder. Çekince verilmişse, istisnai olarak nispi etkisizlik yaptırımını öngören Art. 6/2 hükmü, yalnızca çekince veren devlette yapılan bir yargılamada değil, Konvansiyon'un uygulandığı, tüm devletlerdeki yargılamalarda bağlayıcı etki doğurmaktadır. Art. 6/2 uyarınca, yasağa aykırı bir devir, yalnızca çekince beyan eden devlette değil, tüm devletlerde yürütülen yargılamalar bakımından nispi etkisiz sayılacaktır¹⁹⁷³.

Art. 6/2 düzenlemesi, nispi etkisizlik yaptırımı öngörülen başka ulusal ve uluslararası düzenlemeler açısından olduğu gibi¹⁹⁷⁴, iki açıdan eleştirilmektedir: Öncelikle nispi etkisizlik yaptırımının nasıl uygulanacağı, meydana getireceği hukuki sonuçlar belirsizdir. Konvansiyon bu hususu belirleyen herhangi bir hüküm içermemektedir¹⁹⁷⁵. İkincisi, alacağı üçüncü kişilere karşı kazanmış olmak faktör açısından tatmin edici değildir. Faktör borçluya karşı talep yetkisi vermeyen bir alacağı devralmayı nadiren tercih edecektir¹⁹⁷⁶. Bu hâlde, tahsil edilen tutarın devredenden devralana aktarılması

¹⁹⁷¹ Häusler, s. 190-191; Basedow, s. 636; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 31-33; Kötz, s. 71.

¹⁹⁷² Häusler, s. 190-193; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 36.

¹⁹⁷³ Uyanık Çavuşoğlu, s. 205; Rebmann, s. 610; Basedow, s. 637; Häusler, s. 189; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 29; Rudolf, s. 286.

¹⁹⁷⁴ DCFR III-5:108 hakkındaki benzer eleştiriler için bkz. s. 518; HGB § 354a hakkındaki benzer eleştiriler için bkz. s. 532 vd.

¹⁹⁷⁵ Häusler, s. 190; Rudolf, s. 286. Hükmün sıra dışı ölçüde kafa karıştırıcı olduğu yönünde: Bydliński, 121-122. Tasarı çalışmalarında da bu husus eleştiri konusu olmuştur. Bkz. Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 18. Alacağın devrinin nispi etkisizliği hâlinde doğacak sonuçların çözümlenmesinin güç olduğu, bu yüzden nispi etkisizlik rejiminin yetersiz kaldığı gerekçe gösterilerek, Almanya'nın, Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nu Art. 6/2 anlamında bir çekince vermeksizin onaylaması öğretilde önerilmiştir. Bkz. Häusler, s. 194.

¹⁹⁷⁶ Bydliński, s. 122. Bu yüzden, faktörün avans olarak bir herhangi bir ödeme yapmaması gerektiği, şayet yaptıysa verdiğini geri isteyebileceği ifade edilmektedir: Häusler, s. 193.

riski faktörün üzerindedir ve bu risk özellikle devredenin iflası hâlinde önem arz etmektedir¹⁹⁷⁷.

c. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenlemenin Hazırlık Süreci

Art. 6 hükmü Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları sırasında en çok tartışılan hükümdür¹⁹⁷⁸. Hukuki içeriği ve formülasyonu bakımından, Konvansiyon'un tasarı metnini hazırlayan, UNIDROIT üyesi devletlerin uzman temsilcilerinden oluşan Komisyon'un (*Committee of Governmental Experts*) pek çok oturumunda ve tasarının takdim edildiği Ottawa'da gerçekleşen Diplomatik Konferans'ta ayrıntılı olarak tartışılmıştır:

Komisyon çalışmalarının daha en başında devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorununun doğrudan mutlak etkiyi bertaraf etme amacı çerçevesinde ele alındığı görülür. Komisyon'un hazırladığı ilk tasarıda, Amerika Birleşik Devletleri hukukunun etkisi altında kalınarak, UCC § 9-318 (4) hükmüne paralel tarzda, mutlak etkiyi tamamen ortadan kaldıran, salt borçlandırıcı etkiyi koşulsuz tanıyan bir maddeye yer verilmiştir. Uluslararası faktoringde işlem güvenliğini güçlendirmek hedeflendiği ifade edilen bu madde taslağına, Komisyon'daki delegelerin çoğunluğu, özellikle Kara Avrupası devletlerinin delegeleri, sözleşme özgürlüğü prensibini gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Faktörün menfaatlerini korumak için sözleşme özgürlüğü prensibinden ayrılan böyle bir düzenlemeye başvurulmasının -bu düzenleme uluslararası faktoring işlemleri ile sınırlı etki doğuracak olsa dahi- kabul edilemez olduğunu ifade etmişlerdir¹⁹⁷⁹. Bunun karşılığında, Anglosakson hukuk sistemlerinin temsilcileri de mutlak etkiyi sınırlandırmakla yetinilen çözüm önerilerini¹⁹⁸⁰ kesin bir dille geri çevirmişlerdir. Bu tarz mutlak etkiyi kısmen de olsa empoze eden çözümlerin kendi hukuklarını

¹⁹⁷⁷ Bydlinski, s. 122; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 33.

¹⁹⁷⁸ Uyanık Çavuşoğlu, s. 204, dn. 793; Rebmann, s. 609; Häusler, s. 183; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 5.

¹⁹⁷⁹ Uzmanlar Komisyonu Görüşmeleri, UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 17. Ayrıca bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 204, dn. 793.

¹⁹⁸⁰ Kara Avrupası hukuk sistemlerinin temsilcileri tarafından ileri sürüldüğü anlaşılan çözüm önerileri şunlardır: (1) Tedarikçi tarafından alacağın faktöre devri, tedarikçi ile borçlu arasında böyle bir devri yasaklayan bir anlaşma bulunsa dahi, borçlu devrin kendisine bildirildiği tarihten itibaren (X) kadar gün içinde yazılı olarak itirazda bulunmadığı takdirde hüküm ifade eder. (2) Bir sözleşmede

geriye götüreceğini, bu yüzden, hiçbir düzenlemeye yer vermeyip meselenin çözümünün ulusal hukuklara bırakılmasını daha çok tercih ettiklerini bildirmişlerdir¹⁹⁸¹. Bu anlaşmazlık neticesinde, Komisyon'da taraf devletlerin çekince verebileceği, bu sayede isteğe bağlı olarak ulusal hukuklardaki sistemin devreye girebileceği, asgari seviyede uyumlaştırma öngören bir çözüm tarzı ele alınmıştır¹⁹⁸². Neticesinde, tasarı metninde değişikliğe gidilerek, yürürlükteki Art. 6'ya paralel olarak, salt borçlandırıcı etki prensibinin benimsendiği bir hükümde karar kılınmıştır¹⁹⁸³.

Konvansiyon'un tasarı metninin takdim edildiği Ottawa'da yapılan 24 Nisan 1987 tarihli Diplomatik Konferans'ta, devir yasağının hukuki etkisine ilişkin maddenin görüşülmesine geçilir geçilmez, Fransa, Meksika ve Filipinler'in temsilcileri mutlak etkiyi prensip olarak kabul eden bir değişiklik önerisi sunmuştur¹⁹⁸⁴. Tasarıdaki (yürürlükteki Art. 6'daki) kural-istisna ilişkisini tersine çeviren bu değişiklik önerisi sunulduktan sonra, kimi zaman uzlaşma umudunun tükendiği¹⁹⁸⁵, bir tartışma başlamıştır:

Fransa'nın temsilcisi, mutlak etki görüşü çerçevesinde, tedarikçi ve borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğüne saygı duyulmasının gerekli olduğunu savunmuştur. Borçlunun alacaklının şahsına ifadaki menfaatlerine örnekler vermiştir¹⁹⁸⁶. Buna karşılık, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık temsilcileri faktörün işlem güvenliğinin korunması temelindeki somut menfaatleri bulunduğuna dikkat çekmiştir. Her bir sözleşmenin hükümleri tek tek incelenerek bir devir yasağının mevcut olup olmadığına dair araştırma yapma gerekliliği bulunmasının uygulamada faktörlerin

yer alan devir yasağı kaydı, tedarikçi tarafından özel olarak ve yazılı şekilde kabul edilmiş ise faktöre karşı hüküm ifade eder. (3) Tedarikçi tarafından alacağın faktöre devri, genel işlem koşulları arasında yer alan, alacağın devrini yasaklayan bir anlaşmaya rağmen hüküm ifade eder. Bkz. Uzmanlar Komisyonu Görüşmeleri, UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 26, s. 14.

¹⁹⁸¹ UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 26, s. 14.

¹⁹⁸² UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 18-19; Explanatory Report: UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33, s. 18.

¹⁹⁸³ Tasarı metni için bkz. UNIDROIT 1987, Study LVIII - Doc. 33.

¹⁹⁸⁴ Bu öneriye göre, tedarikçi ve borçlu arasındaki anlaşmaya aykırı bir alacak devri, kural olarak, borçluya karşı geçersiz olmalıdır. Ancak taraf devletler çekince beyan ederek, çekince veren devlette yerleşik borçlu bakımından da hüküm ifade etmesini sağlayabilmelidir. Bkz. Acts and Proceedings, Vol. I, CONF.7/C.I/W.P.43, s. 251. Önerinin maddi içeriği Uzmanlar Komisyonu'ndaki görüşmelerde de gündeme gelmiştir: UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 19.

¹⁹⁸⁵ Brezilya'nın temsilcisi, tartışmalardaki görüş ayrılıklarının ciddiyeti göz önünde tutularak maddenin tamamen silinmesinin daha isabetli olacağını bildirmiştir: Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.17, s. 269.

¹⁹⁸⁶ Fransa'nın temsilcisinin görüşleri için bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264.

üzerine ağır bir yüklediğini, bunun uluslararası sözleşmeler bahis olduğunda yerine getirilmesi olanaksız bir külfet oluşturduğunu ifade etmişlerdir¹⁹⁸⁷. Birleşik Krallık'ın temsilcisi, modern hukuk düzeninde, tarafların menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması, zayıfın güçlü karşısında korunması ve ticari hayatta verimliliği sağlanması amacıyla, sözleşme özgürlüğüne, başka pek çok alanda olduğu gibi, pekâlâ müdahale edilebileceğini belirtmiştir¹⁹⁸⁸. Devir yasağı kayıtlarının uygulamada pazarlık gücü yüksek büyük ölçekli işletmeler tarafından genel işlem koşulları yoluyla dayatıldığı, faktoring yoluyla finansman ihtiyacını gidermek olanağından mahrum kalan tedarikçi tarafın sıklıkla bir orta ölçekli işletme olduğu vurgulanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın temsilcilerinin paylaştığı bu görüş Almanya tarafından da desteklenmiştir¹⁹⁸⁹. Hem Almanya hem de İsviçre'nin temsilcileri, Fransa'nın önerisinin kendi ulusal hukuklarındaki düzenlemelerle uyumlu olduğunu, dolayısıyla anlaşmaya aykırı devrin geçerli sayılması fikrinin aslında kendi hukuk sistemlerine de ters düştüğünü, ancak bu yaklaşımın benimsenmesi hâlinde Konvansiyon'dan beklenen faydanın azalacağını, mutlak etkiyi bertaraf eden madde tasarısının uluslararası faktoringi teşvik amacı ile daha çok örtüştüğünü belirtmişlerdir¹⁹⁹⁰. Bu görüşe cevap olarak, Fransa'nın temsilcisi, salt borçlandırıcı etkinin dünya genelinde çok az sayıda hukuk sistemi tarafından benimsenmiş olduğunu, ama bu eksikliğin faktoringin gelişimine pek mâni olmuş gibi gözükmediğini, bu yüzden salt borçlandırıcı etkinin önemini fazla abartmamak gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁹¹.

Bir uzlaşmaya varmak olanaksız hâle gelince (o dönemde devlet statüsünü haiz bulunan) Sovyetler Birliği'nin başkanlığında özel bir çalışma grubu oluşturulmuştur¹⁹⁹². Çalışma grubu, büyük ölçüde Komisyon'un hazırladığı metinle özdeş yeni bir madde tasarısı hazırlamıştır. Farklı olarak, aktarılan tartışma sırasında üzerinde hiç

¹⁹⁸⁷ Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın bu yöndeki görüşleri için bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264 ve genel işlem koşulları arasında yer alan devir yasağı kayıtları hakkında bkz. anılan kaynakta s. 266.

¹⁹⁸⁸ Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 266.

¹⁹⁸⁹ Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.16, s. 264 ve s. 268.

¹⁹⁹⁰ Almanya'nın temsilcisi Rebmann'ın görüşü için bkz. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.17, s. 268; İsviçre'nin temsilcisinin katkıları için bkz. anılan kaynakta, s. 269; Factors Chain International'ın temsilcisi Sommer'in görüşü için bkz. anılan kaynakta, s. 269.

¹⁹⁹¹ Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.17, s. 270.

¹⁹⁹² Rebmann, s. 609- 610. Acts and Proceedings, Vol. II, CONF.7/C.I/S.R.17, s. 270-271.

durulmamış olan, takip eden devirler konusu hakkında üçüncü bir paragraf (yürürlükteki Art. 6/3) ilave edilmiştir¹⁹⁹³. Maddi açıdan neredeyse hiçbir değişiklik yapılmamış olmasına rağmen Fransa, Meksika ve Filipinler değişiklik önerilerini geri çekmişlerdir. Genel kurulun son oturumunda, Art. 6 hükmüne karşılık gelen tasarı, sürpriz bir şekilde, hiçbir olumsuz oy olmaksızın, 24 olumlu oy, 1 çekimser oy ile kabul edilmiştir¹⁹⁹⁴.

Sonuç olarak, Art. 9 hükmünde salt borçlandırııcı etki prensibi kabul edilerek, istisnai olarak alacağın devri engelinin geçerliliğini ve mutlak etkisini tanımak isteyen taraf devletlere çekince aracılığıyla kendi ülkelerinde yerleşik bulunan borçluyu koruma olanağı tanınmış olmuştur¹⁹⁹⁵.

Tedarikçi ve borçlu arasında kararlaştırılmış alacağın devri engellerinin hukuki etkisi hakkındaki Art. 6 düzenlemesi farklı hukuk sistemlerinin temsilcilerinin karşılıklı tavizde bulunarak uzlaşabilmeleri sayesinde meydana getirilmiş bir hüküm olarak nitelendirilmektedir¹⁹⁹⁶. Ancak hazırlık sürecindeki tartışmalar göstermektedir ki, bu nitelendirme tam olarak yerinde değildir. Hüküm daha ziyade farklı hukuk sistemleri arasındaki derin uzlaşmazlık neticesinde mecburi olarak ikili yapıda formüle edilmiş gibidir. Prensip olarak, devri yasakları geçersiz kılınmış olsa da taraf devletlerin çekince vermesi üzerine nispi etkisizlik sisteminin devreye girebileceği kararsız bir yöntem izlenmiştir¹⁹⁹⁷. Bu hususta harmonizasyon sonucunu sağlayan, aslında, ulusal hukuklarında mutlak etki prensibi benimsenen taraf devletlerce Art. 6'ye ilişkin bir çekince vermemiş olmasıdır. Konvansiyon'u onaylayan dokuz devletten yalnızca üçü çekince vermiştir. İlgi çekicidir ki, döneminin karşılaştırmalı hukuk literatüründe, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini reddeden hukuk sistemlerine en başta örnek

¹⁹⁹³ Report of the Working Group on Article 5, Acts and Proceedings, Vol. I, CONF.7/C.1/W.P.47, s. 253-254.

¹⁹⁹⁴ Acts and Proceeding, Vol. II, CONF.7/C.1/S.R.21, s. 310.

¹⁹⁹⁵ Rebmann, s. 609.

¹⁹⁹⁶ Rebmann, s. 608; Basedow, s. 636.

¹⁹⁹⁷ Uzmanlar Komisyonu'ndaki tartışmalarda da böyle bir formülasyonun devir yasağı kaydının hukuki etkileri hakkındaki harmonizasyonu çabasının başarısız olduğu kabul etmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir: UNIDROIT 1986 - Study LVIII - Doc. 25, s. 18. Aynı yönde: Bydinski, s. 121.

verilen Fransa¹⁹⁹⁸, Art. 18'e göre çekince vermiştir; buna karşılık, mutlak etkinin benimsendiği Almanya (BGB § 399) çekince vermemiştir¹⁹⁹⁹.

2. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (PICC)

a. Para Alacakları Bakımından Prensipten Olarak Salt Borçlandırıcı Etkinin Tanınması

Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri²⁰⁰⁰ (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), UNIDROIT bünyesindeki bir çalışma grubu tarafından hazırlanan, içeriğinde uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin çeşitli maddi hukuk kurallarının yer aldığı, bağlayıcı niteliği olmayan bir model kanunu ifade etmektedir²⁰⁰¹.

UNIDROIT Prensipleri arasında sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının hukuki etkisini düzenleyen bir kurala ilk defa olarak 2004 tarihli versiyonunda Art. 9.1.9 hükmü ile yer verilmiştir²⁰⁰². 2004, 2010 ve 2016 versiyonlarında aynen muhafaza edilen Art. 9.1.9 hükmünde²⁰⁰³ devri anlaşma ile yasaklanan alacağın parasal bir alacak olup olmamasına göre iki ayrı düzenlemeye yer verilmektedir. Ancak her iki

¹⁹⁹⁸ Bkz. s. 233 vd.

¹⁹⁹⁹ Çekince veren ülkeler Belçika, Fransa ve İtalya'dır. Bkz. unidroit.org/status-1988-factoring (e.t. 21.09.2020). Oysa, BGB § 399 d. 2 hükmünü göz önünde tutularak, Almanya'nın çekince imkânından yararlanmasının beklendiği Alman hukuku öğretisinde ifade edilmiştir. Örneğin bkz. Had-ding/van Look, s. 19; Kötz, s. 70.

²⁰⁰⁰ Bkz. unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016 (e.t. 21.09.2020).

²⁰⁰¹ UNIDROIT Prensipleri yakın dönemde sözleşme hukuku alanında gerçekleştirilen pek çok ulusal ve uluslararası ölçekteki reform çalışmasında örnek alınan bağlayıcı olmayan nitelikteki (*soft law*) hukuk kaynaklarından birini oluşturmaktadır. UNIDROIT Prensipleri'nin ilgili Art. 9.1.1 hükmünden İsviçre Borçlar Kanunu genel hükümleri için hazırlanan OR 2020 Tasarısı'nda sözleşme ile kararlaştırılan devir yasaklarının hukuki etkisine ilişkin Art. 164 hükmü hazırlanırken de yararlanılmıştır. Bkz. Girsberger/Hermann, s. 333.

²⁰⁰² UNIDROIT Prensipleri ilk kez 1994 yılında yayımlanmıştır. 2004, 2010 ve 2016 yıllarında yeni prensipler ilave edilerek tekrar basılmıştır.

²⁰⁰³ Art. 9.1.9:

(1) Bir para borcunun ödenmesine ilişkin alacak hakkının devri, devreden ve borçlu arasından böyle bir anlaşmanın yapılmasını sınırlandıran veya yasaklayan bir anlaşmaya rağmen, geçerlidir. Ancak, devreden bu anlaşmaya aykırılık nedeniyle borçluya karşı sorumlu olur.

(2) Başka bir edimin ifasına ilişkin alacak haklarının devri, eğer böyle bir devir devreden ve borçlu arasındaki devri yasaklayan veya sınırlandıran bir anlaşmaya aykırılık oluşturuyorsa hükümsüz olur. Yine de, alacağın devri, devir anında, böyle bir anlaşmanın varlığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen devralana karşı geçerlidir. Devreden borçluya karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olabilir.

ihtimalde de devir yasağının devreden ve borçlu arasında sözleşme ile kararlaştırılmış olması aranmaktadır²⁰⁰⁴. Niteliği gereği devri mümkün olmayan alacaklar²⁰⁰⁵ ve kanun tarafından devri yasaklanmış alacaklar hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır²⁰⁰⁶.

Art. 9.1.9/1 hükmüne göre para alacağının devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak devri her zaman geçerlidir. Borçlu, kendisine alacağın devri bildirildikten sonra, yalnızca devralana ödemede bulunarak sorumluluktan kurtulabilir²⁰⁰⁷.

Art. 9.1.9/1 hükmünün resmi gerekçesinde, devredenın krediye duyduğu ihtiyacın önemi ve alacağın devri kurumunun finansman aracı olarak etkin biçimde kullanılabilirliği göz önünde tutularak, para alacakları bakımından devir yasağı anlaşmaya aykırı olarak devrinin geçerli olmasının öngörüldüğü belirtilmektedir. Bununla birlikte, devredenın borçlu ile arasındaki sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabileceği, devir yasağı anlaşmasına aykırı devrinin geçerliliğinin bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı vurgulanmaktadır²⁰⁰⁸.

UNIDROIT Prensipleri arasında -UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/2 hükmünde²⁰⁰⁹ olduğu gibi- devralanı borçlunun savunmalarına karşı koruyan özel bir düzenleme yer almadığı hâlde, öğretide, borçlunun alacağın kaynaklandığı sözleşmeyi devir yasağı anlaşmasına aykırılığa dayanarak sona erdiremeyeceği ifade edilmektedir. Aksi hâlde devralanın devrolunan alacaktan mahrum kalacağı, netice itibarıyla devir yasağına mutlak etki tanınması ile aynı hukuki sonucun meydana geleceği ifade edilmektedir²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁴ Devreden ve devralan arasında kararlaştırılan alacağı devretmeme taahhütleri hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bkz. Stefan Vogenauer / Jan Kleinheisterkamp (ed.), **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)**, New York 2009 = PICC/Mazza, Art.9.1.9, N. 4. Tekrar belirtelim ki, bu tarz anlaşmalar Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında zaten yalnızca borçlandırıcı etki meydana getirebilmektedir. Bkz. s. 134 vd.

²⁰⁰⁵ Bu tarz alacakların borçlunun rızası olmadan devri mümkün kabul edilmemektedir (Art. 9.1.7).

²⁰⁰⁶ PICC/Mazza, Art.9.1.9, N. 4.

²⁰⁰⁷ Comment, s. 314-315; Rudolf, s. 298; PICC/Mazza, Art. 9.1.9, N. 9.

²⁰⁰⁸ Comment, s. 314-315.

²⁰⁰⁹ Bkz. s. 502 vd.

²⁰¹⁰ PICC/Mazza, Art. 9.1.9, N. 11.

b. Parasal Olmayan Alacaklar Bakımından Prensip Olarak Mutlak Etkinin Kabul Edilmesi

Art. 9.1.9/2 hükmünde parasal olmayan alacaklar bakımından -bunların kredi temini bakımından daha az önem taşıdığı varsayımı çerçevesinde- başka bir çözüm tarzı benimsenmekte; tarafların çatışan menfaatleri arasındaki adil dengenin devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanınarak tesis edilebileceği kabul edilmektedir²⁰¹¹. Maddede yalnızca alacağın devrinin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Hükümsüzlüğün türü hakkında herhangi bir nitelendirme yoktur. Bundan hareketle hükümsüzlüğe yalnızca borçlu tarafından değil herkes tarafından dayanılabileceği ifade edilmektedir²⁰¹². Anlaşmaya aykırı devrin hükümsüz olmasının bir sonucu olarak, devreden devralana karşı aralarındaki sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumlu tutulabilmektedir²⁰¹³.

Art. 9.1.9/2 hükmünün ikinci cümlesinde, istisnai olarak, devralanın, alacağın devri anında bir devir yasağı anlaşması bulunduğunu bilmediği veya bilmesi gerekmediği hâllerde parasal olmayan alacağın devri geçerli sayılmaktadır. İyiniyetin bulunduğu ihtimalde, devreden borçluya karşı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutulabilmektedir²⁰¹⁴. Devralanın iyiniyetinin arandığı an alacağın devri işleminin yapılma anıdır²⁰¹⁵.

3. Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu

a. Yürürlüğü ve Uygulama Alanı

Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu (*UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 12.12.2001 tarihli 56/81 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır²⁰¹⁶. Yürürlüğü için asgari beş devlet tarafından Konvansiyon ile bağlı olmak hususunda onaylama, katılma benzeri işlemlerle kabul

²⁰¹¹ Comment, s. 314-315.

²⁰¹² Rudolf, s. 297.

²⁰¹³ Rudolf, s. 297.

²⁰¹⁴ Comment, s. 315.

²⁰¹⁵ Rudolf, 297.

²⁰¹⁶ Explanatory Note, s. 27.

iradesi beyan edilmesi koşulu aranmaktadır. Bu koşul tamamlanmadığı için Konvansiyon hâlâ yürürlüğe girmiş değildir²⁰¹⁷. Buna rağmen, Konvansiyon'un devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisine ilişkin Art. 9 hükmünden Avusturya'da ABGB § 1396a hükmünün hazırlık çalışmaları sırasında yararlanılmıştır²⁰¹⁸.

Konvansiyon'un temel hedefi, uluslararası alanda sermayeye ve krediye erişimin maliyetini azaltmak, bu sayede taşınır ve hizmetlerin sınırlar ötesi dolaşımını kolaylaştırmak olarak belirlenmiştir. Bu hedef çerçevesinde, özellikle alacak finansmanı işlemleri (faktoring, forfaiting, menkul kıymetleştirme vb.) bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik çeşitli düzenlemeler getirildiği belirtilmektedir²⁰¹⁹.

UNCITRAL Konvansiyonu'nun uygulanabilirliği yalnızca uluslararası niteliğe sahip alacak hakları veya uluslararası alacağın devri işlemleri bakımından söz konusu olur²⁰²⁰. Her iki ihtimalde de devreden alacağın devri işleminin yapıldığı anda Konvansiyon'a taraf devletlerden birinde yerleşik bulunması aranmaktadır (Art. 1/1-a)²⁰²¹.

Alacak kavramı, ticari ve ticari olmayan sözleşmelerden doğan tüm para alacakları kapsayacak şekilde tanımlamaktadır (Art. 2/a)²⁰²². Ancak, Konvansiyon'un sözleşme ile kararlaştırılan devir yasaklarını da ilgilendiren bazı düzenlemeleri yalnızca ticari sözleşmelerden doğan para alacakları bakımından uygulanabilmektedir²⁰²³.

²⁰¹⁷ Bugün itibarıyla Konvansiyon yalnızca dört devlet tarafından imzalanmış durumdadır. İmzalayan devletler, Amerika Birleşik Devletleri, Lüksemburg, Madagaskar ve Liberya'dır. Bunlar arasında yalnızca Liberya ve Amerika Birleşik Devletleri, Konvansiyon'u onaylayarak, Konvansiyon'daki düzenlemelerin kendi hukuku bakımından bağlayıcılığını kabul etmiştir. Bkz. uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/conventions/receivables/status (e.t. 21.09.2020).

²⁰¹⁸ Bkz. s. 508 vd.

²⁰¹⁹ Explanatory Note, s. 28.

²⁰²⁰ Bazinas, s. 279; Ferrari, s. 187. Alacak hakkı, alacağın kaynaklandığı ilişkideki tarafların, devreden ve borçlunun farklı devletlerde yerleşik olmaları hâlinde uluslararası bir nitelik taşır. Devreden ve borçlu aynı devlette yerleşik olsa bile, alacağın devri işleminin uluslararası nitelikte olması, yani devreden ve devralanın ayrı devletlerde yerleşik bulunmaları hâlinde de Konvansiyon uygulanabilmektedir (Art. 3).

²⁰²¹ Ferrari, s. 189.

²⁰²² Explanatory Note, s. 29; Bazinas, s. 280.

²⁰²³ Ferrari, s. 190.

Konvansiyon yalnızca iradi devirlere özgü düzenlemeler getirmektedir. Tarafların iradesi dışında kanun gereği gerçekleşen devirler Konvansiyon'un uygulama alanı dışında kalmaktadır²⁰²⁴.

Art. 4 hükmünde Konvansiyon'un uygulama alanını alacağın kaynaklandığı ilişkiye göre ve alacağın devri işleminin hukuki sebebine göre sınırlandıran bazı düzenlemeler bulunmaktadır²⁰²⁵. Bunlar arasında yadırganabilecek, Konvansiyon'un devir özgürlüğünü genişletmek yönündeki temel hedefi ile uyumluluğu sorgulanabilecek olan bir sınırlama finans sektörü lehine ortaya çıkmaktadır: Bir takım finansal ilişkilerden kaynaklanan alacakların devri sınırlı sayı yöntemi ile kapsam dışında bırakılmıştır (Art. 4/2)²⁰²⁶. Finansal alacakların uyumlaştırma kapsamı dışına itilmiş olması, bu konuların zaten yeterince düzenlenmiş oluşuyla ve finans hukukunun kendine özgü dinamiklerine müdahale etmemek gerektiği düşüncesiyle açıklanmaktadır²⁰²⁷.

b. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenleme

(1) Genel Olarak

Konvansiyon'un Art. 9 hükmünde²⁰²⁸ devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi ticari sözleşmelerden doğan para alacaklarıyla sınırlı olmak üzere kaldırılmaktadır.

²⁰²⁴ Explanatory Note, s. 29; Bazinas, s. 280. Alacağın devri kavramı, Konvansiyon'un Art. 2/a hükmünde, bir üçüncü kişiye yönelik belli miktar paranın ödenmesine ilişkin sözleşmeden doğan hakkın (*recievable*) tamamı veya bir kısmının sözleşme ile devredilmesi olarak tanımlanır. Konvansiyon, Art. 2/a hükmü gereği kısmi devirler bakımından ve Art. 8/1-b gereği -devir sözleşmesinin yapıldığı anda belirlenebilir olması koşuluyla- gelecekteki alacakların devri bakımından uygulanır (Schütze, s. 187).

²⁰²⁵ Art. 4/1 hükmünde belirli türdeki devirler istisna edilmektedir: a) Belirli bir kişiye ona ait kişisel, ailevi veya eve ilişkin bir amaca yönelik yapılan devirler; b) ticari işletmenin devri veya hukuki durumundaki bir değişiklik dolayısıyla doğmuş bir alacağı konu alan devirler.

²⁰²⁶ Art. 4/2 hükmünde belirli finansal ilişkilerden doğabilecek alacaklar istisna edilmektedir: a) Kurala bağlanmış borsa işlemleri; b) eksik tüm işlemlerin tamamlanması üzerine doğacak alacak hakkı hariç olmak üzere, netting anlaşmalarına tabi finansal sözleşmeler; c) yabancı parayla ilgili işlemler; d) menkul kıymetlere veya diğer finansal varlık ya da araçlara ilişkin bankalar arası ödeme sistemleri; bankalar arası ödeme anlaşmaları veya takas ve sulh sistemleri; e) bir aracı tarafından tutulan menkul kıymetlerin veya diğer finansal varlık ya da araçlara ilişkin teminat haklarının devri veya bu varlıkların satımı, ödünç verilmesi, elde bulundurulması ya da bunların yeniden satın alınmasına ilişkin anlaşmalar; f) banka mevduatları; g) akreditif veya bağımsız garanti.

²⁰²⁷ Explanatory Note, s. 30; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 47-54; Bazinas, s. 281. Tüketicilere yapılacak alacak devirleri, bunların piyasa bakımından pratik bir önem taşımadıkları düşünülerek, kapsam dışında bırakılmıştır (Art. 4/1-a). Buna karşılık, tüketici işlemlerinden doğan alacakların devri Konvansiyon'un kapsamındadır. Explanatory Note, s. 30; Bazinas, s. 281.

²⁰²⁸ Art. 9:

Bunun temelinde ekonomik düzenin alacakların devredilebilirliğine ve işlem masraflarının azaltılmasına olan menfaatinin, borçlunun özel menfaatlerine üstün tutulması gerektiği yaklaşımı yer almaktadır²⁰²⁹. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6/1 hükmünün örnek alındığı bu düzenlemede²⁰³⁰ şu varsayımdan hareket edilmektedir: Borçlu taraf, eğer sözleşmeye bir devir yasağı dâhil etmeye yetecek ölçüde yüksek bir pazarlık gücüne sahip ise o hâlde devrin meydana getireceği muhtemel olumsuz etkilere karşı da kendisini koruyabilmelidir²⁰³¹.

Konvansiyon'un Art. 9 /1 hükmü yalnızca sözleşme ile kararlaştırılan devir yasaklarına özgü bir düzenleme öngörmektedir. Ulusal hukukta yer alabilen alacağın niteliğinden veya kanundan kaynaklanan devir engellerini kapsamamaktadır (Art. 8/3)²⁰³². Hükmün “*devir hakkını herhangi bir şekilde kısıtlayan anlaşma*” ifadesi gereği, alacağın devrinin rıza veya bildirim koşuluna bağlandığı kısıtlama tarzındaki devir yasakları bakımından da uygulanacaktır²⁰³³.

Art. 9 hükmü, Konvansiyon'un yukarıda sınırları tarif edilen genel uygulama alanı çerçevesinde, ilk planda, ticari ilişkilerden doğan parasal alacakların bir devir

1. Alacağın devri, ilk veya sonraki devreden ile borçlu veya sonraki devralan arasında yapılan ve devreden alacağın devir hakkını herhangi bir şekilde kısıtlayan anlaşmaya rağmen geçerlidir.

2. Bu maddede öngörülenlerden hiçbiri, devreden böyle bir anlaşmanın ihlal edilmesi nedeniyle doğan herhangi bir borcunu veya sorumluluğunu etkilemez, fakat sözleşmenin diğer tarafı asıl sözleşmeyi veya alacağın devri sözleşmesini yalnızca bu ihlale dayanarak sona erdiremez. Böyle bir anlaşmaya taraf olmayan bir kişi, sırf böyle bir anlaşmanın varlığından haberdar olduğu gerekçe gösterilerek sorumlu tutulamaz.

3. Bu madde yalnızca şu alacakların devrine uygulanır: (a) Finansal hizmetler hariç olmak üzere, mal veya hizmet tedariki ya da kiralanması konusundaki bir asıl sözleşmeden, bir eser sözleşmesinden veya bir ayni hakkın satışı veya kiralanması konusundaki sözleşmeden doğan alacak hakları; (b) endüstriyel hakların veya fikri mülkiyet haklarının veya başka bilgi sahipliğinden doğan hakların satışı, kiralanması veya lisans verilmesi konusundaki asıl sözleşmeden doğan alacak hakları; (c) Bir kredi kartı işlemine ilişkin ödeme borcunu temsil eden alacaklar veya (d) ikiden fazla tarafı olan bir netting sözleşmesinden doğan ve net ödeme tutarı olarak devredene karşı borçlanılan alacaklar.

²⁰²⁹ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 102. Parasal olmayan alacaklar bakımından devir özgürlüğünün sınırlandırılmasında tarafların (ticari sırların korunması vb.) haklı menfaatleri olabileceği görüşü hâkim olmuştur. Bkz. Report of the Working Group A/CN.9/434, N. 137.

²⁰³⁰ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 98; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 99.

²⁰³¹ Bazinas, **Multi-Jurisdictional Receivables Financing**, s. 373; Bazinas, s. 287. Bunun bir istisnası kamu alacakları yönündendir. Aşağıda bkz. s. 504 vd.

²⁰³² Bazinas, s. 285. Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 99. Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 101. Diğer yandan, Konvansiyon'un Art. 2/a hükmü uyarınca, Art. 9 hükmü, bir devir yasağına aykırı olarak meydana gelen yasal intikal hâlleri bakımından uygulanmayacaktır (Schütze, s. 188).

²⁰³³ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 130; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 101. Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 99; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 101.

yasağı anlaşmasına aykırı olarak devri hâlinde doğacak hukuki sonuçları düzenlemektedir. Bu hususta salt borçlandırıcı etki prensibinin benimsendiği Art. 9/1'in uygulama alanı, Art. 9/3 tarafından bir kez daha sınırlandırılmaktadır: Salt borçlandırıcı etki prensibi yalnızca Art. 9/3'te gösterilen ticari ilişkilerden doğan parasal alacaklar yönünden etki doğurabilir. Art. 9/3 hükmünde ticari ilişkilerden doğan ve uluslararası ticaret bakımından önem arz eden türde alacaklar sayılmaktadır²⁰³⁴. Bu kapsamda en büyük grubu oluşturan taşınır satışı ve hizmet tedarikinden doğan alacaklara ilk sırada yer verilmektedir.

Finansal iş görme edimlerinin üstlenildiği sözleşmelerden doğan parasal alacaklar (Art. 4/2'ye göre Konvansiyon'un kapsamında yer almalarına rağmen) devir yasağının hukuki etkisine ilişkin düzenlemelerden Art. 9/3-a vasıtasıyla istisna edilmiştir²⁰³⁵. Finansal iş görme edimlerinin üstlenildiği sözleşmelerden doğan alacaklara, kredi sözleşmesinden doğan alacaklar ve sigorta sözleşmelerinden doğan alacaklar örnek verilmektedir²⁰³⁶. Ayrıca faktoring sözleşmesinden doğan para alacakları da, karşılığında üstlenilen muhasebenin tutulması, alacakların tahsili tarzındaki edimler geniş anlamda bir finansal iş görme edimi kabul edilerek²⁰³⁷, Art. 9/3-a kapsamında görülmektedir²⁰³⁸. Gerçi, Konvansiyon'un, Art. 9/3-a hükmünde finansal iş görme sözleşmelerinden doğan alacaklar bakımından istisna getirirken dayandığı esası tam ve tutarlı biçimde benimsediği söylenemez. Çünkü, bir finansal iş görme edimi karşılığı üstlenilmiş olmaları muhtemel görülen, kredi kartı işlemlerinden doğan para alacakları (Art. 9/3-c) ve çok taraflı *netting* sözleşmelerinin sona ermesi üzerine doğan para alacakları (Art. 9/3-d) Art. 9/1'in uygulama kapsamında yer almaktadır²⁰³⁹.

²⁰³⁴ Detaylı açıklama için bkz. Schütze, s. 188; Rudolf, s. 271.

²⁰³⁵ Rudolf, s. 271.

²⁰³⁶ Bazinas, s. 282; Rudolf, s. 271.

²⁰³⁷ Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 150; Rudolf, s. 271.

²⁰³⁸ Faktoring, Art. 9/3-a anlamında bir finansal hizmet sözleşmesi oluşturmasına rağmen, bundan hareketle, mal satışı ve hizmet tedarikinden doğan alacaklarının, bir faktoring sözleşmesi uyarınca devrinin Art. 9/3-a kapsamında olmadığı, bu yüzden borçlu ve tedarikçi arasında kararlaştırılan devir yasaklarının Art. 9'a göre değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varılmayacaktır. Çünkü bu hâlde alacak hakkı tedarikçi ile borçlu arasındaki sözleşmeden doğmaktadır. Art. 9/3-a kapsamında değerlendirilmesi gereken yalnızca bir finansal hizmetin sağlanmasına yönelik sözleşmeden doğan alacaklardır. Bkz. Rudolf, s. 272-273.

²⁰³⁹ Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 102. Ayrıca bkz. Rudolf, s. 273.

Konvansiyon, tüketicilerle yapılan işlemlerden doğan alacakları da Art. 9 hükmünün kapsamına dâhil etmektedir. Tüketici bakımından şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Art. 9/1 hükmü prensip olarak tüketicinin borçlu konumunda olduğu alacak devirleri bakımından da uygulanmaktadır. Tabii ki, normal durumda, tüketicinin böyle bir devir yasağı kaydının sözleşmeye dâhil edilmesine olanak veren bir pazarlık gücü olmayacaktır²⁰⁴⁰. Ama her nasılsa borçlu tarafın tüketici olduğu bir sözleşmeye (örneğin üçüncü bir kişinin dayatması dolayısıyla) bir devir yasağı kaydı ilave edilmiş ve bu kayda rağmen alacak devredilmişse, yapılan devir tüketiciye karşı dahi hüküm ifade edecektir. Ulusal hukukta yer alan tüketici lehine daha ileri koruma öngören düzenlemeler genel nitelikli Art. 4/4 hükmü gereğince Art. 9/1’e üstün tutulmaktadır²⁰⁴¹. Diğer yandan tüketicinin bir devreden olarak da Art. 9’dan yararlanabilmesi genellikle mümkün olmayacaktır. Çünkü şahsa bağlı bir amaçla ya da ev veya aileye ait bir amaç çerçevesinde yapılan alacak devirleri Art. 4/1-a gereği Konvansiyon’un uygulama kapsamı dışındadır²⁰⁴².

Art. 9/3’te gösterilmeyen türdeki hukuki ilişkilerden doğan alacaklar bakımından devir yasağının hukuki etkisi sorunu uygulanacak ulusal hukuka göre belirlenecektir²⁰⁴³. Aynısı, Art. 4 hükmü uyarınca Konvansiyon’un uygulama alanı dışında bırakılan bir alacak hakkı veya bir alacak devri söz konusu olan hâller bakımından da geçerlidir²⁰⁴⁴. Bu hâllerde uygulanacak ulusal hukuka göre mümkün olduğu takdirde devir yasağı anlaşması mutlak etki meydana getirebilir ve sözleşmeye aykırı devri geçersiz kılabilir²⁰⁴⁵.

Art. 9/1 hükmünde, bu hükmün devreden ve borçlu arasında olduğu gibi devreden ve devralan arasında kararlaştırılan devir yasakları bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir²⁰⁴⁶.

²⁰⁴⁰ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 100; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 103.

²⁰⁴¹ Art. 4/4: “Bu Konvansiyon’da öngörülenlerden hiçbirisi, devreden ve borçlunun, kişisel, ailevi ve eve ilişkin hukuki işlemlerinde onları koruyan özel kanunlardan doğan haklarını ve borçlarını etkilemez.” Ayrıca bkz. Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 103.

²⁰⁴² Schütze, s. 184.

²⁰⁴³ Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 146; Schütze, s. 188.

²⁰⁴⁴ Rudolf, s. 273-274.

