

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

SÖZLEŞMENİN DEVRİ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Gökhan ÇAYAN

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Turan ŞAHİN

2015
KIRIKKALE

KABUL-ONAY

Yrd. Doç. Dr. Turan Şahin danışmanlığında Gökhan Çayan tarafından hazırlanan “Sözleşmenin Devri” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalında Yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

24/ 12/ 2015

Başkan

Yrd. Doç. Dr Turan ŞAHİN

Üye

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK

Üye

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

..../ .../ 20

Enstitü Müdürü

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum Sözleşmenin Devri adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.

24/ 12/ 2015

Gökhan ÇAYAN



ÖNSÖZ

Çalışmamızda Türk Borçlar Kanunun 205’nci maddesinde düzenlenen “Sözleşmenin Devri” kurumunun Türk Borçlar Hukukundaki yeri, kurumun genel düzenlemeleri, sözleşme tiplerine etkisi incelenerek, hukuki ilişkilere ilişkin etkisi teorik ve pratik açıdan ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu tez çalışmasında ilgisini esirgemeyen tez danışmanım ve değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Turan ŞAHİN’e, görüşleriyle yardımcı olan değerli hocalarım Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK ve Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ’a, çalışmam sırasında maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen aileme şükranlarımı sunarım.

ÖZET

Çayan, Gökhan, “Sözleşmenin Devri”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2015.

Ülkemizde borç ilişkilerini düzenleyen temel kanun olan 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) döneminde sözleşmenin devri müessesesi genel mahiyette düzenlenmemiştir. BK döneminde kira sözleşmesinin; Ticaret Kanununda da mal sigortası sözleşmelerinin devrine ilişkin münferit düzenlemeler bulunmaktaydı. Genel anlamdaki sözleşmenin devri müessesesi ise Yargıtay içtihatları ile Doktrinde kabul edilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldıran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 205’nci maddesinde sözleşmenin devri müessesini düzenlemiştir.

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.

Sözleşmenin devri üç taraflı kendine özgü hukuki bir işlemdir. Devir sonucunun gerçekleşebilmesi için söz konusu tarafların devre uygun rızalarını beyan etmeleri şarttır. Öyle ki, taraflardan her birinin devir açısından rızası bir birine eşdeğerdir. Bu sebeple taraflardan birinin sözleşmenin devrine rıza göstermemesi durumunda devir işlemi geçerli bir şekilde gerçekleşmiş olmaz.

Sözleşmenin devri işlemi hukuki niteliği itibariyle taraf değişikliği sonucunu doğuran bir tasarruf işlemidir. Devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devreden sözleşmesel hakları üzerinde tasarrufta bulunarak bunları sözleşmeyi devralana geçirmekte, böylelikle sözleşmeyi devralan taraf sıfatlığını kazanmaktadır.

Sözleşmenin devri işlemi, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinin devrine imkân sağlayan hukuki bir müessesedir. Öte yandan tasarruf işlemlerinin de bu şekilde devri olanaklı değildir. Bazı sözleşmeler vardır ki bu sözleşmeler niteliği itibariyle bir taahhüt işlemi değil; bir tasarruf işlemidir ve bu tür sözleşmelerin, devir hükümlerine nakli mümkün değildir.

Devir işlemiyle birlikte meydana gelen taraf değişikliği asıl sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişim sebebe sebep olmaz. Devre konu olan sözleşme, devir işleminden sonra da aynı muhteviyatıyla tekemmül etmeye devam eder.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, Asıl Sözleşme, Devreden, Devralan, Kalan

ABSTRACT

Çayan, Gökhan, “Transfer of Contract”, Master’s Thesis, Kırıkkale, 2015.

The institution of “transfer of contract” has been established in Turkish Code of Obligations numbered 818 that is fundamental law regulating debtor-creditor relationships in Turkey. Several regulations relating to rental contract and property insurance agreements were respectively specified in Code of Obligations and Turkish Commercial Code. The generally institution of “transfer of contract” had been accepted in Doctrine through Supreme Court Practices. The institution of “transfer of contract” has been regulated in Article 205 of Turkish Code of Obligations numbered 6098 repealing of Code of Obligations numbered 818.

The transfer of contract is an agreement made between transferee and transferor of the contract and remaining party; that the transferor transfers all rights and obligations to transferee in the capacity of being a party of this contract.

The transfer of contract is a specific trilateral legal transaction. The parties must declare their consents for transfer in order to implement the transfer result. In fact, the consent of each of the party is equal in terms of transfer. Therefore, in the event that either party does not consent for transfer of contract, the transfer transaction shall not be effectually executed.

The transaction of transfer of contract is an act of disposal that results in changing of party by legal characteristics. The transferor of the contract disposes of contractual rights by transfer transaction; and transfers those to the transferee, thereby; the transferee of the contract obtains a party title.

The transaction of transfer of contract is a legal institution providing transfer of contractual debtor-creditor relationship. On the other hand, such transfer of dispositive transactions is not possible. There are some contracts that are not a promissory transaction in terms of characteristics; transfer of such contracts is not possible in terms of transfer provisions.

Changing of party occurring through transfer transaction does not any change in the content of main contract. The contract mentioned in terms of transfer continues to consummate with the same content even after transfer transactions.

Key Words: Transfer of Contract, Main Contract, Transferor, Transferee, Remaining Party



SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:	Bent
BK	:	818 sayılı (Mülga) Borçlar Kanunu
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
dn.	:	Dipnot
E.	:	Esas
E.T.	:	Erişim Tarihi
f.	:	Fıkra
HD.	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İK	:	İş Kanunu
İÜHUFD	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar
LHD	:	Legal Hukuk Dergisi
m.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
RG	:	Resmi Gazete

s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
t.y.	:	Tarih Yok
vd.	:	ve devamı
vs.	:	ve saire
YDD	:	Yargı Dünyası Dergisi
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
TÜRKÇE ÖZET SAYFASI	ii
İNGİLİZCE ÖZET (ABSTRACT) SAYFASI.....	iii
KISALTMALAR.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
GİRİŞ	1

1.BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TANIMI, TÜRLERİ, ÖZELLİKLERİ, ŞARTLARI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKLARI

I. Sözleşmenin Devrinin Tanımı	3
II. Sözleşmenin Devrinin Türleri	8
III. Sözleşmenin Devrinin Özellikleri.....	11
A. Sözleşmenin Devri Bir Tasarruf İşlemidir.....	11
B. Sözleşmenin Devri Halefiyet Sonucunu Doğuran Bir İşlemdir.	15
IV. Sözleşmenin Devrinin Şartları... ..	23
A. Sözleşmeye Dayanan Bir Borç İlişkisi Bulunmalı.....	23
B. Sözleşme Mevcut ve Geçerli Olmalı.....	29
1. Sözleşme Mevcut Olmalı	29

2. Sözleşme Geçerli Bir Sözleşme Olmalı.	31
a) Genel Olarak Sözleşmenin Geçerliliği... ..	31
b) Sözleşmenin Geçerliliğinin Devre Etkisi	33
C. Borç İlişkisi Devredilebilir Olmalı.....	37
D. Devir Sözleşmesi Olmalı.	43
1. Genel Olarak.....	43
2. Tarafların Devre Uygun İrade Beyanları Olmalı.	44
a) Sözleşmeyi Devralan ile Devredenin Birbirine Uygun İrade Beyanlarını Açıklaması.....	44
b) Sözleşmede Kalan Tarafın Devre Uygun İrade Beyanı.. ..	45
c) İrade Beyanlarının Şekli.. ..	53
d) İradenin Beyan Edilmemesi ve Sözleşmenin Eksik Devredilmesi.....	54
3. İrade İle Beyan Arasında Uygunsuzluk Olmamalı.....	56
4. Taraflar Devre Ehil Olmalı.....	59
5. Devir Sözleşmesinin Konusunun Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine, Genel Ahlaka ve Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması.....	61
6. Devir Sözleşmesi Muvazaalı Olmamalı.. ..	62
E. Devir Sözleşmesi Bütün Hak ve Borçları Kapsamalıdır	63
F. Devir Sözleşmesinin Şekli.....	64
V. Sözleşmenin Devrinin Benzer Hukuki Kurumlardan Farkları.....	70
A. Alacağın Devrinden Farkları.....	70
B. Borcun Üstlenilmesinden Farkları	74
C. Borca Katılmadan Farkları.....	76

D. Sözleşmeye Katılmadan Farkları	78
---	----

E. Alt Sözleşmeden Farkları.	79
-----------------------------------	----

2.BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN MEYDANA GELDİĞİ AN, HÜKÜM VE

SONUÇLARI

I. Sözleşmenin Devrinin Meydana Geldiği An.....	82
---	----

II. Sözleşmenin Devrinin Hüküm ve Sonuçları.....	87
--	----

A. Sözleşmenin Devrinin Taraflar Bakımından Etkisi.....	87
---	----

1. Sözleşmede Kalan İle Sözleşmeyi Devreden Arasındaki İlişki..	87
---	----

2. Sözleşmede Kalan ile Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki...	91
--	----

3. Sözleşmeyi Devreden ile Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki.....	94
---	----

B. Sözleşmenin Devrinin Borç İlişkisine Etkisi.....	95
---	----

1. Alacak Hakları.....	95
------------------------	----

2. Yenilik Doğuran Haklar...	100
------------------------------	-----

3. Def'i ve İtiraz Hakları.....	106
---------------------------------	-----

4. Diğer Haklar	109
-----------------------	-----

3.BÖLÜM

GENEL VE ÖZEL HÜKÜMLER BAKIMINDAN SÖZLEŞME TURLERİNİN

DEVİRİ

I. Taşınır ve Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Devri	111
--	-----

A. Taşınır Satış Sözleşmesinin Devri	112
--	-----

1. Devrin Yarar ve Hasarın Geçişine Etkisi.	113
--	-----

2. Devrin Satış Sözleşmesinin Hükümlerine Etkisi.	114
--	-----

B. Taşınmaz Satış Sözleşmesinin Devri.....	117
II. Kira Sözleşmesinin Devri	119
III. Vekalet Sözleşmesinin Devri.....	124
IV. Bağışlama Sözleşmesinin Devri	130
V. Hizmet Sözleşmesinin Devri.....	135
VI. İş Sözleşmesinin Devri..	139
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA	149

GİRİŞ

Sözleşmesel ilişkileri düzenleyen Borçlar Kanunu'ndaki temel ilkelerinden birisi sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü ilkesi iki temel özgürlüğü içermektedir. Birincisi, kişinin kendi iradesi ve isteği olmadan borç altına girmesinin mümkün olmamasını; İkincisi kişinin dilediği konuda ve koşulda sözleşme yapabilme ve hak elde edebilme özgürlüğünü kapsar. Bu özgürlük sözleşmenin kurulması kadar, sözleşmenin devamında, temlikinde (devrinde) ve hatta sözleşmenin sona erdirilmesinde de geçerlidir. Her özgürlük gibi sözleşme özgürlüğünün sınırsız bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Zira sözleşmenin tarafları sözleşmesel ilişkiyle birlikte birbirlerine karşı bir takım haklara ve borçlara sahip olur. Bu durumun normal bir sonucu olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların sözleşmenin devamına ve sona ermesine yönelik sözleşme özgürlüğünün sınırlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Gerçekten de sözleşme üzerindeki tasarruf yetkilerinin ve irade serbestisinin sınırlandırılması, sözleşmesel ilişkilerde taraflardan birinin diğerine karşı sahip olduğu hakları korumak ve sözleşmeye olan güveni sağlamak amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle tarafların sözleşmenin tamamında veya bir kısmında ya da taraflarında değişiklik yapabilmeleri birtakım şartlara bağlanmıştır. Hukuken aranan söz konusu şartlar tamam olduğunda sözleşmenin tarafları, sözleşmenin tamamı veya bir kısmı üzerinde değişiklik yapabilecekleri gibi sözleşmede taraf değişikliği sonucunu doğuran işlemleri de yapabileceklerdir¹.

Zamanla, sözleşmesel ilişki içerisine giren taraflardan birinin, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını, tümüyle üçüncü bir kişiye devrederek sözleşmeden ayrılabilmesini mümkün kılacak bir hukuki kuruma ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç kimi zaman bir kazanç elde etmek gibi ticari hayat icaplarından, kimi zaman da diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmeyi kabul etmediği durumlarda sözleşmede kalmak istemeyen tarafın sözleşmeyi başkasına devrederek sözleşmeden kurtulmasını sağlamak amacından ortaya çıkmıştır. Başlangıçta sözleşme özgürlüğü ve irade serbestliği çerçevesinde sözleşmenin serbestçe devredilebileceği kabul edilmiş olsa da, bu düşüncenin sözleşmedeki diğer tarafın haklarını ihlal etmesi ve sözleşmesel ilişkilere

¹ Erdal Kuluçlu, "Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri", **Sayıştay Dergisi**, Sayı 49, s. 99.

olan güveni sarsması sonucunda sözleşmenin devri bir takım şartlara bağlanmıştır. Devre ilişkin şartlar, daha çok doğruluk ve dürüstlük kuralları ile hakkın kötüye kullanımına ilişkin temel Medeni Hukuk prensipleri çerçevesinde açıklanmaya çalışılmış, daha sonra bilimsel görüşler ve mahkeme kararlarıyla devre ilişkin şartlar ortaya konulmuş ve en nihayetinde de sözleşmenin devri² müessesesi, modern hukuk sistemlerinde yasalaştırılarak kanunlardaki yerini almıştır³.



² Söz konusu terminoloji ilk kez Hölder tarafından ileri sürülen sözleşmenin yüklenilmesi kurumunu ifade etmek için kullanılmıştır. Bunlar arasında sözleşmelerde taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temlik, sözleşmenin yüklenilmesi ve en nihayetinde sözleşmenin devri gibi terimler ifade edilmiştir. Sözleşmenin devri kurumu Alman Hukukunda Vertragsübertragung olarak ifade edilirken (Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 31); İngiliz ve Amerikan Hukuku'nda "transfer of contracts" veya "assignment of contracts" terimleriyle ifade edilmektedir.

³Christian von Bar- Ulrich Drobnig, **The International Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study**, GmbH, München 2004, s. 17; Richard Stim, **Contracts: The Essential Business Desk Reference**, Delta Printing Solutions INC., First Edition, January 2011, s. 42, 43, 45; Wolter Kluwers Law & Business (Wolter), **Casonote Legal Briefs Contracts: Keyed to Courses Using Knapp, Crystal and Prince's Problems in Contract Law**, Wolter Kluwers Publishing Solutions Cooperation, Sixth Edition, New York 2007, s. 51, 55.

1.BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TANIMI, TÜRLERİ, ÖZELLİKLERİ, ŞARTLARI VE BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKLARI

I. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TANIMI

Ülkemizde borç ilişkilerini düzenleyen temel kanun olan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (BK) sözleşmenin devrini düzenlememiştir. Bununla birlikte bazı özel kanunlarda sözleşmenin devrinin özel olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür. Örneğin 1995 yılında kabul edilen ve özel kanun niteliğindeki 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunun 12'nci maddesinin 1'nci fıkrasında, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, kiracının kira sözleşmesini başkasına devredebileceği düzenlenmiştir⁴. Böyle özel düzenlemelerin yanı sıra sözleşmenin devrine ilişkin genel ilkeler doktrinsel görüşler ve yargısal içtihatlarla⁵ belirli bir sisteme oturtulmaya çalışılmış ve böylece sözleşmenin devri müessesesi pozitif hukukumuza dâhil edilmiştir. 818 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran ve 11.01.2011 tarihinde kabul edilip 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu ise (TBK) “Sözleşmenin Devri” kurumunu, 205'inci maddesinde açıkça düzenleyerek söz konusu kurumu mevzuu hukukumuza dahil etmiştir. Düzenleme, “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı beşinci bölümün altında ve üçüncü ayırımın içerisinde yer almaktadır.

⁴Seçkin Topuz- Ferhat Canbolat, Kira İlişkisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323'ncü Maddesinin Değerlendirilmesi, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, Ankara 2011, s. 97-98.

⁵ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.10.2004 tarih ve 2004/ 9625 Esas ve 2004/ 10945 Karar sayılı kararı (www.uyap.gov.tr, 9 Eylül 2015) ; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.04.2006 tarih ve 2006/ 214 Esas ve 2006/ 2180 Karar sayılı kararı (www.uyap.gov.tr, 9 Eylül 2015); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, 14.10.2005 tarih ve 2005/ 5335 Esas ve 2005/ 5448 Karar sayılı kararı (www.uyap.gov.tr, 9 Eylül 2015); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.10.2012 tarih ve 2011/ 5731Esas ve 2012/ 5990 Karar sayılı kararı (www.uyap.gov.tr, 9 Eylül 2015) ; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.11.2004 tarih ve 2004/ 1391Esas ve 2004/ 5609 Karar sayılı kararı (www.uyap.gov.tr, 9 Eylül 2015) örnek olarak gösterilebilir.

Genel olarak sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden tarafın, sözleşmeden doğan bütün haklarını ve borçlarını üçüncü bir kişiye devrederek sözleşmesel ilişkinin tarafı olmaktan çıkmasıdır⁶.

Hukuki ilişkilerdeki birtakım ihtiyaçlardan doğan ve aslen sözleşme üzerinde tasarruf yetkisi olan sözleşmenin devri kavramı, hukuki niteliği itibarıyla sözleşmesel ilişkilerde taraf değişikliğini meydana getiren bir kurumdur. Şüphesiz ki, bu kurumun işletilebilmesi için ilk başta hukuken aranan şartların mevcut ve geçerli bir biçimde yerine getirilmesi gerekir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sözleşmenin devrinin bazı şartlara bağlanmış olması irade serbestisini ortadan kaldırmak ya da taraflara böyle bir serbesti vermemek anlamında değil, sözleşmesel ilişkilerde taraflardan birinin diğerine karşı sahip olduğu hakları korumak ve tarafların yaptıkları sözleşmelere olan güveni sağlamaktır⁷.

Sözleşmenin devri, taraflardan birinin sözleşmeden ayrılmasına hizmet etmediği gibi sözleşmenin yenilenmesi yahut sözleşmenin sona erdirilmesi ya da devreden sözleşmeyle yüklendiği sorumluluktan kurtulmasına da hizmet etmez⁸. Sözleşmenin devrinde amaç, devreden sözleşmeyle sahip olduğu bütün hak ve borçları devralana geçirerek sözleşmedeki taraf sıfatını sona erdirmektir. Zira, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden tarafın sözleşme nedeniyle sahip olduğu bütün hak ve borçları devralana geçirmeyi taahhüt etmesiyle olur⁹.

Sözleşmenin devri kavramı doktrinde birden fazla teoriyle açıklanmış ve kavramın birçok tanımı yapılmış olsa da¹⁰, TBK 205'inci maddesinde sözleşmenin devrinin

⁶ Stim, 2011: 42, Nihat Yavuz, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1018.

⁷ Sözleşmede taraf değişikliği sonucu doğuran sözleşmenin devri ilişkisinin geçerli olarak yapılabilmesi için tarafların serbest iradeleri başlı başına yeterli olmayıp, kanun tarafından aranan şartların gerçekleşmesi de gerekmektedir.

⁸ Wolter, 2007: 50, Stim, *Contracts: The Essential Business Desk Reference*, s. 43.

⁹ Richard Stim, **What Is An Assignment of Contract?**, (Erişim), t.y., <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/assignment-of-contract-basics-32643.html>, 20 Mayıs 2014, s. 13.

¹⁰ Sözleşmenin devrine ilişkin temel teoriler ayrıntılı bir biçimde AYRANCI tarafından incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır. AYRANCI sözleşmenin devrinin yapısını açıklamaya yönelik olarak iki teoriden bahsetmiştir. Bu teoriler Kombinasyon Teorisi ve Birlik Teorisidir. Kombinasyon Teorisi uyarınca, sözleşmeler alacakların ve borçların bir araya getirilmesiyle oluşur. Alacak ve borçtan başka sözleşmesel ilişkinin içinde yer alan ve bu ilişkiyi oluşturan başkaca bir müessese bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin devri ancak alacağın temlik (devri) ve borcun nakli işlemlerinin kombinasyonu ile sağlanabilir. Yani, sözleşmenin devrine ayrı bir hukuki müessese hüviyeti vermeye gerek yoktur. İstenilse dahi, sözleşmenin devrine ayrıca bir müessese hüviyeti bağışlanamaz. Özellikle Ortaklık Hukukunda (Common Law) kabul edilen söz konusu teoriye göre, sözleşmenin devrinde alacaklar ve borçlarla birlikte yenilik doğurucu haklar da üçüncü kişiye geçer. Bu durum alacağın

tanımını yaparak kuruma olan bakış açısını ve kurumun Türk Hukukundaki teorisini açıkça ortaya koymuştur. Anılan hükme göre, sözleşmenin devri; sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (TBK m. 205/ 1).

Maddenin lafzından hareketle, sözleşmenin devri üç taraflı bir işlemle mümkündür. Sözleşmenin devrinde taraflar; sözleşmeyi devreden (the assignor), sözleşmeyi devralan (the assignee) ve sözleşmede kalandır¹¹. Örneğin; A, B'nin evini boyamak için B ile anlaşmıştır. Daha sonra B, A'nın da rızasıyla birlikte sözleşmeyi C'ye devretmiştir. Bu durumda A sözleşmede kalan, B sözleşmeyi devreden, C ise sözleşmeyi devralandır¹².

temliki veya borcun naklinde olduğu gibidir. Teori, sözleşmesel ilişkinin sadece alacak ve borçlardan oluştuğunu kabul ettiği için sözleşmenin bir bütün olarak değil, alacakların alacağın devri, borçlarında borcun nakli hükümlerine göre devredilmesi ve bunun sonucunda da alacak ve borcun devredilmesiyle birlikte sözleşmenin de devredileceği sonucunu kabul etmektedir. Diğer teori olan Birlik Teorisinden, sözleşme ilişkisinin tek bir hukuki işlemle yüklenilmesini sağlayan teori anlaşılmalıdır. Bu teoriye göre, sözleşme ilişkisi haklardan, yükümlülüklerden, hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan bütünlük arz eden bir yapıdır. Genellikle Kara Avrupa'sı Hukuk Sistemlerinde yaygın olan bu görüşe göre, sözleşmesel ilişkiler sadece alacak ve borca indirgenebilecek derecede basit değil, bilakis hakları, yükümlülükleri, külfetleri, hukuki durumları da içerisinde barındıran karmaşık bir yapıdır. Bu nedenle, sözleşmenin sadece alacaklar için alacağın temliki, borçlar için de borcun nakli şeklinde devredilmesi mümkün değildir. Eğer sözleşmelerin, alacağın temliki ve borcun nakliyle devrinin mümkün olduğu kabul edilirse, sözleşmeden doğan haklar, külfetler, hukuki durumların ve sorumlulukların göz ardı edilmesi gerekmektedir ki; bütün bu durumları içerisinde barındıran sözleşmesel ilişkiler açısından böyle bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Zira, alacağın temliki ve borcun nakli kombinasyonu sözleşmenin devri işlemini meydana getirmez. Yapılan işlem, sadece borç ilişkisinden doğan alacaklar ve borçlara şamil kalır. Sözleşmenin konumu olma durumuna ise bir etkisi olmaz. Öte yandan, sözleşmenin devri işleminin tek bir işlemle yapılmasını uygulama, borç ilişkileri ve ticari hayat icapları da desteklemektedir. Gerçekten de, karmaşık bir yapı olan sözleşme ilişkisinin unsurlarını ayırmak ve bunları tek tek devrederek haledin şahsında yeniden bir araya getirmek taraf iradelerine ve kişilerin ekonomik menfaatlerine uygun düşmez. Birlik teorisinin fonksiyonel gerekçelerle savunulması da mümkündür. İlk olarak, birlik teorisi iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin yüklenilmesi halinde, alacağın temliki ve borcun naklini tek bir işlemle gerçekleştirmektedir. Böylece tek bir amaca yönelmiş hukuki işlemin, bir birinden bağımsız iki farklı hukuki işlemle yapılmasından kaçınılmış olur. Tek bir işlemle ulaşılmak istenen durum tesis edilmiş olacaktır. İkincisi, birlik teorisi kabul edildiğinde sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların devri de mümkün olmaktadır (Ayrancı, 2003: 39- 52). Kombinasyon teorisi, ortaya çıktığı ve uzunca bir süre uygulandığı Ortaklık Hukuku'nda dahi işlerliğini yitirmiştir. Zira, İngiliz Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) verdiği kararlarda sözleşmenin devrinin bütün bir işlemle yapılması gerektiği, alacaklar için alacağın temliki, borçlar için de borcun nakli yapılarak sözleşmelerin devredilmesinin çağdaş hukuk sistemi bakımından kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir (Stim, Contracts: The Essential Business Desk Reference, s. 43).

¹¹ L. Steven Emanuel, **Contracts**, First Edition, Aspen Publishers, New York 2010, s. 55.

¹² Emanuel, 2010: 56.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden açısından sözleşmedeki taraf sıfatından ayrılarak bu sıfatı ve sözleşmeyle sahip olduğu bütün hak ve borçları¹³ üçüncü bir kişiye yani devralana geçirme, sözleşmeyi devralan açısından ise sözleşmedeki bütün hak ve borçları kapsar biçimde sözleşmeye girme ve sözleşmenin tarafı olma sonucunu doğuracaktır.

Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan tarafın hukuki durumunda kural olarak bir değişiklik meydana getirmeyecek ve yine kural olarak sözleşmede kalan taraf devirden önce sahip olduğu bütün hak, borç, itiraz ve def'ilerle birlikte devirden sonra da sözleşmede taraf olma sıfatını sürdürecektir¹⁴. Görüldüğü gibi, sözleşmenin devri işlemi sözleşmeyi devralan ile devreden hukuki durumlarında değişiklik meydana getirirken, sözleşmede kalan tarafın hukuki durumunda çok büyük bir temel değişiklik meydana getirmemektedir. Ancak bu ifade sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmede kalan tarafın hukuki durumunda en ufak bir değişiklik olmayacağı anlamına gelmez. Zira devirle birlikte kalanın sözleşme sebebiyle başvuracağı kişi ve malvarlığı değişmektedir. Ayrıca sözleşmede kalanın devir işlemiyle birlikte bazı hak kayıplarına uğraması da mümkündür. Mesela, sözleşmeyi devreden şahsından kaynaklanan ve sözleşmede kalan tarafından ileri sürülebilecek olan def'iler, sözleşmenin devriyle birlikte kalan tarafından devralana karşı ileri sürülemez. Zaten, sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmasındaki temel mantık da bu gibi durumlardan ortaya çıkmaktadır¹⁵.

TBK m. 205/ I hükmünün ifadesinde açıkça anlaşıldığı gibi, sözleşmenin devri; sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan tarafın aralarında yapacağı bir anlaşmayla mümkün olacaktır. Bu anlaşma devredilen sözleşmeden bağımsız olarak yapılan müstakbel bir anlaşmadır. Sözleşmede kalan tarafın, devre rıza göstermesi anlaşma için yeterlidir. Bizzat kendi rızasıyla devre rıza gösteren

¹³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.10.2004 tarih ve 2004/ 9625Esas ve 2004/ 10945 Karar sayılı kararı: "Sözleşmeyi devralan (yüklenen) taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden sahip olduğu bütün hak ve borçları yüklenir".

¹⁴ Burada sözleşmenin devriyle ilgili genel bir bilinç oluşturmak amacıyla bu ifadeler kullanılmıştır. Zira, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmede kalanın veya devralanın bazı haklarında değişiklikler meydana gelmekte, zaman zaman aynı kalmamaktadır. Çalışmamız boyunca taraflara ait olan hangi hakların sözleşmenin devrinden sonra devam edeceğini hangi hakların devam etmeyeceğini, hangi hakların geçip hangi hakların geçmeyeceği detaylı bir biçimde incelenecektir.

¹⁵ Gerçekten de sözleşmede kalan tarafın hukuki durumu devirden sonra da önceki durum gibi sabit kalsaydı; belki de kanun koyucu sözleşmede kalan tarafın devre uygun rızasını göstermiş olmasını devir işleminin gerçekleşmesi için aramayacaktı.

kalanın sözleşmeyle sahip olduğu bütün hak ve borçlar kural olarak korunacak;
sözleşmesel ilişkiye olan güven de sarsılmayacaktır.



II. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TÜRLERİ

Buraya kadar sözleşmenin devri olarak çalışmamızın ana muhtevasını oluşturan sözleşmenin iradi devri kavramını, dolayısıyla da TBK m. 205 hükmünü incelemiş olmakla birlikte, bazı durumlarda sözleşmenin kanuni devri ile mahkeme kararıyla devrinin de mümkün olabileceğini söylemek gerekir. Bu açıdan sözleşmenin devrinin üç türe ayrıldığını kabul etmek kanımızca yanlış olmaz. Bunlar; sözleşmenin iradi devri, sözleşmenin kanun gereği ya da kanunen devri ve sözleşmenin mahkeme kararıyla devridir.

Sözleşmenin devri, başka bir işleme gerek olmaksızın kanun gereği kendiliğinden gerçekleşiyorsa, burada sözleşmenin kanuni devri söz konusu olur. Doktrinde bu duruma kanun hükmü gereği doğrudan doğruya meydana gelen devir¹⁶ de denir. TBK m. 310 hükmüne göre, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yani kiralanan taşınmazın maliki değişir veya söz konusu taşınmaz üzerinde aynı hak kazanılırsa, yeni malik sözleşmenin tarafı olur. Bu hüküm ile kiracı, kiraya veren karşısında mülkiyet hakkına rağmen korunmakta¹⁷ ve yeni malik kira konusu taşınmazı edindiği anda kanun gereği kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. Buna karşın, sözleşmenin devri kanuna bağlı olmaksızın taraf iradelerinden kaynaklanıyorsa, çalışmamızın ana muhtevasını içeren sözleşmenin iradi devri söz konusu olur. İşte sözleşmenin kanuni devri ile iradi devri arasındaki en büyük fark burada ortaya çıkar. Yani kanuni devirde taraf iradeleri olmaksızın sözleşme kanun gereği devredilmiş sayılırken; iradi devirde, kanunen bir zorunluluk olmaksızın sözleşme bizzat tarafların iradesiyle devredilmektedir¹⁸.

Sözleşmenin kanuni devrinde Kanun, belirli olaylara sözleşmenin devri sonucunu bağlamıştır. Öğretide bu durum, sözleşmenin tek taraflı devri¹⁹ veya kalanın rızası aranmaksızın sözleşmenin devri²⁰ olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinde, işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme

¹⁶ Ayrancı, 2003: 73.

¹⁷ Sözleşmede kalanın yazılı rızasının aranması esasen kanun gereği sözleşmenin devrinde daha çok güçsüz olan tarafı koruma amacı yatmaktadır.

¹⁸ İftar Cengiz, **İş Sözleşmesinin İradi Devri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 5-6.

¹⁹ Cengiz, 2014: 6.

²⁰ Ayrancı, 2003: 74.

dayalı olarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyeri veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçlar ile birlikte devralana geçeceği düzenlenerek, sözleşmede kalan tarafın rızası olmaksızın kanun gereği devir öngörülmüştür²¹.

Sözleşmenin kanuni devrinin söz konusu olduğu hallerde, sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için ilişkinin taraflarından bir veya birkaçının rızası gerekmez. Oysa, sözleşmenin iradi devrinin gerçekleşebilmesi için tarafların tamamının devre uygun rızasını beyan etmesi gerekir. Sözleşmede kalan tarafın, devre uygun rızası beyan edilmiş olmadıkça, sözleşmenin iradi devri de söz konusu olmaz.

Sözleşmenin kanuni devrinde rızası alınmayan taraflara; çoğu kez bir fesih hakkı verilir. Bu fesih hakkı kanundan kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu kanuni devrin bazı hallerinde rızası alınmayanlara fesih hakkı tanımıştır ki; böyle bir hakkın sözleşmenin iradi devrinde söz konusu olması ya da en azından kanundan doğması mümkün değildir. Fakat, bu her kanuni devir durumunda sözleşmede rızası alınmayan tarafa kanun tarafından sözleşmeyi fesih hakkı verildiği anlamına da gelmez. Mesela, yukarıda verdiğimiz kira sözleşmesine ilişkin TBK m. 310 hükmü, rızası aranmayan tarafa sözleşmeyi fesih hakkı vermemiştir²².

Sözleşmenin kanuni devrinin söz konusu olduğu durumlarda sosyal koruma amacının ön plana çıktığı görülmektedir. Genellikle, sözleşmenin kanuni devriyle kiracı, işçi ya da tüketici bir çeşit koruma altına alınmıştır²³. Fakat sözleşmenin iradi devrinde durum çok farklıdır. İradi devirde taraflardan biri diğerinin karşısında korunmaz. Zira Borçlar Hukukuna eşitlik ilkesi hâkimdir. İradi devirin konusunu eşitler arası ilişki oluşturmaktadır. Eşitler arası ilişkinin temelinde sözleşme özgürlüğü ve irade serbestliği yatarken, amacında sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisini belirli usul ve şartlara bağlayarak kanun hükmüyle sağlamak yatar. Bu sebeple iradi devre ilişkin kurallar uygulanırken eşitlik ilkesi göz ardı edilmemelidir.

Son olarak sözleşmenin mahkeme kararıyla devri de söz konusu olabilir. Örneğin, yayın sözleşmesinde, fikir hakkı sahibi eserini tamamlayamadan ölmüş veya fiil

²¹ Cengiz, 2014: 7.

²² Ancak, aynı hükme denk gelen eski kanunun 254'üncü maddesi aynı durum için kanuni fesih hakkını da yeni malike belirli koşullar altında vermekte idi(Ayrancı, 2003: 72).

²³ Cengiz, 2014:8, Ayrancı, 2003: 72.

ehliyetini kaybetmişse, mahkeme kararıyla sözleşme ilişkisinin devamına karar verilebilir.

Eser sözleşmesinin kişisel sebeplerle sona ermesini düzenleyen TBK m. 500/ I birinci cümlesi, “Eser sahibinin eseri tamamlamadan önce ölmesi veya tamamlama yeteneğini yitirmesi ya da eseri tamamlamasının kendi kusuru olmaksızın imkânsız duruma gelmesi halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini” düzenledikten sonra; ikinci cümlesi “Ancak, sözleşmenin tamamı veya bir bölümünün yerine getirilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun bulunursa hâkimin, sözleşme ilişkisinin devam etmesine ve bunun için gereken değişikliklerin yapılmasına karar verebileceğini düzenlemiştir”. Bu düzenlemenin sözleşmenin devrine imkân verip vermediğinin tespiti gerekir. Madde metninde hâkimin sözleşme ilişkisinin devamına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu sonucun meydana gelmesi için sözleşmenin tamamı veya bir bölümünün yerine getirilmesinin mümkün ve hakkaniyete uygun olması şarttır. Kanımızca söz konusu düzenleme ilk olarak klasik anlamda sözleşmenin devrine imkân vermemektedir. Burada birinci cümlede belirtilen hallerden birinin söz konusu olması durumunda, öncelikle eser sahibinin sözleşmenin tamamı veya bir kısmını yerine getirebilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun ise sözleşmenin eser sahibiyle devamı ifade edilmektedir. Eser sahibinin ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda mahkeme, sözleşme ilişkisinin üçüncü kişiyle devam ettirilmesine de karar verebilir. Bu noktada sözleşmenin üçüncü bir kişiye mi devredildiği; yoksa ifanın üçüncü bir şahsa mı yaptırılacağı üzerinde durulmalıdır. TBK m. 500/ I hükmü mahkemenin sözleşme ilişkisinin devamına karar verebileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin sözleşmenin mahkeme kararıyla devrine cevaz verdiğini söylemek mümkündür. Ancak bu ifadeden, maddedeki düzenlemeyle klasik anlamda bir sözleşmenin devri ilişkisinin cereyan ettiğini anlamamak gerekir. Zira sözleşmenin devrinde, sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçların bir bütün olarak üçüncü kişiye devredilmesi söz konusu olur. Burada ise, sözleşmenin tamamı üzerinden ilişkinin devamına karar verilebileceği gibi; bir kısmı üzerinden de devam ettirilmesine karar verilebilir. Ayrıca ilgili hüküm hâkime, gereken değişiklikleri yapma yani sözleşmeyi yeni duruma uyarlama yetkisi de vermiştir. Bu sebeple TBK m. 500/ I hükmünü, klasik anlamda bir sözleşmenin devri olarak değil, kendine özgü kural olarak değerlendirilmesi gerekir.

III. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ÖZELLİKLERİ

Sözleşmenin devri kavramı birçok özelliği bünyesinde barındırmaktadır. Bu özellikleri iki ana başlık altında ifade etmek mümkündür. Bunardan ilki Sözleşmenin devrinin hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemi olması, ikincisi sözleşmenin devrinin sonucu itibarıyla halefiyet ilişkisini doğuran bir işlem olmasıdır.

A. SÖZLEŞMENİN DEVRİ BİR TASARRUF İŞLEMİDİR

Sözleşmenin devriyle taraflardan biri, sözleşmedeki taraf sıfatını üçüncü bir kişiye yani devralana geçirmektedir. Burada sözleşmenin taraflarından birinin yerine, başka bir kişinin geçmesi bir anlaşmaya dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle, devre konu olan sözleşme başka bir sözleşme ile devredilmektedir. Bu açıdan, anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşen sözleşmenin devri işleminde hem bir tasarruf işlemi hem de bir taahhüt işlemi söz konusudur²⁴.

Gerçekten de, malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki işlemler tasarruf işlemleri ve taahhüt işlemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

İşlemi yapanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya hakkı sınırlayan, hakka yükümlülükler getiren ya da onu değiştiren veya ortadan kaldıran, malvarlığının bizzat aktifini etkileyen işlemlere tasarruf işlemleri denir²⁵. Başka bir anlatımla, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işleme, tasarruf işlemi denir²⁶.

²⁴ Zeynep Bahadır, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Ankara 2013, Sayı 3, s. 4.

²⁵ Tan Tahsin Zapata, **Medeni Hukuk**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s. 39, Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 35.

²⁶ Fikret Eren, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 173.

Bir hakkı (malvarlığını) doğrudan doğruya etkilemeyen, malvarlığında sarfa yol açmayan, malvarlığının aktifini değil de, pasifini etkileyen işlemlere ise taahhüt işlemleri denir²⁷.

Sözleşmenin devrinin malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki niteliği belirlenirken ilişkinin taraflarına göre bir ayırım yapılması gerekir. Çünkü sözleşmenin devri tarafların tamamı açısından taahhüt veya tasarruf işlemi niteliğinde değildir.

Sözleşmenin devri, sözleşme ilişkisinin tarafında değişiklik yapmayı hedefleyen bir işlemdir. Bu hedefin gerçekleşmesi için devrin bir taahhüt işlemiyle değil; bir tasarruf işlemiyle yapılması gerekir²⁸. Başka bir anlatımla, sözleşmedeki taraf sıfatı ancak bir tasarruf işlemiyle devredilebilir. Bundan hareketle, sözleşmedeki taraf sıfatını devreden açısından sözleşmenin devrinin bir tasarruf işlemi olduğu açıktır²⁹. Zira, bu işlemle sözleşmeyi devreden, sözleşmedeki taraf sıfatını ve bu sıfatla sahip olduğu bütün hak ve borçları üçüncü bir kişiye geçirmekte; malvarlığında sarfa yol açmaktadır.

Sözleşmenin devrinin, devreden açısından bir tasarruf işlemi olduğu muhakkak olmakla birlikte, sözleşmede kalan açısından tasarruf işlemi olup olmadığı noktasında doktrinde ayrışık görüşler mevcuttur. Doktrindeki bir görüş, sözleşmenin devrinde sadece sözleşmeyi devreden pozitif bir değer olan alacağı ve negatif bir değeri olan borcu üzerinde aynı anda tasarruf ettiğini; sözleşmede kalan açısından böyle bir tasarruf işlemi bulunmadığı gerekçesiyle devir işleminin kalan açısından taahhüt işlemi olduğunu kabul etmektedir³⁰. Doktrindeki daha baskın görüş ise, hem sözleşmeyi devreden hem de sözleşmede kalanın devirle birlikte tasarruf işleminde bulunduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, sözleşmede kalan taraf alacak hakları ile ilgili olarak borçlunun ve onun malvarlığının değişmesine rıza göstermek suretiyle bir tasarruf işlemi gerçekleştirmektedir³¹. Çünkü sözleşmede kalan taraf,

²⁷ Kılıçoğlu, 2014:34, Zapata, 2012: 38.

²⁸ Murat Arapgirli, “ İhale Hukukunda Sözleşmenin Devri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 80, Ankara 2013, s.73.

²⁹ Stim, 2011: 50, Wolter, 2007: 51, Emanuel, 2010:54, Bahadır, 2013: 5.

³⁰ Ayrancı, dn. 200.

³¹Yavuz, s. 1019; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış**, 5. Bası, Konya 2011, s. 288; Arapgirli, 2013: 73 Ayrancı, 2003: 68; Bahadır, 2013: 5.

sözleşmenin geçerli bir şekilde devredilmesiyle birlikte devredene karşı kural olarak herhangi bir hak ileri süremeyecek³²; bundan böyle devir işleminden sonra doğacak alacak haklarını yalnızca sözleşmeyi devralandan talep edebilecektir. Görüldüğü gibi sözleşmenin devriyle, sözleşmede kalan tarafın alacak haklarını yerine getirme noktasında hedef aldığı kişi ve malvarlığı değişmektedir. Bu durum, sözleşmenin devrinin sözleşmede kalan taraf açısından da tasarruf işlemi olarak kabul edilmesi için yeterlidir.

Sözleşmenin devrinin sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan açısından tasarruf işlemi olması, devre konu olan sözleşmenin ihtiva ettiği hakların tasarruf edilebilir olmasını gerektirir. O halde, ancak tasarruf işleminin konusunu oluşturan şeyler sözleşmenin devrine konu olabilir. Bu anlamda malvarlıksal değeri olmayan şahsiyet hakları üzerinde tasarrufta bulunulamayacağından, bu hakları ihtiva eden muhtemel bir sözleşmenin devri de mümkün olmaz. Buna karşılık eşya, eşya üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklar, alacak hakları, bazı yenilik doğuran haklar ve borçlar tasarruf işlemine; dolayısıyla da sözleşmenin devrine konu olabilir³³.

Sözleşmenin devrinde tasarruf işlemi, sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan arasında cereyan etmektedir. Buna karşılık, devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devralan açısından bir tasarruf işlemi değil bir taahhüt işlemi söz konusu olur³⁴. Zira, devir sözleşmesiyle sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden borçlarını yerine getireceğini ve asıl sözleşmeye uygun olarak hareket edeceğini taahhüt etmektedir. Gerçekten de, henüz sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralanın malvarlığını doğrudan doğruya etkilememiş, aktifinde bir sarfa yol açmamıştır. Bu aşamada sözleşmeyi devralan, devir işleminin gerçekleşmesiyle birlikte asıl sözleşmedeki taahhütleri üzerine alarak malvarlığının pasifine etki yapmıştır. Öte yandan, devre konu sözleşme gereğince devralanın tasarruf işlemlerinde bulunması, devir işleminin devralan açısından taahhüt işlemi olduğu sonucunu değiştirmez. Zira, bu durum artık

³² Devir işlemiyle birlikte sözleşmede kalan yalnızca devir işleminden sonra doğacak alacak haklarını devredene karşı ileri süremez. Buna karşılık devirden önce doğan alacak haklarından dolayı kalana karşı devreden sorumlu olmaya devam eder.

³³ Wolter, 2007: 53.

³⁴ Ayrancı, 2003: 67.

sözleşmenin devriyle ilgili bir konu olmaktan çıkmış, devredilen sözleşmenin ifa aşamasıyla ilgili bir durum haline gelmiştir³⁵.

Diğer taraftan, sözleşmenin devrinde tasarruf ve taahhüt işlemleri arasında sıkı bir ilişki ve kuvvetli bir bağ vardır. Çünkü, sözleşmeyi devralan bakımından ortaya çıkan taahhüt işlemi, sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan açısından gerçekleşen tasarruf işlemine bağlı bir işlemdir³⁶. Bu işlemlerden birinde mevcut olan eksiklikler diğerini de etkileyecektir.

Malvarlığına doğrudan doğruya etki eden sözleşmelere tasarruf sözleşmeleri denir. Tasarruf sözleşmeleri yapıldığı anda taraflar sözleşmenin konusu üzerinde tasarrufta bulunmuş olur. Sözleşmenin devrine ilişkin olarak devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi de bir tasarruf sözleşmesidir. Zira, devir sözleşmesi geçerli bir şekilde yapıldığında başkaca bir işleme gerek olmaksızın devreden sözleşmesel ilişki nedeniyle sahip olduğu alacak hakları devralana geçer. Tasarruf sözleşmelerinde olduğu gibi devir sözleşmesinin kurulabilmesi için de devreden ve devralanın kendi alacakları üzerinde tasarruf yetkisine yani sözleşmeye konu olan alacaklarına doğrudan doğruya etki edebilme kudretine sahip olmaları gerekir.

Devir sözleşmesinin tasarruf sözleşmesi olmasıyla; sözleşmenin devrinin, sözleşmeyi devreden ve devralan açısından tasarruf işlemi olması birbirine karıştırılmamalıdır. Zira, bir sözleşmenin tasarruf sözleşmesi olması farklı şeydir; yapılan bir işlemin onu yapan açısından malvarlığına yaptığı etki bakımından tasarruf veya taahhüt işlemi olması farklı şeydir. Devir sözleşmesi niteliği gereği bir tasarruf sözleşmesi iken; sözleşmenin devri işlemi, malvarlığına yaptığı etki bakımından sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan açısından bir tasarruf işlemi, sözleşmeyi devralan açısından ise bir taahhüt işlemidir³⁷.

³⁵ Ayrancı, 2003: 68.

³⁶ Bahadır, 2013: 5.

³⁷ Başka bir anlatımla, bir sözleşmenin tasarruf sözleşmesi olması farklı şeydir; işlemin tasarruf işlemi olması farklı şeydir. Sözleşmenin devri malvarlığına yaptığı etki bakımından devreden ve kalan için bir tasarruf işlemi, devralan açısından bir taahhüt işlemidir. Devir işleminin gerçekleştirilmesi amacıyla devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesi niteliği gereğince bir tasarruf sözleşmesidir.

B. SÖZLEŞMENİN DEVRİ HALEFİYET SONUCUNU DOĞURAN BİR İŞLEMDİR

Halefiyet, bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine başka birinin geçmesidir³⁸. Bir hukuki ilişkinin taraflarından birinin yerine başka birisinin geçmesi, ilişkinin muhtevasında değişiklik meydana getirmez. Halefiyet halinde hukuki ilişkinin muhteviyatı ve niteliği değişmeksizin yeni bir kişinin ilişkiye girmesi söz konusu olur³⁹.

Türk- İsviçre Hukukunda, halefiyet kural olarak kanundan doğar. Bu sebeple Borçlar Kanunumuz kanuni halefiyet hallerini doğrudan doğruya düzelemiştir. Mesela, TBK m. 127 hükmü, üçüncü bir kişinin borçlu yerine ifada bulunması halinde onun haklarına halef olacağını ifade etmiştir. Bu örnek üzerinden halefiyet ilkesinin mantığını ve kurallarını incelemek mümkündür. Borçlar Hukukunda borç ister sözleşmeden, ister kanundan, isterse de haksız fiilden kaynaklanmış olsun, borcun normal bir şekilde sona ermesi onun ifa edilmesiyle mümkündür. Borç, kural olarak bizzat borçlu tarafından ifa edilmelidir. Ancak, borcun ifa ile sona ermesi için borcun bizzat borçlu tarafından ifası kural olarak gerekmez. Zira, TBK m. 82 hükmüne göre, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının herhangi bir menfaati söz konusu değilse, borçlu borcunu şahsen ifa etmeye mecbur değildir⁴⁰. Borcun, borçlu tarafından değil de üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde borç, üçüncü kişinin ifası ile sona ermiş olur. Bununla birlikte sınırlı sayıda⁴¹ saydığı bazı hallerde TBK, üçüncü kişi tarafından yapılan ifanın borcu sona erdirmeyeceğini kabul etmiştir. Böyle bir durumda alacaklıyı tatmin eden üçüncü kişi, alacaklıyı borç ilişkisinden çıkartarak kanun gereği onun yerine geçmektedir. İşte alacaklıyı bu şekilde borç ilişkisinden dışlayarak alacaklının yerine üçüncü bir kişinin geçmesine imkân veren

³⁸ Halefiyet, üçüncü bir kişinin borcunun edimini, alacaklıya ifa etmek suretiyle onu tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçmesi, onun borç ilişkisinden doğan asli ve fer'i haklarına halef olmasıdır (EREN, 2014: 931).

³⁹ Ayrancı, 2003: 56.

⁴⁰ I. Nisim Franko, "Borçlar Kanununun 109 ncu Maddesine Göre Halefiyet Halleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1981/ 2, Ankara 1981, s. 202.

⁴¹ Yargıtay 10. HUKUK DAİRESİNİN, 28.05.2013 tarih ve 2012/ 19635E., 2013/ 11653K. sayılı kararı ve Yargıtay 10. H.D., 2012/ 24342E., 2013/ 22419K. Sayılı kararı: "Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet, kanunda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir".

bu hukuki kuruma “Halefiyet⁴²” (subrogation) ilkesi denir⁴³. Başka bir anlatımla halefiyet, üçüncü bir kişinin borçlunun edimini, alacaklıya ifa etmek suretiyle, onu tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçmesi, alacaklının borç ilişkisinden doğan asli ve fer’i haklarına halef olmasıdır.

Genel olarak halefiyet de borç ilişkisinin içeriği ve niteliği değişmeksizin söz konusu borç ilişkisine yeni bir kişinin girmesi durumu söz konusudur⁴⁴. Burada borçlunun borcunu ödeyen üçüncü kişi, borç ilişkisinin muhtevasında bir değişiklik olmaksızın hukuki ilişkiye dâhil olur. Halefiyet ilkesi gereğince borçlunun borcunu ödeyen üçüncü kişi, ödediği miktarı borçluya rücu eder. Üçüncü kişi, ödediği miktarı borçluya rücu ederken, alacaklının haklarına halef olduğundan onun sahip olduğu tüm asli ve fer’i haklara da sahip olur. Bunun bir sonucu olarak, ifade bulunan üçüncü kişi alacağı garanti eden teminatlardan yararlanır. Bu teminatlar, bundan böyle ifade bulunan üçüncü kişinin rücu alacağına hizmet eder. Örneğin, A, B’den alacaklıdır. Bu alacağını doğuran borç ilişkisini kurarken, borcun teminatı olarak C’nin taşınmazı üzerine ipotek tesis etmiştir. B’nin borcunu ifa eden Ü, alacaklının haklarına halef olur. O halde halefiyete dayanan rücu hakkının, herhangi bir rücu hakkına nazaran daha avantajlı yönleri vardır. Borçluya ait borcu ifa eden her üçüncü kişi borçluya rücu hakkına sahiptir. Ancak, borçluya ifade bulunan her üçüncü kişi de alacaklının haklarına halef olamaz⁴⁵.

⁴² Roma Hukukunda alacak hakları için cüz’i halefiyet ilkesi reddedilmekteydi. Zira Romalı Hukukçulara göre, borç bunlara sahip olanların şahsına ayrılmaz biçimde bağlıydı. Bu anlamda alacağın temliki halefiyete vücut vermezdi. Roma Hukuku teorisi cüz’i halefiyet kavramını aynı haklara inhisar etmiş, borç ilişkisine halefiyeti mümkün görmemişti. Taraf değişikliği ancak yenileme veya dava yetkisinin devredilmesi ile mümkündür. Uzun tartışmalardan sonra alacaklara ve borçlara halefiyet kurumu tanındı. İlk olarak alacağın devri kavramında cüz’i halefiyet ilkelerinin geçerli olup olmayacağı noktasında tartışmalar yapılmıştır. Daha sonra 14’ncü yüzyılda Alman Hukukunda, borçlara katılma olmaksızın alacağın başlı başına devredilebileceği kabul edilmiştir. Ancak, Roma Hukuku metinlerinden etkilenen tarihçi- hukukçu görüşler ise bu ifadeyi reddederek, alacağın borçlardan bağımsız olarak devredilebileceği görüşüne müthiş bir biçimde karşı çıkarak, alacağın devrinin borçlardan sorumluluğa da teşmil edeceğini savunmuşlardır. 17’nci yüzyılın sonları ve 18’nci yüzyılın başlarında, Roma Hukukunun tek başına bir güç olması tabusu yıkılmış ve Roma Hukukçularının savunduğu birçok görüş gibi, alacağın devrinin borçlara da teşmil olacağı görüşü de yıkılmaya yüz tutmuş, bu dönem de bu görüşe karşıt olan görüşler doğmuştur. En nihayetinde de, halefiyet ilkesinin, borç ilişkisinin niteliği gereği imkânsız olmadığı aksine, yaşayan hukuk gereği geçerli olduğu görüşü hızlı bir şekilde yayılmıştır (aynen nakil, Ayrancı, 2003: 54- 55).

