

ALACAĞIN DEVRİ VE TAHKİM ANLAŞMASI

(Assignment of Receivables and Arbitration Agreement)

Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR*

ÖZET

Alacağın doğduğu sözleşmeye ilişkin tahkim anlaşması, alacağın devriyle birlikte, devralana geçer mi ? Bu, Türk ve İsviçre hukuklarında alacağı devralanın ve borçlunun karşılıklı olarak tahkim anlaşmasına dayanabileceğini savunan hakim görüşünün ortaya attığı ve olumlu olarak yanıtladığı bir sorudur. Alacağı devralanın, kural olarak, tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi ve onunla bağlı sayılması, hukuk politikası bakımından, tercihe şayan bir sonuçtur. Ancak, bu makalede temsil edilen görüşe göre, bu sonuca, anılan soru çerçevesinde yapılan bir tartışma neticesinde ulaşmak mümkün değildir. Bu makale, sorunun nasıl sorulması gerektiği, yanıtı ve hukuki gerekçeleri hakkındadır.

Anahtar kelimeler: Alacağın temliki, tahkim anlaşması, cüz'i halefiyet, bağlı haklar, öncelik hakları, usul hukukundan doğan savunmalar, kanun boşluğu.

Abstract

Can the arbitration agreement be deemed to be transferred to the assignee when the receivable arising from a contract under an arbitration agreement has been assigned to a third person ? This is the question raised and answered in the affirmative by the majority of scholars in Turkey and Switzerland, which side with the view that the assignee and the debtor must both be given the right to rely on such an arbitration agreement against each other. That the assignee may benefit from and must be bound with such an arbitration agreement in principle is indeed preferable in terms of legal policy. However, such a preferable solution is unlikely to be reached at the end of a discussion made around the question mentioned above. This article addresses the question that needs to be put differently, its answer, and the reasoning thereof.

Keywords: Assignment of receivables, arbitration agreement, singular succession, accessory rights, preferable rights, objections arising out of civil procedure law, lack of rules.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I – İncelemenin Konusu

Bu makalede “*tahkim anlaşması*” olarak ifade edilen tahkim şartının ya da sözleşmesinin, alacağın devri halinde alacağı devralan ile borçlu arasında da etkili olup olmayacağı sorusu, Türkiye’de -birkaç kaynak ve Yargıtay kararı dışında- çok incelenmiş bir konu değil. Oysa, uluslararası tahkim davalarında ortaya çıkan ihtilaflar da dahil olmak üzere, bu sorunun yanıtının ve gerekçesinin Türk maddi hukuku kurallarına göre¹ ne olabileceği meselesi, hukuk politikası bakımından olduğu gibi, uygulama metodolojisi açısından da önemli bir konu.

Alacağın devri halinde tahkim anlaşmasının, alacağı devralan ile borçlu arasında da etkili olup olmayacağı sorusu, şu üç alt sorudan oluşmakta:

(a) *Devralan alacaklı, devraldığı alacakla ilgili olarak borçlu tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilir mi ?*

(b) *Borçlu, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilir mi?*

(c) *Devralan alacaklı, devraldığı alacakla ilgili olarak, borçluya karşı tahkim anlaşmasına dayanarak tahkimde dava açtığında, borçlu, devralan alacaklının tahkime başvuramayacağını (devlet mahkemesinde dava açması gerektiğini) ileri sürebilir mi ?*

Ulusal ve uluslararası tahkim hukuku uygulaması ile yerli ve yabancı doktrinde -aksine görüşler bulunmakla birlikte- bugün hakim olan fikir, ilk iki sorunun olumlu, üçüncü sorunun olumsuz yanıtlanması gerektiği yönünde. Bu durum, öncelikle, hukukun uygulanması aşamasında ortaya çıkan bir hukuk politikası tercihinin ifadesi. İlgili sorunun ya da soruların açık bir yasal düzenlemeye tabi olmadığı tespit edilirse, kaçınılmaz olarak,

“alacağı devralanın, borçlunun ve alacağı devredenin menfaatleri ile tahkimin anlam ve işlevi dikkate alındığında, hukuk politikası bakımından tercihe şayan olan yanıt nedir?”

meselesi ortaya çıkıyor. Öte yandan, ilgili sorunun ya da soruların açık yasal bir düzenlemeye tabi olduğu kanısına ulaşanlar da, aslında, ilgili yasal düzenlemeyi yorumlarken bir hukuk politikası tercihi yapmış oluyorlar. Bu arada, her iki görüşü de temsil edenlerin önemli bir kısmı, meseleyi, *alacağın temlikıyla birlikte, tahkim anlaşmasının, alacağı devralana kendiliğinden geçip geçmeyeceği* problemi olarak ele alıyor.

¹ Yabancılık unsuru taşıyan tahkim davalarında, bu sorunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre hangi ülkenin maddi hukukuna göre yanıtlanacağı meselesi bu çalışmanın konusu dışındadır. Bu konu için, bkz. örn., Fouchard , Gaillard , Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague / Boston / London, 1999, §§ 689 vd., 716 vd.

Bu makalede temsil edilen görüşe göre, Türk hukuku bakımından, ikinci sorunun yanıtı, tatbik edilebilirliği kabul edilen açık bir kanuni düzenleme gereğince olumlu; birinci sorunun yanıtı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1 f.2 hükmü çerçevesinde -kural olarak- olumlu; üçüncü sorunun yanıtı ise, birinci soruda kabul edilen gerekçeyle ve birinci soruya verilen yanıtın doğal bir izdüşümü olarak, olumsuz. Öte yandan, üç sorunun yukarıdaki ifade tarzından da anlaşılacağı gibi, bu makalede kabul edilen görüşe göre, meselenin *alacağın temlikleriyle birlikte, tahkim anlaşmasının, alacağı devralana kendiliğinden geçip geçmeyeceği* sorusu temelinde, yani *cüz'i intikal* kavramı etrafında tartışılması doğru değil.

II – Hakim Olan Görüş

Hemen yukarıda (I)'in sonunda yapılan tespitten devam edecek olursak; ABD ve İngiliz hukukundaki durumu inceleyen çalışmalarda olduğu gibi; Alman doktrininin ezici çoğunluğu ile Alman Federal Mahkemesi (BGH) kararlarının ve İsviçre doktrinini önemli bir kısmı ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının (BGE) da, meseleyi, *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçip geçmediği* sorunu olarak değerlendirdiği anlaşılmakta². Bu, hem *alacaklının tahkim şartına dayanıp dayanamayacağı*³, hem de *alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı*⁴ sorularını kapsayan bir yaklaşım.

² Bkz. örn., Sinclair, Anthony C.: “*The Assignment of Arbitration Agreements*”, “Assignment and Arbitration” in E. Gaillard and D. Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards—The New York Convention 1958 in Practice* (London: Cameron May, 2008). http://www.giur.uniroma3.it/materiale/didattico/International_arbitration/Sinclair%20on%20assignment%20of%20arbitration%20agreements.pdf, 1 vd.; Vincze, Andrea: “*Arbitration Clause – Is it transferred to the Assignee?*”, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2003 # 1, 1 vd.; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2004, N. § 401; Hossfeld, Anna: “*Die Abtretung schieds- und gerichtstandsgebundener Forderungen*”, Frankfurt am Main, 2013, s.61 dn.223'de zikredilen eserler; RGZ 56, 182, 183; BGH NJW 1976, 852, NJW 1977, 1397/1398, NJW 1978, 1585/1586; BGH 02.10.1997, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2_96, N. 10; BGH, 28.05.1979, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1979-05-28/III-ZR-18_77, § 16; Spirig, Eugen: “*Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art.164-174 OR*”, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), N.24 Art.170 OR; Gauch/Schluemp/Emmenegger: “*Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*”, Band II, 10. Auflage 2014, N. 3459; von Tuhr/Escher: “*Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*”, Bd.2, 3. Auflage, Zürich 1974, § 95/II, 357; BGE 134 III 565, 567, 128 III 50, 56, 117 II 94, 100, 103 II 75; Dayınlarlı, Kemal: “*Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*”, 4. Baskı, Ankara 2010, s.311; Feyzioglu, Feyzi Necmeddin: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 1977, s.641; Üçer, Mehmet: “*Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki*”, AÜHF, Yıl 2005, s.424; Esen, Emre: “*Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*”, İstanbul 2008, s.194; Aydıncık, Şirin: “*Alacağın Temlikinde Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Alacağı Temellük Eden Bakımından Geçerliliği Sorunu*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.8, Eylül 2006, s.176.