²⁰⁴⁵ Bazinas, s. 282; Kuhn, s. 134.

²⁰⁴⁶ Art. 9/1: “... ilk veya sonraki devreden ve borçlu veya sonraki herhangi bir devralan arasındaki anlaşma...” Bu konunun -Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 12 hükmünde olduğu gibi- kapsam dışında bırakılması fikri hazırlık çalışmaları sırasında gündeme

(2) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması

Art. 9/1'e göre anlaşmaya aykırı bir alacak devri prensip olarak geçerlidir. Bu çerçevede, borçlu devralan ile arasındaki devir yasağı kaydını devralana karşı ileri süremez²⁰⁴⁷. Borçlu, kendisine alacağın devrine ilişkin bir bildirim yapıldıktan sonra, devir yasağının varlığına rağmen, yalnızca devralana ifada bulunarak borçtan kurtulabilir (Art. 17/1)²⁰⁴⁸.

Konvansiyon, uygulanacak hukuka göre mümkün olduğu takdirde, devretmeme taahhüdüne aykırılık nedeniyle örneğin bir tazminat sorumluluğu ortaya çıkmasına engel olmamaktadır²⁰⁴⁹. Devredenin devir yasağı anlaşmasına aykırılıktan doğan sorumluluğu ortadan kaldırılmış veya hafifletilmiş değildir. Uygulanacak hukuka göre mümkün olduğu takdirde, Art. 9/2'ye göre, sözleşmeye aykırı olarak alacağı devreden devir borçlusuna karşı tazminatla yükümlü tutulabilir. Devredenin üstlendiği salt borçlandırıcı etkili alacağı devretmeme taahhüdü ve buna ilişkin ceza koşulu geçerliliğini korur²⁰⁵⁰.

(3) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması

Konvansiyon, devredenin anlaşmaya aykırı davranışının borçluya karşı üstlendiği başka yükümlülüklerle tesirinin ne olacağı sorununun çözümünü kural olarak ulusal hukuka bırakmaktadır²⁰⁵¹. Bununla birlikte, borçlunun, anlaşmaya aykırı bir alacak

gelmiş olsa da kabul edilmemiştir. Bkz. Report of Working Group, A/CN.9/420, N. 174-178. Bu konuda yukarıda bkz. 485 ve orada dn. 1954.

²⁰⁴⁷ Rudolf, s. 264-265; Schütze, s. 191-192. Art. 9 yalnızca sözleşmeye aykırı devrin geçerliliği sorununun düzenlemektedir. Devralanın, örneğin aynı alacağın birden fazla kişiye devredilmesi hâlinde, alacağa ilişkin yarışan talepler karşısında önceliğe sahip olup olmayacağı sorunu hakkında maddi hukuka ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Yalnızca, alacaklının bir devir yasağına aykırı olarak alacağı devretmesi hâlinde, borçlunun devir yasağına dayanarak devralana ifadan kaçınmamaacağı hususu açığa kavuşturulmaktadır (Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 63, N. 87). Öncelik sorununu çözmek için ise Art. 22'de bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmektedir. Bu hükme göre, devralanın alacak hakkı üzerinde bir önceliğe sahip olup olmadığı, esas itibarıyla devreden yerleşik bulunduğu devletin ulusal hukukuna göre belirlenecektir.

²⁰⁴⁸ Rudolf, s. 265.

²⁰⁴⁹ Art. 9 hükmü ile bir taraftan devreden ile devralan arasındaki sözleşme özgürlüğü korunurken, diğer taraftan borçlunun menfaatlerinin de gözetildiği, bu nedenle borçlunun devredene karşı aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan bir talep ileri sürmesine engel olunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 102; Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 98; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 99. Bkz. Schütze, s. 200; Rudolf, s. 269.

²⁰⁵⁰ Kuhn, s. 134; Schütze, s. 199; Rudolf, s. 269; Bazinas, **Multi-Jurisdictional Receivables Financing**, s. 373; Bazinas, s. 287.

²⁰⁵¹ Rudolf, s. 269.

devri ile elde edebileceği olası hukuki taleplerin devralanın hukuki durumu üzerine hiçbir etki yaratmaması gerektiği yaklaşımını benimsemekte; bu doğrultuda üç önemli düzenleme öngörmektedir:

Art. 9/2 devralanın korunması amacı doğrultusunda borçlunun devreden ile arasındaki sözleşmeyi yalnızca devir yasağı anlaşmasının ihlal edildiği gerekçesiyle sona erdiremeyeceğini öngörmektedir. Borçlu devir yasağına aykırılığa dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldıracak olsa, Art. 9/1'in anlam ve önemini yitireceği düşünülmüştür²⁰⁵².

Benzer düşüncelerle devralanın devir yasağı hakkındaki bilgisi nedeniyle sorumlu tutulabilmesinin de önüne geçmiştir. Konvansiyon, devreden devir yasağı anlaşmasına aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğunun uygulanacak ulusal hukuktaki düzenlemeler vasıtasıyla devralanı kapsayacak şekilde genişletilmesini engellemektedir²⁰⁵³. Art. 9/2 hükmüne göre, devralanın, devir yasağı anlaşmasının varlığı hakkında bilgi sahibi olması tek başına devralanın sözleşmeye aykırılık nedeniyle (uygulanacak ulusal hukuka göre mümkün olduğu takdirde) sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir²⁰⁵⁴. Devralanın yalnızca haksız fiil düzenlemelerine göre sorumlu tutulabilmesine izin verilmektedir²⁰⁵⁵.

Son olarak, Konvansiyon'un Art. 18/3 hükmü, borçlunun sözleşmeye aykırı devir dolayısıyla elde ettiği tazminat talebini, devralana, devralanın alacağı tahsil talebini ortadan kaldırmak için takas yoluyla ileri sürülebilmesinin önüne geçmektedir. Konvansiyon Art. 18/1 hükmünde, kural olarak, borçlunun durumunun korunması ilkesi çerçevesinde, borçlunun devredene karşı sahip olduğu savunmaları, bu kapsamda devralana karşı sahip olduğu takas hakkını (Art. 18/2) alacağın devrinin meydana gel-

²⁰⁵² Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 142; Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 104; Schütze, s. 199; Rudolf, s. 269.

²⁰⁵³ Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 129; Report of the Working Group, A/CN.9/447, N. 152; Report of the Working Group, A/CN.9/456, N. 107. Çalışma grubunda, bu hâlde, borçlunun devralana herhangi bir savunma ileri süremeden ifada bulunup uğradığı zararlar için yalnızca devredene başvurması gerekeceği, örneğin devreden iflası hâlinde borçlunun uğradığı zarara katlanmak durumunda kalacağı belirtilmiştir. Bkz. Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 118; Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 131.

²⁰⁵⁴ Bazinas, **Multi-Jurisdictional Receivables Financing**, s. 373; Bazinas, s. 287; Schütze, s. 199. Report of the Working Group, A/CN.9/456, N. 107.

²⁰⁵⁵ Report of the Working Group, A/CN.9/456, N. 107; Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 102. Bu yönde: Schütze, s. 199.

mesi üzerine devralana karşı da ileri sürmesine izin vermektedir. Ancak doğrudan devir yasağına aykırılık dolayısıyla ortaya çıkabilecek savunmaların ve takas hakkının devralana yöneltmesine engel olmaktadır²⁰⁵⁶.

Belirtilen üç hâlde de kredi masrafları üzerinde olumsuz bir etki meydana gelebileceği, bunun ise Konvansiyon'un kredi ve sermayeye erişimin düşük faizle cazip kılınması, bu sayede uluslararası ticaretin gelişimine katkı sağlanması şeklindeki hedeflerine aykırı düşeceği düşünülmüştür²⁰⁵⁷. Konvansiyon bu üç ihtimal dışında, borçlunu devreden sözleşmeye aykırı davranışı üzerine elde edebileceği başka hak ve taleplere dokunmamaktadır²⁰⁵⁸. Aşağıda görülecektir ki, UNCITRAL Konvansiyonu'nun bu konudaki özgün yaklaşımı Avusturya hukukunda ticari işlerde devir yasağının hukuki etkisini düzenleyen ABGB § 1396a hükmünün şekillenmesinde doğrudan rol oynamıştır²⁰⁵⁹.

(4) İstisnai Olarak Mutlak Etkinin Meydana Gelebildiği Durumlar

Art. 9 hükmünün borçlu açısından etki doğurabilmesi için iki şarttan birinin gerçekleşmesi aranır: Borçlunun alacağın kaynaklandığı sözleşmenin kurulduğu anda Konvansiyon'a taraf bir devlette yerleşik bulunması veya sözleşmeye taraf devletlerden birinin hukukunun uygulanacak olması (Art. 1/3)²⁰⁶⁰. Bu şartlardan biri gerçekleşmediği hâlde devir yasağı anlaşmasının mutlak etki yaratabilmesi mümkündür.

Konvansiyon Art. 9 hükmünde devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacak hakkının borçlusunun kişisel özellikleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Bu çerçevede aslında Art. 9 kamu kurumu sıfatına sahip borçlular aleyhine de etki doğurabilen bir hükümdür²⁰⁶¹. Bununla birlikte, Art. 40/1 uyarınca, kamu kurumu sı-

²⁰⁵⁶ Bazinas, **Multi-Jurisdictional Receivables Financing**, s. 373; Bazinas, s. 287; Rudolf, s. 269-270.

²⁰⁵⁷ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 102; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 99.

²⁰⁵⁸ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 102.

²⁰⁵⁹ Bkz. s. 513 vd.

²⁰⁶⁰ Art. 1/3: “*Bu Konvansiyon, asıl sözleşmenin kurulduğu anda, borçlu taraf Taraf Devletlerden birinde bulunmadığı veya asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku Taraf Devletlerden birinin hukuku olmadığı müddetçe, borçlunun hakları ve borçlarını etkilemez.*”

²⁰⁶¹ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 100.

fatına sahip borçlular lehine olarak taraf devletlerce Art. 9'a ilişkin bir çekince verilebilmesi mümkündür²⁰⁶². Çekince olanağı ile devir yasağı kayıtlarından geniş ölçüde yararlanan kamu kurumu sıfatına sahip borçluları korumak amaçlanmıştır²⁰⁶³. Aslında Konvansiyon uygulanacak hukukta yer alan kanundan kaynaklanan devir yasaklarını etkilemeyeceği için (Art. 8/3) bunların Art. 40'ta gösterilen kamu kurumları lehine etki yaratabilmesi mümkündür. Ancak kanundan doğan devir yasakları her devletin ulusal hukukunda aynı tarz ve içerikte bulunmayabilmektedir. Kimi devletin ulusal hukukunda, borçlu durumundaki kamu kurumlarının alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaatlerini korumak için yasal bir devir engeli öngörülmesi tercih edilmemekte; bunun yerine, söz konusu kamu kurumlarının taraf olduğu sözleşmelere devir yasağı kayıtları eklenmektedir²⁰⁶⁴. Bu tür hukuki uygulamalara sahip devletlerin Konvansiyon'u onaylamadaki tereddütlerinin önüne geçme maksatlı olarak Art. 40 hükmünde bir çekince olanağına yer verilmiştir²⁰⁶⁵. Böyle bir çekincenin varlığı hâlinde Art. 9 sözleşmenin kurulduğu sırada çekince veren devlette yerleşik bulunan kamu kurumu sıfatına sahip borçlunun hak ve yükümlülükleri üzerinde hiçbir etki doğurmayacaktır (Art. 40/2). Bir taraf devletin verdiği çekince beyanına ve meydana getireceği hukuki etkilere, yalnızca Konvansiyon'un uygulandığı taraf devlette değil tüm devletlerdeki uygulamalarda riayet edilmesi gerekmektedir²⁰⁶⁶.

Art. 40 ile bağlantılı olarak Art. 41'e de dikkat çekmek gerekir: Bu hükme göre her taraf devlet tarafından belirli kategorideki alacaklar ve alacak devirleri bakımından Konvansiyon'un uygulanmayacağını açıklayan bir çekince verilebilir. Ancak Art. 9/3'te gösterilen alacaklar bakımından böyle bir çekince verilmesi mümkün değildir (Art. 41/3). Bu hüküm vasıtasıyla devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisine ilişkin

²⁰⁶² Art. 40/1'e göre, her taraf devlet Art. 9 ile bağlı olup olmayacağı veya ne kapsamda bağlı olacağı hususlarında her zaman çekince verebilir. Bunun için borçlunun bir merkezi veya yerel hükümet ya da bir hükümetin alt birimi olması veya kamusal amaçla kurulmuş bir tüzel kişi olması ve sözleşmenin kurulduğu sırada çekince veren taraf devlette yerleşik bulunması gerekmektedir.

²⁰⁶³ Kuhn, s. 134-135.

²⁰⁶⁴ Report of the Working Group, A/CN.9/486, N. 113; Bazinas, s. 287; Bazinas, **Multi-Jurisdictional Receivables Financing**, s. 373; Schütze, s. 193; Rudolf, s. 280.

²⁰⁶⁵ Schütze, s. 193; Rudolf, s. 280. Kanundan doğan devir engellerine aykırılık hâlinde de alacağın devrinin geçerliliğinin temin edilmesi gerektiği önerisi aynı gerekçe ile reddedilmiştir. Bkz. Report of the Working Group, A/CN.9/434 (1996), N. 136.

²⁰⁶⁶ Rudolf, s. 282.

Art. 9/1 ve Art. 9/2'deki düzenlemelerin Art. 41'deki çekince olanağından yararlanılarak etkisiz hâle getirilmesine engel olmak amaçlanmıştır²⁰⁶⁷.

c. Devir Yasağı Anlaşmasına İlişkin Düzenlemenin Hazırlık Süreci

Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları sırasında Art. 9 hükmü hem çalışma grubunda (*Working Group*) hem de Birleşmiş Milletler Komisyonu'nda (*United Nations Commission*) geniş kapsamlı tartışmalara konu olmuştur²⁰⁶⁸. Bu tartışmalar sırasında hukuk politikası yönünden birbirine tamamen zıt çözüm önerileri ele alınmış olmasına rağmen, tartışmalar hiçbir zaman, Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun Art. 6 hükmüne ilişkin hazırlık çalışmalarında olduğu gibi, uzlaşmayı engelleyici bir seviyeye ulaşmamıştır²⁰⁶⁹.

İlk planda sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına ilişkin bir hükmün Konvansiyon metnine ilave edilmesinin uygun olup olmayacağı değerlendirme konusu olmuştur. Bu hususta ilgili hükmün tasarı metninden silinmesi²⁰⁷⁰ veya en azından taraf devletlere, UNIDROIT Konvansiyonu'nda olduğu gibi, çekince koyma olanağı getirilmesi²⁰⁷¹ önerileri sunulmuştur. Bu önerileri destekleyici olarak, ilgili hükmün mevcut hâliyle sözleşme özgürlüğüne ilişkin temel prensibi sınırlandırdığı²⁰⁷², sözleşme özgürlüğünü koruyan ulusal düzenlemelere müdahale teşkil ettiği ifade edilmiştir²⁰⁷³.

Alacağın devir kabiliyetinin geliştirilmesi, bu hususta devir yasakları ile yaratılan hukuki belirsizliklerin ortadan kaldırılması ve uluslararası finans işlemlerinde, özellikle kredi işlemlerinde devir yasağı mevcut olup olmadığını araştırma külfeti ile

²⁰⁶⁷ Rudolf, s. 282. Alman hukukunda Art. 1/3, Art. 40/2 ve Art. 41 hükümlerinde münhasıran borçluyu koruma amacı güdülmesinden hareketle devir yasağının uygulanacak hukuka göre mutlak etkili sayılabileceği hâllerde anlaşmaya aykırı devrin yalnızca nispi etkisiz olacağı yorumu yapılabilmektedir. Bkz. Schütze, s. 192-194; Rudolf, s. 280. Bu görüş çerçevesinde nispi etkisizlik yaptırımının hükümleri defî görüşü çerçevesinde tanımlanmıştır. Bkz. Rudolf, s. 280. Ancak defî görüşünün eleştirisi ve reddedilmesi gerektiği konusunda yukarıda bkz. s. 300 vd.

²⁰⁶⁸ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 113-126; Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 227-231; Report of the Working Group, A/CN.9/447, N. 147-152.

²⁰⁶⁹ Bkz. s. 490 vd.

²⁰⁷⁰ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 115; Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 140.

²⁰⁷¹ Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 229; Report of the Working Group, A/CN.9/420, N. 63-64; Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 140.

²⁰⁷² Özellikle bkz. Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 140.

²⁰⁷³ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 118.

bağılantılı ortaya çıkan masraf kalemlerinin azaltılması hedefleri üstün tutularak her iki öneri de reddedilmiştir²⁰⁷⁴. Borçlunun sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde korunmak istenen menfaatlerinin Konvansiyon'un alacağın devrinde borçlunun durumunu düzenleyen hükümler vasıtasıyla yeterli ölçüde teminat altına aldığı, bu yüzden çekinceye gerek olmadığı belirtilmiştir²⁰⁷⁵. Diğer yandan, alacağın devri özgürlüğünü genişleten bir yaklaşımdan nihayetinde borçlu konumundaki kişilerin de istifade edebileceği, çünkü kredi masrafının azalması üzerine borçluların da bu sayede aldıkları mal ve hizmetler için daha düşük bedel borcu altına gireceği ifade edilmiştir²⁰⁷⁶.

Çalışmalar sırasında, salt borçlandırıcı etkiye alternatif olarak, borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceği nispi etkisizlik yaptırımının benimsenmesi önerisi de gündeme gelmiştir. Ancak, bu öneri, borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceği bir düzende, devralanın alacağın varlığına güvenemeyeceği ve alacağı devralmaktan kaçınacağı sakıncaları gerekçe gösterilerek reddedilmiştir²⁰⁷⁷.

Çalışma grubu, Amerikan hukukundaki UCC Art. 9-318(4) düzenlemesi örneği üzerinden²⁰⁷⁸, devir yasaklarının tamamen geçersiz sayılması alternatifini önemli ölçüde irdelemiştir²⁰⁷⁹. Bu konuda devir yasağı anlaşmasının, salt borçlandırıcı etkili olarak dahi olsa, geçerli sayıldığı bir sistemde doğacak bazı hukuki sonuçların Konvansiyon'un temel hedefleri ile ters düşebileceği kaygısı etkili olmuştur: Örneğin, uygulanacak hukukta devir yasağı ihlalinin sözleşmenin sona erdirilmesi için haklı sebep oluşturması mümkün olabilirse, devralanın işlem güvenliğini etkileyen ciddi bir hukuki belirsizliğin ortaya çıkacağı vurgulanmıştır²⁰⁸⁰. Diğer yandan, devir yasağı anlaşmasına aykırılığın yol açtığı tazminat sorumluluğunun alacaklının alacağı devretmekten kaçınmasına sebep olabilen bir baskı unsuru yaratabileceği de belirtilmiştir²⁰⁸¹. Nihayetinde devir yasaklarının tamamen geçersiz kılınması önerisi kabul görmemiştir.

²⁰⁷⁴ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 115-119; Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 229; Report of the United Nations Commission, A/55/17, N. 140.

²⁰⁷⁵ Report of the Working Group, A/CN.9/420, N. 64; Report of the Working Group, A/CN.9/445, N. 229.

²⁰⁷⁶ Secretariat Commentary, A/CN.9/470, N. 103; Secretariat Commentary, A/CN.9/489, N. 100.

²⁰⁷⁷ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 120; Report of the Working Group, A/CN.9/445, (1997), N. 229.

²⁰⁷⁸ Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 114.

²⁰⁷⁹ Report of the Working Group, A/CN.9/420, N. 67; Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 114.

²⁰⁸⁰ Report of the Working Group, A/CN.9/420, N. 67.

²⁰⁸¹ Report of the Working Group A/CN.9/445, N. 231.

Bu sistemde, hukuken daha öngörülebilir bir durum tesis edileceğinin doğru olduğu, ancak bu öngörülebilirliğin sözleşme özgürlüğüne ağır ölçüde müdahale edilerek ve menfaat dengesi devralan lehine değiştirilerek gerçekleştirileceği için kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir²⁰⁸². Diğer taraftan, böyle radikal bir düzenlemenin Konvansiyon'un geniş çevrelerce onaylanmasına engel olacağı düşünülmüştür²⁰⁸³.

Devir yasaklarının tamamen geçersiz kılınmasını önerisi kabul edilmiş olmasa da bu öneriyi desteklemek için sunulan gerekçeler Art. 9 hükmündeki devralanı koruyucu düzenlemelerin geliştirilmesinde önemli rol oynamıştır²⁰⁸⁴.

4. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB § 1396a)

a. Genel Olarak

Avusturya hukukundaki yargı kararlarında devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi konusunda, öğretideki tartışmaya rağmen, mutlak etki görüşünün yerleşik olduğu yukarıda belirtilmişti²⁰⁸⁵. 09.06.2005 tarihinde kabul edilen bir kanun değişikliği ile Avusturya Medeni Kanunu'na § 1393a hükmü ilave edilmiş ve tacirler arasındaki ilişkilerden doğan para alacakları hakkındaki devir yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etki doğuracağı düzenlenmiştir²⁰⁸⁶. Kanun değişikliğinin gerekçesinde, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı uygulamasının küçük ve orta ölçekli işletmeler aleyhine yaygınlığının göz önünde tutulduğu, Alman Ticaret Kanunu § 354a ve UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 hükümlerindeki düzenlemelerin örnek alındığı belirtilmektedir²⁰⁸⁷.

b. Uygulama Alanı

ABGB § 1396a yalnızca para alacakları bakımından uygulanır. Paradan başka bir edimin ifasına ilişkin alacak hakları ABGB § 1396a hükmünün uygulama alanı dışındadır. Gerekçede, bu tür alacakların finansman sağlama amacıyla devredildiğine

²⁰⁸² Report of the Working Group, A/CN.9/432, N. 116.

²⁰⁸³ Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 133.

²⁰⁸⁴ Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 129-132; Report of the Working Group, A/CN.9/434, N. 129; Report of the Working Group, A/CN.9/447, N. 152; Report of the Working Group, A/CN.9/456, N. 107.

²⁰⁸⁵ Bkz. s. 228 vd.

²⁰⁸⁶ Zessionsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 51/2005.

²⁰⁸⁷ 861 BlgNR 22. GP 3.

uygulamada pek rastlanılmadığı, bir devir yasağı ile kısıtlandıkları durumlarla nadiren karşılaşıldığı, bu yüzden özel bir düzenleme ihtiyacı görülmediği için ABGB § 1396a hükmünün uygulama alanı dışında bırakıldığı belirtilmektedir²⁰⁸⁸.

ABGB § 1396a hükmünün uygulanabilmesi için aranan başka bir şart, söz konusu para alacağının tacirler arasındaki ilişkilerden doğmuş olmasıdır²⁰⁸⁹. Bu nedenle doktor, avukat, mimar gibi serbest meslek sahiplerinin alacakları hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır²⁰⁹⁰.

ABGB § 1396a hükmü uygulama alanının çok sınırlı olması nedeniyle çeşitli bakımlardan eleştirilmektedir. Örneğin, hizmet (iş) sözleşmesinden doğan para alacaklarının hükmün uygulama alanı dışında kalması, Alman hukukunda HGB § 354a hükmü bakımından olduğu gibi, Avusturya hukukunda da tutarsızlık gerekçesiyle eleştiri konusudur²⁰⁹¹. Sınırlı uygulama alanı çerçevesinde, tüketici aleyhine kararlaştırılan devir yasaklarının, tacirler aleyhine kararlaştırılan devir yasaklarından daha bağlayıcı bir etki meydana getirecek olması da çelişkili bulunmaktadır²⁰⁹².

ABGB § 1396a hükmünde kamu hukukuna özgü bir istisnaya yer verilmektedir. ABGB § 1396a III hükmüne göre bu hükümde yer alan düzenlemeler bir kamu hukuku tüzel kişinin taraf olduğu devlet yardımı veya teşviki sağlanan sözleşmelerde

²⁰⁸⁸ 861 BlgNR 22. GP 4.

²⁰⁸⁹ Avusturya’da ticaret hukuku alanında 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı revizyon neticesinde (BGBl I 120/2005), Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch*), Ticari İşletme Kanunu (*Unternehmensgesetzbuch- UGB*) şeklinde yeniden isimlendirilmiştir. Yeni Kanun, Türk hukukundaki tacir kavramına denk gelecek şekilde, bir ticari işletmeyi işleteni ifade etmek üzere (§ 1 I UGB), “*ticari işletmeyi işleten*” anlamına gelmek üzere “*Unternehmer*” terimini tercih etmektedir. Bu değişikliğe rağmen, Türkçe anlatımı sade kılmak amacıyla “*Unternehmer*” yerine “*tacir*” terimini kullanmaktayız.

²⁰⁹⁰ Alman hukukunda tacirlere ilişkin HGB § 354a hükmünün serbest meslek sahipleri bakımından kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Aşağıda bkz. s. 530 vd.

²⁰⁹¹ Helmut Koziol / Peter Bydlinski / Raimund Bollenberger (hrsg.), **Kurzkommentar zum ABGB**, 4. Auflage, Wien 2014 = ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 5; Markowetz/Radauer, s. 901. Bir görüşe göre işveren ve işçi arasında kararlaştırılmış bir devir yasağı, ilk planda işçiyi korumaya yönelik değildir, işveren yönünden devrin yol açabileceği idari masrafları önleme amacı güder. Bu yüzden, işçilerin ücret alacakları bakımından da bu tür devir yasağı kayıtlarının salt borçlandırıcı etki meydana getirebileceğini öngören ilave bir düzenleme yapılması teklif edilmiştir. ABGB § 1396a hükmün uygulama alanının kıyasen işçi alacakları bakımından genişletilmesine engel olacağı belirtilmektedir. Bkz. Markowetz/Radauer, s. 901. Türk hukukunda işçinin ücret alacağının devri kanun tarafından yasaklanmıştır. Bkz. s. 100 vd.

²⁰⁹² Jasna Zwitter-Tehovnik, “Das Zessionsrechts-Änderungsgesetz - ein Kick-off für Securitisations in Österreich?”, **ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)**, H. 9, 2005, s. 678-680, s. 678.

(*Förderungsvertrag*) yardım veya teşvik alan taraf aleyhine kararlaştırılmış devir yasakları bakımından uygulanmayacaktır²⁰⁹³.

ABGB § 1396a yalnızca sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağı bakımından uygulanmaktadır. Kanunda öngörülen devir yasakları hükmün uygulama alanına girmemektedir²⁰⁹⁴. Hükmün ayrıca cari hesaptaki devir engeli bakımından uygulanmayacağı, diğer türlü cari hesabın amacının gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağı hem gerekçe de öğreti tarafından özellikle vurgulanmaktadır²⁰⁹⁵. Son olarak, ABGB § 1396a hükmü yalnızca iradi devirlere özgüdür. Yasal intikal hâlleri hükmün uygulama alanı dışındadır²⁰⁹⁶.

c. Devir Yasağı Anlaşmasının Geçerliliği için Aranılan Özel Koşullar

Devir yasağının üçüncü kişiye karşı mutlak etkisini kaldırmanın, finansman olanaklarını iyileştirmek amacını gerçekleştirmek için tek başına yeterli olmayacağı düşünüldükçe, ABGB § 1396a hükmünde devir yasağı anlaşmasının geçerliliği iki şarta bağlı tutulmuştur²⁰⁹⁷:

İlk olarak, ABGB § 1396a I hükmü uyarınca, devir yasağı yalnızca bireysel olarak müzakere edilerek kabul edildiği takdirde geçerli kabul edilmektedir. Genel işlem koşulları arasında yer alan devir yasakları bu hüküm vasıtasıyla geçersiz kılınmaktadır²⁰⁹⁸. Genel işlem koşulu niteliğindeki bir devir yasağının varlığının ve anlamının karşı tarafa açıklanmış olması geçerli sayılabilmesi için yeterli olmamaktadır. Bireysel olarak müzakere edilerek kabul edilmiş olması aranmaktadır. Çekişme hâlinde, devir yasağı anlaşmasının bireysel olarak görüşüldüğünü ispat yükü devir yasağından yararlanan borçlu üzerindedir²⁰⁹⁹. Bu hüküm ile pazardaki güçlü işletmeler tarafından ekonomik olarak daha güçsüz olan işletmelere devir yasağı empoze edilmesine engel olmak amaçlandığı belirtilmektedir²¹⁰⁰.

²⁰⁹³ 861 BlgNR 22. GP 7.

²⁰⁹⁴ 861 BlgNR 22. GP 4.

²⁰⁹⁵ 861 BlgNR 22. GP 4; ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3.

²⁰⁹⁶ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 5.

²⁰⁹⁷ 861 BlgNR 22. GP 4.

²⁰⁹⁸ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 2. 861 BlgNR 22. GP 6.

²⁰⁹⁹ 861 BlgNR 22. GP 6.

²¹⁰⁰ 861 BlgNR 22. GP 1.

İkinci olarak, devir yasağının geçerliliği için alacaklının ağır biçimde aleyhine olmaması şartı aranmaktadır²¹⁰¹. “*Ağır biçimde aleyhe olmama*” şartı aslında Avusturya Medeni Kanunu’nda genel işlem koşullarının içerik yönünden denetiminde uygulanan standardı temsil etmektedir (ABGB § 879 III)²¹⁰². Avusturya kanun koyucusu, (öğretide tartışmalı olmakla birlikte) yalnızca bir genel işlem koşulunun varlığı hâlinde uygulanabileceği kabul edilen içerik denetimine ilişkin ABGB § 879 III hükmünün, bireysel olarak müzakere edilerek kararlaştırılmış bir devir yasağı bakımından da uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır²¹⁰³. Kanun değişikliğine ilişkin gerekçede verilen örnek şudur: Tarafları arasında alacaklı aleyhine bir güç dengesizliği bulunan bir sözleşmede, borçlu tarafın dayatması üzerine zaten sıra dışı ölçüde uzun bir vade kararlaştırılmışken, buna ilave olarak, bir de devir yasağına yer verilmesi alacaklının finansman olanaklarından mahrum bırakılmasına yol açar. Bu yüzden, münferiden görüşülerek kabul edilmiş bir devir yasağının dahi, alacaklının ağır ölçüde aleyhine olduğu takdirde geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir²¹⁰⁴.

Sonuç olarak, ABGB § 1396a hükmünde, genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasakları geçersiz kılınmakla yetinilmemiş, bireysel olarak müzakere edilerek kararlaştırılmış devir yasakları da özel bir biçimde içerik denetimine tabi tutulmuştur.

d. Anlaşmaya Aykırı Devrin Hukuki Sonuçları

(1) Salt Borçlandırıcı Etkinin Prensip Olarak Tanınması

ABGB § 1396a hükmüne göre bireysel olarak müzakere edilerek kararlaştırıldığı ve alacaklının ağır ölçüde aleyhine etki doğuran bir içerik taşımadığı için geçerli sayılan bir devir yasağı yalnızca borçlandırıcı etki meydana getirebilir. Böyle bir devir yasağı alacağın eski alacaklıdan yeni alacaklıya geçişine engel oluşturamaz²¹⁰⁵. Hükmün gerekçesinde, işlem güvenliliğinin tesis edilmesi amacıyla hareket edildiği, devralanın dilediği takdirde devir yasağının varlığını görmezden gelerek herhangi bir şüpheye düşmeden alacağı devralabilmesine olanak tanındığı belirtilmektedir²¹⁰⁶.

²¹⁰¹ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 2.

²¹⁰² Türk hukuku bakımından bkz. s. 461 vd.

²¹⁰³ 861 BlgNR 22. GP 6.

²¹⁰⁴ 861 BlgNR 22. GP 4 ve GP 6.

²¹⁰⁵ 861 BlgNR 22. GP 6; ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹⁰⁶ 861 BlgNR 22. GP 6.

Borçlu anlaşmaya aykırı olarak alacağın devredildiğini öğrendikten sonra (ABGB § 1395 II ile § 1396 I hükmüne göre) yalnızca devralana ifade bulunarak borçtan kurtulabilir²¹⁰⁷. Alacağın devrinin geçerli olarak meydana gelmesi üzerine (ABGB § 1396 hükmündeki esaslar çerçevesinde) devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana karşı da yöneltebilmektedir²¹⁰⁸.

(2) Borçlunun Devredene Yöneltebileceği Talepler

Avusturya hukukunda § 1396a hükmü yürürlüğe girdikten sonra, borçlunun kendisini arzu etmediği alacak devirlerine karşı nasıl koruyabileceği sorunu ortaya çıkmıştır²¹⁰⁹. Borçlunun devredene karşı aralarındaki sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan tazminat ya da dönme/fesih hakkı gibi bazı haklar elde edebileceği § 1396a II ile açıkça kabul edilmektedir²¹¹⁰. Bu çerçevede alacaklının devir yasağına uygun davranmasını temin için ceza koşulu da kararlaştırılabileceği konusunda öğretide herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır²¹¹¹; böyle bir imkânın mevcut olduğu § 1396a hükmünün gerekçesinde de ifade edilmiştir²¹¹². Hatta bu hâlde zararın tespiti güç olabileceği için bir ceza koşulu kararlaştırılmış olmasının önem taşıdığı ifade edilmektedir²¹¹³. Sorun kararlaştırılan ceza miktarının belirlenmesi yönünden ortaya çıkmaktadır:

Öğretide, cezanın üst sınırının ABGB § 1396a hükmünün koruma amacı çerçevesinde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucu salt borçlandırıcı etki öngörülen bu yeni düzenleme ile alacakların dolaşımını iyileştirmeyi amaçlamıştır. Ceza bu amacı zedeleyecek ölçüde yüksek olmamalıdır²¹¹⁴. Tarafların aksi yöndeki iradesine rağmen kanun koyucu tarafından § 1396a vasıtasıyla serbest kılınan alacağın devrini engelleyecek yükseklikteki, örneğin alacağın kendisi kadar yüksek olan bir ceza alacağı tenkise tabi olmalıdır²¹¹⁵. Diğer yandan, anlaşmaya aykırı olarak alacağın devredilmesi hâlinde ortaya çıkacak zararın kapsamının sınırlı olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu görüşe göre, devir yüzünden çoğu zaman ya hiç

²¹⁰⁷ 861 BlgNR 22. GP 6; ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3.

²¹⁰⁸ 861 BlgNR 22. GP 7.

²¹⁰⁹ Markowetz/Radauer, s. 901.

²¹¹⁰ 861 BlgNR 22. GP 7.

²¹¹¹ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Markowetz/Radauer, s. 899; Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹¹² 861 BlgNR 22. GP 7.

²¹¹³ Markowetz/Radauer, s. 900.

²¹¹⁴ 861 BlgNR 22. GP 7.

²¹¹⁵ Markowetz/Radauer, s. 900.

zarar doğmaz ya da idari masraflarla sınırlı bir zarar ortaya çıkar²¹¹⁶. Bu yüzden, ceza alacağının tutarı belirlenirken ilk planda idari masrafların esas alınması gerektiği, idari masraf tutarını aşan olası zararın ispat edilebilir olması şartıyla daha yüksek bir tutarın ödenmesinin ceza koşulu olarak kararlaştırılmasına hiçbir engel olmadığı ifade edilmektedir²¹¹⁷. Her hâlde ceza alacağının fiili zarardan kayda değer ölçüde daha yüksek olması hâlinde, hâkim tarafından indirilebileceği (ABGB § 1336)²¹¹⁸ veya ceza koşulu anlaşmasının devreden kanunen korunan menfaatlerini ağır ölçüde ihlal ettiğinden hareketle ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabileceği ileri sürülmektedir²¹¹⁹.

Diğer taraftan, uygulamada, ceza koşulu yerine, alacağın devri ile sözleşme ilişkisinin sona ereceği şeklinde bozucu koşul da kararlaştırıldığı, bunun ekonomik olarak alacaklı üzerinde daha ciddi bir baskı yarattığı da öğretide ifade edilmektedir²¹²⁰.

(3) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması

ABGB § 1396a II hükmüne göre, borçlu, doğrudan devir yasağı anlaşmasının ihlali sonucu elde ettiği hakları, örneğin tazminat talebini, alacağı devralana karşı ileri süremez. Buna göre, borçlu, devir yasağına aykırılık sonucu elde ettiği tazminat talebini devralana karşı ifa ile yükümlü hâle geldiği alacak hakkına takas edemez. Ayrıca, devir yasağı anlaşmasına aykırılık, alacağın dayandığı sözleşmenin sona ermesine (bozucu koşul veya dönme/fesih hakkının doğumu nedeniyle) yol açmış olduğu takdirde, borçlu devralana alacağın sona erdiği savunması yönelterek ifadan kaçınamaz²¹²¹. Bunun yanı sıra, ABGB § 1396a II c. 2 hükmü gereği, üçüncü kişinin alacağı devralırken devir yasağı kararlaştırıldığını bilmesinin, tek başına, borçlunun alacak hakkını ihlal

²¹¹⁶ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Markowetz/Radauer, s. 900.

²¹¹⁷ Markowetz/Radauer, s. 900.

²¹¹⁸ 861 BlgNR 22. GP 7; ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Markowetz/Radauer, s. 900; Zwitter-Tehovnik, s. 678. Avusturya hukukunda, yeni Ticari İşletme Kanunu ile yapılan değişiklikler sonrasında, tacirler arasında kararlaştırılmış ceza koşulu hâkim tarafından tenkis edilebilmektedir. Bkz. Michael Brand, “Revolutionäres im Zessionsrechts-Änderungsgesetz”, *ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, 2005, H. 9, s. 677. Devir yasağına uyulması için kararlaştırılan ceza koşulunun tenkis edilebilirliği konusunun hukuki belirsizliğe yol açacağı ileri sürülerek eleştirilmektedir: Brand, s. 677.

²¹¹⁹ Markowetz/Radauer, s. 900.

²¹²⁰ Markowetz/Radauer, s. 900.

²¹²¹ 861 BlgNR 22. GP 7.

etmiş olduğu gerekçesi ile sözleşme dışı sorumluluğunun doğmasına sebebiyet vermediği belirtilmektedir²¹²². Görülmektedir ki, ABGB § 1396a II hükmü aracılığıyla, devralan, borçlu tarafından devir yasağı anlaşmasının ihlaline dayanılarak kendisine yöneltilebilecek taleplere karşı korunmaktadır²¹²³. Gerekçede işlem güvenliğinin korunması amacının etkin biçimde gerçekleştirebilmesi için böyle bir tedbire başvurulduğu açıklanmaktadır. Bu hususta UNCITRAL Konvansiyonu'nun Art. 9/2 ve Art. 18/3 hükümlerine yollamada bulunmaktadır²¹²⁴.

(4) Borçlunun Hafif Kusurlu Olarak Devredene İfada Bulunması Hâlinde Korunması

Borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaatleri göz önünde tutularak, ABGB § 1396a hükmünde borçluyu koruyucu nitelikte özel bir düzenlemeye yer verilmiştir: ABGB § 1396a I hükmüne göre, borçlu alacağın devri kendisine bildirildikten sonra yanlışlıkla devredene ifada bulunmuşsa, ifada bulunurken hafif kusurlu olduğu takdirde borçtan kurtulmaktadır²¹²⁵.

Bu hüküm öğretide eleştiriye maruz kalmaktadır: Borçluya tanınan bu korumanın ABGB § 1396a hükmünün öngördüğü işlem güvenliğinin korunması hedefini zedelediği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, devralan, sözleşmeye aykırı olarak devredilen alacak hakkını iktisap etmekte, ancak hiçbir dahli olmaksızın, sırf borçlu devredene ifada bulunurken hafif kusurlu olduğu için tekrar kaybetmektedir. Bu şekilde, salt borçlandırııcı etkili devri ile sağlanan olumlu etki geri alınmış olmaktadır. Bu yüzden bu özel düzenlemenin pratikteki uygulama alanının sınırlı olması gerektiği önerilmektedir²¹²⁶. ABGB § 1396a hükmünün gerekçesinde, borçlunun, karşı tarafın sözleşmeye aykırı olarak alacağı devretmiş olabileceği ihtimalini hesaba katmamakta haklı sayılabileceği belirtilmesine rağmen²¹²⁷, öğretide bunun doğru olmadığı, borçlunun bir devir meydana gelebileceği ihtimalini her zaman göz önünde tutması gerektiği ifade

²¹²² ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹²³ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹²⁴ 861 BlgNR 22. GP 7. Bu düzenlemeler hakkında bkz. s. 502 vd.

²¹²⁵ Zwitter-Tehovnik, s. 678; ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3; 861 BlgNR 22. GP 7.

²¹²⁶ ABGBKom/Neumayr, § 1396a, N. 3.

²¹²⁷ 861 BlgNR 22. GP 7.

edilmektedir²¹²⁸. Diğer taraftan, kusura ilişkin değerlendirmenin ancak ihtilafa konu olduğu takdirde ve mahkemede yapılabileceği, bu durumun da devredene ifanın hukuki etkisi bakımından bir belirsizliğe yol açtığı vurgulanmaktadır²¹²⁹.

B. Alacağın Devri Geçerli Sayılan Ancak Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınan Hukuki Düzenlemeler

1. Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL)

Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law - PECL*), 1982 tarihinde kurulan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu (Lando Komisyonu) tarafından 1995 yılında hazırlanmış bulunan, aşağıda incelenen Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın temelini oluşturan, bağlayıcı olmayan nitelikteki (*soft law*) hukuk kurallarını ifade etmektedir²¹³⁰.

PECL 11: 301²¹³¹ hükmünde anlaşmaya aykırı devrin prensip olarak sadece borçluya karşı hükümsüz olacağı kabul edilmektedir. Uygulama alanı para alacaklarının devri ile sınırlı olmayıp her tür alacağın devrini kapsayan bu hükmün birinci paragrafına göre, borçlu dilediği takdirde devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabilir; ancak borçlu dışındaki kişiler bakımından devreden ve devralan arasındaki ilişkide yapılan alacağın devri işlemi geçerli olarak hüküm ifade eder²¹³².

