



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Gizem Yağmur YILMAZ

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Gizem Yağmur YILMAZ

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Danışman

Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Gizem Yağmur YILMAZ'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Halit YILMAZ (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Tez Başlığı: Sözleşmenin Devri

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 02/07/2021

Mezuniyet Tarihi : 29/07/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Sözleşmenin Devri” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Adı SOYADI

Gizem Yağmur YILMAZ



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Gizem Yağmur YILMAZ
Öğrenci Numarası	20175225004
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA
Tez Başlığı	Sözleşmenin Devri
Turnitin Ödev Numarası	1619534313

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 100 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 14/07/2021 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 7

alıntılar dahil % 12 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

26/07/2021

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	v
SUMMARY	vi
ÖNSÖZ	vii

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ VE BU ÇERÇEVEDE SÖZLEŞMENİN DEVİRİ KAVRAMI

1.1. Sözleşmede Taraf Değişikliği	1
1.1.1. Tanım ve Terminoloji	4
1.1.1.1. Tanım	5
1.1.1.2. Terminoloji	6
1.2. Sözleşmenin Devrinin Tarihsel Gelişimi	8
1.3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Özellikleri	13
1.3.1. Tasarruf İşlemi	13
1.3.2. Halefiyet	14
1.4. Sözleşmenin Devrinin Dayanakları	16
1.4.1. Kanun	17
1.4.2. Mahkeme Kararı	18
1.4.3. Taraf İradesi	18
1.5. Sözleşmenin Devrinin Benzer Hukuki Müesseseler ile Kıyaslanması	19
1.5.1. Alacağın Devri	19
1.5.2. Borcun Üstlenilmesi	22
1.5.3. Borca Katılma	24
1.5.4. Sözleşmeye Katılma	26
1.5.5. Alt Sözleşme	27
1.5.6. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme	29
1.5.7. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme	29
1.5.8. Yenileme	30
1.6. Mukayeseli Hukukta Sözleşmenin Devri	31
1.6.1. Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Ole Lando İlkeleri	31
1.6.1.1. Avrupa Sözleşmeler Hukukunda Sözleşmenin Devri	33
1.6.2. Mukayeseli Hukuk Düzenlerinde Sözleşmenin Devri	34

1.6.2.1. Sözleşmenin Devrine Dair Genel Bir Kanuni Düzenleme Bulunmayan Hukuk Sistemleri	34
1.6.2.2. Sözleşmenin Devrine Dair Genel Bir Kanuni Düzenleme Bulunan Hukuk Sistemleri.....	36

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

2.1. Sözleşmenin Devrinin Şartları	39
2.1.1. Geçerli ve Mevcut Bir Sözleşme Olmalı.....	39
2.1.1.1. Sözleşmenin Geçerliliği	39
2.1.1.2. Sözleşmenin Mevcudiyeti	40
2.1.2. Sözleşmeye Dayalı Bir Borç İlişkisi Olmalı	41
2.1.3. Sözleşme Devredilebilir Nitelikte Olmalı	42
2.1.4. Taraf Değişikliğine Yönelik Sözleşme Yapılmalı.....	43
2.1.4.1. Devir Sözleşmesi.....	43
2.1.4.1.1. Devir Sözleşmesinin Tarafları.....	44
2.1.4.1.2. Devir Sözleşmesinin Şartları.....	44
2.1.4.1.2.1. Tarafların Uygun İrade Beyanları	44
2.1.4.1.2.1.1. Sözleşmeyi Devreden ve Devralan Bakımından.....	45
2.1.4.1.2.1.2. Sözleşmede Kalan Bakımından	46
2.1.4.1.2.1.3. Devre Ehil Olma	49
2.1.4.1.2.2. Sözleşmenin Konusunun Yasaklanmamış Olması.....	50
2.1.4.1.2.3. Muvazaa Olmaması	51
2.1.4.1.3. Devir Sözleşmesinin Şekli	51
2.1.5. Sözleşmenin Kapsamı	53
2.1.6. Şekil.....	53

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. Hüküm ve Sonuçlar.....	56
3.1.1. Meydana Geldiği An	56
3.1.2. Taraflar Bakımından Sonuçları	58
3.1.2.1. Sözleşmede Kalan ile Devreden.....	58
3.1.2.2. Sözleşmede Kalan ile Devralan.....	59

3.1.2.3.	Devreden ile Devralan.....	60
3.1.3.	Borç İlişkisi Bakımından Sonuçları.....	62
3.1.3.1.	Alacak Haklarının Durumu	62
3.1.3.2.	Yenilik Doğuran Hakların Durumu.....	64
3.1.3.3.	Def'i ve İtirazların Durumu.....	65
3.1.3.4.	Diğer Feri Hakların Durumu	66

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ HALLERİ

4.1.	Kira Sözleşmesinin Devri	69
4.2.	Satış Sözleşmesinin Devri.....	72
4.2.1.	Taşınır Satış Sözleşmesinin Devri.....	73
4.2.2.	Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Devri.....	77
4.3.	Hizmet Sözleşmesinin Devri.....	78
4.4.	İş Sözleşmesinin Devri	81
4.5.	Vekalet Sözleşmesinin Devri	85
4.6.	Bağışlama Sözleşmesinin Devri	88
4.7.	Kamu İhale Sözleşmesinin Devri.....	92
4.8.	Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri	94
SONUÇ		97
KAYNAKÇA.....		99
Ö Z G E Ç M İ Ş		105

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	Avrupa Birliği
BGB	Alman Medeni Kanunu
BK	Borçlar Kanunu (mülga)
Bkz.	bakınız
Bs.	baskı/basım/bası
C.	cilt
DİK	Devlet İhale Kanunu
E.	esas no
HD	Hukuk Dairesi
İK	İş Kanunu
İSGHD	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	karar no
KİSK	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	madde
OR	İsviçre Borçlar Kanunu
s.	sayfa
S.	sayı
ss.	sayfa sayısı
T.	tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	Yargıtay
YTBK	Yeni Türk Borçlar Kanunu
ZGB	İsviçre Medeni Kanunu

ÖZET

Sözleşmede taraf değişikliği 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş iken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile “sözleşmenin devri” adıyla kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Söz konusu düzenleme öncesi dönemde sözleşmede tarafın değişebileceği sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde içtihatlar ve doktrinde kabul görmekteydi.

Sözleşmenin devri TBK m.205 hükmünde de düzenlendiği üzere; devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraflar arasında yapılan üç taraflı bir işlemdir. Üç tarafın da rızası ve uygun irade beyanı gerekmektedir. Bu işlem ile devre konu sözleşmenin taraflarından biri taraf sıfatını ve bu sığata bağılı tüm hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye aktararak sözleşmeden çıkmakta; devralan üçüncü kişi ise taraf sıfatı ve buna bağılı hak ve borçlara sahip olarak sözleşmeye dahil olmaktadır.

Sözleşmenin devri doğrudan taraf değişikliğine yönelik bir işlemdir. Bu yönüyle sözleşmedeki unsurlardan yahut edimlerden bir veya birkaçında değişiklik yapan benzer müesseselerden ayrılır.

Uygulama örneklerine bakıldığında sözleşmenin devri için TBK genel hükmü dışında çeşitli sözleşme tiplerinde yahut çeşitli hallerde özel hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

Çalışmamızda, sözleşmede tarafın değişmesi amacı üzerine kurulu olan sözleşmenin devri müessesesi; tarihsel gelişimi, mukayeseli hukuktaki örnekleri, hukuki özellikleri, benzer müesseseler ile kıyaslanması, şartları, hüküm ve sonuçları, uygulama örnekleri çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin devri, sözleşmede taraf değişikliği.

SUMMARY

COUNTERPARTY ALTERATION IN CONTRACT

“Counterparty Alteration in Contract” was not regulated in the repealed Code of Obligations numbered 818. This concept has been legally regulated under the name of "transfer of contract" in the Turkish Code of Obligations numbered 6098. Previously, it was accepted in the jurisprudence and doctrine that the party to a contract could change within the framework of the principle of freedom of the contract.

The principle of transfer of the contract as regulated in Article 205 of the Turkish Code of Obligations is a three-party transaction between the transferor, the transferee, and the remaining parties to the contract. Consent and declaration of intention of all three parties are required. With this transaction, one of the parties to the contract that is the subject of the transfer leaves the contract by transferring all its rights and obligations arising out of the contract to a third party. The third party, on the other hand, is included in the contract as a party and has rights and obligations arising out of the contract.

The transfer of contract is a legal transaction for a direct party change. In this respect, it differs from similar institutions that make changes in one or more of the elements of the contract.

Considering the examples in practice, it is seen that apart from the general provision of the Turkish Code of Obligations regarding the transfer of contract, special provisions are also included in various contract types or various cases.

In this study, the transfer of contract which is based on the motivation of the party change in the contract; historical development, examples in comparative law, legal features, comparison with similar institutions, provisions, and terms and conditions will be examined within the framework of examples in practice.

Keywords: Contract, Turkish Code of Obligations, transfer of contract, Counterparty Alteration in Contract.

ÖNSÖZ

Sözleşme ve borç ilişkileri gerek hukuk sisteminde gerekse toplumsal ve ticari hayatta oynadığı rol sebebiyle büyük öneme sahiptir. Borcun konusu çeşitli şekillerde olabilir ancak çalışmamız açısından sözleşmeden doğan borçlar üzerinden gidilecek ve borç doğuran sözleşmeler esas alınacaktır. Sözleşme ve borç kavramları modern hukuk sistemlerinde var olmakla birlikte kökenleri Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Öyle ki Roma hukukunda borç kabul edilmiş ve kaynakları içinde sözleşme de kabul edilmiştir. Roma hukukunda çeşitli sözleşme tipleri ve bunların doğurduğu hak ve borçlar kabul edilmiştir.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği kanuni sınırlamalar hariç olmak üzere; taraflar sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşmenin tarafını seçmekte, sözleşmeyi sonlandırmakta ve hatta değiştirmekte serbesttirler. Zaman içinde sözleşmenin tarafları için yeni durumlar yeni ihtiyaçlar doğmuş olabilir. Bunun bir sonucu olarak sözleşmede değişiklik müessesesi karşımıza çıkacaktır. Bu değişiklik sözleşmenin şartları yahut unsurları üzerinde olabileceği gibi sözleşmenin tarafında da olabilir. Sözleşmede taraf değişikliğinden kastedilen sözleşmedeki taraflardan birinin taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye aktararak sözleşmeden çıkması ve üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olması halidir. Burada taraf sıfatı ve bu sıfata bağlı tüm hak ve borçlar bir bütün olarak aktarılmaktadır.

Bir sözleşmede taraf değişmesi modern hukuk sistemlerinde kabul edilebilir niteliktedir; Türk hukuk sistemi de bu yönde bir görünüm arz etmektedir. Oysa günümüz modern hukukunun temeli kabul edilen Roma hukukunda durum farklıdır. Roma hukukunda borçlar şahsi kabul edilmekteydi. Bunun sonucu olarak da çalışma konusu anlamında doğrudan bir taraf değişikliği mümkün değildi. Yenileme ve benzeri yollarla bu durum çözülmeye çalışılsa da günümüz modern hukuku anlamında bir taraf değişikliği Roma hukukunda kabul görmemektedir.

Sözleşmede taraf değişikliği müessesesi Türk hukuk sisteminde 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak bu durum mülga Kanun döneminde sözleşmede tarafın değişmesini imkansız kılmamaktaydı; doktrinde ve içtihatlarında kabul görmüş ve uygulanmıştı. Çalışma konusu müessese ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda “sözleşmenin devri” adıyla düzenleme bulmuştur. Kanun müessese için kullandığı devir ifadesi terminoloji anlamında uygun değildir. Kaldı ki kanun “borç ilişkilerinde taraf değişikliği” başlığı altında alacağın devri, borcun üstlenilmesi gibi müesseseleri de düzenlemiştir. Söz konusu müesseseler tam anlamıyla bir taraf değişikliği

olmamakta sözleşmedeki unsurlardan bir veya birkaçının aktarımına neden olmaktadırlar. Gerçek anlamda taraf değişikliği sözleşmenin devri adıyla düzenlenen şekildedir.

Sözleşmede taraf değişmesi beraberinde halefiyeti de getirecektir. İşlemin meydana geldiği an hangi hak ve borçların kullanılabileceği ve aktarılabileceği açısından önem arz edecektir.

Çalışmamızda sözleşmede taraf değişikliği müessesesi tarihsel gelişimi ve hukuki özellikleri ile açıklanacak olup hüküm ve sonuçları bakımından da değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Karıştırılması mümkün benzer müesseselerle kıyaslanacak, farkları ve benzerlikleri ortaya konulacaktır. Hukuk düzeninde sıkça karşılaşılan ve özellik arz eden sözleşme tipleri açısından taraf değişikliğinin nasıl olacağı ayrı ayrı ele alınacaktır. Ağırlıklı olarak Türk hukuku üzerinden incelenecek olmakla beraber modern hukukun kökeni olan Roma hukukunda sözleşme ve taraf değişikliği de incelenecek ve günümüzdeki durumla karşılaştırılacaktır. Son olarak mukayeseli hukukta sözleşmede taraf değişikliği incelenecek, kanuni düzenleme olan ve olmayan hallerde hangi hukuk sistemlerinde müessesesinin nasıl uygulanacağı açıklanacaktır.

Özetlemek gerekirse sözleşmede taraf değişikliğine dair Türk hukuk sistemi ve mukayeseli hukuk sistemleri üzerinden müesseseye yönelik bilgi verilecektir. Çalışma boyunca yapılan açıklamalarla araştırmacılara söz konusu müesseseye dair ihtiyaç duyabilecekleri bilgileri sistematik ve anlaşılır bir biçimde sunma amacı güdülmüştür.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ VE BU ÇERÇEVEDE SÖZLEŞMENİN DEVİRİ KAVRAMI

1.1. Sözleşmede Taraf Değişikliği

Hukuki işlemlerde, günlük hayatta, ticari ilişkilerde sıkça karşımıza çıkan sözleşme kavramı hukukun her alanında önem arz etmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu borç ilişkilerini ve bunun bir yansıması olarak sözleşmelerle ilgili hükümleri düzenlemektedir. Borç ilişkisi kaynağını sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ya da haksız fiilden alıyor olabilir; ancak çalışma konusu nedeni ile ağırlıklı olarak sözleşme kaynaklı borç ilişkileri üzerinde durulacaktır.¹

Türk Borçlar Kanunu sözleşmeyi açıkça tanımlamamakla birlikte hükümlerinde yer verdiği şartlar ve sonuçlarla bir tanım oluşmasına imkân vermektedir. Bir hukuki işlem olarak sözleşmenin kurulması TBK m.1 hükmünde de belirtildiği üzere tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile mümkün olur. İrade beyanında tarafların sadece kendi iç iradesinin bu yönde olması yetmeyecek bunu bir beyan olarak dış dünyaya yani karşı tarafa sunması gerekmektedir.² Kural olarak sözleşmenin kurulması için esaslı noktalar üzerinde öneri ve kabul niteliğindeki karşılıklı irade beyanlarının uyuşması yeterlidir.³ Ancak genel

¹ Ayrancı, Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.89; Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 15.Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.39; Doğan, Murat/ Atamulu, İsmail/ Şahan, Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.103; Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 4.Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.2; Kayar, İsmail, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri**, 11.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.40; Yiğit, Yusuf, **İş Sözleşmesinin Devri**, 1.Bs., Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014, s.12; Taşkın, Zeynep Damla; Şahbaz, Ali, "Sözleşmenin Devri", **Legal Hukuk Dergisi**, C.15, S.178, 2017, s.4970; Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15.Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.115.

² Cansel, Erol/ Özel, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.98; Doğan/Atamulu/Şahan, s.88; Yavuz, Nihat, **Borçlar Hukuku El Kitabı**, 1.Bs., Adalet Yayınevi, 2018, s.20; Antalya, Osman Gökhan, **Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.V/1,1, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.142; Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 11.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2016, s.120; Erdoğan, İhsan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4.Bs., Gazi Kitabevi, 2019, s.47; Eren, s.120,13,1320.

³ Ayrancı, s.89; Akkurt, Sinan Sami/ Erdoğan, Kemal/ Tokat, Hüseyin, **Borçlar Hukuku**, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.90; Cansel/Özel, s.97,98; Ruhi, Ahmet Cemal, **Sözleşmeler Hukuku**, C.2, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.15,16; Aydoğdu/Kahveci, s.3; Kayar, s.49; Yiğit, Yusuf, **İş Sözleşmesinin Devri**, 1.Bs., Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014, s.7,8; Canarslan, Gökçe, "Türk Borçlar Kanunu genel Hükümleri Çerçevesinde Sözleşmenin Devri", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C.5, S.14, 2013, s.115; Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2019, s.33; Yeniocak, Umut, **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, 5.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.29,32; Toprak, Eren, **Kamu İhale Hukuku**, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.408; Kocağa, Köksal, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", **TBB Dergisi**, S.79, 2008, s.73,82; Doğan/Atamulu/Şahan, s.107,114; Adal, Erhan, **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, 12.Bs., Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, s.705,706; Yavuz, s.16,20; Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa, **Borçlar Hukuku Genel**

hukuk prensipleri ve kanun gereğince hukuka ahlaka aykırı konularda irade şartı sağlansa dahi sözleşme yapılamaz, yapılmış böyle bir sözleşme geçerli olmaz.⁴

Sözleşmenin kurulabilmesi için temel şart; tarafların sözleşme yapmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır. Bu irade beyanlarından taraflar birbirini doğru anlamış biçimde sözleşmeyi yapmaya yönelik esaslı noktalar üstünde birbirine uygun ve karşılıklı şekilde iradelerini beyan edecek aksi halde iradeler uyuşmadığı için sözleşme geçerli bir biçimde kurulamayacaktır.⁵ Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaya varması gerekmekte olup; esaslı noktalarda uyuşma sağlandığı takdirde esaslı olmayan unsurlar üzerinde taraf iradelerinin uyuşmaması sözleşmenin kurulması bakımından engel teşkil etmeyecektir.⁶ Sözleşmenin iki tarafa ya da tek tarafa borç yükler nitelikte olması mümkündür. Sözleşmenin her iki tarafının da irade beyanı gerekmekte ve bu taraflardan her biri bir veya birden çok gerçek veya tüzel kişiden oluşabilmektelerdir.⁷ Hatta bu taraflarda değişiklik olabilmekte veya sözleşme dışı üçüncü kişiler sözleşme dahilindeki hak ve borçlardan etkilenebilir konuma gelebilmektedir.

Konumuz itibariyle borç ilişkisi doğuran sözleşmeler ya da diğer bir deyiş ile sözleşmeden doğan borç ilişkileri ele alınacaktır. Bu minvalde sözleşme alacaklı ve borçlu taraflar arasında borç ilişkisi doğurur nitelikte olacaktır.⁸ Söz konusu sözleşmeler tek tarafa ya da iki tarafa borç yükler nitelikte olabilir. Ancak aralarındaki fark; iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı tarafın edimini ifa etmesini isteyebilmek için bunu isteyen tarafın da ifaya hazır olması gerekecek başka bir deyişle kendi edimini ifaya hazırlamadan karşı taraftan edim talep edemeyecektir.⁹

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde borçlunun temel yükümlülüğü sözleşmeye konu edimin ifası olmakla beraber bunu sağlamaya yönelik yan yükümlülükleri de vardır.¹⁰ Sözleşmenin karşılıklı olup olmamasına tek ya da iki tarafa borç yükler nitelikte olmasına göre alacaklının yükümlülükleri de olabilecektir.

Hükümler, 6.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2018, s.53,60,92,94,103; **Antalya**, s.139,159,303; **Ayan**, s.152; Aydos, Oğuz Sadık, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Temel Hukuk Dizisi**, İbrahim Ermenek, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2019, s.40; **Erdoğan**, s.46,50,62; **Eren**, s.127.

⁴ **Ayrancı**, s.92; **Ayan**, s.123-124,163.

⁵ **Cansel/Özel**, s.100,101; **Kocağa**, s.78; **Yavuz**, s.40; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.93; **Antalya**, s.286,297; **Erdoğan**, s.64; **Eren**, s.234.

⁶ **Cansel/Özel**, s.103,104; **Kocağa**, s.76; **Ruhi/Ruhi**, s.33; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.88,114,115; **Adal**, s.707; **Yavuz**, s.40; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.93; **Antalya**, s.297; **Aydos**, s.40; **Erdoğan**, s.64; **Eren**, s.233,237.

⁷ **Aydoğdu/Kahveci**, s.4; **Yiğit**, s.8.

⁸ **Cansel/Özel**, s.40,42; **Canarslan**, s.115; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.103; **Adal**, s.705; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.86; **Eren**, s.204,206.

⁹ **Cansel/Özel**, s.63.

¹⁰ **Cansel/Özel**, s.80; **Canarslan**, s.115.

Türk Borçlar Kanunu sözleşme ilişkilerine yönelik temel ilkeleri düzenlemiştir. TBK m.26 hükmü gereğince borçlar hukuku sistemimizde sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Söz konusu özgürlük kapsamında taraflar; sözleşmedeki karşı tarafını seçmekte, sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşmenin içeriğini, konusunu, şartları belirlemekte, sözleşmede değişiklik yapmakta, sözleşme kurmakta, sözleşmeyi sona erdirmekte serbesttirler.¹¹ Çalışmanın konusu olan sözleşmede taraf değişikliği müessesesi de bu kapsamda tarafların sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşmedeki taraf sıfatını devredebilmesinin sağlanması olarak karşımıza çıkacaktır.

Kural olarak sözleşme taraf iradeleriyle kurulsa ve sözleşme özgürlüğü ilkesi geçerli olsa da kamu düzenini ve tarafları korumak için getirilmiş bazı şartları da sağlaması gerekir. Zira sözleşme özgürlüğü sınırsız değildir. TBK m.27 söz konusu sınırlamaları düzenlemektedir. Bu sınırlamalar gereği sözleşme ilkesi geçerli olsa da sözleşme emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmamalı; aksi takdirde hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır.¹² Sağlıklı ve geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için gereken şartlar; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı, tarafların hukuki işlem ehliyetine haiz olması, sözleşmenin konusunun hukuka ahlaka kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması, sözleşmenin konusu itibariyle imkansız olmaması, iradeyi sakatlayan hallerin bulunmaması olarak sayılabilir.¹³ Bunun dışında devir sözleşmesi için devir sözleşmesinin devre konu sözleşmenin şekline uyması da konumuz itibariyle geçerlilik şartıdır. Bahsedilenler dışında sözleşmeye özgü olarak kanunun aradığı zorunlu şartlar yahut taraflarca belirlenmiş başka şartların da olması mümkündür.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişi hem sözleşme yapıp yapmamakta hem de sözleşmeyi kanuni sınırlar içinde istediği şart ve koşullarda yapabilmekte özgürdür. Elbette ki sözleşme özgürlüğü sınırsız değil, kanunun emredici hükümleri çerçevesinde sınırlı olarak mevcuttur. Bu sınırlama sözleşmenin kurulmasında, sonlandırılmasında yahut değiştirilmesinde kendini gösterebilir. Kamu düzenini, tarafları, tarafların alacak ve borçlarını, sözleşmeden kaynaklı haklarını ve sözleşmeye güveni korumak adına sözleşme serbestisi çerçevesinde sözleşmede yapılacak değişikliklere bazı şartlar getirilmiştir.¹⁴ Taraflar hukuk

¹¹ **Ruhi**, s.34; **Aydoğdu/Kahveci**, s.14,15; **Yiğit**, s.10; **Yeniocak**, s.30; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.37,104; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.12,124,130,131; **Antalya**, s.125-127,429; **Ayan**, s.32,186; **Erdoğan**, s.12; **Eren**, s.17,300.

¹² Sözleşme özgürlüğünü sınırlayan söz konusu kurallara uymamanın yaptırımı kural olarak kesin hükümsüzlüktür. Ancak aykırılık sözleşmenin tümünde değil belirli hükümlerinde yani bir kısmında ise kısmi hükümsüzlük de söz konusu olabilecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: **Ruhi**, s.35-37; **Aydoğdu/Kahveci**, s.14; **Yiğit**, s.10; **Yeniocak**, s.30,32; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.37; **Yavuz**, s.156-163; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.12,132; **Antalya**, s.451,464; **Aydos**, s.25; **Erdoğan**, s.48; **Eren**, s.317,331.

¹³ **Ayrancı**, s.92; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s.97,113-134; **Cansel/Özel**, s.98; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.91-92; **Ayan**, s.187-188.

¹⁴ Çayan, Gökhan, **Sözleşmenin Devri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.1.

düzenindeki şartları sağlamak kaydıyla; sözleşmede tam veya kısmi değişiklik ve hatta sözleşmede taraf değişikliği dahi yapabilirler.¹⁵

Türk hukuk sisteminde önemli bir yeri olan ve TBK düzenlemelerinde de yer alan sözleşme müessesesi pek çok başka müesseseyi doğurmuştur. Taraflar sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak sadece sözleşme yapmak değil; sözleşmeye şartlar koymak, sözleşmede değişiklik yapmak da isteyebilirler. Bahsedilen sözleşme değişiklikleri kimi zaman edimlerde, kimi zaman şartlarda olabileceği gibi sözleşmenin taraflarında da olabilir. İşte burada sözleşmede taraf değişikliği söz konusu olacaktır. Taraf değişikliğinden kastedilen; tarafların ediminde değişiklik halleri değil, bir tarafın sözleşmedeki tüm hak ve borçlarını devrederek sözleşmeden çıkması ve yerine üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı olması halleridir.¹⁶

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği; taraflar sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşmedeki karşı tarafı seçmekte, sözleşmenin konusunu ve tipini seçmekte, şekil belirlemekte, sözleşmeyi sona erdirmekte, değiştirmekte ve benzeri hususlarda serbesttir. Ancak elbette bu serbestinin kanuni zorunluluklardan doğan bazı sınırları ve istisnaları mevcuttur. Sözleşmede taraf değişikliği müessesesi de tarafların hak ve borçlarını korumaya yönelik bazı sınırlamaları olsa da temelini sözleşme serbestisi ilkesinden almaktadır.¹⁷

Başlangıçta sözleşmede taraf değişikliğinin sözleşme özgürlüğü kapsamında serbestçe olacağı düşünülse de mağduriyete ya da hak kaybına neden olmamak ve sözleşmeye güveni korumak adına sınırlandırılması gerekmiştir.¹⁸ Bu sınırlar kanuni düzenlemeden önce temel ilkeler yahut mahkeme ve doktrin çerçevesinde olsa da modern hukuk sisteminde yasalar çerçevesinde düzenlenmiştir.¹⁹

1.1.1. Tanım ve Terminoloji

Sözleşmede taraf değişikliği benzer hukuki kurumlarla karıştırılmaması gereken bir müessesedir. Zira burada sözleşmenin yenilenmesi söz konusu olmadığı gibi sadece hakkı yahut sadece borcu devretmek gibi kısmi bir durum da söz konusu değildir. Buradaki durum bir tarafın tüm hak ve borçları bir bütün halinde bir başkasına devrederek taraf sıfatını

¹⁵ Kuluçlu, Erdal , “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, **Sayıştay Dergisi**, S.49, 2003, s.99; **Çayan**, s.1.

¹⁶ **Yiğit**, s.5,11; **Canarlan**, s.116; Duman, İlker Hasan, **İnşaat Hukuku**, 10.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.229.

¹⁷ Ayar Birkin, Zeynep, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri**, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2019, s.20.

¹⁸ **Ayar Birkin**, s.20.

¹⁹ **Çayan**, s.2; **Yiğit**, s.11.

kaybetmesi ve devralan kişinin taraf sıfatına ve bu sığata bağı hak ve borçları haiz olmaya başlaması halidir.²⁰

Çalışma kapsamında kastedilen anlamda sözleşmede taraf değışikliğı müessesesi; kanun koyucu tarafında sözleşmenin devri adıyla ele alınmış olsa da TBK m.205'te²¹ tanımı ve özellikleri ile yer bulmuştur.

1.1.1.1. Tanım

Türk Borçlar Kanunu ile sözleşmede taraf değışikliğı tanım bulmadan evvel doktrinde pek çok yorum ve tanım yapılmıştır.

Sözleşmede taraf değışikliğı kanunda sözleşmenin devri adıyla TBK m.205'te tanımlanmıştır. Hükme göre sözleşmenin devri; sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraf bulunan, devreden sözleşmedeki taraf sıfatını sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarıyla birlikte bir bütün olarak devralana aktardığı ve devralanın sözleşmede taraf sıfatını kazandığı bir müessese olarak açıklanabilir.

Kanun koyucunun TBK m.205'teki tanımı esas alındığında, sözleşmede taraf değışikliğı; sözleşmedeki taraflardan birinin sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını üçüncü bir kişiye aktardığı, bu üçüncü kişinin artık sözleşmenin tarafı olarak taraf sıfatına ve sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamına sahip olduğu üç tarafı olan bir müessese olarak açıklanabilir.²²

Sözleşmede taraf değışikliğı üç tarafı bulunan bir müessesedir. Bu tarafları sözleşmede kalan, sözleşmedeki taraf sıfatını kaybeden ve sözleşme kapsamında taraf sıfatı kazanan biçimde açıklayabiliriz.²³ Ancak kanun koyucu taraf değışikliğı müessesini sözleşmenin devri olarak adlandırdığı için tarafları da bu minvalde sözleşmede kalan, devreden ve devralan olarak adlandırma yolunu seçmiştir.

²⁰ Çayan, s.4; Yiğit, s.12; Ayar Birkin, s.21,210; Taşkın/Şahbaz, s.4964; Kılıç, Mehmet, **Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.57.

²¹ m.205- "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

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

Sözleşmenin devrinin geçerliliğı, devredilen sözleşmenin şekline bağıdır.

Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır." Dinç, Mutlu/ Bahadır, Çilem, Türk Borçlar Kanunu/Karşılaştırmalı-Gerekçeli, 14.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2020, s.208

²² Öztürk, Berna, "Sözleşmenin Devri", **TBB Dergisi**, S.125, 2016, s.265; Kayar, s.252; Yiğit, s.11-13; Ayar Birkin, s.210; Kılıç, s.57; Doğan/Atamulu/Şahan, s.334; Yavuz, s.572; Kayıhan/Ünlütepe, s.415; Ayan, s.75; Aydos, s.187; Eren, s.1255; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.616.

²³ Yiğit, s.11.

Doktrinde sözleşmede taraf değişikliğini açıklamaya yönelik kombinasyon ve birlik teorileri mevcuttur. Söz konusu teorilerden kombinasyon teorisine göre; sözleşmede tarafın değişmesi alacak ve borcun ayrı ayrı kendine özgü devirlerinin birlikte yapılması kombinasyonu ile olur.²⁴ Ancak taraf sıfatı ve dolayısıyla içerdiği hak ve borçlar bir bütün olduğundan; sözleşmede taraf değişikliğini alacağın devri borcun üstlenilmesinin birlikte yapılması olarak açıklayan bu görüşe sözleşmede taraf değişikliğinin tüm hak ve borçların aktarılması niteliğini taşıyamadığı için katılmak mümkün olmayacaktır.²⁵ Müesseseyi açıklayan ve doktrinde kabul gören bir diğer teori birlik teorisine göre ise; taraf sıfatı içerdiği hak ve borçlar ile bir bütün olduğu için taraf değişikliğinin ayrı ayrı işlemlerin beraber yapılması şeklinde değil kendine özgü tek bir işlem ile yapılması gerekir.²⁶ Başka bir deyişle birlik teorisine göre; sözleşmede taraf değişikliği taraf sıfatının devriyle birlikte başkaca bir işleme gerek kalmadan def'iler de dahil bu sıfatına bağlı tüm hak ve borçların da bir küle halinde aktarılabilirdiği bir müessesedir.²⁷ Bakıldığı zaman Türk Borçlar Kanunu, İsviçre hukuku ve İsviçre Federal Mahkemesi²⁸ ile uluslararası hukukta sözleşmeler hukuku alanında önemli yer tutan Ole Lando İlkeleri'nde de sözleşmede taraf değişikliği birlik teorisi yönünde düzenlenmiştir.²⁹

1.1.1.2. Terminoloji

Çalışmamızın konusu olan sözleşmede taraf değişikliği müessesesi; Türk hukuk sistemi ve doktrin bünyesinde sözleşmede taraf değişikliği, sözleşmenin devri, sözleşmenin üstlenilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi, sözleşmenin temlik gibi pek çok farklı adlandırma ile kullanılmıştır.³⁰

Adlandırılma konusunda belirtmek gerekir ki çalışmamızın konusu müessese için doktrinde şimdiye kadar kullanılan terimler içinde müessesesinin tüm taraflarını ve

²⁴ **Ayrancı**, s.39,41; **Öztürk**, s.267; Meral, Nevin, “Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmenin Devri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, 2014, s.332; **Yiğit**, s.14; **Taşkın/Şahbaz**, s.4957; **Canarlan**, s.121; Arslanoğlu, Anıl, “İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.10, 2006, s.536; Özkaraca, Ercüment, **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, 1.Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.114; **Erdoğan**, s.298; **Eren**, s.1256.

²⁵ **Ayrancı**, s.49-50,99; Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları” (Cevdet Yavuz’a Armağan), **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.3, 2016, s.2943; **Yiğit**, s.14; **Taşkın/Şahbaz**, s.4957; **Canarlan**, s.122; **Arslanoğlu**, s.536; **Eren**, s.1256.

²⁶ **Ayrancı**, s.40,50; **Öztürk**, s.267; **Meral**, s.332; **Yiğit**, s.15; **Taşkın/Şahbaz**, s.4959; **Canarlan**, s.123; **Arslanoğlu**, s.536; **Özkaraca**, s.114; **Erdoğan**, s.298.

²⁷ **Ayrancı**, s.51; **Meral**, s.342; **Yiğit**, s.15; **Taşkın/Şahbaz**, s.4959.

²⁸ Federal Mahkeme kararlarında; sözleşmenin devrinin alacağın devrinin aksine üç taraflı olduğunu, kombinasyon teorisinden birlik teorisinin kabulünün müesseseye daha uygun düştiği yönünde tutum sergilemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bakını: **Taşkın/Şahbaz**, s.4960.

²⁹ **Meral**, s.332.

³⁰ **Ayrancı**, s.31; **Arslanoğlu**, s.536; **Özkaraca**, s.114.

özelliklerini içinde barındırabilecek nitelikte ve doğru olan sözleşmede taraf değişikliği şeklinde adlandırılmasıdır. Öyle ki devir, yüklenilme, üstlenme gibi terimler kullanıldığında; işlemin üç tarafının olması, bahsedilen değişiklikte hak ve borçların taraf sıfatıyla birlikte bir bütün olarak geçeceği gibi müessesenin temel ve önemli özellikleri tam anlamıyla nitelenemeyecektir.³¹ Ancak buna rağmen kanun koyucu devir ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

Sözleşmede taraf değişikliği müessesesi kanunda sözleşmenin devri adıyla geçmektedir. Kanun koyucu taraf sıfatı ve bunun yanında hak ve borçların aktarılmasından yola çıkarak bunun bir devir niteliğinde olduğunu düşünmüş ve sözleşmenin devri terimini kullanmayı uygun görmüştür. Lakin kanımızca kanun koyucunun adlandırması yanlıştır. Öyle ki burada devir teriminden ziyade tarafın değişmesi ibaresini kullanmak daha uygun olacaktır. Zira devir terimi sadece devralan ve devreden arasındaki ilişkiye odaklanmayı sağlamakta ve söz konusu müessesenin taraflarından biri olan sözleşmede kalanı, sözleşmede kalanın devralan ile arasındaki ilişkiyi açıklamayı zorlaştırmaktadır.³²

Kanun koyucu TBK sistematığında beşinci bölüm başlığı olarak “borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri” ibaresini kullanmıştır. Bu başlığın altında sözleşme devrini ve borca katılma gibi diğer değişiklikleri düzenlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki burada kullanılan terimler kastettiğimiz anlamda taraf değişikliği değildir. Daha açık bir anlatımla bizim kabul ettiğimiz anlamda sözleşmede taraf değişikliği kanunun sözleşmenin devri olarak adlandırdığı; bir tarafın tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını aktararak yerine bir başkasının taraf olarak geçtiği hallerdir. Bunun dışında kalan, tarafta meydana gelen durumlar kastettiğimiz anlamda taraf değişikliğinin kanun koyucunun deyişiyle sözleşmenin devrinin konusu değildir.

Türk Borçlar Kanunu m.205 hükmünde kanun koyucu sözleşmenin devri başlığı ile düzenleme yapmıştır. İlgili hükümde kanun koyucu sözleşme devrini tanımlamış ve özelliklerine, hükümlerine yer vermiştir. Çalışmamızın konusu olan sözleşmede taraf değişikliği müessesesi kanunda sözleşmenin devri adı ile yer bulmuştur. Taraf değişikliği terimi müessese için daha uygundur ancak kanun koyucu devir terimini kullanmayı tercih etmiştir.

Sözleşmenin devri TBK m.205 düzenlemesine göre devralan, devreden ve sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafı olan bir anlaşmadır. Devreden sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını devralana devreder. Bu anlaşmadan sonra sözleşmenin taraf sıfatı devralana ait olacaktır.

³¹ Ayrancı, s.32.

³² Ayrancı, s.33.

Sözleşmede taraf değişikliği şeklindeki adlandırmanın, müessesenin taraf sıfatı ve buna bağlı hak ve borçları aktarması başka bir deyiş ile tarafı değiştirmesi niteliği açısından daha doğru bir kullanım olduğu kanaatinde olmakla beraber;³³ çalışmanın bundan sonraki aşamalarında karışıklığa mahal vermemek adına kanunun lafzına uygun olarak sözleşmenin devri adıyla kullanılacaktır. İşbu bağlamda çalışmamızda bundan sonraki bölümlerde söz konusu müessese için sözleşmenin devri; taraflar içinse devralan, devreden ve sözleşmede kalan terimleri kullanılmıştır.

1.2. Sözleşmenin Devrinin Tarihsel Gelişimi

Roma hukukundaki adıyla obligatio yani borç kavramı günümüzde de gerek yaşamda gerekse hukuk alanında sıkça yer almaktadır. Obligatio alacaklı(creditor) ve borçlu(debitor) arasında iki taraflı bir hukuki ilişkidir ve bu ilişkide borçlu alacaklıya karşı belirli bir edimi ifa ile yükümlüdür.³⁴ Bu borç ilişkisiyle ifaya kadar alacaklı borçluya bağlanmış, ifa ise bu bağı ve borcu sona erdirmiş olur.³⁵ Roma Hukuku eserlerinden en sık karşılaşılanlarından olan Justinianus'un Institutiones'i³⁶ ve Digesta³⁷ metinlerinde de borç benzer şekilde açıklanmış ve tanımlanmıştır. Borç konusu edim; bir şey yapmak(facere), vermek(dare) veya belirli bir şekilde hareket etmek gibi tezahürlerde olabilir.³⁸

Türk borçlar hukukunda borcun kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme şeklinde sayılabilir. Roma hukukunda borcun kaynağına ilişkin farklı kaynaklarda benzer ama farklı açıklamalar vardır. Borcun kaynakları; Gaius'un Institutiones'inde akit ve haksız fiil, Digesta'da akit, haksız fiil ve diğer sebepler, Justinianus'un Institutiones'inde ise akit, akit benzeri, haksız fiil ve haksız fiil benzeri olarak sayılmıştır.³⁹

Borcun kaynağı çeşitli şekillerde olabilmekle beraber konumuz itibariyle sözleşmeden yani akitten doğan borçlar üzerinde durulacaktır. Akit (contractus); tarafların karşılıklı irade

³³ Bahadır, Zeynep, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVII, S.3, 2013, s.3.

³⁴ **Rado**, s.4; Söğütü, Özlem, **Roma Özel Hukuku**, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2020, s.331; Özer Sarıtaş, Duygu, **Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Dora Yayınevi, 2018, s.4.

³⁵ **Özer Sarıtaş**, s.3.

³⁶ Institutiones 3,13 pr. "*Borç öyle bir hukuki bağıdır ki, onunla sitemizde cari olan hukuk gereğince, bir kimseye karşı bir şeyi ifa ile yükümlü tutuluruz.*" **Rado**, s.5; **Söğütü**, s.331-332.

³⁷ Digesta 4, 7, 3, pr. Paulus : "*Borç ilişkilerinin özü bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur edişlerinde görülür.*" **Rado**, s.5; **Söğütü**, s.333.

³⁸ **Rado**, s.4,9-11; **Söğütü**, s.336-337; **Özer Sarıtaş**, s.6.

³⁹ **Rado**, s.39-40; **Toprak**, s.408; **Söğütü**, s.416,418; **Özer Sarıtaş**, s.55.

beyanlarıyla kurulan ve dava ile korunan bir hukuki işlem olarak açıklanabilir.⁴⁰ Bu yönüyle bakıldığında Türk hukuk sistemindeki akit kavramının Roma hukukundaki ile benzerlikler ve farklılıklar arz ettiği görülecektir. Zira Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin kural olarak yeterli olacağını düzenlemiştir. Ancak Roma hukukunda tarafların irade beyanı tek başına yeterli değildi bazı şekilci şartlara bağlanmıştı; öyle ki bir dava ile korunmalı, yazılı olmalı, salt uyuşma ve benzeri şartları sağlaması gerekmekteydi.⁴¹

Günümüz anlamında borç Roma hukukundakinden farklılıklar arz eder. Zira günümüzde borç istisnaları olmakla beraber devredilebilen, taraflarca değişiklik yapılabilmesi mümkün olan bir kavramdır. Çalışma konumuz olan sözleşmede taraf değişikliği ya da kanunun deyişi ile sözleşmenin devri de tam olarak bu nokta üzerinde duran sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinde taraf sıfatıyla beraber hak ve borçların devrini içeren özelliğiyle öne çıkmaktadır. Oysa Roma hukukunda borç şahsi kabul edilmekte, bir başkasına devri mümkün olmamakta ve hatta değişiklik dahi yapılamamaktaydı.⁴² Roma hukukunda borç şahsi kabul edilir ve bizzat kişinin şahsiyetiyle bağlı olur, bir başkasına aktarılamaz dolayısı ile halefiyete konu olamazdı.⁴³

Roma hukukunda sözleşmenin tarafların şahsına bağlı olduğu ve tarafların değişmeyeceği kabul ediliyordu.⁴⁴ Zaman içinde modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Roma hukuk sisteminde de sözleşmenin tarafında meydana gelecek bazı değişikliklere ihtiyaç duyulmuştur. Ancak Roma hukukundaki taraf değişikliği günümüz modern hukuk sistemindeki kurumlar gibi değildir.⁴⁵

Roma hukuk anlayışının etkisiyle borçların ve dolayısıyla sözleşmelerin yahut borç ilişkilerinin tarafların şahsına bağlı olduğu bu nedenle de devrinin mümkün olmayacağı düşünülmüyordu.⁴⁶ Roma hukukuna göre borç, borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlıdır.⁴⁷ Bu nedenle de alacaklı edimin ifasını yalnızca borçlunun kendinden isteyebiliyordu.⁴⁸ Söz konusu

⁴⁰ **Rado**, s.42; Güleş, Bedia, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Beğenme Koşulu ile Satış Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.69, S.2, 2020, s.470,473; **Söğütü**, s.422; **Özer Sarıtaş**, s.56-57.

⁴¹ **Söğütü**, s.423; **Özer Sarıtaş**, s.65,75.

⁴² Koyuncuoğlu, Tennur/ Koyuncuoğlu, Hikmet/ İçöz Koyuncuoğlu, Ömrüncü, **Türkiye Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Yargıtay Kararı ile Birlikte Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio-Yenileme)**, I.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.23; **Canarlan**, s.116.

⁴³ **Kılıç**, s.35; **Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu**, s.23-24; **Canarlan**, s.116.

⁴⁴ **Kılıç**, s.29,35; **Canarlan**, s.116; Kaya, Talat, “Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin (İstanbul Üniversitesi Yayınevi)**, C.39, S.2, 2019, s.450.

⁴⁵ **Kılıç**, s.29.

⁴⁶ **Ayrancı**, s.54; **Kılıç**, s.25; **Canarlan**, s.116; **Kaya**, s.450

⁴⁷ **Kılıç**, s.35; **Canarlan**, s.116; **Kaya**, s.450.