⁴³ Franko, 1981: 202- 203.

⁴⁴ Cengiz, 2014: 108.

⁴⁵ Kılıçoğlu, 2014: 420.

Halefiyet, akdi halefiyet ve kanuni halefiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Borçlar hukukunda yalnız kanuni halefiyet hali tanınmış olup, akdi halefiyete yer verilmemiştir⁴⁶.

Burada bir borç ilişkisinin bütününe halef olunup olunamayacağının; dolayısıyla da sözleşmenin devrinde halefiyet ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerekir. Sözleşmenin devrinde halefiyet ilkesinin mümkün olup olmadığında iki husus belirleyici rol oynamaktadır. Bunlar; muhteva (ayniyet ve içerik) ve devamlılık ilkeleridir.

Sözleşmenin devrinde mevcut borç ilişkisinin muhtevasının zarar görmemesi gerekir. Sözleşme devredildiğinde muhteviyatını kaybedecek hakları ve yükümlülükleri içeriyorsa sözleşme devredilmiş sayılmaz. Sözleşme ilişkilerinin kurulmasının asıl ve en önemli nedeni çoğunlukla sözleşmenin taraf dışında kalan unsurlarıdır. Örneğin, A, portakal suyu fabrikası için B ile portakal mevsiminde ayda üç ton portakal alma noktasında anlaşmış ise bu sözleşmesel ilişkide A'nın hedefi sözleşmeye konu olan edimi ele geçirerek fabrikasında işlemek ve ticari hayatını sürdürmek; B'nin hedefi ise hasat ettiği ürünleri satarak para kazanmaktır. Bu sözleşme ilişkisinde ne A'nın ne de B'nin taraflılığı sözleşme ilişkisinin kurulması bakımından önemli değildir. İşte ayniyet, sözleşmenin asıl kurulma sebebidir. Kurulma sebebi sözleşme ilişkisiyle hedeflenen hukuki işlemlerdir. Önemli olan sözleşmenin kurulma sebebinin devreden taraf yerine ilişkiye giren üçüncü kişi ile kalan arasında devam edip etmeyeceğidir. Borçlar hukukunda, sözleşme ilişkisi bu ilişkiyi kuran tarafların kişiliklerine bağlı olabilir. Bu durumda, kişinin değişmesi halinde temel ilişki de değişecektir. Eğer tarafların değiştiği yerde sözleşmenin kuruluş sebebi ya da temel ilişkisi de değişiyorsa sözleşme ilişkisinin muhtevası da değişeceğinden bu durumda sözleşmenin devrinin mümkün olacağını söylemek imkânsız hale gelir. Diğer taraftan ayniyet kavramı, selef ve halefin aynı haklara sahip olmalarını ifade eder. Fakat bu haklar arasında bir bağlantının bulunup bulunmadığına devamlılık sorunu cevap verir. Dolayısıyla muhteva, ayniyet, içerik ve devamlılık ilkelerini birbirinden ayırmak mümkün değildir. Borç ilişkisinde ayniyet mutlak bir anlam taşımaz. Ayniyet tarafların serbest iradelerine bırakılmıştır. Sözleşmenin devrinde halefiyet konusuna ilişkin diğer bir husus, devredilen sözleşme ilişkisinde muhteva

⁴⁶ EREN, 2014: 931.

değişikliğinin meydana gelip gelmediğidir. Borç ilişkisinin muhtevasında bir değişiklik meydana gelmişse aynı sözleşme ilişkisinin devredildiğini söylemek imkânsız hale geleceğinden, muhteva değişikliği ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin devredilemeyeceğini de kabul etmek gerekmektedir⁴⁷.

Sözleşmenin devri açısından ayniyet problemi herhangi bir sorun teşkil etmez. Devre konu olan sözleşme, devir işleminden önce nasılsa devir işleminden sonra da aynı durumunu koruyacağından, devir işlemiyle birlikte muhteviyat değişikliği de söz konusu olmaz. Zira, sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmeyi devreden tarafın sahip olduğu bütün hak ve borçları yüklenerek, devir sözleşmesiyle birlikte mevcut sözleşmenin tarafı haline gelmektedir. O kadar ki, sözleşmeyi devreden tarafın haklarının ve yükümlülüklerinin içeriği, niteliği, miktarı ve konusunda devir işlemi bir değişiklik yapmayacağı gibi sözleşmeyi devralan da bu konularda herhangi bir değişiklik yapamaz. Zaten, bu durumlarda değişiklik yapılması sözleşmenin devri işleminin geçerli bir biçimde yapılmasına engel olur. Bu engel bile, başlı başına sözleşmenin devrinde neden halefiyet ilkesinin geçerli olduğu sorusuna cevap verebilecek kudrettedir.

Bütün bu açıklamalarımızdan hareketle taraf değişikliğine neden olan sözleşmenin devri işleminde halefiyet ilkesinin uygulanmasının mümkün olduğunu söylemek gerekir. Hatta TBK, 205'nci maddesinin genel nitelikli yeni bir halefiyet kurumuna yer verdiği, bunun da sözleşmenin devri kurumu olduğu kabul edilmelidir⁴⁸. Sözleşmenin devri sadece genel nitelikli halefiyet kurumunu bünyesinde barındırmamakta, aynı zamanda borç ilişkisinin bütününe halefiyete de imkân vermektedir. O halde, bir borç ilişkisinin bütününe halefiyet sözleşmenin devri ile mümkün olacaktır. Buna göre, devralan taraf, devreden sözleşmeden doğan borçları, alacakları, diğer hakları ve külfetlerini de yüklenerek sözleşmenin tarafı konumuna girer. O kadar ki, sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden tarafın haklarının ve yükümlülüklerinin içeriğini, niteliğini ve miktarını değiştiremez⁴⁹.

Sözleşmenin devrindeki halefiyet ilişkisi sözleşmeyi devreden ve devralan arasında gerçekleşmektedir. Sözleşmenin devrinde devralan taraf, sözleşmeyi devreden tarafın

⁴⁷ Ayrancı, 2003:58- 64.

⁴⁸ Topuz, Canbolat, 2011: 101.

⁴⁹ Ayrancı, 2003: 57.

bütün hak ve borçlarını üzerine almış, yani onun haklarına ve borçlarına halef olmuş olur. Sözleşmeyi devralan taraf halef iken; sözleşmeyi devreden taraf seleftir.

Sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralan (halef), sözleşmeyi devreden (selefin) yerine başkaca bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın kendiliğinden geçer. Söz konusu devirle birlikte, devreden sözleşme ilişkisi nedeniyle sahip olduğu bütün hak ve borçlar; iddia ve savunmalar halef olan devralana geçmektedir. Diğer taraftan, sözleşmenin ifasını teminat altına almayı sağlayan ve devreden tarafça gösterilmiş ayni ve şahsi teminatlar sözleşmenin devriyle birlikte ortadan kalkmayacaktır. Kural olarak rehin, kefil, ipotek, garanti gibi sözleşmenin ifasını temine yarayan garanti sağlayıcıları, sözleşmenin devrinden sonra da aynen devam edecek, bundan böyle, sözleşmeyi devralanın alacak haklarının garantisine hizmet edecektir⁵⁰. Ancak, üçüncü kişi tarafından sözleşmeyi devreden lehine verilen ayni ve şahsi teminatlar, sözleşmenin devriyle birlikte devralana kendiliğinden geçmez⁵¹. Bu tür fer'i hakların geçmesi için ayni ve şahsi teminatı gösterenlerin devre rıza göstermiş olması gerekir⁵². Zira, bir sözleşme ilişkisinin devredilmesi ve bunun sonucunda da halefiyet müessesinin uygulanması, sözleşmenin tarafları ile bu işlemde etkilenenlerin işleme katılmasını ya da söz konusu işleme rıza göstermesini zorunlu kılar. Çünkü, kanundan doğan ayrıksı durumlar hariç olmak üzere hiç kimse isteği dışında yeni bir taraf ile sözleşme ilişkisini devam ettirmeye veya yeni bir borçlu ya da alacaklı ile muhatap olmaya zorlanamaz. Bu açıdan, sözleşmenin devri işlemine rıza göstererek bu işleme katılan devreden, bizzat kendi lehine vermiş olduğu teminatların geçmesi noktasında, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, bir sıkıntı yaşanmaz. Çünkü, sözleşmeyi devreden tarafın devre ilişkin olarak açıkladığı bir rızası söz konusudur ve bu rıza kendi lehine verdiği teminatlara da şamildir. Fakat

⁵⁰ Michael Stathopoulos, **Contract Law in Greece**, Kluwer Law International Published, The Netherlands 2009, s. 141.

⁵¹ İtalyan, İngiliz ve Amerikan Hukukunda, sözleşmenin devri halinde üçüncü kişi tarafından sözleşmeyi devreden lehine verilen teminatlar, başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın sözleşmeyi devralana geçmektedir. Bu sonucun gerçekleşmesi açısından teminat verenin rızası gerekmez. Bu durum ilgili hukuklarda halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Ancak, Alman, Portekiz, Yunan ve Avusturya Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda sözleşmenin devri halinde, sözleşmeyi devreden üçüncü bir kişi tarafından verilen teminatlar, yukarıda söylediğimiz sebeplere binaen sözleşmeyi devralana kendiliğinden geçmez. Bu sonucun doğması için teminat veren kişinin sözleşmenin devrine rıza göstermiş olması ya da verdiği teminatın devam edeceğini ayrıca belirtmiş olması gerekmektedir (Ole Lando- Eric Clive- Andre Prüm- Reinhard Zimmermann, **Principles Of European Contract Law**, C. III, Kluwer Law International Publish, The Netherland 2013, s. 135- 137).

⁵² Ayrancı, 2003: 148.

üçüncü kişiler tarafından, sözleşmeyi devreden lehine verilen teminatların söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmenin devri işlemine katılmayan bu üçüncü kişilerce verilen teminatların sözleşmenin devriyle devralana geçebilmesi, devir işlemine ve teminatın devamına rıza göstermesi halinde mümkün olacaktır. Dolayısıyla, sözleşmeyi devreden lehine üçüncü kişilerce verilen teminatların sözleşmeyi devralana devir işlemiyle birlikte halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak kendiliğinden geçeceği söylenemez. Bu durum az önce yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, hiç kimse isteği dışında yeni bir taraf ile sözleşme ilişkisini devam ettirmeye veya başka bir alacaklı ya da borçluyla muhatap olmaya zorlanamaz ilkesinin doğal bir sonucudur. Örneğin, A, her ay 1000 kg elmayı B'ye vermeyi taahhüt etmiş; B'de bunun karşılığında A'ya 1000 TL ödemeyi taahhüt etmiş ve bu borç ilişkisinde C'de A lehine kefalet vermiş olsun. Sözleşme ilişkisi normal bir biçimde devam ederken A, sözleşmeyi Ü'ye devretmiş ve bu devre B icazet vermiştir. Ü, artık A'nın yerini alarak sözleşmenin tarafı ve halefi haline gelecektir. Söz konusu teminatları gösterenlerin devre rıza göstermesi halinde, başlangıçta edimlerin ifasını temin etmek için gösterilen teminatlar, tıpkı asıl sözleşmede olduğu gibi mevcudiyetlerini sözleşmeyi devralan için de aynen devam ettirecektir. Yani, sözleşmenin tarafı haline gelen Ü'nün, B'den alacağı aylık 1000 TL'lik alacak hakkı üzerinde, C'nin kefaleti geçerli olacak; B borcunu Ü'ye ifa etmediğinde, Ü, kefalete ilişkin şartlara uygun olmak koşuluyla C'ye başvurabilecektir. Eğer, kefil C devre rıza göstermezse kefalet devralan Ü'ye geçmeyecektir. Fakat bu örnekte, devreden A kendi borcunu temin etmek amacıyla bir rehin hakkı kurmuş olsaydı, bu durumda sözleşmenin devriyle birlikte başkaca bir işleme gerek kalmaksızın söz konusu teminat sözleşmeyi devralana geçecekti⁵³.

Halefiyet malvarlığına yaptığı etki bakımından küllü halefiyet ve cüz'i halefiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Külli halefiyet, kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesiyle birlikte, bir malvarlığının bir bütün halinde başkaca bir işlem yapmaya gerek olmaksızın, üçüncü bir kişiye intikal etmesidir. Kanuni halefiyetin bunun en tipik örneği Türk Medeni Kanununun 599'ncu maddesinde düzenlenmiş olan mirasın intikalidir. Cüz'i halefiyet ise, bir malvarlığına dâhil olan bir hakkın, başlı başına bir hukuki işlem ile üçüncü bir kişiye intikal ettirilmesidir.

⁵³ Stathopoulos, 2009:141.

Burada sözleşmenin devri ilişkisinin malvarlığına yaptığı etki bakımından ortaya çıkardığı halefiyet ilişkisinin türünün tespiti önem taşımaktadır. Külli halefiyette, külli halefiyet durumunu doğuran olayın gerçekleşmesiyle birlikte malvarlığında yer alan unsurların tamamı herhangi bir işleme gerek olmaksızın halefe geçmektedir. Görüldüğü gibi bu geçiş bizzat kanundan kaynaklanmaktadır. Ayrıca halef sıfatının kime ait olacağını belirleyen de kanunun kendisidir. Mesela TMK m. 599 hükmüne göre, miras bırakanın malvarlığı bütün aktif ve pasifleriyle birlikte bir bütün olarak kanun gereğince mirasçılara geçer. Görüldüğü gibi burada malvarlığının bir bütün olarak geçişi söz konusu olur. Bu geçiş bir külli halefiyet ilişkisi doğurur ki; bu ilişki kanundan kaynaklanmaktadır ve başkaca bir işleme gerek yoktur. Külli halefiyet sonucunda halef sıfatının kime ait olacağı da bizzat düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinde ise malvarlığında yer alan unsurların tamamı değil; sadece malvarlığına dâhil olan bir hak başlı başına sözleşmenin devri işlemiyle birlikte ve iradi olarak üçüncü bir kişiye yani sözleşmeyi devralana intikal ettirilmektedir. Buradaki geçiş iradidir ve halef sıfatına sahip olacak kişi de yine taraf iradeleriyle belirlenir. Hepsinden önemlisi de burada geçiş, malvarlığının tamamı değil malvarlığına dâhil olan bir memaliki değerini yani sözleşmenin intikali amaçlanmaktadır. Diğer taraftan, cüz’i halefiyet ilkesi kural iken külli halefiyet ilkesi istisnadır ve bu istisnai halefiyetin geçerli olabilmesi için kanunun bu konuda özel bir düzenleme sevk etmiş olması şarttır. Bu yönleriyle değerlendirildiğinde, sözleşmenin devri ilişkisinde taraflar arasında cereyan eden halefiyet ilişkisinin, malvarlığına yaptığı etki bakımından cüz’i halefiyet ilişkisi olduğunu söylemek gerekmektedir.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarda daha ayrıntılı olarak inceleyecek olmakla birlikte; TBK m. 205/ IV; “Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır” hükmü getirilerek, kanuni halefiyet hallerinde TBK m. 205 hükmünün uygulanmayacağını düzenlemiştir. Örneğin; TMK’nun 599/ 1’inci maddesi hükmüne göre, “mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar.”. Yani miras bırakanın taraf olduğu bir sözleşmedeki taraf sıfatı ve bu sıfata bağlı olan hak ve borçlar mirasçılara miras bırakanın ölümü ile kanun gereği geçecektir. Burada kanundan doğan bir halefiyet hali söz konusudur. Dolayısıyla, bu geçiş için ayrıca sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur. Yine, TBK 127/ 1’inci maddesi hükmüne göre; “Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu

takdirde alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişi ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olacaktır” yani borçlunun taraf olduğu rehinle temin edilmiş bir sözleşmedeki taraf sıfatı ve bu sifata bağlı olan hak ve borçlar ifade bulunan üçüncü kişiye ifası ölçüsünde geçecektir. Burada kanundan doğan bir halefiyet hali söz konusudur. Dolayısıyla bu geçiş için ayrıca sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur⁵⁴.

⁵⁴ Kılıçoğlu, 2014: 812; Bahadır, 2013: 15.

IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

Bir sözleşmenin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi olacak, borç ilişkisini doğuran sözleşme mevcut ve geçerli bir sözleşme olacak, borç ilişkisi devredilebilir bir ilişki olacak, taraflar devir işlemi yapmaya ehil olacak, kanunen aranan şartlara uygun olarak devir sözleşmesi yapılacak, devir sözleşmesinin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmayacak, devir sözleşmesi bütün hak ve borçları kapsayacak biçimde yapılacak.

A. SÖZLEŞMEYE DAYANAN BİR BORÇ İLİŞKİSİ BULUNMALI

Birden çok anlamda kullanılsa da borç kavramı; dar anlamda borç ve geniş anlamda borç olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

Dar anlamda borç, verme, yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşen belirli bir insan davranışını ifade eder. En dar anlamda borç ise para borcudur. Örneğin, bakkala, manava, arkadaşına borcum var denildiği zaman borcun dar anlamı kastedilmektedir⁵⁵. Görüldüğü gibi dar anlamda borç genellikle günlük yaşamda kullanılan borç ifadesine karşılık gelmektedir.

Geniş anlamda borç ise, alacaklı ve borçlu diye isimlendirilen iki taraf arasında doğmuş veya kurulmuş olan hukuki bir bağı ifade eder ki buna borç ilişkisi denir⁵⁶.

Borç ilişkisi, iki taraf arasında kurulan ve taraflardan birini diğerine karşı belli bir davranış biçiminde bulunmakla yükümlü kılan hukuki bir bağıdır.

Borç ilişkisi, tek bir borcun ifası ile sona ermeyen, yenilik doğuran hakları, bu haklara muhatap olma konumunu, def'i ve temsil hakları gibi tali hakları; koruma yükümlülükleri ve bunların yanında edimin borca uygun bir şekilde ifasına yardımcı olan yan yükümlülükleri; hizmet ilişkisinde tatil, ikramiye gibi beklemece hakları,

⁵⁵ Turgut Akıntürk- Derya Ateş Kahraman, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler**, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 7; Fatih Bilgili- Ertan Demirkapı, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Dora Yayınevi, Bursa 2014, s.6.

⁵⁶ Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, 2014: 6; Akıntürk, Kahraman, 2014: 7.

zamanaşımına uğrama gibi zamansal durumları, hak düşürücü süreleri, rehin, garanti, kefalet veya diğer teminatları, hapis hakkını, cezai şart, pey akçesi veya gecikme zammını kapsayan hukuki ilişkiyi ifade eder⁵⁷. Görüldüğü gibi borç ilişkisi birçok hakkı ve borcu bünyesinde barındırır. Bu durum borç ilişkisi ile borcun en önemli farklılığını oluşturur. Borç ilişkisindeki herhangi bir borcun ifa edilmesi, sadece o borç açısından alacaklının tatmin edilmesi anlamına gelir ve sadece o borcu sona erdirmiş olur. Zira, borç ilişkisinin nihayete ermesi için, muhtevasında bulunan bütün borçların ifa edilmiş olması ve kural olarak alacaklının tam olarak tatmin edilmiş olması şarttır. Bu durum borç ilişkisinin bağımsız bir yapıya sahip olmasının sonucudur. Borç ilişkisinin bağımsız bir yapıya sahip olması ilişkinin muhteviyatının ve taraflarının zaman içinde değişebilmesi sonucunu doğurur. Bu durum borç ilişkisinin devredilebilmesine olanak sağlar.

Tanımdan da anlaşılabacağı üzere, bir borç ilişkisi daima alacaklı, borçlu ve edim unsurlarından oluşur. Her borç ilişkisinde mutlaka alacaklı ve borçlu taraf vardır. Alacaklısı ve borçlusu olmayan bir borç ilişkisi düşünülemez. Her borç ilişkisinde mutlaka bir edim de vardır⁵⁸.

Borç ilişkisinin taraflarına ilişkin unsurlardan birincisi, bu ilişkinin taraflarından birisinin alacaklı⁵⁹ olmasıdır. Alacaklı taraf, borç ilişkisinin akit tarafını oluşturmaktadır. Zira alacaklı borç ilişkisinin konusunu talep etme yetkisine sahiptir. Alacaklı tarafı kişiler oluşturur. Buna göre, alacaklı taraf kişi olma niteliğini kazanmış varlıklardır. Her borç ilişkisinde alacaklı tarafın bulunması zorunludur. Fakat bu ifadeden taraflardan birinin borç ilişkisinin sadece alacaklısı olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bir borç ilişkisinin alacaklısı aynı zamanda o borç ilişkisinin borçlusu konumunda bulunabilir. Yani borç ilişkisinin taraflarından birisi veya her ikisi borç ilişkisinin hem alacaklısı hem de borçlusu olabilir⁶⁰.

⁵⁷ Ayrancı, 2003: 88.

⁵⁸ Akıntürk, Kahraman, 2014:7, Bilgili, Demirkapı 2014: 6.

⁵⁹ Burada alacaklı kavramı ile alıcı kavramını birbirine karıştırmamak önemlidir. Alıcı, borcun en çok kullanan kaynağı olan satım sözleşmesine özgü bir kavramdır. Satım sözleşmesinin bir tarafında alıcı; diğer tarafında satıcı olmak üzere iki taraf vardır. Alıcı semen yani bedel karşılığında malı satın alan kişidir. Alıcı kavramı ise sadece satım sözleşmesiyle sınırlı değildir. Satım sözleşmesi de dahil olmak üzere her borç ilişkisinde mutlaka bir alacaklı vardır.

⁶⁰ Kılıçoğlu, 2014: 2

İkinci unsur olan borçlu, aralarındaki borç ilişkisi münasebetiyle karşısındaki alacaklıya bir edimde bulunma yükümlülüğü altına girmiş taraftır; yani, borç ilişkisinin pasif tarafıdır. Borçlu tarafı da kişilerden oluşur. Tıpkı alacaklıda olduğu gibi borç ilişkisinin borçlusu aynı zamanda o borç ilişkisinde alacaklı da olabilir. Bu durum ekseri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır⁶¹.

Bir borç ilişkisinin alacaklı ve borçlu tarafı birden fazla kişi olabilir. Müteselsil alacak halinde alacaklı tarafında; müteselsil borç halinde de borçlu tarafında birden fazla kişi bulunur.

Borç ilişkisinin konusunu oluşturan ve son unsuru olan edim, aralarındaki borç ilişkisinden dolayı alacaklının borçludan talep etme yetkisine sahip olduğu, borçlunun da ifa ile yükümlülük altına girdiği bir davranış biçimini ifade eder⁶².

Bir borç ilişkisinde birden fazla edimin bulunması çoğunlukla karşılaştığımız bir durumdur. Fakat çok sınırlı bir şekilde de olsa tek bir edimi ihtiva eden borç ilişkileri de bulunmaktadır. Örneğin, kefalette sadece kefil borç altına girmektedir ve borcu da lehine kefalet verdiği tarafın edimini garanti etmektir. Yine bağışlamada da aynı durum söz konusudur⁶³.

Edimin konusu şekillenmesi gereken davranışa göre üç türdür; verme, yapma veya yapmama. Borçlunun, alacaklıya bir şeyi verme taahhüdüne verme edimi, belirli bir davranışta bulunma ya da bir şeyi yapmama taahhüdüne yapma edimi; belirli bir davranıştan kaçınma ya da bir şeyi yapma taahhüdüne ise yapmama edimi denir. Verme, yapma veya yapmama edimleri bakımından edim konusunun ne olduğu borç ilişkisinde meydana gelen sorunların çözümünde önemlidir. Zira, kanun bazı durumlarda verme edimine özgü bir düzenleme sevk ederken; aynı düzenlemeyi yapma veya yapmama edimine hasretmemiş ya da edim konusuna göre maddi hukuk kurallarını şekillendirmiştir. Hatta birçok usul kuralı borç ilişkisinin ihtiva ettiği edime göre belirlenmektedir.

⁶¹ Akıntürk, Kahraman, 2014:8.

⁶² Reisoğlu, 2013: 233, Akıntürk, Kahraman, 2014:8, Bilgili, Demirkapı 2014: 8.

⁶³ Bilgili, Demirkapı 2014: 8.

Borç ilişkileri, sözleşmelerin yanında diğer hukuki işlemlerden⁶⁴, haksız fiilden ve kusursuz sorumluluktan, sebepsiz zenginleşme ile sözleşme öncesi sorumluluk ve buna benzer başka sebeplerden doğarlar⁶⁵. Bu duruma borç ilişkisinin kaynağı denir. Borç ilişkisinin kaynağı hem sözleşmenin devrinde hem de diğer borçlar hukuku kurumlarının tatbikinde önemlidir.

Borç ilişkileri bünyesinde barındırdığı asli edim ile zaman arasındaki ilişkiye göre ani, dönemsel ve sürekli edimli borç ilişkisi olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Sözleşmenin devri açısından borç ilişkisi incelenirken borç ilişkisinin bu türlerinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu önem sadece sözleşmenin devri açısından borç ilişkisinin incelenmesinde değil; sözleşmenin devriyle ilgili diğer durumlarda da ayrı bir öneme sahiptir. Mesela, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçları açısından sözleşmeyi devreden tarafın sahip olduğu iptal hakkının sözleşmeyi devralana geçip geçmeyeceği tartışılırken borç ilişkisinin ani, dönemsel veya sürekli olması önem taşımaktadır. Bu öneme binaen borç ilişkisinin söz konusu türlerinin bu bölümde kısaca incelenmesi faydalı olacaktır.

Ani edim, bir veya birden çok fiil ile bir anda yerine getirilen edimlerdir. Ani edimli sözleşmelerde borçlu, asli edim yükümünü bir defada yerine getirmektedir. Örneğin bağışlayanın bağışlama konusunu alacaklıya kazandırması, kiracının kira bedelini ödemesi, satım sözleşmesinde alıcının semeni ödemesi ya da satıcının malın mülkiyetini alıcıya devretmesi hallerinde ani edim söz konusu olur⁶⁶.

Kesintisiz bir fiil veya davranışlarla ifa edilen yani belirli bir süre borçluyu uyma yükümlülüğü altında bırakan edimlere sürekli edim denir. Örneğin, hizmet sözleşmesinde işçinin yüklendiği hizmetin sözleşme süresince yerine getirmekle

⁶⁴ Hukuki İşlem bir kimsenin hukuki bir sonuç elde etmek maksadıyla iradesini açıklaması demektir. Örneğin bir kimsenin evlilik dışında doğmuş olan bir çocuğun babası olduğunu kabul etmek üzere iradesini kanunun öngörmüş olduğu şekle uyarak açıklaması.

Sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve bir birine uygun irade açıklamaları sonucunda meydana gelen iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bir biriyle örtüşen öneri ve kabul ile sözleşme doğmuş olur(Akıntürk, Kahraman, 2014: 12). Borç ilişkilerinin sözleşmenin devri ile devredilebilmesi için söz konusu borç ilişkisinin dayanağı yani kaynağının sözleşme olması gerekmektedir.

⁶⁵ Ayrancı, 2003: 89.

⁶⁶ Bilgili, Demirkapı 2014: 11; Akıntürk, Kahraman, 2014: 11; Ayrancı, 2003: 90.

yükümlü olması halinde sürekli edim söz konusudur⁶⁷. Süreklilik bu tür sözleşmelerde belirli veya belirsiz bir zamana bağlıdır⁶⁸.

Borçlunun zaman içinde düzenli veya düzenli olmayan aralıklarla edimini ifa ettiği durumlara dönemsel edim denilmektedir. Dönemsel edimlere aynı zamanda aralıklı edimler de denir. Örneğin, kira sözleşmesinde kiraya verenin, kiralanan şeyin sözleşmeye uygun olarak kullanılmaya elverişli bir halde bulundurma edimi dönemsel edimdir⁶⁹. Doktrinde bazı görüşler, dönemsel edimli borç ilişkilerinin de aslında bir sürekli edimli borç ilişkisi olduğunu kabul etmekte; bu nedenle de dönemsel edimli borç ilişkilerini ayrı bir kategori içerisine dâhil etmemektir⁷⁰. Sözleşmenin devri açısından bu tartışmanın gerekli olmaması sebebiyle bu konunun üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

Kanundan, sözleşmeden veya halin icaplarından aksi anlaşılmadıkça hem ani edimli sözleşmeler hem de sürekli edimli sözleşmeler TBK m. 205 anlamında sözleşmenin devrine konu olabilir. Fakat sürekli edimi ihtiva eden sözleşmelerde, ani edimli sözleşmelere göre zaman aralığı bakımından bir müddet devam etme durumu söz konusu olduğu için taraf değişikliği daha çok görülmektedir⁷¹.

Bir borç ilişkisinin sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilebilmesi için, devredilmek istenen borç ilişkisinin sözleşmeden kaynaklanıyor olması gerekir. Kaynağını sözleşme dışında başka bir sebebin oluşturduğu borç ilişkilerinin devri mümkün değildir. Söz gelimi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri sırf bu halleriyle sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilemeyeceği gibi diğer hukuki işlemlerden, yan yükümlülüklerden, kusursuz sorumluluk hallerinden veya sözleşme öncesi sorumluluk hallerinden doğan borç ilişkilerinin de devri mümkün olmayacaktır.

⁶⁷ Bilgili, Demirkapı 2014: 12; Akıntürk, Kahraman, 2014: 11; Ayrancı, 2003: 90

⁶⁸ Sürekli borç ilişkileri, tüm yükümlülüklerin tam olarak ifa edilmesi ile sona erer. Buna karşılık, belli bir zamana kadar meydana gelmiş bulunan edimlerin ifası, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine yol açmaz. Bunların dışında, sürekli borç ilişkileri sonsuza kadar sürecektir değildir. Fesih sebeplerinin gerçekleşmesi sonucu sözleşmenin feshedilmesi veya beklenmeyen halin ortaya çıkması durumlarında sürekli sözleşmeler sona erdirilebilir. Sürekli borç ilişkilerinin Borçlar Kanunundaki düzenlemesi, ani edimli sözleşmelere göre daha azdır (Ayrancı, 2003: 91).

⁶⁹ Akıntürk, Kahraman, 2014: 11.

⁷⁰ Bilgili, Demirkapı 2014: 12.

⁷¹ Lando, Clive, Prüm, Zimmermann, 2013: 135.

Sözleşme dışındaki kaynaklardan doğan borç ilişkisi daha sonra bir sözleşmeye bağlanmışsa yani borç ilişkisinin muhteviyatı değiştirilerek⁷² sözleşmesel bir ilişki haline dönüştürülmüşse, bu borç ilişkisinin sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Örneğin A, kendi hesabına yatıracağı parayı yanlışlıkla B hesabına yatırmış ise bu durumda B, A'nın aleyhine sebepsiz olarak zenginleşmiş; bu durumda da kaynağı sebepsiz zenginleşme olan bir borç doğmuş olur. O halde A, B'den yanlışlıkla hesaba yatırdığı para kadar alacaktır. A'nın durumu B'ye izah ettiği ve B'nin de bir ay içerisinde bu parayı A'ya faizi ile ödemeyi önerdiği; A'nın bu öneriyi kabul ettiği varsayıldığında, başlangıçta kaynağı sebepsiz zenginleşme olan borcun muhteviyatı değişerek sözleşmesel ilişki haline gelmiştir. Burada artık sebepsiz zenginleşmeden değil sözleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi söz konusu olacağından sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanması mümkündür. Şöyle ki, B, A'nın da rızasıyla sözleşmedeki taraf sıfatını C'ye devredilebilecektir. Örnekte ifade edilen faiz ödeme önerisinin veya sözleşmenin vadeye bağlanmasının devir açısından bir önemi yoktur. Bu durumlar gerçekleşmemiş olsa dahi muhteviyatı değiştirilerek sözleşme haline getirilen borç ilişkisinin devri yine mümkün olacaktı. Örneğin, A ile B, antika değerine sahip olan vazanın satımı konusunda anlaşmıştır. A, B'ye vazoyu devredecek bunun karşılığında da B, A'ya 100000 TL ödeyecektir. B teslimi beklemeksizin sözleşme hükümlerine göre semeni ödemiştir. Fakat sözleşmenin yapılmasından bir gün önce antika vazo kırılmıştır. Sözleşme başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzdür. B, yapılan sözleşmenin hükümsüz olmasına rağmen A'ya bir kazandırmada bulunmuştur. Bu durumda A, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde B'ye ödediği semeni geri alacaktır. Fakat B'nin durumu öğrenip A'ya iletmediği, A'nın semene karşılık üç tane Isparta halısını vermeyi önerdiği, A'nın da bunu kabul ettiği düşünüldüğünde ortada artık yeni bir sözleşme vardır. Böyle bir durumda da yeni sözleşmenin devri mümkün olabilecektir. Aynı durum yukarıda

⁷² Cane- Rose, muhteviyat değişikliği ilkesini ortaya atmaktadır. Bizimde katıldığımız bu görüşe göre, özel hukuk ilişkileri özellikle de borç ilişkilerinde taraflar arasında irade serbestisi söz konusudur. Bu irade serbestisine dayanarak tarafların aralarında haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisini ayrıca sözleşmeye bağlayarak onun muhteviyatını değiştirmesine bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir engel söz konusu olmadığından söz gelimi başlangıçta sebepsiz zenginleşmeden doğan borç, sözleşmeye bağlanmışsa bu sözleşmenin devrinin mümkün olması gerekir. Böyle bir durumda sözleşme aşılarak borcun ilk kaynağına gidilmesi mümkün değildir (Peter R. Cane- Susane Rose, **The Assignment Of Contracts: Assignee, Assignor and Debtor**, Edward Elgar Publishing, First Edition, London 2008, s. 306).

belirttiğimiz gibi haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin muhteviyatının değiştirilmesi halinde de geçerlidir. Mesela A, evini tamir ederken komşusu B'nin evine zarar vermiş ve B durumu A'ya bildirerek zararının tazminini istemiş; A'da, B'nin zararını tazmin edeceğini söylemiş ve taraflar bu konuda bir anlaşma yapmışlarsa artık borç ilişkisinin muhteviyatında değişiklik meydana gelmiş ve ilişkinin kaynağı haksız fiil olmaktan çıkmıştır. Artık, söz konusu borç ilişkisinin kaynağında bir sözleşme vardır ve bu sözleşmenin, devir hükümlerine uygun olarak devredilmesi mümkündür.

Bütün bu açıklamalarımızdan hareketle sözleşmenin devrinden bahsedebilmek için borç ilişkisinin sözleşmeye dayanıyor olması gerekmektedir. Fakat TBK m. 205 hükmünün uygulanabilmesi için borç ilişkisinin sözleşmeye dayanması tek başına yeterli değildir. Söz konusu sözleşmenin devredilebilir mevcut ve geçerli bir sözleşme olması da zorunludur.

B. SÖZLEŞME MEVCUT VE GEÇERLİ OLMALI

Bir sözleşmenin geçerli olarak devredilebilmesi için mevcut ve geçerli olması şarttır. Bu şart devre konu olan sözleşmeye ilişkindir. Mevcut ve geçerli olmayan bir sözleşmenin devredilmesi kural olarak mümkün değildir.

1. Sözleşme Mevcut Olmalı

Sözleşmenin devri için her şeyden önce ortada mevcut bir sözleşmenin olması gerekir⁷³. Henüz mevcut olmayan, kurulması muhtemel bir sözleşmenin devri mümkün değildir⁷⁴.

Doktrindeki bir görüş müstakbel alacakların, alacağın devrine konu olabileceği gibi, muhtemel bir sözleşmenin de devre konu olabileceğini ifade etmektedir⁷⁵. Fakat sözleşmenin devri için, alacağın devrinden farklı olarak, üç tarafın rızası gerektiğinden, mevcut olmayan ancak ileride kurulacak olan bir sözleşmenin

⁷³ Topuz, Canbolat, 2011: 103, Bahadır, 2013: 14, Ayrancı, 2003: 92, Cengiz, 2014: 19, Kluwers, 2010: 55-56.

⁷⁴ Kluwers, 2010: 56.

⁷⁵ Bar, Drobnig, 2004: 18, Stim, 2011: 53.

devrinin nasıl yapılacağı izah edilememektedir⁷⁶. Gerçekten de, müstakbel alacakların tek başına devredilebilmesinin temelinde, devir işleminin yapılmasında karşı tarafın yani borçlunun rızasının aranmaması yatmaktadır. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise, mevcut olmayan yani muhtemel bir sözleşmenin devrini mümkün kılan sistemlerin, sözleşmenin devri için karşı tarafın rızasını aramayan sistemler olduğu görülmektedir⁷⁷. Bu durum, sözleşmenin devri için üç tarafın da rızasının arandığı sistemlerde, sözleşmenin devri ilişkisinin mevcut olmayan bir sözleşmeyi hedef alamayacağını ispatlar niteliktedir.

Görüldüğü gibi borç ilişkisinin sözleşmesel ilişkiye dayanıyor olması devredilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Borç ilişkisinin kaynağı olan sözleşmenin aynı zamanda mevcut olması da gerekir. İleride yapılması muhtemel veya müstakbel olan yani mevcut olmayan bir sözleşmenin devri mümkün değildir. Örneğin, A, B ile bir hafta sonra kurulması muhtemel olan bir satım sözleşmesini C'ye devredemeyecektir. Zira ortada mevcut bir sözleşme yoktur.

Devredilen sözleşmenin mevcut olmadığını devralan bilmiyorsa ya da bilmemesi sözleşmeyi devreden tarafın hilesinden kaynaklanıyorsa, devralan TBK m. 31'e göre temel hatasına ya da TBK m. 36'ya göre aldatma hükümlerine dayanarak devir sözleşmesini iptal edebilir⁷⁸. Fakat bunun için temel hatasının veya hilenin sözleşmede kalan tarafın rızasına sirayet ediyor olması gerekir. Eğer temel hatası ya da aldatma sözleşmede kalan tarafın rızasına sirayet etmiyor ise, duruma göre sözleşmeyi devralan tarafın üzerine düşen dikkat ve özen yükümünü yerine getirmediğinden bahisle ilgili hükümlere dayanarak sözleşmeyi iptal edemeyeceğini söylemek mümkündür.

İleride taraflar arasında bir sözleşmesinin yapılacağı vaadini içeren sözleşmeler geçerlidir ve bu tip sözleşmelere sözleşme yapma vaadi veya ön sözleşme (TBK m. 29) denir. Ön sözleşmede taraflar ileride bir sözleşme yapma konusunda anlaşmakta ve bu anlaşmalarını başka bir sözleşme ile kayıt altına almaktadır. Dolayısıyla ön sözleşme hali hazırda mevcut bir sözleşmedir ve ileride başka bir sözleşmenin

⁷⁶ Ayrancı, 2003: 93.

⁷⁷ Wolter, 2010: 42.

⁷⁸ Ayrancı, 2003: 89.

yapılmasını hedef alınmaktadır⁷⁹. Bu sebeple ön sözleşmenin devir hükümlerine göre intikali mümkündür⁸⁰. Örneğin, A üzerinde tedbir kararı olan taşınmazını B'ye satmak istemektedir ve fakat tedbir nedeniyle satamamaktadır. A ile B, taşınmaz üzerindeki tedbir kalkınca söz konusu satım sözleşmesini yapma konusunda anlaşmışlardır. Bu anlaşma ön sözleşme olmakla birlikte mevcut bir sözleşme hüviyetine sahiptir. B, söz konusu ön sözleşmeyi A'nın da rızasıyla C'ye devredebilir.

2. Sözleşme Geçerli Bir Sözleşme Olmalı

Geçerli bir devir işlemi için devre konu olan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olması gerekir. Devredilecek sözleşmenin geçerliliği ise genel kurallara göre belirlenmektedir. Devre konu olan sözleşme geçerli bir sözleşme değil ise devir işleminin akıbetinin ne olacağı söz konusu geçersizliğin boyutuna göre belirlenir.

a) Genel Olarak Sözleşmenin Geçerliliği

Sözleşmenin devri, öncelikli olarak devre konu olan sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasıyla mümkündür. Zira, geçersiz bir sözleşmenin devri mümkün değildir⁸¹.

Sözleşme⁸², iki tarafın, belli bir hukuki sonuca yönelik (bir hak ya da hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek ya da mevcut bir hak ya da hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmak amacına yönelik) karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarından oluşan hukuksal bir işlemdir⁸³.

⁷⁹ Doktrinde bazı görüşler asıl sözleşmeyi yapmak dururken ön sözleşme yapmanın pratikte bir fayda sağlamayacağını söyleseler de (Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Gözden geçirilmiş Onüçüncü Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 40),; bizimde katıldığımız görüşe göre ön sözleşme yapmanın pratik hayata faydaları mevcuttur. Zira, kişiler, bazen sözleşmenin yapılması için gerekli olan koşullara sahip olmayabilirler. Bu koşullar mevcut olmadığı için sözleşmenin yapılması olanaklı değildir. Bu durumda, sözleşmenin yapılabilmesi için söz konusu engellerin ortadan kalkması gerekmektedir. Ancak, bu engellerin ortadan kalkmasına rağmen, tarafların sözleşmeyi yapma zorunlulukları yoktur. Sözleşme yapma vaadi pratik hayatta bu ihtiyacı karşılayan bir kurumdur (Kılıçoğlu, 2014: 191).

⁸⁰ İspanyol Hukuku'nda önsözleşme veya sözleşme yapma vaaadinin devri olanaklı değildir (Cane, Rose, 2008: 331).

⁸¹ Kluwers, 2010: 56.

⁸² Nomer, 2013: 25; Kılıçoğlu, 2014: 39 vd.

⁸³ Bilgili, Demirkapı 2014: 33, Akıntürk, Kahraman, 2014: 21.

Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için evvela tarafların birbirine uygun iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri gerekir. Bir sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanları öneri ve kabulden oluşur. Kural olarak ilk irade beyanına öneri, ikincisine ise kabul denir. Öneri ve kabul beyanları taraflarca karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklandığı anda sözleşme kurulmuş olur. O halde, sözleşmenin kurucu unsurlarının öneri ve kabul beyanları olduğunu söylemek mümkündür. Öneri ve kabul beyanları sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulabilmesi açısından o kadar elzemdir ki, bu kurucu unsurlardaki en ufak eksiklik sözleşmenin kurulmasına engel olur. Kurucu unsurlarda, yani öneri ve kabul beyanları ile bunların karşılıklı açıklanmasında veya birbirine uygun olmasında bir eksiklik varsa, ortada bir sözleşmenin olduğundan bahsedilemez. Eğer ortada bir sözleşmenin olduğundan bahsedilemiyorsa, bunun devrinden bahsetmek mümkün olmaz.

Bütün kurucu unsurları tamam olan bir sözleşmenin geçerli olması, yani hüküm ve sonuç doğurması geçerlilik koşullarının varlığına bağlıdır. Geçerlilik koşulları sözleşmenin kurulması yani doğması için değil hüküm ve sonuçlarının yürümesi, işlemesi için gereklidir. O halde, sözleşmenin kurulması farklı şeydir; sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması farklı şeydir.

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için⁸⁴, tarafların fiil ehliyetine sahip olması (TMK m. 15), sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olmaması ve sözleşmenin konusunun baştan itibaren objektif olarak imkânsız olmaması (TBK m. 27), kanunun emrelediği bir geçerlilik şartı varsa buna uyulmuş olması (TBK m. 12), sözleşmenin muvazaalı olmaması (TBK m. 19), irade beyanlarının yanılma (hata), aldatma (hile) veya korkutma (tehdit) sebepleriyle sakatlanmış olmaması (TBK m. 30 vd.), aşırı yararlanma (gabin) halinin bulunmaması (TBK m. 28), tasarruf işlemlerinde, tasarrufta bulunanın söz konusu tasarrufta bulunmaya ehil olması yani tasarruf ehliyetinin mevcut olması gerekmektedir.

⁸⁴ Nomer, 2013: 46.

b) Sözleşmenin Geçerliliğinin Devre Etkisi

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir sözleşmenin devre konu olabilmesi için söz konusu sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulması gerekmektedir. Geçerli bir şekilde kurulmayan sözleşmeler hüküm ve sonuç doğuramayacağından, söz konusu sözleşmelerin devri de mümkün olmayacaktır. O halde, sözleşmenin devrinin geçerliliği incelenirken ilk önce devre konu olan sözleşmenin sıhhatinin araştırılması gerekir⁸⁵.

Sözleşmenin kurucu unsurlarının öneri ve kabul olduğunu, öneri ve kabulde yani sözleşmenin kurucu unsurlarında bir eksikliğin bulunması durumunda sözleşmenin yok (keenlemyekün) hükmünde olduğunu ifade etmiştik. Yok hükmünde olan sözleşmelerin hukuk âleminde bir varlığı da yoktur. Aslında bunlara sözleşme demek bile mümkün değildir. Zira, yok hükmündeki sözleşmeler hiçbir sonuç doğurmaz ve hukuk âlemince tanınmaz.

Hiçbir sonuç doğurmayan, hukuk âlemince de tanınmayan yok hükmündeki sözleşmelerin devri de mümkün değildir. Başka bir anlatımla, kurulmak istenen sözleşmenin kurucu unsurlarında eksiklik söz konusu ise bu durumda sözleşme yoktur ve böyle bir sözleşmenin devri de olanaklı değildir.

Taraflardan birisinin, yok hükmündeki bir sözleşmeyi her nasılsa üçüncü bir kişiye devrettiği düşünüldüğünde, devir işlemi konusuz kalacağından böyle bir işlem geçersiz olacaktır. Böyle bir durumda devir işleminin geçersizliğinin boyutunu değerlendirmek gerekir. Kanımızca sözleşmenin yoklukla malullüğü devir sözleşmesinin geçersizlik boyutunu iki şekilde belirler. Devir sözleşmesinin kurucu unsurlarında bir eksiklik varsa bu durumda devir sözleşmesi de yoklukla malul sayılacaktır. Eğer, devir sözleşmesinin kurucu unsurları tamam ise bu durumda da ortada devre konu olabilecek mevcut ve geçerli bir sözleşme olmadığından devir işlemi kesin hükümsüz olacaktır. O halde yoklukla sakat olan bir sözleşmeyi devretmek amacıyla yapılan devir anlaşmasının geçersizliğinin boyutu duruma göre değişir. Bu geçersizliğin boyutu kimi zaman yokluk olabileceği gibi, kimi zaman kesin hükümsüzlük olabilir.

⁸⁵ Bar, Drobnig, 2004: 18; Kluwers, 2010: 56.

Kanun koyucu, bir sözleşmede bulunması zorunlu olan ve sözleşmenin geçerliliğini önemli ölçüde etkileyen bir takım unsurların varlığını kabul etmiştir. Bu unsurların eksikliği her zaman ileri sürülebilir. Söz konusu unsurlar, sözleşmenin geçerliliği açısından o kadar hayati bir öneme sahiptir ki, maddi hukuka ilişkin bir olgu olmasına rağmen, bu durumlar taraflarca veya ilgililerce ileri sürülmesi bile hâkim tarafından re'sen gözetilir ve hâkim söz konusu unsurların bulunmadığını tespit ederse sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verir. İşte bu tür geçersizliklere eski kanunda butlan yeni kanunda kesin hükümsüzlük adı verilmiştir⁸⁶.

Butlan ya da kesin hükümsüzlük, sözleşmenin baştan itibaren kesin olarak hükümsüz, geçersiz olduğunun ifade ediliş biçimidir. Yokluktan farklı olarak bu durumda ortada bir sözleşme vardır; sözleşmenin kurucu unsurları da tamdır. Fakat sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasına engel olan ve kanun koyucu tarafından özellikle dikkat çekilen bazı şartlarda eksiklik veya aykırılık söz konusudur.

Sözleşmeyi yapanın kural olarak ayırt etme gücüne sahip olmaması (TMK m. 15); sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ya da ahlaka aykırı olması veya konusunun baştan itibaren objektif olarak imkânsız olması (TBK m. 27), kanunun öngördüğü sıhhat yani geçerlilik şartlarına uyulmaması (TBK m. 12) ve sözleşmenin muvazaalı olması (TBK m. 18) kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran sebeplerdir.

Hüküm ve sonuç doğurma kabiliyetine sahip olmayan sözleşmelerin devri mümkün değildir. Kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme geçersizdir. Ancak geçersizliğin boyutunun ne olacağı noktasında kanunda ve doktrinde bir açıklık yoktur. Kanımızca, kesin hükümsüz sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme kurucu unsurları tamam olsa bile butlanla sakatlanacak ve kesin hükümsüz sayılacaktır. Yani devre konu olan sözleşmedeki hükümsüzlük devir sözleşmesine de sirayet edecektir. Gerçekten de, kesin hükümsüzlük sebepleri bizzat kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan, kamu düzenini, hayatın olağan akışını, kamu güvenliğini önemli ölçüde yaralayan ve mevcut olması halinde sözleşmeyi hükümsüz kılan nedenlerdir. Böyle nedenlerden birini bünyesinde ihtiva eden sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmanın yapılabilmesi söz konusu sebeplerin ihlal edilmesi anlamına gelir.

⁸⁶ Kılıçoğlu, 2014:64.

Örneğin, bir kişinin iç organlarından birini satmak için yaptığı sözleşme kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğundan kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Kesin hükümsüz olan bu sözleşmenin üçüncü bir kişiye devredilmesi amacıyla yapılan sözleşme de kesin hükümsüz olacaktır. Zira bu sözleşmenin devrine izin vermek; kesin hükümsüzlük yaptırımını etkisiz kılarak sözleşmeye geçerlilik atfetmek anlamına geleceğinden mümkün değildir⁸⁷.

Eğer kesin hükümsüzlük sebebi sözleşmenin içerdiği hükümlerden sadece bir kısmına ilişkin ise (örneğin, sözleşmenin sadece bir koşulu hukuka aykırı ise ya da sözleşmenin sadece bir kısmında ahlaka aykırılık mevcut ise), o takdirde sadece bu kısım geçersiz olur ki buna kısmi hükümsüzlük hali denir. Kısmi hükümsüzlük halinde sözleşmenin devri mümkün olabilecektir. Ancak devir işlemi, sözleşmenin kesin hükümsüz olan kısmına sıhhat kazandırmayacak, bilakis hükümsüz olan kısım devir halinde bu durumunu aynen koruyacaktır. Fakat, geçersiz kısım olmasaydı sözleşmenin devrine ilişkin işlemin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, o takdirde sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz yani geçersiz sayılacaktır (TBK m. 27/ II).

Bazen geçersizlik sebebinin varlığı kendiliğinden sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirmez, bunun yerine geçersizlik sebebiyle korunan tarafa sözleşmeyi iptal edebilme hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kullanılması belirli bir süreye tabidir ve hakkın kullanılmasıyla birlikte sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir. İptal hakkı olan bu hakkı kullanıp kullanmayacağı belirsiz olduğu sürede sözleşme hükümleri askıdadır. İptal edilebilirlikle korunan taraf, sözleşmeyi iptal ettiğinde mevcut olan hükümsüzlük kesin hale gelir. Buna karşın, sözleşmeyi iptal hakkı olan taraf bu hakkını kanunda öngörülen sürede kullanmaz veya sözleşmeye onay verirse sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir.

İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk halleri, sınırlı ehliyetsizin bazı işlemleri ile yetkisiz temsilcinin işlemlerinde iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olabilir. Bu yaptırımda iptal ile korunmak istenen taraf, iptal hakkını kanunun öngördüğü süre içerisinde kullanmalıdır. Eğer, iptal ile korunan taraf kanunen öngördüğü süre içerisinde sözleşmeyi iptal etmez ise sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelecektir.