PECL 11: 301 hükmünün birinci paragrafında kabul edilen prensibin üç istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalardan birinin koşulları gerçekleştiği takdirde, alacağın devrine ilişkin kendisine bildirimde bulunulan borçlu (PECL 11: 303) yalnızca devralana ifada bulunarak borçtan kurtulabilir:

²¹²⁸ Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹²⁹ Zwitter-Tehovnik, s. 678.

²¹³⁰ jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/doc.html (e.t. 21.09.2020).

²¹³¹ PECL 11: 301:

(1) Bir alacağın devri, alacağın doğum kaynağı sözleşme ile yasaklanmışsa veya o sözleşmeye başka bir şekilde aykırılık oluşturuyorsa, borçluya karşı ileri sürülemez meğerki:

(a) borçlu devre onay vermiş olsun; veya

(b) devralan anlaşmaya aykırılığı bilmiyor veya bilmesi gerekmiyor olsun

(c) alacağın devri para borcunun ifasına yönelik gelecekteki alacakların devrine ilişkin bir sözleşme altında yapılmış olsun.

(2) Önceki paragrafta öngörülenlerin hiçbirisi devreden alacaklının sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluğunu etkilemez.

²¹³² Rudolf, s. 296. Hükmü Alman hukukundaki nispi etkisizlik teorisine göre yorumlayan yazara göre (Rudolf, s. 296), devralan, borçlunun onun yerine devredene ifada bulunduğu şeyi devredenden talep edebilir (PECL 11:203).

Birinci istisna borçlunun devre onay vermesi hâlinde söz konusu olmaktadır. Borçlunun onay vermesi üzerine, alacağın devri borçluya karşı da hüküm ifade etmektedir.

İkinci istisna devralanın iyiniyetli olması hâlidir. Devralanın, devreden ve borçlu arasında bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilmediği veya bu hususu bilmesinin kendisinden beklenmediği hâllerde, alacağın devri borçluya karşı da geçerli olmaktadır.

Üçüncü istisna gelecekteki para alacaklarının anlaşmaya aykırı olarak devredilmesi hâlidir. Birinci paragrafın (c) bendine göre, gelecekteki bir para alacağının devri her ihtimalde borçlu yönünden de hüküm ifade edecektir. Anlaşmaya aykırı olarak devredilen alacağın mevcut bir para alacağı olması hâlinde ise, devrin aynı şekilde borçlu yönünden hüküm doğurabilmesi için, devralanın iyiniyetli olması veya borçlunun alacağın devrine onay vermiş olması aranmaktadır²¹³³. Mevcut alacakların devri ile gelecekteki alacakların devri arasında farklılık yaratan bu düzenleme tarzı, UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9 hükmünün hazırlığı sürecinde değerlendirme konusu olmuştur. Mevcut alacaklar bakımından, tarafların mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırmak konusundaki sözleşme özgürlüğüne dokunulmasını gerektiren pratik bir ihtiyaç bulunmadığı belirtilmişse de, Art. 9'un son hâli ortaya koymaktadır ki, bu görüş kabul görmemiştir²¹³⁴.

Bu üç istisnai durum bakımından salt borçlandırııcı etki prensibi kabul edilmektedir. Anlaşmaya aykırı devrin geçerli sayılması devredenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır (PECL 11:301, paragraf 2).

2. Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR)

a. Anlaşmaya Aykırı Devrin Prensip Olarak Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınması

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından desteklenen ve bir Avrupa Medeni Kanunu tasarısı meydana getirme hedefiyle yürürlüğe konulan araştırma projesi kapsamında, Avrupa sözleşme hukukunun ilkeleri, tanımları ve model kuralları hakkında

²¹³³ Rudolf, s. 297.

²¹³⁴ Secretariat Commentary, UN Doc. A/CN.9/470, N. 101.

ortak referans noktalarını belirleyen bir kanun taslağı meydana getirilmiştir. Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (*Draft Common Frame of Reference* -DCFR) olarak isimlendirilmiş bu metin 2009 yılında yayımlanmıştır²¹³⁵.

PECL 11:301 hükmünde benimsenen model²¹³⁶ biraz daha geliştirilerek hazırlanan DCFR III-5:108 hükmünün²¹³⁷ birinci ve ikinci paragraflarında sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir sınırlamasının alacağın devralana geçişine engel olmayacağı, buna karşılık borçlunun alacağın devri kendisine bildirildikten sonra devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği öngörülmektedir²¹³⁸. Burada borçluya devredene veya devralana ifada bulunarak borçtan kurtulabilme hususunda bir seçim hakkı tanındığı ifade edilmektedir²¹³⁹. Diğer yandan, yine ikinci paragrafın (b) bendinde borçlunun devredene karşı sahip olduğu takas haklarını sanki alacak devredilmemiş gibi muhafaza edeceği; borçluya alacağın devrine ilişkin bir bildirimde bulunulmasının borçlunun daha sonra devredene karşı takas hakkı edinmesine engel olmayacağı kabul edilmektedir²¹⁴⁰.

DCFR III-5:108(2) çerçevesinde, devralan borçlunun kendisine ifada bulunacağı hususunda herhangi bir güvenceye sahip değildir²¹⁴¹. Hatta devreden iflası riski

²¹³⁵ Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın yayımlanması ile söz konusu projenin Avrupa Medeni Kanunu tasarısı oluşturma hedefi kısmen gerçekleştirilmiştir. Taslağı hazırlayan araştırma komitesi yukarıda incelenen 1995 tarihli Avrupa Sözleşme Hukuku Prensiplerini hazırlayan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nun devamı niteliğindedir. Çalışmaların gelişimi hakkında bilgi için bkz. law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf (e.t. 21.09.2020).

²¹³⁶ Bkz. s. 515 vd.

²¹³⁷ DCFR III-5:108 hükmü altında aşağıdaki düzenlemeye yer verilmiştir:

- (1) *Bir alacağın devrinin sözleşmesel olarak yasaklanması veya sınırlandırılması alacağın devredilebilirliğini etkilemez.*
- (2) *Ne var ki, böyle bir yasağa veya sınırlamaya rağmen bir alacak hakkı devredilmişse:*
 - (a) *borçlu devreden taraf lehine ifada bulunabilir ve bu sayede borçtan kurtulur ve*
 - (b) *borçlu, sanki alacak hakkı devredilmemiş gibi, devredene yönelik ileri sürebileceği tüm takas haklarını muhafaza eder.*
- (3) *Paragraf (2) uygulanmaz, meğerki:*
 - (a) *borçlu alacağın devrine onay vermiş olsun;*
 - (b) *borçlu devralanın böyle bir yasak veya sınırlandırma olmadığına haklı sayılabilecek bir şekilde inanmasına sebep olmuş olsun veya*
 - (c) *devir konusu alacak hakkı bir mal veya hizmet tedariki karşılığında para ödenmesine ilişkin bir alacak hakkı olsun.*
- (4) *Bir alacak hakkının sözleşmesel bir devir yasağı veya sınırlamasına rağmen devredilebilir olması, devreden tarafın söz konusu yasağa veya sınırlamaya aykırılık nedeniyle borçluya olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.*

²¹³⁸ Sigman/Kieninger, s. 27; Selke, s. 267.

²¹³⁹ Selke, s. 267; Sigman/Kieninger, s. 27.

²¹⁴⁰ Sigman/Kieninger, s. 27.

²¹⁴¹ Sigman/Kieninger, s. 27.

devralan üzerindedir²¹⁴². Bu durum dikkate alınarak DCFR III-5:122 hükmünde devralanı koruyucu bir öncelik hakkına yer verilmiştir. Bu hükme göre, devralanın devredene yöneltebileceği, devredenin borçlunun ifası ile elde ettiği kazanç üzerindeki talep hakkı devredenin başka alacaklıları karşısında önceliğe sahiptir. Bu öncelikten yararlanılabilmesi için borçlunun ifası ile elde edilen kazancın devredenin malvarlığında yer alması ve başka malvarlığı değerlerinden makul ölçüde ayırt edilebilir olması aranmaktadır²¹⁴³.

Öğretide, DCFR III-5:108 düzenlemesinin, borçluya devredene ifa ile borçtan kurtulma yetkisi veren yönü dolayısıyla karmaşık ve hukuk politikası açısından kararsız bir tutum benimsediği belirtilmektedir. Bu tutumun söz konusu düzenlemenin alacak finansmanı bakımından yararlılığını azaltacağı ifade edilmiştir. DCFR III-5:108 düzenlemesinde borçluya tanınan devredene ifada bulunarak borçtan kurtulma olanağının ilk planda devralanın hukuki durumunu zedeleyeceğine dikkat çekilmektedir. Bu tarz bir düzenlemede, devralanın bir devir yasağı mevcut olup olmadığını kesin olarak bilemediği hâllerde, alacağı devralmaktan kaçınması gerektiği önerilmektedir²¹⁴⁴. Bu eleştirilerin benzeri aşağıda görülecektir ki, HGB § 354a bakımından da mevcuttur²¹⁴⁵.

b. İstisnai Olarak Salt Borçlandırıcı Etki Meydana Gelebilmesi

(1) Salt Borçlandırıcı Etki Öngörülen İstisna Hâlleri

DCFR III-5:108 hükmünün üçüncü paragrafında devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerliliğinin üç istisnai durumda borçluya karşı da ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Üç istisnai durumda, borçlu, devredene ifada bulunarak borçtan kurtulmasına olanak veren bir seçim hakkına sahip değildir; yalnızca devralana ifada bulunarak borçtan kurtulabilir²¹⁴⁶. Devredene ifada bulunan borçlunun, aynı zamanda devrin yol açtığı zararlardan ötürü devredene karşı tazminat

²¹⁴² Devredenin, borçluyla birlikte hareket edebileceği ve borçlunun kendisine ifada bulunmasını sağlayabileceği; böyle bir ihtimalde, devralanın devredenin iflası riskine katlanmak zorunda kalmasının adil olmadığı görüşünde: Selke, s. 267.

²¹⁴³ Sigman/Kieninger, s. 27; Selke, s. 267.

²¹⁴⁴ Eleştiriler için bkz. Sigman/Kieninger, s. 26; Selke, s. 267-268.

²¹⁴⁵ Bkz. s. 532 vd.

²¹⁴⁶ Sigman/Kieninger, s. 27; Selke, s. 267.

talep edebileceği DCFR III-5:108 hükmünün son paragrafında özel olarak açıklanmaktadır.

Salt borçlandırıcı etki meydana geleceği hükmün (a) bendinde öngörülen birinci durum, borçlunun alacağın devrine onay vermiş olmasıdır. PECL 11: 301 hükmüne paralel bir düzenleme söz konusudur.

Hükmün (b) bendine göre, devralanın herhangi bir yasak veya sınırlandırma olmadığına haklı sayılabilecek bir şekilde inanmasına borçlunun sebep olmuş olması hâlinde devir borçluya karşı etkili olacak şekilde geçerlidir. İyi niyetin korunduğu (b) bendindeki istisnanın formüle edilişinde PECL 11:301 ile karşılaştırıldığında önemli bir özellik bulunduğu dikkati çekmektedir. PECL 11:301 hükmünde devralanın iyiniyetli olması devrin herkes bakımından hüküm doğurması sonucunu tek başına temin ederken, DCFR III-5:108 hükmünde devralanın iyiniyetine ilave olarak borçlunun devralanı yanıltan bir davranışta bulunmuş olması aranmaktadır. Örneğin borçlunun düzenlediği senette bir devir yasağı anlaşması olduğunu belirtmeyi ihmal etmiş olması hâlinde bu koşul gerçekleşmiş olacaktır.

Hükmün (b) bendinde, yine PECL 11:301 hükmünde olduğu gibi, para alacakları bakımından bir istisnaya yer verilmektedir. Ancak DCFR III-5:108 hükmünde, PECL 11:301 hükmünden farklı olarak, para alacağının kaynaklandığı ilişkinin içeriğini ilgilendiren özel bir koşul aranmaktadır: Bir devir yasağına aykırı para alacağının devrinin herkes bakımından hüküm ifade edebilmesi için, söz konusu para alacağı karşılığında bir mal satışı veya hizmet tedariki borcu üstlenilmiş olması gerekmektedir²¹⁴⁷. DCFR III-5:108 hükmüne göre, devredilen alacağın mevcut veya gelecekte doğacak bir alacak niteliği taşıması, PECL 11:301 hükmünden farklı olarak, devrin geçerliliği bakımından fark yaratmamaktadır.

(2) Devralanın Borçlunun Savunmalarına Karşı Korunması

DCFR III-5:116 hükmünün ikinci paragrafının (b) bendinde, borçlunun salt borçlandırıcı etkili devir yasağı anlaşmasına aykırılık nedeniyle elde ettiği talep ve savunmalara karşı devralanı koruyan özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Bu hükme göre, borçlu, doğrudan devir yasağına aykırılığa dayanarak devralana karşı herhangi

²¹⁴⁷ Selke, s. 267.

bir savunma ileri süremez. UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/2 hükmünde olduğu gibi²¹⁴⁸, borçlunun devir dolayısıyla uğradığı zarara ilişkin tazminat hakkını takas yoluyla devralana ileri sürmesine; benzer şekilde, devir yasağı ihlaline dayanarak sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullanıp borçlu olmadığı savunmasıyla ifadan kaçınmasına bu hükmün engel oluşturacağı söylenebilecektir.

3. Alman Ticaret Kanunu (HGB § 354a)

a. Genel Olarak

Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB), 25.07.1994 tarihli Kanun²¹⁴⁹ ile yapılan değişiklik sonucu, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisine ilişkin 354a paragrafı eklenmiştir.

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, Alman hukukunda BGB § 399 d. 2 hükmü ile alacağın devrinin mutlak etkili olarak engellenebileceği açıkça kabul edilmektedir²¹⁵⁰. Mutlak etkinin tanındığı bu genel hükme, HGB § 354a I hükmü aracılığıyla, ticari ilişkilerden doğan alacaklar bakımından bir istisna getirilmiştir²¹⁵¹. HGB § 354a hükmünün düzenleniş amacı, genel olarak, iki taraf için ticari nitelik taşıyan ilişkilerden doğan alacakların tedavül yeteneğinin korunması²¹⁵², bu sayede alacaklı tarafından yeniden finansman amaçlı kullanılabilirliğinin temin edilmesi²¹⁵³ şeklinde açıklanmaktadır. Bu hususta, özellikle, mal satan veya hizmet sağlayan küçük ya da orta ölçekli işletmelerin büyük ölçekli işletmeler karşısında korunmasının amaçlandığı değişikliğin gerekçesinde açıkça vurgulanmaktadır²¹⁵⁴. HGB § 354a hükmünün küçük ve ortak ölçekli işletmelerin sahip oldukları para alacaklarını bankalara veya faktoring kuruluşlarına teminat amaçlı devredebilmelerine imkân vererek yeniden finansman sağlamalarını kolaylaştırdığı, bu bakımdan pratik bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir²¹⁵⁵. Alman Federal Mahkemesi'ne ait, genel işlem koşulu niteliğindeki devir

²¹⁴⁸ Bkz. s. 502 vd.

²¹⁴⁹ Gesetz zur Änderung des D-Markbilanzgesetzes und anderer handelsrechtlicher Bestimmungen v. 25.7.1994, BGBl I 1682.

²¹⁵⁰ Bkz. s. 221 vd.

²¹⁵¹ Canaris, § 26, N. 14; Schmidt, § 18, N. 67; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1.

²¹⁵² IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8.

²¹⁵³ Schmidt, § 18, N. 67.

²¹⁵⁴ BT-Drs. 12/7912, s. 24.

²¹⁵⁵ Eckert, s. 851; EBS/Wagner, § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1.

yasağı kayıtlarının borçlunun korunmaya değer menfaatlerine atıfta bulunularak geçerli sayılması yönündeki yerleşik içtihat yüzünden böyle bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir²¹⁵⁶. HGB § 354a I c. 3 uyarınca emredici niteliğe sahip olduğu ve aksi doğrultudaki anlaşmaları hükümsüz kılacağı kabul edilen bu hükmün²¹⁵⁷ sözleşme özgürlüğüne önemli bir müdahale oluşturduğu ifade edilmektedir²¹⁵⁸.

HGB § 354a hükmü, Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu ve Uluslararası Ticarete Alacakların Devri Hakkındaki UNCITRAL Konvansiyonu'nda benimsenen, alacağın devrinin geçerliliğinin güvence altına alınması yönündeki eğilime uyumluluğu nedeniyle, öğretinin bir kısmı tarafından, sempati ile karşılanmıştır²¹⁵⁹. Diğer taraftan, aşağıda görüleceği üzere, hükmün içeriği öğretide birçok açıdan eleştirilere de maruz kalmaktadır²¹⁶⁰. Ayrıca kanunun hazırlık sürecine ilişkin bazı eleştiriler de mevcuttur. HGB § 354a hükmünün sıra dışı ölçüde kısa sürede hazırlanarak yasalaşmış olması dikkat çekici bulunmaktadır²¹⁶¹. Kanunun hazırlık sürecinde faktoring kuruluşları ve diğer tacir sıfatını haiz kuruluşların temsilcilerinin etkili bir rol oynadıkları ifade edilmektedir²¹⁶².

²¹⁵⁶ Baukelmann, s. 194; Canaris, § 26, N. 15; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8. Bununla birlikte, devir yasağı anlaşmalarının geçerliliği HGB § 354a hükmünün uygulama alanı kapsamında da genel işlem koşulları denetimine tabi olmaya devam etmektedir: Jauernig/Stürner, § 399, N. 8. Aksi yönde: Baukelmann, s. 194.

²¹⁵⁷ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 18; EBS/Wagner, § 354a, N. 4; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 3; Schmidt, § 22, N. 33; Henseler, s. 8-9; Saar, s. 990; Eckert, s. 854.

²¹⁵⁸ Canaris, § 26, N. 24

²¹⁵⁹ Baukelmann, s. 193; Canaris, § 26, N. 40; Schmidt, § 18, N. 67; Häusler, s. 191. HGB § 354a hükmünün yasalaşmasından önce, Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu'nun benimsediği alacağın devri dostu yaklaşımın, Alman kanun koyucusu için devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırılması gerektiği yönünde ayrı bir gerekçe oluşturduğu geçmişte de ifade edilmiştir. Bkz. Hadding/van Look, s. 19.

²¹⁶⁰ Bkz. s. 530 vd.

²¹⁶¹ Bu hükmeye ilişkin bir taslak, ilk defa, 17.05.1994 tarihinde yasalaşan versiyondan farklı olarak nispi etkisizlik modelinin benimsendiği ("alacağın devri borçluya karşı geçersizdir" ifadesi içeren) bir tarzda sunulmuştur. 19.05.1994'teki *Bundestag* oturumunda taslak hakkındaki çalışmalar Hukuk Komisyonu'na yönlendirilmiştir. Komisyon 15.06.1994 tarihindeki oturumunda hükmü yasalaşan şekli ile öneri olarak sunmuştur. Sonrasında, Alman Sanayicileri Federal Birliği (*Bundesverband der Deutschen Industrie*) ve Alman Faktoring Birliği (*Deutscher Factoring Verband*) ile birkaç kısa görüş alışverişinde bulunulmuştur. Hüküm 29.07.1994 tarihli Federal Resmi Gazete'de yayımlandıktan bir gün sonra, 30.7.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tarihçe için bkz. Henseler, s. 5.

²¹⁶² von Falkenhayn, s. 135 ve s. 184-185.

b. Uygulama Alanı

HGB § 354a hükmü yalnızca iki taraf için de ticari olan işlerden doğan alacaklar bakımından uygulanır²¹⁶³. Bu kural borçlunun bir kamu tüzel kişisi veya kamu fonu olması hâlinde de geçerlidir (HGB § 354a I c. 1)²¹⁶⁴.

HGB § 354a hükmünün uygulama alanı para alacakları hakkında kararlaştırılan devir engelleri ile sınırlıdır²¹⁶⁵.

HGB § 354a bireysel olarak müzakere edilerek veya genel işlem koşulu olarak kararlaştırılan tüm devir engelleri bakımından uygulanır²¹⁶⁶. Sözleşme ile kararlaştırılan her tür devir kısıtlaması, örneğin bir rehin yasağı, alacağın devrinin geçerliliğinin ihbar şartına, belirli bir şekil şartına veya özel bir rıza şartına bağlanması bu kapsamda yer almaktadır²¹⁶⁷.

HGB § 354a yalnızca sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli bakımından uygulanır; alacağın niteliğinden veya kanundan kaynaklanan devir engelleri bakımından uygulanmaz²¹⁶⁸. Bu çerçevede HGB § 354a hükmünün cari hesaptaki (HGB § 355 vd.) devir engeli bakımından uygulanmayacağı öğretide oybirliği ile kabul edilmektedir²¹⁶⁹.

²¹⁶³ Canaris, § 26, N. 17; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8. Ayrıca bkz. BT-Drs. 12/7912, s. 25. Hükmün amacı gereği, anlaşmaya aykırı alacağın devri işleminin de alacaklı bakımından bir ticari işlem niteliği taşıması gerektiği yönünde: Saar, s. 990.

²¹⁶⁴ Borçlunun belirtilen türde bir kamu kurumu vasfı taşıması ihtimali bakımından da alacaklının tacir olması aranmaktadır. Bkz. Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 11.

²¹⁶⁵ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 12; EBS/Wagner, § 354a, N. 8.

²¹⁶⁶ Saar, s. 990.

²¹⁶⁷ Saar, s. 990; Schmidt, § 18, N. 71; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 12; EBS/Wagner, § 354a, N. 6; Henseler, s. 7; Baukelmann, s. 194.

²¹⁶⁸ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 12; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Schmidt, § 18, N. 71; Henseler, s. 7.

²¹⁶⁹ Canaris, § 26, N. 22; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 13; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Schmidt, § 18, N. 71; Henseler, s. 7; EBS/Wagner, § 354a, N. 7; Erman/Westermann, § 399, N. 5. Ancak cari hesaptaki devir engelinin türü hakkındaki tartışma ile bağlantılı olarak, birbirinden tamamen farklı gerekçeler sunmaktadırlar. Schmidt (§ 18, N. 71), cari hesapta bir yasal devir engeli bulunduğu, bu yüzden cari hesapta hükmün uygulanmayacağını belirtmektedir. Henseler (s. 7) ve Saar (s. 990) cari hesapta işin niteliğini gereği uygulanmayacağını kabul etmektedir. Canaris'e göre (§ 26, N. 22), devir yasağı cari hesap kavramının kurumsal özünde yer almaktadır. Cari hesap sözleşmesinin kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi için mutlak etkili bir devir yasağı olmak zorundadır; bu yüzden HGB § 354a uygulanmaz. Wagner (§ 354a, N. 7) ise cari hesapta BGB § 399 d. 2 anlamında örtülü bir devir yasağı bulunduğunu ifade etmekte; HGB § 355 ve devamında özel düzenleme bulunması nedeniyle cari hesapta HGB § 354a hükmünün uygulanmayacağını kabul etmektedir. Ayrıca, cari hesap anlaşması ile HGB § 354a hükmünün dolanılması tehlikesi bulunduğu yönünde: EBS/Wagner, § 354a, N. 4. Türk hukuku bakımından cari hesaptaki devir engeli hakkında bkz. s. 123 vd.

HGB § 354a hükmünün uygulanabilmesi için BGB § 399 d. 2 anlamında bir devir engeli bulunması gerekir. Salt borçlandırıcı etkili devir yasakları hükmün uygulama alanı dışındadır²¹⁷⁰. Ayrıca, HGB § 354a lafzındaki sınırlama gereği yalnızca iradi devirler bakımından uygulanmaktadır. Yasal intikal hâlleri uygulama alanı dışında kalmaktadır²¹⁷¹.

c. Anlaşmaya Aykırı Devrin Hukuki Sonuçları

(1) Anlaşmaya Aykırı Devrin Prensip Olarak Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınması

HGB § 354a I c. 1 hükmüne göre devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devri geçerli olur²¹⁷². Buna göre, devralan alacak hakkını kazanır ve bu hak sahipliğine bağlı tüm yetkilere, alacağı talep yetkisi ve alacak üzerinde tasarruf yetkisi de dâhil olmak üzere, sahip olur²¹⁷³. Alacağı elde etmeye hizmet eden bağlı haklar da devralana geçer (BGB § 401)²¹⁷⁴. Bununla birlikte HGB § 354a I c. 2 hükmünde borçlunun dilediği takdirde devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği düzenlenmekte; borçluya dilediği takdirde devredene veya devralana ödeme yapmasına olanak veren bir seçim hakkı tanınmaktadır²¹⁷⁵. Bu açıdan, HGB § 354a hükmünde, borçlunun korunması ve alacaklının korunması şeklinde iki koruma amacı birden öngörüldüğü ifade edilmektedir²¹⁷⁶: HGB § 354a I c. 1 anlaşma ile yaratılan engeller karşısında alacağın

²¹⁷⁰ Baukelmann, s. 194; Schmidt, § 18, N. 71; Saar, s. 990; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 12; Henseler, s. 7. Diğer yandan, HGB § 354a hükmünün alacağın devri özgürlüğünü sınırlandıran salt borçlandırıcı etkili taahhütler bakımından da kıyasen uygulanabileceği görüşü öğretide mevcuttur. Bkz. EBS/Wagner, § 354a, N. 4.

²¹⁷¹ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 12; Saar, s. 990; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; EBS/Wagner, § 354a, N. 21. Hâkim görüşün aksine, Schmidt (§ 18, N. 72) HGB § 354a -aynı zamanda BGB § 399- hükmünün kanuna dayanan alacak intikalleri hâlinde de uygulanması gerektiğini savunur. Yazara göre bunlar da iradi alacak devirleri gibi işlemektedir.

²¹⁷² BT-Drs. 12/7912, s. 24; Henseler, s. 7; Saar, s. 993; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; EBS/Wagner, § 354a, N. 11; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1.

²¹⁷³ Saar, s. 993; EBS/Wagner, § 354a, N. 11.

²¹⁷⁴ EBS/Wagner, § 354a, N. 21.

²¹⁷⁵ BT-Drs. 12/7912, s. 25; Henseler, s. 7; Saar, s. 991; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; EBS/Wagner, § 354a, N. 14; Canaris, § 26, N. 23. Borçlunun seçim hakkı yenilik doğuran bir niteliğe sahiptir. Borçlu bu hakkını bir defa kullandıktan sonra artık yaptığı seçim ile bağlıdır. Sonradan herhangi bir değişiklik yapamaz. EBS/Wagner, § 354a, N. 14. Aksinin kabulünün çelişkili davranış yasağına aykırı olacağı yönünde: Saar, s. 992.

²¹⁷⁶ Erman/Westermann, § 399, N. 5.

devrini geçerli kılarak alacaklının ve kamunun alacağın devri özgürlüğüne olan menfaatlerini, HGB § 354a I c. 2 ise borçluya devredene ifada bulunabileceği bir seçim hakkı tanıyarak borçluyu alacağın devrinin olumsuz sonuçlarına karşı korumaktadır²¹⁷⁷.

Borçlu sahip olduğu seçim yetkisi sayesinde, alacak hakkının kısmi olarak birden fazla kişiye devredildiği bir durumda, alacağın tamamını devredene ifa edebilir²¹⁷⁸. Zincirleme devir hâlinde, borçlu kendisine yapılan bildirimi fark etmeyip alacağı devreden taraflardan birine yanlışlıkla ifada bulunmuş olsa bile, kendisine tanınan seçim yetkisi sayesinde borçtan kurtulabilecektir²¹⁷⁹.

HGB § 354a hükmünde düzenlenen bir nispi etkisizlik hâli olduğu öğretide ifade edilmekteyse de²¹⁸⁰, Canaris, bu nitelendirmeye katılmamaktadır. Canaris, HGB § 354a hükmünde alacağın devrinin (nispi etkisiz değil) geçerli olup devralanın alacağı iktisap edeceği buna karşılık borçlunun devredene ifa yetkisine sahip olacağı şeklindeki iki sonucun açıkça öngörülmüş olması dikkate alındığında, artık bir nispi etkisizlikten söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Canaris'e göre, bu hüküm, belirtilen sonuçları itibarıyla yürürlükteki hukuk tarafından bilinmeyen kendine özgü bir hukuki tasarımı, hem alacağın devrinin geçerli sayıldığı hem de borçlunun korunması prensibinin geniş kapsamlı olarak benimsendiği yeni bir kombinasyonu içermektedir²¹⁸¹. Öğretide genellikle, HGB § 354a hükmünde -geçerli bir devir işleminin varlığına rağmen iyiniyetli borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceği öngörülen BGB § 407 (BK 186) gibi- borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabilmesine dayanak oluşturan istisnai bir düzenlemeye yer verildiği ifade edilmektedir²¹⁸².

²¹⁷⁷ BT-Drs. 12/7912 s. 25; Saar, s. 993; Baukelmann, s. 192; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 3; EBJS/Wagner, § 354a, N. 3; Basedow, s. 633; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 8.

²¹⁷⁸ Baukelmann, s. 194; Saar, s. 993.

²¹⁷⁹ Saar, s. 993.

²¹⁸⁰ Medicus/Lorenz, § 59, N. 796.

²¹⁸¹ Canaris, § 26, N. 17; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1.

²¹⁸² IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Saar, s. 991; Canaris, § 26, N. 19; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; EBJS/Wagner, § 354a, N. 12; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8.

(2) Devralanın Alacağı Talep Hakkı ve Devredenin İfayı Kabul Yetkisi

HGB § 354a I c. 1 gereği alacağın devrinin devralan ve borçlu arasındaki ilişkide geçerli sayılması sayesinde, devralan alacağı talep ve dava yetkisine sahip olmaktadır. Devralan kendi hakkına dayanarak ve kendi adına hareket edebilmekte, borçluya ihtar gönderebilmekte, dava açabilmektedir²¹⁸³. Fakat, yukarıda belirtildiği üzere, borçlu, HGB § 354a I c. 2 uyarınca devredene ödemede bulunma yetkisine sahiptir. Bu yüzden, devralanın, borçluya yönelteceği bir davada borcun ya kendisine ya da devredene ifa edilmesini talep etmesi gerekmektedir²¹⁸⁴.

Borçlunun geçerli bir alacak devrine rağmen devredene ifa ile borçtan kurtulabilmesi, HGB § 354a I c. 2 hükmünde öngörülen devredenin kanuna dayanan ifayı kabul yetkisi sayesinde mümkün olmaktadır. Borçlunun iyiniyetli olarak devredene ifa ile borçtan kurtulabilmesinde olduğu gibi (BGB § 407), devreden artık alacaklı sıfatına sahip olmadığı hâlde ifayı kabul yetkisini muhafaza etmektedir²¹⁸⁵. Diğer taraftan, HGB § 354a I c. 2 gereği devreden yalnızca ifayı kabul yetkisine sahiptir, alacağı talep yetkisi bulunmamaktadır. Devredene, devralanın hak sahipliği ile çatışabileceği gerekçesi ile böyle bir yetki verilmemiştir²¹⁸⁶.

Borçlunun seçim yetkisini kullanarak devredene ödemede bulunmasını devreden kabul etme külfeti altındadır. Buna karşılık, borçlunun devredene ifası hâlinde, devralan, yine borçlunun iyiniyetli olarak devredene ifası hâlinde (§ 407 BGB) olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme hükümleri (BGB § 816 II) uyarınca devredenden talepte bulunabileceği kabul edilmektedir²¹⁸⁷. Çünkü, devralan, HGB § 354a I c. 1 gereği, gerçek hak sahibidir ve devreden ise yalnızca borçtan kurtaran ifayı kabul eden taraf konumundadır²¹⁸⁸.

²¹⁸³ Basedow, s. 637; Canaris, § 26, N. 20.

²¹⁸⁴ Canaris, § 26, N. 20.

²¹⁸⁵ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Saar, s. 991; Canaris, § 26, N. 19; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2. EBJS/Wagner, § 354a, N. 12; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8.

²¹⁸⁶ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Saar, s. 991; Canaris, § 26, N. 19; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2.

²¹⁸⁷ Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Canaris, § 26, N. 23; EBJS/Wagner, § 354a, N. 12; Schmidt, § 18, N. 74.

²¹⁸⁸ Schmidt, § 18, N. 74; Canaris, § 26, N. 23.

HGB § 354a I c. 1 gereği devrin geçerli sayılması, haciz ve iflas hâllerinde tarafların alacaklıları bakımından da önemli görülmektedir. Alman öğretisinde, devreden bir alacaklısı, sözleşmeye aykırı olarak devredilen alacağı haczettiği zaman, devralan tarafından üstün hak sahibi üçüncü kişi sıfatıyla itiraz ileri sürebileceği (ZPO § 771); devreden iflası hâlinde devralanın ayırma hakkına sahip olacağı (InsO §§ 47, 50) ifade edilmektedir²¹⁸⁹.

(3) Borçlunun Devredene İfa Yetkisinin Sınırları

Alman öğretisinde, alacağın devrine ilişkin genel hükümlerdeki borçluyu koruyucu imkânlar ile karşılaştırıldığında, borçlunun HGB § 354a hükmü ile çok daha iyi bir konuma getirildiği ifade edilmektedir²¹⁹⁰. Borçlu anlaşmaya aykırı olarak alacağın devredildiğini bildiği hâlde dahi, devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabilmektedir²¹⁹¹.

Borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulmasına olanak veren seçim hakkının dürüstlük kuralı (BGB § 242) gereği sınırlandırılabilmesi öğretide belirtilmektedir²¹⁹². Ancak dürüstlük kuralına aykırılığın hangi olguların gerçekleşmesi üzerine ortaya çıkabileceği hususu tartışmalı gözükmemektedir. Genel olarak kabul edilen borçlunun devredene ifada korunmaya değer haklı bir menfaatinin olması gerektiğidir²¹⁹³. Borçlu, seçim hakkını yalnızca alacaklı değişimine uyum sağlamak zorunda kalmamak yönündeki haklı bir menfaatini korumak için kullanabilmelidir. Örneğin, borçlu, aralarındaki ticari ilişkinin devamı için devreden gereksinim duyduğu nakdi temin etmek amacıyla devredene ifada bulunmakta haklı sayılmaktadır²¹⁹⁴. Buna karşılık, borçlunun sırf

²¹⁸⁹ BT-Drs. 12/7912, s. 25; Henseler, s. 7; Saar, s. 994; Basedow, s. 637; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 15; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Canaris, § 26, N. 28; Erman/Westermann, § 399, N. 5.

²¹⁹⁰ Canaris, § 26, N. 24, N. 41; Baukelmann, s. 195; Saar, s. 991. Öyle ki, Paris'e göre (s. 924), bu hüküm devri yasaklarına daha fazla başvurulması için neredeyse bir teşvik niteliği taşımaktadır.

²¹⁹¹ BT-Drs. 12/7912, s. 25; Baukelmann, s. 192; Canaris, § 26, N. 24; Saar, s. 991; Eckert, s. 852; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16; EBJS/Wagner, § 354a, N. 14; Schmidt, § 18, N. 74; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8. Borçlu seçim yetkisini kullanmakta genel sınırlar içinde (BGB §§ 138, 226, 242, 826) serbesttir (EBJS/Wagner, § 354a, N. 15).

²¹⁹² Canaris, § 26, N. 25; Saar, s. 994; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Schmidt, § 22, N. 30; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16; EBJS/Wagner, § 354a, N. 15. Yalnızca katı şartlar altında bir hakkın kötüye kullanılması hâli mevcut olduğunun kabul edilebileceği yönünde: IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16.

²¹⁹³ Saar, s. 994; Canaris, § 26, N. 25; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16; EBJS/Wagner, § 354a, N. 15.

²¹⁹⁴ Canaris, § 26, N. 24-25.

devralanı zarara uğratmak için devredene ifada bulunması seçim yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir²¹⁹⁵. Buna göre, örneğin, devredenin içinde bulunduğu ekonomik durum sebebiyle aldığı devralana verip vermeyeceğinin belirsiz olduğu bir durumda, borçlu devredene ödemede bulunarak ekonomik riski keyfi olarak devralanın üzerine yükleyememelidir. Aksi takdirde kanun koyucu tarafından HGB § 354a I c. 1 sevk edilirken izlenen, devir özgürlüğünün devir yasaklarına rağmen iyileştirilmesi amacının zarar göreceği, hükmün amacına aykırı olarak kullanılmasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir²¹⁹⁶. Bununla birlikte, seçim hakkının kötüye kullanıldığı iddiasının çoğu davada yeterli delil ortaya konulamadığı için ispat edilemeyeceğine de öğretide dikkat çekilmektedir²¹⁹⁷. Bir görüşe göre ise hükümdeki bu aksaklık hakkın kötüye kullanılması savunmasıyla telafi edilemez, çünkü borçlunun hakkı genel olarak çok ileri gitmektedir²¹⁹⁸.

HGB § 354a I c. 2 hükmünün lafzı ve koruma amacı çerçevesinde, borçlunun devreden ile anlaşma yaparak borçlanılan edimden başkasının ifa yerine (BGB § 364 I) veya ifa uğruna (BGB § 364 II) devredene vererek borçtan kurtulabileceği kabul edilmektedir²¹⁹⁹. Para borcunun ifası uğruna bono veya çek verilmesi böyledir²²⁰⁰. Yine borçlunun korunması amacı çerçevesinde, edimin ifasının borçlu tarafından takas ileri sürülerek yapılabileceği öğretide oybirliği ile kabul edilmekte²²⁰¹, bu görüş Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmektedir²²⁰². Buna göre, borçlu karşı alacağı alacağın devrini öğrendikten sonra kazanmış olsa, hatta devri öğrenmesinden ve devredilen alacağın muaccel hâle gelmesinden sonra kazanmış olsa dahi, devredene

²¹⁹⁵ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16.

²¹⁹⁶ Canaris, § 26, N. 25. Devreden aldığını devralana vermesine imkân vermeyen bir ekonomik güçlük içinde olduğunu bilen borçlunun, buna rağmen devredene ödeme yapmasının seçim yetkisinin kötüye kullanılması sayılabileceği yönünde: EBJs/Wagner, § 354a, N. 15. Benzer bir görüş için bkz. s. 518'de dn. 2142.

²¹⁹⁷ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 16.

²¹⁹⁸ Paris, s. 924.

²¹⁹⁹ EBJs/Wagner, § 354a, N. 16; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Canaris, § 26, N. 27; Schmidt, § 18, N. 74; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8; Saar, s. 991.

²²⁰⁰ Henseler, s. 8; EBJs/Wagner, § 354a, N. 16.

²²⁰¹ Henseler, s. 8; Saar, s. 993; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Canaris, § 26, N. 27; EBJs/Wagner, § 354a, N. 18.

²²⁰² BGH, NJW-RR 2005, 624.

karşı takas hakkı kullanılabilir. Alacağın devrinde takas edilebilirlik şartlarını sınırlandıran BGB § 406 burada uygulanmamaktadır²²⁰³. Bununla birlikte, borçlunun devredene ifada bulunmak yerine devreden ile yapacağı bir anlaşma ile alacak üzerinde tasarrufta bulunabilmesinin HGB § 354a I c. 2 hükmüne göre mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi ve öğretideki hâkim görüş tarafından ibra, vadenin ertelenmesi, sulh anlaşması benzeri alacak üzerinde tasarruf sonucu doğuran işlemlerin HGB § 354a I c. 2 kapsamında yer almadığı kabul edilmektedir²²⁰⁴. Çünkü bu işlemlerin hüküm doğurabilmesi devreden tasarruf yetkisine sahip olması önkoşuluna bağlıdır. Devreden ise tasarruf yetkisine sahip olmayıp yalnızca ifayı kabul yetkisine sahiptir²²⁰⁵. HGB § 354a I c. 2 yalnızca borçlunun korunması amacına hizmet eder ve devredene özel bir hukuki yetki vermez, devralan devreden alacak hakkına müdahalesini kabul etmek durumunda değildir²²⁰⁶. Devredene böyle bir yetki tanındığında alacak hakkının kredi aracı olarak değerinin azalacağı ifade edilmektedir²²⁰⁷. Bu tür alacağın değerini azaltan veya ortadan kaldıran anlaşmaların -genel prensip (BGB § 407 I) çerçevesinde- yalnızca borçlunun alacağın devrinden bilgisi olana kadar yapılabileceği de belirtilmektedir²²⁰⁸.

²²⁰³ Saar, s. 993; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; EBS/Wagner, § 354a, N. 18; Canaris, § 26, N. 27; Erman/Westermann, § 399, N. 5.

²²⁰⁴ Baukelmann, s. 196; Schmidt, § 2, N. 32; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2. Alman Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGH, NJW 09, 438; BGH, NJW 2011, 443. Böyle bir sınırlama için haklı bir gerekçe bulunmadığını, takas dışındaki işlemlerin de geçerli olarak yapılabilmesi gerektiğini belirterek aksi yönde: Canaris, § 26, N. 27; EBS/Wagner, § 354a, N. 18. Kanun'un gerekçesindeki ifadelerin (BT-Drs. 12/7912, s. 25) aksi yönde olduğu düşüncesinde: Henseler, s. 8.

²²⁰⁵ Baukelmann, s. 196; Schmidt, § 22, N. 32; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17. Aynı yönde: Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2. Bir görüşe göre, HGB § 354a hükmünde, klasik anlamıyla nispi etkisizlik yaptırımı uygulanması kabul edilmiş olsaydı, devreden tasarruf yetkisine sahip olduğu söylenebilirdi: IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17.

²²⁰⁶ Schmidt, § 22, N. 32.

²²⁰⁷ Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2; Baukelmann, s. 196.

²²⁰⁸ IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 17; Baukelmann, s. 196; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 2. Aksi yönde olarak, Saar (s. 992), HGB § 354a I c. 2 hükmünde yalnızca ifadan söz edildiğini, ifa dışındaki tasarrufların, BGB § 407 çerçevesinde dahi yapılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Borçluya aksi yönde geniş bir yetki tanınırsa, alacak hakkının kredi değeri azalacaktır.

