

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 30 Nisan / April 2026 Sayı / No. 2

**ALACAĞIN DEVRİNDE DEVİR YASAĞI ANLAŞMALARININ
ALACAKLARIN FİNANSMAN VE TEMİNAT İŞLEVİ ÜZERİNDEKİ
ETKİSİ**

THE IMPACT OF NON-ASSIGNMENT CLAUSES IN THE
ASSIGNMENT OF RECEIVABLES ON THE FINANCING AND
SECURITY FUNCTIONS OF RECEIVABLES

Simge SARAÇOĞLU* 

ÖZET

Bir alacağın alacaklısı ile borçlusunun aralarında yapacakları anlaşma ile alacağa ilişkin devir yasağı kararlaştırmaları mümkündür. Söz konusu alacağın devri halinde, bu devir yasağının devralana karşı ileri sürülebilmesi ve devrin geçerliliğine etkisi, çeşitli ülke hukuklarında ve bazı uluslararası düzenlemelerde farklı şekillerde ele alınmaktadır. Günümüz modern ekonomik düzeninde, alacağın devri teminat ve finansman sağlamak bakımından önemli bir araç haline geldiğinden, böyle bir yasağın etkisi alacağın söz konusu işlevleri ile doğrudan ilgilidir. Zira devir yasağı anlaşmasının alacağın tedavül kabiliyetini azaltması mümkündür. Bu çalışmada, devir yasağı anlaşmalarının hukuki sonuçlarına ilişkin çeşitli modeller ele alınacak ve bu modellerin alacakların teminat ve finansman işlevi karşısındaki uygunluğu değerlendirilecektir. Ayrıca, Türk ve İsviçre hukukunda bu konuda bir revizyona ihtiyaç bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt aranacaktır.

* **Dr. Arş. Gör,** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ESKİŞEHİR, **E-Posta:** simgesaracoglu@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3267-7919, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1825611.

- **Atıf Şekli/Cite As:** Saraçoğlu, Simge, “Alacağın Devrinde Devir Yasağı Anlaşmalarının Alacakların Finansman Ve Teminat İşlevi Üzerindeki Etkisi”, HBV-HFD, 2026, C. 30, S. 2, s. 1315-1346.
- **İntihal/Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Anahtar Kelimeler: *Alacağın devri, Sözleşmesel devir yasağı, Finansman, Teminat, Alacak.*

ABSTRACT

The creditor and the debtor may agree to prohibit the assignment of the receivable. If the receivable is nevertheless assigned, the extent to which such a prohibition of assignment is enforceable against the assignee and its effect on the validity of the assignment are addressed differently in various national legal systems and in certain international instruments. In the contemporary economic order, the assignment of receivables is a vital tool for providing security and financing; therefore, the effects of such a prohibition are directly related to these functions of receivables. Indeed, an agreement prohibiting assignment may restrict the negotiability of the receivable. This study examines different models concerning the legal consequences of agreements prohibiting assignment and evaluates their suitability in light of the security and financing functions of receivables. It also seeks to assess whether a revision of the existing approach in Turkish and Swiss law is warranted.

Keywords: *Assignment of receivables, Non-assignment clauses, Financing, Security, Receivables.*

EXTENDED ABSTRACT

The assignment of receivables has become a legal transaction serving multiple purposes in modern economic life. The advantages of using receivables as instruments of financing and collateral have made their assignment a widely used tool. In order for receivables to fulfill this function, they must ensure a high degree of negotiability. However, limiting or prohibiting the assignment of an assignable receivable by contractual limitations significantly undermines this negotiability.

Given the increasing importance of the negotiability of receivables and the impact of contractual prohibitions, comparative law demonstrates a clear tendency towards limiting the effects of such prohibitions. Nevertheless, Turkish and Swiss legislators have yet aligned with this trend. In the legal systems examined in this study, both Continental European jurisdictions and common law systems such as English and American law - provisions have been introduced to ensure that assignment prohibitions do not compromise the validity of the assignment particularly where negotiability is paramount. However, an examination of these provisions reveals that divergent models

have been adopted. Moreover, the fact that these regulations focus on the nature of the receivable rather than on the purpose pursued by its assignment makes it difficult to achieve the intended outcome.

This study analyzes these models and evaluates their respective advantages and disadvantages. In this context, it also seeks to determine whether a revision is needed in Swiss and Turkish law on this matter. Based on the models examined, the findings suggest that the absolute effect of assignment prohibition agreements has been abandoned — particularly regarding to commercial receivables — in favor of two primary models. The first model allows for a valid transfer to the assignee yet permits the debtor to be discharged performing to the assignor. The second is the purely obligational effect model, which does not grants the debtor such an option. Beyond these, there are also regulations in which the assignment prohibition has no effect even on the obligational level.

In light of all these models, we contend that, under Turkish and Swiss law, there is no need to revise the rule (TCO Art. 183 and OR Art. 164) that constitutes the general principle. However, there is a need for exceptional provisions and regulations whose scope of application is limited to specific types of assignments of receivables. In such regulations, the focus should shift from the nature of the receivable to the purpose of the assignment — as embodied in the legal nature (causa) underlying the obligation to assign. We argue that, it would not be appropriate for such regulations to allow the debtor to be discharged by performing to the assignor, since receivables serving a security or financing function are, in most cases, monetary receivables. Performance to the assignor in such cases would expose the assignee to a considerable risk from the assignor's creditors. Therefore, the theory of the purely obligational effect provides the most appropriate solution. Under this model, if the assignment prohibition agreement is violated, the debtor may assert a claim for damages against the assignor. Although the legislator does not explicitly state this, it should nevertheless be accepted that the debtor possesses such a right in the event of a breach of the agreement. Legislators should avoid any regulations that might hinder the debtor's ability to exercise this right. Otherwise, it would amount to an excessive interference by the legislator with the freedom of contract.

GİRİŐ

Alacağın devrinin geçerlilik koşullarından biri de alacağa ilişkin bir devir yasağı bulunmamasıdır. Bu devir yasağının kaynağı, kanun ya da alacağın niteliği olabileceği gibi devreden ile borçlu arasında kararlaştırılmış bir devir yasağı anlaşması da olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmesel bir devir yasağının da alacağın devredilmesine engel olabileceği hüküm altına alınmıştır. Her ne kadar hükümde açıkça belirtilmesi de doktrinde hakkında devir yasağı anlaşması bulunan bir alacağın devrinin geçersiz olacağı kabul edilmektedir.

Devir yasağı anlaşmalarının devir üzerindeki etkisi, karşılaştırmalı hukukta da çeşitli düzenlemeler ile hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Bu bakımdan güncel eğilim, devir yasağı anlaşmalarının devrin geçersizliğine sebep olacağı anlayışının kısmen ya da tamamen terk edilmesi ve böyle bir anlaşmanın yalnızca taraflar arasında hüküm ifade edecek şekilde ele alınmasıdır. Bu eğilimin sebebi, günümüz piyasasında alacakların teminat ve finansman işlevini gören önemli bir araç olmasıdır.

Çalışmamızın amacı, devir yasağı anlaşmalarına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere ve bu konudaki güncel gelişmelere yer vermek ve devir yasağı anlaşmasına ilişkin çeşitli modellerden hangisinin alacakların teminat ve finansman işlevi karşısında daha etkin bir çözüm getirebileceğini tartışmaktır. Bu kapsamda, ilk olarak alacakların teminat ve finansman işlevine ilişkin açıklamalara yer verilecek, ardından devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği ve bu anlaşmaya bağlanan hukuki sonuçlar bakımından benimsenebilecek modeller ele alınacaktır. Sonrasında, bu modeller işığında karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler açıklanacaktır. Çalışmamızın son bölümünde ise tüm bu bilgiler işığında, modern alacağın devri hukukunda devir yasağı anlaşmaları bakımından en efektif çözüm yöntemi tartışılacaktır.

I. MODERN EKONOMİDE ALACAKLARIN FİNANSMAN VE TEMİNAT İŞLEVİ

Günümüz ekonomik düzeninde, finansman araçlarının güçlendirilmesi ve ekonomik değere sahip tüm malvarlığı değerlerinin nakit ihtiyaını karşılamak üzere metalaştırması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, finansman sağlamak ve kredinin ulaşılabilirliğini artırmak için mümkün olan en çok malvarlığı değerinin teminat işlevi görmesi gerekmektedir¹.

¹ Gullifer, s. 48.

Dolayısıyla, modern teminat ve finansman sistemi yalnızca maddi varlıkların değil hakların da teminat aracı olarak kullanılmasını gerektirir. Bu amaca hizmet etmek üzere kullanılan teminat araçlarının başında alacaklar gelmekte ve günümüzde alacakların önemli birer kredi ve finansman aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. Alacakların teminat ve finansman işlevine hizmet ettiği hukuki ilişkilerin başında, factoring sözleşmeleri, teminat amacıyla alacağın devri ve bankaların kredi alacaklarını devrederek onları menkul kıymetlere dönüştürmesi (*securitization*) işlemleri gelmektedir.

Hakların finansman ve kredi işlevine hizmet edebilmesi için devredilebilir nitelikte olması şarttır. Bu bakımdan devredilebilirliğin önündeki her engel, alacağın modern ekonomik düzende işlevsizleşmesine yol açar². Sözleşmesel devir yasaklarının da bu bağlamda alacağın tedavül kabiliyetine kısmen ya da tamamen engel olduğu açıktır. Bu bakımdan, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin dezavantajlı olduğu kabul edilmektedir. Zira küçük ve orta ölçekli işletmeler, büyük şirketlere tedarik sağlamakta ve bunun karşılığında büyük şirketlerden elde ettikleri alacakları finansman veya kredi aracı olarak kullanarak varlıklarını sürdürebilmektedir³. Ancak çoğunlukla, bu alacakları doğuran tedarik sözleşmelerinde görülen devir yasakları buna engel olmaktadır⁴.

Öte yandan, bir alacağın devir kabiliyeti ne kadar yüksekse bu durum borçlu açısından o kadar çok riski beraberinde getirmektedir. Zira geçerli bir alacağın devrinden söz edebilmek için pek çok hukuk sisteminde borçlunun onayına ve ona devir hakkında bilgi verilmesine dahi ihtiyaç bulunmaz. Her ne kadar borçlu devir karşısında, “devrin borçlunun durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi” çerçevesinde korunsun da bu koruma yeterli görülmemekte ve yasa koyucu tarafından borçluya alacaklı ile yapacağı bir anlaşma ile alacağın devrini yasaklayabilme ve sınırlayabilme imkânı tanınmaktadır. Böylece en baştan, borçluya devir karşısındaki potansiyel dezavantajları ortadan kaldırma fırsatı verilmektedir⁵.