⁸⁷ Lando, Clive, Prüm, Zimmermann, 2013: 152.

Kanımızca, sözleşmenin hükümleri askıda iken, sözleşmenin devri mümkündür. Zira, sözleşmenin devrinde iptal edilebilirlik yaptırımı ile korunmak istenen kişinin şu veya bu şekilde rızası alınacaktır. Eğer iptal edilebilirlikle korunmak istenen kişi, serbest iradesiyle sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmek isterse veya karşı tarafın sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmesine rıza gösterirse sözleşmenin devri geçerli bir biçimde gerçekleşmiş olacaktır⁸⁸.

⁸⁸ Fakat, bu durumda iptal hakkının durumunun ne olacağı konusunda açıklık yoktur. İptal hakkı sözleşmede kalan taraf ait ise sözleşmede kalan taraf devir işleminden sonra, sözleşmeyi devralana karşı bu hakkı ileri sürebilecek midir?(Kluwers, 2010: 57). Aynı tartışma iptal hakkı olan tarafın sözleşmeyi devretmesi halinde, sözleşmeyi devralan tarafın devre konu sözleşmeyi iptal ettiremeyeceği noktasında da ortaya çıkar. Bilindiği gibi iptal hakkı bir bozucu yenilik doğuran haktır ve bu tartışmaların çözümü için öncelikle yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralan tarafa geçip geçmeyeceğinin ortaya konulması gerekir. Doktrinde aksine görüşler mevcut olsa da bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar, sözleşmenin devredilmesi ile birlikte sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Bu yenilik doğuran haklar, sözleşme ilişkisinden doğan alacağa veya borca değil, sözleşmenin tarafı olma sıfatına ilişkindir ve tarafların hukuki durumu ile ayrılmaz bir biçimde bağlanmıştır. Öte yandan tarafların aralarında yapacağı özel bir anlaşma ile sözleşmenin devredilmesine rağmen bu tür yenilik doğuran hakları devreden tarafta bırakmak istemeleri hususu korunmaya değer hukuki bir menfaate hizmet etmez. Sözleşme edimlerini ifa ile yükümlü olmayan ve sözleşmeyle artık bir ilişkisi kalmayan devreden tarafın, yenilik doğuran haklarını kullanabilmesi, bu yenilik doğuran hakların amacına aykırı olur (Ayrancı, 2003: 133). Öte yandan doktrindeki bir görüş de yenilik doğuran hakları, kişiye veya başka bir hakka bağlı olup olmadıklarına göre bir ayırıma tabi tutarak iptal hakkının hukuki niteliğini açıklamaktadır. Bu görüşe göre hak sahibinin diğer haklarına bağlı olan, o haktan ayrılmayan haklara bağımlı yenilik doğuran haklar denir. Bu açıdan iptal hakkı da bir bağımlı yenilik doğuran bir haktır ve bağımlı olduğu hakkın kaderini paylaşmak zorundadır (EREN, 2014: 62). Sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu yenilik doğuran haklar ise varlığını devam ettirmektedir. Bütün bu açıklamalarımızla sorun çözülmüş olmamaktadır. Yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri ile birlikte kural olarak devralana geçebileceği ve sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu yenilik doğuran hakların varlığını devam ettireceği ortaya konulduktan sonra; kendisine has özelliği olan iptal hakkıyla ilgili de durumun ortaya konulması gerekmektedir. Burada iptal hakkının hangi tarafa ait olduğu ve tarafların iptal sebebinin varlığını devir işlemi sırasında bilip bilmediği sorunun çözümü için önem arz etmektedir. Bu nedenle yukarıdaki tartışmanın sonuçlanabilmesi ve bir çözüme kavuşulabilmesi için farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal hakkı sözleşmede kalan tarafa aitse ve taraflar sözleşmenin devri esnasında söz konusu iptal hakkının varlığından haberdar değillerse; sözleşmede kalan tarafın iptal hakkı sözleşmenin devri işleminden etkilenmez. Bu durumda sözleşmede kalan taraf devirden önce bilmediği ve fakat devir işleminden sonra öğrendiği iptal hakkını sözleşmeyi devralana karşı ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilir. Zira, sözleşmede kalan tarafın iptal hakkının muhatabı sözleşmenin tarafının şahsı değil; bizzat sözleşmedeki taraf sıfatına sahip olan kimsedir. İptal hakkı sözleşmede kalan tarafa aitse ve taraflar sözleşmenin devri esnasında söz konusu iptal hakkını ve sebebini biliyorsa; sözleşmede kalan taraf devre uygun rızasını açıklayarak asıl sözleşmeyi (yani devre konu sözleşmeyi) zımnen onaylamış olur ki, bu ihtimalde asıl sözleşme baştan itibaren geçerli hale geleceğinden iptal hakkı da ortadan kalkar. Artık, sözleşmede kalan taraf iptal hakkını sözleşmeyi devralana karşı ileri sürerek devre konu olan sözleşmeyi iptal ettiremez. İptal hakkı, kural olarak tarafların devir sözleşmesi esnasında iptale konu olan sebebin varlığından haberdar olmamaları halinde sözleşmeyi devralana herhalde geçer. Aynı durum sözleşmede kalan tarafın sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olduğu durumlarda da geçerlidir. Zira, sözleşmede kalan da tıpkı sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan gibi sözleşmenin devri işleminin bir tarafıdır ve o da devre uygun irade beyanını ortaya koymuştur. İptal hakkı sözleşmeyi devredene ait olmasına rağmen sözleşmeyi devreden, devir sözleşmesine uygun irade beyanında bulunmakla artık iptal hakkını kaybetmiş, yani askıda geçersiz olan sözleşmeyi zımnen onaylayarak geçerli hale gelmiş olur ki bu durumda iptal hakkı son bulmuştur. (Ayrancı, 2003: 134- 135). İptal

C. BORÇ İLİŞKİSİ DEVREDİLEBİLİR OLMALI

Sözleşmenin devrinin gerçekleşebilmesi için, devir anlaşmasına konu olan borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Borç ilişkisinin devredilebilir olması, kendisini doğuran sözleşme ve sözleşmenin muhteviyatındaki hakların devredilebilir olmasına bağlıdır. Eğer borç ilişkisinin kaynağını devredilemeyecek bir sözleşme oluşturuyorsa veya borç ilişkisi tek başına devredilemeyecek bir hakkı barındırıyorsa bu durumda sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla

hakkı sözleşmeyi devreden tarafa ait olmakla birlikte taraflar söz konusu iptal sebebini ve hakkını bilmiyorsa iptal hakkı sona ermez. Böyle bir durumda iptal hakkının sözleşmeyi devralana geçip geçmeyeceği ve iptal hakkının kimin tarafından ileri sürülmesi gerektiği noktasında tartışma söz konusudur. Burada doktrinde ayrışık görüşler olsa da (Ayrışık görüşler için bkz.: Ayrancı, 2003: 136 vd.), bizimde katıldığımız baskın görüşe göre, sözleşmenin devredilmesi ile birlikte iptal hakkı sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Bunun sebebi aslında iptal hakkının sözleşme ilişkisine ait olmasıdır. Diğer bir anlatımla, iptal hakkı sözleşme ilişkisine bağlıdır. Çünkü, sözgelimi sözleşmeyi devreden tarafın iradesinin fesada uğramış olması, sözleşmenin devri işleminden sonra sözleşmeyi devralanın şahsında etkilerini sürdürmeye devam eder. İptal hakkının sözleşmenin özü ve halefiyet ilkesi ile birlikte sözleşmeyi devralana geçmesi en doğru çözümdür (Ayrancı, 2003: 138.). Aksi takdirde sözleşmenin devri işlemi hukuki güvenlikten uzak bir hale gelir ki bu durum hem sözleşmenin devri kurumunun uygulanmasında tereddütler doğurur hem de hak kayıplarına sebep olur. Diğer taraftan, sözleşmeden doğan bütün hak ve borçların bir bütün halinde devredildiği düşünüldüğünde, sözleşmeyi iptal hakkı olandan devralarak onun taraf sıfatını devam ettiren kişinin de sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilmelidir. Bu hakkın sınırını ise hakkın kötüye kullanımı kuralları çizer (Kluwers, 2010: 56.). İptal hakkının sözleşmeyi devredene ait olduğu diğer durumda taraflar iptal sebebi ve hakkının varlığından haberdar ise; sözleşmeyi devreden devir işlemiyle birlikte asıl sözleşmeyi zımnen onaylamış olur. Bu durumda sözleşme baştan itibaren geçerli hale geleceğinden iptal hakkı tamamen ortadan kalkar ve artık bu hakkın sözleşmeyi devralana geçmesi mümkün değildir (Ayrancı, 2003: 134- 135). İfa aşamasında devredilen sürekli borç ilişkilerinde, iptal hakkının sonuçları açısından bazı problemler ortaya çıkmaktadır. İptalin geriye etkili sonuçlar doğurduğu kabul edilirse, devralan tarafından iptal hakkının kullanılması, devreden hukuki konumu üzerinde etkiler meydana getirir. Dolayısıyla, devreden tarafından ifa edilen edimler ile bu kişiye karşı diğer tarafın yerine getirdiği edimler sebeplerini kaybettiklerinden iade edilme riski ile karşılaşır. Böylelikle devreden taraf, sözleşmenin hukuki sebebinin sonradan ortadan kalkması nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade taleplerine maruz kalabilir. Bu nedenle bazı iptal hakları sözleşmeyi devralana geçmez. Ancak, başka bir görüşe göre, iptal geriye etkili olsa dahi, devralımın sözleşmeyi sona erdirmesi devreden tarafın durumunu çok fazla olumsuz yönde etkilemez. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye, esas itibarıyla devreden tarafın malvarlığında bir artışa bile yol açabilir. Çünkü, sözleşmeyi devralan tarafın, geriye etkili iptal hakkını kullanması halinde, devreden taraf, kalan tarafın ifa ettiği edimleri iktisap etmiş olur. Ancak o tasfiye ilişkisinin tarafı olmadığı için avantajlı bir duruma gelir. Sürekli borç ilişkilerinin iptalinin sadece ileriye etki doğurduğu kabul edilirse, devreden taraf sözleşmenin sona ermesinden esas itibarıyla etkilenmez. Çünkü, iptal hakkı ileriye etkili olacağından, bu hakkın devralana devrinden başka bir yol benimsemek, iptal hakkının sözleşmede kalan taraf lehine istenmeyen bir avantaj doğmasına neden olur. Askı hali iptal ile korunan kişinin kanunda öngördüğü sürede iptal hakkını kullanmaması sebebiyle sona ermişse, bu durumda sözleşme baştan itibaren geçerli olacağından söz konusu sözleşmenin devri mümkündür (Ayrancı, 2003: 143- 144.). Eğer iptal hakkı sahibi süresinde sözleşmeyi iptal ederse, bu durumda sözleşme baştan itibaren geçersiz olacağından, bu hakkın kullanılmasından sonra sözleşmenin devri de mümkün olmayacaktır.

devredilebilirlik incelenirken hem ilişkinin kaynağı olan sözleşmenin hem de sözleşmenin muhteviyatındaki hakların değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kanunda ayrıca bir düzenleme olmadıkça veya sözleşmenin özünden aksi anlaşılmadıkça bütün sözleşmeler devredilebilir⁸⁹. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin devredilebilirliği konusunda duraksama yoktur. Buna karşın, tek tarafa borç yüklenen sözleşmelere dayanan borç ilişkilerinin devredilip devredilemeyeceği noktasında doktrinde tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin devredilmesi sadece alacağın devri veya borcun üstlenilmesi hükümlerinin uygulanmasıyla mümkündür. Yani, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler sadece alacağın devri veya borcun üstlenilmesi hükümlerine göre devredilebilir. Bu durumda sözleşmenin devri hükümleri uygulanamaz. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, borç ilişkisi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeden kaynaklansa da; bu ilişki bünyesinde diğer tali hakları, yan yükümlülükleri ve külfetleri de barındırmaktır. Söz konusu görüş, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeleri alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerine göre devredilebileceğini, bu sebeple de sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etse de; borç ilişkisinden kaynaklanan diğer hakların sözleşmeyi devralana nasıl intikal ettirileceğini açıklayamamaktadır. Öte yandan, hem modern hukuk sistemlerinin birçoğunda hem de Türk Borçlar Kanununda tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin devredilemeyeceği konusunda istisnai bir hüküm de öngörülmemiştir. Bu nedenle hem borç ilişkisinin niteliği ve içeriği hem de Kanuni düzenleme gereğince, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin, iki tarafa borç yükleyenler gibi sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilebileceğini kabul etmek gerekir⁹⁰.

Sözleşmenin devri açısından ani edimli sözleşmelerle sürekli edimli sözleşmeler arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla sözleşmenin devri, hem ani edimli borç ilişkilerinde hem de sürekli borç ilişkilerinde olanaklıdır. Ancak, sürekli borç ilişkilerinin devri pratik açıdan daha büyük bir öneme haizdir. Zira, sürekli borç ilişkilerinde daha sık bir şekilde taraf değişikliği meydana gelmektedir⁹¹.

⁸⁹ Emanuel, 2010: 56, Lando, Clive, Prüm, Zimmermann, 2013: 135.

⁹⁰ Rose, Cane, 2008: 139, Ayrancı, 2003: 94.

⁹¹ Lando, Clive, Prüm, Zimmermann, 2013: 134, Yavuz, 2013: 1028.

Sözleşme ile yapılması yüklenilen edim, özel bir yetenek istemekte olup belirli niteliklere sahip şahıs tarafından ifa edilebilecekse burada intuitus personea ilkesinin en temel hali söz konusudur. Bu durumda kural olarak sözleşmenin devri mümkün değildir⁹². Doktrinde bir görüş intuitus personea ilkesine rağmen tarafların anlaşmasıyla sözleşmenin devredilmesinin mümkün hale geleceğini kabul etmektedir. Fakat bu görüşe göre, sözleşmeyi devralan tarafın edimi ifa edebilecek özel yeteneklere sahip olması şarttır. Örneğin, bir ressam tarafından üstlenilmiş ve ifa edilmesi gereken bir işin bir boyacıya devredilmesi, sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi halinde dahi mümkün değildir. Çünkü, sözleşmeyi devredecek olan ressamın üstlenilen edim açısından sahip olduğu taraf sıfatı alelade değildir. Özel bir yetenek istemektedir⁹³. Örneğin, konser vermek amacıyla organizatör şirket ile anlaşılan bir ses sanatçısı, konser günü gelmeden söz konusu sözleşmeyi başka bir üçüncü kişiye devredemeyecektir. Çünkü, sözleşmeyi devredecek olan ses sanatçısının ifa edeceği hizmet alelade bir hizmet değildir. Özel bir yetenek istemektedir. Fakat sözleşme, edimi yüklenen kişinin sahip olduğu şartları bünyesinde taşıyan üçüncü bir kişiye devredilebilir. Söz gelim, birinci örnekte sözleşme ressam tarafından başka bir ressama, ikinci örnekte ise ses sanatçısı tarafından başka bir ses sanatçısına, sözleşmede kalan tarafın rızasıyla birlikte devredilebilecektir. Ancak, bu sıfatları taşımayan üçüncü kişiye sözleşmenin devredilmesi yine de mümkün değildir⁹⁴. Taraflardan birinin ediminin şahsa bağlı olduğu sözleşmelerde çoğu zaman sözleşmenin diğer tarafının edimi alelade bir edimdir, yani bu edimin kimin tarafından ifa edildiğinin bir önemi yoktur. Böyle bir durumda, edimi alelade olan yani şahsa bağlı olmayan tarafın sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmesi, sözleşmede kalan tarafın rızasıyla mümkündür. Bazı sözleşmelerde her iki taraf için de intuitu personea ilkesinin söz konusu olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Bir işi yapmaya resmen yetkili kılınmış olanlarla yapılacak sözleşmelerin devrinin mümkün olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Eğer bir iş takibini yani sözleşmede kararlaştırılan edimin ifasını görme, kanunen belirli vasıfları ya da nitelikleri taşıyan kişiye hasredilmişse, söz konusu sözleşme yalnızca o işi yapmaya

⁹² Ayrancı, 2003: 96.

⁹³ Bahadır, 2013: 16.

⁹⁴ Thorpe, Bailey, 1999: 69.

resmen yetkili kılınmış başka bir kişiye devredilebilir. Buna karşın, sözleşmede kalan taraf devre rıza göstermiş olsa bile, sözleşme söz konusu işi yapmaya resmen yetkili kılınmamış üçüncü bir kişiye devir mümkün olmayacaktır. Örneğin, ticari defterlerin tasdiki konusunda yetki, kanunen mali müşavire verilmiştir. Bir şirketin her sene gerekli tasdikleri yapmak için bir mali müşavir ile 3 senelik anlaşma yapmış olduğu kabul edilirse, bu sözleşmenin bir muhasebeciye devri mümkün değildir. Hatta sözleşmede kalan taraf söz konusu devre rıza gösterse bile sonuç değişmeyecektir. Aynı şekilde bir icra takibini görmek yapılan avukatlık sözleşmesi bir kâtime devredilemeyecektir. Zira, avukat, söz konusu işi yapma konusunda resmen yetkilendirilmiştir⁹⁵. Ancak, sözleşmede kalan tarafın rızasıyla, birinci örnek bakımından sözleşmenin başka bir yeminli mali müşavire; ikinci örnek bakımından da başka bir avukata devredilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Zira, bir işi görmeye resmen yetkilendirilmiş olan taraf, söz konusu işi görmeye resmen yetkilendirilmiş olan üçüncü bir kişiye sözleşmeyi devredebilir.

Bazen öyle sözleşmeler vardır ki bu sözleşmelerin devri kesinlikle mümkün değildir. Hata bu sonucu sözleşmede kalan tarafın rızası dahi değiştiremez. Sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devredenle aynı hukuki statüye, aynı konuma ve aynı eğitime sahip olsa da durum böyledir. Bu tür sözleşmelerde tarafların kişiliği ve aralarındaki güven duygusu o kadar önemlidir ki; bu taraflardan birinin ilişkiden ayrılması halinde, sözleşmenin devam etmeyeceğini söylemek mümkündür. Örneğin; TBK m. 444/ 1; “Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı üstlenebilir” diyerek rekabet yasağı sözleşmesini düzenlemiştir. Bu sözleşmenin yapılmasında amaç işverenin yanında çalışan işçinin, işten ayrıldıktan sonra eski işverene karşı rekabetten kaçınmasını sağlamaktır. Zira, işçi, işletmenin en mahrem ticari sırlarını

⁹⁵ Aslında burada borç ilişkisinin dayanağını oluşturan sözleşmenin kişiye bağlı olduğu ve bu nedenle devredilemeyeceğini söylemek de mümkündür. Örneğin, bir avukatlık hizmetini konu alan sözleşmenin avukat olan tarafı bu sözleşmeyi avukat olmayan birine devredemez. Bu devredilemezlik YAVUZ tarafından, avukatın resmen yetkilendirilmiş olmasına değil, sözleşmenin konusunun kişiye bağlı olması noktasında kabul edilmiştir. Fakat biz bu durumların bölümde ayrı ayrı ele alınması gerektiğini savunuyoruz. Zira, Yavuz, avukatlık vekaletname sözleşmesinden sonra şu örnekleri vererek bizi haklı çıkarmaktadır: Bir tedavi sözleşmesinin hastane veya doktor tarafı, bu sözleşmedeki taraf sıfatını hastane olmayan bir tüzel kişiye veya doktor olmayan bir gerçek kişiye devredemez (Yavuz, 2013: 1019).

öğrenmiş veya müşteri çevresine hâkim olmuş olabilir. İşte bu saiklerle yapılan rekabet yasağı sözleşmesinin devri mümkün değildir. Çünkü, işveren için önemli olan, işçinin kendisine karşı rekabet etmemesini sağlamaktır. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı ve ruhuna aykırı olduğundan işveren rıza gösterse ya da sözleşmeci işçi sözleşmeyi başka bir işçiye devretse dahi bu sonuç değişmeyecektir⁹⁶. Zira, rekabet yasağı sözleşmesinin devrine imkan tanındığı takdirde, sözleşmeyle işveren yararına sağlanan ve korunan hukuki değer anlamsız kalacaktır. Aynı durum işveren tarafın sözleşmeyi devretmesi ihtimalinde de geçerlidir. Zira, rekabet yasağı sözleşmesinde işçi, belirli bir işverene karşı rekabet etmeme taahhüdünde bulunarak, Anayasada düzenlenmiş temel hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetine kendi iradesiyle sınırlandırma getirmektedir. Dolayısıyla da, rekabet yasağı sözleşmesinde yapılan yorumlar ve kıyaslar daha dar anlamda yapılmalıdır. Rekabet yasağı sözleşmesinin işveren tarafından devrine olanak verilmesi halinde, işçinin rekabet etmeme taahhüdünde bulunduğu işveren tarafı belirli olmaktan çıkarak belirsiz hale gelmektedir. Sözleşmede kalan işçinin rızası dahi olsa, rekabet etmeme taahhüdünde bulunduğu işverenin sözleşmeyi devrederek işçinin sorumluluğunu belirli bir işverenden belirsiz bir işverene çevirmesi mümkün değildir. Mesela, işçi bir çay firmasında bölge pazarlamacısı olarak çalışırken işten herhangi bir sebeple ayrılmış olsun. Çay firmasının ilgili bölgede müşteri çevresi hakkında bilgisi ve ilişkisi olan işçi ile işveren arasında rekabet etme yasağı sözleşmesi düzenlendiğinde, işçi sözleşme müddetince ilgili bölgede çay pazarlamacılığı yapamayacaktır. Bu durumda, işçi kendi rızasıyla Anayasa'daki çalışma hürriyetine sınırlandırma getirmiştir. Eğer, bu sözleşmenin işveren tarafından devredilebileceği bir an kabul edilirse ve işverenin sözleşmeyi bir meyve suyu üreticisi işverene devrettiği düşünülürse, bu durumda işçinin aynı bölgede meyve suyu pazarlamacılığı da yapamayacağı anlamına gelir. Bu silsile bu şekilde devam ederek işçinin çeşitli faaliyet alanlarında çalışamaması sonucunu doğurur ki, bu durum kanımızca işçi tarafından rıza gösterilse dahi mümkün değildir. Aynı örnekte, sözleşmenin işçi tarafının sözleşmeyi neden devredemeyeceği ise daha basit bir şekilde anlaşılmaktadır. Zira, işverenin kendisiyle rekabet etmemesini istediği kişi, ilgili bölgede müşteri temsilcisi olarak çalışan eski

⁹⁶ Gökhan Çayan, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Yargıtay İçtihatları Işığında; İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Geçerlilik Şartları”, **Yargı Dünyası Dergisi**, S. 197, İstanbul, Mayıs 2012, s.22- 23.

işçisidir ve bölgede müşteri çevresini iyi bilen ve ilişkileri olan işçinin yerini başka bir işçinin alması, işverenin rekabet etmeme sözleşmesini yapma amacıyla taban tabana çalışmaktadır.

Bazı sözleşmelerin devredilemezliği halin icaplarından ve sözleşmenin yapılmasındaki amaçtan kaynaklanır. Mesela TMK m. 698'e göre, paylı mülkiyette paylaşmayı isteme hakkı, hukuki bir işlemle en çok 10 yıl boyunca sınırlandırılabilir. Eğer, paylı mülkiyette paylaşmayı isteme hakkı, hukuki bir işlemle belirli bir süreliğine sınırlandırılmışsa bu süre sona erdiğinde taraflar paylaşmayı yapabilecekleri gibi paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşme de yapabilirler. Bu sözleşmenin yapılması bütün paydaşların katılımı ile mümkündür. Sözleşme, bütün paydaşların katılımı ile yapılıp paylı mülkiyeti devam ettirme amacına yönelik olduğundan ve buradaki taahhüt devre konu olmayan paylı mülkiyeti devam ettirme taahhüdü olduğundan sözleşmenin amacı, muhteviyatı ve halin icapları gereğince bu sözleşmenin devre konu olamayacağı izahtan varestedir.

Öte yandan, eksik borcu ihtiva eden ve sözleşmeye dayanan borç ilişkilerinin devri de mümkündür. Zira, zamanaşımına uğrayan, kumar ve bahisten, ahlaki ödevlerden veya evlenme tellallığından doğan ve borçlunun borca aykırı davranışı halinde sorumluluğunun Devlet gücüyle yerine getirilmesi mümkün olmayan ve bu haliyle tam borçlardan ayrılan eksik borçlar, alacaklısı tarafından talep edilebileceği ve borçlusu tarafından ödenebileceği için sözleşmeye dayanması halinde TBK m. 205 hükümlerine göre devredilebilir. Fakat, eksik borcu ihtiva eden bir sözleşmenin geçerli bir biçimde devredilmesi onu tam borç haline getirmeyeceği gibi borcun yenilenmesi anlamına da gelmez. Sözleşmenin devriyle birlikte borçlunun, alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'i hakları da sona ermiş olmaz⁹⁷.

Taraflar sözleşmenin devrini aralarındaki anlaşmayla yasaklayabilirler. Böyle bir yasak söz konusu ise sözleşmenin devredilmesi mümkün değildir. Normalde devredilebilecek bir sözleşme tarafların anlaşmasıyla devre konu olmaktan çıkarılmış olsa bile, tarafların sonradan yasağı kaldırarak sözleşmeyi devredilebilir hale getirmelerinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu açıdan, tarafların aralarındaki anlaşmayla sözleşmenin devrini yasaklamasının pratik açıdan bir önemi

⁹⁷ Ayrancı, 2003: 146.

yoktur. Örneğin, bir hizmet sözleşmesinde taraflar sözleşmenin devredilemeyeceğine ilişkin anlaşmışlarsa, işverenin sözleşmenin devri amacına yönelik olarak üçüncü bir kişiyle anlaşması herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Zira, devre konu olan sözleşmenin devri taraf iradeleriyle yasaklanmıştır. Fakat, böyle bir durumda dahi devre konu sözleşmenin tarafları, aralarında anlaşarak sözleşmenin devrine ilişkin yasağı ortadan kaldırırlarsa, söz konusu sözleşme tekrar devredilebilir hale gelir.

D. DEVİR SÖZLEŞMESİ OLMALI

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılacak bir anlaşmayla yani devir sözleşmesiyle mümkündür. Devir sözleşmesi olmadıkça, sözleşmenin devri işleminin gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu sebeple tarafların devre yönelik irade beyanlarını içeren devir sözleşmesi, devir işlemi için kurucu özelliğe sahiptir.

1. Genel Olarak

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan arasında yapılan ve devreden taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren kendine özgü bir sözleşmedir (TBK m. 205/ I).

TBK'muz üç taraflı anlaşmanın pratik hayattaki zorluklarını düşünmüş olacak ki, 205'nci maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan tarafça önceden verilen izne dayanan ya da sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükmünde olacağını kabul etmiştir.

O halde, devre ilişkin sözleşme, sözleşmeyi devralan ve devreden birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarına, sözleşmede kalan tarafın izninin veya onayının yönelmesiyle kurulabilir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan tarafın devir işlemine yönelik iradelerini, kanunun öngördüğü şekilde birbirine uygun olarak açıklamaları zorunludur ve devir sözleşmesinin kurucu unsurudur⁹⁸. Söz

⁹⁸ Emanuel, 2010:55.

konusu kurucu unsurlardan herhangi biri mevcut değilse bu durumda sözleşme kurulmuş olmaz.

Devir sözleşmesinin hukuk âleminde sonuç doğurması için sözleşmenin kurulmuş olması yani tarafların birbirine uygun irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamış olmaları yetmez; aynı zamanda devir sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıyor olması gerekir. Geçerlilik şartlarını taşımayan bir devir sözleşmesi istenilen sonucu doğurmayacak yani sözleşmeyi devredenın sözleşmedeki taraf sıfatı sözleşmeyi devralana geçmeyecektir.

2. Tarafların Devre Uygun İrade Beyanları Olmalı

Sözleşmenin devrinin üç taraflı bir ilişki olduğu ve bu üç tarafın da sözleşmesel hak ve yükümlülüklerinin devirle birlikte önemli ölçüde etkilendiğinden hareketle TBK, devrin sıhhatli bir şekilde yapılması için her üç tarafın yani devredenın, devralanın ve kalanın devre uygun irade beyanlarının mevcut olması gerektiğini düzenlemiştir (TBK m. 205/ I- II)⁹⁹.

a) Sözleşmeyi Devralan ile Devredenın Birbirine Uygun İrade Beyanlarını Açıklaması

Sözleşmenin devrinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için evvela sözleşmeyi devreden ile devralanın, devir iradesini birbirine uygun ve karşılıklı olarak beyan etmiş ve taraflarca devir konusunda anlaşmış olması gerekmektedir.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasındaki uygun irade beyanı devir işlemini başlatan ilk adımdır. Bu adımda, öneri ve kabul beyanının tarafların hangisinden geldiğinin bir önemi yoktur. Taraflar arasındaki iç ilişki bakımından sözleşmeyi devredenın öneren, devralanın kabul eden olması mümkün iken; sözleşmeyi devralanın öneren, devredenın de kabul eden olması mümkündür.

Sözleşmede kalan tarafın devre ilişkin olarak önceden verilmiş izni varsa bu durumda devralan ile devreden arasındaki öneri ve kabul teatisi genel kurallara göre

⁹⁹ Bar, Drobnig, 2004: 18.

gerçekleşir. Bu durumda, devralan ve devreden arasındaki öneri ve kabul açıklamaları birbirine uygun ve karşılıklı olarak açıklandığı anda sözleşme devredilmiş olur. Bu ihtimalde, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan anlaşma devir işlemi bakımından kurucu etki doğurmaktadır.

Sözleşmede kalan taraf devir işlemine önceden izin vermemiş ise devralan ile devreden arasında yapılan anlaşma bir öneri sayılır. Zira, sözleşmeyi devralan ile devreden arasındaki iç ilişkide taraf değişikliğine ilişkin öneri ve kabul safhası, sözleşmenin devri için tek başına yeterli değildir. Böyle bir durumda sözleşmeyi devralan ile devreden bir anlaşma ile sözleşmenin devrine yönelik bir irade ortaya koymuş olur. Bu durumda sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın devre uygun iradesi kurucu etki sağlar¹⁰⁰.

Görüldüğü gibi, sözleşmenin devri her zaman devralan ile devreden arasındaki anlaşma ile gerçekleşmiş olmaz. Zira, sözleşmeyi devralan ile devreden arasındaki devre ilişkin anlaşma daha doğru bir ifadeyle uygun irade beyanları sözleşmede kalan tarafı etkilemez. Devir işleminin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sözleşmede kalan tarafın ya devreden ve devralanın irade beyanlarından önce sözleşmenin devrine izin vermiş olması ya devreden ile devralanın birbirine uygun irade beyanlarına onay vermiş olması ya da sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmaya bizzat üçüncü taraf olarak katılmış olması gerekmektedir¹⁰¹.

b) Sözleşmede Kalan Tarafın Devre Uygun İrade Beyanı

Sözleşmenin devrinin geçerli bir şekilde yapılması için, sözleşmede kalan tarafın ya devir sözleşmesine bizzat katılması, ya sözleşme öncesi devre izin vermesi ya da devreden ile devralanın devir işlemine yönelik anlaşmasına onay vermesi zorunludur¹⁰². Bu şart sözleşmede kalmak isteyen tarafın, sözleşme ilişkisi kurmak

¹⁰⁰ Bahadır, 2013: 17.

¹⁰¹ Ayrancı, 2003: 97.

¹⁰² Bar- Drobniç, sözleşmede kalan tarafın devre ilişkin irade beyanını alelade irade beyanı ve kurucu irade beyanı olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Eğer sözleşmenin devri işlemi için sözleşmede kalan tarafın, devre uygun irade beyanı zorunluluk arz etmiyorsa bu beyanın alelade, eğer zorunluluk arz ediyorsa bu beyanın da kurucu irade beyanı olduğu ifade edilmektedir. Bu irade beyanına verilen önem neticesinde sözleşmenin devrine ilişkin kuralların şekillendiği, bazı hukuk sistemlerinde sözleşmede kalan tarafın rızasının alınmasına gerek olmadığı, bazılarında rızanın mutlaka alınması gerektiği kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemleri de sözleşmede kalan tarafın iradesini açıklaması

istemediği bir kişiyle herhangi bir ilişkiye zorlanamaması ilkesinin bir sonucudur. Gerçekten de, sözleşmenin devrinde kalanın rızası aranmaz ise ilgilinin sözleşme ilişkisi kurmak istemediği başka bir üçüncü kişiyle muhatap olma tehlikesiyle karşı karşıya kalması sonucu doğar ki; bu durum aynı zamanda Borçlar Hukuku'nun temel prensiplerinden olan irade serbestisinin ihlali anlamına gelir¹⁰³.

Bütün bu ifadelerimizden anlaşılacağı üzere kalan, sözleşmenin devrine uygun irade açıklaması olmadıkça sözleşme devredilmiş olmaz¹⁰⁴. Fakat kanun koyucu bazı sözleşmelerin devrinde istisnai olarak kalan tarafından devre rıza gösterilmesini gerekli görmemiştir. Örneğin, TBK m. 310'a göre; "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur". Bu durumda sözleşmenin devri mülkiyetin devrinden kaynaklanmakta ve kanundan doğmaktadır. Yeni malik, kira sözleşmesine konu olan bir mülkiyeti edinmekte ve söz konusu ilişkinin tarafları mülkiyet değişikliğinin yanı sıra kira ilişkisinin devrini de dolaylı olarak kararlaştırmaktadırlar. Bu mülkiyet değişikliği, mülkiyete bağlı olan kira sözleşmesinin taraflarını değiştirmekte; dolaylı olarak devreden ve devralanın iradeleri ortaya konulurken, sözleşmede kalan tarafın devre onay vermesi aranmamaktadır. Kira sözleşmesi bakımından eski malik sözleşmeyi devreden, yeni malik sözleşmeyi devralan, kiracı ise sözleşmede kalan tarafı teşkil etmektedir¹⁰⁵.

gerektiğini öngörmektedir fakat bu irade devir sözleşmesinin sahip olduğu kurallardan daha yumuşak kurallarla açıklanabilmektedir. Mesela Amerikan Hukukunda sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızası aranmazken, İngiliz, Avusturya, İsviçre, Danimarka ve mehazımızı teşkil eden Alman Hukukunda sözleşmenin devri işleminin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için sözleşmede kalan tarafın rızasını açıklaması gerekir. Hatta bu rıza sözleşmeyi devreden ve devralanın rızasını açıkladığı şekilde olmalıdır. Yunan ve İtalyan hukukunda ise sözleşmenin devri için devreden sözleşmede kalan tarafın iradesini açıklaması gerekir. Fakat bu açıklama sözleşmeyi devreden ve devralanınki kadar ağır şekil şartlarına tabi değildir ve hiçbir geçerlilik şartına bağlanmamıştır(Bar, Drobnig, 2004: 18- 21, Stathopoulos, 2009:152, Thorpy, s. 224 vd., Kluwers, 2010: 149). Kanımızca, Türk Hukukunda da sözleşmede kalan tarafın iradesi kurucu irade olarak değerlendirilmelidir.

¹⁰³ Bar, Drobnig, 2004: 16, Bahadır, 2013: 17.

¹⁰⁴ Türk Borçlar Kanununun lafzı bu kuralı açıkça gündeme getirmektedir. Ne var ki, sözleşmenin devrinin düzenlenmediği Eski Borçlar Kanunun sisteminde hem doktrin hem de Yargıtay kararlarıyla sözleşmenin yüklenilmesi yani devredilmesi halinde sözleşmede kalan tarafın rızasının alınmasının zorunlu bir şart olduğu aksi halde sözleşmenin yüklenilmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay değişik hukuk disiplinlerine ait sözleşmelerin özel görünüş biçimlerinde de aynı sonuca defalarca hükmetmiştir. Örneğin, Yargıtay 9'uncu Hukuk Dairesi bir iş sözleşmesinin devredilebilmesi için sözleşmede kalan sıfatına sahip olan işçinin rızasının sırf sözleşmede kalan sıfatı olduğundan bahisle alınması gerektiğine hükmetmiştir. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.12.2006 tarih ve 2006/ 30138 Esas ve 2006/ 34624 Karar sayılı kararı, Cengiz, 2014: 48.).

¹⁰⁵ Bahadır, 2013: 19.

Kara Avrupa'sı sisteminde ve İngiliz Hukukunda sözleşmede kalan tarafın devre uygun iradesini beyan etmesi devir işleminin gerçekleşmesi için zorunluluk arz etse de, Amerikan Hukukunda sözleşmenin devri için kalan tarafın rızası aranmamaktadır. Amerikan Hukukuna göre, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılacak bir sözleşme ile olur. Devir işlemi ise sözleşmede kalan tarafa imkân hâsıl olur olmaz derhal bildirilir¹⁰⁶.

Doktrinde ayrıksı görüşler mevcut olsa da, sözleşmede kalan taraf, sadece kendi lehine haklar doğuran bir sözleşme ilişkisinin devri için de rızasını beyan etmek zorundadır¹⁰⁷. Başka bir anlatımla, kalan devre konu sözleşme nedeniyle sadece alacak hakkı elde ediyor olsa dahi, devrin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için devre uygun rızasını beyan etmek zorundadır. Aksi takdirde sözleşmenin devri gerçekleşmez¹⁰⁸. Aynı şekilde sözleşmede kalanın sözleşmeyle sadece borç altına girmesi hainde de, devrin gerçekleşmesi için rıza göstermesi gerekir. Sözleşmede kalan, devre konu sözleşmeyle ister sadece borç altına girsin; isterse sadece alacak hakkı elde etmiş olsun, devir işleminin sıhhatli bir biçimde yapılabilmesi için devre uygun iradesini beyan etmek zorundadır. Zira sözleşmenin devri işlemi, alacağın devrini veya borcun naklini değil sözleşmede taraf değişikliğini meydana getiren bir işlemdir ve bu işlem uygulanırken tarafların sözleşmedeki konumlarının (yani sadece alacaklı, sadece borçlu veya hem alacaklı hem borçlu olmasının) bir önemi yoktur.

Bütün bu açıklamalarımızdan anlaşılabacağı üzere, sözleşmede kalan taraf devir için kurucu ve zorunlu olan uygun irade bayanı üç şekilde açıklayabilir; sözleşmeyi devreden, devralan ile kalan arasında yapılan üç taraflı bir devir sözleşmesi ile, sözleşmede kalan tarafın devirden önce devre izin vermesi ile, devralan ile devreden

¹⁰⁶ Amerikan Ticaret Hukuku için durum farklıdır. Ticari sözleşmenin devri halinde sözleşmede kalan tarafın, devir sözleşmesine bizzat katılması gerekir. Aksi takdirde ticari sözleşme devredilmiş olmaz (Stim, 2011: 47), Bar, Drobnig, 2004: 20.

¹⁰⁷ Sözleşmenin devrinin kendine özgü üç taraflı bir sözleşmeyle yapılması ile sözleşmede kalan tarafın önceden verdiği izne dayanılarak devreden ve devralan arasında yapılan iki taraflı anlaşmayla yapılması arasında, devrin hüküm ve sonuçları açısından bir farklılık olmadığı gibi; her iki yöntemde de sözleşmede kalan tarafın devre yönelik uygun irade beyanı kurucu etki doğurmaktadır¹⁰⁷. Başka bir anlatımla, sözleşmenin devri ister üç taraflı bir sözleşmeyle yapılmış olsun isterse kalanın önceden verdiği izne dayanılarak yapılmış olsun, her iki yolda da amaç, sözleşmede kalan tarafın korunmasıdır ki; her iki yol arasında netice açısından bir fark yoktur¹⁰⁷. Aslında bu durum, kalan tarafın rızası olmadıkça sözleşmenin devredilemezliği ile hiç kimsenin istemediği bir kişiyle hukuki işlemde bulunmaya zorlanamayacağı ilkelerinin doğal bir sonucudur (Stim, 2011: 20).

¹⁰⁸ Ayrancı, 2003: 100.

arasındaki devre ilişkin irade uyuşmasına rıza göstermesi, icazet (onay) vermesi ile mümkün olabilecektir.

İlk olarak devir sözleşmesi; devreden, devralan ve kalan arasında yapılan üç taraflı¹⁰⁹ kendine özgü bir anlaşmayla yapılabilir. Bu anlaşmada devreden, sözleşmedeki taraf sıfatını devretmeyi; devran sözleşmeye taraf sıfatıyla dâhil olmayı; sözleşmede kalan da sözleşmenin üçüncü kişiye (yani devralana) devredilmesini beyan ve kabul eder. Devir sözleşmesinde, tarafların teknik bir terim olarak devir ifadesini kullanmaları zorunlu olmayıp, sözleşmede devir sonucunu doğuran iradelerini açıklamaları yeterlidir.

Sözleşmede kalan taraf, devir sözleşmesinde devre yönelik irade beyanını hem devralana hem de devredene yöneltmek, açıklamak zorundadır. Bu durumda, devreden ve devralan aralarındaki anlaşmaya uygun olarak sözleşmenin devrini önermekte, kalan ise kabulcü konumunda bulunmaktadır¹¹⁰.

Üç taraflı bir sözleşme olan devir sözleşmesinin aynı işlemle yapılmasına da gerek yoktur. Devreden ile devralan arasındaki anlaşmadan sonra, devreden ile sözleşmede kalan arasında ikinci bir anlaşma yapılması suretiyle işlem zaman bakımından yayılabilir. Bu durumda, sözleşmenin devri, ikinci anlaşmanın yapıldığı anda meydana gelmiş olacaktır¹¹¹. Ancak bu halde iki sözleşmenin arasına makul müddeti aşan bir zaman aralığı girmemelidir. Eğer iki sözleşme arasına makul müddeti aşan bir zaman aralığı girmişse, katılanın devir sözleşmesine taraf olarak katıldığından değil; devre onay verdiğiinden bahsedilebilir.

¹⁰⁹ Üç taraflı bir sözleşmenin pozitif hukukumuz bakımından mümkün olup olmadığı sorusu 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tartışılmış; Türk İsviçre Hukukunda üç taraflı bir sözleşme bulunmadığını ve fakat üç taraflı sözleşmenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün olabileceği baskın olarak kabul edilmiştir (Ayrancı, 2003: 104). Kanımızca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu söz konusu soruna 205'nci maddesiyle kökten çözüm getirmiş ve sözleşmenin devrinin, sözleşmede kalan, sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan arasında yapılan bir anlaşma olduğunu düzenlemiştir. Bu bakımdan pozitif hukukumuz açısından üç taraflı sözleşmenin varlığı kesinlik kazanmıştır. Diğer taraftan, Sözleşmenin devrinin üç taraflı sözleşmeyle yapılması ile sözleşmeyi devralan ve sözleşmeyi devreden arasında yaptığı anlaşmaya sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi şeklinde yapılması arasında, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçları, işlerliği, irade özerkliği açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Öte yandan, devir işleminin hangi şekilde yapıldığı tamamen önemsiz de değildir. Zira, devir sözleşmesinin yapılma şekli devir işleminin kurulduğu ve meydana geldiği anın tespiti ile hüküm ve sonuç doğurduğu anın belirlenmesi açısından önemini halen korumaktadır.

¹¹⁰ Canbolat, s. 104.

¹¹¹ Ayrancı, 2003:103.

Sözleşmenin devrinin bir diğer yolu, sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesinin yapılmasından önce devreden ile devralan arasındaki sözleşmeye önceden izin vermesidir.

Sözleşmenin devrine ilişkin rızanın devir işlemi yapılmadan önce beyan edilmesinde iki hukuki değer karşı karşıya gelmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmede taraf değişikliğini kolaylaştırmak, ikincisi sözleşmede kalan tarafın hukuki güvenliğinin zarar görmesini engellemektir¹¹². Dolayısıyla, sözleşmenin devri noktasında bu türden hususlar incelenirken iki menfaati dengeleyici yorum yapmakta fayda vardır.

Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine bu işlem yapılmadan önce izin vermişse, devreden ile devralan arasındaki anlaşma sözleşmenin devrini kurar ve meydana getirir¹¹³. Burada, devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın kurucu etki oluşturması ve devrin hüküm ve sonuç doğurması bakımından, sözleşmede kalan tarafa anlaşmanın bildirilmesinin zorunlu unsur olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Rızasını önceden beyan eden kalan; sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra kendisine ihbar yapılmasını esaslı unsur haline getirmişse, devreden ve devralan arasında yapılan anlaşmanın kalana ihbar edilmesi gerekir. Bu ihbar yapılmadıkça sözleşmenin devri işlemi sözleşmede kalan tarafa karşı hüküm ve sonuç doğurmaz. İhbar izin beyanı ile birlikte yapılacak bir açıklamayla kararlaştırılabileceği gibi; taraflar arasında yapılacak bir anlaşmayla da zorunlu hale getirilebilir. Buna karşın sözleşmede kalan, devreden ile devralan arasında yapılan devir anlaşmasının kendisine ihbarını zorunlu bir unsur olarak ayrıca düzenlememişse, devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması için bu anlaşmanın sözleşmede kalana ihbar edilmiş olması gerekmez. Diğer taraftan, ihbar zorunlu unsur olarak düzenlenmiş olsun veya olmasın, devralan ve devreden arasındaki anlaşmanın sözleşmede kalan tarafa ihbar edilmemiş olması devir işleminin kurulmasını ya da geçerliliğini etkilemez. Zira esaslı unsur olan ihbar, devir işleminin kurulması ya da geçerliliği için değil; hüküm ve sonuç doğurması için gereklidir.

¹¹² Ayrancı, 2003:107.

¹¹³ Bahadır, 2013: 17, Ayrancı, 2003: 106.

Sözleşmenin devrine rızasını önceden beyan eden taraf bu rızayı işlemin yapılmasına kadar her zaman geri alabilir; yeter ki devir işlemi tamamlanmamış; hüküm ve sonuç doğurmaya başlamamış olsun.

Sözleşmeci taraflardan birisi henüz devre ilişkin hiçbir işlem yokken ve muhtemel devralan da belli değilken devre ilişkin rızasını önceden soyut bir biçimde ifade edebilir¹¹⁴. Bu durum ya devre konu olan sözleşmeye konulan bir hükümle ya da sözleşmenin taraflarınca yapılacak ayrı bir anlaşmayla mümkün olabilir. Bu halde, sözleşmeci taraflardan birisinin devre gösterdiği rızanın süresiz ve geri alınamaz bir irade olduğu düşünülemez. Bu rızanın, diğer tarafa kendi yerine üçüncü bir kişiyi halef olarak geçirme yetkisi verdiği de düşünülemez¹¹⁵.

Eğer sözleşmede kalan, devir işlemine ilişkin iznini kanunun aradığı şartlara uygun olarak açıklamaz ise devreden ile devralan arasında yapılan anlaşma, sözleşmenin

¹¹⁴ Sözleşmede kalan tarafın devre ilişkin rızasını soyut bir biçimde açıklaması halinde, soyut olarak açıklanan ve devirden önce gösterilen bu iznin hukuki mahiyeti hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, devirden önce sözleşmede kalan tarafından, sözleşmenin devrine önceden soyut bir biçimde verilen izin, daha sonra yapılacak devir sözleşmesinden feragat etmek anlamına gelir. Bu görüşe göre, sözleşmede kalan taraf, rızasını devirden önce soyut olarak beyan ederek devir sözleşmesine katılmaktan feragat etmektedir. Kanımızca, bu görüş doğru değildir. Zira, sözleşmede kalan tarafın bu durumda sözleşmenin devri işlemine katılma hakkından feragat ettiğini söylemek, onun hakkın özünden vazgeçtiğini ifade etmektedir. Oysa, sözleşmede kalan taraf önceden soyut olarak verdiği iznini geri alabilir. İkincisi, sözleşmede kalan taraf verdiği soyut izin beyanıyla ilelebet bağlı değildir. Üçüncüsü, sözleşmede kalan taraf devir işleminin aslı tarafıdır ve onun verdiği soyut iznin devir sözleşmesine katılmaktan feragat ettiği yolunda yorum yapılması bu açıdan da mümkün değildir. Doktrindeki bir görüş ise sözleşmede kalan tarafın verdiği rızanın halefiyet yetkisi verme olarak değerlendirmektedir. Kanımızca, devre ilişkin olarak sözleşmede kalan tarafından soyut bir biçimde verilen izin sözleşmenin devri ilişkisinde verilen izinle aynı hukuki mahiyete sahiptir. Bunun feragat anlamına gelmesi ya da halefiyet yetkisi verilmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak, sözleşmede kalan tarafın soyut olarak devre verdiği izin devre ilişkin işleme ve sözleşmeyi devralacak olan kişinin kimliğindeki belirsizliği katlanmasını zorunlu kılar ki; bu da her iradenin bir sonucu olduğunun en büyük kanıtıdır (Ayrancı, 2003: 107- 108).

¹¹⁵ Ayrancı bu konuda değişik görüşlere yer vererek durumun ne olması gerektiğini tartışmıştır. Bu tartışmaya göre; “Doktrindeki bir görüşe göre, bu tarzda sözleşmenin yüklenilmesi işleminin taraflarına yetki verildiği hallerde rızanın sözleşmenin devrine verilmiş bir izin olarak değerlendirilmesi gerekmez. Rızanın böyle durumlarda sözleşmenin yüklenilmesi işlemine katılmaktan feragat anlamında olduğunu kabul etmek gerekir.

Önceden verilen rızayı, halefiyet yetkisi olarak nitelendirme eğilimleri de bulunmaktadır. Örneğin, işletmesi için bir yer kiralayan kişinin, işletmeyi kiralayanın kabul edeceği bir kişiye devredilmesine dair kira sözleşmesine şart koyması çoğunlukla halefiyet yetkisi olarak nitelendirilebilir.

Sözleşmenin yüklenilmesinde taraflardan birinin rızasını önceden beyan etmesi halinde, tasarruf teorisine göre devreden ile devralan taraf arasında yüklenme sözleşmesinin kurulduğu, sözleşmede kalan tarafın rızasının ise bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Ancak sözleşme teorisine göre önceden beyan edilen rızanın bir icap olarak nitelendirilmesi gerekir. Bir sözleşme tarafı muhatabını, üçüncü bir kişiyi kendi yerine veya muhatabının yerine geçirmesine rızasını önceden beyan etmişse, bu durumdan doğan belirsizliğe katlanır. Ancak sözleşmenin yüklenilmesi işlemine rızasını önceden beyan eden taraf hukuka uygun olmak kaydıyla özellikle şahsa ilişkin veya konuya ilişkin bazı sınırlamalar da getirebilir.” (Aynen Nakil: Ayrancı, 2003: 107- 108).

devri açısından kurucu etki doğurmaz ve sözleşme devredilmiş olmaz. Ancak bu durumda, kalan tarafın rızasını geçersiz bir şekilde açıkladığından bahisle, devreden ile devralan arasındaki anlaşmayı daha ilk baştan geçersiz saymak yerinde olmayacaktır. Zira, sözleşmede kalan taraf, devreden ile devralan arasındaki anlaşmaya sonradan vereceği onayla da geçerlilik kazandırabilir. Başlangıçta devre ilişkin iznin geçerlilik koşuluna uygun olarak açıklamamasına rağmen, sözleşmede kalan taraf anlaşmadan sonra kanunun aradığı şartlara uygun olarak devre onay verirse devir işlemi kurulmuş olur. Sözleşmenin devrine ilişkin iznin başlangıçta geçersiz olarak açıklanmasına rağmen, anlaşma sonrasında da devre onay verilmez veya verilen onay kanunun aradığı şartlara uygun olmazsa sözleşme devredilmiş olmayacaktır.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafça verilecek iznin şartlı olarak verilmesi; başka bir anlatımla iznin şarta bağlanması mümkündür. İznin bağlandığı şart bozucu veya erteleyici olabilir.

Sözleşmede kalanın, belli şartların gerçekleşmesi halinde iznin geçersiz olacağını ifade ederek rıza göstermesi halinde bozucu şarta bağlı izin söz konusu olur. Bu durumda bozucu şart gerçekleşirse, sözleşmede kalanın devre izin vermediği kabul edilir ve sözleşmenin devri gerçekleşmez. Sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan muhtemel bir devir sözleşmesi de herhangi bir sonuç doğurmaz. Meğer ki, sözleşmede kalan taraf bu devre sonradan onay vermiş olsun.