(4) Bankaların Ödünç Sözleşmelerinden Doğan Alacaklarına İlişkin İstisna Hükümü

12.8.2008 tarihinde HGB § 354a hükmüne ikinci bir fıkra eklenmiş (HGB § 354a II) ve bu değişiklikle bankaların ödünç sözleşmelerinden doğan alacakları, HGB § 354a I hükmünün uygulama alanı dışına çıkarılmıştır²²⁰⁹. HGB § 354a II hükmüne göre, alacaklı bir kredi kurumu ise HGB § 354a I uygulanmayacaktır²²¹⁰. Burada BGB § 399 hükmüne istisna teşkil eden HGB § 354a I hükmüne tekrar istisna getirilerek BGB § 399 hükmünde düzenlenen sisteme geri dönmüştür²²¹¹.

Bu değişiklik HGB § 354a I hükmüne ilişkin tecrübeler neticesinde kabul edilmiştir. Kredi kurumlarının, devir yasağı muafiyetinden istifade ederek, tacir işletmeye yönelik kredi alacaklarını finansal yatırımcılara devrettiği, bunların da *debt-to-equity swap* yoluyla veya alacakları karşılığında pay satın almaya çalışarak, borçlu tacir işletme üzerinde baskı kurdukları ortaya çıkmıştır. Böyle bir ilişkide, borçlu tacir işletmenin, kendisini, bankanın bir finansal yatırımcıya alacağını devretmesi ihtimaline karşı kendisini devir yasağı ile koruma imkânı olmadığında, HGB § 354a I hükmünün, kredi alan işletme aleyhine bir hükme dönüştüğü anlaşılmıştır²²¹². Bu açıdan HGB § 354a II ile bir istisna sevk edilerek bu tehlikenin önünün kesildiği ve HGB § 354a I hükmünün koruma amacına uygunluğunun tesis edildiği ifade edilmektedir²²¹³. Mutlak etkili alacağın devri yasaklarının, bu tür büyük ölçekli finansal yatırımcı kuruluşların, alacak haklarını devir yoluyla topladığı ve bunlar karşılığında pay devraldığı, özellikle kriz anında işletmenin çoğunluğunu devraldığı *debt-to-equity-swap* uygulamalarına karşı bir savunma teşkil ettiği belirtilmektedir²²¹⁴.

Alman öğretisinde, bankalar aleyhine getirilen bu istisna hükmü, tacirlerin, aynı zamanda kamu kurumlarının borçlusu oldukları kredi alacaklarının ve buna ilişkin teminatlarının piyasada kontrolsüz bir şekilde dolaşmasını, başkalarının eline geçmesini engellemekte haklı bir menfaati bulunduğu gerekçesiyle olumlu karşılanmış

²²⁰⁹ Risikobegrenzungs-gesetz, 12.8.2008, BGBl I 1666. Jauernig/Stürner, § 399, N. 8.

²²¹⁰ Kredi kurumu kavramının içeriği *Kreditwesengesetz*'e göre belirlenmektedir: Schmidt, § 18, N. 67.

²²¹¹ Schmidt, § 18, N. 67.

²²¹² Schmidt, § 18, N. 69.

²²¹³ Schmidt, § 22, N. 34.

²²¹⁴ Schmidt, § 18, N. 70.

gözükmektedir²²¹⁵. Bununla birlikte bazı çekinceler de ortaya konulmaktadır: Hükümde bankalar karşısında tacirlere sağlanan tek taraflı korunmanın bir çeşit tüketici korumasına benzetilerek yadırgandığı görülmektedir²²¹⁶. Diğer yandan, mutlak etkili devir yasağına izin veren bu düzenlemenin, kredi kurumlarının, özellikle Alman Merkez Bankası'nın (*Deutsche Bundesbank*) yeniden finansman olanaklarını zedelediğine işaret edilmektedir²²¹⁷. Nitekim, Alman Merkez Bankası, böyle bir düzenlemenin, nakit yönetiminde kısıtlamalara yol açacak olmasına ve bunun para piyasasının işleyişi bakımından önemine dayanarak, (özellikle o dönemde finans piyasalarında meydana gelen dalgalanmaya işaret ederek) HGB § 354a hükmünde yapılacak değişiklik aleyhine bir tutum takınmış, ancak bu hususta başarılı olmamıştır²²¹⁸.

d. HGB § 354a Hükmünün Alman Hukukundaki Eleştirisi

(1) Alacağın Ticari Bir İlişkiden Doğmuş Olması Koşulunun Eleştirisi

HGB § 354a I c. 1 hükmünde alacağın iki taraf açısından ticari işlem sayılan bir ilişkiden doğması şartı aranması öğretide çeşitli açılardan eleştiriye maruz kalmaktadır²²¹⁹:

Ticari işlem kavramı tercih edilerek bu kavrama bağlı öğretide tartışma konusu edilen tüm meselelerin yeni düzenlemeye aktarıldığı belirtilmektedir²²²⁰.

Bir görüş, tacir ve tacir olmayan işletmelerin birbirinden farklı muamele edilmesinin ciddi bir tutarsızlığa yol açtığı fikrindedir. Hâlbuki, tüm işletmeler ekonominin gereklilikleri çerçevesinde faaliyet gösterebilmek için prensip olarak kredi yaratmak ve kredi teminatı elde edebilmek için alacak haklarına aynı şekilde bağımlıdır. Hükmün çare olması istenen karakteristik finansman ihtiyacı, esnaf işletmeleri ve serbest meslek sahipleri bakımından, örneğin özel bir klinik veya bir mimarlık bürosu

²²¹⁵ EBJS/Wagner, § 354a, N. 20a; Schmidt, § 22, N. 34. Hatta, bir görüşe göre, bu korumadan, kendisi kredi borçlusu olan kredi kurumlarının da yararlanabilmesi mümkün gözükmektedir. Bkz. EBJS/Wagner, § 354a, N. 20a.

²²¹⁶ Schmidt, § 18, N. 70.

²²¹⁷ EBJS/Wagner, § 354a, N. 20a.

²²¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. EBJS/Wagner, § 354a, N. 20a, orada dn. 67'de gösterilen kaynaklar.

²²¹⁹ Canaris, § 26, N. 34. HGB § 354a hükmünün uygulama alanının tacirlerle sınırlandırılmış olmasının sebebi, kanun değişikliği tasarısının hazırlanmasında rol oynayanların tacir temsilcisi olmaları olarak ifade edilmektedir. Bu hususta bk. von Falkenhayn, s. 184-185.

²²²⁰ Henseler, s. 7; Baukelmann, s. 193.

bakımından da tıpkı tacir işletme bakımından olduğu gibi mevcuttur. Bu görüşe göre, bir inşaat işletmesi, ticari işletme için aranan HGB § 1 II hükmündeki şartları gerçekleştirmesi dolayısıyla HGB§ 354 a I hükmünün korumasından istifa edebilecekken; bir serbest meslek sahibi mimarın, örneğin, bir kamu kurumundan olan alacaklarını kredi elde etmek amaçlı kullanabilmesi mümkün olmayacaktır. Oysa bir mimarın da mesleki faaliyetini devam ettirebilmesi alacaklardan aynı şekilde yararlanabilmesine bağlı olabilir. Bu tutarsızlığı gidermek üzere HGB § 354a hükmünün kıyasen serbest meslek sahipleri ve esnaflar bakımından da uygulanması önerilmektedir²²²¹. Canaris'e göre, eşitlik ilkesinin ihlalinden kaçınmak için anayasaya uygun yorum yoluyla düzeltilmesi gerekir²²²².

Canaris, tacir kavramının bugüne dek kanun koyucu için yalnızca sözleşme özgürlüğünü genişletmeye yarayan bir referans noktası oluşturmuş olduğunu, HGB § 354a hükmünde ise, aksine, tacir kavramı üzerinden sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığını belirtmektedir. Yazara göre, burada yalnızca tacirlerin başka bir tacirle işlemde bulunduğu hâllerde koruma gördüğü tuhaf bir hüküm söz konusudur²²²³. Canaris'e göre HGB § 354a hiçbir şekilde ticaret hukukuna özgü içerikte değildir, çünkü hükmün koruma amacı ve hukuki içeriği ile tacir olma şartı arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Tersine sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama öngörülürken tacirin referans alınmış olması son derece sıra dışıdır. Bu yüzden HGB § 354a hükmünün maddi kapsamı ve sistematikteki yeri itibarıyla aslında Medeni Kanun'da yer alması gerekmektedir²²²⁴.

²²²¹ Canaris, § 26, N. 34-35; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; Schmidt, § 18, N. 73.

²²²² Canaris, § 26, N. 35. Anayasaya aykırılık sorununun işçilerin alacakları bakımından da ortaya çıktığı görüşünde: Saar, s. 989.

²²²³ Canaris, § 26, N. 17.

²²²⁴ Canaris, § 26, N. 39. Canaris'e benzer olarak, Wolf/Neuner, sözleşme özgürlüğünün ticaret hukuku alanında medeni hukuka nazara daha ağır biçimde kısıtlanmış olmasını garipsediğini belirtmektedir: Wolf/Neuner, § 29, N. 48. Canaris bu düşüncelerle, HGB § 354a hükmündeki korumayı kıyas yoluyla, sadece esnaf ve serbest meslek sahiplerini değil, aynı zamanda işçileri de kapsayacak şekilde geniş tutmak gerektiği fikrini de ileri sürmektedir. Yazara göre, diğer türlü, işçinin ücret alacağını kredi teminatı olarak kullanmaktan mahrum bırakılması ciddi bir sosyopolitik hataya ve başka bir ciddi bir tutarsızlığa yol açacaktır. İşçilerin alacaklarını kredi teminatı olarak kullanmaktaki menfaatlerinin daha az korunmaya değer değildir. Dış finansmana bağımlı işletmeler için alacaklar ne ise, pek çok işçi için gelecekteki ücret alacakları odur. Bkz. Canaris, § 26, N. 37. Aynı görüşte: EBJ/Wagner, § 354a, N. 10. Türk hukukunda işçinin gelecekteki ücret alacağının devretmesi kanun tarafından yasaklanmıştır. Bkz. s. 100 vd.

HGB § 354a hükmünün uygulama alanının kıyas yoluyla tacir olmayanlar bakımından genişletilmesi görüşü uygulamada ve öğretide pek kabul görmüş gözükmektedir. Hükmün uygulama alanının açıkça iki taraf bakımından ticari sayılan işlemlerle sınırlandırılmış olması nedeniyle böyle bir kıyasa karşı çıkmaktadır²²²⁵.

(2) Borçluya Tanınan Devredene İfa Yetkisinin Eleştirisi

HGB § 354a hükmünde alacağın devri özgürlüğü ile mutlak etkili devir yasağı kararlaştırılabilmesi konusundaki sözleşme özgürlüğü, bunlar arasında “*ya biri ya öteki*” şeklinde bir tercihte bulunmak yerine “*her ikisi birden*” korunmak istenmiştir²²²⁶. Bu çerçevede bir taraftan alacağın devrinin geçerli sayarken diğer taraftan borçluya devredene ifa yetkisi tanıyan kendine özgü tasarıma başvurulmuş olması öğretide eleştiriye maruz kalmaktadır:

HGB § 354a hükmünde borçluya devredene ifa yetkisi tanınarak temin edilen korumanın alacağın tedavül kabiliyetini korunması amacı ile çatışma içinde olduğu ifade edilmektedir. Borçlu hâlen daha devredene ödeyebilmektedir; bu yüzden, edim konusunun devreden tarafından devralana geçirilmesi riski devralan üzerindedir ve devralanın bu riskli durumu göz önünde tutarak alacağı devralması gerekmektedir²²²⁷. Bu hususta en önemli eleştiri Bydlinski tarafından ortaya konulmaktadır: HGB § 354a çerçevesinde, borçlunun her zaman devredene ifada bulunabilecek olması, alacağı devralma düşüncesindeki olan tarafları ürkütecek, bu yüzden kredi teminini kolaylaştırmayı amaçlarken daha zor hâle getirecek niteliktedir²²²⁸. Ayrıca, borçlunun alacağın devrini bildiği hâlde devredene ifa ile borçtan kurtulacak olması alacağın devri hukuku sistematığına de aykırı bulunmaktadır²²²⁹.

²²²⁵ Baukelmann, s. 201; Baumbach/Hopt (Hopt), § 354a, N. 1; IntVR/Kieninger, FactÜ Art. 6, N. 10; Jauernig/Stürner, § 399, N. 8. BGH, NJW 2006, 3486.

²²²⁶ Baukelmann, s. 196.

²²²⁷ Eckert, s. 852; Saar, s. 991; Canaris, § 26, N. 16.

²²²⁸ Bydlinski, s. 127. Bydlinski (s. 123) HGB § 354a hükmündeki düzenlemenin karışık ve tutarsız yönleri nedeniyle Avusturya hukukunda yapılacak muhtemel bir revizyon bakımından pek önerilebilir olmadığını ifade etmektedir. Yine Avusturya hukukunda mutlak etkiyi dışlayan bir kanun değişikliği önerdiği makalesinde Paris (makalesinin yayınlandığı dönemde Avusturya Faktoring Derneği Başkanı) de HGB § 354a hükmüne karşı menfi bir yaklaşım benimsemiştir. Bkz. Paris, s. 923. Nitekim, Avusturya Medeni Kanunu’na 2005 yılında eklenen § 1393a hükmünde salt borçlandırıcı etki prensibi kabul edilmiştir. Bkz. s. 508 vd.

²²²⁹ Paris, s. 923; Bydlinski, s. 127.

HGB § 354a hükmü ile her ne kadar anlaşmaya aykırı alacaklı devri geçerli kılınmış olsa da, borçlu tarafından sıklıkla yararlanılan bu seçim hakkı yüzünden, uygulamada, devri yasaklanmış alacakların değeri, serbestçe devredilebilir alacaklardan daha düşük takdir edilmektedir²²³⁰. Bu yaklaşım doğrultusunda Alman Federal Mahkemesi, 2015 yılında verdiği bir kararda, devredenin HGB § 354a hükmüne tabi bir devir engeli mevcut olduğu hâlde, devralana alacağı devretmesine hiçbir engel olmadığı şeklinde aksi yönde beyanda bulunmasını aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir²²³¹.

Tüm bu eleştirilere rağmen, devralan yönünden ortaya çıkan borçlunun devredene ifade bulunması riskinin fazla büyütülmemesi gerektiği görüşü de mevcuttur. Bu riskin borçlunun korunması amacını temin uğruna katlanılabilir olduğu ifade edilmektedir. Devrin mutlak etkili olarak engellendiği durum ile karşılaştırıldığında, bir taraftan alacağın geçişini öngören diğer taraftan borçluya devredene ifade bulunma yetkisi tanıyan HGB § 354a hükmündeki yapının menfaat dengesi yönünden daha adil ve kabul edilebilir sonuçlar meydana getirdiği ifade edilmektedir²²³².

Son olarak, HGB § 354a hükmünde sağlanan imkânlar sayesinde devir yasaklarının yoğun olarak kullanıldığı endüstriyel alanlarda ilave kazanç elde edilebileceği öngörüsünün haddinden fazla iyimser olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, büyük ölçekli işletmeler alacağın devri yasaklarına ekonomik bir değer atfetmeye devam ettiği sürece bir ceza koşulu vasıtasıyla devir yasağına uygun davranılmasını temin etmeleri mümkün olabilecektir²²³³.

²²³⁰ Saar, s. 992.

²²³¹ BGH, BeckRS 2015, 02354.

²²³² von Falkenhayn s. 199.

²²³³ Basedow, s. 634.

III. Türk Hukukunda Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenebileceği Öngörülen BK 183/I Hükmünün Yerindeliğinin Değerlendirilmesi

A. Tarihsel Gelişim Sürecinde Salt Borçlandırııcı Etki Teorisinin Mutlak Etki Teorisine Alternatif Olmaktan Uzaklaştığının Saptanması

II. bölümde, devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisini genel bir tarzda açıklamaya yönelik iki teori bulunduğu açıklanmıştı: Mutlak etki teorisi ve salt borçlandırııcı etki teorisi. Müşterek hukuk döneminde, alacağın devrinin sözleşme ile engellenip engellenemeyeceği sorunu araştırma konusu olduğunda, bu iki teori birbirine alternatif olarak gelişmişti. Mutlak etki teorisi çerçevesinde, sözleşme özgürlüğü prensibi gerekçe gösterilerek alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği ve devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurabileceği görüşü ileri sürülmüş; salt borçlandırııcı etki teorisi çerçevesinde ise devir yasağı anlaşması (*pactum de non cedendo*) eşya üzerindeki tasarruf etmeme anlaşması (*pactum de non alienando*) ile kıyaslanarak alacak üzerindeki tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmayacağı, aksinin kabulünün işlem güvenliğini zedeleyeceği fikirleri savunulmuştu²²³⁴. 19. yüzyıl sonunda Alman Medeni Kanunu (§ 399) ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda (aOR 183; OR 164) alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği genel bir hüküm ile kabul edilmiş ve mutlak etki lehine tercihte bulunulmuş olsa da modern Avusturya öğretisinde bu iki teori arasındaki yarışma 2005 tarihinde ABGB § 1396a hükmü kabul edilene değin devam etmişti²²³⁵.

IV. bölümde, hukukun uyumlaştırılmasına yönelik uluslararası düzenlemeler ve bu düzenlemelerin etkisi ile Alman ve Avusturya hukuklarında gerçekleştirilen kanun değişiklikleri incelendiğinde iki genel özellik tespit edilmektedir: Birincisi, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırılması veya reddedilmesi eğilimi yalnızca para alacakları açısından söz konusudur. Alacağın konusunu belirli bir miktar paranın ödenmesi dışında başka bir edimin oluşturduğu alacak hakları gerek ulusal

²²³⁴ Teorilerin tanımı ve dayandığı temeller hakkında bkz. s. 169 vd.

²²³⁵ Bkz. s. 228 vd.

gerekse uluslararası düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmıştır. İkincisi, para alacağının ticari ilişkilerden kaynaklanması koşulu aranarak anılan düzenlemelerin kapsamı daha da daraltılmıştır. Buna göre, kaynağı her ne olursa olsun tüm para alacakları bakımından değil, yalnızca ticari sözleşmelerden kaynaklanan para alacakları bakımından devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi sınırlandırılmaktadır. Bu iki özelliğin saptanması, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânının hukuk düzenince tanınmasının yerinde olup olmadığı sorununun kavranışı bakımından tarihsel bir gelişim gerçekleştiğini dışa vurmaktadır: 21. yüzyıla gelindiğinde, müşterek hukukta ileri sürülenden farklı olarak, salt borçlandırııcı etki teorisi, mutlak etki teorisini her alanda ikame edebilir bir hukuki yapı olmaktan uzaklaşmıştır. Modern hukukta, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesi olanağının varlığı genel olarak kabul edilmektedir. Alacak hakkının sırf bir malvarlığı değerinden ibaret olmadığı aynı zamanda bir dar anlamda borç ilişkisine de karşılık geldiği göz önüne alınarak, mutlak etkili devir yasağı anlaşması, borç ilişkisinin karşı tarafını serbestçe belirleme özgürlüğünün bir ifadesi olarak düşünülmekte ve prensip olarak geçerli sayılmaktadır. Bununla birlikte, devir özgürlüğüne duyulan menfaatin daha önemli takdir edildiği belirli alanlara emredici nitelikteki bir istisna hükmü ile müdahale edilerek devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin sınırlandırılması yoluna başvurulabilmektedir. Alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği konusundaki genel prensibe en geniş kapsamlı müdahale, ticari sözleşmelerden kaynaklanan para alacaklarının tedavül edilebilirliği lehine ortaya çıkmaktadır. Avusturya Medeni Kanunu § 1396a ve Alman Ticaret Kanunu § 354a bu düşünce doğrultusunda sevk edilmiş istisna hükümleridir. Aşağıda, mutlak etkinin emredici bir hükümleri sınırlandırılması şeklindeki düzenleme yönteminin yerine olup olmadığı bu örnekler üzerinden değerlendirilmektedir.

B. Mutlak Etkiyi Sınırlandıran Emredici Bir Hüküm Öngörülmesi Yönteminin HGB § 354a ve ABGB § 1396a Örnekleri Üzerinden Değerlendirilmesi

1. Emredici Hükümün Amacının Kamu Menfaatinin Korunması Olarak Belirlenmesinin Eleştirisi

Mutlak etkili devir yasaklarının genel işlem koşulları arasında yaygın biçimde kullanılmasının ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının önemli bir kısmını ekonomik olarak kullanılamaz hâle getirdiği, onları atıl malvarlığı değerlerine dönüştürdüğü ve bunun kamu menfaati aleyhine etki doğurduğu eleştirisi²²³⁶ öğretilde oldukça yaygındır. Uluslararası Faktoring Hakkındaki UNIDROIT Konvansiyonu Art. 6 hükmünün hazırlık tutanaklarına ve ABGB § 1396a hükmün gerekçesine de yansıyan bu eleştiri maksadını aşmaktadır: Bu çalışmada atıf yapılan pek çok yerli ve yabancı mahkeme kararı ortaya koymaktadır ki, sözleşme ile devri yasaklanmış alacak hakları uygulamada devre konu edilebilmektedir²²³⁷. Bu uygulamayı hukuki bir temele oturtmak amacıyla öğretilde üç teori -nitelik teorisi, nispi etkisizlik teorisi ve katılma teorisi- gelişmiştir²²³⁸. Bu çalışmada üstün tutulan katılma teorisine göre, devir yasağı kararlaştırıldığında, alacak hakkı niteliği devre elverişli bir hak olma özelliğini kaybetmemekte; yalnızca alacağın devri işleminin geçerliliği borçlunun katılımı şartına bağlanmış olmaktadır. Bu açıdan, sözleşme ile devri yasaklanmış bir alacak hakkı da tedavül edilebilir bir malvarlığı değeri vafına sahiptir²²³⁹. Ayrıca, yukarıda açıklanmıştır ki, Türk hukukunda MK 2/II hükmü borçlunun alacağın devrine katılma hakkından yararlanma yetkisini sınırlandırmaktadır: Borçlu haklı bir menfaati bulunmadığı müddetçe, devir yasağına rağmen gerçekleşen alacağın devrine rıza vermekten kaçınmaz²²⁴⁰. MK 2/II hükmünün müdahalesi, sözleşme ile devir yasaklanmış alacakların tedavül edilebilirliğini daha da genişletmektedir.

²²³⁶ Bkz. s. 213 vd.

²²³⁷ Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. s. 248, dn. 1056; Alman Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları için bkz. s. 248, dn. 1063.

²²³⁸ Bkz. s. 245 vd.

²²³⁹ Bkz. s. 316 vd.

²²⁴⁰ Bkz. s. 346 vd.

Bununla birlikte, elbette ki, iki taraflı alacağın devri sözleşmesinin geçerlilik şartları arasına borçlunun rızasının bir tamamlayıcı unsur olarak eklenmesine dayanak veren mutlak etkinin hukuk düzenince tanınması, MK 2/II hükmünün açıklanan müdahalesine rağmen, piyasadaki alacakların tedavül edilebilirliği aleyhine belli ölçüde kısıtlama oluşturmaktadır. Ancak, bir yandan bu kısıtlamanın varlığının kamu menfaati üzerindeki olumsuz etkisinin boyutu, diğer yandan bu kısıtlamanın emredici bir hükümle bertaraf edilmesinin kamu menfaatine sağlayacağı faydanın boyutu hâlen daha tam anlamıyla bilinmemektedir. Borçlunun alacağın devrini sözleşme ile engellemekteki menfaatlerin korunması da kamu menfaatinin ilgilendirmekte olup bu korumanın yeterli ölçüde sağlanamaması hukuk ve ekonomi düzeninin işleyişinde aksamlara yol açabilecek niteliktedir²²⁴¹.

Hâlihazırda, kamu menfaatinin korunması gerekçesi, mutlak etkinin sınırlandırılması öngörülen muhtemel bir emredici hükmün amacı olarak belirlenmeye yetecek ölçüde anlaşılmış ve hukuk mantığı yönünden kendi içinde tutarlı bir gerekçe niteliğine sahip değildir. Bu gerekçenin en büyük zayıflığı cari hesaptaki devir engelinin bilinçli olarak göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır: Aynı devir yasağı kararlaştırılması ihtimalinde olduğu gibi, cari hesap kararlaştırıldığında da hesaba kaydedilen para alacaklarının devri sözleşme engellenmiş olmaktadır²²⁴². Bu ortak özelliğe rağmen, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin bertaraf edilmesinin kamunun menfaatine olduğu şeklindeki yaklaşım tarzı, cari hesaptaki devir engeli söz konusu olduğunda, kesin biçimde ortadan kalkmaktadır. Alman hukukunda HGB § 354a hükmünün, Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün cari hesap bakımından uygulanmayacağı görüşü yerleşiktir; cari hesabın kendisinden beklenen amacı gerçekleştirilmesi için bir devir engeli içermesinin zorunlu olduğu her iki ülkenin hukuk öğretisinde de oybirliği ile kabul edilmektedir²²⁴³. UNCITRAL Konvansiyonu'nda da Art. 4/2-d hükmü aracılığıyla bankacılık ve finans sektöründe kullanılan cari hesap anlaşmaları, taşıdıkları pratik önem gerekçe gösterilerek Art. 9/1 hükmünün uygulama alanı

²²⁴¹ Son cümle bakımından aynı görüşte: OR²⁰²⁰-Girsberger/Hermann, Art. 164, N. 9. Ayrıca yukarıda bkz. s. 216 ve orada dn. 916.

²²⁴² Bkz. s. 123 vd.

²²⁴³ HGB § 354a hükmünün cari hesapta uygulanmayacağı konusunda bkz. s. 522; ABGB § 1396a hükmünün cari hesapta uygulanmayacağı konusunda bkz. s. 510.

dışına çıkarılmıştır²²⁴⁴. Oysaki, alacakların tedavül edilebilirliğine olan kamu menfaatinin sözleşme ile getirilen kısıtlamalara karşı korunması tartışma konusu edildiğinde, cari hesabın da devir yasağına paralel biçimde ele alınması gerekmektedir²²⁴⁵. Diğer türlü, kendi içinde tutarlı olmayan bu yaklaşım tarzı, kamunun menfaatini değil bankacılık ve finans sektörünün menfaatlerini korumaya yöneldiği eleştirisi ile karşılaşacaktır.

Devir yasaklarının mutlak etkisinin sınırlandırılmasının kamu menfaatine olduğu yönündeki görüşler, HGB § 354a ve ABGB § 1396a hükümlerinin kapsamının genelleyici bir biçimde “*ticari ilişkilerden doğan para alacakları*” şeklinde belirlenmesine yol açmıştır. Anılan hükümlerde, alacağın devri özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması olgusunun her bir somut durum bakımından özel olarak değerlendirilmesi gerekliliğine odaklanılmamıştır. Bunun sonucu aşağıdaki başlıkta vurgulanan eşitlik ilkesi ihlalleri ortaya çıkmıştır.

2. Emredici Hükümün Kapsamının Ticari İlişkilerden Doğan Para Alacakları ile Kısıtlanmasının Eleştirisi

Emredici hükümün kapsamının ticari ilişkilerden doğan para alacakları ile kısıtlanması şeklindeki -HGB § 354a ve ABGB § 1396a hükümlerinde benimsenen- düzenleme yöntemi, bir taraftan her somut ticari ilişkide alacaklı ile borçlunun menfaatleri arasında aşırı bir dengesizlik bulunduğu varsayımına dayandığı, diğer taraftan ticari olmayan ilişkilerdeki menfaat dengesizliklerini tamamen göz ardı ettiği için isabetli değildir:

İlk olarak, alacaklı ile borçlu arasında adil bir menfaat dengesinin bulunduğu durumları da kapsayacak şekilde mutlak etkinin sınırlandırılması, Bydlinski tarafından

²²⁴⁴ Bkz. s. 498 ve orada dn. 2026.

²²⁴⁵ Alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi olgusuna odaklanılarak karşılaştırma yapıldığında, cari hesabın devir yasağından farkı şudur: Devir yasağı her durumda sadece borçlunun menfaatine dir; cari hesap kararlaştırılmasında ise iki tarafın da menfaati bulunur. Devir yasağı kararlaştırılan ihtimalde alacaklı ile borçlunun menfaatleri birbirine zıt yöndedir; cari hesap ise her iki tarafın menfaatine olarak kararlaştırıldığı için devir yasağındaki menfaat çatışması cari hesapta aynı şekilde ortaya çıkmamaktadır. Ancak bu farklılık alacağın devri özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması sorununun değerlendirilmesi sırasında dikkate alınacaktır. Alacağın devri özgürlüğüne olan kamu menfaatinin sözleşme ile yaratılan engellere karşı korunması sorunu açısından düşünüldüğünde, iki kavram arasındaki bu farklılığın hiçbir önemi bulunmamaktadır.

belirtildiği gibi, aşırı bir hukuki tedbirdir²²⁴⁶. Çünkü devir yasağı -vade, ceza koşulu, mülkiyeti saklı tutma kaydı gibi- ana sözleşmenin içine eklenen bir yan anlaşmadan ibaret olup uygulamada çeşitli hukuki ve ekonomik amaçları gerçekleştirmek için kullanılabilmektedir. Bir sözleşmede devir yasağı mevcut olduğunun belirlenmesi, tek başına, borçlunun alacaklı karşısında daha yüksek pazarlık gücüne sahip olduğu ve devir yasağını zayıf konumdaki alacaklıya dayattığı olgusunu ispat için yeterli değildir. Birbirine denk pazarlık gücüne sahip sözleşme tarafları arasında bir devir yasağı kararlaştırılmış olması da muhtemeldir. Her somut durumda emredici bir hükümle sisteme müdahale edilmesini haklı gösterecek ölçüde ağır bir menfaat dengesizliği ile karşılaşılmaz. Bazı durumlarda menfaat dengesi sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun biçimde kendiliğinden tesis edilebilir. Alacaklının devir özgürlüğüne olan menfaatini savunmaya yetecek pazarlık gücüne olup buna rağmen borçlusu lehine mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırılmasını kabul ettiği ve borçlunun ihtiyaç duyduğu korumayı yalnızca mutlak etkili bir devir yasağı ile sağlayabilecek olduğu durumlar böyledir. Bu özellik göz önüne alınmaksızın, hukuk düzenine “*ticari sözleşmelerden doğan para alacakları*”na ilişkin olarak geniş kapsamlı bir emredici hükümle müdahalede bulunulması, doğal olarak, bir takım istisna hükümleri öngörülerek mutlak etkiye tekrar yer açılmasına sebebiyet vermiştir. UNCITRAL Konvansiyonu Art. 4/2 ile Alman Ticaret Kanunu § 354a II hükümleri bu tarz istisna hükümlerine örnek oluşturmaktadır:

UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/1 hükmünde sözleşme ile kararlaştırılan devir yasaklarının, Art. 9/3 hükmünde sayılan ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının devrine engel oluşturmayacağı genel bir tarzda düzenlenmiştir. Bununla beraber, Art. 4/2 hükmü aracılığıyla, belirli finansal ilişkilerden (borsa işlemleri, yabancı parayla ilgili işlemler, bankalar arası ödeme sistemleri, bankalar arası ödeme anlaşmaları, tahkas ve uzlaşma sistemleri, banka mevduatları, akreditif veya bağımsız garanti gibi) kaynaklanan alacaklar, “*finans hukukunun kendine özgü dinamiklerine müdahale etmemek gerektiği*” gerekçesiyle, Art. 9/3 hükmünün uygulama alanı dışına çıkarılmıştır. Ayrıca, finansal iş görme edimlerinin üstlenildiği (kredi, sigorta, faktoring gibi) sözleşmelerden doğan para alacakları da Art. 9/3(a) aracılığıyla istisna edilmiştir. Art.

²²⁴⁶ Bydlinski, s. 129, s. 133. Ayrıca yukarıda bkz. s. 219 vd.

4/2 ve Art. 9/3(a) hükümleri, banka ve finans sektörünün mutlak etkili devir yasaklarına duyduğu menfaatin Konvansiyon nezdinde özel olarak korunmaya değer görüldüğünü dışa vurmaktadır²²⁴⁷. Gerçekten de banka ve finans sektörünün mutlak etkili devir yasaklarına başvurmakta haklı menfaatleri olabilir ve Konvansiyon'un bu menfaatleri temine yönelik uygulamalara müdahaleden kaçınılmasında esasen eleştiriye açık herhangi bir yön bulunmamaktadır. Ancak sorun şudur ki, başka sektörlerin de mutlak etkili devir yasaklarına başvurmakta haklı menfaatleri olabilir. Art. 9/3 hükmünde gösterilen türdeki ticari ilişkilerden doğan alacakların borçlusu konumunda olması muhtemel olan kişiler, hangi sektöre mensup olduklarına bakılmaksızın, Art. 9/1 hükmü ile mutlak etkili devir yasağı kararlaştırma imkânından genel bir tarzda mahrum bırakılırken, banka ve finans sektörü lehine böyle bir istisna tanınması eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir. Art. 9/3 hükmünün uygulama alanının genişliği dikkate alındığında, Art. 4/2 ve Art. 9/3(a) hükümleri, banka ve finans sektörüne sağlanan ayrıcalık gibi gözükerek Konvansiyon'un devir özgürlüğünü genişletmek yönündeki temel hedefi ile çelişmekte; hatta bu hedefin inandırıcılığını tartışmalı hâle getirmektedir. UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/1 hükmü formüle edilirken tüm sektörlerin mutlak etkili devir yasaklarından yararlanmakta haklı menfaatlerinin olabileceği ve bunların temininin her somut durumda menfaat dengesizliğine yol açmayacağı hususları gözden kaçırılmış; alacağın devri özgürlüğünün sözleşme ile kararlaştırılan engellere karşı korunması sorunu tek bir menfaat durumuna indirgenerek çözülmeye çalışılmıştır. Böyle olunca, banka ve finans sektörü lehine istisna öngörülen Art. 4/2 ve Art. 9/3(a) hükümleri eşitlik ilkesine aykırı birer düzenleme görünümü kazanmıştır.

Aynı aksaklığın Alman Ticaret Kanunu § 354a II hükmündeki dışavurumu ise şöyledir: Yukarıda açıklanmıştır ki, Alman Ticaret Kanunu'na 1994 yılında § 354a hükmü eklenerek sözleşme ile kararlaştırılan devir yasaklarına rağmen ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının devrinin geçerli olacağı düzenlenmiştir. Ancak ilerleyen dönemde, tacirlerin borçlusu oldukları kredi alacaklarının başkalarının eline geçmesini engellemekte haklı bir menfaate sahip olduğu ortaya çıkmıştır: Yatırımcı kuruluşların, bankaların şirketlerden olan kredi alacaklarını devir yoluyla topladığı ve bunlar karşılığında borçlu şirketleri pay devrine zorladığı uygulamalara (*debt-to-equity-swap*)

²²⁴⁷ Bkz. s. 498 ve s. 500.

karşı mutlak etkili devir yasaklarının belli bir koruma sağladığı anlaşılmıştır. Bunun sonucu, yeni bir kanun değişikliği yapılarak, bankaların ödünç sözleşmelerinden doğan alacaklarının § 354a hükmünün uygulama alanı dışına çıkarılması gerekmiştir. Alman Ticaret Kanunu 2008 yılında tekrar değiştirilerek § 354a hükmünün bankaların sahibi olduğu kredi alacakları aleyhine kararlaştırılan devir yasaklarının mutlak etki doğurmasına engel oluşturmayacağına dair bir istisna (HGB § 354a II) kabul edilmiştir. Alman öğretisinde, HGB § 354a II hükmünde bankalar karşısında tacirlere bir istisna hükmü ile böyle bir koruma temin edilmesi, bir çeşit tüketici korumasına benzetilerek garipsenmektedir²²⁴⁸. Ancak, HGB § 354a hükmünün formüle edilişindeki asıl sorun, somut menfaat durumlarının çeşitliliği göz önüne alınmaksızın, hükmün birinci fıkrasında ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının sözleşme ile kararlaştırılmış bir devir yasağına rağmen geçerli olarak devredilebileceği şeklinde geniş kapsamlı bir hükme yer verilmiş olmasıdır. Hükmün birinci fıkrasında böyle geniş kapsamlı bir hükme yer verilip ikinci fıkrasında tacirlerin tek bir somut menfaatinin istisna hükmü ile korunmuş olması eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme tarzı oluşturmaktadır. Tacirlerin borçlusu oldukları kredi alacaklarının fırsatçı yatırımcı kuruluşların eline geçmesini mutlak etkili devir yasağı ile engellemekte haklı bir menfaate sahip olabileceği doğrudur; ancak mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırılmasındaki tek haklı menfaatleri bundan ibaret değildir. HGB § 354a II aracılığıyla sadece kredi sözleşmesinden doğan alacağın borçlusu konumundaki tacirlere mutlak etkili devir yasağından yararlanma imkânı sağlanmakta; başka tür sözleşmelerden kaynaklanan alacakların borçlusu konumundaki tacirler aynı imkândan yoksun bırakılmaktadır. HGB § 354a hükmünün gelişimine ilişkin bu değerlendirme sonucunda şu saptamada bulunulması mümkündür: Somut menfaat durumlarının çeşitliliğini göz ardı eden ve alacaklının devir özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırıldığı tek tip menfaat durumuna odaklanan emredici bir hükümle hukuk sisteminin bütününe müdahale edilmesi, daha sonra, başka bir kanun değişikliği yapılarak mutlak etkiye yeniden yer açılması gereği doğurabilmektedir. Buna ilaveten, belirli bir ilişkide somut menfaati korumak üzere mutlak etkinin tanındığı istisna hükümleri eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.

²²⁴⁸ HGB § 354a hükmündeki bu düzenleme ve belirtilen eleştiri hakkında bkz. s. 529 vd.

İkinci olarak, devir yasağının mutlak etkisinin kapsamı ticari ilişkilerden doğan para alacakları ile kısıtlı bir emredici hükümle sınırlandırılması şeklindeki -HGB § 354a ve ABGB § 1396a hükümlerinde benimsenen- düzenleme yöntemi, ticari olmayan ilişkilerdeki menfaat dengesizliklerini göz ardı etmekte; alacağın devri özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması ihtimaline karşı tacirlere sağlanan korumadan tacir olmayanları yoksun bırakmaktadır. Oysaki, tacir olmayanların alacağın devri özgürlüğüne olan menfaatinin daha üstün olduğu durumlarla karşılaşılabilmesi de muhtemeldir. Üstelik, basiretli davranma yükümlülüğü altında bulunan tacirlerin, tacir olmayanlar ile karşılaştırıldığında, devir yasağı kayıtlarının yaratacağı olumsuz sonuçları daha iyi öngörebilmeleri ve devir yasaklarına karşı durabilmek hususunda daha yüksek pazarlık gücüne sahip olmaları onlardan beklenir. Bu açıdan yaklaşıldığında, esasında, tacir olmayanların emredici bir hüküm ile korunmalarına olan ihtiyacın daha yüksek takdir edilmesi gerekir. Bu yüzden, Alman hukukunda HGB § 354a hükmünün esnaf- lar ve serbest meslek sahipleri bakımından uygulanmaması, Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün tüketiciler bakımından uygulanmaması, eşitlik ilkesi ihlali olarak görülerek eleştiriye maruz kalmaktadır²²⁴⁹. Eşitlik ilkesi ihlalinden kaçınmak için, doğal olarak, Alman hukuku öğretisinde, HGB § 354a hükmünün tacir olmayanlar bakımından evleviyetle uygulanması gerektiği görüşü ortaya çıkmıştır²²⁵⁰.

3. Salt Borçlandırıcı Etkinin Emredici Bir Hükümle Düzenlenmesi Yönteminin (ABGB § 1396a) Değerlendirilmesi

a. Borçlunun Durumu Bakımından

Devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağının emredici bir hükümle düzenlenmesi hâlinde borçlunun menfaatlerinin yeterli ölçüde korunmasının mümkün olup olmayacağı sorunu şöyle değerlendirilebilir:

Devir yasağının salt borçlandırıcı etkili olduğu ihtimalde, alacaklı açısından yalnızca alacağı devretmeme borcu söz konusu olur. Alacaklı bu borca uygun davran- dığı müddetçe, borçlunun alacaklı tarafın değişmemesine olan menfaati aynen koruma

²²⁴⁹ Zwitter-Tehovnik, s. 678. Paket tur sözleşmesinde tüketicinin tur düzenleyicisine karşı borca aykırılık sonucu elde ettiği tazminat alacaklarının devredilebilirliğine olan menfaatinin üstün olduğuna hükmedilen bir yargı kararı bulunduğu yukarıda paylaşılmıştır. Bkz. s. 465.