Sonuç olarak, terazinin bir yanında ekonomik düzenin işleyişini güçlendirmek ve özellikle küçük ölçekli işletmelerin ayakta kalmasını sağlamak dururken; diğer yanda borçlunun menfaatlerinin korunması yer

² Müller Chen, s. 903.

³ Beale/Gullifer/Paterson, s. 463.

⁴ Beale/Gullifer/Paterson, s. 466; Müller Chen, s. 903.

⁵ Girsberger/Hermann, FS, s. 322.

almaktadır. Hal böyle olunca, sözleşmesel devir yasağının etkisi bakımından hukuk düzeninin benimseyeceği model, bir hukuk politikası tercihi olup bu iki karşıt bakış açısı arasında bir seçim yapılmasını gerektirmektedir⁶.

II. DEVİR YASAĞI ANLAŞMASININ DEVİR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ VE DEVRALANA KARŞI İLERİ SÜRÜLEBİLİRLİĞİ

A. Devir Yasağı Anlaşmasının Tarafları, Hukuki Niteliği ve Arz Ettiği Özellikler

Devir yasağı anlaşması, bir alacağın devrini çeşitli yönlerden sınırlayan veya tamamen yasaklayan bir anlaşmadır. Bu anlaşmanın tarafları, alacağın alacaklısı ve borçlusudur⁷. Alacaklının borçlu dışındaki bir üçüncü kişiye karşı alacağı devretmeyeceğini taahhüt etmesi, teknik anlamıyla bir devir yasağı anlaşması teşkil etmez. Zira böyle bir anlaşmanın devrin geçerliliğine etki edemeyeceği kabul edilmektedir⁸.

Alacaklı ile borçlu arasında yapılan devir yasağı anlaşması, Türk ve İsviçre hukuku bakımından güncel doktrinde kabul edildiği üzere alacak üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırıcı bir özellik arz etmektedir⁹. Alacaklı ile borçlu arasındaki bir anlaşma ile tasarruf yetkisinin kısıtlanabilmesi ve bu kısıtlamanın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, hukuk sistemimiz bakımından istisnai bir özellik arz eder. Nitekim her ne kadar Alman hukukunda olduğu gibi açık bir hükümle¹⁰ ifade edilmiş olmasa da Türk ve İsviçre Hukuk sistemi bakımından da tasarruf yetkisinin sözleşme ile sınırlandırılmayacağı prensibi benimsenmektedir¹¹. Ancak belirtmek gerekir ki, devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliği, çalışmamızın devamında açıklayacağımız modellerden hangisinin benimsendiği ile doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla

⁶ Bkz. Gullifer, s. 49.

⁷ Erbayraktar, N. 263; Kapancı, TBK m. 183, N. 35.

⁸ Spirig, ZK OR, Art. 164 Abs. 2, N. 196; Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 164, N. 32a; Kapancı, TBK m. 183, N. 35; Ozanemre-Yayla, s. 198; Erbayraktar, N. 265.

⁹ Erbayraktar, N. 19.

¹⁰ Alman hukuku bakımından BGB §137 hükmünde devredilebilir bir hakkın devredilebilirliğinin hukuki işlem ile sınırlandırılmayacağı veya ortadan kaldırılamayacağı ancak böyle bir anlaşmanın borçlandırıcı bir etkide bulunabileceği hüküm altına alınmaktadır.

¹¹ Bu durum, Türk ve İsviçre hukuku bakımından aynı haklara hâkim bulunan sınırlı sayı prensibi ile açıklanmaktadır. Bu konuda bkz. Erbayraktar, N. 375. Zira aynı haklara ilişkin sınırlı sayı prensibi, tarafların yasanın izin verdiği sınırlar dışına çıkarak yeni türde aynı hak yaratmalarına da yasanın öngördüğü bir aynı hakkın içeriğini değiştirmelerine de engel olmaktadır.

devir yasağı anlaşmasının tasarruf yetkisini sınırlandırıcı bir niteliğe sahip olduğu görüşü, aşağıda ele alacağımız modellerin hepsi bakımından geçerli değildir. Ne var ki, devir yasağı anlaşmasının niteliğinin belirlenmesi, Türk ve İsviçre hukuku gibi devir yasağı anlaşmasının mutlak etkiye sahip olduğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde hem teorik hem de pratik açıdan daha büyük bir önem arz etmektedir.

Devir yasağı anlaşması, devri yasaklanan ve kısıtlanan alacağın doğumu anına kadar yapılabileceği gibi alacağın doğumundan sonra da alacağın devredildiği ana kadar geçerli bir şekilde kurulabilir¹². Öte yandan, alacağın devrinden sonra eski alacaklı (devreden) ile borçlu arasında kurulacak bir devir yasağı anlaşması da TBK m. 188 f. 1¹³ kapsamında borçlu tarafından geçerli bir devir yasağı anlaşması gibi devralana karşı ileri sürülebilmektedir¹⁴.

Devir yasağı anlaşması, herhangi bir şekle tabii değildir. Bu bakımdan alacağı doğuran borç ilişkisi bakımından bir şekil zorunluluğu bulunup bulunmadığı da bir önem arz etmez¹⁵.

Devir yasağı anlaşması, borçlunun menfaatlerinin korunmasına hizmet eder¹⁶. Ne de olsa alacaklının, malvarlığındaki bir değer üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlamakta bir çıkarı olduğundan söz etmek pek olası değildir. Alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağı anlaşmasının doğuracağı

¹² Schulin/Vogt, s. 614; Berger, B., N. 2102; Erbayraktar, N. 624; Şahiniz, s. 496; Şener, s. 80.

Doktrinde bir görüş, alacağın doğumundan önce ve sonra yapılan devir yasağı anlaşmasının hukuki niteliğini birbirinden ayırmaktadır. Buna göre, alacağın doğumundan önce yapılan bir devir yasağı anlaşması, alacağın içeriğinin belirlenmesine ilişkin bir anlaşmadır ve alacağın devredilemez bir hak olarak doğmasına neden olmaktadır. Bkz. Erbayraktar, N. 630. Şener, konuya gelecekteki alacakların devrinde geçiş teorisi perspektifinden yaklaşmakta ve alacağın doğduğu ana kadar yapılan devir yasağı anlaşmalarını geçerli saymaktadır. Bkz. Şener, s. 81. Şüphesiz ki, doğmamış alacaklar hakkında yapılan bir devir yasağı anlaşması pek çok sorunun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. Saraçoğlu, s. 520 vd.

¹³ TBK m. 188 f. 1 hükmünde, “*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*” ifadesine yer verilmektedir. Dolayısıyla devirden sonra ancak borçlunun devri öğrendiği ana kadar ortaya çıkan savunmalar da borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebilmektedir. Bu konuda bkz. Lardelli, s. 49 vd.

¹⁴ Lardelli, s. 50 vd.

¹⁵ Şahiniz, s. 499. Ancak aksi yöndeki bir görüşe göre, alacağı doğuran hukuki ilişki şekle tabii ise devir yasağı anlaşması da, bu anlaşma TBK m. 13 (OR Art. 12) anlamında yalnızca tamamlayıcı bir yan hüküm olarak görülemediği sürece, aynı şekle tabiidir. Bunun istisnası ise devir yasağı anlaşmasının alacağın doğumu anından sonra yapılmış olmasıdır. Bkz. Schulin/Vogt, s. 615.

¹⁶ Erbayraktar, N. 269 vd; Şahiniz, s. 496; Müller Chen, s. 905.

etki bakımından yasa koyucunun benimseyeceği düzen de alacaklı, borçlu ve devralana arasındaki menfaat dağılımında kimden yana tavır alınacağı ile yakından ilgilidir.

B. Devir Yasağı Anlaşmasının Devir Üzerindeki Etkisi ve Devralana Karşı İleri Sürülebilmesi Bakımından Benimsenebilecek Modeller

Alacaklı ile borçlu arasında kurulan devir yasağı anlaşmasının devir işlemine ve üçüncü kişiler üzerindeki etkisine dair dört farklı modelden söz etmek mümkündür¹⁷.

Bunlar, şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

- i. Mutlak etki modeli*
- ii. Nisbi hükümsüzlük modeli*
- iii. Salt borçlandırıcı etki modeli*
- iv. Etkisizlik modeli*

Çalışmamızın devamında da ele alacağımız üzere, bugün modern düzenlemelerdeki eğilim, mutlak etkiden uzaklaşarak salt borçlandırıcı etki (veya nisbi etkisizlik) modelinin benimsenmesidir. Bu eğilimin temel sebebi, alacakların modern finansman ve kredi dünyasındaki işlevidir.

Mutlak etki söz konusu olduğunda, hakkında devir yasağı anlaşması bulunan bir alacağın devri bu yasak nedeniyle geçersiz olmaktadır. Ancak mutlak etki teorisini benimseyen yazarlar arasında tam bir görüş birliğinden söz etmek mümkün değildir. Görüş ayrılıklarına rağmen bu teoriyi savunan yazarları ortak noktada birleştiren husus, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan devrin geçersizliğinin herkese tarafından ileri sürülebileceği ve sonuç olarak alacağın devralanın malvarlığına hiç geçmemiş olacaktır.

Mutlak etki teorisini savunan yazarlardan bir kısmına göre¹⁸, alacaklı ile borçlu arasında kurulacak olan devir yasağı anlaşması, alacak

¹⁷ Modeller hakkında ayrıca bkz. Klein, s. 65 vd; Hermann, N. 460 vd.

¹⁸ Bu teori, Alman hukukunda devir yasağının alacağın içeriğine etki ettiği gerekçesiyle “*Rechtshaltstheorie*” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Berger, C., s. 239; Klein, s. 70. Türk hukukunda *Erbayraktar*, bu teori için “nitelik teorisi” terimini kullanmaktadır. Bkz. *Erbayraktar*, N. 531 vd. Biz de yeri geldikçe aynı terminolojiyi takip etmeyi uygun buluyoruz.

hakkının niteliğine etki ederek onu devredilemez bir hak haline getirir¹⁹. Dolayısıyla devir yasağına rağmen yapılan bir devir kesin hükümsüzdür ve bu hükümsüzlük herkese karşı ileri sürülebilir²⁰. Böyle bir durumda, borçlunun tek taraflı bir irade beyanı ile devre rıza gösterdiğini beyan etmesi, geçersizliği ortadan kaldırmak için yeterli olmaz. Bunun için alacaklı ile borçlu arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulacak ve devir yasağını kaldıracı içeriğe sahip yeni bir anlaşmanın yapılması gerekir²¹. Ancak söz konusu görüş taraftarlarınca, devredenin devir iradesinin öneri; borçlunun devre vereceği onayın da kabul beyanı sayılması ile taraflar arasında bir sözleşme kurulduğunun kabul edilebileceği ileri sürülmektedir²². Öte yandan, bu görüşteki yazarlardan bir kısmına göre, ister açık bir anlaşma söz konusu olsun ister örtülü bir öneri ve kabulün varlığı benimsensin, bu anlaşma ileriye etkili olup geçmiş devri de kendiliğinden geçerli hale getirmez. Alacaklı ile borçlu arasında yeni bir devir işleminin yapılması gerekir²³. Ne var ki, bu görüşteki bir kısım yazar ise devir yasağını kaldıran anlaşmanın ardından yeni bir devre ihtiyaç bulunmadığını ve ilk devrin, devir yasağının kaldırıldığı andan itibaren geçerli hale geleceğini kabul etmektedir²⁴.