⁴⁸ **Canarlan**, s.116.

dönemde borçların şahsa bağlı kabul edilmesi, cezaların şahsiliği ilkesiyle ve verilen ağır cezalar ile doğrudan bağlantılıydı.⁴⁹ Öyle ki alacaklı alacağını borçlunun mal veya vücut varlığı üzerinden olması engel teşkil etmeksizin elde edebiliyordu.⁵⁰

Sözleşmede taraf değişmesi; tarafın hak ve borçları ile taraf sıfatını bir başkasına aktaracağı ancak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar için bunun mümkün olmaması sebebiyle Roma hukukunun ilk dönemlerinde olanaksızdı.⁵¹ Roma hukukunda borç ilişkisinde iradi bir taraf değişikliği yapılamamakla beraber miras gibi durumlardan kaynaklan külli halefiyet hallerinde irade dışı bir taraf değişikliği meydana gelebiliyordu.⁵² Elbette bu çalışma konusu kapsamındaki sözleşmede taraf değişmesi anlamına gelmeyeceğinden daha fazla üzerinde durulmayacaktır. Zaman içinde Roma hukukunda da tarafta meydana gelecek bazı değişikliklere ihtiyaç duyulmuş ve çözüm yolları aranmıştır.⁵³ Ancak kullanılan yöntemler yahut bulunan çözümler günümüzdeki anlamda bir taraf değişikliği meydana getirmiyordu. Örneğin bu yöntemlerden biri olan yenilemede(novatio) aslında çalışmada bahsedilen anlamda taraf değişmiyor; sözleşme sona erdirilip yeni sözleşmeyi devralması istenen tarafla yeni bir sözleşme yapılıyordu.⁵⁴ Böyle bir durumda istisnaları olmakla beraber sona eren sözleşme için sözleşmede kalanın ve devredenin, yeni yapılacak sözleşme için ise sözleşmede kalan ve devalanın rızalarının gerekeceği; böylece üç tarafın da rızasının aranmış olacağı söylenebilir.⁵⁵ Ama yenileme tam anlamıyla sözleşmede taraf değişikliği müessesesini karşılamıyor zira önceki borç sona erdirilip yerine yeni bir borç meydana gelirken önceki borca bağlı fer'ilerde hak kayıpları meydana gelebiliyordu.⁵⁶ Bunların yanında Roma hukukunda tarafta meydana gelecek değişiklikleri sağlamaya yönelik olarak vekalet yöntemi de kullanılmıştır.⁵⁷

Özetlemek gerekirse Roma hukukunun ilk dönemlerinde tarafta meydana gelecek her türlü değişiklik olanaksız iken ilerleyen dönemde tarafta değişiklik yapma ihtiyacı doğmuş ve bu beraberinde bahsedilen yöntemleri getirmiştir. Ancak Roma döneminde tarafta değişiklik yapmak için kullanılan yöntemlerin hiçbiri günümüzdeki anlamda çalışmamızın konusu olan sözleşmenin devri niteliğine bir taraf değişikliğini sağlayamamıştır.

Eski dönemlerde Roma hukuk anlayışının etkisiyle borçların ve dolayısıyla sözleşmelerin yahut borç ilişkilerinin tarafların şahsına bağlı olduğu bu nedenle de devrinin

⁴⁹ Kılıç, s.35.

⁵⁰ Kılıç, s.35.

⁵¹ Kılıç, s.35; Canarslan, s.116; Kaya, s.450; Rado, s.169.

⁵² Rado, s.169.

⁵³ Kaya, s.450.

⁵⁴ Ayrancı, s.54; Kılıç, s.35; Canarslan, s.116,129; Söğütlü, s.409,410; Özer Sarıtaş, s.109-110.

⁵⁵ Kılıç, s.36; Özer Sarıtaş, s.109,11-112.

⁵⁶ Canarslan, s.116; Rado, s.170; Özer Sarıtaş, s.112.

⁵⁷ Kılıç, s.37; Rado, s.170.

mümkün olmayacağı düşünülüyordu.⁵⁸ Ancak zamanla bu görüş yerini modern teorilerle beraber tarafın değişebileceği düşüncesine bıraktı.

Sözleşmenin devri hukuk sistemi içinde kullanılması bakımından daha eskiye dayansa da kanuni düzenlemesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yapılmıştır. İlk düzenleme TBK ile yapılmış; önceki 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu sözleşmenin devrini düzenlememişti.⁵⁹ Bu durum söz konusu müessesenin uygulanması bakımından herhangi engel teşkil etmemekle birlikte nasıl uygulanacağı konusunda da bir açıklık taşımıyordu. Söz konusu müessese mülga Kanunda düzenlemese de sözleşme serbestisi ilkesi gereği uygulanabileceği doktrin ve içtihatlarca kabul görmekteydi.⁶⁰ Ancak bu hiçbir düzenleme yok demek değildi; çeşitli kanunlarda özel düzenlemeler yer almaktaydı.⁶¹ Örneğin; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunda kiracının sözleşmeyi devretmesi düzenlenmişti.⁶² Sözleşmenin devrine yönelik genel nitelikli bir düzenleme olmamakla birlikte özel hükümlerde sözleşmenin devrine ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktaydı.⁶³ Örneğin; 818 sayılı mülga Kanunun m.276 hükmünde⁶⁴ kiralanın taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi hali düzenlenmiştir. Kiralanın taşınmazın devri halinde fesih yapılmadıkça, taşınmazı devralanın kira sözleşmesine de uyması gerektiği hükme bağlanmış; böylece kira sözleşmelerinde belirli şartlarda sözleşme devrine imkan tanıyan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁶⁵

Sözleşmenin devri 818 sayılı mülga Kanun döneminde kanunda açıkça düzenlenmese de uygulamada kullanılmakta ve doktrince de kabul görmekteydi. Uygulamadaki kurallar Yargıtay kararlarıyla şekillenmekteydi denebilir.

Mülga kanun döneminde Yargıtay bir kararında kira sözleşmesi üzerinden, sözleşmenin devrini “sözleşmenin yüklenilmesi” adıyla açıklamıştır ve birlik teorisini destekler nitelikte tek bir işlemle yapılacağını belirtmiştir.⁶⁶ Yargıtay bu kararında; günümüzde de kabul edildiği üzere sözleşmenin devrinin üç taraflı kendine özgü bir müessese

⁵⁸ Kılıç, s.25.

⁵⁹ Yiğit, s.13,20; Ayar Birkin, s.209; Taşkın/Şahbaz, s.4955; Canarslan, s.114,117; Dinç/Bahadır, s.208; Oğuzman/Öz, s.616.

⁶⁰ Öztürk, s.265, 292; Meral, s.328; Yiğit, s.20,60 Taşkın/Şahbaz, s.4961; Canarslan, s.131; Özkara, s.119; Oğuzman/Öz, s.616.

⁶¹ Meral, s.334; Yiğit, s.20,59-60; Ayrancı, s.38.

⁶² Ayrancı, s.38; Çayan, s.3.

⁶³ Yiğit, s.20; Canarslan, s.117; Ayrancı, s.38.

⁶⁴ 818 sayılı kanun m.276: “Mecur icarın akdinden sonra mucir tarafından başkasına temlik yahut icraen takip veya iflas tarihiyle kendisinden nezedildiği takdirde; müstecir, mecurun ahiren maliki olan üçüncü şahıstan ancak kabulü şartıyla icarenin devamını ve mucirden akdi icra yahut tazminat ita etmesini isteyebilir. Bununla beraber akit daha evvel feshe müsait olmadıkça üçüncü şahıs, feshi ihbar halinde kanunen muktazi altı aylık mehle riayet mecburiyetindedir; ihbar etmediği surette akdi kabul etmiş sayılır. Ammenin menfaati için istimlake dair olan hususi hükümler mahfuzdur.”

⁶⁵ Yiğit, s.20; Canarslan, s.117; Ayrancı, s.38.

⁶⁶ Yarg. 3. HD, T. 14.10.2004, E. 2004/9625 K. 2004/10945 (erişim tarihi:03.12.2020), www.corpus.com.tr Yargıtay’ın söz konusu kararı çerçevesinde açıklamalar için ayrıca bkz: Meral, s.334; Taşkın/Şahbaz, s.4961-2; Yavuz, s.581.

olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca devir için sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi olması gerektiğini, bu borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁷ Ancak şu an kabul edilen yasal düzenlemeden farklı olarak mülga kanun döneminde Yargıtay söz konusu kararında bu devir için herhangi bir şekil şartı gerekmediğini vurgulamıştır.⁶⁸ Yine aynı karar sözleşmenin devrinin sözleşmeyi sona erdirmediğini ya da yenilemediğini; taraf sıfatının ve bu sığata bağı hak ve borçların devrini sağladığını belirtmiştir.⁶⁹ Üstelik sadece devir anındaki hak ve borçlar değı gelecekte doğacak olanlar da devralanın olacaktır.

Yargıtay aynı dönem verdiği bir diğerkararında da sözleşmenin devrini kat karşılığı inşaat sözleşmesi üzerinden ele almıştır.⁷⁰ Yargıtay bu kararında devir sözleşmesi ile taraf sıfatının devredildiğini anlatırken devrin devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya sözleşmede kalanın onay verdiğini belirterek üç tarafın da rızasının gerekli olduğunu ortaya koymuş olmuştur.

Yargıtay mülga kanun döneminde verdiği daha yakın tarihli bir kararında sözleşmenin devrini bu kez abonelik sözleşmesi üzerinden ele almıştır.⁷¹ Ancak bu sefer taraf rızası hususundaki açıklamada bir farklılık vardır. Öyle ki Yargıtay söz konusu bu sözleşmede kalanın rızasını aramış ancak buna devre konu sözleşmede sözleşmenin devrine yönelik bir karar bulunmuyor olmasını gerekçe göstermiştir.⁷²

Yargıtay başka bir kararında sözleşmenin devrini iş sözleşmesi üzerinden incelemiş ve bunun üç taraflı bir hukuki ilişki olduğunu, üç tarafın rızasının gerektiğini belirtmiştir.⁷³

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme “*Borç İlişkilerinde Taraf Değışiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde yapılmıştır. Çalışmamızda kastedilen anlamdaki taraf değışikliği bir tarafın sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarını devrederek sözleşmedeki taraf sıfatını tamamen kaybedip üçüncü bir kişinin sözleşmeye taraf olduğı hallerdir ve Kanun bunu beşinci bölümün üçüncü ayırımındaki “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*” başlığı altında sözleşmenin devri terimi ile düzenlemiştir.

⁶⁷ Taşkın/Şahbaz, s.4962.

⁶⁸ Mülga kanun döneminde sözleşmenin devrinin şekle bağı olmadığı ancak tarafların isterlerse şekil şartı koyabilecekleri gerek içtihatlar da gerekse doktrinde kabul görmekteydi. Ayrancı, s.112-113.

⁶⁹ Taşkın/Şahbaz, s.4961.

⁷⁰ Yarg. 15. HD, T. 03.11.2004, E. 2004/1391, K. 2004/5609, (erişim tarihi:03.12.2020), www.corpus.com.tr; Yargıtay'ın söz konusu kararı çerçevesinde açıklamalar için ayrıca bkz: Meral, s.335.

⁷¹ Yarg. 13. HD, T. 26.03.2009, E. 2008/14183, K. 2009/4128 (kazancı.com) Yargıtay'ın söz konusu kararı çerçevesinde açıklamalar için ayrıca bkz: Meral, s.335, 336; Taşkın/Şahbaz, s.4963.

⁷² Yargıtay kararında bu hususu devre konu sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ve sözleşmede tek taraflı devredilebileceğine dair alınmış bir karar bulunmadığını dolayısıyla bu sözleşmenin tarafı olan sözleşmede kalanın rızasının aranması gerektiğı yönünde görüş bildirmiştir. Ayrıca bkz: Taşkın/Şahbaz, s.4963.

⁷³ Yarg. 9. HD, T. 27.02.2006, E. 2005/22419, K. 2006/4661, (erişim tarihi: 16.04.2021), <https://legalbank.net/>; Ayrıca bkz: Özkara, s.119.

1.3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Özellikleri

Sözleşmede taraf değişikliği üç tarafı bulunan, taraflardan birinin sözleşmedeki tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını bir bütün olarak devrettiği ve yerine devralanın sözleşmede taraf olarak tüm bu hak ve borçlar ile yer aldığı, kendine özgü yani sui generis bir müessesedir.⁷⁴ Tanımdan da yola çıkılarak sözleşmede taraf değişikliğinin bazı hukuki özelliklerine ulaşılabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmede taraf değişikliği bir tasarruf işlemidir.⁷⁵ Bir diğer önemli husus ise tüm hak ve borçlarla birlikte taraf sıfatının aktarılması halefiyet müessesesiyle bağlantılıdır.⁷⁶

1.3.1. Tasarruf İşlemi

Malvarlığına etkileri bakımından borçlar hukukumuzda hukuki işlemler tasarruf işlemi ve taahhüt işlemi olarak ikiye ayrılır. Konumuz itibarıyla sözleşmede taraf değişikliği işlemi bir tasarruf işlemidir. Sözleşmede taraf değişirken devreden sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlar ile taraf sıfatını kaybederken devralan tüm hak ve borçları ile taraf sıfatını kazanır. Bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen ve hatta değiştiren, nakleden, yok eden işlemler tasarruf işlemleridir.⁷⁷ Tasarruf işleminin konusu, kural olarak mülkiyet, ayni haklar, alacaklar, hukuki ilişkiler ve benzerleriyken; kişilik hakları veya kişiye sıkı sıkıya bağlı tasarruf işleminin konusu olamaz.⁷⁸

Sözleşmede taraf değişmesine yönelik yapılan sözleşme bir tasarruf işlemi olmakla birlikte⁷⁹ sözleşmede tarafın değişmesinin malvarlığı üzerindeki etkisine göre hukuki niteliği tüm taraflar için aynı değildir.

Devreden açısından bakıldığında sözleşmede taraf değişikliği elbette bir tasarruf işlemidir.⁸⁰ Zira devreden hem taraf sıfatı hem de sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarını devralana aktarmaktadır.

Sözleşmede kalan açısından ise doktrinde bir fikir birliği yoktur. Bir görüşe göre sözleşmede taraf değişikliği sözleşmede kalan açısından tasarruf değil bir taahhüt işlemidir.⁸¹ Baskın olan diğer görüşe göre ise sözleşmede tarafın değişmesi sözleşmede kalanın borçluya

⁷⁴ Ayrancı, s.53,105; Öztürk, s.267; Meral, s.332; Ayar Birkin, s.210; Canarslan, s.124; Arslanoğlu, s.535-536; Dulay, Dilek, “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri (The Cession of a Workplace or a Part of Workplace)”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (İSGHD)*, C.8, S.32, 2011, s.1387.

⁷⁵ Çayan, s.11.

⁷⁶ Alp, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, Özel Sayı, 2007, s.192; Özkara, s.126.

⁷⁷ Ayrancı, s.64; Bahadır, s.5; Yiğit, s.88; Adal, s.732; Antalya, s.170; Erdoğan, s.46; Eren, s.173.

⁷⁸ Ayrancı, s.65; Öztürk, s.268-269.

⁷⁹ Ayrancı, s.65,66; Çayan, s.12; Yiğit, s.89; Oğuzman/Öz, s.617.

⁸⁰ Ayrancı, s.67; Çayan, s.12; Öztürk, s.269; Bahadır, s.5; Yiğit, s.89; Ayar Birkin, s.211; Canarslan, s.124; Taşkın/Şahbaz, s.4965-4966.

⁸¹ Çayan, s.13.

karşı ileri süreceği hakları da etkilediği için onun için de bir tasarruf işlemi niteliğinde olacaktır.⁸² Doktrinde bunun sözleşmede kalan açısından değiştirici yenilik doğuran bir sözleşme olduğu da belirtilmiştir.⁸³

Devralan açısından bakıldığında bir taahhüt işlemi olduğundan söz edilebilir.⁸⁴ Zira sözleşmede taraf değişmesi henüz devralanın malvarlığında bir değişikliğe sebebiyet vermemekte devralan sözleşmeye uyacağını taahhüt etmektedir.⁸⁵ Devralan elbette sözleşme gereği bazı tasarruf işlemlerinde bulunabilecektir ama bu sözleşmede tarafın değişmesi müessesesinin değil artık tarafı olduğu sözleşmesinin ifa kısmının bir parçasıdır.⁸⁶

Özetlemek gerekirse sözleşmede taraf değişikliği işlemi bir tasarruf işlemidir. Ancak taraflar açısından bakılırsa devreden taraf ve sözleşmede kalan taraf için tasarruf işlemi, devralan taraf içinse tasarruf işlemine bağlı bir taahhüt işlemi niteliğinde olduğu söylenebilecektir.⁸⁷

1.3.2. Halefiyet

Bir hukuki ilişkinin niteliği ve içeriği değişmeden taraflardan birinin yerine üçüncü bir kişinin geçtiği hallerde halefiyet müessesesi gündeme gelecektir.⁸⁸ Halefiyet ilkesi borç ilişkilerinde sözleşmenin dışında olan üçüncü kişinin edimi ifa ederek taraflardan birinin sözleşmedeki tüm asli ve fer'i hakları ve tüm borçlarıyla taraf olarak sözleşmede yerine geçmesi şeklinde açıklanabilir.⁸⁹ Taraflar arasındaki sözleşme mevcudiyetini korumakta taraflardan biri yerine başkası geçmektedir.⁹⁰ Eğer sözleşme mevcudiyetini korumadan yerine başka bir sözleşme yahut borç ilişkisi geçerse burada ne taraf değişikliği ne de halefiyet söz konusu olmayacaktır.⁹¹

Halefiyetin gerçekleşmesi için bazı şartlar vardır: sözleşmede taraf değişirken sözleşmenin içeriği, ayniyeti ve devamlılığı etkilenmemeli, sözleşme değişmeden yapısını aynen korumalıdır.⁹² Başka bir deyişle sözleşme değişmeden devredilebilmeye uygun olmalıdır. Taraf değişikliği müessesesinde amaç asıl sözleşmede taraf değişirken; sözleşmenin

⁸² Ayrancı, s.67; Çayan, s.13; Ayrancı, s.67; Öztürk, s.269; Bahadır, s.5; Yiğit, s.89; Taşkın/Şahbaz, s.4966.

⁸³ Canarslan, s.124.

⁸⁴ Ayrancı, s.68; Öztürk, s.269; Bahadır, s.5; Yiğit, s.90; Ayar Birkin, s.211; Taşkın/Şahbaz, s.4966.

⁸⁵ Çayan, s.14.

⁸⁶ Çayan, s.14.

⁸⁷ Ayrancı, s.67-68; Meral, s.333; Bahadır, s.5-6; Yiğit, s.90; Ayan, s.66.

⁸⁸ Çayan, s.15; Ayrancı, s.56; Kayar, s.182; Yiğit, s.90; Alp, s.193; Kayıhan/Ünlütepe, s.391; Ayan, s.77; Erdoğan, s.281.

⁸⁹ Ayrancı, s.57; Çayan, s.16; Kayar, s.182; Yiğit, s.90; Canarslan, s.125; Yavuz, s.432; Kayıhan/Ünlütepe, s.392; Erdoğan, s.281.

⁹⁰ Ayrancı, s.56-57; Öztürk, s.268; Yiğit, s.90; Canarslan, s.125; Özkara, s.129.

⁹¹ Ayrancı, s.60.

⁹² Ayrancı, s.58; Çayan, s.18; Meral, s.333; Alp, s.193; Öztürk, s.268

içeriği değişmeden devamlılığını ve varlığını aynen korumaktır.⁹³ Aksi takdirde sözleşmede tarafın değişmesi halinde ayniyet yitiriliyor, sözleşme değişiyor, sözleşmenin tarafıyla beraber içeriğinde, esasında bir değişiklik meydana geliyor ise bu durum sözleşmeyi artık yeni başka bir sözleşme yapacak⁹⁴ ve çalışma konumuz olan taraf değişikliğinin dışında kalacaktır.

Sözleşmede bir tarafın yerine tüm hak ve borçları devralarak üçüncü bir kişi geçtiğinde bundan sözleşmenin şartları, kuralları, edimin niteliği, sözleşmenin devamlılığı gibi hususlar etkilenmemelidir. Bu nedenle sözleşmede taraf değişikliğine ve dolayısı ile halefiyete konu olacak işlemlerde asıl sözleşmeye konu hak ve borçların bir bütün olarak devredilebilir nitelikte olması, kişinin şahsına bağlı olarak değişebilecek ve sözleşmenin muhtevasını değiştirebilecek nitelikte olmaması gerekir.⁹⁵ Kişinin şahsına bağlı edimler devredilemeyeceği yahut devredilmesi halinde sözleşme devam edemeyeceği için böyle bir durumda bahsettiğimiz anlamda taraf değişikliği ve halefiyet söz konusu olamayacaktır.⁹⁶

Çalışmamızda kastedilen anlamda halefiyet tüm hak ve borçlarla taraflardan birinin yerine geçilmesi halidir; rücu ile karıştırmamak gerekir. Öyle ki sözleşmenin tarafı olmadığı halde sözleşmenin tarafı yerine ifade bulunan kişinin elbette borçluya rücu etme hakkı olacaktır, ancak bu durum her zaman halefiyet müessesesini doğuracak demek değildir.⁹⁷ Yalnızca edimi ifa üçüncü kişiye söz konusu sözleşmede taraf sıfatı kazandırmayacak dolayısıyla tam bir halefiyet hali de doğurmayacaktır.⁹⁸ Belirtmek gerekir ki bu halde elbette üçüncü kişinin edimini yerine getirdiği sözleşme tarafına ifa ölçüsünde rücu hakkı olacaktır.

Türk hukuk sisteminde kaynağı bakımından akdi ve kanuni halefiyet halleri mevcuttur. Belirtmek gerekir ki TBK yalnızca kanuni halefiyet halini hükme bağlamış⁹⁹ olsa da bu iradi halefiyeti yasakladığı anlamına gelmemektedir. Konumuz itibariyle sözleşmede taraf değişirken oluşacak halefiyet hali TBK m.205 hükmünde belirtildiği için kanuni halefiyet hali olarak karşımıza çıkmakta ve sözleşmede sadece belli bir edim için değil; tarafın tüm hak ve borçları ile sözleşmedeki taraf sıfatını kapsayacak nitelikte bütününe halef olma şeklindedir.¹⁰⁰

Sözleşmede taraf değişikliği üç taraflı bir hukuki işlem olmakla beraber halefiyet devreden (selef) ve devralan (halef) arasında kabul edilir.¹⁰¹ Taraf sıfatı ile birlikte sözleşmeden kaynaklı hak ve borçlar bir bütün olarak devredildiği için selef bundan sonra asıl

⁹³ Ayrancı, s.63-64; Çayan, s.19; Kılıç, s.57.

⁹⁴ Ayrancı, s.60,64; Meral, s.333.

⁹⁵ Ayrancı, s.58,63; Aydos, s.187.

⁹⁶ Çayan, s.18.

⁹⁷ Çayan, s.17.

⁹⁸ Ayrancı, s.58.

⁹⁹ Ayrancı, s.56; Öztürk, s.268; Yiğit, s.91.

¹⁰⁰ Çayan, s.19; Yiğit, s.13,91.

¹⁰¹ Çayan, s.20.

sözleşmenin tarafı olmayacak ve halefin asıl sözleşmeye aykırı davranmasından hukuken etkilenmeyecektir.¹⁰² Taraf değişirken meydana gelen halefiyet ilişkisinde devralanın tüm hak ve borçları ile devredenın gösterdiği teminatlar kendiliğinden devralana geçerken; taraf değişikliğine katılmamış üçüncü kişilerce devreden lehine verilmiş teminatlar kendiliğinden değil teminat verenin rızası ile devralana geçer.¹⁰³ Sözleşmede taraf değişirken üçüncü kişi lehine teminat verenin teminat hususunda rızasının aranması; taraf değişikliğin olması için sözleşmede kalanın rızası aranması hali gibidir.

Türk hukuk sisteminde malvarlığına etkisi bakımından cüz'i yahut külli halefiyet halleri mevcuttur. Kural cüz'i halefiyet istisna ise külli halefiyettir.¹⁰⁴ Sözleşmede taraf değişikliğinin cüz'i halefiyet mi yoksa külli halefiyetin mi kapsamına girdiğini incelemek gerekir. Sözleşmede taraf değişirken devredenın sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçları devralana bir bütün olarak geçer. Burada dikkat edilecek husus devredenın tüm hak ve borçları değil yalnızca sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarının devralana geçtiğidir. Bu bağlamda devredenın malvarlığını bir bütün olarak düşündüğümüzde devralana aktarılan kısım bu malvarlığının tümü değil söz konusu sözleşmeden kaynaklı hak ve borçların tümüdür.¹⁰⁵ Tüm bu açıklamalardan hareketle sözleşmede taraf değişikliğinin malvarlığına yaptığı etki bakımından cüz'i halefiyet hali olarak niteleneceği söylenebilir.¹⁰⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki TBK 205 hükmü kanuni halefiyet hallerini ve özel hükümleri saklı tutmuştur.

1.4. Sözleşmenin Devrinin Dayanakları

Sözleşmenin devri kaynağına bağlı olarak iradi veya kanuni devir şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir. Sözleşmenin devrine yönelik düzenlemeler içeren TBK m.205 hükmü her iki devir türünü de kural olarak içermektedir. Ancak bu görüşe katılmayan ve söz konusu hükmün yalnızca iradi devre yönelik olarak düzenlendiğini öne süren görüşler vardır.¹⁰⁷ Sözleşmenin devri kural olarak tarafların iradesine dayanmaktadır. TBK m.205/1 ve 205/2 hükümlerinde de sözleşmenin devrinin iradi haline vurgu yapılmaktadır. Ancak bunun yanında TBK m.205/4 hükmünde sözleşmenin devrinin kanundan doğan halefiyet halleri ve özel hükümleri saklı tutularak devrin irade dışındaki dayanakları bir nevi gösterilmiştir.

¹⁰² Ayrancı, s.57

¹⁰³ Çayan, s.21.

¹⁰⁴ Çayan, s.22; Ayrancı, s.57; Öztürk, s.264.

¹⁰⁵ Çayan, s.22.

¹⁰⁶ Ayrancı, s.57; Çayan, s.22; Yiğit, s.91; Arslanoğlu, s.543.

¹⁰⁷ Meral, s.331,341.

Sözleşmenin devri kaynağını taraf iradelerinden alabileceği gibi kanundan, mahkeme kararlarından ve hatta özel düzenlemelerden de alabilir.

1.4.1. Kanun

Sözleşmenin devri bazı hallerde kaynağını doğrudan kanundan alır ve sözleşme kendiliğinden devredilir. Kaynağını kanundan almasından kasıt taraf iradeleri de dahil başka herhangi bir şeye gerek kalmadan kanun hükmüne dayanarak kendiliğinden meydana gelebilmesidir.¹⁰⁸ Bu şekilde meydana gelen sözleşmenin devri halleri; kanun kaynaklı sözleşmenin devri ya da kanuni devir olarak adlandırılabilir.¹⁰⁹

Kanundan kaynaklı sözleşmenin devri hallerine örnek olarak; kira sözleşmesi hususunda Türk Borçlar Kanunda, sigorta sözleşmesi hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda, finansal kira sözleşmesi hususunda Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda yer alan özel düzenlemeler verilebilir.¹¹⁰

Kanundan kaynaklı sözleşmenin devri hallerinden olan TBK m.310 ve 311 hükümlerine bakıldığında; bu maddeler kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralanın malikinde değişiklik olması halinde yeni malikin sözleşmenin tarafı olacağını düzenlemektedir.¹¹¹ Burada yeni malik için sözleşmede taraf sıfatı kazanma nedeni taşınmazın el değiştirmesi olabileceği gibi üzerine aynı hak kurulması şeklinde de olabilir. İlgili hükümlere bakıldığında yeni malikin sözleşmenin tarafı olacağı açıkça belirtilmiş ve bunun için sözleşmede kalanın rızası aranmamıştır.¹¹² Burada taraf rızası aranmaması tarafların iradesi göz ardı edilmiş şeklinde anlaşılmamalı tersine kanun koyucunun tarafları bilhassa kiracıyı korumak ve sözleşmeye güveni sağlamak amacıyla rıza şartı aranmamış olacağı düşünülmelidir.¹¹³ İrادی taraf değişikliğinde taraflar eşit kabul edilir ve sözleşme serbestisi esas alınır. Oysa kanundan kaynaklanan taraf değişikliklerinde taraflar eşit kabul edilmeyip örneğin TBK m.310 hükmündeki kiracı ve kiraya veren gibi; kanun koyucunun tarafı söz konusu hüküm açısından kiracıyı koruma amacı vardır.¹¹⁴

Kanundan kaynaklı sözleşmenin devrine yönelik özel düzenleme finansal kiralama sözleşmeleri için FKFFŞK m.26 hükmünde karşımıza çıkar. Söz konusu madde finansal

¹⁰⁸ Ayrancı, s.37,71-72; Bahadır, s.4; Yiğit, s.26; Arslanoğlu, s.536; Özkaraca, s.115; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.249; Yavuz, s.572.

¹⁰⁹ “Ancak doktrinde kanundan kaynaklı sözleşmenin devri halleri için pek çok adlandırma yapılmıştır. Bu adlandırmalardan başlıca olanları; kanun hükmü gereği doğrudan doğruya meydana gelen devir, sözleşmenin tek taraflı devri, kalanın rızası aranmaksızın sözleşmenin devri, sözleşmede kanundan doğan taraf değişiklikleri ve benzeri şeklinde sıralanabilir.” Çayan, s.8; Öztürk, s.266; Yiğit, s.26.

¹¹⁰ Ayrancı, s.38,71; Meral, s.4.

¹¹¹ Ayrancı, s.38,73; Yiğit, s.26-27.

¹¹² Ayrancı, s.73; Yiğit, s.26; Yavuz, s.572.

¹¹³ Çayan, s.8.

¹¹⁴ Ayrancı, s.71,73,75; Çayan, s.9.

kiralama sözleşmesinin devrini mümkün kılmaktadır. Kanun koyucu bu devri kiracının yapabileceğini ve sözleşmede kalan kiralayanın da yazılı izni gerektiğini düzenlemiştir. Bu durumda finansal kiralama sözleşmesi kiracı tarafından devredilebilirken kiralayan tarafından devredilmesi mümkün olmayacaktır. Sadece devreden ve devralanın değil sözleşmede kalan kiralayanın da rızası gerekmektedir. Bu yönüyle sözleşmenin devrinin üç taraflı olması özelliği finansal kiralama sözleşmelerinde de mevcuttur.

Kanun gereği sözleşmede taraf değişikliği meydana gelmesi için her ne kadar tarafların rızasına ihtiyaç duyulmasa da taraflar rızası dışında bir sözleşmeye mecbur kalmaması diye kanun fesih hakkı tanıyabilir. Ancak bu fesih hakkı tıpkı yukarıda bahsi geçen kira sözleşmesinde olduğu gibi kanundan kaynaklı her sözleşmenin devri halinde mevcut olmayabilir.¹¹⁵

1.4.2. Mahkeme Kararı

Sözleşmenin devri bazı hallerde mahkeme kararından da kaynaklanabilir. Bu gibi durumlarda taraf iradeleri aranmaksızın mahkemenin verdiği karar ile sözleşmenin devrine gerçekleşir.

Bu bağlamda TBK m.500 hükmün ele alınmalıdır. Söz konusu hüküm eser sözleşmelerinde belirli durumlarda eseri meydana getirecek tarafta mahkeme kararıyla değişiklik yapılmasını mümkün kılmıştır. Buna göre eser sözleşmesinde eseri meydana getirenin ölümü yahut ehliyet kaybında sözleşmenin sona ereceği, eğer tamamlanması mümkünse mahkemenin sözleşmenin devam etmesini yahut değiştirilmesini sağlayabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümle ilgili doktrinde bunun mahkeme kararıyla yapılabilecek bir taraf değişikliğine yani sözleşmenin devrine imkan tanıdığı görüşü ve tam tersi hükümde kast edilenin sözleşmenin hükmün ilk cümlesinde bahsedilen hallerde sona ermesine engel olmak amacıyla devam etmesine yönelik bir mahkeme kararı olabileceği görüşü mevcuttur.¹¹⁶

1.4.3. Taraf İradesi

Sözleşmenin devrinin yukarıda açıklandığı üzere istisnai başka dayanakları olabilmekle beraber konu itibarıyla asıl ele alınacak temel dayanağı taraf iradeleriyle yapılan sözleşmenin iradi devir halleridir. Zira sözleşmenin devri hususundaki ana hüküm kabul edilebilecek TBK m.205 hükmü de tarafların rızaları üzerinde durarak bunu göstermektedir.¹¹⁷

¹¹⁵ Çayan, s.9.

¹¹⁶ Çayan, s.11.

¹¹⁷ Yiğit, s.13,25.

Sözleşmenin devrinin taraf iradeleriyle gerçekleşmesi için devralan, devreden ve sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafın da bu yönde rızası gerekmektedir.¹¹⁸ Bu iradeler kural olarak karşılıklı ve birbirine uygun nitelikte olmalıdır. Söz konusu iradeler arasında esaslı noktalara yönelik fiili ve hukuki uyuma sağlanmalıdır.¹¹⁹

Sözleşme ilişkisi içinde tarafların uygun iradeleri; önce yapılıp sözleşme yapma arzusunun ortaya koyan öneri yani icap, öneriye karşılık olarak yapılan ve sözleşmenin doğmasını sağlayan kabul şeklinde görünüm arz eder.¹²⁰ Bu durum sözleşmenin devri için de benzerdir Sözleşmenin devrinde tarafların her üçünün kural olarak aynı anda rızası aransa da bu durum devreden ve devralanın anlaşarak sözleşmede kalanın önceden izin ya da sonradan onay vermesi şeklinde de olabilir. Bu hallerin tümünde irade beyanları uyuşuğu takdirde tarafların her biri için ayrıca değerlendirilecek ve yine öneri ve kabul olarak nitelenebilecektir.

1.5. Sözleşmenin Devrinin Benzer Hukuki Müesseseler ile Kıyaslanması

1.5.1. Alacağın Devri

Türk Borçlar Kanunu m.183 ve devamı hükümlerinde alacağın devri düzenlenmektedir. Alacaklının; borç ilişkisinden kaynaklı alacağını borçlunun rızasına gerek olmadan üçüncü bir kişiye devretmesi alacağın devri olarak açıklanabilir.¹²¹ Bu işlemle beraber sözleşmenin tümü değil alacak veya alacak ve alacağa bağlı haklar tam veya kısmi olarak devralana geçer.¹²² Kanun koyucu alacağın devrinin geçerliliğini yazılı şekilde olmasına bağlamışken alacağın devri sözü verme bu şarta tabi değildir.¹²³

Alacağın devriyle alacak hakkı devredilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki alacak hakkı devredilirken; alacağın devri bir yenileme ya da sözleşmeyi sona erdiren hal olmadığı için asıl sözleşme varlığını sürdürmeye ve korunmaya devam edecektir.¹²⁴

¹¹⁸ Ayrancı, s.97; Yiğit, s.25; Yavuz, s.572.

¹¹⁹ Cansel/Özel, s.100,103.

¹²⁰ Cansel/Özel, s.105; Ruhi, s.16,19; Doğan/Atamulu/Şahan, s.107,111; Yavuz, s.43,44; Antalya, s.303,331; Ayan, s.165,170; Aydos, s.40,43; Erdoğan, s.65-66; Eren, s.243.

¹²¹ Çayan, s.82; Öztürk, s.284; Kayar, s.231; Kuluçlu, s.99; Yiğit, s.30; Şafak, Ali/ Eraslan, Duygu/ Baklacı Çakıroğlu, Evren/ Ünlütepe, Mustafa/ Öztürk Almaç, Tuğçe/ Ünal, Nurdoğan, **Alacağın Temliki (Alacağın Devri)**, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2021, s.31-32; Canarslan, s.131; Şafak, Ali, **Teminat Amaçlı Alacağın Temliki**, 1.Bs., Legal Kitapevi, 2013, s.129; Kaya, s.450,452; Kılıç, s.49; Doğan/Atamulu/Şahan, s.327; Yavuz, s.537; Kayıhan/Ünlütepe, s.407; Ayan, s.66; Aydos, s.174; Eren, s.1224; Oğuzman/Öz, s.543,566.

¹²² Bahadır, s.8; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.32; Ayar Birkin, s.212; Canarslan, s.131; Kaya, s.453; Kılıç, s.50; Kayıhan/Ünlütepe, s.404; Eren, s.1224; Oğuzman/Öz, s.563.

¹²³ Kayar, s.252; Kuluçlu, s.100; Yiğit, s.31; Taşkın/Şahbaz, s.4968; Canarslan, s.131; Kaya, s.458; Kılıç, s.50; Günay, Erhan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, 3.Bs., Seçkin Yayıncılık, 2019, s.21; Berberlioğlu Yenipınar, Filiz , **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 2.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.31; Ruhi/Ruhi, s.35; Doğan/Atamulu/Şahan, s.328; Kayıhan/Ünlütepe, s.402; Ayan, s.70,71; Aydos, s.174; Erdoğan, s.288; Eren, s.1233; Oğuzman/Öz, s.551.

¹²⁴ Ruhi, s.274; Kaya, s.453; Kayıhan/Ünlütepe, s.399. İş bu konuda ayrıntılı Yargıtay kararları için ayrıca bkz: Ruhi, s.274-276.

Alacağın devri kaynağını kanundan, sözleşmeden veya mahkeme kararından alabilir; buradan hareketle de alacağın devri türleri kanuni, iradi ve yargısal olarak karşımıza çıkar.¹²⁵ Dayanağı ve türleri açısından bakıldığından alacağın devri ile sözleşmenin devrenin bu hususta bir fark arz etmedikleri söylenmelidir.¹²⁶

Alacağın iradi devri; iki taraflı bir tasarruf işlemi niteliğindedir.¹²⁷ Bu nedenle gerçekleşebilmesi için devreden ve devralan alacaklının anlaşması yani irade beyanları kural olarak yeterlidir.¹²⁸ Elbette tarafların bu işlemi yapmaya ehil olması da gerekir. Burada hak ehliyetinin yanında tasarrufta bulunabilme yetkisi de önem arz eder. Zira burada alacak hakkına sahip olmak tek başına yeterli değildir bu hakkı devredebilme yetkisi başka bir deyişle alacak üzerinde tasarruf yetkisi de gereklidir.¹²⁹

Alacağın devri ve sözleşmenin devri müesseseleri birbirinden farklıdır. En önemli farklılardan biri alacağın devrinde devralan sözleşmenin tarafı olmayacaktır. Alacağın devrinde; borç ilişkisi değil borç ilişkisinden kaynaklanan alacaklardan biri veya birkaçı ferileriyle birlikte üçüncü bir kişiye devredilir.¹³⁰ Devralan üçüncü kişi bu alacaktan kaynaklanan haklara sahip olmakta ama borç ilişkisinin tarafı sıfatını almamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki her ne kadar katılmasak ve azınlıkta olsa da alacağın devriyle üçüncü kişinin de asıl sözleşmeye taraf olarak dahil olacağını savunan görüşler de mevcuttur.¹³¹ Devredenın sözleşmeden kaynaklı taraf sıfatı ile hak ve yükümlülükleri ortadan kalkmayacaktır. Zira o sadece alacağına dair bir tasarruf işleminde bulunmuştur. Oysa sözleşmenin devrinde devreden sadece alacağını değil, tarafa sıfatıyla birlikte o sözleşmeden kaynaklı tüm alacak, borç, hak ve yükümlülüklerini devredecektir. Bu bağlamda da sözleşmenin devrinde devreden devre konu sözleşmedeki taraf sıfatını koruyamamaktır. Özetle sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hak ve borçlar devredilirken,

¹²⁵ Kaya, s.452; Bahadır, s.8; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.244; Kayar, s.231-232; Yiğit, s.30; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.33; Doğan/Atamulu/Şahan, s.327; Yavuz, s.537; Kayıhan/Ünlütepe, s.400; Ayan, s.66,67; Eren, s.1225; Oğuzman/Öz, s.544-545.

¹²⁶ Çayan, s.82.

¹²⁷ Ayrancı, s.113; Ruhi, s.271,272; Kayar, s.52,231; Yiğit, s.31; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.32,36; Canarslan, s.132; Şafak, s.133; Kaya, s.454; Günay, s.27,470; Günay, s.27,470; Berberlioğlu Yenipınar, s.31; Doğan/Atamulu/Şahan, s.328; Kayıhan/Ünlütepe, s.400,402; Ayan, s.67; Erdoğan, s.288; Eren, s.1228; Oğuzman/Öz, s.547.

¹²⁸ Ayrancı, s.113; Kayar, s.232-233; Canarslan, s.132; Şafak, s.129; Kaya, s.452,454; Günay, s.27,470; Doğan/Atamulu/Şahan, s.328; Kayıhan/Ünlütepe, s.402; Ayan, s.70.

¹²⁹ Alacağın devredilmesi için devreden alacaklının alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmalı aksi halde alacak devredilemeyecektir. Bu hususta iflas hali müflisin tasarruf yetkisini elinden aldığı için önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ruhi, s.271; Kayar, s.232-233; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.36; Eren, s.1232.

¹³⁰ Çayan, s.83; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.246; Kayar, s.232,236,242; Yiğit, s.32; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.87,89; Ayar Birkin, s.212; Taşkın/Şahbaz, s.4960-4961; Canarslan, s.132; Kaya, s.453; Doğan/Atamulu/Şahan, s.329; Yavuz, s.536,540,549; Kayıhan/Ünlütepe, s.399; Ayan, s.72; Erdoğan, s.288,289; Eren, s.1225,1234.

¹³¹ Bu yöndeki görüş ve açıklamalar için ayrıca bkz: Bahadır, s.8; Ruhi, s.271; Yiğit, s.31; Kayıhan/Ünlütepe, s.405.

alacağın devrinde sadece alacak ve bu alacağa bağlı feriler devredilecek ama taraf sıfatı devredilmeyecektir denilebilir.¹³²

Alacağın devrinde alacak devralana geçerken taraf sıfatı ve bununla bağlantılı hakları kullanma hakkı hala devredende olacaktır. Bu şu anlama gelir; eğer borçlu borcunu yerine getirmez, devralan alacağını alamazsa bu konuda alacağın ifasını talep de dahil sözleşmeden kaynaklı yetkileri devreden kullanabilecektir.¹³³ Ancak elbette devralanın alacak üzerinde tasarruf yetkisi olacak ve bu yetkisini kullanabilecektir.¹³⁴ Sözleşmenin devrinde ise taraf sıfatı ve beraberindeki tüm hak ve borçlar devralana devredildiğinden bu hak ve borçları kullanma yetkisi de artık devralanda olacaktır.¹³⁵

Alacağın devri ivazlı ve ivazsız olmasına göre de ele alınmalıdır. Öyle ki alacağın devri ister ivazlı ister ivazsız olsun devreden alacaklı söz konusu alacakla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi devralan alacaklıya iletmelidir.¹³⁶ Eğer alacağın devri ivazlı yani bir karşılığa bağlanarak yapıldıysa devreden alacaklı borçlunun ifa gücünden de sorumlu olacakken; alacağın devri ivazsız yani karşılıksızsa devreden alacaklının böyle bir sorumluluğu yoktur.¹³⁷

Alacağın iradi devri ile sözleşmenin iradi devri arasındaki bir diğer önemli fark tarafları ve taraf iradeleri yönündendir. Kanun koyucu her iki müesseseyi de düzenlemiş şartlarını belirlemiştir. Devre kabil olma bakımından sözleşmenin devrinde devre konu sözleşmedeki alacaklı ya da borçlu her iki taraf da devre kabildir; oysa adından da anlaşılacağı üzere alacağın devrini yalnızca alacaklı devredebilir.¹³⁸ Sözleşmenin devrinin üç taraflı bir hukuki işlem olduğu ve üç tarafın da rızasının gerektiği önceki bölümlerde açıklanmıştır. Bu bakımdan devreden, devralan ve sözleşmede kalanın rızası olmadan sözleşmenin devredilmesi mümkün olmayacaktır. Oysa alacağın devrinde durum farklıdır. Alacağın devri için kanun 183/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere geçerliliği için borçlunun rızasını aramamıştır. Kanun koyucu alacağın devri için aksini gerektiren bir hal olmadıkça alacaklı ve üçüncü kişinin anlaşmasını yeterli görmüş asıl sözleşmedeki borçlunun rızasını aramamıştır.¹³⁹ Borçlunun rızası alacağın devri için gerekli olmasa da alacağın

¹³² Öztürk, s.284, 285; Meral, s.333; Kayar, s.252; Yiğit, s.33-34; Yavuz, s.540; Kayıhan/Ünlütepe, s.416; Aydos, s.176; Erdoğan, s.288; Eren, s.1225,1234.

¹³³ Çayan, s.83; Taşkın/Şahbaz, s.4961; Kaya, s.453. Borç devralana karşı ifa edileceği için devralanın da ifayı talep hakkı olduğu söylenebilir. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Kayar, s.240.

¹³⁴ Yiğit, s.32.

¹³⁵ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.249; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.87.

¹³⁶ Ruhi, s.271; Kayar, s.239; Kaya, s.454; Yavuz, s.550; Kayıhan/Ünlütepe, s.404; Ayan, s.73; Aydos, s.178.