³ Bkz. örn. BGE 103 II 75.

⁴ Bkz. özellikle Hossfeld, a.g.e., s.58-62.

Amerikan ve İngiliz hukukunda bu yaklaşımı benimseyen mahkeme kararı ve görüşlerin hangi hukuki gerekçelere dayandığı sorusu, bu makalenin amacını ve boyutunu aşiyor. Ancak, sorunun Türk maddi hukukuna göre hangi mesele çerçevesinde ele alınması gerektiği açıklanırken, Alman ve İsviçre hukukundaki hakim görüşün yukarıda açıklandığı gibi olmasının hangi hukuki gerekçeye dayandırıldığına değinmekte yarar var:

Alman Federal Mahkemesi 1975 yılında verdiği bir kararda, alacağın devriyle birlikte tahkim şartının da alacaklıya geçeceği görüşünü, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) -TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne benzeyen- § 401 kuralındaki *temel düşünceye* dayandırıyor⁵. § 401 BGB, alacağın devriyle birlikte, (tek tek saydığı) bağlı hakların alacağı devralana geçeceğini ve alacağı devralanın, ayrıca, alacakla bağlantılı, icra ve iflas hukukuna ait öncelik haklarından da yararlanabileceğini öngörmekte. Alman Federal Mahkemesi, 1997 yılında komandit şirket payının devriyle ilgili olarak verdiği bir başka kararında ise, tahkim anlaşmasını, devredilen hakkın *özelliğine* dahil ve böylece BGB § 401 hükmündeki temel düşünceyi izleyen bir unsur olarak değerlendirmiş⁶. Daha önceki kararlarında ise, Alman Federal Mahkemesi, 1903 yılından itibaren İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarında (RGZ) yapıldığı gibi, tahkim anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerin, kendiliğinden, devredilen hakkın halefine geçeceğini; bunun tek istisnasının ise, tahkim anlaşmasının, devreden ile borçlu arasındaki özel bir güven ilişkisine dayanılarak yapılmış olması halinde ortaya çıkacağını belirtmişti⁷. Diğer taraftan Alman doktrininde egemen olan görüş aynı yönde olmakla birlikte; BGB § 401 hükmünün yanı sıra, § 404 ve § 398 hükümlerini gerekçe olarak gösterenler de var⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi de, bu konudaki en önemli kararlarından biri olarak görülen 1977 tarihli bir kararında⁹, devralan alacaklının, borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanabileceği şeklindeki sonucun Art.170 Abs.1 OR hükmüne dayandırılabilirliğini, fikrimce, dolaylı ya da örtülü olarak kabul etmişti¹⁰. İsviçre

⁵ BGH NJW 1976, 852

⁶ BGH 02.10.1997, https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1997-10-02/III-ZR-2_96, N. 10

⁷ BGH NJW 1976, 852; RGZ 56, 182, 183; Hossfeld, *a.g.e.*, s.59/60.

⁸ Bkz. Hossfeld, *a.g.e.*, s.61'de zikredilen eserler. Bu maktelede ele alınan konunun tamamını "*devralan alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olması*" ("*Die Bindung des Zessionars an die Schiedsvereinbarung*") başlığıyla (yani bu maktelede, aşağıda (II/B/1)'de kullanılan başlıkla) inceleyen Hossfeld ise, Alman hukukunda bu mesele hakkında bir kanun boşluğu bulunduğunu belirtmekte; bu boşluğun BGB §§ 398 vd. hükümlerinin tamamını kapsayan bir *bütüncül kıyastan* ("*Gesamtanalogie*") çıkarılması ve "*alacağın devriyle birlikte tahkim anlaşmasının da alacağı devralana geçeceği*" şeklinde ifade edilmesi gereken bir temel hukuk ilkesiyle doldurulmasını savunmaktadır (bkz. Hossfeld, *a.g.e.*, s.83 vd., s.195).

⁹ BGE 103 II 75, 77, 78

¹⁰ Bu kabulün örtülü olup olmadığına değinmeksizin aynı görüşte, Pfisterer, Stefanie, "*Art.350*", Berner Kommentar, ZPO, Band III: Art.353-399 ZPO und Art.407 ZPO Schweizerische Zi-

Federal Mahkemesi'nin 1991 tarihli bir başka kararında¹¹ ise, tahkim anlaşmasını içeren sözleşmedeki kapsamlı bir devir yasağı nedeniyle devrin geçersiz olduğu ve alacağı devraldığını iddia eden kişi tarafından başvuru tahkim heyetinin, salt bu nedenle yetkili olmadığı; bununla birlikte, somut olayda mevcut olan kapsamlı devir yasağının tahkim anlaşmasını da kapsadığının tespit edilmiş olması karşısında, bu anlaşmanın, zaten, yalnızca sözleşmenin taraflarına inhisar ettirildiğinin¹² de anlaşıldığı belirtilmişti. Federal Mahkeme, bu kararında, hemen yukarıda zikredilmiş olan BGE 103 II 75 kararına da atıfta bulunarak, atıf yapılan bu karardaki durumun farklı olduğunu, çünkü orada bir devir yasağı bulunmadığını da vurgulamıştı. Bu nedenle, Federal Mahkeme'nin anılan 1991 tarihli kararında da BGE 103 II 75 karardaki yaklaşımı sürdürdüğü kanısındayım.

İsviçre doktrinine gelince : Yazarların bir kısmı, tahkim anlaşmasının alacağın temlikıyla birlikte devralan alacaklıya geçtiği görüşünde¹³. Bu yazarlardan bazıları, bu sonucu, tahkim anlaşmasının, Art.170 Abs.1 OR anlamında, sadece borçlunun ve devreden alacaklının şahsına inhisar ettirilemeyecek olan bir *öncelik hakkı* (*Vorzugsrecht*) olduğu gerekçesiyle açıklarken¹⁴; bazıları tahkim anlaşmasının Art.170 Abs.1 OR anlamında -somut olayda sadece borçlunun ve devreden alacaklının şahsına in-

vilprozessordnung, Band I-III, 2014, N.50. Aksi görüşte, Lardelli, Flavio: "Die Einreden des Schuldners bei der Zession", ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht, Band/nr. 204, 2008, 2.3.2 no'lu başlık, swisslex, 35/36.

¹¹ BGE 117 II, 94, 100; ; bkz. ve krş. ayrıca BGE 128 III 50.

¹² Bkz. Art.170 Abs.1 OR : "... mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind"; krş. TBK m.189 f.1.

¹³ Bkz. örn. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Gauch/Schlupe/ Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Becker, *Berner Kommentar*, N.1, Art.170 OR; BGE 103 II 75'de zikredilen eserler.