Mutlak etki teorisini savunan yazarlardan bir kısmına göre²⁵ ise devir yasağı anlaşması alacağın niteliğini değiştirmez; alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır²⁶. Böylece alacaklı, alacak üzerindeki tasarruf yetkisini borçlunun rızası olmaksızın kullanamaz hale gelir. Bu görüşe göre, devir yasağının devir üzerindeki etkisi de kesin hükümsüzlük değil askıda hükümsüzlüktür. Zira borçlunun sonradan tek taraflı irade beyanı ile devre rıza göstermesi halinde devir geçerli hale gelebilecektir. Bu rızanın hangi andan itibaren etkili olacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Ancak belirtmek

¹⁹ Bu görüşte bkz. Schuln/Vogt, s. 616 vd; Hermann, N. 194.

²⁰ Schuln/Vogt, s. 615.

²¹ Schuln/Vogt, s. 616-617; Staudinger/Busche, BGB §399, N. 63; Şener, s. 86.

²² Staudinger/Busche, BGB §399, N. 63; Schuln/Vogt, s. 616; Şener, s. 86.

²³ Schuln/Vogt, s. 618.

²⁴ Staudinger/Busche, BGB §399, N. 63; Hermann, N. 258.

²⁵ “*Theorie der Beschränkung der Verfügungsbefugnis*” (Tasarruf yetkisi kısıtlaması teorisi, bkz. Berger, C., s. 240) olarak adlandırılan bu teori için *Erbayraktar*; katılma teorisi terimini kullanmaktadır. Bkz. *Erbayraktar*, N. 547 vd.

²⁶ *Erbayraktar*, N. 636-637; Nomer, N. 242. Berger, B., N. 2103; Askıda hükümsüzlük terimini kullanmamakla birlikte borçlunun onayı ile devrin geçerli hale gelebileceği görüşünde bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, Band II, N. 3434; Huguenin, N. 1364; Bucher, OR AT, s. 542; Ozanemre Yayla, s. 201.

gerekir ki, bu hususta hangi görüş benimsenirse benimsensin, borçlunun rıza göstermesinin ardından yeni bir devir işlemi yapılmasına gerek bulunmaz. Borçlunun rızasının hangi andan itibaren etkili olacağı konusunda ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre, borçlunun onayı ile devir geçmişe etkili olarak devir anlaşması yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir²⁷. Ancak bu görüşteki *von Tuhr*²⁸ üçüncü kişilerin ara dönemdeki kazanımlarının korunacağını ifade etmektedir. Bir diğer görüşe göre ise, borçlunun onayı, o onayın verildiği andan itibaren etkilidir. Dolayısıyla devir yapıldığı andan itibaren değil onay verildiği andan itibaren geçerli bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurur²⁹. Devir sözleşmesinin kurulduğu an ile borçlunun onayı arasında geçen sürede gerçekleşen üçüncü kişilere ait kazanımlar korunur³⁰.

Mutlak etki teorisi ile salt borçlandırıcı etki arasında yer alan ve Alman hukukunda taraftar bulan nisbi etkisizlik (*relative Unwirksamkeit*) teorisine göre, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan bir devir mutlak bir biçimde değil nisbi bir biçimde; yalnızca borçluya karşı geçersizdir³¹. Bu görüşün dayanağını, BGB §135 hükmü oluşturmaktadır. Hükme göre, yasal bir tasarruf yetkisi kısıtlamasına aykırılık teşkil eden hukuki işlem, eğer bu kısıtlama belirli bir kimseyi korumayı hedefliyorsa ancak o kişiye karşı geçersiz olur. Burada da her ne kadar sözleşmesel bir tasarruf yetkisi kısıtlaması mevcut olsa da BGB §135 hükmünde öngörülen yaptırımın sözleşmesel devir yasağı bakımından da uygulanması gerekir³². Ancak nisbi etkisizlik yaptırımının hukuki sonuçları açısından da bir kesinlik olduğundan söz edilemez. Bu bakımdan Alman hukukunda bir görüş, iptal edilebilirliğe paralel şekilde, bu yaptırıma yalnızca borçlunun devir yasağını ileri sürebileceği ve o bunu ileri

²⁷ von Tuhr, s. 845; Şahiniz, s. 517; Eren/Dönmez, TBK m. 183, N. 34; Nomer, N. 242. Devrin sınırlandırıldığı değil tamamen yasaklandığı hallerde bu yönde bkz. Dinar, s. 108.

²⁸ von Tuhr, s. 845. Aynı yönde bkz. Hermann, N. 270.

²⁹ Koller, N. 84.71; Erbayraktar, N. 641, 655; Kapancı, TBK m. 183, N.44. Borçlunun onayı şartına bağlanmış bulunan sınırlı devir yasakları bakımından bu yönde bkz. Dinar, s. 109.

³⁰ Koller, N. 84.66.

³¹ Canaris, FS, s. 22; Wünschmann, s. 217, s. 225.

³² Nisbi etkisizlik görüşünün savunucularından *Canaris*'e göre, sözleşme ile devir yasağı kararlaştırılabilmesine imkan sağlayan BGB §399 hükmü, alacakların devredilebilirliğinin esas olduğu hukuk sisteminde borçluyu korumayı amaçlayan ve bu ilkenin borçlu açısından olası dezavantajlarını telafi edici bir hüküm olarak anlaşılmalıdır. Hükümün uygulanabilmesi için taraflar arasında bir anlaşmanın yapılmış olması zorunludur. Böyle bir durumda, sözleşmesel devir yasağına borçlunun korunması amacının ötesine geçen sonuçlar bağlamak yerinde olmayacaktır. Bkz. Canaris, FS, s. 18.

sürdüğü takdirde alacağın devralana geçmeyeceği anlamını atfetmektedir³³. Diğer görüşe göre ise, bu yaptırımın sonucu devrin herkese karşı geçerli olması ancak borçlunun devralana ifadan kaçınılabilmesidir³⁴. Diğer yandan, Alman hukukunda nisbi etkisizlik teorisinin azınlıkta olduğunu da ifade etmek gerekir³⁵. Ancak nisbi etkisizlik modeli, borçluya devralan yerine devredene ifa etme hakkı veren ve çalışmamızın devamında ele alacağımız bazı güncel düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, nisbi etkisizlik modelinin çeşitli görünümünde, devralanın devir yasağı anlaşmasını bilmek veya bilmesi gerekmem anlamındaki kötü niyetinin devir yasağı anlaşmasına bağlanan hukuki sonuç bakımından etkili olduğu görülmektedir. Buna göre, devralan devir anlaşması yapıldığı sırada kötü niyetli ise devir yasağına aykırı devrin nisbi hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Devralanın bu anda iyi niyetli olduğu ihtimalde ise, devir yasağı anlaşması yalnızca borçlu ve devralan arasında hüküm ifade etmekte, eş deyişle borçlandırıcı bir etkiye sahip olmaktadır³⁶. Bu türden düzenlemelere, çalışmamızın devamında değineceğimiz bazı uluslararası metinlerde de rastlamak mümkündür.

Mutlak etki teorisinin tam karşısında yer alan salt borçlandırıcı etki teorisine göre ise alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağı anlaşması, devrin geçerliliğine etki etmez ve bu nedenle borçlu tarafından devralana karşı da ileri sürülemez. Böyle bir anlaşmanın tek yaptırımı, devreden ile borçlu arasındaki hukuki ilişkide ortaya çıkabilecek muhtemel bir zarar tazminidir. Ne de olsa devreden, devir yasağına rağmen alacağı devrederek borçlu ile arasındaki devir yasağı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmıştır ve bu nedenle borçlunun zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu görüşün temel gerekçesini, hukuki işlem güvenliği oluşturmaktadır. Aşağıda yer vereceğimiz bazı uluslararası metinlerde bu teorisinin benimsendiği görülmektedir. Ancak

³³ Wünschmann, s. 217, s. 225. Devrin yalnızca borçluya karşı geçersizliğinin teorik olarak iki anlamı olabileceği yönünde ayrıca bkz. Wünschmann, s. 210. Yazar, bunlardan metinde bahsi geçen, iptal hakkına paralel bir nisbi hükümsüzlüğü üstün tutmaktadır.

³⁴ Canaris, FS, s. 21. Türk hukuku bakımından bu yönde bkz. Şahiniz, s. 510. Nisbi etkisizlik modelinin alacağın kimin malvarlığında bulunduğu sorusunun yanıtını veremediğini belirtmekle birlikte bu yöndeki açıklaması için ayrıca bkz. Dinar, s. 98, s. 106. Bu görüşteki *Canaris*, görüşünü özellikle devreden alacaklılarının karşısında devralanın alacaklı sıfatına sahip olmasının önemine vurgu yaparak açıklamaktadır. Bkz. Canaris, FS, s. 12.

³⁵ Girsberger/Hermann, FS, s. 326.

³⁶ Bu konuda bkz. Klein, s. 97. Yazar, bu sistemi benimseyen hukuk sistemlerine örnek olarak İtalyan hukukunu göstermektedir.

incelememiz kapsamında yer alan Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuku bakımından kural olarak mutlak etki halen geçerliliğini sürdürmektedir.

Mutlak etki, nisbi hükümsüzlük ve salt borçlandırıcı etki teorilerinin yanında, devir yasağı sözleşmeleri bakımından son olarak etkisizlik modeline de değinilmesi gereklidir. Bu modele göre, devir yasağı anlaşmasının ne devir üzerinde bir etkisi söz konusudur ne de yasağa aykırı devrin devreden ile borçlu arasında tazminat borcu doğurma etkisi vardır³⁷. Dolayısıyla devir yasağı tamamen geçersizdir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tüm bu devir yasağı anlaşması modelleri yasa koyucunun tercihinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Ancak yasa koyucunun benimsediği modele göre izin verdiği sınırlar içinde, tarafların devir yasağı anlaşmasına başka hukuki sonuçlar bağlamaları mümkündür. Söz gelimi, mutlak etkinin veya nisbi etkisizliğin öngörüldüğü bir hukuk sisteminde, tarafların yapacakları devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etkiye sahip olacağını kararlaştırmalarına bir engel yoktur³⁸.