¹³⁷ Ruhi, s.271; Kayar, s.237-238; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.77,79,80; Doğan/Atamulu/Şahan, s.330; Yavuz, s.551; Kayıhan/Ünlütepe, s.404; Ayan, s.74; Aydos, s.178; Erdoğan, s.290; Eren, s.1238; Oğuzman/Öz, s.577,580.

¹³⁸ Bahadır, s.8; Yiğit, s.33; 212.

¹³⁹ Ayrancı, s.113; Bahadır, s.8; Ruhi, s.271; Kayar, s.242; Yiğit, s.33; Kuluçlu, s.100; Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal, s.32; Ayar Birkin, s.212; Şafak, s.129;

devredildiği konusunda borçluya haber verilmeli, borçlu bilgilendirilmelidir. Böylece borçlu hak kaybına uğramayacak ve ifa zamanı geldiğinde yeni alacaklıya karşı ifada bulunması gerektiğini bilecektir; ancak bu bildirim alacağın devrinin geçerliliği için zorunlu değildir.¹⁴⁰ Alacağın devri için borçlunun rızasına gerek olmadan devreden ve devralanın anlaşması yeterli olabilirken; sözleşmenin devri için devralan, devreden ve sözleşmede kalanın hepsinin rızası gerekmektedir.¹⁴¹ Alacağın devri devreden alacaklı ve devralan alacaklı arasında iki taraflı bir hukuki işlemdir.¹⁴² Oysa sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlemdir. Sözleşmenin devri üç taraflı bir işlem olmasına rağmen devreden taraf sıfatını devredene aktardığı için devre konu sözleşmenin tarafı yine iki olmuş olacaktır.¹⁴³

Alacağın devri ile sözleşmenin devri arasında bir diğer önemli fark şekil yönündendir. Öyle ki sözleşmenin iradi devri asıl sözleşmenin şekline bağlıyken ki bu şekil sözlü, yazılı ya da resmi olabilecektir; alacağın iradi devri için yazılı şekil şartı aranmıştır.¹⁴⁴ 6098 sayılı Kanun m.184 hükmü alacağın devrinin şeklini düzenlemektedir. Buna göre alacağın iradi devrinin geçerli olması için yazılı şekil şartı vardır. Yazılı şekil burada kanuni şekil şartıdır ve uyulmaması durumunda sözleşme geçersiz olacaktır. Sözleşmenin devri ise kural olarak şekle tabi değildir, özel kanuni düzenlemeler veya taraf iradeleri ile aksi kararlaştırılabilir.

Hukuki niteliği itibarıyla hem alacağın devri hem sözleşmenin devri işlemleri taraf sıfatı be bağlı hak ve borçları yahut alacak devredilerek devreden aktifini azaltmakta ve devralana talep hakkı tanımakta oldukları için; birer tasarruf işlemi şeklindedir.¹⁴⁵

1.5.2. Borcun Üstlenilmesi

Borcun üstlenilmesi; borç ilişkisinde borcun konusu değişmeden borçlunun yerine üçüncü bir kişinin borcu ifa etmesini sağlayan yani borç unsurunda değişikliğe neden olan bir hukuki işlem olarak açıklanabilir.¹⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu m.195 hükmü ve devamında

Kaya, s.453; **Kılıç**, s.49; **Ruhi/Ruhi**, s.34; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.328; **Yavuz**, s.554; **Ayan**, s.67; **Aydos**, s.174; **Eren**, s.1240; **Oğuzman/Öz**, s.566.

¹⁴⁰ **Yiğit**, s.33; **Kaya**, s.453; **Ruhi**, s.271; **Kayar**, s.231,242; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.405; **Oğuzman/Öz**, s.569; Bu konuda borçlunun bilgilendirilmesi zorunlu değildir ama sözleşmeye güven ilkesi gereği gereklidir. Ancak bunun gerekli olmadığını savunan görüşler de vardır. Bu yöndeki görüşler için ayrıca bkz: **Şafak/Eraslan/Baklacı Çakıroğlu/Ünlütepe/Öztürk Almaç/Ünal**, s.32; **Şafak**, s.129; **Ayan**, s.70.

¹⁴¹ **Öztürk**, s.285; **Yiğit**, s.33.

¹⁴² **Çayan**, s.85; **Ruhi**, s.271.

¹⁴³ **Bahadır**, s.9; **Yiğit**, s.33.

¹⁴⁴ **Meral**, s.346; **Bahadır**, s.8; **Ruhi**, s.271; **Kaya**, s.458; **Kayar**, s.236; **Günay**, s.21,470; **Yavuz**, s.543; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.406; **Ayan**, s.70; **Aydos**, s.174; **Erdoğan**, s.288; **Eren**, s.1233; **Oğuzman/Öz**, s.553.

¹⁴⁵ **Çayan**, s.86; **Bahadır**, s.9; **Ruhi**, s.272; **Şafak**, s.133.

¹⁴⁶ Borcun konusu değişmemekte borç tüm ferileriyle beraber nakledilmektedir. **Kayar**, s.247; **Kılıç**, s.47; **Çayan**, s.86; **Ozanemre Yayla**, s.2929-2930; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s.254; **Kayar**, s.243; **Yiğit**, s.35,36; Çabri, Sezer, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, **Legal Hukuk Dergisi**, S.106, 2011, s.3915; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.331; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.407,410; **Ayan**, s.78; **Aydos**, s.179; **Erdoğan**, s.291.

düzenlenmiş olan borcun üstlenilmesi; eski Borçlar Kanunu'nda da borcun nakli adlandırmasıyla düzenlenmekteydi.

Borcun üstlenilmesi; iç üstlenme ve dış üstlenme olarak iki aşamada gerçekleşir.¹⁴⁷ İç üstlenme sözleşmesi borçluyla borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılır ve bir nevi ilk aşamadır.¹⁴⁸ Borcun iç üstlenilmesiyle üçüncü kişi borçlunun borcunu kendisi ifa etmeyi bir başka deyiş ile ödemeyi taahhüt eder.¹⁴⁹ Dış üstlenme sözleşmesi ise alacaklı ve borcu üstlenen arasında anlaşarak ya da bazı hallerde iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilerek onayının alınması yoluyla yapılır¹⁵⁰. Dış üstlenme alacaklı ile borcu üstlenen arasındadır; dikkat edilmesi gereken husus alacak devredilirken borçlunun rızası aranmazken borcun üstlenilmesinde alacaklının rızası aranmaktadır.¹⁵¹ Borcun üstlenilmesi için her iki aşamanın da gerçekleşmesi gerekir.¹⁵² Bu aşamaların her biri ikişer taraf arasında gerçekleştirilir. Oysa sözleşmenin devri üç taraflı bir müessesedir ve kendine özgü tek bir işlem ile gerçekleşir.

Hukuki niteliği itibarıyla iç üstlenme sözleşmesi bir taahhüt işlemi, dış üstlenme sözleşmesi ise bir tasarruf işlemidir.¹⁵³ İç üstlenme ve dış üstlenmenin hukuki niteliklerindeki farktan dolayı doktrinde borcun üstlenilmesi tasarruf işlemi, taahhüt işlemi ve hem tasarruf hem taahhüt işlemi olarak kabul eden görüşler mevcuttur.¹⁵⁴ Borcun üstlenilmesinin dış üstlenme de olduktan sonra gerçekleştiği kabul edildiğinden borcun üstlenilmesinin bir tasarruf işlemi olduğu söylenebilir.¹⁵⁵ Çalışmamızın önceki bölümlerinde¹⁵⁶ sözleşmenin devrinin bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu açıklanmıştır.

¹⁴⁷ Turan Başara, Gamze , “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C.63, S.2, 2014, s.433; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.407.

¹⁴⁸ **Ruhi**, s.272; **Yiğit**, s.38; **Canarslan**, s.131; Akkışla, Hasibe Sena, “Borca Katılma Sözleşmesi (Cumulative Assumption of Debt Contract)”, **TBB Dergisi**, S.141, 2019, s.366; **Kılıç**, s.63; **Yavuz**, s.555; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.407; **Eren**, s.1244; **Oğuzman/Öz**, s.587. m.195/1: “Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur.” **Diñç/Bahadır**, s.201.

¹⁴⁹ **Ayrancı**, s.82; **Öztürk**, s.285; **Bahadır**, s.11; **Ozanemre Yayla**, s.2930; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s.254; **Kayar**, s.244; **Canarslan**, s.131; **Kılıç**, s.76; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.331; **Yavuz**, s.555; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.408; **Ayan**, s.79; **Aydos**, s.179; **Erdoğan**, s.292; **Eren**, s.1244; **Oğuzman/Öz**, s.587.

¹⁵⁰ **Bahadır**, s.11; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, 255; **Kuluçlu**, s.100; **Yiğit**, s.36; **Kılıç**, s.111; **Yavuz**, s.558; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.409; **Ayan**, s.79; **Aydos**, s.180; **Erdoğan**, s.293. m.196/1: “Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlene ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.” **Diñç/Bahadır**, s.201; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.332; **Eren**, s.1247; **Oğuzman/Öz**, s.592,594.

¹⁵¹ **Ruhi**, s.272; **Ayar Birkin**, s.212; **Kayar**, s.245; **Kuluçlu**, s.100; **Yiğit**, s.36,38; **Canarslan**, s.132; **Turan Başara**, s.433; **Akkışla**, s.366; **Kılıç**, s.112,148; **Doğan/Atamulu/Şahan**, s.332; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.410; **Aydos**, s.180; **Erdoğan**, s.293.

¹⁵² **Kayar**, s.244; **Yiğit**, s.36,38; **Kılıç**, s.65; **Kayıhan/Ünlütepe**, s.409.

¹⁵³ **Çayan**, s.87; **Bahadır**, s.10-11; **Kılıç**, s.118; **Eren**, s.1248; **Oğuzman/Öz**, s.588.

¹⁵⁴ **Ozanemre Yayla**, s.2931; **Ruhi**, s.273.

¹⁵⁵ **Çayan**, s.88.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için çalışmanın 1.3.1. numaralı “tasarruf işlemi” başlıklı bölümüne bakınız.

Sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlar devredilir. Borcun üstlenilmesindeyse bir borç üstlenilmiş ancak asıl sözleşme ya da borç ilişkisi de korunmaya devam edilmiştir. Bu nedenle sözleşmenin devrinde devralan sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlara sahip olarak söz konusu sözleşmenin tarafı olurken; borcun üstlenilmesinde tüm hak ve borçların geçişi söz konusu olmayacak, borcun üstlenilmesi gerçekleşecek ama borç ilişkisi yahut sözleşme de varlığını devam ettirecektir.¹⁵⁷ Bir başka deyiş ile sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hak ve borçların aktarılması yani tarafın değişmesi amaçlanırken; borcun üstlenilmesinde taraf sıfatı değil borç ve bağlı hakların aktarılması amaçlanmıştır.¹⁵⁸

Sözleşmenin devrine konu borç ilişkisinin kaynağı sözleşme olmalıdır, haksız fiil sebepsiz zenginleşme gibi hallerden doğan borç ilişkileri bu müesseseye konu olamaz. Borcun üstlenilmesi müessesesinde borç ilişkisinin kaynağı ile ilgili bir ayırım yapılmadığından kaynağı ne olursa olsun geçerli ve mevcut olmak kaydıyla her türlü borç ilişkisinin söz konusu müesseseye konu olabileceği kabul edilmelidir.¹⁵⁹

Borcun üstlenilmesi için kanunda herhangi bir şekil şartı düzenlenmemişken; sözleşmenin devri, devir konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.¹⁶⁰ Borcun üstlenilmesi şekil şartına bağlanmadığı için sözlü, yazılı, açık, örtülü kısaca istenildiği şekilde yapılabilmesi mümkün olacak ve bu durum geçerliliğini etkilemeyecektir ancak ispat açısından zorluk doğurabilecektir.¹⁶¹

1.5.3. Borca Katılma

Borca katılma; 6098 sayılı kanunun m.201 hükmü uyarınca katılan ve alacaklı arasında bir sözleşme ile yapılır.¹⁶² Tasarruf işlemi niteliğindeki bu sözleşmeyle katılan; alacaklı ile anlaşarak halihazırda var olan bir borçta, borçlunun yanında alacaklıya karşı borçluyla beraber müteselsil sorumlu olur.¹⁶³

¹⁵⁷ Kılıç, s.57,149; Öztürk, s.285; Kayar, s.252; Yiğit, s.38,39; Ayar Birkin, s.212; Taşkın/Şahbaz, s.4961; Canarslan, s.132; Çabri, s.3916; Aydos, s.181; Erdoğan, s.291

¹⁵⁸ Meral, s.333; Bahadır, s.9,10,12; Ozanemre yayla, s.2943; Yiğit, s.38,39; Ayar Birkin, s.212; Kayihan/Ünlütepe, s.410; Aydos, s.181; Erdoğan, s.291,294.

¹⁵⁹ Çayan, s.88; Ozanemre Yayla, s.2932; Kılıç, s.67.

¹⁶⁰ Çayan, s.89; Meral, s.346; Yavuz, s.557; Ayan, s.79; Erdoğan, s.292.

¹⁶¹ Bu durum iç üstlenme ve dış üstlenme aşamaları için de geçerlidir; yani iç üstlenme ve dış üstlenme için de bir şekil zorunluluğu yoktur. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Kayar, s.244,246; Yiğit, s.36; Kılıç, s.73,115; Ruhi, s.272; Doğan/Atamulu/Şahan, s.332; Kayihan/Ünlütepe, s.409; Aydos, s.179-180; Eren, s.1245,1250. Ancak borcun iç üstlenilmesinin ivazsız olması halinde bunun bağışlama vaadi olarak kabul edileceğini ve dolayısı ile yazılı şekle tabi olacağını savuna görüşler mevcuttur. Bu yönde ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ayan, s.79.

¹⁶² Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.256; Kayar, s.246; Yiğit, s.37; Akkışla, s.368,369; Çabri, s.3914; Doğan/Atamulu/Şahan, s.333; Erdoğan, s.295; Oğuzman/Öz, s.608.

¹⁶³ Bahadır, s.10; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.256; Kayar, s.246; Yiğit, s.37; Canarslan, s.133; Turan Başara, s.421,422; Akkışla, s.364-365,368,381; Kılıç, s.58; Çabri, s.3914; Doğan/Atamulu/Şahan, s.333; Yavuz, s.565; Kayihan/Ünlütepe, s.412; Aydos, s.184; Erdoğan, s.294-295; Eren, s.1254; Oğuzman/Öz, s.608.

Sözleşmenin devrinde devre konu borç ilişkisi sözleşmeden doğmalıdır. Borca katılmada ise mevcut ve geçerli bir borç bulunmalı ama borcun kaynağı önem arz etmemektedir.¹⁶⁴ Öyle ki borcun kaynağı; sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olabilecektir.

Borca katılmanın olabilmesi önce geçerli bir ilk borç mevcut olmalı, aksi halde geçerli olmayan bir borca katılmak mümkün olmayacağından borca katılma gerçekleşmeyecektir.¹⁶⁵ Borca katılma mevcut borcu sona erdirmeyecek; hatta mevcut borcu koruyarak bir müteselsil borçluluk hali meydana getirmektedir.¹⁶⁶

Borca katılmada borçlu ne borcundan kurtulur ne de taraf sıfatını kaybeder. Burada bir taraf değişikliği yahut hak veya borç devri bulunmamaktadır.¹⁶⁷ Asıl borç ilişkisi ve bu ilişkideki alacak ve borçlar korunmakla beraber; borca katılan için borç altına girmesi ile onun için yeni bir borç meydana gelmiş olmaktadır.¹⁶⁸ Söz konusu bu borç asıl borcun bir ferisi değil yeni ve asıl borçtan bağımsız bir borç niteliği taşımaktadır.¹⁶⁹ Ama bu bağımsızlık asıl borç ile borca katılmanın tamamen birbirinden ilgisiz olduğu şeklinde anlaşılmamalı zira geçerli bir ilk borç ilişkisi olmadan borca katılma da olamayacaktır. Doktrinde borca katılmanın kuruluş bakımından ferî nitelik taşıyıp, katılma sonrası bağımsızlaştığı; ancak bu bağımsızlığın asıl borç sona erdiğinde borca katılmadan doğan borcun da sona ermesine engel olamayacağı görüşü mevcuttur.¹⁷⁰ Borca katılmada borçlu borcunu ya da taraf sıfatını kaybetmeden, katılan borçlunun yanında yer alacak ve her ikisi de borçtan müteselsil sorumlu olacaktır.¹⁷¹ Sözleşmenin devrinde ise taraf sıfatı ve sözleşmedeki tüm hak ve borçlar aktararak taraf değişmektedir.

Borca katılma iki taraf arasında yapılırken¹⁷²; sözleşmenin devri üç taraflı bir işlemdir. Borca katılmada sözleşmede kalan alacaklının rızası zorunlu değilken¹⁷³ sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan da dahil olmak üzere üç tarafın da rızası gerekir. Sözleşmenin devri ancak kaynağı sözleşme olan borç ilişkilerinde mümkünken; borca katılma için böyle

¹⁶⁴ Akkışla, s.375; Kılıç, s.59; Kayıhan/Ünlütepe, s.418.

¹⁶⁵ Turan Başara, s.424; Akkışla, s.376-377; Kayıhan/Ünlütepe, s.413.

¹⁶⁶ Akkışla, s.370; Yavuz, s.565; Kayıhan/Ünlütepe, s.413; Aydos, s.184; Eren, s.1255.

¹⁶⁷ Çayan, s.89; Kayar, s.247; Ayar Birkin, s.212; Turan Başara, s.421; Akkışla, s.368; Kılıç, s.59; Çabri, s.3914; Ayan, s.82; Aydos, s.184.

¹⁶⁸ Turan Başara, s.423; Akkışla, s.366,367; Kılıç, s.59; Kayıhan/Ünlütepe, s.413-414; Ayan, s.82; Oğuzman/Öz, s.608.

¹⁶⁹ Turan Başara, s.424; Akkışla, s.368,373.

¹⁷⁰ Turan Başara, s.425; Akkışla, s.368,372; Kayıhan/Ünlütepe, s.413.

¹⁷¹ Bahadır, s.12; Kayar, s.247; Ayar Birkin, s.212; Canarlan, s.132; Turan Başara, s.421-422,434-435; Akkışla, s.364-366,368; Kılıç, s.58; Doğan/Atamulu/Şahan, s.333; Yavuz, s.555-556.

¹⁷² Bu taraflar borca katılan ve alacaklıdır. Turan Başara, s.427; Akkışla, s.368; Kılıç, s.59; Çabri, s.3914; Yavuz, s.566; Yavuz, s.583.

¹⁷³ Turan Başara, s.428; Akkışla, s.369,374; Yavuz, s.583; Oğuzman/Öz, s.610.

bir kaynak kısıtlaması yoktur.¹⁷⁴ Borca katılma herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır.¹⁷⁵ Sözleşmenin devrinin şekli ise devre konu sözleşmenin şekline bağlıdır.

1.5.4. Sözleşmeye Katılma

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda yer almayan sözleşmeye katılma TBK m.206 hükmü¹⁷⁶ uyarınca katılanın mevcut sözleşmenin taraflarının birinin yanında müteselsil olarak hak ve borçlardan sorumlu olarak sözleşmeye taraf olarak dahil olacağı bir hukuki işlemdir.¹⁷⁷ Sözleşmeye katılma üç taraflı bir hukuki işlemdir; kanun koyucu sözleşmeye katılma için katılan ve sözleşmenin taraflarının anlaşmasını aramıştır.¹⁷⁸ Bundan kastının üç taraflı ilişkinin her üç tarafının da rızasını aramak olduğunu söylemek doğru olacaktır. Ancak doktrinde maddeyi yorumlarken önemi olanın katılan ve yanında yer alacak olan tarafın rızası olduğu ve sözleşmede kalanın rızasının bu durumda ikinci plana atılabileceği yönünde görüş de vardır.¹⁷⁹

Sözleşmeye katılma ile katılan, mevcut bir sözleşmede yanında yer alacağı tarafla birlikte onun sözleşmedeki taraf sıfatından kaynaklı hak ve borçlarına sahip olur.¹⁸⁰ Üç taraflı olması yönünden sözleşmenin devriyle benzerlik arz eder.¹⁸¹ Ancak sözleşmeye katılmanın tarafları alacaklı, borçlu ve katılan iken; sözleşmenin devrinin tarafları devreden, devralan ve sözleşmede kalandır.¹⁸²

Sözleşmenin devri nasıl devir sözleşmesiyle yapılıyorsa sözleşmeye katılma da katılma sözleşmesiyle yapılır.¹⁸³

Sözleşmeye katılmada katılan taraflardan birinin yanında yer alacağı için toplam taraf sayısında artış olacakken; sözleşmenin devrinde taraf sıfatı devredilecek ve devreden artık

¹⁷⁴ Çayan, s.90.

¹⁷⁵ Turan Başara, s.424,425; Akkışla, s.374,377; Kılıç, s.60; Eren, s.1255; Oğuzman/Öz, s.609.

¹⁷⁶ M.206: "Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.

Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar.

Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır." Dinç/Bahadır, s.209.

¹⁷⁷ Bahadır, s.25; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.249,250; Kayar, s.252; Yiğit, s.40; Canarslan, s.132; Turan Başara, s.433-434; Akkışla, s.410; Dinç/Bahadır, s.209; Çabri, s.3911-3912; Doğan/Atamulu/Şahan, s.334; Kayıhan/Ünlütepe, s.417-418; Ayan, s.76; Aydos, s.188; Erdoğan, s.299; Oğuzman/Öz, s.621.

¹⁷⁸ Ayrancı, s.76; Yiğit, s.40; Akkışla, s.409; Yiğit, s.40; Çabri, s.3912-3913,3918; Yavuz, s.582; Kayıhan/Ünlütepe, s.418.

¹⁷⁹ Bu görüşe örnek olarak TBK m.194 hükmündeki eşlerden birinin kiracı olduğu kira sözleşmesinde diğer eşin kiraya verenin rızası aranmadan sadece bildirimde bulunarak kiracı eşle beraber müteselsil sorumlu olmasına imkan tanıyan düzenleme gösterilmiş; benzer durumun m.206 hükmünün yorumlanmasıyla sözleşmeye katılmaya uygulanması gerektiği öne sürülmüştür. Bahadır, s.24.

¹⁸⁰ Ayrancı, s.75; Yiğit, s.40; Çabri, s.3912; Yavuz, s.582,587; Kayıhan/Ünlütepe, s.419; Ayan, s.76; Aydos, s.188; Erdoğan, s.299.

¹⁸¹ Oğuzman/Öz, s.622.

¹⁸² Çayan, s.91.

¹⁸³ Bahadır, s.24; Yavuz, s.584.

sözleşmenin tarafı olmayacak ve toplam taraf sayısı sabit kalacaktır.¹⁸⁴ Sözleşmenin devrinde bir taraf değişikliği söz konusu iken; sözleşmeye katılmada taraf değişmemekte taraf eklenmektedir.¹⁸⁵ Başka bir deyişle sözleşmenin devrinde devre konu sözleşmeden devredenin ayrılması söz konusuyken; sözleşmeye katılmada böyle bir ayrılma yoktur, taraf sayısında artış vardır.

Sözleşmenin devrinde sözleşmede kalanın rızası devir anında, önceden izin şeklinde yahut sonradan onaylama şeklinde olabilirken; sözleşmeye katılmada önceden izin yahut sonradan onaylama olabileceği yönünde bir hüküm yer almamaktadır.¹⁸⁶ Bu durumun nasıl yorumlanacağına dair iki farklı sonuca varılabilir. Kanun koyucu sözleşmeye katılmada rızanın izin veya onay şeklinde olmasını isteseydi düzenlerdi fikrinden yola çıkılırsa sözleşmeye katılma müessesesinde rıza yahut irade beyanlarının sadece katılma anında karşılıklı verilmesi gerektiği şeklinde yorumlanabilir.¹⁸⁷ Ancak özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olduğu fikrinden yola çıkılırsa; kanun koyucu rızanın zamanına yönelik herhangi bir düzenlemeye yer vermediği için bu yönde bir kısıtlama olmadığını zira eğer kısıtlanması istese kanun koyucu tarafından bizzat düzenleneceği ve dolayısıyla izin ya da onay şeklinde de olabileceği şeklinde yorumlanabilir.

Sözleşmeye katılmada katılan taraflardan birinin yanında yer alacağından müteselsil sorumluluk hali doğarken sözleşmenin devrinde bir tarafın yerine geçilmekte ve müteselsil sorumluluk söz konusu olmamaktadır.¹⁸⁸

Sözleşmeye katılma da tıpkı sözleşmenin devri gibi her borç ilişkisinde değil sözleşme kaynaklı olanlarda söz konusu olabilecektir.¹⁸⁹

Kanunda belirtildiği üzere sözleşmeye katılmanın geçerliliği asıl sözleşmenin şekline bağlıdır.¹⁹⁰ Bu durum sözleşmenin devri için de benzerdir.

1.5.5. Alt Sözleşme

Alt sözleşme; sözleşmenin devri müessesesinin aksine Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir ancak bazı sözleşme türlerinde alt sözleşmeye dair özel hükümler

¹⁸⁴ Ayrancı, s.75; Çayan, s.90; Yiğit, s.40-41; Ayar Birkin, s.212; Öztürk, s.282; Çabri, s.3912; Kayıhan/Ünlütepe, s.418.

¹⁸⁵ Ayrancı, s.75; Bahadır, s.22; Yiğit, s.40-41; Ayar Birkin, s.212; Turan Başara, s.434; Akkışla, s.409; Çabri, s.3915; Doğan/Atamulu/Şahan, s.334; Yavuz, s.582; Kayıhan/Ünlütepe, s.418.

¹⁸⁶ Öztürk, s.282; Oğuzman/Öz, s.622.

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, s.622.

¹⁸⁸ Çayan, s.91; Canarslan, s.132; Kayar, s.252; Çabri, s.3913,3921,3925; Yavuz, s.583,586.

¹⁸⁹ Çayan, s.91; Kayıhan/Ünlütepe, s.418.

¹⁹⁰ Kayar, s.252; Turan Başara, s.434; Akkışla, s.409; Çabri, s.3919; Doğan/Atamulu/Şahan, s.335; Yavuz, s.583,584; Kayıhan/Ünlütepe, s.419; Ayan, s.76; Erdoğan, s.299; Oğuzman/Öz, s.622.

yer alabilmektedir.¹⁹¹ Kanunda bazı sözleşme türlerindeki alt sözleşme düzenlemelerine örnek olarak; TBK m.322 hükmünün alt kiraya, TBK m.471/3 hükmünün eser sözleşmesinde alt sözleşmeye yönelik düzenlemeleri verilebilir.

Alt sözleşme yapılırken asıl sözleşme ortadan kalkmayacak ve taraflarından biri asıl sözleşmeyle bağlantılı ancak bağımsız yeni bir sözleşmenin de tarafı olmuş olacaktır.¹⁹² Alt sözleşme ile yeni bir sözleşme türü oluşturulmayacak; tarafları farklı aynı türden iki sözleşme meydana gelecek ve böylece taraflarından biri aynı olan hem asıl sözleşme hem de alt sözleşme varlığını devam ettirecektir.

Alt sözleşme asıl sözleşme ile bağlantılıdır. Öyle ki taraflarından biri ve borç ilişkisindeki edimlerden bir veya birkaçı ortaktır. Bu yüzden alt sözleşme yapılabilmesi için; asıl sözleşme sona ermemiş olmalı, başka bir deyiş ile alt sözleşme süresi asıl sözleşme süresini geçmemelidir.¹⁹³ Ayrıca edim yahut borç ilişkisinin alt sözleşme yapılmasına engeli olmaması gerekir.

Alt sözleşme yapılırken asıl sözleşme korunur ve tarafta herhangi bir değişiklik meydana gelmez; oysa sözleşmenin devri müessesesi bizzat taraf değişikliği üzerine kuruludur.¹⁹⁴ Sözleşmenin devrinde devre konu tek bir sözleşme bulunmakta ve sözleşme değil tarafı değişmekteyken; alt sözleşmede taraf değişmemekte asıl sözleşme devam etmekte ve taraflarından biri aynı olan bağlantılı ikinci bir sözleşme meydana gelmektedir.¹⁹⁵

Sözleşmenin devrinde her üç tarafın da rızası gerekir ve bu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Alt sözleşme kurulurken diğer tarafın rızasının aranıp aranmaması gerektiği hususunda ise genel bir düzenleme olmadığından bu durum kanuna, asıl sözleşmeye, taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir.¹⁹⁶ Kanun koyucu rıza şartı arasa düzenleyeceği görüşünden hareketle alt sözleşmede asıl sözleşmede ya da taraflar arasında aksi belirtilmiş olmadıkça; ikinci sözleşmenin kurulması için ikinci sözleşmenin tarafı olmayan ilk sözleşmedeki tarafın rızasına gerek olmadığı söylenebilir.¹⁹⁷

¹⁹¹ Çayan, s.92; (Erol) Durak, Yasemin, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri**, I.Bs., Adalet Yayıncılık, 2017, s.5; Canarslan, s.134; Tutar, Elce, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi (Evaluation of Personal Performance of the Contractor in the Construction Contract and the Exceptional of Personnel Performance of the Contractor)", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.2, 2018, s.2945.

¹⁹² Ayrancı, s.80; Çayan, s.92; Bahadır, s.6-7; (Erol) Durak, s.5-6; Canarslan, s.134; Tutar, s.298-299; Yavuz, s.889.

¹⁹³ Bahadır, s.7.

¹⁹⁴ Ayrancı, s.80; (Erol) Durak, s.122; Canarslan, s.134.

¹⁹⁵ Ayrancı, s.81; Öztürk, s.284; Bahadır, s.7; (Erol) Durak, s.122; Canarslan, s.134-135; Dulay, s.1388.

¹⁹⁶ Çayan, s.93.

¹⁹⁷ Ayrancı, s.81; Öztürk, s.284; (Erol) Durak, s.122.

1.5.6. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Üçüncü kişi yararına sözleşmede borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede borçlunun edimini alacaklıya değil sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye ifa etmesini kararlaştırırlar.¹⁹⁸ Burada üçüncü kişinin rızasına gerek olmadığı gibi üçüncü kişiye bildirim yapılmasına dahi gerek yoktur.¹⁹⁹ Kural olarak borcun ifasını talep yetkisi ifadan yararlanacak olan üçüncü kişide değil sözleşmenin tarafındadır ama üçüncü kişinin bu yetkiye sahip olabileceği haller de mevcuttur.²⁰⁰ Söz konusu sözleşme iki farklı görünüm alabilir: Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi edimin ifasını talep yetkisine de sahip olabilirken, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi edimden faydalanacak ancak edimin ifasını talep yetkisi onda değil sözleşmedeki taraflarda olacaktır.²⁰¹

1.5.7. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme müessesesi TBK m.128 hükmü²⁰² ile düzenlenmiştir. Buna göre üçüncü kişinin fiilini üstlenme; belirli süreli ya da süresiz olarak yapılabilen, üçüncü bir kişinin edimi yerine getireceğinin sözleşmenin taraflarından birince taahhüt edildiği ve edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmemesi durumunda fiili üstlenin sorumlu olacağı hukuki işlem olarak açıklanabilir.²⁰³ Üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile sözleşmenin tarafları sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin edimini ifa edeceğini taahhüt etmektedir.²⁰⁴ Üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinde bu yöndeki iradenin geçerli bir sonuç doğurabilmesi için tarafların fiil ehliyetinin olması gerekmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kural olarak bir taahhüt işlemi olarak kabul edilebilir.²⁰⁵ Oysa çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere sözleşmenin devri

¹⁹⁸ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.262; Kayar, s.184; Kılıç, s.54-55; Doğan/Atamulu/Şahan, s.336; Yavuz, s.441; Antalya, s.72; Ayan, s.92; Aydos, s.26,147; Erdoğan, s.285; Eren, s.1141.

¹⁹⁹ Doğan/Atamulu/Şahan, s.337; Eren, s.1142.

²⁰⁰ Kayar, s.184-185; Kılıç, s.55; Aydos, s.147.

²⁰¹ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.263; Kılıç, s.55; Doğan/Atamulu/Şahan, s.67-68; Doğan/Atamulu/Şahan, s.337; Yavuz, s.441; Kayıhan/Ünlütepe, s.395,397; Antalya, s.72; Ayan, s.92,93; Aydos, s.147-148; Erdoğan, s.286; Eren, s.1145,1146.

²⁰² m.128: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.” Dinç/Bahadır, s.158.

²⁰³ Doktrinde bunun garanti sözleşmesinin bir görünümü olarak kabul edilebileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu yöndeki örnek görüş ve ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Kayar, s.183,184; Kılıç, s.54; Kayıhan/Ünlütepe, s.393; Ayan, s.91; Eren, s.1153.

²⁰⁴ Kayar, s.183; Kılıç, s.53; Doğan/Atamulu/Şahan, s.338; Yavuz, s.433; Kayıhan/Ünlütepe, s.393; Ayan, s.90; Aydos, s.148; Erdoğan, s.283; Eren, s.1153.

²⁰⁵ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.260; Kılıç, s.53; Yavuz, s.434; Kayıhan/Ünlütepe, s.394.

hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme kanunda bir şekil şartına bağlanmamıştır.²⁰⁶

Üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi ile doğan borç; üstlenme işleminden ya da üstlenme sözleşmesinden kaynaklı ama bağımsız bir borçtur.²⁰⁷ Bağımsız bir borç olmasından kaynaklı olarak halefiyet söz konusu olmayacak ya da asıl borçlunun def'ileri üstlenen tarafından ileri sürülemeyecektir.²⁰⁸ Üstlenmeden itibaren üstlenilen edim muaccel olur ama asıl borçlu tarafından ifa edilmezse üstlenen bu durumdan sorumlu olacaktır ve tazminat borcu doğuran bu sorumluluk kusursuz sorumluluk haline benzetilebilir.²⁰⁹

1.5.8. Yenileme

Yenileme diğer adıyla tecdit; Türk Borçlar Kanunu'nda borç ilişkisini ve borcu sona erdiren hallerden biri olarak m.133 hükmü²¹⁰ ve devamında düzenlenmiş ancak tanımlanmamıştır. Buna göre yenilemede; yeni bir borç veya borç ilişkisi ortaya çıkmakta ve bu durum önceki borç ilişkisini yahut borcu sona erdirmektedir.²¹¹ Yenileme alacaklı ve borçlu arasındaki iki taraflı bir işlemle yapılır. Yenileme için öncelikle ortada mevcut ve geçerli bir borç ilişkisi bulunmalı ve tarafların bu yenileyemeye yönelik karşılıklı iradeleri olmalıdır.²¹² Yenileme iradesinin net bir biçimde belirtilmesi şartı da sağlanarak yapılan bu işlemle mevcut borç tüm ferileriyle beraber sona erecek; yeni bir borç ilişkisi ve borç meydana gelecektir.²¹³ Türk Ticaret Kanunu m.89 hükmündeki düzenlemede cari hesap sözleşmesinde yenilemenin bir görünümünün var olduğu söylenebilir. Öyle ki cari hesap sözleşmesi ile kalem kalem sayılan alacak ve borçlar sona erecek ve hesap sonunda yeni bir borç doğmuş olacak başka bir deyiş ile yenileme gibi eski borçlar ve borç ilişkisi sona erip yeni bir borç ve borç ilişkisi doğmuş olacaktır.²¹⁴

Sözleşmenin devrinde devreden, devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraf söz konusuyken; yenilemede alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf vardır. Sözleşmenin

²⁰⁶ Kayar, s.184; Kayıhan/Ünlütepe, s.393; Eren, s.1156.

²⁰⁷ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.262.; Kayıhan/Ünlütepe, s.394.

²⁰⁸ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.262.

²⁰⁹ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.261.

²¹⁰ Yenileme m.133/1 hükmünde tanımlanmıştır. 133/1'e göre: "Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur."

²¹¹ Ayrancı, s.78; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.317; Kayar, s.192; Bahadır, s.13; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s.74-75; Canarşlan, s.129; Kılıç, s.52; Kayıhan/Ünlütepe, s.427; Ayan, s.414; Aydos, s.152; Erdoğan, s.253; Eren, s.1264.

²¹² Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.317,318; Kayar, s.192-193; Ayan, s.415; Erdoğan, s.254; Eren, s.1264-1265.

²¹³ Öztürk, s.283; Bahadır, s.13; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.318; Canarşlan, s.130; Kayıhan/Ünlütepe, s.428; Ayan, s.416. İradelerde yenileme niyeti yoksa burada yenileme değil yeni bir sözleşme yapma durumu söz konusu olacak ve eski sözleşme sona ermeyecektir. Kayar, s.193; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s.73,92.

²¹⁴ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.317; Kayar, s.193; Ayan, s.416; Aydos, s.152; Eren, s.1266.

devrinde sadece taraf değişikliği söz konusuysen ya da ilişki sona ermez ya da değişmezken; yenilemede ise taraf değişmemekte mevcut borç ilişkisi sona ermekte ve aynı taraflarla yeni bir borç ilişkisi meydana gelmektedir.²¹⁵ Sözleşmenin devrinde taraf sıfatıyla beraber tüm hak ve borçlar aktarılacak ve halefiyet gündeme gelecekken; yenilemede mevcut borç sona erdiğinden halefiyet müessesinden de söz edilemeyecek zira bir aktarım olmayacak yeni bir borç doğacaktır.²¹⁶ Yenileme ile önceki sözleşmedeki def'i, feri ve tüm bağı haklar sona erecekken; sözleşmenin devrinde taraf sıfatıyla beraber bu sifata bağı haklar da şahsa bağı olanlar hariç olmak üzere devralana aktarılacak ve sona ermeyecektir.²¹⁷

1.6. Mukayeseli Hukukta Sözleşmenin Devri

1.6.1. Avrupa Sözleşmeler Hukuku ve Ole Lando İlkeleri

Avrupa sözleşmeler hukukunun temeli Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu'na dayanır. Komisyonun başkanı Avrupa Sözleşmeler Hukukuna dair derleyici ve düzenleyici bir çalışma yapma fikrini ortaya atmış olan Ole Lando, üyeleriye Avrupa Birliğindeki çeşitli ülkelerden objektif davranacak akademisyen ve avukatlardır.²¹⁸ Komisyonun farklı yıllarda üç cilt olarak yayınladığı ilke ve önerilerin bütünü Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri veya Ole Lando İlkeleri olarak adlandırılır.²¹⁹

Avrupa Medeni Kanunu'na temel hazırlamak amacından yola çıkan Ole Lando ilkeleri ülkelerin hukuk düzenleri arasında özellikle sözleşmeler hukuku kapsamında derleyici toplayıcı; farklıları çözmeye yönelik özellikleriyle dikkat çeker. Ole Lando ilkeleri Avrupa birliği ülkeleri hukuk düzenleri arasındaki farklılıkları azaltmak, boşluklara ilişkin ortak kurallar oluşturmak, ticari ve hukuki ilişkileri kolaylaştırmak, milli yasa ve yargıya örnek olmak ve hatta Avrupa Medeni kanunun temellerini atarak zemin hazırlamak amacıyla konulmuş ilkelere.²²⁰ Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu ilkelerin bağlayıcı etkisi bulunmamaktadır.²²¹ Her ne kadar bağlayıcı olmasa da söz konusu ülkelerin hukuk sisteminde, sistemin şekillenmesinde ve uygulamadaki etkisi inkar edilemeyecek düzeydedir.

Aynı hukuk sistemindeki yahut farklı ülkelerin hukuk sistemindeki taraflar birlikte sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptirler. Taraflar söz konusu sözleşmenin yorumunda

²¹⁵ Ayrancı, s.80; Öztürk, s.283; Bahadır, s.13; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s.99; Canarslan, s.130; Kılıç, s.51-52.

²¹⁶ Ayrancı, s.78; Öztürk, s.283; Eren, s.1267.

²¹⁷ Ayrancı, s.79; Kayar, s.193; Koyuncuoğlu/Koyuncuoğlu/İçöz Koyuncuoğlu, s.99; Canarslan, s.130.Bahadır, s.14; Eren, s.1267.

²¹⁸ Öztürk, s.288; Meral, s.336.

²¹⁹ Dayınlarlı, Kemal, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri", <http://www.dayınlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelandoilkeleri.pdf> (erişim tarihi:13.11.2020), s.8. Bahsedilen ciltlerin yayınlanma tarihi sırasıyla 1995, 1995 ve 2003 şeklindedir.

²²⁰ Öztürk, s.288, 289; Meral, s.337,338; Dayınlarlı, s.8,11; Adal, s.115.

²²¹ Öztürk, s.288, 289.

yaşadıkları uyuşmazlıklarda Ole Lando İlkeleri'nden faydalanabilir hatta bunu önceden sözleşmede dahi belirtebilirler.²²² Farklı hukuk düzenleri taraflarınca yapılacak sözleşmede tarafların bunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kararlaştırması da mümkün olmakla beraber doktrinde bu durumu kabul eden görüşler ve bunun mahkemeler için değil tahkim için olması gerektiğini kabul eden görüşler mevcuttur.²²³ Ve hatta mahkemelerin söz konusu ilkeleri uygulamama ihtimaline karşı ilkelerin uygulanmasını kesinleştirmek açısından tarafların bu ilkeleri sözleşme şartlarına eklemeleri gerektiği yönünde dahi görüşler vardır.²²⁴ Taraflar sözleşmede söz konusu ilkeleri uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmamış olsa dahi farklı hukuk düzenleri arasındaki ilişkilerde tahkimde yine söz konusu ilkelere başvurulabilecektir.²²⁵

Avrupa Sözleşme hukuku ilkeleri farklı hukuk düzenlerine uygulanabilecek ortak düzenlemeler içermesiyle pek çok kolaylık sağlamaktadır. Ancak doktrinde bu kolaylıklara rağmen milli miras niteliğindeki ulusal düzenlemelerin olması gerektiğini ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin bu mirasa zarar verdiğini savunan görüşler de mevcuttur.²²⁶

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri başka bir deyiş ile Ole Lando İlkeleri 17 “bölüm”den ve bölümler de kendi alt “kısım”larından oluşmaktadır. Bu bölümler sırasıyla şu şekildedir: Genel hükümler, kuruluş, temsilcilerin yetkisi, geçerlilik, yorum, kapsam ve hükümler, ifa, ademi ifa ve genel olarak başvuru yolları, ademi ifa halinde çeşitli yollar, tarafların birden fazla olması, alacakların temliki, yeni borçlunun ikamesi: sözleşmenin devri, takas, zamanaşımı, kanuna aykırılık, şartlar, faizlerin ana paraya katılması.²²⁷ Çalışmamızın konusu olan sözleşmenin devri müessesesi devam başlıklarda daha detaylı bahsedilecek olmakla birlikte “yeni borçlunun ikamesi: sözleşmenin devri” başlıklı bölüm 12’de iki kısım olarak düzenlenmiş ve kısım 2 “sözleşmenin devri” başlığı taşımaktadır. Ole Lando ilkeleri düzenlenişinde pek çok kanundan farklı olarak maddelerin altında m.ye yönelik yorumlara, örneklere ve hangi ulusal hukuk sistemlerinden yararlanıldığına dair açıklamalara yer verilmiştir.²²⁸

²²² Öztürk, s.289; Dayınlarlı, s.9.

²²³ Öztürk, s.289.

²²⁴ Meral, s.338.

²²⁵ Dayınlarlı, s.10.

²²⁶ Dayınlarlı, s.9.

²²⁷ Dayınlarlı, s.46; orijinal metin için:

<https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf> (erişim tarihi:13.11.2020)

²²⁸ Meral, s.337

1.6.1.1. Avrupa Sözleşmeler Hukukunda Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri Türk hukuk sisteminde olduğu gibi sözleşmenin var olduğu her hukuk düzeninde düzenlenmiş olsun ya da olmasın önem arz edecektir. Zira sözleşme kuran tarafların sonrasında bunu değiştirmek istemesi günlük hayatta bilhassa ticaret hayatında oldukça rastlanır bir durumdur. Bu taraflar aynı hukuk düzenine tabi kişiler olabileceği gibi farklı hukuk düzenlerine tabi kişiler olabilir; yine bu kişiler gerçek kişi olabileceği tüzel kişi de olabilirler. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nde de sözleşmenin devrine yer verilmesinin temelinde ticari hayatın aksamaması fikri yatmaktadır.²²⁹

Sözleşmenin devri her ne kadar uygulamada hemen hemen her Avrupa ülkesinde yer alsa da birçoğunda kanuni düzenlemesi bulunmamakta ve sözleşme serbestisi ilkesine göre kabul görmektedir.²³⁰ Ancak elbette ki söz konusu müesseseyi Türk hukuk sisteminde de olduğu gibi kanuni düzenlemelerle şekillendiren ve kanunda yer veren ülkeler de mevcuttur. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nde sözleşmenin devrine yer verilmesi de uluslararası hukuktaki bu farklılıklar bakımından önem arz edecektir.