Sözleşmede kalan tarafın, izni belirli şartların gerçekleşmesine bağladığı hallerde erteleyici şarta bağlı izin söz konusu olur. Önceden beyan edilen sınırlandırmalar bakımından da iznin erteleyici şarta bağlandığı kabul edilir. Erteleyici şarta bağlı izinlerin söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin devrinin geçerli olabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde devir işlemi gerçekleşmiş olmaz.

Erteleyici şarta bağlı iznin söz konusu olduğu durumlarda şart gerçekleşene kadar devir sözleşmesinin hükümleri askıdadır. Buradaki askı durumu sadece devir işlemine ilişkindir. Devre konu olan sözleşme bu askı durumundan etkilenmeyerek bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir¹¹⁶.

¹¹⁶ Ayrancı, 2003: 108- 109.

Sözleşmenin devrinin diğer bir yolu da, sözleşmede kalan tarafın, sözleşmeyi devreden ile devralan arasında yapılan anlaşmaya sonradan vereceği bir onay ile rıza göstermesidir.

Bu yolda, devreden ile devralan sözleşmenin devrine ilişkin bir anlaşma yapar. Fakat, tek başına bu anlaşma sözleşmenin devri işlemini meydana getirmeyeceği gibi, kalanı da bağlamaz. Devralan ile devreden arasında yapılan anlaşma, sözleşmede kalan tarafa yapılmış bir öneri sayılır ve devrin gerçekleşebilmesi için sözleşmede kalanın bu öneriyi kabul etmesi yani anlaşmayı onaylaması gerekir. Bütün bu açıklamalarımızdan hareketle devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya kalan tarafından onay verildiğinde devir işlemi gerçekleşmiş olur. Öte yandan, kalanın, devreden ile devralan arasındaki anlaşmaya vereceği onaya kadar devir işleminin hükümleri askıdadır.

Sözleşmeyi devreden ile devralan arasındaki anlaşmaya kalan tarafından verilecek onayın ya da onay verilmeyecek ise bu durumun hangi süre içerisinde devredene (yani devre konu sözleşmenin diğer tarafına) bildirileceği konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, bu konu genel ilkelerden hareket edilerek çözüme kavuşturulmalıdır. Buna göre, dürüst ve makul bir sözleşmeci taraf, somut olayın bütün şartları, devredenin davranışları, devir sözleşmesinin şartları, devir sözleşmesinin içeriğinin belli olup olmaması gibi durumlar dikkate alındığında hangi sürede bu öneriye cevap verilmesi gerekiyorsa, kalanın da bu süre içerisinde cevap vermesi beklenir. Sözleşmede kalan, bu sürenin tamamını sessiz geçirirse, sözleşmenin devrine ilişkin icaba onay vermemiş sayılır ve devir işlemi gerçekleşmez¹¹⁷.

Sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine kural olarak rıza göstermek (izin veya onay vermek) zorunda değildir. Hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmenin devrine rıza göstermekten (yani izin veya onay vermekten) kaçınabilir. Zira, sözleşme özgürlüğü sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme özgürlüğünü de içerir. Ancak kanun koyucu bazı durumlarda sözleşmenin devrine ilişkin özel düzenlemelerle rıza gösterme serbestisine bazı sınırlandırmalar getirmektedir. Bu sınırlamalara en güzel örnek TBK'nun 323'üncü maddesinin 2'nci cümlesinde düzenlenen işyeri

¹¹⁷ Topuz, Canbolat, 2011: 106.

kirasındaki kira sözleşmesinin devridir. Öyle ki madde hükmüne göre, kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça kira sözleşmesinin devrine ilişkin anlaşmaya onay vermek zorundadır¹¹⁸. Burada sözleşmede kalan taraf, ancak haklı sebepleri söz konusu ise rıza vermekten kaçınabilir. Eğer, sözleşmede kalanın yani kiraya verenin böyle bir haklı sebebi yoksa devre rıza göstermek zorundadır.

c) İrade Beyanlarının Şekli

İrade açıklaması, kişilerin hukuki sonuca ulaşma yolundaki isteklerini dış dünyaya yansıtma araçlarıdır. Böylelikle bir hukuki ilişki kurulur, değiştirilir veya ortadan kaldırılır. Sözleşmenin devrinde de, irade beyanları sözleşmede taraf olma sıfatının üçüncü bir kişiye devredilerek önceki mevcut ilişkiyi değiştirmek amacıyla yapılır¹¹⁹.

İrade beyanı açık (sarih) bir şekilde ortaya konulabileceği gibi, örtülü¹²⁰ (zımni) bir şekilde de ortaya konulabilir. Sözleşmenin devrine ilişkin örtülü irade açıklamaları iradi fiillerle de yapılabilir. Buna göre, sözleşmeyi devreden kişinin, sözlü bir beyanda bulunmamasına rağmen sözleşmenin tarafı gibi hareket etmesi, buna yönelik edim ifa etmesi ve karşı edimleri kabul etmesi gibi fiiller, onun sözleşmenin devrine rıza gösterdiği anlamına gelmektedir¹²¹. Örneğin, A ile B satım sözleşmesi konusunda anlaşmışlardır. A bir sene boyunca her ay B'ye 3 ton portakal ithal edecek, B'de bunun karşılığında 3 bin lira ödeyecektir. Sözleşmenin dördüncü ayında A ile C sözleşmenin devri konusunda anlaşmışlar ve durumu B'ye bildirmişler ve fakat B, sözleşmenin devrine ilişkin rızasını açıkça beyan etmemiştir. Bir sonraki ayın teslimi geldiğinde C, B için 3 ton portakal ithal ederek B'ye portakalları teslim etmiş, B'de bu edim karşısında sözleşmenin semeni olan 3 bin lirayı C'ye ödemişse artık B'nin fiillerinden sözleşmenin devrine örtülü bir biçimde onay verdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁸ Topuz, Canbolat, 2011: 109.

¹¹⁹ Akıntürk, Kahraman, 2014: 31.

¹²⁰ Örtülü irade açıklamasında, kişi hukuksal işlem yapma isteğini, başka davranış biçimleriyle veya bunların yorumuyla ortaya koymaktadır. Susma kuralı olarak kabul değil, ret anlamına gelmektedir. Ancak, kanunda susmanın ret değil kabul anlamına geldiği özel düzenlemeler de mevcuttur. Mesela, Avukatlık Kanunu'na göre, avukat müvekkil tarafından gelen işi reddetmedikçe kabul etmiş sayılmaktadır.

¹²¹ Ayrancı, 2003: 110.

Sözleşmenin devri gibi üç taraflı ve karmaşık işlemlerin açık irade beyanlarıyla yapılmaları tercih edilir. Zira, sözleşmeye katılan tarafların iradelerinin tespiti açısından bu durum önemlidir. Ancak, tarafların sözleşmenin devrini örtülü olarak beyan etmesi de mümkündür. Buna karşın kanunun şekil şartı aradığı sözleşmelerin devrinde irade beyanlarının zımnen açıklanması genellikle mümkün olmaz¹²². Örneğin; devir işlemlerinin noter aracılığıyla veya tarafların yazılı beyanlarıyla yapılması gereken durumlarda iradelerin zımnen beyan edilmesi çoğu zaman mümkün değildir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için sözleşmenin noter huzurunda düzenleme biçiminde yapılması gerekir (1512 Noterlik Kanunu m. 60/ b.3; m. 89; TBK m. 237/ II). TBK m. 205/ III hükmü gereğince, taşınmaz satış vaaadinin devrine ilişkin sözleşmenin de noter huzurunda yapılması gerekecektir. Bu durumda kanunun şekil şartı aradığı bir sözleşme söz konusu olduğundan, tarafların devre ilişkin irade beyanlarını örtülü olarak açıklamaları mümkün olmaz. Bu sebeple, taşınmaz satış vaaadinin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için irade beyanlarının açık olarak noter huzurunda beyan edilmesi gerekir.

d) İradenin Beyan Edilmemesi Ve Sözleşmenin Eksik Devredilmesi

Sözleşmeyi devralan ile devreden, devir işlemi konusunda aralarında anlaşmış olmakla birlikte, kalan anlaşmaya rıza göstermezse sözleşmenin devri gerçekleşmez. Bu durumda, devralan ile devreden arasındaki anlaşmayı tahvil ederek ayakta tutma imkânı olup olmadığı noktasında herhangi bir açıklık yoktur¹²³.

Ayrancı'nın ifade ettiği görüşe göre, devreden ile devralan arasındaki anlaşmaya kalanın rıza göstermemesi halinde devreden, devre konu sözleşme sebebiyle bir alacak hakkına sahipse, sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişi sadece alacağı devralmış olur¹²⁴. Gerçekten de alacağın devri, bir borç ilişkisinden doğan alacağın,

¹²² Ayrancı, 2003: 109.

¹²³ Bu bölümdeki açıklamalarımızda kullanılan kalan, devreden ve devralan kavramları teknik manada kullanılmamıştır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi, akıcılığın sağlanması amacıyla taraflara kalan, devreden ve devralan sıfatı verilmiştir. Fakat şu unutulmamalıdır ki bu terimler geçerli bir sözleşmenin devri kavramının terimleridir. Zaman zaman bu konuda söz konusu sıfatları tekraren kullanabiliriz. Ancak bu durumun yukarıdaki sebeplere dayandığının gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

¹²⁴ Ayrancı, 2003:110- 112.

borçlunun rızası aranmaksızın üçüncü bir kişiye devredilmesidir (TBK m. 183/I). Görüldüğü gibi alacağın devrinde borçlunun rızasının alınmasına gerek olmadığından alacağın devri işlemine tahvil açısından kalanın devre rıza göstermemiş olması ayırksı bir durum oluşturmaz. Başka bir anlatımla, alacağın devrinde borçlunun rızasına gerek olmadığından, sözleşmede kalan tarafın devre rıza göstermemesi, eksik devrin alacağın temliki olarak tahvil edilmesine bir engeli yoktur. Her şeyden evvel, sözleşmede kalan tarafın devre rıza göstermemesi sebebiyle sözleşmenin devri sonucunu doğurmayan, devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın alacağın devri hükümlerine göre ayakta tutulabilmesi için, sözleşmeyi devreden ile devralanın iradelerinin muhtemel bir alacağın devri ilişkisine şamil olması gerekir. Eğer sözleşmeyi devreden tarafın, sözleşmedeki taraf sıfatını devretmeden sözleşmeden doğan alacağını da devretmeyeceği; sözleşmeyi devralan tarafın ise, sözleşmede taraf sıfatına sahip olmadıkça sözleşmeden doğan alacak haklarını elde etmeyi arzu etmeyeceği ilişkiden anlaşılabiliriyorsa; bu durumda eksik işlemin alacağın devri hükümlerine göre ayakta tutulması mümkün olmaz. Eksik irade beyanı ile sözleşmenin devri sonucunu doğurmayan anlaşmanın alacağın devrine tahvil edilebilmesi için tarafların iradelerinin muhtemel bir alacağın devri ilişkisine şamil olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca, devre konu sözleşmeyle devredeninin sahip olduğu ve alacağın devri hükümlerine göre devralanın elde edeceği alacak haklarının en azından belirlenebiliyor olması gerekir. Sözleşmeden doğan hangi alacak haklarının, alacağın devri tahviliyle sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişiye geçeceği noktasında belirsizlik varsa, eksik irade beyanıyla sakat olan devir işleminin, alacağın devri ilişkisine tahvil edilmesi mümkün değildir. Bütün bu açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, tarafların iradelerinin alacağın devrine şamil olması ve devre konu alacak haklarının belirlenebiliyor olması halinde, tahvile ilişkin genel şartlarda gerçekleşmişse, sözleşmede kalan tarafın rızasının eksikliği sebebiyle geçersiz olan devir işleminin alacağın devri işlemiyle ayakta tutulması mümkündür. Bu durumda, sözleşmeyi devretmek isteyen taraf, devre konu sözleşmeden doğan alacağını, sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişiye devretmiş olur ve bunlar arasındaki ilişki bundan böyle alacağın devri hükümlerine göre cereyan eder. Diğer taraftan, devreden devre konu sözleşmedeki taraf sıfatını devam ettirir ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarından sözleşmede kalan tarafa karşı sorumludur.

Sözleşmeyi devretmek isteyen taraf, devre konu sözleşme ile alacak hakkı elde etmiyorsa, yani devre konu sözleşmede sadece borçlu sıfatına sahipse, sözleşmede kalan tarafın rıza göstermemesi sebebiyle eksik olan devir işleminin, alacağın devri hükümlerine göre ayakta tutulması mümkün değildir. Öte yandan buradaki eksik devir işleminin borcun nakline tahvil ettirilmesi de mümkün değildir. Zira borcun naklinde alacaklının nakle rıza göstermesi gerekmektedir.

3. İrade ile Beyan Arasında Uygunsuzluk Olmamalı

Devir işleminin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için tarafların irade beyanları bir birine uygun olmalıdır. Aksi takdirde devir sözleşmesi, ya tarafları bağlamayarak kendisinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurmayacak ya da iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk olan kişi tarafından iptal edilebilecektir.

Devir sözleşmesinin sıhhatini etkileyen irade açıklamasındaki sakatlıklar iki türdür. Ya devir iradesiyle beyan birbiriyle örtüşmemekte ya da devir iradesinin oluşumunda bir sakatlık meydana gelmektedir. İrade ile beyanın örtüşmediği hallerde beyanda yanılma söz konusu olur. Saikte yanılma, aldatma (hile), korkutma (tehdit) halleri ise devir iradesinin oluşumunda sakatlığa yol açmaktadır.

Eğer taraflardan biri devir iradesini istemeden gerçeğe uygun olmayan bir biçimde açıklarsa, buna beyanda yanılma denir. Her beyanda yanılma hali devir sözleşmesinin iptali sonucunu doğurmaz. Sözleşmenin iptali sadece beyanda yanılmanın esaslı olduğu durumlarda söz konusu olur (TBK m. 30/ I)¹²⁵. Taraflardan birinin, sözleşmenin niteliğinde (mesela, alacağın devri sözleşmesi yaptığını zannediyor ve fakat sözleşmenin devri işlemi yapıyor; sözleşmedeki yükümlülükleri üstleneceğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyor), sözleşmenin konusunda (mesela, ikinci kattaki evin kira ilişkisini devraldığını zannediyor ve fakat bodrum kattaki evin kira ilişkisini devralıyor), diğer tarafın şahsında veya edimin miktarında yanılması (devre konu sözleşmede devredenin her ay 100 ton portakal ithal edip sözleşmede kalana sattığını düşünürken, devredenin kalana her ay 1 ton portakal sattığını öğreniyor) esaslı yanılma hallerinden sayılır ve devir sözleşmesinin iptaline imkân verir (TBK m. 31).

¹²⁵ Nomer, 2013: 67.

Devir sözleşmesinin kurulmasına yönelik irade haberci veya çevirmen ya da tercüman gibi bir aracı ile karşı tarafa yanlış ulaşmış ise, bu durumda da beyanda yanılma söz konusu olur ve yanılma hükümleri uygulanarak devir sözleşmesi iptal edilebilir (TBK m. 33)¹²⁶.

Bir kimseyi sözleşme yapmaya iten sebebe saik denir. Türk Borçlar Kanunumuz tarafları sözleşme yapmaya iten saikte yanılma hallerini kural olarak esaslı hata saymamıştır (TBK m. 32/ I, c. 1). Çünkü, kişilerin sözleşmedeki tahminleri ve beklentilerinin gerçekleşmemesi sırf bu nedenle sözleşmenin iptaline imkan vermemelidir¹²⁷. Zira, sözleşmesel ilişkiler tarafların sözleşmeden beklentilerine uygun bir biçimde gelişecek diye bir kural söz konusu değildir. Fakat yanılığa düşülen durum, yanılan tarafından, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olarak sözleşmenin esaslı temeli kabul edilmişse (TBK m. 32/ I, c.2) ve bu durum karşı tarafça da bilinebiliyor ise (TBK m. 32/ I, c. 3), esaslı bir yanılma söz konusu olur ve sözleşme iptal edilebilir. Örneğin, Tekirdağ'a ataması yapılan bir polis memurunun, Tekirdağ'da ki bir evin kira sözleşmesini devraldıktan sonra, atama onayının iptal edilmesi halinde saikte yanılma durumu söz konusu olur. Yanılan devralanın iş ilişkileri bakımından geçerli dürüstlük kuralları göz önüne alındığında buradaki yanılmasının sözleşmenin temeli bakımından esaslı bir yanılma olduğunu söylemek mümkündür. Böyle bir durumda, polis memuru yani sözleşmeyi devralan, saikte yanılmanın esaslı hali sebebiyle devir sözleşmesini iptal edebilecektir.

Öte yandan, devir işleminde yanılan taraf dürüstlük kuralına aykırı olarak kendi yanılıgısına dayanamaz. Özellikle, karşı taraf yanılan tarafın yanılıgısını giderecek şekilde devir sözleşmesinin kurulmasına rıza gösterirse, buna rağmen yanılan tarafın devir sözleşmesini iptal etmek istemesi dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz.

Aldatmada, yanılmadan farklı olarak irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hali kişinin bizzat kendisinden değil, sözleşmeci diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin hilesinden kaynaklanmaktadır. Devir ilişkisinde taraflardan birinin iradesi hileyle

¹²⁶ Kılıçoğlu, 2014: 130.

¹²⁷ Nomer, 2013: 68, Kılıçoğlu, 2014: 135.

sakatlanmışsa, iradesi sakatlanan taraf devir sözleşmesini sırf bu nedenle iptal edebilecektir (TBK m. 36)¹²⁸.

Korkutma, taraflardan birinin diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin hukuka aykırı fiil ile tehdit edilmesi sonucunda iradesinin sakatlanmasıdır. Devir sözleşmesinde taraflardan birinin iradesi korkutma sonucunda zaafa uğramışsa, korkutulan taraf sözleşmeyi iptal edebilir. Fakat korkutulan tarafın sözleşmeyi iptal edebilmesi için, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birisinin kişilik haklarına veya malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir tehlikenin bulunduğuna inanmakta haklı olması gerekmektedir (TBK m. 37)¹²⁹.

Esaslı yanılgı (beyanda veya saikte yanılgı), aldatma ve korkutmanın varlığında irade açıklaması sakatlanmış olan taraf sözleşme ile bağlı olmaz (TBK m. 30 vd.). Devir sözleşmesi baştan itibaren her iki taraf içinde sonuç doğurmaz. Bununla birlikte sözleşmenin akıbeti askıdadır. Başka bir anlatımla, sözleşmenin devrinde taraflardan her biri devre yönelik iradesinin yanılgı, aldatma veya korkutma sebebiyle zaafa uğrayarak iradesi ile beyanı arasında uyumsuzluk meydana geldiğinden bahisle, devir sözleşmesini iptal edebilir. Bu halde, devir işlemi geriye etkili olarak ortadan kalkar ve devir işlemi yapılmadan önceki durum iade edilir. İradesi sakatlanan taraf, yanılgı veya aldatmayı öğrendiği; korkutmanın etkisinin ortan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde karşı tarafa yönelteceği bir beyanla devir sözleşmesini iptal edip (TBK m. 39)¹³⁰ sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz hale gelmesini sağlayabilir¹³¹. Bu ihtimalde iradesi sakatlanmış olan taraf, sözleşmenin devri ilişkisinin her iki tarafına da bu durumu beyan etmelidir. Örneğin, iradesi yanılgı, aldatma veya korkutma gibi bir sebeple sakatlanan kalan ise devir sözleşmesini iptal ettiğini hem devredene hem de devralana beyan etmekle anlaşmayı baştan itibaren hükümsüz hale getirebilir. Bu halde, durum devir sözleşmesinden

¹²⁸ Akıntürk, Kahraman, 2014: 60, Bilgili, Demirkapı 2014: 59, Kılıçoğlu, 2014: 140.

¹²⁹ Nomer, 2013: 72.

¹³⁰ İrade sakatlığı hallerinde bazı kişiler için az ya da çok bir takım sorumluluklarda gündeme gelecektir. Kendi ihmali ile yanılgı olan taraf, sözleşmeyi iptal ettiği takdirde, karşı tarafın sözleşmeye güveninden doğan menfi zararlarını tazmin etmek zorundadır. Aldatılan taraf, aldatan isterse sözleşmeciyi taraf olsun isterse de üçüncü bir kişi olsun, kendisini aldatandan tazminat talebinde bulunabilir. Hatta bunun için sözleşmenin iptal edilmiş olması dahi gerekmez. İptal hakkı olan tarafın sözleşmeye onay vermesi veya iptal hakkı süresi içerisinde sözleşmeyi iptal etmemesi sonucunda sözleşmenin baştan itibaren geçerli hale gelmesi durumunda dahi kendisini aldatandan tazminat talep edebilecektir. Korkutmada da aldatmada ki durumun aynısı geçerlidir (Kılıçoğlu, 2014: 136, 145, 152; Nomer, 2013: 70- 72).

¹³¹ Nomer, 2013: 65- 66.

önceki hale geri gelecektir. Yani, sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devreden tekrar devre konu olan sözleşmenin tarafı konumuna geçecek ve sözleşmeyi devralanın devirle sahip olduğu sözleşmedeki taraf sıfatı sona erecektir.

Devre konu sözleşme dolayısıyla da devir sözleşmesi özel bir şekle tabi olsa dahi iptal beyanı herhangi bir şekle tabi değildir. Ayrıca iptal beyanının açık olabileceği gibi zımni olması mümkündür.

Devre yönelik iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk olan taraf devir sözleşmesini süresi içerisinde iptal etmez veya hükümleri askıda olan sözleşmeyi onaylarsa devir işlemi yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir.

Devre konu olan sözleşmede irade sakatlığının bulunması ayrı şeydir; devir sözleşmesinde irade sakatlığı hallerinin bulunması ayrı şeydir. Bunlardan birindeki irade sakatlığı diğerine sirayet etmez ve fakat etkileyebilir¹³².

4. Taraflar Devre Ehil Olmalı

Devir işleminin geçerli bir biçimde yapılması, tarafların devir sözleşmesini yapmaya ehil olmasına bağlıdır. Ehliyet, sözleşmenin geçerliliği açısından aranan önemli bir unsurdur. Gerçekten de devir sözleşmesi bir irade açıklamasını gerektirdiğine göre, sözleşmenin yapılması böyle bir iradeyi ortaya koyabilme ehliyetini zorunlu kılar. Burada sadece taraflar açısından değil, kamu yararı açısından da aranan bir geçerlilik unsuru söz konusudur. Zira, sözleşmelerin sağlıklı bir iradenin ürünü olmasında sadece tarafların değil, bunların dışındaki kişilerin de yararı vardır¹³³.

Tarafların devir sözleşmesini yapmaya ehil olup olmadıkları hem devre konu sözleşme hem de devir sözleşmesi dikkate alınarak genel ehliyet kurallarına göre belirlenir.

Fiil ehliyetine sahip olanlar, kanunda aksine hüküm olmadıkça, her çeşit sözleşmeyi özgürce yapabileceklerinden devir sözleşmesini de serbestçe yapabilirler.

¹³² Öte yandan devre konu olan sözleşmede, sözleşmeyi devreden iradesi aldatma, yanıltma veya korkutma sebeplerinden herhangi biriyle sakatlanmışsa ve fakat taraflar iradedeki sakatlığın dolayısıyla da iptal hakkının varlığından haberdar değilse, sözleşme devredilmiş olsa bile iptal hakkı sözleşmeyi devralana geçecek; böylelikle devre konu sözleşmedeki irade ile beyan arasındaki uygunsuzluk hali devir sonrasındaki ilişkiyi etkileyecektir.

¹³³ Kılıçoğlu, 2014: 67.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizlerin yapacağı devir işlemi, kanundaki ayırsız durumlar saklı kalmak şartıyla, kesin olarak hükümsüzdür. Tam ehliyetsizler adına devir işlemini yasal temsilcisi yapacaktır. Sözleşmenin taraflarından birisi devre konu olan sözleşmenin yapılmasında fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte ayırt etme gücünü sonradan kaybetmişse, devir anlaşması onun yasal temsilcisi aracılığıyla yapılmalıdır. Buna karşın ehliyetsizlik sebebiyle devre konu sözleşme kendisi adına yasal temsilcisi tarafından yapılan kişi sonradan ayırt etme gücünü kazanırsa, sözleşmenin devrine ilişkin işlemi de artık bizzat kendisi yapacaktır.

Yasal temsilci, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin malvarlığına ilişkin haklarını ilgilendiren her türlü işlemi yapabilme yetkisine sahiptir. Fakat kanun koyucu, yasal temsilcinin, ehliyetsiz adına kefil olamayacağını, vakıf kuramayacağını ve önemli bağışlarda bulunamayacağını düzenlemiştir. Bu ifadeden yola çıkarak, yasal temsilcinin önemli bağışların borçlusundan sözleşmeyi devralamayacağını söylemek mümkündür.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar kendilerini borç altına sokan işlemler ile tasarruf işlemlerini tek başlarına yapamazlar. Onlar adına söz konusu işlemler yasal temsilcileri aracılığıyla yapılır. Böyle bir durumda, devir işlemiyle küçük ya da kısıtlı borç altına girecek veya bir tasarrufta bulunacaksa, bu devir işlemini ehliyetsiz adına yasal temsilcisi yapmalıdır. Ancak yasal temsilci, ehliyetsize kendisini borç altına sokacak bir devir işlemi yapmaya izin vermişse, ehliyetsiz kendi adına devir işlemini bizzat yapabilecektir. Kendisini borç altına sokan devir işlemi bizzat ehliyetli tarafından yapılmışsa ve bu işlem yasal temsilcinin önceden verdiği izne dayanmıyorsa devir işlemi geçersiz olur. Bu halde dahi yasal temsilci, ehliyetsiz tarafından yapılan işleme onay verirse devir işlemi geçerli olur.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar kendisini borç altına sokmayan devir işlemlerini tek başına yapabileceklerdir. Örneğin, küçük ve kısıtlı yasal temsilcisinin rızasına muhtaç olmaksızın bağışlama sözleşmesini, kendisine bağışlama yapılacak olan taraftan devralarak sözleşmeye taraf olabilir. Meğer ki, devre konu sözleşmede bağışlama az ya da çok bir yükümlülüğün yerine getirilmesine bağlanmış olsun.

Sözleşmenin devri işleminin bir açıdan tasarruf işlemi olduğunu yukarıda söylemiştik. Bu nedenle sözleşmenin devri ilişkisine girmek isteyen fiil ehliyetinin yanında tasarruf ehliyetine de sahip olması gerekmektedir.

5. Devir Sözleşmesinin Konusunun Emredici Hukuk Kurallarına, Kamu Düzenine, Genel Ahlaka Ve Kişilik Haklarına Aykırı Olmaması

Türk Hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğü (serbestisi) ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre, taraflar sözleşmenin konusunu, tarafını, kapsamını, içeriğini ve süresini diledikleri gibi tayin edebilirler. Ancak, bu ilke mutlak bir ilke olmayıp, bazı açılardan sınırlandırılmıştır¹³⁴. Çoğu zaman ekonomik açıdan güçlü olan taraf sözleşme şartlarını belirler ve karşı taraf da bunu kabul etmek zorunda kalır¹³⁵. İşte bu gibi durumlarda sözleşme serbestisiyle elde edilmek istenen amaç sağlanmamış olur. Serbesti ilkesinden en iyi şekilde faydalanmak ve adalet ile özgürlüğü tesis etmek için bu ilkenin sınırlandırılması gerekir. Bu sınırlandırmaların başında devir sözleşmesinin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gelir.

Hukuka aykırılıktan kastedilen, devir sözleşmesinin, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmasıdır. Dikkat edilirse, burada bahsedilen hukuka aykırılık halleri emredici kurallara aykırılığı içermekte iken yorumlayıcı, tamamlayıcı veya tanımlayıcı hukuk kurallarına aykırılığı içermez. Dolayısıyla devir sözleşmesinin konusu tanımlayıcı, tamamlayıcı veya yorumlayıcı hukuk kurallarına aykırı olabilir. Zira emredici hukuk kuralları uyulması zorunlu olan kurallardır. Bu tür kurallar esasen kamu düzeni, kamu güvenliği, toplumsal güven, barış ve adaleti tesis etme amacına hizmet eder. Hal böyleyken tarafların bunlara aykırı sözleşme yapabilmesi de düşünülemez.

Kamu düzeni, toplumun menfaatini koruyan düzeni ifade ederken, kişilik hakkı bir kimsenin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü ile manevi haklarını ifade eder¹³⁶. Sözleşmenin devri söz konusu kurumlara aykırı olarak yapılamaz.

¹³⁴ Kılıçoğlu, 2014: 67.

¹³⁵ Nomer, 2013: 58.

¹³⁶ Nomer, 2013: 62, Kılıçoğlu, 2014: 69.

Devir sözleşmesinin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına, genel ahlaka aykırı olması farklı şeydir; devre konu olan sözleşmenin bu durumlara aykırılık göstermesi farklı şeydir. Eğer devre konu olan sözleşme, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına ya da genel ahlaka aykırı ise kesin hükümsüz olacağından, sözleşmenin devir işlemine konu edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda taraflar yine de devir sözleşmesi yaparsa, asıl sözleşmedeki hükümsüzlük burada kanımızca devir sözleşmesine de etki edecek ve devre ilişkin anlaşma konu imkansızlığı sebebiyle kesin hükümsüz sayılacaktır. Böyle bir ihtimalde hem asıl sözleşme hem de devir sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Ancak, devre konu olan sözleşmenin bu kurallara aykırılık teşkil etmesine rağmen, devir sözleşmesi emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına veya genel ahlaka aykırı ise, bu halde devir sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Fakat burada, devir sözleşmesindeki hükümsüzlük, devre konu sözleşmeye sirayet etmeyecek, ilk durumdan farklı olarak hükümsüzlük sadece devir sözleşmesine ilişkin olacaktır. Devre konu olan sözleşme, sözleşmenin tarafları arasında geçerli bir biçimde hüküm ve sonuç doğurmaya devam edecektir.

6. Devir Sözleşmesi Muvazaalı Olmamalı

İki kişinin gerçek iradelerini gizleyerek görünürde bir devir işlemi yapması muvazaa sonucunu doğurur. Muvazaada ortada bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşme tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır. Sözleşme tarafların iradeleriyle uyumlu olmayan beyan üzerine kurulmuştur. Bu durumda sözleşme geçersiz olacaktır. Zira tarafların iradesi ile beyanı arasında uyum söz konusu değildir¹³⁷.

Taraflar, bazen de bir başka işlemi gizlemek için muvazaalı bir devir sözleşmesi yaparlar. Bu takdirde tarafların iradesine uygun gizli işlem, şartları taşıması halinde geçerli olurken devir işlemi kesin hükümsüz olacaktır¹³⁸.

¹³⁷ Kılıçoğlu, 2014: 118.

¹³⁸ Nomer, 2013: 74.

E. DEVİR SÖZLEŞMESİ BÜTÜN HAK VE BORÇLARI KAPSAMALIDIR

Sözleşmenin devrinde amaç sözleşmenin borçlusunu borçtan kurtarmak olmadığı gibi; alacaklısının alacak hakkını üçüncü bir kişiye devretmek de değildir. Hukuk teorisi ve felsefesi bakımından sözleşmenin devri, mevcut ve geçerli bir sözleşmede taraf olma sıfatını üçüncü bir kişiye devrederek onun sözleşmenin tarafı olmasını sağlamak, kendisinin de sözleşmedeki taraf sıfatına son vermektir¹³⁹. Hal böyle iken, bu amacın gerçekleşmesi için devir anlaşmasının, asıl sözleşmedeki bütün hak ve borçların devrini kapsaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, sözleşmeyi devreden sözleşmeden doğan bütün haklarını, borçlarını, asli ve yan edim yükümlerini hatta ve hatta külfetlerini devretme iradesini ortaya koymalı; sözleşmeyi devralan ise sözleşmeden doğan bütün haklarla, borçlarla, asli ve yan edim yükümlülükleriyle hatta ve hatta külfetlerle sözleşmede taraf olma iradesini açıklamalı; sözleşmede kalan taraf da bu duruma bir bütün halinde rıza göstermelidir. Bunun aksi bir düşünce sözleşmenin devri ilişkisiyle uyuşmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunumuz “... devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” (TBK m. 205/ I) demek suretiyle devir sözleşmesinin, devre konu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları kapsamı gerektiğini hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlemiştir.

Eğer taraflar sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları değil de, sadece sözleşmenin bir kısmını devretmeyi düşünüyorlarsa; bu amacı gerçekleştirmek için kullanılacak olan hukuki yöntem sözleşmenin devri olamaz. Bu gibi durumlarda taraflar kendi arzularını yerine getirmek amacıyla alacağın devri veya borcun üstlenilmesi yöntemlerinden birisini kullanmalıdır.

Taraflar sözleşmenin sadece belirli bir kısmını devretmeye yönelik anlaşmışlarsa, bu devir işlemi sırf bu nedenle geçersiz olur. Söz konusu iradelerin tahvil ile ayakta tutulması mümkündür. Eğer sözleşmeyi devreden taraf sadece sözleşmeden doğan alacaklarını sözleşmeyi devralana geçirmeyi taahhüt etmişse sözleşmede kalan taraf ister rıza göstermiş isterse göstermemiş olsun, sözleşmeyi devreden ile devralan arasındaki irade beyanları alacağın devri işlemiyle ayakta tutulabilir. Sözleşmeyi devreden sadece sözleşmeden doğan borçlarını sözleşmeyi devralana geçirmeyi

¹³⁹ Kluwers, 2010: 50.

arzuladığı durumlarda, sözleşmede kalan taraf bu işleme rıza göstermişse söz konusu iradeleri borcun üstlenilmesi kurumuyla ayakta tutmak mümkün olacaktır. Fakat devreden sözleşmeden doğan bir kısım alacak ve borçlarına yönelik devir sözleşmesi yapmış ve sözleşmede kalan da buna rıza göstermişse, bu durumda iradenin kombine bir şekilde tahvil edilmesi gerekmektedir.

F. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden evvel, sözleşmenin devrinin herhangi bir şekle tabi olmadığı, yazılı veya sözlü olarak yapılabileceği; fakat sözleşmenin devrinin taraf iradeleriyle belirli bir şekle tabi kılınabileceği kabul edilmekteydi. Devre ilişkin sözleşmenin bir şekle tabi kılınması halinde ise söz konusu devir işleminin de bu şekle tabi olup olmadığı konusunda tartışma bulunmaktaydı¹⁴⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin devrini düzenleyen 205'nci maddesinin üçüncü fıkrası bütün bu tartışmalara son noktayı koyarak, sözleşmenin devrinin geçerliğinin, devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabi kılınmıştır. Buna göre; devre konu olan sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değil ise, bu sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme de herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Örneğin, taşınır satış sözleşmesi şekle tabi olmadığından onun devrine ilişkin sözleşme de herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır. Böyle bir durumda devir sözleşmesinin sözlü olarak yapılması dahi mümkündür. Meğer ki işlem ispat edilebilir olsun.Devre konu olan sözleşmenin geçerliliği adi yazılı şekle tabi ise devir işlemi de adi yazılı şekle uygun yapılmalıdır. Devre konu olan sözleşmenin geçerliliği resmi şekil şartına tabi ise söz konusu sözleşmenin devrine ilişkin işlem de aynı resmi şekil şartına tabi olarak yapılmalıdır.

¹⁴⁰ Sözleşmenin devrine konu olan sözleşme, şekil şartına tabi bir sözleşme ise, devir sözleşmesinin şekle tabi olup olmayacağı noktasındaki tartışmalarda, doktrinde baskın olan, asıl sözleşmenin şekle tabi olması devir sözleşmesinin de şekle tabi olmasını gerektirmeyeceği yönündeydi. Nispeten azınlıkta olan diğer görüş ise, devre konu sözleşme bir geçerlilik şekline tabi ise devir sözleşmesinin de aynı geçerlilik şekline tabi olacağı ifade etmekteydi (Ayrancı, 2003: 112, 113).

Bütün bu ifadelerimizden anlaşılacağı üzere, devir işlemine konu olan sözleşmenin geçerliliği hangi şekle tabi ise sözleşmenin devri de aynı şekilde yapılmalıdır¹⁴¹. Örneğin, önalım sözleşmesi adi yazılı şekle tabi tutulmuştur. Bu sözleşmenin devri de adi yazılı şekle uygun olarak yapılmalıdır. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi ise sözleşmenin noter huzurunda düzenleme biçiminde yapılmasına bağlı (1512 Noterlik Kanunu m. 60/ b.3; m. 89; TBK m. 237/ II) olduğundan; bu sözleşmenin devrinin de noterde düzenleme biçiminde yapılması gerekir.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan arasında üç taraflı bir sözleşme ile yapılacaksa burada herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Taraflar aralarındaki devir sözleşmesini, devre konu olan sözleşmenin geçerlilik şekline uygun olarak yapılmakla sözleşmenin devri işlemini geçerli bir biçimde kurmuş olurlar.

Fakat devir sözleşmesi devreden ve devralan arasında yapılmışsa, devrin geçerli olabilmesi için sözleşmede kalan tarafın devir işlemine vereceği izin veya onayın şeklinin ne olacağı burada önem taşımaktadır. Bu konuda kanunda bir açıklık yoktur. Böyle bir durumda sözleşmede kalan taraf da iradesini devre konu olan sözleşmenin geçerlilik şekline uygun olarak açıklamak zorunda mıdır? Mesela, noterde düzenleme şekline tabi olan bir sözleşme devredilecekse, sözleşmeyi devralan ve devreden arasındaki devir sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı konusunda ayrışık bir durum söz konusu değildir. Böyle bir durumda, sözleşmede kalan taraf rızasını, devre konu sözleşmenin şekline uygun olarak yani noterde yapılacak bir işlemle mi açıklamalıdır? Yoksa sözleşmenin devrinde, sözleşmede

¹⁴¹ Burada tartışılması gereken bir diğer husus da devir sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmakla birlikte, geçersiz devir sözleşmesinin devralan tarafı sözleşmeden yarar elde etmiş ise, sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devralan arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve devre konu olan sözleşmenin akıbetinin ne olması gerektiğidir. Doktrindeki baskın görüşe göre güvenin korunması ilkesi gereğince sözleşmenin devrinin gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir. Her şeyden önce hukukun her alanında uygulanma imkanına sahip olan hakların kötüye kullanılmaması ilkesi aslında şekle aykırılığı ileri sürmenin de sınırını teşkil eder. Ancak her hakkın kötüye kullanılmasında olduğu gibi şekle aykırılık iddiasının ne zaman hakkın kötüye kullanımı şeklini aldığını tespit etmek mümkün değildir. Bu konuda doktrinde ve yargı içtihatlarında bazı ölçülerin kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu durumda geçersiz bir devir sözleşmesi sonucunda, devralanın asıl sözleşmenin nimetlerinden yararlanması sonucunda şekle aykırılığı ileri süremeyeceği ve borçlardan da sorumlu olacağı söylenebilir. Ancak, bu kuralın her zaman uygulanamayacağı da tekrar unutulmamalıdır. İkinci olarak, burada hakkın kötüye kullanıldığına ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Son olarak da sözleşmede kalan taraf sözleşmenin şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunu biliyor, bilmesi gerekiyor ve ya sonradan öğreniyor olmakla birlikte susmuş ise devir sözleşmesinin de geçerli olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

kalan tarafının rızası herhangi bir şekle tabi olmaksızın açıklanabilecek midir? Mesela, geçerliliği noterde düzenleme biçiminde olan bir sözleşmenin devri işlemine, sözleşmede kalan tarafça gösterilecek rıza herhangi bir şekle tabi olmaksızın açıklanabilecek midir?

Bu konuyu aydınlatmak için sözleşmede kalan tarafın devre göstereceği rızanın hukuki işlemin (devir işleminin) unsurları açısından niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Hukuki işlemin unsurları; kurucu unsur, geçerlilik unsuru ve etkinlik unsuru olmak üzere üçe ayrılır. Kurucu unsurlar işlemin meydana gelmesi, kurulmasıyla ilgili iken; geçerlilik unsuru, işlemin geçerli olarak meydana gelmesiyle ilgilidir. Hukuki işlemde kurucu unsurun bulunmaması işlemin kurulmamasına başka bir anlatımla yok hükmünde olmasına sebep olur. Geçerlilik unsurunun bulunmaması durumunda ise işlem geçersiz olur¹⁴². Hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tamamlanması gereken unsurlara da etkinlik unsuru denir. Hukuk düzeni hukuki işlemlerde kurucu olguların yanında, diğer bazı olguların da bulunmasını öngörmüştür. Esasen bu olgular hukuki işlemin oluşmasına değil, oluşmuş bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasında etkilidir. Etkinlik unsurunun bulunmadığı hallerde işlem hüküm ve sonuç doğurmaz¹⁴³.

TBK m. 205/ I hükmünde, 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 anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir anlaşmadır. Dolayısıyla sözleşmenin devri işlemine yönelik olarak sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan tarafların irade beyanları hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturur. Sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrine uygun irade açıklaması olmadıkça sözleşmenin devredilmiş olmayacağı¹⁴⁴; devreden ile devralan

¹⁴² Ayşe Havutçu, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, t.y., (Erişim), <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/Prof.Dr.-Ayşe-Havutçu-Borçlar-Hukuku-I.pptx>, 16 Kasım 2015.

¹⁴³ Şebnem Akipek, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, t.y., (Erişim), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2770.pdf>, 16 Kasım 2015, s. 278.

¹⁴⁴ Türk Borçlar Kanununun lafzı bu kuralı açıkça gündeme getirmektedir. Ne var ki, sözleşmenin devrinin düzenlenmediği Eski Borçlar Kanunun sisteminde hem doktrin hem de Yargıtay kararlarıyla sözleşmenin yüklenilmesi yani devredilmesi halinde sözleşmede kalan tarafın rızasının alınmasının zorunlu bir şart olduğu aksi halde sözleşmenin yüklenilmiş sayılmayacağı kabul edilmiştir. Yargıtay değişik hukuk disiplinlerine ait sözleşmelerin özel görünüş biçimlerinde de aynı sonuca defalarca hükmetmiştir. Örneğin, Yargıtay 9’uncu Hukuk Dairesi bir iş sözleşmesinin devredilebilmesi için

arasındaki anlaşmadan sonra, devreden ile kalan arasında ikinci bir anlaşma yapılması suretiyle işlem zaman bakımından yayıldığında, sözleşmenin devrinin ikinci anlaşmanın yapıldığı anda meydana geleceği¹⁴⁵; sözleşmede kalan devir işlemine izin vermişse, devreden ile devralan arasındaki anlaşmanın sözleşmenin devrini kuracağına ilişkin ilkeler değerlendirildiğinde¹⁴⁶, sözleşmenin devrinde kalanın iradesinin devir işlemi bakımından kurucu olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan, sözleşmede kalan tarafın devir işlemine göstereceği rıza, devir işlemi için bir geçerlilik veya etkinlik unsuru değil; kuruculuk unsurudur. TBK m. 205/ III hükmünde kuruculuk unsuru olan irade beyanlarının nasıl açıklanması gerektiği düzenlenmiş ve sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlanmıştır. Bu noktalardan hareketle sözleşmede kalan tarafın devir işlemine uygun irade beyanını, devredilen sözleşmenin şekline uygun olarak açıklaması gerekmektedir. Bu bakımdan sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesine bizzat katılmasının veya devre önceden izin vermesinin ya da devir işlemini sonradan onaylamasının bir farkı yoktur. Sözleşmede kalan taraf devre yönelik irade beyanını nasıl açıklayacak olursa olsun, bu iradenin devredilen sözleşmenin şekline bağlı olarak açıklanması gerekmektedir.

Kanun koyucu bazı sözleşmelerin devrini özel hükümlerle düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin en önemlileri kira ilişkisinin devri ile hizmet sözleşmesinin devrini

sözleşmede kalan sıfatına sahip olan işçinin rızasının sırf sözleşmede kalan sıfatı olduğundan bahisle alınması gerektiğine hükmetmiştir. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.12.2006 tarih ve 2006/ 30138 Esas ve 2006/ 34624 Karar sayılı kararı, Cengiz, 2014: 48.).

¹⁴⁵ Ayrancı, 2003: 103.

¹⁴⁶ Sözleşmede kalan tarafın devre ilişkin rızasını soyut bir biçimde açıklaması halinde, soyut olarak açıklanan ve devirden önce gösterilen bu iznin hukuki mahiyeti hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, devirden önce sözleşmede kalan tarafından, sözleşmenin devrine önceden soyut bir biçimde verilen izin, daha sonra yapılacak devir sözleşmesinden feragat etmek anlamına gelir. Bu görüşe göre, sözleşmede kalan taraf, rızasını devirden önce soyut olarak beyan ederek devir sözleşmesine katılmaktan feragat etmektedir. KANIMIZCA, bu görüş doğru değildir. Zira, sözleşmede kalan tarafın bu durumda sözleşmenin devri işlemine katılma hakkından feragat ettiğini söylemek, onun hakkın özünden vazgeçtiğini ifade etmektedir. Oysa, sözleşmede kalan taraf önceden soyut olarak verdiği iznini geri alabilir. İkincisi, sözleşmede kalan taraf verdiği soyut izin beyanıyla ilelebet bağlı değildir. Üçüncüsü, sözleşmede kalan taraf devir işleminin asli tarafıdır ve onun verdiği soyut iznin devir sözleşmesine katılmaktan feragat ettiği yolunda yorum yapılması bu açıdan da mümkün değildir. Doktrindeki bir görüş ise sözleşmede kalan tarafın verdiği rızanın halefiyet yetkisi verme olarak değerlendirmektedir. Kanımızca, devre ilişkin olarak sözleşmede kalan tarafından soyut bir biçimde verilen izin sözleşmenin devri ilişkisinde verilen izinle aynı hukuki mahiyete sahiptir. Bunun feragat anlamına gelmesi ya da halefiyet yetkisi verilmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak, sözleşmede kalan tarafın soyut olarak devre verdiği izin devre ilişkin işleme ve sözleşmeyi devralacak olan kişinin kimliğindeki belirsizliği katlanmasını zorunlu kılar ki; bu da her iradenin bir sonucu olduğunun en büyük kanıtıdır (Ayrancı, 2003: 107-108).

düzenleyen hükümlerdir. Kanun koyucu, kira ilişkisinin devrinin geçerli olabilmesini, sözleşmede kalan kiraya verenin devre uygun rızasını yazılı olarak açıklamasına bağlamıştır (TBK m. 323). Aynı durum hizmet sözleşmesinin devri için de geçerlidir. Zira hizmet sözleşmesinin devrinin geçerliliği, sözleşmede kalan işçinin vereceği yazılı rızaya bağlanmıştır (TBK m. 429/ I). Kanun koyucu hizmet sözleşmesi ile kira ilişkisinin devri konusunda özel hükümler sevk ederek genel kuraldan ayrılmış, devre konu olan sözleşme sözlü olarak yapılmış olsa bile, devir işlemi bakımından nispeten güçsüz olan tarafın rızasının yazılı olarak verilmesi gerektiğini açıkça düzenlemiştir¹⁴⁷.

Geçerliliği kanunda herhangi bir şekle tabi olmayan sözleşmeler taraflarca bir şekil şartına bağlanmıyorsa, söz gelimi şekle tabi olmayan taşınır satış veya kira gibi sözleşmeler taraflarca yazılı şekilde veya noterde onaylama biçiminde yapılmışsa, bu durumda söz konusu sözleşmenin devrine ilişkin işlemlerin hangi şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda kanun tarafından şekle bağlanmamış bir sözleşme taraflarca belirli bir şekilde yapılmışsa, ortada taraflarca öngörülmüş iradi şekil şartı söz konusu olur. Bu durumda da, devir sözleşmesinin geçerliliği devredilen sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır hükmünden hareketle, devir sözleşmesi taraflarca öngörülen iradi şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır. Zira, kanuni şekil ile iradi şekil arasında hem genel hükümler hem de sözleşmenin devri açısından bir farklılık mevcut değildir. O halde, yapılması kanunda herhangi bir şekle bağlanmamış olan sözleşme örneğin kira sözleşmesi taraflarca noterde onaylama biçiminde yapılmışsa, söz konusu sözleşmenin (kira sözleşmesinin) devri de, “devir sözleşmesinin şekli devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır” hükmünden hareketle noterde onaylama biçiminde yapılmalıdır. Taraflar taşınır satış sözleşmesini yazılı

¹⁴⁷ TBK m. 205/ I ilke olarak üç taraflı öngördüğü devir anlaşmasını devredilecek sözleşmenin geçerlilik şekline bağlandığına göre, sözleşmede kalan tarafın irade beyanının da bu şekle tabi olması gerekmektedir. Bu kişinin devreden ve devralan arasındaki anlaşmaya göre önceden vereceği iznin veya sonradan vereceği onayın da aynı şekle tabi olması gerekip gerekmediği belirsizdir (tartışmaya yol açmaktadır). Oysa ki kanun üçüncü kişinin rızası gereken durumlarda şayet bu rıza için şekil aramayacaksa bunu belirtmelidir (Her ne kadar Yavuz, sözleşmede kalan tarafın rızasının arandığı durumlarda rıza şekle tabi olmayacaksa kanun koyucunun bunu ayrıca düzenlemesi gerektiği ifade edilmiş ve sözleşmenin devrinde kalan tarafın rızasını devre uygun sözleşmenin geçerliliğini bağlı olduğunu bu hususa dayandırmışsa da bu durum kanımızca doğru değildir. Bir kere kanunun, rızası aranan kişinin rızasını bir şekle tabi olmaktan çıkarması halinde özel düzenleme getirmesi gerekir demek, borçlar hukukuna irade ve şekil serbestisi ilkesiyle çelişmektedir. Ayrıca kanun, rıza gereken durumlarda rızayı ayrıca bir şekle bağlamışsa bunu da özel bir hükümle çoğu zaman düzenlemiştir. Bu sebeplerle, kanunun rıza arandığı durumlarda rızanın bir şekle bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu ifade bu yönüyle çürümektedir). Söz konusu görüş için ayrıntılı olarak bkz.: Yavuz, 2013: 1021- 1022.

biçimde yapmışlarsa, bu durumda satış sözleşmesi için iradi şekil şartı öngörölmüş olur ve satış sözleşmesinin devri yazılı bir biçimde yapılmak zorundadır.



V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN

FARKLARI

A. ALACAĞIN DEVRİNDEN FARKLARI

Alacağın devri, bir borç ilişkisinden doğan alacağın, alacaklı tarafından borçlunun rızası aranmaksızın üçüncü bir kişiye devredilmesidir (TBK m. 183/ I). Bu işlem ile borç ilişkisinde alacaklı değişmekte, eski alacaklının yerini yeni alacaklı almaktadır. Devir ile alacak ve alacağın üzerindeki tasarruf yetkisi devralanın malvarlığına geçmektedir¹⁴⁸.

Alacağın devri bir sözleşmeye dayanabilir. Burada, alacaklı ile alacağı devralan arasında, alacağın devrine ilişkin bir sözleşme yapılmaktadır. Alacağın devrinin kanundan kaynaklanması da mümkündür. Alacaklının alacağı bir kanun hükmü gereğince başka bir üçüncü kişiye kendiliğinden geçiyorsa alacağın kanuni devri söz konusu olur. Örneğin, TBK m. 599'a göre, mirasın açılmasıyla birlikte, miras bırakana ait olan alacaklar, kendiliğinden üçüncü kişiye yani mirasçılara intikal eder. Burada alacaklı konumunda bulunan miras bırakanın ve devralan konumunda bulunan mirasçıların iradeleri önemsizdir ve alacak kanun gereği kendiliğinden devredilmiş olur. Alacağın devri bazen de bir mahkeme kararıyla meydana gelir. Örneğin, MK m. 198'e göre, evlilik birliğinin korunması amacıyla, evlilik birliğinin getirdiği giderlere katılma yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin borçlularının, borçlarını diğer eşe ödemelerine mahkemece karar verilebilir. Bu örnekte de asıl alacaklı evlilik birliğinin getirdiği yükümlülükler katılmayan eştir ve fakat onun alacakları mahkeme kararıyla diğer eşe devredilmektedir¹⁴⁹. Kaynakları ve türleri bakımından alacağın devri ile sözleşmenin devri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira, sözleşmenin devrinin, tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi, sözleşmeden, kanundan ya da mahkeme kararından kaynaklanacağını ifade etmiştik.