C. Türk-İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmesel Devir Yasağı Bakımından Öngörülen Düzenlemeler

1. Kural Niteliğindeki Hükümler

a. İsviçre ve Türk Hukukunda

Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin 1. fıkrası ile mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 164. maddesinin ilk fıkrasında "*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*" ifadesine yer verilmektedir. Yine her iki hükmün ikinci fıkrasında ise "*Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.*" ibaresi yer almaktadır.

Gerek İsviçre gerek Türk doktrininde, yasa koyucunun devir yasağı anlaşmasına mutlak etki tanıdığından şüphe duyulmamaktadır³⁹. Ancak mutlak

³⁷ Model hakkında bkz. Klein, s. 169.

³⁸ Hermann, N. 253.

³⁹ Aksi yönde bkz. Şahiniz, s. 510. Belirtmek gerekir ki, Türk-İsviçre hukukunda bazı yazarlar devir yasağının ileri sürülmesini defi olarak bazı yazarlar ise itiraz olarak nitelendirmektedir.

etki çerçevesindeki görüşlerden hangisinin benimseneceği özellikle güncel doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır. Yukarıda da açıkladığımız üzere, bu bakımdan doktrinde bir görüş nitelik teorisinin benimsediği sonuçlara paralel şekilde kesin hükümsüzlük yaptırımını ve borçlunun rızası ile devrin sağaltılamayacağını kabul etmektedir⁴⁰. Ne var ki, bu alandaki güncel çalışmalarda katılma teorisine paralel şekilde askıda hükümsüzlük görüşünün ağırlık kazandığını da ifade etmek gerekir.

Mevcut düzlemde, gerek Türk gerek İsviçre hukuku bakımından mutlak etki dışındaki teorilerden birinin benimsenmesi mümkün görünmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklikler öngören 2020 tarihli revizyon metninde, OR Art. 164 bakımından da köklü bir değişikliğe gidilmiştir. Her ne kadar bu taslak metin hiçbir zaman yürürlüğe girmemiş olsa da, tasarı olarak kalan bu değişiklik ile mutlak etki teorisinden vazgeçilerek salt borçlandırıcı etki teorisine benimsenmiştir⁴¹. Dolayısıyla mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun da devir yasağı anlaşmaları bakımından güncel eğilime kulak vermiş olduğu görülmektedir.

b. Alman Hukukunda

Türk ve İsviçre hukukuna benzer şekilde, Alman hukuku bakımından da sözleşmesel devir yasağının kararlaştırılabileceği ve bunun devre engel olabileceği, yasa koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır. BGB §399 hükmüne göre, bir alacağın devri borçlu ile yapılan anlaşma ile yasaklanmışsa, o alacak devredilemez. Hükümde açıkça belirtilmese de hakkında devir yasağı anlaşması bulunan bir alacağın devri halinde devrin geçerliliğinin sorgulanması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak bu hukuk düzeni bakımından uzun yıllar boyunca süregelen tartışma, hükümsüzlüğün türüne ilişkin olmuştur. Yukarıda da açıkladığımız üzere, bu hükümsüzlüğün türünü nisbi hükümsüzlük (*relative Unwirksamkeit*) olarak kabul eden görüşler bulunduğu gibi bunun karşısında mutlak geçersizlik (*absolute Unwirksamkeit*) görüşü

Defi olduğu yönünde bkz. Şener, s. 83; Eren/Dönmez, TBK m. 183, N. 34; Eren, N. 3868. İtiraz olduğu yönünde bkz. Erbayraktar, N. 697; Nomer, N. 242. Kanımızca, devir yasağı anlaşmasının defi niteliğinde olduğunu kabul eden görüşün aynı zamanda mutlak etki görüşünde olduğunu kabul etmek güçtür. Bu bakış açısı, daha çok nisbi hükümsüzlük görüşüne yaklaşmaktadır. Aynı yönde bkz. Erbayraktar, N. 481. Ancak bu yazarların aynı zamanda mutlak etkiden söz ettikleri de görülmektedir. Bkz. Şener, s. 82-83.

⁴⁰ Yukarıda bkz. II, B.

⁴¹ Girsberger/Hermann, BSK OR I, Art. 164, N. 32.

yer almaktadır⁴². Bugün Alman hukuku bakımından nisbi hükümsüzlük görüşünün geçerliliğini yitirdiği söylenebilir. Ancak mutlak etki bağlamında nitelik ve katılma teorileri halen geçerliliğini sürdürmektedir.

c. Avusturya Hukukunda

Türk, İsviçre ve Alman hukuku düzenlemelerinden farklı olarak, ABGB § 1392-1399 hükümleri arasında alacağın devrine ilişkin hükümler öngören Avusturya yasa koyucusu, devir yasağı anlaşmalarına ilişkin genel bir kural öngörmüş değildir. Bu nedenle, devir yasağı anlaşmasının devir üzerindeki etkisi, doktrin ve yargı kararları bakımından uzun yıllar tartışılmalıdır⁴³. Bu konudaki içtihat, zaman içinde değişmiş ve önceleri devir yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğu kabul edilirken sonraları içtihat mutlak etki yönünde gelişmiştir⁴⁴.

2005 yılında ise devir yasağı anlaşmalarına ilişkin olarak ABGB §1396a hükmü yürürlüğe girmiştir. Söz konusu hüküm, çalışmamızın devamında değineceğimiz HGB §354 hükmü ile oldukça benzer olup tacirler arası ticari işlemlerden doğan para alacaklarına ilişkin devir yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğunu ve bu etkinin doğabilmesi için dahi belli bazı geçerlilik şartlarının aranacağını belirtmektedir. Hükmün belirli bir alacak grubunu dikkate alarak bu alacaklar hakkındaki devir yasağı anlaşmalarının salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğunu düzenlemesinden çıkan sonuç, diğer tüm alacaklar bakımından böyle bir anlaşmanın mutlak etkiye sahip olacağıdır⁴⁵. Dolayısıyla yasa koyucu, bu düzenleme ile doktrin ve içtihatlar ile kabul edilen sonucu benimsemiş olmaktadır.

d. İngiliz Hukukunda

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak, İngiliz hukuku bakımından alacağın devri iki şekilde gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilki, *statutory (legal) assignment* (yazılı hukuka göre devir); diğeri ise *equitable assignment*

⁴² Yukarıda bkz. II, B.

⁴³ Bydlinski, s. 122.

⁴⁴ Hermann, N.478; Girsberger/Hermann, FS, s. 326. Öte yandan, doktrinde sonuç olarak olan hukuk bakımından mutlak etki görüşünde ayrıca bkz. Bydlinski, s. 135. Ancak yazar bu noktada devir yasağı öngören sözleşmenin yorumlanmasının büyük bir önem arz ettiğini ve bu yorum sonucunda somut devir yasağı anlaşmasının başkaca sonuçlara yol açabileceğini de ifade etmektedir. Bkz. Bydlinski, s.136 vd.

⁴⁵ Hermann, N. 479.

(hakkaniyet hukukuna göre devir) olarak ifade edilmektedir⁴⁶. Yazılı hukuka göre devir, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yanında devrin borçluya bildirimini de bir geçerlilik şartı olarak öngörmektedir⁴⁷. Bunun devralan bakımından avantajı, devralanın alacağı kendi adına dava edebilme imkânına sahip olmasıdır⁴⁸.

Yazılı hukuka göre devir için aranan unsurlardan en az birini sağlamayan alacak devirleri, hakkaniyet hukukuna göre devir (*equitable assignment*) olarak kabul edilir. Sözleşmesel bir devir yasağı bulunan alacağın, gerek *statutory assignment* olarak devrinde gerek *equitable assignment* devrinde, devir yasağının borçlu tarafından devralana karşı ileri sürülebileceği ve borçlunun devir kendisine bildirilmesine rağmen borcu devredene ifa ederek borcundan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁴⁹. Ancak bu bakımdan hakkaniyet hukukuna göre devri diğerinden ayıran unsur, devir yasağı bulunmadığı durumda da devralanın borçlunun borcu kendisine ifa etmesini isteyemeyecek olması ve hakkaniyet hukukuna göre devirde devir borçluya bildirilmediğinden onun sözleşmesel bir devir yasağı bulunmasa bile devredene ifa ile borcundan kurtulacağıdır. Dolayısıyla, devir yasağı anlaşmaları, hukuki sonucu bakımından daha çok yazılı hukuka göre devirlerde önem arz etmektedir.

İngiliz hukukunda devir yasağı anlaşmasının etkisine ilişkin bir düzenleme, 1972 tarihli taslak bir metin olan *English Contract Code (ECC)* Sec. 663 hükmünde yer almaktadır. Bu hükme göre, devir yasağı anlaşmasına rağmen yapılan bir devir, devralana borçlu karşısında hiçbir alacak kazandırmaz. Ancak devir, devreden ve devralan arasında geçerlidir. Öte yandan, borçlu hem devredene hem de devralana yaptığı ifa ile borçtan kurtulur⁵⁰. Ancak yalnızca eski bir taslak olması itibarıyla bu düzenleme bir anlam ifade etmemektedir⁵¹.

Hakkında devir yasağı anlaşması bulunan bir alacağın devrinde borçlunun alacağı devredene ifa ederek borcundan kurtulabileceği İngiliz

⁴⁶ Gullifer, s. 48; Klein, s. 84.

⁴⁷ Gullifer, s. 48-49.

⁴⁸ Gullifer, s. 48.

⁴⁹ Beale/Gullifer/Paterson, s. 463.

⁵⁰ Girsberger/Hermann, FS, s. 331; Hermann, N. 520.

⁵¹ Bkz. Klein, s. 96 dn. 185.

hukukunda içtihatlar (*case law*) yoluyla kabul edilmiş bir sonuçtur⁵². Ancak bu devrin herkese karşı geçersiz olup olmadığı ve borçlunun onayı ile düzelip düzelemeyeceği sorularına yanıt verilmemektedir. Bu bakımdan doktrinde devir yasağı anlaşmasına aykırı bir devrin yalnızca borçluya karşı geçersiz olacağı, eş deyişle nisbi hükümsüzlük teorisi, kabul edilmektedir⁵³.