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ya da başka bir deyiş ile Ole Lando İlkeleri 17 bölümden oluşmaktadır. Çalışma konumuz sözleşmenin devri müessesesi 12 numaralı bölümde düzenleme alanı bulmuş ve hatta asıl olarak yer aldığı bu bölümde kısım 2'ye adını vermiştir.

Ole Lando İlkeleri bölüm 17 kısım iki ve 12:201 m.si²³¹ sözleşmenin devrini düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre sözleşmenin taraflarından herhangi birinin sözleşmeyi devretmesi mümkündür. Sözleşmenin devri için sözleşmede kalanın rızası aranmış ve böylece tarafın değişeceği ve devreden borçtan kurtulacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve buna bağlı hak ve borçların beraber geçtiği yönündeki birlik teorisini destekler niteliktedir.²³² Zira sadece alacağın ya da sadece borcun geçtiği durumlar ayrıca düzenlenerek sözleşmenin devrinin bunlarla aynı kapsamda olmadığı anlamı verilmiş ancak gerekli hallerde bahsedilen müessese düzenlemelerine başvurulabilmesi de mümkün kılınmıştır.²³³

²²⁹ Öztürk, s.290.

²³⁰ Meral, s.339.

²³¹ "Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri m.12:201 : Sözleşmenin Devri

(1) Bir sözleşmenin taraflarından biri, bir üçüncü şahısla akit yapan kişi olarak, kendi yerine geçebilmesi için anlaşma yapabilir. Böyle bir durumda, ikame sadece diğer tarafın muvafakatı ile geçerli olur, ilk taraf borçtan kurtulur.

(2) Üçüncü kişinin âkidin yerine geçmesi, bir alacağın temlikini zorunlu kılıyorsa, Bölüm 11 hükümleri uygulama alanı bulur; borcun naklinin zorunlu olduğu ölçüde bu Bölümün Kısım 1 hükümleri uygulanır." Çevirisi yapılmış tam metin ve ayrıntıları için ayrıca bkz: **Dayınlarlı**, s.46.

²³² Öztürk, s.290; Meral, s.332.

²³³ Öztürk, s.290.

1.6.2. Mukayeseli Hukuk Düzenlerinde Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri Türk hukuk sisteminde üç taraflı ve üç tarafın da rızasının arandığı bir müessese olarak düzenlenmiştir. Bu minvalde Kara Avrupası sisteminde ve İngiliz sisteminde de benzer düzenlemeler olduğu bilinmekte; söz konusu sistemlerde de devreden, devralan ve sözleşmede kalanın her birinin rızası, uygun irade beyanı aranmaktadır.²³⁴ Ancak Amerikan hukukunda sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için sözleşmede kalanın irade beyanı aranmamakta; sözleşme devreden ile devralan arasında yapılacak anlaşma ile devredilebilmekte, bu durum sözleşmede kalana haber verilmektedir.²³⁵

Sözleşmenin devri Avrupa Sözleşmeler Hukukunda düzenleme bulmakla beraber; çoğu Avrupa ülkesinde yasal düzenleme değil sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde doktrin, içtihatlar ve uluslararası belgelerde yer bulmaktadır.²³⁶ Ancak bunun yanında Türk hukuk sisteminde olduğu gibi mukayeseli hukuk düzenlerinde de sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemelere yer veren örnekler de mevcuttur.

1.6.2.1. Sözleşmenin Devrine Dair Genel Bir Kanuni Düzenleme Bulunmayan Hukuk Sistemleri

Alman hukuk sisteminde sözleşmenin devrine ilişkin doğrudan genel nitelikli bir kanuni bir düzenleme olmamakla birlikte çeşitli konulardaki özel hükümlerde yer bulabilmektedir.²³⁷ Örneğin; Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) “Sözleşmede Tarafların Değişmesi(Wechsel der Vertragsparteien)” başlıklı bölüm 4’ün m.566/e hükmünde²³⁸ kiralanan devri halini düzenlerken kira sözleşmesinin de devredileceğini özel olarak düzenlemiştir.²³⁹ Bir başka örnek olarak ise iş/hizmet sözleşmelerine yönelik düzenlemelerde BGB m.613/a hükmünde²⁴⁰ iş sözleşmesinde işletmenin devri halinde karşımıza çıkmaktadır. Kanun böyle bir halde işletmenin devriyle beraber sözleşmede kalanın rızası aranmadan iş sözleşmesinin de işletmeyi devralan yeni malike geçeceğini düzenlemiş; sözleşmede kalan işçinin rızası gerekmesi de itiraz hakkı tanıyarak işçiyi de korumuştur.²⁴¹ Sözleşmenin devrine yönelik genel nitelikli bir kanuni düzenleme olmamasına karşın sözleşmenin devri müessesesi sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kabul edilmekte ve hatta

²³⁴ Çayan, s.51.

²³⁵ Çayan, s.51.

²³⁶ Öztürk, s.264, 291; Meral, s.329; Oğuzman/Öz, s.616.

²³⁷ Yiğit, s.12,15; Canarslan, s.117; Dinç/Bahadır, s.208.

²³⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (erişim tarihi: 29.03.2021)

²³⁹ Yiğit, s.15.

²⁴⁰ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (erişim tarihi: 29.03.2021)

²⁴¹ Yiğit, s.16; İtiraz hakkının işçinin rızasını aramak olduğu ve üç tarafın da rızasına ihtiyaç duyulduğunu savunan görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Özkara, s.121.

Federal Mahkeme kararıyla da desteklenmektedir.²⁴² Kanunda yer almasa da doktrin, uygulama ve içtihatlarca da desteklenen sözleşmenin devri Alman sözleşmeler ve ticaret hayatında sıkça yer almaktadır.

Türk borçlar hukuku sistemi ve kanunu özünde her ne kadar İsviçre hukuk sistemini baz alınmış olsa da TBK m.205 hükmündeki gibi sözleşmenin iradi devrine ilişkin genel bir düzenlemenin madde karşılığı İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) bulunmamaktadır.²⁴³ Ancak elbette ki bu durum İsviçre hukuk sisteminde sözleşmenin devri müessesesinin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira sözleşmenin iradi devri kanuni düzenlemede yer almasa da sözleşmenin devri hukuk sisteminde yer almakta; sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde taraf iradelerine dayana üç taraflı bir hukuki işlem olduğu gerek uygulama ve içtihatlarca gerekse doktrinde kabul görmektedir.²⁴⁴ Uygulamada İsviçre Federal Mahkemesi kararında sözleşmenin devri birlik teorisi kapsamında üç taraflı tek bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir.²⁴⁵ Bunun yanında her ne kadar genel nitelikte bir düzenleme olmasa da özel hükümlerde sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemeler görülmektedir. Örneğin; OR m.263 hükmünde²⁴⁶ işyeri kiralarda kiracının kiraya verenin yazılı rızasını alarak kira sözleşmesini devredebilmesine imkan veren bir düzenleme mevcuttur.²⁴⁷ Yine aynı kanunun m.333 hükmünde²⁴⁸ ise işverenin işverence üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde işçinin itirazı olmaması kaydıyla iş sözleşmesinin de devralana aktarılacağı düzenlenmiştir.²⁴⁹

Fransız hukuk sisteminde sözleşmenin devrine dair doğrudan kanuni bir düzenleme yer almamakla beraber sözleşme serbestisi çerçevesinde tüm hak ve borçların bütün olarak devredildiği bir müessese olarak kabul görmektedir.²⁵⁰ Doğrudan bir kanuni düzenleme yer almasa da “transfert de contract” terimi ile sözleşmenin devri Fransız hukuk sisteminde yer almaktadır.²⁵¹ Sözleşmenin devrine ilişkin genel nitelikte bir düzenleme olmasa da hukuk düzeni içinde özel hükümlerde sözleşmenin devriyle karşılaşilmektedir. Örneğin; Fransız İş Kanunu L.1224-1 hükmünde işyerinin devri halinde iş sözleşmesinin de devrinin

²⁴² Öztürk, s.291.

²⁴³ <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-m.-205> (erişim tarihi: 12.11.2020); Ozanemre Yayla, s.2942; Yiğit, s.16; Taşkın/Şahbaz, s.4964; Dinç/Bahadır, s.208; Oğuzman/Öz, s.616.

²⁴⁴ Öztürk, s.291; Yiğit, s.12.

²⁴⁵ Canarlan, s.123-124.

²⁴⁶ <https://zgbor.ch/> (erişim tarihi: 29.03.2021)

²⁴⁷ Yiğit, s.16,17.

²⁴⁸ <https://zgbor.ch/> (erişim tarihi: 30.03.2021)

²⁴⁹ Yiğit, s.17.

²⁵⁰ Öztürk, s.291; Yiğit, s.18.

²⁵¹ Yiğit, s.12.

gerçekleşeceği düzenlenmiş ve hatta söz konusu düzenlemede diğer pek çok hukuk düzeninin aksine buna karşı işçiye bir itiraz hakkı tanınmamıştır.²⁵²

Almanya, İsviçre, Avusturya, Fransa, İngiltere gibi pek çok ülkenin hukuk sisteminde sözleşmenin devrine ilişkin kanuni düzenleme bulunmamasına rağmen bunların birçoğunda uygulamada kabul edilen halleri Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine ve Türk hukuk sistemine benzerlik göstermektedir²⁵³. Başka bir deyişle sözleşmenin devri taraf değişikliğine ve buna bağlı tüm hak ve borçların devrine yol açan, taraf iradelerine dayalı üç taraflı bir hukuki işlemdir. Ancak İngiliz hukuk sistemi bu konuda ayrıksı bir durum sergiler. Öyle ki İngiliz hukukunda da sözleşmenin iradi devri kanunda düzenlenmemiş ama bu bir taraf değişikliğinden ziyade sözleşmenin yenilenmesi olarak kabul görmüştür.²⁵⁴

Bahsedilen hukuk sistemlerinde kanuni düzenleme olmamasına karşın sözleşmenin devri hukuk sistemlerince kabul görmüştür. Bunun dışında tıpkı Türk hukuk sisteminde olduğu gibi sözleşmenin devrini kabul etmekle kalmayıp kanuni dayanak da sağlamış olan ülkeler vardır. Türk Borçlar Kanunu m.205 gibi Macaristan, İtalya, Portekiz gibi hukuk sistemlerinde de örnek düzenlemeler mevcuttur.²⁵⁵

1.6.2.2. Sözleşmenin Devrine Dair Genel Bir Kanuni Düzenleme Bulunan Hukuk Sistemleri

Macaristan hukuk sisteminde sözleşmenin devrine yer verilmiş ve düzenlemeler yapılmıştır. 2013 yılından itibaren yürürlükte olan Macaristan Medeni Kanunu²⁵⁶ sözleşmenin devri müessesesini; altıncı kitap ilk kısım başlık bir bölüm XXXI’de “sözleşme transferi” (Szerződésátruházás) adlandırılması ile m.6:208-6:211 arasında düzenlenmiştir. Macaristan hukuk sisteminde de tıpkı Türk hukuk sisteminde olduğu gibi sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlem olarak düzenlenmektedir. Bu taraflar sözleşmeden çekilen bizdeki adıyla devreden, sözleşmeye giren bizdeki adıyla devralan ve sözleşmede kalandır. Devreden taraf sıfatı ile buna bağlı hak ve borçları devralana aktarılır. Ancak belirtmek gerekir ki aktarılan bu haklar içinde teminat varsa teminat hakkının da devredilebilmesi için teminat alanın rızası aranacaktır. Sözleşmenin devredilebilmesi için tüm tarafların ve bu taraflar içinde sözleşmede kalanın da rızası gerekir. Bu rıza devir anında olabileceği gibi önceden izin ya da sonradan onay şeklinde de olabilir. Hatta belirtmek gerekir ki sözleşmede

²⁵² Yiğit, s.18.

²⁵³ Yiğit, s.12,25; Canarslan, s.117; Dinç/Bahadır, s.208; Öztürk, s.291.

²⁵⁴ Öztürk, s.291.

²⁵⁵ Öztürk, s.292; Canarslan, s.117.

²⁵⁶ Orijinal adı ile “2013. évi V. Törvény a Polgári Törvénykönyvről” (2013 tarihli V. Kanun Medeni Kanun hakkında) olarak bilinen kanundur. Macaristan ulusal mevzuatları için ayrıca bkz: <http://njt.hu/> Söz konusu Medeni Kanun metni için: http://njt.hu/cgi_bin/njt_doc.cgi?docid=159096#foot141 (erişim tarihi: 03.12.2020)

kalanın rızasıyla ilgili TBK bunun önceden izin şeklinde olabilmesine olanak sağlamış ancak ayrıntılarını düzenlememişken; Macaristan Medeni Kanunu'nda bu konuda açık bir düzenlemeye gidilerek bu şekilde izin halinde devirin kalan tarafa bildirimle gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.²⁵⁷

İtalya hukuk sistemi sözleşmenin devri müessesesini kabul etmiş ve düzenlemelerde bulunmuş; sözleşmenin devriyle devredenın sözleşmedeki taraf sıfatının sona erip devralanın sözleşmenin tarafı olacağını hükme bağlamıştır.²⁵⁸ İtalyan Medeni Kanunu²⁵⁹ “sözleşmenin devri (Della cessione del contratto)” başlıklı bölüm VIII’de çalışma konumuz olan sözleşmenin devrini düzenlemiştir. Sözleşmenin devri hükümleri söz konusu kanunun m.1406 ile m.1410 arası hükümlerinde düzenlenmiştir. İtalyan Medeni Kanunu m.1406 hükmüne göre; sözleşmenin devredilebilmesi için edimin henüz gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir.²⁶⁰ Yine aynı madde ile sözleşmeyi devretme açısından taraflar arasında bir ayırım gözetilmemiş ancak elbette sözleşmede kalanın rızası aranmıştır.²⁶¹ Sözleşmede kalanın rızasını da arıyor olması İtalyan hukuk sistemindeki sözleşmenin devrinin tıpkı Türk hukuk sistemindeki gibi üç taraflı ve taraf iradelerine dayanan bir müessese olduğunu gösterir.²⁶² İtalyan Medeni Kanunu sözleşmenin devrini düzenlemekle kalmamış sözleşmede kalanın önceden izin vermesi halinde ona bildirim yapılması gerektiği yönünde de açıklık getirmiştir.²⁶³ Kanun koyucu m.1408 ile devredenın devirden itibaren sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun sonlanacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu kanun m.1410 hükmüne göre; devre konu sözleşme geçerli bir sözleşme olmalı ve devreden bu durumu garanti etmelidir;²⁶⁴ ancak devreden sadece sözleşmenin geçerliliğini değil edimin ifasını da garanti ederse bu edimden kefil gibi sorumlu olacaktır. Bu düzenlemelerin yanında özel nitelikli düzenlemelere de rastlanmaktadır. Örneğin; ticari işletmenin devrini düzenleyen maddelerde işletmenin devredilmesi halinde var olan iş sözleşmelerinin de sözleşmede kalana bildirilmek şartıyla devralana geçeceği hükme bağlanmıştır.²⁶⁵

Portekiz hukuk sisteminde; sözleşmenin devri müessesesi sadece uygulamada yer bulmakla kalmamış, kanuni düzenlemesi de yapılarak kanun koyucu tarafından hükme bağlanmıştır. Portekiz hukuk sisteminde sözleşmenin devri müessesesi Medeni Kanun

²⁵⁷ Öztürk, s.271, 292.

²⁵⁸ Yiğit, s.12,19; Yavuz, s.576.

²⁵⁹ İtalyan Medeni Kanunu (Il Codice Civile Italiano) için bkz:

http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm (erişim tarihi: 11.11.2020)

²⁶⁰ Taşkın/Şahbaz, s.4985.

²⁶¹ Yiğit, s.19.

²⁶² Öztürk, s.292.

²⁶³ Ayrancı, s.106; Öztürk, s.271; Ayrıca ayrıntılı hali için İtalyan Medeni Kanunu m.1407 hükmüne bkz.

²⁶⁴ Ayrancı, s.120.

²⁶⁵ Yiğit, s.19.

(Código Civil)²⁶⁶ içinde düzenleme bulmuştur. Çalışma konusu olan sözleşmenin devri Portekiz Medeni Kanunu'nun II. Kitap VI. Alt Bölümünde "Sözleşmeye dayalı pozisyonun atanması" başlığı altında m.424 ile 427 arası hükümlerde düzenlenmiştir. Kanun koyucu sözleşmedeki taraf sıfatının üçüncü bir kişiye devrinin mümkün olduğunu ancak bunun için sözleşmede kalanın rızası gerektiğini düzenleyerek sözleşmenin devrini Türk hukuk sistemindeki gibi üç taraflı bir ilişki olarak kabul etmiştir. Sözleşmede kalanın rızasını arayan Portekiz Medeni Kanunu m.424 bu rızanın önceden izin veya sonradan onay şeklinde de olabileceğini kabul etmiş ve ayrıca önceden izin şeklinde rıza verilmiş olması halinde sözleşmede kalana devrin bildirilmesi gerektiğini de düzenlemiştir. Türk Borçlar Kanunu m.205 hükmüyle bu yönde farklılık arz eder. Öyle ki TBK düzenlemesinde de tıpkı Portekiz hukukundaki gibi sözleşmede kalanın rızası aranmış, izin veya onay halinde olabileceği kabul edilmiştir; ancak TBK rızanın önceden izin şeklinde olduğu halde devrin sözleşmede kalana bildirimini hükme bağlamamıştır. Portekiz Medeni Kanunu m.426 hükmü devreden ile devralan arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir. Buna göre devreden devralana sözleşmeye dayalı pozisyonu başka bir deyişle sözleşmedeki taraf sıfatını ve buna bağlı hak ve borçları garanti edecek ve bunların aktarımını yapacaktır. Aynı m.ye göre taraf sıfatının devri ücret karşılığı yahut karşılıksız olabilecektir. m.427 hükmü ise sözleşmede kalan ile devralan arasındaki ilişkiye yöneliktir. Sözleşmede kalanın itiraz ve def'i haklarını sözleşmeyi devralana karşı da ileri sürebileceği ancak devir anında tarafların bu yönde farklı bir karar alabilecekleri anlaşılmaktadır.

Belçika hukuk sisteminde yargı kararlarında sözleşmenin devri müessesine yer verilmiştir. Yargı kararlarında kombinasyon teorisini esas alarak sözleşmenin devrinin alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin beraber yapılmasıyla sağlanacağı görüşünü benimsemiştir.²⁶⁷

²⁶⁶ Portekiz Medeni Kanunu'nu orijinal dili ile incelemek için bkz:

<https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> (erişim tarihi: 27.11.2020)

²⁶⁷ Canarslan, s.121.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

2.1. Sözleşmenin Devrinin Şartları

Sözleşmenin devri bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar irade serbestisine engel değildir; tersine devir işlemi yapılırken irade ile kurulmuş olan sözleşmeden kaynaklanmış hakları korumak, olası hak kayıplarını önlemek amacıyla getirilmiştir. Böylece sözleşmeye güvenin de sağlanması amaçlanmıştır. Sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlemdir,²⁶⁸ halefiyet doğurur ve bir devir sözleşmesiyle gerçekleşir. Sözleşmenin devri için gereken şartlar da aslında bu hususları sağlamaya, sözleşme ve taraflarını korumaya yöneliktir diyebiliriz.

2.1.1. Geçerli ve Mevcut Bir Sözleşme Olmalı

TBK m.1 hükmünden hareketle sözleşme kurulması için tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları temel olarak gerekli ve yeterlidir. Elbette bunun yanında temel hukuk prensipleri doğrultusunda sözleşme yahut konusu; hukuka, kanuna, ahlaka aykırı olmamalı ve kanunen tanınmış bir şekil şartı var ise sözleşme yapılırken buna uyulmalıdır.²⁶⁹

Sözleşmenin devri müessesesinin söz konusu olması için ortada geçerli ve halihazırda mevcut bir sözleşme olmalıdır.

2.1.1.1. Sözleşmenin Geçerliliği

Sözleşmenin devri için devre konu olacak geçerli bir sözleşme olmalıdır. Kural olarak geçersiz bir sözleşme devredilemez.²⁷⁰ Sözleşmenin geçerliliğine bakabilmek için önce sözleşmenin kurulması, var olması gerekir ki; bu da kurucu unsur olarak tarafların uygun ve karşılıklı irade beyanları ile olur. Geçerlilik sözleşmenin kurulmasını değil hüküm ve sonuç doğurmasını etkiler.²⁷¹

Sözleşmenin geçerliliği; ehliyet, kanunun emredici hükümlerine uygunluk, uygun irade beyanı gibi genel geçerlilik şartlarının yanında eğer kanunda özel düzenleme mevcutsa bununla da bağlıdır. Sözleşmenin geçerliliğini koruyabilmesi için elbette hukuka uygun olması gerekir. Bunun yanında sona ermiş olan sözleşmeler geçerlilik şartını

²⁶⁸ Subaşı, İbrahim; Yiğit, Yusuf, “İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı”, **İş ve Hayat Dergisi**, C.4, S.7, 2018, s.2; **Taşkın/Şahbaz**, s.4965.

²⁶⁹ **Ayrancı**, s.92.

²⁷⁰ **Çayan**, s.33; **Taşkın/Şahbaz**, s.4970; **Duman**, s.230; **Kayihan/Ünlütepe**, s.416.

²⁷¹ **Çayan**, s.34.

sağlayamayacağından sözleşmenin devri de mümkün olmayacaktır.²⁷² Kurucu unsurlarını tam olarak sağlayan ancak geçerlilik şartlarını sağlamadığı için hüküm ve sonuç doğurmayan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.²⁷³ Geçersiz bir sözleşme için devir işleminin yapılması onu geçerli hale getirmez; kesin hükümsüz bir sözleşmenin devri mümkün olmadığından devre yönelik işlem de geçersizdir.²⁷⁴ Ancak eğer kesin hükümsüzlük sözleşmenin sadece belirli unsurlarında doğmuş ve bu unsurlar olmasaydı da tarafların sözleşme yapma iradesi olacağı anlaşılıyorsa; sözleşmenin devredilebileceği doktrinde belirtilmiştir.²⁷⁵

Dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de askıda geçersizlik halidir. Askıda geçersizlik halinde geçersizlik sebebi var olmakla beraber bu durum sözleşmeyi kendiliğinden hükümsüz hale getirmeyip taraflara iptal hakkı tanımaktadır; eğer bu iptal hakkı kullanılmazsa sözleşme geçerli olacağından devri de mümkün olacaktır.²⁷⁶ Devir tüm hak ve borçları aktaracağı için iptal hakkı da aktarılacaktır ancak; devralan iptal hakkına sebep olan durumu bilmiyorsa devirden sonra da iptal hakkını kullanabilirken, biliyorsa devire gösterdiği rıza ile iptal edilebilir sözleşmeyi örtülü olarak kabul etmiş sayılacağından iptal hakkını kullanamaz.²⁷⁷ Askıda geçersizlikle ilgili değinilmesi gereken bir diğer durum ise devreden şahsından kaynaklı askıda geçersizlik hallerinde; eğer devralanın şahsında bu geçersizlik hali mevcut değilse bu durum sözleşmenin devrine engel olmayacaktır.²⁷⁸

2.1.1.2. Sözleşmenin Mevcudiyeti

Sözleşmenin devredilebilmesi için gereken şartlardan biri de mevcut bir sözleşme olmasıdır. Mevcudiyet şartını sağlamayan bir sözleşmenin devri de mümkün olmayacaktır. Henüz mevcut olmayan gelecekte mevcut olacağı kurulacağı düşünülen bir sözleşme devredilemez.²⁷⁹ Mevcut olmayan bir sözleşmenin henüz tarafı da hukuken olmadığı için bu taraf sıfatının devri dolayısıyla sözleşmenin devri yapılamayacaktır. Bununla birlikte önceden var olan ama tüm asli ve fer'i yönleriyle tamamen sona ermiş olan sözleşmeler de devir anında mevcut olmadığından sözleşme devre kabil olmayacaktır.

Sözleşmenin mevcut olmaması halinde belirtmek gerekir ki; eğer sözleşmenin devrine yönelik işlem yapılmış ancak sözleşme mevcut değil ve devralan bunu hile, temel hatası gibi kanunda yer alan yanılmasına sebep olabilecek haller nedeniyle bilmiyor ise, sözleşmenin

²⁷² Ayrancı, s.92.

²⁷³ Çayan, s.36; Taşkın/Şahbaz, s.4971; Doğan/Atamulu/Şahan, s.129.

²⁷⁴ Çayan, s.36; Taşkın/Şahbaz, s.4971-4972; Canarslan, s.129.

²⁷⁵ Çayan, s.37; Taşkın/Şahbaz, s.4973.

²⁷⁶ Ayrancı, s.92; Çayan, s.37; Öztürk, s.269; Adal, s.771; Antalya, s.213; Ayan, s.130.

²⁷⁷ Çayan, s.40; Taşkın/Şahbaz, s.4974-4975.

²⁷⁸ Ayrancı, s.92.

²⁷⁹ Ayrancı, s.93, Çayan, s.30; Taşkın/Şahbaz, s.4970.

devrinin iptali mümkündür.²⁸⁰ Bu iptal için söz konusu hata yahut hile sözleşmede kalanın iradi rızasını etkilemiş olmalı ve sözleşmede kalan gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen devir esnasında bunu bilmiyor olmalıdır.²⁸¹

Sözleşmenin mevcudiyeti hususunda incelenmesi gereken bir diğer müessese ise ön sözleşmedir. TBK m.29 hükmü²⁸² uyarınca ön sözleşme; ileride sözleşme yapmaya yönelik olarak sözleşme kurulmasıdır. Kanun ön sözleşmenin geçerli ve mevcut olduğunu belirtmiştir. Bunlardan hareketle ön sözleşmenin devrinin mümkün olduğu söylenebilir.²⁸³

2.1.2. Sözleşmeye Dayalı Bir Borç İlişkisi Olmalı

Borç ilişkisi; iki veya daha çok tarafça kurulan ve taraflardan en az birinin diğerine karşı belli bir yükümlülüğü yerine getirmesini gerektiren hukuki ilişki, bağ olarak açıklanabilir.²⁸⁴ Açıklamadan hareketle borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafları ile edim olarak üç temel unsur olduğu sonucuna varılabilir. Dar anlamda borç ilişkisi sadece borç anlamında kullanılıp tek bir alacak veya borcun olduğunu ifade ederken; geniş anlamda borç ilişkisi ise konumuz itibarıyla olan borç ilişkisini yani alacakları, borçları ve bunların fer'ilerini de içine alan bir bütün olarak hukuki ilişkiyi kapsar.²⁸⁵

Konumuz itibarıyla gereken kaynağı sözleşme olan sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisidir. Hem bir borç ilişkisi olmalı hem de kaynağını sözleşmeden almalıdır. Başka bir açıdan bakıldığında her sözleşme devre konu olmayacak bu sözleşmenin borç ilişkisi doğurur nitelikte olması yani borç doğuran sözleşmelerden olması gerekecektir. Borç ilişkisinin sözleşme dışında da pek çok kaynağı olabilir ancak bunlar çalışma konusu müessesenin dışında kalmaktadır. Sözleşmeye dayalı olmayan, kaynağını sözleşmeden almayan haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve benzeri borç ilişkileri bu kapsamda devredilebilir nitelikte olmayacaktır.²⁸⁶ Ancak başlangıçta kaynağı sözleşme olmamakla beraber, sonradan sözleşme niteliği kazanan, bir sözleşmeye bağlanan borç ilişkileri; sözleşmeye bağlandıkları andan itibaren sözleşmenin devrine konu olabilirler.²⁸⁷

²⁸⁰ Ayrancı, s.93.

²⁸¹ Çayan, s.32.

²⁸² TBK m.29: “Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.” Dinç/Bahadır, s.87.

²⁸³ Çayan, s.32.

²⁸⁴ Ayrancı, s.87; Çayan, s.24,25; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.50; Doğan/Atamulu/Şahan, s.47; Adal, s.699; Yavuz, s.572; Aydos, s.28; Erdoğan, s.15; Eren, s.22.

²⁸⁵ Ayrancı, s.87-88; Çayan, s.24; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.50; Doğan/Atamulu/Şahan, s.47-48; Adal, s.699; Antalya, s.57-58; Erdoğan, s.14-15; Eren, s.21-22.

²⁸⁶ Ayrancı, s.89; Çayan, s.28; Öztürk, s.270; Meral, s.342; Taşkın/Şahbaz, s.4970; Canarslan, s.128.

²⁸⁷ Çayan, s.29.

Sözleşmenin devrine konu olacak borç ilişkisi kanunda ayrıca engel bir hüküm yer almadıkça ani edimli veya sürekli olabilmekle beraber uygulamada sürekli borç ilişkilerinin devri daha çok kullanılmaktadır.²⁸⁸

2.1.3. Sözleşme Devredilebilir Nitelikte Olmalı

Sözleşmenin devrini gerçekleştirebilmek başka bir deyiş ile taraf sıfatını devredebilmek için devre konu olacak olan sözleşme devredilebilir nitelikte olmalıdır.²⁸⁹ Devre kabil olmayan bir sözleşmenin devri ve dolayısı ile taraf sıfatının aktarılması mümkün olmayacaktır.

Devredilebilirdik sözleşmenin varlığının tarafların şahsına bağlı olup olmamasıyla belirlenebilir. Eğer sözleşme şahsa bağlı ise yani devredenin şahsı sözleşmenin kurulması için esaslı unsur sayılabiliyor, sözleşmede kalan herhangi bir edim değil devredenin şahsının yapacağı bir edim için sözleşmede yer alıyorsa bu sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır.²⁹⁰ Başka bir deyiş ile şahsa bağlı hak ve borçlar devredilemeyeceğinden taraf sıfatı şahsa bağlı ise sözleşmenin ve dolayısıyla taraf sıfatının devri de mümkün olmayacaktır. Devredenin şahsının esaslı unsur olarak önem arz ettiği bu durumlar sözleşmede kalan rıza gösterse dahi sözleşmenin devredilmesini engelleyecektir; ancak doktrinde aksini savunan görüşler de mevcuttur.²⁹¹

Rekabet yasağı sözleşmesi gibi bazı sözleşme hallerinde; taraflar arasındaki güven ve tarafların şahsının önemi çok yüksektir ve bundan dolayı devralan aynı niteliklere sahip olsa hatta taraflar rızası gösterse dahi sözleşme devre kabil olmayacaktır.²⁹²

Belirtmek gerekir ki devre konu borç ilişkileri kaynağı sözleşme olması kaydıyla eksik borç içerse, zamanaşımına uğrasa dahi kural olarak devredilebilir.²⁹³ Eksik borç; devlet eliyle yerine getirilemeyen ancak tarafların talep etmesi yahut yerine getirmesi mümkün olan borç olarak açıklanabilir.²⁹⁴ Eksik borcun sözleşmeye dayanması halinde; eksik borç olma

²⁸⁸ Ayrancı, s.93, Çayan, s.28.

²⁸⁹ Ayrancı, s.95; Bahadır, s.14; Duman, s.230; Yavuz, s.572; Kayıhan/Ünlütepe, s.416.

²⁹⁰ Ayrancı, s.95-96; Çayan, s.42; Canarslan, s.128; Tutar, s.297; Öztürk, s.270; Meral, s.343; Bahadır, s.15; Yavuz, s.572.

²⁹¹ Bahadır, s.16; Arslanoğlu, s.537; Bu görüşe karşı çıkan görüşe göre; önemli olan taraf iradeleri olacak; ve devralan devredenin özelliklerini sağlayabiliyor ve sözleşmede kalan da buna rıza gösteriyorsa devir mümkün olabilecektir. Devredenin şahsının esaslı unsur olduğu bu durumlarda dahi sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi ve devralanın şahsının da edim için gereken şartları sağlaması halinde devrin yapılabileceği yönünde doktrin görüşleri mevcuttur. Bu konudaki ayrıntılı görüşler için ayrıca bkz: Çayan, s.42; Taşkın/Şahbaz, s.4981-4982.

²⁹² Çayan, s.44.

²⁹³ Çayan, s.46; Meral, s.343.

²⁹⁴ Doğan/Atamulu/Şahan, s.82; Adal, s.777; Kayıhan/Ünlütepe, s.42; Antalya, s.81; Ayan, s.99; Aydos, s.30; Erdoğan, s.23; Eren, s.88-89.

özelliğini yitirmeden sözleşmenin devrine konu olması mümkündür. Böyle bir devirde eksik borç tam borca dönüşmez, devirden sonra da def'i hakları eksik borç için devam eder.²⁹⁵

İki tarafa veya tek taraf borç yüklemesi fark yaratmaksızın içeriği devredilebilir olan sözleşmelerin devri mümkündür. Ancak katılmamakla beraber doktrinde tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri sadece ana edimi ile ele alıp ferileri dışarda bırakan ve bunlardaki değişimin sözleşme devri değil alacağın yahut borcun devri olduğunu ileri süren görüşler de vardır.²⁹⁶

Sözleşmenin devri taraf iradeleriyle meydana gelir. Bu nedenle sözleşmenin devrinin kanunen yasaklanması mümkün olduğu gibi sözleşmenin niteliği ve konusu devredilebilir olduğu sürece tarafların sözleşmenin devrini yasaklaması da mümkündür; bu durumda sözleşme devredilemez²⁹⁷ Taraflar iradi olarak koydukları bu yasağı kaldırarak sözleşmeyi devredebilirler. Belirtmek gerekir ki önemli olan sözleşmenin devri anında sözleşmenin devredilebilir nitelikte olmasıdır. Devir işleminden sonra devrilebilir hale gelmesi yapılmış devir işlemini geçerli kılmaz.²⁹⁸

2.1.4. Taraf Değişikliğine Yönelik Sözleşme Yapılmalı

Sözleşmenin devri TBK m.205/1 hükmünde de belirtildiği üzere devre yönelik bir sözleşme yapılmasıyla olur. Devre yönelik tarafların rızasını belirten bir sözleşme olmadıkça devir yapılamaz.²⁹⁹ Burada kastedilen devir sözleşmesidir. Devir sözleşmesi asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olmakla beraber bir yenileme, katılma yahut borcun üstlenilmesi sözleşmesi değildir ve bu sonuçları doğurmaz.

2.1.4.1. Devir Sözleşmesi

Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin devri için yapılan bir anlaşmadan söz ederek devir sözleşmesini kastetmektedir. Devir sözleşmesi; devreden, devralan, sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafı bulunan, devreden taraf sıfatını ve sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarını bir bütün olarak devralana aktarmasını sağlayan bir sözleşmedir. Devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için kurucu unsurlarında ve geçerlilik şartlarını sağlamış olması gerekmektedir.³⁰⁰

Sözleşmenin devri alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi gibi pek çok müesseseden farklı olarak sözleşmedeki bir edimi tek bir unsuru değil taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak

²⁹⁵ Çayan, s.47.

²⁹⁶ Ayrancı, s.94; Çayan, s.42.

²⁹⁷ Ayrancı, s.96; Öztürk, s.270; Meral, s.343; Bahadır, s.15.

²⁹⁸ Ayrancı, s.97; Öztürk, s.270; Bahadır, s.15.

²⁹⁹ Çayan, s.47; Kayıhan/Ünlütepe, s.416.

³⁰⁰ Çayan, s.48; Taşkın/Şahbaz, s.4982.

ve borçları aktarır. Bu nedenle devir sözleşmesinin tüm hak ve borçları kapsayacak şekilde olması kısmi bir özellik arz etmemesi gerekir.³⁰¹

2.1.4.1.1. Devir Sözleşmesinin Tarafları

Devir sözleşmesinin tarafları kanun koyucu tarafından sayılmıştır. Buna göre devralan, devreden ve sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafı mevcuttur.³⁰²

Devir işlemi üç taraflı bir ilişkidir. Kanunda yahut mahkeme karındaki istisnalar hariç; sözleşmenin iradi devrinin gerçekleşebilmesi için söz konusu üç tarafın da rızası gerekmez. Aksi halde tarafların birinin rızasındaki eksiklik sözleşmenin devrine engel teşkil edecektir.

Sözleşmenin devri; devreden, devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafı bulunan bir hukuki işlemidir. Bu sıfatlar bakımından özel hükümlerdeki istisnalar hariç olmak üzere tarafların alacaklı ya da borçlu olmalarının önemi yoktur; başka bir deyişle devreden ve buna bağlı olarak sözleşmede kalan taraflar alacaklı ya da borçlu taraf olabilirler.³⁰³ Sözleşmenin devrinde başlangıçta devre konu sözleşmenin tarafı olan, sözleşmedeki taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye aktararak artık sözleşmenin tarafı olmayacak olan devreden; devir işlemi ile birlikte devre konu sözleşmede devredenın sahip olduğu taraf sıfatı ile buna bağlı hak ve borçlara sahip olacak olan devralan; devreden ya da devralan dışında olup devre konu sözleşmenin tarafı olan, bu taraf sıfatı devam eden ve devir için rızası aranan taraf sözleşmede kalan olarak adlandırılır.³⁰⁴ Sözleşmenin devri devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılmaktayken devirden itibaren devre konu sözleşme artık devralan ve sözleşmede kalan arasında olacaktır. Devir üç taraflı iken devre konu sözleşme tarafı değişerek iki taraf arasında kalmaya devam edecektir.

2.1.4.1.2. Devir Sözleşmesinin Şartları

2.1.4.1.2.1. Tarafların Uygun İrade Beyanları

Sözleşmenin devri üç taraflı bir müessesedir ve bahsedilen üç tarafın da rızasını gerektirmektedir. Bu durum TBK m.205/2 hükmünde yer bulmuştur. Tarafların devir konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları devir sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır.³⁰⁵ Zira devir olması halinde her üç taraf da devirden akdi hak ve yükümlülükleri kapsamında etkilenecektir. Buradaki irade beyanı sadece bu yönde kişinin

³⁰¹ Taşkın/Şahbaz, s.4982.

³⁰² Taşkın/Şahbaz, s.4965.

³⁰³ Yiğit, s.23.

³⁰⁴ Yiğit, s.23-24.

³⁰⁵ Çayan, s.47.

kendi içinde bir karar, kendi iç iradesi değil karşı tarafa ulaşabilecek şekilde dış dünyada da varlığını gösterecek nitelikte bir irade beyanı olmalıdır.³⁰⁶

Taraf iradeleri hususunda önemli olan rızanın verilmiş olmasıdır. Uygun irade beyanı sağlandıktan rıza verildikten sonra irade beyanının şekli devir için bir şekil şartı bulunmadığı takdirde devir sözleşmesini engellemez; öyle ki sözlü, yazılı, açık ya da örtülü bir irade beyanı olabilir.³⁰⁷ Ancak taşınmaz satış vaadinde olduğu gibi kanunun açıkça şekil şartı aradığı haller mevcuttur.

Sözleşmenin devri üç taraflı bir müessese olarak tarafların tümünün rızasını gerektirir. Bu rızaların üçünün devir anında tek aşamada meydana gelmesi mümkün olabileceği gibi; devreden ve devralanın rızasının devirde, sözleşmede kalanın rızasının ise önceden izin ya da sonradan onay şeklinde yani iki aşamada olabilmesi de mümkündür.³⁰⁸

İrade serbestisi gereği tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olmadan devrin gerçekleşmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak aksini sağlayabilecek bazı haller kanunlarda özel düzenleme halleri saklıdır.

Tarafların irade beyanlarında yanılma, aldatma, korkutma gibi iradeyi sakatlayan durumlar meydana gelebilir. Böyle bir durumda beyanda veya saikte esaslı yanılma halleri ile aldatma ve korkutma hallerinde TBK m.30 ve devamı hükümlerinde de açıkça belirtildiği üzere iradesi sakatlanan taraf iptal hakkı sayesinde sözleşme ile bağlı olmaz.³⁰⁹ Bu şekildeki irade bozukluğu hallerinde m.39 hükmü bir yıl içinde iptal talebinde bulunulabileceğini, bulunulmazsa onanmış sayılacağını düzenlemiştir.

2.1.4.1.2.1.1. Sözleşmeyi Devreden ve Devralan Bakımından

Sözleşmenin devriyle devralanın taraf sıfatı ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçları devralana geçecektir. Sözleşmeden kaynaklı yükümlülükleri ve hakları bu denli değişecek olan tarafların rızası elbette aranacaktır. Rızalarının olmaması halinde sözleşmenin devredilmesi de mümkün olmayacaktır.

Sözleşmeyi devreden ve devralanın devir konusunda birbirine uygun irade beyanları gerektiği açık olmakla beraber, sözleşmede kalanın irade beyanının zamanına ve rızasının olup olmamasına göre devrin durumunu incelemek gerekecektir.

³⁰⁶ Cansel/Özel, s.98.

³⁰⁷ Ayrancı, s.109; Çayan, s.58; Duman, s.231; Yeniocak, s.29.

³⁰⁸ Ayrancı, s.97,101; Meral, s.344; Bahadır, s.16-17; Duman, s.229; Yavuz, s.573; Ayan, s.76; Erdoğan, s.299; Oğuzman/Öz, s.618.

³⁰⁹ Çayan, s.63; Bahadır, s.20; Cansel/Özel, s.177.

Devreden ile devralanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığında bunlardan biri icap biri kabul olabilir.³¹⁰ Kural olarak sözleşmede kalanın da bu anda uygun iradesini beyan etmesi kabul niteliğindedir. Yenilik doğuran bir irade açıklaması olan kabul ile birlikte devir sözleşmesi kurulmuş olacak; eğer sözleşmede kalanın kabul niteliğindeki rızası yoksa sadece devreden ve devralan arasındaki anlaşma sözleşmenin devri niteliği kazanamayacaktır.³¹¹

Sözleşmede kalanın önceden devre izin vermiş olması da mümkündür. Böyle bir durumda devreden ve devralan arasındaki icap ve kabul devir sözleşmesini kurucu nitelikte olacaktır.³¹²

Eğer sözleşmede kalan önceden bir rıza göstermemiş ise iradesini sonradan onaylama şeklinde de gösterebilir. Böyle bir durumda devralan ve devreden arasındaki anlaşma bir öneri, sözleşmede kalanın rızası yahut onayı ise kabul hükmünde olacak ve sözleşmede kalanın kabulü sözleşmeyi kurucu nitelikte olacaktır.³¹³ Devreden ve devralan arasındaki icap niteliğindeki anlaşma sözleşmede kalanın kabul yönünde rızasına kadar askıda geçersiz olacak; ancak kabulden sonra devir sözleşmesi kurulmuş olacaktır.³¹⁴

2.1.4.1.2.1.2. Sözleşmede Kalan Bakımından

Sözleşmenin devri için sadece devralan ve devreden rızası yetmemekte sözleşmede kalanın da rızası aranmaktadır. TBK m.205/2 hükmü sözleşmede kalanın bu rızasının sözleşme anında verilebileceğini veya önceden verilen izin şeklinde olabileceği gibi sonradan onaylama şeklinde de olabileceğini belirtmiştir.

Sözleşmenin devrinde gerçek anlamdaki durum değişikliği devreden ve devralan bakımından görünmekle beraber bu husus sözleşmede kalan açısından bir değişiklik olmayacağı anlamına gelmez. Elbette sözleşme devam etmekte ve sözleşmeyi devralan tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devralarak sözleşmede kalanın karşısında taraf sıfatı elde etmektedir.

Ancak bazı durumlar vardır ki bu sözleşmede kalan açısından hak kaybına yahut bazı değişikliklere neden olabilir. Mesela devreden şahsından kaynaklı def'ileri sözleşmede kalan devralana karşı ileri süremeyecektir.³¹⁵ İşin özünde kanun koyucunun sözleşmede

³¹⁰ Çayan, s.48.

³¹¹ Ayrancı, s.100; Bahadır, s.17; Duman, s.230; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.107.

³¹² Çayan, s.49; Duman, s.231.

³¹³ Ayrancı, s.102-103; Çayan, s.49; Öztürk, s.271; Bahadır, s.17.

³¹⁴ Ayrancı, s.104,11-112; Yavuz, s.573; Sözleşmede kalanın kabulüne kadarki devreden ve devralan arasındaki icap niteliğindeki anlaşmayı ön sözleşme, sözleşme yapma vaadi olarak niteleyen görüşler de mevcuttur. Meral, s.344.

³¹⁵ Çayan, s.7.

kalanın da rızasını araması; sözleşmenin devriyle sözleşmede kalanın durumunda ortaya çıkabilecek değişiklikler ve bazı hallerde hak kayıpları nedeniyle sözleşmede kalanı korumak içindir denebilir.³¹⁶

İrade serbestisi ilkesinin de bir gereği olarak hukuki işlemin yahut sözleşmenin tüm tarafları rıza göstermeden sözleşmenin devri mümkün olmaz.³¹⁷ Burada sözleşmede kalan bakımından önemli olan rızanın varlığı ya da yokluğudur. Sözleşmenin devri sözleşmede kalanın lehine olsa dahi buna rıza göstermek zorunda değildir. Devir işleminin sözleşmede kalan açısından lehe ya da aleyhe olduğu, sadece borç altına soktuğu, sadece hak ve alacak kazandırdığı gibi hususlar sözleşmede kalanın rızasının yani irade beyanının aranmasına engel değildir.³¹⁸ Rıza gösterilmemesi halinde sözleşmenin devri gerçekleşmeyecektir. Aksi durum irade serbestisi ilkesine de aykırı olacaktır.