¹⁴ Bkz. örn. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR ve orada zikredilen diğer eserler. Tahkim anlaşmasının devredilen alacakla birlikte devralan alacaklıya kendiliğinden geçen bir *öncelik hakkı* olduğu düşüncesinden hareket eden bu yazarların önemli bir kısmı, bu keyfiyeti salt maddi özel hukukun bir konusu olarak ele almaktadır. Bu görüşte Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR (ve orada anılan diğer eserler). Konuyu yetki kayıtları (*Gerichtsstandsklausel*) bakımından incelemiş olan yazarlardan Becker, ise Art.170 Abs.1 OR hükmünde kural olarak kendiliğinden devralan alacaklıya geçeceği belirtilen *öncelik hakları* ile *bağlı hakların* sadece özel hukuktan doğan hakları değil, usul hukukuna tabi olan yetki anlaşmalarını da kapsadığını belirtmektedir. Bkz. Becker, Herman: "Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR", Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, 1945, N.1, Art.170, OR. İsviçre'de, Federal Hukuk Muhakemesi Kanunu (ZPO) yürürlüğe girmeden önce Federal Mahkeme içtihadı, tahkim anlaşmasının intikalinin kantonal usul hukukuna dayandığı yönündeydi. Bkz. BGE 103 II 75, 77. Bundan anlaşılması gereken, anılan karar Art.170 Abs 1 OR hükmünün de dayanak olarak gösterdiğine göre, herhalde, bu konuda öncelikle kantonal usul kurallarına bakılması gerektiği, orada kural yoksa, o zaman Art.170 Abs.1 hükmünün (eğer, Art.170 Abs.1 hükmündeki haklara usul hukukundan doğan hakların doğrudan dahil olmadığı kabul edilmiyorsa -ki kararın bu yönde anlaşılması gerekirdi- kıyasen) uygulanması gerektiği idi. Nitekim, usul hukuku artık ZPO ile federal düzeyde düzenlenmiş olan İsviçre'de, bugün, Art.170 Abs.1 hükmünün, tahkim anlaşmasının intikali meselesinde, ZPO'da herhangi bir hüküm bulunmadığı için, ikincil olarak ve kıyasen uygulanacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşte Gauch/Schlupe/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459.

hisar etmiyor olması kaydıyla- bir *bağlı hak* (*Nebenrecht*) teşkil ettiği düşüncesinden hareket ediyor¹⁵.

İsviçre'de, alacağın temlikıyla birlikte tahkim anlaşmasının da alacağı devralana (kural olarak) geçeceği ve bunun gerekçesinin de Art.170 Abs.1 olduğu görüşünün dayandığı varsayımın ya da düşüncenin şu olduğu söylenebilir :

*Alacağın kaynağını oluşturan hukuki ilişkiden doğacak ihtilaflarla ilgili olarak borçlu ile devreden alacaklı arasında yapılmış olan tahkim anlaşması, alacağın konusunun elde edilebilmesi yöntemiyle ilgili, devlet mahkemelerine başvurulmasını engelleme olanağı veren, kanun yolu gerekçeleri kısıtlı, konusunda uzman kişiler tarafından süratle ve etkin olarak halledilen bir yargılamaya başvurma olanağı yaratan bir anlaşmadır ve bu nedenle de devredilen alacağın bizzat kendisiyle ilgili bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak değerlendirilmelidir*¹⁶.

Keza, Almanya'da, tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya (kural olarak) geçeceği sonucuna varılmasının § 401 BGB hükmündeki temel düşünceye uygun olacağını belirten hakim görüşün de, benzer bir şekilde, *tahkim anlaşmasının, anlam ve işlevi nedeniyle, devredilen alacağın özelliğine dahil bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği* kabulüne dayandığı anlaşılıyor¹⁷.

Konuya çok az yazar tarafından değinilmiş olan Türk doktrininde ise, tahkim anlaşmasının, TBK m.189 f.1 hükmü gereğince, alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya geçeceğini belirten yazarlardan bazıları, bunu tahkim anlaşmasının *bağlı hak* olduğu düşüncesine dayandırmakta¹⁸; diğer bazıları ise bu anlaşmanın alacak hakkını güçlendiren bir *öncelik hakkı* olduğu kabulünden hareket etmekte¹⁹. Yargıtay'ın genel olarak alacağın temlikine değil, konşimentonun devrine ilişkin olarak verdiği karar(lar)ında ise, Yüksek Mahkeme'nin sorunu –bu bağlamda detaylı bir açıklama yapmamakla birlikte- tahkim anlaşmasının konşimentoyu devralana *intikal edip etmediği* meselesi olarak ele almadığı söylenebilir²⁰.

¹⁵ Bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459, dn.107. Bkz. hemen yukarıda dn.14. İsviçre'de bir yazar tarafından temsil edilen diğer bir görüşe göre ise, tahkim anlaşması, alacağın devriyle birlikte Art.170 Abs.1 hükmü gereğince bir *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olarak değil; alacağı devir taahhüdünün (*pactum de cedendo*) tahkim anlaşmasının da kapsamı nedeniyle alacağı devralana geçer: Pfisterer, *Berner Kommentar*, N.50.

¹⁶ Bkz. Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR (ve orada anılan diğer eserler).

¹⁷ Bkz. yukarıda dn.6-8'de yapılan atıflar.

¹⁸ Bkz. Dayınlı, *a.g.e.*, s.311; aynı görüşte Bozer, Ali: "*Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*", Ankara 2002, s.264/265.

¹⁹ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Aydınçık, *a.g.e.*, s.176. Bkz. ve krş. ayrıca, Kuru, Baki: "*Hukuk Muhakemeleri Usulü*", C.VI, İstanbul 2001, s.5982. Konuyu, uluslararası tahkim bakımından diğerlerinden çok daha detaylı inceleyip, yine bir intikal meselesi olarak ele alan bir başka yazar ise, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya geçebilmesi için, devralan alacaklının açık ya da örtülü rızasının bulunması gerektiğini belirtmektedir (bkz. Esen, *a.g.e.*, s.194).

²⁰ Bkz. Y. 11. HD, E. 2002/216, K.2002/4357 (<http://66.221.165.115Icgi-bin/highlt/ibb/.....>).

III - Bu Makalede Temsil Edilen Görüş

A) Genel Olarak

Hemen yukarıda (II)'de açıklanmış olan genel yaklaşım, hukuk politikası bakımından doğru olan neticeye, yani borçlu ile alacağı devralan arasındaki ihtilaflarda her iki tarafın da tahkim anlaşmasına dayanabileceği sonucuna ulaşmakta ve bunu *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçtiği* gerekçesine dayandırmaktadır. Bu makalede temsil edilen görüşe göre ise, yukarıda (I)'de ifade edilmiş olan üç soru, Türk (ve İsviçre) hukukunda *alacağın devriyle birlikte tahkim anlaşmasının da devralan alacaklıya intikal edip etmeyeceği* meselesi olarak ele alınmaz. Aşağıda açıklanacağı üzere, *tahkim anlaşmasının, alacağın devriyle birlikte, alacağı devralana geçtiğini* kabul etmek, tahkim anlaşmasının özelliğine uygun değildir.

B) Hukuk Politikası ve Pozitif Hukuk Bakımından Değerlendirme

Yukarıda (I)'de sorulmuş olan üç sorudan ilk ikisinin olumlu, üçüncüsünün ise olumsuz olarak yanıtlanması gerekir. Bunun anlamı, borçlu ile alacağı devralan arasındaki ihtilaflarda her iki tarafın da, kural olarak, tahkim anlaşmasına dayanabilmesi gerektiridir.

1- Borçlu Devralan Alacaklıya Karşı Tahkim Anlaşmasına Dayanabilir mi ?

Borçlunun, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilmesi (ki, bu yukarıda (I)'de zikredilen ikinci sorudur), kanımca, hukuk politikası bakımından gerekli olduğu gibi, bir pozitif hukuk düzenlemesinin de icabıdır.