İngiliz hukukunda bu konuda gerçek anlamdaki ilk yasal düzenleme, İngiltere’de 2018 yılında yürürlüğe giren “*Business Contract Terms (Assignment of Recivables) Regulations (SI 2018/1254)*” metnidir. Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalarımıza istisnai bir düzenleme olması itibariyle çalışmamızın devamında yer verilecektir.

e. Uluslararası Düzenlemelerde

Alacağın devrinde devir yasağı anlaşmalarına bağlanan sonuçlar, bazı uluslararası düzenlemelerde de açık hükümle düzenlenmiş bulunmaktadır. *The Principles of European Contract Law (PECL)* Art. 11:301 hükmünde, sözleşmesel bir devir yasağının alacağın devrini borçluya karşı geçersiz hale getireceği ancak devrin devreden ve devralan arasında geçerli bir devrin hukuki sonuçlarını doğuracağı ifade edilmektedir. Bu durumda, borçlu devredene yaptığı ifa ile borcundan kurtulacak ancak devralan borçludan ifa sonucu elde ettiklerini devralana vermekle yükümlü olacaktır⁵⁴. Böylece, PECL Art. 11: 301 hükmünde kural olarak nisbi etkisizlik modelinin benimsendiği söylenebilir. Hükmün devamında, bazı istisnai hallerde ise devrin borçluya karşı da geçersiz olacağı belirtilmektedir. Bunlar, *i*) borçlunun devre rıza göstermesi; *ii*) devralanın devir sırasında devir yasağı anlaşmasını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi *iii*) gelecekteki para alacaklarının devri olarak ifade edilmektedir. Bu üç istisnadan birinin varlığı halinde, devir yasağı anlaşmasının salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğu söylenebilir. Sonuç olarak, PECL Art. 11: 301 hükmünde yukarıda değindiğimiz modellerden “devralanın iyi niyetinin gözetildiği nisbi hükümsüzlük modeli” benimsenmiş bulunmaktadır.

Draft Common Frame of Reference (DCFR) III -5:108 hükmüne göre ise kural olarak, devir yasağı anlaşması devrin geçerliliğine etki etmez ancak borçlu devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulabilir. Öte yandan, borçlu

⁵² Hermann, N. 514.

⁵³ Hermann, N. 515; Klein, s. 83 vd.

⁵⁴ Girsberger/Hermann, FS, s. 328.

dilerse borcu devralana da ifa edebilir. Bu bakımdan borçlunun bir seçim hakkı bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Dolayısıyla *DCFR* bakımından da kuralın nisbi etkisizlik teorisi olduğu söylenebilir⁵⁶. Ancak bu düzenlemeyi, salt borçlandırıcı etki teorisine dâhil kabul eden yazarların bulunduğunu da ifade etmek gerekir⁵⁷. Hükümün 3. fıkrasında ise devir yasağı halinde borçlunun devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulabilmesi kuralına istisna getirilmektedir. Buna göre, ilk istisna borçlunun devre rıza göstermesi halidir. İkinci istisna ise, borçlunun devralan nezdinde böyle bir yasak veya kısıtlama olmadığına dair haklı ve makul bir hukuki görünüş yaratmış olması halidir. Üçüncü istisna ise bir mal veya hizmet temini karşılığında elde edilmiş bulunan alacakların devrine ilişkindir. Tüm bu hallerde, borçlu devredene ifa ile borcundan kurtulamayacak ve devir yasağı anlaşması salt borçlandırıcı etkiye sahip olacaktır. Yine burada da “devralanın iyi niyetinin gözetildiği nisbi hükümsüzlük modeli” söz konusudur.

United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade Art. 9 hükmünde, yalnızca belirli alacakların bu hükmün kapsamına girdiği ve bu alacakların devri için öngörülen bir sözleşmesel devir yasağının salt borçlandırıcı etkiye sahip olduğu düzenlenmiştir⁵⁸. *UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016)* Art. 13 hükmü ile de belirli alacaklar üzerinde kurulan teminatlar bakımından benzer bir düzenlemeye yer verilmektedir.

UNIDROIT Convention on International Factoring Art. 6 Abs. 1 hükmünde ise sağlayıcı tarafından faktöre devredilen alacaklar bakımından devir yasağı sözleşmelerinin etkisine ilişkin bir düzenleme öngörülmektedir. Söz konusu düzenleme, bu alacakların devrine ilişkin devir yasağı anlaşmalarının devrin geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmekte ve hükmün 3. fıkrasında devir yasağı anlaşmasının devreden ile devralan arasındaki tazminat yükümlülüğüne neden olabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla *UNIDROIT Convention on International Factoring* düzenlemesi bakımından devir yasağı anlaşmaları salt borçlandırıcı etkiye sahiptir.

UNIDROIT Factoring Law Model (2023) Art. 8 hükmünde ise devir yasağı anlaşmalarının devrin geçerliliğine etki etmeyeceği gibi bu anlaşmanın

⁵⁵ Girsberger/Hermann, FS, s.328-329.

⁵⁶ Bkz. Girsberger/Hermann, FS, s. 328.

⁵⁷ Bkz. Klein, s. 140 vd.

⁵⁸ Bu alacaklar için bkz. Art. 9 Abs. 3.

ihlali nedeniyle ne devreden ne devralanın tazminat sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir. Hükümün devamında, devir yasağı anlaşmasının tarafı olmayan kimselerin de bu anlaşmayı bildikleri gerekçesiyle devralanın bu anlaşmayı ihlalinden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme, salt borçlandırıcı etkiyi de devre dışı bırakarak etkisizlik modelini benimsemektedir.

Tüm bu düzenlemelere bakıldığında, daha önce ele aldığımız özellikle Kıta Avrupası ülkelerinden farklı olarak, uluslararası düzenlemelerde, mutlak etkinin yerini iyi niyetin korunduğu nisbi hükümsüzlük modeli ile bazı alacakların devri özelinde salt borçlandırıcı etki teorisine bıraktığı söylenebilir. Ancak *UNIDROIT Factoring Law Model (2023)* Art. 8, bunun da ötesine geçerek devir yasağı anlaşmasının etkisizliği modelini benimsemektedir.

2. İstisnai Nitelikteki Düzenlemeler

Çalışmamızın bu bölümünde, yukarıda ele alınan kural niteliğindeki düzenlemelere ek olarak çeşitli hukuk sistemlerinde öngörülen istisnai nitelikteki hükümlere yer verilecektir. Uluslararası düzenlemelerde öngörülen istisnai nitelikteki hükümler yukarıda bütünlüğü bozmamak adına ele alınmış olup bu başlık altında aynı hususlar tekrar edilmeyecektir.

a. Devralanın İyiniyetinin Korunmasından Kaynaklanan Haller

Türk, İsviçre ve Alman hukuku bakımından alacağın devrinde devir yasağı anlaşmasının mutlak etkiye sahip olduğunun kabul edildiğini yukarıda açıklamıştık. Her üç hukuk düzeni bakımından da bu ilkeye istisna olarak, devralanın iyiniyetinin belli koşullar altında korunmasını düzenleyen hükümler öngörülmüştür.

TBK m. 183 f. 2 ve mehaz OR Art. 164 Abs. 2 hükümlerine göre, eğer devir yasağını içermeyen yazılı bir borç tanınması mevcutsa ve devralan bu borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmışsa artık devir yasağının ona karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Yine BGB § 405 hükmünde de, alacağın devralana yazılı bir belge ibraz edilerek devredildiği hallerde, artık ona karşı sözleşmesel devir yasağının ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmaktadır.

Her üç hüküm bakımından da aranan temel şart, devralanın alacağı devralırken yazılı borç tanınmasını dikkate alması ve ona istinaden alacağı devralmış olmasıdır. Dolayısıyla, yazılı borç tanınmasının en geç devir anında borçluya sunulmuş olması gerekir. Aksi takdirde bu hüküm uygulama alanı

bulmaz ve devir yasağı devralana karşı ileri sürülebilir⁵⁹. Dikkat edilecek olursa, bu husus söz konusu düzenlemeleri, devralanın iyi niyetinin devir yasağı anlaşmasının hukuki sonucuna etki ettiği uluslararası düzenlemelerden ayırmaktadır.

Yazılı borç tanınması, alacağı doğuran sözleşmenin kendisi olabileceği gibi borçludan sadır olmak üzere tek taraflı bir borç tanınması şeklinde de karşımıza çıkabilir⁶⁰. Önemli olan, söz konusu borç tanınmasında borçlunun imzasının bulunuyor olmasıdır⁶¹. Öte yandan, borç tanınması niteliğindeki belgenin alacağın varlığını ve devreden alacaklı sıfatını ispatlamayı hedef tutan bir belge olması da gerekir⁶².

Belirtmek gerekir ki, hükümlerde açıkça belirtilmemiş olsa dahi bu istisnanın uygulama alanı bulabilmesi için devralanın iyi niyetli olması gerektiği de kabul edilmektedir⁶³. Bu bakımdan iyi niyet, Türk ve İsviçre hukuku için TMK m. 3 hükmüne göre saptanır ve bu nedenle, devir yasağını bilmemek ya da bilebilecek durumda olmamak anlamına gelir⁶⁴.

Tüm bu açıklamalar ışığında, sözleşmesel devir yasağı bulunmadığına dair devralan nezdinde hukuki bir görünüş yaratıldığı hallerde, bazı hukuk sistemlerinde mutlak etkinin yerini devir yasağının üçüncü kişilere (ve devralana) karşı hüküm ifade etmediği düzenin yer aldığı görülmektedir. Her ne kadar hükümlerde açıkça söylemese de kanımızca bu durumda devir yasağı anlaşmasının devreden ve borçlu arasında salt borçlandırıcı etkisinin devam ettiği kabul edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu istisnai hükümlerin global (toplu) alacak devirleri (*Globalzession*) bakımından uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir⁶⁵. Bu durum, toplu alacak devirlerinin doğası gereği arz ettiği özellikten kaynaklanmaktadır. Toplu devirlerde, devralanın her

⁵⁹ Kieninger, MüKo BGB §405, N.1; Ozanemre Yayla, s. 204; Kapancı, TBK m. 183, N. 47; Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 1727.

⁶⁰ Bucher, OR AT, s. 543; Kapancı, TBK m. 183, N. 47.

⁶¹ Oğuzman/Öz, Cilt II, N. 1706, 1727; Erbayraktar, N. 731.

⁶² Kieninger, MüKo BGB §405, N.5. Dolayısıyla bu belgenin alacaklıya verilmiş olması da gereklidir. Bkz. Erbayraktar, N. 732; Ozanemre Yayla, s. 205.

⁶³ Spirig, ZK, Art. 164, N. 195; Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 12; Kapancı, TBK m. 183, N. 47.

⁶⁴ Reetz/Burri, CHK OR, Art, 164, N. 12.

⁶⁵ Erbayraktar, N. 743.

bir alacak için yazılı borç tanınmasını incelemesi ve buna güvenerek alacakları devralması şartının gerçekteşmesi mümkün değildir. Ne var ki, doktrinde de ifade edildiği üzere, eğer toplu devir yalnızca aynı borçlandırıcı işlemde doğan alacakları kapsamına alıyorsa ve bu sözleşmede devir yasağına yer verilmemiş olup sözleşme devralana yazılı borç tanınması olarak ibraz edilmişse artık TBK m. 183 f. 2'nin uygulama alanı bulması mümkündür⁶⁶. Alacakların finansman ve teminat ilişkilerindeki işlevi çoğunlukla toplu devir yoluyla sağlandığından, toplu devirlerin istisna hükmünün uygulama alanı dışında kalması kanımızca hükmün bu anlamda yetersizliğini ortaya koymaktadır.

b. Alacağı Doğuran Hukuki İlişkinin Niteliği ve Taraflarından Kaynaklanan Haller

Alman hukukunda alacağın devrinde devir yasağı anlaşmalarına bağlanan sonucun kural olarak mutlak etki olduğunu belirtmiştik. Ancak bu kurala, Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch= HGB*) ile bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. HGB §354a hükmüne göre, her iki taraf için de ticari iş niteliği taşıyan bir hukuki işlemde doğan para alacaklarının devrinde, sözleşmesel devir yasağına rağmen gerçekteşen devir geçerlidir. Ne var ki, bu durumda borçlu devredene yapacağı ifa ile borcundan kurtulabilir. Doktrinde, borçlunun bu konuda bir seçim hakkının bulunduğu da kabul edilmektedir⁶⁷. HGB §354a hükmünün, DCFR Art. III -5:108 Abs. 1 hükmü ile paralel olduğu söylenebilir. Dolayısıyla burada da nisbi etkisizlik modelinin benimsendiğini kabul eden yazarlar olduğu gibi bazı yazarlar bu hükmü salt borçlandırıcı etkinin bir izdüşümü olarak görmektedir⁶⁸.

1994 yılında yürürlüğe giren hükmün amacının, küçük ve orta ölçekli işletmelerin finansmanının önünde engel teşkil eden devir yasağı klozlarının önüne geçmek olduğu kabul edilmektedir⁶⁹. Ne var ki, 2008 yılında hükme yeni bir fıkra eklenmiş ve alacaklısının bir kredi kuruluşu olduğu ödünç

⁶⁶ Erbayraktar, N. 743.

⁶⁷ Girsberger/Hermann, FS, s. 329; Müller Chen, s. 914; Canaris, Handelsrecht, § 26, N.23 vd.

⁶⁸ Nisbi etkisizlik yönünde bkz. Girsberger/Hermann, FS, s. 329. Salt borçlandırıcı etki yönünde bkz. Klein, s. 159 vd. Belirtmek gerekir ki, *Canaris* bu bakımdan her iki görüşten de farklı bir bakış açısı ortaya koymaktadır. Yazara göre, burada devir herkese karşı (mutlak) şekilde geçerli olup bu durumun borçlunun kapsamlı bir şekilde korunması ile kombinasyonu söz konusudur. Bkz. Canaris, Handelsrecht, § 26, N. 18. Ancak yazar hukuki sonuçları bakımından, durumun nisbi hükümsüzlük ile aynı veya benzer olacağını da ifade etmektedir. Bkz. Canaris, Handelsrecht, § 26, N. 19.

⁶⁹ Girsberger/Hermann, FS, s. 329.

sözleşmelerinden doğan alacakların devri için HGB §354a Abs. 1 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Ancak dikkat edilecek olursa bu hükmün kapsam dışına çıkardığı alacaklar teminat amacıyla alacağın devrinde teminat olarak devredilen alacakları ya da *factoring* kapsamında devredilen alacakları ifade etmemektedir. Bu alacaklar, çoğunlukla bankaların müşterilerinden olan kredi alacaklarını oluşturmaktadır. Zira burada aranan şart, devredilen alacakta alacaklı/devreden sıfatının bir kredi kuruluşuna ait olmasıdır.

HGB §354a hükmüne benzer şekilde, Avusturya hukukunda da daha önce bahsetmiş olduğumuz ABGB § 1396a hükmü yer almaktadır. Hükme göre, tacirler arası ticari ilişkilerden doğan para alacaklarının devrinde devir yasağı anlaşmaları, devrin geçerliliğini etkilemez ve borçlu, devir ve devralan kendisine bildirilmişse devredene ifa ile borçtan kurtulamaz. Ancak devir yasağı anlaşması, devreden ve borçlu arasında olası bir tazminat sorumluluğu doğurma etkisine sahiptir. Hükümden anlaşılacağı üzere, Avusturya hukukundaki bu istisnai hüküm açıkça salt borçlandırıcı etkiden söz etmekte ve HGB §354a hükmünden farklı olarak, borçluya devredene ifa ile borçtan kurtulma imkânı verilmemektedir.

Bu başlık altında ele alacağımız son husus, İngiltere’de 2018 yılında yürürlüğe giren “*Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations (SI 2018/1254)*” ile küçük ölçekli işletmelerin belli ticari sözleşmelerden doğan para alacakları bakımından sözleşmesel devir yasağının hüküm ifade etmeyeceğinin kabul edilmiş olmasıdır⁷⁰. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki, hükümde açıkça belirtilmese de doktrinde devir yasağı anlaşmasının yukarıda açıklanan modellerden etkisizlik modeli ile ilişkilendirilemeyeceği; yalnızca devir yasağının devralana karşı hiçbir şekilde ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir⁷¹. Bu düzenlemenin İngiliz hukukundaki uzun yıllar süren tartışma ve saha çalışmalarının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir⁷².

c. Devrin Amacından Kaynaklanan Haller

Her ne kadar Amerikan hukukunda sözleşmesel devir çalışmalarının kapsamında yer almasa da arz ettiği özellik itibariyle Amerikan hukukunda *Uniform Commercial Code (UCC)* § 9-406 (d) düzenlemesine değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu mevzuatın “Teminat İşlemleri” (*Secured*

⁷⁰ Gullifer, s. 47; Hermann, N. 530; Klein, s. 96.

⁷¹ Klein, s. 97.

⁷² Bu çalışmalar hakkında bkz. Beale/Gullifer/Paterson, s. 464 vd.

Transactions) başlığını taşıyan 9. bölümü, teminat amacıyla alacağın devri de dâhil olmak üzere taşınır teminatlarına ilişkin bir örnek kurallar getirmektedir⁷³. UCC § 9-406 hükmünün (d) paragrafında ise alacağın devrini sınırlayan veya yasaklayan sözleşme klozlarının geçersizliği düzenlenmektedir. Hükmün uygulama alanı, teminat amacına hizmet eden para alacaklarının devri ile sınırlıdır⁷⁴. Hükme göre, alacağın teminat amacıyla devrini yasaklayan, sınırlandıran veya borçlunun rızasına bağlayan her türlü sözleşme hükmü geçersiz olup böyle bir sözleşme hükmü borçlu ve devreden arasında tazminat sorumluluğu da doğurmaz⁷⁵. Dolayısıyla burada bazı alacağın devirleri bakımından geçerli olmak üzere etkisizlik modeli benimsenmiş olmaktadır.

III. DEVİR YASAĞI KONUSUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ALACAĞIN FİNANSMAN VE KREDİ İŞLEVİ BAKIMINDAN UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere, günümüzde alacaklar yalnızca borçlu ile alacaklı arasındaki bir bağı ifade etmenin ötesinde piyasada finansman ve kredi işlevi görmektedir. Bu nedenle de alacakların tedavül kabiliyetinin yüksek olması, bu amaca hizmet edebilmek bakımından bir zorunluluk arz etmektedir. Bu doğrultuda, sözleşmesel devir yasakları bakımından da güncel eğilim, mutlak etkiden borçlandırıcı etkiye doğru geçiştir. Gerek uluslararası düzenlemeler gerek Kıta Avrupası ve İngiliz hukukundaki istisnai nitelikteki düzenlemeler ile mutlak etkinin uygulama alanının daraltılması, bu eğilimi ortaya koymaktadır.

Ne var ki, Türk ve İsviçre hukukunda bu gelişmelere paralel olarak getirilmiş yeni bir düzenlemeden söz etmek mümkün değildir. Her iki hukuk sistemi bakımından da mutlak etkinin tek istisnasını devralanın iyiniyetinin korunmasından kaynaklanan durum oluşturmaktadır. Ancak bu istisnasının uygulama alanı bulabilmesi için aranan şartlar da kanımızca oldukça katı bir şekilde ele alınmaktadır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, devralanın yazılı borç tanınmasını incelemiş olması ve buna güvenerek alacağı devralmış olması şarttır. Öte yandan, yazılı bir borç tanınması olmaksızın devralan

⁷³ Klein, s. 169.

⁷⁴ Hermann, N. 666, 667.

⁷⁵ Klein, s. 174 vd. Belirtmek gerekir ki, hükmün uygulama alanının alacaklar üzerinde kurulan teminat işlemlerinin yanında kredilerin teminatlandırılması amacına hizmet eden *outright sale* işlemini de kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak bu ikinci uygulama alanı bakımından alacakların türüne göre bir ayırım yapmak gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Klein, s. 175.

nezdinde yaratılan hukuki görünüşün de istisnanın uygulanması bakımından bir anlamı bulunmamaktadır.

Türk hukukunda doktrinde bir görüş, Türk ve İsviçre yasa koyucusunun benimsemekte olduğu mutlak etki teorisinin “katılma teorisi” bağlamında ele alınması gerektiğini ve bunun kabulü halinde alacağın sözleşmesel devir yasağı nedeniyle tedavül kabiliyetini yitirdiğinin söylenemeyeceğini ifade etmektedir⁷⁶. Bu görüşe göre, devir yasağı anlaşmasının mutlak etkisi menfaatler dengesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarmakla birlikte borçlunun devir yasağına ilişkin menfaatleri de tamamen göz ardı edilebilir değildir⁷⁷. Bu bakımdan devir yasağı anlaşmasının devir üzerindeki etkisi konusunda kesin bir yasal bir düzenlemeden kaçınılmalı ve TBK m. 183 f. 1 hükmü katılma teorisi ışığında yorumlanmalıdır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, katılma teorisi ışığında, borçlu sözleşmesel bir devir yasağına rağmen gerçekleşen devri tek taraflı irade beyanı ile onay vererek geçerli hale getirebilmektedir. Yazara göre, borçlunun devre rıza verme yetkisinde TMK m. 2 f. 2 gözetilmelidir. Buna göre, borçlunun devre rıza göstermemesi ancak dürüstlük kuralının izin verdiği sınırlar içinde mümkün olacaktır⁷⁸. Tüm bunlara ek olarak, yazar devir yasağı kararlaştırılan sözleşmenin yorumunun da bu bakımdan önemli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, tarafların ortak gerçek iradelerinin mutlak etki yönünde olduğu tespit edilemiyorsa, bu türden bir klozun yorumunda salt borçlandırıcı etkiden yana taraf alınmalıdır⁷⁹.