¹⁴⁸ Bilgili, Demirkapı 2014: 185, Akıntürk, Kahraman, 2014: 203, Nomer, 2013: 371, Kılıçoğlu, 2014: 600.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu, 2014: 603, Bilgili, Demirkapı 2014: 186, Akıntürk, Kahraman, 2014: 204- 205, Nomer, 2013: 373.

Alacağın devri, borç ilişkisinin tamamıyla devredilmesi anlamına gelmemektedir. Burada, borç ilişkisinden doğan alacaklardan birinin veya bir kaçının tamamı veya bir kısmı üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Alacağı devralan taraf asıl alacakla birlikte ona ilişkin fer'i haklara da sahip olur ve sonuçta bir alacak hakkı kazanır fakat borç ilişkisinin tarafı haline gelmez. Alacağı devreden söz konusu borç ilişkisinin tarafı olmaya devam eder; zira alacağı devreden sadece bir alacak hakkını üçüncü bir kişiye devretme noktasında tasarrufta bulunmaktadır; yoksa onun borç ilişkisindeki taraf sıfatlığı üzerinde herhangi bir tasarrufu söz konusu değildir ve alacağın devri ile taraf sıfatında herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Bu itibarla, alacağa ilişkin işlemleri yapma yetkisi alacağı devralana geçerken; borç ilişkisinde taraf olma ve borç ilişkisinden doğan hakları kullanma yetkisi alacağı devreden de kalmaya devam eder¹⁵⁰. Söz gelimi, eğer borçlu devredilen alacağı, devralana ifa etmezse, alacağı devralan borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilir. Borçlunun, edimini borca aykırı olarak ifa ettiği ihtimalde de alacağı devralan ona karşı borca aykırılık hükümlerini ileri sürebilir. Fakat, borç ilişkisi bir sözleşmeye dayanıyorsa bu durumda sözleşmenin geçerli olmadığını ileri sürmek, sözleşmeyi iptal etmek veya ettirmek, sözleşmeye ilişkin bağımlı ve bağımsız yenilik doğuran hakları kullanmak, devrin konusunu oluşturan alacaktan ayrı olan ve borç ilişkisinden doğan başka bir alacağı talep etmek ve bu alacağa ilişkin diğer her türlü işlemleri yapmak; borç ilişkisinin yani sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek, ihbar ve bildirimlere muhatap olmak, sözleşmedeki taraf sıfatını sürdüren alacağı devreden hakları ve yükümlülükleri olarak kalmaya devam eder. Örneğin, A, B'ye 1 yıl süreyle her ay bir ton buğday verecek B'de, buğdayın kendisine verilmesini takip eden 15 gün içinde 1000 TL semeni A'ya verecektir. A ilk ay bir ton buğdayı B'ye teslim ederek 15 gün sonra ödenecek bir alacak hakkını elde etmiştir. A, buğdayları teslim ettikten sonra söz konusu alacağını C'ye devrettiğinde, C söz konusu alacak hakkının sahibi olur. Bu durumda A ilk semenin borçlusu iken, ilk semenin alacaklısı C haline gelmiştir. C, A'ya karşı söz konusu borcun ödenmesi amacıyla her türlü hakkı kullanabilir. Hal böyle iken, örnekteki sözleşmenin tarafları A ve B olarak kalmaya devam eder. Diğer 11 ay

¹⁵⁰ Alacağın devrinde, alacakla birlikte, ayrılmaz şekilde devreden kişiliğine özgü yani devreden şahsına ait olanlar dışında, alacağa ilişkin öncelikli- rüçhan hakları ile fer'i hakları da asıl alacakla birlikte devralana geçer. Alacağın devriyle birlikte geçen fer'i hakların en önemlileri faiz ve teminatlardır (Nomer, 2013: 374).

boyunca buğday verme borcunun borçlusu A, semen ödeme borcunun borçlusu ise B'dir. Hem A hem de B sözleşmede taraf sıfatına sahip olanların yapabileceği her türlü işlemi yapmaya devam ederler. Sözleşmenin devrinde ise durum alacağın devrinden oldukça farklıdır. Bir defa sözleşmenin devri taraf değişikliği sonucunu doğuran bir tasarruf işlemidir. Bu işlem geçerli olarak yapıldığı anda, devre konu olan sözleşmenin tarafları sözleşmede kalan ve sözleşmeyi devralan olarak değişir. Sözleşmeyi devreden taraf sıfatından çıkmıştır ve artık sözleşmeyle hiçbir bağı kalmamıştır. Bu itibarla, sözleşmeyi devralan sözleşmeden doğan her türlü hakkı kullanabilir ve her türlü borcun da yükümlüsü haline gelir. Yukarıdaki örnek sözleşmenin devrine tatbik edildiğinde; A, B'ye 1 yıl süreyle her ay bir ton buğday verecek B'de, buğdayın kendisine verilmesini takip eden 15 gün içinde 1000 TL semeni A'ya verecektir. A ilk ay bir ton buğdayı B'ye teslim ederek 15 gün sonra ödenecek bir alacak hakkını elde etmiştir. A, buğdayları teslim ettikten sonra söz konusu sözleşmeyi C'ye devrettiğinde, C artık söz konusu sözleşmenin tarafı haline gelir. A'nın artık sözleşme ile herhangi bir ilişkisi kural olarak kalmamıştır. Bu durumda sözleşmenin tarafları B ve C olarak değişecektir. Diğer 11 ay boyunca buğday verme borcunun borçlusu C, semen ödeme borcunun borçlusu ise B'dir. Hem B hem de C sözleşmede taraf sıfatına sahip olanların yapabileceği her türlü işlemi yapmaya devam ederler.

Alacak hakkının kısmi devri de alacağın devri hükümlerine göre mümkündür. Yani alacaklı, alacak hakkının tamamını değil de, belirli bir kısmını üçüncü bir kişiye devredebilir. Örneğin, A, sözleşmeden doğan 10.000 TL alacak hakkından yalnızca 5.000 TL'sini B'ye devredebilmektedir. Oysa, sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan hak ve borçların kısmi devri mümkün değildir. Gerçekten de, sözleşmenin devri halinde sözleşmeyi devreden sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçlarını bir kül halinde sözleşmeyi devralana geçirmeyi amaçlar ve bunu taahhüt eder. Devir işlemi geçerli bir biçimde meydana geldiği anda da sözleşmeyi devralan, devreden sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçlarını iktisap etmiş olur (TBK m. 205/ I). Bunun aksi şekilde yapılan, yani devreden devralana sözleşmeden doğan bütün alacak ve borçlarını bir kül halinde değil de belirli bir kısım halinde devrettiği işlemler sözleşmenin devri bakımından geçersiz olacaktır. Buna karşın, kanunun aradığı şartların mevcut olması durumunda kısmi devirlerin müteselsil borçluluk veya borca katılma ya da alacağın devri şeklinde tahvil edilmesi mümkündür.

TBK m 183/ I hükmüne göre, alacaklı, borçlunun rızası aranmaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Dolayısıyla, alacağın devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için borçlunun rızasının alınmasına gerek yoktur ve alacağın devri, niteliği itibarıyla iki taraflı bir hukuki işlem yani sözleşmedir. Bu nedenle alacağın devri sözleşmesi, alacağı devredenle devralanın, alacağın devrine ilişkin irade beyanlarını karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamasıyla kurulur; böylece alacak üçüncü kişiye devredilmiş olur¹⁵¹. Sözleşmenin devrinde ise durum çok farklıdır. Zira sözleşmenin devrinde üç taraflı sui generis bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkinin tarafları sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandır. Sözleşmenin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için; ya sözleşmede kalan, sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralanın katıldığı üç taraflı bir devir sözleşmesinin yapılması ya da sözleşmeyi devralan ve sözleşmeyi devreden arasında yapılan devir sözleşmesine, sözleşmede kalan tarafından önceden izin vermesi veya sonradan onaylaması gerekmektedir. Kalanın, sözleşmenin borçlusu veya alacaklısı ya da hem borçlusu hem de alacaklısı olması bu durumu değiştirmez.

Yukarıdaki ifadelerden anlaşılacağı üzere, alacağın devri ile sözleşmenin devrinin tarafları açısından da bir farklılık mevcuttur. Alacağın devri işlemi alacağı devreden ve alacağı devralandan oluşan iki taraflı bir işlemdir. Sözleşmenin devri işlemi ise sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandan oluşan üç taraflı sui generis bir işlemdir.

Alacağın devri işlemiyle alacağı devralana geçirilen hak bir alacak hakkıdır. Yenilik doğuran hakların alacağın devri ile intikal ettirilmesi mümkün değildir. Oysa sözleşmenin devri, alacağın devri gibi alacak haklarıyla sınırlı değildir. Sözleşmenin devriyle birlikte alacak hakları ile yenilik doğuran haklar kural olarak sözleşmeyi devralana geçirilmiş olur¹⁵².

TBK m. 184/ I hükmü ile alacağın devri için bir geçerlilik şartı öngörülmüştür. Buna göre alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlıdır. Burada şekle tabi olan, sadece alacağı devredenin beyanıdır. Adi yazılı şekil alacağın geçerli bir biçimde devredilebilmesi için yeterlidir. Sözleşmenin devri için kanun koyucu tek biçimli bir

¹⁵¹ Bilgili, Demirkapı 2014: 188, Akıntürk, Kahraman, 2014: 206, Nomer, 2013: 371, Kılıçoğlu, 2014: 603.

¹⁵² Bahadır, 2013:9.

geçerlilik şartı öngörmemiştir. Zira, sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin geçerliliğine bağlanmıştır. Eğer devre konu olan sözleşmenin yapılması herhangi bir şekle bağlanmamışsa, sözleşmenin devri işleminin şekle tabi olmaksızın sözlü dahi yapılması mümkündür. Meğer ki bu işlem ispat edilmiş olsun.

Alacağın devri işlemi hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Bu işlemle birlikte, alacağı devreden malvarlığının aktifini azaltmakta ve devre konu alacağı talep etme yetkisi alacağı devralanın malvarlığına dâhil olmaktadır. Hukuki niteliği itibarıyla sözleşmenin devri işlemi de bir tasarruf işlemidir. Bu işlemle, sözleşmeyi devreden, sözleşmedeki taraf sıfatı ve devre konu sözleşmeyle sahip olduğu haklar üzerinde tasarrufta bulunmakta ve malvarlığının aktifini azaltmaktadır. Görüldüğü gibi, hukuki niteliği itibarıyla hem alacağın devri hem de sözleşmenin devri bir tasarruf işlemidir ve bu noktada alacağın devri ile sözleşmenin devri arasında bir benzerlik bulunmaktadır¹⁵³.

B. BORCUN ÜSTLENİLMESİNDEN FARKLARI

Borcun üstlenilmesi, bir borç ilişkisinde borçlunun yerini yeni bir borçlunun almasıdır. Bu halde borç ilişkisinin tarafında bir değişiklik meydana gelir. Borcun kendisinde ise herhangi bir değişiklik olmaz¹⁵⁴.

Borcun üstlenilmesi önce borçlu ile borcu yüklenen arasında, sonra da borcu yüklenecek kişi ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmelerle mümkün olur. Borcu üstlenilmesi amacıyla borçlu ile borcu yüklenen arasındaki ilk sözleşmeye borcun iç üstlenilmesi; borcu yüklenen ile alacaklı arasında yapılan ikinci sözleşmeye borcun dış üstlenilmesi adı verilmektedir¹⁵⁵.

Borçlu ile borcu yüklenecek üçüncü kişi arasında yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde, borcu yüklenecek üçüncü kişi borçluyu borcundan kurtarma taahhüdünde bulunur (TBK m. 195/ I). Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi hukuki

¹⁵³ Bilgili, Demirkapı 2014: 188, Akıntürk, Kahraman, 2014: 37, Nomer, 2013: 373, Kılıçoğlu, 2014: 603.

¹⁵⁴ Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, İstanbul, 2013, s. 474, Bilgili, Demirkapı, 2014: 189.

¹⁵⁵ Nomer, 2013: 378, Akıntürk, Kahraman, 2014: 213, Bilgili, Demirkapı 2014: 189, Kılıçoğlu, 2014: 615- 616, Reisoğlu, 2013: 474- 475.

niteliği itibariyle bir taahhüt işlemidir ve alacaklı bu sözleşmeden etkilenmeyerek borcu üstlenmeyi talep eden üçüncü kişiden ifayı talep edemez¹⁵⁶. Söz konusu sözleşme alacaklının hukuki durumunda bir etki oluşturmadiğundan alacaklının sözleşmeye rıza göstermesi gerekmez.

Alacaklı ile borcu yüklenecek üçüncü kişi arasında yapılan¹⁵⁷ borcun dış üstlenilmesi sözleşmesiyle artık borçlu borçtan kurtulmakta ve borçlu sıfatı borcu üstlenen üçüncü kişiye geçmektedir (TBK m. 196/ I)¹⁵⁸. Niteliği itibariyle tasarruf işlemi olan borcun dış üstlenilmesiyle birlikte borcu üstlenen üçüncü kişi artık borçlu halini almış ve diğeri borçtan kurtulmuş olur¹⁵⁹.

Görüldüğü gibi, borcu üstlenmek isteyen üçüncü kişi, borcun iç üstlenilmesinde borcu üstlenmek ve borçluyu borçtan kurtarmayı taahhüt etmekte; alacaklı ile yaptığı borcun dış üstlenilmesinde ise borcu üstlenerek borçlu haline gelmeyi amaçlamaktadır. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmeyi devralan, sözleşmeden kaynaklanan bütün hak ve borçları devralmak ve sözleşmede taraf sıfatına sahip olmak niyetindedir. Bu durum sözleşmenin devri ile borcun üstlenilmesi arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla, borcun üstlenilmesinde borç üstlenilirken, sözleşmenin devrinde alacaklı veya borçlu taraf yerine geçebilme durumu söz konusu olur.

Borcun iç üstlenilmesi bir taahhüt işlemi iken, borcun üstlenilmesi sonucunu kesin olarak doğuran borcun dış üstlenilmesi bir tasarruf işlemidir. Sözleşmenin devri ise hem bir tasarruf işlemi hem de bir tasarruf sözleşmesidir. Hukuki niteliği itibariyle sözleşmenin devri ile borcun üstlenilmesinin (aslında borcun üstlenilmesi sonucunu doğuran dış üstlenilmesinin) aynı niteliğe sahip olduğunu; her ikisinin de tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Akıntürk, Kahraman, 2014: 213- 214, Kılıçoğlu, 2014: 619, Bilgili, Demirkapı 2014: 189- 190.

¹⁵⁷ Borcun dış üstlenilmesi her zaman alacaklı ve borcu üstlenen arasında sözleşme yapılması ile ortaya çıkmak durumunda değildir. Borçlu ile borcun iç üstlenilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmenin alacaklıya bildirilmesi, borcun dış üstlenilmesi için ona yapılan bir öneri niteliğindedir. Bu önerinin alacaklı tarafından kabulü halinde de sözleşmenin dış üstlenilmesi gerçekleşmiş olur (Bahadır, 2013: 11).

¹⁵⁸ Reisoglu, 2013: 476.

¹⁵⁹ Eğer borçtan kurtulanan borç ilişkisinden doğan bir alacağı varsa bu alacak hakkı devam eder; onun sona eren sıfatı borçlara ilişkin olandır.

¹⁶⁰ Akıntürk, Kahraman, 2014: 213- 214, Bilgili, Demirkapı 2014: 189- 190.

Borcun üstlenilmesi işlemi genellikle iki taraflı iki sözleşme ile yapılır. İlk sözleşme olan borcun iç üstlenilmesinde borcu yüklenecek olan üçüncü kişi ile borçlu; ikinci sözleşme olan dış üstlenmede de borcu yüklenecek üçüncü kişi ile alacaklı sözleşmenin tarafı konumunda bulunur. Bu iki sözleşme sonucunda ortaya çıkan borcun üstlenilmesi işleminin genel anlamda üç tarafı ilgilendiren bir işlem olduğunu söylemek mümkündür. Bu işlem sonucunda borcu üstlenecek üçüncü kişi, alacaklı ve borçlu etkilenir. Fakat bu durum borcun üstlenilmesi işleminin üç taraflı bir işlem olduğu sonucunu doğurmaz. Oysa sözleşmenin devri kendine has üç taraflı bir sözleşmesidir ve devir sonucunun doğması için iki sözleşmeye her zaman gerek yoktur. Sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan aralarında yapacakları bir anlaşmayla devir sonucunu gerçekleştirebilir.

Sözleşmenin devri, aslında kaynağını sözleşmenin oluşturduğu bir borç ilişkisinin devrini sağlar. Borcun diğer kaynaklarının (haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme) TBK m. 205 hükümlerine göre devredilmesi mümkün değildir. Oysa, borcun üstlenilmesinde kanun koyucu kaynağı ne olursa olsun kural olarak bütün borçların üstlenebileceğini kabul etmiştir. Yani, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlar üstlenilebilir iken; bunlar sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilemeyecektir. Borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi ile taraf değişikliği sonucunu doğuran sözleşmenin devri arasındaki en önemli fark kanımızca budur.

Borcun iç ve dış üstlenilmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Fakat borcun iç üstlenilmesi ivazsız yapıyorsa bu durum bir bağışlama sayılacağından sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması şarttır. Şekil bakımından da borcun üstlenilmesi sözleşmenin devrinden ayrılır. Zira, sözleşmenin devrinin şekli devredilen sözleşmenin şekline bağlanmıştır.

C. BORCA KATILMADAN FARKLARI

Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir (TBK m.201).

Borca katılmanın evvela borcun üstlenilmesinden ayrılması gerekir. Borcun üstlenilmesinde borçlu, borçlu olmaktan çıkmakta onun yerini borcu üstlenen almaktadır. Buna karşılık, borca katılmada borçlu borcundan kurtulmamakta, yanına katılan kişi ile birlikte söz konusu borçtan alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmaktadır¹⁶¹.

Borca katılmada amaç, üçüncü bir kişinin mevcut olan bir borca katılarak borçluyla birlikte söz konusu borçtan dolayı alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmasını sağlamaktır. Herhangi bir hak veya borcun devri söz konusu olmadığı gibi; taraf değişikliği de söz konusu değildir¹⁶². Bilakis, borca katılmada borç ilişkisine borçlu sıfatıyla eklenen yeni bir taraf vardır. Bilindiği üzere sözleşmenin devrinin amacı borca katılmadan oldukça farklıdır. Zira, çok kez ifade ettiğimiz gibi, sözleşmenin devrinde amaç, sözleşmeyi devralanın sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları iktisap ederek sözleşmede taraf sıfatını kazanmaktır. Sözleşmenin devrinde herhangi bir taraf yanında sözleşmeye dâhil olma iradesi görülmez.

Sözleşmeye katılma, alacaklı ile katılan arasında yapılan iki taraflı bir hukuki işlemle yani sözleşmeyle mümkün olur. Sözleşmenin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için borçlunun rızasına gerek yoktur. Borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekil şartına da tabi değildir. Sözleşmenin devrinde ise üç taraf vardır ve hepsinin devre uygun irade beyanlarını açıklaması zorunludur. Ayrıca sözleşmenin devri, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

Sözleşmenin devri, kaynağını sözleşmenin oluşturduğu bir borç ilişkisinin devrini sağlar. Borcun diğer kaynaklarının (haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme) TBK m. 205 hükümlerine göre devredilmesi mümkün değildir. Oysa, borca katılmada, tıpkı borcun üstlenilmesinde olduğu gibi, kanun koyucu kaynağı ne olursa olsun, kural olarak, üçüncü kişinin bütün borçlara katılabileceğini kabul etmiştir. Yani, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçlara da katılmak mümkündür.

¹⁶¹ Zapata, 2012: 425, Reisoğlu, 2013: 478.

¹⁶² Reisoğlu, 2013: 479.

D. SÖZLEŞMEYE KATILMADAN FARKLARI

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 (TBK m. 206).

Evvela sözleşmeye katılma ile borca katılmanın birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Sözleşmeye katılma, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanabilir bir müessese olup; üçüncü bir kişiye alacaklı veya borçlu yanında sözleşmeye katılma imkânını verir. Borca katılma ise her türlü borç ilişkisinde (sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmede) uygulanır ve sadece borçlu taraf yanında borca katılmayı sağlayan bir müessesedir.

Sözleşmeye katılmada amaç, mevcut bir sözleşmesinin alacaklısı ya da borçlusu yanında üçüncü bir kişinin sözleşmeye dâhil olmasıdır. Sözleşmeye katılma işlemi geçerli bir biçimde kurulduğunda alacaklı veya borçlu sayısında artış olur. Sözleşmenin devrinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Zira sözleşmenin devrinde amaç, sözleşmeyi, ondan doğan bütün hak ve borçlarla birlikte bir kül halinde üçüncü bir kişiye devretmektir. Sözleşmenin devrinde kural olarak alacaklı veya borçlu sayısında bir artış olmamakta, sözleşmeyi devreden tarafın yerine devralan geçmektedir.

Sözleşmeye katılma işlemi taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile mümkündür. Bu ilişkinin tarafları, alacaklı, borçlu ve sözleşmeye katılandır. Oysa, sözleşmenin devrinin tarafları sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan olup, devir sözleşmesinin tarafların tamamıyla yapılması mümkün olabileceği gibi, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi halinde de yapılması mümkündür.

Sözleşmeye katılmada, sözleşmeye katılan taraf, hangi taraf yanında yer almışsa onun hak ve borçlarına sahip olur. Yani, aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer alan taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsil alacaklı veya borçlu olurlar. Oysa sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devreden devir işlemiyle birlikte sözleşmede taraf olma sıfatını yitirir. Bundan böyle onun sözleşmeyle sahip olacağı bütün hak ve borçları ile sözleşmedeki taraf sıfatı sözleşmeyi devralana aittir.

Sözleşmeyi devreden, sözleşme ilişkisinden ayrıldığı için devir işleminin müteselsil alacaklılık veya borçluluk sonucunu doğurması mümkün değildir.

Tıpkı sözleşmenin devrinde olduğu gibi sözleşmeye katılma da sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde mümkündür. Bir borç ilişkisi sözleşmeden değil de haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuşsa, ne borç ilişkisinin sözleşmenin devri hükümlerine göre intikaline; ne de borç ilişkisine sözleşmeye katılma hükümlerine göre katılmaya imkân yoktur.

Sözleşmeye katılma anlaşması tıpkı devir sözleşmesi gibi asıl sözleşmenin sahip olduğu geçerlilik şekline tabidir. Eğer asıl sözleşme kanun veya taraf iradeleri bakımından herhangi bir geçerlilik şekline tabi tutulmamışsa, sözleşmeye katılma tıpkı devir sözleşmesi gibi sözlü olarak dahi yapılabilir. Meğerki katılma işlemi ispat edilebiliyor olsun.

E. ALT SÖZLEŞMEDEN FARKLARI

Alt sözleşme Borçlar Kanunumuzda genel bir biçimde düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı sözleşmelere ilişkin olarak Kanunda sevk edilen özel düzenlemeler dikkate alındığında hem doktrin hem de uygulama tarafından kabul edilmiş bir müessesedir.

Alt sözleşme ile yeni bir sözleşme türü kurulmamakta ve ortada aynı türden iki sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmenin tarafları bir birinden farklıdır. Fakat sözleşmenin taraflarından birisi her iki sözleşmenin de tarafı halindedir. Her ne kadar, taraflardan birisi her iki sözleşmede taraf sıfatına sahip olsa da, üstlendiği taraf sıfatlarının niteliği bir birinden farklıdır. Bu durum her iki sözleşmenin birbirinden farklı olması ve bağımsız hak ve yükümlülükleri ihtiva etmesi sonucunu doğurur¹⁶³. Mesela, A ile B arasında bir kira sözleşmesi olduğunu varsayalım. A kiraya veren, B kiracı olsun. B ile C aralarında aynı kira konusuna ilişkin olarak yeni bir kira sözleşmesi akdederse, bu sözleşme bir alt sözleşme olur. Burada, C daha önceki kira sözleşmesinin taraflarından biri olan B ile aynı hukuki niteliğe sahip ikinci bir sözleşme yapmakta, sözleşmenin diğer yanı A ile bir ilişkiye

¹⁶³ Ayrancı, 2003: 80, Bahadır, 2013: 6.

girmemektedir. A ile B arasında yapılan sözleşme ile B ile C arasında yapılan sözleşmenin taraflarından biri, sözleşmenin niteliği ve konusu aynıdır. Ve fakat bu iki sözleşme hüküm ve sonuçları bakımından bir birinden tamamen farklıdır.

Alt sözleşmenin kurulmuş olması, daha önce yapılmış olan asıl sözleşmeyi ortadan kaldırmayacak, her ikisi de varlıklarını devam ettirecektir.¹⁶⁴ Mesela, yukarıdaki örneği dikkate aldığımızda, B ile C arasında yapılan alt sözleşme, A ile B arasında daha önce akdedilmiş olan kira sözleşmesini ortadan kaldırmayacaktır. Her iki sözleşme de hukuk âleminde varlık gösterecektir.

Evvela, alt sözleşme ilişkisi kurulduğu halde asıl sözleşme ilişkisinin tarafları arasında bir değişiklik meydana gelmemektedir. Oysa, sözleşmenin devrinin geçerli bir biçimde kurulmasıyla devre konu sözleşmenin tarafları arasında bir değişiklik meydana gelmekte, sözleşmeyi devredenın sözleşmedeki taraf sıfatı sona ererek, onun yerine sözleşmeyi devralan aynen geçmektedir.

Alt sözleşmenin tarafları, asıl sözleşmenin taraflarından birisi ile üçüncü bir kişidir. Alt sözleşmenin kurulabilmesi için asıl sözleşmenin diğer yanının rızası her zaman gerekmebilir. Rızanın gerekip gerekmediği kanuna, asıl sözleşmeye ve tarafların arasındaki ilişkiye göre belirlenir¹⁶⁵. Oysa sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalandan oluşur ve sözleşmenin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için taraflardan her birinin kanunda öngörülen biçimde devir işlemine uygun iradelerini beyan etmiş olması gerekir. Kural olarak, taraflardan biri devre uygun iradesini beyan etmedikçe iradi devir işlemi gerçekleşmiş olmaz.

Sözleşmenin devrinde amaç, sözleşmeyi devredenın sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye yani devralana geçirerek sözleşmede taraf değişikliği meydana getirmektir. Bu amacı gerçekleştirmek için devir işlemi kurulduğunda, bütün hak ve borçlar devralana geçer ve halefiyet ilkesi gündeme gelir. Oysa, alt sözleşmede, asıl sözleşmenin diğer yanının ya da alt sözleşme de taraf olan yanın ne böyle bir amacı vardır ne de alt sözleşme asıl sözleşme bakımından halefiyet sonucunu doğurabilecek kabiliyete sahiptir. Bütün bu söylediklerimizin ışığında, alt

¹⁶⁴ Bahadır, 2013: 7.

¹⁶⁵ Ayrancı, 2003: 81.

sözleşme, sözleşmenin devredilmesi sonucunu doğuracak bir biçimde ona ikame olarak da yapılmaz.¹⁶⁶



¹⁶⁶ Ayrancı, 2003: 81, Bahadır, 2013: 7.

2. BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN MEYDANA GELDİĞİ AN, HÜKÜM VE

SONUÇLARI

1.SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN MEYDANA GELDİĞİ AN

Sözleşmenin devrinin meydana geldiği anı tespit etmek, sözleşmeyi devralanın devre konu sözleşmede ne zaman taraf sıfatı haline geleceğinin ve sözleşmeden doğan hak ve borçları hangi kapsamda ve hangi anda iktisap edeceğinin belirlenmesi için önem arz etmektedir.

Sözleşmenin kurulduğu ve meydana geldiği anın tespit edilmesi esas itibariyle bir Borçlar Hukuku meselesidir. Bir sözleşmenin kurulduğu anı açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Açıklama teorisine göre, muhatabın kabul beyanını açıklamasıyla sözleşme kurulmuş olur. Ayrıca bu beyanın önerene gönderilmesi şart değildir. Gönderme teorisine göre, muhatabın kabul beyanını öneri sahibine gönderdiği an sözleşme kurulmuş olur. Örneğin, kabul beyanını içeren mektubun postaya verilmesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır. Varma teorisine göre sözleşme, kabul beyanının muhataba vardığı anda kurulur. Örneğin, mektubun muhatabın posta kutusuna atılması halinde durum böyledir. Öğrenme teorisine göre, kabul beyanının muhataba varması yetmez ayrıca bu beyanın onun tarafından öğrenilmesi gerekir. Dolayısıyla muhatap kabul beyanını öğrendiği an sözleşme kurulmuş olur¹⁶⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, sözleşmenin kurulduğu anı sözleşmenin hazırlar arasında yapılıp yapılmamasına göre bir ayırım yaparak tespit etmektedir. Türk Borçlar Kanunu, hazırlar arasında öneriye karşılık kabul beyanının derhal açıklanmasını arar. Böyle bir durumda sözleşme önerinin ardından kabul beyanının açıklandığı anda kurulmuş olur. Eğer, hazırlar arasında taraflar sözleşme kurmaya yönelik iradelerini sözlü değil yazılı olarak açıklıyorlarsa, bu durumda muhatabın

¹⁶⁷ Cengiz, 2014: 121; Oğuzman M. Kemal, Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 44 vd.

kabul beyanını içeren metni imza edip muhataba vermesiyle sözleşme kurulmuş olacaktır. Hazır olmayanlar arasında, sözleşmenin kurulması bakımından ise Türk Borçlar Kanunu varma teorisini kabul etmiştir. Buna göre, hazır olmayanlar arasında sözleşme, kabul beyanının muhataba vardığı anda kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulması için, muhatabın kabul beyanını öğrenmesi gerekmez¹⁶⁸.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı da Türk Borçlar Hukukunda sözleşmenin hazırlar arasında kurulup kurulmadığına göre tespit edilmiştir. Eğer, sözleşme hazırlar arasında kurulmuş ise bu durumda sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır. Eğer, sözleşme hazır olmayanlar arasında kurulmuş ise gönderme teorisine uygun olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Yani, kabul beyanının muhataba gönderildiği an sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacaktır. Görüldüğü gibi, Türk Hukukunda hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulması varma teorisine göre, hüküm ve sonuçlarını doğurması ise gönderme teorisine göre meydana gelmektedir¹⁶⁹.

Bundan başka, taraflar sözleşmenin kurulduğu ya da hüküm ve sonuçlarını meydana getireceği anı aralarında yapacakları bir sözleşme ile serbestçe tayin edebilirler. Eğer taraflar arasında böyle bir irade mevcut ise sözleşmenin kurulduğu ya da hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an bu iradeye göre belirlenecektir. Örneğin, hazırlar arasında taraflar bir birine uygun irade beyanlarını açıklamış ve sözleşmenin bir ay sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracağı konusunda anlaşmışlarsa bu halde sözleşme kurulmuş olur ve fakat Türk Borçlar Kanunundaki genel kuraldan farklı olarak sözleşme tarafların belirlediği tarihten itibaren, yani bir ay sonra hüküm ve sonuç doğurur.

Devir sözleşmesinde devrin meydana geldiği an, yani sözleşmede taraf değişikliğinin vücut bularak devralanın devredenine yerine tam olarak geçtiği zaman, öncelikle taraf iradelerine göre belirlenir. Ancak, taraflar arasında böyle bir irade bulunmuyorsa, devir sözleşmesinin meydana geldiği anın tespit edilmesi gerekir. Devir sözleşmesinin meydana geldiği anı tespit etmek de kolay bir durum değildir. Zira,

¹⁶⁸ Oğuzman, Öz: 2015, s. 60.

¹⁶⁹ Bu durumun çeşitli sebepleri vardır. Bir kere kanun koyucu, bu durumla sözleşmenin ayakta tutulması lehine bir yöntem izlemiştir. Zira, kabul beyanının gönderildiği anı, örneğin posta pulundan tespit etmek daha kolaydır. Sözleşme, sonuçlarını geçmişe etkili olarak, kabul beyanının gönderildiği anda meydana getireceği için, önce muhatap, bu andan itibaren ifaya hazır olmalıdır (Cengiz, 2014: 121- 123).

devir işlemi kendisine özgü üç taraflı bir sözleşmedir ve bu durumun açıklanabilmesi için genel teorilerden daha öteye gidilmesi gerekir. Gerçekten de, doktrinde devir sözleşmesinin meydana geldiği anın tespiti bakımından iki teori öne çıkmaktadır. Bunlar; tasarruf teorisi ve sözleşme teorisidir.

Tasarruf teorisine göre, sözleşmenin devri sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasındaki bir işlemle yapılır. Sözleşmede kalan tarafın rızası devir işlemine onay niteliği taşır ve bu iradenin devir işleminin kurulmasına bir etkisi yoktur. Bu nedenle devir işlemi, devralan ile devreden arasında yapılan devir anlaşmanın kurulduğu anda meydana gelmiş olur. Bu görüş sözleşmenin devrini iki taraflı bir işlem olarak kabul etmekte ve sözleşmede kalan tarafın iradesine devir işleminin kurulması açısından bir değer atfetmemektedir. Bu görüşe göre, sözleşmede kalanın iradesi sadece bu işlemin geçerli olarak tekemmül edip etmemesinde önem arz eder.¹⁷⁰

Sözleşme teorisine göre, sözleşmenin devri devralan, devreden ve kalan arasında yapılan üç taraflı kendine özgü bir anlaşmadır. Bu işleme katılan tarafların iradeleri, devir işlemi bakımından kurucu etkiye sahiptir ve her bir irade eşit derecede önemlidir. Bu nedenle, söz konusu teoriye göre, sözleşmenin devrine yönelik en son iradenin uygun olarak beyan edildiği anda sözleşme ve devir işlemi kurulmuş olur. Burada, sözleşmenin devrine yönelik en son irade beyanının kimin tarafından yöneltildiği önemli değildir. Örneğin, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan anlaşmaya kalan taraf sonradan rıza vermiş ise bu rızanın açıklandığı anda devir sözleşmesi kurulmuş olur. Sözleşmede kalan tarafın devre önceden izin verdiği durumlarda, sözleşmeyi devralan tarafından gelen hazırlar arası devir önerisine, sözleşmeyi devredeninin kabul beyanını yöneltmesi anında ya da sözleşmeyi devredenden gelen hazırlar arası devir önerisine sözleşmeyi devralanın kabul beyanını yöneltmesi anında devir işlemi kurulmuş olacaktır. İlk örnekte, devir işlemini kuran son irade beyanı sözleşmede kalan tarafa ait iken, ikinci örnekte sözleşmeyi devredene, üçüncü örnekte ise devralana aittir. Her üç durumda da,

¹⁷⁰ Ayrancı, 2003: 148.

sözleşmenin devrine ilişkin iradelerden en son açıklananı ileriye etkili olarak sonuç doğurur¹⁷¹.

Sözleşmenin devri işleminin kurulduğu anı en uygun şekilde ifade eden teori kanımızca sözleşme teorisidir. Bir kere, tasarruf teorisi sözleşmenin devrinin özüyle tam olarak bağdaşmamaktadır. Zira tasarruf teorisi sözleşmenin devrini iki taraflı bir işlem olarak kabul etmekte ve sözleşmede kalan tarafın rızasını devir açısından kurucu bir beyan olarak görmemektedir. Oysa, sözleşmenin devri kendine özgü üç taraflı bir işlemdir ve bu işlemin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için sözleşmede kalanın devre uygun iradesi gerekir ve bu irade en az sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralanındaki kadar önemlidir. İkinci olarak, sürekli değişim ve edim ilişkisinin bulunduğu ifa aşamasındaki bir sözleşmenin devri söz konusu olduğunda, tasarruf teorisi sözleşmede kalan tarafın iradesinin geriye etkili olarak sonuç doğurmasına neden olur ki böyle bir durumda söz konusu ilişkiden doğan haklar ve borçlar devir sözleşmesinin yapıldığı ana göre belirlenir. Bu ise devir işleminin amacına uygun düşmez. Zira sürekli değişim ve edim ilişkisinin bulunduğu bir sözleşmenin devirden önceki safhaların korunması gerekir.

Bütün bu açıklamalarımızdan hareketle; sözleşmede kalan taraf devre ilişkin iznini önceden beyan etmişse devir işleminin kurulduğu, hüküm ve sonuç doğurduğu an; sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan devir sözleşmesinin durumuna göre belirlenir. Sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında yapılan devir sözleşmesi hazırlar arasında yapılıyorsa, öneriye karşılık kabul beyanının derhal açıklandığı anda devir sözleşmesi kurulmuş olur ve sözleşme bu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasındaki devir sözleşmesi hazır olmayanlar arasında yapılıyorsa, kabul beyanının önerici tarafa vardığı anda devir sözleşmesi kurulmuş olur ve kabul beyanının önericiye gönderildiği anda da devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Eğer, sözleşmede kalan taraf devre ilişkin rızasını önceden açıklamazsa, bu durumda devre yönelik en son iradenin beyan edildiği anda sözleşme kurulmuş, hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu ihtimalde devre yönelik en son irade beyanının kimin tarafından açıklandığının herhangi bir önemi yoktur.

¹⁷¹ Ayrancı, 2003: 149.

Devreden ile devralan arasında yapılan anlaşmadan sonra, devreden ile kalan arasında ikinci bir anlaşmanın yapılması suretiyle sözleşmenin devredildiği durumlarda, devir sözleşmesinin kurulduğu an ikinci sözleşmeye göre belirlenir. Bu sebeple ikinci sözleşmenin yapıldığı anda devir sözleşmesi kurulur, hüküm ve sonuç doğurur¹⁷².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, sözleşmenin devri işleminin kurulduğu, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu anın tespiti sözleşmeyi devralanın devre konu sözleşmede ne zaman taraf sıfatı haline geleceğinin ve sözleşmeden doğan hak ve borçları ne zaman iktisap edeceğinin belirlenmesinde önem arz eder. Bu noktada, sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmenin kurulması anından itibaren devre konu sözleşmenin tarafı haline gelir ve sözleşmeden doğan hak ve borçlara ehil olur. Sözleşmeden önce meydana gelen ve henüz sona ermemiş hak ve borçlar ise devreden tarafa ait olacaktır¹⁷³.

¹⁷² Ayrancı, 2003: 149.

¹⁷³ Örneğin, A ile B, 01.01.2014 tarihinde bir hizmet sözleşmesi akdetmiş ve sözleşme usulüne uygun bir şekilde devredilmiş, devir işlemi hüküm ve sonuçlarını 01.04.2014 tarihinden itibaren doğurmaya başlamışsa, devre konu olan hizmet sözleşmesi 01.01.2014 ile 01.04.2014 tarihleri arasında A ile B arasında hüküm ve sonuç doğurmuştur. Bu tarihler arasında muaccel olmuş ve fakat sona ermiş hak ve borçlar için devir işleminin bir etkisi yoktur. Söz konusu hak ve borçlar A ile B arasında hüküm ve sonuç doğurur. Bu tarihler arasında muaccel olmuş ve fakat hala sona ermemiş hak ve borçlar, sözleşme devredilmiş olsa bile devreden tarafa ait olacak, yani bu hak ve borçlar bakımından sözleşme yine A ve B arasında hüküm ve sonuç doğurmaya devam edecektir. Söz gelimi, işçinin 01.03.2014 tarihinde muaccel olan ücreti, sözleşmeyi devreden tarafından henüz ifa edilmemişse, devreden bu borcu sözleşmenin devrinden önce muaccel hale gelmiştir, sözleşmede kalanının ücret hakkı ise ifa edilmediğinden henüz sona ermemiştir. Bu durumda, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuç doğurmasından önceki dönemde muaccel olmuş ve fakat sona ermemiş olan ücret ödeme borcunun borçlusu, sözleşmeyi devreden taraftır. Bu kural hemen hemen bütün sözleşmelerde uygulanmaktadır. Örneğin, bir mağaza sahibi, müşterisiyle bir televizyonun satımı konusunda anlaşmış, mağaza sahibi satış bedeli ödenince televizyonu müşteriye vermeyi, müşteri de satış bedelini kısımlar halinde ödemeyi taahhüt etmiş, taksit sayısı da taraflarca dokuz olarak belirlenmiş olsun. Dördüncü taksit dönemi sona erdiğinde, sözleşmenin usulüne uygun olarak üçüncü bir kişiye devredildiği ve fakat devreden bu dört taksiti de ödemediği varsayıldığında, dört taksit borcu sözleşmenin devri işleminden önce muaccel hale gelmiş ve devir işleminden önce sona ermemiş olduğundan, ilk dört taksitin borçlusu yine sözleşmeyi devreden olarak kalacaktır. Sonraki beş taksit sözleşmenin devri işleminden direkt etkilenecek ve bu borç henüz muaccel olmadığından, ifa yükümlülüğü sözleşmeyi devralanda olacaktır. Diğer taraftan, taksitler sona erdiğinde elektronik mağaza sahibi de, televizyonu devir işleminden sonra borcunun muaccel olması sebebiyle sözleşmeyi devralana ifa ederek borcundan kurtulabilecektir.

II. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Sözleşmenin devrinin iki temel sonucu bulunmaktadır. Bunlardan biri, devre konu olan sözleşmenin sona ermeyip varlığını devam ettirmesi iken diğeri, devir işlemi ile taraf sıfatı üzerinde tasarrufta bulunulması yani, sözleşmedeki taraflardan birinin yerine başka bir üçüncü kişinin geçerek sözleşmeden doğan hak ve borçları iktisap etmesidir¹⁷⁴. O halde, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçlarını iki ana başlık altında incelemek mümkündür: Birincisi, sözleşmenin devri işleminin, ilişkinin taraflarına etkisi ve tarafların birbirleriyle olan ilişkisi; ikincisi ise devir işleminin devre konu olan sözleşmeye ve söz konusu sözleşmeden doğan haklara ve borçlara etkisi.

A. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN TARAFLAR BAKIMINDAN ETKİSİ

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalanın hukuki durumlarında bazı etkiler meydana getirir. Söz konusu etkiler, ilişkinin taraflarına göre belirlenir. Bu etkiler; sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devreden, sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden ile sözleşmeyi devralan arasında ortaya çıkmaktadır.

1. Sözleşmede Kalan ile Sözleşmeyi Devreden Arasındaki İlişki

Sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devreden, devre konu olan asıl sözleşmenin taraflarıdır. Sözleşme ilişkisinin hak ve borçları öncelikle bunlar arasında cereyan eder. Sözleşmenin devri işleminin gerçekleşmesi ile birlikte asıl sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki ileriye dönük olarak¹⁷⁵ kendiliğinden ortadan kalkar. Bu sonucun doğumu için başkaca bir işlem yapmaya gerek yoktur¹⁷⁶.

Sözleşmeyi devreden iradesi sözleşme ilişkisinden tam olarak ayrılmayı kapsadığı için devreden, sözleşmedeki taraf sıfatını kaybetmiş olur. Buna bağlı olarak

¹⁷⁴ Bahadır, 2013: 20.

¹⁷⁵ Devir işleminden önce cereyan eden hukuki ilişkiye sözleşmenin devri kural olarak etkilemez. Devir sözleşmesi kurulduğu ana kadarki dönemde sözleşmeyi devreden sözleşmede taraf sıfatına sahiptir. Devir bu sonucu değiştirmez.

¹⁷⁶ Ayrancı, 2003: 116, Bahadır, 2013: 21.

devredenin asıl sözleşmeden doğan hakları ve borçları kural olarak sona erer. Başka bir anlatımla, devir işlemi ile birlikte kalan taraf, devreden tarafa; sözleşmeyi devreden taraf da kalan tarafa karşı alacak ve borçlarından dolayı kural olarak sorumlu olmaz. Taraflar artık kural olarak birbirlerine karşı herhangi bir hak ileri süremez. Aslında bu durum, sözleşmenin devriyle birlikte taraf değişikliğinin meydana gelmesinin doğal bir sonucudur. Zira bu sonuç, sözleşmenin devrini düzenleyen TBK'nun 205'nci maddesinin birinci fıkrasına da uygundur¹⁷⁷.

Sözleşmeyi devreden tarafın, sözleşmeden doğan borçlar nedeniyle kalana karşı sorumluluğu incelenirken, borçların doğmuş olup olmaması önemlidir. Yani borçların sözleşmenin devrinden önce mi doğduğu yoksa sonra mı doğacağı önem taşımaktadır.

Sözleşmeyi devreden taraf esas itibarıyla devir işleminden sonrası için sorumluluktan kurtulur. Yani, sözleşmenin devri işleminden sonra doğacak borçlardan ve yükümlülüklerden dolayı sözleşmeyi devreden kural olarak sorumlu tutulamaz. Başka bir anlatımla, sözleşmenin devrinin gerçekleşmesiyle birlikte, taraf değişikliğinin bir sonucu olarak devredenin sözleşmeden doğacak borçlardan dolayı sorumluluğu kural olarak söz konusu olmaz. Bununla birlikte, bazı hallerde devredenin, devrettiği sözleşmeden doğacak borçlardan dolayı sözleşmede kalana karşı sorumluluğu devam edebilir. Bu sorumluluk, ya tarafların iradelerinden ya da kanundan kaynaklanır.

Devredenin, asıl sözleşmeden doğan borçlardan dolayı ilk sorumluluk hali sözleşme ile ayrıca taahhüt etmesi durumunda söz konusu olur. Bu halde sözleşmeyi devreden taraf, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca devralanın borçlarından dolayı onunla birlikte sorumlu olacağını kalan tarafa ayrıca borçlanır. Sözleşmeyi devreden, kalana karşı borcun tamamından dolayı sorumlu olmayı ayrıca taahhüt ederse, devreden devralan ile birlikte asıl sözleşmenin müteselsil borçlusu¹⁷⁸ haline geldiğini söylemek mümkündür. Ayrıca sözleşmeyi devreden, devralanın borcunu teminat altına almak

¹⁷⁷ Ayrancı, 2003: 116, Bahadır, 2013: 21, Topuz, Canbolat, 2011: 121, Cengiz, 2014:119- 120.

¹⁷⁸ Birden çok borçludan herbirinin, alacaklıya karşı borcun tamamından dolayı sorumlu olmayı taahhüt ettiği durumlarda birden çok borçlu arasında müteselsilen borçluluk kurumu doğmuş olur (TBK m. 162/ I). Müteselsil borçluluk kural olarak taraf iradelerinden doğmuş olur. Eğer taraflar arasında böyle bir irade uyuşması yoksa bu durumda müteselsil borçluluk yalnızca kanundan doğmuş olur(TBK m. 162/ II).

için kefil olabileceği gibi rehin veya garanti sözleşmesi de yapabilir¹⁷⁹. Devredenin sözleşmeden doğacak borçlardan dolayı sorumlu olmayı ayrıca taahhüt etmiş olması veya devralanın borcu için kalan lehine kefalet, rehin veya garanti vermiş olması onun asıl sözleşmedeki taraf sıfatının sona erdiği gerçeğini değiştirmez. Böyle bir durumda, sözleşme özgürlüğü ve kanunun diğer hükümleri devreye girmektedir. Sözleşmeyi devreden ise, devrettiği sözleşmeye karşı üçüncü kişi konumunda bulunmaya devam eder.

Devredenin sözleşmeden doğacak borçlardan dolayı ikinci sorumluluk hali, kanun hükümlerinden kaynaklanabilir. Bu durumda sözleşmenin devri kuralına kanun tarafından istisna getirilmiştir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunun 323'ncü maddesinin son fıkrası kira ilişkisini devreden kiracıya böyle bir sorumluluk yüklemektedir¹⁸⁰. Buna göre, işyeri kiralarda kira ilişkisini devreden kiracı, kira sözleşmesinden doğan borçlardan dolayı sözleşmesinin bitimine kadar ve herhalde devir tarihinden itibaren en çok iki yıl süre ile sözleşmeyi devralanla birlikte kiraya verene karşı sorumlu olmaya devam eder. Burada, devreden ile kalan arasındaki sorumluluk hali müteselsilen sorumluluktur. Zira kanunun 323'ncü maddesinin son fıkrasındaki bu ifade ile müteselsil borçluluğu düzenleyen 162'nci maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeler birbirine uygundur. Kanundaki müteselsil sorumluluğun başlangıcı kira ilişkisinin devredildiği¹⁸¹ andır¹⁸². Sözleşmeyi devreden sorumlu olması için

¹⁷⁹ Aslında bu durum sözleşme özgürlüğü biçiminde diğer kanun hükümlerinin hayata geçirilmesi ile mümkündür ve sözleşmenin devri ilişkisinin ruhuna da aykırı değildir. Her nasıl bir sözleşme ilişkisine üçüncü bir kişi müteselsil borçlu olarak katılabiliyorsa veya sözleşmenin borçlusu için kefil olup garanti verebiliyorsa bu durum sözleşmeyi devreden açısından da bu şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, sözleşmeyi devreden artık devredilen asıl sözleşmeye üçüncü kişi konumundadır.

¹⁸⁰ İşyeri kiralari bakımından, sözleşmeyi devreden kiracının, devralan kiracının borçlarından dolayı kanun hükmünden dolayı sorumlu tutulması alacaklının yani sözleşmede kalan kiraya verenin haklarını koruma amacına hizmet etmektedir. Bu durumda teselsül kanun hükmünden meydana geldiği için kamu düzenine ilişkindir ve taraflar, teselsül hükmünü bertaraf edecek yani sözleşmeyi devreden, devralanın yerine getirmediği borçlardan dolayı kiraya verene karşı sorumluluktan çıkarma sonucunu doğuracak bir işlem yapamazlar. Yani, taraflar genel olarak sözleşmeyi devreden sözleşmeyi devralanın borçlarını yerine getirmemesi halinde onun da sorumlu olacağı yönünde iradi bir düzenleme yapabilirler ve fakat sözleşmeyi devreden, devralanın borçlarından dolayı sözleşmede kalan tarafa yani kiraya verene karşı sorumlu olması kanun hükmünden kaynaklanmışsa bunun aksini öngören düzenleme yaparak sorumluluğu ortadan kaldıramazlar. Öte yandan, sözleşmeyi devreden sözleşmede kalan tarafa sözleşmeyi devralanın borçlarını yerine getirmemesi durumunda sorumlu olacağını taahhüt etmesinin sözleşmenin devrinin geçerliliği açısından bir değeri yoktur.

¹⁸¹ İşyeri kiralari bakımından devreden kiracının, sorumluluğunun kapsamının ve hukuki niteliğinin belirlenmesi de elzemdir. Bu noktada, ayırım bakımından kira ilişkisinin devredildiği an dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede kira ilişkisinin devredildiği andan önceki borçlar bakımından herhangi bir sorumluluk bulunmamaktadır. Zira bu dönemde devreden kiracı, kiracı sıfatına sahip olup kira sözleşmesinin tarafı konumundadır. Dolayısıyla doğan borçlardan dolayı asıl sözleşme olan kira

söz konusu kira sözleşmesinin işyeri kiralarına ilişkin olması gerekir. Adi kira sözleşmelerinde, devreden kiracının, sözleşmeden doğacak borçlardan dolayı kalana karşı sorumluluğu söz konusu olmaz. Meğerki sözleşmeyi devreden bu sonucu ayrıca taahhüt etmiş olsun.