Sözleşmede kalanın devir için irade beyanını sunduğu zamana göre incelemek gerekir. Kural olarak devreden, devralan ve sözleşmede kalanın iradeleri sözleşmenin devri esnasında aynı zamanda beyan etmeleri beklenir. Böyle bir durumda devreden ve devralanın iradesi öneri, sözleşmede kalanın iradesi ise kabul hükmünde kabul edilecektir.³¹⁹ Böylece her üç tarafında irade beyanını sunmasıyla devir sözleşmesi kurulmuş hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacak; sözleşmenin devri gerçekleşecektir.³²⁰

Sözleşmenin devri hususunda devreden ve devralan önceden anlaşmış olabilir. Bu durumda sözleşmede kalan bu anlaşmaya sonradan onay şeklinde rıza gösterebilir. Bu halde devreden ile devralanın anlaşması öneri, sözleşmede kalanın onayı ise kabul hükmünde olacak ve sözleşme kabul anında kurulacak, hüküm ve sonuç doğuracaktır.³²¹ Bu konuda sözleşmenin kurulma anının söz konusu rıza olduğunu savunan çoğunluk ve haklı görüşün yanında sözleşmenin devreden ve devralanın anlaşmasıyla kurulduğunu ancak hüküm ve sonuç doğurması için sözleşmede kalanın rızası gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.³²²

Sözleşmede kalanın sözleşmenin devrinden öncesinde devre izin vermiş olması da mümkündür. İznin şartsız olabileceği bilinmekle beraber, bozucu veya erteleyici bir şarta da bağlı olmasına da bir engel yoktur.³²³ İzin sözleşmede kalan açısından bir zorunluluk yaratmaz zira devir sözleşmesi kurulup hüküm ve sonuç doğurana dek her an geri alınabilir.³²⁴ İznin önceden verilmiş olduğu durumda; bu izin öneri olarak nitelenebilecek ve sözleşme

³¹⁶ Çayan, s.8.

³¹⁷ Ayrancı, s.97; Çayan, s.50; Bahadır, s.17.

³¹⁸ Ayrancı, s.100, Çayan, s.51-52.

³¹⁹ Çayan, s.53.

³²⁰ Bahadır, s.18.

³²¹ Çayan, s.53,57; Meral, s.345; Bahadır, s.18.

³²² Meral, s.345.

³²³ Ayrancı, s.108-109; Çayan, s.56.

³²⁴ Ayrancı, s.108; Çayan, s.54.

devreden ile devralanın rızalarını beyan etmeleriyle kurulmuş olacaktır.³²⁵ Böyle bir durumda devre önceden izin vermiş olan sözleşmede kalana devrin gerçekleştiğinin ihbar edilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre; ihbar devir için zorunlu değildir bu nedenle devir işleminin geçerliliğini etkilemeyecek; ancak ihbarı sözleşmeyle zorunlu unsur yapmış olmaları halinde sözleşmenin geçerliliğini değil sözleşmede kalan açısından hüküm ve sonuç doğurmasını etkileyebilecektir.³²⁶ Sözleşmede kalan devre önceden izin vermiş olmakla beraber devrin hüküm ve sonuç doğurmasını ihbar şartına bağlayabilir; bu durumda ihbar esaslı unsur olacağından sadece sözleşmede kalan açısından değil sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuç doğurması için gerekli şart olmuş olacaktır.³²⁷ İhbar hususunda azınlıkta olan görüşe göre ise; ihbar asıl sözleşmede esaslı unsur olarak belirlenmese dahi ihbar gerçekleşene dek sözleşmenin askıda geçersiz olacağı yönündedir.³²⁸

İzin konusundaki bir diğer durum ise iznin kanuni şartlara uymadığı için geçersiz olması halidir. Böyle bir durumda izin geçersiz olsa da sözleşmede kalan sonradan verilen onay şeklinde rızasını gösterirse devir sözleşmesi; izin değil onay anından itibaren hüküm ve sonuç doğurabilecektir.³²⁹

Devralan ve devreden anlaşmış ancak sözleşmede kalanın rızasında eksiklik varsa şartları sağlaması halinde farklı bir müessese olarak alacağın devri ortaya çıkabilecektir. Bunun için devreden ve devralanın iradeleri alacağın temlikine uygun olması ve alacağın devrinin şartlarını sağlaması gerekir. Bu halde devreden ile devralan arasında alacağın temlik ilişkisi kurulmuş olacak, ancak devreden sözleşmede kalana karşı da esas sözleşmedeki taraf sıfatı ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını korumaya devam edecektir.³³⁰

Sözleşmede kalanın rızası sözleşmenin devri için kural olarak gereklidir. Ancak özel kanuni düzenlemelerle sözleşmenin devrinde sözleşmede kalanın rızasının aranmadığı haller mevcuttur. Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca iş sözleşmesinde işyerinin devredilmesi halinde sözleşmenin tarafı işveren değişecek olmasına karşın kanun koyucu işçinin rızasını aramamıştır. Sözleşmede kalanın rızasının aranmadığı bir diğer hal ise TBK m.310 hükmü ile düzenlenmiş ve kira sözleşmesinde kiralananın devredilmesi halinde kiracının rızası aranmamıştır.³³¹

³²⁵ Ayrancı, s.106,108; Çayan, s.53.

³²⁶ Ayrancı, s.106,108; Çayan, s.54.

³²⁷ Ayrancı, s.106; Öztürk, s.271; Meral, s.346; Bahadır, s.18.

³²⁸ Meral, s.346; Bahadır, s.18.

³²⁹ Çayan, s.56.

³³⁰ Çayan, s.61.

³³¹ Bahadır, s.19.

2.1.4.1.2.1.3. Devre Ehil Olma

Devir sözleşmesinin geçerli olması için iradelerini beyan eden tarafların devir anında ehliyet yönünden devre ehil olmaları gerekir. Çalışma konusu müessesede ehliyet; geçerlilik şartıdır.³³² Böylece hem taraflar hem de sözleşmeye güven ilkesiyle kamu yararı korunmak istenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.9 hükmü³³³ fiil ehliyetini düzenlemiştir. Fiil ehliyetine sahip olan kişiler hak ve borç altına girebildiğine yani sözleşme yapabildiğine göre devir sözleşmesi de yapabilirler.³³⁴

Temyiz kudretine sahip, reşit kişiler kısıtlı da olmamak kaydıyla fiil ehliyetine sahiptirler ve sözleşme yapabileceklerdir.³³⁵

Tam ehliyetsiz kişiler kendi başına devir sözleşmesi yapamayacak, yapsa dahi hükümsüz olacaktır ve hatta böyle bir durumda devri sözleşmesi yasal temsilcisinin rızası ile dahi geçerlilik kazanamamaktadır.³³⁶ Taraflardan birinin tam ehliyetsizliği söz konusu ise devir sözleşmesini yasal temsilcisi yapmalıdır; ancak devirden doğan durum kanunda yasal temsilci için de yasaklanan işlemlere ya da durumlara neden olmamalıdır.³³⁷ Buradan hareketle yasal temsilci tam ehliyetsiz kişi adına vakıf kurma, kefil olma, önemli bağış gibi konularda borçlunun taraf sıfatını devralıp devir sözleşmesi yapamayacaktır.³³⁸

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar sınırlı ehliyetsiz olarak kabul edilir.³³⁹ Sınırlı ehliyetsizler için devrin onları borç altına sokup sokmadığına bakmak gerekecektir. Öyle ki devir işlemi borç altına sokmuyor ise bunu kendi başlarına yapmaları mümkünken; eğer devir işlemi kısıtlıyı borç altına sokuyorsa bunu yasal temsilcileri aracılığıyla yapmaları yahut yasal temsilcinin önceden vereceği izni veya sonradan onayı alınarak kendileri yapmaları mümkün olacaktır.³⁴⁰

Sözleşmeyi devredebilmek için fiil ehliyeti gerekmele beraber sözleşmenin devri bir tasarruf işlemi olarak kabul edildiği için fiil ehliyetinin yanında tasarruf ehliyeti de aranmaktadır.³⁴¹ Başka bir deyiş ile devreden taraf; taraf olarak fiil ehliyetine ve tasarruf

³³² Erdoğan, s.48.

³³³ TMK m.9: “Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir.”

³³⁴ Çayan, s.65; Kayar, s.53; Doğan/Atamulu/Şahan, s.91; Yavuz, s.20.

³³⁵ Kayar, s.54; Doğan/Atamulu/Şahan, s.91; Adal, s.624; Antalya, s.286.

³³⁶ Kayar, s.55; Doğan/Atamulu/Şahan, s.91; Adal, s.626.

³³⁷ Çayan, s.66; Kayar, s.56.

³³⁸ Çayan, s.66.

³³⁹ Kayar, s.56.

³⁴⁰ Çayan, s.66; Kayar, s.56-57; Antalya, s.286.

³⁴¹ Çayan, s.67.

ehliyetine sahip olmalıdır ki kendi açısından bir tasarruf işlemi niteliğinde olan sözleşmenin devrini geçerli bir biçimde gerçekleştirebilsin ve taraf sıfatını devredebilsin.³⁴²

2.1.4.1.2.2. Sözleşmenin Konusunun Yasaklanmamış Olması

İrade serbestisi ve sözleşme serbestisi ilkelerinin bir sonucu olarak taraflar istedikleri konuda istedikleri sözleşmeyi yapmakta özgürdürler. Ancak kanun koyucu kamu düzenini korumak amacıyla bu özgürlüğe TBK m.27/1 hükmünde³⁴³ bazı sınırlar getirmiş ve sınırlara uymamayı kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlamıştır. Sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında konulan bu sınırlar devir sözleşmesinde ve dolayısıyla sözleşmenin devri müessesinde de geçerli olacaktır.

Devir sözleşmesinin konusu emredici hukuk kurallarına aykırı olmamalıdır. Bu bakımdan yorumlayıcı, tamamlayıcı, tanımlayıcı veya açıklayıcı hukuk kuraları bu kapsama dahil değildir.³⁴⁴ Emredici kurallar genelde kamu düzeni, kamu güvenliği ve menfaatini sağlamaya yönelik olarak konulmuştur. Kanun koyucu yapılabilecek herhangi bir sözleşmenin kamu menfaatini ve kamu düzenini zedelememesi gerektiği fikrinden hareketle bu yönde de sınır getirmiştir.

Kişinin yaşamından sağlığına, vücut bütünlüğünden manevi haklarına kadar hepsi kişilik hakları içinde yer alır.³⁴⁵ Yapılacak herhangi bir sözleşme dolayısıyla devir sözleşmesi kişilik haklarını engelleyici yahut yok edici nitelikte olmamalıdır.

Sözleşme konusunun yasaklanmış olması durumu devir sözleşmesinin konusunda veya devre konu sözleşmenin konusunda olmasına göre farklılık gösterebilir. Aykırılık devre konu sözleşmedeyse bu sözleşme kesin hükümsüz olacak ve devir sözleşmesine de konu edilemeyecek; eğer hükümsüz olan bu sözleşme devre konu edilirse devri de hükümsüz hale getirecektir.³⁴⁶ Aykırılık devre konu sözleşmede değil de devir sözleşmesindeyse bu durum devre konu sözleşmeyi etkilemeyecek ancak devir sözleşmesi hükümsüz olacaktır.³⁴⁷

TBK m.27/2 hükmü sözleşmenin tamamının değil bir kısmının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması halini düzenlemiştir. Böyle bir durumda eğer emredici hükümlere aykırı kısımlar olmadan da sözleşme kurulabiliyorsa yani söz konusu kısımlar sözleşme için esaslı unsur değilse geçersizlik sadece bu kısımlarla sınırlı olacaktır. Başka bir deyişle sözleşme geçerli olacak ancak emredici hükümlere aykırı kısım geçersiz olacaktır.

³⁴² Bahadır, s.5.

³⁴³ m.27/1: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.” Dinç/Bahadır, s.85.

³⁴⁴ Çayan, s.67.

³⁴⁵ Çayan; s.68

³⁴⁶ Çayan, s.68

³⁴⁷ Çayan, s.68.

2.1.4.1.2.3. Muvazaa Olmaması

Muvazaa tarafların üçüncü kişileri aldatmak yahut gerçekte yaptıkları işlemi gizleyerek farklı göstermek amacıyla aralarında anlaşmak suretiyle; gerçek iradelerini gizleyerek aslında yapmak istedikleri işlemden farklı kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurmayacak başka bir işlem yapmış gibi görünmeleri olarak açıklanabilir.³⁴⁸

Devir sözleşmesi taraf iradelerine dayanır. Muvazaada ise taraf iradeleri ve yapılan devir işlemi birbiriyle aynı doğrultuda olmadığı, birbirine uymadığı için devir işlemi kesin hükümsüz olacaktır.³⁴⁹ Devir sözleşmesiyle gizlenen gizli işlem ise şartları taşıyorsa geçerli olabilir.

2.1.4.1.3. Devir Sözleşmesinin Şekli

Sözleşmede şekil; yazılı şekil ve iradi şekil olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Geçerlilik şeklinden kasıt bir sözleşmenin geçerli olabilmesi, geçerli şekilde kurulabilmesi için gereken şekil şartına uygunluğu; ispat şeklinden kasıt ise geçerli bir sözleşmenin ispat edilmesi için gereken şekildir.³⁵⁰

Türk hukuk sisteminde TBK m.12 hükmünde de düzenlendiği üzere şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Buna göre sözleşmelerin geçerli olması şekil şartına bağlı olmayacak ancak kanunda aksinin düzenlendiği haller mümkün olacaktır.

Kural olarak sözleşmelerde şekil serbestisi geçerli olup bunun aksi kanunla yahut taraf iradeleriyle kararlaştırılabilir.³⁵¹ Bu durumlarda kanuni şekil yahut iradi şekil şartlar gündeme gelecektir. Kanunda sözlü, yazılı ve resmi şekil olarak düzenlenen geçerlilik şekilleri, taraflarca sözleşmelerinde iradi şekil olarak da belirlenebilir.³⁵²

Türk hukuk sisteminde kural olarak şekil serbestisi geçerlidir ancak kanunun şekil kuralları koyduğu haller de mevcuttur. Devir sözleşmesinde bu şekil şartlarıyla ilgili olarak kanunda açıkça düzenleme yapılmıştır. 6098 sayılı kanunun 205/3 hükmü devir sözleşmesinin geçerliliğini devredilen sözleşmenin şekline bağlamıştır. Yani devir sözleşmesi de kural

³⁴⁸ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.74,75; Yavuz, s.91; Kayıhan/Ünlütepe, s.153; Antalya, s.196,345-346; Ayan, s.124,203; Aydos, s.57; Erdoğan, s.76; Eren, s.349-350.

³⁴⁹ Çayan, s.69; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.75; Yavuz, s.93; Kayıhan/Ünlütepe, s.155; Antalya, s.196,351; Ayan, s.124,208; Aydos, s.58-59; Erdoğan, s.78; Eren, s.356.

³⁵⁰ Aydoğdu/Kahveci, s.16; Kayıhan/Ünlütepe, s.115-116; Antalya, s.529,531; Ayan, s.176-177; Aydos, s.47; Erdoğan, s.59-60.

³⁵¹ Ayrancı, s.112; Kocağa, s.90; Ruhi/Ruhi, s.33; Aydoğdu/Kahveci, s.16,17; Aktaş Çelik, Ümran, Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 1.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.53; Yeniocak, s.40; Doğan/Atamulu/Şahan, s.118; Ögüz, Tufan, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayınları, 2012, s.99; Yavuz, s.58; Kayıhan/Ünlütepe, s.107,130; Antalya, s.126,527; Ayan, s.37; Erdoğan, s.12,63; Eren, s.18,316.

³⁵² Ayrancı, s.112; Çayan, s.73; Kocağa, s.90; Ayan, s.37.

olarak şekil serbestisi ilkesi kapsamında olmakla beraber; devredilen sözleşme kanuni ya da iradi bir şekil şartına bağlıysa devir sözleşmesi de bu şekil şartına uygun yapılacak, aksi halde geçersiz olacaktır. Ancak devredilen sözleşme bir şekil şartına bağlı değilse devir sözleşmesinin geçerliliği için de bir şekil zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.³⁵³

Devredilen yani devre konu sözleşmenin geçerliliği hangi şekil şartına bağlıysa devir sözleşmesi için de aynı şekil şartı geçerlidir. Örneğin; önalım sözleşmesinin devri için adi yazılı şekil, taşınmaz satış vaaadinin devri için noterde düzenleme gibi geçerlilik şartları devredilen sözleşmenin kanuni geçerlilik şartına bağlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.³⁵⁴

Kanunun bizzat devir sözleşmesi için şekil şartı koyduğu haller de olabilir.³⁵⁵ Türk Borçlar Kanunu m.323 hükmü kira sözleşmesinin devri başlığı altında bu yönde bir şarta da yer vermiştir. Öyle ki 323/1 Hükmünde kira ilişkisinde kiracının sözleşmeyi devredebilmesi için sözleşmede kalan kiraya verenin yazılı rızası şart koşulmuştur. Burada kira sözleşmesinin şekli ne olursa olsun kiracının taraf sıfatını aktaracağı devir işleminde sözleşme kalan açısından yazılı şekil şartı kanun koyucu tarafından getirilmiştir.

İradi şekil halinde kanunda bir şekil zorunluluğu olmamasına karşın taraflar kendileri bir şekil şartı kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda tarafların devredilen sözleşme için koydukları iradi şekil şartı devir sözleşmesi asıl sözleşmenin şekline bağlı olacağından devir sözleşmesi açısından da geçerli olacaktır.³⁵⁶ Ve devir sözleşmesinde de bu iradi şekle uyulması gerekecek aksi halde geçersizlikle karşılaşılacaktır.

Doktrinde tartışmaya neden olan sözleşmede kalanın rızasının şekline de değinmek gerekir. Kanun koyucu 205/2 hükmünde rızanın açık veya örtülü, onay veya izin şeklinde olabileceğini düzenlemişken; 205/3 hükmünde sözleşmenin devrinin şeklini sözleşmenin şekline bağlamıştır. Doktrindeki bir görüş iki hükmün birbirine uymadığını, örtülü boşluk olduğunu ve sözleşmede kalanın rızasının şeklinin sözleşmenin devrinin şekline bağlı olmadığını yönündedir.³⁵⁷ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Doktrinde baskın olan diğer görüş ise; 205/3 hükmü devrin tüm tarafları için geçerli olarak getirilmiş ve sözleşmede kalanın da buna uyması gerekmektedir.³⁵⁸ Baskın görüş müessesenin düzenlenme amacına daha uygun düşmektedir. Sözleşme için geçerli şekil sözleşmenin tüm taraflarını kapsamalıdır.

³⁵³ Çayan, s.76; Yavuz, s.574.

³⁵⁴ Çayan, s.76.

³⁵⁵ Çayan, s.80; Kocağa, s.90.

³⁵⁶ Çayan, s.81.

³⁵⁷ Öztürk, s.272.

³⁵⁸ Öztürk, s.272.

2.1.5. Sözleşmenin Kapsamı

Sözleşmenin devrinde devreden taraf sıfatı ve sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarını bir bütün olarak devralana aktarır. Bu işlemten sonra devreden artık devre konu sözleşmenin tarafı olmayacak ve bu sözleşmeden kaynaklı herhangi bir işlemde bulunamayacaktır.

Devir sözleşmesi; bahsedilen taraf sıfatı ile hak ve borçların devrini bir bütün olarak kapsar.³⁵⁹ Çalışma konusu müessese açısından sadece taraf sıfatının, sadece hak veya borçların yahut bunlardan bir kısmının devri mümkün olmayacaktır. Böyle bir işlem yapılmak isteniyorsa sözleşmenin devri ile değil; alacağın devri, borcun üstlenilmesi yahut aktarılacak istenen unsura göre başka bir müessese ile yapılmalıdır.

Kısmi devir de sözleşmenin devri müessesesi açısından söz konusu olamaz. Kısmi devirde devredilmek istenen hak ve yükümlülükler göre sözleşmenin devri ile değil ama yukarıda bahsedilen diğer müesseselerin bir veya birkaçının birlikte kullanılması ile yapılabilmesi mümkündür.³⁶⁰

2.1.6. Şekil

6098 sayılı kanundan önce mülga kanun döneminde sözleşmenin devri kanunda düzenlenmediği için uygulamada içtihat ve doktrin³⁶¹ tarafından şekillenmişti ve devrin şekle bağlı olmadığı kabul ediliyordu.³⁶²

Borçlar hukukumuzdaki genel prensibe göre aksi ayrıca düzenlenmemiş oldukça sözleşme serbestisinin bir uzantısı olarak sözleşmede şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Söz konusu ilke gereğince kanundan ya da sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça bir şekil zorunluluğu olmayacak taraflar iradelerini yazılı, sözlü ya da resmi şekilde istedikleri gibi beyan edebileceklerdir.³⁶³ Ancak kanun ya da sözleşme bir şekil şartı belirlediyse tarafların buna uyması gerekecek aksi halde sözleşme geçerli bir biçimde kurulamayacak ya da kurulmuş sözleşme devredilemeyecektir.³⁶⁴

Sözleşmenin devrinin şekli TBK m.205 ile herhangi bir belirsizlik yahut soru işareti bırakmayacak şekilde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre sözleşmenin devri asıl sözleşmenin şekline bağlı olacaktır. Başka bir deyiş ile devre konu sözleşme herhangi bir

³⁵⁹ Taşkın/Şahbaz, s.4982.

³⁶⁰ Çayan, s.70.

³⁶¹ Doktrinde şekil şartı olmadığını savunanların yanında devrin asıl sözleşmenin şekline bağlı olduğunu savunanlar da mevcuttur. Taşkın/Şahbaz, s.4967.

³⁶² Ayrancı, s.112; Meral, s.346; Subaşı/Yiğit, s.3. Bu görüşü destekleyen örnek karar için ayrıca bkz: Yarg. 3. HD, T. 14.10.2004, E. 2004/9625, K. 2004/10945, (erişim tarihi:03.12.2020), www.corpus.com.tr;

³⁶³ Cansel/Özel, s.197; Kayar, s.69; Subaşı/Yiğit, s.3; Aktaş Çelik, s.53; Taşkın/Şahbaz, s.4967; Kayıhan/Ünlütepe, s.107.

³⁶⁴ Cansel/Özel, s.197.

şekil şartına bağlı ise sözleşmenin devri de bu şekle bağlı olacak; eğer devre konu sözleşme şekil şartına bağlı değilse sözleşmenin devri de şekle tabi olmayacaktır.³⁶⁵ Burada şekil geçerlilik şeklidir. Kanun koyucu devrin geçerliliğini devre konu sözleşmenin şekline bağladığını hükümde belirtmiştir. Geçerlilik şeklinde, sözleşmenin devri söz konusu şekil şartına uymazsa doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay'a göre geçerli olamayacak ve kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır; bunun sonucunda da hüküm ve sonuçlarını doğuramayacaktır.³⁶⁶

Devre konu sözleşmeye iradi şekil şartı konulmuş ise asıl kurala bağlı olacak başka bir deyiş ile iradi de olsa asıl sözleşmedeki şekil şartı devirde de geçerli olacaktır.³⁶⁷ Ancak devre konu sözleşmedeki iradi şeklin devir için zorunlu olmadığını savunan görüşler de mevcuttur.³⁶⁸ Belirsiz olan durum ise kanunda açıkça düzenlenmediği ve bu yüzden yorum farklılıkları yaratabileceği için; şekil şartının devreden ve devralan tarafından kararlaştırılması halinde sözleşmede kalanın sonradan yapacağı onayın şekline ilişkindir. Bu hususta kural olarak kabulün önerinin şeklinde olması gerektiğinden, sözleşmede kalanın onay niteliğindeki irade beyanı; devreden ve devralanın öneri niteliğindeki irade açıklamalarında belirledikleri ya da kullandıkları şekle uygun olmalıdır denilebilir.³⁶⁹ Ayrıca devre konu sözleşmenin tarafları söz konusu sözleşmeye sözleşme için değil ama ileride yapılacak devir için bir şekil şartı eklemişlerse bu şekil şartı da sözleşmenin devredilebilmesi için geçerli olacaktır.³⁷⁰ Ancak katılmamakla birlikte; sözleşmedeki iradi şeklin sözleşmenin değiştirilmesinde ve dolayısı ile devrinde geçerli olmayacağını savunan bazı görüşler de mevcuttur.³⁷¹ Tartışmaya konu olabilecek bir başka durum ise sözleşmede kalanın devre önceden izin vermesi halidir. Bu durumda bu iznin şekliyle ilgili doğrudur devir işleminde sayılmayacağı ve dolayısıyla devrin şekline bağlı olmadığı yönünde görüşler olsa da³⁷² devrin üç taraflı bir işlem olması

³⁶⁵ Kayar, s.252; Taşkın/Şahbaz, s.4968; Subaşı/Yiğit, s.3-4; Canarslan, s.125-126; Duman, s.233; Yavuz, s.574; Ayan, s.76; Aydos, s.188; Erdoğan, s.299; Oğuzman/Öz, s.617.

³⁶⁶ Ruhi, s.22,26; Kayar, s.74; Ögüz, s.99; Taşkın/Şahbaz, s.4967; Kayıhan/Ünlütepe, s.165; Antalya, s.186,559; Ayan, s.185; Aydos, s.49. Geçersizliğin yaptırımı da bu durumda doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay kararlarına göre; kesin hükümsüzlük olacaktır. Ancak doktrinde azınlıkta da olsa bunun aksini savunan ve bu geçersizliğin kesin hükümsüzlüğe sebep olamayacağı yönünde görüşler de mevcuttur. Konunun ayrıntıları için ayrıca bkz: Cansel/Özel, s.200,211; Doğan/Atamulu/Şahan, s.127; Eren, s.289-295.

³⁶⁷ Canarslan, s.126.

³⁶⁸ Sözleşmedeki değişikliklerin iradi şekle tabi olmayacağı yönündeki görüş için ayrıca bkz: Cansel/Özel, s.210; Taşkın/Şahbaz, s.4968.

³⁶⁹ Taşkın/Şahbaz, s.4969; Canarslan, s.127; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.107.

³⁷⁰ Bahadır, s.19. Burada devre konu sözleşme için var olan bir şekil şartı olup olmadığına dikkat etmek gerekecektir. Öyle ki devre konu sözleşme herhangi bir şekle tabi değil ise devri için sözleşmeyle belirlenen şekil şartı geçerli olacaktır. Ancak devre konu sözleşmenin zaten tabi olduğu bir şekil şartı varsa; devre yönelik koyulan şekil şartı devre konu sözleşmenin şekline aykırı olmamak şartıyla geçerlidir.

³⁷¹ Kayar, s.74.

³⁷² Canarslan, s.127.

göz önüne alınmalı ve sözleşmede kalanın izninin de bu şekle bağlı olduğu sonucuna varılmalıdır.

TBK m.205 hükmündeki şekil şartını destekler nitelikteki bir diğer düzenleme olarak TBK m.13 örnek verilebilir. m.13 hükmü sözleşmede yapılan esaslı değişikliklerin değişiklik yapılan asıl sözleşmenin şeklinde yapılması gerektiğini düzenlemektedir.³⁷³ Sözleşmenin devri de özü itibarıyla sözleşmede taraf sıfatında yapılan esaslı bir değişikliktir. Bu bağlamda m.205 ve 13 hükümleri birbiriyle paralellik arz etmektedirler.

Sözleşmenin devriyle beraber taraf sıfatı ve bu sığata bağı tüm hak ve borçlar kural olarak başkaca bir işleme gerek kalmaksızın devredenden devralana geçecektir. Bu hak ve borçlar arasında kefalet, rehin gibi devri için şekil şartı arana haklar varsa bu şekil şartı sözleşmenin devri için şart olmasa da söz konusu şekil şartına bağı hakların da devredilebilmesi için gerekecektir.³⁷⁴

³⁷³ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.47; Cansel/Özel, s.210; Kayar, s.74; Yavuz, s.60; Antalya, s.558; Ayan, s.37; Eren, s.287-288.

³⁷⁴ Meral, s.347.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.1. Hüküm ve Sonuçlar

Sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlemdir. Bu işlem ile devre konu sözleşme sona ermemekte, yenilenmemekte yahut yeni bir borç ilişkisi yaratılmamakta; var olan sözleşmede taraf değişmektedir. Bu taraf değişikliği devreden taraf sıfatı ile devre konu sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarını bir bütün olarak devralana aktarması şeklindedir. Bu işlemden itibaren artık devre konu sözleşmenin tarafı devreden değil devralan olacaktır.

Sözleşmenin devri müessesisiyle devre konu sözleşme devam etmekte, sözleşme sona ermeden devreden taraf sıfatı ile sözleşmeden kaynaklı hak ve borçları devralana geçmektedir.³⁷⁵ Yani sözleşme varlığını sürdürürken taraf değişikliği yapılması söz konusudur. Buradan hareketle sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçları; devrin taraflara etkisi ile devre konu sözleşme ve sözleşmeden kaynaklı hak ve borçlara etkisi olarak açıklanabilir.

3.1.1. Meydana Geldiği An

Devir sözleşmesinin ve dolayısıyla devir işleminin meydana geldiği an devralanın taraf sıfatına ne zaman haiz olacağı ve bununla bağlantılı hak ve borçları kullanma yetkisini ne zaman kazanacağı bakımından önem arz eder.

Genel olarak sözleşmelerin kurulduğu anı açıklamaya yönelik doktrinde pek çok görüş ve teori vardır. Açıklama teorisi kabul beyanının açıklanmasını, gönderme teorisi kabul beyanının gönderildiği anı, varma teorisi kabul beyanının vardıği anı, öğrenme teorisi ise kabul beyanının öğrenildiği anı sözleşmenin kurulma anı olarak kabul eder.³⁷⁶ Kanun koyucu sözleşmenin meydana gelme anını varma teorisine göre kabul beyanının vardıği an olarak kabul etmekten; hüküm ve sonuç doğurma açısından ise gönderme teorisini benimsediği söylenebilir.³⁷⁷

TBK hükümlerine göre hazır olanlar arasındaki sözleşme kabul beyanının açıklanmasıyla, hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının muhataba varmasıyla kurulmuş olur.³⁷⁸ Buna göre kurulmuş olan sözleşme; hazırlar arasında ise kurulduğu andan, hazır

³⁷⁵ Ayrancı, s.115; Bahadır, s.20; Yavuz, s.575.

³⁷⁶ Çayan, s.95; Doğan/Atamulu/Şahan, s.116; Antalya, s.339; Eren, s.261.

³⁷⁷ Kayar, s.64; Eren, s.261-262.

³⁷⁸ Çayan, s.96; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.111; Kayar, s.64; Doğan/Atamulu/Şahan, s.116,117; Adal, s.713; Gezder, Ümit, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler

olmayanlar arasında ise kabul beyanının gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır.³⁷⁹ Kanunda olan bu düzenlemelerin yanında tarafların sözleşmenin kurulacağı yahut hüküm ve sonuç doğuracağı zamanı sözleşme ile belirlemeleri de mümkündür.³⁸⁰

Sözleşmelerin kurulma ve hüküm sonuç doğurma anlarıyla ilgili genel bilgiler verildikten sonra devri sözleşmesindeki durumu ele alalım. Devir sözleşmesinde sözleşmenin meydana geldiği an için öncelikli kıstas taraf iradeleri olmakla beraber; eğer taraf iradeleri bu hususu kararlaştırmamışsa devir sözleşmesinin meydana geldiği anın belirlenmesinde doktrinde iki görüş vardır. Bunlardan biri olan tasarruf teorisi; sözleşmenin devrinin devreden ve devralan arasında anlaşmanın kurulduğu anda meydana geleceğini ve sözleşmede kalanın onayının bu konuda önem arz etmediğini savunmaktadır.³⁸¹ Lakin böyle bir görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Zira kanun hükmünde dahi sözleşmenin devrinin üç taraflı bir müessese olduğu belirtilmişken meydana gelme anında bu üç taraftan biri olan sözleşmede kalanın rızasını hesaba katmamak açıkça yanlıştır.³⁸² Bir diğer teori sözleşme teorisi ise; sözleşmenin her üç tarafını eşit önemde kabul ederek bu üç taraftan iradenin en son beyan edildiği anı kurulma anı olarak kabul etmektedir.³⁸³ Çalışmamız boyunca söz konusu müessese ile ilgili açıklanan hususlar göz önüne alındığında, sözleşme teorisi hem kanuni düzenleme hem de taraf eşitliği prensibine uyarak yerinde bir bakış açısı sunmaktadır.

Devir sözleşmesinin ve dolayısıyla devir işleminin meydana geldiği an bakımından sözleşme teorisinin uygulanması yerinde olacaktır. Rızaların beyan edildiği an ve bu rızaların hazırlar arasında mı yoksa sözleşmede kalanın izni yahut kabulü şeklinde mi olduğu da bu hususta önem arz etmektedir. Devir sözleşmesinin hazırlar arasında olması halinde meydana geldiği an ile ilgili herhangi bir karmaşıklık olmayacaktır. Bu halde öneri ve hemen peşinden kabul beyanı gelecek ve sözleşme en son beyanının açıklandığı an kurulmuş olacaktır.³⁸⁴ Sözleşmenin hazırlar arasında olmaması halinde sözleşmede kalanın önceden izin ya da sonradan onay vermesi mümkündür. Sözleşmede kalanın önceden izin vermiş olması halinde; devir sözleşmesi devralan ve devreden anlaştığı an meydana gelmiş kabul edilir.³⁸⁵ Ancak

(YTBK m.4; m.7; m.8)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınları, 2012, s.35; **Antalya**, s.151,153,339-340; **Ayan**, s.173; **Aydos**, s.44; **Erdoğan**, s.69; **Eren**, s.261-262.

³⁷⁹ **Yavuz**, s.56; **Kayihan/Ünlütepe**, s.105-106; **Antalya**, s.341; **Ayan**, s.173-174; **Aydos**, s.44; **Erdoğan**, s.69; **Eren**, s.262.

³⁸⁰ **Çayan**, s.96.

³⁸¹ **Ayrancı**, s.105,148; **Çayan**, s.97; **Öztürk**, s.273.

³⁸² **Ayrancı**, s.105,149.

³⁸³ **Çayan**, s.97.

³⁸⁴ **Ayrancı**, s.149; **Ayar Birkin**, s.225; **Gezder**, s.44.

³⁸⁵ **Ayrancı**, s.149; **Ayar Birkin**, s.225; **Taşkın/Şahbaz**, s.4984.

bu durumda m.205 hükmünden farklılık arz eden bir durum olarak; UNIDROIT³⁸⁶ (International Institute for the Unification of Private Law / Institut International Pour L'unification Du Droit Prive: Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü) metninde önceden onay veren sözleşmede kalana bildirim yapılması gerektiği ve sözleşmede kalan açısından bu bildirim anından itibaren devrin meydana gelmiş olacağı yönünde düzenlemeler mevcuttur.³⁸⁷ Sözleşmede kalanın önceden rızasını beyan etmesi halinde bir diğer önemli husus devralan ve devreden arasındaki anlaşmadır. Bu anlaşma durumu hazırlar arasındaysa karşılıklı irade beyanlarının açıklanmasıyla kurulur, hüküm ve sonuç doğurur; ancak hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının bulunduğu anda kurulup kabul beyanının gönderilmesiyle hüküm ve sonuç doğuracaktır.³⁸⁸ Devir sözleşmesinde sözleşmede kalanın sonradan onay vermesi de mümkündür. Böyle bir durumda sözleşme en son beyanın yani sözleşmede kalanın onay beyanının verilmesi esas alınacaktır; onay beyanı vardığında sözleşme kurulacak, gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır.³⁸⁹ Özetle desteklediğimiz bu teoriye göre sözleşme üç tarafın da rızası verildiği an devredilmiş olacak; hüküm ve sonuç doğuracaktır.³⁹⁰

3.1.2. Taraflar Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devri sözleşmede taraf değişikliği meydana getiren bir hukuki işlemidir. Sözleşmenin devri müessesesiyle devreden taraf sıfatı ve sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçları devralana geçer. Sözleşmenin devri ile sözleşmede bir taraf değişikliği olmakla beraber bu bağlamda doğurduğu hüküm ve sonuçlar tarafların her biri açısından farklı tezahürlerde karşımıza çıkabileceğinden taraflar ve aralarındaki ilişki için ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

3.1.2.1. Sözleşmede Kalan ile Devreden

Sözleşmenin devrinde devre konu anlaşmada bir taraf değişikliği yapılmaktadır. Devre konu bu sözleşme başlangıçta sözleşmede kalan ve devreden arasında iken sözleşmenin devredilmesiyle devreden taraf sıfatı devralana geçeceğinden artık sözleşme, sözleşmede kalan ve devralan arasında olmuş olur.³⁹¹ Devir işlemi devreden ve sözleşmede kalan

³⁸⁶ <https://www.unidroit.org/> (erişim tarihi: 07.04.2021)

³⁸⁷ Taşkın/Şahbaz, s.4983.

³⁸⁸ Çayan, s.99.

³⁸⁹ Ayranıcı, s.149; Çayan, s.99; Ayar Birkin, s.225; Taşkın/Şahbaz, s.4984.

³⁹⁰ Öztürk, s.273; Ayar Birkin, s.225.

³⁹¹ Ayar Birkin, s.225; Yavuz, s.575-576.

arasındaki ilişkiyi başka herhangi bir işleme gerek olmadan kendiliğinden ileriye dönük olarak sonlandırır.³⁹²

Sözleşmenin devriyle birlikte devreden devre konu sözleşmedeki taraf sıfatı ve sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçları sona erecektir. Bu nedenle de devreden ve sözleşmede kalan arasında devirden itibaren birbirlerine karşı sözleşmeden kaynaklı herhangi bir alacak veya borçtan sorumluluğunun olmayacağı kabul edilir.³⁹³

Kural olarak devreden sözleşmede kalana karşı devre konu sözleşmeden kaynaklı sorumluluğu devir anı itibariyle ortadan kalkar.³⁹⁴ Bundan kasıt devreden; devir anından itibaren artık bu sözleşmede meydana gelecek durumlardan sorumlu olmayacak, haklarını kullanamayacak, yükümlülük altına girmeyecektir. Ancak istisnai olarak devreden sorumluluğu kanun veya taraf iradeleri kaynaklı olarak devam edebilir. Devreden taraf iradi olarak sözleşmeden sorumluluğun devam edeceğini ayrıca taahhüt ederse bu durumda borçlardan devralanla birlikte sorumlu olur.³⁹⁵ Devreden; devralanın borcu için yapacağı garanti, rehin, kefalet sözleşmeleriyle de sorumluluğunun devam etmesini sağlayabilir.³⁹⁶

Devreden sorumluluğunun devam etmesinin kanundan kaynaklandığı hallere iş yeri kirasında kiracı tarafta taraf değişikliği hali verilebilir. Türk Borçlar Kanunu 323/3 hükmünde³⁹⁷ bir durumda devreden kiracının belirli bir süre daha devralanla birlikte sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin devrinde devreden kural olarak devirden sonraki devre konu sözleşme kaynaklı borçlardan sorumlu olmayacak ancak devirden önce doğan borçlardan sorumluluğu da ortadan kalkmayacaktır.³⁹⁸ Bu yüzden de sözleşme öncesi doğan hak ve borçlara ilişkin talep hakları da devredende ve elbette sözleşmede kalanda olmaya devam edecektir.³⁹⁹

3.1.2.2. Sözleşmede Kalan ile Devralan

Sözleşmenin devri müessesesi ile devreden sözleşmedeki taraf sıfatı ile hak ve borçları ferileriyle birlikte bir bütün olarak devralana geçer. Yani devre konu sözleşme sonlanmayacak, ama devir anından itibaren devre konu sözleşmenin sözleşmede kalan dışındaki tarafı devreden değil devralan olacak şekilde devam edecektir.⁴⁰⁰

³⁹² Ayrancı, s.116; Çayan, s.101; Bahadır, s.21; Duman, s.233.

³⁹³ Ayrancı, s.116; Çayan, s.101; Bahadır, s.21; Duman, s.233; Yavuz, s.576.

³⁹⁴ Ayrancı, s.116; Çayan, s.102; Yavuz, s.576.

³⁹⁵ Çayan, s.102.

³⁹⁶ Çayan, s.102.

³⁹⁷ m.323/3: "İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur." Dinç/Bahadır, s.297.

³⁹⁸ Çayan, s.104.

³⁹⁹ Çayan, s.105.

⁴⁰⁰ Ayrancı, s.116; Çayan, s.105; Bahadır, s.21; Yiğit, s.13; Duman, s.233.

Sözleşmenin devriyle artık devre konusu sözleşmenin tarafları sözleşmede kalan ve devralan olacağından sözleşmeden kaynaklı hak ve borçları kullanma yetkisi de onlarda olacaktır. Sözleşmede kalan ile devralanın sözleşmeden kaynaklı hak ve borçlara dair sorumluluğu birbirlerine karşı olacaktır. Devralan; devir anındaki hak ve borçları sahip olacağı gibi devirden sonra sözleşmeden kaynaklı olarak doğacak olan hak ve borçlardan da sorumlu olacaktır.⁴⁰¹

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi devirden sonra olduğu takdirde elbette devralanın sorumluluğunda olacaktır. Devirden önce böyle bir durumun olması halindeyse devralanın sorumluluğu açısından hak ve borçların münferit olarak doğup doğmaması önem arz eder. Sözleşmeden doğan hak ve borçlar; devir anında münferit olarak doğup muaccel olduysa ifanın eksik yapılması veya yapılmaması devralanı etkilemezken; sonuçlardan meydana gelen hak ve borçlar münferit olarak doğmamışsa devralan bu durumlar nedeniyle de hak ve borç sahibi olacaktır.⁴⁰²

Sebepsiz zenginleşme halinde devir durumu da ele alınmalıdır. Sebepsiz zenginleşmede iade alacaklısı ya da borçlusu taraf sıfatını devrederek devir sözleşmesinde devreden konumunda olabilir. Bu şekilde bir taraf değişikliğinin sözleşmenin devrinin meydana gelmesi halinde devirden önce iade talep edilmemiş, edilmiş ise de yerine getirilmemiş ise bu durumdan sorumluluk taraf sıfatıyla birlikte devralana geçecektir.⁴⁰³

Devre konu sözleşmede; sözleşmede kalanın iptal, dönme, feshetme gibi haklarını ortaya çıkaran durumlar olabilir. Bu gibi durumlarda da sözleşmede kalanın bu haklarını ortadan kaldırmaya yönelik bir rızası olmadıkça devirden itibaren devralanla muhatap olacaktır.⁴⁰⁴

Herhangi bir sözleşmede ifa yeri ve yetkili mahkeme hususları genel hukuk prensipleri çerçevesinde taraflarca belirlenebilir veya kanundaki genel kurallar uygulanabilir. Sözleşmenin devri açısından da devre konu sözleşmede ifa yeri ve mahkeme belirlenmişse bu devralan için de geçerli olacak, belirlenmemişse belirlenirken devreden değil devralan dikkate alınacaktır.⁴⁰⁵

3.1.2.3. Devreden ile Devralan

Sözleşmenin devri müessesesinde; üç taraflı bir devir sözleşmesi yapılarak devre konu sözleşmede, devreden taraf sıfatı ve sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçları devralana

⁴⁰¹ Çayan, s.106; Bahadır, s.21; Yavuz, s.576.

⁴⁰² Ayrancı, s.117,119; Çayan, s.106.

⁴⁰³ Ayrancı, s.118; Çayan, s.106-107.

⁴⁰⁴ Çayan, s.107; Yavuz, s.576.