²²⁵⁰ Bkz. s. 531 ve dn. 2222'e bağlı metin.

görür. Alacaklı, üstlendiği borca aykırı olarak alacağı devrederse ve gerçekleşen devir borçlunun zarara uğramasına yol açarsa, borçlu, alacaklıdan uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Ancak, borcun nispiliği gereği, borçlu, tazminat talebini yalnızca alacağı devretmeme borcunu üstlenen ilk alacaklıya yöneltebilir. Alacağın art arda devirlere konu olması hâlinde, borçlu, sonraki alacaklılardan -onlarla ayrıca salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı kararlaştırmış olmadıkça- alacağı devretmeme borcuna uygun davranmalarını veya borca aykırılık yüzünden uğradığı zararı tazmin etmelerini isteyemez. Bu taraftan bakıldığında, salt borçlandırıcı etkili devir yasağının, mutlak etkili devir yasağına nazaran, borçluya daha zayıf bir koruma sağladığı tespitinde bulunulabilir. Çünkü, devir yasağının mutlak etkili olduğu ihtimalde, alacağı borçlunun rızası ile devralan, tıpkı devreden gibi, devir yasağı ile bağlı olmaktadır²²⁵¹. Buna karşılık, borçlunun sadece ilk devrin değil aynı zamanda takip eden tüm devirlerin yol açtığı zararların tazminini ilk alacaklıdan isteyebileceği düşünülebilir. Çünkü, alacak hakkının tedavüle çıkması ilk alacaklının gerçekleştireceği devir sonucu olacaktır. Bu yüzden, takip eden devirlerin yol açtığı zararlar ile alacağı devretmeme borcunun ihlali arasında uygun illiyet bağı mevcut kabul edilebilecektir:

Söz gelimi, alacaklı A ile borçlu B arasında, B'nin gelecekteki takas hakkının korunması amacı ile salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı kararlaştırılmıştır. Bu devir yasağına aykırı olarak A alacağı, B'nin karşı alacağı olduğunu bildiği C'ye devretmiştir; bu sayede B'nin takas hakkının korunmasına olan menfaati C'ye yapılan birinci devirden etkilenmemiştir. Ancak, daha sonra C aynı alacak hakkını Ü'ye devretmiştir; Ü'ye yapılan ikinci devir yüzünden borçlu alacağı takas ileri sürerek sona erdirmeye imkânından mahrum kalmıştır. Nakit sıkıntısı içindeki B'nin borcunu zamanında Ü'ye ifa edebilmesi için bankadan kredi alması gerekmiştir. Verilen örnekte, kredi masrafı ve faizi, A'nın alacağı devretmeme borcuna aykırı davranışı ile uygun illiyet bağı içinde bir zarar olup B uğradığı bu zararın tazmini A'dan isteyebilir.

Gerek ilk devrin gerekse takip eden devirlerin verebileceği zararları ve bu zararların ispatındaki güçlükleri göz önüne alan borçludan, alacağı devretmeme borcunu temin için ayrıca bir ceza koşulu kararlaştırılmasını öne sürmesi beklenir. Bir yap-

²²⁵¹ Bkz. s. 338 vd.

mama borcu niteliğindeki alacağı devretmeme borcuna uygun davranılmasını sağlamak için -aynı rekabet etmeme borcu üstlenilmesi hâlinde olduğu gibi- bir ceza koşulu da kararlaştırılması mümkündür. Nitekim, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğurması durumunda, anlaşmaya aykırılık hâlinde zararın belirlenmesi konusundaki ispat güçlüğüne aşılmaması ve tazminat tutarını ihtilaf konusu olmaktan kurtarılması amacıyla bir ceza koşulunun kararlaştırılması, öğretide, özellikle tavsiye olunmaktadır²²⁵².

Alacaklının devretmeme borcuna aykırı olarak gerçekleştirdiği devir sonucu, alacağın serbestçe devredilebilir bir hak olarak tedavüle çıkmasının, borçlu bakımından yaratacağı en önemli olumsuzluk, alacaklı olmayana ifa tehlikesinin doğmasıdır. Öyle ki, borçlunun sırf bu tehlikenin doğmasını önlemek için devir yasağına ek olarak bir ceza koşulunun da kararlaştırılmasını istemesi muhtemeldir. Yukarıda açıklanmıştır ki, öğretide alacaklı olmayana ifa riskinin önlenmesinin mutlak etki sonucunu haklı gösterecek düzeyde önemli bir menfaat olmadığı yönünde bir görüş mevcuttur; bu görüş çerçevesinde, mutlak etkili devir yasaklarına uygulamada genellikle alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesi amacıyla başvurulmakta oluşu eleştiri ile karşılanmaktadır²²⁵³. Ancak bu görüş ve eleştiri, bir kişinin tek bir alacağın borçlusu konumunda olduğu, bu alacağın tek bir kişiye ve bütün olarak devredildiği, devralan kişinin aynı alacağı tekrar başkasına devretmeyip borçluya yöneldiği ve ifa talebinde bulunduğu en basit ihtimale odaklanması nedeniyle aksamaktadır. Bu en basit ihtimalin yanında, bir kişinin çeşitli hukuki ilişkilerden kaynaklanan çok sayıdaki alacağın borçlusu konumunda olduğu ve söz konusu alacakların belirsiz sayıda toptan devre, kısmi devre, art arda devre veya çatışan devre konu olabildiği daha karmaşık ihtimallerin de dikkate alınması, alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesine olan menfaatin borçlu açısından taşıdığı malvarlığı değerinin doğru takdir edilmesini sağlayacaktır.

Söz gelimi, bir perakende şirketi, 100 ayrı tedarikçiye karşı her ay belirli bir miktar para ödeme borcu altındadır. Bu perakende şirketinin borçlusu olduğu alacak hakları aşağıdaki şekillerde devirlere konu olabilir:

²²⁵² Koziol, s. 125; Markowetz/Radauer, s. 900. Ayrıca bkz. s. 512 vd.

²²⁵³ Bkz. s. 204 vd.

- a) 100 tedarikçiden her biri, perakende şirketinden olan mevcut ve gelecekteki alacaklarının tamamını belli kişilere toptan devredebilir. (*Tedarikçi A, 2020 yılında doğacak tüm alacakları Ü1'e devreder.*)
- b) 100 tedarikçiden her biri, perakende şirketinden olan mevcut ve gelecekteki alacaklarının bir kısmını veya tamamını birden çok kişiye ayrı ayrı devredilebilir. (*Tedarikçi A, Mart ayı alacağını Ü1'e, Nisan ayı alacağını Ü2'ye, Mayıs ayı alacağını Ü3'e devreder.*)
- c) 100 tedarikçiden her biri, perakende şirketinden olan mevcut ve gelecekteki alacaklarının tamamını veya bazısını bölümsel olarak (kısmi devirler yoluyla) birden çok kişiye devredebilir. (*Tedarikçi A, Mart ayı alacağının bir yarısını Ü1'e, diğer yarısını Ü2'ye devreder.*)
- d) Yukarıda verilen ihtimallerden birine göre devredilmiş olan alacakların tamamı veya bazısı, yine aynı ihtimallerden birine göre (toptan, teker teker veya bölümsel olarak), art arda devirlere konu olabilir. (*Tedarikçi A, Mart ayı alacağını Ü1'e devreder; Ü1 devraldığı bu alacağın bir yarısı Ü2'ye, diğer yarısı Ü3'e devreder*)
- e) Yukarıda verilen ihtimallerde, aynı alacak hakkının birden çok kişiye birbiriyle çatışan bir tarzda devredilmiş olması da muhtemeldir. (*Tedarikçi A, Mart ayı alacağını Ü1'e devreder; Ü1 devraldığı bu alacağın tamamını önce Ü2'ye sonra Ü3'e devreder.*)

Tüm bu ihtimallerin varlığı göz önüne alındığında anlaşılır ki, alacaklı olmaya ifa riski, birden çok alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi muhtemel olan belirsiz sayıda ve türdeki (kısmi devir, art arda devir, çatışan devir) devir işleminin yol açtığı risk bütünü olarak da anlam taşımaktadır. Çok sayıda para alacağının borçlusu konusunda olan kişiler, uygulamada, bu tarif edilen risk bütününe karşı kendilerini mutlak etkili devir yasakları aracılığıyla korumaktadır. Emredici bir hüküm öngörülerek devir yasağının mutlak etkisinin kaldırılması ve salt borçlandırıcı etki doğuracağını düzenlenmesi hâlinde olacak olan şudur: Alacağı devretmeme borcuna uygun davranmasını temin amacıyla ayrıca bir ceza koşulu da kararlaştırılacaktır; ceza tutarı öyle yüksek belirlenecektir ki, alacaklının bu cezayı ödemek pahasına alacağını başkasına devre kalkışması pek olası olmayacaktır.

Sonuç olarak, devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağının öngörül-
düğü emredici bir hüküm aracılığıyla borçlunun menfaatlerinin yeterli ölçüde koruna-
bilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna şöyle cevap verilir: Alacaklının alacağı
devretmeme borcuna uygun davranmasını temin için ceza koşulu kararlaştırılması
mümkün olabildiği -örneğin, mutlak etkiyi bertaraf eden emredici hüküm aracılığıyla
ayrıca ceza koşulu da geçersiz kılınmadığı- takdirde, salt borçlandırıcı etkili devir ya-
sağı borçlunun menfaatlerinin korunması bakımından yeterli bir araçtır. Nitekim, salt
borçlandırıcı etkinin emredici nitelikteki ABGB § 1396a hükmü ile düzenlendiği
Avusturya hukukunda da borçlu ceza koşulu kararlaştırma imkânından mahrum bira-
kılmış değildir²²⁵⁴. Ancak, alacaklının durumuna ilişkin hemen aşağıdaki değerlendiri-
meler kapsamında görüleceği üzere, böyle muhtemel bir ceza koşulu uygulamasının
alacağın devri özgürlüğü üzerinde yaratacağı baskı, hâlihazırdaki mutlak etkili devir
yasağı uygulamasının yarattığı baskıdan daha hafif olmayacaktır.

Devir yasağının mutlak etkisinin emredici bir hüküm öngörülerek bertaraf edil-
mesi ve salt borçlandırıcı etki meydana getireceğinin düzenlenmesi hâlinde, borçlu
alacağı devralana karşı devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınamaz;
ancak devir yasağına aykırılık olgusu borçlunun başka savunmalar elde etmesine da-
yanak oluşturabilir. Bu konu aşağıda devralanın durumu kapsamında değerlendiril-
mektedir²²⁵⁵.

b. Alacaklının Durumu Bakımından

Devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağının bir emredici hükümle dü-
zenlenmesi hâlinde alacaklının devir özgürlüğünden yararlanma imkânının genişleyip
genişlemeyeceği meselesi aşağıdaki şekilde ele alınabilir:

Öncelikle, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı kararlaştırılan ihtimalde, ala-
caklının alacağın devri özgürlüğünden dilediği biçimde yararlanabileceği bir hukuki
duruma kavuşacağı düşünülmemelidir; çünkü bu ihtimalde de nihayetinde ihlalinin
tazminat sorumluluğuna yol açması muhtemel olan bir yapmama borcu söz konusudur.

²²⁵⁴ Bkz. s. 512, dn. 2111'e bağlı ana metin.

²²⁵⁵ Bkz. s. 550.

Yukarıda borçlunun durumu değerlendirilirken belirtildiği üzere²²⁵⁶, alacağı devretmeme borcunun ihlali hâlinde, borçlu ilk alacaklıya yöneltileceği taleple sadece ilk devrin değil -uygun illiyet bağı kurulabildiği müddetçe- takip eden tüm devirlerin yol açtığı zararların tazminini isteyebilir. Buna rağmen, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı, alacaklının devir konusundaki tasarruf yetkisini kısıtlamadığı için, mutlak etkili devir yasağına nazaran, alacaklının devir özgürlüğü üzerinde daha hafif bir kısıtlama sayılmaktadır. Çünkü, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı kararlaştırılan ihtimalde, alacaklı, en azından, devretmeme borcunun ihlali yüzünden maruz kalacağı olumsuzlukları ve alacağın devri karşılığında elde edeceği kazançları birlikte değerlendirerek alacağı devredip devretmeme konusunda serbestçe karar alma özgürlüğüne sahip olmaktadır. Nitekim bu düşünce doğrultusunda, III. bölümde “*Devir Yasağı Anlaşmasının Yorumu*” başlığı altında, alacağın devri konusundaki tasarruf yetkisini kısıtlayıp kısıtlamadığı tereddüt arz eden devir yasağı kayıtlarının salt borçlandırıcı etkili olarak yorumlanması gerektiği görüşü kabul edilmiştir²²⁵⁷.

Ne var ki, alacağı devretmeme borcunun ihlali hâlinde uygulanacak yaptırımların sözleşmede özel olarak düzenlendiği durumlarda, salt borçlandırıcı etkili devir yasağının daha hafif bir kısıtlama olarak değerlendirilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü, muhtemel bir devir hâlinde ağır bir yaptırım uygulanması kararlaştırılarak alacağı devredip devretmeme konusundaki karar alma özgürlüğünün ağır ölçüde baskı altına alınmış olabilir. Böyle bir ihtimalde ise alacaklının alacağı devir konusunda tasarruf yetkisine sahip olması pratikte pek bir değer taşımayacaktır. Söz gelimi, taraflar arasında, alacağın veya alacağın dayandığı sözleşmenin geçerliliği alacağın devredilmemesi bozucu şartına bağlanmış veya alacağın devrinin bir fesih ya da dönme hakkının doğumuna dayanak oluşturacağı kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir ihtimalde, bir taraftan devir işleminin borçlusu ile arasındaki sözleşmenin sona ermesine yol açacağını, diğer taraftan devralana karşı devir borcunu ifa etmemeden ötürü sorumlu olacağını hesaplayan alacaklının alacağı devretmekten kaçınması beklenir. Daha sık karşılaşılması mümkün olan ihtimal, alacağı devretmeme borcunun ihlali

²²⁵⁶ Bkz. s. 543 vd.

²²⁵⁷ Bkz. s. 475 vd.

hâlinde ceza ödenmesi kararlaştırılmış olmasıdır. Aşağıda görülecektir ki, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı bir ceza koşulu ile desteklenerek, mutlak etkili devir yasağından daha ağır bir baskı aracına dönüştürülebilir:

Borçlunun alacaklı tarafın değişmemesinde hiçbir menfaatinin bulunmadığı durumda devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması (MK 2/II) sayılacağı, bu tür durumlarda mutlak etkili devir yasağının alacağın devrine engel oluşturmayaacağı yukarıda açıklanmıştır²²⁵⁸. Aynı durumda, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı ve bu yasağa uyulması için bir ceza koşulu kararlaştırılmış olduğu takdirde, borçlu, alacağın devri yüzünden hiçbir zarara uğramamış olduğu hâlde, BK 180/I hükmü gereği, kararlaştırılan cezanın ödenmesini devredenden isteyebilir. Ceza koşulu kavramının BK 180/I hükmünde öngörülen bu özelliğinden yararlanılarak, borçluyu alacaklı tarafın değişmemesinde hiçbir menfaati olmayan durumda dahi korumaya elverişli bir hukuki yapı oluşturulması mümkündür. Uygulamada çoğu zaman, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki tek menfaatinin alacaklı olmayana ifa riskinin temininden ibaret olduğu düşünüldüğünde meselenin bu yönü önem arz etmektedir:

Yukarıda açıklanmıştır ki, borçlunun mutlak etkili devir yasağı kararlaştırılmasındaki tek menfaati alacaklı olmayana ifa riskinin temininden ibaretse, muhtemel bir devre rıza vermekten kaçınması hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Borçlunun mutlak etkili devir yasağı ile devre katılma hakkı etmiş olması alacaklı olmayana ifa riskini temin için yeterlidir; çünkü, hem olası bir devir işlemi borçlunun rızası ile geçerlilik kazanacak hem de alacağı borçlunun rızası ile devralan devir yasağı ile bağlı olacaktır. Borçlunun olası bir devre rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II uyarınca haklı sayılabilmesi için alacaklının değişmemesinde -alacaklı olmayana ifa riskinin teminine olan menfaatine ilave olarak- başka bir menfaate daha sahip olması gerekir²²⁵⁹. Bu çerçevede, borçlunun menfaatinin alacaklı olmayana ifa riskinin temininden ibaret olduğu -uygulama en sık karşılaşılan- ihtimalde, aslında, mutlak etkili devir yasağı alacak hakkının borçlunun rızası ile -devir yeteneği kısıtlı bir hak olarak- tedavül edebilmesine engel oluşturmamaktadır. Mutlak etkinin emredici bir hüküm ile bertaraf edilmesi ve

²²⁵⁸ Bkz. s. 347 vd.

²²⁵⁹ Bkz. s. 348.

devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağına düzenlenmesi hâlinde, borçlunun alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesine olan menfaatinin, devretmeme borcunun ifasını temin için yüksek ceza tutarı belirlenmesi şeklinde bir eğilimin gelişmesine yol açacağına yukarıda işaret edilmiştir²²⁶⁰. Sırf alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesi için kararlaştırılan yüksek ceza tutarları, devir yasağının mutlak etkili olduğu ihtimalde gerçekleşmesi mümkün olabilen alacak tedavülü uygulaması üzerinde olumsuz etki doğurabilir; alacaklının devir özgürlüğünün daha ağır ölçüde kısıtlanması sonucu meydana getirebilir.

Aşırı ceza tutarının indirilmesi BK 182/III hükmü uyarınca kural olarak istenebilir. Ancak, mutlak etkinin emredici bir hükümle bertaraf edildiği bir hukuk düzeninde, devretmeme borcu için kararlaştırılan ceza tutarının aşırı olup olmadığının hangi referans noktasına göre belirleneceği bir sorun arz eder. Bu içerikteki bir anlaşma ile alacağın devri özgürlüğü üzerinde yaratılan kısıtlamanın MK 23/II hükmüne aykırı olup olmadığı denetlenirken mutlak etkinin tanındığı BK 183/I hükmünün bir referans noktası oluşturacağı, BK 183/I hükmü ile geçerlilik tanından daha ağır bir kısıtlamanın MK 23/II hükmüne aykırı sayılacağı yukarıda açıklanmıştır²²⁶¹. BK 183/I hükmündeki referans noktasının emredici bir hükümle kaldırılması ihtimalinde, söz konusu denetimin hangi esasa göre yapılacağı belirsiz hâle gelir. Diğer yandan, TK 22 (eTK 24) hükmünün istisnai düzenlemesi, tacirler aleyhine kararlaştırılmış ceza tutarının indirilmesine engel oluşturur. Tacir sıfatını haiz alacaklının, devretmeme borcuna aykırılık hâlinde ödemeyi üstlendiği ceza tutarının aşırı olduğu yönündeki iddiaları TK 22 hükmü ile bertaraf edilebilir²²⁶². Hâlbuki, alacağın devri özgürlüğünün devir yasağı kayıtları ile haksız olarak sınırlandırılması sorunu uygulamada özellikle ticari ilişkilerden doğan alacaklar bakımından ortaya çıkmaktadır. TK 22 hükmünün, bu sorunun çözümüne duyulan ihtiyaca aykırı düşecek şekilde, alacağı devretmeme borcuna uygunluğu temin için yüksek tutarda ceza kararlaştırılması şeklindeki muhtemel bir uygulamanın önünü açan bir işlev kazanması tehlikesi vardır.

²²⁶⁰ Bkz. s. 544 vd.

²²⁶¹ Bkz. s. 454 vd.

²²⁶² Bununla birlikte, cezanın ahlâka veya kişilik haklarına aykırı düşecek ölçüde yüksek olduğu hâllerde, hâkimin, BK 27 hükmü uyarınca ceza koşulunun geçersiz olduğuna hükmedebileceği; uygulamada, özellikle tacirin mahvına yol açacak kadar ağır cezaların bu hükümden yararlanılarak tamamen veya kısmen geçersiz sayıldığı konusunda bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 1634.

Mutlak etkili devir yasaklarının genel işlem koşulları arasında yaygın biçimde kullanılması nedeniyle alacağın devri özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlandırıldığı eleştirisi öğretide sıklıkla ifade edilmektedir²²⁶³. ABGB § 1396a hükmünde olduğu gibi, devir yasağı kayıtlarının salt borçlandırıcı etki doğuracağının emredici bir hüküm ile düzenlendiği ihtimalde, belirtilen genel işlem şartı uygulamasının, devir yasaklarının yanına ihlalleri hâlinde ödenecek ceza tutarları ilave edilerek devam edeceği öngörüsünde bulunmak herhâlde zor değildir. Avusturya hukukunda ABGB § 1396a hükmünün kabulünün ardından, devir yasağıyla beraber kararlaştırılan cezanın yüksekliği konusunun tartışmaya açılmış oluşu²²⁶⁴, uygulamanın bu yönde geliştiğine işaret etmektedir. Böyle bir uygulamanın ise alacaklının devir özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması sorunu açısından iyileşmeye değil bilakis kötüleşmeye yol açması daha muhtemel gözükmemektedir. Çünkü, devir yasağının mutlak etkili olduğu durumda, alacaklı devir yasağına aykırı olarak alacağı devrettiğinde borçlu karşısında herhangi bir sorumluluk altına girmemektedir. Borçlunun alacağın devrine rıza vermemesi riski alacağı devralanın üzerinde kalmaktadır. Borçlusu tarafından kendisine herhangi bir yaptırım uygulanmayacak oluşunun sağladığı güven sayesinde ve borçlusunun rıza vereceğini umarak alacaklı alacağı devre kalkışabilmektedir. Alacağı devretmeme borcunun ifasını temin için kayda değer bir ceza kararlaştırılmış olan durumların kaçında, alacaklının, bu cezayı ödemek pahasına alacağı devretmeyi tercih edeceği şüphelidir. Üstelik, BK 180/I ve TK 22 hükümleriyle birlikte düşünüldüğünde anlaşılmaktadır ki, ceza koşulu, salt borçlandırıcı etkili devir yasağını, alacaklının alacağın devrine ihtiyaç duyacağı bir zorluk içinde düşmesinin borçlu tarafından ümitle beklenmesine sebep olacak ölçüde, borçlunun menfaatine bir araca dönüştürmeye elverişlidir.

c. Devralanın Durumu Bakımından

Devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağının emredici bir hükümle düzenlenmesi hâlinde, bunun, devralan açısından kazanç fırsatlarının çoğalması ve işlem güvenliği korunmasının güçlenmesi şeklinde somut bir fayda sağlayıp sağlamayacağı konuları aşağıdaki şekilde değerlendirilebilir:

²²⁶³ Bkz. s. 213.

²²⁶⁴ Bkz. s. 512 vd. HGB § 354a hükmüne ilişkin benzer bir eleştiri için bkz. s. 533 vd.

Devir yasağının mutlak etkisinin kaldırılmasının, banka veya faktöring kuruluşu gibi üçüncü kişiler bakımından, daha fazla alacak hakkının devre konu olabilmesi ve bu sayede kazanç fırsatlarının artması şeklinde bir fayda sağlayıp sağlamayacağı tartışmaya açıktır. Devir yasağı kararlaştırılmış olması riskinin devralan üzerinde olduğu mutlak etki sisteminde, devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacak hakkının devre konu edildiği ve gerçekleşen devre borçlunun rıza vermediği ihtimalde, yapılan devir işlemi, devreden borçlusuna ile arasındaki ilişki üzerinde herhangi bir olumsuz etki yaratmamaktadır. Alacaklı, mutlak etkinin kendisine sağladığı bu güven sayesinde, devri anlaşma ile yasaklanmış alacaklarını, borçlusunun rıza vereceğini umarak devredebilmekte ve borçlu bu devirlerin bazısına rıza verebilmektedir. Bu açıdan devri anlaşma ile yasaklanmış alacak hakları hâlihazırda alacak piyasası içinde yer almaktadır. Salt borçlandırıcı etki benimsendiğinde ise devir yasağı kararlaştırılmış olması ile bağlantılı ekonomik risk devreden konumundaki alacaklının üzerine kayacaktır: Alacaklı alacağı devrettiği takdirde, onun açısından borçlusuna sözleşme cezası ödemekle yükümlü hâle gelmesi ya da borçlusuna ile arasındaki sözleşmenin sona ermesi gibi olumsuz sonuçlar doğabilir. Alacaklının bu tarz yaptırımlara maruz kalmayı göze alarak alacağı devretme ihtimali, borçlusunun belki rıza vereceğine dair umutla devretme ihtimali ile karşılaştırıldığında daha yüksek değildir. Üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir hukuki ilişkiden doğan alacağın devredilebilirliğinden fayda sağlayabilmesi, ancak alacaklının devir yüzünden kayda değer herhangi bir yaptırıma uğramadığı bir hukuki yapıda mümkün olabilir. Bu açıdan düşünüldüğünde, devir yasağı kararlaştırılmasından kaynaklı riskin emredici bir hükümle devralanın üzerinden alınıp devreden üzerine kaydırılmasının, devre konu edilebilir alacak piyasasının dikkate değer ölçüde genişlemesini sağlaması pek muhtemel gözükmemektedir.

Devralan nezdinde işlem güvenliği korunmasını ilgilendiren bazı olumlu sonuçlar meydana gelir: Devralan alacak hakkını iktisap eder; borçlu, devralanın yönelttiği ifa talebine karşılık, devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifadan kaçınamaz²²⁶⁵. Devreden devralana karşı üstlendiği devir borcunun aynen ifasına engel oluşturması muhtemel olan devir yasağı kararlaştırıldığı savunması ortadan kalkar.

²²⁶⁵ Seuffert, s. 108.

Devralanın üzerindeki devirden önce veya devirden sonra bir devir yasağı kararlaştırılmış olması riski bertaraf edilmiş olur. Üçüncü kişi devraldığı alacak için borçlu ile ilk alacaklı arasında kararlaştırılmış olan devir yasağı ile bağlı değildir; devraldığı alacağı serbestçe tamamen ve kısmen başkalarına devredebilir.

Belirtilen bu olumlu sonuçlara rağmen, devralanın her somut durumda işlem güvenliğinin korunması yönünden daha iyi bir konuma erişeceğini söylemek pek kolay değildir. Mutlak etkili olduğu ihtimalde devir yasağı borçluyu devralana karşı yöneltebileceği tek bir savunma hakkı ile donatmaktadır; borçlu, alacağı devralana karşı “devir yasağı kararlaştırıldığı savunması”nı ileri sürerek borcu ifadan kaçınabilmektedir. Salt borçlandırıcı etkili olduğu ihtimalde ise borçlunun doğrudan devir yasağına aykırılık olgusuna dayanan başka savunmalar elde etmesi muhtemeldir:

Devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağı emredici bir hükümle düzenlendiği takdirde, borçlunun BK 186 hükmü uyarınca devredene iyiniyetli olarak ifade bulunduğu ve borçtan kurtulduğu savunması yönelttiği durumlarla sıklıkla karşılaşılacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere, BK 186 hükmü, borçlunun devir bildirimlerini takip etme külfeti altında bulunduğu, devir bildirimini atlamış ve önceki alacaklıya ifade bulunmuş olduğu bir durumda, önceki alacaklıya iyiniyetle ifade bulunduğunu ispat edemedikçe, yeni alacaklıya tekrar ifade bulunması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır²²⁶⁶. Ancak BK 186 hükmüne ilişkin bu yorum tarzına, salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağına aykırı olarak alacağın devredilmesi ihtimalinde aynı şekilde bağlı kalınması mümkün olmayacaktır. Çünkü, bu ihtimalde, borçlu, alacaklısının kendisine karşı üstlendiği alacağı devretmeme borcuna uygun davranacağına güvenmekte haklı sayılacaktır. Bundan ötürü, borçlunun devir bildirimlerini takip etme külfetinin daha hafif takdir edilmesi; kendisine yapılan devir bildirimini atlayıp kendi alacaklısına ifade bulunduğu iyiniyetli olduğu varsayımından hareket edilmesi gerekecektir. Nitekim bu düşünce doğrultusunda ABGB § 1396a I c. 2 hükmünde borçlunun hafif kusurlu olarak devredene ifade bulunduğu ihtimalde sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir²²⁶⁷.

²²⁶⁶ Bkz. s. 141 vd.

²²⁶⁷ Bkz. s. 514 vd.

İkinci olarak, salt borçlandırıcı etkili devir yasağına aykırı bir devir hâlinde, borçlunun, alacağın devrinin borçlunun durumunu kötüleştirmemesi esasının düzenlendiği BK 188/I hükmü uyarınca başka savunmalar elde etmesi mümkündür. Yukarıda açıklanmıştır ki, BK 188/I hükmünün uygulanabilmesi için geçerli bir alacak devri bulunması gerekir²²⁶⁸. Salt borçlandırıcı etkili olduğu ihtimalde devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olacağı için BK 188 hükmü uygulanacaktır. Buna göre, devir yasağına aykırı olarak gerçekleştirilen devir işleminin de BK 188 hükmü uyarınca borçlunun durumunu kötüleştirmemesi gerektirmektedir. Bu çerçevede, borçlunun, BK 188/I hükmü uyarınca savunma elde edebileceği iki ihtimal düşünülebilir:

Salt borçlandırıcı etkili devir yasağı yanında bir ceza koşulu da kararlaştırılmışsa, borçlu, yasağa aykırı olarak alacağın devredilmesi üzerine, devredene karşı yeni bir alacak hakkı -ceza alacağı- kazanır. Ceza alacağı, devredenın üstlendiği alacağı devretmeme borcunu ihlal eden bir devir işlemi gerçekleştirilmesiyle muaccel hâle gelir²²⁶⁹. Buna göre, borçlu alacağın devrini öğrendiği anda devredene karşı muaccel bir alacak hakkına sahip durumdadır. Muaccel bir karşı alacağının varlığı takas hakkının doğumuna sebebiyet verir. Borçlu, alacağın devrini öğrendiği anda devreden karşı-sında sahip olduğu bu takas hakkını devralana karşı ileri sürebilir. Yani, borçlunun, alacağın devri üzerine elde ettiği ceza alacağını -BK 188/I hükmü uyarınca- devralana karşı ifa ile yükümlü hâle geldiği borcuna takas etmesi mümkün olur. Ceza koşulu kararlaştırılmamış olan durumlarda, borçlunun, devir yüzünden uğradığı zarara ilişkin tazminat alacağını da devralana takas yoluyla ileri sürebileceği kabul edilmektedir²²⁷⁰.

Bunun yanı sıra, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir anlaşma ile borç ilişkisinin geçerliliği alacağın devri bozucu şartına bağlanmış olabilir veya taraflar alacağın devrinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının (dönme veya fesih hakkı) doğumuna dayanak vereceğini özel olarak düzenlenmiş olabilir. Borç ilişkisinin kuruluşu için karşı tarafın şahsının değişmemesinin özel bir önem taşıdığı durumlarda bu tarz kayıtlara yer verilmesi oldukça muhtemeldir. Örneğin, müşterinin bankaya karşı sahip olduğu kredi teminini talep hakkını (tüketim ödöncü vaadinden doğan alacak hakkının) bir

²²⁶⁸ Bkz. s. 32.

²²⁶⁹ Seuffert, s. 103.

²²⁷⁰ Bkz. s. 206.

üçüncü kişiye devretmesi hâlinde, kredi sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği veya bankanın fesih hakkına sahip olacağı düzenlenmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde, borçlunun, BK 188/I hükmü uyarınca, alacağı devralana karşı borcun sona erdiği savunmasını ileri sürmesi mümkün olacaktır. Tekrar edelim ki, yürürlükteki sistemde devir özgürlüğü üzerindeki bu tarz sınırlamaların MK 23/II hükmüne aykırı olup olmadığının denetlenmesi bakımından BK 183/I hükmü bir referans noktası oluşturmaktadır²²⁷¹; ancak bu referans noktasının (devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı öngörülen bir emredici hüküm ile) ilga edilmesi ihtimalinde, bu tarz bir kayıt borçlunun menfaatlerinin temini uğruna prensip itibarıyla geçerli sayılabilecektir.

Salt borçlandırıcı etkili devir yasağının borçlunun korunması prensibi çerçevesinde başka savunmalara dayanak oluşturması ve bu savunmalar nedeniyle devralanın borçluya yönelttiği ifa talebinin sonuçsuz kalması hâlinde, devreden devralana karşı sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu da gösterir ki, salt borçlandırıcı devir yasağı anlaşmasına aykırılığın sonuçlarının devreden ile devralan arasındaki ilişkiyi etkilemediği, böylece alacaklı üzerindeki baskıyı mutlak etkiye nazaran hafiflettiği fikri²²⁷² tam olarak isabetli değildir.

Salt borçlandırıcı etkili devir yasağının borçlunun korunması prensibi çerçevesinde başka savunmalara dayanak oluşturabileceği karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde de dikkate alınmıştır. Devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğurması öngörülen hükümlerin işlem güvenliğinin korunması amacını gerçekleştirebilmesi için devralanı borçlunun bu kapsamdaki savunmalarına karşı koruyan ilave düzenlenmeler yapılması gerekli görülmüştür. UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/2 hükmünde borçlunun devreden ile arasındaki sözleşmeyi yalnızca devir yasağına uyulamadığı gerekçeyle sona erdiremeyeceği; Art. 18/3 hükmünde, borçlunun devir yasağına aykırı devir dolayısıyla elde ettiği tazminat talebini devralana takas yoluyla ileri süremeyeceği düzenlenmiştir²²⁷³. UNCITRAL Konvansiyonu'ndaki bu düzenlemelerinin örnek alındığı ABGB § 1396a hükmünün ikinci fıkrasında da borçlunun doğrudan devir yasağının ihlali sonucu elde ettiği hakları, örneğin tazminat talebini, alacağı devralana karşı

²²⁷¹ Bkz. s. 454 vd.

²²⁷² Bkz. s. 207 vd.

²²⁷³ Bkz. s. 502 vd.

ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Benzer şekilde, devir yasağına aykırılığın alacağın dayandığı sözleşmenin sona ermesine (bozucu şart veya dönme/fesih hakkı vb.) yol açtığı hâllerde bu sona erme sonucunun devralana karşı ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır²²⁷⁴. DCFR III-5:116 hükmünde, salt borçlandırıcı etki meydana gelen hâllerde, borçlunun, doğrudan devir yasağına aykırılığa dayanarak devralana karşı herhangi bir savunma ileri süremeyeceği düzenlenmiştir²²⁷⁵.

Belirtilenlerin yanı sıra, üçüncü kişinin bir alacağı salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek devralmasının, bazı somut durumda, borçlunun devralana ifadan kaçınmasına veya ona karşı tazminat talebi elde etmesine yol açması da muhtemel gözükmektedir:

Borçlu, üçüncü kişinin devir yasağı kararlaştırıldığını öğrendiği hâlde alacağı devraldığını gerekçe göstererek, devir sözleşmesi ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu iddiasında bulunabilir; bu nedenle devrin geçersiz olduğunu öne sürerek devralana ifadan kaçınabilir. Yukarıdaki açıklandığı üzere, uygulamada, gelecekteki alacaklar devredildikten sonra borçlu ile devreden arasında kararlaştırılan devir yasağı bakımından, sırf borçlunun alacağın devrini öğrenmiş olması gerekçe gösterilerek, ahlaka aykırılık iddiasında bulunulabilmektedir²²⁷⁶. Üçüncü kişinin devir yasağı kararlaştırıldığını öğrenmiş olması, devir sözleşmesi ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğunu ispata yetmeyecek olsa bile, bu hususta benzer bir ihtilafa yol açmaya elverişlidir²²⁷⁷.

²²⁷⁴ Bkz. s. 513 vd.

²²⁷⁵ Bkz. s. 519.

²²⁷⁶ Bkz. s. 458 vd.

²²⁷⁷ Müşterek hukuk döneminde -devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etki doğuracağı teorisi (yukarıda bkz. s. 173 vd) çerçevesinde- ifade edilen bir görüşe göre, üçüncü kişi, bir alacak için devir yasağı kararlaştırıldığını öğrendiğinde, o alacağı devralıp borçludan talep ettiği vakit bu talebin borçlu açısından olumsuzluğa yol açacağı kanaatine de sahip olur; edindiği bu kanaate rağmen alacağı devralırsa açıkça dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, borçlu devir yasağı kararlaştırıldığını bile bile alacağı devralana (*exceptio doli* savunması ileri sürerek) ifadan kaçınabilir. Bkz. Attenhofer, s. 286-288. Yine müşterek hukuk dönemine ait başka bir görüşe göre, üçüncü kişinin devir yasağını bildiği hâlde görmezden gelmesi ve alacağı devralması tek başına onun dürüstlük kuralına aykırı davrandığı sonucuna varmaya yetmez. Bu anlaşma zaten alacağın devrine engel oluşturacak bir etkiye sahip değildir; borçlu bu anlaşmanın varlığını prensip itibarıyla görmezden gelmeye yetkilidir. Bununla birlikte, üçüncü kişi sırf devir yasağı anlaşmasına aykırılık oluşturmak için alacağın devralmışsa, böyle bir durumda, borçlu devir işleminin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu öne sürebilir ve devralana (*exceptio doli* savunması yöneltmek) ifadan kaçınabilir. Bkz. Seuffert, s. 109.

Ayrıca, öğretide, üçüncü kişinin devir yasağı kararlaştırıldığını bildiği hâlde alacağı devralmasının bazı somut durumlarda sözleşmeyi ihlale teşvik sayılabileceği ve bunun borçlu lehine tazminat talebine dayanak oluşturabileceği görüşü ileri sürülmüştür²²⁷⁸. Gerçekten de salt borçlandırıcı etkili devir yasağı anlaşması, bir taraftan alacaklıyı alacağı devretmeme borcu ile yüklerken, diğer taraftan borçluyu alacak hakkı sahibi kılmaktadır. Borçlu alacağı devretmeme borcunun alacaklısı konumundadır. Borçlunun sahip olduğu bu alacak hakkı, bir üçüncü kişi tarafından devredenin borca aykırı davranması teşvik edilerek ihlal edilebilir ve bu ihlal borçlunun alacağı devralan üçüncü kişiye karşı tazminat talebi elde etmesine dayanak oluşturabilir²²⁷⁹. Bu görüşün UNCITRAL Konvansiyonu Art. 9/2 ve ABGB § 1396a II c. 2 hükmünün hazırlığı sırasında etkili olduğu gözlemlenmektedir. Ancak, anılan hükümlerde, sadece, devralanın devir yasağı anlaşmasının varlığından haberdar olduğu gerekçe gösterilerek sorumlu tutulamayacağı düzenlenmektedir; ilave unsurlar gerçekleştiği takdirde devralanın haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesinin önüne geçilmiş değildir²²⁸⁰. Bu çerçevede, Türk hukukunda da, devralan konumundaki üçüncü kişinin, bir salt borçlandırıcı etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilmesine rağmen alacaklıyı devre teşvik etmiş olması, BK 49/II hükmünün koşulları gerçekleştiği takdirde, borçluya karşı tazminatla yükümlü tutulmasına sebebiyet verebilecektir²²⁸¹.

d. Sonuç

Yukarıdaki değerlendirmeler neticesinde, devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağının emredici bir hükümle düzenlenmesi aracılığıyla alacağın devir özgürlüğünün pekiştirilmesi ve işlem güvenliğinin korunması hedeflerinin gerçekleştirilme-

²²⁷⁸ Koziol, s. 125.

²²⁷⁹ Koziol, s. 125. Yazara göre, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasında korunmaya değer menfaatleri olabilir; ancak bu menfaatlerin varlığı devir yasağı anlaşmasının mutlak etki doğurmasını ve bundan ötürü işlem güvenliğinin zedelenmesini haklı göstermez (yazarın görüşünün detayları hakkında bkz. yukarıda s. 186 vd). Buna karşılık, yazara göre, söz konusu menfaatlerin varlığı, borçlunun, bir devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devralana karşı sözleşmeyi ihlale teşvik nedeniyle tazminat talebi elde etmesini haklı gösterebilecektir. Bkz. Koziol, s. 125.

²²⁸⁰ UNCITRAL Konvansiyonu bakımından bkz. s. 502 vd; ABGB § 1396a II c. 2 bakımından bkz. s. 513 vd.

²²⁸¹ BK 49/II hükmünün uygulandığı tipik durumlardan birini, bir sözleşmenin tarafını borcunu ihlal etmeye teşvik ederek borcun alacaklısına zarar verme hâli oluşturmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, C. II, N. 187.

sinin mümkün olmadığı ortaya çıkmaktadır. Söz konusu hedeflerin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için sözleşme özgürlüğüne başka açılardan da müdahale edilmesi gerekliliği gündeme gelmektedir: İşlem güvenliğinin korunması hedefini desteklemek üzere, devir yasağına aykırılık olgusunun başka savunma haklarının doğumuna dayanak oluşturmasının nasıl önüne geçilebileceğini tartışma ihtiyacı mevcuttur. Bu konuda, örneğin, borçlunun, devreden alacağı devretmeme borcuna uygun davranacağına güvenerek ona iyiniyetle ifada bulunduğu, devir yasağına aykırılık sonucu muaccel olan ceza alacağı devre konu alacağı takas ettiği, devretmeme borcuna aykırılık sonucu alacağın sona erdiği tarzındaki savunmaları öne sürerek devralana ifadan kaçınamayacağı öngörülen ilave düzenlemeler yapılması gerektiği fikri ileri sürülebilir. Alacağın devri özgürlüğünün pekiştirilmesi hedefini desteklemek üzere ise alacaklının devir yönündeki iradesinin baskılanmasına yol açan kayıtların geçersiz sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. Örneğin, sırf devir yasağına aykırılık olgusuna dayanılarak sözleşmenin sona erdirilemeyeceği, devir yasağına ilave olarak kararlaştırılan ceza koşulunun tamamen veya kısmen geçersiz olacağı gibi ilave düzenlemelerle emredici hükmün kapsamının genişletilmesi seçeneği değerlendirilebilir.

Ne var ki, bu tarz destekleyici düzenleme veya yorum biçimleri benimsendiğinde ortaya çıkacak olan menfaat durumu, devir yasağının kesin hükümsüz sayılması ihtimalinde ortaya çıkacak olan menfaat durumundan hemen hemen farksızdır. İki ihtimalde de borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasına olan malvarlığı menfaatleri korunma dışı bırakılmaktadır. Hâlbuki, alacağı devretmeme borcu doğuran anlaşmaların dahi geçersiz sayıldığı bir düzenleme yöntemi günümüzde -en azından uluslararası düzenlemeler ve bunların karşılaştırmalı hukuktaki anılan yansımaları dikkate alındığında- alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğüne radikal bir müdahale olarak değerlendirilmektedir. Borçlunun alacağın devrini engellemekteki menfaatlerinin hukuk düzeni tarafından yok sayılması anlamına gelecek böyle bir düzenlemeye başvurulması pek tartışma konusu edilmemektedir²²⁸².