Sözleşmenin devrinden önceki tarihte doğmuş olan borçlardan dolayı sorumluluk ise sözleşmeyi devreden tarafa ait olmaya devam eder¹⁸³. Ancak taraflar anlaşarak devreden devir işleminden önce doğmuş olan borçlardan dolayı sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler. Bu halde devreden, devir sözleşmesinden doğan borçlardan dolayı tam olarak kurtulmuş olur. Örneğin, bir kira ilişkisi devredilmişse, sözleşmeyi devreden kiracı, devir işleminden önceki döneme ait olan kira borçlarından dolayı sorumlu olmaya devam eder. Ancak, devir işleminin yapıldığı tarihten sonraki dönemde doğacak olan kira borçlarından dolayı devreden herhangi bir sorumluluğu ayrıca taahhüt etmiş olmadıkça bulunmaz (1.1.2014 tarihinde A ile B kira sözleşmesi yapmış ve kira ücreti olarak 1000 TL kararlaştırılmıştır. 1.5.2014 tarihinde kiracı B, sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmiştir. Bu durumda sözleşmeyi devreden B sözleşmede taraf değişikliğinin bir sonucu olarak, devir işleminin meydana geldiği andan yani 1.5.2014 tarihinden sonra kira sözleşmesinden doğan her türlü borçtan dolayı sorumlu olmaktan kurtulur. Fakat, 1.1.2014 ile 1.5.2014 tarihleri arasında doğmuş olan ve halen mevcut bulunan borçlardan dolayı sorumluluk sözleşmeyi devreden B'ye ait olmaya devam eder. Sözelimi 1.1.2014 ile 1.5.2014 tarihleri arasında dört aylık kira ücreti ödenmediği varsayıldığında, dört aylık kira ücreti olan 4000 TL ile bunlara ilişkin fer'i borçlardan dolayı sorumluluk sözleşmeyi devreden B'ye aittir. Ancak taraflar aralarında yapacakları bir anlaşmayla sözleşmeyi devreden B'nin, 1.1.2014 ile 1.5.2014 tarihleri arasında doğmuş olan kira borçlarından dolayı sorumlu olmayacağını; sorumluluğun sözleşmeyi devralana ait olacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda sözleşmeyi devreden B, sözleşmeden doğan borçlardan dolayı tam olarak kurtulmuş olur).

sözleşmesinden dolayı sorumlu olduğu gibi, kira ilişkisinin devrine rağmen kanundan dolayı sorumlu olmaya da devam eder (Topuz- Canbolat, 123).

¹⁸² Topuz, Canbolat, 2011: 122, 123.

¹⁸³ Ayrancı, 2003: 116.

Sözleşme öncesi sorumluluktan doğan talep hakları esas itibariyle kalan ile devreden taraf arasında sonuca bağlanır¹⁸⁴. Zira söz konusu sorumluluk hali, sözleşme yapılmasından önce tarafların bir birine karşı olan yükümlülüklerini içermektedir ki, bu ilişkinin tarafları sadece sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devredendir. Bu açıdan sözleşme öncesi sorumluluk hallerinden doğan talep haklarının sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçtiğini söylemek mümkün değildir. Zira, sözleşmeyi devralan devir işlemiyle birlikte esas olarak devre konu olan sözleşmede taraf sıfatını kazanır ve sözleşmenin akdedilmesinden önce taraflar arasındaki ilişkiyle bir ilgisi yoktur. Ayrıca sözleşmenin devri, devralanı sözleşmenin tarafı haline getirir, onu sözleşme akdedilmeden önceki ilişkinin tarafı haline getirmez. Bu açıklamalardan hareketle sözleşme öncesi sorumluluk hallerinden doğan talep hakları sözleşme devredilmiş olsa bile asıl sözleşmenin ilk tarafları olan ve sözleşme öncesi ilişkileri yürüten kalan ve devredene ait olmaya devam eder.

2. Sözleşmede Kalan ile Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki

Sözleşmeyi devralan, başkaca bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın, devre konu olan sözleşmenin tarafı olur ve devredilen sözleşme ilişkisi devralan ile kalan arasında devam eder. Bundan böyle, sözleşmeyi devralan, devre konu olan sözleşmeden doğan bütün borçların, hakların ve yan nimetler ile külfetlerin sahibi olacaktır. Sözleşmeyi devralan devreden hangi ölçüde hak sahibi ve borç ehli ise tıpkı onun gibi kalana karşı hak sahibi ve borç ehli olur¹⁸⁵. Bu durum aslında taraf değişikliğinin doğal bir sonucudur. TBK 205/ I hükmünde devredenın sözleşme nedeniyle sahip olduğu bütün hak ve borçların devir işlemiyle birlikte devralana geçeceği açıkça düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devriyle birlikte, sözleşmede kalan daha evvel devredene olan borçlarından dolayı artık devralana karşı sorumlu olur. Aynı şekilde, sözleşmeyi devralan taraf da devredenın kalan tarafa karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bütün borçlardan dolayı sorumludur¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Ayrancı, 2003: 118.

¹⁸⁵ Ayrancı, 2003: 116, 117.

¹⁸⁶ Topuz, Canbolat, 2011: 119.

Sözleşmenin devriyle birlikte, devralanın sahip olduğu hak ve borçlar devir anındakilerle sınırlı değildir. Devre konu sözleşmeden dolayı gelecekte doğacak hak ve borçlar da bundan böyle devralanın uhdesinde doğar¹⁸⁷.

Sözleşmenin devrinden önce sonraki imkânsızlık veya temerrüt gibi ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği haller meydana gelmiş ve fakat sonuçları henüz doğmamışsa, sözleşmeyi devralan taraf söz konusu hallerden doğan hak ve borçlara sahip olur.

İfanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği haller sözleşmenin devrinden önce meydana gelmiş ve sonuçlarını da doğurmuşsa, bundan sözleşmeyi devreden tarafın etkilenip etkilenmeyeceği, sonuçlardan meydana gelen hak ve borçların münferit olarak doğup doğmadığına göre belirlenir. Eğer sonuçlardan meydana gelen hak ve borçlar münferit olarak doğmamışsa, sözleşmeyi devralan taraf bu hukuki durumlar sebebiyle hak sahibi ve borç ehli olur. Sonuçlardan doğan hak ve borçlar sözleşmenin devri anında münferit olarak doğmuş ve muaccel hale gelmişse, ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi devralanı etkilemez; yani sözleşmeyi devralan bunlardan dolayı hak sahibi ve borç ehli olmaz. Burada haklar ve borçlar devredende kalmaya devam eder¹⁸⁸. Örneğin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu ifada temerrüde düşmüş ve fakat alacaklı seçilme haklarını kullanmak amacıyla gerekli olan mehil süresini vermemiş ve bu arada sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmişse, sözleşmeyi devralan (alacaklı) bundan böyle sözleşmede kalana (borçluya) mehil vererek seçimlik haklarını kullanabilir. Burada sözleşmeyi devralan, ifanın zamanında yerine getirilmemesi sebebiyle, sözleşmenin devrinden önce doğan ve borçlunun temerrüde düşürülmesi suretiyle meydana gelen hukuki durumdan ötürü hak sahibi haline gelmiştir.

Sebepsiz zenginleşme halinde iade alacaklısı veya borçlusu olma sıfatı da sözleşmeyi devralana geçer. Bu sonucun gerçekleşmesi için sözleşmenin devrinden önce iade talep edilmemiş ve yerine getirilmemiş olmalıdır. Sözleşmede kalan taraf, devirden önce sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebini devredene yöneltmiş; fakat iade talebi yerine getirilmeden sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmişse, sözleşmede

¹⁸⁷ Bahadır, 2013: 21.

¹⁸⁸ Ayrancı, 2003: 117.

kalan tarafın ileri sürdüğü iade talebini karşılamak, devralana ait bir yükümlülük haline gelir¹⁸⁹.

Devir işlemi gerçekleşmeden önce sözleşmede kalanın herhangi bir sebeple sözleşmeyi iptal etme, sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme¹⁹⁰ hakkı ortaya çıkmış ve bu haklar devir işleminden sonra ileri sürülecekse bu kurumların muhatabı sözleşmeyi devralan olacaktır. Başka bir anlatımla bu gibi durumlar, devir işleminden önceki bir sebebe ilişkin olarak ortaya çıkmış olmakla birlikte, kalan tarafından devirden sonra ileri sürülecekse, bu konuların muhatabı ve yerine getirilmesi gereken işlemlerin yükümlüsü kural olarak sözleşmeyi devralan taraf olacaktır. Fakat bu sonuçların doğması için sözleşmede kalan tarafça devre gösterilen rızanın, sözleşmeyi iptal etme, sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme hakkını ortadan kaldırmıyor olması gerekir. Mesela irade fesadı hallerinde iradesi sakatlanan taraf askıda geçerli ve iptale tabi olan sözleşmeyi onaylayarak ona geçerlilik kazandırabilir. Eğer, sözleşmede kalan taraf irade fesadı halini en azından devir sözleşmesinin yapıldığı anda biliyor ise bu durumda sözleşmenin devrine gösterdiği rıza askıda geçersiz olan bu sözleşmeyi geçerli hale getirerek iptal hakkını ortadan kaldırır. Zira burada iradesi fesada uğramış olan kalanın, devre gösterdiği rıza ile asıl sözleşmeye zımni olarak onay verdiği ve sözleşmeyi geçerli hale getirdiği kabul edilir. Dolayısıyla söz konusu iptal hakkının devam edeceğini ve devirden etkileneceğini söylemek mümkün değildir.

Sözleşmenin devriyle birlikte, asıl sözleşmenin kurulması aşamasından doğan hukuki sonuçlar, bundan böyle sözleşmeyi devralan tarafı etkiler ve onu ilgilendirir. Bu açıdan sözleşmeyi devralan, devre konu olan sözleşmenin kurulma esnasındaki irade beyanlarının yorumunu kabul etmek zorundadır¹⁹¹. Eğer, devre konu olan sözleşmenin kurulma anındaki irade beyanlarının yorumu, sırf devreden göz önüne

¹⁸⁹ Ayrancı, 2003: 118.

¹⁹⁰ Sözleşmenin devrinden önce, fesih hakkı sahibi tarafından verilen, karşı tarafın ifasını belirli bir süre içinde gerçekleştirilmesine ilişkin süre, devir sözleşmesinden sonra da geçerlidir. Sözleşmenin devrinden sonra doğan fesih hakkı, sözleşmeyi devralana karşı veya sözleşmeyi devralan tarafından kullanılır. Zira, feshedilebilir yani feshedilme ihtimali olan bir sözleşme bu aşamada devredilmiştir. Sözleşmenin devrine ilişkin olarak verilen rıza, fesih sebebinin ortaya çıkmasından sonra verilmişse, bu rızanın fesihten zımnen feragat edildiği anlamına geldiği ve artık devre konu olan sözleşmenin feshedilemeyeceği de söylenebilir. Kısmi teslimatlı sözleşmelerde, dönmenin ileriye etkili olduğu kabul edilirse, bu sonuç sözleşmeden dönme işlemi için de söz konusu olabilir (aynen nakil, Ayrancı, 2003: 118).

¹⁹¹ Ayrancı, 2003: 118.

alınarak konulmuş ise bu durumda bunların dikkate alınması ve söz konusu hükümlerin uygulanması mümkün olmaz. Bu gibi durumlarda devirden sonra asıl sözleşmenin yorumlanması gerektiği hallerde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde devralan göz önüne alınmalıdır.

Devre konu olan sözleşmede ifa yeri ve yetkili mahkeme açıkça belirlenmişse ifa yeri ve yetkili mahkemeye ilişkin hükümler devirden sonraki aşamada da geçerli olur. Fakat sözleşmede ifa yeri ve yetkili mahkeme konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değilse ve ifa yeri ile yetkili mahkemenin belirlenmesinde sözleşmeyi devreden tarafın dikkate alınması gerekiyorsa, bundan böyle ifa yeri ve yetkili mahkeme sözleşmeyi devralan tarafa göre belirlenir¹⁹².

3. Sözleşmeyi Devreden ile Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki

Sözleşmeyi devreden ile devralan arasında her şeyden önce sözleşmenin devrine yönelik bir irade uyuşması vardır. Devreden ve devralan öncelikle sözleşmenin devrinin geçerli bir biçimde yapılmasını sağlamak için gerekli olan işlemleri yapar.

Devir işlemiyle birlikte devreden, devre konu olan sözleşmedeki taraf sıfatını tamamen devralana bırakır. Böylece, devralan devre konu olan sözleşmenin tarafı olur. Başka bir anlatımla, sözleşmedeki taraf değişikliği devreden ve devralan arasında meydana gelir. Ayrıca, sözleşmedeki taraf değişikliğinden öncelikli olarak etkilenenler devreden ve devralandır.

Sözleşmeyi devralan, devreden kadar sözleşmenin tarafı olur. Yani, sözleşmeyi devreden hangi durum ve şartlarda sözleşmenin tarafı ise devralan da aynı şartlarda sözleşmenin tarafı haline gelecektir.

Esas itibarıyla devralanın taraf sıfatı sözleşmenin devri ile birlikte ve kural olarak ileriye etkili şekilde doğar. Bu itibarla sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan alacaklardan ve borçlardan dolayı devralanın sorumluluğu yoktur. Burada sorumluluk sözleşmeyi devredene aittir¹⁹³. Devirden önce doğmuş olan borçlar, devralan tarafından yerine getirilmişse devralan, devredene karşı sebepsiz

¹⁹² Cengiz, 2014: 119.

¹⁹³ Yavuz, 2013: 275, Ayrancı, 2003: 120, Bahadır, 2013: 21.

zenginleşme iddiasında bulunabilir ve iade talep edebilir¹⁹⁴. Çünkü bu durumda devralan kendi borcunu değil, devreden borcunu ödemektedir. Ancak, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile sözleşmenin devrinde önce meydana gelen borçlardan devralanın sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda, devralan devir işleminden önce ortaya çıkmış borçlardan da sorumlu olacaktır. Hatta bu durum devir sözleşmesinin ivazını bile oluşturabilir. Yani, sözleşmeyi devreden taraf, devir işleminden önce doğmuş olan borçlarından devralanın sorumlu olması karşılığında, sözleşmeyi devretmiş olabilir. Bu durumda devir sözleşmesinin ivazı, devralanın, devir işleminden önce doğmuş olan borçlardan sorumlu olması ve devreden bu borçlardan kurtulmasıdır. Tarafların devir işleminden önce doğan alacaklarda da aynı usulü kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, devirden önce doğan alacak ve borçların tamamından devreden sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu durum sürekli borç ilişkilerinde daha büyük bir önem arz etmektedir

B. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Sözleşmenin devri, işlemin tarafları yanında devre konu olan sözleşmeden doğan borç ilişkisini de etkilemektedir. Borç ilişkisi çoğu zaman birden fazla asli, fer'i, tali ve yan hakları ve külfetleri bünyesinde barındırır. Sözleşmenin devrinin borç ilişkisinden kaynaklanan haklara ve borçlara etkisi her hakkın ve her borcun kendi özelliğine göre belirlenir.

1. Alacak Hakları

Sözleşmenin devrinden etkilenen en önemli hak alacak hakkıdır. Zira alacak hakkı borç ilişkisinin en önemli unsurlarındandır ve hemen hemen bütün borç ilişkileri bünyesinde bir alacak hakkını ihtiva eder.

Alacak hakkı, borç ilişkisinde alacaklıya, borçlunun edimini yerine getirmesini isteme yetkisi veren bir haktır. Alacaklının, alacağını isteme yetkisine talep hakkı veya talep yetkisi ya da sadece talep adı verilmektedir.

¹⁹⁴ Bahadır, 2013:22.

Alacak hakkı ile talep hakkı bir birine karıştırılmamalıdır. Çoğu zaman alacak hakkı ile talep hakkı bir birinin yerine kullanılıyor olsa da bu kavramlar tamamen farklıdır. Zira, alacak hakkı alacaklıya talep yetkisi de veren bir hak olmakla birlikte, alacaklıya talep yetkisi dışında başkaca yetkiler de verebilir. Dolayısıyla, alacak hakkının, talep hakkını da içeren daha geniş bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan, her alacak hakkı kural olarak bir talep hakkını içerse de, talep hakkı sadece alacaklara özgü bir hak değildir. Aynı haklarda da talep hakkı söz konusu olur¹⁹⁵.

Her ne kadar alacak hakkı ile talep yetkisi bir birinden farklı kavramlar olsa da, alacak hakkının, bir borç ilişkisinde alacaklıya sağladığı en önemli yetki alacağı talep etme yetkisidir. Başka bir anlatımla, alacak hakkı özü itibarıyla aslında bir talep hakkına dayanır ve talep hakkı olmadan alacak hakkının olduğunu söylemek kural olarak mümkün değildir¹⁹⁶.

Sözleşmenin devri işleminin, devre konu sözleşmeden doğan alacak haklarına ve bunlara bağlı olan talep yetkisine etkisi incelenirken farklı ihtimaller göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Devir işleminden önce doğmuş ve sona ermiş alacak hakları ve talep yetkisi devir işleminden etkilenmez. Zira bu halde alacak hakkı sona ermiştir ve sözleşmenin devri müessesesi sona ermiş olan alacak haklarıyla ilgilenmemektedir.

Sözleşmenin devrinden önce doğmuş ve fakat henüz sona ermemiş olan alacak hakları devir işleminden etkilenmez yani devralana geçmez. Bu alacak haklarının alacaklısı devreden olmaya devam eder. Her ne kadar TBK 205'nci maddesinin birinci fıkrası sözleşmenin devrini, devredenın sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını sözleşmeyi devralana geçiren bir anlaşma olarak ifade etse de, devralan sözleşmedeki taraf sıfatını devir işleminden sonra ve ileriye etkili olarak kazanır. Dolayısıyla devir işleminden önceki dönemde devralanın sözleşmedeki taraf sıfatı henüz oluşmayacağından, devralan doğmuş ve fakat henüz sona ermemiş olan alacak haklarını iktisap edemeyecektir. Devredenın sahip olduğu tüm hak ve borçların devralana geçeceğine yönelik ifadeyi, devralanın taraf sıfatına

¹⁹⁵ Tan Tahsin Zapata, **Borçlar Hukuku**, Yeni Kanuna Göre Düzenlenmiş 8. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 10.

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, 2014: 19.

sahip olduğu andan sonra doğacak tđm hakları ve borçları iktisap edeceği şeklinde yorumlamak gerekir. Zira, yukarıda da söylediğimiz gibi sözleşmeyi devreden taraf sıfatlığı geğmişe etkili bir kazanım değildir; bilakis bu kazanım ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Aksinin kabulđ devir işleminden önce tekemmđl etmiş sözleşme işlisinin devir işleminden sonra tasfiye edilmesi anlamına gelir ki, bu durum özellikle sözleşmenin devri işleminin çok sık uygulandığı sürekli edim ve değişim işlisinin bulunduğu sözleşmeler için uygun olmaz. Taraflar sözleşmenin devrinden önce doğmuş ve fakat sona ermemiş alacak haklarının sözleşmeyi devralana geçmeyeceğine işkin kuralın aksini kararlaştırabilirler. Yani taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile devirden önce doğmuş ve fakat henüz sona ermemiş alacak haklarının da sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralana geçeceğini kabul edebilirler¹⁹⁷.

Devir sözleşmesinden sonra doğacak alacak hakları devir işleminden etkilenerak sözleşmeyi devralana geçecektir¹⁹⁸. Başka bir anlatımla, sözleşmenin devriyle birlikte, devir sözleşmesinden sonra doğacak bđtđn alacaklar devirden etkilenerak sözleşmeyi devralana geçecek ve bu alacak hakları devralanın taraf sıfatlığı üzerinde doğacaktır.

Sözleşmenin devri yapılmadan önce alacaklı, alacak hakları üzerinde tasarruf işlemleri yapmış olabilir. Mesela alacaklı, alacak hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmiş olabilir. Tasarruf işlemine konu olan bu alacak hakları, sözleşmenin devrinden önce doğmuş ise bu durumda herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Zira, sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan alacak hakları ister sona ermiş olsun isterse olmasın tamamıyla sözleşmeyi devredene ait olmaya devam edeceğinden bunlar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi de ona ait olacaktır. Ancak, henüz doğmamış yani gelecekte (devir işleminden sonra) doğacak muhtemel bir alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunulmuşsa yapılan işlemin sonuç doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Zira gelecekte doğacak alacak hakları sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçecektir. Fakat devreden tarafından, devirden önce bu haklar üzerinde tasarruf işlemi yapılmıştır. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, devirden önce devreden henüz doğmamış alacak hakları üzerinde tasarrufta bulunması

¹⁹⁷ Yavuz, 2013: 275, Bahadır, 2013: 21, Ayrancı, 2003: 120.

¹⁹⁸ Ayrancı, 2003: 122.

işlemi geçerlidir. Söz konusu tasarruf işleminden sonra alacak hakkı sahibinin sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmesi bu işlemin geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü hem ileride doğacak alacak hakkı üzerinde yapılan işlem hem de sözleşmenin devri işlemi bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemlerinde ise öncelik ilkesi uygulanır. Bu ilkeye göre aynı konu üzerinde iki tasarruf işlemi yapılmışsa, bunlardan zaman bakımından önce yapılan işlem geçerli kabul edilir. Hak sahibi ileride doğacak alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunduktan sonra sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredecek olursa ilgili ileride doğacak alacak hakkı üzerinde iki tasarruf işlemi yapmış olur. Burada tasarruf işlemleri bakımından önce yapılan işlem ileride doğacak alacak hakkı üzerinde yapılan işlemdir ve bu işlem tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesi gereğince geçerlidir. Bu halde sözleşmeyi devralan, üzerinde tasarrufta bulunan alacak hakkı olmaksızın sözleşmeyi devralmış olur ve söz konusu hakları iktisap edemez¹⁹⁹. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, tasarruf işlemleri hakkında söz konusu olan öncelik ilkesi, sözleşmenin devri işleminde uygulanamaz. Çünkü gelecekte doğacak alacak hakları gerçek sahibi üzerinde doğar. Böylece devir işleminden önce müstakbel alacaklar için yapılan tasarruf işlemi, sözleşmenin devrinin ardından geçersiz hale gelir ve artık hüküm ve sonuç doğurmaz²⁰⁰. Genellikle kombinasyon teorisine göre hareket eden²⁰¹ bu görüş kanımızca doğru değildir. Bir kere sözleşmenin devri işlemi bir bütündür. Yani, sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları bir bütün halinde üzerine alır. Sözleşmenin devrinden önce, devreden tarafından ileride doğacak alacak hakkı üzerinde yapılan tasarruf işlemini bu bütünden ayırmak mümkün değildir²⁰². İkincisi, sözleşmenin devrinde halefiyet ilkesi geçerlidir. Sözleşmeyi devralanın devredene tam bir halef olduğu dikkate alındığında gelecekte doğacak alacak hakları yine sahibi üzerinde doğmuş olur. Bu nedenle müstakbel alacakların sahibi üzerinde doğmadığından bahisle tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesinin bertaraf edilmesi ve tasarruf işleminin sözleşmenin devriyle hüküm ve sonuç doğurmayacağının kabul edilmesi mümkün değildir²⁰³. Üçüncüsü, sözleşmenin devrinde tarafların iradeleri ön plandadır. Yani bir devir işlemi yapılacaksa devre konu olan sözleşme önce tam

¹⁹⁹Chris P. Thorpe/ John L. Bailey, **Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements & Promises**, Revised Edition, Kagen Page Limited Published, London, 1999, s. 221.

²⁰⁰Ayrancı, 2003: 123, 124.

²⁰¹Kluwers, 2010: 51.

²⁰²Thorpe, Bailey, 1999: 222.

²⁰³Stathopoulos, 2009:142.

olarak ortaya konulur ve taraflar devre uygun olan veya olmayan irade beyanlarını açıklar. Bu durum devir işleminin üç tarafı için de böyledir. Sözleşmenin devrinden önce henüz doğmamış alacak hakları üzerinde tasarrufta bulunulduğu varsayımında, devralanın, devreden ve kalanın devre ilişkin iradesi, ayrıca yapılan bu ilk tasarruf işlemini de kapsar ki, bu durum yapılan işlemin geçerliliğini açıkça ortaya koyar. Eğer taraflar henüz doğmamış alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunulmuş bir sözleşme ilişkisini devretmek veya devralmak istemez ise devre uygun irade beyanını göstermeyerek isteğini yerine getirmiş olur; bu durum da sözleşme devredilmiş olmayacaktır. Eğer, taraflar tam olarak ortaya konulan sözleşmeyi devralma iradesinde ise yukarıda da söylediğimiz gibi bu iradenin, sözleşmenin devrinden önce alacak hakkında yapılan tasarruf işlemine de şamil olduğunu söylemek mümkündür. Dördüncü olarak, sözleşmenin devrinden önce, henüz doğmamış alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunulduğunda ve devir sebebiyle bu tasarrufun hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edildiğinde, bundan etkilenecek olanlar sadece devir işleminin tarafları değildir. Bu durumda bir de ilk tasarruf ilişkisinin lehtarı mevcuttur ve onun için söz konusu tasarruf ile gelecekte talep hakkına sahip olacağı bir alacak hakkı doğmuştur. Sözleşmenin devriyle bu işlemin hüküm ve sonuç doğurmayacağını söylemek onun gelecekte doğacak alacak haklarına üçüncü kişilerin iradeleriyle halel getirmek anlamına geleceğinden bu durumun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, hukuk devletinde taraflar ileriye öngörebilmeli ve hukuki işlemlere güvenebilmelidir²⁰⁴. Gerçekten de Kanunda aksine bir hüküm olmadıkça bütün sözleşmelerin devrinin mümkün olduğu bir sistemde, henüz doğmamış alacak hakları üzerinde yapılan tasarruf işleminin sözleşmenin devriyle birlikte hüküm doğurmayacağını söylemek hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır ve bu ilkeye aykırı olan hukuki fikrin kabul edilmesi mümkün değildir.

Devir anında devralan, devirden önce ileride doğacak alacak hakkının temlik edildiğini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa devralan, genel hükümler dairesine irade fesadı hükümlerine başvurabilir.

²⁰⁴ Thorpe, Baily, 1999: 222.

2. Yenilik Doğuran Haklar

Sahibine tek taraflı irade beyanı ile yeni bir hukuki durum ortaya çıkarma veya var olan hukuki durumu değiştirme ya da sona erdirme yetkisi veren haklara yenilik doğuran haklar denir²⁰⁵.

Kanundan ya da sözleşmeden doğan, hakka veya şahsa bağlı olarak vücut bulabilen yenilik doğuran haklar, kural olarak tek taraflı ve varması gereken irade beyanıyla kullanılır. Fakat, istisnai olarak bazı yenilik doğuran hakların kullanılması için dava açılması zorunludur²⁰⁶. Böyle durumlarda, yenilik doğuran haklar dava açılmadan salt bir irade beyanıyla kullanılamazlar²⁰⁷. Yenilik doğuran hakkın kullanılması herhangi bir şart veya koşula bağlanamaz²⁰⁸. Alacak hakkından farklı olarak yenilik doğuran haklar zamanaşımına tabi değildirler²⁰⁹.

Yenilik doğuran haklar hukuk âleminde meydana getirdiği sonuç bakımından kurucu yenilik doğuran haklar, değiştirici yenilik doğuran haklar ve bozucu yenilik doğuran haklar olmak üzere üç kısma ayrılır. Yenilik doğuran hakların bu şekilde ayrılması sözleşmenin devrine ilişkin kurallar uygulanırken önem arz etmektedir.

Kural olarak, sözleşmenin devri ile devir anında mevcut olan ve devir anından sonra doğacak olan yenilik doğuran haklar sözleşmeyi devralana geçer ve ona ait olur²¹⁰.

Sözleşmenin devrinin yenilik doğuran haklara etkisi incelenirken, yenilik doğuran hakkın alacağa ilişkin yenilik doğuran hak mı yoksa sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hak mı olduğunun tespiti önem arz etmektedir.

²⁰⁵ Zapata, 2012: 11.

²⁰⁶ Yenilik doğuran hakların kullanılması için açılan davaya usul hukukunda tespit davası denir. Bazen de yenilik doğuran bir hakkın usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı sorunu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda yenilik doğuran hakkın usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti için yargı yerlerinde dava açılabilir. Bu dava alelade bir tespit davasıdır. Zira, tespit davasına konu olan ve usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığında tartışma bulunan yenilik doğuran haklar kullanılması için dava açmaya gerekli olmayan haklar içindir. Eğer yenilik doğuran haklar sadece dava açılarak kullanılabilir ise, bu durumda hak zaten dava yoluyla kullanıldığı için usulüne uygun cereyan etmiş olacak ve az önce söylediğimiz gibi bir tespiti muhtaç olmayacaktır. Zira, bu haklar usulüne uygun kullanılmazsa herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Özellikle uygulamada karışıklığa yol açan bu iki durum bir birinden kesinlikle ayırt edilmesi gerekmektedir.

²⁰⁷ Kılıçoğlu, 2014: 15, Zapata, 2012: 11- 13.

²⁰⁸ Kılıçoğlu, 2014: 15- 16.

²⁰⁹ Zapata, 13.

²¹⁰ Ayrancı, 2003: 131.

Alacak hakkı alacaklı yararına bazı yenilik doğuran hakları kapsar. Muacceliyet ihbarı, seçim hakkı alacak hakkından doğan yenilik doğuran haklardır²¹¹. Biz bu haklara alacağı ilişkin yenilik doğuran haklar diyoruz.

Alacağa ilişkin yenilik doğuran hakların sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralana geçip geçmeyeceği bağlı bulunduğu alacak hakkının kaderine göre belirlenir. Öncelikle sözleşmenin devri işleminden sonra doğacak olan alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar devir sözleşmesi ile devralana geçer²¹². Zira bir alacağın muacceliyetini sağlayan ihbar hakkı ile seçimlik borçlarda edimi tayin eden seçim hakkı gibi alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar, alacakla bağlantılı olmakta, onu etkilemekte, ondan etkilenmekte ve alacaklı sıfatına sahip olan kişilerce kullanılması gerekmektedir. Sözleşmenin devriyle birlikte söz konusu alacak hakları ve alacaklı sıfatı devralana geçeceğinden, bu tür yenilik doğuran hakların da devir işleminden etkilenerek devralana geçeceğini kabul etmek gerekir Başka bir anlatımla, alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar, alacak hakkına, dolayısıyla da alacaklı sıfatına sıkı sıkıya bağlı olduğundan bu tür yenilik doğuran haklar, tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi, sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralana geçer²¹³. Gerçekten de, alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar, sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkından ileri gelmektedir ve bu hakların sahibi alacak hakkının da sahibi olan alacaklıdır. Bu tür hakların alacaklıdan ve alacaklı sıfatından ayrılması mümkün olmadığından, sözleşmede alacaklı tarafın sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devrettiğinde alacaklı taraf değişeceğinden, devir işlemiyle birlikte alacağa bağlı olan ve onu etkileyen yenilik

²¹¹ Eren, 2014: 82.

²¹² Kanun koyucu alacak haklarının devrine ilişkin hükümler sevk etmiş olmakla birlikte; yenilik doğuran hakların devri veya devir işleminden etkilenmesi konusunda herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Alacak haklarının devredilebilirliği konusu ele alındığında en önemli düzenleme TBK'nun "Alacağın Devri" başlıklı 183 vd. maddeleridir. Bu maddeler ile bütün alacak haklarının devrine imkân verilmekte ve devre ilişkin genel hükümler ortaya konulmaktadır. Söz konusu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, devrin konusunun sadece alacak hakları olarak kabul edildiği görülmektedir. Gerçekten de TBK m. 183/ I; "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızası aranmaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir" hükmüne yer vermiştir. Yenilik doğuran haklar niteliği itibarıyla alacak haklarından tamamen farklıdır. Zira, yenilik doğuran hakların hak düşürücü süreye bağlı olması, şarta bağlanamaması, kullanılmasında karşı tarafın rızasının bir önemi olmaması ve genellikle tek taraflı irade beyanıyla kullanılması, her hangi bir yükümlülük içermemesi, alacağın devri hükümlerinin salt olarak bunlara uygulanamayacağı anlamına gelmektedir.

²¹³ Burada dikkat edilmesi gerekli olan nokta, alacağı etkileyen ya da ona bağlı olan yenilik doğuran hakların tek başlarına devrinin mümkün olmadığı; fakat, bu tür yenilik doğuran hakların hem alacak hakkının devri sonucunu doğuran alacağın devri, hem de sözleşme de taraf değişikliği sonucunu doğuran sözleşmenin devriyle birlikte alacak hakkına bağlı bir fer'i hak olarak devralana geçmesidir.

doğuran haklar da üçüncü kişiye yani sözleşmeyi devralan yeni alacaklıya geçecektir²¹⁴.

Sözleşmenin devrinden önce doğmuş ve fakat henüz sona ermemiş alacaklara ilişkin yenilik doğuran haklar sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçmez. Zira bu haklar alacağa ve alacaklı sıfatına bağlı olduğundan alacaklı sıfatına sahip olan devredene ait olmaya devam eder.

Sözleşmenin borçlusunun, sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devrettiği durumlarda ise alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar bu devir işleminden etkilenmez. Zira bu durumda sözleşmenin alacaklı tarafında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Alacak hakkı sözleşmede kalan tarafa ait olduğundan, alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar devir işleminden etkilenmeyecek, bu haklar bağlı olduğu alacak hakkı ile birlikte alacaklıya yani sözleşmede kalana ait olmaya devam edecektir.

Sözleşmenin devrinin yenilik doğuran haklara etkisi hususunda²¹⁵, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar bakımından durum tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş

²¹⁴ Burada bir hususa da dikkat edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralana geçseler de alaktan bağımsız olarak tek başlarına devri mümkün değildir.

²¹⁵ Kanımızca, sözleşmenin devrinin yenilik doğuran haklara etkisi incelenirken, yenilik doğuran hakkın alacağa ilişkin yenilik doğuran hak mı yoksa sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hak mı olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bir alacak hakkından doğan, onun kaderini paylaşıp ona fer'i nitelikte bağlanmış olan, çoğu zaman da sözleşmeden kaynaklanan yenilik doğuran haklara alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar denir. Alacağa ilişkin yenilik doğuran hakların en önemlileri muacceliyet ihbarı ve seçim hakkıdır. Alacağa bağlı yenilik doğuran hakların sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralana geçip geçmeyeceği bağlı bulunduğu alacak hakkının kaderine göre belirlenir. Öncelikle, sözleşmenin devri işleminden sonra doğacak olan alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar devir sözleşmesi ile sözleşmeyi devralan tarafa geçer (Kanun koyucu alacak haklarının devrine ilişkin hükümler sevk etmiş olmakla birlikte; yenilik doğuran hakların devri veya devir işleminden etkilenmesi konusunda herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Alacak haklarının devredilebilirliği konusu ele alındığında en önemli düzenleme TBK'nun "Alacağın Devri" başlıklı 183 vd. maddeleridir. Bu maddeler ile bütün alacak haklarının devrine imkân verilmekte ve devre ilişkin genel hükümler ortaya konulmaktadır. Söz konusu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, devrin konusunun sadece alacak hakları olarak kabul edildiği görülmektedir. Gerçekten de TBK m. 183/ I; "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızası aranmaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir" hükmüne yer vermiştir. Yenilik doğuran haklar niteliği itibarıyla alacak haklarından tamamen farklıdır. Zira, yenilik doğuran hakların hak düşürücü süreye bağlı olması, şarta bağlanamaması, kullanılmasında karşı tarafın rızasının bir önemi olmaması ve genellikle tek taraflı irade beyanıyla kullanılması, her hangi bir yükümlülük içermemesi, alacağın devri hükümlerinin salt olarak bunlara uygulanamayacağı anlamına gelmektedir). Zira bir alacağın muacceliyetini sağlayan ihbar hakkı ile seçimlik borçlarda edimi tayin eden alacaklının seçim hakkı gibi alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar, alacakla bağlantılı olmakta, onu etkilemekte, ondan etkilenmekte ve alacaklı sıfatına sahip olan kişilerce kullanılması gerekmektedir. Sözleşmenin devriyle birlikte söz konusu alacak hakları ve (taraf sıfatlığıyla beraber) alacaklı sıfatı sözleşmeyi devralana geçeceğinden, bu tür yenilik doğuran hakların da sözleşmenin devrinden etkilenerek sözleşmeyi devralana geçeceğini kabul etmek gerekir Başka bir anlatımla, alacağa ilişkin yenilik

sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hakları; sözleşmenin kurulma ve ifa aşamasındaki yenilik doğuran haklar olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. Bu görüşe göre, sözleşmeyi devralan sadece sözleşmenin ifa aşamasındaki yenilik doğuran hakları kazanır; buna karşılık, sözleşmenin kurulması aşamasındaki yenilik doğuran hakları kazanamaz²¹⁶.

Doktrindeki diğer bir görüş, sözleşmenin devri halinde sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hakların durumunun ne olacağını, bu hakların kullanılması halinde hangi tarafın hukuki durumunun etkileneceğini göz önüne alarak açıklamaya çalışmıştır. Bu görüşe göre, sözleşmenin devri halinde yenilik doğuran hakların kullanılması, sadece sözleşmeyi devreden tarafın hukuki durumunu etkiliyorsa, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar devirden etkilenmez ve devralana geçmez. Ancak bu yenilik doğuran hakların kullanılması sadece sözleşmeyi devralanın hukuk alanını etkiliyorsa bunlar da devredilmiş sayılacaktır²¹⁷.

Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmeye ilişkin olan fesih, iptal²¹⁸, dönme gibi yenilik doğuran haklar, sözleşmenin devredilmesi ile birlikte

doğuran haklar, alacak hakkına, dolayısıyla da alacaklı sıfatına sıkı sıkıya bağlı olduğundan bu tür yenilik doğuran haklar, tıpkı alacağın devrinde olduğu gibi, sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralana geçer (Burada dikkat edilmesi gerekli olan nokta, alacağı etkileyen ya da ona bağlı olan yenilik doğuran hakların tek başlarına devrinin mümkün olmadığı; fakat bu tür yenilik doğuran hakların hem alacak hakkının devri sonucunu doğuran alacağın devri, hem de sözleşme de taraf değişikliği sonucunu doğuran sözleşmenin devriyle birlikte alacak hakkına bağlı bir fer'i hak olarak devralana geçmesidir. Burada bir hususa da dikkat edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralana geçseler de alacaktan bağımsız olarak tek başlarına devri mümkün değildir). Gerçekten de, alacağa ilişkin yenilik doğuran haklar, sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkından ileri gelmektedir ve bu hakların sahibi alacak hakkının da sahibi olan alacaklıdır. Bu tür hakların alacaklıdan ve alacaklı sıfatından ayrılması mümkün olmadığından, sözleşmede alacaklı tarafın sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devrettiğinde alacaklı taraf değişeceğinden, devir işlemiyle birlikte alacağa bağlı olan ve onu etkileyen yenilik doğuran haklar da üçüncü kişiye yani sözleşmeyi devralan yeni alacaklıya geçecektir.

²¹⁶ Sözleşmenin kurulması aşamasında meydana gelen yenilik doğuran hakların sözleşmeyi devralan tarafa geçmemesi, özellikle irade sakatlığı halleri ile fiil ehliyetinin olmaması hallerinde önem arz eder. Bu haller, sözleşmenin kurulması aşamasına katılmayan devralan için önemsizdir. Çünkü bu kişinin iradesi fesada uğramamıştır veya fiil ehliyetinde bir eksiklik bulunmamaktadır. Bundan başka, bu tür yenilik doğuran haklar, fiil ehliyetinin olmamasından veya irade sakatlığına uğranılmış olmasından dolayı, devreden tarafa, düştüğü olumsuz durumu bertaraf etme imkânı sağlama amacı taşımaktadır. Başkasına ilişkin bu tür durumları, sözleşmeyi devralanın ileri sürmemesi gerekir. Ancak, ayrıca yapılacak özel bir sözleşme ile bu yenilik doğuran haklar da devredilebilir (Aynen Nakil: Ayrancı, 2003: 132).

²¹⁷ Ayrancı, 2003: 132.

²¹⁸ İptal hakkı bir bozucu yenilik doğuran haktır ve bu tartışmaların çözümü için öncelikle yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralan tarafa geçip geçmeyeceğinin ortaya konulması gerekir. Doktrinde aksine görüşler mevcut olsa da bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar, sözleşmenin devredilmesi ile birlikte

sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Bu yenilik doğuran haklar, sözleşme ilişkisinden doğan alacağa veya borca değil, sözleşmenin tarafı olma sıfatına ilişkindir ve tarafların hukuki durumu ile ayrılmaz bir biçimde bağlanmıştır. Sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu yenilik doğuran haklar ise varlığını devam ettirmektedir. Bütün bu açıklamalarımızla sorun çözülmüş olmamaktadır. Yenilik doğuran hakların sözleşmenin devri ile birlikte kural olarak devralana geçebileceği ve sözleşmede kalan tarafın sahip olduğu yenilik doğuran hakların varlığını devam ettireceği ortaya koyulduktan sonra; kendisine has özelliği olan iptal hakkıyla ilgili de durumun ortaya konması gerekmektedir. Burada iptal hakkının hangi tarafa ait olduğu ve tarafların iptal sebebinin varlığını devir işlemi sırasında bilip bilmediği sorunun çözümü için önem arz etmektedir. Bu nedenle yukarıdaki tartışmanın sonuçlanabilmesi ve bir çözüme kavuşulabilmesi için farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal hakkı sözleşmede kalan tarafa aitse ve taraflar sözleşmenin devri esnasında söz konusu iptal hakkının varlığından haberdar değillerse; sözleşmede kalan tarafın iptal hakkı sözleşmenin devri işleminden etkilenmez. Bu durumda sözleşmede kalan taraf devirden önce bilmediği ve fakat devir işleminden sonra öğrendiği iptal hakkını sözleşmeyi devralana karşı ileri sürerek sözleşmeyi iptal edebilir. Zira, sözleşmede kalan tarafın iptal hakkının muhatabı sözleşmenin tarafının şahsı değil; bizzat sözleşmedeki taraf sıfatına sahip olan kimsedir. İptal hakkı sözleşmede kalan tarafa aitse ve taraflar sözleşmenin devri esnasında söz konusu iptal hakkını ve sebebinin biliyorsa; sözleşmede kalan taraf devre uygun rızasını açıklayarak asıl sözleşmeyi (yani devre konu sözleşmeyi) zımnen onaylamış olur ki, bu ihtimalde asıl sözleşme baştan itibaren geçerli hale geleceğinden iptal hakkı da ortadan kalkar. Artık, sözleşmede kalan taraf iptal hakkını sözleşmeyi devralana karşı ileri sürerek devre konu olan sözleşmeyi iptal ettiremez. İptal hakkı sözleşmeyi devreden tarafa ait olmakla birlikte taraflar söz konusu iptal sebebinin ve hakkını bilmiyorsa iptal hakkı sona ermez. Böyle bir durumda iptal hakkının sözleşmeyi devralana geçip geçmeyeceği ve iptal hakkının kimin tarafından ileri sürülmesi gerektiği noktasında tartışma söz konusu olur. Burada doktrinde ayrışık görüşler olsa da, bizimde katıldığımız baskın görüşe göre, sözleşmenin devredilmesi ile birlikte iptal hakkı sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Bunun sebebi aslında iptal hakkının sözleşme ilişkisine ait olmasıdır. Diğer bir anlatımla, iptal hakkı sözleşme ilişkisine bağlıdır. Çünkü, sözgelimi sözleşmeyi devreden tarafın iradesinin fesada uğramış olması, sözleşmenin devri işleminden sonra sözleşmeyi devralanın şahsında etkilerini sürdürmeye devam eder. İptal hakkının sözleşmenin özü ve halefiyet ilkesi ile birlikte sözleşmeyi devralana geçmesi en doğru çözümdür. Aksi takdirde sözleşmenin devri işlemi hukuki güvenlikten uzak bir hale gelir ki bu durum hem sözleşmenin devri kurumunun uygulanmasında tereddütler doğurur hem de hak kayıplarına sebep olur. Diğer taraftan, sözleşmeden doğan bütün hak ve borçların bir bütün halinde devredildiği düşünüldüğünde, sözleşmeyi iptal hakkı olandan devralarak onun taraf sıfatını devam ettiren kişinin de sözleşmeyi iptal edebileceği kabul edilebilir. Bu hakkın sınırını ise hakkın kötüye kullanımı kuralları çizer. Başka bir anlatımla, sözleşmenin devri ile devreden bütün hukuki durumu halefiyet ilkesi gereğince sözleşmeyi devralan tarafa geçeceğinden böyle bir hak da halin icabından aksi anlaşılmadıkça devralan tarafa geçecektir. İptal hakkının sözleşmeyi devredene ait olduğu diğer durumda taraflar iptal sebebi ve hakkının varlığından haberdar ise; sözleşmeyi devreden devir işlemiyle birlikte asıl sözleşmeyi zımnen onaylamış olur. Bu durumda sözleşme baştan itibaren geçerli hale geleceğinden iptal hakkı tamamen ortadan kalkar ve artık bu hakkın sözleşmeyi devralana geçmesi mümkün değildir. İfa aşamasında devredilen sürekli borç ilişkilerinde, iptal hakkının sonuçları açısından bazı problemler ortaya çıkmaktadır. İptalin geriye etkili sonuçlar doğurduğu kabul edilirse, devralan tarafından iptal hakkının kullanılması, devreden hukuki konumu üzerinde de etkiler meydana getirir. Dolayısıyla, devreden tarafından ifa edilen edimler ile bu kişiye karşı diğer tarafın yerine getirdiği edimler sebeplerini kaybettiklerinden iade edilme riski ile karşılaşır. Bu durumda devreden taraf, iptal hakkı muhatabının sözleşmenin hukuki sebebinin sonradan ortadan kalkması nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye ilişkin taleplerine maruz kalabilir. Bu nedenle bazı iptal hakları sözleşmeyi devralana geçmez. Ancak, başka bir görüşe göre, iptal geriye etkili olsa dahi, devralan tarafından, devreden tarafın rızası bulunmaksızın, sözleşmenin sona erdirilmesi, devreden tarafın durumunu çok fazla olumsuz yönde etkilemez. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye, esas itibarıyla devreden tarafın malvarlığında bir artışa bile yol açabilir. Çünkü, sözleşmeyi devralan tarafın, geriye etkili iptal hakkını kullanması halinde, devreden taraf, kalan tarafın ifa ettiği edimleri iktisap etmiş olur. Ancak o tasfiye ilişkisinin tarafı olmadığı için avantajlı bir duruma gelmiş olur. Sürekli borç ilişkilerinin iptalinin sadece ileriye etki doğurduğu kabul edilirse, devreden taraf sözleşmenin sona ermesinden esas itibarıyla etkilenmez. Çünkü, iptal hakkı ileriye etkili olacağından, bu hakkın devralana devrinden başka bir yol benimsemek, iptal hakkının sözleşmede kalan taraf lehine istenmeyen bir avantaj doğmasına neden olur. Ayrılan tarafın iptal hakkını kullanması bunun için anlamsız olur. Sürekli borç ilişkileri ile kısmen ifa edilmiş sözleşmelerde, sözleşmede kalan taraf

sözleşmeyi devralana geçer. Zira söz konusu yenilik doğuran haklar, sözleşme ilişkisinden doğan alacağa veya borca ya da şahsa değil, sözleşmenin tarafı olma sıfatına ilişkindir ve tarafların hukuki durumu ile ayrılmaz bir biçimde bağlanmıştır²¹⁹. Öte yandan, tarafların aralarında yapacağı özel bir anlaşma ile sözleşmenin devredilmesine rağmen bu tür yenilik doğuran hakları devreden tarafta bırakmak istemeleri hususunda korunmaya değer hukuki bir menfaat bulunmamaktadır. Sözleşme edimlerini ifa ile yükümlü olmayan ve sözleşmeyle artık bir ilişkisi kalmayan tarafın sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran hakları kullanabilmesi bu hakların amacına aykırı olur²²⁰.

Bir borç ilişkisine bağlı olarak ortaya çıkan yenilik doğuran haklara bağımlı yenilik doğuran haklar, bir borç ilişkisine bağlı olmaksızın ferden ve asli olarak ortaya çıkan yenilik doğuran haklara bağımsız yenilik doğuran haklar denir. Çoğu zaman, alım, önalım, geri alım gibi bağımsız yenilik doğuran haklar bir hakka veya borç ilişkisine bağımlı olmaksızın doğarlar; doğumu için bir hakka veya borç ilişkisine muhtaç olmayan bu tür hakların tek başlarına devredilebilme kabiliyetinde olduğu izahattan varestedir. Tek başına devredilebilme kabiliyeti olan bağımsız yenilik doğuran hakların sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçmesi evleviyetle mümkündür.

Burada dikkat edilmesi gerekli olan asıl husus tek başına devri mümkün olmayan bağımlı yenilik doğuran hakların muhteviyatı itibarıyla sözleşmenin devri işleminden etkilenip etkilenmeyeceğidir. Bağımlı yenilik doğuran haklar sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralana geçmektedir. Fakat bu durum sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların teknik anlamda tek başına devredilebileceği anlamına gelmez. Zira tek başına devredilebilirlik farklı şeydir; sözleşmenin devri işleminden etkilenirlik farklı şeydir. Bu haklar sadece kendisini doğuran sözleşmenin kaderini paylaşmakta, bir hak olarak asıl sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devralana

devir alınan sözleşmeyi tamamen iptal etmek istiyorsa, devreden taraf ile kalan tarafın devralan tarafa karşı hileli davranışta bulunması halinde, bu sözleşmeden doğrudan doğruya hak kazanan sözleşmeyi devralan ve bu nedenle de iptal hakkının muhatabı olan taraf tazminat talep etme hakkına sahiptir ki; sözleşmenin devri halinde bu şart gerçekleşmiş olmaktadır. Sözleşmeyi devreden hilesi halinde, yüklenen taraf durumu bilmediği veya bilmesi gerekmediği için, iptal hakkının kullanılmasının muhatabı olmadığını ileri süremez. Askı hali, iptal ile korunan kişinin kanunda öngördüğü sürede iptal hakkını kullanmaması sebebiyle sona ermişse bu durumda sözleşme baştan itibaren geçerli bir sözleşme halini alacağından söz konusu sözleşme geçerli olarak devredilebilecektir. Eğer iptal hakkı sahibi süresinde sözleşmeyi iptal ederse, bu durumda sözleşme baştan itibaren geçersiz olacağından bu hakkın kullanılmasından sonra artık sözleşmenin devri de mümkün olmayacaktır.

²¹⁹ Ayrancı, 2003: 133.

²²⁰ Ayrancı, 2003: 134.

geçmektedir; yoksa bu durum sözleşmeden kaynaklanan bağımlı yenilik doğuran hakların tek başlarına devre konu olabileceği anlamına gelmez²²¹.

3. Def'i Ve İtiraz Hakları

İfa talebiyle karşılaşan borçlu, ya özel sebepler nedeniyle borcu ifadan kaçınma hakkına sahip olduğunu ileri sürerek (def'i) ya da alacaklının hakkının varlığına itiraz ederek (itiraz) kendisini savunup ifadan kaçınabilir²²².

Borçlu alacaklının hakkını kabul etmekle birlikte özel sebepler dolayısıyla borcu ifadan kaçınma hakkına sahip olduğunu ileri sürdüğünde def'i hakkı söz konusu olur. Def'i hakkında borçlu alacaklının haklarını kabul etmekte ve fakat özel bir sebebe dayanarak borcu ifa etmekten kaçınmaktadır. Örneğin, borcun zamanaşımına uğradığından bahisle ileri sürülen zamanaşımı def'i, borcun vadesi gelmediğinden bahisle ileri sürülen vade def'i ya da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifayı aynı anda yapmakla yükümlü olanlardan birinin, diğerinin ifada bulunmaması sebebiyle ileri sürdüğü ödemezlik def'i vs.

Borçlu, alacaklının hakkının doğmadığı veya hakkın artık mevcut olmadığı iddiasında ise bir tür itiraz savunmasında bulunur. İtiraz savunmasında def'iden farklı olarak borçlu, alacaklının hakkının varlığını kabul etmemekte bilakis alacaklının böyle bir hakkı bulunmadığını ya da bu hakkın mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Örneğin borçlu, alacaklı ile bir sözleşme yaptığını kabul ediyor ve fakat sözleşmenin yapıldığı anda ayırt etme gücünden yoksun olması sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olduğunu, böylece bu sözleşmeyle alacaklı lehine bir alacak hakkı doğmadığını veya sözleşmeden doğan hakkın ifa sebebiyle sona erdiğini ve artık alacaklının böyle bir hakkının bulunmadığını ileri sürüyorsa alacaklının talebine karşı itiraz ileri sürüyor demektir²²³.

Def'i ve itiraz hakları kural olarak devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devralana geçer. Aynı zamanda bu hakların kalan tarafından devralana karşı ileri sürülebilmesi de mümkündür. Fakat sözleşmenin devri ile birlikte def'i ve itirazların sözleşmeyi

²²¹ Ayrancı, 2003: 126.

²²² Bilgili, Demirkapı, 2014: 26.