⁴⁰⁵ Ayrancı, s.118-119; Çayan, s.108; Duman, s.234.

aktarılır. Sözleşmenin devri taraf değişikliğine yarar ve bu taraf değişikliği devredeninin yerine devralanın geçmesi şeklindedir; yani taraf değişikliğinin değişen tarafları devreden ve devralandır.⁴⁰⁶

Devredeninin sözleşmede bulunduğu durum, şart ve sözleşmenin niteliği devir ile değişmez, devralan için de aynen geçerli olur.⁴⁰⁷

Devir anından itibaren artık taraf sıfatı devralanda olacağından devirden sonra doğan hak ve borçlardan devredeninin değil devralanın sorumlu olacağı kanun hükmünden ve tanımdan anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin devrinde devralan devredeninin taraf sıfatı ile devre konu sözleşmeden kaynaklı tüm hak ve borçlarını bir bütün halinde devralır. Devir işlemi geleceğe etkili bir işlem olduğu için kural olarak devirden önce doğmuş alacak ve borçlardan devralanın değil devredeninin sorumlu olacağı ancak tarafların aksini kararlaştırabileceği söylenebilir.⁴⁰⁸ Bu durumda taraflar ayrıca kararlaştırmadıkları sürece devirden önce doğmuş borçlardan devralan sorumlu olmayacak, ancak yine de borcu ifa ederse genel kurallar çerçevesinde devredene karşı sebepsiz zenginleşmeye başvurma hakkı saklı olacaktır.⁴⁰⁹

Kural olarak devirden önce doğan hak ve borçlardan devralanın sorumlu olmayacağı, ancak tarafların aksi yönde anlaşarak devralanı sorumluluk altına sokmalarının mümkün olduğundan bahsedilir. Ancak bahsedilen görüşe aykırı bir başka bakış açısı da mümkündür. Bu yaklaşım; devir sözleşmesinde taraf sıfatı ile hak ve borçlar bir bütün halinde devredildiğinden bu hak ve borçları devralan açıkça belirtmedikçe devirden önce doğanları dışarıda bırakacak şekilde bir ayırma tabi tutmak yerine devralanın bu konuyu sınırlandıracak açık bir beyanı bulunmadıkça bir bütün olarak düşünüp sözleşmeye bağlı ve devir kapsamında olan tüm hak ve borçlardan devralanın sorumlu tutulacağı yönündedir.⁴¹⁰ Ancak bahsedilen yaklaşım pek kabul görmemektedir. Zira her ne kadar taraf sıfatı ile hak ve borçlar bir bütün olarak devredilse de söz konusu hususların devralana geçmesi devir anında olur ve devir sözleşmesi geçmişe etkili değildir.⁴¹¹ Buradan hareketle sözleşmenin devriyle; devirden önce doğan hak ve borçların devralanın sorumluluğuna dahil olmasının, taraflar aksi hususta ayrıca anlaşmadıkları sürece mümkün olmadığı söylenmelidir.

⁴⁰⁶ Ayrancı, s.119; Çayan, s.108; Arslanoğlu, s.543; Duman, s.234.

⁴⁰⁷ Çayan, s.108.

⁴⁰⁸ Ayrancı, s.120; Çayan, s.109; Öztürk, s.273; Bahadır, s.21; Yavuz, s.576.

⁴⁰⁹ Ayrancı, s.120; Çayan, s.109; Öztürk, s.273; Bahadır, s.22; Yavuz, s.576.

⁴¹⁰ Arslanoğlu, s.543.

⁴¹¹ Çayan, s.109.

3.1.3. Borç İlişkisi Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devrinin şartları anlatılırken bir borç ilişkisi bulunması gerektiği ve bu borç ilişkisinin de sözleşmeye dayanması gerektiği belirtilmişti. Devir ile taraf sıfatının yanında bahsedilen borç ilişkisinden kaynaklı tüm hak ve borçlar bütün olarak devralana geçer. Devirde hak veya borçların bir kısmı değil tamamı devre konu olur ki buna ferileri, talileri gibi asıl hak ve borçlara bağlı olanlar da dahildir.⁴¹²

Sözleşmenin devri müessesesi bahsedildiği gibi devre konu sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisindeki tarafı değiştiren, hak ve borçları devralana geçiren bir işlemdir. Bu sebeple etkilediği asli ve ferî haklar ile borç ilişkisi bakımından da sonuçlarını incelemek gerekecektir.

3.1.3.1. Alacak Haklarının Durumu

Sözleşmenin devri devre konu sözleşmeye dayanan borç ilişkisinde tarafın değişmesi ile devreden bundan kaynaklı hak ve borçlarının devralana aktarılmasına neden olur. Borç ilişkilerinde alacaklı ile borçlu tarafları ve bunun bir getirisi olarak da alacak ve borç unsurları karşımıza çıkar. Sözleşmenin devri ile borç ilişkisinin tarafı değişirken, borcu kimin ifa edeceği ya da alacağı isteme hakkının kimde olduğu gibi hususlar da etkileneceği için çalışma konusu müessesenin alacak gibi temel haklara etkisi incelenmelidir.

Borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlu tarafları mevcuttur. Kural olarak her alacak hakkı beraberinde talep yetkisini de getirir, ancak talep olan her durum alaktan kaynaklanmak zorunda değildir.⁴¹³ Buna göre alacaklı alacağının ifasını borçludan talep edebilir.

Sözleşmenin devriyle, devre konu sözleşmeye dayalı borç ilişkisindeki taraflardan biri değişecektir. Bu değişimde devreden taraf sıfatını ve bundan kaynaklı tüm hak ve borçlarını devralana devredecektir. Bu devirden sonra devreden artık sözleşmenin tarafı olmayacak, sözleşmede devralan yer alacaktır. Söz konusu hak ve borçlar devir anından itibaren devralanın sorumluluğunda olacaktır. Alacak hakkı da bahsedilen bu haklardan olabilir; böyle bir durumda alacak hakkının akıbetinin belirlenmesinde ne zaman doğduğu ve sona erip ermediği hususları önem arz edecektir.

Alacak hakkı sözleşmenin devredilmesinden önce doğmuş ve yine sözleşmenin devredilmesinden önce sona ermiş ise; devir sona ermiş olan alacak hakkında herhangi bir değişikliğe sebep olmayacaktır.⁴¹⁴ Zira sözleşmenin devri müessesesi ile hak ve borçların devralana geçmesi geçerli ve mevcut haklar bakımından mümkün olacaktır.

⁴¹² Çayan, s.109; Kayıhan/Ünlütepe, s.416.

⁴¹³ Çayan, s.110; Antalya, s.70,77; Erdoğan, s.23; Eren, s.77.

⁴¹⁴ Çayan, s.111; Ayar Birkin, s.227.

Alacak hakkı sözleşmenin devrinden önce doğmuş ancak devir esnasında henüz sona ermemiş de olabilir. Bu durumda doktrinde alacak hakkının devreden veya devralanın sorumluluğunda olması bakımından farklı iki görüş olduğu söylenebilir. Doktrindeki bir görüş; TBK m.205 hükmünün taraf sıfatıyla beraber tüm hak ve borçların devredileceğini düzenlediğini ve alacak hakkının da bu hak ve borçlardan olduğu için devirden itibaren devralanın sorumluluğunda olacağını savunur.⁴¹⁵ Bir diğer görüş ise alacak hakkının devreden sorumluğunda kalacağını, zira devrin geleceğe etkili olduğunu ve devirden sonra doğan hususları kapsadığını, geçmişe etki etmeyeceği için de devirden önce doğan alacak hakkını devralana geçirmeyeceğini savunur.⁴¹⁶

Alacak hakkı sözleşmenin devrinden sonra doğmuş ise devralanın sorumluluğunda olacağı açıktır.⁴¹⁷

Ele alınması gereken bir diğer ihtimal ise sözleşmenin devrinden önce alacak haklarına yönelik bir tasarruf işlemi yapılmış olması durumudur. Eğer bu tasarruf işlemine konu alacak hakkı sözleşmenin devrinden önce doğmuş ise; doktrinde kabul edilen görüşe göre devirden etkilenmeyecek zira devreden sorumluğunda olacak; bir diğer görüşe göre ise alacak hakkı devirden önce de doğsa devralana geçecektir.⁴¹⁸

Doktrinde asıl tartışma ise böyle bir tasarruf işlemi yapılması halinde alacak hakkının devir sözleşmesinden sonra doğmuş olması ihtimali etrafındadır. Doktrindeki baskın görüşe göre sözleşmenin devri de bir tasarruf işlemidir; alacak hakkına yönelik tasarruf işlemi öncelik ilkesi gereği daha önce yapıldığı için geçerli olacak, devir işlemi de gerçekleşecek ancak alacak hakkı devrin kapsamında olmayacaktır.⁴¹⁹ Doktrindeki diğer görüşe göre ise sözleşmenin devri söz konusu olduğunda öncelik ilkesi uygulanmayarak devir geçerli sayılacak ve alacak hakkı üzerinde yapılmış tasarruf devir anından itibaren geçersiz kabul edilecektir.⁴²⁰ Ancak bu görüş alacak hakkı üzerindeki tasarruf işlemi ortadan kaldırırken bu işlemde hak kazananların rızasını aramaması ve onlar bakımından hak kaybına neden olması bakımından eleştirilmektedir.

Sözleşme serbestisi kapsamında; tarafların alacak hakkının geçerli olacağını yahut kimin sorumluluğunda olacağını düzenleyebilmelerinin de mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

⁴¹⁵ Çayan, s.111.

⁴¹⁶ Çayan, s.111; Ayar Birkin, s.227; Taşkın/Şahbaz, s.4985-4986.

⁴¹⁷ Ayrancı, s.122; Çayan, s.111; Ayar Birkin, s.227; Taşkın/Şahbaz, s.4985.

⁴¹⁸ Ayrancı, s.122; Çayan, s.112; Taşkın/Şahbaz, s.4986.

⁴¹⁹ Çayan, s.112; Taşkın/Şahbaz, s.4993. Baskın görüşe yönelik; birlik değil kombinasyon teorisini esas alıyor izlenimi verdiği ve sözleşmenin devrinin taraf sıfatına ilişkin hak ve borçlar bakımından bütünlük sağlaması gerekirken bu görüşün alacak hakkını bu kapsamdan çıkartabileceği gerekçeleriyle eleştiriler mevcuttur. Bu yöndeki ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ayrancı, s.122-123.

⁴²⁰ Ayrancı, s.124; Çayan, s.113; Taşkın/Şahbaz, s.4993.

3.1.3.2. Yenilik Doğuran Hakların Durumu

Yenilik doğuran haklar kullanılmasıyla bir hukuki durumu kuran, değiştiren veya sona erdiren haklardır.⁴²¹ Yenilik doğuran haklar; sözleşmeden ya da kanundan doğması fark etmeksizin kural olarak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile kullanılsa da istisnai olarak dava açmadan kullanılamayanlar da vardır.⁴²² Yenilik doğuran haklar şarta veya koşula bağlanamayacağı için böyle bir şart veya koşul olması halinde de hakkın kullanılması hukuken sonuç doğurmayacaktır.⁴²³

Devir anında ve devir sonrasında mevcut olan yenilik doğuran haklar kural olarak bu devre tabidir.⁴²⁴ Eğer yenilik doğuran hak sözleşmenin değil alacağın bir parçası yani alacağına bağlı bir yenilik doğuran hak ise; bu hakkın devri alacak hakkının devre dahil olup olmamasına bağlıdır.⁴²⁵ Yani alacak hakkı devrin bir parçasıysa alacağına bağlı yenilik doğuran hak da devrin bir parçası olacaktır. Alacak hakkının devirdeki durumu yukarıdaki başlıklarda anlatılmış olup burada tekrar anlatılmayacaktır.

Yenilik doğuran hakların bizzat sözleşmeden kaynaklanması mümkündür. Bu şekildeki sözleşmeden kaynaklı yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri ile devre konu olup olmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş bu durumu yenilik doğuran hakkın sözleşmenin kuruluş ya da ifa aşamasında olması ayrımına göre çözmeye çalışırken; bir diğer görüş yenilik doğuran haktan etkilen kişinin devreden ya da devralan olması ayrımına göre çözmeye çalışmıştır. İlk görüşe göre sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hak kuruluş aşamasındaysa devre konu olamayacak ama ifa aşamasında ise devrin parçası olabilecektir.⁴²⁶ İkinci görüşe göre ise; eğer sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakkın kullanılmasından etkilenen devreden ise yenilik doğuran hak devre konu olmayacak, etkilenen devralan ise bu hak devrin bir parçası olacaktır.⁴²⁷

Bazı yenilik doğuran haklar doğrudan doğruya sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı olabilir; o halde bu haklar sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ile beraber devralana geçecek ve devrin bir parçası olacaktır.⁴²⁸ Fesih, iptal gibi haklar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak burada taraf sıfatına bağlı haklardan bahsedilmektedir; şahsa bağlı haklardan değil.

⁴²¹ Ayrancı, s.126; Taşkın/Şahbaz, s.4997; Doğan/Atamulu/Şahan, s.70; Antalya, s.87; Aydos, s.34; Eren, s.61.

⁴²² Ayrancı, s.125,126; Çayan, s.114-115; Taşkın/Şahbaz, s.4997; Eren, s.66.

⁴²³ Çayan, s.115-116; Taşkın/Şahbaz, s.4997; Eren, s.69.

⁴²⁴ Ayrancı, s.131; Çayan, s.116; Ayar Birkin, s.228; Taşkın/Şahbaz, s.4998; Arslanoğlu, s.543; Duman, s.229; Aydos, s.187-188; Eren, s.69,255; Oğuzman/Öz, s.617.

⁴²⁵ Çayan, s.117; Ayar Birkin, s.228; Ayrancı, s.130,131; Taşkın/Şahbaz, s.4998.

⁴²⁶ Ayrancı, s.132; Çayan, s.119-120.

⁴²⁷ Ayrancı, s.132; Çayan, s.120.

⁴²⁸ Ayrancı, s.127,131,132-133; Çayan, s.122; Ayar Birkin, s.228; Taşkın/Şahbaz, s.4998.

Zira şahsa sıkı sıkıya bağlı yenilik doğuran haklar tarafın şahsından kaynaklandığından sözleşmenin devriyle beraber devralana geçmeyecektir.⁴²⁹

Oluşması için bir borç ilişkisi gerekmeyen bağımsız yenilik doğuran haklar tek başlarına devredilebileceği gibi sözleşmenin devriyle aktarılması da mümkündür.⁴³⁰ Oluşması için bir borç ilişkisi gereken bağımlı yenilik doğuran haklar ise tek başına devredilememekte ama bağlı olduğu sözleşmenin devriyle birlikte aktarılabilir.⁴³¹

3.1.3.3. Def'i ve İtirazların Durumu

Bir borç ilişkisinde edimi ifa etmesi gereken borçlunun buna karşın itiraz veya def'ileri kullanabilmesi de mümkündür.

Def'i borçlunun; borcun varlığını kabul etmekle beraber özel bir sebeple ifadan kaçınabilmesine olanak sağlayan bir haktır. Günümüz borç ilişkilerinde ödemezlik def'i, zamanaşımı def'i ve benzeri def'iler sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. İtirazda borçlu; borcun varlığını veya mevcudiyetini kabul etmeyerek ifadan kaçınabilir. Def'i ile itiraz her ne kadar ikisi de ifadan kaçınmayı sağlasa da birbirine karıştırılmamalıdır. Öyle ki def'ide borçlu borcun veyahut alacaklının hakkının varlığını kabul etmekte ancak zamanaşımı gibi özel sebeplerle ifadan kaçınmakta iken itirazda borçlu böyle bir hakkın varlığını kabul etmemektedir.⁴³² Bu bakımdan her ne kadar her ikisi de borçluyu ifadan kurtarmaya yönelik görünse de dayandıkları temel bakımından tamamen farklı müesseseler olarak yer almaktadırlar.

Def'i veya itiraz haklarına sahip borçlunun devreden konumunda olduğu sözleşmenin devri işlemi açısından def'i ve itirazlar incelendiğinde bakılması gereken bazı hususlar vardır. Öncelikle def'i ve itirazların sözleşmenin devrinde gündeme gelebilmesi için elbette devre konu sözleşmedeki borç ilişkisinden kaynaklanıyor olmalıdır.⁴³³ Bu durum sözleşmenin devrinin tanımında da belirttiğimiz sözleşmedeki taraf sıfatının ve bundan kaynaklı hak ve borçların bir bütün olarak aktarılması hususundan açıkça anlaşılmaktadır. Belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise def'i ve itirazların sözleşmenin devrine dahil olmaları için devir işleminden önce doğmuş olmaları gerekmektedir.⁴³⁴ Bu husus ise devre konu hak ve borçların mevcut ve geçerli olması gerektiği, devir anında mevcut olmayan hakların kural olarak devir dışı olduğu kuralından rahatlıkla anlaşılabılır.

⁴²⁹ Öztürk, s.274; Ayar Birkin, s.228; Taşkın/Şahbaz, s.4997; Antalya, s.88.

⁴³⁰ Ayrancı, s.128,130; Çayan, s.123.

⁴³¹ Ayrancı, s.131; Çayan, s.123.

⁴³² Ayrancı, s.145; Çayan, s.124; Doğan/Atamulu/Şahan, s.70; Kayıhan/Ünlütepe, s.49-50; Antalya, s.93; Aydos, s.33; Erdoğan, s.29-30; Eren, s.71,7274,75.

⁴³³ Ayrancı, s.145; Çayan, s.125.

⁴³⁴ Ayrancı, s.145; Çayan, s.125; Ayar Birkin, s.228.

Kaynağını devre konu sözleşmeden almak ve devirden önce doğmuş olma kaydıyla def'i veya itirazların devredenin şahsından doğmuş olması devredilmeleri açısından herhangi bir sıkıntıya neden olmayacaktır.⁴³⁵

Konusu eksik borç olan sözleşmelerin de devredilebileceğini önceden belirtmiştik. Eksik borç zamanaşımı nedeniyle olabilir. Bu durumda sözleşmenin devrinin borcun eksik borç olması hususunu değiştirmeyeceği ve zamanaşımı def'inin de sözleşmenin devrine dahil olacağına bir şüphe yoktur.⁴³⁶

Def'ilerin sözleşmenin devrine dahil olmasıyla ilgili öncelikli ifadan kaçınma def'i ele alınabilir. Öncelikli ifadan kaçınma def'i; eğer taraflardan birinin edimini ifa edeceği hususu tehlike altındaysa diğer taraf öncelikli ifadan kaçınarak önce tehlikede olan edimin ifasını isteyebilir şeklinde açıklanabilir.⁴³⁷ Bu def'inin sözleşmenin devrine konu olmasında ikili bir ayrıma gidilmelidir. Buna göre eğer ifası tehlikede olan edim sözleşmede kalan ise yani bu def'i hakkı devredene ait ise bu def'i hakkı devrin parçası olarak devralana geçecek; ancak ifası tehlikede olan devreden yani bu hak sözleşmede kalana ait ise bu tehlike sözleşmeyi devralanın şahsı bakımından da mevcut olmaya devam etmeyeceği için devrin bir parçası olmayacak yani devralana karşı kullanılamayacaktır.⁴³⁸

Def'i veya itirazların sözleşmenin devrine konu olabilmesi; devre konu sözleşmeden kaynaklanmalarına ve devirden önce doğmuş olmalarına bağlıdır.⁴³⁹ Tarafların devre konu sözleşmeden kaynaklanmayan def'i ve itirazlarının da devre dahil olacakları yönünde anlaşmaları mümkün değildir, böyle bir anlaşma yapılırsa dahi geçersiz olacaktır.⁴⁴⁰

3.1.3.4. Diğer Feri Hakların Durumu

Sözleşmenin devriyle birlikte devredenin sahip olduğu taraf sıfatı ve bu sığata bağı tüm ferî haklar kural olarak devralana geçer.⁴⁴¹ Bu açıdan bakıldığında kefalet, rehin, garanti gibi teminat hakları için de bu kural geçerli olacak ve sözleşmenin devriyle birlikte bu hakların da devri kural olarak mümkün olabilecektir.⁴⁴²

Teminatın sözleşmenin devrinden etkilenmesini sözleşmede kalan ya da devreden lehine olması bakımından ayrı ayrı incelemek daha doğru olacaktır. Sözleşmede kalan lehine teminat; kendisi, üçüncü kişi yahut devreden tarafından verilmiş olabilir. Söz konusu hallerin

⁴³⁵ Ayrancı, s.145; Çayan, s.125.

⁴³⁶ Çayan, s.126; Taşkın/Şahbaz, s.4999-5000.

⁴³⁷ Taşkın/Şahbaz, s.5000.

⁴³⁸ Çayan, s.127; Taşkın/Şahbaz, s.5000.

⁴³⁹ Ayrancı, s.145; Ayar Birkin, s.228.

⁴⁴⁰ Çayan, s.129.

⁴⁴¹ Taşkın/Şahbaz, s.4989.

⁴⁴² Ayrancı, s.147; Çayan, s.129; Taşkın/Şahbaz, s.4989.

hepsinde sözleşmenin devri teminatı ortadan kaldırmayacak ve sözleşmede kalan lehine verilmiş olan teminat geçerli olmaya devam edecektir.⁴⁴³ Burada belirtmek gerekir ki devreden tarafından sözleşmede kalan lehine verilmiş olan teminatların sözleşmenin devriyle sona ereceği yanılıgısına kapılmamak gerekir. Zira sözleşmede kalan sözleşmede yer almaya ve haklarını kullanmaya devam edebilecektir. Devredenin asıl sözleşmeyi devretmesi durumu değiştirmeyecek teminat veren üçüncü kişi olduğundaki gibi verdiği teminat devam edecektir.⁴⁴⁴

Devreden lehine verilmiş teminat devredenin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olabilir. Devreden kendi lehine verdiği teminat kural olarak asıl sözleşmenin devriyle beraber devralana geçebilecektir.⁴⁴⁵ Devreden lehine üçüncü kişinin verdiği teminatların sözleşmenin devri halinde akıbeti ile ilgili doktrinde iki görüş vardır. Bir görüşe göre sözleşmenin devrinin amacı taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hakları devretmek olduğu için üçüncü kişi tarafından devreden lehine verilen teminatlar; üçüncü kişinin rızası aranmaksızın asıl sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçebilecektir.⁴⁴⁶ Diğer görüşe göre ise teminat verilirken teminat verenin saikinin oluşmasında lehine teminat verilen kişinin özellikleri de etkilidir. Bu yüzden asıl sözleşmenin devri halinde üçüncü kişinin devreden lehine verdiği teminatın devralana geçip geçmemesi üçüncü kişinin rızasına bağlı olacaktır.⁴⁴⁷ Kanımca üçüncü kişinin haklarını da koruduğu ve onu istemediği bir hukuki ilişkiye mecbur bırakmadığı göz önüne alınarak devreden lehine üçüncü kişi tarafından verilen teminatın sözleşmenin devriyle devralana geçebilmesi için üçüncü kişinin rızasının aranması yerinde olacaktır.

Teminat verenin devralan olduğu duruma ayrıca değinmek gerekir. Devralan tarafından verilmiş teminatlar teminat verenin ayrıca bu hususta rızasına gerek kalmadan sözleşmenin devrine dahil olacaktır.⁴⁴⁸

Bu konuda incelenmesi gereken son husus eğer feri hakka ilişkin kanun koyucu kefalette olduğu gibi özel bir şekil şartı öngörmüş ise; bu şekil şartının söz konusu feri haktan dolayı sözleşmenin devrinde de aranması gerekebileceğidir.⁴⁴⁹ Kefaletle ilişkin düzenlemelerde kefil olabilmek için eşin rızası aranmış ancak TBK m.584 hükmünde kefalet sözleşmesinde sonradan bazı değişiklikler yapılması için eşin rızası aranmayacağı

⁴⁴³ Ayrancı, s.147; Çayan, s.129; Taşkın/Şahbaz, s.4989.

⁴⁴⁴ Ayrancı, s.147; Taşkın/Şahbaz, s.4989.

⁴⁴⁵ Çayan, s.129.

⁴⁴⁶ Çayan, s.130.

⁴⁴⁷ Ayrancı, s.148; Çayan, s.129; Ayar Birkin, s.229; Taşkın/Şahbaz, s.4990.

⁴⁴⁸ Taşkın/Şahbaz, s.4991.

⁴⁴⁹ Öztürk, s.276; Taşkın/Şahbaz, s.4990

düzenlenmiştir.⁴⁵⁰ Bu düzenlemenin sözleşmenin devrindeki kefalet durumu için uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmaya açıktır. Bu konuda eşin rızasını arayan ve aramayan görüşleri doğrudan kabul etmek yerine; devralanın devredene göre borcu ödeme bakımından daha güçlü olması halinde kefalet verenin eşinin rızasının aranmaması gerektiği, diğer hallerde ise yapılan devrin kefalet açısından önemli bir değişiklik olup olmamasına göre kefalet verenin eşinin rızasının aranıp aranmayacağına karar verilmesi daha hakkaniyetli olacaktır.⁴⁵¹

Garanti sözleşmeleri kural olarak asıl borçtan bağımsız bir borç altına girilmekte ve dolayısı ile aslında bu tam anlamıyla bir ferî hak olarak geçmemektedir.⁴⁵² Ancak kefalet bezer nitelik göstermesi nedeniyle kıyasa gidilebilecek ve devreden için garanti verenin garanti borcunun sözleşmenin devri ile beraber devredilebilmesi için garanti verenin ve hatta varsa eşinin rızasının aranması gerektiği sonucuna varılabilecektir.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Taşkın/Şahbaz, s.4990.

⁴⁵¹ Taşkın/Şahbaz, s.4990-4991.

⁴⁵² Taşkın/Şahbaz, s.4992.

⁴⁵³ Taşkın/Şahbaz, s.4992.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEVRİ HALLERİ

4.1. Kira Sözleşmesinin Devri

Kira sözleşmesi TBK m.299⁴⁵⁴ ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Kira sözleşmesi; kiraya veren ve kiracı olmak üzere iki tarafı bulunan, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir.⁴⁵⁵ Kira sözleşmesi kiraya veren ve kiracının anlaşması ile kurulur, bu anlaşmanın kira konusu kiralanan ve kira bedeli esaslı unsurlarını da içermesi gerekir.⁴⁵⁶

Kira sözleşmesi konusu itibariyle taşınır veya taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilmektedir. Kira sözleşmesi satıştan farklıdır; zira kullandırma amacıyla yapılır, zilyetlik devredilse de mülkiyet devredilmeyecektir.⁴⁵⁷

Kira sözleşmesi ile kiraya verenin ana yükümlülüğü kiralananın kullanılmasını veya kullanılması ve faydalanılmasını sağlamak; kiracının ana yükümlülüğü ise karşılığında kira bedeli olarak genellikle ücret ödemektir.⁴⁵⁸ Bu bakımdan kira sözleşmesi karşılıklı her iki taraf da borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir ve borçlandırıcı işlem niteliğindedir.⁴⁵⁹ Kiraya verenin ana yükümlülüğü kiralananın kullanılmasını sağlamak olmakla birlikte bunun yanında TBK m.301 ve devamı hükümlerinde⁴⁶⁰ de belirtildiği gibi teslim, vergi yükümlülüklerinden sorumluluk, ayıplardan sorumluluk ve benzeri yükümlülükleri de mevcuttur. Kiracının ise ana yükümlülüğü kullanma karşılığında kira bedeli ödemek olmakla birlikte bunun yanında TBK m.313 ve devamı hükümlerinde⁴⁶¹ de belirtildiği gibi özenle kullanma, temizlik ve bakım giderlerine katlanma, ayıpları bildirme ve benzeri yükümlülükleri de mevcuttur.

⁴⁵⁴ M.299: “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” **Dinç/Bahadır**, s.280.

⁴⁵⁵ **Çayan**, s.139; **Kayar**, s.287; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s.410,402; **Aydoğdu/Kahveci**, s.363.

⁴⁵⁶ **Aydoğdu/Kahveci**, s.360.

⁴⁵⁷ **Aydoğdu/Kahveci**, s.346.

⁴⁵⁸ **Çayan**, s.139; **Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s.401; **Kayar**, s.287; **Yavuz**, s.845.

⁴⁵⁹ **Aydoğdu/Kahveci**, s.346,363; **Kayar**, s.287.

⁴⁶⁰ Kanun koyucu kiraya verenin borçlarını “C. Kiraya Veren Borçları” başlığında ayrıca açıklamıştır. Buna göre; teslim borcu (m.301), vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma borcu (m.302), yan giderlere katlanma borcu (m.303), ayıptan sorumluluk (m.305 ve devamı), üçüncü kişinin ileri sürdüğü haklar sebebiyle sorumluluk (m.309 ve devamı) da kiraya verenin borçları olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

⁴⁶¹ Kanun koyucu kiracının borçlarını “D. Kiracının Borçları” başlığında ayrıca açıklamıştır. Buna göre; kira bedelini ödeme borcu (m.313), özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu (m.316), temizlik ve bakım giderlerini ödeme borcu (m.317), ayıpları kiraya verene bildirme borcu (m.318), ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma borcu (m.319) kiracının borçları olarak kanun koyucu tarafından belirtilmiştir.

Kira sözleşmesinde kiracı veya kiraya veren taraflardan her biri; tek kişi olabileceği gibi birden çok gerçek veya tüzel kişiden de meydana geliyor olabilir.⁴⁶²

Sözleşme ve şekil serbestisi ilkeleri gereği kira sözleşmesi kanundaki bazı istisnalar hariç olmak üzere kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir.⁴⁶³ Ancak şekil şartı olmaması ve bu nedenle sözlü şekilde yapılmış olması durumunda bu durumun geçerliliğine engel olmasa da ispat konusunda zorluklara neden olabileceği söylenmelidir.

Sözleşmenin devri TBK 205 hükmünde genel olarak düzenlenmiş olmakla beraber özel düzenlemeler saklı tutulmuştur. Kira sözleşmesinde sözleşmenin devri söz konusu olduğunda 205 hükmünün yanında Türk Borçlar Kanunu'nda kira ilişkisinin devrini düzenleyen m.323 hükmü⁴⁶⁴ de dikkate alınmalıdır.

Kira sözleşmesinin devrini kanun koyucu yasaklamamış aksine özel hüküm koyarak bizzat imkân tanımıştır. İş bu imkân taşınır kiralalarında, taşınmaz kiralalarında, konut ve çatılı iş yeri kiralalarında mevcuttur.⁴⁶⁵ Aynı konuyu düzenleyen genel ve özel hüküm bulunduğu kural olarak özel hüküm öncelikli olarak uygulanır. Bu kuraldan hareketle kira sözleşmesinin devri söz konusu olduğunda m.205 hükmü genel m.323 hükmü özel düzenleme olduğu için öncelikli olarak TBK m.323 hükmüne gidilecek; eksik kalan hususlar için ise TBK m.205 hükmü uygulanabilecektir.⁴⁶⁶ Geçerli bir kira sözleşmesinin devri için bu devrin her iki hükme de aykırı olmaması gerekir.

Kira sözleşmesinin devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi öncelikle TBK m.205 hükmüne uygun olmasına ve sözleşmenin devrinin genel şartlarını sağlamasına bağlıdır. Söz konusu şartlar; geçerli ve mevcut bir sözleşme olması, sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi bulunması, borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması, devir sözleşmesi olması ve bu devir sözleşmesinin tüm hak ve borçları kapsaması şeklinde sayılabilir. Kira sözleşmesinin devri için TBK m.323 hükmünde özel düzenlemenin yanında sözleşmenin devrine dair iş bu genel şartlar da sağlanmalı ve m.205 hükmü de dikkate alınmalıdır.

TBK m.323 hükmü kira sözleşmesinin devrini kiracının devreden olması halinde düzenlemiştir. Buna göre devrin tarafları; devreden kiracı, devralan üçüncü kişi ve

⁴⁶² Aydoğdu/Kahveci, s.348,349.

⁴⁶³ Aydoğdu/Kahveci, s.364; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.405; Kayar, s.288. Örneğin; kamu tüzel kişilerinin kiraya veren olması halinde yazılı şekil ve noter tasdiği, patent hakkında yazılı şekil aranmıştır.

⁴⁶⁴ m.323: “Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz.

Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur.

İşyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.” Dinç/Bahadır, s.297

⁴⁶⁵ Çayan, s.139,140; Aydoğdu/Kahveci, s.501.

⁴⁶⁶ Çayan, s.139; Aydoğdu/Kahveci, s.500; Yiğit, s.22; (Erol) Durak, s.154; Canarslan, s.118; Yavuz, s.894.

sözleşmede kalan kiraya veren şeklinde açıklanabilir.⁴⁶⁷ Sözleşmenin devrinde sözleşmede kalanın rızası aranır. Kural olarak TBK m.205 hükmüne göre bu rızanın önceden izin ya da sonradan onaylama şeklinde olması rızayı geçersiz kılmamaktadır. Bu husus kira sözleşmesinin devri için de geçerlidir. TBK 205 hükmü sözleşmenin devrinin geçerliliğini devredilen sözleşmenin şekline bağlamış ancak sözleşmede kalanın rızası ile ilgili bir şekil şartı koymamıştır.⁴⁶⁸ Ancak TBK m.323 hükmündeki özel düzenleme sözleşmede kalanın yani kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin devre ilişkin rızasının yazılı olmasını şart koşturmuştur.⁴⁶⁹ Buna göre özel düzenleme ve genel düzenleme olarak ele alındığında özel düzenlemeye öncelik verilecek ve kira sözleşmesinin devrinde sözleşmede kalan kiraya verenin rızasının yazılı olması aranacaktır ancak bu durum devrin diğer taraflarının rızası açısından da bir şekil şartı olduğu anlamına gelmeyecektir.⁴⁷⁰ Kira sözleşmesinin sözlü ya da yazılı olması fark etmeksizin sözleşmeden kalanın rızası yazılı olmalıdır.⁴⁷¹ Rızanın yazılı olması şeklinde şekil şartı için doktrinde bir fikir birliği yoktur; geçerlilik şekli olduğu yönünde görüşler ve ispat şekli olduğu yönünde görüşler mevcuttur.⁴⁷² TBK m.205 hükmüne göre sözleşmenin devrinde sözleşmede kalanın rızası zorunlu olmakla birlikte sözleşmede kalan bu rızayı gösterip göstermemekte serbesttir; oysa TBK m.323 hükmü iş yeri kiralari için sözleşmenin devrinde kiraya verenin haklı bir sebebi olmadıkça rıza göstermesini şart koşarak bu serbestiye istisna getirmiştir.⁴⁷³ Sözleşmede kalan kiraya verenin rızasının yazılı olması şartı özel hükümlerde düzenlenmiş ancak rızanın ne zaman verilmesi gerektiği özel hükme bağlanmamıştır. Bu nedenle genel hükümlere gidilecek ve rızanın önceden izin, sonradan onay yahut sözleşmenin devri esnasında verilebileceği kabul edilecektir.⁴⁷⁴

Bahsedilen şartlar sağlandığında kira sözleşmesinin devri sağlanmış olur. Devir ile birlikte kiracı sözleşmedeki taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak ve borçları üçüncü kişiye devrederek asıl sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve asıl sözleşme sözleşmede kalan kiraya veren ile devralan üçüncü kişi arasında devam eder.⁴⁷⁵ Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmeden önce doğmuş hak ve borçlar sona ermiş yahut devam ediyor olsun devreden kiracının olmaya devam edecek ve devralana geçmeyecektir.⁴⁷⁶ Devirden sonra ortaya çıkan hak ve borçlar artık devreden kiracıyı değil; devralanı ve sözleşmede kalan kiraya vereni

⁴⁶⁷ Çayan, s.140; Taşkın/Şahbaz, s.5014; Canarslan, s.118.

⁴⁶⁸ Taşkın/Şahbaz, s.5014.

⁴⁶⁹ Aydoğdu/Kahveci, s.502; (Erol) Durak, s.155; Taşkın/Şahbaz, s.5014.

⁴⁷⁰ (Erol) Durak, s.154; Taşkın/Şahbaz, s.5014.

⁴⁷¹ Çayan, s.141; (Erol) Durak, s.156.

⁴⁷² Aydoğdu/Kahveci, s.502; (Erol) Durak, s.156.

⁴⁷³ Çayan, s.141; Aydoğdu/Kahveci, s.502; (Erol) Durak, s.157; Taşkın/Şahbaz, s.5015.

⁴⁷⁴ Öztürk, s.280; (Erol) Durak, s.155-156.

⁴⁷⁵ Öztürk, s.281; Aydoğdu/Kahveci, s.503; (Erol) Durak, s.158,161.

⁴⁷⁶ Çayan, s.142.

ilgilendirir. Ancak TBK m.323 hükmü işyeri kiralalarıyla ilgili bu genel kurala istisna getirerek işyeri kira sözleşmesinin devrinde kiracının devralanla beraber sorumlu olabilmesine imkân tanımıştır.⁴⁷⁷ Genel özel hüküm ayrımından dolayı şartların sağlanması halinde iş yeri kiralalarının devrinde genel kuralın aksine devreden kiracı iki yıl daha devralanla beraber müteselsil sorumlu olmaya devam edebilecektir.⁴⁷⁸

Kiralanın el değiştirmesini düzenleyen TBK m.310 hükmü⁴⁷⁹ de ayrıca ele alınmalıdır. Kanun koyucu bunu sözleşmenin devri olarak adlandırmamış ve bu isimde düzenlememiştir. Ancak kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiralanan çeşitli sebeplerle el değiştirirse yeni malikin kira sözleşmesine ileriye etkili olarak taraf olacağını da belirtmiştir.⁴⁸⁰ Yeni malik kendiliğinden sözleşmenin tarafı olacaktır ve buna yönelik irade beyanı aranmamıştır.⁴⁸¹ Kanun koyucu eski malikin sözleşmenin tarafı olarak kalıp kalmayacağı konusunda açık bir düzenleme yapmamıştır; dolayısıyla bunun sözleşmenin devri sayılmayacağı kabul edilebilir. Bir başka bakış açısıyla ise yeni malikin sözleşmenin tarafı olması halinde eski malik sözleşmenin tarafı olmaktan çıkacak ise bu durum sözleşmede taraf değişikliği doğuracak ve sözleşmenin devrinin bir başka görünüşü sözleşmenin kanuni devri olacaktır.⁴⁸² Kanımca kanun koyucu kira sözleşmesinin iradi devrini ayrıca düzenlemiş ve bunu kiracının devreden olduğu hal ile sınırlı tutmuş olduğu için TBK 310 hükmünün sözleşmenin iradi devri olmadığı ancak sözleşmenin kanuni devri haline örnek oluşturduğu kabul edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki iradi devirde taraf rızaları ve iradeleri esas iken TBK m.310 hükmünde de görülen kanuni devri de devri kanundan doğan bir zorunlulukla yapılır ve sözleşmede kalanın rızası aranmaz.

4.2. Satış Sözleşmesinin Devri

Satış sözleşmesi TBK m.207 hükmü⁴⁸³ ve devamında tanımlanıp düzenlenmiştir. Buna göre satış sözleşmesi alıcı ve satıcı arasında; satıcının satışa konu şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devrettiği, alıcının ise karşılığında bir bedel ödediği tam iki tarafa borç yükleyen

⁴⁷⁷ Taşkın/Şahbaz, s.4987,5014.

⁴⁷⁸ Çayan, s.143; (Erol) Durak, s.161; Taşkın/Şahbaz, s.5014.

⁴⁷⁹ m.310: “Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.

Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır.” Dinç/Bahadır, s.287.

⁴⁸⁰ Aydoğdu/Kahveci, s.409,504; Kayar, s.293.

⁴⁸¹ Aydoğdu/Kahveci, s.412.

⁴⁸² Öztürk, s.266.

⁴⁸³ m.207: “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.

Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler.

Durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir.” Dinç/Bahadır, s.211.

sinallagmatik bir sözleşmedir.⁴⁸⁴ Satışın karşılıklı olarak her iki taraf için de borç doğurması onun ivazlı bir sözleşme olduğunu gösterir.

Satış sözleşmesinin rızai bir sözleşme olmasının bir sonucu olarak kurulabilmesi için alıcı ve satıcının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına ihtiyaç vardır.⁴⁸⁵ Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı başka bir deyişle anlaşması satış sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli ve kural olarak yeterlidir.⁴⁸⁶ Ancak tarafların uygun irade beyanlarının yanında satış sözleşmesinin kurulabilmesi için diğer ana esaslı unsurlar ise satışa konu şey ve karşılığında ifa edilen satış bedelidir.⁴⁸⁷ Kural olarak alıcı ve satıcı satış sözleşmesindeki her unsuru sözleşme serbestisi gereği istedikleri biçimde belirlemekte özgürdürler; ancak bu özgürlüğün tüketiciyi korumak amacıyla konulmuş bazı kısıtlamaları ve taşınmazlar açısından da bazı şekil zorunlulukları mevcuttur.⁴⁸⁸

Taahhüt işlemi olarak satış sözleşmesiyle satıcı mülkiyeti alıcıya geçirmeyi borçlanır ancak sözleşmeyle mülkiyet kendiliğinden geçmeyecektir; bunun için tasarruf işlemi olarak mülkiyetin geçirilmesi gerekir.⁴⁸⁹ Satış sözleşmesinde satıcının temel borcu satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmek, alıcının temel borcu ise bedel ödemek olmakla beraber bunların yanında başka yükümlülüklerde mevcuttur.⁴⁹⁰

Satış sözleşmesinin konusu taşınır ya da taşınmaz olabilir. Kanun her iki durumu da ayrıca düzenlemiştir. Gerek taşınır gerek taşınmaz ve hatta alacakların satışa konu olması mümkün olmakla beraber bunların parasal değeri mevcut olmalıdır; aksi takdirde parasal değeri olmayan şeyler satış sözleşmesine konu olamayacaktır.⁴⁹¹

4.2.1. Taşınır Satış Sözleşmesinin Devri

Taşınır satışı TBK m.209 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz olarak belirtilenler dışında kalan ve diğer kanunların taşınır olarak saydığı şeyler bu kapsamda taşınır satışının konusunu oluşturur.⁴⁹² Buna göre taşınmaz

⁴⁸⁴ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.359; Ruhi, s.314,316; Aydoğdu/Kahveci, s.48,49,50; Kayar, s.263; Taşkın/Şahbaz, s.5001; Yavuz, s.594.

⁴⁸⁵ Aydoğdu/Kahveci, s.50,51; Güleş, s.462; Yavuz, s.595.

⁴⁸⁶ Aydoğdu/Kahveci, s.60; Kayar, s.264.

⁴⁸⁷ Ruhi, s.314; Aydoğdu/Kahveci, s.52; Kayar, s.264; Güleş, s.459,470; Yavuz, s.595.

⁴⁸⁸ Aydoğdu/Kahveci, s.62.

⁴⁸⁹ Aydoğdu/Kahveci, s.49; Kayar, s.263.

⁴⁹⁰ Ruhi, s.315; Satışa konu şeyin devredilmesi borcu doğduğu için satış sözleşmesi temlik borcu doğurur niteliktedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Aydoğdu/Kahveci, s.49-50; Güleş, s.471-472; Adal, s.705-706.

⁴⁹¹ Aydoğdu/Kahveci, s.53.

⁴⁹² Çayan, s.132; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.367; Aydoğdu/Kahveci, s.98; Taşkın/Şahbaz, s.5002. TMK m.704 hükmü taşınmazları şu şekilde saymıştır: “Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1.Arazi 2.Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar 3.Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.” Taşınır satışının konusu ile nelerin taşınır sayılacağı “konusu” başlıklı TBK m.209 hükmünde düzenlenmiş ve bir nevi taşınmaz satışının tanımı yapılmıştır. 209/1 hükmüne göre; “Taşınır satışı, Türk Medeni

dışında kalan ve devri mümkün olan taşınır, alacak hakkı, fikri mülkiyet hakkı, bağımsız irtifak hakları, gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler, taşınırdan ayrılabilen bütünleyici parçalar, eklentiler ve benzeri taşınır satışına konu olabilecektir.⁴⁹³

Taşınır satış sözleşmesi; satıcının satışa konu taşınırın zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi, alıcının ise bu taşınırın zilyetlik ve mülkiyeti karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşme olarak açıklanabilir.

Taşınır satış sözleşmesinin devri kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığından mümkündür. İş bu sözleşmenin devri için TBK m.205 hükmü esas alınmalıdır. Buna göre taşınır satışının devrinde; alıcı veya satıcıdan biri asıl sözleşmedeki taraf sıfatını bu sığata bağı tüm hak ve borçlarıyla üçüncü bir kişiyeye devreder.

Devir devreden, devralana ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraflı bir ilişkidir. Alıcı veya satıcıdan herhangi birinin devreden ya da sözleşmede kalan olması olmasına bir engel yoktur. Kira sözleşmesinin devrinde kanun koyucu özel hüküm yoluyla yalnızca kiracının devreden olabileceğini düzenlemiş ve kiraya verenin devreden konumunda olmayacağı netlik kazanmışken; taşınır satış sözleşmesinde kanun koyucu tarafından konulmuş böyle bir kısıtlama olmadığı için alıcı veya satıcıdan herhangi biri devreden olabilecektir.⁴⁹⁴

Taşınır satış sözleşmesinin devrinin mümkün olması için devrin sözleşmenin devrine dair daha önce belirtilen genel şartlara ve TBK m.205 hükmüne uygun olması gerekir. Bu şartlar; sözleşme geçerli ve mevcut olmalı, sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi bulunmalı, borç ilişkisi devredilebilir nitelikte olmalı, devir sözleşmesi olmalı ve bu devir sözleşmesi tüm hak ve borçları kapsmalı şeklinde sayılabilir. Satış sözleşmesinde satış konusu taşınırın zilyetliği ve bununla birlikte mülkiyeti devredildikten sonra sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Zira satış sözleşmesinde edimin ifası sözleşmeyi sona erdirecektir.⁴⁹⁵

TBK m.205 hükmü devrin geçerliliğini devredilen sözleşmenin geçerliliğine bağlamıştır. Bu yüzden taşınır satış sözleşmesinin devri taşınır satışının geçerliliğine bağıdır ve taşınır satışı için kanunda özel olarak bir şekil şartı aranmadığından devre konu taşınır satış sözleşmesine bağı olarak sözlü veya yazılı olması mümkün olabilecektir.⁴⁹⁶ Taşınır satışı kural olarak şekle bağı olmasa da özel düzenlemelerle şekil şartı getirilmiş istisnai haller de mevcuttur. Taşınır satışına konu olan bazı hak ve borçlar için kanun şekil şartı getirmiştir ve

Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda belirtilen şeylerin satışdır.” m.209/2 hükmüne göre; “Ürünler, bir yapının yıkıntıları ve taş ocağından çıkarılacak taşlar gibi, taşınmazdan ayrıldıktan sonra mülkiyeti devredilecek bütünleyici parçaların satılması da taşınır satışdır.”

