



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 02.05.2019
Revisyon Talebi: 24.05.2019
Son Revizyon: 31.05.2019
Kabul: 11.07.2019
Online Yayın: 26.08.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Yabancı Unsurlu Alacağı Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

Talat Kaya*

Öz

Uluslararası ticaret ve finans işlemlerinin yaygınlaşması ile birlikte, yabancılık unsuru içeren alacağın devri işlemlerinin sayısı artmaktadır. Alacağın devri kurumunun sınır-ötesi kullanımı, borçlu-alacaklı, alacaklı (devreden)-devralan ve devralan-borçlu şeklinde üçlü tarafın dahil olduğu ilişkilere hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği sorunu ortaya çıkarmıştır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'da alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Başta 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanması aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü olmak üzere, diğer kanunlar ihtilafı kurallarında ise alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bazı ülkeler bir adım daha öteye giderek, alacağın devri işleminin üçüncü kişilere etkisine hangi hukukun uygulanması gerektiğini düzenlemiştir. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de göz önüne alınarak, Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından yabancı unsurlu alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alacağın Devri, Alacağın Devri Sözleşmesi, Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk, 5718 sayılı MÖHUK, Roma I Tüzüğü

Law Applicable to The Assignment of Receivables Involving Foreign Element

Abstract

With the growth of international trade and finance, the number of transactions of assignment of receivables, involving foreign element, is increasing. The cross-border use of assignments of receivables has raised the question of which country's law should be applied to the tripartite relations, comprising the debtor-creditor, creditor (assignor)–assignee and assignee–debtor relations. The Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law (PILA) does not include a specific provision on the law applicable to the assignment of receivables. Several other conflicts of laws rules, principally the Rome Convention and its successor Rome I Regulation, which were specially considered in the preparation stage of the PILA No. 5718, contain specific provisions to be applied to the assignment of receivables. Some countries have gone a step further and regulated the third-party effects of an assignment of receivables. Taking into account the developments in comparative law, this paper will examine the issue of applicable law to the assignment of receivables under the Turkish Private International Law.

Keywords

Assignment of Receivables, Assignment Agreement, Law Applicable to the Assignment of Receivables, PILA No. 5718, Rome I Regulation

* Sorumlu Yazar: Talat Kaya (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: talat.kaya@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5535-6819

Atf: Kaya T, "Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(2) PPIL 447.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0014>

Extended Summary

The assignment of receivables is the process of transferring the receivable arising from a debt relationship to a third party. In the early periods of Roman law and common law, the debt liability and the right to claim receivable arising from the debt relationship between the debtor and the creditor are considered to be inextricably linked to the personalities of the debtor and the creditor. Thus, assignment of receivables was not allowed. However, due to the necessities of commercial life, the opposite of this view has started to dominate over time and the assignment of the receivables has been recognized as an institution. In modern legal systems, assignment of receivables has been widely used for many purposes such as performance, collection, guarantee and donation.

In addition to its domestic use, with the growth of international trade and finance, cross-border use of assignment of receivables has increased. Cross-border assignment of receivables is used specifically for international financing. In this context, the companies operating internationally use the assignment of receivables to meet their immediate cash needs, to provide collateral for obtaining credit and to finance the large scale projects. The main reason for funding through the cross-border assignment of receivables is that the cost of the financing obtained in this way is lower than that of the conventional financing instruments.

Nonetheless, the cross-border use of assignments of receivables has raised the question of which country's law should be applied to the tripartite relations, comprising the debtor-creditor, creditor (assignor)–assignee and assignee–debtor relations. The Turkish Private International Law and International Civil Law (PILA No. 5718) does not include a specific provision on the law applicable to the assignment of receivables. Thus, the law applicable to the assignment of the receivables should be determined within the framework of general provisions. Some guidance may also be drawn from the EU and the international practice.

Indeed, the Rome Convention and its successor Rome I Regulation, which were specially considered in the preparation stage of the PILA No 5718, contain specific conflict of law provisions to be applied to the assignment of receivables. United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (UNCITRAL Receivables Convention), though not entered into force, also provides conflicts of law rules to be applied to the assignment of receivables, arguably reflecting the international practice.

In this regard, under the Turkish Law, the relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee i.e. contract by which the receivable is assigned. Thus, in accordance with the principle of freedom of contract, it should

be accepted that assignor and assignee may choose either explicitly or implicitly the law applicable to the relationship between them. If the parties do not choose a law, then the applicable law will have to be determined in accordance with the objective conflict of law rules.

Concerning the relationship between assignee and debtor, the law governing the assigned receivable shall determine not only the relationship between the assignee and the debtor, but also the assignability of receivable, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged. It is worth to mention that this approach is internationally accepted. Indeed since there is no voluntary relationship between the debtor and the assignee, the debtor's situation should not be worsen because of the assignment.

Finally, it is possible that assignment of the receivables may affect the third parties. Some third parties that may be affected by the assignment can be listed as follows: In case of bankruptcy of the assignor "the bankruptcy administration", if the assignor assigns the same receivable to more than one assignee "the other assignees" and "creditors of the assignor". In this context, whether or not the assignee acquires the receivable validly, priority of the assigned receivable over a right of another person, and effectiveness of the assignment against the third parties are the issues that need to be addressed in regard to third party effects of the assignment of receivables. Thus, determining applicable law to the third party effects of assignment of the receivables is the most complex and controversial subject in terms of the assignment of the receivables. Although there are three potential alternatives to the law applicable to the third party effects of assignment of the receivables i.e. the law governing contract for assignment, the law governing the assigned claim and law of habitual residence of the assignor, the most appropriate one is the law of habitual residence of the assignor. However, as accepted by the EU and the UNCITRAL Convention, law of the assigned claim should apply or at least the parties should be allowed to choose this law, to the cash credited to a bank account and assignment of claims arising from financial instruments under the Turkish Law as well.

Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

Giriş

Alacağın devri (temliki); alacaklının bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi işlemidir. Roma Hukuku ve *common law* olarak adlandırılan Anglo-sakson hukukunun ilk dönemlerinde borç ilişkisinden kaynaklanan borç yükümlülüğü ile bunun karşısında yer alan alacak hakkının borçlu ve alacaklının şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu ve onların kişiliklerinden ayrılamayacağı kabul edilerek, alacağın devrine izin verilmemiştir¹. Bununla birlikte, ticari hayatın gerekleri nedeniyle, zaman içerisinde bu görüşün tersi hakim olmaya başlamış, alacağın devri bir kurum olarak yerleşmiş ve modern hukuk sistemlerinde ifa, tahsil, teminat ve bağış gibi pek çok amaç için yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır². Daha çok ulusal düzeydeki işlemler bakımından başvurulmuş bu kurum, uluslararası ticaret ve finansman işlemlerinin gelişmesiyle birlikte sınır-ötesi işlemler bakımından da kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim, günümüz dünyasında küreselleşmenin etkisiyle malların, hizmetlerin, sermayenin ve hatta insanların serbest dolaşımı hız kazanmış, buna paralel olarak da yabancılaşma unsuru içeren alacağın devri işlemlerinin sayısı da her geçen gün artmıştır.

Sınır-ötesi alacağın devri işlemleri özellikle uluslararası finansman teminine yöneliktir³. Bu kapsamda uluslararası çapta faaliyet gösteren firmalar, alacağın devri kurumunu faktoring sözleşmelerinde olduğu gibi nakit ihtiyacını karşılamak, kredi temini için teminat göstermek ve büyük çaplı projelerin finansmanını sağlamak için ihraç edecekleri menkul kıymet senetlerine karşılık göstermek için kullanmaktadır⁴. Sınır-ötesi alacağın devri yoluyla finansman temininin en temel nedeni bu şekilde elde edilen finansmanın maliyetinin konvansiyonel finansman araçlarına göre daha düşük olmasıdır⁵.

Alacağın devri kurumunun sınır-ötesi kullanımı, borçlu-alacaklı, alacaklı

- 1 Baki İlkay Engin, *Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2002) 6; Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanuna Göre Alacağın Temliki* (3th, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2008) 7 ve 34; Kittiwat Chunchaemsai, *Conflict of Laws for the Assignment of Receivables: From a Property-Contract Approach to A Rights-Based Approach* (Durham Theses, Durham University 2015) 133-134 <<http://etheses.dur.ac.uk/11324/>> Erişim Tarihi 17 December 2018; M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Filiz Kitapevi 2006) 920 vd; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta 1992) 58-59.
- 2 Engin (n 1) 12; Chunchaemsai (n 1) 65-67; Oğuzman and Öz (n 1) 920 vd; Zimmermann (n 1) 58-59; Fransa Medeni Kanunu (Code Civil des Français), Madde 1321-1326; Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch -BGB), Madde 398-411; İsviçre Medeni Kanunu (Zivilgesetzbuch-ZGB) Madde 164-174; Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Wetboek) Madde 6.142-149; İngiltere Mülkiyet Kanunu (Law of Property Act), Madde 136.
- 3 Jan A. Krupski, 'Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity' (2007) 12 Unif. L. Rev. 57.
- 4 Krupski (n 3) 57; Yuko Nishitani, 'Cross-border Assignment of Receivables: Conflict of Laws in Secured Transactions' (2017) 22 Unif. L. Rev. 826.
- 5 Spiros V. Bazinas, 'UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade' (2001) 9 Tulane J. Int'l & Comp. L. 261.

(devreden)-devralan ve devralan-borçlu şeklinde üçlü tarafın dahil olduğu ilişkilere hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği sorununu ortaya çıkarmıştır⁶. Sorunun çözümüne yönelik olarak, alacağın devrinin esasına uygulanacak hukuk yanında kanunlar ihtilafı kurallarının da uluslararası düzeyde uyumlaştırılması amacıyla Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) bünyesinde bir takım çalışmalar yürütülmekle birlikte, bu çalışmaların üye ülkeler tarafından kabulü sınırlı kalmıştır⁷. Bu bağlamda, alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarınca belirlenmesi gerekecektir.

Türkiye bakımından konuyla ilgili olarak gerek 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'da gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK'da özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun genel hükümler çerçevesinde tespiti gerekecektir⁸. Mevzu ile alakalı olarak diğer ülke uygulamalarına bakıldığında ise, başta 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanması aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü⁹ olmak üzere, çeşitli ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarında alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bazı ülkelere bir adım daha öteye gidilerek, alacağın devri işleminin borçlu, alacaklı (devreden) ve devralan dışındaki üçüncü kişilere etkisine hangi hukukun uygulanması gerektiğine dair kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. AB içerisinde ise konu Roma I Tüzüğü'nün 27 inci maddesi bağlamında tartışılmaktadır.

Yukarıda yer verilen hususlar ışığında bu çalışma yabancı unsurlu alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunu ele alacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde alacağın devri kurumuna kısaca bakılacaktır. Çalışmanın esasını oluşturan ikinci bölümde ise milletlerarası özel hukuk bakımından alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusu üç alt başlık etrafında incelenecektir. İlk alt başlıkta alacaklı (devreden) ile devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk konusu üzerinde durulacaktır. İkinci alt başlık alacağın devredilebilirliği, devrin şartları ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk konusuna ayrılacaktır.

6 Bazinas (n 5) 262.

7 UNCITRAL tarafından yürütülen çalışmalar ve bu çalışmaların üye ülkeler tarafından kabul durumu konusunda daha detaylı bilgi için Bkz. <<https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>> Erişim Tarihi 28 March 2019. Bu çalışma kapsamında, henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte UNCITRAL tarafından 2001 yılında kabul edilen Uluslararası Ticarete Alacağın Devrine İlişkin Konvansiyon (UNCITRAL Konvansiyonu)'na uygun düşüğü ölçüde ileriki bölümlerde değinilecektir.

8 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi* (Çağ Üniversitesi Yayınları 2004) 174.

9 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken Roma I Tüzüğü henüz taslak halinde idi. Bu bakımdan, Kanun hazırlanırken Roma I Tüzüğü'nün selefi olan Roma Sözleşmesi dikkate alınmış, ancak taslak halinde olsa bile Roma I Tüzüğü de göz önüne alınmıştır. Belirtmek gerekir ki; bu çalışmanın konusu olan alacağın devri konusunda Roma Sözleşmesi'nin 12 inci maddesi ile Roma I Tüzüğü'nün 14 üncü maddesi büyük bir farklılık içermemektedir. Roma I Tüzüğü (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ L177, 4.7.2008, p. 6–16) için Bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>> Erişim tarihi 5 January 2019.

Üçüncü alt başlıkta ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi ve üçüncü kişiler ile olan ilişkilere uygulanacak hukuk konusu ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ilk iki bölümde yapılan inceleme temelinde alacağın devri işlemine uygulanacak hukuk konusunun Türk Milletlerarası Özel Hukuku bakımından nasıl ele alınması gerektiği konusundaki kanaatimiz ortaya konulacaktır.

I. Alacağın Devri İşlemine Genel Bir Bakış

Alacağın devri en basit şekli ile mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemi olarak tanımlanabilir¹⁰. Alacağın devri, Türk Borçlar Kanunu (TBK) tarafından ele alınıp biçimine bağlı kalınarak ise; sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi borç doğuran bir ilişkiden kaynaklanan alacağın, alacaklı tarafından sözleşme ile iradi olarak veya alacaklının iradesi olmadan bir kanun hükmü veya mahkeme kararına dayalı olarak üçüncü bir kişiye geçirilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. Doktrinde alacağın devri (temliki) kavramının yalnızca sözleşmeye dayalı iradi (rıza) devir işlemleri için kullanılması gerektiği, kanuna veya mahkeme kararına dayanan devirler bakımından “alacağın intikali” gibi başka kavramların kullanılması gerektiği savunulmuştur¹¹. Yabancı unsurlu alacağın devri işlemlerinin büyük bir kısmının sözleşmeye dayanması nedeniyle, aşağıda kanun hükmü veya yargı kararına dayanan alacağın intikali konusunun “alacağın devri” kavramı ile ifade edilip edilmemesine ilişkin kavramsal tartışmaya girilmeden, konu sözleşmeye dayalı alacağın devri esas alınarak incelenecektir.

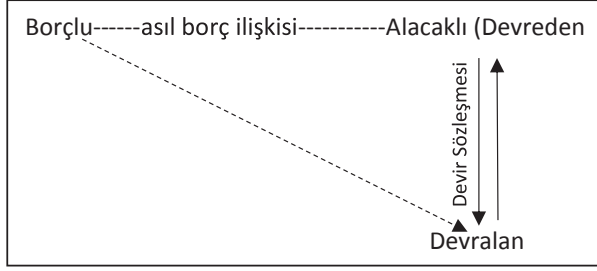
Sözleşmeye dayanan alacağın devri işleminde; devreden ile devralan arasında alacağın devralana geçirilmesi konusunda bir sözleşme akdedilmektedir. Devredilen alacak sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme gibi farklı bir hukuki ilişkiden de kaynaklanabilir¹². Bu bakımdan, alacağın doğduğu kaynağın bir önemi yoktur. Önemli olan, asıl borç ilişkisinde alacaklı olan tarafın (devreden), bu ilişkiye taraf olmayan bir kişi (devralan) ile alacağın devri konusunda bir sözleşme akdetmesi ve bu yolla alacağın devralana geçirilmesidir. Başka bir anlatımla, alacağın devri sözleşmesi ile birlikte, borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki borç ilişkisine, o güne kadar bu ilişkiye yabancı olan üçüncü bir kişi (devralan) dahil olmaktadır¹³. Alacağın devri işlemi kolay anlaşılması bakımından aşağıdaki diyagram ile canlandırmak mümkündür:

10 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21th, Yetkin Yayınları 2017) 1248; Mustafa Alper Gümüş, ‘Alacağın Temlikinin Şekli’ (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, 9; Arif B. Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989) 11; Ejder Yılmaz tarafından kaleme alınan Hukuk Sözlüğündeki tanımlama şu şekildedir: “alacağı temliki: Bir kimsenin borçlusundan olan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi; yazılı biçimde yapılması gerekir. Ancak yasal ve yargısal temlik söz konusu ise biçim koşulu (yazılılık) aranmaz.”, Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 1992) 53.

11 Kocaman (n 10) 8; Engin (n 1) 11.

12 Engin (n 1) 23-24; Trevor C. Hartley, ‘Choice Of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under the Rome I Regulation’ (2011) 60 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 29, 32.

13 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th, Turhan 2012) 770.



Yukarıdaki diyagramdan da anlaşılacağı üzere, alacağın devri işlemi üç köşeli ilişki tesis eden bir hukuksal kurumdur¹⁴. Başka bir deyişle, alacağın devri işleminden bahsedebilmek için borçlu, alacaklı (devreden) ve devralan şeklinde; ilişkide üç tarafın bulunması olmazsa olmaz koşuldur¹⁵. Bununla birlikte, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine borçlunun katılması icap etmez. Hatta böyle bir devre borçlunun rıza göstermesine ihtiyaç olmadığı gibi, devirden haberdar olması dahi gerekmez¹⁶.

Alacağın devri sözleşmesi ile alacaklı asıl borç ilişkisinden doğan alacaklarının tamamını devredebileceği gibi, bunlardan yalnızca birini veya birkaçını da devredebilir. Keza; alacaklı borçludan olan alacağının bir kısmını da devredebilir. Bununla birlikte, kısmi devrin geçerli olması için alacağın bölünebilir nitelikte olması gereklidir¹⁷. Yine alacaklı halihazırda doğmuş alacaklarını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan ileride doğacak (müstakbel) alacaklarını da devredebilir¹⁸.

Alacağın devri sözleşmesinin konusu alacak hakkıdır. Alacak hakkının içerisine alacağa bağlı öncelik hakları, bağlı haklar ile o güne kadar işlemiş faizler de dahildir¹⁹. Bunların ötesinde, borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki asıl borç ilişkisi varlığını devam ettirir. Bu kapsamda örneğin, borç ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklanması halinde; borç doğuran bu sözleşme varlığını sürdürdüğü gibi, bu sözleşmeden kaynaklanan diğer haklar (örnek olarak: iptal, fesih dönme gibi), defileri ileri sürme yetkisi ile ilişkinin alacaklıya yüklediği borçlar alacaklıda kalmaya devam eder²⁰.

14 FJG Alférez, 'Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14' in Franco Ferrari and Stefan Leible (eds) *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, (Sellier European Law Publishers 2009) 217; Engin (n 1) 1; Hartley (n 12) 31; Kılıçoğlu (n 13) 770; Kocaman (n 10) 90-95; Nishitani (n 4) 828.

15 Hartley (n 12) 31; Kocaman (n 10) 9-10.

16 Eren (n 10) 1248; Mustafa Reşit Karahasın, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 2* (Beta Yayınları 2003) 1445; Kocaman (n 10) 11-12.

17 Eren (n 10) 1260; Karahasın (n 16) 1447.

18 Engin (n 1) 27-28.

19 Oğuzman and Öz (n 1) 936.

20 Karahasın (n 16) 1446. Bu bakımdan, alacağın devri sözleşmesinin, borç ilişkisinin tümüyle devrini konu alan "sözleşmenin devri" kavramı ile karıştırılmaması gereklidir. Sözleşmenin devri kavramı, asıl borç ilişkisine kaynaklık eden borç sözleşmesinin tüm hak ve borçları ile birlikte üçüncü bir kişiye devrini ifade etmektedir ki; bu durum alacağın devrinden başka bir hukuki müessesedir. Oysa alacağın devri sözleşmesinin konusu yalnızca alacak hakkıdır.

Alacağın devri sözleşmesi niteliği itibariyle bir borçlar hukuku sözleşmesidir²¹ ve bu bakımdan sözleşme hukuku kurallarına tabidir²². Bu bağlamda, her şeyden evvel alacağın devri sözleşmesinin meydana gelmesi için alacaklı (devreden) ve devralanın karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini beyan etmeleri gereklidir²³. Dolayısıyla, tek taraflı irade beyanı ile alacağın devredilmesi mümkün değildir. Devir işlemi ivazsız olsa bile devralanın kabul iradesi olmadan geçerli bir devir sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde sözleşmenin kurulması, sözleşmenin içeriği, etkinlik ve geçerliliği, muvazaa iddiası, irade sakatlığı, temsil, tarafların fiil ehliyeti, yorum ve şarta ilişkin konulara sözleşme hukuku kuralları uygulanacaktır²⁴. Türkiye bakımından bu hususlara TBK hükümleri uygulanacaktır²⁵.

Bununla birlikte, alacağın devri sözleşmesi borçlandırıcı nitelikte bir sözleşme olmayıp, aksine sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir²⁶. Ancak bu tasarruf işlemi, alacaklı (devreden) ile devralan arasında usulüne uygun olarak yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Alacağın devri sözleşmesi ile o güne kadar alacaklının malvarlığında olan bir değer (alacak hakkı) tarafların anlaşması ile devralanın malvarlığına intikal ettirilmektedir²⁷. Sözleşme ile alacaklı (devreden) kendisine ait olan bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunarak, bu varlığı üçüncü bir kişiye (devralan) geçirmektedir²⁸. Bu bakımdan, devreden, devir işlemi sırasında alacak üzerinde tasarruf yetkisini haiz olması gereklidir²⁹.

Bir tasarruf işlemi olarak alacağın devri sözleşmesi ile alacağın devreden malvarlığından çıkararak devralanın malvarlığına intikal etmesi, yalnızca borçlu bakımından değil, alacak üzerinde hak iddia eden üçüncü kişiler bakımından da hüküm doğurur³⁰. Bununla birlikte, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki

21 Borçlar Hukuku sözleşmeleri, sözleşme konusuna etki etme gücü bakımından, borçlandırıcı sözleşmeler ve tasarruf sözleşmeleri şeklinde ikiye ayrılır. Borçlandırıcı sözleşmeler veya borç sözleşmeleri olarak adlandırılan ilk grupta yer alan sözleşmeler, taraflar arasında borç ilişkisi kurar, taraflardan birisini veya her ikisini borç altına sokar. Tasarruf sözleşmeleri ise taraflar açısından borç doğurmaz. Bu tür sözleşmeler ile taraflardan biri diğer taraf lehine bir hakkı devreder, değiştirir, kıstlar veya ortadan kaldırır. Konuyla ilgili olarak Bkz. Engin (n 1) 20; Eren (n 10) 205-206.

22 Eren (n 10) 1253; Chunchamsai (n 1) 81.

23 Dayınlarlı (n 1) 62.

24 Eren (n 10) 1253.

25 Eren (n 10) 1253; Gümüş (n 10) 12.

26 Eren (n 10) 1252-1253; Karahasan (n 16) 1447; Öte yandan hiç şüphesiz, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince alacağın devri vaadi sözleşmesi yapılması da mümkündür. Alacağın devri sözleşmesinin aksine, alacağın devri vaadi sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir. Alacağın devri vaadi sözleşmesinde devreden (alacaklı), alacak hakkını devretme borcunu üstlenirken, devralan alacak hakkının kendisine değil, devri isteme hakkını elde eder. Konuyla ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Dayınlarlı (n 1) 81 vd.; Engin (n 1) 17-18.

27 Eren (n 10) 1252; Oğuzman and Öz (n 1) 937-938.

28 Bir malvarlığı değeri olarak alacak üzerinde mülkiyet hakkından bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Milletlerarası özel hukuk açısından alacak üzerinde mülkiyet konusu, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında tartışılmaktadır. Biz de bu konuyu aşağıda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi başlığı altında etraflıca ele alacağız.

29 Engin (n 1) 24; Eren (n 10) 1252; Karahasan (n 16) 1447.

30 Eren (n 10) 1252-1253; Engin (n 1) 32; Oğuzman and Öz (n 1) 932.

doğurması farklı düşünceler öne sürülerek açıklanmaktadır. Bazı ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi mülkiyet hukuku ile ilişkilendirilerek açıklanmaktadır. Belçika, Fransa, Almanya ve Polonya bu görüşü kabul etmektedir³¹. İngiltere’de de baskın olan görüş bu şekildedir³². Söz konusu ülke hukuklarına göre alacağın devri işlemi hibrit bir yapıya sahiptir³³. Anılan kurumun sözleşme hukuku (*contract law*) ve mülkiyet hukuku (*property law*) olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır³⁴. Buna göre, alacağın devri işleminde alacaklının değişmesi durumu sözleşme hukukunun konusuna girmekte; buna bağlı olarak devreden-devralan ve devralan-borçlu arasındaki ilişkiler devrin sözleşme hukuku boyutunu oluşturmaktadır³⁵. Buna mukabil, alacağın devreden malvarlığından, devralanın malvarlığına geçişi mülkiyet hukukunu ilgilendirmektedir³⁶. Alacağın devri ile birlikte, devralan herkese karşı ileri sürülebilen *erga omnes* bir hak elde etmektedir³⁷. Bu kapsamda, devralanın alacağı geçerli olarak kazanıp kazanmadığı, devrin sebebe bağlı olup olmadığı ve birden çok devrin yapılması halinde hangi devrin geçerli olacağı gibi sorunların mülkiyet hukukuna ait ilke ve kurallar ile çözüme kavuşturulması gerekmektedir³⁸.

Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde ise, alacağın devri bir kurum olarak kabul edilmekle birlikte, devir işleminin mülkiyet hukuku boyutunun olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu ülkelerde alacağın devrinin salt olarak sözleşme hukuku ile alakalı bir konu olarak değerlendirildiğini belirtmek yanıltıcı olmayacaktır³⁹. İspanya ve İtalya gibi diğer bazı ülkelerde, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, devralan ile devralan arasındaki devir sözleşmesi ile birlikte alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğuracağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğurması için borçluya resmi bir bildirimde bulunulması veya borçlunun kabulü gibi konularda farklı yaklaşımların benimsendiği vurgulanmalıdır.

31 The British Institute of International and Comparative Law (BIICL), ‘Study on the Question of Effectiveness of an Assignment or Subrogation of a Claim Against Third Parties and the Priority of the Assigned or Subrogated Claim over a Right of Another Person, Final Report’ <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f> (BIICL Report)> 30, Erişim Tarihi 4 May 2019.

32 BIICL Report (n 31) 30; Hartley (n 12) 31; İngiltere’de azınlıkta kalan bir görüş alacağın devrini yalnızca sözleşme hukuku ile ilişkili olduğunu ileri sürmüş olmakla birlikte, Roma I Tüzüğü ile birlikte, alacağın devrinin sözleşme hukukunun yanısıra mülkiyet hukuku boyutunun da olduğu genel kabul görmüştür.

33 Hendrick Verhagen and Sanne Van Dongen, National Rapporteurs for Holland in BIICL Report (n 31) 269.

34 Hélène Volkova and Lounia Czupper, National Rapporteurs for Belgium in BIICL Report (n 31) 172; Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 269.

35 Alkaios Sivitanidis, ‘Bulk Assignment of Debts in the Conflict of Laws’ (2012) 65 RHD 215, 218.

36 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 270.

37 Sivitanidis (n 35) 218-219.

38 Volkova and Czupper, BIICL Report (n 31) 172; Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 270.

39 Robert Pavlu, National Rapporteur for Czech Republic in BIICL Report (n 31) 195.

Ülkemizde Yargıtay tarafından verilen kararlarda alacak üzerinde mülkiyetten bahsedilmektedir⁴⁰. Anayasa Mahkemesi ise 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında alacak hakkını da kapsayacak şekilde gayri maddi mallar üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir⁴¹. Anayasa Mahkemesi daha sonra bu görüşünü değiştirerek alacak hakları da dahil olmak üzere gayri maddi malların mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceğine karar vermiştir⁴². Mahkeme yakın tarihli bir kararında alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak aşağıdaki ifadeyi kullanmıştır: “Anayasa’nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.” denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.”⁴³

Doktrinde bazı yazarlar alacak üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasına karşı çıkarak, alacak hakkının bir malvarlığı değeri olarak tasarruf işlemine konu olduğunu öne sürmüşlerdir⁴⁴. Diğer bazı yazarlar ise Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin görüşlerine paralel olarak mülkiyet hakkının kapsamını geniş tutarak fikri mülkiyet hakları ile alacak hakları gibi gayri maddi hakların da mülkiyet hakkına konu olacağını belirtmişlerdir⁴⁵. Bu çalışmanın kapsamı itibarıyla Türk iç maddi hukuku bakımından hangi yaklaşımın doğru olduğu konusunda tartışmaların ayrıntısına girilmeyecektir. Buna mukabil, Türk iç maddi hukuku bakımından, konu ne şekilde ele alınırsa alınsın, alacağın devri sözleşmesinin yapılması ile birlikte alacak hakkının devreden mal varlığından çıkarak devralanın malvarlığına intikal ettiği konusunda bir tereddütün bulunmadığı vurgulanmalıdır⁴⁶. Dolayısıyla alacağın devri işlemi ile birlikte

40 Yargıtay TD 27.10.19966 4105/4159 ve Yargıtay 15 HD 29.3.1977, (naklen ENGİN (n 1) 10); Yargıtay yakın tarihli kararlarında da aynı görüşü korumaktadır. Nitekim Yargıtay 19 uncu Hukuk Dairesinin 2014/18880 E., 2015/8264 K. sayılı kararı aşağıdaki gibidir: “Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan deliller doğrultusunda, temlike konu alacağın mülkiyetinin dava dışı temlik eden şirketin iflasının açılmasından önceki dönemde temlik alan davacıya geçtiği, buna göre dava konusu alacağın müflisin mal varlığından çıktığı, iflas masasına ödenmesinin geçerli bir ifa olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne davalının takibe itirazının 10.000,00 TL asıl alacak üzerinden iptaline, işlemler faize ilişkin istemin feragat nedeniyle reddine ve davacı yararına icra inkar tazminatına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle temliğin davalıya iflastan önce bildirilmiş olmasının anlaşılmasına ve davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden den alınmasına, 03.06.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.” <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim tarihi 1 January 2019.

41 Anayasa Mahkemesi, E. 1967/10, K. 1967/49, 28.12.1967.

42 Kürşat Akça, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı’ (2015) 1 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı* 543, 557-559.

43 Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, KT. 22.4.2015; Anayasa Mahkemesi’nin alacak hakkını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği benzer kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2006/142, K. 2008/148, 24.9.2008; Anayasa Mahkemesi E. 2009/19, K. 2011/4, 6.1.2011; Anayasa Mahkemesi, E. 2008/58, K. 2011/37, 10.2.2011; Anayasa Mahkemesi E. 2011/42, K. 2013/60, 9.5.2013; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/104, K. 2014/96, 22.5.2014; Anayasa Mahkemesi, E. 2014/171, K. 2015/41, 22.4.2015; Anayasa Mahkemesi, 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015; Anayasa Mahkemesi E. 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015; Anayasa Mahkemesi E. 2015/29, K. 2015/95 22.10.2015.

44 Engin (n 1) 9; Eren (n 10) 49-51; Gümüş (n 10) 12.

45 Veysel Başpınar, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Yetkin Yayınları 2009) 105-106.

46 Engin (n 1) 32; N. Orkun Akseli, ‘The UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, Assignment of Future Receivables and Turkish law’ (2006) *Int’l Bus. L. J.* 767, 773.

devredenin alacak üzerinde tasarruf yetkisinin kalmadığı konusunda bir mutabakat vardır. Devredenin alacak üzerinde tasarruf yetkisinin olmaması nedeniyle, alacağın yeni bir devir sözleşmesine konu olması, diğer bir anlatımla devredenin aynı alacağı ikinci kez devretmesi mümkün değildir⁴⁷. Devir sözleşmesi ile alacak üzerindeki tasarruf yetkisi devralana geçer ve devreden de dahil olmak üzere başka kişilerin alacak üzerindeki tasarruf yetkisinden bahsedilemez⁴⁸. Bu anlamda, alacağın devri sözleşmesi, yalnızca borçlu bakımından değil, alacak üzerinde hak iddia eden üçüncü kişiler bakımından da hüküm doğurmuş olur (zamansal öncelik ilkesi)⁴⁹.

Devreden borçludan olan alacağını farklı amaçlar güderek devralana geçirebilir. Devrin sebebi devredenin devralana olan başka bir borcunu ifa olabileceği gibi, devir işlemi tahsil, satım, teminat ve hatta bağış amacıyla da yapılabilir⁵⁰. Bu bakımdan, alacağın devri sözleşmesinin temelinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik borçlandırıcı bir muamele bulunur⁵¹. Temel ilişki satım, bağışlama, teminat veya tahsil amacıyla yapılmış bir inanç sözleşmesi olabilir. Alacaklının alacağını, devralana satması halinde satım sözleşmesi, bağışlaması halinde bağış sözleşmesi, teminat olarak göstermesi halinde inanç sözleşmesi söz konusu olur⁵². Milletlerarası özel hukuk bakımından ise yabancı unsurlu alacağın devri sözleşmelerinin yaygın olarak uluslararası finansman temini için kullanılması nedeniyle alacağın satılması ve teminat gösterilmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur⁵³.

Bununla birlikte, alacağın devrinin temelinde yer alan borç sözleşmesi ile alacağın devri sözleşmesinin karıştırılmaması gereklidir. Devrin temelinde yer alan borç doğuran sözleşme, alacağın devri şeklinde cereyan eden tasarruf muamelesine götüren ilk adımdır⁵⁴. Tasarruf işlemi niteliğindeki alacağın devri sözleşmesi ise; temel ilişkiyi oluşturan borç sözleşmesi ile birlikte aynı yazılı belgede yer alabileceği gibi, alacağın devri sözleşmesinin sonradan ve borç doğuran temel sözleşmeden ayrı bir şekilde düzenlenmesi de mümkündür⁵⁵. Alacağın devri sözleşmesinin borç doğuran sözleşme ile eş zamanlı olarak yapılması halinde, borç doğuran sözleşme ile birlikte ve aynı anda bu sözleşmenin ifası söz konusu olur⁵⁶. Bununla birlikte, ortada biri borçlandırıcı diğer tasarruf işlemi olarak iki sözleşme vardır.

47 Akseli (n 46) 773; Engin (n 1) 32; Eren (n 10) 1252-1253; Karahasani (n 16) 1148-1449; Oğuzman and Öz (n 1) 932;

48 Engin (n 1) 32.

49 Engin (n 1) 32.

50 Kılıçoğlu (n 13) 771.

51 Dayınlarlı (n 1) 62.

52 Dayınlarlı (n 1) 62.

53 Krupski (n 3) 57

54 Dayınlarlı (n 1) 63.

55 Dayınlarlı (n 1) 3-4; Gümüş (n 10) 14. Bu kapsamda örneğin alacak teminat gösterilerek bankalarca sağlanan kredi işlemlerinde alacağın devri işlemine kredi sözleşmesi içinde yer verilmektedir.

56 Engin (n 1)17.

Alacağın devri işleminin; onun hukuki sebebini oluşturan temel işlemten (örneğin alacağın satışı, bağışlanması, teminat gösterilmesi) soyut (mücerret) olup olmadığı tartışmalıdır. Türk hukuk doktrininde alacağın devri işleminin soyut bir işlem olduğu görüşü⁵⁷ savunulmuş ise de; bugün ağırlık kazanan ve bizim de katıldığımız görüş alacağın devri işleminin sebebe bağlı olduğu görüşüdür⁵⁸. Başka bir deyişle, ortada geçerli bir hukuki sebep yok ise, söz konusu geçersizlik tasarruf işlemi olan alacağın devrini de etkileyecek ve onu geçersiz kılacaktır⁵⁹. Bu noktada, Almanya⁶⁰ gibi alacağın devri işleminin soyutluğunu kabul eden bir ülkede yerleşik bir kişi ile yapılan alacağın devri sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti milletlerarası özel hukuk bakımından önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Keza alacağın devri sözleşmesinin geçerliğinin tabi olacağı esasa ve şekle ilişkin koşulların çeşitli ülke uygulamaları bakımından farklılık göstermesi de; kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir⁶¹. Bu bakımdan örneğin alacağın devrinin borçlu ve üçüncü kişilere karşı etki doğurması için Türkiye gibi ülkeler devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını şart koşarken, Japonya ve Fransa gibi ülkeler devrin borçluya bildirilmesini, ABD ve Kanada gibi diğer bazı ülkeler ise, alacağın devri işleminin bir sicile kaydedilmesini şart koşmaktadır⁶². Keza kanuna ve ahlaka aykırı olarak sözleşme yapılmayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte, esasa yönelik olarak çeşitli ülke kanun ve uygulamaların farklılıklar göstermesi mümkündür. Bu bağlamda, kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenecek esasa uygulanacak hukuka göre; alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği yanında tarafların hak ve borçları değişebilecektir⁶³. Bu bakımdan, kanunlar ihtilafı kurallarının milletlerarası özel hukuk adaleti yanında işlem güvenliğini sağlayacak şekilde oluşturulmasının önem arz ettiğinin vurgulanması yerinde olacaktır.

II. Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk

A. Genel

Alacağın devri işleminden bahsedilmesi için her şeyden evvel borçlu ile alacaklı arasında alacak hakkının doğumuna neden olan bir ilişkinin bulunması gereklidir. Borçlu ile alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisi yabancılık unsuru içerebileceği gibi

57 Oğuzman and Öz (n 1) 923

58 Eren (n 10) 1255-1256, Dayınlarlı (n 1) 72 vd.

59 Eren (n 10) 1254-1256.

60 Ilka Breuer and Peter Scherer, National Rapporteurs for Germany in BIICL Report (n 31) 218.

61 United Nations General Assembly, Note by Secretariat, Preparatory Document of the 2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade A/CN.9/378/Add.3 2-3.

62 Nishitani (n 4) 833-834.

63 Nishitani (n 4) 827.

yabancılık unsuru içermeyen belli bir ülke hukukuna tabi bir ilişki de olabilir. Alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki yabancılık unsuru içermiyorsa (örnek olarak: her ikisi de Türkiye’de yerleşik iki tacir arasında yapılan bir alım-satım sözleşmesi veya Türkiye’de yerleşik bir banka ile yine Türkiye’de yerleşik müşterisi arasında yapılan kredi sözleşmesi gibi) bu ilişki bakımından kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bir hukuk tespitinin yapılmayacağı kanaatindeyiz⁶⁴. Bu tür borç ilişkilerine tarafların her ikisinin de tabi olduğu hukuk uygulanacaktır. Buna mukabil, doktrinde bazı yazarlarca yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelere (örnek olarak: iki Türk vatandaşı arasında yapılan bir borç sözleşmesi gibi) uygulanmak üzere yabancı bir ülke hukukun seçilmesi halinde, bu seçimin ilişkiye milletlerarası özel hukukun konusuna giren bir nitelik kazandırmaya yeteceği savunulmuştur⁶⁵.

Asıl borç ilişkisinin yabancılık unsuru içermesi (örnek olarak: Türkiye’de yerleşik bir satıcı ile Almanya’da yerleşik alıcı arasında yapılan alım satım sözleşmesi veya Türkiye’de yerleşik bir Türk müteahhitlik firmasının Pakistan’da inşa edeceği bir otoyol projesi için Almanya’da yerleşik bir bankadan kredi alması gibi) halinde ise, söz konusu borç ilişkisine uygulanacak hukukun MÖHUK’un ilgili alanı düzenleyen hükümlerine göre belirleneceği vurgulanmalıdır⁶⁶.

Bu çalışmanın kapsamı itibariyle borçlu ve alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuk konusu ayrıca incelenmeyecek, çalışmanın esasını oluşturan yabancı unsurlu alacağın devri işlemine odaklanılacaktır⁶⁷. Alacağın devri işleminde yabancılık unsuru çoğunlukla borçlu, alacaklı (devreden) veya devralanın yabancı olmasından doğmaktadır. Bunun yanı sıra, taraflar yabancı olmasa dahi, alacağın devri işleminin başka bir ülkede yapılması, devir işleminin sonuçlarının başka bir ülkede doğması gibi alacağın devri ile alakalı uyumsuzluğu bir şekilde mahkemenin hukuku (*lex fori*)’den başka bir devletin hukuku ile bağlantısını sağlayan öğelerin varlığı halinde de yabancılık unsuru söz konusu olabilecektir.

Uygulanacak hukukun tespiti bağlamında, yabancılık unsuru taşıyan alacağın devri işleminde alacaklı (devreden)- devralan, borçlu-devralan şeklinde iki tür ilişki üzerinde durulmalıdır. Bu iki tür ilişkiye ilave olarak alacağın devri üçüncü kişiler bakımından da etki doğurmaktadır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusu da aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

64 Benzer görüş için. Bkz. Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (8th, Beta Yayınları 2004) 281-282.

65 Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th, Beta Yayınları 2017) 369 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (9th, Beta Yayınları 1998) 264-265.

66 Bu kapsamda örneğin, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 vd. hükümlerine göre tespit edilecektir. Haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34 uyarınca belirlenecekken, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk m. 39’a göre tespit edilecektir.

67 Bununla birlikte, yayın kullanımı nedeniyle asıl borç ilişkisine değinmek gerektiğinde asıl borç ilişkisinin sözleşmeden kaynakladığı varsayılarak açıklamada bulunulacaktır.

B. Alacaklı (Devreden) ile Devralan Arasındaki Devir İlişkisine Uygulanacak Hukuk

Gerek 5718 sayılı MÖHUK gerek 2675 sayılı mülga MÖHUK alacağın devri işlemine uygulanacak hukuku ayrı bir madde halinde düzenlememiştir. Bununla birlikte, alacağın devri işleminin akdi niteliği göz önüne alınarak, uygulanacak hukukun genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'ten hareketle tayin edilmesi mümkündür⁶⁸. Bu kapsamda ilk olarak, tarafların alacağın devri sözleşmesinde aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince serbestçe seçebileceği kabul edilmelidir. Konuyla ilgili olarak, MÖHUK'un hazırlık aşamasında özel olarak dikkate alınan Roma Sözleşmesi ve halefi olan Roma I Tüzüğü yanında UNCITRAL Konvansiyonu⁶⁹ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK)'da⁷⁰, devreden ile devralanın alacağın devrine ilişkin olarak yapacakları sözleşmede, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceklerinin kabul edildiği vurgulanmalıdır. Nitekim, Roma I Tüzüğü m.14/1'e bakıldığında, anılan hükümde devreden ve devralan arasındaki iradi devir ilişkisinin taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olduğu belirtilmiştir⁷¹. Roma I Tüzüğü m.3 uyarınca ise, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık olarak kararlaştırabilecekleri gibi zımni olarak da kararlaştırabilirler⁷². UNCITRAL Konvansiyonu m.28/1'de de; alacağın devri sözleşmesinden kaynaklanacak karşılıklı hak ve yükümlülükler uygulanacak hukukun devreden ve devralanca seçilebileceği hüküm altına alınmıştır⁷³. Benzer şekilde, İsviçre MÖHK m.145'de alacağın devri ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği açık bir ifade ile ortaya konmuştur. Anılan hükme göre; sözleşmeye dayanan devir işlemi taraflarca seçilen hukuka tabi olacaktır⁷⁴. Konuyla ilgili son olarak, devreden ile devralanın aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabileceklerinin diğer ülke hukuklarında benimsenmiş genel bir ilke olduğunun altı çizilmelidir⁷⁵.

68 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 174.

69 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade United Nations Publications, New York, 2004 (UNCITRAL Konvansiyonu) <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cte-assignment-convention-e.pdf>>Erişim Tarihi 4 February 2019.

70 Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Translation by Umbricht Attorneys, (İsviçre MÖHK) <https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf>Erişim Tarihi 1 March 2019.

71 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14/1'in İngilizce metni şu şekildedir: "The relationship between assignor and assignee under a voluntary assignment or contractual subrogation of a claim against another person (the debtor) shall be governed by the law that applies to the contract between the assignor and assignee under this Regulation."

72 Hartley (n 12) 39.

73 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 28/1'in İngilizce metni şu şekildedir: "The mutual rights and obligations of the assignor and the assignee arising from their agreement are governed by the law chosen by them"

74 İsviçre MÖHK (n 70) m 145/1'in İngilizce'ye tercüme edilen metni şu şekildedir: "The contractual assignment of a claim shall be governed by the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, by the law applicable to the claim. The choice of law made by the assignor and assignee shall not be applied against the debtor without his consent."

75 Catherine Walsh, 'The Role of Party Autonomy in Determining the Third-Party Effects of Assignments: of Secret Laws and Secret Liens' (2018) 81(1) Law & Contemp. Probs 181, 182.

Alacağın devri sözleşmesi ile taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku açık olarak seçilebilir. Hukuk seçiminin açık olmasından kasıt, tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerinin yanısıra seçtikleri hukukun; sözleşmeye koydukları kayıt veya asıl sözleşmeden bağımsız olarak yaptıkları bir sözleşmeden yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anlaşılması halidir⁷⁶. Bu kapsamda, alacağın devri sözleşmesinin yapılış şekline bağlı olarak açık hukuk seçiminin yapılış şekli de değişebilir. İlk olarak, devir sözleşmesi temelde yer alan satım, bağışlama, teminat gibi borçlandırıci sözleşmeden bağımsız olarak, ondan ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Bu halde taraflar devir sözleşmesi içerisinde seçtikleri hukuku belirleyebilir.

Alacağın devri sözleşmesinin temelde yer alan sözleşme ile aynı yazılı belge içinde yer alması halinde ise, söz konusu belge içinde taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanmak üzere; temeldeki borç sözleşmesine uygulanacak hukuku veya başka bir hukuku seçebilir. Öte yandan, devreden tek bir sözleşme ile birden çok alacağı devredebilir. Bu halde, farklı devir işlemlerine uygulanmak üzere farklı hukukların seçilebileceğinin kabulü gerekir. Bu kapsamda örneğin alacaklının farklı ülkelerde yerleşik borçlulardan olan alacaklarını tek bir devir sözleşmesi ile devralana (örneğin bir faktoring şirketine) devretmesi mümkündür. Bu halde alacaklı; borçluları ile olan sözleşmelerinde yer alan kayıtlar nedeniyle veya başka bir saikle farklı alacaklara farklı ülke hukuklarının uygulanmasını isteyebilir. Bu amaçla, alacaklı (devreden) ve faktoring şirketi, faktoring sözleşmesinde devredilen farklı alacaklara farklı ülke hukuklarının uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Alacağın devri işleminin akdi niteliği gereği, tarafların zımnî hukuk seçiminde de bulunabilecekleri kabul edilmelidir⁷⁷. Zımnî hukuk seçimi MÖHUK m.24/1 uyarınca “sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde” anlaşılmalıdır. MÖHUK’un madde metni ve gerekçesinde zımnî iradenin tayininde hangi hususların dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum karşısında; Roma I Tüzüğü⁷⁸ ve İsviçre MÖHK’da⁷⁹ yer verilen düzenlemeler ile 5718 sayılı MÖHUK’daki düzenleme arasındaki benzerlik göz önüne alınarak, bahse konu Tüzük ve Kanun uygulamalarından yararlanılabilir⁸⁰. Bu kapsamda, zımnî hukuk seçimi konusunda taraf iradelerinin tayininde sözleşmede kullanılan dil, tarafların mutad meskeni, devre konu alacağın para birimi, tarafların vatandaşlığı, belirli bir hukuk düzenine ait formların kullanılması, belirli bir hukuk düzeninin belirli hükümlerine atıfta bulunulması, yetki ve tahkim şartı yanında diğer bir

76 Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th, Savaş Kitapevi 2017) 365.

77 Nishitani (n 4) 829; Hartley (n 12) 39.

78 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 3/1’in İngilizce metni şu şekildedir: “...The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case...”

79 İsviçre MÖHK (n 70) m. 116/2’in İngilizce’ye tercüme edilen metni şu şekildedir: “The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances. In all other respects it shall be governed by the law chosen.”

80 Çelikel and Erdem (n 65) 385.

sözleşme ile bağlantı gibi hususlar yol gösterici olabilecektir⁸¹. Bu noktada özellikle, devir sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılmış olmakla birlikte, temelde yer alan sözleşmeye atıf yapmış ise; alacağın devri sözleşmesinin sebebe bağlı olarak yapıldığının ve diğer irtibatlarda desteklenmek kaydıyla temelde yer alan sözleşmede seçilen hukukun alacağın devri ilişkisi içinde seçildiğinin kabulü gerekir.

Tarafların alacağın devri sözleşmesinde uygulanacak hukuku açık veya zımni olarak seçmemeleri halinde, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları ile belirlenecektir. MÖHUK m.24/4'te ifadesini bulan objektif bağlama kuralı; sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde, sözleşmenin en sıkı ilişkili yer hukukuna tabi olacağını öngörmektedir⁸². Söz konusu hükümde, en sıkı ilişkili hukukun somutlaştırılmasına yönelik olarak karakteristik edim karinesine yer verilmiştir. Buna göre; karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk sayılacaktır. Ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmektedir. Madde metninde yer verilen karakteristik edim kavramından ne anlaşılması gerektiği ise madde gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre karakteristik edim genel olarak, sözleşmeye sosyal içeriğini ve karakterini veren edimin borçlusunun edimidir⁸³. Öte yandan belirtmek gerekir ki; MÖHUK m.24/4'te yer verilen en sıkı ilişkili hukuka ilişkin objektif bağlama kuralı, kuraldan kaçışa olanak sağlayacak bir istisna kuralı ile birlikte sevk edilmiştir⁸⁴. Bu kapsamda “hal ve şartlara göre” sözleşmenin, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukundan başka bir hukukla “daha sıkı ilişki” içinde olması halinde, bu hukuk uygulanacaktır.

Bu genel çerçeve içerisinde, devreden ve devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı ve karakteristik edim karinesi temelinde tespit edilmesi için, öncelikle devir işleminin temelinde yer alan borçlandırıcı muamelenin göz önüne alınması gereklidir. Zira devir işleminin temelinde yer alan sözleşmeye bakılmadan en sıkı ilişkili hukukun tespiti hayli güç olacaktır. Doktrinde de alacaklı (devreden) ve devralan arasındaki ilişkinin devri işleminin temelde yer alan sözleşmeye tabi olacağı ifade edilmiştir⁸⁵. Bu durum, özellikle alacağın devri sözleşmesinin temelde

81 Mario Giuliano and Paul Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. OJ C282, 31 October 1980, (Giuliano-Lagarde Raporu) 17; Zeynep Derya Tarman, ‘Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü’ (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 299, 310; Doğan (n 76) 366.

82 Çelikel and Erdem (n 65) 387.

83 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, s. 9 <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>> Erişim tarihi 4 Nisan 2019. Öte yandan belirtmek gerekir ki; 5718 sayılı MÖHUK’un TBMM’ye sevk edilen taslağında şimdiki 24 üncü madde 23 üncü madde olarak yer almıştır.

84 Çelikel and Erdem (n 65) 388.

85 Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1992) 61; Tekinalp (n 64) 361; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktillerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996) 58.

yer alan sözleşme ile birlikte aynı belgede yer alması veya alacağın devri sözleşmesi temelde yer alan sözleşmeden ayrı olarak yapılmış olmasına rağmen, bu sözleşmeye atıf yapılması halinde söz konusu olacaktır. Bu halde, temeldeki sözleşmenin bir bağış sözleşmesi olması, diğer bir anlatımla, devredenin herhangi bir karşılık olmaksızın alacağını devretmesi halinde karakteristik edim devredenin alacağı devretme borcu olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye devredenin mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır⁸⁶. Buna mukabil, temeldeki muamelenin mal veya hizmet satımına ilişkin bir sözleşme olması ve devredenin satın aldığı mal veya hizmetin bedeli olarak alacağını devretmesi halinde, sözleşme ilişkisindeki karakteristik edim devralanın edimi olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye devralanın mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır⁸⁷. Faktoring sözleşmesinde olduğu gibi temel ilişkinin alacağın satımı ve karşılığında faktoring şirketinin sağladığı hizmetlerden yararlanma olması halinde ise, karakteristik edim borçlusu faktoring şirketi olacak ve taraflar arasındaki ilişkiye faktoring şirketinin işyeri hukuku uygulanacaktır⁸⁸.

Alacağın devri işleminin temelde yer alan sözleşmeden ayrı olarak yapılması ve devir sözleşmesinde temeldeki sözleşmeye hiçbir atıf yapılmaması halinde ise, MÖHUK m.24/4'te yer verilen istisna kuralı kapsamında hal ve şartların temel sözleşmeyi işaret edip etmediğine bakılmalıdır. Devir sözleşmesini çevreleyen hal ve şartların, temel sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukunu "daha sıkı ilişkili" hukuk olarak işaret etmesi halinde alacağın devri sözleşmesine, dolayısıyla da taraflar arasındaki ilişkiye, bu hukuk uygulanmalıdır. Alacağın devri sözleşmesini çevreleyen hal ve şartların herhangi bir temel sözleşmeye işaret etmemesi halinde ise, alacağın devrinin soyut olarak yapıldığı kabul edilmeli ve devir sözleşmesine devredenin mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukuku uygulanmasının kabulü yerinde olacaktır.

C. Alacağın Devredilebilirliği, Devrin Şartları ve Devralan ile Borçlu Arasındaki İlişkiye Uygulanacak Hukuk

Alacağın devri sözleşmesi ile birlikte devralan, alacaklının (devredenin) yerine geçerek borçludan alacağı isteme hakkına kavuşur. Borçlunun devreden ile devralan arasındaki devir sözleşmesine taraf olması, hatta devirden haberdar edilmesi dahi gerekmez. Bu durum karşısında, borçlunun devralan (yeni alacaklı) nezdinde, eski borç ilişkisine kıyasla daha elverişsiz bir konuma düşürülmemesi gerektiği ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye, devredilen alacağın tabi olduğu hukukun

86 Akıncı (n 85) 61; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd, Vedat Kitapçılık 2014) 253; Giuliano- Lagarde Raporu (n 81) 20; Fügen Sargın, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 49.

87 Akıncı (n 85) 61; Roma I Tüzüğü (n 9) m. 4/1 (a) ve (b); Tarman (n 81) 311.

88 Demirkol (n 85) 394; Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Yayınları 2004) 104; Nishitani (n 4) 829; Uyanık Çavuşoğlu (n 8)176.

uygulanması genel olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Bu kapsamda, devredilen alacak sözleşmeden kaynaklanmış ise borçlu ile alacaklı (devreden) arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye de uygulanacaktır⁹⁰. Buna mukabil, alacağın haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme-dışı başka bir borç ilişkisinden kaynaklanması halinde, bu borç ilişkisine uygulanacak hukuk, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk olarak kabul edilecektir⁹¹. Öte yandan, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması görüşü yalnızca doktrin görüşü olarak kalmamış, pozitif düzenlemelerde de yansımıştır. Nitekim, Roma I Tüzüğü m. 14/2⁹² ve UNCITRAL Konvansiyonu m. 29'da⁹³ bu yönde açık düzenleme bulunmaktadır.

5718 sayılı MÖHUK'da ise konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Doktrinde uluslararası kabule uygun şekilde; alacağın devredilebilirliği, devir şartları ve devralan ile borçlu arasındaki ilişkiye, alacağın tabi olduğu hukukun (alacak statüsü) uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁴. Kanaatimizce de; doktrinde ifade edilen bu yaklaşım tarzı doğrudur. Zira devir sözleşmesi ile devredenden devralana geçen alacak herhangi bir nitelik değiştirmemekte, yalnızca alacağın alacaklısı değişmektedir⁹⁵. Borçlu bakımından, borcu üstlenirken tabi olduğu hukuk değişmedikçe, diğer bir anlatımla yükümlülüğü değişmedikçe borcun alacaklıya (devredene) veya alacağı devralana ödenmesi arasında fark yoktur. Buna mukabil, borçluyu borç üstlenirken hiç tanımadığı ve ilişkisi olmadığı devralan karşısında tarafı olmadığı hatta haberdar dahi edilmediği bir devir sözleşmesi nedeniyle dezavantajlı bir duruma düşürmek, meşru beklentilerinin korunması ilkesine zarar vereceği gibi hukuki istikrarı zedeleyecektir⁹⁶. Bu bakımından, alacağın devredilebilirliğine ve borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerekir.

Alacağın tabi olduğu hukukun borçlu ile devralan arasındaki hangi tür ilişkilere uygulanacağı konusunda da 5718 sayılı MÖHUK'da bir açıklık bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü m. 14/2 ise dört tür ilişkiden bahsetmektedir: Devredilebilirlik, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiler, devrin borçluya karşı ileri sürülme şartları ve borçlunun yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin tespiti.

89 Akıncı (n 85) 61; Alférez (n 14) 228; Nishitani (n 4) 832; Tekinalp (n 64) 361.

90 Alférez (n 14) 228.

91 Alférez (n 14) 228.

92 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14/2'nin İngilizce metni şu şekildedir: "The law governing the assigned or subrogated claim shall determine its assignability, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment or subrogation can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged."

93 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 29'un İngilizce metni şu şekildedir: "The law governing the original contract determines the effectiveness of contractual limitations on assignment as between the assignee and the debtor, the relationship between the assignee and the debtor, the conditions under which the assignment can be invoked against the debtor and whether the debtor's obligations have been discharged."

94 Akıncı (n 85) 61; Tekinalp (n 64) 361; Tiryakioğlu (n 85) 58; Nihal Uluoçak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989) 196-197; Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 177-178.

95 Alférez (n 14) 228; Demirkol (n 85) 394; Kılıçoğlu (n 13) 786.

96 Alférez (n 14) 229.

Alacağın devredilebilirliği, alacağın tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir⁹⁷. Alacak bir kanun hükmü veya borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme hükmü gereğince devredilmeye elverişli olmayabilir. Kanundan doğan elverişsizlik nedenleri borçlu ya da alacaklının şahıslarından dolayı kanunen korunmalarının gerektiği hallerde söz konusu olabilir⁹⁸. Bu kapsamda örneğin, TBK m.366/I uyarınca “kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devredemez.” Yine TBK m. 619/I uyarınca ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde “bakım alacaklısı, hakkını başkasına devredemez.” 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 93 uyarınca ise “..sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez.” Bunun gibi çeşitli ülke kanunlarında işçi, tüketici gibi zayıf durumda olan ve korunmaya muhtaç kişilerden olacak alacakların devredilmesi yasaklanabilmekte veya borçlunun rızasını alma gibi şartlar konularak kısıtlanabilmektedir. Bu halde yasaklama veya kısıtlamanın geçerliliği alacağın tabi olduğu hukuka göre tespit edilecektir.

Bu inceleme bakımından asıl önem arz eden elverişsizlik nedeni ise, alacağın devrinin borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile yasaklanması halidir. Borçlu; borcun niteliği, alacaklının kişiliği gibi çeşitli nedenler ile alacaklının değişmesini istemeyebilir⁹⁹. Bu halde borçlu ile alacaklı arasında yapılan borç doğuran sözleşmeye alacağın devrini yasaklayan kayıt konulabilir. Bu kapsamda, özellikle finansal piyasalarda operasyonel nedenler yanında finans kuruluşun itibarını korumak amacıyla (şâibeli veya belli bir ülkenin yaptırımına muhatap bir kişi ve kuruluş ile herhangi bir iş ilişkisine bulunmama isteği gibi) böyle bir eğilimin olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁰. Alacağın devredilemeyeceğini öngören söz konusu kayıtların geçerliliği yanında bu yöndeki hükmün ihlalinin sonuçları alacağın tabi olacağı hukuka göre belirlenecektir¹⁰¹. Alacaklı ile borçlu arasındaki asıl sözleşmede yer alan devir yasağına rağmen, alacaklının alacağını devretmesi halinde, borçlu devir yasağı hükmüne dayanarak borcu devralana ifa etmekten kaçınabilecektir¹⁰². Bununla birlikte, bu durum devreden ile devralan arasındaki devir sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Alacaklı (devreden) ile devralan arasındaki alacağın devri sözleşmesi geçerliliğini devam ettirecek, ancak devreden devir sözleşmesinin ihlali nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Alacaklının (devreden) sorumluluğunun kapsamı ise devir sözleşmesi ile devir sözleşmesinin tabi olacağı hukuk tarafından

97 Tiryakioğlu (n 85) 58.

98 Alferez (n 14) 229-230.

99 Alferez (n 14) 230.

100 Alferez (n 14) 230; Joanna Perkins, 'A Question of Priorities: Choice of Law and Proprietary Aspects of the Assignment of Debts' (2008) 2(3) Law and Financial Markets Review 238, 240

101 Alferez (n 14) 230.

102 Alferez (n 14) 230.

tain edilecektir¹⁰³. Asıl borç sözleşmesinde yer alan devir yasağına rağmen, alacağın devrinin geçerli olup olmadığı konusu; özellikle alacaklının iflası veya alacağın birden fazla kişiye devri halinde özel önemi haizdir. Bu konu aşağıda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi başlığı altında incelenecektir.

Alacağın devredilebilirliği yanında, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiler, devrin borçluya karşı ileri sürülme şartları ve borçlunun yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti de alacağın tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir¹⁰⁴. Bu kapsamda, şekil, zaman, dil ve yer açısından alacağın devrinin borçluya bildirim şartları, borçlunun bildirim almayı müteakip yapması gereken işlemler ve devralandan isteyebileceği belgeler, borçlunun aynı alacak için birden fazla bildirim alması halinde borçtan kurtulması için yapması gerekenler, borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği defiler ve bu kapsamda özellikle takas ve mahsup şartları ile ödemenin yapılması koşulları gibi hususlar alacağın tabi olacağı hukuka göre tayin edilecektir. Kısaca; borçlu alacaklı (devreden) karşısında hangi konumda olacak ise devralan karşısında da aynı konumda olacak, hak ve yükümlülükleri alacağın devri nedeniyle değişmeyecek ve eskiden olduğu gibi yeni durumda da alacağın tabi olacağı hukuka uygun olarak tespit edilecektir¹⁰⁵.

D. Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisi ve Üçüncü Kişiler ile Olan İlişkilere Uygulanacak Hukuk

Alacağın devri işleminin, borçlu, alacaklı ve devralan dışında üçüncü kişileri de etkilemesi mümkündür. Üçüncü kişiler alacaklı (devreden) ile olan münasebetleri nedeniyle alacağın devri işleminden etkilenir. Alacağın devri bakımından önem arz eden bazı üçüncü kişiler şu şekilde sıralanabilir: Alacaklının (devreden) iflası halinde iflas idaresi, alacaklının alacağı birden fazla kişiye devretmesi halinde diğer devralanlar ve alacaklının (devreden) alacaklıları. Alacağın devri işleminin üçüncü kişileri etkilemesi nedeniyle milletlerarası özel hukuk bakımından bir takım sorunlar ortaya çıkabilir. Milletlerarası özel hukuk açısından alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlara şu örnekleri verebiliriz: Alacaklının henüz vadesi gelmeyen bir alacağını başka bir ülkede bulunan devralana devretmesi sonrasında iflas etmesi durumunda, iflas idaresi alacağın devrinin geçersiz olduğunu ve alacağın iflas masasına ait olduğunu iddia edebilir. Bu halde, devralan ile iflas idaresi arasındaki öncelik iddialarına hangi hukuk uygulanacaktır? Keza devreden alacağını farklı ülkelerde bulunan birden fazla kişiye devretmesi ve her iki devralanın da borçluya başvurması halinde devir işlemlerinin geçerliliği veya

103 Alferez (n 14) 230.

104 Tekinalp (n 64) 361.

105 Nishitani (n 4) 832.

önceliği hangi hukuka göre tayin edilecektir?¹⁰⁶

Bahse konu sorunların hangi hukuka göre çözümleneceği, diğer bir anlatımla yabancı unsurlu alacağın devri işleminin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunun tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Konu özellikle AB hukuku bağlamında Roma Sözleşmesi'nden bu yana tartışılan hususlardan bir tanesidir. 5718 sayılı MÖHUK'ta ise alacağın devri işleminin üçüncü kişiler bakımından etkisi bir yana, alacağın devri işlemine uygulanacak hukukun ayrı bir madde halinde düzenlenmediği yukarıda belirtilmişti. Oysa alacağın devri üçüncü kişiler bakımından önemli bir takım etkiler doğurabilir ve uygulanacak hukukun tespiti bu anlamda önem arz eder. Bu kapsamda, aşağıda ilk olarak bazı ülke uygulamalarından yola çıkarak alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunun, AB hukuku ve uluslararası boyutta nasıl ele alındığı açıklanacaktır. Sonrasında ise bu açıklamalar göz önüne alınarak konunun Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda nasıl ele alınması gerektiğine dair kanaatimiz ortaya konulacaktır.

Hollanda hukukunda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine uygulanacak hukukun

106 Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk sorunu sadece teorik örnekler düzeyinde kalmamış davalara da konu olmuştur. İngiltere'de görülen *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star Trading LLC* [2001] EWCA Civ 68; [2001] Q.B. 825 davası ortaya çıkabilecek sorunlara iyi bir örnek teşkil eder. Davaya konu olayda; Dubai'de yerleşik *Five Star* isimli firma *Mount I* adlı gemiyi hurdaya çıkarmak üzere satın almıştır. Firma bunun için Avusturya'da yerleşik *Raiffeisen* isimli bankanın Londra şubesinden kredi almıştır. *Five Star* kredi teminatı olarak, gemi üzerinde banka lehine ipotek tesis etmenin yanı sıra Fransa'da yerleşik sigortacılara yaptırmış olduğu sigorta teminatını da *Raiffeisen*'e devretmiştir. Sigorta çarpışmadan kaynaklanan zararları da içermektedir. İngiliz hukuku alacağın devrinin geçerliliği için devrin borçluya bildirimini şart koşmakla birlikte, bildirim faks yolu ile yapılmasını yeterli görmüştür. Buna mukabil, Fransız hukukuna göre devrin geçerli olması için bildirim resmi bir memur eliyle yapılması veya borçlunun resmi kabulü gereklidir. *Five Star* faks yolu ile sigortacıları devirden haberdar kılmıştır. Bu işlemlerden bir zaman sonra *Mount I* gemisi başka bir gemi ile çarpışmış ve bu geminin kargolarının batmasına sebep olmuştur. Kargo sahipleri zararlarının karşılanması için Malezya'da dava açmış, aynı zamanda Fransa'daki mahkemeden sigorta teminatının kendilerine ödenmesi için ihtiyati tedbir kararı alma girişiminde bulunmuşlardır. *Raiffeisen* ise İngiltere'de *Five Star* ve sigortacıları karşı dava açarak sigorta teminatının kendisine ait olduğunu tespitini talep etmiştir. Fransız mahkemesi İngiliz mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmıştır. Dava konusu olayda alacağın devrinin üçüncü kişiler (kargo sahipleri) bakımından etkisinin bir mülkiyet hukuku sorunu mu yoksa sözleşme hukuku sorunu mu olduğu hususu tartışılmıştır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etki doğurması bir mülkiyet hukuku sorunu olması halinde olaya Fransız hukuku uygulanacak ve bağlamda devir geçersiz sayılacak ve kargo sahipleri sigorta teminatından kendi zararlarının ödenmesini talep edebileceklerdir. Buna mukabil, alacağın devrinin sözleşme hukukunu ilgilendirdiği düşünülür ise, olaya İngiliz hukuku uygulanacak ve devir geçerli kabul edilecektir. Diğer bir anlatımla, sigorta teminatının *Raiffeisen*'e ait olması nedeniyle kargo sahiplerinin sigorta teminatından yararlanma imkanı ortadan kalkacaktır. İngiliz mahkemesi dava konusu olayın Roma Sözleşmesi 12 (1)'den hareketle sözleşme hukukunu ilgilendirdiğine karar vermiş ve bu bağlamda devir sözleşmesinin faks yolu ile sigortacıları bildirilmesini yeterli saymıştır.

uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Bu kabul, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinde taraflarca seçilen hukukun üçüncü kişiler bakımından da etki doğurması sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁸. Almanya’da konu tartışmalı olmakla birlikte, baskın olan görüş alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması şeklindedir¹⁰⁹. Buna karşılık, Hollanda’nın benimsediği yaklaşımın Almanya’da giderek destek bulduğu da vurgulanmalıdır¹¹⁰. Belçika’da 2004 yılında kabul edilen Kanunlar İhtilafı Kanunu ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devreden alacağın devri sırasındaki mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür¹¹¹. Fransa’da ise 1984 yılına ait bir içtihat ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, genel olarak borçlunun mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş, buna mukabil menkul kıymet araçları ve mevduata dayalı devir işlemleri gibi özel bir takım devir işlemleri devir senedine bağlı kılınmıştır¹¹². Polonya’da önce 2003 yılında Yüksek Mahkeme içtihadı, sonrasında 2011 yılında kabul edilen Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması kabul edilmiştir¹¹³. İspanya ve İtalya’da ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Netice itibariyle, AB üyesi ülkelerde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi konusunda yeknesak bir düzenleme ve uygulamanın olmadığı altı çizilmelidir. Konuyla ilgili olarak, Roma Sözleşmesi’nden itibaren AB düzeyinde bir düzenleme yapılması ve uygulamaların birleştirilmesi çabaları bulunmakla birlikte, Roma I Tüzüğü dönemi de dahil olmak üzere bir neticeye ulaşılamamıştır. Nitekim, Komisyon tarafından hazırlanan Taslak Roma Sözleşmesi m.16’da alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması öngörülmüş, ancak konu üzerinde uzlaşma sağlanamaması nedeniyle bu hüküm

107 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 278. Hollanda hukukunda kabul edilen bu çözüm Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin *Brandsma q.q./Hansa Chemie AG* kararına dayanmaktadır. Karara konu olan olayda Almanya’da yerleşik Hansa firması Hollanda’da mukim *Bechem* firmasına kimyasal mal satmıştır. Satış sözleşmesine göre *Bechem* firması önce kimyasalların satışını yapacak sonrasında ödemede bulunacaktır. Ancak sözleşmede bu husus *Bechem* firmasının yapacağı satılan kaynaklanan alacaklarını Hansa firmasına devir etmesi şartına bağlanmıştır. *Bechem* firması almış olduğu malları Hollanda’da yerleşik *Senzora* firmasına sattıktan sonra iflas etmiştir. Bu halde alacağın mülkiyetinin iflas masasına mı yoksa Hansa firmasına mı ait olduğu sorusu gündeme gelmiştir. *Hansa ve Bechem* arasında yapılan satış sözleşmesi Alman Hukukuna tabi iken, *Bechem ve Senzora* arasında yapılan satış sözleşmesi Hollanda hukukuna tabidir. Alacağın devri Almanya hukukuna göre geçerli iken, Hollanda hukukuna göre geçersizdir. Bu olayda Hollanda Yüksek Mahkemesi alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun devir sözleşmesine uygulanacak hukuk olduğuna karar vermiş ve olaya Almanya hukukunu uygulamıştır. Karar için Bkz. Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 274-276.

108 Verhagen and Van Dongen, BIICL Report (n 31) 278; Nishitani (n 4) 835.

109 Breuer and Scherer, BIICL Report (n 31) 228-229.

110 Breuer and Scherer, BIICL Report (n 31) 229-231.

111 Volkova and Czupper, BIICL Report (n 31) 180.

112 Alban Caillemer Du Ferrage and Clément Saudo, National Rapporteurs for France in BIICL Report (n 31) 211-212.

113 Tomek Jedwabny and Andrzej Stosio, National Rapporteurs for Poland in BIICL Report (n 31) 305-306.

Roma Sözleşmesi'nin nihai halinde yer almamıştır¹¹⁴. Roma I Tüzüğü'nün hazırlık aşamasında ise, AB Komisyonu alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devredenin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını önermiştir¹¹⁵. AB Konseyi ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin Roma I Tüzüğü içerisinde yer almasına karşı çıkmış, ayrıca Komisyon tarafından yapılan mutad mesken önerisinin kapsamının banka mevduatları ile finansal piyasalarda işlem gören menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemlerini içermeyecek şekilde daraltılmasını tavsiye etmiştir¹¹⁶. Bu tavsiye sonrasında Tüzüğün AB Parlamentosu'nda görüşülmesi sırasında bu hüküm taslak Tüzükten çıkarılmıştır¹¹⁷. Roma I Tüzüğü'nün yürürlükte olan hali yalnızca devreden-devralan ile borçlu-devralan ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenlemektedir¹¹⁸.

Devam eden süreçte ise; Roma I Tüzüğü m.27 çerçevesinde konu mülkiyet hukuku boyutuyla tartışılmıştır. Nitekim, Tüzüğün gözden geçirme başlıklı 27 inci maddesinde Komisyonun 17 Haziran 2010 tarihine kadar alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından geçerliliği ve alacağı devrinin diğer kişiler bakımından önceliği konusunda bir rapor hazırlaması ve uygun olması halinde konuyla ilgili olarak Tüzükte yapılması gereken değişiklik için öneri sunması öngörülmüştür¹¹⁹. AB Komisyonu gerekli hazırlıklarını tamamladıktan sonra 12 Mart 2018 tarihinde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisini düzenleyen yeni bir Tüzük önerisi sunmuştur¹²⁰.

Taslak Tüzük ana kural olarak alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine devredenin mutad meskeni hukukunun uygulanacağını öngörmektedir¹²¹. Ana kural bu olmakla birlikte, kredi kurumlarına yatırılan mevduata dayalı alacaklar

114 Ole Lando, 'The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations: Introduction and Contractual Obligations' 1974 38(1) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 6, 47; *BIICL Report* (n 31) 150.

115 Commission of the European Communities, Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN>> Erişim Tarihi 17 January 2019; Öte yandan belirtmek gerekir ki; Roma Sözleşmesi'nin güncellenmesi çalışmaları bağlamında Komisyon tarafından hazırlanan Yeşil Kitap'ta alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine i) devir sözleşmesine uygulanacak hukuk, ii) alacağın tabi olduğu hukuk, iii) borçlunun hukuku, iv) devredenin mutad meskeni hukuku ile v) alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisi bağlamında açılan ilk davadaki ilişkiye uygulanacak hukuk şeklinde ifade edilen beş seçenek potansiyel uygulanacak hukuk tartışılmıştır. Yeşil Kitap ile ilgili taraflardan gelen görüşler sonrasında, Komisyon devredenin mutad meskeni seçeneğini benimsemiş ancak bu seçenek de üye ülkelerin gelen itirazlar neticesinde kabul görmemiştir.

116 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), JUSTCIV 175 CODEC 716, 20-21. <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kijg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vj6ipgkykvxa/f=11150_07.pdf> Erişim Tarihi 4 February 2019; Perkins (n 100) 239-241.

117 *BIICL Report* (n 31) 152.

118 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 14.

119 Roma I Tüzüğü (n 9) m. 27.

120 European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to the Third-party Effects of Assignments of Claims 2018/0044 (COD) {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final} Brussels, 12.3.2018 COM(2018) 96 final, Recital para 15, (Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük).

121 Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 4.1 hükmüne göre; devredenın aynı alacağa dair iki devir işlemi yapması ve devir işlemleri arasında mutad meskenini değiştirmesi halinde ise hangi devir daha öce geçerli olur ise öncelik ilişkisine o hukuk uygulanacaktır.

(örneğin vadeli olarak yatırılan para nedeniyle doğan para ve faiz alacağı) ile finansal enstrümanlardan doğan alacakların devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Taslak Tüzükte konuyla ilgili son olarak, alacağın menkul kıymetleştirilmesi (alacak karşılık gösterilerek menkul kıymet çıkarma) durumunda alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun devreden ve devralanca seçilebileceği kayıt altına alınmıştır. Bununla birlikte, Taslak Tüzük m. 4/3 hükmü hukuk seçimi konusunda bir sınırlandırma getirmiş ve tarafların yalnızca devredilen alacağın tabi olduğu hukuku seçebileceğini belirtmiştir¹²². Üstelik bu hukuk seçimi açık olmalıdır. Taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde ise, ana kural olan devredenin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

Taslak Tüzük alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukukun özellikle aşağıdaki hususları belirleyeceğine vurgu yapmıştır:

- (a) tescil veya yayın formaliteleri gibi alacağın devrinin borçlu dışında üçüncü kişiler bakımından geçerli kılınması şartları;
- (b) aynı alacağın devredildiği iki devredilenden birinin diğerine göre önceliği;
- (c) devralanın devreden alacaklılarına göre önceliği;
- (d) aynı alacakla ilgili olarak devralanın, alacağın doğduğu sözleşmenin tümüyle devredildiği kişiye göre önceliği;
- (e) aynı alacakla ilgili olarak devralanın, sözleşmenin yenilenmesi dolayısıyla sözleşmeye taraf olan kişiye göre önceliği¹²³.

Bu kapsamda kabul edilmesi halinde, yeni Tüzük alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üye ülkelerde var olan farklı yaklaşımları sona erdirecek ve tüm üye ülkeler bakımından geçerli olacak bir kanunlar ihtilafı kuralı ortaya koyacaktır. Bu kural aynı zamanda aşağıda ele alınacağı üzere, uluslararası uygulamayla da uyum gösterecektir¹²⁴. Diğer yandan, kabul edilmesi halinde yeni Tüzük ile, AB hukuku bakımından alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin; devrin mülkiyet hukuku boyutunu ilgilendirdiği kesin olarak karara bağlanmış olacaktır. Esasen konunun Roma I Tüzüğü'nde değişiklik yapılmak suretiyle ele alınması yerine, bağımsız bir Tüzükte kaleme alınması da bu anlayışın bir göstergesidir.

Konuyla ilgili olarak, AB üyesi olmayan İsviçre uygulamasına bakıldığında ise; İsviçre MÖHK'nın alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda açık bir düzenleme getirmediği görülmektedir. Buna mukabil, İsviçre MÖHK m. 145'in ele alınış biçiminden alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda zımnî bir belirlemenin olduğu

¹²² Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 4(3); Walsh (n 75) 190.

¹²³ Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük (n 120) m. 5.

¹²⁴ Walsh (n 75) 183.

öne sürülmüştür¹²⁵. İsviçre MÖHK m. 145 alacağın devrine uygulanacak hukukun devreden ve devralan tarafından seçilebileceğini belirtmektedir¹²⁶. Taraflarca herhangi bir hukukun seçilmemesi halinde ise, devredilen alacağın tabi olduğu hukuk, alacağın devri ilişkisine uygulanacaktır. Öte yandan, borçlunun korunması amacıyla, taraflarca seçilen hukukun borçlu bakımından hüküm ifade etmesi borçlunun muvafakatine bağlanmıştır. Borçlunun, devreden ile devralan tarafından yapılan hukuk seçimine muvafakat etmemesi halinde ise, borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye asıl borcun tabi olduğu hukukun uygulanması gerekecektir. Bu çerçevede, İsviçre MÖHK m. 145'te borçlunun korunması amacıyla kabul edilen bu düzenlemenin, üçüncü kişiler bakımından kabul edilmemesi nedeniyle, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine devreden ve devralan tarafından seçilen hukukun, seçim olmaması halinde ise devredilen alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁷.

ABD'de de ise alacağın devrine ait hususların neredeyse tamamı Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code)'nun 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir. ABD Ticaret Kanunu m. 9'a göre gerek alacağın geçerli olarak devralana geçişi gerek öncelik iddialarına devredenin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır¹²⁸. Devredenin tüzel kişi olması halinde ise alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine tüzel kişinin işyeri hukuku uygulanacaktır.

Konuyla ilgili son olarak UNCITRAL Konvansiyonu'na bakmak yerinde olacaktır¹²⁹. Konvansiyon, uluslararası mal ve hizmet ticaretinin gelişmesi için hayati önem arz eden finansmana erişimin kolaylaştırılması amacıyla, konvansiyonel finansman araçlarına kıyasla daha ucuz olan alacağın devri işlemine uygulanacak esasa dair kurallar ile bazı kanunlar ihtilafı kurallarının uluslararası uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Bu kapsamda, Konvansiyon alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisinin mülkiyet hukuku ile alakalı bir konu olduğunu kabul etmekte ve alacağın devrinin geçerliliği yanında öncelik iddialarına devreden işyeri veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasını öngörmektedir¹³⁰.

Yukarıda anlatılanlar temelinde alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üç alternatifin öne çıktığı görülmektedir. İlk alternatif, Hollanda hukukunda benimsendiği gibi; alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması seçeneğidir. Bu kabul devreden ile devralan

125 BIICL Report (n 31) 369.

126 İsviçre MÖHK (n 70) m. 145.

127 BIICL Report (n 31) 369.

128 BIICL Report (n 31) 370.

129 Uluslararası Ticarete Alacağın Devrine İlişkin Konvansiyon 2001 yılında kabul edilmesine rağmen 22 Mart 2019 tarihi itibarıyla üç ülke tarafından imzalanmış bir ülke tarafından ise onaylanmıştır. UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 45 uyarınca Konvansiyonun yürürlüğe girmesi için en az beş ülke tarafından onaylanması gerekmektedir.

130 UNCITRAL Konvansiyonu (n 69) m. 5, 22 ve 30.

arasında yapılan devir sözleşmesinde taraflarca seçilen hukukun, herhangi bir seçim olmaması halinde ise objektif bağlama kurallarının işaret ettiği hukukun üçüncü kişiler bakımından da etki doğurması sonucunu doğurmaktadır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuku, devir sözleşmesine uygulanacak hukuka bağlamak, bir yandan tarafiradesine öncelik tanımak diğer yandan da devreden, devralan ve üçüncü kişi ayrımı yapılmaksızın devir ilişkisinden kaynaklanan tüm sorunların tek bir hukuk tarafından idare edilmesini sağlamak bakımından olumlu görülebilir. Ancak, özellikle devreden ve devralan tarafından seçilen hukukun, bu seçim konusunda hiçbir iradesi olmayan üçüncü kişilere dayatılması hakkaniyete uygun sonuçlar üretmeyecektir. Devreden ve devralanın üçüncü kişilerin haklarını zafiyete uğratmak için bilinçli olarak belli bir ülke hukukunu devir sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak seçme ihtimalleri de gözden kaçırılmamalıdır.

İkinci alternatif, asıl alacağa uygulanacak hukukun alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine de uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesidir. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanmasının kabulü; devralan-borçlu ve devralan-üçüncü kişiler arasındaki ilişkilere aynı hukukun uygulanması açısından yerinde görülebilir. Bununla birlikte bu yaklaşım, faktoring sözleşmelerinde olduğu gibi devreden bir den fazla alacağını tek bir sözleşme ile devrettiği durumlarda, her bir alacağın farklı ülke hukukuna tabi olması gibi bir sonucu beraberinde getirmektedir¹³¹. Bu çözüm tarzı ayrıca müstakbel alacakların devri durumunda uygulanacak hukuk konusunda da belirsizlik yaratmaktadır. Zira, devir sözleşmesi zamanında alacağın henüz doğmamış olması nedeniyle, alacağa uygulanacak hukuk da belirsizdir. Oysa, toptan devir ve müstakbel alacağın devri yoluyla uluslararası finansman temini giderek önemli hale gelmekte ve milletlerarası özel hukuk kapsamında doğacak sorunların büyük çoğunluğunu oluşturması beklenmektedir¹³². Son olarak asıl borçlu ile alacaklının (devreden) asıl borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmeleri halinde bu hukuk seçimi, seçim konusu hakkında hiçbir müdahilleri olmayan ve hatta bundan haberdar olmayan üçüncü kişileri etkileyecektir ki; bu hal de adaletsiz bir takım sonuçlar yaratmaya açıktır. Öte yandan alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda gerek AB gerek uluslararası düzeyde yeknesak bir çözüme ulaşma noktasında belli bir aşama da kaydedilmiştir. Bu kapsamda bu çözüm tarzı AB hukuku ve uluslararası gelişmeler ile de uyuşmayacaktır.

Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusundaki üçüncü alternatif devreden işyeri veya mutad meskeni hukukudur.

131 Perkins (n 100) 239-240.

132 Factors Chain International (FCI) verilerine göre 2017 yılında uluslararası nitelikli faktöring hacmi 519,5 milyar Euro düzeyinde gerçekleşmiştir. 2017 yılında Türkiye'nin uluslararası faktöring hacmi ise 6,5 milyar Euro düzeyindedir. Daha fazla bilgi için Bkz. FCI, Annual Review 2018 31; <<https://fci.nl/downloads/Annual%20Review%202018.pdf>> Erişim Tarihi 10 April 2019.

Kanaatimizce bu hukuk toptan ve müstakbel alacak devirleri bakımından en uygun çözüm tarzıdır. Bu yolla toptan devir içerisinde yer alan farklı alacakların farklı ülke hukuklarına tabi olmaları engellenmiş olacaktır¹³³. Müstakbel alacak devirleri bakımından ise herhangi bir belirsizlik ortaya çıkmayacaktır¹³⁴. Öte yandan, devreden işyeri ve mutad meskeni hukuku gerek devralan, gerek üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla tespit edilebilecektir. Bu hukuk buna mukabil, banka mevduatı ile finansal piyasalarda işlem gören menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemleri gibi alacağın bir anlamda, borçlu ve devredenden bağımsızlaştığı durumlarda uygun bir çözüm tarzı olmayabilir. Özellikle finans kuruluşunun elinde bulunan mevduat, tahvil veya menkul kıymetlere dayanan alacağın devri işlemlerinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk olarak devreden mutad meskeni hukukun belirlenmesi, her bir işlem bazında finans kuruluşunun farklı bir ülke hukukuna tabi olmasını gerektir ki; bu durum uluslararası ticaret ve finansman gerçeklikleri ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkarır¹³⁵. Kanaatimizce bu tip alacağın devri işlemleri bakımından, devrin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması makul olacaktır. MÖHUK kapsamında ileride bir değişikliğin söz konusu olması halinde ise, UNCITRAL Konvansiyonu ve Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuk Hakkında Taslak Tüzük'te benimsendiği şekilde, bu işlemler bakımından devreden ve devralana alacağın tabi olduğu hukuku seçme imkanı tanınabilir.

Sonuç

Uluslararası ticaret ve finans işlemlerinin yaygınlaşması ile birlikte, yabancılık unsuru içeren alacağın devri işlemlerine daha sıklıkla başvurulmaktadır. Bu durum karşısında, taraflar arasındaki ilişkilere uygulanacak hukuk konusunda öngörülebilirliğin sağlanması hayati önemi haizdir. Kanunun hazırlık aşamasında dikkate alınan Roma Sözleşmesi yanında uluslararası uygulamayı yansıtmaması bakımından UNCITAL Konvansiyonu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen, 5718 sayılı MÖHUK'da alacağın devri konusuna yer verilmemesi bir eksikliktir. Bu bağlamda, uygulamada ve ileride Kanunun gözden geçirilmesinin gündeme gelmesi halinde aşağıda yer verilen hususların dikkate alınması uygun olacaktır.

İlk olarak, devreden ve devralanın devir sözleşmesinde, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku açık veya zimni olarak seçebileceklerinin kabulü gerekir. Bu kabul sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereği olduğu gibi, kanunlar ihtilafı kuralları bakımından çağdaş uluslararası yönelime de uygun olacaktır. Nitekim gerek Roma I Tüzüğü gerek UNCITRAL Konvansiyonu'nun konuyla ilgili yaklaşımı bu şekildedir.

133 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 185.

134 Uyanık Çavuşoğlu (n 8) 185.

135 Perkins (n 100) 239-240.

Taraflarca hukuk seçiminin yapılmamış olması durumunda ise, devir sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir.

Borçlu ile devralan arasındaki ilişkiye ise, alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması gerekir. Zira devreden ve devralan arasındaki ilişkinin aksine borçlu ile devralan arasında iradi bir ilişkidir söz edilemez. Bu bakımdan, borçlunun devir ilişkisinin öncesine kıyasla daha elverişsiz bir konuma düşürülmemesi gerekir. Bu yaklaşım uluslararası düzeyde kabul gören evrensel bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım aynı zamanda TBK ve Türk doktrinince de benimsenmiştir. Alacağın devrinde devreden ve devralan arasındaki ilişki ile devralan ve borçlu ilişkiye farklı ülke hukuklarının uygulanması bir ikilik yaratıyor olsa da; bu ilişkiler birbirlerinden yeterince bağımsızdır. Bu nedenle her bir ilişkiyi kendi hukukuna tabi kılmak işlem güvenliğinin sağlanması bakımından yerinde bir yaklaşımdır.

Konuyla ilgili son olarak, alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusuna değinmek gerekir. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusu, alacağın devri bakımından en karmaşık ve tartışmalı olan alandır. Alacağın devrinin üçüncü kişiler bakımından etkisine uygulanacak hukuk konusunda üç alternatif söz konusu olmakla birlikte kanaatimizce bu alternatiflerden en uygun olanı devredenın mutad meskeni veya işyeri hukukunun uygulanması seçeneğidir. Bu seçenek uluslararası ticaret ve finansman açısından özel önemi haiz toptan devir ve müstakbel alacakların devri açısından en uygun alternatif olması yanında, AB ve uluslararası alandaki ana eğilimi yansıtmaları bakımından da öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, AB ve UNCITRAL Konvansiyonu'nda benimsendiği şekilde mevduat veya finansal enstrümanlara dayalı alacağın devri işlemlerinin üçüncü kişiler bakımından etkisine alacağın tabi olduğu hukukun uygulanması kabul edilebilir veya en azından tarafların bu hukuku seçmelerine imkân tanınabilir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

Kıtap, Makale ve Diğer Yazılı Kaynaklar

Alferez FJG, 'Assignment of Claims in the Rome I Regulation: Article 14' in Franco Ferrari and Stefan Leible (eds) *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, (Sellier European Law Publishers 2009).

Akça K, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı' (2015) 1 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı* 543-596.

Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1992).

- Akseli NO, 'The UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, Assignment of Future Receivables and Turkish law' (2006) *Int'l Bus. L. J.* 767-787.
- Başpınar V, *Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler* (Yetkin Yayınları 2009).
- Bazinas SV, 'UNCITRAL Draft Convention on Assignment of Receivables in International Trade. Lowering the Cost of Credit: The Promise in the Future UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables in International Trade' (2001) 9 *Tulane J. Int'l & Comp. L.* 259-294.
- Chunchaemsai K, *Conflict of Laws for the Assignment of Receivables: From a Property-Contract Approach to A Rights-Based Approach* (Durham Theses, Durham University 2015) 133-134 <<http://etheses.dur.ac.uk/11324/>> Erişim Tarihi 17 December 2018.
- Commission of the European Communities, Proposal for A Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005PC0650&from=EN>> Erişim Tarihi 17 January 2019.
- Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), JUSTCIV 175 CODEC 716, <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kkg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vj6ipgkykvxa/f=/11150_07.pdf>, Erişim Tarihi 4 February 2019.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th, Beta Yayınları 2017).
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (2nd, Vedat Kitapçılık 2014).
- Dayınlarlı K, *Borçlar Kanuna Göre Alacağın Temlik* (3th, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2008).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th, Savaş Kitapevi 2017).
- Engin Bİ, *Alacağın Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu* (Seçkin Yayıncılık 2002).
- European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to the Third-party Effects of Assignments of Claims 2018/0044 (COD) {SWD(2018) 52 final} - {SWD(2018) 53 final} Brussels, 12.3.2018 COM(2018) 96 final, (Alacağın Devrinin Üçüncü Kişiler Bakımından Etkisine Uygulanacak Hukuka İlişkin Taslak Tüzük).
- Factors Chain International (FCI), Annual Review 2018, <<https://fci.nl/downloads/Annual%20Review%202018.pdf>> Erişim Tarihi 10 April 2019.
- Giuliano M and Lagarde P, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. OJ C282, 31 October 1980, (Giuliano-Lagarde Raporu).
- Gümüş MA, 'Alacağın Temlikinin Şekli' (2011) 10(2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9-34.
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin Yayınları 2004).
- Hartley TC, 'Choice Of Law Regarding The Voluntary Assignment of Contractual Obligations Under The Rome I Regulation' (2011) 60 (1) *International and Comparative Law Quarterly* 29-56.
- Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 2* (Beta Yayınları 2003).
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th, Turhan 2012).
- Kocaman AB, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1989).

- Krupski JA, 'Cross-Border Receivables Financing at the Crossroads of Legal Traditions, Capital Markets, Uniform Law and Modernity' (2007) 12 Unif. L. Rev. 57-99.
- Lando O, 'The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Noncontractual Obligations: Introduction and Contractual Obligations' 1974 38(1), *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 6-55.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Gereçesi, <<https://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>> Erişim tarihi 4 April 2019.
- Yuko Nishitani, 'Cross-border Assignment of Receivables: Conflict of Laws in Secured Transactions' (2017) 22 Unif. L. Rev 826-841.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (9th, Beta Yayınları 1998).
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Filiz Kitapevi 2006)
- Joanna Perkins, 'A Question of Priorities: Choice of Law and Proprietary Aspects of the Assignment of Debts' (2008) 2(3) *Law and Financial Markets Review* 238-243.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16, (Roma I Tüzüğü).
- Sargın F, 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' (2001) 50(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37-95.
- Alkaios Sivitanidis, 'Bulk Assignment of Debts in the Conflict of Laws' (2012) 65 *RHDI* 215-241.
- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Translation by Umbricht Attorneys, <https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf> (İsviçre MÖHK) Erişim Tarihi 1 March 2019.
- Tarman ZD, 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' (2009) 25(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 299-332.
- Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (8th, Beta Yayınları 2004).
- Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktilerine Uygulanacak Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1996).
- The British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Study on the Question of Effectiveness of an Assignment or Subrogation of a Claim Against Third Parties and the Priority of the Assigned or Subrogated Claim over a Right of Another Person, Final Report, <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd808b79-725d-4ce3-95b0-599119e7fb8f>> (BIICL Report), Erişim Tarihi 4 May 2019.
- United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade United Nations Publications, New York, 2004, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cte-assignment-convention-e.pdf>> (UNCITRAL Konvansiyonu) Erişim Tarihi 4 February 2019.
- United Nations General Assembly, Note by Secretariat, Preparatory Document of the 2001 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade A/CN.9/378/Add.3.
- Walsh C, 'The Role of Party Autonomy in Determining the Third-Party Effects of Assignments: of Secret Laws and Secret Liens' (2018) 81(1) *Law & Contemp. Probs* 181-202.
- Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989).
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 1992).
- Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta 1992).

Mahkeme Kararları:

Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, 22.4.2015.

Anayasa Mahkemesi, E. 2006/142, K. 2008/148, 24.9.2008.

Anayasa Mahkemesi E. 2009/19, K. 2011/4, 6.1.2011.

AYM, E. 2008/58, K. 2011/37, 10.2.2011.

Anayasa Mahkemesi E. 2011/42, K. 2013/60, 9.5.2013.

Anayasa Mahkemesi, E. 2013/104, K. 2014/96, 22.5.2014.

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/171, K. 2015/41, 22.4.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015.

Anayasa Mahkemesi E. 2014/177, K. 2015/49, 14.5.2015.

Anayasa Mahkemesi E. 2015/29, K. 2015/95, 22.10.2015.

Anayasa Mahkemesi, E. 1967/10, K. 1967/49, 28.12.1967.

Yargıtay 19 H.D 2014/18880 E., 2015/8264 K.

Yargıtay TD 27.10.19966 4105/4159.

Yargıtay 15 HD 29.3.1977.

Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star Trading LLC [2001] EWCA Civ 68; [2001] Q.B. 825.