İngiliz yazar *Gullifer* de İngiliz hukukunda 2018’de yürürlüğe giren “*Business Contract Terms (Assignment of Recivables) Regulations (SI 2018/1254)*” öncesi tartışmaları ele aldığı makalesinde, devir yasağı klozlarına bağlanacak hukuki sonuçlar bakımından yasal (*statutory*) bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. Yazara göre, böyle bir düzenleme, küçük işletmelerin finansmana erişimi kolaylaştırmak, piyasadaki üzerindeki maliyeti düşürmek ve hukuki sonuca yönelik belirsizlikleri azaltmak bakımından faydalı olacaktır⁸⁰. Ancak yazar, olası bir yasal düzenleme halinde devir yasağı klozlarının tamamen geçersiz kılınmasının da doğru bir tercih olmayacağından söz etmektedir. Zira devir yasağı klozlarının da piyasanın

⁷⁶ Erbayraktar, N. 1066.

⁷⁷ Erbayraktar, N. 1126.

⁷⁸ Erbayraktar, N. 1127.

⁷⁹ Erbayraktar, N.1145.

⁸⁰ Gullifer, s. 66 vd.

düzgün işleyebilmesi bakımından bir işlevi bulunmaktadır⁸¹.

Doktrindeki bazı yazarlar ise, güncel eğilime paralel olarak yasa koyucuların salt borçlandırıcı etkiden yana taraf alması gerektiğini kabul etmektedir⁸². Zira bu teori, işlem maliyeti bakımından ekonomik anlamda borçlu da dâhil olmak üzere tüm tarafların lehinedir⁸³.

Kanımızca, alacakların finansman ve teminat işlevi dikkate alındığında, Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi hiçbir istisnai düzenleme olmaksızın mutlak etki teorisinin benimsendiği hukuk sistemlerinin bu alandaki güncel eğilimler ve düzenlemeler ile bağdaşmadığı açıktır. Alacakların, sermaye piyasası hukuku alanında menkul kıymetleştirmeden, banka uygulamasında kredi teminatı olmaya kadar geniş ve menfaatler dengesinin farklı şekillerde gözetilmesi gereken bir uygulama alanı bulunmaktadır. Bu bakımdan *Gullifer*'in de ifade ettiği üzere, devir yasaklarının üçüncü kişiler üzerindeki etkisinin piyasada herhangi bir amaca hizmet etmediğinden de söz edilemez. Kanımızca HGB §354a hükmüne sonradan getirilen ek fıkra, bunun en somut kanıtını teşkil etmektedir. Hüküm, küçük ölçekli işletmelerin alacaklarının tedavül kabiliyetini artırmak için getirilmiş ve kapsamına her iki taraf içinde ticari iş niteliği taşıyan bir hukuki işlemde doğan para alacaklarının devrinde devir yasaklarının etkisini oldukça sınırlandırmıştır. Ancak hükmün kapsamına küçük ölçekli işletmelerin mal ve hizmet tedarikinden doğan alacaklarının yanı sıra bankaların kredi alacakları da girmekte ve bankalar bu hükme dayanarak müşterilerinden olan kredi alacaklarını finansal yatırımcılara devretmekteydi. Bu durumun kredi borçlusu üzerinde yarattığı baskı nedeniyle, daha sonra hükme eklenen yeni bir fıkra ile bankaların kredi alacakları, istisnai nitelikteki bu hükmün kapsamından çıkarılmıştır⁸⁴. Dolayısıyla bankaların müşterilerinden olan kredi alacakları bakımından kurala geri dönülmüş ve BGB §399 hükmünde öngörülen mutlak etki bu alacakların devrinde yeniden uygulama alanı bulmuştur.

Kanımızca, bu örnek üzerinden de anlaşılabilceği üzere devir yasaklarının borçlu ve üçüncü kişiler üzerinde etki gösterme kabiliyetine sahip olması, menfaatler dengesi ve piyasanın düzgün işlemeye devam edebilmesi bakımından her zaman arzu edilmeyen bir durum değildir. Bu tespitten doğan

⁸¹ Gullifer, s. 64-65.

⁸² Müller Chen, s. 919; Klein, s. 276 vd.

⁸³ Müller Chen, s. 919. Benzer yönde bkz. Klein, s. 276 vd.

⁸⁴ Bkz. Erbayraktar, N. 1052.

iki farklı sonuç söz konusudur:

(i) Türk ve İsviçre yasa koyucusu başta olmak üzere, pek çok ülkenin hukuk sisteminde öngörülen mutlak etki teorisi, yine kural niteliğindeki bir hüküm ile yerini nisbi etkisizlik veya salt borçlandırıcı etki teorisine bırakmamalıdır⁸⁵. Dolayısıyla Türk-İsviçre hukuku bakımından da TBK m. 183 f. 2 (OR Art. 164 Abs. 2) hükümlerinde bir revizyona ihtiyaç yoktur.

(ii) Mutlak etki teorisinin yarattığı dezavantajlar, istisnai nitelikteki hükümler ile ortadan kaldırılmalı ve bu istisnai nitelikteki hükümlerde alacağın niteliği değil alacağın devrinin amacı dikkate alınmalıdır. Bu amaç, devre hukuki sebep teşkil eden borçlandırıcı işleme bakılarak tespit edilmelidir. Zira alacağın devrinin hizmet ettiği amaç değiştikçe menfaatler dengesi de değişmiş olacaktır. Bu doğrultuda, Türk-İsviçre yasa koyucusunun da karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere kulak vermesi ve kuralı değiştirmek yerine söz gelimi teminat amacıyla alacağın devrine ya da alacakların menkul kıymetleştirilmesine (*securitization*) yönelik özel düzenlemeler ihdas etmesi gerekmektedir.

Vardığımız bu ilk sonuca ilişkin olarak belirtmek isteriz ki, mutlak etki teorisinin benimsendiği durumlarda, kanımızca da *Erbayraktar* tarafından sunulan çözüm her anlamda en uygun çözüm yöntemidir⁸⁶. Dolayısıyla bu durumda mutlak etki, katılma teorisi ışığında okunmalı ve borçlunun sözleşmesel devir yasağına rağmen devre rıza göstererek devri geçerli hale getirmesi bakımından TMK m. 2 f. 2 dikkate alınmalıdır. Böylece, borçlu rıza göstermeme hakkını kullanmak bakımından dürüstlük kuralı ile bağlı olacaktır.

Vardığımız ikinci sonuca ilişkin olarak ise kanımızca iki hususun açıklanması gerekmektedir. Bunlardan ilki, *PECL*; *DCFR* ve HGB §354a hükümlerinde olduğu gibi sözleşmesel devir yasağı halinde borçluya devredene ifa ile borçtan kurtulma imkânı verilmesinin yerinde olup olmadığıdır. Kanımızca, borçlunun devredene ifa ile borçtan kurtulma imkânına sahip olması, her ne kadar borçluyu koruma amacına hizmet etse de özellikle para alacakları bakımından devreden nezdinde pek çok riski barındırmaktadır. Borçlunun borcu devredene ifa etmesinin ardından, devredilen alacak sona erecek ve devralan devredeninde elde ettiklerinin iadesini

⁸⁵ Aynı yönde bkz. *Erbayraktar*, N. 1106, N. 1123.

⁸⁶ Bkz. *Erbayraktar*, N. 1127.

sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak isteyebilecektir⁸⁷. Ancak devreden alacaklılarının onun malvarlığına haciz yolu ile el atmaları veya devreden iflası halinde devralan büyük bir tehlike altında olacaktır. Zira devralan, devredene karşı yalnızca sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alelade bir alacak hakkına sahip bulunacaktır. Bu durumda, devreden borçludan bu borcun ifası olarak kabul ettiği şeyler üzerinde devralan lehine, TBK m. 509 f. 3 hükmünde olduğu gibi şahsi hakka dayalı⁸⁸ bir iflas masasından çıkarma hakkının veya hacizde istihkak iddiası imkânının öngörülmesi akla gelebilir. Ancak alacakların finansman ve teminat amacıyla devredildiği işlemlerin pek çoğunda para alacakları söz konusudur. İflas masasından çıkarma veya hacizde istihkak iddiasına konu olabilecek şeylerin ayırt edilebilir olması gerektiğinden para üzerinde bu ayırt edilebilirliğin sağlanması çoğu zaman mümkün olmayacak ve böyle bir imkânın tanınması devralan açısından pratikte işlevsiz kalacaktır⁸⁹.

Açıklanması gereken bir diğer husus ise devir yasağı anlaşmasının ihlalinin devreden ve borçlu arasında olası bir tazminat sorumluluğuna yol açmasının gerekli olup olmadığıdır. Zira yukarıda ele aldığımız etkisizlik modeline göre⁹⁰, devir yasağı anlaşması devreden ve borçlu arasında bir tazminat sorumluluğuna dahi yol açamayacaktır. Oysa *PECL Art. 11: 301 Abs. 2*; *DCFR III -5:108 Abs. 4*, *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade Art. 9* ve *UNIDROIT Convention on International Factoring Art. 6* düzenlemelerinin her birinde devir yasağı anlaşmasının devreden ile borçlu arasında tazminat sorumluluğu doğurabileceği açıkça ifade edilmektedir. Kanımızca, yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olsun olmasın, devir yasağı anlaşmasının ihlali, borçlunun bundan doğan bir zararı mevcut olduğu sürece devreden ve borçlu arasında tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açabilecektir. Yasa koyucunun bunun aksi yönünde bir düzenleme ile salt borçlandırıcı etkiyi devre dışı bırakması,

⁸⁷ HGB §354a bakımından bu yönde bkz. Erbayraktar,N. 1046.

⁸⁸ TBK m. 509 f. 3'te tanınan iflas masasından çıkarma hakkı bakımından bu yönde bkz. Gümüş, s. 194. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 509 f. 3 hükmünde öngörülen çıkarma hakkı bakımından doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Ancak hangi görüş ileri sürülürse sürülsün, para alacakları bakımından sonuç değişmeyecektir. Zira TBK m. 509 f. 3, vekalet verenin hükümde anılan taşınır üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı elde ettiği şeklinde anlaşılacak olsa bile para çoğu zaman karışma yolu ile vekilin malvarlığına dâhil olacak ve çıkarma hakkının kullanılmasını yine mümkün olmayacaktır. Bkz. Yavuz, s. 1239-1240.

⁸⁹ TBK m. 509 f. 3 hükmünün para üzerindeki etkisi bakımından bkz. Gümüş, s. 193.