²²³ Bilgili, Demirkapı, 2014: 26.

devralana geçmesi veya ona karşı ileri sürülebilmesi için iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir²²⁴.

İlk olarak, def'i ve itirazların bizzat devre konu olan sözleşmeden doğmuş olması gerekir. Eğer itiraz veya def'i hakları, devralan ile devreden arasında devre konu olan sözleşmeyle ilgisi olmayan bir durum nedeniyle doğmuşsa, bunlar kural olarak devir işleminden etkilenmez ve devralana geçmez.

İkinci olarak, def'i ve itiraz haklarının devir sözleşmesinden önce asıl sözleşme bakımından var olması gerekir. Zira sözleşmenin devri, devir işleminden sonra sözleşmede kalan ile sözleşmeyi devralan arasında ortaya çıkan def'i ve itiraz haklarıyla ilgilenmez.

Burada devralanın, devredenin şahsından doğan def'ileri devir işlemiyle birlikte kullanma hakkına sahip olup olmadığı noktasında şüphe duyulabilir. Devredenin şahsından kaynaklanan def'i hakkının kaynağı asıl sözleşme ise bu def'iyi kullanma hakkı devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devralana geçer. Buna karşılık devredenin şahsından kaynaklanan def'iler sözleşmeden kaynaklanmıyorsa devralana geçmeyecektir²²⁵.

Muhteviyatında eksik borcu taşıyan sözleşmelerin devrini engelleyen herhangi bir durum söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, eksik borcu bünyesinde barındıran sözleşmelerin TBK m. 205 hükümlerine göre devri mümkündür. Eğer eksik borç zamanaşımı sebebiyle ortaya çıkmışsa, eksik borcun borçlusu, alacak hakkının zamanaşımına uğradığından bahisle zamanaşımı def'i ileri sürerek ifadan kurtulabilir. Böyle bir durumda, zamanaşımı def'ini ileri sürmek sözleşmeyi devredene ait ise devirle birlikte bu def'iyi kullanma hakkı devralana geçecektir. Aynı durum, sözleşmeyi devredeninin bu def'inin muhatabı olduğu durumlarda da söz konusudur. Yani, sözleşmede kalan, devredene karşı ileri sürebileceği zamanaşımı def'ini devir işleminden itibaren devralana karşı da ileri sürebilir. Öte yandan, zamanaşımına uğrayarak eksik borç haline gelmiş bir unsuru ihtiva eden sözleşmenin devrine gösterilen rızalar, söz konusu eksik borcun yenilenmesi

²²⁴ Ayrancı, 2003: 146.

²²⁵ Ayrancı, 2003: 146.

anlamına gelmez. Yani bu halde hem eksik borç ilişkisi hem de zamanaşımı def'inde bulunma hakkı devam eder.

Ödemezlik def'i de tıpkı zamanaşımı def'i gibi sözleşmenin devriyle birlikte devralan geçer. Aynı zamanda sözleşmenin devriyle birlikte devralan, kalan tarafından ileri sürülecek bu tür def'ilerin muhatabı haline gelecektir.

Önceden ifa yükümlüsünün karşı tarafın edimini ifa etmesinde tehlike mevcut olması halinde ileri sürdüğü öncelikli ifadan kaçınma def'inde durum farklıdır²²⁶. Ediminin ifasında tehlike bulunan taraf sözleşmede kalan taraf ise, devir işlemiyle birlikte öncelikli ifadan kaçınma def'i devralana geçer. Böyle bir durumda, edimini önceden ifa etmekle yükümlü olan devralan taraf, kalanın ediminin ifasındaki tehlike devam ediyorsa, def'i ileri sürerek öncelikli ifa yükümlülüğünde kurtulur. Zira, ediminde tehlike olan taraf sözleşmede kalan taraftır ve sözleşmede kalan taraf halen devre konu olan sözleşmede taraf sıfatını sürdürmektedir. Başka bir anlatımla, önceden ifa yükümlülüğünden kaçınma def'i hakkı devreden tarafa ait ise, sözleşmenin devriyle birlikte def'i hakkı sözleşmeyi devralana geçer, zira sözleşmede kalan tarafın ediminin ifasında hala tehlike mevcuttur ve hala sözleşmede taraf sıfatında olan bir edim yükümlüsüdür. Buna karşın söz konusu def'i hakkının muhatabı sözleşmeyi devreden taraf ise, sözleşmenin devriyle birlikte def'ie muhataplık sözleşmeyi devralana geçmez. Çünkü devir işleminden önce, ediminde tehlikeye düşülen taraf devredendir ve sözleşmeyi devreden taraf devir işlemiyle birlikte sözleşmede taraf olma sıfatını ve edim yükümünü kaybetmiştir. Daha basit bir anlatımla, sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devreden tarafın ediminin ifasında tehlike olduğu sebebiyle sözleşmeyi devralan tarafa önceden ifa yükümlülüğünden kaçınma def'ini ileri süremez.

Takas def'inin geriye etkili olması, sözleşmenin devrinin söz konusu def'i hakkına etkisi incelenirken önem arz eder. Takas def'ine konu olan alacak sözleşmenin devrinden önce doğmuşsa kalan, devredenden olan alacağını devralana karşı takas edebilecektir. Takas def'ine konu olan alacağın sözleşmenin devrinden sonra doğması halinde, sözleşmede kalan, devreden taraftan olan alacağı nedeniyle devralana karşı takas def'i ileri süremeyecektir. Çünkü, sözleşmenin devri ile

²²⁶ Kılıçoğlu, 2014: 445- 446.

birlikte, devredenın taraf sıfatı sona ermiştir ve takas def'ini ileri sürmenin şartları ortadan kalkmıştır. Burada, sözleşmeyi devralan ve devreden arasında farklı bir durum söz konusu olur. Zira, sözleşmeyi devralan, devredenın alacağı üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olmadığından, devirden önce devredenın sahip olduğu takas hakkını ileri süremez. Bu durum sözleşmenin devrinde taraf değişikliğinin doğal bir sonucudur²²⁷.

Sözleşmede kalan, devredene karşı ileri sürebileceği ve asıl sözleşme ilişkisi dışında devredenın şahsından kaynaklanan def'ileri devralana karşı ileri süremez. Sözleşmede kalanın, devredenın şahsına ait olan bütün def'ileri devralana karşı ileri sürme hakkını saklı tutmak istemesi, karşılıklı bir sözleşme ilişkisinin bir bütün halinde üçüncü bir kişiye devredilmesi amacıyla ve sözleşmenin devrinin ruhuyla bağdaşmaz. Bu nedenle, sözleşmede kalan taraf, devredenın şahsına karşı sahip olduğu tüm def'ileri, devralana karşı ileri sürebileceğine ilişkin anlaşma yapamaz. Yapılan anlaşmalar ise geçersiz olur²²⁸.

Sözleşmenin devriyle birlikte itiraz hakları da tıpkı def'i hakları gibi sözleşmeyi devralan geçer.

4. Diğer Haklar

Sözleşmenin devri ile birlikte kefalet, rehin, garanti, banka teminatı ve ipotek gibi diğer haklar kural olarak sözleşmeyi devralana geçebilir²²⁹.

Öncelikle sözleşmede kalan taraf lehine bizzat kendisi veya üçüncü kişi tarafından verilen teminatlar, bu teminatların türü ne olursa olsun sözleşmenin devrinden etkilenmez ve varlıklarını devam ettirir (ipso jure)²³⁰.

Sözleşmede kalan taraf lehine devreden tarafından teminat gösterilmişse, bu teminatlar tıpkı üçüncü kişinin verdiği teminatlar gibi devir işleminden etkilenmez ve varlıklarını devam ettirilir. Aslında bu durum, sözleşmede kalan tarafın devir

²²⁷ Ayrancı, 2003: 146.

²²⁸ Ayrancı, 2003: 147.

²²⁹ Ayrancı, 2003: 147.

²³⁰ Stathopoulos, 2009:142.

işlemine rağmen sözleşmenin tarafı olmaya devam etmesinden kaynaklanmaktadır (ipso jure)²³¹.

Sözleşmeyi devreden tarafın kendi lehine vermiş olduğu teminatlar da sözleşmenin devriyle birlikte devralana geçer. Fakat, üçüncü bir kişinin, devreden lehine verdiği teminatlar açısından durum farklıdır. Sözleşmenin devri halinde, rehin, kefalet veya garanti veren üçüncü kişi bu işleme rızasını beyan etmezse verdiği teminatlardan dolayı artık sorumlu olmaz. Ancak, sözleşmenin devrine rıza göstermişse bu teminatlar da varlığını sürdürür ve devir işlemiyle birlikte devralana geçer²³². Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Doktrinde bazı yeni görüşler teminatın sözleşmeyi devralana geçmesi için teminat verenin rızasının aranmasının sözleşmenin devri müessesisiyle bağdaşmadığını, dolayısıyla da devreden lehine üçüncü bir kişinin verdiği teminatların rıza aranmasına gerek olmaksızın devralana geçeceğini kabul etmektedir. Buna göre, sözleşmenin devrinin asıl amacı bir taraf değişikliği meydana getirmektir. Fakat salt taraf değişikliği yapmak isteğiyle sözleşmenin devri açıklanamaz. Ayrıca, taraf değişikliği yapılmak istenen yani devredilmek istenen bir sözleşmedir ve bu sözleşmenin bir bütün halinde devri amaçlanmaktadır. Bu nedenle sözleşme ilişkisine dâhil olan teminatlar, kim tarafından kimin lehine verilmiş olursa olsun devir işleminden etkilenmez ve devir işlemiyle birlikte varlığını devam ettirerek sözleşmeyi devralana geçer²³³.

²³¹ Stathopoulos, 2009:141- 142.

²³² Ayrancı, 2003: 148.

²³³ Bar, Drobnig, 2004: 118, Emanuel, 2010: 56.

3. BÖLÜM

GENEL VE ÖZEL HÜKÜMLER BAKIMINDAN SÖZLEŞME TÜRLERİNİN DEVİRİ

I. TAŞINIR VE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVİRİ

Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcu altına girdiği sözleşmedir (TBK m. 207/ I).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve tarafların objektif ve subjektif esaslı unsurlar üzerinde anlaşmalarıyla kurulur. Satış sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı unsurları, satılan, satış bedeli ve bunların birbirleriyle değiştirilmesi taahhüdüdür²³⁴.

Satış sözleşmesi iki taraftan meydana gelir. Satış konusu malı devretmeyi taahhüt eden kişiye satıcı, satış konusu malın kendisine devredilmesi karşılığında satış bedelini ödemeyi taahhüt eden kişiye ise alıcı adı verilir²³⁵.

Türk Borçlar Kanununda satış sözleşmeleri çeşitli türlere ayrılarak düzenlenmiştir. Satış sözleşmesine ilişkin en temel ayırım şüphesiz taşınır ve taşınmaz satışı ayrımıdır. Bu ayırımın dışında kanun koyucu satış sözleşmesine göre bazı özel düzenlemeleri bünyesinde barındıran özel satış sözleşmelerini de ayrıca düzenlemiştir. Sözgelimi, örnek üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, taksitle satış bunlara örnek olarak verilebilir²³⁶.

Biz de satış sözleşmesinin devrini incelerken önce taşınır satışının devri; sonra da taşınmaz satışının devrini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

²³⁴ EREN, 2014: 58.

²³⁵ EREN, 2014: 58.

²³⁶ EREN, 2014: 68 vd.

A. TAŞINIR SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Taşınır satışı, Türk Medeni Kanununca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır (TBK m. 209/ I).

Türk Medeni Kanununda taşınmaz olarak sayılan arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler (TMK m. 704) dışındaki şeylerin satışı taşınır satışı olarak değerlendirilmektedir.

Taşınır satış sözleşmesinin TBK m. 205 hükümlerine göre devri kural olarak mümkündür. Tam iki tarafa borç yükleyen taşınır satış sözleşmesinin alıcı veya satıcı tarafından devredilmesi bakımından ayrık bir durum ortaya çıkmaz. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin alıcı tarafı da satıcı tarafı da sözleşmedeki taraf sıfatını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Taşınır satış sözleşmesinin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında mevcut ve geçerli bir taşınır satış sözleşmesi olmalıdır. Mevcut bir taşınır satış sözleşmesi söz konusu değilse bunun devri de mümkün olmaz. Söz gelimi, taraflar ileride kurulması muhtemel olan bir taşınır satış sözleşmesini henüz kurulmadan devredemeyecektir. Öte yandan taşınır satış sözleşmesinin devredilebilmesi için sözleşmenin geçerli olması da gerekir. Eğer ortada geçerli bir taşınır satış sözleşmesi mevcut değilse bu durumda genel hükümler gereğince devredilemeyecektir²³⁷.

Taşınır satış sözleşmesinin devri için tarafların geçerli bir devir sözleşmesi yapmaları yani devre uygun irade beyanlarını birbirine uygun ve karşılıklı olarak açıklamaları gerekir. Devir sözleşmesi bütün hak ve borçları kapsadığında ve iradeler karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklandığında taşınır sözleşmesi devredilmiş olur.

TBK m. 205/ III hükmüne göre, taşınır satış sözleşmesinin devri, taşınır satış sözleşmesinin geçerliliğine bağlıdır. Taşınır satış sözleşmesinin geçerliliği TBK uyarınca herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır²³⁸. Buna göre, taşınır satış sözleşmesinin sözlü yapılması dahi mümkündür. Eğer devre konu olan taşınır satış

²³⁷ Bkz. Dn. 59 vd.

²³⁸ Aral, 2014: 73.

sözleşmesi sözlü olarak yapılmışsa, devir sözleşmesinin de sözlü olarak yapılması işleminin geçerliliği için yeterlidir. Meğerki, taşınır satış sözleşmesinin devredildiği ispatlanıyor olsun.

Bununla beraber taraflar, aralarında yapacakları taşınır satış sözleşmesinin geçerliliğini belirli bir şekil şartına bağlamış olabilirler. Burada, tarafların iradeleriyle getirilmiş bir şekil şartı söz konusu olur. Kanımızca bu durumda devir sözleşmesi, tarafların kararlaştırdığı şekle uygun olarak yapılmak zorundadır. Mesela, kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemesine rağmen taraflar aralarındaki taşınır satış sözleşmesini yazılı olarak yapmışlarsa, burada artık iradi şekil şartı söz konusu devre ilişkin sözleşmenin de yazılı olarak yapılması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin devri işlemi geçerli olmayacaktır.

Taşınır satış sözleşmesinin devrinde taraflar satıcı, alıcı ve sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişidir. Satıcının sözleşmeyi devrettiği varsayıldığında, satıcı sözleşmeyi devreden, alıcı sözleşmede kalan ve üçüncü kişi de sözleşmeyi devralandır. Alıcının sözleşmeyi devrettiği varsayımında da geçerlidir. Böyle bir durumda, alıcı sözleşmeyi devreden, satıcı sözleşmede kalan ve üçüncü kişi de sözleşmeyi devralandır.

1. Devrin Yarar Ve Hasarın Geçişine Etkisi

Yarar, satılan şeyde kendiliğinden meydana gelen fazlalıklar, yani satılan şeyden elde edilen ürünler ve diğer gelirlerdir. Hasar ise, satılan şeyin, satıcıya veya alıcıya yükletilemeyen sebeplerden dolayı yok olması veya kötüleşmesi yüzünden teslim borcunun ifasının veya gereği gibi ifanın imkânsızlaşması halinde ortaya çıkan ve satış bedelinin yani semenin kaybı sonucunu doğuran bir tehliktir²³⁹.

Türk Borçlar Kanununa göre yarar ve hasar, taşınırlarda zilyetliğin devriyle birlikte alıcıya geçer (TBK m. 208/ I). Eğer alıcı satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmüşse, zilyetliğin devri gerçekleşmemiş olsa bile yarar ve hasar alıcıya ait olacaktır (TBK m. 208/ II).

²³⁹ Gümüş Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 29; Akıntürk, Kahraman, 2014: 232; Eren, 2015, s. 81- 82.

Sözleşmenin devri esnasında satış konusunun zilyetliği henüz alıcıya devredilmemişse yarar ve hasar satıcıya ait olacaktır. Satıcı, sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devrettiğinde artık yarar ve hasar sözleşmeyi devralana geçer. Fakat, sözleşmenin devriden önce doğan veya devir anında mevcut olup da henüz sona ermemiş olan yarar ve hasar sözleşmeyi devredende yani satıcıda kalmaya devam eder. Örneğin satıcı devir işleminden önce satış konusu koyunun yünlerini kesip bundan yararlanmış ve daha sonra sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devretmişse satıcının koyunun yününü kesip ondan yararlanma fiili sözleşmenin devri anında sona erdiği için söz konusu yarar sözleşmeyi devralana geçmeyecektir. Sözleşmenin devrinde mevcut olmayan veya devirden sonra doğacak olan yarar ve hasarlar sözleşmeyi devralana ait olacaktır.

Satış konusunun zilyetliği sözleşmenin devrinden önce alıcıya teslim edilmişse yarar ve hasar alıcıya ait olacaktır. Alıcı, zilyetliği devraldıktan sonra taşınır satış sözleşmesini devrederse yarar ve hasar devir işleminin geçerli bir biçimde yapılmasıyla sözleşmeyi devralana geçer. Fakat, sözleşmenin devrinden önce doğan veya devir anında mevcut olup da henüz sona ermemiş olan yarar ve hasar sözleşmeyi devralanda yani alıcıda kalmaya devam eder. Sözleşmenin devrinde mevcut olmayan veya devirden sonra doğacak olan yarar ve hasar ise sözleşmeyi devralana ait olur.

2. Devrin Satış Sözleşmesinin Hükümlerine Etkisi

Satıcının, taşınır satış sözleşmesindeki borçları; zilyetliği alıcıya geçirme borcu, satılanı saklama borcu, ayıba karşı tekeffül borcu ve zapta karşı tekeffül borcudur²⁴⁰.

Sözleşme alıcı tarafından devredilirse, satıcı söz konusu borçları sözleşmeyi devralan alıcıya karşı yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Burada satıcının devralana karşı yükümlülüğü devirden sonraki aşamayı kapsar. Ancak devir işleminden önce doğan bir yükümlülük devirden sonra da devam ediyorsa satıcı bu yükümlülüklerden devir anına kadar devredene, devirden sonra da devralana karşı sorumlu olur. Aksine yapılacak anlaşmalar saklıdır.

²⁴⁰ Akıntürk, Kahraman, 2014: 242.

Sözleşmeyi devreden satıcı ise, bu borçların sözleşmeyi devralana geçeceği söylenebilir. Hatta, zilyetliği alıcıya geçirme borcu ve satılanı saklama borcunun devir işlemiyle birlikte herhalde sözleşmeyi devralana geçer.

Peki, ayıba karşı tekeffül borcu ile zapta karşı tekeffül borcundan sözleşmeyi devralanın sorumluluğu ne olacaktır?

Satıcının alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılанда bulunmaması ya da nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından dolayı alıcıya karşı sorumluluğuna satıcının ayıba karşı tekeffül borcu denir (TBK m. 219/ I)²⁴¹.

Satıcı tarafından sözleşmenin üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluğun sözleşmeyi devralana geçeceğini söylemek mümkündür. Gerçekten de ilk olarak, ayıba karşı tekeffül borcunun sorumlusu taşınır sözleşmesinin satıcısıdır ve bu sıfat devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devralana geçmiştir. İkincisi, devir işlemi halefiyet sonucunu doğuran bir işlem olduğundan, ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı sözleşmeyi devredene tam halef olan devralanın sorumlu tutulması gerekir. İşte bu sebeplerden ötürü sözleşmeyi devralan satıcı ayıptan dolayı sorumlu olacaktır. Hatta sözleşmeyi devralan, ayıbın bizzat devredeninin vaat veya işlemlerinden meydana geldiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulama. Zira satıcı, ayıbın varlığını bilmesee dahi alıcıya karşı sorumlu olacaktır (TBK m. 219/ II). Ayıbın bizzat sözleşmeyi devredeninin vaatlerinden ya da onun işlemlerinden meydana gelmesi halinde, sözleşmeyi devralan genel hükümler dairesinde devredene başvurabilir. Fakat bu durum devralan ve devreden arasındaki iç meseledir.

Ayıp durumunda alacaklının sahip olduğu sözleşmeden dönme, semenin indirilmesi, satılan şeyin misli ile değiştirilmesi veya malın ücretsiz tamirini isteme haklarının muhatabı sözleşmeyi devralan satıcıdır.

²⁴¹ Aral, 2014: 114.

Ayıba karşı tekeffülden dolayı açılacak davalar iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m. 231). Fakat satıcı, satış konusunu ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise bu zamanaşımı süresinden yararlanamayacaktır (TBK m. 231/ II). Burada tartışılması gerekli olan husus, ayıp konusunda sözleşmeyi devreden ağır kusurlu ise sözleşmeyi devralanın iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Kanun koyucu, satış konusunun ayıplı olarak devredilmesinde ağır kusurlu olmayı aradığından, sözleşmeyi devralanın iki yıllık zamanaşımından yararlanıp yararlanamayacağı tespit edilirken taşınırın kimin tarafından devredildiği dikkate alınmalıdır. Eğer taşınır, sözleşmenin devrinden önce devreden satıcı tarafından ağır kusurlu bir biçimde devredilmişse, bu durumda devreden ağır kusuru devralana sirayet edecek ve devralana karşı ayıp sonucu açılacak davalar iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olmayacaktır. Satış konusu taşınır teslim edilmemiş olmakla birlikte, sözleşmeyi devreden satıcının, taşınırın ayıbına ilişkin ağır kusuru söz konusu ise ve bu durum sözleşmeyi devralan tarafından taşınırın ayıplı bir biçimde teslim edilmesine neden olmuşsa, devreden satıcının ağır kusuru sözleşmeyi devralana sirayet etmeyecek ve devralana karşı ayıp nedeniyle açılacak davalarda iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu sonucun doğması için devralanın durumu bilmemesi gerekir. Sözleşmeyi devralan satıcı, satım konusunu kendi ağır kusuruyla alıcıya devretmişse bu durumda iki yıllık zamanaşımından yararlanamayacak; alıcı, devralan satıcıya karşı her zaman ayıptan dolayı dava açabilecektir.

Sözleşmeyi devralan satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan başka karşılaşılabileceği bir diğer borç da zapta karşı tekeffül borcudur. Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa, satıcının bundan dolayı alıcıya karşı sorumluluğuna zapta karşı tekeffül borcu denir (TBK. m. 214/ I).

Bununla birlikte alıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada zapt tehlikesinin var olduğundan, yani satılan şey üzerinde üçüncü kişinin böyle bir hakkı bulunduğundan haberdar idiyse, satıcı ayrıca taahhüt etmiş olmadıkça sorumlu olmayacaktır²⁴² (TBK m. 214).

²⁴² Akıntürk, Kahraman, 2014: 245.

Satıcının zapta karşı tekeffül borcu²⁴³, taşınır satış sözleşmesinin bünyesine ve ruhuna uygun olarak doğrudan doğruya kanundan kaynaklandığı için, satıcının sözleşmeyi devretmesi halinde, sözleşmeyi devralan satıcı da alıcıya karşı zapttan dolayı kanun gereği sorumlu olacaktır.

Bundan başka, taşınır satış sözleşmesi, alıcıya sözleşmenin bedelini ödeme borcu ile satılanı teslim alma borcunu yükler. Sözleşmeyi devreden satıcı olduğu ihtimalde, alıcı söz konusu borçlarından dolayı sözleşmenin devrine ilişkin genel hükümler çerçevesinde sözleşmeyi devralan satıcıya karşı aynen sorumludur. Sözleşmeyi alıcı taraf devretmişse sözleşmeyi devralan, satıcıya sözleşmenin bedelini ödemek ve satılanı teslim alma borcu altındadır. Eğer, sözleşme bedeli sözleşmeyi devreden alıcı tarafından satıcıya ödenmişse, bu durumda sözleşmeyi devralan sözleşme bedelini ödeme borcu altında değildir. Sözleşmeyi devreden tarafından kısmi ödeme yapılması halinde sözleşmeyi devralan, ödenen kısım kadar bedel ödeme borcundan kurtulur. Satılanı teslim alma borcu da, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devralan alıcıya geçer. Eğer, devralan alıcı sözleşme konusunu teslim almada temerrüde düşerse satıcıya karşı, alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Eğer, sözleşmeyi devreden alıcı, sözleşmeyi devretmeden önce temerrüde düşmüşse, devralan alıcı bu temerrüt halinden sorumlu olacaktır.

B. TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Taşınmaz satışı, Türk Medeni Kanununda taşınmaz sayılan şeylerin satışudur. Buna göre, Türk Medeni Kanununda taşınmaz olarak sayılan arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümlerin (TMK m. 704) satışına ilişkin sözleşmeler taşınmaz satış sözleşmesidir.

Taşınmaz satış sözleşmeleri, tıpkı taşınır satış sözleşmeleri gibi üçüncü bir kişiye devredilebilir. Bu sözleşmenin devredilmesinin alıcı ya da satıcı tarafından olmasının herhangi bir önemi yoktur. Taşınmaz satış sözleşmesi bir taahhüt işlemi olması sebebiyle satıcının sözleşmeyi taşınmazın maliki dışında üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Zira, taşınmazın mülkiyetinin geçişi tapu kütüğüne tescil işlemiyle olur. Tescil işlemi ise, sözleşmeden ayrı bir kurumdur ve yapılabilmesi için

²⁴³ Eren, 2014: 106; Gümüş, 2015: 61.

yetkili kişinin tescil talebinde bulunması ve talepte bulunanın tasarruf yetkisi ile tescilin sebebini belgelendirmesi gerekir. Tescilin sebebini ise taşınmaz satış sözleşmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, taşınmaz satış sözleşmesi doğrudan doğruya tescil sonucunu doğurmayacağından ve taahhüt işlemi olmasından dolayı devredilmesi mümkündür. Taşınmaz satış sözleşmesinin devredilmesi halinde asıl sözleşme ile devre ilişkin sözleşme tescil sebebi olarak tapu memurlarına verilmelidir.

Taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlanmıştır. Buna göre taşınmaz satışı tapu memurlarınca düzenlenecek sözleşme ile yapılır (Tapu Kanunu m. 26). Dolayısıyla, taşınmaz satış sözleşmelerinin devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için devir sözleşmesinin de tapuda resmi memurlar tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Tapuda resmi senet yapıldıktan sonra taşınmaz satış sözleşmesi devredilmiş olur²⁴⁴.

Taşınmaz satış sözleşmelerinde yarar ve hasarın geçişi taşınırlardan farklı olarak tescille söz konusu olur. Taşınır satış sözleşmelerinin devri tescil sonucunu doğurmayacağından, sözleşmenin devredilmesi halinde yarar ve hasarın geçişinin ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur²⁴⁵.

²⁴⁴ Eren, 2014: 208- 210.

²⁴⁵ Gümüş, 2015: 114.

II. KİRA SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanılmasıyla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan bedeli ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 299).

Kullandırma amacı güden kira sözleşmesi ivazlıdır ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tanımından da anlaşılacağı üzere bu sözleşmeyle kiraya veren bir şeyin kullanılmasını veya kullanılmasıyla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakma, kiracı da kararlaştırılan kira bedelini kiraya verene ödeme borcu altına girmektedir.

Uygulamada en sık başvurulanan sözleşme tiplerinden birisi olan kira sözleşmesinin devrine TBK imkân tanımış, hatta “Kira İlişkisinin Devri” başlığını taşıyan 323’ncü maddesiyle kira sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemiştir²⁴⁶. Bu düzenleme, hem taşınır kiralarda hem taşınmaz kiralarda hem de konut ve çatılı işyeri kiralarda uygulama alanı bulur.

Kira sözleşmesinin devri için kanun özel bir hüküm olarak 323’ncü maddeyi sevk ettiğinden, kira ilişkisinin devrinde öncelikli olarak bu hüküm uygulama alanı

²⁴⁶ TBK m. 323 hükmünün TBK m. 205 anlamında sözleşmenin devri olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüş, 323’ncü maddenin birinci fıkrası değerlendirildiğinde kiraya verenin kira ilişkisinin devrinde taraf sıfatına sahip olmadığı, sadece devrin geçerli bir biçimde gerçekleşmesi için onayını vermesi gerektiği, bu nedenle de 323’ncü maddenin TBK m. 205 anlamında bir sözleşmenin devri ilişkisi olmadığını savunmaktadır. Fakat, bizimde katıldığımız baskın görüşe göre, sırf buradan hareketle, TBK m. 323’ün, TBK m. 205 anlamında bir sözleşmenin devri ilişkisi olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira, TBK m. 205 hükmü birinci fıkrasında sözleşmenin devrini üç taraflı bir işlem olarak düzenledikten sonra 2’nci fıkrasında “ Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir” diyerek, sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği izin veya sonradan vereceği icazet ile sözleşmenin devri ilişkisinin kurulabileceğini düzenlemiştir. İlgili hüküm, sözleşmenin devrinin, sözleşmede kalan tarafından rıza verilmesiyle yapılması halinde sözleşmede kalanı taraf sıfatından çıkartarak, onu sadece rızasına başvuran bir kişi olarak düzenlememiştir. Bu bakımdan 323’ncü maddede kiraya verenin onayının alınmasının düzenlenmiş olması, bu hükmün TBK m. 205 anlamında bir sözleşmenin devri olduğunu kabul etmeye engel değildir. Gerçekten de Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Yüksek mahkeme verdiği bir kararında, “ kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine üçüncü bir kişiyi (davacıyı) ikame ettiği, bu hukuksal olguyu cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmakta olup, bu halde, üç taraflı ve kendine özgü bir biçimde sözleşmenin yüklenilmesi (devri) ilişkisinin varlığının kabulü gerekmektedir (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.10.2014 tarih ve 2004/ 9625 Esas ve 2004/ 10945 Karar sayılı kararı)” diyerek bu durumu henüz TBK yürürlüğe konulmadan önce açıklamıştır. Kanımızca, söz konusu karar TBK’na da uygundur (Topuz, Canbolat, 2011: 102).

bulacaktır²⁴⁷. Hükümün uygulanmasında bir boşluk bulunması halinde TBK m. 205 hükmü genel hüküm olarak devreye girecek ve kira ilişkisinin devrine uygulanacaktır. Bu durum özel kanunun genel kanuna öncelikli olarak tercih edilmesinin doğal bir sonucudur.

Kira ilişkisinin devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için belirli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. TBK m. 323/ I' de, kira ilişkisinin devrine ilişkin şartlar düzenlenmiş olmakla birlikte, bunlar geçerli bir devir için tek başına yeterli değildir. Zira kira ilişkisinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için TBK m. 323/ I hükmü dışında TBK m. 205 hükmüne de uygun olması gerekmektedir. Buna göre, kira ilişkisinin (ya da sözleşmesinin) devrinin şartları şunlardır:

Kira ilişkisinin devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için her şeyden önce ortada mevcut ve geçerli bir kira sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Bu şart Kanunda açıkça yer almasa da devrin ruhu bakımından gereklidir. Zira, ortada devre konu olabilecek mevcut ve devri mümkün olabilecek geçerli bir kira sözleşmesi yoksa kira ilişkisinin devrinden söz etmek de mümkün değildir.

Geçerli bir devir için tarafların kira ilişkisinin devrine uygun irade beyanlarını karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklaması gerekmektedir²⁴⁸. Zira, kira ilişkisinin devri de esas itibarıyla bir sözleşmedir ve her sözleşme gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Kira ilişkisinin devri işleminin tarafları TBK m. 205/ I hükmü gereğince, kiraya veren, kiracı ve sözleşmeyi devralmak isteyen üçüncü kişidir. Kiraya veren sözleşmede kalan; kiracı sözleşmeyi devreden konumundadır. Kira ilişkisinin devrinde tarafların birbirine uygun irade beyanlarını karşılıklı olarak açıklamalarının ilk yolu üç taraflı bir devir sözleşmesi yapmaktır. Yani, kiraya veren, kiracı ve sözleşmeyi devralan üçüncü kişi beraberce devir sözleşmesi akdederek kira ilişkisini devredebilirler (TBK m. 205/ I). Kira ilişkisinin geçerli bir biçimde devredilmesinin ikinci yolu, sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği izne dayanılarak sözleşmeyi devreden ve devralan arasında devir sözleşmesinin yapılması halidir (TBK m. 205/ II). Sözleşmenin devrinin genel hükümlerine göre, sözleşmede kalan tarafından verilecek izin herhangi bir şekil

²⁴⁷ Söz konusu hüküm 205'nci maddeyle birlikte kira ilişkisinde kiracı tarafın değişmesi halinde uygulama alanı bulur. Kiraya veren tarafın değişmesi hali madde hükmü dışındadır.

²⁴⁸ Gümüş, 2015: 232- 233, Eren, 2014: 344.

şartına bağlı değildir. Fakat TBK m. 323 hükmüne göre, sözleşmede kalan kiraya verenin, devre uygun iznini yazılı olarak vermesi şarttır. Devre konu olan kira sözleşmesi sözlü olarak kurulmuş olsa dahi sözleşmenin devri için kiraya veren tarafından verilen izin yazılı olmalıdır. Kira sözleşmesinin devrinin üçüncü yolu ise, sözleşmeyi devreden (kiracı) ile sözleşmeyi devralan (yeni kiracı) arasında yapılan devir sözleşmesine, sözleşmede kalan tarafın (kiraya verenin) yazılı olarak rıza göstermesi halidir (TBK m. 323/ I; 205/ II). Sözleşmenin devrinin genel hükümlerine göre sözleşmede kalan taraf, devre rıza gösterip göstermemekte serbesttir ve onu devre rıza göstermeye zorlayacak bir mekanizma da öngörülmüş değildir. Fakat, TBK m. 323/ I hükmünün ikinci cümlesinde, kiraya veren, işyeri kiralarda haklı sebep²⁴⁹ olmadıkça devre uygun rızayı vermek zorundadır diyerek, işyeri kiralarda kiraya verenin sözleşmenin devrine ilişkin açıklayacağı irade beyanı noktasında bir sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre, kiraya veren ancak haklı sebep mevcutsa kira ilişkisinin devrine rıza göstermeyebilir. Aksi takdirde kiraya veren, işyeri kiralarda devre rıza göstermek zorundadır. Bu durum, sözleşmenin devri ile kira ilişkisinin devri arasındaki en büyük farklılıklardan birisidir.

Kira ilişkisinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart, devir işleminin sözleşmeden doğan bütün hak ve borçları kapsamasıdır. Devir anlaşması kira sözleşmesinden kaynaklanan bütün hak ve borçları kapsamıyorsa, sözleşme devredilmiş olmaz.

Yukarıda sayılan şartlar tamam olduğunda sözleşme geçerli bir biçimde devredilmiş olur. Sözleşmenin devriyle birlikte taraf değişikliği meydana gelir. Kiraya veren sözleşmede kalmaya devam ederken, kira ilişkisini devreden kiracı, kiracılık sıfatını kaybeder ve onun yerine sözleşmeyi devralan üçüncü kişi kiracı sıfatıyla sözleşmeyi

²⁴⁹ Haklı sebeplerin ne olduğu kanunda ayrıca düzenlenmiş değildir. Haklı sebeplerin neler olduğu, TMK m. 2/ I hükmü yani doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre belirlenir ve hakim tarafından takdir edilir. Bu takdir yapılırken, kiraya verenin onaydan kaçınabileceğinden beklenilip beklenilmeyeceği de değerlendirilmelidir. Haklı sebeplere ilişkin olarak şu örnekler verilebilir: Kira ilişkisinin devri durumunda kira konusunu devralacak üçüncü kişinin, kira konusunu kiraya veren ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye uygun kullanılmayacağı ve bu anlamda kira konusunun kullanım tarzının değiştirileceğinin öngörülmesi karşısında kiraya verenden kira ilişkisinin devrine onay vermesi haklı olarak beklenemez. Ancak bu sebeple kiraya verenin kira ilişkisinin devrinden kaçınabilmesi için, kira ilişkisini devralacak olanın kiralananın kullanım tarzını önemli ölçüde değiştirecek olması gerekir. Bir başka örnek olarak, kira sözleşmesi kiracının şahsı göz önünde bulundurularak yapılmış ise ve bu anlamda olmak üzere, kiracının iş hayatındaki saygınlığı sebebiyle sözleşmeye kiracıya daha fazla hak sağlayan özel hükümler konulmuş olması durumunda, kiraya verenden kira ilişkisini üçüncü kişiye devretmesi yine kendisinden beklenemez (Aynen Nakil: Topuz, Canbolat, 2011: 110).

devam ettirir. Bunun dışında devrin, asıl sözleşmenin içeriğine bir etkisi yoktur. Bu bağlamda, sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı, tarzı, özgüleme amacı, sözleşmenin süresi ve kira bedelinde herhangi bir değişiklik olmaz.

Sözleşmenin devriyle birlikte, devreden kiracının kira ilişkisinden dolayı sahip olduğu bütün hak ve borçlar artık ilişkiyi devralan kiracıya geçer. Bu bağlamda, devralan kiracı, kira bedelini ödeme, kiralanan sözleşmeye uygun olarak kullanma, komşulara özenle davranma gibi konularda kiraya verene karşı sorumlu olur. Aynı şekilde, kiraya veren kanun ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, devreden kiracıya karşı sahip olduğu sorumlulukları bundan böyle devralan kiracıya karşı yerine getirme yükümlülüğü altındadır²⁵⁰.

Devir işleminden önce doğmuş ve sona ermiş veya devir işleminden önce doğmuş olmakla birlikte etkisini hala devam ettiren borçlardan dolayı sorumluluk sözleşmeyi devreden kiracıya aittir. Örneğin, devir işleminden önceki dönemlere ait ödenmemiş kira borçlarından dolayı sorumluluk sözleşmeyi devreden kiracıya aittir.

Öte yandan, devrin gerçekleşmesiyle birlikte, sözleşmeyi devreden kiracı, kiraya verene karşı devir işleminden sonra doğacak olan borçlarından da kural olarak kurtulur (TBK m. 323/ II). Fakat, kanun koyucu, sözleşmenin devrine ilişkin genel hükümlerden ayrılarak işyeri kiralarına özgü bir düzenleme sevk etmiştir. Aslında bu hüküm kiraya verenin, işyeri kiralarında haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınamayacağına ilişkin TBK m. 323/ I hükmünün oluşturduğu menfaatler arası çatışmayı gidererek özel menfaatleri dengeleme amacına hizmet etmektedir. Buna göre, işyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve herhalde devir işleminden itibaren iki yıl süreyle devralanın kiraya verene olan borçlardan dolayı devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur (TBK m. 323/ III). Burada devreden kiracının, kiraya verene karşı devralan ile birlikte müteselsilen sorumlu olma halinin kısa ve uzun süreli zamanaşımına bağlandığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda, devreden sözleşme süresi boyunca kiraya verene karşı devralanla birlikte müteselsilen sorumludur. Fakat, sözleşmenin süresi iki yıldan daha uzunsa bu durumda sorumluluk devir işleminin meydana geldiği tarihten itibaren iki yıl ile sınırlı olacaktır.

²⁵⁰ Topuz, Canbolat, 2011: 119.

Bütün bu açıklamalarımızın haricindeki durumlarda, kira ilişkisinin devrinde tamamıyla TBK m. 205 hükümleri uygulanacaktır. Yukarıda bu durumları tek tek ve ayrıntılı olarak incelediğimizden bunları tekrar burada ifade etmiyoruz.



III. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin, diğerine karşı bir işin yönetilmesini veya bir hizmetin görülmesini yüklediği sözleşmedir (TBK m. 502/ I). Sözleşmeyle işin yönetilmesi veya hizmetin görülmesi yükümlülüğü altına giren tarafa vekil, diğer tarafa müvekkil ya da vekâlet veren denir.

Esas itibariyle vekâlet sözleşmesinin çeşitli türleri mevcuttur. Kanun koyucu adi vekâlet sözleşmesini düzenledikten sonra kredi mektubu, kredi emri, simsarlık gibi vekalet sözleşmesinin özel hallerini düzenlemiştir²⁵¹. Ancak burada sadece adi vekâlet sözleşmesinin devri inceleme konusu yapılacaktır. Diğer özel vekâlet türleri çalışmamızın ana muhtevası gereğince inceleme konusu yapılmayacaktır. Fakat, burada yapılan açıklamalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde diğer vekâlet türlerine de uygulanabilecek niteliktedir.

İş görme amacını güden vekâlet sözleşmesi ivazlı olarak yapılabilceği gibi ivazsız olarak da yapılabilir. Yani, vekil üstlendiği iş herhangi bir karşılık almadan ücretsiz olarak görebilir²⁵².

Vekâlet sözleşmesinin devredilebilirliği yabancı doktrinde tartışma çıkarmıştır. Doktrindeki bir görüş, vekâlet sözleşmesinin Roma Hukukundan gelen öz haliyle değerlendirilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, vekâlet sözleşmesinin tarafları arasında bir güven duygusunun bulunduğunu, diğer sözleşmelerden farklı olarak bu güven duygusunun çok önemli olduğunu, bu nedenle de vekâlet sözleşmesinin devrine olanak sağlanması halinde bu güven duygusunun ortadan kalkacağını ve sözleşmenin kendine has unsurunu kaybedeceğini ifade ederek vekâlet sözleşmesinin devrinin mümkün olmadığını kabul etmiştir²⁵³. Fakat bu görüş kanımızca doğru değildir. Bir kere, vekâlet sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle her şeyden önce bir taahhüt işlemidir. Diğer taahhüt işlemlerinde olduğu gibi vekâlet sözleşmesinin de bu niteliği açısından devrine bir engel bulunmamaktadır. İkincisi, vekâlet sözleşmesi taraflardan birine bir işi görmeyi diğer tarafa da çoğu zaman bir bedel ödemeyi

²⁵¹ Gümüş, 2015: 121, Eren, 2014: 698.

²⁵² Eren, 2014: 700, Gümüş, 2015: 123.

²⁵³ Cane, Rose, 2008: 342.

yüklediğinden, taraflar arasında borç doğurur niteliğe sahip bir sözleşmedir ve kural olarak borç doğuran her sözleşmeye tanınan devir imkânı vekâlet sözleşmesine de tanınmalıdır. Üçüncüsü, vekâlet sözleşmesinin devredilmesi kanun tarafından yasaklanmamıştır. Bu nedenle sırf felsefi açıdan değerlendirilerek vekâlet sözleşmesinin devredilemeyeceğini söylemek mümkün değildir. Dördüncü olarak, sözleşmenin devrinde hem sözleşmede kalan hem de sözleşmeyi devreden tarafın rızası gerekmektedir. Eğer söz konusu tarafların devre rızası yoksa bu durumda sözleşmenin devri işlemi de gerçekleşmiş olmaz. İşte bu sebeple, sözleşmenin devrinin taraflar arasındaki güven duygusunu ya da kendine has kişisel ilişkiyi sona erdirdiğini ya da bunu örseleyeceğini söylemek mümkün değildir. Zira sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalan taraflar, yani devre konu sözleşmenin tarafları, devre uygun rızasını gösterdiği anda vekâlet sözleşmesine has güven duygusu devre ilişkin sözleşmede de kurulmuş olur ki; bu da vekâlet sözleşmesinde aranan karşılıklı güven duygusunun sağlanması anlamına gelir. İşte saydığımız bu sebeplerle vekâlet sözleşmesinin devri mümkündür²⁵⁴. İngiliz yüksek mahkemesi başlangıçta ilk görüşü kabul etmiş ve vekâlet sözleşmesinin devrine imkân tanımamıştır. Fakat yüksek mahkeme daha sonra söz konusu kararından dönerek vekâlet sözleşmesinin devredilebilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır²⁵⁵.

Yukarıdaki bütün anlattıklarımızdan da anlaşıldığı üzere vekâlet sözleşmesinin TBK m. 205 (sözleşmenin devri) hükümlerine göre devri kural olarak mümkündür. İş görme amacına hizmet eden vekâlet sözleşmesinin vekil tarafının veya müvekkil tarafının sözleşmeyi devretmesi bakımından ayrıksı bir durum söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin vekil tarafı da müvekkil tarafı da sözleşmedeki taraf sıfatını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Vekâlet sözleşmesinin genel mahiyette veya özel mahiyette olması devredilmesine engel teşkil etmez. Vekilin genel olarak yetkilendirildiği vekâletnameye genel; özel olarak yetkilendirildiği vekâletnameye ise özel vekâletname denir. Gerçekten de kanun koyucu dava açmak, sulh olmak, kambiyo taahhüdünde bulunmak gibi bazı işlerde vekilin özel olarak yetkilendirilmesini öngörmüştür (TBK m.504/ III).

²⁵⁴ Kluwers, 2010: 56, Thorpe, Baily, 1999: 227.

²⁵⁵ Cane, Rose, 2008: 344.

Vekâletname ister genel isterse özel mahiyette olsun TBK m. 205 hükmü uyarınca devredilmesi mümkündür.

Vekâlet sözleşmesinin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için, öncelikle taraflar arasında mevcut ve geçerli bir vekâlet sözleşmesinin bulunması gerekir. Mevcut bir vekâlet sözleşmesi söz konusu değilse; bunun devri de mümkün olmaz. Söz gelimi, taraflar ileride kurulması muhtemel olan bir vekâlet sözleşmesini henüz kurulmadan devredemeyecektir. Öte yandan devredilmek istenen vekâlet sözleşmesinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için devre konu vekâlet sözleşmesinin geçerli olması da gerekir. Eğer ortada geçerli bir vekâlet sözleşmesi mevcut değilse, bu durumda genel hükümler uygulanacak ve kural olarak sözleşme devredilemeyecektir²⁵⁶.

Vekâlet sözleşmesinin devredilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da sözleşmenin konusunun devredilebilir olmasıdır. Fakat bu şart, vekâlet sözleşmesi bakımından çoğu zaman olumsuz bir şart niteliği oluşturmaz.

Vekâlet sözleşmesinin devri için tarafların geçerli bir devir sözleşmesi yapmaları yani devre uygun irade beyanlarını birbirine uygun ve karşılıklı olarak açıklamaları gerekir. Devir sözleşmesi bütün hak ve borçları kapsadığında ve iradeler karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklandığında vekâlet sözleşmesi devredilmiş olur.

Vekilin işi görmeye resmen yetkilendirilmiş olması veya işin görülmesi vekilin mesleki faaliyetinin icrasına ihtiyaç duyulması durumunda, sözleşme vekil tarafından devredilecekse, sözleşmeyi devralan kişinin, sözleşmeyi devreden vekilin sahip olduğu niteliklere sahip olması zorunludur. Yani, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan iş görmeye vekil resmen yetkilendirilmişse sözleşmeyi devralan kişi de söz konusu işi görmekte resmen yetkilendirilmiş olmalıdır. Aynı durum vekilin mesleki faaliyetini icra ettiği durumlarda da geçerlidir. Böyle bir durumda da sözleşmeyi devralacak olan üçüncü kişi söz konusu işi görme noktasında ilgili mesleki faaliyete memur olmalıdır. Aksi takdirde sözleşmenin vekil tarafından başka bir üçüncü kişiye devredilmesi mümkün değildir. Mesela, Avukatlık Kanunu'na göre müvekkil adına dava açma, davayı takip etme, icra takibine başlama veya takibe devam etme tekeli vekil olarak avukatlara aittir. Avukatlar söz konusu işleri yapma konusunda resmen yetkili kılınmışlardır. Eğer sözleşme, vekil tarafı olan avukatça üçüncü bir kişiye

²⁵⁶ Bkz. Dn. 59 vd.

devredilmek istenirse, bu durumda sözleşmeyi devralacak olan üçüncü kişinin de söz konusu işleri görmeye resmen yetkilendirilmiş olan bir avukat olması gerekir. Bundan başka, avukat vekâlet sözleşmesini avukatlık ehliyetine sahip olmayan üçüncü bir kişiye devredemeyecektir. Mesela, hâkim olarak atanan bir avukat, daha önce almış olduğu vekâletnameleri ya sonlandırmak ya da başka bir üçüncü kişiye devretmek zorundadır. Eğer, hâkim olarak atanan avukat daha önce aldığı avukatlık vekâletnamelerini üçüncü bir kişiye devretmek isterse, bu durumda vekâlet sözleşmesini devredeceği üçüncü kişinin de avukat olması şarttır. Söz gelimi avukat bu sözleşmeleri bir kâtibe ya da hukuk fakültesi öğrencisine devredemez. Aynı durum vekâlet sözleşmesinin vekil tarafının doktor olduğu durumlarda da söz konusudur. Eğer hasta ile doktor arasında bir tedavinin yapılmasına ilişkin bir vekâlet sözleşmesi varsa ve sözleşmenin vekil tarafı olan doktorca sözleşme devredilmek istenirse, sözleşmeyi devralacak olan üçüncü kişinin de devredenle aynı uzmanlığa sahip olan bir doktor olması gereklidir. Bunun dışında doktor vekâlet sözleşmesini söz konusu mesleki faaliyeti icra etmeye memur olmayan üçüncü bir kişiye devredemez. Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ile verdiğimiz örneklerde unutulmaması gerekli olan bir diğer husus, sözleşmenin devrinin ancak sözleşmede kalan tarafın rızasıyla mümkün olabilmesidir. Avukatın sözleşmeyi bir avukata veya doktorun sözleşmeyi kendisiyle aynı niteliklere sahip olan başka bir doktora devretmek istemesine rağmen, bu devre sözleşmede kalan tarafından rıza gösterilmezse devir işlemi gerçekleşmiş olmayacaktır.

Sözleşmenin vekil tarafının sözleşmenin konusunu oluşturan işi görmeye resmen yetkilendirilmiş olması veya onun mesleki faaliyetinin bir ürünü olması durumunda sözleşme, müvekkil tarafından devredilmek istenirse burada herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Yani sözleşmenin müvekkil tarafı, vekilin de rızasıyla sözleşmeyi dilediği üçüncü kişiye devredebilir.

Devlet, il özel idaresi, belediye veya kamu tüzel kişilerinin resmi olarak görevlendirdiği gerçek veya tüzel kişilerin, bir kamu hizmetinin görülmesine yönelik olarak vekil olarak bulunduğu ilişkiler vekâlet sözleşmesi sayılamayacağından²⁵⁷ bu ilişkinin TBK m. 205 hükmüne göre devredilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu ilişki artık özel hukuk ilişkisi olmaktan çıkmıştır. Kişinin bir işi yapmaya resmen

²⁵⁷ Gümüş, 2015: 122.

yetkili kılınmış olması farklı şeydir kamu hizmetini ifa amacıyla bizzat devlet tarafından görevlendirilmesi farklı şeydir²⁵⁸.

Yukarıda ifade ettiğimiz şartlar tamam olduğunda, vekâlet sözleşmesi geçerli bir biçimde devredilmiş olur ve bu devirle birlikte taraf değişikliği meydana gelir. Sözleşmeyi devreden sözleşmedeki taraf sıfatını kaybeder; onun taraf sıfatlığının yerini bundan böyle sözleşmeyi devralan alır. Sözleşmede kalan taraf ise vekâlet sözleşmesinde taraf sıfatı olmaya devam eder.

Bundan başka devir işlemi, vekâlet sözleşmesinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Vekâlet ilişkisinin kapsamı yine devre konu olan sözleşmenin içeriğine göre belirlemeye devam eder. Fakat sözleşme müvekkil tarafından devredilmişse, bundan böyle vekil ilişkisinin içeriğinin belirlenmesinde sözleşmeyi devralan müvekkilin buyrukları da dikkate alınır.