Gerçekten, eğer borçlu, alacak devredilmemiş olsaydı, durumuna göre ya Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.413 f.1 hükmüne ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5 f.1 hükmüne dayanarak, tahkim (ilk) itirazında bulunabilecekti. Borçlunun şu veya bu nedenle yapmış olduğu tahkim anlaşmasından doğan bu hakkını kullanmasının, taraflar arasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça, salt alacak²¹ bir başkasına devredildiği için ve tahkim anlaşmasının sadece devreden alacaklı ile borçlu arasında akdedilmiş olmasından hareketle, borçlunun elinden alınması, hukuk po-

Yargıtay 11. HD'nin, konuyla ilgili olarak zikredilen (bkz. Esen, *a.g.e.*, s.191) ve bir tanker kiralama sözleşmesinde yer alan tahkim anlaşmasının tankeri sonradan devralan yeni malike karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda verdiği E.1993/5034, K.1994/4082 sayılı kararı ise, alacağın devrine değil, eşyaya bağlı borç meselesine ait bir karardır.

²¹ kanuni ya da akdi veya alacağı doğuran hukuki ilişkinin niteliği gereğince bir devir yasağı bulunmadığından (TBK m.183 f.1; Art.164 Abs.1 OR) ...

litikası bakımından, hiçbir makul sebebe dayanamaz. Aksine, tahkim anlaşmalarının, ticari değeri yüksek olan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar için yapıldığı ve bu sözleşmelerde, ortaya çıkacak hukuki ihtilafların çözüm yollarının maliyetlere dahil edildiği dikkate alındığında; Fransız Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında istikrar kazandığı belirtilen²² “devir konusu alacakla tahkim anlaşması arasında sıkı bir ekonomik bağlantının bulunduğu” kabulünden hareketle, borçlunun, alacağı devralana karşı da tahkim anlaşmasına dayanmasında, hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunduğu açıktır.

Türk ve İsviçre pozitif hukukunda, TBK m.188 f.1 ve Art.169 Abs.1 OR hükümlerinde (de) ifadesini bulmuş olan *borçlunun durumunun alacağın devriyle ağırlaştırılmaması* ilkesi²³ de bu düşünceyi desteklemektedir. Bir başka ifadeyle, Türk ve İsviçre pozitif hukukunda, borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, kural olarak²⁴, yeni devralan alacaklıya karşı da ileri sürebileceğine (TBK m.188 f.1 ve Art.169 Abs.1 OR) ve tahkim itirazı da bir savunma olduğuna göre, borçlunun -tahkim anlaşmasını, alacağın devrini öğrenmeden önce yapmış olması koşuluyla- devralan alacaklıya karşı da tahkim anlaşmasına dayanabilmesi (yani, dava devralan alacaklı tarafından devlet mahkemesinde açılmışsa, tahkim itirazında bulunabilmesi), kanun gereğince mümkün olmalıdır²⁵. Bu bağlamda, tahkim itirazı şeklinde ortaya çıkan bu savunmanın bir usul kanununda düzenlenmiş olmasının önemi yoktur²⁶. Çünkü, TBK m.188 f.1 (TBK Art. 169 Abs.1) kuralında zikredilen ve borçlunun devreden alacaklı karşısında sahip olduğu için devralana alacaklıya karşı da ileri sürebilmesi gerektiği hükme bağlanan savunmaların, salt maddi hukuktan doğan savunmalara (*def'i, itiraz*) inhisar ettirilerek, usul hukukundan doğan savunmaların kuralın kapsamı dışına çıkarılmasının, ne dogmatik, ne kanuni, ne de hukuk politikası bakımından makul bir sebebi olabilir²⁷. Şu halde, medeni usul hukukunun

²² Şanlı, Cemal : *Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve 'Perdeyi Kaldırma Teorisi' Uygulanmasında Sözleşmede Yeralan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, Yıl:2002, s.783-785.

²³ Bucher, Eugen: “*Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*”, 2. Auflage, Zürich 1998, s.560; Ingeborg, Schwenzer: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zweite überarbeitete Auflage, Bern 2000, N.90.40 s.479.

²⁴ TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde borçluya tanınan bu imkanın, tarafların yapacağı (örneğin, devreden alacaklıyla borçlu arasında daha asıl sözleşmede; devralan alacaklı ve hatta -üçüncü kişi lehine bir akitle- devreden alacaklı ile borçlu arasında -alacak devredilirken ya da daha sonra yapılan) bir anlaşmayla önceden bertaraf edilebilmesi mümkündür (Gauch/Schluep/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3479).

²⁵ Aynı görüşte Bucher, *a.g.e.*, s.572, dn.142; Lardelli, *a.g.m.*, 36.

²⁶ Aynı görüşte, Lardelli, *a.g.m.*, 36.

²⁷ Borçlunun alacağı devralana karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı meselesiyle ilgili tartışmada, İsviçre doktrininde, “*Bu mesele (federal) maddi özel hukukun mu, yoksa usul hukukunun mu konusudur?*” sorusu da sorulmuştur (bkz. Bucher, *a.g.e.*, s.572 dn.142 –bu yazar,

yürürlük kaynaklarında bu sonucu engelleyen bir hüküm bulunmadığına göre (ya da bulunmadığı sürece), borçlunun, alacağı devralana karşı tahkim itirazında bulunması olanağının varlığı kabul edilmelidir ve bu olanak, TMK m.1 f.1 (Art.1 Abs.1 ZGB) hükmü kapsamında yapılan bir yorumla, doğrudan –yani, TMK m.5 (Art.7 ZGB) talimatı gereğince yapılacak bir kıyasa²⁸ bile gerek kalmaksızın- TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmüne dayanır.

Bu durumda, borçlunun, devredilmiş olan alacakla ilgili olarak devralan alacaklı tarafından kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açıldığında, tahkim anlaşmasına dayanarak, davanın, tahkim anlaşmasının hükümlerine göre, tahkimde görülmesini isteyebilmesinin hukuki dayanağı, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR), hükmü olmayacağı gibi; hukuki dayanağın bu hükümde aranması gerekli ve hukuk politikası bakımından doğru da değildir. Gerçekten, eğer borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun yanıtı TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde aranacak olursa, tahkim anlaşmasının, bu hüküm çerçevesinde bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak kabul edilmek suretiyle, devralan alacaklıya kendiliğinden intikal ettiğinin kabulü –aşağıda açıklanacağı üzere ve bu makalede temsil edilen görüşe göre- mümkün olmadığından, borçlunun devralan alacaklıya karşı tahkim itirazında bulunabilmesi olanağı da kapatılmış olacaktır. Bu, alacağın devrinin borçlunun durumunu ağırlaştırmaması ilkesinin bir ifadesi olarak TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde öngörülmüş olan düzenleme ile açıkça çatışan bir sonuçtur²⁹ ve, fikrimce, kabul edilemez.

federal maddi özel hukuk görüşünü savunmuştur- ve BGE 103 II 75, 79/80). Bu bağlamda akla ilk gelen, bu sualin, daha ziyade, ZPO'nun yürürlüğe girmesinden önce, kantonal hukuk – federal hukuk ikilemi çerçevesinde ortaya atıldığıdır. Ancak, sorunun, usul hukukunun kamu hukukuna ait bir alan olduğu varsayımıyla ilgili olduğu da anlaşılmaktadır. Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının pratik anlam ve sonucunun ne olduğu sorusu kadar, dogmatik anlamı ve ayırım ölçütleri de tartışmalıdır. Öte yandan, medeni yargılama hukukunun kamu hukuku dalı olduğunun kabulü halinde bile, salt bu kabulden hareketle, özel hukukun temel yürürlük kaynağı olan borçlar kanununun -alacağın devri halinde borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı gibi haklı bir gerekçeyle- borçlunun devralan alacaklıya karşı da ileri sürülebileceğini –herhangi bir ayırıma gitmeksizin- belirttiği savunmaların kapsamına, usul kanununda bir savunma türü olarak öngörülmüş olan tahkim itirazının dahil edilemeyeceğini öne sürmenin mantıklı olmayacağı da kuşkusuzdur. Kaldı ki, medeni yargılama hukukunun yürürlük kaynaklarında düzenlenmiş olan konuların, yargı teşkilatı ve mahkeme ile taraflar arasındaki ilişki (yargılama işlemleri) bakımından kamu hukukuna; özel hukuktan doğan hakların kamu gücünden yararlanılarak yerine getirilmesinde, özellikle, dava açma, açılmış davaya devam etme, davadan feragat vb. konuların ise özel hukuka girdiği görüşü (Pekcanitez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s.56) kabul edilirse, tahkim itirazı, maddi hukuka değil usul hukukuna dayanmakla birlikte, özel hukuktan doğan bir savunma (hakki) olarak pekala değerlendirilebilir.