⁹⁰ Bu model, *UNIDROIT Factoring Law Model (2023)* Art. 8 ve Amerikan hukukunda (*UCC*) § 9-406 (d) hükmünde benimsenmektedir.

kanımızca sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahale anlamına gelecektir⁹¹. Dolayısıyla salt borçlandırıcı etki yerine etkisizlik modelinin benimsenmesi yerinde olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, bu bakış açısı, tazminat sorumluluğunun da devir yasağı bulunan bir alacağın tedavül kabiliyetine olumsuz etkide bulunacağı gerekçesiyle eleştiriye açıktır. Ancak kanımızca bu noktada alacağın tedavül kabiliyeti karşısında borçlunun da korunmaya değer menfaatleri bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Öte yandan, devir yasağının da borçlunu tek taraflı iradesi ile değil devreden ile borçlu arasındaki bir anlaşma yolu ile kararlaştırıldığı da dikkate alınmalıdır. Borçluya bu yönde bir taahhütte bulunan devreden, bu taahhüdüne aykırı davranışından hiçbir sorumluluğunun doğmaması yerinde değildir. Buna ek olarak, sözleşmesel devir yasağına rağmen geçerli bir şekilde gerçekleşen alacağın devri karşısında olası tazminat sorumluluğunun devralan yeni alacaklıya değil devredene ait olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla alacağa ilişkin devir yasağı anlaşması bulunması ve bundan doğacak tazminat sorumluluğu, devralan nezdinde alacağı devralmaktan kaçınma sebebi olarak görülemez.

SONUÇ

Alacağın devri, modern ekonomik hayatta pek çok amaca hizmet eden bir hukuki işlem haline gelmiştir. Zira alacakların finansman ve teminat aracı olarak kullanımının avantajları, alacak devrini yaygın bir araç haline getirmiştir. Ancak alacakların bu işlevini yerine getirebilmesi için tedavül kabiliyetinin yüksek olması gerekir. Oysa devri mümkün bir alacağın devrinin sözleşme ile sınırlandırılması veya yasaklanması, onun tedavül kabiliyetini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Alacakların tedavül kabiliyetinin giderek önem kazanması ve devir yasağı anlaşmalarının alacakların tedavül kabiliyeti üzerindeki etkisinden hareketle, karşılaştırmalı hukukta devir yasağı anlaşmalarının etkisinin daraltılma eğiliminde olduğu görülmektedir. Ancak Türk ve İsviçre yasa koyucuları, bu eğilime sessiz kalmaktadır. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz hukuk sistemlerinden gerek Kıta Avrupası ülkelerinde gerek İngiliz ve Amerikan hukukunda özellikle tedavül kabiliyeti önem arz eden alacaklar bakımından devir yasaklarının devrin geçerliliğine etki etmeyeceği

⁹¹ Belirlilik ve işlem maliyeti gerekçelerine dayanarak küçük işletmelerin mal ve hizmet tedariki alacaklarına ilişkin devir yasağı anlaşmaları bakımından aksi yönde bkz. Beale/Gullifer/Paterson, s. 466.

yönde düzenlemeler getirilmiş bulunmaktadırdır. Ne var ki, bu düzenlemeler incelendiğinde birbirinden çok farklı modellerin benimsendiği tespit edilmektedir. Öte yandan, bu düzenlemelerde alacağın devrinin hizmet ettiği amaç yerine alacağın niteliğine odaklanılmış olması da arzu edilen sonuca ulaşılmasını güçleştirmektedir.

Çalışmamızda vardığımız sonuca göre, her ne kadar alacakların devir kabiliyeti finansman ve teminat işlevleri bakımından çok önemli olsa da bu durum piyasada devir yasaklarının hiçbir amaca hizmet etmediği anlamına gelmemektedir. Zira alacağın finansman işlevine yönelik olarak devredildiği bazı hallerde de devir yasağı anlaşmaları, menfaatler dengesinin korunması bakımından gereklidir. Bunun bir sonucu olarak, kanımızca Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan devir yasağının mutlak etkisine ilişkin düzenlemelerde (TBK m. 183 ve OR Art. 164) bir revizyona ihtiyaç yoktur. Ancak söz konusu hükümlerin katılma teorisi ışığında yorumlanması, menfaatler dengesine en uygun çözüm yoludur.

Ne var ki, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere paralel olarak, kanımızca Türk ve İsviçre yasa koyucularının da istisnai nitelikteki hükümlerle devir yasağı anlaşmasının etkisini sınırlandırması gerekmektedir. Bu istisnai düzenlemelerde, alacağı doğuran hukuki ilişkinin değil alacağın devrine hukuki sebep teşkil eden borçlandırıcı işlemin dikkate alınması daha uygun olacaktır. Zira taraf menfaatlerini gözetmenin yolu, kanımızca alacağın niteliğini değil devrin sebebini dikkate almayı gerektirir. Bu anlamda, teminat amacıyla alacağın devri, factoring, alacakların menkul kıymetleştirilmesi (*securitization*) gibi hukuki işlemlerin her biri için çıkarılacak özel düzenlemelerde devir yasağının etkisi özel olarak düzenlenmelidir.

Son olarak, belirtmek gerekir ki kanımızca bu özel ve istisnai düzenlemelerde, borçlunun devir yasağına rağmen gerçekte devrin ardından alacağı devredene ifa ederek borçtan kurtulma imkânına sahip olması, devralanın devreden alacaklıları karşılarındaki riskleri nedeniyle uygun bir tercih olmayacaktır. Bu düzenlemelerde, salt borçlandırıcı etki teorisinin benimsenmesinin daha uygun bir çözüm sunacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, bu türden düzenlemelerde yasa koyucunun, devir yasağı anlaşmasının ihlali halinde devreden ve borçlu arasında doğacak zarar tazmini ilişkisine müdahaleden kaçınması gerekir. Zira devir yasağı anlaşmasının devreden ve borçlu arasındaki bu etkisine engel olmak, sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahale anlamına gelecektir.

KAYNAKÇA

- Beale, Hugh/ Gullifer, Louise/Paterson, Sarah, “Ban on assignment clauses: views from the coalface”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2015, Vol. 30, Iss. 8, s. 463-466.
- Berger, Bernhard, *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli, Bern 2008.
- Berger, Christian, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (ohne Deliktsrecht)*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1988.
- Bydlinski, Franz, “Zessionverbot und Vertragsauslegung”, *Privatrecht und Methode Festschrift für Ernst A. Kramer*, Helbing Lichtenhahn, Basel 2004, s. 121-140.
- Canaris, Claus Wilhelm, “Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote”, *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1992, s. 9-35, (Herausgeber: Huber, Ulrich/ Jayme, Erik).
- Canaris, Claus Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C.H. Beck, München 2006.
- Dinar, R. Cem, *Sözleşmeye Dayanan Temlik Kısıtlama ve Yasakları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.
- Erbayraktar, Burcu, *Alacağın Devrinin Sözleşme ile Engellenmesi (Pactum de non cedendo)*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Eren, Fikret/Dönmez, Ünsal, *Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III: m. 83-206*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Gauch, Peter/Schleup, Walter/Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 11. Auflage, Schulthess, Zürich 2020.
- Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas, “Das vertragliche Abtretungsverbot im Lichte neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung

- und Wirtschaftspraxis”, *Innovatives Recht Festschrift für Ivo Scwander*, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2011, s. 319-337, (Herausgeber: Lorandi, Franco/ Staehelin, Daniel)
- Girsberger, Daniel/Hermann, Johannes Lukas, Art. 164-174 OR, *Basler Kommentar Obligationen Recht I Art. 1-529*, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, (Herausgeber: Widmer Lüchinger, Corinne/Oser, David).
- Gullifer, Louise, “Should Clauses Prohibiting Assignment be Overridden by Statute?”, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, 2015, Vol. 4, Iss. 1, s. 47-68.
- Gümüş, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Hermann, Lukas, *Das pactum de non cedendo im System der Unabtretbarkeit von Forderungen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege lata et ferenda, sui generis Verlag, Zürich 2025*.
- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht- Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- Kapancı, Kadir Berk, *Alacağın Devri (TBK m. 183-194) - Şerh*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- Kieninger, Eva Maria, § 399-413 BGB, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II: §§ 311-432*, 9. Auflage, 2022. (Herausgeber: Krüger, Wolfgang).
- Klein, Rebecca, *Vertragliche Abtretungsverbote im multilateralen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Koller, Alfred, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Bern 2023.
- Lardelli, Flavio, *Die Einreden des Schuldners bei der Zession*, Schulthess, Zürich 2008.
- Müller Chen, Markus, “Abtretungsverbote im Internationalen Rechts und Handelsverkehr”, *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, s. 903-921, (Editors: Hager, Günter/Schwenzer, Ingeborg).

- Nomer, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2024.
- Ozanemre Yayla, H. Tolunay, Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği), Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Reetz, Peter/Burri, Christof, OR Art. 164-183, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, 2016. (Herausgeber: Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K.).
- Saraçoğlu, Simge, “Gelecekteki Alacakların Devride Devir Yasağı Anlaşması ve Bu Anlaşmanın Borçlunun Savunmaları ile İlişkisi”, Öğrencilerinden Prof. Dr. Burak Özen’e Saygı Armağanı, On İki Levha, İstanbul 2025, s. 509-533.
- Schulin, Hermann/Vogt, Nedim Peter, “*Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerisches Vertrags-und Erbrecht*”, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag Stämpfli Verlag AG, Bern 2007, s. 609-623, (Herausgeber: Pichonnaz, Pascal/Peter, Nedim Vogt/ Wolf, Stephan).
- 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) ZK- Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1k, 3. Auflage, Schulthess, 1993, (Herausgeber: Gauch, Peter).
- Staudinger/Busche, § 398-413 BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern), Otto Schmidt - De Gruyter, 2022.
- Şahiniz, Salih, “Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) Yasakları”, EÜHFD, 2006, C. X, S. 3-4, s. 495-520.
- Şener, Oruç Hami, Factoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Seçkin, Ankara 2005.

von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara 1983.

Wünschmann, “Vom pactum de non cedendo”, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 1910, Jg. 54, s. 209-225, (Herausgeber: von J. A. Gruchot).

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta, İstanbul 2014.

1. Finansal Destek Beyanı | Financial Support Statement

Bu çalışma herhangi bir finansal destek almadan gerçekleştirilmiştir. | This research received no financial support.

2. Çıkar Çatışması Beyanı | Conflict of Interest Statement

Yazar, çıkar çatışması bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declare no conflict of interest.

3. Etik Kurul Onayı | Ethics Committee Approval

Bu çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir. | Ethics committee approval was not required for this study.

4. Yazar Katkı Beyanı | Author Contributions

Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was solely authored by the writer.

5. Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı | Research and Publication Ethics Statement

Yazar, çalışmada akademik etik kurallara uyulduğunu ve herhangi bir etik ihlal bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declare that all ethical guidelines for research and publication have been followed and that no violations have occurred.

6. İntihal Taraması ve Hakemlik Süreci | Plagiarism and Peer Review Statement

Makale, intihal programıyla taranmış ve çift kör hakemlik sürecinden geçmiştir. | This article was screened by plagiarism detection software and evaluated through a double-blind peer-review process.