⁴⁹³ Aydoğdu/Kahveci, s.99-101; Kayar, s.270; Yavuz, s.606-607.

⁴⁹⁴ Çayan, s.132.

⁴⁹⁵ Ruhi, s.316.

⁴⁹⁶ Çayan, s.132; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.368; Ruhi, s.316; Taşkın/Şahbaz, s.5002.

bu şekil söz konusu sözleşmelerin devrinde de geçerli olacaktır. Örneğin fikri ve sınai hakların satışı yazılı şekilde, şirket ortaklık paylarının satışı ise resmi şekle tabi olacağından⁴⁹⁷ bu sözleşmelerin devirleri de bu şekle tabi olmalıdır. Böyle bir durum da söz konusu sözleşmenin devrinin geçerliliği de özel düzenlemelerle getirilen bu şekil şartına bağlı olacaktır. Taşınır satış sözleşmesinde ve dolayısıyla devrinde şekil serbestisi esas olmakla beraber taraflar kendileri bir şekil şartı belirlemişlerse bu şekil devrin geçerliliği için de zorunlu olacaktır.⁴⁹⁸ Ancak şekil hususunda belirtmek gerekir ki ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından devre konu sözleşmenin ve devrin sözlü yapılmış olması ispat bakımından güçlük doğurabilecektir.

Ele alınması gereken bir diğer konu ise taşınır satış sözleşmesindeki yarar ve hasarın geçişi hususunun devirden nasıl etkileneyeceğidir. Kanun koyucu satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişini TBK m.208 hükmü⁴⁹⁹ ile düzenlemiştir. Buna göre taşınır satışlarında yarar ve hasar istisnai haller dışında zilyetliğin devri anında satıcıdan alıcıya geçer.⁵⁰⁰ Ancak elbette ki bunun olabilmesi için geçerli bir şekilde kurulmuş bir taşınır satış sözleşmesinin varlığı gerekecek; aksi halde ortada bir sözleşme yokken bu sözleşmeden kaynaklanan yarardan veya hasardan da bahsedilemeyecektir. Alıcının temerrüde düşmesi de mümkündür böyle bir durumda alıcı zilyetliği devralmada temerrüde düşerse zilyetlik geçişi olmuşçasına yarar ve hasar alıcıya geçecektir.⁵⁰¹

Taşınır sözleşmesinin devrinin hasar ve yararın geçişine etkisini, sözleşmeyi devreden alıcı olması ve sözleşmeyi devreden satıcı olması bakımından ayrı ayrı incelemek daha açıklayıcı olacaktır.

Sözleşmeyi devreden satıcı olması halinde; eğer sözleşmenin devri esnasında zilyetlik henüz satıcıdaysa yani alıcıya geçmemişse yarar ve hasar da zilyetliği elinde bulundurması nedeniyle satıcının sorumluluğunda olacak ve sözleşmenin devriyle birlikte devirden önce doğanlar hariç olmak üzere devralan üçüncü kişiye geçmiş olacaktır.⁵⁰² Sözleşmeyi devreden satıcı olduğu bir diğer halde; eğer yarar ve hasar devirden önce

⁴⁹⁷ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.368.

⁴⁹⁸ Çayan, s.133; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.368.

⁴⁹⁹ m.208: “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer”. Dinç/Bahadır, s.212.

⁵⁰⁰ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.371; Ruhi, s.314; Aydoğdu/Kahveci, s.63; Kayar, s.266,268; Taşkın/Şahbaz, s.5003; Yavuz, s.599.

⁵⁰¹ Kayar, s.269.

⁵⁰² Çayan, s.133-134; Taşkın/Şahbaz, s.5003.

zilyetlikle beraber alıcıya geçmiş ise bu durumda alıcı sözleşmede kalan olacak, yarar ve hasar da devirden etkilenemeyecek ve alıcıda olmaya devam edecektir.

Sözleşmeyi devreden alıcı olması halinde; eğer zilyetlik ve buna bağlı olarak da yarar ve hasar sözleşmenin devrinden önce alıcıya geçmiş ise, sözleşmenin devri ile beraber taraf sıfatı ile devirden önce doğanlar hariç olmak üzere yarar ve hasar devreden alıcıdan devralan üçüncü kişiye geçecektir.⁵⁰³ Sözleşmeyi devreden alıcı olduğu bir diğer halde; eğer devirden önce zilyetlik ve dolayısıyla yarar ve hasar alıcıya geçmemiş ise alıcı kendinde olmayan hak ve borçları devredemeyeceğinden yarar ve hasar da devralana geçemeyecek sözleşmede kalan konumundaki satıcıda olmaya devam edecektir.

Sözleşmenin devri genel olarak devre konu asıl sözleşmenin taraflarından birinin devreden olarak taraf sıfatını ve bu sifata bağlı tüm hak ve borçları devralana üçüncü kişiye devrederek sözleşmenin tarafı olmaktan çıkması olarak açıklanabilir. Bu açıklama kural olarak taşınır satış sözleşmesinin devri için de geçerlidir. Taşınır satış sözleşmesinin devrinde devreden alıcı ise, alıcı taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak ve borçları devredeceğinden sözleşmede kalan konumundaki satıcı kendi yükümlülüklerini devralan üçüncü kişiye karşı gerçekleştirmek durumunda kalacakken; devreden satıcı ise, bu durumda alıcı sözleşmede kalan olacak ve alıcıya karşı satıcının yükümlülüklerini devralan gerçekleştirmek durumunda kalacaktır.⁵⁰⁴ Elbette ki sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan borçlar bu kapsamda olmayacaktır.

Hak ve borçların taraf sıfatıyla beraber devredilmesinde dikkat edilecek diğer hususlar satıcının ayıptan sorumluluk hali ve zapttan sorumluluk hali olacaktır. Satıcının ayıptan sorumluluğu TBK m.219 hükmünde düzenleme bulmuştur. Bu düzenlemeye göre; taşınır satışında satıcı belirttiği, taahhüt ettiği ya da dürüstlük kuralları gereği sağlaması gereken nitelikleri sağlamayan ayıptan satıcı olarak ayıbı bilmiyor olsa dahi alıcıya karşı sorumlu olacaktır.⁵⁰⁵ Taşınır satışında satıcının zapttan sorumluluğu TBK m.214 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; satış sözleşmesi kurulduğu anda var olan aynı ya da kuvvetlendirilmiş şahsi hak niteliğindeki bir üstün haktan dolayı satılan malın tamamı veya bir kısmı alıcının elinden alınırsa burada satıcının zapttan sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁵⁰⁶ Kural olarak satıcının devreden olduğu durumda taraf sıfatına bağlı diğer tüm haklar gibi ayıptan sorumluluk da zapttan sorumluluk da devreden satıcıdan devralana geçecek ve devralan sorumlu olacaktır.⁵⁰⁷ Ayıbın varlığı halinde alıcının devreden konuda

⁵⁰³ Çayan, s.134; Taşkın/Şahbaz, s.5003.

⁵⁰⁴ Çayan, s.134-135.

⁵⁰⁵ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.377; Kayar, s.277,278; Taşkın/Şahbaz, s.5004; Yavuz, s.633.

⁵⁰⁶ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.373; Kayar, s.276; Taşkın/Şahbaz, s.5006; Yavuz, s.616,631.

⁵⁰⁷ Çayan, s.135-137; Taşkın/Şahbaz, s.5005,5007.

olması durumunda ise hakların devirle beraber geçmesi kuralının istisnaları olabilir. Ayıplı malın tesliminden sonra sözleşmenin alıcı tarafından devredilmesi halinde hakkaniyet gereği devreden bu hakları kullanmaması ayıplı malı kabul ederek bu haklarından vazgeçtiği şeklinde yorumlanması gerektiğini, kaldı ki bu hakkın taraf sıfatından değil ayıpla muhatap olmaktan kaynaklandığını ve bu yüzden de bu seçimlik hakların artık devrin bir parçası olmayacağını savunan görüşler mevcuttur.⁵⁰⁸ Belirtmek gerekir ki ayıp ve zapt hallerinde sözleşmenin devrinin dava zamanaşımı sürelerine etkisi ayrıca incelenmelidir ancak asıl konudan sapmamak adına çalışmada ele alınmayacaktır.

4.2.2. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Devri

Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan şeyler TMK m.704 hükmünde⁵⁰⁹ sayılmıştır. Buna göre; *“arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler”* taşınmaz satışına konu olabilir. Bununla beraber TMK m.998 hükmü gereği taşınmaz üzerinde kurulmuş bağımsız ve sürekli nitelikteki haklar da taşınmaz sayılıp taşınmaz hükümlerine tabi olacaktır.⁵¹⁰ Sayılanlar dışındaki şeyler taşınır olarak kabul edilecektir.

Taşınmaz satışı TBK m.237 ve devamında düzenlenmiştir. Kanun koyucu taşınmaz satışının geçerliliğini resmi şekilde yapılmış olmasına bağlamıştır. Geçerlilik şekli olan resmi şekilde yani tapu memurlarınca yapılmayan taşınmaz satışı kesin hükümsüzlük nedeniyle geçerli olamayacaktır.⁵¹¹ Ancak istisnai olarak resmi şekilden başka şekil şartları getirilmiş konusu taşınmaz olan işlem ve sözleşmeler de mevcuttur.⁵¹² Taşınmazların satışının resmi şekilde yapılması tapu memurlarınca olduğundan tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için bu mümkün olmayacak ve hatta Yargıtay’a⁵¹³ göre taşınır satışında olduğu gibi geçerliliği şekle bağlı olmayacaktır.⁵¹⁴ Kanun taşınır sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceğini düzenleyerek taşınmaz satışına ilişkin kanunda düzenleme bulunmayan hallerde taşınır satışı hükümlerine gitmeye olanak tanımıştır.

⁵⁰⁸ Taşkın/Şahbaz, s.5004-5005.

⁵⁰⁹ m.704: *“Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.”*

⁵¹⁰ Taşınmaz üzerinde kurulmuş olan bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz sayılmasına üst hakkı, kaynak hakkı ve benzeri örnek olarak verilebilir. Aydoğdu/Kahveci, s.230; Yavuz, s.691.

⁵¹¹ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.388; Aydoğdu/Kahveci, s.236; Doğan/Atamulu/Şahan, s.128; Kayar, s.271; Taşkın/Şahbaz, s.5008; Yavuz, s.691.

⁵¹² Aydoğdu/Kahveci, s.232,233; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.388. Örneğin önalım sözleşmesi yazılı şekilde, taşınmaz satış vaadi ise tapu müdürlükleri ya da noterlikçe yapılabilmektedir.

⁵¹³ Yarg. 8.HD. T. 5.5.1987, E. 1987/5583, K. 1987/6183, (kazancı.com)

⁵¹⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.235,236.

Taşınmaz satış sözleşmesinde yarar ve hasarı tescil anında alıcıya geçecek bu ana kadar ise satıcıda olacaktır.⁵¹⁵

Taşınmaz satış sözleşmesinin devri de diğer sözleşmeler gibi m.205 hükmüne göre mümkündür. Kira sözleşmesinin aksine bu sözleşmede kanun koyucu devri kimin yapabileceği yönünde bir kısıtlamaya gitmediği için taşınmaz satış sözleşmesinde alıcı veya satıcının devreden sıfatını alması ve sözleşmenin devri mümkün olacaktır.⁵¹⁶

Satış kural olarak zilyetlik ve mülkiyetin devrini gerektirir. Taşınmazlarda mülkiyetin geçişi için teslim yeterli olmaz, tapuda tescil de gerekir.⁵¹⁷ Taşınmaz satış sözleşmesi henüz tescile neden olmadığı için taahhüt işlemidir ve bu nedenle de devredilebilir niteliktedir.⁵¹⁸ Ancak mülkiyet geçmiş yani tescil sağlanmışsa sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Zira satış sözleşmesinde tescil ile mülkiyetin geçmesiyle edim ifa edilmiş olacak ve edimin ifası sözleşmesi sona erecektir.⁵¹⁹

Taşınmaz satışının istisnalar hariç olmak üzere resmi şekilde yapılması kanunda şart koşulmuştur. Sözleşmenin devrini düzenleyen m.205 hükmü ise sözleşmenin devrinin geçerliliğini asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlamıştır. Asıl sözleşme hangi şekle tabi ise sözleşmenin devri de o şekle tabi olacaktır. Söz konusu düzenlemelerden hareketle; taşınmaz satış sözleşmesi resmi şekle tabi olduğundan taşınmaz satış sözleşmesinin devrinin de geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekecektir.⁵²⁰

4.3. Hizmet Sözleşmesinin Devri

Genel hizmet sözleşmesi TBK m.393 hükmü⁵²¹ ve devamında düzenlenme bulmuştur. Hizmet sözleşmesiyle taraflardan biri yani işçi işverene bağımlı olarak iş görmeyi diğeri yani işveren ise ücret ödemeyi borçlanır.⁵²² Tanımdan da anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve süresiz ya da belirli süreli yapılmış olması fark etmeksizin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.⁵²³

⁵¹⁵ Aydoğdu/Kahveci, s.253.

⁵¹⁶ Çayan, s.137.

⁵¹⁷ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.388.

⁵¹⁸ Çayan, s.138.

⁵¹⁹ Ruhi, s.316.

⁵²⁰ Çayan, s.138; Taşkın/Şahbaz, s.5008; Yavuz, s.575; Yavuz, s.704.

⁵²¹ m.393: “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.

Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır.” Dinç/Bahadır, s.344.

⁵²² Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.441; Ruhi, s.999; Aydoğdu/Kahveci, s.729; Kayar, s.312; Yavuz, s.1079,1084.

⁵²³ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.441; Ruhi, s.999; Aydoğdu/Kahveci, s.730; Kayar, s.312,313; Yavuz, s.1085.

Hizmet sözleşmesinin tarafları işçi ve işverendir. Özellikle belirtmek gerekir ki işçinin işverene bağımlılığı kanundaki tanımda açıkça belirtilmiştir; işçi işverene hem ekonomik hem de iş görme bakımından bağımlı olarak hizmet sözleşmesindeki edimini yerine getirmelidir.⁵²⁴ Hizmet sözleşmesinin iki tarafa borç yüklemesi ve devirde taraf sıfatıyla beraber taraf sıfatına bağlı söz konusu borçların da devredilmesinden dolayı tarafların borçlarına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Temel olarak işçinin borcu hizmet sözleşmesindeki işi yerine getirip teslim etme işverenin borcu ise karşılığında ücret ödeme olmakla beraber bunların beraberinde pek çok başka borç da söz konusudur. İşçinin hizmet sözleşmesindeki borçları; bizzat çalışma borcu, özen ve sadakat borcu, teslim ve hesap verme borcu, fazla çalışma borcu, düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu olarak sayılabilir. İşverenin hizmet sözleşmesindeki borçları ise; ücret ödeme borcu, iş ve araç malzemeleri, giderler, işçinin kişiliğinin korunması, tatil ve izinler, hizmet belgesi olarak sayılabilir.

Hizmet sözleşmesinin devri kabildir. Bu devir diğer sözleşmelerde olduğu gibi TBK m.205 hükmünün sağladığı olanağın yanında kanun koyucu tarafından TBK m.429 hükmü⁵²⁵ ile hizmet sözleşmesi için bizzat düzenlenmiştir.

Hizmet sözleşmesinin devri kural olarak mümkün olmakla beraber bu devri kimin yapabileceği hususunda kanun koyucu tarafından açıkça kısıtlama getirilmiştir. Söz konusu kısıtlamaya göre hizmet sözleşmesi ancak işveren tarafından devredilebilir. Başka bir deyişle hizmet sözleşmesinde işçinin devreden konumunda olması mümkün değildir.

Hizmet sözleşmesinin devri hem özel hem genel hükümlerle mümkün kılınmış olmakla beraber sözleşmenin devrini düzenleyen genel hükümlerden farklı olarak hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen özel hükümlerle sözleşmeyi yalnızca işverenin devredebileceği yönünde kısıtlama getirilmiştir.⁵²⁶ Benzer bir kısıtlama ve özel düzenleme kira sözleşmesinin devrinde de getirilmişti. Buradan hareketle kural olarak sözleşmeler taraflardan herhangi biri tarafından devredilebilirken özel düzenlemeler nedeniyle; kira sözleşmesi yalnızca kiracı, hizmet sözleşmesi ise yalnızca işveren tarafından devredilebilir.

Hizmet sözleşmesinin devrinde TBK m.205 ve 429 hükümleri ele alınacaktır. 205 hükmü devre ilişkin genel hüküm niteliğindeyken 429 hükmü hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin özel hüküm niteliğindedir. Hizmet sözleşmesinin devrinde her iki hüküm de geçerli olmakla beraber özel hüküm olması nedeniyle 429 hükmünde kısıtlamalar geçerli olacak ve

⁵²⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.731; Kayar, s.312; Yavuz, s.1079.

⁵²⁵ m.429: “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.” Dinç/Bahadır, s.372.

⁵²⁶ Çayan, s.154; Yavuz, s.1171-1172.

işçinin hizmet sözleşmesini devri mümkün olmayacaktır.⁵²⁷ Ancak belirtmek gerekir ki özel hükümlerde kısıtlanan hususlar hariç sözleşmenin devrine ilişkin m.205 hükmündeki genel kurallar hizmet sözleşmesinin devri için de geçerliliğini korumaya devam edecektir.

Hizmet sözleşmesinin devrinin geçerli olması; öncelikle TBK m.205 hükmüne uygun olması ve sözleşmenin devrinin genel şartlarını sağlaması ile mümkündür. Bu kapsamda devir için; devre konu sözleşme geçerli ve mevcut olmalı, sözleşmeye dayalı devredilebilir nitelikte bir borç ilişkisi bulunmalı ve tüm hak ve borçları kapsayan bir devir sözleşmesi olmalıdır.

Hizmet sözleşmesinde kural olarak şekil şartı aranmamaktadır.⁵²⁸ TBK 205 hükmü devirin geçerliliğini asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlamıştır. Bu durumda hizmet sözleşmesinin devrinin de şekle bağlı olmayacağı düşünülür. Oysa 429 hükmünde açıkça işçinin yazılı rızası aranarak bir şekil şartı getirilmiştir. İşçi söz konusu ilişkide sözleşmede kalan konumundadır ve elbette rızası gereklidir. Ancak kanun koyucu bu rızayı ve bu rızanın yazılı olması gerektiğini özellikle şart koşturmuştur.⁵²⁹ Hizmet sözleşmesinin devri hizmet sözleşmesinin şekline bakılmaksızın işçinin yazılı şekildeki rızası olmadan geçerli olamayacaktır.⁵³⁰ Kanun koyucu sözleşmenin devri hususunda özel hükümlerle getirdiği şartlarda benzer bir paralellikte kira sözleşmesinde kiraya verenin, hizmet sözleşmesinde işçinin yazılı rızasını aramıştır; bu şartın gerçekleşmemesi sözleşmenin devrini geçerliliğine engel olacaktır.⁵³¹ İşinin rızasının yazılı olarak arandığı belirtilmiş ama kanunda devir sözleşmesinin şekli için özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. İş bu nedenle hizmet sözleşmesinin devrinin geçerliliği için; devre ilişkin genel hükümlerde belirtildiği gibi devir sözleşmesinin şekli devre konu asıl sözleşmenin şekli olacak ama bu şekil her ne olursa olsun sözleşmede kalan işçinin rızası yazılı şekilde olacaktır.⁵³²

Hizmet sözleşmesinin devri için kanun koyucunun getirdiği bir diğer özel düzenleme işçiyi ve hizmet ilişkisini korumayı amaçlayan sözleşmenin sürekli olarak devredilmesi şartıdır ki; böylece hizmet sözleşmesinin belirli bir süre için devrinin önüne geçilmiştir.⁵³³

Hizmet sözleşmesinin devriyle birlikte devreden işveren devre konu hizmet sözleşmesindeki taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak ve borçlarını devralana devreder ve devralan devre konu hizmet sözleşmesinin tarafı olur. Bu işlemle beraber işverenin işçiye karşı sorumlu olduğu her şeyden devralan işveren sorumlu olacak; işçi ise borç ve

⁵²⁷ Çayan, s.154; Yiğit, s.23.

⁵²⁸ Ruhi, s.999; Yavuz, s.1086.

⁵²⁹ Canarslan, s.119; Yavuz, s.1171.

⁵³⁰ Çayan, s.155; Yavuz, s.1171.

⁵³¹ Çayan, s.155.

⁵³² Çayan, s.157; Yavuz, s.1171.

⁵³³ Çayan, s.156.

sorumluluklarını devralan işverene karşı yerine getirecektir.⁵³⁴ Kanun gereği işçinin hizmet süresine bağlı haklarında devir tarihi değil işçinin devreden yanında işe başlama tarihi esas alınmalıdır.

Hizmet sözleşmesinin devri ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer nokta ise işyerinin devrini hükme bağlayan TBK m.428 hükmü⁵³⁵ ve bu hükmün sözleşmenin devri sayılıp sayılamayacağı hususudur. Söz konusu hüküm asıl olarak işyeri devrini düzenlemekte ancak bu devrin olması halinde hizmet sözleşmesinin de tüm hak ve borçlarıyla devredenden devralana geçeceğini hükme bağlamaktadır.⁵³⁶

4.4. İş Sözleşmesinin Devri

Hukuk düzeni içerisinde günlük hayatta karşımıza en sık çıkan sözleşmelerden biri olan iş sözleşmesi özel olarak İş Kanunda tanımlanmış, hüküm ve sonuçları belirtilmiştir; özel kanun genel kanun durumundan dolayı İş Kanunu'nda düzenleme bulunmayan haller dışında TBK hükümlerine gidilmeyecektir.⁵³⁷ İş Kanunu m.8 hükmü⁵³⁸ iş sözleşmesini tanımlamıştır. Tanımdan hareketle; iş sözleşmesinin işçi ve işveren olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır.⁵³⁹ İki tarafa borç yükleyen bu sözleşmede işçinin temel borcu işverene bağımlı olarak iş görmek,

⁵³⁴ Canarslan, s.119; Çayan, s.158.

⁵³⁵ TBK m.428: “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.” Dinç/Bahadır, s.371.

⁵³⁶ Aydoğdu/Kahveci, s.737; Yavuz, s.1170.

⁵³⁷ Kayar, s.311.

⁵³⁸ İK m.8: “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır.

Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.”

⁵³⁹ İK m.2 gereğince bu taraflardan işverenin gerçek veya tüzel kişi olması mümkünken; işçinin sadece gerçek kişi olarak taraf olması mümkündür. Ayrıca bkz: Aydoğdu/Kahveci, s.730.

işverenin temel borcu ise karşılığında ücret ödemektir.⁵⁴⁰ Buradan hareketle iş sözleşmesinin iş görme, bağımlılık ve ücret şeklinde üç temel unsur üzerine inşa edildiği söylenebilir.⁵⁴¹

İş sözleşmesi hüküm ve sonuçlarıyla beraber İş Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla beraber iş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin İş Kanunu'nda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İş sözleşmesinin iradi devrine yönelik özel bir hüküm olmaması yasaklandığı anlamına gelmez zira kısıtlandığına ya da yasaklandığına dair de açık bir hüküm söz konusu değildir. İK iş sözleşmelerinin iradi devrini düzenlemese de doktrin ve içtihatlar iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğuna dair fikir birliği vardır.⁵⁴²

Sözleşmelerin devrinde özel düzenlemeler bulunmadıkça TBK m.205 hükmünde belirtilen sözleşmenin devrine ilişkin genel kurallar uygulanır. İş sözleşmesinin devrinde ise genel nitelikli TBK m.205 yanında yine TBK hükümlerindeki hizmet sözleşmesinde devri düzenleyen hükümlere de gidilebilecektir.⁵⁴³ Başka bir deyiş ile iş sözleşmesiyle ilgili iş kanununda hüküm olan hallerde bu hükümlere gidilecek ve TBK hükümleri de kıyas yolu ile uygulanabilecektir.⁵⁴⁴

İş sözleşmesinin devrinin geçerli olması için öncelikle TBK m.205 hükmüne uygun olmalı ve sözleşmenin devrinin genel şartlarını sağlamalıdır. Söz konusu şartlar; geçerli ve mevcut bir sözleşme olması, sözleşmeye dayalı devredilebilir bir borç ilişkisi bulunması, devir sözleşmesi olması ve bu devir sözleşmesi tüm hak ve borçları kapsamaması şeklinde özetlenebilir.⁵⁴⁵ Devre konu iş sözleşmesinin geçerli ve mevcut olması aranmakta; ancak bunun yanında belirli süreli ya da belirsiz süreli olması gibi türü devre ilişkin bir kıstas olarak aranmış değildir.⁵⁴⁶

Sözleşmenin devrini düzenleyen TBK m.205 hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olan hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK m.429 burada da uygulama alanı bulacaktır. Öyle ki söz konusu hüküm hizmet sözleşmesinin devrinin ancak işverence yapılabileceğini düzenlemiş ve sözleşmede kalan işçinin rızasının yazılı olmasını aramıştır. Söz konusu hüküm iş sözleşmesine de uygulandığında; iş sözleşmesinin sadece işverence

⁵⁴⁰ Aydoğdu/Kahveci, s.729; Yiğit, s.43,44; Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut/ Kaplan, Hasan Ali, **İş Hukuku**, 20.Bs., Beta Yayıncılık, 2019, s.67; Sümer, Haluk Hadi, **İş Hukuku**, 24.Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.37; Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, 18.Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.223; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı**, C.1 (Bireysel İş Hukuku), 3.Bs., Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, s.74; Arslanoğlu, s.537; Senyen-Kaplan, Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, 10.Bs., Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s.83,86.

⁵⁴¹ Yiğit, s.44; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.68; Sümer, s.37; Süzek, s.223; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.74-76; Senyen-Kaplan, s.83-84.

⁵⁴² Çayan, s.158.

⁵⁴³ Çayan, s.158.

⁵⁴⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.730; Yiğit, s.65-66.

⁵⁴⁵ Arslanoğlu, s.540.; Özkaraça, s.123; Yiğit, s.128,140,146-147; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.105.

⁵⁴⁶ Öztürk, s.277; Yiğit, s.70; Özkaraça, s.120,123.

devredilebileceği başka bir deyişle iş sözleşmesini işçinin devretmesinin mümkün olmadığı, ayrıca sözleşmede kalan işçinin vereceği rızanın adi yazılı şekil şartına bağlandığı sonuçlarına varılabilecektir.⁵⁴⁷ Bu yazılı şekil kural olarak geçerlilik şeklidir ancak bunu ispat şekli olarak kabul eden doktrin görüşleri de mevcuttur.⁵⁴⁸ İş sözleşmesi yalnızca işverence devredilebileceğinden yine üç taraflı olacak ancak bu devrin tarafları; devreden işveren, devralan işveren ve sözleşmede kalan işçi şeklinde olacaktır.⁵⁴⁹ İşçinin sözleşmede kalan olarak rızasının yazılı olması gerektiği kanunda açıkça şart koşulmuş ancak rızanın ne zaman verilmesi gerektiği hükme bağlanmamıştır. Bu yönde doktrinde sözleşmede kalan işçinin rızasının; önceden izin, sonradan onay, veya devri anında rıza şeklinde verilebileceğine dair pek çok görüş olsa da Yargıtay'ın görüşü⁵⁵⁰; işçinin yazılı rızasının devir anında olması gerektiği yönündedir.⁵⁵¹ Bu bağlamda iş sözleşmesinin devri için doğrudan düzenlenmemiş olsa da İş Kanunu m.7 hükmü iş sözleşmesindeki iş görmenin geçici devrini düzenlerken işçinin rızasını devir anında arayarak Yargıtay'ın görüşünü destekler nitelikte bir görünüm sergilemektedir.⁵⁵² Değinilmesi gereken bir diğer husus İş Kanunu m.22 düzenlemesinde öngörülen çalışma koşullarında esaslı değişik olması halinde işçinin rızasını beyan etmesi için altı günlük süre tanınmasına dair hükmün iş sözleşmesinin devri yorumlanırken uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasıdır. Ancak burada çalışma şartlarındaki esaslı değişiklik ile sözleşmenin devrini bir tutmak doğru olmayacaktır.⁵⁵³ Başka bir deyiş ile iş sözleşmesinin devrinde sözleşmede kalan işçinin rızası devir anında var olmalıdır.⁵⁵⁴ Dolayısıyla altı günlük sürenin uygulanmasına dair yorum; rızanın devirden sonraya kalmasını doğurabileceği ve rızanın devir anında olması gerektiği kabul edildiği için devirde uygulanmamalıdır. Doktrinde bunun tersini savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre; iş sözleşmesinin devrinde işçiyi korumaktan hareketle rızasını beyan etmesi için m.22 benzeri makul bir süre öngörülmeli, bu sürede verilen rıza verildiği değil devir anından hüküm doğurmalıdır.⁵⁵⁵

Kanun koyucu işçinin rızasının şeklini belirlemiş ama sözleşme serbestisi gereği rıza göstermeye mecbur bırakmamıştır. Başka bir deyişle işçi devre rıza göstermeyebilir; böyle bir

⁵⁴⁷ Çayan, s.159; Yiğit, s.53-54,56,168; Subaşı/Yiğit, s.159,161; Arslanoğlu, s.540; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 33. Bası, Beta Yayıncılık, 2020, s.299; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.105; Özkaraca, s.118; Yavuz, s.1171-1172.

⁵⁴⁸ Subaşı/Yiğit, s.161; Yiğit, s.130-131; Yavuz, s.1171.

⁵⁴⁹ Yiğit, s.54,92; Öztürk, s.277; Subaşı/Yiğit, s.151; Arslanoğlu, s.539; Alp, s.190; Özkaraca, s.121; Yavuz, s.1172.

⁵⁵⁰ Yarg. 9. HD, T. 26.12.2006, E. 2006/30168, K. 2006/34624 (erişim tarihi:30.05.2021) www.legalbank.net

⁵⁵¹ Öztürk, s.278; Subaşı/Yiğit, s.151,154; Yiğit, s. 92-93,191,195; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.300; Arslanoğlu, s.541; Alp, s.190; Özkaraca, s.124; Yavuz, s.1171.

⁵⁵² Subaşı/Yiğit, s.156; Yiğit, s.92,100,196-197; Alp, s.198; Özkaraca, s.124.

⁵⁵³ Yiğit, s.97; Özkaraca, s.130-131; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.105.

⁵⁵⁴ Arslanoğlu, s.541.

⁵⁵⁵ Subaşı/Yiğit, s.158,159.

durumda sözleşme devredilemeyecek ve bu durum işçi rıza göstermeye mecbur olmadığı için işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi için geçerli bir haklı neden oluşturmayacaktır; hatta işçi bu onayı vermemek için gerekçe sunmak zorunda da değildir.⁵⁵⁶

İş sözleşmesinin devrinde sözleşmede kalan işçinin rızası yazılı şekilde olmalıyken devrin şekliyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Kural olarak iş sözleşmesinin devri işçinin rızası haricinde devre konu sözleşmenin şekline bağlıdır; eğer devre konu sözleşme şekle tabi değilse devri de sözleşme serbestisi ilkesi gereği şekle bağlı değildir.⁵⁵⁷ Ancak bu durumda şekil zorunlu olmazsa ispat ve işçi hakları açısından sorun doğuracağından hareketle iş sözleşmesinin devrinin dolayısıyla devir sözleşmesinin de yazılı olması gerektiği yönünde doktrin görüşleri her ne kadar kanuni düzenlemeye uygun olmasa da mevcuttur.⁵⁵⁸ Devre konu sözleşmenin bağlı olduğu iradi ya da kanuni bir şekil varsa sözleşmenin devri de bu şekle tabi olacağından kanunen yazılı şekle bağlanmış olan bazı iş sözleşmeleri bu hususta özellik arz edecektir.⁵⁵⁹ Zira devre konu iş sözleşmesi kanunen bir şekil şartına tabi ise o iş sözleşmesinin devri de o şekil şartına bağlı olacaktır.

İş sözleşmesinin devriyle beraber devreden işverenin sözleşmedeki taraf sıfatı ve bundan kaynaklı tüm hak ve borçları devralana geçecek ve devre konu sözleşme devralan ile sözleşmede kalan arasında olacaktır. Hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen hüküm burada da uygulanacak ve devir bir fesih olmadığı için işçinin hizmet süresine bağlı hakları hesaplanırken devreden işveren yanında ona bağımlı olarak çalışmaya başladığı tarih esas alınacaktır.⁵⁶⁰

İş sözleşmesinin iradi devri özel hükümlerde ayrıca düzenlenmemiş genel hükümler çerçevesinde şekillenmiş olmasına karşın; iş sözleşmesinin kanuni devri İş Kanunu m.6 hükmünde⁵⁶¹ düzenleme bulmuştur. Söz konusu düzenleme kanuni bir devir şekli olarak iradi

⁵⁵⁶ Öztürk, s.278; Subaşı/Yiğit, s.162,166; Alp, s.200.

⁵⁵⁷ Subaşı/Yiğit, s.152; Yiğit, s.191; Arslanoğlu, s.542.

⁵⁵⁸ Subaşı/Yiğit, s.153; Yiğit, s.192,193; Arslanoğlu, s.542.

⁵⁵⁹ Subaşı/Yiğit, s.152; Yiğit, s.192-193; Alp, s.197. Kanunen yazılı şekle bağlanan iş sözleşmelerine şunlar örnek olarak verilebilir: İş kanununda düzenlenen çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, İş Kanunu'nda düzenlenen bir yıl ve üzeri belirli süreli iş sözleşmeleri, Basın İş Kanununa dayalı iş sözleşmeleri, Deniz İş Kanununa dayalı iş sözleşmeleri. İş sözleşmesinin şekli hakkında daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Yiğit, s.48-49; Arslanoğlu, s.540

⁵⁶⁰ Çayan, s.159; Öztürk, s.278; Yiğit, s.54,56; Arslanoğlu, s.544; Dulay, s.1384.; Alp, s.191,193; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.299,301; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.105.

⁵⁶¹ İK m.6: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

devrin aksine sözleşmede kalanın tarafın rızasını aramamıştır.⁵⁶² Öyle ki madde hükmünde yazılı şartların gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin devri kendiliğinden gerçekleşecek ve bu devrin gerçekleşmesi bir nevi yasal bir zorunluluk olacaktır.⁵⁶³ Kanun koyucu Avrupa Birliği yönergeleriyle benzer özellik göstererek işyerinin devredilmesi halinde iş ilişkisini korumayı hedefleyerek iş sözleşmelerinin de tüm hak ve borçlarıyla devredileceğini düzenlemiştir.⁵⁶⁴ Bu durum işyerinin devralan tarafından özdeş faaliyetler için kullanılması gerektiğini gösterir.⁵⁶⁵ Sözleşmenin tarafı devir anından itibaren devralan olacak ancak devreden borçlardan sorumluluğu da iki yıl boyunca devralanla birlikte devam edecektir.⁵⁶⁶ Hüküm iş sözleşmesinin devrine imkân tanımakla kalmamakta işyerinin devri halinde sözleşmenin devrini de zorunlu kılmaktadır. Ayrıca hükümde sözleşmede kalanın rızası aranmamaktadır.

İş sözleşmesinin devri ile işyerinin devri ortak özellikler içermekle birlikte tam anlamıyla aynı şey değildir; zira iş sözleşmesinin devri doğrudan bir taraf değişikliğidir.⁵⁶⁷ Eğer iş yeri devrinde sözleşmenin de devri amaçlanıyorsa bu yönde irade belirtilmeli ve elbette ki taraf rızaları alınmalıdır.

4.5. Vekalet Sözleşmesinin Devri

Vekalet sözleşmesi TBK m.502 hükmü ve devamında düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesi; tarafları vekil ve vekalet veren yani müvekkil olan, vekilin vekalet verenin işini ya da işlemini yapmayı üstlendiği isimli bir sözleşmedir.⁵⁶⁸

Vekalet sözleşmesi niteliği itibarıyla iş görme sözleşmelerindendir.⁵⁶⁹ Ancak belirtmek gerekir ki her ne kadar iş görmeyi amaçlasa da hizmet sözleşmesiyle karıştırmamak

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.”

⁵⁶² Öztürk, s.266; Yiğit, s.69; Dulay, s.1387; Özkaraca, s.122; Süzek, s.194; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.55.

⁵⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.54. Bu şartlar; işyerin tümünün yahut işyerinin faaliyetlerine bağımsız devam edebilecek bir bölümünün devredilmesi, devre yönelik irade beyanları ile hukuki işlem yapılması olarak açıklanabilir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Dulay, s.1375-1376; Süzek, s.195-196; Senyen-Kaplan, s.69.

⁵⁶⁴ Dulay, s.1375,1380; Süzek, s.194,197; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.54; Senyen-Kaplan, s.69-70.

⁵⁶⁵ Dulay, s.1377; Süzek, s.196; Senyen-Kaplan, s.69.

⁵⁶⁶ Alp, s.193; Sümer, s.26; Süzek, s.197; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.56-57; Senyen-Kaplan, s.71.

⁵⁶⁷ Subaşı/Yiğit, s.157; Yiğit, s.55; Dulay, s.1386-1387. Müessese olarak aynı olmamakla beraber amacının aynı olduğunu savunan görüşler mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Alp, s.194; Özkaraca, s.133.

⁵⁶⁸ Aydoğdu/Kahveci, s.791,795.

⁵⁶⁹ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.460; Aydoğdu/Kahveci, s.791.

gerekir. Zira hizmet sözleşmesinin aksine vekalet sözleşmesinde vekil vekalet verene bağımlı değildir.⁵⁷⁰

Vekalet sözleşmesinin türleri; adi vekalet, kredi mektubu, kredi emri, simsarlık sözleşmesi şeklinde sıralanabilir.

Vekalet daha doğrusu adi vekalet ele alındığında vekalet veren yani müvekkil ve vekil olmak üzere iki tarafı olduğu görülecektir. Sözleşme kural olarak bu tarafların anlaşması ile kurulmuş olur. Vekilin temel borcunun üstlendiği işi yerine getirmek olduğu açıktır.⁵⁷¹ İncelemiş bulunduğumuz diğer pek çok sözleşmenin aksine vekalet sözleşmesi karşılıksız ya da karşılıklı olabilir.⁵⁷² Başka bir deyişle vekalet verenin karşılığına ücret ödeme borcu bulunmak zorunda değildir; taraflar sözleşmede söz konusu hususu kararlaştırabilir.

Vekaletname genel veya özel vekaletname şeklinde olabilir. Kanun koyucu TBK m.504 hükmünde bazı işlemler için özel olarak yetkilendirilmeyi aramıştır. Özel yetki gerektiren bu işlemler; dava açmak, sulh olmak, hakeme başvurmak, iflas, iflasın ertelenmesi, konkordato talep etmek, kambiyo taahhüdünde bulunmak, bağış yapmak, kefil olmak, taşınmaz devretmek ve taşınmazı bir hak ile sınırlandırmak olarak sayılabilir. Vekilin özel olarak yetkilendirilmesi gereken haller hususunda HMK m.74 hükmü de dikkate alınmalıdır.

Vekalet sözleşmesinin uygulamada en sık rastlanan örneklerinden biri avukatın vekil olarak yer aldığı sözleşmelerdir. Kural olarak vekalet sözleşmeleri karşılıklı ya da karşılıksız olabilirken avukatın vekil olduğu sözleşmeler için durum farklıdır. Zira avukatlık sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir vekalet sözleşmesi olduğundan karşılıksız ya da ivazsız olamayacak ve müvekkil bir bedel ödemekle yükümlü olacaktır.⁵⁷³

Gerek hukuk düzeninde gerekse günlük hayatta sıkça kullanılan vekalet sözleşmesi kanunda düzenlenmiş olmakla beraber vekalet sözleşmesinin devrine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum vekalet sözleşmesinin devrine engel olmadığı gibi devrin yasaklandığı anlamına da gelmez.

İş görme sözleşmeleri niteliği itibarıyla kural olarak borçlunun işi bizzat kendi yapmak sorumluluğu altında olduğu sözleşmelerdir.⁵⁷⁴ Ancak bu durum devir, alt sözleşme gibi müesseseler vasıtasıyla değişebilir. İş görme sözleşmelerinden olan vekalet sözleşmesi için bakıldığında; bizzat ifa zorunluluğu devralanın da şartları sağlaması halinde sözleşmenin devrine engel değildir.

⁵⁷⁰ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.461.

⁵⁷¹ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.468; Aydoğdu/Kahveci, s.798.

⁵⁷² Bu durum vekalet sözleşmesinin kurulmasını engellemeyecek ve iki tarafa borç yükleyen(ücret karşılığı olup olmamasına göre tam yahut eksik) bir sözleşme olmaya devam edecektir. Çayan, s.143; Aydoğdu/Kahveci, s.794,795.

⁵⁷³ Ruhi, s.696.

⁵⁷⁴ Tutar, s.295-296.

TBK m.205 hükmü sözleşmenin devrini düzenlemiştir. Özel hükümlerde bir düzenleme olmadıkça sözleşmenin devrine dair genel hüküm olarak TBK m.205 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Vekalet sözleşmesinin devrinin geçerli olması için öncelikle TBK m.205 hükmüne ve sözleşmenin devrinin genel şartlarına uygun olması gerekir. Bu şartlar; sözleşme geçerli ve mevcut olmalı, sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi bulunmalı, borç ilişkisi devredilebilir nitelikte olmalı ve devir sözleşmesi olmalı şeklinde kısaca açıklanabilir.

Vekalet sözleşmesinin devrine yönelik kanun koyucu tarafından özel hükümler tahsis edilmediği için devre yönelik genel hüküm olarak m.205 uygulanacaktır. Söz konusu hükümde yahut özel hükümlerde vekaletnamenin özel ya da genel olmasının devre yönelik engel teşkil edeceği yönünde bir kısıtlama olmadığı için her iki türü de devredilebilir niteliktedir.⁵⁷⁵

Vekalet sözleşmesi bazı istisnalar dışında kural olarak şekil serbestisi gereğince bir geçerlilik şekline tabi değildir.⁵⁷⁶ Sözleşmenin devri devre konu sözleşmenin şekline bağlı olacağından söz konusu istisnalar dışında vekalet sözleşmesinin devrinde de şekil şartı aranmayacaktır. Ancak kanunen getirilen istisnai şekil şartları ya da taraflarca getirilen iradi şekil şartı vekalet sözleşmesinin devrinde de geçerli olacaktır.

Kira ve hizmet sözleşmelerinde devir hususunda kimlerin devredebileceği yönünde kanun koyucu tarafından özel hükümlerle kısıtlama getirilmişken; vekalet sözleşmesinde böyle bir kısıtlama hükmü mevcut değildir. Buradan hareketle vekalet sözleşmesinin vekil veya vekil vekil verence devrinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir.⁵⁷⁷

Vekalet sözleşmesinde vekil yahut müvekkil devreden konumunda olabilir buna bir engel yoktur. Ancak vekilin devreden konumunda olduğu durumda dikkat edilmesi gereken noktalar vardır. Öyle ki bazı hallerde vekilin şahsen ifa zorunluluğu vardır ve vekilin kendisi vekalet sözleşmesi için önem arz eder. Söz konusu önem vekaletin vekilin mesleğinin icrası için verilmiş olmasından yahut vekilin resmen yetkilendirilmesinden kaynaklanabilir ve böyle bir durumda sözleşmenin devredilebilmesi için devralan vekilin de bu niteliğe sahip olması gerekecektir.⁵⁷⁸ Bu duruma yalnızca avukatların yapabileceği işler için avukatı vekil olarak tayin eden vekaletname örnek olarak gösterilebilir. Avukatlık Kanunu 35/1 hükmünde yalnız avukatların yapabileceği işler sayılmıştır. Adli işlemleri takip etmek, dava etmek, mahkemede

⁵⁷⁵ Çayan, s.145.