²⁸ Bkz. bu konuda, Gürzumar, Osman Berat: “Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Prof Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, Özel Hukuk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2004, İstanbul, s.105, 141 vd.

²⁹ Alacağın devri kurumuna temelden aykırı böyle bir normlar çatışması ise, TBK m.188 f.1 (TBK Art. 169 Abs.1) hükmü ile TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) arasında genel-özel ve önceki-sonraki norm ilişkisi bulunmadığından, gerçek ve örtülü bir kanun boşluğuna yol açar.

Hemen yukarıdaki açıklamada ifade edilen yaklaşıma şu itirazın yapılabilceği düşünülebilir :

'Eğer, borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun yanıtının -bu makalede temsil edilen görüşün aksine- TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde aranması gerektiği kabul edilirse; ve, sorunun yanıtı da, tahkim anlaşmasının -yine bu makalede temsil edilen görüşün aksine- bu hüküm çerçevesinde bir öncelik hakkı ya da bağlı hak olarak devralan alacaklıya kendiliğinden intikal ettiği sonucuna varılmak suretiyle, olumlu olarak verilirse, yukarıdaki açıklamada işaret edilen sakıncalar da zaten doğmaz.'

Böyle bir itirazın şu nedenle haklı olmayacağı kanısındayım:

Sorunun yanıtını, konuyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili bulunduğu -en azından- çok tartışmalı bir hükümde, yani TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) kuralında aramak yerine, konuyu doğrudan kapsadığı rahatlıkla tespit edilebilecek başka bir hukuk normu, yani TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünde aramak gerekir. Kaldı ki, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayanılması gerektiği görüşünün kabulüne, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı engel teşkil ettiği gibi; bu görüşün buna rağmen kabulü halinde, asıl sözleşmenin (ve böylece devredilen alacağın) geçersizliği durumunda borçlunun alacağı devralan kişiyi devlet mahkemesinde değil, tahkimde dava açmaya zorlayabilmesi mümkün olamayacaktır. Bu, alacağın devriyle borçlunun durumunun ağırlaştırılmayacağı ilkesine aykırı bir sonuçtur. Çünkü borçlu, devreden alacaklı kendisine devlet mahkemesinde dava açmış ve kendisi de tahkim itirazında bulunmuş olsa idi; devreden alacaklının bu itiraza karşı ileri süreceği 'alacağın geçersiz olması nedeniyle tahkim anlaşmasının da geçersiz olduğu' iddiası, HMK m.412 f.4 ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m.4 hükümlerindeki açık hüküm gereğince, reddedilecekti.

TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmünün konuyu doğrudan kapsadığı hususu yukarıdaki paragraflarda açıklandı. *Borçlunun devralan alacaklıya karşı da tahkim itirazında bulunup bulunamayacağı sorusunun TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü temelinde yanıtlanmasının en azından tartışmalı (hatta fikrimce yanlış) olmasının nedeni ise şudur:*

TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde alacağın devriyle birlikte alacağı devralana geçecek olan haklar belirlenmiştir. Alacağı devreden için olduğu gibi, devralan alacaklının da borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunda olmasının bir hak teşkil etmediği ise aşikardır. Bu sebeple, anılan hüküm, olsa olsa, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanmasıyla ilgili soruların yanıtını vermek için bir anlam ifade edebilir. Kuşku yok ki, alacak hakkını devralan kişi, hem alacak hakkını hem de onunla ilgili öncelik hakları ile bağlı hakları, külfetleriyle (yükleriyle) birlikte devralır. Bir başka deyişle, devralanan alacak hakkının ve onunla birlikte intikal eden öncelik haklarının veya bağlı hakların doğması ya da kullanılması,

bir *külfetin* yerine getirilmesine bağlı ise, hakkın devriyle birlikte o *külfet* de alacağı devralana geçer. Çünkü *külfet*, hakla doğrudan bağlantılı olarak, hakkın doğmasını ya da kullanılmasını kayıtlayan bir keyfiyettir. Alacağı doğuran hukuki ilişkiden kaynaklanacak ihtilafların tahkime götürülmesini öngören bir tahkim anlaşması nedeniyle alacaklının ihtilaf halinde borçluya karşı tahkime başvurmak zorunda olması ise *külfet* değildir; çünkü, bu zorunluluk, borçlunun devlet mahkemesinde açacağı davalarda alacaklının tahkim şartına dayanma hakkının doğmasına ya da kullanılmasına kayıt koyan bir unsur teşkil etmez. Dolayısıyla, alacaklının tahkime başvurabilme ve kendisine karşı devlet mahkemesinde dava açılacak olursa tahkim itirazında bulunabilme olanağının, bir *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olduğunun kabul edilebilmesi halinde bile; alacağın devriyle birlikte alacağı devralana intikal edecek olan şey sadece bu *menfaat* olurdu; yoksa, *devralan alacaklının borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunluluğunun* da, bu menfaatle birlikte ve onun bir *"külfeti"* olarak devralan alacaklıya geçtiği söylenemezdi. Yani bu kabulde bile, devralan alacaklının borçlunun tahkim itirazına katlanmak zorunda kalması, ancak TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmü ile açıklanabilirdi.

Fakat, kanaatimce, devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma olanağı da TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü çerçevesinde izah edilecek bir intikalle açıklanamaz. Aşağıda, bu konu incelenmektedir.

2- Alacağı Devralan, Borçluya Karşı Tahkim Anlaşmasına Dayanabilir mi ?

Alacağın doğduğu hukuki ilişkinin tarafları arasında yapılmış olan bir tahkim anlaşmasının da alacağın devriyle birlikte devralan alacaklıya kendiliğinden geçtiği görüşünün, hakim görüş olduğu yukarıda (II)'de belirtilmişti. Borçlunun, devralan alacaklıya karşı tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını bile TBK m.189 f.1, Art.170 Abs.1 OR, § 401 BGB hükümlerine dayandıran bu görüşün, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi olanağını evleviyetle bu hükümlere dayandırması tabiidir.