²²⁸² UNCITRAL Konvansiyonu'nun hazırlığı sırasında ortaya konulan bu görüşler için bkz. s. 507. UNIDROIT Konvansiyonu'nun hazırlığı sırasında devir yasağı anlaşmasının tamamen geçersiz sayıldığı bir düzenleme getirilmesi seçeneği tartışma konusu dahi olmamış gözükmemektedir. Bkz. s. 490 vd. Borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasına olan menfaatlerinin malvarlığı değeri taşıdığı ve korumasız bırakılmaması gerektiği salt borçlandırıcı etki teorisi çerçevesinde kabul edilmektedir. Bkz. s. 202 vd. Aksi yöndeki bir görüş için bkz. yukarıda s. 220'de dn. 929.

Belirtilen gerekçelerden ötürü, bu çalışmada, salt borçlandırıcı etkili devir yasağının, alacaklı, borçlu ve devralan arasında adil bir menfaat dengesi tesis edilebilmesi bakımından her durumda uygun bir araç niteliği taşımadığı kararına varılmakta; bu karar doğrultusunda, devir yasağının salt borçlandırıcı etki doğuracağı öngörülen emredici bir hükme başvurulması fikri Türk hukuku bakımından reddedilmektedir.

4. Alacağın Devrinin Geçerli Sayılması ve Borçluya Devredene İfa Yetkisi Tanınması Sonuçlarının Emredici Bir Hükümle Düzenlenmesi Yönteminin (HGB § 354a) Değerlendirilmesi

a. Borçlunun Durumu Bakımından

Alman Ticaret Kanunu'na eklenen § 354a hükmünde olduğu gibi, devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olduğu ancak borçlunun devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği şeklindeki iki hukuki sonucun emredici bir hükümle düzenlenmesi yöntemine başvurulması, borçlunun hukuki durumunu bir açıdan önemli ölçüde kötüleştirir; başka bir açıdan aşırı ölçüde iyileştirir:

Borçlunun durumunu önemli ölçüde kötüleştirir; çünkü böyle bir düzenlemeye başvurulduğunda borçlunun alacağın devrinin engellenmesindeki onca menfaati arasında yalnızca alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesine olan menfaati korunmuş olur. Bu menfaat ile bağlantılı olarak, borçlunun ifa sürecinde yalnızca devreden şahsı ile muhatap olma ve muhasebe işleyişinin sadeliğini korumadaki menfaatinin teminini de sağlanabilir. Ne var ki, borçlunun alacağın devrinin engellenmesine olan menfaati her durumda yalnızca alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesinden ibaret olmayabilir. Borçlunun durumu, özellikle, devreden ile alacak üzerinde tasarruf sonucu meydana getiren bir hukuki işlem (takas, ifa yerine edim, ibra vs.) yaparak alacağı ifa dışı bir yolla sona erdirmeye imkânını yitirmesi nedeniyle kötüleşebilir. Çünkü, böyle bir düzenleme çerçevesinde, devir yasağına rağmen devrolunan alacak hakkı devralanın malvarlığına geçmekte ve devreden yalnızca ifayı kabul yetkisine sahip olmaktadır. HGB § 354a hükmü, Alman öğretisi ve yargı kararlarında -devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayışı gerekçe gösterilerek- borçlu ile devreden arasında ibra veya sulh anlaşması yapılamayacağı; buna karşılık borçlunun

devredene karşı takas beyanında bulunabileceği, devreden ile borçlu arasında ifa yerine edim ve ifa uğruna edim anlaşmaları yapabileceği şeklinde yorumlanmaktadır²²⁸³. Ancak bu yorum biçimi, HGB § 354a hükmünün öngördüğü borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceğine dair düzenlemeye dair geniş bir yorum biçimi oluşturmaktadır. HGB § 354a hükmünde aynı zamanda devir işleminin geçerli olduğu ve alacağın devralanın malvarlığına geçtiği sonucu öngörüldüğü göz önüne alınırsa, borçlunun alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını gerektiren hiçbir işlemi yapamaması gerekir. Zira, geçerli bir ifa yerine edim anlaşması ya da takas işlemi yapılabilmesi için de -tıpkı sulh ve ibra anlaşmaları bakımından olduğu gibi- devreden alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması şarttır²²⁸⁴. O hâlde, HGB § 354a hükmü -Alman öğreti ve yargı kararlarında benimsenen geniş yorum biçimi dikkate alınmaksızın- doğrudan lafzı esas alınarak anlamlandırılırsa²²⁸⁵, bu hükmün borçlunun hukuki durumunu önemli ölçüde kötüleştirebileceği ortaya çıkmaktadır.

Başka bir açıdan bakıldığında bu düzenleme yönteminin borçlunun hukuki durumunu aşırı ölçüde iyileştireceği tespit edilmektedir: Yukarıda açıklanmıştır ki, borçlu, alacağın devrinin engellenmesindeki tek menfaatinin alacaklı olmayana ifa riskinin giderilmesinden ibaret olduğu ihtimalde, devralana ifadan kaçınmaz. Bu ihtimalde, devralan, borçlunun ileri sürdüğü devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasını hakkın kötüye kullanılması yasağına (MK 2/II) dayanarak bertaraf edebilir²²⁸⁶. HGB § 354a hükmü gibi bir düzenlemeye başvurularak, borçluya devredene veya devralana ifa konusunda seçim yetkisi tanındığında, ona aslında hiç ihtiyaç duymadığı bir hukuki koruma da sağlanmış olmaktadır. Borçlu seçim yetkisinden yararlanarak -alacağın devrini öğrendiği ve devralana ifadan kaçınmakta hiçbir menfaate sahip olmadığı durumda dahi- devredene ifade bulunarak borçtan kurtulabilir. Bu açıdan, HGB § 354a hükmü Alman öğretisinde de borçluya sağladığı korumanın aşırı olduğu belirtilerek eleştiriye maruz kalmıştır: Borçlunun, devredene onun alacaklı olmadığını bildiği

²²⁸³ Bkz. s. 527 vd. Dikkat edilirse, BGB § 406 (BK 188/II) hükmündeki sınırlamaya tabi olmaksızın, borçlunun alacağın devrini öğrenmesinden ve devre konu alacağın muaccel hale gelmesinden sonra, devredene karşı kazandığı alacak hakkını dahi takas edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. 527.

²²⁸⁴ Bkz. s. 16 vd.

²²⁸⁵ Nitekim, Alman öğretisinde Saar (s. 992), HGB § 354a hükmünü, hükmün lafzını esas alarak, bu şekilde dar yorumlamaktadır. Yazarın görüşü için yukarıda bkz. s. 528'de dn. 2208.

²²⁸⁶ Bkz. s. 347 vd.

hâlde ifada bulunabileceğinin kabul edilmesinin iyiniyetin korunmasına ilişkin prensibi (BK 186) zedelediği; borçlunun devredene ifada bulunma yetkisinin hakkın kötüye kullanılması yasağından yararlanılarak sınırlandırılması gerektiği eleştirileri ifade edilmiştir²²⁸⁷.

b. Alacaklının Durumu Bakımından

Devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olduğu ancak borçlunun devredene ifada bulunarak borçtan kurtulabileceği şeklindeki iki hukuki sonucun emredici bir tarzda öngörüldüğü bir hukuki düzenlemede, alacaklının hukuki durumu ilk bakışta şöyle tarif edilebilir: Alacaklı devri anlaşma ile yasaklanmış olan alacak hakkını, hem serbestçe bir üçüncü kişiye devredebilir hem de -söz konusu alacak hakkı geçerli bir devir işlemi sonucu devralanın malvarlığına geçmiş olduğu hâlde- kanunun ona tanıdığı ifayı kabul yetkisi sayesinde borçludan tahsil edebilir. Böyle bir tarif alacaklının durumunu iyileşmiş gibi göstermekte olup aşağıdaki sebeplerden ötürü aldatıcıdır:

HGB § 354a hükmünde öngörülen düzenlemenin asıl amacı, devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devralan üçüncü kişiye, alacağı tahsil edememe hâlinde, devredene başvuru imkânı sağlamaktadır. Böyle bir düzenlemenin mevcut olmadığı Türk hukukunda, devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devralan bir üçüncü kişi devredene - taraflar özel olarak anlaşmış olmadıkça- borca aykırılık veya garanti hükümlerine göre başvuruda bulunamaz. Bu açıdan HGB § 354a gibi bir düzenlenmeye başvurulması yoluyla, aslında, devredenin devralana karşı hukuki sorumluluğunun kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

Borçlunun durumu incelenirken de belirtildiği üzere, borçlunun alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesindeki tek menfaati alacaklı olmayana ifa riskinin bertaraf edilmesinden ibaret değildir; başka menfaatlere de sahip olması muhtemeldir. Devir yasağının borçlunun başka bir menfaatini temin için kararlaştırıldığı bir somut durumda, alacağın devri borçlunun bu menfaatinin ihlal edilmesine yol açacaktır. Örneğin, böyle bir devir hâlinde, borçlu, alacak üzerinde tasarruf etkisi yaratan işlemleri yapma imkânından mahrum kalacaktır. Borçlunun bu işlemleri gerçekleştirmekte

²²⁸⁷ Bkz. s. 526 vd.

menfaati olduğu durumlarda, alacağın devri borçlunun zarara uğramasına yol açabilir. Söz gelimi, gelecekteki takas hakkını yitiren borçlu, nakit sıkıntısına düşüp bankadan kredi almak zorunda kalmışsa, kredi masrafı ve faizi böyle bir zarardır. Borçlu uğradığı bu zarara ilişkin olarak devredene tazminat talebi yöneltebilir. Bu tür zararların tazminine yönelik önceden bir ceza koşulu kararlaştırılmış dahi olabilir²²⁸⁸. Ceza koşulu aracılığıyla alacağın devri özgürlüğü üzerinde azımsanamayacak ölçüde baskı oluşturabileceği yukarıda açıklanmış bulunmaktadır²²⁸⁹.

Görülmektedir ki, HGB § 354a gibi bir düzenleme, alacaklının, bir taraftan devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devralan üçüncü kişiye karşı; diğer taraftan, devir yasağı kararlaştırılmasındaki menfaati ihlal edilen borçluya karşı sorumluluk altına girmesine yol açabilecek niteliktedir. Bu yönü göz önüne alındığında, HGB § 354a gibi bir düzenleme aracılığıyla, alacaklının devir özgürlüğünden dilediği gibi yararlanabileceği bir konuma her somut durumda ulaşmasının mümkün olmayacağı ortaya çıkmaktadır.

c. Devralanın Durumu Bakımından

19. yüzyıldan günümüze değin devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorununun ele alındığı kaynaklarda, işlem güvenliği korumasının, devralana borçlu karşısında tahsil yetkisi veren bir hukuki yapı oluşturulması yoluyla temin edilebileceği düşünülmüştür²²⁹⁰. Gerek salt borçlandırıcı etki teorisi ve bu teorinin emredici bir tarzda düzenlendiği ABGB § 1396a hükmü gerekse senede bağlanmış alacaklarda devralanın iyiniyetinin korunması öngörülen BK 183/II (OR 164/II) ve BGB § 405 hükümleri bu düşünce doğrultusunda tasarlanmıştır. HGB § 354a hükmünde benimsenen yapıda ise benzer anlamda bir işlem güvenliği koruması temin edildiğini söylemek aşağıdaki sebeplerden ötürü mümkün değildir:

HGB § 354a uyarınca borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulma yetkisine sahip olması, aynı hükmün içerdiği, devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olduğu şeklindeki düzenlemenin anlamını yitirmesine yol açmaktadır.

²²⁸⁸ HGB § 345a hükmünün ceza koşulu kararlaştırılmasına engel oluşturmayacağı görüşü için bkz. s. 533.

²²⁸⁹ Bkz. s. 542 vd.

²²⁹⁰ Bkz. s. 186 vd.

Çünkü, böyle bir düzenlemede, borçlunun devralan yerine devredene ifada bulunması sadece borçlunun borcundan kurtulması sonucu meydana getirmeyecek; aynı zamanda -tıpkı BK 186 bakımından olduğu gibi²²⁹¹- devralanın malvarlığına geçen alacak hakkının sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Yani, bu düzenlemeye göre, borçlu devredene ifada bulununca, devralan geçerli olarak devralmış olduğu alacak hakkını kaybedecektir. Şu hâlde, devralan, sadece devredene başvurma ve ondan borçludan tahsil ettiği paranın kendisine verilmesini talep etme imkânına sahip olacaktır.

HGB § 354a hükmünde devrin geçerli olduğunun öngörülmesi sonucu, devralan sadece alacağı talep yetkisini kazanmamakta; aynı zamanda alacağı kendi adına takip etme külfeti ile de yüklenmektedir. Alacağı talep yetkisi devralana geçtiği için, borçluya yönelik icra veya dava yoluyla takibin de devralan adına yapılması gerekmektedir. Üstelik, devralan, yürütülen takip neticesinde borçludan tahsil edilecek tutarın doğrudan kendi eline geçeceğine güvenemez; çünkü, borçlu devredene ifa ile borçtan kurtulma yetkisine sahiptir. Borçlunun sahip olduğu bu yetkiden ötürü, somut olayların önemli bir kısmında, alacağı talep yetkisi devralan nezdinde sadece alacağı takip etme külfetinden ibaret bir anlam taşıyabilecektir.

HGB § 354a gibi bir düzenleme çerçevesinde -Türk hukukunda yürürlükte bulunan düzenlemede olduğundan farklı olarak- devralanın, devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devraldığı ihtimalde dahi, devredene başvuruda bulunması mümkün olur. Buna göre, devralan önce borçluya karşı ya devredene ya da kendisine ifada bulunması istemiyle takibe geçecektir; borçlu devredene ifada bulunmayı seçtiği takdirde, daha sonra devreden aleyhine borçludan aldığını kendisine vermesi için başvuruda bulunabilecektir²²⁹². Devralana böyle bir başvuru imkânı tanınması yoluyla, aslında, devreden hukuki sorumluluğunun kapsamı genişletmektedir; devralan devredene karşı, borçlunun devredene ifası sonucu alacağın sona ermesi yüzünden kendi malvarlığında meydana gelen eksilmeyi telafiye yönelik bir alacak hakkı elde etmek-

²²⁹¹ Borçlu iyiniyetli olarak devredene ifada bulup BK 186 uyarınca borcundan kurtulduğunda, devralan da alacak hakkını kaybetmiş olur: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1754; Engin, s. 39.

²²⁹² Devralanın, borçlunun kanun gereği devredene ifa yetkisine sahip olduğunu göz önüne alarak, borçluya karşı bizzat takibe geçme ve takibi sürdürme külfetine katlanmak yerine, devredene alacağı tahsil için temsil yetkisi vermeyi ve ona daha sonra borçludan tahsil ettiği tutarı kendisine vermesi için başvuruda bulunmayı tercih etmesi muhtemeldir.

tedir. Devralanın kazandığı bu alacak hakkının hukuki dayanağını ise tartışmak gerekecektir: BK 186 hükmüne ilişkin çözüm tarzı örnek alınırse sebepsiz zenginleşme²²⁹³ hükümlerine (BK 77 vd); devredenin borçlunun ifasını kabul ederken devralanın menfaatine işgördüğü fıkriinden hareket edilirse vekâletsiz iş görme hükümlerine (BK 526 vd); devreden ile devralan arasında açık veya örtülü bir anlaşma bulunduğu kabul edilebilirse vekâlet sözleşmesi hükümlerine (BK 502 vd) dayandığı öne sürülebilecektir. Devredenin sorumluluğunun kapsamının bu şekilde genişletilmesi, şüphesiz ki, devralanın hukuki durumunu iyileştirmektedir.

Alman öğretisinde, devir yasağına rağmen yapılan alacak devrinin HGB § 354a I c. 1 uyarınca geçerli sayılması ile bağlantılı bir sonuç olarak, devredenin bir alacaklısı, devir konusu alacağı haczettiği zaman, devralanın üstün hak iddiası ileri sürebileceği; devredenin iflası hâlinde devralanın alacağı masadan ayırma hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir²²⁹⁴. Ancak, belirtilen hukuki imkânlar, devralanın, devredenin başka alacaklıları karşısında elde edeceği birer avantajmış gibi algılanmamalıdır. Örneğin, devralanın üstün hak iddiası öne sürerek haczi etkisiz hâle getireceği (istihkak iddiası, İİK 96-99) ihtimalde şöyle bir durum oluşur: Borçlu, kendisine karşı takibe geçen devralana karşı, yine devir yasağı kararlaştırıldığını öne sürerek ifadan kaçınabilir ve devredene ödemede bulunmayı seçebilir; borçlunun ödediği para devredenin malvarlığına karışarak devredenin alacaklıları tarafından haczi mümkün bir malvarlığı değerine dönüşür. Böyle bakıldığında, devralanın üstün hak iddiasının, alacağın devredene ödenmesini sağlayacak hukuki yolun önünü açmaktan ibaret olduğu anlaşılabilmektedir. Devralanın, devrin geçerli olduğunu gerekçe göstererek alacağı iflas masasından ayırması ihtimalinde (alacakların incelenmesi, İİK 230-231) de benzer bir durum oluşur: Devralanın talebi üzerine borçlu yine devir yasağı kararlaştırıldığını öne sürerek iflas idaresine ödemede bulunmayı seçebilir. Bu ihtimalde de, devralanın alacağı masadan ayırması ve borçluya karşı takibe geçmesi, sadece alacağın iflas idaresine

²²⁹³ BK 186 hükmündeki ihtimalde, devreden lehine sebepsiz zenginleşme gerçekleştiği görüşünde: Arsebük, s. 1079; Engin, s. 993. Bu ihtimalde, devralanın borca aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinin yanı sıra sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre de talepte bulunabileceği görüşünde: Engin, s. 993. Devralanın devredene karşı yalnızca borca aykırılık doğan sorumluluk hükümlerine göre talepte bulunulabileceği, çünkü borca aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi bir durumda, bunun yerine veya bununla birlikte sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmasının mümkün olmadığı, zaten bu ihtimalde devreden zenginleşmesinin sebepsiz de olmadığı, BK 185 hükmünün sebebini yerine geçtiği görüşünde: Oğuzman/Öz, C. II, N. 1754, dn. 91.

²²⁹⁴ Bkz. s. 526 vd.

ödenmesini sağlayacaktır. Görülmektedir ki, HGB § 354a hükmündeki gibi bir düzenlemede, gerek devralanın gerekse devralanın alacaklılarının, devreden malvarlığında gerçekleşen haciz ve iflas hâllerinde -devir işleminin geçerli sayılmasına bağlı olarak- devreden başka alacaklıları karşısında ayrıcalıklı bir hukuki durum elde edeceği söylenemez. Her iki ihtimalde, borçlu devredene ifada bulunmayı seçtiği takdirde, devralanın elinde kalan hukuki imkân sadece devredene borçludan tahsil ettiği tutarı kendisine vermesi için başvurmaktır.

d. Sonuç

Devralanın durumuna ilişkin değerlendirme ortaya koymaktadır ki -HGB § 354a hükmünde olduğu- alacağın devrinin geçerli olduğu ancak borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulabileceği öngörülen bir düzenleme ile “*devri anlaşma ile yasaklanmış bir para alacağını devreden, borçlu devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek devralana ifada bulunmaktan kaçındığı takdirde, devre konu alacağı borçludan kendi adına ama devralan hesabına tahsil etmekle yükümlüdür*” şeklindeki bir düzenleme arasında -devralana sağlanmak istenen menfaat düşünüldüğünde- pek önemli bir farklılık bulunmamaktadır²²⁹⁵.

Şu hâlde, HGB § 354a hükmünde “*devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işlemi geçerlidir*” sonucunun öngörülmesi iki açıdan isabetli değildir: Bir taraftan, böyle bir düzenleme ile devreden sorumluluğunun kapsamının genişletilmekte oluşu gölgelenmektedir. Diğer taraftan, borçlunun alacak üzerinde tasarruf etkisi doğuran bir işlem -örneğin, vadenin ertelenmesi, ibra, sulh- yapmaktaki menfaatten mahrum bırakılması anlamlı gözükmemektedir. Devir yasağı yüzünden alacağın tahsil edilememesi riskinin devreden sorumluluğunun kapsamının genişletilmesi yoluyla giderilmesi tercih edilmişken; alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesine artık ihtiyaç olmamalıdır.

²²⁹⁵ Tırnak içinde verilen taslak metin ile HGB § 354a hükmü arasındaki, HGB § 354a hükmünde devrin geçerli olduğunun öngörülmesi ile bağlantılı bir farklılık, alacakla birlikte talep yetkisinin de devralana geçmesi sonucu, borçluya yönelik icra veya dava yoluyla takibin devralan tarafından yapılmasının gerekmesidir. Bu farklılık ise yukarıda belirtildiği gibi her somut durumda devralan lehine bir özellik değildir. Çünkü, devralanın kendi adına yürüttüğü takip neticesinde, borçlunun devredene ifada bulunmayı seçmesi riski vardır. Bkz. s. 562.

Türk hukukunda yürürlükte bulunan sistemde, devir yasağı kararlaştırıldığını bilerek alacağı devralan -aksine bir anlaşma olmadıkça- devredenin sorumluluğuna başvuramaz; devir yasağı yüzünden alacağın tahsil edilememesi riski, bir devir yasağı mevcut olduğunu bilerek alacağı devralan üçüncü kişinin üzerindedir²²⁹⁶. Bununla birlikte, Türk hukukunda yürürlükte bulunan sistemde de, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde, devreden ile devralan arasında devrin hukuki sebebini oluşturan sözleşmede bu konunun özel olarak düzenlenmesi mümkün olabilir: Devreden, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını ileri sürerek ifadan kaçınması durumunda alacağı kendi adına ama devralan hesabına tahsil etmeyi, devralana karşı ilave bir yükümlülük olarak üstlenebilir. Alacaklının, bir devir yasağı kararlaştırıldığını gören ve alacağı devralmaktan kaçınması muhtemel olan üçüncü kişiye, onu devir sözleşmesi yapmaya razı etmek için, böyle ilave bir borç altına girmeyi üstlenmesine prensip olarak engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde böyle bir uygulamanın kendiliğinden gelişebilmesi zaten olanaklıdır²²⁹⁷.

HGB § 354a hükmündeki gibi düzenleme öngörülmesi, aynı somut durumda, devredeni, devralan ile arasında hiç müzakere edilmiş olmasa bile, kanun gereği, borçludan tahsil ettiği tutarı devralana verme yükümlülüğü ile yükleyecektir. Devralan, devir yasağı kararlaştırıldığını fark edebilecek ve buna bağlı riskleri öngörebilecek durumda olduğu hâlde, kanun gereği devredenin sorumluluğuna başvuru imkânı elde edecektir. Oysa, alacağı devralan konumundaki üçüncü kişiler, çoğu zaman, kanun tarafından devredene karşı böyle özel olarak himaye edilmelerini gerektirecek bir zayıflık içinde değildir. Örneğin, bir banka veya faktoring şirketi, alacağı devredeni böyle ilave bir yükümlülüğü sözleşme ile üstlenmeye razı edebilecek pazarlık gücüne genellikle sahiptir. Alacaklının hem devir yasağı kararlaştırıldığını bilen hem de kendi menfaatlerini savunmaya yetecek pazarlık gücünü elinde bulunduran bir üçüncü kişi ile yaptığı devir sözleşmesinde, kanun gereği böyle bir yükümlülük altında tutulması ve bu yolla devralanın durumunun iyileştirilmesi, sözleşme özgürlüğüne devreden aleyhine haksız bir müdahale oluşturmaktadır.

²²⁹⁶ Bkz. s. 393.

²²⁹⁷ Böyle bir yükümlülüğün vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı konusunda bkz. s. 395.

Sonuç olarak, Alman öğretisinde borçlunun korunması ve alacağın devri özgürlüğünün pekiştirilmesi hedeflerini beraberce gerçekleştirme arzusu ile tasarlandığı ifade edilen²²⁹⁸ HGB § 354a hükmünün, belirtilen hedeflerin her ikisini de gerçekleştirmekte zayıf düştüğü tespit edilmektedir. Bu nedenle benzer bir emredici hükme Türk hukukunda da başvurulması fikri bu çalışmada reddedilmektedir.

C. Mutlak Etkinin Kanunun Yorumu Yoluyla Sınırlandırılmasının Önemi

1. Alacağın Devralana Gececeği Sonucunu Yasal Bir Düzenleme ile Kesinleştirme Çabasından Vazgeçilmesi Gerekliliği

Salt borçlandırıcı etki teorisini temellendirmek için sunulan görüşler²²⁹⁹ devir yasağı kararlaştırılması üzerine ortaya çıkan menfaat durumunun anlaşılmasında önemli bir rol oynamıştır. Bu görüşlerce ifade olduğu gibi, mutlak etkili devir yasakları yüzünden alacağın devri özgürlüğünün haksız ölçüde sınırlandırıldığı somut durumlarla sıklıkla karşılaşılabilen; alacak haklarının teminat konusu olarak geçmişten bugüne kazandığı değer düşünüldüğünde bu tarz durumların varlığı özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler aleyhine etki doğurabilmektedir. Bununla birlikte, belirtilen sorunları gidermeye elverişli bir hukuki yapı oluşturulması konusunda ABGB § 1396a ve HGB § 354a hükümleri, yukarıda açıklanan gerekçelerden ötürü, başarılı olamamıştır. ABGB § 1396a ve HGB § 354a hükümlerinin başarılı olamayışı, temelde, devir yasağına aykırı olarak devrolunan alacağın devralana geçip geçmeyeceği konusunda hukuki kesinlik sağlama çabası ile formüle edilmelerinden kaynaklanmış gözükmektedir. Anılan hükümler hazırlanırken, alacağın devralana geçeceği açık ve kesin bir tarzda düzenlenirse alacağın devri özgürlüğünün pekiştirilmesi hedefinin gerçekleştirilebileceği düşünülmüştür. Ne var ki, söz konusu hükümlerde, borçlunun korunması gayesinden tamamen feragat edilmesi mümkün olamayınca, alacağın devralana geçeceği noktasındaki hukuki kesinlikten umulan faydalar da sekteye uğramıştır:

²²⁹⁸ Bkz. 523.

²²⁹⁹ Söz konusu görüşler için bkz. s. 186 vd.

ABGB § 1396a ve HGB § 354a hükümlerinde borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasına olan menfaatlerini belli ölçüde teminini sağlayan düzenlemelere yer verilmektedir: ABGB § 1396a hükmünde borçlunun alacağı devretmeme borcuna aykırılığa dayanan talepler ileri sürebileceği kabul edilmekte²³⁰⁰; HGB § 354a hükmünde borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulma yetkisine sahip olduğu düzenlenmektedir²³⁰¹. Bu düzenlemeler taraflar arasındaki menfaat çatışmasını canlı tutmaktadır: Örneğin, ABGB § 1396a hükmü yürürlüğe girdikten sonra alacağı devretmeme borcuna uygun davranılmasını temin için kararlaştırılan ceza tutarının üst sınırının nasıl belirleneceği bir sorun oluşturmaktadır; çünkü, yüksek tutardaki ceza koşulu da alacağın devri özgürlüğü üzerinde ağır bir kısıtlama oluşturabilmektedir²³⁰². HGB § 354a hükmü yürürlüğe girdikten sonra ise borçlunun devredene ifa yetkisinin hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sınırlandırılmasının ne ölçüde mümkün olabileceği tartışma konusudur; zira, borçlunun devredene ifası sonucu devralanın malvarlığına geçmiş olan alacak hakkı sona ermekte ve devralan devredene başvuru hakkı ile yetinmek zorunda kalmaktadır²³⁰³.

Görülmektedir ki, alacağın devralana geçeceği konusunda hukuki kesinlik sağlansa bile, borçlunun alacağın devrinin engellenmesine olan menfaatleri hukuken korumaya devam edildiği müddetçe taraflar arasındaki menfaat çatışması sürmektedir. Sürmekte olan menfaat çatışması ya devreden ya da devralan aleyhine yeni sorunları gündeme getirmektedir. Üstelik bu sorunların (ABGB § 1396a bakımından ceza koşulunun üst sınırı; HGB § 354a bakımından devredene ifa yetkisinin sınırları) çözümü için, hâlen daha, kişiliğin koruması veya hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde her bir somut duruma özel değerlendirme yapma ihtiyacı devam etmektedir. Dolayısıyla, alacağın devralana geçmesi sonucunun emredici bir tarzda düzenlenmesi sayesinde devreden veya devralanın hukuki durumunun daha kesin ve öngörülebilir bir hâle getirildiği de söylenememektedir. Tüm bunlara rağmen, borçlunun alacağın devrinin engellenmesine olan menfaatlerinin hukuki korumadan yoksun bırakılması yoluyla bu sorunların kökten çözümlenmesi ise hiçbir koşulda önerilebilir değildir.

²³⁰⁰ Bkz. s. 512 vd.

²³⁰¹ Bkz. s. 525 vd.

²³⁰² Bkz. s. 512 vd.

²³⁰³ Bkz. s. 526 vd.

Devir yasağı anlaşmasının geçersiz sayılması ile aynı anlama gelen bu tarz bir düzenleme şekli sözleşme özgürlüğüne radikal bir müdahale oluşturacağı için kabul görmemektedir²³⁰⁴.

Şu hâlde, devir yasağına rağmen devrolunan alacağın devralana geçeceği sonucunu yasal bir düzenleme aracılığıyla kesinleştirme çabasından vazgeçilmesi isabetli olacaktır. Gerek alacaklı gerekse devralan konumundaki kişilerin alacağın devri özgürlüğünden yararlanabilmesinin borçlunun alacağın devrinin engellenmesine olan menfaatlerinin adil biçimde temin edilebilmesi koşuluna bağlı olduğu ortadadır. Menfaat dengesinin kurulabilmesi bakımından ise her bir somut duruma özel olarak değerlendirme yapılması kaçınılmazdır. Aşağıda vurgulandığı üzere, BK 183/I hükmünün katılma teorisine göre yorumlanması ve borçlunun rıza vermekten kaçınma yetkisinin MK 2/II hükmü ile sınırlandırılması menfaat dengesinin tesisi için yeterlidir; ayrıca yasal bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hukuki yapıda borçlunun devre rıza verip vermeyeceği hukuki belirsizlik arz edebilecektir. Ancak, bu belirsizliğin, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede ya da devreden ile devralan arasındaki sözleşmede özel düzenlemelere yer verilerek kısmen giderilmesi imkânı mevcuttur²³⁰⁵.

2. BK 183/I Hükmünün Katılma Teorisine Göre Yorumlanması ve Borçlunun Rıza Vermekten Kaçınma Yetkisinin MK 2/II ile Kısıtlanmasının Önemi

Tezin II. bölümünde ortaya konulmuştur ki, alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi olanağının hukuk düzeni tarafından tanınması aleyhine öğretilde pek çok eleştiri bulunmaktadır. Ancak, bu eleştirilerin önemli bir kısmı, mutlak etkinin “*alacağın sözleşme ile tedavül konusu olmaktan çıkarılması*”, “*alacağın sözleşme ile tasarruf edilemez bir hakka çevrilmesi*”, “*alacağın sözleşme ile bir res extra commercium’a dönüştürülmesi*” benzeri ifadelerle açıklanmasından kaynaklanmaktadır. Nite-lik teorisine ait olan bu yaygın ifade biçimleri, BK 183/I hükmünün ardındaki borçlunun korunması amacını aşmakta ve alacağın devri özgürlüğünün maddi olarak haklı

²³⁰⁴ Bkz. s. 557 ve orada dn. 2282.

²³⁰⁵ Bkz. s. 572.

sayılabilenin ötesinde sınırlandırılmasına sebep olan bir anlam taşımaktadır. Bu çalışmada, BK 183/I hükmü katılma teorisi doğrultusunda yorumlanmakta; mutlak etkinin anlamı alacağın devri işleminin geçerliliğinin borçlunun rızası yasal koşuluna bağlanması olarak açıklanmaktadır. Katılma teorisine göre, devri anlaşma ile yasaklanmış alacak hakkı kısıtlı da olsa devir yeteneğine sahiptir; alacak hakkı borçlunun rızası ile devre konu edilebilir²³⁰⁶. Türk hukukunda alacağın devrinin sözleşme ile engellenmesi imkânının tanındığı BK 183/I hükmünün katılma teorisi çerçevesinde yorumlanması mutlak etkinin sınırlandırılmasına yönelik ilk aşamayı oluşturmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, katılma teorisine ait bu yorum tarzının yasal bir düzenlemeyle benimsenmesi ve sözleşme ile devri yasaklanmış alacağın borçlunun rızası ile devrolunabileceği şeklinde açık bir hükme yer verilmesi, öğretide, devir özgürlüğünü pekiştirici bir düzenleme yöntemi olarak pek değerlendirme konusu olmamıştır. Çünkü, devir yasağına rağmen yapılan alacağın devri işleminin geçerli olacağı (ABGB § 1396a ve HGB § 354a hükümlerinde olduğu gibi) açıkça öngörülen alternatif düzenleme yöntemleri ile karşılaştırıldığında, rıza koşulu daha ağır bir kısıtlama olarak görülmüştür²³⁰⁷. Bu fikre karşılık, yukarıda, anlaşmaya aykırı devrin geçerli olacağı ve alacağın devralana geçeceği sonucunu yasal bir düzenlemeyle kesinleştirme çabasından vazgeçilmesi gerektiği, zira borçluyu koruyucu tedbirler tamamen ortadan kaldırılmadıkça, bu sonucu kesinleştiren bir düzenlemenin başka sorunlara yol açacağı ve devir özgürlüğünün pekiştirilmesi hedefini gerçekleştirmeye yetmeyeceği saptanmış bulunmaktadır²³⁰⁸.

Alacağın devrinin borçlunun rızası şartına bağlı tutulmasının alacağın devri özgürlüğü üzerinde kısıtlama oluşturacağı hususunda, elbette, herhangi bir tereddüt yok-

²³⁰⁶ Bkz. s. 281 vd; s. 316 vd.

²³⁰⁷ Örneğin, Almanya’da 1976 yılında gerçekleştirilen taşınır teminat araçları konusundaki 51. *Deutsche Juristentag* toplantısında, devir yasağının hukuki etkisi sorunu tartışılmış; bu sorunu aşmak üzere Drobnig tarafından iki kanun taslağı öneri olarak sunulmuştur. Birinci taslak “*Alacak haklarının devredilebilirliği sözleşme ile kaldırılamaz.*”; ikinci taslak “*Alacağın devri sözleşme ile yalnızca borçlunun rızası şartına bağlanabilir. Borçlunun rıza vermekten kaçınmakta önemli bir sebebi olmadığı takdirde, alacaklı rızanın verilmesini isteyebilir.*” şeklindedir. Bkz. Drobnig, s. F 98. Toplantıda birinci taslak 49:35:11 oyla kabul edilince; ikinci taslak, daha dar kapsamlı çözüm sağladığı gerekçe gösterilerek, ayrıca oylamaya sunulmamıştır. Bkz. Verhandlungen des 51. Deutsche Juristentag, 1976, Sitzungsberichte, Teil O, s. O 172 vd.

²³⁰⁸ Bkz. s. 566 vd.

tur. Ancak, şunu da eklemek gerekir ki, böyle bir hukuki yapıda, alacağın devri özgürlüğü, borçlu devre rıza vermekten kaçındığı zaman kısıtlanmış olmaktadır²³⁰⁹. Borçlu yapılan devre rıza verdiği takdirde alacaklının devir özgürlüğünden yararlanması mümkün olabilmektedir. O hâlde, borçlunun alacağın devrine rıza verdiği somut durumların çoğalmasa, genel olarak, alacağın devri özgürlüğünün pekiştirilmesi hedefine katkı sağlayacaktır.

Başta belirtildiği gibi, mutlak etkinin sınırlandırılmasına yönelik ilk aşama, BK 183/I hükmünün, katılma teorisi çerçevesinde, sözleşme ile bir devir yasağı kararlaştırıldığı zaman alacağın devrinin borçlunun rıza vermesi koşuluna bağlanmış olacağı şekilde yorumlanmasıdır. Sonraki aşamada, borçlunun alacağın devrine rıza verdiği somut durumların nasıl çoğaltılabileceği sorununa odaklanılması gerekmektedir. Bu sorunun çözümü bakımından temel araç MK 2/II hükmü olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının MK 2/II hükmünde öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığı her bir somut durum açısından özel olarak değerlendirilmelidir. Bu uygulama bakımından bir yenilik olmayıp hâlihazırda pek çok yargı kararlarında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının bertaraf edildiği gözlemlenmektedir²³¹⁰.

Yukarıda, sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılan hâllerde alacağın devri özgürlüğünün haksız olarak sınırlandırılması olgusunun mevcut olup olmadığı sorunun her bir somut durum bakımından özel olarak değerlendirilmesinin gerekli olduğu açıklanmış; HGB § 354a ve ABGB § 1396a hükümlerinin uygulama alanının ticari ilişkilerden doğan para alacakları ile sınırlandırılmış olması aleyhine, böyle bir düzenleme tarzının somut menfaat durumlarının değişkenliğini göz ardı ettiği ve eşitlik ilkesi ihlaline yol açtığı eleştirileri ifade olunmuştur²³¹¹. MK 2/II hükmü, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin temin edilebilmesi konusunda, her bir somut duruma ilişkin özel bir değerlendirme yapma imkânı sağlamaktadır.

²³⁰⁹ Bkz. s. 467 vd.

²³¹⁰ Bkz. s. 346 vd.

²³¹¹ Bkz. s. 538 vd.

Öğretide ve uygulama yaygın olan, borçlunun devre rıza vermesinin her durumda devir yasağının kalkmasına ve devralana devredilebilir bir hak olarak geçmesine yol açacağı şeklindeki yorum tarzı²³¹², devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların tedavül edilebilirliğini zayıflatmaktadır²³¹³. Çünkü, borçlu, devralanın alacaklı sıfatını kazanmasını engellemekte menfaate sahip olmasa bile, devralanın aynı devreden gibi devir yasağı ile bağlı olmasında prensip olarak menfaat sahibidir. Devir yasağının tamamen kalkması sonucu meydana gelecek oluşu, borçlunun haklı olarak rıza vermekten kaçınmasına neden olmaktadır²³¹⁴. Bu yüzden, BK 183/I hükmünün, alacağı borçlunun rızası ile devralanın kural olarak devir yasağı ile bağlı olacağı şeklinde yorumlanması²³¹⁵ devir yasağı içeren alacakların tedavül edilebilirliğinin genişletilmesi açısından fayda sağlayacaktır. Buna ilaveten, devralanın devir yasağı ile bağlı olacağı şeklindeki yorum tarzının hakkın kötüye kullanılması yasağının (MK 2/II) devir özgürlüğünün pekiştirilmesi konusundaki teknik işlevini ortaya çıkardığını da tekrar vurgulamak gerekir. Bu yorum tarzı sayesinde, borçlunun devre rıza vermekten kaçınmaktaki menfaati somutlaştırılabilmekte; borçlunun menfaati ile alacaklının alacağı devrinin geçerliliğine olan menfaati arasında birebir karşılaştırma yapılabilmektedir²³¹⁶.

Birçok defa belirtildiği üzere, uygulamada, borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasındaki en yaygın menfaati alacaklı olmayana ifa tehlikesinin bertaraf etmek olup bu menfaatin temini için bir devir yasağı kararlaştırılması ve borçlunun alacağın devrine katılma hakkı elde etmesi yeterlidir. Borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasında -alacaklı olmaya ifa tehlikesinin giderilmesi dışında- başka hiçbir menfaati yoksa veya sahip olduğu menfaat alacaklının menfaati karşısında korunmaya değer bir öneme sahip değilse, rıza vermekten kaçınması MK 2/II hükmüne aykırı sayılacaktır²³¹⁷.

İlgili kısımda açıklanmıştır ki, devralan, hakkın kötüye kullanılması yasağına sadece kendi adına ve menfaatine olarak değil devreden adına ve menfaatine olarak da

²³¹² Bkz. s. 277 vd.

²³¹³ Uygulamada borçluya devir yasağının kaldırılmasını kabul ettirebilmenin gerek devreden gerekse devralan yönünden güç ve maliyetli olduğu yönünde: Gullifer, s. 60, s. 63. Borçlunun devre rıza verebileceği düşüncesinin salt teorik bir değer taşıdığı, bunun pratikte bir karşılığının bulunmadığı yönünde: von Falkenhayn, s. 158.

²³¹⁴ Bkz. s. 339 vd.

²³¹⁵ Bkz. s. 338 vd.

²³¹⁶ Bkz. s. 348.

²³¹⁷ Bkz. s. 347 vd.

dayanabilir²³¹⁸. Uygulamada, devir yasağı kararlaştırılan durumların çoğunda borçlunun menfaatinin sadece alacaklı olmayana riskini önlemekten ibaret olduğu düşünüldüğünde, aynı zamanda bu yaygın durumda borçlunun rıza vermekten kaçınamayacağı ve devralanın alacağı tahsil edebileceği çıkarımına ulaşılabacaktır. Buna göre, devrin borçlunun rızası ile hüküm ifade edeceği ve alacağı borçlunun rızası ile devralanın devir yasağı ile bağlı olacağı noktalarının kabul edildiği hukuki yapıda, çoğu durumda, hem alacaklı olmayana ifa riski giderilmekte hem de alacak hakkı devralan tarafından tahsil edilebilmektedir.