Sözleşme vekil tarafından devredilmişse, sözleşmeyi devralan vekil, sözleşmenin konusu olan işi gereken dikkat ve özeni göstererek kendisine duyulan güvene uygun bir biçimde kural olarak bizzat görmek zorundadır. Fakat, müvekkilin işi başkasına gördürmeye izin verdiği veya halin icaplarından işin başkasına gördürülmesinin mümkün olduğu ya da örf ve adetin izin verdiği durumlarda devralan vekil, kendi yerine başkasını tevkil ederek işi ona gördürebilir (TBK m. 506/ I). Sözleşmeyi devralan vekil bundan başka, müvekkile karşı sadakatle davranmak, vekillik ilişkisi sebebiyle öğrendiği sırları saklamak ve onun talimatlarına uymakla da yükümlüdür. Sözleşmeyi devreden vekil ise devir işleminden sonra doğacak bütün bu borçlardan sözleşmenin devriyle birlikte kurtulacaktır. Fakat sözleşmeyi devreden vekil, devir öncesinde doğan borçlardan dolayı sorumlu olmaya devam eder. Sözgelimi sözleşmeyi devreden vekil, kendi döneminde (yani devir işleminden önceki dönemde) vekâlet ilişkisi sebebiyle öğrendiği sırları saklama borcu altında olmaya devam eder ve bu borcun ihlal edilmesi halinde bizzat sözleşmede kalan müvekkile karşı sorumlu olur. Sözleşmede kalan müvekkil ise sözleşme ile sahip olduğu

²⁵⁸ Yargıtay kamu hastaneleri ile hasta arasındaki ilişkiyi bir vekalet ilişkisi olarak kabul ederek hastaya verilen zararlardan dolayı hekim aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabileceğine hükmetmektedir (Gümüş, 2015: 122).

yükümlölükleri bundan böyle sözleşmeyi devralana karşı yerine getirmek zorundadır²⁵⁹.

En nihayetinde sözleşme, müvekkil tarafından devredilmişse, sözleşmede kararlaştırılan veya örf adetçe belirlenen yükümlölükleri vekile karşı bundan böyle sözleşmeyi devralan müvekkil yerine getirmekle yükümlüdür. Söz gelimi, sözleşmede kararlaştırılan vekâlet ücretinin ödenmesi konusunda sözleşmeyi devralan müvekkil sorumludur (TBK m. 511).



²⁵⁹ Akıntürk, Kahraman, 2014: 315- 316.

IV. BAĞIŞLAMA SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın, bağışlanana malvarlığından karşılıksız bir kazandırmada bulunmayı taahhüt ettiği sözleşmedir²⁶⁰.

Bağışlama sözleşmesiyle bir kimse, malvarlığının tamamını veya bir kısmını karşılık beklemeden diğer bir kimseye devretmeyi taahhüt eder. Gerçekten de bu durum TBK m. 285’de şu şekilde düzenlenmiştir: “ Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir” (TBK m. 285/ I).

Bütün bu açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere bağışlama sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle bağışlayan taraf bağışlamanın konusunu bağışlanana devretme yükümlülüğü altına girmişken; bağışlanan taraf kural olarak herhangi bir yükümlülük altına girmiş olmaz.

Bağışlama sözleşmesi satış gibi mülkiyetin devri amacını güder ve satış sözleşmesinin konusu olabilecek her şey bağışlama sözleşmesinin de konusu olabilir. Buna ilaveten sadece maddi şeyler değil, malvarlıksal bir değer taşıyan her türlü haklar bağışlanabilir²⁶¹.

Bağışlama sözleşmesi amacı ve konusu bakımından satış sözleşmesiyle aynı niteliklere sahip bir sözleşmedir.

Bağışlama işleminin TBK m. 205 hükümlerine göre devredilip devredilemeyeceği değerlendirilirken ikili bir ayırım yapmakta fayda vardır. Bağışlama işleminin doğrudan doğruya tasarruf işlemi şeklinde cereyan ettiği elden bağışlama hali ile bağışlama taahhüdü ayrı ayrı incelenerek bir sonuca varmak gerekmektedir.

Bağışlama işlemi, bağışlama konusu olan şeyin bağışlayan tarafından bağışlanana teslim edilmesiyle kuruluyorsa burada bir elden bağışlama söz konusu olur ki elden bağışlama hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Zira elden bağışlama halinde taahhüt işlemiyle tasarruf işlemi arasına bir teksif (aralık) girmemekte,

²⁶⁰ Aral, 2014:163.

²⁶¹ Akıntürk, Kahraman, 2014: 255.

bağışlamanın konusu doğrudan doğruya bağışlanana teslim edilerek tasarrufta bulunmaktadır. Çünkü, elden bağışlama, bağışlayanın bir taşınırını bağışlanana teslim etmesiyle kurulmuş olur (TBK m. 289). Sözleşmenin devrine sadece taahhüt işlemleri söz konusu olabileceğinden, tasarruf işlemi niteliğinde olan elden bağışlamanın TBK m. 205 hükümleri çerçevesinde devredilmesi ise mümkün gözükmemektedir.

Bağışlayanın bağışlama konusu olan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini bağışlanana devretmeyi üstlendiği durumlara bağışlama taahhüdü ya da bağışlama sözü verme denir. Elden bağışlamada sözleşmenin kurulması ile bağışlayanın borcunu ifa etmesi işlemleri aynı anda gerçekleştiği halde, bağışlama taahhüdünde bu iki işlem farklı anlarda gerçekleşir. Esas itibariyle bağışlama sözleşmesinden kasıt da bağışlama taahhüdü ya da bağışlama sözü verme işlemidir ve bağışlama taahhüdü ya da sözleşmesinin TBK m. 205 hükümleri çerçevesinde devri mümkündür.

Aşağıda ayrıca incelenecek olmakla birlikte, bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama, yüklemeli bağışlama ve bağışlanana dönme koşuluyla yapılan bağışlama niteliği itibariyle bir taahhüt işlemi şeklinde cereyan etmişse bunların da sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilmesi mümkündür.

Sözleşme, bağışlayan tarafından devredilirse bu durumda sözleşmeyi devralan, bağışlanana karşı bağışlama taahhüdünü yerine getirme borcu altına girmiş olacaktır. Yani bundan böyle bağışlanana, bağışlama konusunu teslim etme borcu sözleşmeyi devralan bağışlayana ait olacaktır.

Sözleşmenin bağışlanan tarafından devredilmesi halinde ise, bundan böyle bağışlayan, sözleşmeyi devralana karşı bağışlama taahhüdünü yerine getirmiş olacak ve eğer bağışlayan taahhüdünü yerine getirmezse, sözleşmeyi devralan bağışlayandan sözleşmenin ifa edilmesini isteyebilecektir. Bağışlayan ayrıca kötü ifa, ayıplı ifa ve zapttan dolayı genel hükümler dairesinde sözleşmeyi devralana karşı sorumlu olacaktır (TBK m. 259).

Bağışlayanın sözleşmeyi devretmesi halinde bağışlananın, bağışlananın sözleşmeyi devretmesi halinde de bağışlayanın devre uygun rızasını beyan etmesi gerektiğinden yukarıdaki sonuçların gerçekleşmesi bakımından bağışlama sözleşmesinin ayrıksı bir durumu söz konusu değildir.

İfa genel olarak borcu sona erdiren haller arasındadır. Fakat bağışlama sözleşmesinde (bağışlama taahhüdü ya da bağışlama sözü vermede) bağışlama konusunun ifası; (yüklemeli bağış²⁶², bağışlayanın ölümüne bağlı bağış ya da bağışlanana dönme koşuluyla bağış halleri hariç olmak üzere) genellikle borç ilişkisini de sona erdirir. Dolayısıyla, bağışlayanın ifası sebebiyle borç ilişkisi sona ermiş ise sözleşmenin devrinden artık söz edilemez. Zira, sözleşmenin devri için ortada halen mevcut ve geçerli olan bir borç ilişkisi aranır. Böyle bir borç ilişkisi olmaksızın sözleşmenin devrinden söz edilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak, mesela yüklemeli bağışlama halinde, bağışlayan tarafından edim ifa edilmiş olsa bile yükleme yerine getirilinceye kadar borç ilişkisinin devam ettiği söylenebilir. Borç ilişkisinin devam ettiği böyle bir durumda ise pratik açıdan pek bir değeri olmasa da yüklemeli sözleşmenin bu haliyle devredilebileceğini teorikte kabul etmek gerekmektedir.

Yüklemeli bağışlama, bağışlayanın bağışlamasına bir yükleme koyduğu bağışlamadır. Bu tür bağışlamada, bağışlanana yüklenmiş ve onun tarafından yerine getirilmesi istenebilecek olan yükleme, bir karşı edim elde etmek amacıyla öngörülmemektedir. Yüklemeli bağışlama elden bağışlama şeklinde gerçekleşebileceği gibi bağışlama taahhüdü şeklinde de gerçekleşebilir. Böyle bir durumda yüklemeli bağışlamanın, bağışlama taahhüdü şeklinde yapıldığı hallerde sözleşmenin TBK m. 205 hükümlerine göre devredilmesi mümkündür.

Yüklemeli bağışlama sözleşmesinde, bağışlayan sözleşmedeki yükümlülüğünü ifa ederek bağışlama konusunu bağışlanana devretmiş olsa bile; henüz yükleme yerine getirilmemişse, borç ilişkisi sona ermiş olmayacağından sözleşme bağışlanan tarafından devredilebilir. Bu halde bağışlayan, yüklemenin yerine getirilmesini sözleşmeyi devralandan isteyebilir. Örneğin, A bir kütüphane yapılması şartıyla arazisini B'ye bırakmışsa, B bağışlamanın konusunu teslim aldıktan sonra sözleşmeyi bağışlayan A'nın da rızasıyla C'ye devredebilir. Çoğu zaman C böyle bir sözleşmeye ivazlı olarak devralsa da sözleşmeye ivazsız olarak devralmasına herhangi bir mani yoktur. Bu durumda A, kütüphanenin yapılmasını C' den talep

²⁶² Bağışlama sözleşmesi dört farklı çeşitte tasnif edilebilir. Buna göre, bağışlama konusu olan şeyin bağışlayan tarafından bağışlanana teslim edilmesiyle kurulan bağışlamaya “Elden Bağışlama”; Bağışlamanın bağışlayanın ölümü şart koşularak yapılması halinde söz konusu bağışlamaya “Bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama”; bağışlayanın, bağışlamasına bir yükleme koyduğu bağışlamaya “Yüklemeli Bağışlama” ve bağışlananın bağışlayandan önce ölmesi durumunda bağışlama konusu olan şeyin tekrar bağışlayanın malvarlığına döneceğini öngören bağışlamaya da “Bağışlayana Dönme Şartıyla Bağışlama” adı verilmektedir.

edebilecektir. Kanımızca, bağışlayan tarafından bağışlama konusunun bağışlanana teslim edilmesi halinde, yüklemeli bağışlamanın devredilebilmesi teorik açıdan mümkün olsa da pratik açıdan bir faydası yoktur ya da uygulanması çok düşük bir ihtimaldir. Ancak halin icaplarından ya da sözleşmeden, bağışlanan tarafın yüklemeyi bizzat yapması gerektiği anlaşılıyorsa, bu durumda yüklemeli bağışlamanın, bağışlanan tarafından devredilmesi kanımızca mümkün değildir. Böyle bir durumda, bağışlananın alacağın devri müessesesi ile alacağını üçüncü bir kişiye devretme imkânı baki kalsa da; yüklemeyi bizzat yerine getirmekle yükümlendirilmiş bağışlanan, borç ilişkisinde taraf sıfatını sona erdireceğinden sözleşmeyi devredemez (zira, sözleşmenin devredilmesi halinde bağışlanan yüklemeyi yerine getirme külfetinden kurtulacaktır ki buna imkan vermek bu sebeplerle mümkün değildir). Söz gelimi, A, çok iyi Osmanlıca bilen B'ye bir takım eserleri Osmanlıcadan Türkçeye çevirerek topluma kazandırmasını yükleyerek 100.000 TL bağışlamayı taahhüt etmişse, bağışlayan A'nın iradesinden yüklemeyi B'nin yerine getirmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda, A ister bağışlama taahhüdünü yerine getirmiş olsun, isterse henüz yerine getirmemiş olsun, bağışlananın yani B'nin sözleşmeyi devretmesi mümkün gözükmemektedir²⁶³.

Bağışlayanın ölümünde malvarlığından bir malın veya değerın karşılıksız olarak bağışlanana verileceğinin taahhüt edildiği sözleşmelere bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama sözleşmesi denir. Bu bağışlamada, sözleşmenin hüküm doğurması için bağışlayanın ölümü anında bağışlananın hayatta olması şarttır²⁶⁴ (TBK m. 290). Bu tür sözleşmeler bağışlayan tarafından devredilecek olursa, bu durumda bağışlama konusunun kimin malvarlığına dâhil olduğu dikkate alınmadan sözleşmeyi devralanın (bağışlayanın) ölüm anı esas alınır. Zira, sözleşmede ayrıksı bir hüküm söz konusu değilse burada bağışlamanın ölümüne bağlandığı kişi sözleşmenin bağışlayan tarafı dolayısıyla da devir işlemiyle birlikte sözleşmede bağışlayan sıfatını almış olan devralandır. Sözleşmenin bağışlanan tarafından devredildiği ihtimalde, bağışlayanın ölümüyle birlikte hayatta olması şart olan da sözleşmede aksine hüküm olmadıkça sözleşmeyi devralan (bağışlanan) taraftır.

²⁶³ Akıntürk, Kahraman, 2014: 258.

²⁶⁴ Bağışlayanın ölümü, borcun ifa zamanını (vadeyi) belirlemek maksadıyla kararlaştırılmışsa, yapılamaz bağışlama bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlama değildir. Zira bağışlayanın ölümü bu durumda vade olarak öngörülmektedir (Akıntürk, Kahraman, 2014: 257- 258).

Bağışlayana dönme şartıyla bağışlama, bağışlanan tarafın bağışlayandan önce ölmesi durumunda bağışlama konusu olan şeyin tekrar bağışlayanın malvarlığına dönmesi şartıyla yapılmış olan bağışlamadır (TBK m. 292). Bu bağışlama sözleşmesinin devri halinde de, sözleşmeyi devralan taraf tıpkı bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada olduğu gibi taraf sıfatını üzerine alır ve artık bağışlayan ya da bağışlanan ifadesinden o (yani sözleşmeyi devralan) anlaşılır ve bu şekilde bağışlamaya ilişkin hükümler tatbik edilir.

Kanunumuzda elden bağışlama hali herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Fakat bu durumun sözleşmenin devri açısından bir değeri yoktur. Çünkü, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi elden bağışlamanın TBK m. 205 hükümlerine göre devri mümkün değildir. Bizim için önemli olan bağışlama sözleşmesinin (bağışlama taahhüdü ya da bağışlama sözünün) yazılı geçerlilik şekline tabi olmasıdır (TBK m. 288/ I). TBK m. 205/ III atfıyla, bağışlama sözleşmesinin devri yazılı şekilde yapılmış olmadıkça hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Fakat bağışlama taahhüdünde, bağışlamanın konusunu bir taşınmaz oluşturuyor ise, bu durumda sözleşmenin devrinin geçerliliği resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m. 288/ II).

Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus, akdin muhtelif çeşitlerinin devri incelenirken devre ilişkin genel hükümlerin sık sık göz önünde bulundurulması gerekliliğidir. Zira, sözleşmenin devrine ilişkin hükümler özel sözleşmelere uygulanırken, devrin yalnızca ve yalnızca sözleşmenin taraflarının rızasıyla mümkün olabileceği kesinlikle unutulmalıdır. Öte yandan devir işlemi için mevcut ve geçerli bir borç ilişkisinin bulunması, bu ilişkinin bir sözleşmeye yani taahhüt işlemine bağlanmış olması gereklilikleri de dikkate alınması gereken bir diğer husustur.

V. HİZMET SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

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 (TBK m. 393/ I). İş görme amacını güden hizmet sözleşmesinin bir tarafında işveren bulunurken; diğer tarafında işçi bulunur²⁶⁵.

Hizmet sözleşmesinin devri mümkündür. Hatta kanun koyucu “Sözleşmenin Devri” başlıklı 429’ncu maddesinde hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin özel hükümler sevk etmiştir.

Hizmet sözleşmesinin devri sadece sözleşmenin işveren tarafı için mümkündür. Yani, hizmet sözleşmesini sadece işveren başka bir kişiye devredebilir ve bu devrin sürekli olması şarttır. Buna karşılık, hizmet sözleşmesinin işçi tarafından devredilmesine kanun koyucu olanak tanımamıştır. Bu yönüyle hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin özel hükümler genel hükümlerden ayrılmaktadır.

Tıpkı kira ilişkisinin devrinde olduğu gibi, hizmet sözleşmesinin devrinde de kanun koyucu tarafından özel hükümler sevk edilmiştir. Zira, hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen TBK m. 429 hükmü, TBK m. 205 hükmüne göre daha özel bir düzenlemedir ve hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin işlemlerde öncelikli olarak uygulanır. Fakat bu genel hüküm niteliğindeki TBK m. 205 hükmünün hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Zira, kanun koyucu hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin çok ayrıntılı hükümler sevk etmemiş; sadece belli bazı konularda genel hükümlerden ayrılmak amacıyla hareket etmiştir. Bu bakımdan hizmet sözleşmesinin devrinin geçerli bir biçimde yapılabilmesi için niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 205 hükmündeki genel şartlara da uygun olması gerektiği izahtan varestedir.

Her şeyden önce hizmet sözleşmesinin devrinin geçerli olabilmesi için, öncelikle taraflar arasında mevcut ve geçerli bir hizmet sözleşmesinin olması gerekir. Bütün sözleşme tiplerinde olduğu gibi mevcut bir hizmet sözleşmesi söz konusu değilse bunun devri de mümkün olmaz. Söz gelimi, taraflar ileride kurulması muhtemel olan

²⁶⁵ Gümüş, 2015: 384, Eren, 2014: 534.

bir hizmet sözleşmesini henüz kurulmadan devredemeyecektir. Öte yandan devredilmek istenen hizmet sözleşmesinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için hizmet sözleşmesinin geçerli bir sözleşme niteliğinde olması da gerekir. Eğer ortada geçerli bir hizmet sözleşmesi mevcut değilse bu durumda genel hükümler uygulanacak ve kural olarak sözleşme devredilemeyecektir.

Hizmet sözleşmesinin devredilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da sözleşmenin konusunun devredilebilir olmasıdır. Fakat bu şart, hizmet sözleşmesi bakımından kural olarak olumsuz bir durum oluşturmaz. Zira hizmet sözleşmesinin konusu sözleşmenin işvereni açısından devredilebilir nitelik taşımaktadır.

Hizmet sözleşmesinin devredilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart da sözleşmede kalan işçinin devre uygun rızasını yazılı olarak göstermesidir (TBK m. 429/ I)²⁶⁶. Eğer, devir işlemine işçi tarafından yazılı olarak rıza verilmezse, devir işlemi geçerli olarak tamamlanmış olmaz. Bu yönüyle kira ilişkisinin devriyle hizmet sözleşmesinin devri arasında paralellik söz konusudur.

Hizmet sözleşmesinin devrinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin sürekli olarak devredilmiş olması şarttır²⁶⁷. Sözleşmenin devrinin belirli bir süreliğine yapılması mümkün değildir. Hem hizmet sözleşmesinde taraflar arasındaki sıkı bağıllık²⁶⁸ ilişkisini korumak hem de işçi aleyhine devir işleminin suiistimal edilmesini önlemek amacıyla kanun koyucu belirli bir süreliğine hizmet sözleşmesinin devrine izin vermemiştir (TBK m. 429/ I).

²⁶⁶ TBK'dan önceki dönemde, Doktrindeki bazı görüşler ile bazı Yargıtay kararlarında, iş sözleşmesinin devrinde işçinin açık rızasının yanında örtülü rızasının da geçerli ve yeterli olacağı savunulmaktaydı (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23.1.2006 tarih ve 2005/ 39164 Esas ve 2006/ 945 Karar sayılı kararı). Oysa, TBK m 429/ I'de, hizmet sözleşmesinin ancak işçinin yazılı rızasının alınmasıyla sürekli olarak başka bir işverene devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. TBK m. 429 hükmünde, işçinin yazılı rızasından söz edilmekle birlikte, hükümde bu rızanın ne zaman alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Genel olarak sözleşmelerin devrini düzenleyen TBK m. 205/ I'de öncelikle; sözleşmenin devrinin sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraflar arasında yapılan bir anlaşma olduğu belirtilerek, üç tarafında sözleşmenin devrine olumlu beyanlarıyla katılımı öngörülmüştür (Gökhan Çayan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı İş Kanununa Etkisi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 10, Sayı 39, İstanbul, 2013, s. 111).

²⁶⁷ Gümüş, 2015: 532.

²⁶⁸ Eren, 2014: 530.

Hizmet sözleşmesinin devri için yukarıdaki şartların yanında elbette tarafların geçerli bir devir sözleşmesi yapmaları yani devre uygun irade beyanlarını birbirine uygun ve karşılıklı olarak açıklamaları gerekir²⁶⁹. Devir sözleşmesi bütün hak ve borçları kapsadığında ve iradeler karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklandığında, devir işleminin diğer özel şartları da tamamsa hizmet sözleşmesi devredilmiş olur.

TBK m. 429, hizmet sözleşmesinin devrinin geçerli olabilmesi için işçinin bu devre yazılı olarak rıza göstermesini düzenlemiş iken devir sözleşmesinin nasıl olması gerektiği hususunda bir hüküm sevk etmemiştir. Başka bir deyişle, TBK m. 429, iş sözleşmesini devreden işveren ile devralan üçüncü kişinin aralarında yapacağı devir sözleşmesini herhangi bir şekle tabi tutmamış; tarafların yaptığı hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için işçinin yazılı onayının bulunması gerektiğini düzenlemiştir. Genel olarak sözleşmelerin devrini düzenleyen TBK m. 205/ III hükmü; sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin geçerliliğine bağlanmıştır. Hizmet akdinin devrinde borçlar hukukuna tabi bir sözleşmenin devri söz konusu olduğundan, sözleşmelerin devrini düzenleyen TBK m. 205/ III hükmü hizmet akitlerinin devrinde de uygulanabilecek niteliktedir. Bu hükmün, İK'na tabi iş sözleşmelerine uygulanmasına da herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. O halde, bir hizmet ya da iş akdinin yapılması kanunda geçerlilik veya ispat amaçlı bir şekle tabi tutulmuşsa, o hizmet akdinin devrine de söz konusu şekil şartı uygulanmalıdır²⁷⁰. Daha kısa bir ifadeyle, hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliği özel bir şekil şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla, bu durumda devir sözleşmesinin geçerliliği hizmet sözleşmesinin geçerlilik şartına bağlıdır. Devre konu sözleşme hangi şekilde akdedilmişse, devir sözleşmesi de öyle akdedilmelidir (TBK m. 205/ III). Herhalde, işçi, devre ilişkin rızasını yazılı olarak açıklamalıdır.

Hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin işlemin üç tarafı söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi hizmet sözleşmesinin TBK m. 429 hükmü gereğince sadece işveren tarafından devredilmesi mümkün olduğunda işçi daima sözleşmenin kalan tarafı işveren sözleşmenin devredeni ve üçüncü kişi de sözleşmenin devralanı konumunda bulunur.

²⁶⁹ Gümüş, 2015: 391.

²⁷⁰ Çayan, 2013: 113.

Hizmet akdinin devrinin hüküm ve sonuçları TBK m. 429/ II hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre; devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmenin tarafı olur. Bu durumda işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınır. Söz konusu hüküm değerlendirildiğinde, hizmet akdinin devrinin sonuçlarını ikiye ayırarak incelemek mümkündür²⁷¹; Hizmet sözleşmesinin devriyle birlikte sadece hizmet sözleşmesinin işveren tarafı değişmektedir. Sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar devralan yeni işverenle aynen devam edecektir. Yani, hizmet sözleşmesi, devirden önceki bütün hak ve borçlarıyla aynen devam edecek, fakat, devralan işveren, devreden eski işverenin devrin konusunu oluşturan hizmet sözleşmesinde işveren sıfatıyla sahip olduğu bütün hak, alacak ve yükümlülüklerine aynen sahip olacak ve hizmet ilişkisi ile devreden işverenin bağı kesilecektir. Başka bir anlatımla; hizmet sözleşmesinin devredilmesiyle birlikte, devralan, bütün hak ve borçlarıyla birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Sözleşmeyi devreden ise taraf sıfatını ve sözleşmeden doğan haklarını kaybederek sözleşme sebebiyle sahip olduğu borç ve yükümlülüklerden kurtulur (TBK m. 429/ II, c. 1)²⁷². Hizmet süresine (kıdemine) bağlı hakları (kıdem tazminatı, ihbar süresi- tazminatı, yıllık izin ücreti) bakımından işçinin, sözleşmeyi devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır²⁷³.

Hizmet sözleşmesinin devrinin hüküm ve sonuçları bu iki durumdan ibaret değildir. Zira, hizmet sözleşmesinin devriyle birlikte işçi sözleşmeyi devralan işverene karşı, bizzat çalışma (TBK m. 395), işverenin düzenleme ve talimatlarına uyma, yüklendiği işi özenle yapma (TBK m. 399), işverenin haklı menfaatlerini sadakatle koruma, işletmeye ait sırları saklama, işveren tarafından sağlanmış olan alet ve malzemeyi özenle kullanma (TBK m. 396) borcu altına girmektedir.

Sözleşmeyi devralan işveren de, işçiye karşı ücret ödeme, işçinin darda kalması halinde ona avans ödeme (TBK m. 406), iş araç ve malzemelerini sağlama (TBK m. 413) borcu altına girmektedir.

²⁷¹ Çayan, 2013: 113.

²⁷² Çayan, 2013: 113.

²⁷³ Çayan, 2013: 114.

VI. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

İş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir (İK m. 8/ I).

İş görme amacını taşıyan ve tam iki tarafa borç yükleyen iş sözleşmesinin devrinin mümkün olup olmadığı noktasında İş Kanununda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hem doktrin hem de Yargıtay içtihatlarında iş sözleşmesinin devrinin mümkün olduğu hususu kabul edilmiştir²⁷⁴. Bununla birlikte, İK’nda sözleşmenin devriyle ilgili herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

İş sözleşmesinin devriyle ilgili olarak İK’nda özel bir düzenleme olmadığı için genel hükümler; dolayısıyla da TBK uygulama alanı bulacaktır²⁷⁵. İş sözleşmesinin devrine ilişkin TBK hükümleri uygulanırken öncelikli olarak hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen 429’ncü madde hükmü, daha sonra da genel nitelikte ki 205’inci madde hükmü dikkate alınacak ve böylelikle sözleşmenin devrine ilişkin genel düzenlemeleri ihtiva eden TBK m. 205 hükmü doğrudan doğruya özel bir sözleşmenin devrini etkileyecektir.

İş sözleşmesinin devri için her şeyden önce taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş ve devam eden bir sözleşmenin bulunması gerekir. Taraflar arasında geçerli ve devam eden bir sözleşmesi bulunmadıkça, iş sözleşmesinin devrinden bahsetmek mümkün değildir.

İş sözleşmesinin geçerli bir biçimde devredilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise taraflar arasında devre ilişkin bir sözleşmenin bulunmasıdır (TBK m. 205). Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, devir sözleşmesi üç taraflı olarak yapılabileceği gibi; sözleşmede kalan işçinin rızasına bağlı olarak sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan arasında da yapılabilir. Sözleşmede kalan işçinin rızasını açıklayacağı durumlarda bu rızanın yazılı olması şarttır (TBK m. 429 / I).

İş sözleşmesinin devrinin gerçekleşmesi ile asıl sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta yani sözleşmede kalan işçi ile devreden işveren

²⁷⁴ Cengiz, 2014: 41.

²⁷⁵ Çayan, 2013:115.

arasındaki iş sözleşmesi sona ermektedir. Ancak buradaki sona erme iş sözleşmesinin feshi dışındaki bir sona erme halidir ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshine bağlı sonuçlar burada ortaya çıkmaz. Kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin alacağı gibi alacaklara hak kazanılması, iş sözleşmesinin belirli bir şekilde sona ermesine bağlı olduğu için burada söz konusu olmaz. Devreden taraf, sözleşme ilişkisinden tam olarak ayrıldığı için taraf sıfatını kaybeder ve sorumluluğu da devirle birlikte sona erer. Sözleşmede kalan taraf, devreden tarafa, devreden taraf da kalan tarafa karşı alacak ve borçlardan dolayı sorumlu olmazlar ve birbirine karşı herhangi bir hak ileri süremezler. İş sözleşmesinin devrinin hukuki niteliği itibariyle bir fesih işlemi olmaması nedeniyle, devreden işveren açısından kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi yükümlülükler de o an için ortaya çıkmayacaktır²⁷⁶.

Devreden taraf esas itibariyle devir işleminden sonrası için değil, devir işleminden önceki dönem itibariyle de sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu durum ise TBK m. 205 hükmünün doğal sonucudur. Buna karşın, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Doktrinde iş sözleşmesinin devrine İK'nun işyerinin devrine ilişkin 6'ncı maddesinin kıyasen uygulanacağı yönünde baskın bir görüş mevcuttu. Yargıtay da bu baskın görüşe riayet ederek, İK m. 6'nın kıyasen uygulanmasıyla devreden işvereni, işçinin kendi yanında çalıştığı sürelerle ilişkin olan ücret ve fazla mesai alacağından 2 yıl, kıdem tazminatından ise 10 yıl boyunca sınırlı olarak sorumlu tutuyordu²⁷⁷.

Kanımızca, TBK m. 429'da bilinçsiz boşluk söz konusudur. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken komisyonda İş Hukukçularına yer verilmemesi, hizmet akdine ilişkin düzenlemeler yapılırken sadece İş Kanunu Hazırlama Komisyonunun Genel Kurula sunduğu raporun incelenmesi, iş sözleşmesinin devrinde uygulamanın ve yargı kararlarının ne yönde olduğu incelenmeden düzenlemenin yapılması bu hakkaniyete uymayan sonucu ortaya çıkarmıştır²⁷⁸.

²⁷⁶ Cengiz, 2014: 118.

²⁷⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.3.2005 tarih ve 2004/ 19810 Esas ve 2005/ 8203 Karar sayılı kararı: Hizmet akdinin devrinde, devreden işverenin, kıdem tazminatı, ücret ve fazla mesai ücretlerinden işçinin kendi yanından çalıştığı sürelerle sınırlı olarak sorumlu olur.

²⁷⁸ Çayan, 2013: 114.

İK'nda hüküm bulunmadığı için hizmet akdinin devrine ilişkin TBK m. 429 hükmünün, İK'na tabi iş sözleşmesine uygulanacağından şüphe yoktur. Peki, TBK m. 429/ II'de bir düzenleme olmamasına rağmen, sözleşmeyi devreden işverenin sorumluluğuna gidilebilir mi²⁷⁹? Bu konuyu iki şekilde yorumlamak mümkündür: Genel kanun olan TBK'da, hizmet akdinin devrinde işverenin sorumluluğu düzenlenmemiştir. İşçi lehine yorum ilkesinden özel kanun olan İK'nun 6'ncı maddesindeki işyerinin devrine ilişkin hüküm uygulanmalı ve devreden işveren sorumlu tutulmalıdır. Hizmet ilişkisinin devri noktasında İK'da hüküm yoktur. Bu nedenle de genel kanun olan TBK m. 429 hükmü ile 205 hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükümde, kanun koyucu, hizmet sözleşmesinin devri halinde devreden işvereni herhangi bir nedenle sorumlu tutmamıştır. Dolayısıyla, devreden işveren, işçinin kendi yanında çalıştığı sürelerle ilişkin olarak devirden sonra doğan ücret, kıdem tazminatı ve fazla mesaiden sorumlu değildir²⁸⁰. Kanımızca, ilk yorum hakkaniyete uygun olsa da, ikincisi hukuka daha uygundur. Çünkü, ne TBK m. 429 ne de 205 hükmü, hizmet akdinin devrinde, devreden işverene herhangi bir sorumluluk yüklememiştir. Dolayısıyla, hakkaniyete uygun olduğu için ilk yorum metodunun kullanılması mevzuu hukuku bertaraf etmek anlamına gelir. Bu nedenle, özellikle TBK m. 429/ II'de düzenlenmediğinden devreden işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Görüldüğü gibi TBK m. 429 hükmü ile özellikle 205'nci maddenin özel hukuka ilişkin diğer sözleşmelere etkisinin önemi de oldukça değerlidir.

²⁷⁹ Çayan, 2013: 115.

²⁸⁰ Çayan, 2013: 115.

SONUÇ

Ülkemizde borç ilişkilerini düzenleyen temel kanun olan 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) döneminde sözleşmenin devri müessesesi genel mahiyette düzenlenmemiştir. BK döneminde kira sözleşmesinin; Ticaret Kanununda da mal sigorta sözleşmelerinin devrine ilişkin münferit düzenlemeler bulunmaktaydı. Genel anlamdaki sözleşmenin devri müessesesi, Yargıtay içtihatları ile Doktrinde kabul edilmiş bir kurum olarak karşımıza çıkmakta ve daha çok sözleşmenin yüklenilmesi şeklinde ifade edilmekteydi. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldıran ve 11.01.2011 tarihinde kabul edilip 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu 205'nci maddesinde sözleşmenin devri müessesini düzenlemiştir. Düzenlemede sözleşmenin yüklenilmesi kavramını bırakılarak, sözleşmenin devri ifadesi kullanılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında sözleşmenin devri; sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma olarak tanımlamıştır.

Sözleşmenin devri müessesesi üç taraflı kendine özgü hukuki bir işlemdir. Devir sonucunun gerçekleşebilmesi için söz konusu tarafların devre uygun rızalarını beyan etmeleri şarttır. Öyle ki, taraflardan her birinin devir açısından rızası bir birine eşdeğerdir ve bir rızanın diğerine üstünlüğü yoktur. Taraflardan biri sözleşmenin devrine rıza göstermezse, devir işlemi geçerli bir şekilde gerçekleşmiş olmaz. O ana kadar yapılan işlemler tahvil edilebiliyorsa bu işlemlerin söz konusu yöntemle ayakta tutulmasına da herhangi bir mani bulunmamaktadır.

Özellikle sözleşmenin devrine ilişkin genel hükümler münferit sözleşmelere uygulanırken, devir işleminin üç tarafın devre uygun rızasıyla yapılabileceğini unutmamak gerekir. Zira bazı hakların devredilip devredilememesi veya devir işleminin sözleşmeden doğan hak ve borçlara etkisi tespit edilirken bu kural önemli bir yer tutar.

İngiliz ve Amerikan Hukukunda sözleşmede kalan tarafın devre uygun iradesi kurucu unsur olarak kabul edilmemiştir. Hatta Amerikan Hukukunda devrin imkan hasıl olur olmaz sözleşmede kalan tarafa bildirilmesi istenmiş, onun rızasının

alınması yöntemine de gidilmemiştir. Bu sistemlerde sözleşmenin devredilmesiyle birlikte çoğunlukla etkilenecek olan tarafların sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede kalan tarafın devirden etkilenmesi ise daha küçük boyutlardadır. Fakat bu durum sözleşmede kalan tarafın devirden hiç etkilenmeyeceği anlamına gelmez. Hatta sözleşmede kalan taraf bazı haklarını sözleşmenin devriyle kaybeder; yani arttık bu hakları sözleşmeyi devralana karşı ileri süremez. Bu nedenle sözleşmede kalan tarafın rızasının alınmaması ya da onun rızasına kuruculuk atfedilmemesi, üçüncü kişilerin iradeleriyle, sözleşmede kalanın bazı haklarını kaybetmesi sonucunu doğurur ki, bu da çok sağlıklı ve hakkaniyetli bir yöntem değildir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunumuz sözleşmede kalan tarafın rızasına kuruculuk değerini atfetmiş ve onun iradesi olmaksızın sözleşmenin devredilemeyeceğini kabul etmiştir.

Sözleşmenin devri işlemi hukuki niteliği itibariyle taraf değişikliği sonucunu doğuran bir işlemdir. Bu işlemle sözleşmeyi devralan taraf sözleşmede taraf sıfatlığını kazanır. Fakat sözleşmeyi devralanın sözleşmeye ilişkin taraf sıfatlığı ileriye dönük sıfatlıktır. Bu açıdan sözleşmeyi devralan devir işleminden sonra ileriye etkili olarak sözleşmede taraf sıfatını kazanır. Bu durumda devir işleminden önce tekemmül eden sözleşmesel ilişkilerin tasfiye edilmesi sonucu doğmaz ve sözleşmenin devrinden önce doğmuş ve fakat etkisini hala devam eden alacak haklarının sözleşmeyi devralana geçmesine de imkân vermez. Öyle ki bu haklar sözleşmeyi devreden tarafta kalmaya devam eder. Bu durum bir yönüyle sözleşmedeki taraf sıfatlığının devir işleminden sonra ileriye dönük olarak kazanılmasıyla da alakalıdır. Alacak haklarının talep edilmesi ile yenilik doğuran hakların tek taraflı irade beyanıyla kullanılması açısından sözleşmenin devri müessesesi halefiyet ilişkisi sonucunu doğurur ki bu sonuçtan hareketle sözleşmeyi devralan hiçbir koşula gerek kalmaksızın alacak haklarını talep etme yetkisine, yenilik doğuran hakları da tek taraflı irade beyanıyla kullanma ehliyetine sahip olur. Bu açıdan sözleşmedeki taraf değişikliğinin alacak ve yenilik doğuran hakların kullanılması bakımından geçmişe etkili olması farklı şeydir; alacak hakları ile yenilik doğuran hakları kazanması bakımından geçmişe etkili olması farklı şeydir. İki durumu birbirine karıştırmamak elzemdir.

Sözleşmenin devri hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Gerçekten de devir işlemiyle birlikte sözleşmeyi devreden sözleşmesel hakları üzerinde tasarrufta bulunarak bunları sözleşmeyi devralana geçirmektedir. Sözleşmede kalan taraf da sözleşmesel ilişkisinin muhatabında değişiklik yaparak niteliği gereği bir tasarrufta bulunmaktadır.

Sözleşmenin devriyle ilgili olarak kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da devredilecek sözleşmenin mevcut ve geçerli bir sözleşme olması gerekir. Henüz mevcut veya geçerli olmayan bir sözleşmenin devri mümkün değildir. Fakat İtalyan Hukukunda sözleşmenin devrinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin mevcut olması aranmamaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak da ileri de kurulması muhtemel bir sözleşmenin devri bu Hukuk Sisteminde kabul edilmektedir. Taraflardan birisinin, yok hükmündeki bir sözleşmeyi her nasılsa üçüncü bir kişiye devrettiği düşünüldüğünde, devir işlemi konusuz kalacak, sözleşmenin devri de geçersiz olacaktır. Zira, sözleşmenin devrinin konusu mevcut ve geçerli bir sözleşme olmalıdır ancak devre konu olabilecek böyle bir sözleşme hukuk âleminde yoktur. Bu noktada geçersizliğin boyutunu değerlendirmek gerekmektedir. Kanımızca sözleşmenin yok olması devir sözleşmesinin geçersizlik boyutunu iki şekilde belirler. Devre konu olan sözleşmede olduğu gibi devir sözleşmesinin kurucu unsurlarında da bir eksiklik varsa bu durumda devir sözleşmesi de yoklukla malul sayılacaktır. Buna karşın, devir sözleşmesinin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte ortada devre konu olabilecek mevcut ve geçerli bir sözleşme olmadığından bu sefer devir işlemi kesin hükümsüz olacaktır. O halde yoklukla sakat olan bir sözleşmeyi devretmek amacıyla yapılan devir anlaşmasının geçersizliğin boyutu duruma göre değişir. Bu geçersizliğin boyutu kimi zaman yokluk olabileceği gibi, kimi zaman da kesin hükümsüzlük olabilir. Öte yandan kesin hükümsüz sözleşmenin geçerli bir şekilde devredilmesi de mümkün değildir. Kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme de geçersizdir. Ancak geçersizliğin boyutunun ne olacağı noktasında kanunda ve doktrinde bir açıklık yoktur. Kanımızca, kesin hükümsüz sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme de kurucu unsurları tamam olsa bile kesin hükümsüz sayılacaktır. Yani devre konu olan sözleşmedeki hükümsüzlük devir sözleşmesine de sirayet edecektir. Bunun aksini düşünmek ise hukukun ruhuna uygun olmayacaktır. Gerçekten de, kesin hükümsüzlük sebepleri bizzat kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Kamu düzenini, hayatın olağan akışını, kamu güvenliğini önemli

ölçüde yaralayan ve mevcut olması halinde sözleşmeyi kesin olarak hükümsüz kılan nedenlerdendir. Böyle nedenlerden birini bünyesinde ihtiva eden sözleşmenin devrine ilişkin anlaşmanın da kesin hükümsüz olduğunu söylemek gerekmektedir.

Borç ilişkisi sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmaktadır. Sözleşmenin devri işlemi ise adı üzerinde sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinin devrine imkân sağlayan hukuki bir müessesedir. Buna karşılık, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinin devri ilk bakışta mümkün gözükmemektedir. Fakat yabancı doktrinde son yıllarda muhteviyat değişikliği prensibi ortaya atılmıştır. Buna göre, her ne kadar sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden doğan borçlara sözleşmenin devri hükümleri uygulanamaz olsa da, bunlar ayrıca bir sözleşmeye bağlanmışsa borç ilişkisinin muhteviyatında değişiklik meydana gelmiş olur. Yani artık borç ilişkisinin kaynağı sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olmaktan çıkar ve sözleşme söz konusu borç ilişkisinin kaynağı haline gelir. Sözleşmenin söz konusu borç ilişkisinin kaynağı haline gelmesinden itibaren de bu borç ilişkisinin sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilmesi mümkündür. Doktrinde buna karşılık görüşler de geliştirilmiştir. Bu görüşlerin ana çıkış noktası, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin ayrıca sözleşmeye bağlanması sırf bu nedenle onun muhteviyatında bir değişiklik meydana getirmeyeceği ve bu borç ilişkisinin kaynağının sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olarak kalmaya devam edeceği yönündedir.

Sadece taahhüt işlemleri sözleşmenin devri hükümlerine göre devredilebilir. Tasarruf işlemlerinin bu şekilde devri olanaklı değildir. Bazı sözleşmeler vardır ki bu sözleşmeler niteliği itibariyle bir taahhüt işlemi değil bir tasarruf işlemidir ve bu tür sözleşmelerin, sözleşmelerin devri hükümlerine tabi tutulması mümkün değildir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliğinin şekli devredilen sözleşmenin geçerlilik şekline bağlıdır. Yani noterde yapılması zorunlu olan bir sözleşmenin devrinin de noterde yapılması gerekir. Fakat burada şu durum ortaya çıkar. Acaba, sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği rıza veya sonradan göstereceği onay da devre konu olan sözleşmenin geçerlilik şekline bağlı mıdır? Böyle bir durumda sözleşmede kalan taraf da iradesini devre konu olan sözleşmenin geçerlilik şekline uygun olarak açıklamak zorunda mıdır? Mesela, noterde düzenleme şekline tabi olan bir sözleşme devredilecekse, sözleşmeyi devralan ve devreden arasındaki devir sözleşmesinin de

noterde düzenleme şeklinde yapılacağı konusunda ayrışık bir durum söz konusu değildir. Böyle bir durumda, sözleşmede kalan taraf da rızasını, devre konu sözleşmenin şekline uygun olarak yani noterde yapılacak bir işlemle mi açıklanmalıdır? Yoksa, sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafının rızası herhangi bir şekle tabi olmaksızın açıklanabilecek midir? Mesela, geçerliliği noterde düzenleme biçiminde olan bir sözleşmenin devri işlemine sözleşmede kalan tarafından gösterilecek rıza herhangi bir şekle tabi olmaksızın sözelimi sözlü olarak serbestçe açılanabilecek midir? Böyle bir durumda sözleşmede kalan taraf da iradesini devre konu olan sözleşmenin geçerlilik şekline uygun olarak açıklamak zorunda mıdır? Mesela, noterde düzenleme şekline tabi olan bir sözleşme devredilecekse, sözleşmeyi devralan ve devreden arasındaki devir sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılacağı konusunda ayrışık bir durum söz konusu değildir. Böyle bir durumda, sözleşmede kalan taraf rızasını, devre konu sözleşmenin şekline uygun olarak yani noterde yapılacak bir işlemle mi açıklamalıdır? Yoksa sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafının rızası herhangi bir şekle tabi olmaksızın açıklanabilecek midir? Mesela, geçerliliği noterde düzenleme biçiminde olan bir sözleşmenin devri işlemine sözleşmede kalan tarafından gösterilecek rıza herhangi bir şekle tabi olmaksızın sözelimi sözlü olarak serbestçe açılanabilecek midir? Bu konuyu aydınlatmak için sözleşmede kalan tarafın devre göstereceği rıza veya vereceği onayın hukuki işlemin (devir işleminin) unsurları açısından niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Hukuki işlemin unsurları, kurucu unsur, geçerlilik unsuru, etkinlik unsuru olmak üzere üçe ayrılır. Hukuki işlemlerde kurucu unsurlar işlemin meydana gelmesi, kurulmasıyla ilgili unsurlar iken; geçerlilik unsuru, işlemin geçerli olarak meydana gelmesiyle ilgili unsurlardır. Hukuki işlemde kurucu unsurun bulunmaması işlemin kurulmamasına başka bir anlatımla yok hükmünde olmasına sebep olur. Geçerlilik unsurunun bulunmaması durumunda ise işlem geçersiz olur. Hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tamamlanması gereken unsurlara da etkinlik unsuru denir. Hukuk düzeni hukuki işlemlerde kurucu olguların yanında, diğer bazı olguların da bulunmasını öngörmüştür. Esasen bu olgular hukuki işlemin oluşmasına değil, oluşmuş bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasını sağlamaktadırlar. Etkinlik unsurunun bulunmadığı hallerde işlem hüküm ve sonuç doğurmaz. TBK m. 205/ I'de 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 anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir anlaşmadır. Dolayısıyla sözleşmenin devri işlemine yönelik olarak sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan tarafların irade beyanları hukuki işlemin kurucu unsurunu oluşturur. Sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrine uygun irade açıklaması olmadıkça sözleşmenin devredilmiş olmayacağı; devreden ile devralan arasındaki anlaşmadan sonra, devreden ile sözleşmede kalan arasında ikinci bir anlaşma yapılması suretiyle işlem zaman bakımından yayıldığı anda, sözleşmenin devrinin ikinci anlaşmanın yapıldığı anda meydana geleceği; sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devrine bu işlem yapılmadan önce izin vermişse, devreden ile devralan arasındaki anlaşmanın sözleşmenin devrini kuracağı birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmenin devrinde kalanın iradesinin devir işlemi bakımından kurucu olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan, sözleşmede kalan tarafın devir işlemine göstereceği rıza veya vereceği onay, devir işlemi için bir geçerlilik veya etkinlik unsuru değil; kuruculuk unsurudur. TBK m. 205/ I'de kuruculuk unsuru olan irade beyanlarının nasıl açıklanması gerektiğini de düzenlemiş ve sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlanmıştır. Bu noktadan hareketle sözleşmede kalan tarafın devir işlemine uygun irade beyanını, devredilen sözleşmenin şekline uygun olarak açıklanmalıdır. Bu bakımdan sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesine katılmasının veya devre önceden izin vermesinin ya da devre sonradan rıza göstermesinin bir farkı bulunmamaktadır. Sözleşmede kalan taraf devre yönelik irade beyanını nasıl açıklayacak olursa olsun, bu iradenin devredilen sözleşmenin şekline bağlı olarak açıklanması gerekmektedir.

Sözleşmenin devrinde amaç taraflardan birini borçtan kurtarmak olmadığı gibi borcun veya sözleşmenin yenilenmesi, alacağın devredilmesi, külli halefiyet ilişkisinin doğrulması da değildir. Bu kurumun amacı, sözleşmeyi devralanın devir işlemiyle birlikte daha önce kurulmuş olan sözleşmede taraf sıfatlığını kazanması yani taraf olmasıdır. Bu bakımdan sözleşmenin devri müessesesi alacağın devri, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin veya alacağın yenilenmesi, borca katılma ya da sözleşmeye katılma müesseselerinden tamamen ayrılmaktadır. Çalışmamızda sözleşmenin devri müessesesinin benzer kurumlardan ayrılmasına kapsamlı olarak yer verdiğimiz için burada konuyu ayrıca tekrar etmeye lüzum görmemekteyiz.

Sözleşmede taraf değişikliğinin vücuda getirilmiş olması sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Devre konu olan sözleşme, devir işleminden sonra da aynı muhteviyatıyla tekemmül etmeye devam eder.



KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış**, Sayram Yayınevi, Konya, 2011.

Akıntürk, Turgut, Ateş Kahraman, Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Akipek, Jale G., Akıntürk, Turgut, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt I, Beta Yayınevi, Ankara, 2008.

Akipek, Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, t.y., (Erişim), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2770.pdf>, 16 Kasım 2015.

Akyiğit, Ercan, “İş İlişkisinin (Bireysel) Devri”, t.y., (Erişim), www.yargidunyasi.com.tr/goster.aspx?id=12089 , 13 Kasım 2015.

Antalya, Gökhan, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, CiltI., Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Arapgirli, Murat, “ İhale Hukukunda Sözleşmenin Devri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, Sy. 80, Ankara, 2013.

Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2015.

Ayan, Mehmet, **Miras Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2009.

Aydemir, Efrail, **Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Aydoğdu, Murat, Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri-Sözleşmeler Hukuku (Ders Kitabı)**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2014.

Ayrancı, Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Bar, Christian von, Drobnig, Ulrich, **The International Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study**, GmbH, München, 2004.

Bahadır, Zeynep, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Ankara, 2013, s. 1- 29.

Belen, Erdem, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Bilgili, Fatih, Demirkapı, Ertan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dora Yayınevi, Bursa, 2014.

Cane, R. Peter, Rose, Susane, **The Assignment Of Contracts: Assignee, Assignor and Debtor**, Edward Elgar Publishing, First Edition, London, 2008.

Cengiz, İftar, **İş Sözleşmesinin İradi Devri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Çayan, Gökhan, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Yargıtay İçtihatları Işığında; İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi ve Geçerlilik Şartları”, **Yargı Dünyası Dergisi**, Sayı 197, İstanbul, 2012.

Çayan Gökhan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı İş Kanununa Etkisi”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Cilt 10, Sayı 39, İstanbul, 2013.

Demir, Mehmet, **Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Emanuel, L. Steven, **Contracts**, First Edition, Aspen Publishers, New York, 2010.

Eren, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Erol, Yasemin, **Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri**, Kırıkkale 2003.

Erzurumluoğlu, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku- Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Ertaş, Şeref, **Eşya Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Franko, I. Nisim, “Borçlar Kanununun 109 ncü Maddesine Göre Halefiyet Halleri, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1981/ 2, Ankara, 1981, s. 384- 391.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Havutçu, Ayşe, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, t.y., (Erişim), <http://hukuk.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/06/Prof.Dr.-Ayşe-Havutçu-Borçlar-Hukuku-I.pptx>, 16 Kasım 2015.

Kahveci, Nalan, **Alt Kira ve Kiranın Devri**, Güncel Hukuk Yayınları, Mayıs 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Kuluçlu, Erdal, “Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 49, s.99- 115.

Lando, Ole, Clive, Eric, Prüm, Andre, Zimmerman, Reinhard, **Principles Of European Contract Law**, C. III, Kluwer Law International Publish, The Netherland, 2013.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Nomer, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Özdemir, Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

Özkaya, Eraslan, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Reisoğlu, Safa, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Ruhi, Ahmet Cemal, **Sözleşmeler Hukuku**, Cilt II., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Senyen, Kaplan, E. Tuncay, **İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2012.

Stathopoulos, Michael, **Contract Law in Greece**, Kluwers Law International Published, The Netherlands, 2009.

Stim, Richard, **Contracts: The Essential Business Desk Reference**, Delta Printing Solutions INC., January, 2011.

Stim, Richard, “What Is An Assignment of Contract?”, t.y., (Erişim), <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/assignment-of-contract-basics-32643.html>, 20 Mayıs 2014.

Thorpe, Chris P., Bailey, John L., **Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements & Promises**, Revised Edition, Kagen Page Limited Published, Londra, 1999.

Topuz, Seçkin, Canbolat, Ferhat, “Kira İlişkisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323’ncü Maddesinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 95, Ankara, 2011, s. 97- 132.

Wolter Kluwers Law & Business (Wolter), **Casonote Legal Briefs Contracts: Keyed to Courses Using Knapp, Crystal and Prince’s Problems in Contract Law**, Wolter Kluwers Publishing Solutions Cooperation, Sixth Edition, New York, 2007.

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukukuk Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Yavuz, Nihat, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Yıldırım, Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Zapata, Tan Tahsin, **Medeni Hukuk**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

Zapata, Tan Tahsin, **Borçlar Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.