Hukuk politikası bakımından, alacağı devralana, borçlu karşısında, *tahkim anlaşmasından yararlanma* hakkına -kural olarak- dayanabilme olanağının tanınması, fikrimce de tercihe şayan bir sonuçtur. Borçlu, alacağı doğuran hukuki ilişki çerçevesinde (ki bu ezici bir çoğunlukla bir sözleşme olarak ortaya çıkar) alacağı devreden ile yaptığı tahkim anlaşmasında, alacakla ilgili olanlar da dahil olmak üzere, o hukuki ilişkiden kaynaklanacak hukuki ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesini peşinen kabul etmiştir. Dolayısıyla, borçlunun, devralan alacaklı tarafından tahkimde açılan bir (örneğin) alacak (eda) davasında, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanamayacağı, ancak devlet mahkemesinde dava açabileceği şeklinde itiraz etmesinde, kural olarak, hukuken korunabilecek bir menfaat yoktur. Böyle bir yetki itirazının

kural olarak haklı görülememesi, borçlunun, bu konuda hukuken dikkate alınması gereken bir menfaatinin bulunduğunu kanıtlama olanağına sahip olduğu anlamını taşımakla birlikte; borçlunun böyle bir itirazda bulunmasını hukuken haklı gösterecek durumların varlığını düşünmek güçtür. Eğer tahkim anlaşmasında, bu anlaşmaya tabi tutulan hukuki ilişkiden doğan hakların bir üçüncü kişiye devri halinde, bu üçüncü kişilerin borçluya karşı dava açmaları halinde tahkime başvuramayacakları açıkça kararlaştırılmışsa; alacağı devralanın borçluya karşı tahkim yoluyla dava açmayacağı konusunda borçlunun menfaatinin olduğu keyfiyeti, sözleşme özgürlüğünden faydalanılarak yaratılmış bir fiksiyon teşkil eder. Bu durumda, borçlunun devralan alacaklının kendisine karşı başvurduğu hakemin ya da hakem heyetinin yetkisiz olduğu itirazında bulunmaktaki haklı menfaatini ayrıca kanıtlamasına da, kuşkusuz, gerek kalmaz. Tahkim anlaşmasına tabi olan sözleşmeden doğan hakların üçüncü kişilere devri halinde bu üçüncü kişilerin borçluya karşı tahkime başvuramayacaklarının tahkim anlaşmasında kararlaştırıldığı -TMK m.2 hükmü temelinde güven ilkesine dayanılarak- objektif bir yorumla tespit edilebilmesi olanağı ise, kanaatimce, borçlunun yetki itirazında bulunmasında hukuken korunacak bir menfaatinin sübut etmesine bağlıdır.

Öte yandan, borçlunun, devralan alacaklıya karşı devlet mahkemesinde açtığı bir davada, devralan alacaklının yapacağı tahkim itirazını savuşturmasında (daha doğrusu böyle bir görev itirazının mahkemece reddedilmesinde), hukuken korunacak bir menfaate sahip olması da güçtür. Aksine, devralan alacaklıya da bu itiraz olanağının tanınmasında, devralan alacaklı ile devreden alacaklının hukuken korunacak bir menfaati vardır. İkincisinin menfaati, alacak davasında borçlunun tahkim itirazına muhatap olma durumunun alacağın değerine yaptığı olumsuz etkinin dengelenmesi (alacağın daha kolay satılabilmesi) menfaattir. Dolayısıyla, bu ihtimal bakımından da, karine, borçlunun bu konuda haklı görülecek bir menfaatinin bulunmadığı yönünde olmalı; ancak borçluya aksini kanıtlama olanağı verilmelidir. Örneğin, devralan alacaklıya karşı borçlu tarafından açılacak uluslararası tahkim davasını devralan alacaklı kaybederse, devralan alacaklının –devredenden farklı olarak- borçlu tarafından evvelce ödenmiş olan tahkim masraflarını –finansal kaynaklarının yetersizliği nedeniyle- tazmin edemeyecek olması³⁰, borçlunun devlet mahkemesinde dava açmakta haklı bir menfaatinin bulunduğunun kabulüne neden teşkil edebilir. Tahkim anlaşmasında, tahkim yeri, devreden alacaklı ile borçlunun vatandaşlık bağıyla bağlı olmadığı bir ülkenin belli bir şehri ("*tarafsız yer*") olarak belirlenmiş ve verilecek tahkim kararının iptali prosedürü de o ülke hukukuna tabi iken, devralan alacaklının da o ülke vatandaşı (ya da orada ikamet ediyor) olması ihtimalinde de benzer bir durum vardır³¹.

³⁰ Bkz. Sinclair: *a.g.m.*, s.10.

³¹ Bkz. Girsberger/Hausmaninger, *a.g.m.*, s.145-146; Esen, *a.g.e.*, s.193.

Dolayısıyla, tahkim anlaşmasına tabi bir hukuki ilişkiden doğan alacağın devri halinde, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasından, kural olarak, yararlanabilmesi gerektiği şeklindeki hakim görüş, bu makalede de paylaşılmaktadır. Buna karşın, bu yaklaşımın, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandırılacağı yolundaki hakim görüşe, hukukun tatbiki yöntemi bağlamında (TMK m.1, 4, 5), hem teorik nedenlerle hem de doğacak sonuçlar bakımından katılmıyorum:

TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü öncelik haklarının ve bağlı hakların, alacağın devriyle birlikte kural olarak³² devralana geçeceğini öngörmektedir. Anılan hükümdeki *öncelik hakları*, esas itibarıyla -İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesinde olduğu gibi- devredilen alacağa *başka alacaklar* (yani, *borçlunun diğer alacaklıları*) karşısında öncelik tanıyan ayrıcalıkları (imtiyazları) ifade eder³³. Ancak, tapuya verilen şerhin etkisinden yararlanabilme olanağı (yani, hakkında şerh verilmiş olan taşınmazı sonradan devralan ya da onun üzerinde sonradan hak kazanan kişiye karşı alacak hakkına dayanabilme imkanı) da, *öncelik hakları* kapsamında kabul edilmektedir³⁴. *Bağlı haklar*, ise, aynı ve şahsi teminat hakları, faiz, sözleşmeye değil alacağa bağlı olan yenilik doğuran haklar gibi fer'ilerdir³⁵.

İşte, Türk ve İsviçre doktrininde, devralan alacaklının borçluya karşı tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını bir *intikal* konusu olarak ele alıp, bu olanağın varlığını kabul eden yazarlar da³⁶, devralan alacaklının borçlu karşısında tahkim anlaşmasına dayanabilmesi olanağını, tahkim anlaşmasının *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* teşkil ettiği gerekçesiyle, TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandırmaktadır.

Oysa, tahkim anlaşmasından doğan *tahkime başvurma* ve *diğer tarafın devlet mahkemesinde dava açmasını engelleyebilme* yetkisinin (usul hukukundan doğan bu hakkın³⁷) içerik itibarıyla *öncelik haklarından* veya *bağlı haklardan* biri olarak nite-

³² Eski Borçlar Kanunu m.168 f.1 hükmündeki "... temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada ..." ibaresi, TBK m.189 f.1 hükmüne alınmamış ise de, bu şartın bugün de aranmaması için hiçbir geçerli gerekçe yoktur (bu ibare, Art.170 Abs.1 OR hükmünde "... mit Ausnahme der, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind." şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, eğer bu haklar devreden alacaklının şahsına has iseler, devralan alacaklıya geçmezler ve, borçlu ile alacaklının, alacağı doğuran sözleşmede, bu hakları alacaklının şahsına has kılmaları da mümkündür (bkz. Gauch/Schluep/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3469).

³³ Oğuzman, Kemal/Öz: "Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler", Cilt 2, 9. Bası, İstanbul 2012, s.548; Bucher, *a.g.e.*, s.572.

³⁴ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *a.g.e.*, s.548/549.

³⁵ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *a.g.e.*, s.548/549; Bucher, *a.g.e.*, s.571.

³⁶ Bkz. yukarıda (II).

³⁷ Alman doktrinindeki *tahkim anlaşmasının* hak olup olmadığı tartışması (ve, doğru bir değerlendirmeyle, *hak olmadığı* görüşü) için bkz. Hossfeld, *a.g.e.*, s.66-73.

lendirilmesinin isabetindeki soru işareti³⁸ bir yana³⁹; salt devredilen alacakla birlikte yeni alacaklıya kendiliğinden intikalleri sağlanmak için TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne zikredilmiş olan bu haklara *tahkim anlaşmasından yararlanma yetkisini* de dahil etmek, *tahkim anlaşmasının bağımsızlığı* ilkesi nedeniyle mümkün değildir⁴⁰.

Gerçekten, HMK m.412 f.4⁴¹ ve MTK m.4⁴² hükümlerinde pozitif bir dayanak bulmuş olan ve uluslararası tahkim hukukunda da kabul edilen⁴³ *tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı* prensibine göre, tahkim anlaşmasının ilişkin olduğu asıl sözleşmenin geçersiz olması, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez⁴⁴. Bu

³⁸ Bağlı hak olmadığı yönündeki benim de katıldığım görüş için bkz. Akyol, Şener: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s.23.

³⁹ Tahkim anlaşmasından doğan hakların *öncelik hakkı* ya da *bağlı hak* olduğunu savunan görüş, bu hakların neden içerik itibarıyla *öncelik hakları* ya da *bağlı haklarla* aynı kategoride olduğunu detaylı olarak açıklamamaktadır (bkz. Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Dayınlarlı, *a.g.e.*, s.310). Belki, öncelik hakkı görüşü, tahkim anlaşmasından doğan hakların, içerik itibarıyla, devlet mahkemesinde dava açmak zorunda kalmama ve devlet mahkemesinde açılacak davaya muhatap olmama konusunda bir imtiyaz teşkil ettiği gerekçesiyle haklı görülebilirdi. Ancak bu durumda da yine tahkim anlaşmasından yararlanma yetkisinin –öncelik hakkı olarak nitelendirildiğine göre- TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü çerçevesinde (devreden şahsına has kılınmamışsa) *alacığın devriyle, alacakla birlikte devralana geçen* bir hak teşkil ettiği kabul edilmiş olacak ve bu da hemen aşağıda açıklanan ilkeyle bağdaşmayacaktı.

⁴⁰ Bkz. Pfisterer, *Berner Kommentar*, N.50; Şanlı, *a.g.m.*, s.783-785. Devralan alacaklıya *intikali* savunan ve bunun dayanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde gören yazarlar, istisnasız, *“tahkim anlaşmasının (ya da şartının) devralan alacaklıya geçmesi”* kavramını kullanmaktadırlar (Bkz. Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 3459; Spirig, *Zürcher Kommentar*, N. 24 Art.170 OR; Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.641; Dayınlarlı, *a.g.e.*, s.310). Oysa, devralan alacaklıya geçip geçmediği tartışılan şey, salt, devredilen alacakla ilgili olarak tahkime başvurma olanağıdır; devreden, tarafı olduğu sözleşmeden doğan diğer alacaklarıyla (ya da –örneğin, sözleşmeden dönme, fesih gibi sözleşmenin tarafı olmaya bağlı- başka haklarla -Gauch/Schluelp/Emmenegger, *a.g.e.*, N. 343463/3465-) ilgili olarak tahkim şartından yararlanma yetkisi kendisinde kaldığı gibi (bkz. Bucher, *a.g.e.*, s.572; Lardelli, *a.g.m.*, 35), *tahkim anlaşmasının* geçtiğinden bahsetmek de, zaten, kavramsal olarak yanlış; çünkü tahkim anlaşması sadece tahkime gidebilme hakkını değil tahkime gitme ve tahkime muhatap olma zorunluluğunu da içeren –alacağı devralana kendiliğinden geçmesi olanak dışı bulunan- bir *sözleşmedir* (bkz. ve krş. Alman doktrininde Hossfeld, *a.g.e.*, s.71/72: *Tahkim anlaşması yapılması, her iki taraf için de, hukuk muhakemesi hukukunun yürürlük kaynaklarında sadece devlet mahkemelerinde dava açılması hali için öngörülmüş olan derece, adli yardım vb. haklardan vazgeçmek anlamına gelir.*). Buna karşın, *öncelik haklarının* ve *bağlı hakların* alacağın devriyle birlikte devralana intikal etmesi demek, bu hakların devreden alacaklıda kalması demektir.

⁴¹ İsviçre’de ulusal tahkim için bkz. Art.357 Abs.2 ZPO.

⁴² İsviçre’de uluslararası tahkim için bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.178 f.3.

⁴³ Bkz. örn. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları m.6 (9).

⁴⁴ Ancak, tahkim anlaşmasının tabi olduğu asıl sözleşmedeki geçersizlik nedeni, korkutma (tehdit) durumunda ortaya çıkabileceği üzere, tahkim anlaşmasını da sakatlıyorsa -ki, böyle bir ihtimal sadece tahkim şartı değil tahkim sözleşmesi için de söz konusu olabilir- bu durumda tahkim anlaşmasının da hükümsüz olacağı kuşkusuzdur. HMK m.412 f.4 hükmünün yoğun bir eleştirisi için bkz. Umar, Bilge, *“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi”*, 2011 Ankara, s.1153/1154.

ilke –asıl sözleşmenin geçersiz olması, o sözleşmeden bir alacak hakkı doğmadığı anlamına da geldiğine göre- alacak hakkıyla tahkim anlaşması arasındaki ilişki için de söz konusudur. Başka bir deyişle, tahkim anlaşması, ilgili bulunduğu asıl sözleşmeden doğan (doğduğu ileri sürülen) *alacak hakkından da bağımsızdır ve devredilen alacağın geçersiz (doğmamış) olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez*. Bu durumda, tahkim anlaşmasından yararlanma –yani tahkimde dava açabilme ve karşı tarafın devlet mahkemesinde dava açmış olması halinde tahkim itirazında bulunabilme- yetkisinin, alacağın devriyle birlikte devralan kişiye intikal edeceğinden de bahsedilemez; çünkü bu yetki, alacağın kaderine tabi ve bağlı değildir. Oysa TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde zikredilen *öncelik hakları ve bağlı haklar*, ilgili ya da fer'i oldukları alacak hakkının kaderine tabi haklardır: Alacak hakkı varsa onlar da vardır, alacak hakkı yoksa onlar da yoktur ve alacak hakkı devredilmişse onlar da devredilmiştir. Oysa, tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı sözleşmenin ve böylece de alacağın kaderine tabi olmadığı (hakem ya da tahkim heyetinin geçersiz bir sözleşmedeki tahkim şartı gereğince de yetkili olması ve ilgili ihtilafa bakabilmesi gerektiği) için, bu hakkın alacağın devriyle birlikte devralana *intikal etmesi ya da etmemesi (geçmesi ya da geçmemesi)* şeklinde bir sorun olamaz. Sorun, *cüzi intikal* kavram ve kurumu etrafında değil; salt *“devralan alacaklının kural olarak tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı var mıdır?”* şeklinde ifade edilmelidir. Türk ve İsviçre doktrininde, tahkim anlaşmasına dayanabilme yetkisinin devralan alacaklıya tanınmasını bir hukuk politikası olarak tercih ettikleri halde, bu tercihin uygulamaya konabilmesinin hukuki dayanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünde arayan⁴⁵ görüş ise, isteyerek ya da istemeden⁴⁶, bu tercihin tatbik edilebilirliğini, asıl sözleşmenin geçerli olduğu hallere inhisar ettirmiş olmaktadır. Bu sonuç, tahkim anlaşmasının bağımsızlık özelliğine aykırıdır.

Bu durumda, hukuk politikası bakımından kural olarak tercih edilmesi gereken sonucun devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanabilmesi olduğu kabul edilirse –ki, evvelce de belirttiğim üzere, hakim görüş bu yöndedir- o zaman bu sonuca TMK ve TBK (ZGB ve OR) çerçevesinde hangi hükümlerden ve uygulama ilkelerinden yararlanarak ulaşılabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Fikrimce, bu sonuca, ancak, *devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanıp yararlanamayacağı* konusunda açık ve gerçek bir kanun boşluğu bulunduğundan (TMK m.1 f.2 (Art.1 Abs.2 ZGB)) hareket etmek ve bu boşluğu *devralan alacaklının*

⁴⁵ ... ve böylece, sorunu *“devralan alacaklının kural olarak tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı var mıdır?”* şeklinde değil, *“tahkim anlaşmasından yararlanma hakkı alacağın devriyle birlikte intikal eder mi?”* Sorusunun yanıtıyla halletmeye çalışan ...

⁴⁶ Devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanabilme yetkisini TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayandıran görüşün, anılan tahkim hukuku prensibinin varlığına rağmen mi böyle bir sonuca ulaştığını tespit etmek mümkün değildir; çünkü meseleyi bu yönüyle tartışmamıştır.

-kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu şeklinde doldurmak suretiyle ulaşılabılır. Boşluk, açık ve gerçektir; çünkü, sorunun yanıtını vermek, kanunda mevcut bir hükmün, lafziyla çatışan amacına göre yorumuyla aşılabilecek bir zorluğun (örtülü ve gerçek olmayan boşluk) ötesindedir: Kanunda, hukuken düzenlenmesi gerekli olan bu konuyla ilgili hiçbir hüküm yoktur. Ayrıca, Türk (ve İsviçre) hukuku bakımından, devralan alacaklının *-kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu* yönünde bir (ticari) örf ve adet hukukunun yerleştiğini ileri sürmek de, fikrimce, güçtür. Bu durumda *-örf ve adet hukuku da bulunmadığına göre ya da bulunmadığı kabul edilirse-* bu *hukuk* boşluğunun, hakemler ve devlet mahkemeleri tarafından doldurulması gereklidir. Boşluğun, *devralan alacaklının -kural olarak- böyle bir hakkının mevcut olduğu* şeklinde doldurulmasının gerekçesi ise, kanaatimce, yukarıda açıklanan hukuk politikası tercihi de esas alınarak, şöyle izah edilebilir :

Madem devralan alacaklı, devraldığı alacağın kaynaklandığı hukuki ilişkide borçlu ve devreden arasında yapılmış bir tahkim anlaşması yüzünden (TBK m.188 f.1, Art.169 Abs.1 OR gereğince) borçlunun tahkim itirazına *-kural olarak-* katlanmak zorunda bırakılıyor⁴⁷; o zaman, kanun koyucuya TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmü temelinde yorum yoluyla atfedilen bu normatif tercih *-kanun koyucunun değerler yaklaşımında mündemiç olduğu varsayılmak gereken eşitlik ilkesi gereğince-* alacaklının borçluya karşı aynı tahkim anlaşmasına *-kural olarak-* dayanabilme imkanı bakımından da geçerli olmalıdır. Böyle bir yaklaşım, kanun boşluğunun *-keyfi, hukukun genel ilkeleriyle çelişen, uygulamanın yapıldığı hukuk sisteminin bünyesine aykırı düşen, dahiyane bir tarzda değil-* kanun koyucu gibi davranılarak doldurulması prensibine de uygundur. Kanun boşluğu ve boşluğun açıklanan sonuca yol açacak şekilde doldurulması yaklaşımı, meselenin TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmüne dayanılarak değerlendirilmesi halinde ortaya çıkan *-ve belki de sorunun çözümünü bu hükümde arayan görüşün de istemediği-* teorik ve pratik sakıncaları içermemektedir.

Nihayet, kanun boşluğu ve boşluğun açıklanan sonuca yol açacak şekilde doldurulması görüşü kabul edilirse, devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma hakkını *-kural olarak-* kazanacağını öngören *-hakim ya da hakem tarafından yaratılmış-* norm, bu hakkın *devren* değil, *aslen* iktisap edildiğinin bir ifadesi olacaktır⁴⁸. Bu tespiti karşı, *"tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişi, bu anlaşmadan yararlanabilme hakkını, borçlunun rızası olmaksızın, kazanamaz"* şeklinde yapılacak bir itirazın yerinde olmayacağı fikrindeyim. Çünkü, bir kere, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanabilme olanağını TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR)

⁴⁷ Bkz. yukarıda (1).

⁴⁸ Yukarıda dn.8'de zikredilen ve konunun tamamını *"devralan alacaklının tahkim anlaşmasıyla bağlı olması"* (*"Die Bindung des Zessionars an die Schiedsvereinbarung"*) başlığı altında ele alan Hossfeld'in *devren* iktisap görüşü ile krş.

hükmüyle (yani *devren iktisapla*) açıklayan hakim görüş de bu sonucun doğması için borçlunun rızasını aramamaktadır. Öte yandan, borçlunun rızası konusu -TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmünü esas alan görüşün de (en azından zımnen) kabul ettiği üzere- tahkim anlaşması yapılırken borçlunun bunu peşinen yasaklayıp yasaklamadığı sorunu kapsamında ele alınmalıdır. Bu sorun ise, yaratılacak normun, *devralan alacaklının tahkim anlaşmasından yararlanma hakkının kural olarak mevcut olduğu* şeklinde ifade edilmesi lüzumu ile ilgilidir. Yani, *tahkim anlaşmasında, bu anlaşmadan doğan hakların üçüncü kişilere devri durumunda, bu kişilerin bu anlaşmadan yararlanamayacağı hükme bağlanmışsa, (iyi niyet iddiası – TMK m.3 (Art.3 ZGB) gereğince- korunamayacak olan) devralan alacaklı, tahkim anlaşmasından yararlanamaz ve tahkim anlaşmasındaki böyle bir kayıt, borçlunun bu konuda bir menfaati bulunduğu konusunda geçerli bir fiksasyon olarak kabul edilmek gerekir. Borçlu, devralan alacaklının tahkim anlaşmasına dayanmasının engellenmesinde kendisinin hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğunu başka olgulara dayanarak da kanıtlayabilir. Borçlunun bu nitelikteki bir menfaatinin varlığını kanıtlayabildiği her durumda, bu menfaat, hakem ya da hakim tarafından yaratılmış olan ve devralan alacaklının tahkim anlaşmasından kural olarak yararlanabileceğini öngören normdaki genel kuralı bertaraf eden ve fakat yine de bu normun tatbikiyle dikkate alınmış olan bir olgu teşkil eder.*

SONUÇ

Bu makalede temsil edilen görüşe göre:

1. Tahkim şartına tabi bir hukuki ilişkiden doğan alacak hakkı devredildiğinde, borçlunun alacağı devralana karşı ve alacağı devralanın da borçluya karşı kural olarak tahkim şartından yararlanabilmesi, hukuk politikası bakımından tercihe şayan bir sonuçtur.

2. Borçlunun devralan alacaklı karşısındaki durumu bakımından, bu sonuç, hakim olan görüşün aksine, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü gereğince alacaklıya intikal ettiği şeklindeki bir gerekçeye değil, doğrudan ve münhasıran, TBK m.188 f.1 (Art.169 Abs.1 OR) hükmüne dayanır.

3. Devralan alacaklının borçlu karşısındaki durumu bakımından ise bu sonuç, hakim olan görüşün aksine, tahkim anlaşmasının alacağın devriyle birlikte TBK m.189 f.1 (Art.170 Abs.1 OR) hükmü gereğince alacaklıya intikal ettiği şeklindeki bir gerekçeye değil, bu konuda mevcut olan açık ve gerçek bir kanun boşluğunu, TMK m.1 f.2 (Art.1 Abs.2 ZGB) hükmü gereğince dolduracak olan norma dayanır.