Belirtilen esaslar çerçevesinde, uygulamada, borçlunun rıza vermekten kaçınmasının hangi hâllerde hakkın kötüye kullanılması sayılacağı sorununa odaklanılması gerekmektedir. Bu konuda salt borçlandırıcı etki teorisi dayandığı temeller²³¹⁹ borçlunun rıza vermekten haklı bir menfaati olduğu müddetçe kaçınabileceği fikrinin geliştirilmesi yönünde dikkate alınmalıdır.

3. Borçlunun Rıza Verip Vermeyeceği Konusundaki Belirsizliğin Giderilmesi Bakımından Sözleşme Özgürlüğünün Önemi

Devri anlaşma ile yasaklanmış bir alacağı devri söz konusu olan bir durumda, borçlunun yapılan devre rıza verip vermeyeceği gerek alacaklı gerekse devralan yönünden belirsizlik arz eder. Bu belirsizliği aşmak için sözleşme özgürlüğü çerçevesinde çeşitli düzenlemelere yer verilebilir. Araştırmamız sırasında iki konudaki sözleşme hükmünün söz konusu belirsizliğin giderilmesinde fayda sağlayabileceği ortaya çıkmıştır.

Birincisi, alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasında, borçlunun alacağın devrine rıza verip vermeme konusundaki takdir yetkisinin objektif bir tarzda sınırlandırılmasıdır. Örnek olarak, devir yasağını içeren sözleşme hükmünde, alacağın devrinin, belirli şekil şartına uyularak borçluya bildirimde bulunulması şartı ile geçerlilik kazanacağı öngörülebilir; borçlunun kendisine yapılan devir bildirimine belirli süre içinde itirazda bulunmadığı takdirde devrin geçerli hâle geleceği düzenlenebilir.

²³¹⁸ Bkz. s. 351 vd.

²³¹⁹ Alacağın devri özgürlüğünün borçlunun menfaatleri karşısında üstün tutulması gerektiği düşüncesine dayanan temellendirmesi hakkında bkz. s. 202 vd.

Alacağın yalnızca belirli kişilere -örneğin yalnızca bankaya- devredilebileceği veya sadece kısmi devirlerin yasak olduğu kararlaştırılabilir²³²⁰.

İkincisi, devreden ile devralan arasındaki alacağı devir borcunun sebebinin oluşturan sözleşmede, devreden devralana karşı, borçlunun rıza vermekten kaçınması hâlinde, alacağı borçludan kendi adına ancak devralan hesabına tahsil etmeyi ilave bir yükümlülük üstlenmesidir. Alman hukukunda HGB § 354a hükmü ile devralana sağlanana koruma, Türk hukukunda, devreden ile devralan arasındaki sözleşmede vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi belirtilen içerikte bir iş görme yükümlülüğü kararlaştırılarak daha güçlü bir tarzda temin edilebilir²³²¹.

4. Salt Borçlandırıcı Etkili Devir Yasağının Daha Hafif Bir Kısıtlama Sayılabilmesi Bakımından BK 183/I Hükmünün Varlığının Önemi

Alacağın devrinin sözleşme ile engellenebilmesi imkânının yerindeliğine dair müşterek hukuktan bugüne dek süregelen tartışmanın öğretiyeye en önemli katkısı, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkili veya salt borçlandırıcı etkili olarak düşünebileceği konusundaki farkındalıktır²³²². Mutlak etkili devir yasağı borçlu bakımından daha caziptir, çünkü borçlu bu sayede alacağın devri işlemine katılma hakkı elde etmektedir; salt borçlandırıcı etkili devir yasağı alacaklı bakımından daha caziptir, çünkü alacaklı alacak üzerindeki tasarruf yetkisini koruyabilmektedir. Sözleşme özgürlüğü prensibi gereği bu iki hukuki aracın hukuk hayatında birlikte var olmaya devam etmeleri arzu edilir.

Tarihsel gelişim süreci içinde, salt borçlandırıcı etkili devir yasağı, alacak üzerindeki tasarruf yetkisine dokunmadığı için, daima, mutlak etkili devir yasağına nazaran daha hafif bir kısıtlama olarak değerlendirilmiştir. Devir yasağı anlaşmasının yorumu konusunda yukarıda benimsenen bakış açısı da bundan ileri gelmektedir²³²³. Bu-

²³²⁰ Genel işlem koşulu niteliği taşıyan devir yasağı kayıtlarının geçerliliğinin içerik yönünden denetlenmesi bakımından bu tarz belirsizliği giderici kayıtların önemi hakkında bkz. s. 467 vd.

²³²¹ Bkz. s. 395 vd.

²³²² Bydlinski, s. 135.

²³²³ Bkz. s. 475 vd.

nunla birlikte, salt borçlandırııcı etkili devir yasağının daha hafif bir kısıtlama sayılmaya devam edilebilmesi, mutlak etkili devir yasağına alternatif bir hukuki araç niteliği taşımasına bağlıdır. Zira, yukarıda görülmüştür ki, mutlak etkili devir yasağı kararlaştırma imkânının emredici bir hükümle ortadan kaldırıldığı bir hukuk düzeninde, salt borçlandırııcı etkili devir yasağı da ceza koşulu desteği ile ağır bir kısıtlamaya dönüşürülebilmektedir. Mutlak etkili devir yasağı kararlaştırma imkânından mahrum bırakılan borçlunun alacaklı olmayana ifa riskini ortadan kaldırmak için yüksek tutarda ceza koşulu kararlaştırılmasını istemesi haklı sayılabilmektedir²³²⁴.

Oysaki, alacağın devrinin sözleşme ile engellenebileceği öngörülen BK 183/I hükmünün varlığı Türk hukukunda, salt borçlandırııcı etkili devir yasağının daha hafif bir kısıtlama olduğu konusundaki yerleşik anlayış ile tutarlılığı sağlamaktadır. Çünkü, alacağın devir özgürlüğü üzerinde BK 183/I hükmü ile geçerlilik tanından daha ağır bir kısıtlama sözleşme ile meydana getirilemez. BK 183/I hükmünün ötesine giden bir kısıtlama, ekonomik özgürlüğün kanuna aykırı biçimde kısıtlanması olarak anlanandırılır ve MK 23/II uyarınca geçersiz sayılır²³²⁵. Bu çerçevede, alacağı devretmeme borcuna uygun davranılmasını temin için kararlaştırılan sözleşme cezası, BK 183/I hükmünün izin verdiği ölçüyü aştığı takdirde, MK 23/II hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle indirilebilir. BK 183/I hükmünün varlığı sayesinde salt borçlandırııcı etkili devir yasağı daha hafif bir kısıtlama türü olarak görülmeye devam edilebilmektedir.

D. Mutlak Etkinin Sözleşmenin Yorumu Yoluyla Sınırlandırılmasının Önemi

Devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisinin kanunun yorumu yanında sözleşmenin yorumu yoluyla sınırlandırılması da mümkündür.

²³²⁴ Bkz. s. 542 vd.

²³²⁵ Bkz. s. 454 vd.

Sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin varlığı ve kapsamı konusunda ortaya çıkması muhtemel olan yorum uyumsuzluklarının neler olduğu ve bu uyumsuzlukların hangi esaslara göre çözümleneceği yukarıda açıklanmıştır²³²⁶. Mutlak etkinin sınırlandırılması yönünden çelişkili ya da muğlak biçimde formüle edilmiş devir yasağı kayıtlarının yorumu konusu özellikle değer taşımaktadır²³²⁷.

Yukarıda belirtildiği gibi, çelişkili ya da muğlak bir kayıt ile karşılaşıldığında, doğrudan doğruya, taraflar arasında mutlak etkili bir devir yasağı kararlaştırıldığı yorumu yapılmaması; bunun yerine, sözleşmenin yorumuna ilişkin genel esaslar çerçevesinde her bir kaydın özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme sırasında, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin birbiri ile çatışma içinde bulunduğu; devir yasağının salt borçlandırıcı etkili sayılması alacaklının menfaatineyken, mutlak etkili sayılmasının borçlunun menfaatine olduğu göz önünde tutulmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, tarafların gerçek ortak iradelerinin mutlak etki yönünde olduğu tespit edilemediği durumlarda, varsayılan ortak iradelerinin dürüstlük kuralına göre belirlenmesi, salt borçlandırıcı etki lehine yorum yapılmasını haklı gösterecektir²³²⁸.

²³²⁶ Bkz. s. 470 vd.

²³²⁷ Bkz. s. 475 vd.

²³²⁸ Bkz. s. 475 vd.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında varılan sonuçlar şunlardır:

- I. Kanundan, sözleşmeden veya alacağın niteliğinden kaynaklanan bir devir engelinin bulunmaması alacağın devri işleminin geçerlilik koşuludur.
- II. Alacağın niteliğinin hangi hâllerde devre engel oluşturduğu her bir somut durum bakımından özel olarak değerlendirilir. Bu konuda iki değerlendirme ölçütü mevcuttur. Devir yüzünden edimin içeriğinin değişebilir olması ve alacağın başka hak ve borçlara bağımlı bulunması. İlk ölçüt uygulanarak edimin içeriğinin değişmesinin önüne geçilirken amaçlanan yalnızca borçlunun korunmasıdır. Edimin içeriğindeki değişikliğin hangi hâllerde devre engel oluşturacağı alacağın devrinde hâkim olan borçlunun korunması prensibi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Yapmama borcunun ifasını talep hakkı ve borçtan kurtarılmayı talep hakkı, devri edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı için mümkün olmayan alacaklara örnek oluşturur. Alacağın başka hak ve borca bağımlı olması hâlinde devir engeli yalnızca borçlunun korunmasına yönelik değildir. Alacağın dayandığı hukuki kurumun amacı ve işlevini gerçekleştirebilmesi veya kanunda öngörülen tipe bağlılığının bozulmaması için zorunlu olan unsurların bir arada tutulması, bu sayede, dolaylı olarak alacaklının hukuki durumunun korunmasına da hizmet etmektedir. Kira veya ödünç sözleşmelerinden doğan kullanma hakkı, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinden doğan işin görülmesini talep hakkına ilişkin devir engeli bu özelliklerden kaynaklanmaktadır. Niteliği devre elverişli olmayan alacak hakları, alacaklı ile borçlu arasında sadece devir engelinin kaldırılması hususunda bir anlaşma yapılarak devredilebilir bir hakka dönüştürülemez. Niteliği devre engel oluşturan bir alacağın, BK 183 ve devamı hükümlerinde düzenlenen anlamdaki iki taraflı alacağın devri sözleşmesi ile devralana geçirilmesi imkânı da yoktur. Bu hâlde alacağın devri işleminin konusu imkânsızdır ve bu bir objektif imkânsızlık hâli oluşturmaktadır. Objektif imkânsızlık hâlinde uygulanması gereken yaptırım BK 27/I uyarınca kesin hükümsüzlüktür. Bununla birlikte, alacağın niteliğinden ileri gelen devir engelinin sadece borçluyu korumaya yönelik olduğu (edimin içeriğinin devir nedeniyle değişebileceği) hâllerde, BK 205/II hükmü kıyasen uygulanabilir; bu yolla, devreden ve devralan arasındaki anlaşma, dar anlamda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatının geçirilmesi konusunda devreden, devralan ve borçlu arasında

yapılan üç taraflı anlaşmanın BK 205/II hükmünde gösterilen ilk aşaması olarak ayakta tutulabilir. Devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya borçlunun önceden izin veya sonradan onay beyanıyla rıza vermesi, dar anlamda borç ilişkisindeki alacaklı sıfatının üç taraflı anlaşma ile geçirilmesine rıza olarak yorumlanabilir. Alacağın devrinin yalnızca edimin içeriğinin değişmesine yol açacağı hâllerde, alacak hakkı borçlunun rızası ile devralana geçirebilir.

III. Kanundan kaynaklanan devir engeli, kanunun niteliği devre elverişli bir alacağın devrini emredici bir hüküm ile tamamen yasakladığı veya belirli bir koşulun gerçekleşmesine bağlı tuttuğu durumlarda söz konusu olur. Bu tanıma göre, konut ve çatılı işyeri kiralari açısından BK 322/II, ürün kirasi açısından BK 366/I, kullanım öduncü açısından BK 380/II hükmünde kanun bir devir engeli öngörmüş değildir; çünkü anılan hükümler emredici bir vasfa sahip değildir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan bakım alacağına ilişkin BK 619/I hükmünde kanunun bir devir engeli öngördüğü tespiti yapılamaz; çünkü bakım alacağı niteliği itibarıyla devre elverişli değildir. Bir alacak hakkının devredilemeyeceği bazen emredici bir kanun hükmünde açıkça belirtilmiş olabilir. Örnek olarak işçinin ücret alacağı (BK 410/I) ve manevi tazminat alacağı (MK 25/IV) bakımından devir engeli bulunduğu kanunda açıkça düzenlenmektedir. Bazı durumlarda ise kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, kanunun yorumu yoluyla alacağın devrinin yasaklandığı sonucuna varmak mümkündür. Örnek olarak, bir alacağın devrine kişiyi kendi iradesiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemlere karşı koruyan emredici nitelikteki MK 23/II hükmü engel oluşturabilir. Kanunun alacağın devrini emredici bir hukuk kuralı ile yasakladığı hâllerde, bu yasağa aykırı olarak gerçekleştirilen alacağın devri işlemi -söz konusu kurala aykırılık hâlinde başka bir hükümsüzlük yaptırımı uygulanması kanunda özel olarak düzenlenmiş olmadıkça- BK 27/I uyarınca kesin hükümsüz olur. Kanunun emredici bir hüküm ile devri yasaklarken münhasıran borçluyu korumayı amaçladığı belirlenen hâllerde, kanunun alacağın devrini tamamen engellemediği, borçluyu koruma amacı doğrultusunda, devrin geçerliliğini onun rıza vermesi koşuluna bağlı tuttuğu yorumu yapılmalıdır.

IV. BK 183/I hükmünde alacaklı ile borçluya alacağın devrini sözleşme ile engelleme olanağı tanınmış, böylece mutlak etkinin benimsenmesi yönünde açık bir yasal

tercihte bulunulmuştur. Türk hukukunda, alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması olanağının varlığı sözleşme özgürlüğü prensibine (BK 26) değil BK 183/I hükmüne dayanmaktadır.

- V. Devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi yalnızca alacaklının alacağı devir hususundaki tasarruf yetkisini sınırlandırmaktan ibarettir. Devir yasağı anlaşmasının alacak üzerinde meydana getirdiği hukuki etkinin tasarruf sınırlandırılması olduğunun belirlenmesi, sözleşme ile kararlaştırılan devir engelinin alacağın niteliğinden kaynaklanan devir engelinden ayırt edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Niteliği devre elverişli olmayan alacak haklarından farklı olarak, sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli yine sözleşme ile kaldırılabilir. Devir engeli yine sözleşme ile kaldırılabilir.
- VI. Alacağın doğumundan sonra devir yasağı kararlaştırılması bir tasarruf sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Borç ilişkisinin kurulduktan sonra ancak alacak doğmadan önce devir yasağı kararlaştırılması ise bir değiştirme sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, gelecekteki bir alacağı konu alan bir devir işlemi yapıldıktan sonra, aynı alacak için bir devir yasağı kararlaştırılarak, alacağın devralanın malvarlığına geçişi önlenmektedir.
- VII. Bir devir yasağı anlaşması yapılması hâlinde, devir işleminin geçerliliği kanun tarafından borçlunun katılımına bağlanmaktadır. Borçlunun devir yasağı anlaşması ile elde ettiği devir işlemine katılma hakkı devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünden kaynaklanmaktadır. Borçlu ile alacaklı arasında bir devir yasağı anlaşması yapılmasıyla beraber, alacağın devrinin geçerlilik şartları arasında borçlunun rızası bir tamamlayıcı unsur olarak eklenmektedir. Hâkim, anlaşmaya aykırı devrin borçlunun rızasının eksikliği nedeniyle askıda hükümsüz olduğunu resen göz önüne almak durumundadır.
- VIII. Devir yasağı anlaşmasına aykırı bir alacak devri için borçlunun açıkladığı rıza, kural olarak, sadece askıda hükümsüz durumdaki somut bir devir işlemine geçerlilik kazandırır; devir yasağını tamamen ortadan kaldıran bir etki meydana getirmez. Devralan, borçlunun rızasıyla alacaklı sıfatını kazandığında devir yasağı anlaşması ile bağlı olur. Borçlunun rızasının devrin geçerliliğine ilişkin bir yasal koşul olarak nitelendirilmesi sayesinde, borçlunun, devir yasağı kaldırılmaksızın, tercih ettiği bir devir işlemi geçerliliğe kavuşturabilmesi mümkündür. Alacak

hakkının, devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak birden çok kişiye birbiriyle çatışacak şekilde devredilmiş olduğu ihtimalde, borçlu, devirlerin sırası ile bağlı olmaksızın tercih ettiği herhangi bir devir işlemine onay vererek geçerlilik kazanabilir. Bu hâlde borçlu hangi devre onay vereceği konusunda bir seçim yetkisine sahiptir.

- IX. Devrin geçerliliği üzerinde meydana getireceği etki göz önüne alındığında borçlunun alacağın devrine katılma hakkı bir yenilik doğuran hak niteliği taşımaktadır. Bu yenilik doğuran hak borçlunun malvarlığında yer almaktadır. Borçlunun, alacaklı tarafta meydana gelmesi muhtemel değişiklikleri kontrol etmekteki ekonomik menfaatleri, alacağın devrine katılma hakkı ile temin edilmektedir.
- X. Borçlu rızasını açık veya örtülü olarak açıklamayı tercih edebilir. Alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabi olduğu (BK 184/I) hâlde, borçlunun rızası bakımından özel bir geçerlilik şekline uyulması aranmaz.
- XI. Askıdaki devir işlemi borçlunun onay verdiği andan itibaren ileriye etkili olarak geçerlilik kazanır. Borçlunun alacağın devrine katılma hakkı, kanundan kaynaklandığı kadar tarafların iradesinden de kaynaklanmaktadır. BK 183/I hükmüne dayanan yönü itibarıyla, borçlunun rızası her ne kadar, alacağın devri işleminin geçerlilik kazanmasını sağlayan bir yasal koşul niteliği taşımakta olsa da, alacağın devrinin hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağı sorununun çözümünde, devir yasağının alacaklı ve borçlunun ortak iradesinden kaynaklanan yönü belirleyicidir. Bu nedenle, iradi koşula ilişkin BK 170/II hükmü kıyasen uygulanmalı, alacak devrinin borçlunun rızası anından başlayarak ileriye etkili olarak hükümlerini doğurmalıdır.
- XII. Geçerliliği askıda bulunan devir işleminin geçerlilik kazanmasında kural olarak hem devreden hem de devralanın menfaati bulunmaktadır. Bu açıdan borçlunun devir yasağı içeren alacağın devrine rıza vermekten kaçınması hem devreden hem de devralanın menfaatini olumsuz etkileyebilir. Borçlunun alacağın devrine rıza vermekten kaçınmasının hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığı, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişki ve borçlu ile devralan arasındaki ilişki bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

- XIII. Alacağı devreden devir yasağının kaldırılmasını borçluya kabul ettirebilmesi de ihtimal dâhilindedir. Bu yola başvurulması, alacak hakkının devralana devredilebilir bir hak olarak geçmesi sonucu doğuracaktır. Ancak, aynı alacak hakkı birden çok kişiye birbiriyle çatışan tarzda devredilmişse, devirlerin askıda olduğu dönemde, borçlunun sadece kendi alacaklısı ile devir yasağının kaldırılması konusunda anlaşarak tercih ettiği belirli bir devre geçerlilik kazandırabilmesi mümkün değildir. Alacaklının alacağı devir konusundaki tasarruf yetkisini kazandığı an itibarıyla zamansal öncelik prensibi yürürlüğe girer ve bu prensip gereğince ilk sırada yapılan devir geçerlilik kazanır.
- XIV. Devir yasağını kaldırılması konusundaki sözleşme borçlu açısından tasarruf işlemi alacaklı yönünden kazandırıcı işlem niteliği taşır.
- XV. Borçlunun rıza açıklamasında bulunması veya devreden ile devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılmasını kabul etmesi sonucu geçerlilik kazanan işlem teknik anlamıyla bir alacağın devri işlemidir. Alacak hakkı zaten doğası itibarıyla devre elverişli olduğu için, başkasına geçirilmesi edimin içeriğinde herhangi bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Bu yüzden alacağın devri hükümlerinin prensip olarak doğrudan uygulanması gerekmektedir.
- XVI. Rıza açıklamasında bulunarak veya devreden ile devir yasağının kaldırılması konusunda bir sözleşme yapılmasını kabul ederek, askıdaki devir işleminin geçerlilik kazanmasını sağlayan borçlu, borçlunun korunması prensibinin (BK 188/I) yürürlüğe girmesi sonucu, devralana yöneltebileceği çeşitli savunma hakları elde etmiş olabilir. İki ihtimalde de, borçlunun, askıdaki devrin hüküm doğurmasını sağlayan irade beyanı ile devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasından feragat etmiş olacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bunun yanı sıra, borçlunun askıdaki bir devri geçerli kılmaya yönelik irade beyanının borçlunun korunması prensibi gereğince sahip olduğu başka savunmalardan feragat etkisi yaratıp yaratmadığı meselesi gündeme gelebilir. Bu konu esasen bir irade beyanının yorumu sorunudur. Bununla birlikte, rıza beyanının şüphe hâlinde sadece devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasından feragat şeklinde dar yorumlanması yoluyla, borçlunun, hiç devir yasağı kararlaştırılmamış olsa sahip olacağı savunmalardan sırf devre rıza verdiği için mahrum kalmasının önüne geçilmelidir.

- XVII. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunması alacağın devrinin geçersizliğine ilişkin bir savunmadır; defi değil itiraz niteliği taşır.
- XVIII. Devir yasağı kararlaştırıldığı savunmasının devrin geçersizliğine ilişkin olması dolayısıyla devralana karşı ileri sürülebilmesi için BK 188/I hükmünün varlığına ihtiyaç yoktur. Ancak bu savunma hakkının doğumu bakımından BK 188/I hükmünün varlığı önem taşıyabilmektedir. Doğmuş bir alacağın devredildiği ihtimalde, borçlunun devirden sonra ancak devri öğrenmeden önce devreden ile kararlaştırdığı devir yasağı, devreden tasarruf yetkisine sahip olmadığı için geçersiz olacakken, BK 188/I hükmünün varlığı sayesinde geçerlilik kazanır. Gelecekteki bir alacağın devredildiği ihtimalde ise devir anından alacağın doğumuna kadar olan dönemde alacaklı ile borçlu arasında devir yasağı kararlaştırılması zaten geçerlidir; BK 188/I hükmünün uygulanmasına yer yoktur.
- XIX. BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunmasının şartları şunlardır: 1. Yazılı borç tanınması bulunması: 2. Devir yasağının yazılı borç tanınmasında belirtilmemiş olması 3. Borç tanınmasını içeren senedin devralana en geç devir sırasında ibraz edilmiş olması: 4. Alacağın yazılı borç tanınmasına güvenirerek devralınmış olması. BK 183/II hükmüne göre iyiniyetin korunmasının birinci etkisi, alacağın devrinin geçerli olması ve devralanın alacağı iktisap etmesidir. Devralan alacağı iktisap edince borçlu, alacağın devrinin sözleşme ile engellendiği savunmasından mahrum kalır. İkinci etki, alacak hakkının devir yasağından kurtulmuş olarak devralana geçmesidir. Devralan malvarlığına geçen alacak hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Borçlu, BK 183/II hükmünün şartları gerçekleşmişse, alacağı devralan üçüncü kişiye karşı devir yasağı kararlaştırıldığını ileri süremez; ancak devir yasağı anlaşmasına aykırı olarak alacağı devredenden uğramış olduğu bu nedenle uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir.
- XX. Sözleşme ile devir yeteneği sınırlandırılmış bir alacak hakkının devrine borçlunun rıza vermemesi sübjektif imkânsızlık hâli oluşturur; alacağı devir borcuna dayanak oluşturan borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkilemez. Sözleşme ile kararlaştırılan devir engeli bulunması alacağın varlığına ilişkin bir eksikliktir. Sözleşme ile devri yasaklanmış mevcut bir alacağı devreden, borçlunun devri onaylamaması ihtimalinde, devralana karşı garanti sorumluluğu (BK 191) altına girer. Ge-

lecekteki bir alacağın devri hâlinde ise devreden devralana karşı yalnızca aralarındaki borç ilişkisine aykırılıktan ötürü sorumlu tutulabilir; devredenin garanti sorumluluğuna ise başvuramaz. Diğer yandan, devreden, alacağı devir yasağı içerdiğini bilerek devralana karşı, sözleşme ile ayrıca üstlenilmiş olmadıkça, garanti sorumluluğu (BK 191) altında değildir. Bu ihtimalde, devreden ile devralan arasındaki sözleşmede devreden, borçlunun devir yasağı kararlaştırıldığını öne sürerek ifada kaçınması hâlinde alacağı kendi adına ama devralan hesabına tahsil etmeyi üstlenebilir. Alman hukukunda HGB § 354a hükmü sevk edilerek devralana kanun tarafından sağlanan hukuki koruma, Türk hukukunda bu içerikte bir iş görme borcunun devreden tarafından sözleşme ile üstlenilmesi yoluyla temin edilebilir.

XXI. Bir alacak hakkında devir yasağı kararlaştırılmış olması o alacağın dayandığı sözleşmenin devrine engel oluşturmaz. Hatta, bir sözleşmenin tarafları aralarında anlaşarak, sadece alacağın değil aynı zamanda sözleşmenin devrini yasaklamış olsa bile, böyle bir anlaşmaya rağmen sözleşmenin devri mümkündür. Çünkü sözleşmenin devri zaten üç tarafın katılımı ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin devri hakkındaki üç taraflı anlaşma sonucu o sözleşmeden doğan ve devri anlaşma ile yasaklanmış alacaklar da sözleşmeyi devralana geçecektir.

XXII. Alacaklının iradesi aranmaksızın, kanun gereği veya bir mahkeme kararı gereği gerçekleşen alacak intikallerine, özel bir düzenleme mevcut olmadığı takdirde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağının alacağın devrine engel oluşturacağını öngören BK 183/I hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olup olmadığı aşağıdaki şekilde değerlendirilmektedir.

A. Alacağın mahkeme hükmü gereği intikal edebilmesi için devre elverişli olması şartı aranmaktadır. Bu çerçevede bir alacak hakkı için devir yasağı kararlaştırılmış olmasının, o alacağın bir mahkeme kararı gereği başkasına intikaline de engel oluşturacağı kabul edilmektedir. Aynı esas alacak geçişinin bir mahkeme kararına değil, icra organı (icra dairesi) veya iflas organı (iflas idaresi; ikinci alacaklılar toplantısı) tarafından yapılan resmi işleme dayan-

dığı durumlarda da kabul edilmektedir. İcra organının resmi işlemleri bakımından varılan sonuçlar şunlardır: Sözleşme ile getirilen devir engeli alacağın haczine engel teşkil etmemekte; ancak haczedilen alacağın paraya çevrilmesi safhasında alacağın intikali sonucu meydana getiren yollara başvurulmasına engel oluşturmaktadır. Bir alacak hakkının devrinin anlaşma ile yasaklanmış olması, o alacak hakkının açık artırma veya pazarlık yoluyla satılarak paraya çevrilmesine, alacağın İİK 120/I hükmüne göre takip alacaklısına ödeme yerine devredilmesine engel oluşturur. Buna karşılık, takip alacaklısına İİK 120/II hükmüne göre alacağı takip yetkisi verilmesine engel teşkil etmez. İflas organının resmi işlemleri bakımından varılan sonuçlar şunlardır: Devri anlaşma ile engellenmiş bir alacak hakkı da haczi mümkün bir malvarlığı değeri olması dolayısıyla iflas masasının aktifine dâhil olur. Ancak iflas idaresi devir yasağı anlaşması ile bağlıdır ve iflas idaresinin alacak hakkından yararlanma yetkisi alacağı takip yetkisi (İİK 229) ile sınırlıdır. Devir yasağı anlaşması, İİK 245 hükmü gereği alacağı takip yetkisi tanınmasına engel oluşturmaz.

- B. Devir yasağı anlaşmasının alacağın kanun gereği intikali önleyip önlemeyeceği şöyle değerlendirilir: Devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıyan BK 183/I hükmünün ardındaki borçluyu koruma amacı ile alacağın intikalini öngören ilgili kanun hükmünün koruma amacı arasında karşılaştırma yapılır ve hangi koruma amacının üstün olduğu belirlenir. Alacağın intikalini öngören ve koruma amacı dolayısıyla üstün tutulan kanun hükmü, alacak hakkı üzerinde devredenın sahip olmadığı bir yetkiyi -alacağı devir yetkisini- devralanın kazanmasına dayanak oluşturmaz. Alacak hakkı devir yasağı ile yüklü olarak intikal eder. Alacak hakkı kanun gereği kendisine intikal eden kişi devir yasağı ile bağlı olmaktadır.
- C. BK 127/I b. 1 veya b. 2 hükmünün şartları gerçekleşmişse, devir yasağı kararlaştırılmış olması alacak hakkının üçüncü kişiye devir yasağı ile intikaline engel oluşturmaz. BK 183/I hükmünün ardındaki borçlunun devir yasağı kararlaştırılmasına olan menfaatinı koruma amacı karşısında, BK 127/I b. 1 hükmünün öngördüğü eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı ayni hak sahibi kişilerin halefiyete dayanan rücu hakkını koruma amacı daha üstündür. BK

127/I b. 2 hükmünde düzenlenen ikinci halefiyet hâli zaten borçlunun iradesi ile gerçekleşebilmektedir.

- D. Devir yasağı kararlaştırılmış olması, rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun BK 168/I hükmü uyarınca ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olmasına engel oluşturmaz. Aynısı bölünemez borçluluk bakımından BK 85/III hükmünde öngörülen halefiyet hâli bakımından da geçerlidir.
- E. Kefilin alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağını öngören BK 596/I hükmü kefilî koruma amacı öngörmesi nedeniyle emredici nitelik taşımaktadır. Hükmün koruma amacı gereği, kefalet ile teminat altına alınan asıl borcun tarafları arasında yapılan -kefilin tarafı dahi olmadığı- bir devir yasağı anlaşması ile halefiyet sonucunun meydana gelmesinin önüne geçilmesi ve kefilin sorumluluğunun ağırlaştırılması mümkün değildir.
- F. Devir yasağı kararlaştırılması yoluyla sigortacının halefiyete dayanan rücu hakkının (TK 1472/I; TK 1481/I) engellenebilmesi mümkündür. Bu hâlde sigorta ettiren, sigortacının halefiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır.
- G. Bir alacak için devir yasağı kararlaştırılmış olması o alacağın BK 509/I uyarınca vekâlet verene geçmesine engel oluşturur. Vekile karşı alacak hakkı kazanan üçüncü kişinin alacağın kendi rızası olmadan başkasına devredilemeyeceğine olan güveni, vekâlet verenin aynı alacağı kanun gereği devralabileceğine olan güveni ile karşılaştırıldığında daha yüksek düzeyde korunmaya layık bulunmaktadır.

XXIII. Külli halefiyet hâllerinde alacak intikali kanun gereği gerçekleştiği hâlde, bu intikale alacağın devri hükümlerinin kıyasen dahi uygulanmayacağı görüşü benimsenmektedir. Buna göre, külli halefiyet hâllerinde, alacak hakkı, devir yasağı ile yüklü olarak intikal edecektir. Külli halef borçlu lehine kararlaştırılmış olan devir yasağı ile bağlı olacaktır. Bu esasın yerindeliği miras yoluyla intikal ve ticaret şirketlerinin birleşmesi örnekleri üzerinden ortaya konulmuştur.

XXIV. Ticari işletmenin devri ve bölünme yoluyla malvarlığı geçişi hakkında “*kısmi külli halefiyet*” nitelendirmesi yapıldığı dikkate alındığında, bu hâllerde devri anlaşma ile yasaklanmış alacakların geçişinin külli halefiyet hâllerinde benimsenen genel esasa göre mi çözümleneceği bir sorun teşkil etmektedir. Öğretide, ticaret

şirketlerinin bölünmesi ve ticari işletmenin devri hâllerinde devir yasağı anlaşmasının hukuki etkisi sorunu bazı eserlerde cüzi halefiyet prensibine göre, bazı eserlerde ise külli halefiyet prensibine göre çözüme kavuşturulmaktadır. Devir yasağı anlaşmasının etkisi sorununun böyle farklı ele alınmasının, bölünme ve ticari işletmenin devri sonucu bir külli halefiyet meydana gelip gelmediği konusunda farklı düşünülmesi ile bağlantılı olduğu tespit edilmektedir.

- XXV. Devir yasağı anlaşmasının geçerliliği şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü olarak kararlaştırılması mümkündür. Devir yasağını kaldırılması konusundaki anlaşmanın geçerliliği için de herhangi bir şekle uyulmasına gerek yoktur.
- XXVI. Devir yasağı kararlaştırılması yüzünden alacaklının ekonomik özgürlüğünün MK 23/II hükmüne aykırı düşecek ölçüde sınırlandırılmış olacağı bir durum ile karşılaşılması pek muhtemel gözükmemektedir. Çünkü, alacaklı devir yetkisinden vazgeçmiş olsa bile hâlen daha alacak üzerinde hak sahibidir ve ekonomik özgürlüğünü alacağı tahsil yetkisi ile muhafaza etmektedir. Üstelik, devir yasağı kararlaştırılması sonucu alacağı devir yetkisi kesin biçimde ortadan kaldırılmış da değildir; borçlunun rızası alınabildiği takdirde alacak hakkı devredilebilir. Borçlunun alacağın devrine rıza vermekten kaçınma yetkisi hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK 2/II) ile sınırlıdır. Bununla birlikte, alacağın devri özgürlüğü üzerinde BK 183/I hükmünde izin verilenden daha ağır bir baskı oluşturmak üzere hazırlanmış başka içerikteki anlaşmalar (örneğin alacağın varlığının devir bozucu şartına bağlanması; devretmeme borcunun ifasını temin için aşırı ceza kararlaştırılması) alacağın devri özgürlüğünün kanuna aykırı ölçüde sınırlandırılması olarak anlamlandırılmalı ve MK 23/II hükmü uyarınca geçersiz sayılmalıdır.
- XXVII. Devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olması devir yasağı anlaşmasının geçersiz olmasına yol açar. Ancak, borçlunun gelecekteki alacağın devredildiğini bildiği hâlde devir yasağı kararlaştırılmasını sağlayıp devralanın zarara uğramasına yol açığının belirlenmesi devir yasağı ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olduğu iddiasını ispata yetmemektedir. Belirtilen somut durumda, ahlaka aykırılık iddiası alacaklı ile borçlunun ahlaken onaylanamaz tutumunu ortaya koyan başka olgularla desteklenmesi gerekmektedir.
- XXVIII. Genel işlem koşulu niteliğindeki devir yasağı prensip olarak geçerlidir; ancak içerik denetimine göre geçersiz sayıldığı somut durumlarla karşılaştırılabilir. Çünkü,

devrin borçlunun rızası ile gerçekleştirilmesi olanağı bulunan bir hukuki yapıda, borçlunun, hangi anda veya (çatışan devirler hâlinde) hangi devralan lehine devri onaylayacağı konusunda karar alma yetkisine sahip olması, bazı hâllerde, dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde alacaklının aleyhine olabilir. Borçlu, genel işlem koşulları arasında bir devir yasağına yer verirken sadece kendi menfaatlerini değil, alacaklının menfaatlerini de gözetmeli; devir yasağı kaydında borçlunun alacağın devrine rıza verip vermeme konusundaki takdir yetkisi alacaklının korunması amacı ile objektif bir tarzda sınırlandırılmalıdır.

XXIX. Devir yasağının anlaşmasının yorumu devir özgürlüğünün pekiştirilmesi yönünden önem arz etmektedir. Özellikle çelişkili ve muğlak ifadeler içeren devir yasağı kayıtları doğrudan doğruya mutlak etkili devir yasağı olarak anlamlandırılmamalı, ilk aşamada, tarafların gerçek ortak iradeleri bulunarak tespit edilmeye çalışılmalıdır. Tarafların gerçek ortak iradelerinin tespit edilemediği durumda, MK 2/I hükmü çerçevesinde ve somut olaydaki menfaat durumu dikkate alınarak, tarafların varsayılan ortak iradelerinin belirlenmelidir. Devir yasağı söz konusu olduğunda tarafların menfaati birbirinin aksi yöndedir; tarafların varsayılan ortak iradelerinin dürüstlük kuralına göre belirlenmesi salt borçlandırıcı etki lehine yorum yapılmasını haklı gösterir.

XXX. Devir yasağı anlaşması kavramının müşterek hukuktan günümüze kadar olan gelişimi incelendiğinde, salt borçlandırıcı etki teorisinin mutlak etki teorisini her alanda ikame edebilir bir yapı olmaktan uzaklaştığı belirlenmektedir. Alman ve Avusturya hukuklarında mutlak etkiyi sınırlandıran emredici bir hüküm öngörülmesi yöntemine bağlı kalınmıştır. HGB § 354a ve ABGB § 1396a örnekleri üzerinden yapılan değerlendirmede, sözleşme ile kararlaştırılan devir yasağına rağmen devrolunan alacağın devralana geçeceği sonucunu yasal bir düzenleme ile kesinleştirme eğiliminin devir özgürlüğünün pekiştirilmesi ve işlem güvenliğinin korunması yönünden kayda değer bir fayda sağlamadığı sonucuna varılmıştır. Yapılan düzenlemelerde borçlunun devrin engellenmesine olan menfaatlerinin korumasız bırakılması mümkün olmadığı için, üç taraflı ilişkideki menfaat çatışması aynı şekilde devam etmekte ve başka sorunların gelişmesine yol açmaktadır. Sonuç olarak, Türk hukuku bakımından herhangi bir düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu, Kevork : **Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul 1971.
- Aicher, Josef : “Zur Wirkung des vertraglichen Zessionsverbotes”, **ÖJZ**, H. 12, Jg. 27, 1972, s. 309-319.
- Akartepe, Alpaslan : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, İstanbul 2010.
- Akbulut, Pakize Ezgi : **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması**, İstanbul 2016.
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya : **Türk Medenî Hukuku, C. II: Aile Hukuku**, 22. bası, İstanbul 2020.
- Akkanat, Halil : **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul 2004.
- Akyiğit, Ercan : **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara 1995.
- Akyol, Şener : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, İstanbul 1995.
- Akyol, Şener : **Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi**, 2. bası, İstanbul 2007. [*Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*]
- Akyol, Şener : **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul 2008. [*Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*]
- Albayrak Zincirlioğlu, Candan : **İş Sözleşmesinin Devri**, İstanbul 2015.
- Alternativkommentare zum BGB [AK-BGB/Yazar Adı] : **Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Allgemeines Schuldrecht, §§ 241-432**, Luchterhand 1980.
- Altop, Atilla : **Özellikle Taşınır Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara 1990.
- Aral, Fahrettin : “Topyekûn Temlik”, **AÜHFD**, 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 93-140.
- Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara 1994. [*Takas*]

- Arıcı, Mehmet Fatih : **Ticari İşletmelerin Aktif ve Pasifi ile Devri**, İstanbul 2008.
- Arkan, Sabih : **Ticarî İşletme Hukuku**, 25. bası, Ankara 2019.
- Arndt, Karl : **Zessionsrecht: Beiträge zum Recht der Forderung-sabtretung im internationalen Verkehr**, Berlin 1932.
- Arsebük, Esat : **Borçlar Hukuku, C. I ve C. II**, 3. bası, Ankara 1950.
- Arseven, Haydar : **Sigorta Hukuku**, 2. bası, İstanbul 1991.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel : **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. bası, Ankara 2019.
- Attenhofer : “Der Gegenstand der Cession”, **ZSR**, Bd. V, 1886, s. 269-288.
- Aybay, Aydın : **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm**, 14. bası, İstanbul 2016.
- Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 4. bası, Ankara 2019.
- Ayiter, Nûşin : **Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme**, Ankara, 1968.
- Ayrancı, Hasan : **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara 2003.
- Bahtiyar, Mehmet : **Ortaklıklar Hukuku**, 13. bası, İstanbul 2019.
- Basedow, Jürgen : “Internationales Factoring zwischen Kollisionrecht und Unidroit-Konvention”, **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**, 3/1997, s. 615-642.
- Baskan, Esra : “Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 21, S. 2, s. 3-46.
- Basler Kommentar [BSK-Yazar Adı] : **Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR**, 6. Auflage, (ed.) H. Honsell, N. Vogt, W. Wiegand, Basel 2015.
- Bauer, Christoph : **Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang**, Zürich 2010.

- Baukelmann, Peter : “Der Ausschluß der Abtretbarkeit von Geldforderungen in AGB - Fragen zu § 354a HGB”, **Festschrift für Hans Erich Brandner**, (hrsg.) G. Pfeiffer, J. Kummer, S. Scheuch, Köln 1996, s. 185-205.
- Baumbach, Adolf (begr.) / : **Handelsgesetzbuch**, 38. Auflage, München 2018.
Hopt, Klaus (bearb.)
[Baumbach/Hopt (Yazar Adi)]
- Bazinas, Spiros V. : “Key Policy Issues of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade”, **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 2003, s. 275-301.
- Bazinas, Spiros V. : “Multi-Jurisdictional Receivables Financing: UNCITRAL’s Impact on Securitization and Cross-Border Perfection”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 12, 2002, s. 365-387. (*Multi-Jurisdictional Receivables Financing*)
- Beck’scher Online-Kommentar [BeckOK/Yazar Adi] : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, (hrsg.) H. G. Bamberger, H. Roth, W. Hau, R. Poseck, 4. Auflage, München 2019.
- Becker, Hermann : **Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183**, 2. Auflage, Bern 1941.
- Beer, Hubert : **Die relative Unwirksamkeit**, Berlin 1975.
- Benteux, Grégory : “Clause limitative de cession des créances: tenir compte du nouveau régime”, **Option Finance**, 15 Juillet 2019.
- Berger, Bernhard : **Allgemeines Schuldrecht**, 2. Auflage, Bern 2012.
[B.Berger]

- Berger, Christian : **Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen**, Tübingen 1988.
- Bette, Klaus : “Vertraglicher Abtretungsausschluß im deutschen und Grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr”, **WM**, 1994, s. 1909-1956.
- Bilge, Necip : **Cezai Şart**, Esat Arsebük Armağanı’ndan ayrı bası, Ankara 1957.
- Birsen, Kemaleddin : **Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. bası, İstanbul 1967.
- Blaum, Matthias : **Das Abtretungsverbot nach 399 2. Alt. BGB und seine Auswirkungen auf den Rechtsverkehr**, Frankfurt am Main 1983.
- Blaurock, Uwe : “Die Factoring- Zession”, **ZHR**, 1978, Bd. 142, s. 325-341.
- Bluntschli, Johann Caspar : **Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich**, Zürich 1855.
- (hrsg.)
- Bozer, Ali : “Sigortacının Rücu Hakkı”, **BATİDER**, 1964, C. II, S. 3, s. 477-480. [*Sigortacının Rücu Hakkı*]
- Bozer, Ali : **Sigorta Hukuku**, Ankara 1981.
- Bozer, Ali / Göle, Celal : **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2018.
- Böttcher, Lars / Habighorst, Oliver / Schulte, Christian : **Umwandlungsrecht**, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.
- (hrsg.) [*Böttcher/Habighorst/Schulte (Yazar Adı)*]
- Brand, Michael : “Revolutionäres im Zessionsrechts-Änderungsgesetz”, **ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)**, 2005, H. 9, s. 677.
- Brückmann, Arthur : “Bedeutung und Tragweite des Abtretungsverbots aus § 399 BGB”, **Dr. J. A. Seuffert’s Blätter für Rechtsanwendung**, 1906, Bd. 71, s. 437-441.

- Brütt, Lorenz : **Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach
gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch**,
Dissertation, Berlin 1900.
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil**, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Buz, Vedat : **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara,
2005.
- von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner
Teil**, Zürich 1964.
- von Büren, Roland : “Der Übergang von Verträgen im Rahmen von
[*R. von Büren*] Vermögensübertragungen nach Fusionsgesetz”,
Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag,
(hrsg.) W. Wiegand, T. Koller, H. P. Walter, Bern
2009, s. 29-47.
- Bydlinski, Franz : “Zessionsverbot und Vertragsauslegung”, **Privatrecht
und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer**, Ba-
sel 2004.
- Canaris, Claus-Wilhelm : “Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsver-
botes”, **Festschrift für Rolf Serick zum 70. Ge-
burtstag**, Heidelberg 1992, s. 9-36. [*Abtretungsverbo-
tes*]
- Canaris, Claus-Wilhelm : **Handelsrecht**, 24. Auflage, München 2006.
- Centel, Tankut : **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul 1988.
- CHK- Handkommentar : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht,
[*CHK-Yazar Adı*] Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen
Art. 1-183 OR**, (hrsg.) A. Furrer, A. K. Schnyder, 3.
Auflage, Zürich 2016.
- : **Vertragsverhältnisse Teil 2: Art. 319-529 OR**,
(hrsg.) C. Huguenin, M. Müller-Chen, 3. Auflage, Zü-
rich 2016.

- : **Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG**, (hrsg.) M. Amstutz, V. Roberto, H. R. Trüeb, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Commentaire romand
[CR-Yazar Adı] : **Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO Commentaire**, (ed.) L. Théovenoz, F. Werro, 2. édition, Bâle 2012.
- Cosack, Konrad : **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen**, 4. Auflage, Jena 1903.
- Crome, Carl : **System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse 1**, Tübingen 1902.
- Crome, Carl : **Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts**, Mannheim 1894. [Code civil]
- von der Crone, Hans Caspar / : **Das Fusionsgesetz**, 2. Auflage, Zürich 2017.
- Gersbach, Andreas / Kessler,
Franz J. / von der Crone, Brigitte / Ingber, Karin
- Çebi, Hakan : **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul 2010.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu,
Nurşen / Canbolat, Talat : **İş Hukuku Dersleri**, 31. bası, İstanbul 2018.
- Çelikboya, Kerem : **Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul 2017.
- Çenberci, Mustafa : **İş Kanunu Şerhi**, 5. bası, Ankara 1984.
- Çopuroğlu, Çağlar : **Ücret ve Korunması**, Ankara 2013.
- Dayınlarlı, Kemal : **Alacağın Temliki**, 4. bası, Ankara 2010.
- Depping, Bernd / Nikolaus,
Frank : "Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot auf dem Prüfstand ökonomischer Analyse des Rechts", **Der Betrieb**, 1994, H. 24, s. 1199-1203.

- Dernburg, Heinrich : **Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1: Allgemeine Lehren**, 4. Auflage, Halle a.d.S. 1909.
- Dinar, Cem R. : **Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik, Kısıtlama ve Yasakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1995 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Doğan, Gül : **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul 2006.
- Domaniç, Hayri / Ulusoy, Erol : **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. bası, İstanbul 2007.
- Dornwald, Werner : **Grenzen und Umfang des Abtretungsverbots gemäss § 399 1. Alt. BGB**, Dissertation, Köln 1978.
- Dörner, Heinrich : **Dynamische Relativität: Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten**, München 1985.
- Drobnig, Ulrich : “Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag”, **Verhandlungen des Einundfünfzigsten Deutschen Juristentages**, Bd. I, München 1976, s. F 4-99.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat : **Türk Özel Hukuku, C. I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 14. bası, İstanbul 2019.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku, C. II: Kişiler Hukuku**, 20. bası, İstanbul 2019.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku, C. III: Aile Hukuku**, 14. bası, İstanbul 2019.
- / Gümü, Mustafa Alper
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut : **Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku**, 13. bası, İstanbul 2019.
- Durgut, Ramazan : **Cari Hesap Sözleşmesi**, İstanbul 2012.

- Ebenroth, C. T. / Boujong, K. : **Handelsgesetzbuch Kommentar, Bd. 1: §§ 1-342e**, 4. / Joost, D. / Strohn, L. (begr.) Auflage, München 2020.
- [EBJS/Yazar Adı] **Handelsgesetzbuch Kommentar, Bd. 2: §§ 343-475h**, 3. Auflage, München 2015.
- Eckert, Michael : “Teilweise Unwirksamkeit von Abtretungsverboten: der neue § 354a HGB”, **Deutsches Steuerrecht**, 1995, s. 851-854.
- Ehrenzeller, Max : **Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht**, Bern 1951.
- Ehrenzweig, Armin : **System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, Erste Hälfte: Das Recht der Schuldverhältnisse**, 6. Auflage, Wien 1920.
- Ehrenzweig, Armin : **System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II: Obligationen- Familien- und Erbrecht**, 3. Auflage, Wien 1900. [Krainz/Pfaff/Ehrenzweig]
- Eidenmüller, Horst : “Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung”, **AcP**, 204/2004, s. 457-501.
- Ekonomi, Münir : **İş Hukuku, C. I: Ferdî İş Hukuku**, 3. bası, İstanbul 1984.
- Elçin Grassinger, Gülçin : “Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki”, **İÜHF**, 1996, C. LV, S. 1-2, s. 389-412.
- Engel, Pierre : **Traité des obligations en droit suisse**, 2. édition, Bern 1997.
- Engin, Baki İlkey : **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara 2002.
- Engin, Baki İlkey : “Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır?”, **M. Kemal Oğuzman’ın Anısına**

- Armağan, İstanbul 2000, s. 313-321. [*Alacağın Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi*]
- Enneccerus, Ludwig /
Lehmann, Heinrich
Eren, Fikret : **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse**, 15. Auflage, Tübingen 1958.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. bası, Ankara 2019.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. bası, Ankara 2019. [*Borçlar Özel*]
- Ergenekon, Yılmaz : **Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları**, Ankara 1966.
- Erlüle, Fulya : **Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, Ankara 2011.
- Erman, Hasan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2010.
- Erman, Walter (begr.) : **Bürgerliche Gesetzbuch Handkommentar, Bd. I**, 14. Auflage, 2014.
- [*Erman/Yazar Adı*]
- Esener, Turhan : **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, Ankara 1956.
- Esser, Joseph / Schmidt, Eike : **Schuldrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, Teilband 2**, 8. Auflage, Heidelberg 2000.
- von Falkenhayn, Angela : **Das Verhältnis von Factor und Debitor beim Factoring**, Frankfurt am Main 1999.
- Fässler, Benedikt : **Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht**, Zürich 2010.
- Favre, Pascal G. : **Le transfert conventionnel de contrat**, Zurich 2005.
- Fellmann, Walter : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR**, Bern 1992.
- Ferrari, Franco : “The UNCITRAL Draft Convention on Assignment in Receivables Financing: Critical Remarks on Some Specific Issues”, **Private Law in the International**

- Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr**, Hague 2000, s. 170-196.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 2. bası, İstanbul 1977.
- Feyzioğlu, Feyzi/ Özakman, : **Aile Hukuku**, 3. bası, İstanbul 1986.
- Cumhur/ Sarıal, Enis
- Fick, Fritz : **Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1-22**, 1. Auflage, Zürich 1911.
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas : **Schuldrecht**, 10. Auflage, Berlin 2006.
- Franke, Nisim : “Alacağın Temliki”, **AÜSBFD**, 1994, C. 49, S. 1, s. 177-197.
- Frotz, Gerhard : “Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts: Gutachten”, **Verhandlungen des Vierten Österreichischen Juristentages**, Bd. I, 3. Teil, Wien 1970, s. 3-316.
- Funk, Fritz : **Handkommentar des Obligationenrechtes**, Aarau 1928.
- Furtner, Georg : “Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und ihre Sicherung”, **NJW**, 1966, H. 5, s. 182-189.
- Gauch, Peter / Schluep, : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II**, 10. Auflage, Zürich 2014.
- Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan
- Gellner, Otto : “Das vertragsmäßige Zessionsverbot”, **Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis**, 1913, Bd. XXX, s. 1-12.
- Gernhuber, Joachim : **Die Erfüllung und ihre Surrogate**, 2. Auflage, Tübingen 1994.
- Gersbach, Andreas : “Die besonderen Transaktionsformen Spaltung und Vermögensübertragung”, **Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht**, 2004/85, s. 197-227.

- von Gierke, Otto : **Deutsches Privatrecht, Bd. 3: Schuldrecht**, München-Leipzig 1917.
- Girsberger, Daniel / Hermann, Johannes Lukas : “Reformbedarf beim pactum de non cedendo? Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Wirtschaftspraxis” **Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander**, (hrsg.) F. Lorandi, D. Staehelin, Zürich/St. Gallen 2011.
- Goergen, Ute : **Das Pactum de non cedendo**, Baden-Baden 2000.
- Goldmann, Eduard / Lilienthal, Leo : **Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse**, 2. Auflage, Berlin 1903.
- Goode, Roy : “Assignment Clauses in International Contracts”, **International Business Law Journal**, 2002, s. 389-406.
- Göktürk, Hüseyin Avni : **Borçlar Hukuku, C. I**, Ankara 1946.
- Guhl, Théo (begr.) : **Das Schweizerische Obligationenrecht**, (ed.) T. Guhl, A. Koller, A. K. Schnyder, J. N. Druey, 9. Auflage, Zürich 2000.
- Gullifer, Louise : “Should Clauses Prohibiting Assignment be Overridden by Statute?”, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4, Issue 1, 2015, s. 47-67.
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, 3. bası, İstanbul 2013. [C. I]
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3. bası, İstanbul 2014. [C. II]
- Günergök, Özcan : **Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu**, İstanbul 2014.
- Güral, Jale : **Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi**, Ankara 1953.

- Gürpınar, Damla : “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, S. 8, s. 1293-1339.
- Gürzumar, Osman Berat : **Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması**, İstanbul 1995.
- Gürzumar, Osman Berat : “Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2016, C. 22, S. 3, s. 1257-1273. [*Tahkim*]
- Hadding, Walter / van Look, Frank : “Vertraglicher Abtretungsausschluß - Überlegungen de lege lata und de lege ferenda”, **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**, Sonderbeilage, 1988/7, s. 2-20.
- Hafner, H. : **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 2. Auflage, Zürich 1896.
- Hamdi Halim : “*Alacağın Temliki: «Alacak» tabirinin mefhumu. Ne gibi haklar temlik olunabilir?*”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Sene: 3, Temmuz 1929, Sayı: 31-7, s. 1729-1734.
- Hasenöhl, Victor : **Das oesterreichische Obligationenrecht**, 2. Auflage, Bd. 2, Wien 1899.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona : **Aile Hukuku**, İstanbul 1993.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir : **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992.
- [*Hatemi/Serozan/Arpacı (Yazar Adı)*] : **Eşya Hukuku**, İstanbul 1991. [*Eşya Hukuku*]
- Häusler, Christoph : **Das UNIDROIT Übereinkommen über internationales Factoring (Ottawa 1988) unter besonderer Berücksichtigung seiner Anwendbarkeit**, Frankfurt am Main 1997.

- Helvacı, İlhan : **Le droit turc du contrat**, Zurich 2018.
- Helvacı, Mehmet : **Anonim Ortaklıkların Bölünmesi**, İstanbul 2004.
[*M.Helvacı*]
- Hennrichs, Joachim : “Kollisionsprobleme bei der (Voraus-) Abtretung zukünftiger Forderungen”, **Juristen Zeitung**, Jg. 48, 1993/5, s. 225-231.
- Henrich, Dieter : **Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag**, Berlin 1965.
- Henseler, Peter : “Die Neuregelung des Abtretungsverbots”, **Betriebs-Berater**, 1995/1, s. 5-9.
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz (hrsg.) : **Gesellschaftsrecht**, 4. Auflage, München 2019.
[*Henssler/Strohn (Yazar Adı)*]
- Herzog, Nicolas R. : **Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht**, Zürich 1999.
- Holzner, Christian : “Weiterhin: Drittwirksamkeit vertraglicher Abtretungsverbote”, **Juristische Blätter**, 1998, s. 495-504.
- Hoyer, Hans : “Absolute Wirkung eines vertraglichen Zessionsverbotes?”, **Juristische Blätter**, 1972, s. 511-523.
- Huguenin, Claire : **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Zürich 2014.
- Huwiler, Bruno : “Begriff und Rechtswirkung: zum Zessionsrecht des Obligationenrechts von 1881”, **Das Obligationenrecht 1883-1983**, (ed.) P. Caroni, Bern 1984, s. 209-276.
- Internationales Vertragsrecht : **Internationales Vertragsrecht: Rom I-VO, CISG, Kommentar** [*IntVR/Yazar Adı*] **CMR, FactÜ Kommentar**, (hrsg.) F. Ferrari, E. M. Kieninger, P. Mankowski, 3. Auflage, München 2018.

- Iro, Gert : “OGH: Absolute Wirkung des vertraglichen Abtretungsverbot”, **Österreichisches Recht der Wirtschaft**, 1984/4, s. 103-104.
- İmregün, Oğuz : **Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak)**, 12. bası, İstanbul 2001.
- İnceoğlu, M. Murat : **Kira Hukuku, C. I**, İstanbul 2014.
- İstanbul Şerhi : **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu ve Yürürlük Kanunu, C. I**, (ed.) R. Serozan, T. Öz, F. Acar, E. Gökayla, H. M. Develioğlu, 2. bası, İstanbul 2018.
- [*İst-BK/Yazar Adı*]
- Jacottet, Paul : **Manuel du droit federal des obligations**, Neuchatel 1884.
- Jäggi, Peter / Gauch, Peter : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR**, 3. Auflage, Zürich 1980.
- Jäggi, Peter / Gauch, Peter / Hartmann, Stephan : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1b: Kommentar zu Art. 18 OR**, 4. Auflage, Zürich 2015.
- Jakobs, Horst Heinrich : “Die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts und der Ausschluß der Abtretung der Weiterveräußerungsforderung- BGHZ 56, 228”, **JuS**, 1973, s. 152-157.
- Jakobs, Horst Heinrich / Schubert, Werner (hrsg.) : **Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241-432**, Berlin 1978.
- Jauernig, Othmar (begr.) : **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 16. Auflage, München 2015.
- [*Jauernig/Yazar Adı*]
- Jeanprêtre, Raymond : “La cession de salaire”, **SJZ**, 1967, H. 2, s. 17-24; H. 3, s. 35-37.
- Kahraman, Zafer : **Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)**, İstanbul 2013.

- Kahraman, Zafer : “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 587-630. [*Ticari İşletmenin Devri*]
- Kaneti, Selim : **Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)**, İstanbul 1972. [*Tahvil*]
- Kaniti, Salamon : **Akdin İfa Edilmediği Def’i**, İstanbul 1962.
- Kapancı, Kadir Berk : **Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler**, İstanbul 2015.
- Karabağ Bulut, Nil : **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul 2014.
- Karakaş, Fatma Tülay : **Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar**, Ankara 2015.
- Keller, Max / Schöbi, Christian : **Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, Basel-Frankfurt 1984.
- Kender, Rayegân : **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. bası, İstanbul 2017.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. bası, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : **Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet**, Ankara 1979. [*Kanuni Halefiyet*]
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **AÜHFD**, 1974, C. 31, S.1-4, s. 395-446. [*Sigortada Halefiyet*]
- Kırca, Çiğdem : **Franchise Sözleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1997.

- Kırca, Çiğdem : “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, 1999, C. 25, S. 3, s. 242-266. [*Manevi Tazminat*]
- Klang, Heinrich (hrsg.) : **Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd. 6, §§ 1293-1502, 2. Auflage, Wien 1951.
[*Klang/Yazar Adı*]
- Kocağa, Köksal : **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara 2003.
- Kocaman, Arif B. : **Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu**, 2. bası, Ankara 1992.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi**, İstanbul 1959. [*Gayrimenkul Satış Vaadi*]
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip : **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I)**, 4. bası, İstanbul 2008.
- Koçak Diker, Duygu : **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2018.
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrechts Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht**, 3. Auflage, Bern 1990.
- Koller, Alfred : **Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht**, Freiburg 1985. [*Der gute und der böse Glaube*]
- Koppensteiner, Hans-Georg : “Abtretungsverbote gegenüber dem Kreditnehmer im Spannungsfeld zwischen Globalzession und verlänger-tem Eigentumsvorbehalt - BGHZ 51, 113 und 56, 173”, **JuS**, 1972, s. 373-377.
- Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret : **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara 1977.

- Koziol, Helmut : “Das vertragliche Abtretungsverbot”, **Juristische Blätter**, 1980, s. 113-125.
- Koziol, Helmut / Bydlinski, Peter / Bollenberger, Raimund (hrsg.) : **Kurzkomentar zum ABGB**, 4. Auflage, Wien 2014.
[*ABGBKom/Yazar Adı*]
- Kötz, Hein : “Rights of Third Parties, Third Party Beneficiaries and Assignment”, **International Encyclopedia of Comparative Law, VII: Contracts in General, Chapter 13**, (ed.) R. David, Tübingen 1992.
- Kramer, Ernst A. / Schmidlin, Bruno : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern 1986.
- Krasnopolski, Horaz / Kafka, Bruno A. : **Österreichisches Obligationenrecht, Bd. III: Obligationenrecht**, Wien 1910.
- Krauskopf, Frédéric : “Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, 23/2005, s. 169-184.
- Kuhn, Hans : “Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht”, **Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht**, 3/2002, s. 129-142.
- Kurt, Ekrem : **Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi)**, Ankara 2014.
- Kurt, Ekrem : “Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları”, **İKÜHFD**, 2016, C. 15, S. 2, s. 122-187. [*Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*]

- Kuru, Baki : **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. bası, Ankara 2019.
- Kuru, Baki : “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, **AÜHFD**, 1962, C. XIX, S. 1-4, s. 277-326. [*Haczi Caiz Olmayan Şeyler*]
- Kuru, Baki : **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, 2. bası, Ankara 2018. [*Medeni Usul Hukuku*]
- Lardelli, Flavio : **Die Einreden des Schuldners bei der Zession**, Zürich 2008.
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München 1987.
- Looschelders, Dirk : **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München 2016.
- Lücke, Wolfgang : “Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot”, **JuS**, 1992, s. 114-116.
- Makaracı Başak, Aslı : **Taşınır Rehni Sözleşmesi**, İstanbul 2014.
- Markowetz, Klaus / Radauer, Harald : “Konventionalstrafe als probates Mittel gegen (willkürliche) Abtretung von Forderungen?”, **ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)**, 2008, H. 10, s. 899-901.
- Martin, Alfred : “De la défense d’aliener”, **ZSR**, 1923/42, s. 1-21.
- Mayrhofer, Heinrich : “Abtretung von Bestandrechten und Abtretungsverbot”,
: **ÖJZ**, 1973, Jg. 28, H. 6, s. 146-152. [*I*]
: **ÖJZ**, 1973, Jg. 28, H. 7, s. 169-173. [*II*]
- Medicus, Dieter : **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 16. Auflage, München 2005. [*Medicus*¹⁶]
- Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan : **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, 21. Auflage, München 2015.
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens : **Allgemeiner Teil des BGB**, 11. Auflage, Heidelberg 2016.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş : **İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku**, 2. bası, İstanbul 2018.
- Mugdan, Benno (hrsg.) : **Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schulverhältnisse**, Berlin 1899.
- Müller, Christoph : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern 2018.
- Müller-Chen, Markus : “Abtretungsverbote im internationalen Rechts- und Handelsverkehr”, (hrsg.) **Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag**, G. Hager, I. Schwenzer, Tübingen 2003, s. 903-921.
- Münch, Joel Benjamin : **Abtretungsverbote im deutschen und französischen Recht**, Frankfurt am Main 2001.
- Münchener Kommentar zum BGB [*MüKomBGB-Yazar Adı*] : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil I (§§ 1-240)**, (red.) C. Schubert, 8. Auflage, 2018.
- : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht, Allgemeiner Teil II (§§ 311–432)**, (red.) W. Krüger, 8. Auflage, 2019.
- Münchener Kommentar zum HGB [*MüKomHGB-Yazar Adı*] : **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Buch 1: Handelsstand, §§ 1-104a**, (red.) K. Schmidt, 4. Auflage, 2016.
- : **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 5, Buch 4: Handelsgeschäfte (§§ 343-406)**, (red.) B. Grunewald, 4. Auflage 2018.
- Nefzger, Alexander : **Vertragliche Abtretungsverbote**, Berlin 2013.

- Nippel, Franz Xaver J.F : **Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 8, Abteilung 2**, 1836.
- Nomer, Halûk N. : **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları**, İstanbul 2002. [*Beklenen Haklar*]
- Nomer, Halûk N. : “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, **İÜHFM**, 1997, C. LV, s. 243-260. [*Halefiyet*]
- Nomer, Halûk N. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. bası, İstanbul 2019.
- Nomer, Halûk N. / Ergüne, Mehmet Serkan : **Eşya Hukuku**, 7. bası, İstanbul 2019.
- Nörr, Knut Wolfgang / Scheyhing, Robert / Pöggeler, Wolfgang : **Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme**, 2. Auflage, Tübingen 1999.
- Oefner, Gerhard : **Abtretungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Dissertation, Frankfurt am Main 1987.
- Oertmann, Paul : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung: §§ 241-431**, 5. Auflage, Berlin 1928.
- Oftinger, Karl / Bär, Rolf : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Abteilung 2c: Art. 884-918 ZGB: Das Fahrnispfand**, 3. Auflage, 1981.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami : **Medenî Hukuk**, 25. bası, İstanbul 2019.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 17. bası, İstanbul 2019. [*C. I*]
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 15. bası, İstanbul 2020. [*C. II*]

- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, : **Kişiler Hukuku**, 18. bası, İstanbul 2019. [*Kişiler Hukuku*]
Özer / Oktay-Özdemir, Saibe
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, : **Eşya Hukuku**, 20. bası, İstanbul 2017.
Özer / Oktay-Özdemir, Saibe
- Oktay Özdemir, Saibe : “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, **İÜHFM**, 1999, C. 57, S. 12, s. 265-299.
- Omağ, Merih Kemal : **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefîyeti**, İstanbul 2011.
- OR 2020 [*OR²⁰²⁰-Yazar Adı*] : **Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil**, (hrsg.) C. Huguenin, R. M. Hilty, Zürich 2013.
- Oser, Hugo / Schönenberger, : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183**, 2. Auflage, Zürich 1929.
Wilhelm
- Ozanemre Yayla, Tolunay : **Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İllîliği)**, Ankara 2019.
- Ölmez, Fatih : **Sigortalının Sigortacının Halefîyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.
- Önay, Işık : **Yenileme**, İstanbul 2016.
- Öz, Turgut : “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, (ed.) E. Erdem, T. Ayoğlu, S. A. Altay, A. Dural, F. Yusufoglu, S. Yüksel, İstanbul 2017.
- Öz, Turgut : “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İstanbul 2013, s. 95-120. [*Ticari İşletmenin Devri*]
- Özakman, Cumhuri : **Factoring Sözleşmeleri**, İstanbul 1989.
- Özen, Burak : **Kefalet Sözleşmesi**, 4. bası, İstanbul 2016.

- Özen, Burak : **Kredi Açma Sözleşmeleri**, İstanbul 2017. [*Kredi Açma Sözleşmesi*]
- Özkaya, Eraslan : **Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi**, Ankara 2007.
- Özsunay, Ergun : **Borçlar Hukuku I**, 2. bası, İstanbul 1983.
- Özsunay, Ergun : **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, İstanbul 1968. [*İnançlı Muameleler*]
- Öztan, Bilge : **Aile Hukuku**, 6. bası, Ankara 2015.
- Palandt, Otto (begr.) : **Bürgerliches Gesetzbuch**, 75. Auflage, München 2016.
- [*Palandt/Yazar Adı*] : **Bürgerliches Gesetzbuch**, 64. Auflage, München 2005. [*Palandt⁶⁴/Yazar Adı*]
- Paris, Helmut : “Vor dem Ende des Abtretungsverbot”, **ÖBA**, 1996/12, s. 921-924.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet : **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 5. bası, İstanbul 2018.
- Planck, Gottlieb (begr.) : **Planck’s Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch: nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241-432**, (hrsg.) E. Strohal, 4. Auflage, Berlin 1914.
- [*Planck/Yazar Adı*]
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal : **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. bası, İstanbul 2019.
- / Çamoğlu, Ersin
- [*Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (Yazar Adı)*]
- Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi : **Ticari İşletme Hukuku**, 18. bası, İstanbul 2019.
- Pulaşlı, Hasan : **Şirketler Hukuku Şerhi, C. I**, Ankara 2018.
- Raape, Leo : **Das gesetzliche Veräußerungsverbot**, Berlin 1908.
- Raber, Fritz : “Zum vertraglichen Abtretungsverbot”, **Juristische Blätter**, 1971, H. 17-18, s. 441-459.

- Rado, Türkan : **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, 12. bası, İstanbul 2016.
- Raible, Adalbert : **Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten**, Tübingen 1969.
- Rebmann, Eberhard : “Das UNIDROIT Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988)”, **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, 1989, Jg. 53, s. 599-621.
- Rehbein, Hugo : **Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241 - 432**, Berlin 1903.
- Reichsgerichtsräte Kommentar [RGRK/Yazar Adı] : **Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Bd. II, 1. Teil (§§ 241-413 BGB)**, 12. Auflage, Berlin/New York, 1976.
- Reisoğlu, Seza : **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara 2013.
- Reisoğlu, Seza : “Kefilin Rücuu ile İlgili Meseleler”, **BATİDER**, 1962, C. 1, S. 4, s. 465-509. [Rücu]
- Rosch, Wolfgang : “Pactum de non cedendo im französischen Recht: Totgesagte leben länger!”, **Recht der Internationalen Wirtschaft**, 2001, H. 8, s. 604-610.
- Rossel, Virgile : **Manuel du droit fédéral des obligations**, Lausanne 1892. [aOR]
- Rossel, Virgile : **Manuel du droit fédéral des obligations**, Lausanne-Genève 1920.
- Rudolf, Claudia : **Einheitsrecht für internationale Forderungsabtretungen**, Tübingen 2006.
- Rummel, Peter (hrsg.) : **Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 1175-1502 ABGB**, 3. Auflage, Wien 2002.

- Saar, Stefan Chr. : “Zur Rechtsstellung des Schuldners nach § 354a Satz 2 HGB”, **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**, Jg. 24, 1999, s. 988-994.
- Sarı, Suat : **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2004.
- Saymen, Ferit H. : **Manevî Zarar ve Tazmini Sureti**, İstanbul 1940.
- Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K. : **Türk Borçlar Hukuku Umumî Hükümler**, İstanbul 1958.
- Schlechtriem, Peter / Schmidt-Kessel, Martin : **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Tübingen 2005.
- Schlesinger, Ernst : **Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo**, Dissertation, Berlin 1892.
- Schmidt, Karsten : **Handelsrecht, Unternehmensrecht I**, 6. Auflage, München 2014.
- Schmitt, Joachim / Hörtnagl, Robert / Stratz, Rolf-Christian (hrsg.) : **Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Kommentar**, 8. Auflage, München 2018.
- [Schmitt/Hörtnagl/Stratz (Yazar Adı)]
- Schneider, Albert / Fick, Heinrich : **Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. 1**, 3. Auflage, Zürich 1893.
- Scholz, Hellmut : “Die verbotswidrige Abtretung”, **NJW**, 1960, H. 41, s. 1837-1839.
- Schönenberger, Wilhelm / Jäggi, Peter : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht (Art. 1-529 OR), Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR**, 3. Auflage, Zürich 1973.

- Schubert, Werner (hrsg.) : **Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1**, Berlin 1980.
- Schubert, Werner (hrsg.) : **Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Anlagen: Entwürfe**, Berlin 1986. [*Entwürfe*]
- Schuhmacher, Wolfgang : “Zur Wirksamkeit von Abtretungsverboten in Einkaufs- und Auftragsbedingungen”, **Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht**, 1993, H. 9, s. 279-287.
- Schuler, Othmar Heinrich : **Der Ausschluss der Zessionsfreiheit bei Forderungen durch “Vereinbarung” und “Gesetz” (Art. 164 OR)**, Dissertation, Zürich 1951.
- Schulin, Hermann / Vogt, Nedim Peter : “Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerischen Vertragsund Erbrecht”, **Spuren des römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag**, Bern 2007.
- Schumann, Hans : **Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht**, Marburg 1924.
- Schuster, Michael : “Grundlehren der Cessionen”, **Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde**, 1829, Bd. II, s. 17- s. 33.
- Schütze, Elisabeth : **Zession und Einheitsrecht**, Tübingen 2005.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Bern 2016.
- Selke, Christopher : **Ein optionales europäisches Zessionsrecht?**, Baden-Baden 2014.
- Semler, Johannes / Stengel, Arndt (hrsg.) : **Umwandlungsgesetz**, 4. Auflage, München 2017.

- Serick, Rolf : **Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. II: Die einfache Sicherungsübertragung, Erster Teil**, Heidelberg 1965. [*Bd. II*]
- Serick, Rolf : **Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. V: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübereignung, Zweiter Teil: Erweiterungsformen und Dritter Teil: Sonstiges**, Heidelberg 1982. [*Bd. V*]
- Serozan, Rona : **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III)**, 6. bası, İstanbul 2014.
- Serozan, Rona : **Eşya Hukuku**, 3. bası, İstanbul 2014. [*Eşya Hukuku*]
- Serozan, Rona : “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990, s. 67-101. [*Manevi Tazminat*]
- Serozan, Rona : “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul 1990, s. 279-289. [*Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali*]
- Serozan, Rona : **Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku**, 8. bası, İstanbul 2018. [*Medeni Hukuk*]
- Serozan, Rona / Engin, Baki : **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 6. bası, Ankara 2019.
- İlkay
- Seuffert, Lothar : “Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes”, **AcP**, 1868, Bd. 51, H. 1, s. 102-110.
- SHK-Stämpflis Handkommentar [*SHK-Yazar Adı*] : **Fusionsgesetz**, 2. Auflage, Bern 2015.
- Sigman, Harry C. / : “The Law of Assignment of Receivables: in Flux, Still Uncertain, Still Non-Uniform”, **Cross-Border Security over Receivables**, (ed.) H. C. Sigman, E. M. Kieninger, Munich 2009, s. 1-81.
- Kieninger, Eva-Maria

- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand : **Das practische gemeine Civilrecht, Band. 2: Das Obligationenrecht**, 3. Auflage, Leipzig 1868.
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand : **Das practische gemeine Civilrecht, Zweiter Band: Das Obligationenrecht**, 1. Auflage, Leipzig 1847. [1847]
- Sirmen, A. Lâle : **Alacak Rehni**, Ankara 1990.
- Sirmen, A. Lâle : **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992. [*Şart*]
- Soergel, Hs.Th. (begr.) : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, (hrsg.) W. Siebert,
[*Soergel/Yazar Adı*]
: **Bd. 2: Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240)**, (red.) M. Wolf, 13. Auflage, 1999.
: **Bd. 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432)**, (red.) T. Pfeiffer, 13. Auflage, 2009.
- Spirig, Eugen : **Zürcher Kommentar zum Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V/1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR**, 3. Auflage, Zürich 1993.
- Staehelin, Adrian : “Zur Abtretung künftiger Forderungen”, **Mélanges Pierre Engel**, (ed.) F. Dessemontet, P. Piotet, Lausanne 1989, s. 381-392.
- Stauder, Bernd / Stauder, Hildegard : “Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz”, **Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen**, (hrsg.) W. Hadding, U.H. Schneider, Berlin 1986, s. 291-312.
- Staudinger, Julius von (begr.) : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**,

- [*Staudinger/Yazar Adı*] : **Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134-138**, (red.) N. Habermann, Berlin 2011.
- : **Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432**, (red.) M. Löwisch, Berlin 2012.
- : **Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 398-432**, (red.) M. Löwisch, 12. Auflage, Berlin 1994. [*Staudinger¹²/Yazar Adı*]
- : **Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241-580**, 7-8. Auflage, München/Berlin 1912. [*Staudinger⁷⁻⁸/Yazar Adı*]
- Stegemann : “Das pactum de non cedendo”, **AcP**, 1884, Bd. 67, H. 2, s. 315-322.
- Stegemann : “Ueber die Wirkung kontraktlicher Cessionsverbote”, *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft*, **1894**, Bd. 12, s. 199-207. [1894]
- Sungurbey, İsmet : **Medenî Hukuk Sorunları, Dördüncü Cild**, İstanbul 1980.
- Sungurbey, İsmet : **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul 1957. [*Borç İkrarı*]
- Süzek, Sarper : **İş Hukuku**, 17. bası, İstanbul 2019.
- Süzek, Sarper : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, **İÜHFM**, 2014, C. LXXII, S. 2, s. 457-468. [*İşçinin Rekabet Etmeme Borcu*]
- Swoboda, Ernst : **Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Dritter Teil: Das Recht der Schuldverhältnisse**, Wien 1942.
- Şener, Oruç Hami : **Factoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması**, Ankara 2005.
- Şener, Oruç Hami : **Ortaklıklar Hukuku**, 4. bası, Ankara 2019. [*Ortaklıklar Hukuku*]

- Tandoğan, Halûk : **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**,
: C. I/1, 6. bası, Ankara 1990. [C. I/1]
: C. I/2, 4. bası, Ankara 1989. [C. I/2]
: C. II, 3. bası, Ankara 1987. [C. II]
- Tekil, Fahiman : **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1980.
- Tekinalp, Ünal : “Ticari İşletmenin TK m. 11(3)'e Göre Devrinde Borç-
ların Hukuki Yazgısı”, **BATİDER 60. Yıl Armağanı**,
Ankara 2015, s. 3-17.
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Türk Aile Hukuku**, 7. bası, İstanbul 1990.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atillâ : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bası, İstanbul 1991.
: **Eşya Hukuku, C. I**, 5. bası, İstanbul 1989. [*Eşya Hu-
kuku*]
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal : **Le droit des obligations**, 5. édition, Zürich 2012.
- Thiele, Wolfgang : **Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechts-
geschäft**, Köln 1966.
- Topuz, Murat : **Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, 2. bası, An-
kara 2017.
- Topuz, Murat : “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İliş-
kin Şekil Sorunu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fa-
kültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012, C. 18, S.
2, s. 19-79. [*Ticari İşletmenin Devri*]
- von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Bd. II**, 3. Auflage, Zürich 1974.
- von Tuhr, Andreas / Peter, Hans : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Bd. I**, 3. Auflage, Zürich 1979.
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, C. I: Genel Hükümler**, 6.
bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- Tunçomağ, Kenan : **Ölünceye Kadar Bakma Akdi**, Ankara 1959. [*Ölün-
ceye Kadar Bakma Akdi*]

- Tunçomağ, Kenan : **Türk Hukukunda Cezaî Şart**, İstanbul 1963. [*Cezai Şart*]
- Türk, Hikmet Sami : **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Ankara 1986.
- Umar, Bilge : “İİK m. 120 f. I Gereğince Yapılan Alacak Temlikinin Var Olmayan Alacağa Düşmesi, Bunun Sonuçları”, **İzmir Barosu Dergisi**, 1985, Y. 4, S. 1, s. 21-27.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer : **Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi**, Adana 2004.
- Uzun Kazmacı, Özge : **Faktoring Sözleşmesi**, İstanbul 2013.
- Ülgen, Hüseyin / Arıcı, Fatih : “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II**, İstanbul 2010, s. 1767-1804.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün [Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Yazar Adı)] : **Ticari İşletme Hukuku**, 6. bası, İstanbul 2019.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsün [Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan (Yazar Adı)] : **Ticari İşletme Hukuku**, 5. bası, İstanbul 2015. [*Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan⁵ (Yazar Adı)*]
- Ünan, Samim : **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. II: Zarar Sigortaları**, İstanbul 2016.
- Üstündağ, Saim : **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul 2004.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/ Özdemir, Refet : **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara 1987.
- Vogel, Alexander / Heiz, Christoph / Behnisch, Urs R. / Sieber, Andrea / Opel, Andrea : **FusG Kommentar: Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen**, 3. Auflage, Zürich 2017.
- Vogenauer, Stefan / Kleinheisterkamp, Jan (ed.) [PICC/Yazar Adı] : **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)**, New York 2009.

Vogt, Emil	: Leichtfassliche Anleitung zur Anwendung des Schweizerischen Obligationenrechts im alten Theile des Kantons Bern , H. I, Bern 1882.
Wagner, Eberhard	: Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse , Tübingen 1994.
Weber, Rolf H.	: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 6. Teilband: Beziehungen zu Dritten: Art. 110-113 OR , Bern 2002.
Willoweit, Dietmar	: “Das obligatorisch wirkende Zessionsverbot”, Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag , Tübingen 1993, s. 549-561.
Windscheid, Bernhard	: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 , 7. Auflage, Frankfurt am Main 1892. : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 , 5. Auflage, Stuttgart 1879. [1879] : Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1-2 , 3. Auflage, Düsseldorf 1870. [1870]
Windscheid, Bernhard / Kipp, Theodor	: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1-3 , 9. Auflage, Frankfurt am Main 1906.
Winiwarter, Joseph	: Das Oesterreichische bürgerliche Recht, Fünfter Theil , 2. Auflage, Wien 1846.
Wolf, Manfred	: “Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften”, Festschrift für Fritz Baur , (hrsg.) W. Gursky, R. Stürner, G. Walter, M. Wolf, Tübingen 1981, s. 147-168.
Wolf, Manfred / Neuner, Jörg	: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts , 11. Auflage, München 2016.
Wolff, Max G.H.	: Wesen und Voraussetzungen der Zession , Aarau 1917.
Wünschmann	: “Vom pactum de non cedendo”, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts , 1910, Jg. 54, s. 209-225.

- Yalçınduran, Türker : **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Ankara 2007.
- Yasaman, Hamdi : **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara 1987.
- Yavaş, Murat : **Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, İstanbul 2005.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. bası, İstanbul 2014.
- / Özen, Burak
- Yazıcıoğlu, Emine / Şeker : **Sigorta Hukuku**, İstanbul 2019.
- Öğüz, Zehra
- Yetiş Şamlı, Kübra : “Sigortalının Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğüne İlişkin TTK Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İKÜHFD**, 2017, C. 16, S. 2-2, s. 829-849.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil / : **İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul 2016.
- Deren-Yıldırım, Nevhis
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, : **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, 19. bası, Ankara 2019.
- Emre
- Zobl, Dieter : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB**, 2. Auflage, Bern 1996.
- Zürcher Kommentar zum : **Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung**, (hrsg.) F. Vischer, (red.) F. Vischer, C. K. Martini, R. M. Müller, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Fusionsgesetz [ZK-Yazar Adi]
- Zwitter-Tehovnik, Jasna : “Das Zessionsrechts-Änderungsgesetz - ein Kick-off für Securitisations in Österreich?”, **ecolex (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)**, H. 9, 2005, s. 678-680.

ÖZGEÇMİŞ

Burcu Erbayraktar 2003 yılında Bodrum Anadolu Lisesi'nden mezun oldu. Tam başarı bursu ile 2003 yılında başladığı Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, ilk bir yıl İngilizce hazırlık okuduktan sonra, lisans öğrenimini 2004-2008 yılları arasında tamamladı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde 2008 yılında öğrenim görmeye başladığı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı'ndan, “*Elektronik İmza ve Elektronik İmza Kanunu'na Göre Sertifika Sağlayıcının Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu*” başlıklı yüksek lisans tezi ile mezun oldu. 2011 yılından beri İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Doktora Programı'na kayıtlı olup doktora yeterlilik sınavını 2013 yılının Haziran ayında geçmiştir. 2008 yılından beri Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.