⁵⁷⁶ Ruhi, s.696; Bazı hallerde şekil zorunluluğu vardır. Örneğin; taşınmaz satışı işlerinde tapu dairesinde kullanılacak olan vekaletler resmi şekilde yapılmalıdır. Bir başka örnekte ise avukat ile müvekkil arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Avukatlık Kanunu ve Yargıtay içtihatları gereği avukatlık ücret sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Ancak bu vekalet ilişkisindeki diğer husularda da yazılı anlaşmayı şart koşturmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.467; Aydoğdu/Kahveci, s.792.

⁵⁷⁷ Çayan, s.145.

⁵⁷⁸ Oğuzman/Öz, s.619; Çayan, s.146.

savunmak ve benzeri sadece avukat eliyle yapılabilecek işler için; bu sığata haiz kişiyi vekil olarak tayin eden vekaletname vekil tarafından devredilecekse devralanın da bu niteliğe sahip olması gerekecektir yani söz konusu örnekte devralanın da avukat olması gerekecek aksi halde devir mümkün olmayacaktır.⁵⁷⁹ Devreden ve devralanın sahip olması gereken nitelik bakımından önem arz eden bu durum; devralanın söz konusu niteliğe sahip olması halinde sözleşmede kalanın rızasının aranmayacağı anlamına gelmez.⁵⁸⁰ Eğer devralan bu şartları sağlamıyorsa devir gerçekleşmeyecektir. Ancak devralan bu şartları sağlıyor ama sözleşmede kalan rıza göstermiyorsa devir yine de gerçekleşmeyecektir.

Vekilin devreden konumda olması halinde yetenekleri, nitelikleri yahut mesleğinin önem arz edeceği ve hatta devralan bu özellikleri sağlamıyorsa sözleşmenin devrinin gerçekleşmeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Söz konusu haller vekilin devreden konumunda olmasında önem arz etmekte yoksa vekalet verenin sözleşmeyi devretmesine bir engel oluşturmamaktadır.⁵⁸¹ Devreden bizzat şahsının önem arz ettiği hallerde devralanın bu niteliği taşımamasına rağmen yapılmak istenen taraf değışikliği sözleşme açısından esaslı bir değışiklik olacak ve bu sözleşmenin devri müessesesiyle sağlanamayacak; çalışma konumuz dışında kalan yenileme ya da sözleşmenin değışmesi konuları gündeme gelebilecektir.⁵⁸²

Vekalet sözleşmesinin devriyle devreden vekil yahut vekalet veren sözleşmedeki taraf sıfatını ve bu sığata bağlı tüm hak ve borçları devralana devrederek devre konu sözleşmeden ayrılır. Devre konu sözleşme devirden itibaren artık devralan ve sözleşmede kalan arasındadır. Devir işlemi üç taraflı iken devre konu sözleşme iki taraf arasında devam edecektir. Bu durumda vekalet sözleşmesinin sadece tarafında değışiklik olurken bunun dışında hükümleri yahut içeriği söz konusu değışiklikten etkilenmeyecektir. Vekilin devreden konumunda olduğu hallerde; sözleşmenin devrinden önce doğmuş hak ve borçlardan devreden sorumlu olmaya devam edeceğinden bunlar hariç olmak üzere sözleşmenin devrinden sonra doğan hak ve borçlardan artık devralan sorumlu olacaktır.⁵⁸³

4.6. Bağışlama Sözleşmesinin Devri

Bağışlama sözleşmesi TBK m.285 hükmü⁵⁸⁴ ve devamında düzenleme alanı bulmuştur. Kanun koyucu bağışlama sözleşmesini tanımlamıştır. Öncelikle belirtmek gerekir

⁵⁷⁹ Oğuzman/Öz, s.619; Çayan, s.146.

⁵⁸⁰ Çayan, s.147.

⁵⁸¹ Çayan, s.147.

⁵⁸² Meral, s.333-334.

⁵⁸³ Çayan, s.148.

⁵⁸⁴ m.285: “Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama değildir.

ki bağışlama sözleşmesi ivazsız yani karşılıksız bir sözleşmedir.⁵⁸⁵ Bağışlayan herhangi bir karşılık almaksızın bu işlemi gerçekleştirmektedir. Bu yönüyle bağışlama sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen kazandırıcı bir işlem olarak yalnız bağışlayanı borç altına sokar.⁵⁸⁶

Bağışlama; bağışlanan şeyin mülkiyetinin ve zilyetliğinin karşılıksız olarak devredilmesi amacıyla yapılır. Bağışlama karşılıksız olarak yapılmalıdır; ancak bağışlayanı bu işlemi yapmaya yönlendiren saik burada sözleşmeyi etkilememekte ve onun karşılıksız olma niteliğini bozmamaktadır.⁵⁸⁷ Belirtmek gerekir ki tek taraflı bir kazandırma olmasına rağmen eksik borçların ödenmesi gibi durumlar bağışlama olarak nitelenemeyecektir.⁵⁸⁸

Bağışlama sözleşmesi sağlar arası sonuç doğurur,⁵⁸⁹ ölüme bağlı tasarruflarla veya ölüme bağlı mal bırakmayla bu yönden büyük farklılık gösterir. Bağışlama sözleşmesiyle bağışlayanın malvarlığında bir azalma olurken bağışlananın malvarlığında karşılıksız bir kazandırma meydana gelir.

Bağışlamada bağışlayan malvarlığında mevcut bir hakkı devredebilir, henüz doğmamış hakları bağışlayamayacağı için; kanun koyucu doğmamış bu haklardan feragat etmesini yahut mirası reddetmesini bağışlama saymamıştır.

Bağışlama sözleşmesi ile bağışlanan şeyin mülkiyeti devredileceğinden satış konusu olabilecek her şey ve ayrıca maddi olmasa bile malvarlıksal değer taşıyan haklar bağışlamaya konu olabileceklerdir.⁵⁹⁰

Bağışlama sözleşmesi mülkiyetin devrini amaçlaması ve sözleşme konusu yönünden satış ile aynı özellikteyken⁵⁹¹; karşılıksız olması ve tek tarafa borç yüklemesiyle satış sözleşmesinden ayrılır.

Bağışlama şekilleri ve çeşitleri kanunda sayılmıştır. Buna göre bağışlama; bağışlama sözü verme, elden bağışlama, koşullu bağışlama, yüklemeli bağışlama, bağışlayana dönme koşullu bağışlama şeklinde yapılabilir.

Bağışlama sözleşmesinin devrini kanun koyucu özel hükümlerle ayrıca düzenlemediği için genel hüküm niteliğindeki TBK m.205 esas alınacaktır. Ancak bu hükmün uygulanmasıyla bağışlama sözleşmesinin devredilip devredilemeyeceği incelenirken bağışlamanın türleri arasında taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi olması bakımından farklılıklar

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz. Dinç/Bahadır, s.269.

⁵⁸⁵ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.393; Ruhi, s.863; Aydoğdu/Kahveci, s.326; Yavuz, s.810.

⁵⁸⁶ Çayan, s.149; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.393,394; Aydoğdu/Kahveci, s.325; Yavuz, s.811.

⁵⁸⁷ Aydoğdu/Kahveci, s.326.

⁵⁸⁸ Aydoğdu/Kahveci, s.326.

⁵⁸⁹ Yavuz, s.810.

⁵⁹⁰ Çayan, s.149; Aydoğdu/Kahveci, s.325.

⁵⁹¹ Çayan, s.149; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.393; Aydoğdu/Kahveci, s.325.

doğacağından ayrı ayrı ele almak gerekecektir. Öyle ki elden bağışlama doğrudan bir tasarruf işlemi niteliğinde iken, bağışlama sözü verme niteliği itibariyle bir taahhüt işlemidir.⁵⁹²

Elden bağışlama TBK m.289 hükmünde düzenlenmiştir. Elden bağışlama taşınmazlar ile taşınmaz üzerindeki aynı haklar için mümkün değilken taşınırlar, alacaklar, haklar, kıymetli evraklar için mümkündür ve bağışlanan taşınırın teslimiyle yani zilyetliğinin devri ile kurulur.⁵⁹³ Elden bağışlama kural olarak şekil şartına bağlı değildir ancak bağışlanacak şeyin mülkiyetinin geçebilmesi için bir şekil şartı varsa bu bağışlamaya da uygulanır.⁵⁹⁴ Elden bağışlama, teslim unsuru nedeniyle bir taahhüt işlemi değil tasarruf işlemi olarak kabul edilir.⁵⁹⁵ Sözleşmenin devri kendisi tasarruf işlemi olmakla beraber devre konu sözleşme bir tasarruf değil taahhüt işlemi olmalıdır; elden bağışlama bu bakımdan sözleşmenin devrine konu olamayacaktır.⁵⁹⁶ Zira elden bağışlamada teslimle beraber taşınırın mülkiyeti geçmiş ve edim gerçekleşmiştir.

Bağışlama sözü verme TBK m.288 hükmünde düzenleme bulmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki bağışlama sözü verme bir ön sözleşme değil, tek tarafa borç yükleyen taahhüt işlemi niteliği gösteren bağımsız bir sözleşmedir.⁵⁹⁷ Bağışlama sözü verme yazılı şekle hatta bağışlamaya konu şey tapuya kayıtlı taşınmaz ise resmi yazılı şekle bağlanmıştır.⁵⁹⁸ Ancak bağışlama konusu şeyin devri bir şekil şartına bağlıysa bu şeklin uygulanması da gerekebilecektir.⁵⁹⁹ Bağışlama sözü verme adından da anlaşılacağı üzere bir taahhüt işlemi niteliğindedir.⁶⁰⁰ Zira burada bağışlayan sözleşmeye konu şeyi devretmeyi borçlandığına dair bir nevi söz vermekte başka bir deyişle bağışlanan şeyi vermeyi borçlanmaktadır. Bağışlama sözü vermede bağışlanan şey henüz devredilmemiş yani zilyetlik ya da mülkiyeti henüz bağışlanana aktarılmamış olacağından bir taahhüt sözleşmesi olarak bağışlama sözü verme sözleşmesinin devri de mümkün olabilecektir.⁶⁰¹ Zira bağışlamaya konu şey bağışlanana devredildiğinde başka bir deyişle edim ifa edildiğinde ortada bir borç kalmayacağı için bir bağışlama sözü de kalmayacak ve bu durumda devri de söz konusu olamayacaktır. Bağışlamanın söz konusu bu çeşidinin devri mümkün olduğu için; bağışlama

⁵⁹² Çayan, s.149.

⁵⁹³ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.397; Ruhi, s.863; Aydoğdu/Kahveci, s.331; Yavuz, s.818.

⁵⁹⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.331; Ruhi, s.863; Yavuz, s.818. Örneğin; alacak hakkının elden bağışlanması yazılı şekilde yapılmalıdır.

⁵⁹⁵ Çayan, s.150; Yavuz, s.818.

⁵⁹⁶ Çayan, s.150.

⁵⁹⁷ Ruhi, s.863,864; Aydoğdu/Kahveci, s.329; Yavuz, s.816.

⁵⁹⁸ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.398; Ruhi, s.864; Aydoğdu/Kahveci, s.329; Yavuz, s.816-817.

⁵⁹⁹ Örneğin bağışlama taahhüdünün konusu taşınmaz ise taşınmazın ve taşınmaz üzerindeki aynı hakların devri resmi şekle tabi olduğundan bağışlama taahhüdü de bu şekle tabi olacaktır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Ruhi, s.864.

⁶⁰⁰ Akkurt/Erdoğan/Tokat, s.398; Ruhi, s.864; Aydoğdu/Kahveci, s.329.

⁶⁰¹ Çayan, s.150,151.

sözleşmesinin devrine ilişkin açıklamalar çalışmamızda bundan sonra bu çeşide istinaden yapılacaktır.

Bağışlama sözleşmesi başka bir deyişle bağışlama sözü verme bağışlayan yahut bağışlanan tarafından devredilebilir. Devirle beraber devreden sözleşmedeki taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hak ve borçları devralana geçer. Devir sözleşmede kalanın da rızası arandığı için devreden, devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraf arasındayken; devre konu bağışlama sözleşmesi artık devralan ve sözleşmede kalan arasında olacaktır. Sözleşmeyi devreden bağışlayan ise devreden taahhüt ettiği yükümlülüğünden artık devralan sorumlu olacak; devreden bağışlanan ise artık bağışlayan devralan bağışlanana karşı sorumlu olacaktır.⁶⁰² Bağışlama sözü verme kanunda yazılı şekle ve hatta taşınmazlar için resmi şekle bağlandığından bu sözleşmenin devrinin geçerliliği de aynı şekil şartına bağlı olacaktır.⁶⁰³

Yüklemeli bağışlama TBK m.291 hükmünde düzenlenmiştir. Buradaki yükleme bağışlamanın karşılıklı yapılması şeklinde değil, bir yan edim olarak düşünülmelidir.⁶⁰⁴ Yüklemeli bağışlama yapılışı ve sözleşmedeki düzenlemelere göre tasarruf yahut taahhüt işlemi şeklinde tezahür edebilir; bu durumda tasarruf işlemi şeklinde olanın devri mümkün değilken taahhüt işlemi şeklinde olanın devri mümkün olacaktır.⁶⁰⁵

Koşullu bağışlama TBK m.290 hükmünde düzenlenmiştir. Buradaki koşul gerçekleşmesi beklenen bir olay ve hatta bazı hallerde bağışlayanın ölmesidir. Koşullu bağışlamada koşulun şekli bağışlamanın şekline bağlıdır.⁶⁰⁶ Söz konusu sözleşme bağışlayan yahut bağışlanan tarafından devredilebilir. Koşullu bağışlama bağışlayanın ölüm anında bağışlanın hayatta olması gerekmektedir ki sözleşme hüküm ve sonuç doğurabilsin.⁶⁰⁷ Devreden bağışlayan ise artık devralan bağışlayanın ölüm anı esas alınacak; devreden bağışlanansa bağışlayanın ölüm anında devralan bağışlananın sağ olması aranacaktır.⁶⁰⁸

Bağışlayana dönme koşullu bağışlama TBK m.292 hükmünde düzenlenmiştir. Bu bağışlama çeşidinde bağışlananın ölmesi halinde bağışlanan şeyin mülkiyetinin bağışlayana geri dönmesi istenir.⁶⁰⁹ Bağışlayana dönme koşullu bağışlama bağışlayan yahut bağışlanan tarafından devredilebilir. Devreden bağışlayan ise sözleşmede kalan bağışlananın ölüm anında devralan bağışlayanın sağ olması aranacaktır. Devreden bağışlanan ise artık devralan bağışlananın ölüm anında sözleşmede kalan bağışlayanın sağ kalması aranacaktır.

⁶⁰² Çayan, s.150.

⁶⁰³ Çayan, s.153.

⁶⁰⁴ Aydoğdu/Kahveci, s.332; Yavuz, s.826.

⁶⁰⁵ Çayan, s.152.

⁶⁰⁶ Aydoğdu/Kahveci, s.332.

⁶⁰⁷ Çayan, s.152.

⁶⁰⁸ Çayan, s.153.

⁶⁰⁹ Aydoğdu/Kahveci, s.333,334; Yavuz, s.827-828.

4.7. Kamu İhale Sözleşmesinin Devri

Kamu ihale sözleşmeleri; kamu idarelerince yapılan ihalede en avantajlı ve şartları sağlayan teklifi veren yüklenici ile kamu idaresi arasında yapılan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak açıklanabilir.⁶¹⁰ Kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili özel kanun olmasından dolayı öncelikle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulama alanı bulacak ancak hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğinden dolayı Borçlar Kanuna gidilebilecektir.⁶¹¹

Kamu ihale sözleşmelerinin devredilmesi hususu ele alınırken Türk Borçlar Kanunu yanında öncelikle Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu düzenlemeleri ve özel hükümler ışığında incelenmelidir.

Öncelikle Devlet İhale Kanunu ele alınacak olursa m.1 hükmünde kanunun kapsamı ve hangi iş ya da kimlerin yapacağı ihale ve sözleşmelere uygulanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu ihale sözleşmeleri özel idare, belediye, katma bütçeli idare, genel bütçeye dahil dairelerin işleri için olmalı; bu işler de herhangi bir iş değil, alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerinden olmalıdır.⁶¹² Devlet İhale Kanunu sözleşmenin devri başlığıyla m.66 hükmünde⁶¹³ bu hususta düzenleme yapmıştır. Söz konusu hüküm ile iş bu kanun kapsamında kamu ihale sözleşmesinin devri mümkün kılınmıştır. Devir kanun hükmüyle ita amirinin iznine bağlanmış ve iznin şeklinin yazılı olması aranmış; iznin alınmaması sözleşmenin ihlali hükümlerine bağlanmıştır.⁶¹⁴ Devrin gerçekleşmesi için devralanın ilk ihaledeki şartları sağlaması gerekmektedir.⁶¹⁵

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun kapsamı hükme bağlanarak Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve kuruluşların yapacağı ihale sonucu kurulan kamu ihale sözleşmeleri olarak belirlendiğinden kamu ihale sözleşmelerinin devri müessesesi açısından işbu kanunu da incelemek gerekmektedir. Söz konusu kanun hükmüyle; kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerinin uygulanabileceği düzenlenmiş, böylece kanun kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.⁶¹⁶ Kanunun m.16 hükmü⁶¹⁷ sözleşmenin yüklenici tarafından devrini düzenlemiştir.⁶¹⁸ Buna göre sözleşmenin

⁶¹⁰ Toprak, s.407.

⁶¹¹ Toprak, s.412.

⁶¹² Öztürk, s.286.

⁶¹³ DİK m.66: “Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci m.hükümleri uygulanır.”

⁶¹⁴ Kuluçlu, s.101; Öztürk, s.286.

⁶¹⁵ Kuluçlu, s.101.

⁶¹⁶ Öztürk, s.287; Toprak, s.412.

⁶¹⁷ KİSK m.16: “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin

devredilebilmesi için ihale yetkilisinin izni gerekmektedir ve bu iznin yazılı şekilde olması gerektiği de hükme bağlanmıştır. Eğer bu izin alınmadan devredilirse devirden itibaren üç yıl içinde devre konu sözleşme feshedilecektir. Sözleşmenin yalnızca zorunlu hallerde devri mümkün olabilecektir. Söz konusu zorunlu hallerde dahi devralanda ve devre konu alacaklarda ilk ihaledeki şartlar sağlanmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki sözleşmenin devri halinde devreden yüklenici üç yıl başka bir kamu ihale sözleşmesinin devrine devreden ya da devralan olarak dahil olamaz. Kamu ihale sözleşmelerinin devrinde özel hüküm olması nedeniyle önce Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.16 hükmüne, düzenleme olmayan hallerde genel hüküm olarak TBK m.205 hükmüne gidilecektir.⁶¹⁹

Bahsedilen özel düzenlemeler ve TBK m.205 hükmündeki genel düzenleme dikkate alındığında kamu ihale sözleşmelerinin devredilebilmesi mümkün olmakta, söz konusu devir üç taraflı olma özelliğini sürdürmekte ancak devir için gereken genel şartların yanında bazı özel şartları da sağlaması gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin devri için bahsedilen bu şartlar sözleşme yüklenici tarafından devredilebilecek, devralanın ihale şartlarını sağlaması gerekecek, devir noterde onaylama şeklinde yapılacak, ihale yetkilisinin de onayı alınacak ve devrin tarafları son üç yıl içinde benzer bir devir yapmamış olacak şeklinde sayılabilir.⁶²⁰

Kamu ihale sözleşmelerinin iradi devri kural olarak sadece yüklenici tarafından yapılabilir. Ancak kanunda sözleşmenin devri hükmü içinde düzenlenmemiş olmakla beraber idare tarafının değiştiği kanuni haller de mevcut olabilir. Örneğin; ihale tarafı idare cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kaldırılırsa onun yaptığı ihale ve sözleşmeler için de yerine başka bir idare getirilmesi mümkündür.⁶²¹ Kural olarak kamu ihale sözleşmeleri yüklenici tarafından devredilebilir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından KİSK özel TBK ise genel niteliktedir. Özel nitelikteki hükümde söz konusu sözleşmenin devrinin yüklenici tarafından yapılması hali düzenlenmiş ancak idare için bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum kanun koyucunun idarenin devreden konumda olmasını istese düzenleyeceği fikrinden hareketle; ayrıca kanuni istisnalar hariç, idare tarafının devreden olmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Ancak doktrinde özel hükümde yasaklanmadıkça genel hükme gidilebileceğini ve bu yüzden TBK m.205 hükmü esas alınarak idare olan tarafta da iradi taraf değişikliği yapılabileceğini savunan görüşler de vardır.⁶²²

devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26'ncı madde hükümleri uygulanır."

⁶¹⁸ **Dinç/Bahadır**, s.208; **Toprak**, s.420.

⁶¹⁹ **Öztürk**, s.287.

⁶²⁰ **Duman**, s.236; **Toprak**, s.421; **Öztürk**, s.287, 288.

⁶²¹ **Toprak**, s.421.

⁶²² **Toprak**, s.421.

4.8. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Devri

Uygulama ve doktrinde kabul görmüş olmasına rağmen doğrudan kanuni bir düzenlemesi olmayan kat karşılığı inşaat sözleşmesi; eser sözleşmesinin bir görünümü olarak arsa sahiplerinin arsaları üzerine müteahhit tarafından bina yapılması ve yapılacak bu taşınmazdan bazı bağımsız bölümlerin kendilerine verilmesi amacıyla arsa sahipleri ve müteahhit arasında yapılan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak açıklanabilir.⁶²³ Yargıtay da kararında benzer bir tanımlamaya gitmiştir.⁶²⁴ Bu sözleşme ile taraflar birbirine ücret ödemeyi değil; arsa sahibi arsasını vermeyi müteahhit ise bu arsa üzerine çok katlı yapı inşa ederek bu yapının bazı bağımsız bölümlerini arsa sahibine devretmeyi borçlanırlar.⁶²⁵ Arsa sahibi inşaatın yapılması için masraf yapmayacak, müteahhit ise arsa sahibine devrettikleri dışında kalan bağımsız bölümlerin mülkiyetine sahip olacak ve dilerse satabilecektir.⁶²⁶

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda düzenlenmediği gibi söz konusu sözleşmenin şekline ilişkin de bir düzenleme yapılmamıştır. Kural olarak borçlar hukukumuzda sözleşmede şekil serbestisi hâkim olmakla beraber söz konusu sözleşmenin karma nitelikli yapısı ve taşınmaz devri içermesi nedeniyle uygulanması gereken şekil hususu önem arz edecektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi için her ne kadar kanunda doğrudan bir şekil şartı düzenlenmemiş olsa da; Yargıtay kararlarında⁶²⁷ da belirtildiği üzere taşınmaz mülkiyetinin devrini içerdiği ve taşınmaz mülkiyetinin devri kanunda resmi şekle bağlandığı için kıyas yolu ile kat karşılığı inşaat sözleşmesinin de geçerlilik şeklinin resmi şekil olması sonucuna varılabilir.⁶²⁸ Bu şekil şartıyla ilgili doktrinde; şekil şartının sözleşmenin tüm esaslı

⁶²³ Ayar Birkin, s.27-28,30-31; Aktaş Çelik, s.31,32,39; Günay, s.18; Ruhi/Ruhi, s.27-28,30; Yavuz, s.1305.

⁶²⁴ Ayar Birkin, s.31; Yarg. 14. HD, T. 11.09.2018, E. 2016/605, K. 2018/5524, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>; Yargıtay bu kararında kat karşılığı inşaat sözleşmesini eser sözleşmesinin bir türü olarak ele almış; iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yüklenicinin yapıyı yapma ve bağımsız bölümleri devretme, arsa sahibinin ise yapının yapılması için mülkiyeti devir borcu olduğunu açıklamıştır. Ruhi/Ruhi, s.27;

⁶²⁵ Ayar Birkin, s.27,30-31,32,35,72,76,78; Aktaş Çelik, s.31,39,43,45,57,61; Duman, s.96,119; Günay, s.18; Ruhi/Ruhi, s.29,41-45.; Yavuz, s.1306.

⁶²⁶ Ayar Birkin, s.29; Aktaş Çelik, s.35; Duman, s.96,135; Günay, s.470; Berberlioğlu Yenipınar, s.31; Ruhi/Ruhi, s.92.

⁶²⁷ Yarg. 15. HD, T. 12.10.2012, E. 2012/3379, K. 2012/6419, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>; Yargıtay bu kararında kat karşılığı inşaat sözleşmesinin karma yapısına vurgu yapmıştır. Bu karma yapının içerisinde taşınmaz devri de olduğunu ve taşınmaz devrinin şekle tabi olduğunu belirterek söz konusu sözleşme türünün de bu şekle uygun olarak resmi şekilde yapılması gerektiğini hükmünde açıklamıştır. Ruhi/Ruhi, s.907; Yarg. 15. HD, T. 01.10.2018, E. 2018/635, K. 2018/3501, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>; Yargıtay bu kararında da kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu devri yani taşınmaz mülkiyetinin devrini içerdiğini bu nedenle tapu memuru huzurunda yahut noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 23. HD, T. 10.11.2016, E. 2016/2328, K. 2016/4978, (erişim tarihi:18.05.2021), <https://legalbank.net/>; Yargıtay bu kararında ise kat karşılığı inşaat sözleşmesinin dava konusu olayda adi yazılı şekilde yapıldığını oysa geçerlilik şartının resmi şekilde yapılması olduğunu; dolayısı ile geçerlilik şekline uymadığı için yok hükmünde olduğunu belirtmiştir. Berberlioğlu Yenipınar, s.185,237.

⁶²⁸ Ayar Birkin, s.41; Aktaş Çelik, s.53-54; Duman, s.119; Günay, s.15,18; Berberlioğlu Yenipınar, s.31,237; Ruhi/Ruhi, s.17,33; Yavuz, s.1306,1311.

noktalarında geçerli olduğu yönündeki baskın görüş ve taşınmaz satış ve satış vaadi kısımlarında geçerli olup eser kısmının şekle tabi olmayacağı yönündeki azınlık görüşler mevcuttur.⁶²⁹

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri ve hatta inşaat sözleşmesi olarak eser sözleşmesinin devri kanunda ayrıca düzenlenmemiştir ancak bu devrin yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Kanunda ayrıca düzenleme olmayan hallerde sözleşmenin devrine ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK m.205 hükmü uygulama alanı bulacağından kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri de söz konusu hükme göre yapılabilecektir.⁶³⁰

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devri için TBK m.205 hükmündeki genel kurallar geçerli olacaktır. Bu bakımdan devre konu geçerli ve mevcut bir sözleşme olmalı, bu sözleşme devredilebilir nitelikte olmalı, tarafların devir yönünde iradesi uyumlu gibi sözleşmenin devrine ilişkin genel şartlar burada da geçerli olacaktır.⁶³¹

Kural olarak sözleşmenin devri devre konu sözleşmenin şekline bağlıdır. Bu bakımdan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin devrinin de devre konu sözleşmenin şeklinin resmi şekil olması gerektiği için resmi şekilde yapılması gerekir⁶³²; aksi halde devri geçersiz olacaktır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin müteahhit yahut arsa sahibi tarafından devri mümkündür,⁶³³ bu konuda taraflar açısından bir kısıtlama yoktur. Taraflardan herhangi birinin devreden olması mümkün olmakla beraber devrin üçlü bir ilişki olması nedeniyle devreden, devralan ve sözleşmede kalanın rızası elbette gerekli olacaktır.

Devredenin yüklenici yani müteahhit olması durumunda; müteahhidin arsa üzerine inşaat yapması ve bu inşaatteki bağımsız bölümlerden bazılarını arsa sahibine devretmesi yükümlülüğü devralan müteahhide geçecektir.⁶³⁴ Bu durumda sözleşmede kalan arsa sahibi olacaktır. Arsa sahibinin sözleşmede kalan olarak rızası; sözleşmenin devri müessesesindeki önemine ilave olarak müteahhidin niteliğinin taşıdığı değer ve arsa sahibinin devralan müteahhidin inşa edeceği yapıyı kabul etmesi bakımından da önem arz edecektir. Bu rıza devir anında olabileceği gibi devirden önce izin ya da devirden sonra onay şeklinde olabilir.⁶³⁵ Sözleşmede kalana arsa sahibinin rızasının sözleşmenin devrinin şekli resmi şekle uyup uymaması yönünde doktrinde tartışma vardır. Sözleşmede kalana arsa sahibinin rızasının da

⁶²⁹ Ayar Birkin, s.42; Duman, s.119; Ruhi/Ruhi, s.28; Yavuz, s.1306.

⁶³⁰ Ayar Birkin, s.96.

⁶³¹ Ayar Birkin, s.222-223.

⁶³² Ayar Birkin, s.224; Duman, s.233; Doğan/Atamulu/Şahan, s.334.

⁶³³ Ayar Birkin, s.212-213; sözleşmeyi arsa sahibinin ya da yüklenicinin devretmesi kural olarak mümkündür. Ancak yüklenicinin yeteneklerinin ve şahsının söz konusu sözleşme için önemli olduğunu gerekçe göstererek yüklenicinin sözleşmeyi devredemeyeceğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz: Duman, s.230.

⁶³⁴ Ayar Birkin, s.216.

⁶³⁵ Ayar Birkin, s.220.

resmi şekilde olması gereken görüşün yanında Yargıtay'ın da desteklediği bu rızasının şekle bağlı olmayacağı, örtülü dahi olabileceği yönünde de görüş mevcuttur.⁶³⁶

Devredenin arsa sahibi olması da mümkündür. Bu durumda sözleşmede kalan müteahhit olacaktır. Kural olarak sözleşmenin devri üç taraflı bir işlem olduğu için devreden arsa sahibinin, devralanın ve sözleşmede kalan müteahhidin rızası gereklidir. Ancak arsa sahibinin eserin meydana gelmesi için şahsının özel bir önemi olmaması nedeniyle; Yargıtay'ın böyle durumlarda sözleşmede kalan müteahhidin rızasını aramadığı kararları mevcuttur.⁶³⁷

⁶³⁶ Ayar Birkin, s.221-22.

⁶³⁷ Yarg. 15. HD, T. 09.09.2009, E. 2008/4222, K. 2009/4553, (erişim tarihi: 30.05.2021), <https://legalbank.net/>; Ayar Birkin, s.232.

SONUÇ

Sözleşme ilişkisi kural olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği kanuni sınırlar içinde olmak kaydıyla; taraflar dilediği gibi sözleşme yapmakta ya da yapmamakta, sözleşmenin tarafını belirlemekte, sözleşmede değişiklik yapmakta ve hatta sözleşmeyi sona erdirmekte serbesttirler. Sözleşmede değişiklik yapılması edimlerde, sözleşmenin unsurlarında olabileceği gibi taraflarda da olabilir. Çalışma konusu sözleşmede taraf değişikliği müessesesi de tam olarak bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmede taraf değişikliği; geçerli ve mevcut sözleşmeden doğan devredilebilir nitelikli bir borç ilişkisinde; taraflardan birinin sözleşmedeki taraf sıfatını ve taraf sıfatına bağlı tüm hak ve borçlarını bir bütün olarak üçüncü bir kişiye aktararak sözleşmenin tarafı olmaktan çıktığı, üçüncü kişinin ise sözleşmede taraf olarak yer aldığı üç taraflı bir hukuki işlem olarak açıklanabilir. Taraf sıfatının aktarılmasıyla halefiyete neden olan müessese tasarruf işlemi niteliğindedir, ancak taraflar bakımından bu nitelik farklılık arz edebilir. Sözleşmede taraf değişikliğinin gerçekleşebilmesi için istisnai haller hariç olmak üzere taraf sıfatını devreden, taraf sıfatını devralan üçüncü kişi ve sözleşmede kalanın rızası gerekmektedir.

Modern hukuk sistemlerinin kökeni olan Roma hukukunda sözleşmede taraf değişikliği kabul edilmemekteydi. Zira Roma hukukunda borçların şahsiliği kabul edilmekteydi. Sözleşmede taraf değişikliği kabul edilmemekte ancak buna duyulan ihtiyaç yenileme ve benzeri yollarla sağlanmaya çalışılmaktaydı. Ancak bu tam anlamıyla taraf değişikliğini sağlayamamakta, hak kaybına neden olabilmekteydi.

Türk hukuk sisteminde 818 sayılı mülga kanun döneminde sözleşmede taraf değişikliğine dair genel bir hüküm yer almamaktaydı. Genel bir hüküm olmamasına rağmen tarafın değişebileceği doktrin ve içtihatlarca kabul edilmekte ve uygulamamda kullanılmaktaydı. Doktrin ve içtihatlarda söz konusu müessese günümüz düzenlemesine benzer bir şekilde üç taraflı bir ilişki olarak kabul edilmekteydi. Mevcut düzenlemeden farklı olarak ise mülga kanun döneminde içtihatlar sözleşmede taraf değişmesinin şekle bağlı olmadığı yönündeydi.

Kanun koyucu sözleşmede taraf değişikliği müessesesini ilk kez TBK m.205 hükmünde “sözleşmenin devri” adıyla düzenlemiştir. Sözleşmenin devri ifadesi söz konusu işlemin üç taraflı olduğun anlaşılamaması nedeniyle terminolojik olarak doğru değildir. Kanun koyucu taraf değişikliği olarak sadece sözleşmenin devrini değil; alacağın devri,

borcun üstlenilmesi gibi müesseseleri de düzenlemiştir. Oysa bu müesseseler tam anlamıyla bir taraf değişikliği olmayıp sözleşmedeki edimlerden bir veya birkaçının aktarılması şeklindedir. Çalışmada kastedilen anlamdaki taraf değişikliği m.205 hükmündeki sözleşmenin devri halidir.

Sözleşmenin devredilebilmesi için; taraflar devri hususunda anlaşmalıdır. Devre konu borç ilişkisi devredilebilir nitelikte olmalı, geçerli ve mevcut bir sözleşmeden doğmuş olmalıdır. Sözleşmenin devrinin şekli devre konu sözleşmenin şekline bağlıdır. Başka bir deyiş ile devrin geçerli olabilmesi için devre konu sözleşmenin şeklinde yapılmış olması gerekmektedir. Buradaki şekil geçerlilik şeklidir.

Sözleşmenin devredilebilmesi için kural olarak devreden, devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç tarafın da rızası gerekecek aksi takdirde devir gerçekleşemeyecektir. Ancak kanunla getirilen istisnalar veya mahkeme kararı gereği buna aykırı durumlar olması mümkündür. Sözleşmede kalanın rızasının önceden izin yahut sonradan onay şeklinde olması da mümkündür.

Devirle beraber taraf sıfatı ve buna bağlı tüm hak ve borçlar devralan geçecektir. Alacak hakları, yenilik doğuran haklar, def'i ve itirazlar, ferî haklar da kural olarak bu kapsamdadır. Bu hakların sözleşmenin devriyle beraber devralana geçebilmesi için; şahsi nitelik taşımaması sözleşme ilişkisi ve bu ilişkideki taraf sıfatından kaynaklanması ve devri anında sona ermemiş olması gerekir.

Sözleşmenin devri sözleşme tiplerine göre bazı spesifik özellikler gösterebilir, bu durumlar kanunlarla özel hükümlerle düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devri ticari hayatta arz ettiği önem nedeniyle Avrupa sözleşmeler hukukunda da kabul edilmiştir. Mukayeseli hukuk açısından bakıldığında hukuk düzenlerinin pek çoğu sözleşmenin devri müessesesini kabul etmiş ancak bunların sadece bir kısmı hükme bağlamıştır.

Özetlemek gerekirse sözleşmede taraf değişikliği kanunun lafzıyla sözleşmenin devri; TBK m.205 hükmünde düzenlenen üç taraflı bir hukuki işlemdir. Bu işlem ile devreden taraf sıfatını ve buna bağlı tüm hak ve borçlarını devralana aktararak sözleşmeden çıkmakta ve devralan sözleşmenin tarafı olmaktadır. Ticari hayatın getirdiği gereklilikler nedeniyle ortaya çıkan bu müessese sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur.

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan : **Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012, 12.Bs.
- Akkışla, Hasibe Sena : “Borca Katılma Sözleşmesi (Cumulative Assumption of Debt Contract)”, **TBB Dergisi**, S.141, 2019, ss.363-415.
- Akkurt, Sinan Sami/ Erdoğan, Kemal/ Tokat, Hüseyin : **Borçlar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 1.Bs.
- Aktaş Çelik, Ümran : **Tüketici Hukuku Açısından Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 1.Bs.
- Alp, Mustafa : “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, Özel Sayı, 2007, ss.189-209.
- Antalya, Osman Gökhan : **Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.V/1,1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 2.Bs.
- Arslanoğlu, Anıl : “İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.10, 2006, ss.533-545.
- Ayan, Mehmet : **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, 2016, 11.Bs.
- Ayar Birkin, Zeynep : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri**, Seçkin Yayıncılık, 2019, 1.Bs.
- Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 4.Bs.
- Aydos, Oğuz Sadık : **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) Temel Hukuk Dizisi**, Seçkin Yayıncılık, 2019, 1.Bs. (Editör: İbrahim Ermenek)
- Ayrancı, Hasan : **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003
- Bahadır, Zeynep :” Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVII, S.3, 2013, ss.1-28.
- Berberlioğlu Yenipınar, Filiz: **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 2.Bs.

- Canarslan, Gökçe : “Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Çerçevesinde Sözleşmenin Devri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, C.5, S.14, 2013, ss.113-138
- Cansel, Erol/ Özel, Çağlar: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 2.Bs.
- Çabri, Sezer : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, **Legal Hukuk Dergisi**, S.106, 2011, ss.3911-3932.
- Çayan, Gökhan : **Sözleşmenin Devri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, 2020, Yenilenmiş 33.Bs.
- Dayınlarlı, Kemal :” Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri”, <http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelandoilkeleri.pdf> (erişim tarihi: 13.11.2020)
- Demircioğlu, Murat/ Centel, Tankut/ Kaplan, Hasan Ali: **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, 2019, 20.Bs.
- Dinç, Mutlu/ Bahadır, Çilem: **Türk Borçlar Kanunu/Karşılaştırmalı-Gerekçeli**, Seçkin Yayıncılık, 2020, 14.Bs.
- Doğan, Murat/ Atamulu, İsmail/ Şahan, Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 2.Bs.
- Dulay, Dilek : “İşyerinin veya Bir Bölümünün Devri (The Cession of a Workplace or a Part of Workplace)”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (İSGHD)**, C.8, S.32, 2011, ss.1373-1393.
- Duman, İlker Hasan : **İnşaat Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 10.Bs.
- (Erol) Durak, Yasemin : **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri**, Adalet Yayıncılık, 2017, 1.Bs.
- Erdoğan, İhsan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gazi Kitabevi, 2019, 4.Bs.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, 15.Bs.
- Gezder, Ümit : “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK m.4; m.7; m.8)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi

- Sempozyumu, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayınları, 2012, ss.33-64.
- Güleş, Bedia : “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Beğenme Koşulu ile Satış Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.69, S.2, 2020, ss.455-481.
- Günay, Erhan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Seçkin Yayıncılık, 2019, 3.Bs.
- Kaya, Talat : “Yabancı Unsurlu Alacağın Devri İşlemine Uygulanacak Hukuk”, **Public and Private International Law Bulletin (İstanbul Üniversitesi Yayınevi)**, C.39, S.2, 2019, ss.447-477.
- Kayar, İsmail : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 11.Bs.
- Kayıhan, Şaban/ Ünlütepe, Mustafa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2018, 6.Bs.
- Kılıç, Mehmet : **Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kocaağa, Köksal : “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, **TBB Dergisi**, S.79, 2008, ss.73-102.
- Koyuncuoğlu, Tennur/ Koyuncuoğlu, Hikmet/ İçöz Koyuncuoğlu, Ömrüncgül: **Türkiye Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Yargıtay Kararı ile Birlikte Borcun ve Sözleşmenin Yenilenmesi (Novatio-Yenileme)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 1.Bs.
- Kuluçlu, Erdal : “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, **Sayıştay Dergisi**, S.49, 2003, ss.99-115.
- Meral, Nevin : “Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmenin Devri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1, 2014, ss.327-352.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: **İş Hukuku Ders Kitabı**, C.1 (Bireysel İş Hukuku), Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, 3.Bs.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay: “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları” (Cevdet Yavuz’a Armağan), **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.3, 2016, ss.2927-2948.
- Öğüz, Tufan : “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No:III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayınları, 2012, ss.99-106.
- Özer Sarıtaş, Duygu : **Roma Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları**, Dora Yayınevi, 2018
- Özkaraca,ERCÜMENT : **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, 1.Bs.
- Öztürk, Berna :” Sözleşmenin Devri”, **TBB Dergisi**, S.125, 2016, ss.263-296.
- Rado, Türkan : **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, 15.Bs.
- Ruhi, Ahmet Cemal : **Sözleşmeler Hukuku**, C.2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, 2.Bs.
- Ruhi, Ahmet Cemal/ Ruhi, Canan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar**, Seçkin Yayıncılık, 2019, 1.Bs.
- Senyen-Kaplan, Tuncay : **Bireysel İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, 10.Bs.
- Söğütlü, Özlem : **Roma Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2020, 1.Bs.
- Subaşı, İbrahim; Yiğit, Yusuf: “İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı”, **İş ve Hayat Dergisi**, C.4, S.7, 2018, ss.148-175.
- Sümer, Haluk Hadi : **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 24.Bs.
- Süzek, Sarper : **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, 18.Bs.
- Şafak, Ali : **Teminat Amaçlı Alacağın Temliki**, Legal Kitabevi, 2013, 1.Bs.
- Şafak, Ali/ Eraslan, Duygu/ Baklacı Çakıroğlu, Evren/ Ünlütepe, Mustafa/ Öztürk Almaç, Tuğçe/ Ünal, Nurdoğan : **Alacağın Temliki (Alacağın Devri)**, Seçkin Yayıncılık, 2021, 2.Bs.
- Taşkın, Zeynep Damla; Şahbaz, Ali: “Sözleşmenin Devri”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.15, S.178, 2017, ss.4955-5020.
- Toprak, Eren : **Kamu İhale Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 1.Bs.

- Turan Başara, Gamze : “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C.63, S.2, 2014, ss.419-447.
- Tutar, Elce : “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi (Evaluation of Personal Performance of the Contractor in the Construction Contract and the Exceptional of Personel Performance of the Contractor)”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.2, 2018, ss.293-311.
- Yavuz, Nihat : **Borçlar Hukuku El Kitabı**, Adalet Yayınevi, 2018, 1.Bs.
- Yeniocak, Umur : **Sözleşme Hazırlama ve İnceleme Rehberi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, 5.Bs.
- Yiğit, Yusuf : **İş Sözleşmesinin Devri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014, 1.Bs.

İnternet Kaynaklar:

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Alman Federal Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığı İnternet Sitesi) <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (erişim tarihi: 29.03.2021)
- Corpus Mevzuat ve İçtihat Sistemi www.corpus.com.tr (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- DergiPark Akademik <https://dergipark.org.tr/tr/> (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- IGAC Inspeção-geral das Atividades Culturais (Portekiz Kültürel Faaliyetler Genel Müfettişliği İnternet Sitesi) <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991> (erişim tarihi: 27.11.2020)
- İdealonline Online Kütüphane <https://www.idealonline.com.tr/> (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) <https://zgbor.ch/> (erişim tarihi: 29.03.2021-30.03.2021)
- Legal Yayıncılık Online Kütüphane <https://legal.com.tr/> (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- LegalBank Elektronik Hukuk Bankası <https://legalbank.net/> (erişim tarihi: muhtelif tarihler)
- Nemzeti Jogszabálytár (Macar Ulusal Mevzuat Sistemi) <http://njt.hu/> (erişim tarihi: 03.12.2020)
- Prof. Dr. İlhan Helvacı Dersleri <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-m.-205> (erişim tarihi: 12.11.2020)

T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi <https://www.mevzuat.gov.tr/> (erişim tarihi: muhtelif tarihler)

The Cardozo Institute/ The Cardozo Electronic Law Bulletin (Cardozo Enstitüsü/ Cardozo Elektronik Hukuk Bülteni)

http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm (erişim tarihi: 11.11.2020)

Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası İnternet Sitesi İş ve Hayat Dergisi <http://www.sekeris.org.tr/dergi/?sayi=7> (erişim tarihi: 31.03.2021)

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law / Institut International Pour L'unification Du Droit Prive (Özel Hukukun Birleştirilmesi için Uluslararası Enstitü İnternet Sitesi) <https://www.unidroit.org/> (erişim tarihi: 07.04.2021)

Universitetet I Oslo (UiO) Det juridiske fakultet (Oslo Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sitesi) <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf> (erişim tarihi:13.11.2020)

www.kazancı.com

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI	Gizem Yağmur YILMAZ
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Fethiye Kemal Mumcu Anadolu Lisesi, 2012
Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi, 2016
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Ankara Barosu, Avukatlık Stajı
Çalıştığı Kurumlar	Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi