

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI**

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

**Nurgün CEYLAN
113812005**

Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU

**İSTANBUL
2022**

Sözleşmenin Devri
Transfer of the Contract

Nurgün CEYLAN
113812005

Tez Danışmanı : **Prof. Dr. Mehmet Murat İNCEOĞLU**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Başak BAYSAL**
Kadir Has Üniversitesi
Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
İstanbul Bilgi Üniversitesi
Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL
İstanbul Bilgi Üniversitesi
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK
Bahçeşehir Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 27 Aralık 2022

Toplam Sayfa Sayısı :247.....

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Sözleşmenin Devri
- 2) Sözleşmeyi Devreden
- 3) Sözleşmeyi Devralan
- 4) İç Devir Sözleşmesi
- 5) Dış Devir Sözleşmesi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) The Transfer of the Contract, Assignment
- 2) Transferor of the Contract (Assignor)
- 3) Transferee of the Contract (Assignee)
- 4) Internal Transfer Agreement
- 5) External Transfer Agreement

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	ix
ÖZET.....	xi
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1.1 TANIM VE TERMİNOLOJİ.....	5
1.2 TARİHÇE	8
1.2.1 Kıta Avrupası Hukukunda.....	8
1.2.2 Sözleşme Devrinin Yapısı Hakkında Ortaya Atılan Teoriler	13
1.2.2.1 Kombinasyon (Birleşim) Teorisi	13
1.2.2.2 Birlik Teorisi	14
1.2.3 Uluslararası İlkeler	16
1.2.4 Türk Hukukunda	20
1.3 SÖZLEŞMENİN DEVRİ KURUMUNA DUYULAN İHTİYAÇ.....	24
1.4 HUKUKİ NİTELİĞİ.....	27
1.4.1 Sebebe Bağlılığı	31
1.4.2 Halefiyet Doğurması	36
1.5 TARAF DEĞİŞİKLİĞİNE NEDEN OLAN DİĞER KURUMLARDAN FARKI	37
1.5.1 Alacağın Devrinden Farkı	38
1.5.2 Borcun İç ve Dış Üstlenilmesinden Farkı	42

1.5.3 Borca Katılmadan Farkı	44
1.5.4 Sözleşmeye Katılmadan Farkı.....	46
1.5.5 Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile Türk Ticaret Kanunundaki Devralmadan Farkı	47
1.6 DİĞER BENZER KURUMLARDAN FARKI	53
1.6.1 Yenilemeden Farkı	54
1.6.2 Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesinden Farkı	56
1.6.3 Alt Sözleşmeden Farkı	57
1.6.4 İfa Yardımcısı Kullanmadan Farkı.....	59
1.7 SÖZLEŞMENİN DEVRİ TÜRLERİ.....	60
1.7.1 Kanuni Devir	60
1.7.2 Hükmen (Mahkeme Kararı İle) Devir	66
1.7.3 İradi Devir	68
1.7.4 Gelecekte Sözleşmenin Devri Yapmak Üzere Yapılan Önsözleşme	70
1.8 SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	76
1.8.1 Asıl Sözleşmenin Geçerli Olarak Kurulmuş Olması	76
1.8.2 Borç İlişkinin Devrine Engel Bulunmaması	78
1.8.2.1 Kanundan Kaynaklanan Devir Engeli	79
1.8.2.1.1 Aksi Kararlaştırılamayan Devir Engelleri	79
1.8.2.1.2 Aksi Kararlaştırılabilen Devir Engelleri	80
1.8.2.2 Sözleşmenin Niteliği Gereği Devir Engeli	82
1.8.2.3 Sözleşmeyle Getirilen Devir Engeli	85
1.8.2.4 Diğer Devir Engelleri	90
1.8.3 Asıl Sözleşmenin Devir Anında Yürürlükte Olması.....	94

1.8.4 Asıl Sözleşmenin Devrine İlişkin Sözleşme Yapılması.....	95
1.8.4.1 İç Devir Sözleşmesi.....	95
1.8.4.1.1 Hukuki Niteliği	96
1.8.4.1.2 Şekil	100
1.8.4.2 Dış Devir Sözleşmesi	105
1.8.4.2.1 Hukuki Niteliği	107
1.8.4.2.2 Kurulma Yöntemi	109
1.8.4.2.2.1 Ön İzin Verilmiş Olması	109
1.8.4.2.2.2 İç ve Dış Devir Sözleşmesinin Aynı Anda Yapılması	113
1.8.4.2.2.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Verilmesi	113
1.8.4.2.3 Haklı Neden Olmaksızın Onay Vermekten Kaçınılması	119
1.8.4.2.4 Tarafı Oluşturan Kişilerin Birden Fazla Olması	120
1.9 DEVİR SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞÜ VE HÜKÜM DOĞURMA ANI	122
1.9.1 Ön İzin Verilmiş Olması Halinde	124
1.9.2 İç ve Dış Devir Sözleşmesinin Aynı Anda Yapılması Halinde	125
1.9.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Beyan Edilmesi Halinde...	126
1.10 DEVRİN KARŞILIKLI (İVAZLI) VEYA KARŞILIKSIZ (İVAZSIZ) OLMASI.....	130

İKİNCİ BÖLÜM

TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI, HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

2.1 TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI	132
2.1.1 Devralanın Devredenin Yerini Alması.....	132
2.1.2 Ayniyet ve Devamlılık İlkesinin İstisnaları	133

2.2 HAKLAR.....	136
2.2.1 Borç ve Alacaklara Bağlı Fer'i Haklar.....	136
2.2.2 Yenilik Doğuran Haklar	137
2.2.3 Öncelik Hakları	143
2.2.4 Teminatlar ve Teminat Veren Üçüncü Kişilerin Durumu.....	144
2.2.5 Faizler.....	151
2.2.6 İtiraz ve Defiler	152
2.3 YÜKÜMLÜLÜKLER	156
2.3.1 Devredenin Devralana Karşı Yükümlülükleri	158
2.3.1.1 Bilgilendirme-Aydınlatma Yükümlülüğü	159
2.3.1.2 Garanti Yükümlülüğü	163
2.3.1.2.1 Asıl Sözleşmenin Geçerliliğini Garanti.....	164
2.3.1.2.2 Devrin Yasaklanmamış Olduğunu/Onay Verileceğini Garanti	164
2.3.1.2.3 Alacakların Varlığını Garanti	165
2.3.1.2.4 Hak ve Alacakların Üçüncü Kişilere Ait Bir Hak İle Kısıtlı Olmadığını Garanti.....	170
2.3.2 Devredenin Sözleşmede Kalan Tarafa Karşı Yükümlülükleri.....	171
2.3.2.1 Asıl Sözleşme Koşullarına Uygun Davranma.....	173
2.3.2.2 İç Devir Sözleşmesinin Geçerliliğini Garanti	173
2.3.2.3 Devralanın Edimini Garanti	174
2.3.2.4 Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü	178
2.3.3 Devredenin Hem Sözleşmede Kalan Hem de Devralan Tarafa Karşı Ortak Yükümlülükleri	180
2.3.4 Devredenin Üçüncü Kişilere Karşı Yükümlülükleri.....	182

2.3.5 Yükümlülüğe Uymamanın Sonuçları.....	183
--	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME DEVRİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER ve ÖZEL DURUMLAR

3.1 SÖZLEŞME DEVRİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER.....	185
3.1.1 Kira Sözleşmesinin Devri	185
3.1.1.1 Kiraya Veren Tarafın Değişmesi	185
3.1.1.1.1 Kanuni Devir.....	186
3.1.1.1.1.1 Külli Halefiyet Yolu İle Devir.....	186
3.1.1.1.1.2 Kiralananın El Değiştirmesi Nedeniyle Devir	187
3.1.1.1.2 İradi Olarak Devir.....	193
3.1.1.2 Kiracı Tarafın Değişmesi.....	194
3.1.1.2.1 Kanuni Devir.....	194
3.1.1.2.2 İradi Olarak Devir.....	195
3.1.2 Hizmet Sözleşmesinin Devri	202
3.1.3 Ortaklık Sözleşmesinin Devri	206
3.2 ÖZEL DURUMLAR	208
3.2.1 Devirden Sonra Takas İleri Sürülmesi	208
3.2.2 Devrin Zamanaşımına Etkisi	211
3.2.3 Devrin Muvazaalı Olması	212
3.2.4 Uyarılama Talebi	213
3.2.5 Asıl Sözleşmeye Bağlı Alt Sözleşmeler Bulunması.....	215
3.2.6 Asıl Sözleşmede Tahkim Şartı Bulunması.....	218
3.2.7 Sözleşmeden Dönme	220

3.2.7.1	Asıl Sözleşmeden Dönme.....	222
3.2.7.2	Devir Sözleşmesinden Dönme.....	223
SONUÇ	224
KAYNAKÇA	228

KISALTMALAR

Art.	: (Article) madde
ARTES	: Araç Tescil Servisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: (Das Bürgerliche Gesetzbuch) Alman Medeni Kanunu
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BW	: (Burgerlijk Wetboek) Hollanda Medeni Kanunu
ČR	: Çek Cumhuriyeti Medeni Kanunu
CCE	: İspanyol Medeni Kanunu
CCF	: Fransız Medeni Kanunu
CCP	: (Codice Civile Procedura) İtalyan Medeni Usul Kanunu
CISG	: (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DCFR	: Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı)
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör
E.	: Esas
FusG	: (FusionsGesetz) İsviçre Birleşmeler Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HR	: (Hoge Raad) Hollanda Yüksek Mahkemesi
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İK	: İş Kanunu
İtaCC	: (Codice Civile Italiano) İtalyan Medeni Kanunu

İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MCK	: (Magyarország Civil Kódja) Macaristan Medeni Kanunu
OR	: (Obligationenrecht) İsviçre Borçlar Kanunu
Ör.	: Örneğin
PCC	: (Código Civil) Portekiz Medeni Kanunu
PECL	: The Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
PICC	: Principle of International Commercial Contracts (Uluslararası Ticari Sözleşme Prensipleri)
S	: Sayı
s	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: The International Institute for the Unification of Private Law (Özel Hukukun Uyumlaştırılması Uluslararası Enstitüsü)
Yrg.	: Yargıtay
vd.	: ve devamı

ÖZET

Sözleşmenin devri konulu bu tez çalışması, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanmıştır.

Sözleşmenin devri, Türk hukukunda ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 205’de, sözleşmenin devrinin tanımı ile devir sözleşmesinin ne şekilde kurulacağı açıklanmıştır. Sözleşmenin devri, üçüncü bir kişinin, sözleşme ilişkisinde yer alan taraflardan birinin, taraf olma sıfatı da dahil olmak üzere bütün hak ve borçlarıyla birlikte yerini almasıdır. Sözleşmede kalanın da bu taraf değişikliğine razı olması, bir başka deyişle devir sözleşmesine katılımı gerektiğinden, sözleşmenin devri sözleşmesi üç taraflı bir hukuki ilişkidir.

Tezin birinci bölümünde genel olarak sözleşmenin devri, tarihçesi, benzer kurumlardan farkları, hukuki niteliği, geçerlilik koşulları incelenmiştir. Sözleşmenin devrini ele alan eserlerde, tarafların birbirine karşı olan yükümlülüklerinin ayrıntılı olarak ele alındığına pek rastlanmamıştır. Bu bakımdan hüküm ve sonuçlar ile tarafların hak ve yükümlülükleri ikinci bölümde ağırlıklı olarak ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi kanunun özel hükümler sevk ettiği sözleşmelerin devirleri incelenmiş, genel düzenleme ile bu özel hükümlerin ayrıştığı noktalar üzerinde durulmuştur. Dönme, fesih, muvazaa, uyarılama ve benzeri durumların sözleşmenin devrinde arz ettiği özelliklere değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, Sözleşmeyi Devreden, Sözleşmeyi Devralan, İç Devir Sözleşmesi, Dış Devir Sözleşmesi

ABSTRACT

This PhD dissertation on the transfer of contract has been prepared within the scope of Private Law Doctorate Program of Istanbul Bilgi University Faculty of Law Graduate Programs Institute.

Transfer of the contract was regulated for the first time in Turkish law with the Turkish Code of Obligations No. 6098. Turkish Code of Obligations explains the definition of the transfer of the contract and how the transfer contract will be established in Art. 205. Transfer of contract is a replacement of one of the parties to the contractual relationship, with all rights and obligations, including being a side, with a third party. The transfer of the contract is a three-sided legal relationship since the remaining party should participate in the transfer contract, in other words, he must consent to this change.

In the first part of the thesis, the transfer of the contract is examined in history, differences from similar institutions, legal nature, and validity conditions. In the doctrine, it has not been found that the obligations of the parties to each other are discussed in detail. In this respect, the provisions and results, and the rights and obligations of the parties are mainly discussed in the second part. In the third part, the transfer of contracts, such as lease contracts, and service contracts, to which the law refers to special provisions, are examined, and the points where these special provisions differ from the general arrangement are emphasized. The features of rescission, termination, collusion, adaptation, and similar situations in the transfer of the contract are mentioned.

Keywords: Transfer of the Contract, Assignment, Transferor of the Contract (Assignor), Transferee of the Contract (Assignee), Internal Transfer Agreement, External Transfer Agreement.

GİRİŞ

Sözleşmenin devri kurumu, Türk hukukunda ilk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “Genel Hükümler” kısmının, “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı beşinci bölümünün üçüncü ayrımında, 205. madde hükmü ile üç taraflı iradi bir sözleşme olarak düzenlenmiştir. Yasal temele kavuşturulmadan önce de ekonomik, sosyal ve kişisel ihtiyaçlar nedeniyle, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, sözleşmelerin devri yapılabilmekteydi. Sözleşmelerde taraf değişiklikleri, tarafların anlaşmaları ile iradi yoldan olabildiği gibi, kanun gereği ya da mahkeme hükmüyle de olabilmektedir. 205. madde açıkça bu ayrıma yer vermemiştir. Buna karşılık, üçlü irade uyumu ile kurulan bir sözleşme gerektirmesinden hareketle, söz konusu maddede düzenlenen hukuki işlemin, “iradi yolla” sözleşmenin devri olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla sözleşmenin devri anlaşması, taraf değişikliğine konu olacak mevcut bir sözleşmenin varlığını gerektiren, üç taraflı bir anlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin devrini konu alan eserlerde, devredilecek olan “asıl sözleşme” için ayrıca, “esas sözleşme”, “temel sözleşme” gibi ifadeler kullanıldığı görülmüştür. Devredenle devralan arasında, devir yolunda yapılan anlaşmaya “iç devir sözleşmesi”, devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılan sözleşme için ise “dış devir sözleşmesi” ifadelerinin kullanıldığına rastlanmamış, öğretilerde Gümüş’ün, “iç üstlenme” ve “dış üstlenme” ifadelerini, Yavuz/Acar/Özen’in, kiracı ve devralacak kiracı arasında, kiraya verenin rızasına bağlı olarak kurdukları hazırlık sözleşmesi için “iç ilişki” veya “iç yüklenim sözleşmesi” ifadesini kullandığı görülmüştür¹. Bu çalışmamız içinde kullanılan terimler; devri söz konusu olan sözleşme için “asıl sözleşme”, devredenle devralan arasında, devir yolunda yapılan anlaşma için “iç devir sözleşmesi”,

¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012 (Kira), s. 224; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2021, s. 285.

devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılan sözleşme için “dış devir sözleşmesi” şeklinde olacaktır.

Sözleşmede kalanın rızası için genel olarak “rıza” ifadesi kullanılmıştır. Bununla birlikte; Türk Borçlar Kanunu m. 205/2 hükmü, “*sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma sözleşmenin devri hükümlerine tabidir*” diyerek rıza için bir zamanlama ayrımı getirmiştir. Bu ayrıma göre sözleşmenin devrinin, hüküm ve sonuçları değişken olabilecektir. Bu itibarla, değindiğimiz konuda hangisinin anlatılmakta olduğunun anlaşılması bakımından, önceden verilen rıza için, “ön izin”, sonradan verilen rıza için ise “onay” terimleri tercih edilmiştir. Zamanlama belirtilmiyorsa genel olarak “rıza” terimi kullanılmıştır.

Çalışmamızın içeriğinde konu ile ilgili olarak, akademik alanda yapılan çalışmalar, uygulamaya yön veren yargı kararları incelenmiştir. Milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak hazırlanan ancak ülke hukuklarına etki eden; UNIDROIT (The International Institute for the Unification of Private Law - Uluslararası Özel Hukukun Uyumlaştırılması Enstitüsü) tarafından hazırlanan ilkelere (PICC- Principle of International Commercial Contracts - Uluslararası Ticari Sözleşme Prensipleri) ve PECL (The Principles of European Contract Law - Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri) ve DCFR (Draft Common Frame of Reference - Ortak Referans Çerçevesi Taslağı) ilkelerine de değinilmiştir. İtalyan Medeni Kanunu (İtaCC), Macaristan Medeni Kanunu (MCK), Hollanda Medeni Kanunu (BW) ve Çek Cumhuriyeti Medeni Kanunu (ČR), Fransız Medeni Kanunu (CCF), sözleşmenin devrini daha geniş şekilde hüküm ve sonuçlarıyla ele aldığı için İtalyan, Macar, Hollanda, Çek Cumhuriyeti ve Fransız hukuklarına da yer verilmiştir.

Sözleşmenin devri kurumunun tanımını ve devir sözleşmesinin ne şekilde kurulacağını tarif eden 205. madde, sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçlarıyla

ilgili olarak bir düzenleme içermemektedir. Tarafların birbiriyle olan ilişkileri, hak ve yükümlülüklerinin ne olacağı da belirtilmemiştir. Türk Borçlar Kanunu ile eş zamanlı olarak yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanununda sözleşmenin devriyle ilgili genel bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu 205. maddesi, ticari sözleşmelerin devrinde de uygulama alanı bulacaktır. Her iki hukuk dalını da ilgilendiren sözleşmenin devri kurumunun kapsamlı bir şekilde ele alınmasında amaç, devrin hükümleri, tarafların hak ve yükümlülükleri çerçevesinde belirsizlik arz eden yapının bir araştırmaya tabi tutularak incelenmesi ve varılan sonuçların paylaşılmasıdır.

Sözleşmeler, nispi olma ilkesi gereğince, yalnızca tarafları arasında hüküm ifade ederler. Bununla birlikte, sözleşme çatısı altında, üçüncü kişileri de etkisi altına alan hukuki işlemler, alt sözleşme ya da sözleşmeler bulunabilmektedir. Devredenin, devir gerçekleştiği anda her türlü borçlarının sona erdiğinin ve tamamen özgürleştiğinin kabul edilmesi, özellikle bu ilişkiler bağlamında adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu noktada aynen malvarlığı devrinde (m. 202) olduğu gibi bazı koruma tedbirleri ile üçüncü kişileri korumak gerekebilecektir. Bu konuda başvurulabilecek düzenlemelerle ilgili düşünceler çalışma içinde paylaşılmıştır. Sözleşmenin devrinin genel olarak tanımı, hukuki niteliği, devrin geçerlilik koşulları, hak ve borçların geçişi, teminatların durumu ile tarafların hak ve yükümlülükleri ele alınmıştır.

Sözleşmenin devri dışında farklı bazı taraf değişiklikleri de vardır. Bu taraf değişikliklerinin sözleşmenin devrine benzeyen ve ayrılan yönleri kıyas yapılarak incelenmiştir. Sözleşme, alacak ve borçlardan oluştuğuna göre, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümleri uygun düştüğü ölçüde sözleşmenin devrinde uygulama alanı bulmalıdır. Bu itibarla anılan kurumlar çalışma kapsamında incelenmiştir. Tarafların hak ve yükümlülükleri açısından bu kuruma karşılaştırmalı hukukta nasıl bakıldığı, bu anlamda kuramsal benzerlik ya da farklılıklar olup olmadığı, çeşitli ülkelerdeki uygulamaların da ışığı altında ortaya konmaya çalışılmıştır. Sözleşmenin devrinin, kanunda düzenlenmemiş unsurlarını

irdelerken benzer kurumlara yaklaşan kısımlarında, öğretilerdeki bu kurumlarla ilgili görüşlerden yararlanılmış ve sözleşmenin devri kurumunun ruhuna uygun düştükçe bunlara yer verilmiş ve uygulanması öngörülmüştür. Bu bağlamda, alacağın devri, borcun nakli, malvarlığı, işletme devri ve ticari işletme devri, kira sözleşmesinin devri, hizmet sözleşmesinin devri, alt sözleşme konuları çalışma içinde yer almıştır. Diğer devir türleri olan kanuni devir ve hükmen (mahkeme kararı ile) devir konu dışı tutulup, yalnızca kısaca değinilmiş, geniş anlamda incelenmemiştir. Ticari işletme, işletme devri ve malvarlığı devirleri, sözleşmelerin devri bağlamında ilgili olduklarından, bu bahislere de gerekli görülen ölçüde yer verilmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmenin devrinin tanımı, hukuki niteliği, sözleşmenin devrinin yapısı hakkında ortaya atılan teoriler, benzer kurumlardan farkları, türleri, geçerlilik koşulları, devir anı, ikinci bölümünde haklar ve yükümlülükler ve üçüncü bölümde özel durumlar ele alınmış, sonuç bölümünde de vardığımız sonuçlar özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1.1 TANIM VE TERMİNOLOJİ

Türk Borçlar Kanunu m. 205/1, sözleşmenin devrini, “*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 tanımlamaktadır. Sözleşmenin devrinde, taraf sıfatının olduğu gibi, tüm hak ve borçlarıyla birlikte, bir başkasına devredilmesi, üç taraflı bir anlaşma ile sözleşmenin bir bütün olarak el değiştirmesi söz konusudur². Taraflardan biri sözleşme dışına çıkarken onun yerine dışarıdan yeni bir kişi taraf olarak sözleşmeye girmektedir³. Bu kişi

² EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021 (Borçlar Genel), s. 1421; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2021, s.430; NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 541; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021 (Borçlar Genel), s. 1159: “*Sözleşmesel sözleşme devri sözleşmeye dayalı kurulan bir borç ilişkisinin dışında yer alan üçüncü bir kişinin (devralanın, sözleşmeyi üstlenenin), kendisinin ve sözleşmenin taraflarının katılması ile akdedeceği sözleşme ile ilgili sözleşmeden doğan borç ilişkisinde yer alan taraflardan birisinin yerine dahil olmasıdır; kısaca sözleşmesel sözleşme devri, sözleşmeye dayalı kurulmuş bir borç ilişkisinin taraflarından birinin üçüncü bir kişi ile değiştirilmesidir.*”; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021 (Borçlar Genel), s. 1059; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2021, s. 369; DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara, 2019, s. 334; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2020, s. 82; KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 416; ÇAYAN, Gökhan, Sözleşmenin Devri, Ankara 2016, s. 2-3; GÜNAY, Cevdet İlhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2016, s. 149; AYDOS, Oğuz Sadık, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2022, s.199; ÇELİKBOYA, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2017, s. 365; ÖZTÜRK, Berna, Sözleşmenin Devri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, 29.125, Sayfa: 263-296, s. 264; BADUR, Emel/DOĞAN, Gülmelihat, Patent Lisans Sözleşmelerinde Taraf Değişikliği, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ÇÜHFD) - 2019, 4.1, Sayfa: 33-75, s. 52; BELEN, Herdem, İrade Serbestisi İlkesi Bağlamında TBK m. 205-206 Hükümlerinin İrdelenmesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 4.7, Sayfa: 151-154, s. 152; DAVER, Hilal, Borcun İfasında Borçlunun Rolü, İstanbul, 2018, s. 93; KOCABEY, Doğan, Türk Hukukunda İşletmenin Devri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s. 69; YILMAZ, Gizem Yağmur, Sözleşmenin Devri, Ankara, 2022, s. 22.

³ FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, s. 763; OZANEMRE YAYLA, Tolunay, Borçlar Hukuku Genel

(devralan), sözleşme ilişkisine tüm hak ve yükümlülükleri kapsar şekilde girer⁴. Sözleşmenin tarafı olma durumu, sözleşmeden kaynaklanan tüm haklar, borçlar ve yenilik doğuran haklarla⁵ birlikte bir üçüncü kişiye devredilmekte, sözleşmenin bir tarafı yerini diğer bir kişiye bırakmaktadır⁶. Buna göre sözleşme taraflarından biri, taraf olma sıfatı ile birlikte tüm hak ve borçlarını, bir sözleşme yapmak suretiyle üçüncü bir kişiye devrederek sözleşme ilişkisinden ayrılmakta⁷, sözleşmeyi devralan taraf, devreden nasıl hak sahibi ve yükümlü ise aynı şekilde sorumlu ve hak sahibi olmaktadır⁸. Sözleşme ilişkisi değişmemektedir.

Sözleşme temelinde olmayan borç ilişkilerinin de devri söz konusu olabilir⁹ ama sözleşmenin devri, sözleşmeye dayalı olarak kurulan geniş anlamdaki borç ilişkisinde meydana gelen taraf değişikliği anlamındadır¹⁰. Sözleşmeye giren taraf çıkan tarafın, taraf olma sıfatını, bulunduğu haliyle ancak

Hükümler, Ankara, 2022 (Borçlar Genel), s. 286; REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2020, s. 410; ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, İstanbul, 2016 (Kira), s. 33; ERBAYRAKTAR, Burcu, Alacağın Devrinin Sözleşme İle Engellenmesi (Pactum de non Cedendo), İstanbul, 2021, s. 103.

⁴ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003 (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 33; ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 33-34.

⁵ Devreden kişinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan fer'i haklar, defiler ve yenilik doğuran haklar devralana geçmeyecektir. Burada genel olarak ölçü alınacak olan kriter hakkın kişiye mi yoksa hakka mı bağlı olduğu ile ilgilidir. (Bu konu ileride ayrıntılı olarak, "İkinci Bölüm" - "2.1 TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI" başlığı altında ele alınmıştır).

⁶ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2021(C.2), s. 650; DAYINLARLI, Kemal, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, Ankara, 2019 (Alacağın Devri), s. 67; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 415- 416; ÇABRİ, Sezer, Borcun Üstlenilmesi- Sözleşmenin Devri- Sözleşmeye Katılma Borca Katılma, Borçlar kanunu Genel Hükümler Konferansları III (Sungurbey'e Armağan), İstanbul, 2012, s. 162-163: Yazara göre; devreden taraf, taraf sıfatını kaybederken sözleşme ilişkisi dolayısıyla sahip olduğu hak ve borçları devralana geçirmekte ve devrettiği sözleşmeden dolayı bütün sorumluluğu da sona ermektedir.

⁷ YAVUZ, Nihat, Sözleşmenin (Hukuksal İşleme) Yüklenilmesi=Devredilmesi Kavramı ve Bir Yargıtay Kararı, Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ'a Armağan, Ankara, 2009 (Sözleşmenin Yüklenilmesi), s. 556.

⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56; BAHADIR, Zeynep, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 3, Yıl 2013, s. 3.

⁹ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160: "*Sözleşmeye dayalı olarak kurulmayan borç ilişkilerinin devri de mümkündür. Örneğin tek taraflı kurucu yenilik doğuran hak niteliğindeki önalım hakkının kullanılması ile kurulmuş satış ilişkisinin devri dahi mümkündür.*"

¹⁰ HELVACI, Serap/KOCABAŞ Gediz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları (Yargıtay Kararları ile Çözümlü), İstanbul, 2020, s. 302: "*Devralan devreden sözleşmeden doğan hukuki durumunu elde eder. Bu anlamda, sözleşmenin devri, sözleşmeden doğan bir alacak hakkının devredilmesinden ya da sözleşmeden doğan bir borcun üstlenilmesinden çok daha geniş kapsamlı bir devir işlemi ifade eder.*"

yalnızca var olan hak ve borçlarla sınırlı olarak değil, gelecekte doğacak olan hak ve borçları da kapsar şekilde, devralır¹¹.

Sözleşmenin devri anlaşması, devrin kanunen veya taraflarca yasaklanmadığı ya da işin niteliği gereği devre bir engel bulunmadığı her durumda yapılabilecektir¹². Sözleşmenin devri kurumunun özelliği, borç ilişkisini doğuran sözleşmenin özdeşlik ve süreklilik prensipleri gereği, kural olarak tüm hükümleriyle varlığını devam ettirmesidir¹³. Yalnızca taraf değişir¹⁴. Üç taraflı irade uyumunu gerektiren (iradi yoldan) sözleşmenin devri dışında, kanunen ya da yargısal olarak da sözleşmenin devri gerçekleşebilmektedir¹⁵.

Sözleşmenin devrinde üç farklı sözleşme ilişkisi bulunmaktadır: Birinci sözleşme, devredilecek olan, taraf sıfatını devredecek olanla sözleşmede kalan arasında yapılmış olan “asıl sözleşme”dir. İkincisi devredenle devralan arasında yapılan, devir sözleşmesinin nedenini oluşturan sözleşme ve son olarak asıl sözleşmedeki taraf değişikliğini sağlayan, devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında yapılan üçüncü sözleşmedir¹⁶.

¹¹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 116 vd.

¹² GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul, 2020, s. 643; Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, engel bulunmayan her durumda sözleşmenin devri mümkün olacaktır.

¹³ TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020, s. 596; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56: Yazar’a göre burada ayniyet ve devamlılık unsurları önemlidir, keza bu özellik sözleşmenin devri kurumunun doğuş nedenidir.

¹⁴ Sözleşmede alacaklı ya da borçlu tarafın değişmesi arasında fark olmadığı gibi (KILIÇOĞLU, (Borçlar Genel), s. 1053), borç ilişkisi izin verdiği ölçüde her iki tarafın aynı anda değişmesine de engel yoktur.

¹⁵ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 763.

¹⁶ OĞUZ, Cemal, Sözleşmenin Devrinin Hukuki Sonuçları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, Sayfa: 2417-2436, s. 2419; GÜMÜŞ (Kira), s. 224, 369: “Sözleşmenin iç üstlenilmesi olarak nitelendirilen sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme, devralanın devredene karşı, asıl sözleşmenin tarafı haline gelmeyi borçlandığı, borç sözleşmesi niteliğinde olan ve Türk Borçlar Kanunu m. 195 düzenlemesine benzer bir “sözleşmenin iç yüklenilmesi” anlamındaki sözleşmeyi devralma vaaadinin ifası için yapılır ve sözleşme devri borcun naklinde olduğu gibi, önce sözleşmenin iç yüklenilmesi ve sonra da sözleşmenin dış yüklenilmesi olarak gerçekleşir.”; CENGİL, M. Fatih, Sözleşmede Taraf Değişikliği, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 3.6, Sayfa: 117-144, s. 120: “Sözleşmenin iradi devrinde birbirinden ayırt edilmesi gereken üç sözleşme karşımıza çıkar; bunlar, sözleşme devrinin konusu olan esas sözleşme, devreden ve devralan arasında yapılan sözleşme ve tasarruf işlemi niteliğindeki devir sözleşmesidir.”

Bu özellikleri tahtında sözleşmenin devri, devredilen borç ilişkisi aynen devam etmek ve sözleşmede kalan tarafın durumunda herhangi bir değişiklik olmamak koşuluyla, taraflardan birinin taraf sıfatı da dahil olmak üzere, sözleşmede kalanın da onayı ile, tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devrederek borç ilişkisinden ayrıldığı, devralanın da onun konumunu olduğu gibi devralarak yerine geçtiği bir anlaşmadır. O halde, devredilmesi söz konusu olan, taraf sıfatını devredecek olanla sözleşmede kalan arasında yapılmış ve daha sonra devralanın devreden yerine geçeceği sözleşmeye “asıl sözleşme”, devredenle devralan arasında, devir sözleşmesinin nedenini oluşturan sözleşmeye “iç devir sözleşmesi” ve taraf değişikliğini sağlayan, devreden ve devralanla sözleşmede kalan arasında yapılan üçüncü sözleşmeye de “dış devir sözleşmesi” denilebilir¹⁷.

1.2 TARİHÇE

1.2.1 Kıta Avrupası Hukukunda

Kıta Avrupası hukukunu etkisi altına alan ve borç ilişkisinin taraflarının değiştirilmez olduğunu kabul eden Roma Hukuku, cüzi halefiyeti reddetmekte idi¹⁸. Bu nedenle uzun yıllar geniş anlamda borç ilişkisi kavramı yerleşmemiş,

¹⁷ İleride geniş şekilde üzerinde durulacağı üzere; ilk planda devreden ve devralan arasında iç devir sözleşmesinin kurulmasından sonra “onay” ile tamamlanacak (dış) devir sözleşmesi ile sözleşmenin devri tamamlanır. İç ve dış devir sözleşmesi, devir sözleşmesinin parçalarıdır. Üçlü irade uyumunun aynı anda mevcudiyeti ile devir anlaşması yapılması halinde, iç ve dış devir sözleşmeleri ikisi birlikte devir sözleşmesi içinde kaynaşmış şekilde var olmaya devam eder (Bkz. Birinci Bölüm “1.8.4 Asıl Sözleşmenin Devrine İlişkin Sözleşme Yapılması” başlığı altında yapılan açıklamalar).

¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 544; EREN (Borçlar Genel), s. 1407-1408; TUNÇOMAÇ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 1074; ÖZ, Turgut, Alacağın Devri, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019 (Alacağın Devri), s. 2341; KAHRAMAN, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul 2013 (Borcun Nakli), s. 31; KAHRAMAN, Zafer, Sözleşmenin Devri, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, C.II, İstanbul 2020, S. 1071-1096 (Sözleşmenin Devri), s. 1072; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 9 vd.; FRANKO, Nisim, Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, 49.01, Sayfa: 177-197, s. 178; ÜÇER, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 54.3, Sayfa: 397-443, s. 400; Borç ilişkisinin öznesi yönündeki değişiklik sözleşme ilişkisinin aktarılmasına yol açamaz, bu ancak yeni bir sözleşmeyle açıklanabilir (PACCHIONI, Giovanni, Delle Obbligazioni in Generale, Padova, 1935, s. 328).

ticari dünyada alacağın devrine gittikçe artan bir ihtiyaç bulunmasına¹⁹ rağmen alacağın devrinin borç ilişkisinin niteliğiyle bağdaşmadığı savunulmuştu²⁰. Bu anlayış çerçevesinde, güven ilkesine dayalı olarak yürütülen ve alacaklı ya da borçlunun ölümü ile sona eren borçlar ekonomik hayatta tıkanıklık yaratmaya başlamıştı²¹. Birbiri ardına birçok sözleşme yaparak sorunu aşmaya çalışmak ticaretin hantallaşmasına yol açmış²², giderek artan ihtiyaçlar, ekonomik bir değer olan sözleşmelerin tüm aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak dolaşıma sunulabilmesini zorunlu kılmıştı²³. Sözleşmelerin devrinin bu ihtiyaca cevap verebilecek pratik bir yol olacağı ilk kez Alman Hukukçu Eduard Hölder (1847-1911) tarafından dile getirilmiştir²⁴.

Avrupa’da ilk kez İtalya’da, sözleşmenin devrini düzenleyen 16/03/1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunu²⁵ (Il Codice Civile Italiano - İtaCC) ile yasa koyucu, sözleşmenin devrini mümkün kılan hükümler vasıtasıyla modern ve pratik bir uygulama aracı yaratma iradesini ortaya koymuş²⁶ ve bu yolla kıta Avrupası ülkeleri hukukları için de bir yeniliği hayata geçirmiş oldu²⁷. Sözleşme

¹⁹ BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar), s. 269.

²⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 54 vd.; BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 354.

²¹ ARDA BAĞCE, Duygu Hidayet, Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 7.

²² PALADINI, Mauro, Commentario Del Codice Civile Dei Contratti in Generale Della Cessione Del Contratto/ Capo VIII (a cura di NAVARRETTA, Emanuela/ORESTANO, Andrea), Artt. 1387-1424. Torino, 2012, s. 256.

²³ PALADINI, s. 256.

²⁴ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 31, dn. 1 (Hölder, Eduard, Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten, Das Recht, Bd, 12 s. 470 vd.’den naklen); Hölder hakkında bkz. SCHWARZ, Andreas B., Andreas von Tuhr ve Zamanının Medeni Hukuku İlmi, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1939, 5, Sayfa: 63-106, s. 94.

²⁵ TOSUN, Yalçın, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, M. Murat İNCEOĞLU (Ed.), İstanbul 2012, s. 170; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s.129; İtaCC Sözleşmenin devrini, Dördüncü Kitap, Borçlar Kanunu, Başlık II - Genel Olarak Sözleşme, Bölüm VIII – “Sözleşmenin Devri” (Della Cessione del Contratto) başlığı altında; m. 1406 – 1410 arasında düzenlemiştir (Anılan maddeler için bkz. <https://www.brocardi.it/codice-civile/titolo-ii/libro-quarto/capo-viii/>); Yürürlük tarihi 21.04.1942’dir (OĞUZ, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2021, s. 175).

²⁶ PALADINI, s. 256.

²⁷ PALADINI, s. 256.

ilişkisinde bir tarafın başka bir tarafla somut olarak değiştirilmesini amaçlayan bu kurum, açık bir yapıya sahiptir ve ilke olarak tüm sözleşmeler için geçerlidir²⁸.

Genel olarak tüm sözleşmelerin devrine imkân tanımış olan İtaCC m. 1406 uyarınca, karşılıklı edim borçları henüz sona ermemiş bir sözleşmenin bir tarafı, diğer tarafın da rıza göstermesiyle değişebilir²⁹. İtaCC m. 1408/1'e göre devreden de bu yolla sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulmuş olur³⁰. İtaCC m. 1406 - 1410, bu kurumun asıl sözleşmedeki taraf statüsünün aktarımıyla sınırlı kalmayarak, tarafların birbirlerine karşı olan yükümlülüklerini düzenler, iki sözleşme arasında, şahsa bağlı olmadığı için devralana geçişi mümkün olan hakların neler olduğunu ve nasıl kullanıldığını belirler³¹. İtaCC m. 1406'da sözleşmenin devri kurumunun tanımı, m. 1407'de şekli, m. 1408'de devredenle sözleşmede kalan arasındaki hukuki ilişki, m. 1409'da devralanla sözleşmede kalan arasındaki hukuki ilişki ve son olarak m. 1410'da devredenle devralan arasındaki hukuki ilişki düzenlenmiştir³².

01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren, Macaristan Medeni Kanunu (Magyarország Civil Kódja- MCK) “Sözleşmenin Devri” (Szerződésátruházás) başlığı altında m. 6:208 - 6:211 arasında³³ sözleşmenin devrini düzenlemektedir. MCK m. 6:208/(1) hükmü uyarınca, sözleşmeden ayrılan (devreden) taraf,

²⁸ CHINÉ-FRATINI-ZOPPINI, Manuale di Diritto Civile, Roma 2014, s. 1408; 1865 tarihli önceki Medeni Kanun'da, sözleşmenin tamamını devretme imkânı yalnızca kiralama sözleşmesi açısından sağlanmıştı (PESCATORE, Valerio, Cessione del Contratto ed Interpretazione, Brescia, 1999, s. 583, dn. 1); 1573. maddeyle bu hak kendisine yasaklanmamışsa, kiracının sözleşmedeki konumunu üçüncü bir şahsa devretmesine izin verilmişti (VETTA, Maddalena, Cessione del Contratto, Cessione del Credito e Circolazione della Clausola Compromissoria, Roma 2014, s. 97).

²⁹ PALADINI, s. 258.

³⁰ BRUNI, Carlo, Italian Contract Law in General, s.32, <https://www.consulenzelegale.it/en/home-en/>; Durum bu olmakla birlikte, sözleşmede kalanın, devredenin yükümlülüğünün devam edeceğini şart koşması mümkündür (İtaCC m. 1408/2 - madde metni için bkz. <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1408.html>).

³¹ VETTA, Maddalena, Cessione del Contratto, Cessione del Credito e Circolazione della Clausola Compromissoria, Roma 2014, s. 108.

³² PALADINI, s. 255 vd.; GÜLERCİ, Altan Fahri/KILINÇ, Ayşe, 6098 sayılı yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara, 2011, s. 216 vd.; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, İstanbul, 2015, s. 57-58.

³³ https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF

sözleşmeye giren taraf (devralan) ve sözleşmede kalan taraf, sözleşmeden ayrılan tarafın hak ve yükümlülüklerini sözleşmeye giren tarafa devretmek için anlaşmaya varabilir³⁴. Buna göre sözleşmenin devri, ikili bir sözleşme ilişkisine yeni tarafın bir başka iki taraflı sözleşme ile katıldığı üç taraflı bir hukuki ilişkidir³⁵. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder; sözleşmeye giren taraf, sözleşmeden çıkan tarafla sözleşmede kalan taraf arasındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara sahip ve tüm borçları yüklenmiş olur, sözleşmede kalan tarafa karşı sözleşmeden çıkan tarafın sahip olduğundan başkaca bir talebi olamaz³⁶. Aynı şekilde sözleşmede kalan taraf da devreden tarafa karşı sahip olduğundan fazla bir talep ileri süremez³⁷. Sözleşmenin devri için önceden verilen izin geri alınması hakkı saklı tutulabilir (MCK 6:209/(2))³⁸. Sözleşmeyi devralan taraf, sözleşmeyi devreden tarafla arasındaki hukuki ilişki nedeniyle sahip olduğu alacakları takas etme hakkına sahip olamayacaktır, aynı şekilde, sözleşmede kalan taraf da devreden tarafla arasındaki diğer hukuki ilişkilerinden doğan borçlarını devralandan olan alacakları ile takas etme hakkına sahip olamayacaktır (MCK 6:208/(2))³⁹. Yine sözleşmeyi devralan tarafa devredilen alacakların teminatları, teminat veren kişi ya da kişiler muvafakat etmedikçe, devam etmeyecektir (MCK 6:208/(3))⁴⁰.

³⁴ https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF

³⁵ KESMARKI-MESZAROS, Gyöngyi, *The Transfer of Contract, Cultural Relations Quarterly Review*, Vol. 1. Issue 3. (Summer 2014), Pages.: 7-15, s.12.

³⁶ KISFALUDI, Andras, *Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code*, 2014 ELTE L.J. 109 (2014), s.118, heinonline, <https://0-heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr>

³⁷ KISFALUDI, s.118; Devrin gerçekleşmesinden sonra devralan ve sözleşmede kalanın, taleplerini yani sözleşme konusunu değiştirmeleri sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde pekâlâ mümkündür ancak bu durumda, sözleşme yeni bir sözleşme haline gelir. Sözleşme devri ve yenileme arasındaki çizginin nerede durduğunun tespiti çok önemlidir, zira sözleşme devrine bu bahse ait özel hükümler uygulanacaktır, oysa yenileme genel hükümlere tabidir. Devralan, ilk başta sözleşmede kalana, devreden tarafından (karşılıklı olarak duyulan güvene dayalı olarak) önerilmiş ve kabul edilmiş kişi iken, yeni kurulan sözleşme özelinde, sözleşmede kalan nezdinde kendi adına tesis etmiş olduğu güven çerçevesinde, onun tarafından bizzat seçilmiş, taraflarca yeni bir sözleşme ilişkisine girilmiş ve önceki sözleşmenin devredene tüm bağları kesilmiş olur (Macaristan Yüksek Mahkemesi, 12.07.2021 tarih ve 7/2021 nolu kararı, Published on the Curia of Hungary, PJE Decision No:7/2021 - <https://birosag.hu>).

³⁸ https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF

³⁹ https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF

⁴⁰ https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF

Çek Cumhuriyeti Medeni Kanunu (Občanský Zákoník- ČR - 89/2012 sayılı Kanun) da m. 1896-1900 arasında sözleşmenin devrini düzenlemiştir⁴¹. Çek Cumhuriyeti Medeni Kanununa göre, sözleşmenin devriyle devralan, devreden yalnızca bireysel olarak sahip olduğu hak ve borçları devralmakla kalmaz, onun sözleşmedeki yasal konumuna bütünüyle halef olur⁴². Sözleşmede kalan tarafın rıza beyanına kadar devir sözleşmesi kurulmuş olmaz ve yürürlüğe girmez⁴³. Sözleşmede kalan taraf rıza beyanını önceden vermişse, sözleşmeye bu beyanını geri alma hakkını saklı tuttuğuna dair bir madde koyabilir⁴⁴.

1992’de esaslı olarak revize edilen 1966 tarihli Hollanda Medeni Kanunu (Burgerlijk Wetboek - BW) m. 159’da sözleşmenin devrini düzenlemiştir⁴⁵. Hollanda Medeni Kanunu m. 6:159’a göre, sözleşmenin devri, sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafla olan hukuki ilişkisini, o yanın da katılımıyla, yazılı bir anlaşma ile üçüncü bir kişiye devretmesidir⁴⁶. Devredenle devralan arasındaki anlaşma yazılı olmak gerekirken, diğer tarafın onayı için şekil şartı aranmaz (Hollanda Medeni Kanunu m. 3:94)⁴⁷. Önceden verilen izne dayanan devir sözleşmesi, aksine hüküm yok ise, devir anlaşmasının yapılmış olduğu yazılı olarak sözleşmede kalana bildirildiği an hüküm ifade etmeye başlayacaktır (Hollanda Medeni Kanunu m. 3:57)⁴⁸.

Avrupa’da bu ülkeler dışında, 25/11/1966 tarihli Portekiz Medeni Kanunu’nda (Código Civil- PCC), Sözleşmeye Dayalı Pozisyonun Devri (Cessão da Posição Contratual) başlığı altında, m. 424 - 427 arasında⁴⁹ ve 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nda (Code Civil Français - CCF) “Sözleşmenin Devri”

⁴¹Kanunun maddeleri için bkz. <https://www.kurzy.cz/zakony/89-2012-obcansky-zakonik>

⁴² DVOŘÁK, Bohumil, Assignment of a Contract in the New Czech Civil Code 2014 ELTE L.J. 123 (2014), s.123, heinonline, <https://0-heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr>.

⁴³ DVOŘÁK, s. 123.

⁴⁴ DVOŘÁK, s. 123.

⁴⁵ <http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/>

⁴⁶ <http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/art-6159-bw-bw6-artikel159/>

⁴⁷ <http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/>; Hoge Raad (HR) 13.03.1978, 1978/325 sayılı ve 23.04.1999 tarih ve 1999/497 sayılı kararları.

⁴⁸ <http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/?s=3%3A57>

⁴⁹ <https://www.igac.gov.pt>; Portekiz Medeni Kanunu (Código Civil- PCC)’nun Alman, İsviçre ve İtalyan Medeni Kanunları dikkate alınarak hazırlandığı hakkında bkz. OĞUZ, Arzu, s. 180.

(La Cession de Contrat) başlığı altında, m. 1216 - 1216-3 arasında sözleşmenin devri düzenlenmiştir⁵⁰. Uygulamada var olmakla birlikte, İsviçre ve Alman Hukuklarında bu hususta yasal bir düzenleme bulunmamaktadır⁵¹.

1.2.2 Sözleşme Devrinin Yapısı Hakkında Ortaya Atılan Teoriler

Sözleşme devrini açıklamak üzere özellikle İsviçre ve Alman öğretisinde Kombinasyon (birleşim) teorisi ve birlik teorisi olarak iki ayrı teori ortaya atılmıştır⁵². Her iki teoriyi de ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

1.2.2.1 Kombinasyon (Birleşim) Teorisi

Sözleşmenin devrini açıklamak üzere ortaya atılan teorilerden ilki kombinasyon teorisi⁵³ olarak adlandırılmaktadır. Bu teori sözleşmeyi, alacak ve borçlardan oluşan bir kombinasyon (birleşim) olarak görmekte ve bu nedenle

⁵⁰<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000032041424/2016-10-01>; Fransız Medeni Kanunu - CCF'nin geçirdiği değişiklikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, Arzu, s. 124 vd.

⁵¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, 2012 (Borçlar Özel), s. 368; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s.129; KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1073; AYDOĞDU, Murat/NART, Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022, s. 323; KAPLAN, İbrahim, Türk Borçlar Hukuku TBK. madde 1-206 (Genel Hükümler), Ankara, 2021, s. 331; ÇABRİ, s. 162; BARAŃSKA, Anna Maria, Institution of The Contract Transfer in the Light of Model Law Acts, Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools 40.4 (2020): 4-8, s. 4, <https://farplss.org/index.php/journal/article/view/705>; Türk Borçlar Kanunu m. 205'in gerekçesinde de İsviçre ve Alman hukuklarında yasal bir düzenleme olmamakla birlikte, uygulamada, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sözleşmenin devrinin kabul edilmekte olduğu belirtilmiştir (KAHRAMAN, Zafer, Borcun Üstlenilmesi, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019 (İstanbul Şerhi), s. 2513 vd.); Sözleşmenin devri kurumunun özel olarak düzenlenmediği Alman hukukunda da sözleşmenin devrinin, BK 205/II hükmünde gösterilen yönteme paralel olarak, sözleşmeyi devreden ve sözleşmeyi devralan arasındaki anlaşmaya sözleşmede kalanın rıza açıklamasında bulunması ile gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir (ERBAYRAKTAR, s. 103, dn. 356, Thiele, Wolfgang, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Köln 1966, s. 2'den naklen).

⁵² EREN (Borçlar Genel), s. 1284; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 39 vd.; ÖZTÜRK, s. 267; MERAL, Nevin, Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmenin Devri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 5.1, Sayfa: 327-352, s. 332; ALBAYRAK, Hakan, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, 10: 43-95, s. 18 vd.

⁵³ İtalya'da "ayırıştırma teorisi" ya da "atomistik yaklaşım" olarak da isimlendirilmektedir (VETTA, s. 100).

sözleşmenin devrini bu temel iki işlemin, alacağın devrinin ve borcun üstlenilmesinin birlikte yapılması halini yansıttığını, bu iki işlemin kombinasyonu olduğunu savunmaktadır⁵⁴. Bu görüşe göre, sözleşmenin devri, kanun tarafından düzenlenmiş hukuk ilişkilerine indirgenmezse, yapılan tasarruf işlemi hukuken imkânsız olur⁵⁵. Bu teori, sözleşmenin devrini kanunda var olan kalıplara sığdırmaya çalıştıysa da yenilik doğuran ve ileride doğacak hakların geçişini açıklayamadığı için öğretide eleştirilmiş⁵⁶ ve sözleşmenin devri kurumunun yapısına tüm unsurlarını karşılayan kapsamlı bir açıklama getiremediğinden, artık günümüzde tamamen terk edilmeye yüz tutmuştur⁵⁷.

1.2.2.2 Birlik Teorisi

Ortaya çıkan ikinci teori ise birlik teorisidir. Bu teoriye göre sözleşme ilişkisi alacak ve borçların dışında başka hukuki durumlardan ve bazı yükümlülüklerden oluşmaktadır ve dolayısıyla alacağın devri ya da borcun üstlenilmesi gibi yalnızca sözleşme ilişkisinin belli kalemlerinin değişimini ve devrini sağlayan kurumlarla açıklanamaz⁵⁸. Hak ve borçların devri tek bir hukuki işlemle gerçekleşir⁵⁹. Modern anlamda kabul gören bu teoriye birlik teorisi adı verilmektedir⁶⁰.

Birlik teorisi, yalnızca borç ve alacak toplamından oluşmayan sözleşmenin karmaşık yapısını, borç ve alacaklar yanında bunların içerdikleri hak ve yetkilerle, bağlı fer'i hakları da göz önünde bulundurduğundan hâkim görüş de birlik

⁵⁴ EREN (Borçlar Genel), s.1284; BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 354; PETER, Henry, Le Sort des Contrats en cas de Transfer de Patrimoine, Revue Suisse de Droit des Affaires, 76, 2004, 223 (Transfer de Patrimoine), s. 227.

⁵⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 41.

⁵⁶ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s.49; TOSUN, s. 172.

⁵⁷ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 597; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 52; KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1077 (Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 231'den naklen); STIM, Richard, Contracts: The Essential Business Desk Reference, Nolo, 2021, s. 43.

⁵⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 50; MERAL, s. 332; ERBAYRAKTAR, s. 453.

⁵⁹ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 354-355; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160.

⁶⁰ MERAL, s. 332.

teorisinden yanadır⁶¹. Türk Borçlar Kanunu m. 205, tek bir hukuki işlemle sözleşmenin devrinin gerçekleşmesini sağlayan yapısıyla birlik teorisini benimsemiştir⁶². Birlik teorisi benimsenecek olmakla birlikte, sözleşmenin devri kurumunun, taraf değişikliğine neden olan, özellikle alacağın devri ve borcun üstlenilmesi kurumlarından keskin çizgilerle ayrıldığını söylemek zordur. Bu durum birlik teorisinden uzaklaşmak anlamına gelmeyecektir. Keza Türk Borçlar Kanunu malvarlığının veya işletmenin devralınması başlıklı 202. maddesinin 3. fıkrasında, devir konusu borçlar için “borcun dış üstlenilmesi” hükümlerine gönderme yapmıştır⁶³. Sözleşmenin devri bu işlemleri içermektedir yani sözleşmenin devri bu işlemleri kapsar ancak bu işlemler hepsi bir araya da gelse, sözleşmenin devri halini almaz.

Sözleşmenin devrinde, devreden hukuki ilişkide sahip olduğu konumun, hali hazırda bulunduğu durumda, aynen devri söz konusudur. Hukuki ilişki bir bütün olarak devralınmaktadır, bu nedenle hem alacağın devrinden hem de borcun üstlenilmesinden farklıdır⁶⁴. Sözleşmenin devrinin bunların bir bütünü olduğu da söylenemez, zira yalnızca hak, alacak ve borçlar değil, taraf olma sıfatı bir bütün olarak ve tek bir devir sözleşmesiyle devrolunur⁶⁵. Ancak taraf değişikliğine neden olan diğer kurumlarla ilgili düzenlemelerden, sözleşmenin devri kurumunun yapısına uygun düştüğü ölçüde faydalanılmak gereklidir.

⁶¹ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 354-355; ÖZTÜRK, s. 267; MERAL, s. 332

⁶² GÜLERCİ/KILINÇ, s. 216; MERAL, s. 332; ERBAYRAKTAR, 454.

⁶³ MCK m. 6:210 ile Macaristan Medeni Kanununu da aynı şekilde borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen, gerekli uyarlama yapılarak, sözleşmenin devri kurumuna uygulanacağını hükme bağlamıştır (https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF); Aynı şekilde, PICC m. 9.3.7’de, sözleşmenin devrine uygun düştüğü durumlarda, hakların devri ve borcun nakli hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir (ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 337); DCFR m. III.-5:302 (3)’te de hakların devri ve borcun nakli hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir:

(https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm “1.5.1 Alacağın Devrinden Farkı” ve “1.5.2 Borcun İç ve Dış Üstlenilmesinden Farkı” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁵ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 430.

1.2.3 Uluslararası İlkeler

Sözleşmenin devri kurumuna yaklaşımları açısından ülkeler; kurumu açıkça yasalarında düzenlemiş olan ülkeler, kurumu düzenlememiş ancak varlığını kabul eden ülkeler ve kurumun kabul edilebilirliğinin tartışmalara yol açtığı ülkeler olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir⁶⁶. Küreselleşme ve artan uluslararası ticaret ve iletişim sürecinde, uluslararası ticareti düzenleyen kuralların yeknesaklaştırılması giderek daha fazla önem kazanmaktadır⁶⁷. Bu amaçla milli hukuk sistemlerinden bağımsız olarak, “lex contractus” sıfatıyla sözleşme ilişkisini yönetmek üzere hazırlanmış⁶⁸, gerek UNIDROIT⁶⁹ (The International Institute for the Unification of Private Law - Uluslararası Özel Hukukun Uyumlaştırılması Enstitüsü) tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Sözleşme Prensipleri (Principle of International Commercial Contracts - PICC)⁷⁰ gerekse Avrupa Sözleşme Hukuku ölçütlerini ortaya koymak üzere hazırlanmış olan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law- PECL), başta Avrupa ülkeleri olmak üzere, birçok ülkede uygulanan ticari teamüllerin (lex mercatoria) kaynağını oluşturduğu ve onları ortaya çıkardığı için büyük önem arz etmektedir⁷¹.

⁶⁶ GOMES, Técio Spínola, A Transmissibilidade da Clausula Arbitral Diante da Cessão de Posição Contratual, Revista de Direito Civil Contemporâneo, 2015, 5, Páginas: 69-81, s. 70 (CARRER, Mario, Cession de Posición Contractual, Córdoba, 2000, s. 43-47’den naklen).

⁶⁷ STARZMANN, Katrin, The Relationship Between the Use of the Unidroit Principles and the CISG in a Comparative View and How the Unidroit Principles Contribute to the Interpretation of the CISG. 2014, Master's Thesis, University of Cape Town, s. 1.

⁶⁸ AYOĞLU, Tolga, Lex Mercatoria, İstanbul, 2011, s. 302.

⁶⁹ MERAL, s. 336, dn. 27: “*International Institute for the Unification of Private Law (Institut International Pour L’Unification Du Droit Prive)*, ilk kez 1926’da Birleşmiş Milletlerin uluslararası bir yan kuruluşu olarak kurulmuş ve 1940 yılında ise UNIDROIT Statüsü’nün kabulüyle yeniden yapılandırılmıştır. Bu Enstitü, 1994 yılında Uluslararası Ticaret Sözleşmeler İlkelerini (Principles of International Commercial Contracts) oluşturmakta ve belirli aralıklarla bu ilkeleri gözden geçirip değiştirmektedir.”

⁷⁰ Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri 2016, Çevirenler: Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY, Av. Murat R. ÖZSUNAY, Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI, Dr. Öğr. Üyesi Banu BOZKURT, Arş. Gör. Z. Gizem SAYIN, Arş. Gör. Nesli Şen ÖZÇELİK ÖZER, Arş. Gör. Başak ERDOĞAN, Arş. Gör. N. Tuğçe BİLGETEKİN, Arş. Gör. Işıl YELKENCİ, İstanbul, 2020, s. 330; PICC m. 9.3.1 (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>).

⁷¹ AYOĞLU, s. 302; MERAL, s. 329.

Coğrafik uygulama alanı olarak PECL, UNIDROIT - PICC ilkelerinden farklı olarak, yalnızca Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanmak üzere hazırlanmıştır⁷². PECL ilkeleri tüketici sözleşmelerine de uygulanabilmekteyken, PICC katı bir şekilde ticari sözleşmelere odaklanmıştır⁷³. Etki alanları gün geçtikçe genişleyen PECL ve PICC ilkelerinin her ikisinin bir arada var olması, ihtilaflar bakımından hangisine öncelik verileceği konusunda tartışmalara neden olmuştur⁷⁴.

Avrupa Birliği'nde borçlar kanununun temelini teşkil etmek üzere oluşturulan⁷⁵ ve "Ole Lando ilkeleri"⁷⁶ olarak da anılan PECL m. 12:201'de sözleşmenin devri kurumu şu şekilde düzenlenmiştir: Bir sözleşmenin taraflarından biri, üçüncü bir kişiyle anlaşarak, sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini o üçüncü kişiye devreder, bunun sonucunda o üçüncü kişi

⁷² AYOĞLU, s. 304; BONELL, Michael Joachim, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts And The Principles of European Contract Law: Similar Rules For The Same Purposes?, Uniform Law Review, 1996, 1: 229, s.14; PECL ilkeleri taraflardan en az birinin Avrupa Birliği ülkelerinde yerleşik olması halinde uygulanacaktır. PICC ilkeleri ise Avrupa Birliği dışındaki ülkelerde referans alınmaktadır (MEYER, Lars, Soft Law for Solid Contracts-A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization, Denv. J. Int'l L. & Pol'y, 2006, 34, Pages: 118-143, s. 137).

⁷³ MEYER, s. 138.

⁷⁴ AYOĞLU, s. 304; PECL ve PICC'in uygulama alanlarının farklı olmaları dolayısıyla, yani Avrupa Birliği dışında PICC ilkelerinin uygulanacak olması, Avrupa Birliği'nde ise PECL ilkelerinin uygulanacak olması dolayısıyla, her ikisinin bir arada var olmasının bir sorun yaratmayacağı savunulmuştur (BONELL, s. 11); PICC ve PECL birbirine benzer olmakla birlikte, sözleşme hukuku konusunda ortak bir anlayışı geliştirme çabası çerçevesinde örnek alınacak ve temel oluşturacak metinler olup, yapı, şekil ve içerik açısından rakip olarak görülmemelidirler (RAMBERG, Jan, CISG and UPICC as the Basis For an International Convention on International Commercial Contracts, Villanova Law Review, 2013, 58, Pages: 680-690, s. 5).

⁷⁵ Bu çalışmanın, Kıta Avrupası'nın yıllar boyunca uyguladığı sözleşmeler hukukunu başarıyla derleyen ve Avrupa Borçlar Kanunu'nun temelini teşkil etmek üzere hazırlanan bir eser olması dolayısıyla bu ilkelere "European Lex Mercatoria" denilmiştir (AYOĞLU, s. 301).

⁷⁶ AYOĞLU, s. 300 vd.: "Danimarkalı profesör Ole Lando, 1976 yılında "Ortak Bir Avrupa Hukuku İçin Yeni Perspektifler" isimli konferansta, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nu derleyen bir restatement metni hazırlanması yönünde öneride bulunmuştur.... Ole Lando'nun başkanlığında kurulan komisyon 1982 yılında çalışmalara başlamıştır. Bu çalışmaların sonucunda, 1995 yılında ilk bölümü, 1999 yılında ikinci bölümü, 2003 yılında ise üçüncü ve son bölümü yayımlanan, fikir babası Prof. Lando'ya atfen "Ole Lando İlkeleri" olarak da anılan Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri ortaya çıkmıştır."; DAYINLARLI, Kemal, Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan (Ole Lando), (<https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelandoilkeleri.pdf>), s. 8 vd.

sözleşmeye girer ve anlaştığı kişi yerine sözleşmeye taraf olur⁷⁷. Böyle bir subjektif değişiklik, mevcut tarafın hukuki ilişkiden çekilmesini, borçların üstlenilmesini ve alacakların devredilmesini kabul eder (PECL m. 12:201.1)⁷⁸. Ancak bu yapılandırmanın devreden tarafı mevcut sorumluluklarından serbest bırakma etkisi asla yoktur⁷⁹.

PICC m. 9.3.1' e göre "Sözleşmenin devri", bir kişinin ("devreden"), diğer bir kişiyle ("diğer taraf") yaptığı bir sözleşmeden doğan haklarının ve borçlarının, bir anlaşmayla devreden tarafından başka bir kişiye ("devralan") devredilmesi olarak tanımlanır⁸⁰. PICC m. 9.3.3'te sözleşmenin devrinin sözleşmede kalanın rızasını gerektirmekte olduğu ifade edilmiştir⁸¹. Rıza önceden verilmiş olabilir, bu durumda devrin yürürlüğe girmesi rıza verene bildirimle ya da bu kişinin durumu öğrenmesiyle başlar (PICC m. 9.3.4)⁸². İlkelerde açıkça birlik teorisinin benimsendiği görülmekte, sözleşme ilişkisinin haklar, hukuki durumlar ve yükümlülüklerden oluştuğu ve devir sözleşmesi ile birlikte tüm hak ve yükümlülüklerin bir bütün halinde devralan tarafa geçeceği açıklanmaktadır⁸³. Maddenin gerekçesinde de buna vurgu yapılmıştır. Gerektiğinde hak ve borçların

⁷⁷ https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_201

⁷⁸ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

⁷⁹ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>; Fransız Medeni Kanunu (CCF) m. 1216-1'e göre, sözleşmede kalan açıkça muvafakat etmişse devreden ileriye dönük olarak yükümlülüklerinden kurtulacaktır ancak, böyle bir kayıt yoksa devreden de sözleşmenin ifasından devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır (https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/); İtaCC m. 1408'e göre Devreden, devrin yürürlüğe girdiği andan itibaren sözleşmede kalana karşı olan yükümlülüklerinden kurtulur. Ancak sözleşmede kalan, devredeni serbest bırakmadığını beyan etmişse, devralanın üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde kendisine başvurabilir (<https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1408.html>).

⁸⁰ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 330; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>

⁸¹ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 331; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>

⁸² ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 332-333; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>

⁸³ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 330; <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

ayrı ayrı devredilebileceği ve bu iki konunun, ilkelerin 1. ve 2. bölümlerinde düzenlenmiş olduğu, “sözleşmenin devri” başlığı altında ise sözleşmenin bir bütün olarak, taraf olma sıfatı ile devrinin düzenlendiği belirtilmektedir⁸⁴.

Bir diğer yeknesaklaştırma çalışması, Draft Common Frame of Reference (Ortak Referans Çerçevesi Taslağı - DCFR)'dir⁸⁵. DCFR m. III.-5:302 (1)'e göre, bir sözleşmede taraflardan biri, diğer sözleşme tarafının rızasıyla, üçüncü bir kişiyle anlaşarak, sözleşmeden doğan hakları ve yükümlülükleri bu üçüncü kişiye devredebilir ve sonuç olarak bu kişinin kendi yerine sözleşmenin tarafı haline gelmesini sağlayabilir⁸⁶. Kalan tarafın rızası önceden de verilebilir, bu durumda sözleşmenin devrinin yürürlüğe girmesi yapılacak bildirimle bağlıdır (III.-5:301 (1))⁸⁷.

Terminolojik olarak; PECL⁸⁸ gibi uluslararası metinlerde, Alman ve İsviçre hukukunda “transfer of contract” terimi kullanılırken⁸⁹, UNIDROIT ve Common Law ülkeleri “assignment of contract”⁹⁰ terimini tercih etmişlerdir. “Transfer of contract” teriminin kullanılması gerektiğini savunanlar⁹¹, “assignment of contract” teriminin yalnızca alacak ve borçların devri anlamına geldiğini⁹², oysa “transfer of

⁸⁴ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BILGETEKİN / YELKENCİ, s. 330

⁸⁵ Avrupa Parlamentosu tarafından desteklenen, uyulması zorunlu olmayan ancak benimsenmesi istenen bir referans kaynak olan DCFR, 2009'da yayınlanmış olup, Avrupa Medeni Hukuk model kurallarını, tanımlarını ve ilkelerini kapsamaktadır (KUPELYANTS, Hayk, Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference, UCLJLJ, 2012, 1, Pages: 15-45, s. 15).

⁸⁶ https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

⁸⁷ von BAR, Christian, CLIVE, Eric, & SCHULTE-NÖLKE, Hans, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier European Law Publishers (2009), s. 504; https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf.

⁸⁸ https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_201

⁸⁹ DCFR'de ise “Transfer of contractual position” terimi kullanılmaktadır (bkz. https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf)-Section 3).

⁹⁰ PICC m. 9.3.1 (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>).

⁹¹ GÁRDOS, Péter, Szerződésátruházás, s. 20-26, Polgári Jogi Kodifikáció, 2005, VII 3 (2005), http://culturalrelations.org/Review/CRQR_01_03/CRQR_01_03.pdf#page=10.

⁹² NWOYE, Ikemefuna Stephen, Assignment of Contracts, Contractual Rights and Obligations: A Re-Engineering Tool in International Business Transactions (May 7, 2015), s. 12. <https://ssrn.com/abstract=2603790> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2603790>.

contract” teriminin sözleşmesel pozisyonu tamamıyla aktaran kompleks bir yapıyı ifade etmesi dolayısıyla tercih edilmesi gerektiğini söylemektedirler⁹³.

PECL’in Avrupa hukukları üzerindeki etkilerini her geçen gün daha da artırdığı, PICC’in ise dünyada yaygın olarak uygulanmadaki başarısı göz önüne alınırsa, Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken bu iki metnin dikkate alınmamasının büyük bir eksiklik olduğu ortadadır⁹⁴. Kanun koyucu tarafından özellikle PECL ilkeleri örnek alınarak Türk hukukunun Avrupa Birliği hukukuna uyumlaştırılması konusundaki amaç ve çaba yansıtılabilirdi⁹⁵. Durum bu olmakla birlikte, ilkeler mevcut haliyle faydalanmaya elverişli durumda olduğundan, sözleşen tarafların bu ilkeleri sözleşmelerinin bir parçası haline getirmeleri önünde bir engel bulunmamaktadır⁹⁶.

1.2.4 Türk Hukukunda

Türk Hukukunda; 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu⁹⁷, beşinci bapta, yalnızca alacağın temliki (m. 162 vd.) ve borcun nakli (m. 173 vd.) hükümlerini içeriyordu. Sözleşmenin devri ile ilgili genel bir düzenleme olmamakla beraber, hukukumuzda örneğin kira sözleşmelerine ilişkin 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 254/2 ve m. 276/2 ile 6570 sayılı mülga Gayrimenkul Kiraları

⁹³ KESMARKI-MESZAROS, s. 12.

⁹⁴ ATAMER, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (CISG), s. 30.

⁹⁵ “Türk hukukunun Avrupa Birliği hukukuna uyumunun sağlanması, tam üyelik hedefi bağlamında ve bunun dışında ülkemizde önemini ve güncelliğini koruyan bir meseledir. Küresel ticaret, yalnızca ülkemiz değil bütün dünya ülkelerinde kamu ve özel hukukun gelişim ve şekillenmesinde etkileşim içerisinde olmayı gerektirmektedir. Türk hukukunda özel hukuk alanında ağırlıklı takip edilen mehzaz hukuk düzenlemeleri ise Avrupa Birliği’nin etkisi altında gelişmektedir.” (PASLI, Ali/KAYA, Arslan/ENGİN, Baki İlkay/AŞIKOĞLU, Şehriban İpek/OĞUZ, Elif, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk, Acquis Communautaire’in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, 2020, s. 9).

⁹⁶ DAYINLARLI (Ole Lando), s. 9; Esasen PECL ilkelerinin amacı kanunlara temel oluşturmaktan çok tarafların bu ilkeleri kullanmalarını sağlamaktır (DAYINLARLI (Ole Lando), s. 9).

⁹⁷ Resmî Gazete Tarihi: 29.04.1926, Sayısı: 359.

Hakkında Kanun m. 12 ve m. 7/d'de⁹⁸, sigorta sözleşmelerine ilişkin 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu m. 1303 gibi belli bazı sözleşmelerin kanuni devrini düzenleyen özel hükümler bulunmaktaydı. Sözleşmenin iradi devri kurumunun yasada yeri ve tanımı olmadığı için, kavramın içi, öğreti ve Yargıtay kararları ışığında doldurulmaktaydı⁹⁹. Yeni bir sözleşme kurmanın karmaşıklığı, zorluğu ve ekonomik boyutu nedeniyle o dönemde de, sözleşme özgürlüğü¹⁰⁰ ilkesi kapsamında, sözleşmenin devri kabul görmekte ve uygulamada bu kuruma sıklıkla başvurulmaktaydı.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlığını taşıyan beşinci bölümünde, alacağın devri (m. 183 vd.), borcun üstlenilmesi (m. 195 vd.) ve borca katılma (m. 201) adları altında düzenlenen kurumlara, geniş manada borç ilişkisinin devrini sağlayan, sözleşmenin devri (m. 205) ve sözleşmeye katılma (m. 206) kurumları da

⁹⁸ 6570 sayılı (mülga) Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 7/d'de kira sözleşmelerine ilişkin olarak taşınmaz mülkiyeti el değiştirir veya üçüncü kişi taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hak elde ederse bu kişi kanunen belirlenen bir aylık bir süre içinde sözleşmeyi feshetmezse, bu kişinin kira sözleşmesini devralacağı düzenlenmişti (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 38; MERAL, s. 334).

⁹⁹ Yrg. 3. HD 2004/9625 E.-2004/10945 K. sayılı ve 14.10.2004 tarihli kararında sözleşmenin devri kurumunu şöyle tarif etmiştir: “Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir. Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir.” (Kazancı İçtihat Bankası); Yüksek Mahkeme, sözleşmenin devrine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında, sözleşmenin devrini hemen hemen Türk Borçlar Kanunu m. 205'te öngörülen biçimde ifade etmiş olmakla birlikte, şekil yönünden anılan maddeden ayrılmaktadır. Sözleşmenin devri için gerekli irade beyanlarının herhangi bir şekle bağlı olmadığını ifade eden bu görüşün aksine, m. 205 ile kesin olarak şekil şartına bağlanmış ve asıl sözleşme ne şekilde yapılmışsa devir sözleşmesinin de o şekle uygun olarak yapılması gerektiği öngörülmüştür (KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053).

¹⁰⁰ AKINCI, s. 13 vd.; Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, hukuk düzeninin sınırları içinde kişiler, irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonucu yaratmakta özgürdürler (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 6); Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama, karşı tarafını seçme, konuyu dilediği şekilde düzenleme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü görünümünde, geniş kapsamlıdır (BAŞ SÜZEL, Ece, Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13.167168, Sayfa: 9-37, s. 10).

düzenlenerek, sözleşmenin devrinin ilk kez yasal zemine kavuşması sağlanmıştır¹⁰¹.

Terminolojik olarak sözleşmenin devri kurumu, 6098 sayılı yasada yer almadan önce çeşitli şekillerde anılmıştır. Bunlar, sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi¹⁰² gibi kavramlardır.

Sözleşmenin devrinden, sözleşmeyi devralan açısından sözleşmeye, sözleşmedeki tüm hak ve borçları kapsar şekilde girme, sözleşmeyi devreden açısından sözleşmedeki taraf niteliğinden ayrılma ve bu taraf niteliğini üçüncü bir kişiye bırakma durumu anlaşılacaktır. Bu yönüyle baktığımızda, hem devredeni ve hem de devralanı esas alan şekilde, “sözleşmede taraf değişikliği” terimi daha yerinde ve bölüm başlığıyla daha uyumlu olabilirdi¹⁰³. Türk Borçlar Kanunu söz konusu kurumu, devralanı esas alarak “sözleşmenin yüklenilmesi” olarak değil, devredeni esas alarak “sözleşmenin devri” olarak adlandırmıştır¹⁰⁴. Bu itibarla kanun düzenlemesi ile artık duraksamaya yer bırakmayacak şekilde seçilmiş olan “sözleşmenin devri” terimi kullanılmalıdır.

¹⁰¹ Türk Borçlar Kanununa ilk defa eklenen kurumlar, borca katılma, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılmadır (BELEN, s. 152).

¹⁰² “Kira sözleşmesinde kiralaayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde "sözleşmenin yüklenildiği"nin kabulü gerekecektir.” (Yrg. 3. HD 14/10/2004, E.2004/9625-K.2004/10945 - Kazancı İçtihat Bankası); Sözleşmenin yüklenilmesi terimi 2003 yılında AYRANCI tarafından (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s.31); 2009 yılında da YAVUZ (Sözleşmenin Yüklenilmesi, s. 555) tarafından kullanılmıştır.; Devralan taraf, asıl sözleşmenin kaynağı ile ilgili olarak üçüncü taraf konumundadır ancak devamında, yine asıl sözleşmeden kaynaklanan ilişkinin bir parçası haline gelir, buna göre esasen, devirle birlikte yasal bir pozisyonun devredildiği değil, bir tarafın, başkasının yasal konumunun -tam olarak- devralındığı söylenmelidir, yani kurumun adı, devralan kişi esas alınarak “sözleşmenin devralınması” olmalıdır (PESCATORE, s. 583).

¹⁰³ Sözleşmelerde taraf değişikliklerinin; tam ve kısmi taraf değişiklikleri, dar anlamda ve geniş anlamda taraf değişiklikleri, iradi ve kanuni ve yargısal taraf değişiklikleri, ivazlı ve ivazsız taraf değişiklikleri şeklinde sınıflandırılabilirler hakkında bkz. AYAR BİRKİN, Zeynep, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Kayseri, 2019, s. 20 vd.

¹⁰⁴ ÇAYAN, s. 2, dn. 2; Oysa Türk Borçlar Kanunu, “Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması” başlıklı 202. maddesinde devralanı esas almış ve “devralınması” terimini kullanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmünün ifadesinden açıkça anlaşıldığı gibi; sözleşmenin devrinde hukuki bir işlem yolu ile iradi bir değişiklik söz konusudur¹⁰⁵. Devir sözleşmesiyle ilgili olarak üç türlü yapılanma akla gelebilir; devreden ve devralan arasında daha önce imzalanmış bir sözleşme sözleşmede kalanın, önceki ya da sonraki rızasına tabi tutulur veya sözleşmede kalan taraf devir sözleşmesine kendisi de taraf olarak katılır ve ortak irade beyanlarıyla devir sözleşmesi üç taraflı olarak kurulmuş olur¹⁰⁶. Sözleşmede kalan tarafın bu devre rıza göstermesi de yine iradidir¹⁰⁷. Ancak, kanun hükmü ile ya da mahkeme kararı ile de sözleşmenin devri de mümkün olabilecektir¹⁰⁸. İradi devir dışında sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devrinin bir unsuru niteliğine sahip değildir¹⁰⁹. Bu itibarla iradi olarak sözleşmenin devri, borç ilişkisinin taraflarından birinin tüm hak ve borçlarıyla taraf olma sıfatını devralan tarafa, sözleşmede kalanın da rızasıyla devrettiği üç taraflı sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin devri kurumunun düzenlendiği 205. madde, yukarıda da belirtildiği gibi, tüm hüküm ve sonuçlarıyla sözleşmenin devrini karşılayabilecek nitelikte olmayıp, bir takım boşluklar içermektedir ve bu boşlukların nasıl doldurulacağı konusunda da bir açıklık yoktur. Gerek kıta Avrupası ülkeleri yasaları, gerekse uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde hazırlanan milli hukuklar üstü kurallar, sözleşmenin devri kurumunu daha kapsamlı şekilde

¹⁰⁵ Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlığı altındaki (m. 183-206) tüm taraf değişikliklerinin bir hukuki işlem sonucunda meydana geldiği, yani iradi oldukları hakkında bkz. AKYİĞİT, Ercan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sakarya, 2015, s. 187 vd; AYAR BİRKİN, s. 22; DCFR m. III.-5:301'de sözleşmenin devriyle ilgili hükümlerin yalnızca bir anlaşma ile olan (iradi) devirlere uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir (https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf).

¹⁰⁶ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 597; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 764.

¹⁰⁷ BAHADIR, s. 3.

¹⁰⁸ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160; CENGİL, s. 126: "Sözleşme tarafının külli halefiyet ilkesi uyarınca ya da kanunen değişmesi "sözleşmenin geçişi" (Vertragsübergang) olarak nitelendirilebilir."; Alacağın devri için aynı yönde bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul, 2021 (C.2), s. 545: "Kanun veya mahkeme kararı ile alacağın devri (TBK m. 185) deyimi ile ifade etmek istediği haller için, alacağın rızaen devrini ifade eden "devir" deyimi yerine "alacağın geçmesi (intikali)" deyimini kullanmak daha uygun olur."

¹⁰⁹ BAHADIR, s. 3.

düzenlemişlerdir. Mevcut haliyle Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin devrini tüm unsurlarıyla yeterli şekilde düzenlememiş olduğu ve şekil konusundaki tereddütleri gidermek dışında hiçbir hususa açıklık getirmediği için öğretide haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁰.

1.3 SÖZLEŞMENİN DEVRİ KURUMUNA DUYULAN İHTİYAÇ

Kişilerin sözleşmelerden dolayı sahip olduğu hak, alacak ve borçlar malvarlığının unsurlarını teşkil ederler¹¹¹. Çeşitli ekonomik nedenlerle kişiler malvarlıklarına ait bu değerleri dolaşıma sokmak isterler¹¹². Kişinin sahip olduğu alacaklarını devretmesi de bu tür bir ihtiyaçtan kaynaklanır¹¹³. Ancak alacakların devri tam olarak her zaman bu amaca hizmet etmez. Geniş anlamda borç ilişkisinin devredilmesine duyulan ihtiyaç, bu noktada bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ekonomik bir değer olan sözleşme, bir bütün olarak devredilebilir olmasıyla daha kapsamlı bir ihtiyaca cevap verebilir. Yasal düzenlemelerin ilham kaynağı da bu ihtiyaçtır. Üstelik amaca ulaşmak için çok sayıda sözleşme yapılması¹¹⁴ pratik değildir, masraflıdır ve zaman kaybettirir.

¹¹⁰ TAŞKIN, Zeynep Damla/ŞAHBAZ, Ali, “Sözleşmenin Devri”, Legal Hukuk Dergisi, 2017, 15.178, Sayfa: 4955-5020, s. 5000, YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara, 2013, s. 205-206; MERAL, s. 328 vd.; Aslında sözleşmenin devri, bu hüküm olmasaydı da, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılabilirdi (BELEN, s. 154).

¹¹¹ EREN (Borçlar Genel), s. 52-53; TOLHURST, Gregory John, The Assignment of Contractual Rights, University of New South Wales, 2003, s. 51.

¹¹² Bu ihtiyaçlar finansman sağlama, kredi bulma, borcun ifası gibi çeşitli nedenlerden kaynaklanıyor olabilir.

¹¹³ Yrg. 20 HD 2016/8260 E. - 2016/8063 K. sayılı, 20.09.2016 tarihli kararında “...Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temlikî hayat şartlarının gerektirdiği ihtiyaçlardan ortaya çıkan bir hukuk kurumudur. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapım işini borçlanan yüklenici finans ihtiyacı duyar. Bu ihtiyacın kısmen veya tamamen yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölüm veya bölümlerin onun tarafından daha inşaat aşamasında üçüncü kişilere satılarak veya satış vaadinde bulunularak karşılanması olanağı bulunmaktadır...” demek suretiyle bunun bir ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır (Palmiye İçtihat).

¹¹⁴ Çok sayıda sözleşmenin art arda yapılması ya da alacakların devri ve borçların nakli yerine, sözleşmenin devri yoluyla aynı hedefe basit bir eylemle ulaşılmaktadır (GOMES, s. 69).

Sözleşmeyi sürdürme niyetinde olan taraf için de teminatların ve bir takım kazanılmış hakların kaybına neden olur¹¹⁵.

Sözleşme ilişkisine giren kişiler, gerek sözleşmeye taraf olurken, gerekse de borçlarını ifa ederken kârlarını maksimumda tutmaya çalışır ve kendisine en yüksek faydayı sağlayan seçimler yaparlar¹¹⁶. Özellikle uzun soluklu sözleşmelerde, sözleşen taraflardan birinin, sözleşmeyle yükümlendiği görevleri tamamlamada ve borçlarını ifada çeşitli zorluklarla karşı karşıya kalmış olması olasıdır. Öte yandan, sözleşmeden beklediği fayda karşısında kişinin bunu elde etmek adına katlanacağı fedakârlık dengesi çeşitli nedenlerle bozulmuş olabilir¹¹⁷. Bu durumda sözleşmenin ekonomik ömrünü tamamlamış ve artık o tarafa yarardan çok zarar getirecek, taşınamaz bir yük haline gelmiş olması mümkündür. Bu durumda kişi, üzerindeki yükten kurtulmak ister¹¹⁸. Tarafın borçlarını ifasının kendisi için güçleştiği ya da ifaya zorlanmasının bir sonuç vermeyeceği durumlarda, sözleşme ilişkisinin ifa kabiliyeti olan ve istekli bir başkasına devredilmesi, diğer taraf için de yarar sağlayacaktır. Bu gibi durumların, üçüncü

¹¹⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 84; Sözleşmenin devri yerine yeni bir sözleşme yapılması, öncekinin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması, değişmeyen taraf için sözleşmeye bağlı kefalet, rehin, ipotek gibi bir kısım teminatlarla, itiraz ve savunma haklarının kaybedilmesine yol açacak ve yenisinin kurulması bir maliyet gerektirecek, külfeti ve zorlukları ile ekonomik kayıplar yanında zaman kaybına yol açacaktır.

¹¹⁶ SANLI, Kerem Cem, Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2014, 30.3, Sayfa: 95-173, s.100.

¹¹⁷ Bu durumu aşırı ifa güçlüğü ile karıştırmamak gereklidir. Burada bozulan denge kişinin kendi koşulları ile ilgilidir, subjektiftir. Değişen şartlara “uyarlama” isteği dışında devreden, kendisi için şartlar ağırlaşmış olsa ve kendisini sözleşmeyi sürdürebilir durumda görmese de, diğer tarafla bir ihtilaf yaşamaktan kaçınmaya, yanı sıra ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi gereği sözleşmenin, üçüncü bir kişiyle de olsa sürdürülebilir olmasını sağlamaya çalışmaktadır.

¹¹⁸ Örneğin, arsa sahibi “A” ile yüklenici “B” arasında arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde; işin başında “B” tüm gücü ve hevesiyle işe başlar, yapmayı üstlendiği binayı belli bir seviyeye getirir. İnşaatı devam ettirebilmek için kendisine düşecek bağımsız bölümlerin satışından elde edeceği finans kaynağı ile inşaatı devam ettirerek bitirme planları yapar. Ancak süreç hesapladığı gibi gitmez, satışta gereken performansı gösteremez, finansman sağlayamadığı için inşaatı yapamaz duruma gelir, sözleşme gereklerini zamanında yerine getirememeye baskısı yanında, arsa sahiplerine ödemek zorunda kalacağı kira bedelleri, cezalar vs. nedeniyle zor durumda kalacaktır. İnşaatı bulunduğu şekliyle bırakıp çıkmak, sözleşmeyi gereği gibi ifa edemediği için birçok taleple karşı karşıya gelecek olma ihtimalini karşısına getirecek ve onca emek ve paranın boşa gitmesine neden olacaktır. Bir diğer yüklenici olan “C”nin, yüklenici “B”ye kalacak bağımsız bölümleri pazarlayabilecek bir müşteri potansiyeli ve inşaatı devam edebilecek kadrosu, malzeme ve maddi gücü de vardır. Bu koşullar altında sözleşmenin yüklenici “C”ye devredilmesi üç taraf açısından da kazançlı bir çözüm yolu olabilecektir.

bir kişinin, yeni bir sözleşme yapma ihtiyacı ile örtüşmesi ile yapılacak sözleşmenin devri, asıl sözleşmenin ilk tarafları arasındaki ilişkiyi bir ihtilafa dönüşmekten kurtarabilir ve sözleşmenin de sürdürülmesini sağlayabilir. Uygulamada genellikle eser sözleşmesinde karşımıza çıktığı üzere, yüklenici tarafta yer alan kişi ekonomik nedenlerle sözleşmesini başka bir yükleniciye devredebilmektedir.

Borçlar Kanununun 323. maddesinin yanı sıra 325. maddesi ile de kira sözleşmesinin devri kiracıya, borçtan kurtulması adına bir hak olarak sunulmaktadır¹¹⁹. Buna göre kiracının, kiraya verenle akdettiği kira sözleşmesini, bazı nedenlerle, zamanından önce ya da usulüne uygun bildirim yapmadan sonlandırmak istemesi durumunda, sözleşmenin aynı şartlarla devamını sağlayabilecek bir başka kişiyi (yeni kiracıyı) bulması ve bu şekilde borçlarından kurtulması mümkündür¹²⁰. İşleri kötüye giden ve iflas etmek üzere olan bir işveren, çalışanlarıyla yaptığı iş sözleşmelerini, aynı faaliyet konusu ile uğraşan ve yapmakta olduğu işi devam ettirme gücü ve isteği olan bir başka işverene devretmek suretiyle, işçilerini işsiz kalmaktan, kendini de iflas etmekten kurtarabilir. Bu sayede ticari saygınlığını korumuş ve tekrar iş yapabilme umudunu da yitirmemiş olacaktır¹²¹.

¹¹⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 325'e göre; *"Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer."*

¹²⁰ Kiracının uygun koşullara sahip yeni bir kiracı adayını bulmuş olması yeterli görülmüştür. Kiraya verenin devir önerisini onaylamış olup olmadığı önem taşımamaktadır.

¹²¹ Örneğin bu işverenin bir bütün olarak işletmesini devretmesi de söz konusu olabilir veya işletmesini daha büyük bir işletme kuracağı için de devredebilir. Bir diğer örnek; "A" tur firması, organize ettiği bir paket turu, yeterli yolcu olmadığından, kontenjanı dolduramadığı için iptal ederek, hem ticari saygınlık, hem para kaybetmek ve hem de yolcularını hayal kırıklığına uğratmak yerine, "B" tur firmasına yönlendirerek, aynı paket tur için, "B"nin de ihtiyacı olan kişi sayısını tamamlamasına yarayacak şekilde, müşterilerinin de rızası ile sözleşmelerini devredebilir. Bu durumda, herkes bu çözüm yolundan memnun olacak, bir zarar da doğmayacaktır. Ayrıca bu davranış, müşteriler tarafından, "A" seyahat firmasının, zaruri bir durumda dahi onları mağdur etmeyerek bir çözüm bulmuş olmasını, ileriki planlarında hatırlamalarını ve yine onu tercih etmelerini sağlayabilecektir. Benzer şekilde, faaliyetine ara verecek bir seyahat firması, aylar önceden yaptığı seyahat sözleşmelerini feshedip, müşterilerini mağdur etmek yerine, bir başka

Sözleşmenin devri, kimi zaman sosyal veya kişisel ihtiyaçlardan da kaynaklanır. Hukuki işlemin ya da sözleşmenin sebebinin bu ihtiyaçlar oluşturur¹²². Bu ve benzeri saiklerle yapılan ve geniş anlamda borç ilişkilerinin el değiştirmesi için pratik ve seri bir yol olan sözleşmenin devri, ticari hayatı kolaylaştıran hukuki bir araç olma özelliğiyle, yasal düzenlemelerden de önce uygulamada kendine yer bulmuştur.

1.4 HUKUKİ NİTELİĞİ

Sözleşmenin devri sözleşmesi, esaslı unsurları ile Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmadığından¹²³, üç taraflı sui generis (kendine özgü) bir sözleşme¹²⁴ olarak nitelendirilmektedir¹²⁵. Öğretide, devir sözleşmesi yapılmakla taraf sıfatını

seyahat şirketiyle anlaşılıp bu sözleşmeleri, müşterilerinin de kabulü ile bu konuda yetkili, yeni bir şirkete aktarabilir.

¹²² Her hukuki işlemin, kazandırmanın bir nedeni (causası) olması gerektiği hakkında bkz. EREN (Borçlar Genel), s. 192; FRANKO, s. 178.

¹²³ ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2021, s. 13; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2021, s. 62; AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2021, s. 402; OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1996, 55.1-2, Sayfa: 263-296, s. 265: “Bir sözleşmenin esaslı noktaları (unsurları) kanun tarafından düzenlenmişse bunun isimli sözleşme olduğunda şüphe yoktur.”; Esaslı noktaları kanun tarafından düzenlenmemiş olan sözleşmeler isimli olarak nitelendirilemeyecektir (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160, dn. 1306).

¹²⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.430; EREN (Borçlar Genel), s. 1285; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 53; TOSUN, s. 169; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s.129; Sui generis sözleşmeler, karma ve bileşik sözleşmeler ile birlikte isimli sözleşmeler sınıfında yer almaktadır. Kendine has bu sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmelerde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler. Tamamen uygulamanın ihtiyaçlarından doğmuş, hiçbir sözleşme tipine uymayan bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin ne olacağı ve boşlukların nasıl doldurulacağı bir problemidir (OKTAY, s. 272 vd.); ÇABRİ, s. 163; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 37; ÖZTÜRK, s. 267; CAMCI, Sinem, Sözleşmeye Katılma, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021, s. 62; SUBAŞI, İbrahim/ YİĞİT, Yusuf, İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı, İş ve Hayat 2018, 4.7, Sayfa: 148-175, s. 149.

¹²⁵ Türk Borçlar Kanunu ile bir yasal temele kavuştuktan sonra “tipik” sözleşmeler arasında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. ÇAKIROĞLU, Buğra Kaan, Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri, İstanbul, 2020, s. 6; Macaristan hukukunda, 2013 tarihli Medeni Kanun (MCK) “sözleşme devri” kurumunu, geniş şekilde düzenlemiş olsa da, öğretide ağırlıklı olarak bu sözleşmenin, hali hazırda, üç taraflı bir sui generis sözleşme olduğunun savunulduğu hakkında bkz. Macaristan Yüksek Mahkemesi, 12.07.2021 tarih ve 7/2021 nolu kararı, Published on the Curia of Hungary (<https://birosag.hu>), PJE Decision No:7/2021; PALADINI, s. 259.

devredenin, malvarlığının aktifi derhal etkileneceğine göre, onun açısından tasarruf işlemi olduğu ifade edilmektedir¹²⁶.

Devralan yönünden edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem¹²⁷, yüklendiği borçlar bakımından borçlandırıcı işlemdir¹²⁸. Gerçekten de sözleşme ilişkisinin tarafı olma sıfatını üstlenen kişi, aynı zamanda sözleşmeden doğacak haklarının sahibi ve borçların sorumlusu haline gelir. Asıl sözleşmeden doğan haklar bu işlemde etkilenir, bu nedenle devir işleminin aynı zamanda borçlandırıcı bir etki taşıyıp taşımadığı tartışılabilir¹²⁹.

Öğretide bir görüş, sözleşmede kalan bakımından ise değiştirici yenilik doğuran bir sözleşme olarak değerlendirmektedir¹³⁰. Bir diğer görüşe göre ise tasarruf yetkisi hem devreden tarafta ve hem de sözleşmede kalan tarafta aranır; zira işlem onlar açısından, alacak hakkının etkilenmesi bakımından bir tasarruf işlemidir¹³¹.

Kanaatimizce devir sözleşmesinin, asıl sözleşmenin devredenden devralana geçişini sağlayan bir “tasarruf sözleşmesi” olduğunda öğretide de görüş birliği olduğu üzere, bir duraksama olmamalıdır. Devreden tasarruf yetkisine

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 616-617; GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 369; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 765; İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s. 541; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 66; ÇABRİ, s. 163; ÇAYAN, s. 13.

¹²⁷ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 617; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 74; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 68; ÇAYAN, s. 14.

¹²⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 617; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 68; ÇABRİ, s. 163.

¹²⁹ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 134; KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 2516; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160, dn. 1306: “Sözleşmenin devri sözleşmesine bir borçlandırıcı etki ayrıca tanınır, karşımızda bir sui generis sözleşme mevcut olur. TBK m. 205, sözleşmenin devrini tanımını ve kuruluş tarzı ve geçerlilik şeklini verip, borçlandırıcı ve tasarrufi etkisine ve buna bağlı hüküm ve sonuçlarına tek bir fıkra da dahi değinmemektedir. Bu nedenle mevcut düzenleme, sözleşmenin devri sözleşmesini bir isimsiz sözleşme türü olan sui generis sözleşme olmaktan çıkarıp, isimli sözleşme haline getirmeye yetmez.”

¹³⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 617.

¹³¹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 598; ÇAYAN, s. 15; AYRANCI'ya göre sözleşmede kalan taraf da, alacaklarını temin eden borçlu mamelekinin değişmesine rıza gösterdiğinden, devreden taraf gibi tasarrufta bulunmaktadır (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 67-68).

sahip olması gerekir. Çünkü sözleşme ile sahibi olduğu taraf olma sıfatını devrederek sözleşmeden çıkmaktadır. Malvarlığı derhal etkilenmektedir.

Sözleşmede kalan taraf da alacakları bakımından, sorumlu olacak olan borçlunun, yani alacaklarını elde etmek bakımından başvuracağı malvarlığının değişmesine rıza gösterdiği için, bu hukuki işlem, onun açısından da bir tasarruf işlemidir ve onun da tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

Devralan yönünden ise, edindiği haklar bakımından kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar bakımından borçlandırıcı işlemdir¹³². Sözleşmede taraf olma sıfatını devralmış ancak malvarlığı derhal etkilenmemiştir.

İç devir sözleşmesi ise borçlandırıcı bir sözleşmedir. Devretme ve devralma taahhüdüdür. Sözleşmede kalanın onay vermesi şartına bağlıdır. Devir sözleşmesinin üçüncü tarafı olan sözleşmede kalanın vereceği onayla devir sözleşmesi kurulmuş olur. Bu da devreden açısından tasarruf işlemini meydana getirir.

Sözleşmenin devri sözleşmesinin sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmesi konusundaki görüşe ise katılmamaktayız. Sui generis sözleşmeler, isimsiz sözleşmeler içinde yer alan ve kanun tarafından düzenlenmeleri söz konusu olmayan sözleşmelerdir¹³³. Oysa bir hukuki işlem olarak, tasarruf işlemi niteliğindeki sözleşmenin devri¹³⁴, sözleşme tipleri üzerinde duran bir yapıya sahiptir.

¹³² Bu noktada devralınacak sözleşmenin içerdiği hak ve borçlar önem taşımaktadır. Asıl sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabilir. Şayet devralan, sözleşmeyi alacaklıdan devralmışsa onun açısından yalnızca kazandırıcı işlem olacaktır. Borçlu taraftan devralıyorsa da yalnızca borçlandırıcı işlem olacaktır.

¹³³ OKTAY, s. 292.

¹³⁴ Devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir, zira geçerli bir şekilde kurulan devir sözleşmesi başkaca bir işleme gerek olmaksızın devreden borç ilişkisinde sahip olduğu alacak haklarını devralana geçirir (ÇAYAN, s. 14-15).

Sözleşmenin iç devri sözleşmesi ise, ilk planda asıl sözleşmeye bağlı, onun fer'i olarak doğar¹³⁵, sözleşmede kalanın onayı ile bağımsız bir sözleşme haline gelir. Bu nedenle öncelikle devredilecek geçerli bir sözleşmenin varlığı şarttır¹³⁶. Sözleşmenin iç devri sözleşmesi, duruma göre ivazlı ya da ivazsız olabilir. İvazsız olarak yapılan sözleşmenin devri sözleşmesi bağışlama sözleşmesi niteliği taşır¹³⁷. Karşılığı para olan bir sözleşmenin devri sözleşmesi ise satım sözleşmesi haline gelir¹³⁸. Diğer özellikleri ile birlikte değerlendirildiğinde, örneğin bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek olduğu durumda iç devir sözleşmesi, hüküm ve sonuçları kanun tarafından tüm yönleriyle düzenlenmiş, isimli bir sözleşme olan satım sözleşmesine ait kurallara tabi olacaktır¹³⁹.

Tasarruf sözleşmesi olması nedeniyle, devreden, birden fazla kişiyle farklı zamanlarda iç devir sözleşmesi yapmışsa (sözleşmeyi devretme taahhüdünü vermişse), tasarruf işlemlerinde geçerli olan sıra ilkesi gereği¹⁴⁰, bu taahhüt

¹³⁵ Bu durum öğretide “kuruluş bakımından fer’ilik” olarak adlandırılmaktadır. Çünkü asıl sözleşmenin varlığına dayanarak kurulur ve ondan sonra bağımsız sözleşme halini alır (ALTAY, Sabah, Borca katılma, Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 40); TURAN BAŞARA, Gamze, Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2014, 63.2, Sayfa:419-447, s. 425; CAMCI, s. 104.

¹³⁶ CAMCI, s. 89.

¹³⁷ Bu durumda tek tarafa borç yükleyen ya da eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline gelir (EREN, OĞUZMAN/ÖZ, İNAN/YÜCEL, s. 541).

¹³⁸ NOMER, s. 547; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 597; Devir borcu doğuran sözleşme (örneğin, satım ya da bağışlama) tasarruf işlemi olan devre temel teşkil eder. (ARAL (Temlik), s. 94).

¹³⁹ “Öğretide BUCHER tarafından ileri sürülen ve birleştirme görüşünü geliştirip ileriye taşıyan bu görüşe göre, İsimli sözleşmelere uygulanacak kuralları belirlerken, yasada öngörülen sözleşme tipleri üzerine değil, bu tiplerin içeriğini düzenleyen münferit kanun hükümleri üzerine odaklanılmalıdır. Bu yüzden bir isimli sözleşmeye ilişkin uyumsuzluğu çözecek kuralı ararken önemli olan, o sözleşmenin A, B veya C sözleşme tipine uygun olması değil; bilakis söz konusu sözleşme tiplerinden birisine ait bir kuralın (örneğin A sözleşme tipine ait X kuralının) somut maddi hukuk probleminin çözümünde uygulanabilir olup olmamasıdır. Dolayısıyla bu görüş, bir isimli sözleşme birden fazla isimli sözleşmeyle bağlantılı ise, söz konusu farklı isimli sözleşme tiplerine ilişkin münferit kurallarının uygulanmasına izin vermektedir.” (GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 15, BUCHER, Hundert Jahre, s. 321’den naklen).

¹⁴⁰ ÖZ (Alacağın Devri), s. 2346.

işlemlerinin tarihleri değil, ilk onay beyanı bildirilen sözleşmenin tarihi esas olacaktır¹⁴¹. Ön izin verilmiş olan hallerde bu tarih ilk bildirim tarihi olmalıdır¹⁴².

1.4.1 Sebebe Bağlılığı

Bir hukuki işlemin, öncesinde var olan başka bir işlem ile neden-sonuç ilişkisi içinde olması, sebebe bağlılık (illilik, causalite) unsurunu oluşturur¹⁴³. Hukuki sonuca bağlanmamış bir hukuki işlem, bir kazandırma düşünülemez¹⁴⁴. Bir kazandırıcı işlemin geçerliliği, geçerli bir hukuki sebebin varlığını gerektiriyorsa o işlem sebebe bağlıdır (illidir)¹⁴⁵. Sebebe bağlılık, tasarruf işlemine zemin olan borçlandırıcı işlemin geçerli olup olmamasının tasarruf işlemi sakatlayıp sakatlamadığı konusunda belirleyicidir¹⁴⁶. Türk hukukunda taşınmazların devri ile ilgili hukuki işlemin sebebe bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁴⁷. Taşınır mülkiyetinin devri için gerekli tasarruf işleminin hukuki sebepten yoksun ya da geçersiz bir sebebe dayanması halinde mülkiyetin devralana geçip geçmeyeceği konusunda bir açıklık olmadığı için öğretide görüş birliği bulunmamaktadır¹⁴⁸.

¹⁴¹ SÖĞÜT, İpek Sevda, Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69 (2) 2020: 759-791, s. 784.

¹⁴² PECL ve DCFR devre önceden izin verilmiş olunmasını kabul eder ancak bu durumda devir sözleşmesi, sözleşmede kalana bildirildikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. PICC ilkelerine göre de rıza önceden verilmiş olabilir, bu durumda devrin yürürlüğe girmesi sözleşmede kalana bildirimle ya da bu kişinin durumu öğrenmesiyle başlar. Aynı yönde, İtaCC m. 1407, Hollanda Medeni Kanunu BW 3:57, CCF m. 1216/2 hükümleri uyarınca taraflar, asıl sözleşmeyi yaparken sözleşmenin devredilebileceğini belirtebilirler, bu ihtimalde devir, sözleşmede kalan tarafa karşı, sözleşmenin devrolunduğunun kendisine bildirilmesiyle birlikte hüküm ifade eder.

¹⁴³ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 39.

¹⁴⁴ SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar, İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Mal Değişimi, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, İstanbul, 2019 (Borçlar Özel), s. 18; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 415; EREN (Borçlar Genel), s. 192; ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih, Borçlar Hukuku I Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 - 48), İstanbul, 2017, s. 200.

¹⁴⁵ ESENER/GÜNDOĞDU, s. 200.

¹⁴⁶ SÖĞÜT, s. 772.

¹⁴⁷ Türk Medeni Kanunu m. 1024/2: “Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.” diyerek taşınmaz mülkiyetini devreden tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğunu açıkça belirtmiştir.; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 95.

¹⁴⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 415; Bu konudaki tartışmalar için bkz. BURCUOĞLU, Halûk, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 4.1, Sayfa: 57-82, s. 57 vd.; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 203; ERBEK, Özge, Taşınır

Tasarruf işlemlerinin soyut işlem olduklarını ve borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın tasarruf işlemi etkilemeyeceğini savunanlar, işlemlerde güven ve istikrar ilkesine uygun düşecek şekilde, bir hak kazanan hukuki işlem sahibini, yaptığı işlem altında geçerli bir hukuki neden aramaktan kurtaracağını ifade etmektedirler¹⁴⁹. Bu görüşe göre, devir sözleşmesi devir vaadinden soyuttur, kendisi geçerli olan bir devir sözleşmesi, devir vaadi geçerli olmasa dahi, devir edilen sözleşmeyi devralana geçirir¹⁵⁰. Ayrıca taşınmazlarda olduğu gibi taşınır mülkiyeti devrinin de sebebe bağlı olduğu kabul edilirse sebepsiz zenginleşme hükümleri için uygulama alanı neredeyse kalmayacaktır¹⁵¹.

Diğer görüşe göre ise, taşınmazlarda ve çoğunlukla taşınırlarda da mülkiyet naklinin sebebe bağlı olduğunu kabul eden İsviçre/Türk hukukunda¹⁵² olduğu gibi sebebe bağlılık kabul edildiğinde, soyutluğu savunanların dayandığı güven ilkesinin yerini, sebebe bağlılıktaki iyi niyetin korunması ilkesi alabilir¹⁵³. Ayrıca, alacaklar için devreden kişinin devralana karşı borcun muaccel olduğu tarihte var olduğuna ilişkin bir garanti sorumluluğu vardır, sebebe bağlı değildir denilirse bu garanti sorumluluğunun dayanağı kalmayacaktır¹⁵⁴.

Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, 8, Sayfa: 937-985, s. 937; Alacağın devri bakımından, konu tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 95 II 109 E. 2b) ile Yargıtay (Yrg. 13. HD 1975/1212 E. - 1976/1049 K. sayılı, 16.02.1976 tarihli, Yrg. 19. HD 2007/2196 E. - 2007/5010 K. sayılı, 17.05.2007 tarihli kararları) ile soyutluk ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedirler (FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 39; ÖZ (Alacağın Devri), s. 2348; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 96).

¹⁴⁹ EREN (Borçlar Genel), s. 199; TUNÇOMAĞ, s. 1091; FRANKO, s. 179.

¹⁵⁰ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599; TUNÇOMAĞ, s. 1091; FRANKO, s. 179; Taraflar hukuki sebebi akitte göstererek onun bir parçası haline getirdikleri takdirde, akdin hüküm ve varlığının da bu sebebe bağlı olduğu hakkında bkz. OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 654; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 105, 328; SUNGURBEY, İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1957, 22.1-4, Sayfa: 167-234, s. 167.

¹⁵¹ ARIKAN, Mustafa, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 16.1, Sayfa: 71-90 (Sebebe Bağlılık), s. 81.

¹⁵² AKINTÜRK, Turgut/AKİPEK, Jale G., Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 583; BURCUOĞLU, s. 59.

¹⁵³ ARIKAN, Mustafa, Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, 13.1, Sayfa: 129-155 (Temlik), s. 137.

¹⁵⁴ ARIKAN (Temlik), s. 138.

Sözleşmenin devrinde tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemde soyut olup olmaması, borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın tasarruf işlemi sakatlayıp sakatlamayacağı konusunda belirleyici olacaktır. Sonuç itibariyle tasarruf işleminin borçlandırıcı işlemde soyut olduğu kabul edilirse, sebepteki sakatlık tasarruf işlemi geçersiz hale getirmeyeceğinden, sözleşmenin tarafı olma sıfatı devralana geçmiş olacaktır. Bu durumda başvurulacak hükümler sebepsiz zenginleşme hükümleri olacaktır¹⁵⁵. Eğer tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse, sebebin geçersiz olması halinde tasarruf işlemi de geçersiz olacak¹⁵⁶, sözleşmenin tarafı olma sıfatı devralana geçmeyecektir¹⁵⁷.

Sözleşmenin devri sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığını tespit etmek için, devri sağlayan borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi birbirinden ayırarak incelemek gereklidir. Devreden ve devralanın birbirlerine karşı sözleşmenin devrini taahhüt ettikleri iç devir sözleşmesi ve sözleşmenin devrini sağlayan tasarruf işlemi (onayla kurulan dış devir sözleşmesi) devir sözleşmesinin ayrılmaz parçalarıdır. Sözleşmede kalanın sonradan onay verdiği sözleşmenin devri sözleşmesinde, bariz şekilde ayrı duran bu çifte sözleşme¹⁵⁸, birlikte devir sözleşmesini meydana getirirler. Bu durum devir sözleşmesinin üç taraflı olduğu gerçeğini değiştirmez. Borçlandırıcı işlem olan, devredenle devralan arasında yapılan iç devir sözleşmesi, sözleşmenin devredilmesi ve devralınması taahhüdüdür. Bu taahhüt işlemi şarta bağlıdır¹⁵⁹. O şart sözleşmede kalanın vereceği onaydır¹⁶⁰. Devreden ve devralanın, sözleşmede kalana onay için

¹⁵⁵ ESENER/GÜNDOĞDU, s. 201-202; Devir işleminin sebepten soyut olmasının bir sonucu da kendisini devralanın iflas etmesi durumunda gösterecektir. Devir konusu alacak hakları devralanın haczi mümkün diğer mallarıyla birlikte iflas masasına dahil olacaktır (İcra İflas Kanunu m. 184) (KAPANCI, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m. 183-194) Şerh, İstanbul, 2022, s. 24).

¹⁵⁶ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 70.

¹⁵⁷ Bu takdirde mülkiyet geçmediğinden, tasarrufta bulunan kişi verdiği şeyi istihkak davası ile geri alabilecektir (ESENER/GÜNDOĞDU, s. 201-202).

¹⁵⁸ NOMER, s. 542.

¹⁵⁹ Burada sözleşmenin devri sözleşmesinin iki aşamada yapıldığı varsayımından hareket edilmektedir. Ön izin verilmiş olması ya da aynı anda üç tarafın katılımıyla yapılması hallerinde sonradan onay verilmesi (şarta bağlılık) söz konusu olmayacaktır.

¹⁶⁰ Tarafların hukuki işlem yapılırken ileride gerçekleşmesi muhtemel olaylara sonuç bağlamış olması mümkündür. Gerçekleşmesi ve gerçekleşmeme olasılığı düşünülerek yapılan bu tarz işlemlere şarta bağlı hukuki işlem denir (HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 390).

başvurması ve onayın verilmesi de dış devir sözleşmesini oluşturacak ve devri tamamlayacaktır. Sözleşmeyi devredenden devralana geçiren de bu dış devir sözleşmesidir.

Sözleşmenin devri sözleşmesinin sebebe bağlı olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Taahhüt işleminin geçersizliği devir sözleşmesini de sakatlayacaktır. Örneğin iç devir sözleşmesinin kanunun aradığı şekilde kurulmamış olması halinde, sözleşmede kalanın rızası alınmış olsa dahi devir sözleşmesi geçerli olarak kurulamayacaktır. Türk Borçlar Kanunu m. 205/3 borçlandırıcı işlemi (iç devir sözleşmesini) şekle bağlamıştır¹⁶¹. Bu şekil de asıl sözleşmenin şeklidir. Bu şekil şartına uyulmaması, örneğin resmi yazılı şekilde yapılması gerekli olan asıl sözleşmenin devrini amaçlayan iç devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması halinde bu sözleşme hükümsüz olacaktır¹⁶². Hükümsüz bu sözleşme taraflar için hak ve borç doğurmayacak, sözleşmede kalan taraf rıza beyan edecek olsa da, geçerli bir müşterek öneri var sayılamayacağından, devir sözleşmesi kurulmuş olmayacaktır. İç devir sözleşmesi yanılma, aldatma ya da korkutma gibi irade bozuklukları nedeniyle iptal edilebilir durumdaysa¹⁶³, sözleşmede kalan tarafından onay verilse dahi süresi içinde iptal hakkının kullanılması ile iç devir sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi, devrin de hükümsüz olmasına yol açacaktır. Bu durumda devreden sözleşmenin tarafı olmaya devam edecektir. Bu nedenle devir sözleşmesinin sebebe bağlı olduğu görüşünderiz. Buradaki bağlılık devir sözleşmesinin üç köşeli oluşuyla da uyumludur¹⁶⁴. Belirtildiği gibi, sözleşmenin devrine zemin olan iç devir

¹⁶¹ Türk Borçlar Kanunu m. 205/3: “Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır”.

¹⁶² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 56; NOMER, s. 68.

¹⁶³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 98 vd.; NOMER, s. 74.

¹⁶⁴ İç devir sözleşmesi sözleşmede kalana sunulacak müşterek öneri olarak değerlendirildiğine göre (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 103), iç devir sözleşmesindeki hükümsüzlük öneriyi sakatladığından, dış devir sözleşmesi kurulmuş olamayacaktır. Bu itibarla borçlandırıcı işlem devir sözleşmesinin ayrılmaz parçasıdır.; Borcun üstlenilmesinde ise, iç üstlenme sözleşmesi, alacaklının taraf olmadığı bağımsız bir sözleşmedir. Hatta yapılması dahi zorunlu olmayıp, alacaklı ile üstlenen borçlu arasında dış üstlenme sözleşmesinin yapılması yeterlidir. Bu nedenle dış üstlenme sözleşmesi iç üstlenme sözleşmesinden soyuttur (TEKİNAY, Selahattin Sulhi/BURCUOĞLU, Halûk/AKMAN, Sermet /ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988, s. 278; KAHRAMAN (Borcun nakli), 271).

sözleşmesi, devredenle devralan arasında yapılacak ilk hukuki işlem ve devir yolunda bir taahhüttür. Bu sözleşme, devir işleminin nedenini (causasını)¹⁶⁵ teşkil eder ve aynı zamanda sözleşmede kalana rıza beyanı için bir müşterek öneri sunumu iradesi teşkil eder¹⁶⁶. Bu sözleşme yapılmaksızın, devreden ya da devralanın sözleşmede kalana tek taraflı bir teklif sunması ve bunun sözleşmenin devrini sağlaması mümkün değildir.

Ön izin verilmiş olması ya da sözleşmede kalanın aynı anda rıza beyan etmesi veya devir sözleşmesine katılımı halinde iki sözleşmenin aynı anda kurulması söz konusudur. Bu gibi durumlarda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aynı anda yapılmış olur¹⁶⁷. Borçlandırıcı işlem olan iç devir sözleşmesinin geçersiz olması devrin de geçersiz olmasını gerektirecektir¹⁶⁸. Onay ile tamamlanan dış devir sözleşmesi sebepten soyut olmamalıdır¹⁶⁹. Ancak iç devir sözleşmesi, işlem güvenliği nedeniyle, sebepten soyut olmalı, doğrudan devir anlaşmasını etkileyen bir sakatlık söz konusu değilse, anlaşmanın temelindeki

¹⁶⁵ DAYINLARLI (Alacağı Devri), s. 93.

¹⁶⁶ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 103: Ayrancı'ya göre de bu anlaşma, taraflar arasında kolektif icap yapmaya yönelik bir taahhüt işlemidir.

¹⁶⁷ ESENER/GÜNDOĞDU, s. 201.

¹⁶⁸ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599: “Kural olarak devir sözleşmesi devir vaadinden soyuttur. Yani kendisinde geçersizlik sebebi olmayan bir devir sözleşmesi, devir vaadinin geçersizliğine rağmen temel sözleşmeyi nakleder. Fakat bazen, devri geçerliliği devir vaadinin geçerliliğine (veya bu vaadi içeren sözleşmenin geçerliliğine) bağlı olabilir. Bu durumda devir sözleşmesi “sebebe bağlı bir işlem” teşkil eder. Özellikle tarafların devir vaadini devir sözleşmesinin vazgeçilmez temeli olarak kabul etmeleri bu sonucu doğurur.” Kanımızca taraflar devir vaadini devir sözleşmesinin vazgeçilmez temeli olarak kabul etmeseler de devir sözleşmesi sebebe bağlı olmaya devam edecektir.; Borcun dış üstlenilmesinde ise, sözleşme iki taraflı olup, yalnızca alacaklı ve borcu üstlenenin uygun iradeleriyle (dış) üstlenme sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulabileceğinden, yani asıl borçlu ile üstlenen arasında iç üstlenme sözleşmesi yapılmasa da sonuç değişmeyeceğinden, kurulmuş olan bu sözleşmenin iç üstlenme sözleşmesinden soyut olması gerektiği yönünde bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 223.

¹⁶⁹ Devir sözleşmesinin temelindeki borçlandırıcı işleminden soyut olmaması nedeniyle kurulamayan devir sözleşmesi ile sözleşme devralana geçmeyeceğinden, devreden, taraf olma sıfatını koruduğunun (devralana geçmediğinin) tespitini talep edebilecektir.; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 224: “Hellwig, borcunun üstlenen ile yaptığı temel sözleşmenin içeriğinde yer alan (örneğin, satım sözleşmesinde bedelden mahsup işlevi gören) borcun üstlenilmesindeki sakatlığın yahut eksikliğin, sonradan alacaklıya karşı ileri sürülememesinin onay yöntemi için adil olmadığını söylüyor. Zira onay yönteminde, alacaklı işlemi onaylarken sözleşmeden haberdar olmuş ve sonra bu sözleşmeyi onaylamış olmaktadır. Bu bakımdan, neye onay verdiğini bilen alacaklının soyutluk perdesi arkasında korunmaya ihtiyacı yoktur.”

nedenin hükümsüzlüğü devri geçersiz kılmamalıdır¹⁷⁰. Örneğin borçlandırıcı işlemin nedeni devreden devralana karşı olan bir ediminin ifası amacını taşıyor ve devreden, sonradan aslında bu edimi borçlanmadığının farkına varıyor ise, bu iddiası devir sözleşmesinin sıhhatini etkilememeli, tasarruf sözleşmesi asıl sözleşmeyi devralana geçirmelidir¹⁷¹.

1.4.2 Halefiyet Doğurması

Halefiyet, bir hukuki ilişkide taraflardan birinin yerine üçüncü bir kişinin geçmesi ve onun borç ilişkisi içinde sahip olduğu tüm asli ve fer'i haklarına halef olmasıdır¹⁷². Halefiyet, kanuni ve iradi halefiyet olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷³. Türk Borçlar Kanunu kanuni halefiyeti düzenlemiştir¹⁷⁴. Buna göre halefiyet, üçüncü bir kişinin, borçlu yerine edimi alacaklıya ifa etmek suretiyle, alacaklıyı tatmin ettiği oranda onun yerine geçerek, borç ilişkisindeki asli ve fer'i haklarına sahip olmasıdır¹⁷⁵. İfaya karşın borç sona ermemekte, alacak hakkı tüm yan haklarıyla, özel olarak da güvenceleriyle birlikte halef sayılan üçüncü kişiye geçmektedir¹⁷⁶. Bu şekil geçiş, alacağın otomatik ve kanun gereği geçişini ifade eder¹⁷⁷.

Sözleşmenin devri ile ise iradi halefiyet doğmaktadır¹⁷⁸. Burada önemli olan borç ilişkisinin aynılığı ve devamlılığıdır¹⁷⁹. Sözleşmenin devri, sözleşme kapsamındaki tüm hak, alacak ve borçlarla, tüm yan yükümlülükleri devralana geçirdiğinden bir halefiyet hali doğurmaktadır¹⁸⁰ ancak bu halefiyet, mirasta ya da

¹⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 653.

¹⁷¹ Taraf olma sıfatını yitiren devreden bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvuracaktır (OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 653).

¹⁷² EREN (Borçlar Genel), s. 1057; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56; CENGİZ, İftar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara 2014, s. 126.

¹⁷³ EREN (Borçlar Genel), s. 1057; ÖZTÜRK, s. 268.

¹⁷⁴ EREN (Borçlar Genel), s. 1057; CENGİZ, s. 14.

¹⁷⁵ EREN (Borçlar Genel), s. 1057; CENGİZ, s. 108.

¹⁷⁶ SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Borçlar Genel), İstanbul, 2022, s. 36.

¹⁷⁷ SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Genel), s. 36.

¹⁷⁸ ÖZTÜRK, s. 268.

¹⁷⁹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1063.

¹⁸⁰ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 67.

malvarlığının devrinde olduğu gibi külli ya da bir alacak ya da borcun kısmi devredilmesinde olduğu gibi cüzi bir halefiyet değil, kısmi külli halefiyettir¹⁸¹. Kısmidir zira tüm malvarlığı değil, malvarlığının bir parçasını oluşturan bir borç ilişkisi, bir sözleşme devrolunmaktadır. Cüzi değildir, zira sözleşme bütünüyle, külliye devrolunmaktadır¹⁸². Kısmi külli halefiyette malvarlığının bir kısmını oluşturan sözleşmenin unsurları, her biri için tek tek işlem yapmaya gerek olmaksızın, tek bir işlemle devralana geçer¹⁸³. Bu “külli” olma özelliğidir. “Kısmi” olma özelliği ise devredilen malvarlığı unsuru olarak sözleşmeyle sınırlandırılabilir oluşundadır. Örneğin miras yolu ile külli halefiyette, geçişi sınırlandırma özgürlüğü yoktur, çünkü tam külli halefiyettir. Ancak miras reddedilebilir ki o da yine tümüyle olacak, bölünemeyecektir¹⁸⁴. Bir bakıma, kısmi külli halefiyet, sonuçları bakımından tam külli halefiyetin daraltılmış bir görüntüsüdür¹⁸⁵. Sözleşme içeriği değişmemekte, aynı kalmakta (ayniyet) ve olduğu şekilde devam etmektedir (devamlılık). Ancak bu ayniyet ve devamlılık ilkelerinin ileride yer verilen bazı istisnaları vardır¹⁸⁶.

1.5 TARAF DEĞİŞİKLİĞİNE NEDEN OLAN DİĞER KURUMLARDAN FARKI

Sözleşmenin devri kurumu dışında Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ve borç ilişkilerinde taraf değişikliğine neden olan diğer hukuki ilişkiler; “Alacağın Devri”, “Borcun Üstlenilmesi”, “Borca Katılma”, “Sözleşmeye Katılma” ve “Malvarlığı veya İşletme Devri” ile “Türk Ticaret Kanunundaki Devralma” kurumları ile arasındaki benzerlik ve farklara değinmek sözleşmenin devri kurumunun özelliklerini ortaya koymak açısından yararlı olacaktır.

¹⁸¹ ÇELİKBOYA, s. 189; Sözleşmenin devrinin cüzi halefiyet doğurduğu görüşü hakkında bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 134; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56 vd.; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 32.

¹⁸² Taraf değişikliğinin “külli” bir değişiklik olduğu hakkında bkz. BELEN, s. 152.

¹⁸³ ÇELİKBOYA, s. 189.

¹⁸⁴ Türk Medeni Kanunu m. 609/2 uyarınca reddin kayıtsız ve şartsız olması gerekir.

¹⁸⁵ ÇELİKBOYA, s. 192

¹⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm “2.1.2 Ayniyet ve Devamlılık İlkesinin İstisnaları” başlığı altındaki açıklamalar.

1.5.1 Alacağın Devrinden Farkı

Türk Borçlar Kanunu m. 183 ve devamında düzenlenmiş olan alacağın hukuki işlemle devri¹⁸⁷, bir alacak hakkının, sözleşme ile üçüncü bir kişiye geçirilmesi ile gerçekleşir¹⁸⁸. Borç ilişkisindeki tarafların durumunda bir değişiklik olmaz. Alacaklı, dar anlamda bir borç ilişkisinde mevcut alacağını, borçlunun rızasına gerek olmaksızın bir başkasına geçirir¹⁸⁹. Borçlunun rızası aranmadığı gibi, haberi olması dahi gerekmez¹⁹⁰. Alacağın, alacaklının malvarlığının aktifindeki bir değer olarak özgürce dolaşıma sunulması hakkı, borçlunun alacaklısını seçme özgürlüğüne, bazı ayırık durumlar dışında, üstün tutulmuştur¹⁹¹. Sözleşmenin devri ise üçlü irade uyuşması gerektirir, sözleşmede kalan rıza göstermedikçe geçerli bir sözleşmenin devri meydana gelmez.

Sözleşmenin devri hem alacaklı ve hem de borçlu tarafta gerçekleşebilecekken, alacağın devrini yalnızca alacaklı yapabilir¹⁹². Niteliği gereği alacağın devri, devre konu alacak hakkıyla sınırlı bir etki meydana getirir¹⁹³. Devre konu alacağın doğumuna neden olan hukuki ilişkinin taraflarına ait hak ve yükümlülükler üzerinde etkili olmaz. Hukuki ilişkinin tarafları aynı kalır¹⁹⁴. Alacağını devreden alacaklı, mevcut borç ilişkisi nedeniyle üstlenmiş olduğu sorumluluklarını taşımaya devam eder. Satım sözleşmesinde alacağını devretmiş olan satıcı, söz konusu satım sözleşmesi gereği üstelenmiş olduğu malı

¹⁸⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 413.

¹⁸⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Alacağın Temlik Sözleşmesinin Şekli, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011,10.2, Sayfa: 9-34 (Temlik), s. 9; ALTUN, Abdurrahim, Gelecekteki Alacakların Devri, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 2.2, Sayfa: 160-183, s. 161.

¹⁸⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 413; EREN (Borçlar Genel), s. 1386; ARAL, Fahrettin, Topyekün Temlik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1991) 42 (1) (Temlik), s. 93.

¹⁹⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 413; ÖZ (Alacağın Devri), s. 2343; İlk planda borçlunun haberi olmayabilir, ancak sonrasında borçlunun, alacağı devralan alacaklıya ödeme yapabilmesi için devirden haberdar olması gerekir. Ancak doğal olarak, bazı yasakların varlığı halinde devre itiraz edebilecektir.

¹⁹¹ ERBAYRAKTAR, s. 37.

¹⁹² AKÇAAL, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara, 2014, s. 75; BAHADIR, s. 8.

¹⁹³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 413.

¹⁹⁴ AKKANAT ÖZTÜRK, Elif Beyza, Alacağın Teminaten Devri, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2021, 79 (1), s. 1-26, s. 15.

teslim borcunu ifa etmiş olsa dahi, örneğin, zapttan ya da ayıptan dolayı sorumluluğu devam eder.

Sözleşmenin devri ise bu sözleşmeden doğan dar anlamda borç ilişkilerine bağlı borçlu ve alacaklı sıfatlarını birlikte değiştirdiği gibi, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakları da değiştirdiği için alacağın devrinden farklıdır¹⁹⁵. Alacağın devrinde alacaklı, borç ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçları devretmemekte¹⁹⁶, yalnızca belli bir alacağını ya da alacaklarını üçüncü bir kişiye devretmektedir. Hatta bölünebilir olması durumunda alacağın kısmen dahi devri mümkündür¹⁹⁷. Bir cüzi halefiyet halidir¹⁹⁸. Asıl borç ilişkisinden doğan ve bu ilişkinin taraflarına ait olan dönme, fesih, iptal gibi yenilik doğuran haklar alacağı devralana geçmez¹⁹⁹. Alacağın devrinde borç devri yoktur. Sözleşmenin devrinde taraf, borç ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlarını devrederek bu ilişkinin dışında kalmaktadır.

Devredilen alacak bakımından önceki alacaklının yerini yeni alacaklı alır. Böylelikle devredilen alacağı talep hakkı yeni alacaklıya geçer. Bu sözleşme alacağın, devreden malvarlığından devralanın malvarlığına doğrudan geçişini sağlayan iki taraflı, tasarruf işlemi niteliğinde bir sözleşmedir²⁰⁰. Sözleşmenin devri sözleşmesi de bir tasarruf işlemidir²⁰¹. Bu nedenle hem alacağı devreden hem de sözleşmeyi devreden tasarruf yetkisine sahip olmalıdır.

Alacağın devri, mevcut alacaklı ile yeni alacaklı arasında yapılan iki taraflı bir sözleşmedir, sözleşmenin devri sözleşmesi ise üç taraflı bir sözleşme olmak

¹⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 617.

¹⁹⁶ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1051; Burada borç münasebetinden doğan münferit alacaklar söz konusudur. Bundan dolayı alacağın temlikine rağmen, alacaklı borç münasebetinden doğan talepleri, yine kendisi ileri sürebilir. Örneğin, akdin feshini isteyebilir veya fesih ihbarda bulunabilir (FRANKO, s. 178).

¹⁹⁷TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP s. 252; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 554; EREN (Borçlar Genel) s. 1235; AYBAY, s. 187; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 60.

¹⁹⁸SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stämpfli, 2016, N. 90.01 (KAPANCI, s. 6'dan naklen).

¹⁹⁹ FRANKO, s. 178.

²⁰⁰ ARAL (Temlik), s. 94; TUNÇOMAĞ, s. 1090; FRANKO, s. 179.

²⁰¹ Sözleşmenin devri kısmen borçlandırıcı, kısmen de tasarrufi etki taşıdığı halde, alacağın devri yalnızca tasarruf işlemi özelliği gösterir (KAPANCI, s. 43).

zorundadır²⁰². Bunun dışında aynen sözleşmenin devrinde olduğu gibi, kanuni ve yargısal olarak da alacağın devri mümkündür²⁰³.

Sözleşmenin kısmen devri mümkün değildir²⁰⁴. Devir sözleşmesi, sözleşmenin tüm hak, alacak ve borçlarını kapsar. Türk Borçlar Kanunu m. 205/1'de açıkça ifade edildiği gibi, devir sözleşmesi, bir sözleşmeyi taraf olma sıfatı da dahil olmak üzere, bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçiren bir anlaşmadır.

Alacağın devri için alacağı doğuran borcun kaynağının ne olduğu bir fark yaratmaz; alacak bir hukuki işlemde, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da vekâletsiz iş görmeden, aile, eşya ya da miras hukukundan doğmuş olabilir²⁰⁵. Sözleşmenin devrinde ise borç ilişkisinin kaynağı daima bir sözleşmedir²⁰⁶.

Alacağın devrinde devralanın devraldığı alacak ya da alacaklar bellidir. Sözleşmenin devrinde ise devralan belli olan-olmayan, hatta bildiği ve bilmediği tüm alacakların alacaklısı, borçların borçlusunu olur²⁰⁷. Taraf konumunu kazanmasının gereği olarak da devam eden, sonradan doğan alacaklar, haklar ve

²⁰² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 597; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 764.

²⁰³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 414; EREN (Borçlar Genel), s. 1388-1389; OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 544 vd.; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1003; NOMER, s. 548; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1103 vd.; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 123; ÖZ (Alacağın Devri), 2342; ZAPATA, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 405; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 400-401; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 311 vd.; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2020, s. 204-205; AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul, 2020, s. 192; AKÇAAL, s. 75; KAPANCI, s. 1-2; ÇAYAN, s. 82; FRANKO, s. 180; GÖNEN, Doruk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, s. 194; BAHADIR, s. 8; KAHVECİ, Nalan, Alacağın Devrinde Takas, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Sayı: 24.1, Sayfa: 55-92 (Takas), s. 56.

²⁰⁴ BADUR/DOĞAN, s. 53.

²⁰⁵ EREN (Borçlar Genel), s. 1235; ARAL (Temlik), s. 106; ENGİN, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, s. 24; BAHADIR, s. 8; ALTUN, s. 162.

²⁰⁶ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053.

²⁰⁷ Devralanın devir anında bilmediği sürpriz ya da şaşırtıcı borçlar hakkında bkz. HAN, Işık Aslı, Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 38, Sayfa: 131-161, s. 142 vd.

borçlar, devralan üzerinde doğar²⁰⁸. Sözleşmenin devri, genel olarak, alacağın hatta alacakların devrini içerir ancak alacağın devri sözleşmenin devrini içeremez.

Alacağın devri yazılı olmalıdır. Bu şekil adi yazılı şekildir. Alacağın devri sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin devri ise şekil olarak asıl sözleşmenin yapıldığı şekle bağlıdır, buna göre sözleşmenin devri işleminin alacağın devrinden farklı olarak yazılı şekle bağlanmamıştır²⁰⁹. Asıl sözleşme sözlü olarak yapılmışsa, devir sözleşmesinin de sözlü olarak yapılması yeterli olacak, şekil koşulu yerine getirilmiş sayılacaktır. Sözleşmede kalanın rıza beyanı için ise bir şekil öngörülmemiştir²¹⁰.

Alacağın devri kurumu Türk Borçlar Kanununda geniş şekilde ele alınmıştır. Özellikle devrin ivazlı olduğu durumlarda devredene bazı sorumluluklar yüklenmiştir²¹¹. Sözleşmenin devri kurumu ise alacağın devri kadar kapsamlı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözleşmenin devrinde, sözleşme içeriğindeki alacaklar bakımından alacağın devri hükümlerine yeri geldiğinde ve uygun düştüğü ölçüde başvurmak gerekecektir.

²⁰⁸ OĞUZ, s. 2420.

²⁰⁹ EREN (Borçlar Genel), s. 861.

²¹⁰ Kira sözleşmesinin devri için Türk Borçlar Kanunu m. 323/1'deki şartın yerine getirilmesi lazımdır. Burada şekil yönünden genel kurala bir istisna getirilmiştir. O da rızanın yazılı olması şartıdır. Buna göre kira sözleşmesi ve devir sözleşmesi sözlü dahi olsalar, rıza, kanun gereği şekle bağlanmıştır ve yazılı olarak verilecektir. Sözleşmenin devri yerine kiracı, Türk Borçlar Kanunu m. 183 ve devamı hükümleri gereğince, kullanım hakkını alacağın devri yolu ile bir üçüncü kişiye devredebilir (Türk Borçlar Kanunu m. 322). Bu kez alacağın devri sözleşmesinin mutlaka yazılı olarak yapılması gerekir (Türk Borçlar Kanunu m. 184/1). Bu şekil adi yazılı şekildir. Alacağın devri yoluyla kullanım hakkının devrinde, konut ve çatılı işyeri kiralari hariç, borçlunun (kiraya verenin) rızasının alınması da söz konusu olmayacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 322/2). İfanın doğru kişiye yapılması için kiraya verene yalnızca bir bildirim yapılması uygun olacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 186).

²¹¹ Türk Borçlar Kanunu m. 191 uyarınca; “*Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.*”.

1.5.2 Borcun İç ve Dış Üstlenilmesinden Farkı

Türk Borçlar Kanunu 195. maddesi ile düzenlenmiş olan borcun iç üstlenilmesi, borçlu ile onu borçtan kurtaracak kişi arasında yapılan ve onu borçtan kurtarmaya yarayan taahhüt niteliğinde, borçlandırıcı nitelikte bir hukuki işlemidir²¹². Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi bütünüyle borçlu ile borcu üstlenen arasında kurulan bir borç ilişkisidir ve ayrıca dış üstlenme sözleşmesi yapılmaksızın alacaklıyı bağlamaz. Bir başka deyişle, dış üstlenme sözleşmesi yapılmaksızın, iç üstlenme sözleşmesi borcun naklini sağlamaz²¹³.

Ancak sözleşmenin devrinden farklı olarak, dış üstlenme sözleşmesi tek başına borcun üstlenilmesini sağlar, zira borcun üstlenilmesi borçlunun onayına bağlı kılınmamıştır²¹⁴.

Dış üstlenme sözleşmesi kurulur kurulmaz borçlu borcundan kurtulur, onun yerine yeni borçlu olarak borcu üstlenen kişi geçer²¹⁵. Bu nedenle hem iç üstlenme ve hem de dış üstlenme sözleşmesi iki taraflı sözleşmelerdir. Sözleşmenin devri ise üç taraflı olmak zorundadır.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ise alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan ve asıl borçluyu borçtan kurtarma amacı taşıyan sözleşmedir. Borç ilişkisinden doğan münferit bir borcun, borçlunun izin ya da onayına ihtiyaç olmaksızın üçüncü bir kişiye geçirilmesidir²¹⁶. Borcu üstlenen üçüncü kişi yalnızca borcu devralır, temel ilişkideki başkaca bir alacak ya da hak onu etkilemez. Temel borç ilişkisi bu üstlenmeden etkilenmez, fer'i haklar bu devirden etkilenmez, eski borçlu üzerinde kalmaya devam eder ve borçlu bu devre itiraz

²¹² NOMER, s. 555-556.

²¹³ Türk Borçlar Kanunu 196/2 uyarınca düzenlenmiş olan dış üstlenme sözleşmesi, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılır ve borçlunun yerine yenisinin geçmesi bu sözleşmeyle mümkün olur. İç üstlenme sözleşmesi yapılmış ve alacaklıya bildirilmişse bu bildirim, dış üstlenme sözleşmesi yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir.

²¹⁴ OĞUZ, s. 2421.

²¹⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 216.

²¹⁶ NOMER, s. 554.

edemez. Kural olarak şekle tabi değildir. Bu nedenlerle sözleşmenin devrinden belirgin şekilde ayrılmaktadır.

Sözleşmenin devri işlemine paralel şekilde, borcun üstlenilmesinde de önce alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi vardır (asıl borç ilişkisi), sonrasında borçlu ile üstlenen arasında bir sözleşme yapılı (borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi) ve son olarak alacaklı ile borcu üstlenen arasında bir sözleşme (borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi) yapılarak borcun nakli gerçekleştirilmiş olur²¹⁷.

Borcun üstlenilmesinin sözleşmenin devrine benzerliği, borcun konusunun değişmeden borçlunun değişmesidir²¹⁸. Bu nedenle, sözleşmenin devri gibi halefiyet doğurur ancak buradaki cüzi halefiyet halidir²¹⁹.

Önemli farklardan biri ise üstlenen ve asıl borçlunun aralarında akdettikleri iç üstlenme sözleşmesi ile asıl borçluya rücu edileceğini kararlaştırabilmeleridir²²⁰. Borcun üstlenilmesi yalnızca sözleşmeden doğan borçlar için değil, bütün borç ilişkilerinde söz konusu olabilir²²¹.

²¹⁷ OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, Özel Sayı, 2016, 22.3, Sayfa: 2927 - 2948, s. 2929, dn. 2: “Borcun nakli sözleşmesinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanununun 196. maddesinde borcun nakli sözleşmesinin borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeyle olacağı belirtildikten sonra iç üstlenme sözleşmesinin üstlenen veya üstlenenin izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesinin borcun nakli sözleşmesi bakımından önerinin yerini tutacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gereği, alacaklı bu öneriyi kabul ettiği takdirde yine kendisi ile borcu üstlenen kişi arasında bir borcun nakli işlemi kurulmuş olur.”

²¹⁸ ÖZCAN, Didem, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s. 6.

²¹⁹ Aynı yönde bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 90; OZANEMRE YAYLA (Borcun Nakli), s. 2931.

²²⁰ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 244.

²²¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1951.

1.5.3 Borca Katılmadan Farkı

Borca katılma, üçüncü bir kişinin alacaklıyla anlaşarak, borçlunun yanında müteselsil olarak borçlu olmasıdır²²². Borca katılan başkasına ait olan borcu üstlenmiş olur. Bu üstlenmede borcun aynen üstlenilmesi şartı yoktur, borcun kapsamı daraltılabilir ya da genişletilebilir. Asıl borçlu, borçlu kalmaya devam ettiği²²³ için alacaklının durumunda kötüleşme olmaz tam tersine alacağını elde etme imkânı güçlenmiş olur²²⁴.

Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin dışında bulunan bir üçüncü kişi borçlunun yanında yer alarak, borçlunun edimini üstlenir ve onunla birlikte müteselsil borçlu sıfatını kazanır²²⁵. Böylece alacaklı, bir malvarlığı değeri olarak sahip olduğu edimin ifasını talep hakkını, borca katılma hukuki olgusunun gerçekleşmesi sonucunda, borçlu kalmaya devam edecek olan asıl borçlu yanında²²⁶ talep edebileceği yeni bir borçlu elde etmektedir²²⁷.

Üstlenilen geniş anlamda borç ilişkisi değil, dar anlamda belirli bir borçtur. Borca katılan, kefil ya da üçüncü kişinin fiilini üstlenen gibi bağlı tali bir borç altına girmemekte, aynen asıl borçlu gibi asli bir yüküm olarak bu borcu üstlenmektedir²²⁸. Türk Borçlar Kanunu m. 201 hükmü borca katılma sözleşmesi için bir şekil şartı getirmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu m. 603 hükmü, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin her türlü sözleşmeye uygulanacağından, gerçek kişilerin borca katılma sözleşmesi yaparken Türk

²²² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 215; ALTAY, s. 37.

²²³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 215.

²²⁴ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 116.

²²⁵ DEMİRBAŞ, Kürşad, Türk Borçlar Kanunu'nda Borca ve Sözleşmeye Katılma, Ankara, 2014, s. 8.

²²⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 215.

²²⁷ ALTAY, s. 39.

²²⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 608.

Borçlar Kanunu m. 583'teki şekil şartına ve Türk Borçlar Kanunu m. 584'teki eş rızası koşuluna uyan şekilde sözleşme yapmaları gerekecektir²²⁹.

Asıl borçlunun borcunun kaynağı, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi nedenlerden kaynaklanıyor olsa da, borca katılanın borcunun kaynağı, alacaklıyla akdettiği borca katılma sözleşmesidir²³⁰. Borca katılma her türlü borç ilişkisinde söz konusu olabilir²³¹.

Sözleşmenin devrinde ise borç ve alacakların kaynağı bir sözleşmedir. Sözleşmenin devrinde sözleşme ilişkisi bir bütün olarak devredilmekte ve devreden sözleşmeden çıkmaktadır. Borca katılmada, katılma sözleşmesi katılan ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmeyle gerçekleştiği²³² halde, sözleşmenin devri, devreden, devralan ve sözleşmede kalan arasında kurulan üç taraflı bir sözleşmeyle tamamlanır.

Borca katılma yalnızca borçlu tarafında meydana gelebildiği halde, sözleşmenin devri sözleşmenin her iki tarafında meydana gelebilir²³³. Borca katılmanın şekli hakkında Türk Borçlar Kanunu m. 201'de bir düzenleme yoktur²³⁴. Bu nedenle borca katılma, hem sözleşmeye katılmadan ve hem de sözleşmenin devrinden farklıdır.

²²⁹YILDIZ PORTAKAL, Seda, Borca Katılma, İstanbul, 2016, s. 130; Şekil konusundaki tartışmalar için bkz. CENGİL, s. 377 vd.

²³⁰ ÖĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 608-609; YILDIZ PORTAKAL, s. 129.

²³¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1056.

²³² Borca katılma sözleşmesine borçlunun da katılımı gerektiği yönündeki görüş için bkz. TURAN BAŞARA, s. 428 vd.; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1056.

²³³ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053.

²³⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 429: “*Fakat gerçek kişilerce yapılan teminat amaçlı borca katılma, kefaletin şekil şartına (TBK 583) uygun olarak yapılmalı ve eşin rızası da (TBK 584) alınmalıdır (TBK 603). Benzer şekilde kefilin ehliyetine ilişkin hükümler de gerçek kişiler için borca katılmada da aranır.*”; BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, Journal of Istanbul University Law Faculty, 70.2, s. 140: *Gerçek kişilerin borca katılması söz konusu ise TBK m. 603 hükmünün uygulanması gerekir. Çünkü borca katılan kişi katıldığı borcun borçlusuyla birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır. Müteselsil sorumluluk, kefilin sorumluluğundan daha ağır olacağından, kefalet sözleşmesindeki korumayı sağlayan şekil ve ehliyet kurallarının uygulanması uygun görünmektedir.*”; ALTAY, s. 138; TURAN BAŞARA, s. 424; BADUR, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, 26. 109, Sayfa: 251-302, s. 295.

1.5.4 Sözleşmeye Katılmadan Farkı

Sözleşmeye katılmada üçüncü bir kişi sözleşmenin bir tarafına, mevcut tarafın yanında yer almak üzere eklenmektedir²³⁵. Sözleşmeye katılan bu üçüncü kişi, mevcut tarafa eklenerek onunla birlikte aynı hak ve borçlara sahip olur. Sözleşmeye katılma, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan üç taraflı bir sözleşme ile gerçekleşir (Türk Borçlar Kanunu m. 206/1). Sözleşmeye katılmaya ilişkin sözleşmenin geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (Türk Borçlar Kanunu m. 206/3).

Sözleşmeye katılmada sözleşmeden ayrılan yoktur, bir tarafta yer alan kişi sayısı artmaktadır²³⁶. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsil olarak alacaklı ve borçlu olur (Türk Borçlar Kanunu m. 206/2). Bu durumda, yalnızca katılan ve karşı tarafı bağlamında, iki sözleşme (devir ve katılma) birbirine benzer olmakla birlikte, sözleşmenin devrinde sözleşme tarafının sözleşmeden ayrılması (tam taraf değişikliği) söz konusu iken, sözleşmeye katılmada sözleşme taraflarından birinin yanına yeni bir kişinin eklenmesi (kısmi taraf değişikliği) söz konusudur²³⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 205 ve 206, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma sözleşmelerinin şekline dair benzer hükümler getirmektedir. Devir ve katılma sözleşmelerinin devredilen ya da katılmanın söz konusu olduğu sözleşmeyle aynı şekilde yapılması gerektiği anılan maddelerde hükme bağlanmıştır. Bu iki sözleşme de üç taraflı olup, devralan ya da katılanın, konumunu devraldığı ya da yanında yer aldığı tarafın hak ve borçlarına aynen

²³⁵ EREN (Borçlar Genel), s. 1422; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1055; NOMER, s. 543; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 431; AYBAY, s. 198-199; ZAPATA, s. 432-433; ÇAYAN, s. 90; AYAR BİRKİN, s. 206-207; CAMCI, s. 4.

²³⁶ BELEN, s. 152: “Sözleşmenin devrinde, sözleşme taraflarından bir tanesi sanki sözleşmeyi kuran taraflardan bir tanesi o değilmiş gibi gidip, yerine yeni birisi gelmektedir. Sözleşmeye katılmada ise taraflardan birisinin yanına yeni gelen kişi, borç ilişkisinin bütününe katılmakta; işlemin taraflarından birisi açısından sözleşmeyi müşterek işleme çevirmektedir.”; CAMCI, s. 4.

²³⁷ CENGİL, s. 118.

sahip olması gibi özellikleri nazara alındığında, bu iki kurum birbirine yaklaşmaktadır²³⁸.

1.5.5 Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile Türk Ticaret Kanunundaki Devralmadan Farkı

Bir malvarlığının veya işletmenin devralınması konusu, borcun üstlenilmesinin özel hali olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 202 ile düzenlenmiştir²³⁹. Türk Borçlar Kanununun söz konusu hükmü, “bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan” diye başlamış, devamında yalnızca borçlardan sorumluluğu ele almıştır²⁴⁰.

818 sayılı Borçlar Kanunu m. 179’da, bir “mamelek” ya da “taahhüt”ün borç ve alacaklarıyla birlikte iktisabından bahsedilmekteydi. Türk Borçlar Kanunu m. 202 ise “malvarlığı” ve “işletme”den söz etmektedir. Her ne kadar bu “işletme”nin ticari işletmeyi kapsayıp kapsamadığı tartışmalı olsa da²⁴¹, baskın görüş, alacaklıların korunması ve tüm işletmelerde devamlılığın sağlanabilmesi için, her türlü işletmenin bu kapsama girdiğinin kabulü yönündedir²⁴².

²³⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 622.

²³⁹ OĞUZ, s. 2421; OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 610: “Bir malvarlığı veya işletmenin devrinden maksat, yapılan bir sözleşme ile bir malvarlığının veya işletmenin aktifinde yer alan hakların ve pasifinde yer alan borçların tümünün bir kişiden diğer bir kişiye devredilmesi konusunda tarafların anlaşması ve bu sözleşme uyarınca hakları ve borçları nakletmeleridir.”

²⁴⁰ KOCABEY, s. 67; Türk Ticaret Kanunu ise tamamen aktifleri esas almış, borçlardan hiç bahsetmemiştir. Bu nedenle aktifler yönünden öngörülen Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 düzenlemesi yalnızca ticari işletme devirlerinde uygulanacaktır (ÇELİKBOYA, s. 71).

²⁴¹ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019, s. 179: “BK’da yer alan bu iki hüküm sadece ticari işletmeye ilişkin değildir; m. 202 bir malvarlığını veya esnaf işletmesi veya ticari işletme olması fark etmeksizin genel olarak “işletmeyi” veya “malvarlığını”, m.203 de “işletmeyi” konu alan devirleri düzenlemektedir.”; BAHTİYAR, Mehmet, Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, 2011, Sayfa: 3889-3910, s. 3891.

²⁴² ÇELİKBOYA, s. 244-245.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 ile de ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde devralınması konusu düzenlenmiştir²⁴³. Türk Borçlar Kanunu m. 202 yalnızca işletmenin pasiflerini ele almış, Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 ise tamamen aktifleri esas almış, borçlardan hiç bahsetmemiştir.

Malvarlığının veya işletmenin devralınması ve ticari işletmenin devralınması için devreden ve devralan arasında devre yönelik bir sözleşme yapılır²⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu m. 202 gereğince borçların nakli için devir işleminin ilan edilmesi gereklidir²⁴⁵.

Öğretide bazı yazarlar malvarlığı unsurlarının sözleşmenin yapılmasıyla birlikte başkaca bir işleme gerek olmaksızın devralana geçtiği görüşünderken²⁴⁶, diğer görüşe göre devir sözleşmesi borçlandırıcı işlemi, tescil talebi ise tasarruf işlemini oluşturur²⁴⁷. Buna göre devredenle devralan arasında yapılan sözleşmenin üçüncü kişileri bağlaması ilan yolu ile olur, ilan yapılmaksızın devir sözleşmesi

²⁴³ Çelikboya'ya göre ticari işletme devrini; "*ticari işletmenin faaliyetlerinin devralan tarafından yürütülmesini sağlayacak şekilde, ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının işletmenin bütünlüğünü koruyarak iradi olarak devredilmesi*" şeklinde tanımlamak mümkündür (ÇELİKBOYA, s. 61).

²⁴⁴ Türk Ticaret Kanunu m. 11/3'e göre aktifin geçişi için yapılacak olan sözleşme yazılı olmalı, ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir. Bu yazılı şekil adi yazılı şekil olup, sözleşmenin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartıdır (KENDİGELEN, s. 199.). Oysa örneğin limited şirkette pay devri ve devir vaadi için özel bir şekil şartı öngörülmüş olup, yazılı şekle ilave olarak imzaların noterce onaylanması gerekmektedir (Türk Ticaret Kanunu m. 595 (1)). Pay devri için özel şekil şartı öngörülmesine rağmen, ticari işletme için ekonomik yönden en önemli işlemlerden biri olma niteliğinde olan, tüm aktif ve pasiflerin geçişini sağlayan devir sözleşmesinin yalnızca adi yazılı şekle tabi tutulması, öğretide eleştirilmiştir (BAHTİYAR, s. 3895 vd.).

²⁴⁵ Türk Borçlar Kanunu ise sözleşme için bir şekil öngörmemekte, alacaklılara bildirim ya da Ticaret Sicil Gazetesinde, tacir olmayan işletmeler için ise Türkiye genelinde dağıtım yapılan bir gazetede yayımlanacak bir ilanla duyurulmasını hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte özel kanunlarla daha ağır şekil şartı getiren hükümler vardır. Örneğin, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (Resmi Gazete tarihi: 24.12.1953, Resmi Gazete Sayısı: 8591) m. 11 uyarınca eczane devir sözleşmelerinin, hükümet tabibinin katılımıyla noter huzurunda yapılacağı öngörülmüştür.

²⁴⁶ POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 46; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013, s. 42.

²⁴⁷ KENDİGELEN, Abuzer, Ticari İşletme Hukuku, KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER, Füsun / ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet, İstanbul, 2015, s. 209; ARICI, s. 215; ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016, s. 21.

üçüncü kişilere etki etmez²⁴⁸. Ancak malvarlığı veya işletmenin devralınması ve ticari işletmenin devralınması ile birlikte devralınan sözleşmeler vardır. Bunlar devirle birlikte kendiliğinden ve kanunen devrolunurlar²⁴⁹. Bu bir külli halefiyet durumudur. Devrin duyurulması, üçüncü kişilere etkili olması açısından²⁵⁰.

Duyuruyu devralanın yapması asıl olup²⁵¹ kanımızca devreden tarafından yapılması da mümkündür. Zira duyuruda onun da menfaati vardır ve pasiflerin devralan tarafından üstlenilmesi duyuru ile gerçekleşecektir. Burada devreden devralanı temsilen hareket ettiği savunulmuştur²⁵². Malvarlığının devralınması

²⁴⁸ ŞENER, s. 21; Devir sözleşmesi ve duyurulması ile tamamlanacak etki alanı tesisi, işlemin devir sözleşmesi aşamasında kalmasıyla, aynen borcun iç üstlenilmesinde olduğu gibi alacaklıya etki etmez, buradaki fark dış üstlenme sözleşmesi değil, duyurunun yapılması gerekliliğidir (aynı yönde bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 231, dn. 1026'daki yazarlar); Esasen burada kanuni bir geçiş olduğu ve alacaklıların devre karşı söz hakkı olmadığından, duyuru gerekli ve yeterlidir, tasarruf işlemi yerini tutar.

²⁴⁹ İş sözleşmeleri, kira sözleşmeleri gibi sözleşmeler kanunen devralana geçerler. Sözleşmede kalanın rızası gerekmediği gibi, rıza olmasa ya da sözleşmede devir yasağı olsa dahi geçiş olacaktır. Bu durum devralmanın "külli halefiyet" doğurmasının bir sonucudur (Yrg. 6. HD 2010/5129 E.-2010/6533 K. ve 01.06.2010 tarihli kararında: "...ticaret şirketlerinin birleşerek yeni bir şirket meydana getirmeleri halinde yeni şirketin eskisinin devamı, "külli halefi" olduğu gerekçesi ile kira sözleşmesine aykırılık sebebine dayanan davanın reddine karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır. Tüm bu nedenlerle kiracı şirket ile davalı şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun birleşmeleri sonucunda davalı şirket, kiracı şirketin sahip olduğu bütün hak ve alacakları ile borçlarına sahip olduğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesindeki külli halefiyet ilkesi gereğince kira sözleşmesindeki hak ve borçların da davalı şirkete intikal ettiğinin kabulü gerekir. Bu durum yasa gereği olduğundan davacının onayının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır."- Palmiye İçtihat).

²⁵⁰ ŞENER, s. 21; ACEMOĞLU'na göre, duyurunun devirle eş zamanlı olarak yapılması önem taşır ancak burada önemli bir konu, eş zamandan kastedilenin ne olduğudur. Önemli olan kurulan devir sözleşmesi ile değil, fiili devir ve teslim ile olan eş zamandır. Henüz aktifler el değiştirmedeği sürece, alacaklıların durumunda değişiklik olmayacağı için sözleşme değil, ifanın başladığının duyurulması önemlidir (ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanununun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971, s. 45 vd.); Kanımızca burada borçlandırıcı işlem olan devir sözleşmesinin kurulmasıyla, devralanın ifayı talep hakkı doğmuştur, hatta o talep etmese dahi alacaklıların talep hakkı vardır. Burada önem arz eden konu hukuki durum ile fiili durum arasındaki çelişkili durum ve dışa karşı farklı ve güven sarsıcı bir görüntü sergilenecek olmasıdır. Bu nedenle duyurunun fiili devir teslim ile eş zamanlı yapılması yerinde olacaktır. Karşımıza bu noktada, var ise devredilen taşınmazlar ve diğer sicile bağlı taşınır lar açısından iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması sorunu çıkabilir ki bu da zaten ilanla aşılabilecek bir sorun değildir, tapu sicili ya da taşınır ların bağlı bulunduğu sicillere, ticaret sicili tarafından derhal bilgi verilmesi suretiyle işlem güvenliği sağlanabilecektir.

²⁵¹ HAN, s. 144: "*Kanun bildirimde bulunma ve ilan yoluyla duyurma yükümlülüğünü devralana yüklemiştir.*"

²⁵² ACEMOĞLU, s. 121-122: "*Devralan, devir sözleşmesi devreden tarafından ifa edildiği anda ihbarı yapmak borcundadır. Ancak devralan devir devir sözleşmesinin yapılmasına hattâ ifa edilmesine rağmen ihbarı yapmamış olabilir. İlk durumda alacaklılar bakımından tehlike yoktur. Onlar yine devir yapılmamışçasına kendi borçlarına başvurarak haklarını elde edebilirler.*"

sözleşmesi şekle tabi değilse de, içinde taşınmazların da bulunduğu malvarlığının devralınması sözleşmesi resmi şekle uygun olarak yapılmalıdır²⁵³. Malvarlığının devralınmasında devir sözleşmesinin yapılması, malvarlığının aktiflerinin doğrudan geçişini sağlamaz, kural olarak tüm unsurların tek tek devirlerinin, kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılması gerekir²⁵⁴. İsviçre Birleşmeler Kanunu (FusG) Art. 69 ve devamı hükümler, malvarlığının devralınmasını düzenlemiştir. Anılan hükümler Türk hukukundaki malvarlığının devralınması ile değil, ticari işletme devri ile paralellik arz etmektedir²⁵⁵.

Malvarlığının veya işletmenin devralınması sözleşmenin devrinden farklıdır, işletmenin devralınmasının içinde sözleşmelerin devri de olabilir. İşletmeye ait kira ya da hizmet sözleşmeleri gibi sözleşmeler işletmenin devralınmasıyla birlikte kendiliğinden devrolunur²⁵⁶.

Malvarlığının veya işletmenin devralınması durumunda devreden de devralanla birlikte alacaklılarına karşı borçlarından müteselsil olarak sorumludur. Bu sorumluluk süreye tabidir ve iki yıla sınırlandırılmıştır²⁵⁷. Burada iki yıl için

Ancak devir sözleşmesi ifa da edilmişse, ihbarın yapılmamasına rağmen, malvarlığı ya da ticari işletmenin aktif unsurları devralana geçmiş bulunduğundan alacaklıların hakları tehlikededir. Çünkü hem alacaklıların tabii teminatı olan aktifler borçlularının elinden çıkmıştır hem de devralan buna bağlı olan borçlardan sorumlu değildir. Devir sözleşmesi ivazlı ise, alacaklılar haklarını belki devrin karşı-ediminden elde edebilirler. Fakat eğer bu sözleşme ivazsız ise, böyle bir imkânları da yoktur.”

²⁵³ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 611.

²⁵⁴ AKÇAAL, s. 73-74.

²⁵⁵ Türk hukukunda ticari işletme devrinde tüm unsurların tek tek devirlerinin yapılması gerekmezken, malvarlığı devrinde tüm unsurların tek tek devirlerinin yapılması gerekmektedir. Oysa FusG malvarlığının devralınmasında, devralınacak malvarlığı unsurlarının tek tek bir envantere geçirilmesi ve devir sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile tek bir işlemle malvarlığı unsurlarının devralınmış olacağını öngörmektedir. Bunu sağlamak için, kişi ister gerçek isterse de tüzel kişi olsun, ticaret siciline kayıtlı olması yeterlidir (FusG Art. 69/1). Malvarlığının devralınması kurumunun kötüye kullanılmasını önlemek adına, devralınan aktiflerin değerlerinin pasiflerden fazla olması gerektiği göz önünde tutulmuştur (FusG Art. 71/2), www.fusionsgesetz.ch; ÇELİKBOYA, s. 77.

²⁵⁶ Yrg. 6. HD 2010/5129 E.-2010/6533 K. ve 01.06.2010 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

²⁵⁷ İsviçre hukukunda, ticaret siciline kayıtlı olmayan işletme devirleri İsviçre Borçlar Kanunu m. 181 hükmünde yer alan basit usule tabi iken, İsviçre Birleşmeler Kanunu (FusG) m. 69 vd. uyarınca ticaret siciline kayıtlı işletmeler için farklı usul öngörülmüştür. FusG m. 73/2 devrin tek bir işlemle yapılmasına izin vermektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 202’de iki yıl olarak öngörülen müteselsil sorumluluk süresi, hem İsviçre Borçlar Kanunu m. 181/1’de ve hem de FusG 75/2’de üç yıl olarak öngörülmüştür (KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 160-161; PORTAKAL, s. 40-41).

kanun, bir “borca katılma” hali öngörmüştür²⁵⁸. Belirtmek gerekir ki buradaki sorumluluk alacaklılara karşı olan sorumluluktur, sürenin geçmesiyle alacaklılara karşı sorumluluğu kalmayan devredenin, iç ilişkide devralana karşı sorumluluğu söz konusu edilebilecektir²⁵⁹.

İki ayrı kanunda düzenleme yapılması yasa koyucunun tacir olmayan işletmeleri Türk Borçlar Kanununda düzenleme isteğinden ileri gelmiştir. Konunun iki ayrı kanunda farklı olarak ele alınması ve uyum içinde düzenlenmemiş olmaları eleştirilmiştir²⁶⁰. Esasen aynı tarihte yürürlüğe giren iki temel kanunun bu konuda birbirine uyumlu olmaları isabetli olurdu.

Belirtildiği gibi, Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 gereğince ticari işletme devrinde, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması ve ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. Devir sözleşmesi borçlandırıcı işlem, ticaret siciline yapılan tescil ise tasarruf işlemidir²⁶¹. Ticari işletme devrinde, devir sözleşmesi ne şekilde yapılmış olursa olsun, ticari işletmeye dahil olan taşınır veya taşınmaz değerler ile bütün unsurlar ticaret siciline tescil ve ilan ile devralana geçer²⁶². Ticari işletme devrinde, teminat teorisi taraftarları, pasiflerin devir dışı bırakılmayacağını, işletme alacaklarının işletme borçlarının doğal teminatı olduğunu savunmaktadır²⁶³. Katıldığımız bu görüşe göre aktiflerle birlikte pasifler de

²⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 612: “Ne de olsa alacaklı borçlunun değişiminde söz sahibi olamamış ve ona alacakları için başvuracağı malvarlığının el değiştirmesine engel olma hakkı verilmemiştir. Bu nedenle genel hükümlerden farklı olarak bu korumayı hak etmiştir.”

²⁵⁹ ÇELİKBOYA, s. 320; Tarafların aksine anlaşması mümkündür ancak bunun için, tüm alacaklıların katılımıyla böyle bir karar alınması gereklidir. Ancak bu şartla alacaklıların, devredene başvurmayacağını kararlaştırılması ya da sorumluluk süresinin kısaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması mümkün olabilecektir.

²⁶⁰ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 189.

²⁶¹ ÇELİKBOYA, s. 116, dn. 145’teki yazarlar; Bazı yazarlara göre ticaret siciline tescille, varsa taşınmazlar tapu siciline tescil henüz yapılmamış olsa da devralana geçecek, tapu siciline yapılacak tescilin kurucu değil, açıklayıcı olduğu kabul edilecektir (AKÇAAL, s. 150); Aksi yönde, tescilin kurucu olduğuna dair bkz. BAHTİYAR, s. 3897-3898: Yazar’a göre, ticaret siciline tescil kural olarak açıklayıcıdır, oysa Türk Ticaret Kanunu m. 11/3’de tescilin kurucu olduğuna dair açıkça bir ifade yoktur, bu bir eksiklik ve tartışmalara neden olmaktadır.

²⁶² OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 611: “*Türk Borçlar Kanunu, İsviçre sisteminden bu noktada ayrılarak radikal bir düzenleme getirmiştir.*”

²⁶³ ACEMOĞLU, s. 39: “*Malvarlığı veya ticarî işletmenin sadece aktifini teşkil eden unsurların devri ise, BK. mad. 181/179’un hükümlerini dolanarak devralanı borçlardan sorumlu olmaktan*

devredilmiş olacaktır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu m. 11/3'ün gerekçesinde de durum net olarak ortaya konmuştur²⁶⁴.

kurtarmak anlamını taşıyacaktır.”; POROY/YASAMAN, s. 42 vd.; İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979, s. 411; KENDİGELEN, s. 202; ARICI, s. 157; HAN, s. 141-142: “Ticari işletme organizasyonunu ilgilendiren pasiflerin de devir kapsamında devralana geçmesi, TTK m. 11/3'te dayanağını bulan ticari işletmenin bütünlüğü ilkesi kapsamında kabul edilmelidir. Yine Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 133. maddesinin birinci fıkrasında ‘ticari işletmenin, Kanununun 11 inci maddesi uyarınca bir bütün halinde ve devamlılığı sağlanmak suretiyle devredilebileceği’ belirtilerek bütünlük ilkesine atıf yapılmıştır.”; Türk Borçlar Kanunu m. 202'de yer alan ticari işletmeye ilişkin borçların devralana intikali bir kanuni borç nakli hükmündedir (ACEMOĞLU, s. 39).

²⁶⁴ Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 gerekçesi: “Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticarî işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurları ile bir bütün oluşturan malvarlığı cephesini düzenlemektedir. Bu bütün, yerli ve yabancı öğretide Fransızca bir terimden esinlenerek ticaret fonu (Fond de Commerce) diye adlandırılır. Fon ile kastedilen, işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığı unsurlarından oluşan bütündür. Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere konu olabilir. Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünüün rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan "bütün"ü vurgulamakta ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir. Böylece, 6762 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "sözleşme"nin ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşme olduğu Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. 6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi "bütün" bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan "tesisat" sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fikrî mülkiyet haklarından ayrı olarak Tasarıda zikredilmiştir. Nihayet, "kiracılık hakkı" da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak "kiracılık hakkı"nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığını da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perükçunun, şapkacının, şekerinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder. Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünüün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur. Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır. Üçüncü fıkrada yer alan “aksi öngörülmedikçe” ibaresi Tasarının 49 uncu maddesi ile çelişmemektedir. Anılan madde ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceğini öngörmektedir. Ancak bu hüküm işletmesini devreden kişiyi ticaret unvanını devre zorlayacak şekilde yorumlanamaz. İşletme sahibi arzu ederse unvanını devir dışında tutabilir, hatta devir sözleşmesi olanak tanıyorsa veya rekabet yasağı hükmü yoksa kuracağı yeni bir işletmede de kullanabilir”.

Hem malvarlığının ve işletmenin devralınmasının, hem de ticari işletmenin devralınmasının sözleşmenin devriyle arasındaki temel farklılardan biri külli halefiyetin tezahür şeklidir. Sözleşmenin devri kısmi külli halefiyet doğurmaktayken, malvarlığının veya işletmenin devralınması ve ticari işletmenin devralınması (tam) külli halefiyet doğuran bir hukuki işlemdir. Diğer bir önemli fark, ikinci aşama olan tasarruf işlemindedir. Bu tasarruf işlemi, sözleşmenin devri için, sözleşmede kalanın onayı anı, diğerinde ise sicile tescil ve ilan anıdır²⁶⁵.

Sözleşmenin devrinde bu başvurunun kim tarafından yapılacağı konusunda kanunda bir düzenleme yer almadığından, hem devralan ve hem de devreden sözleşmede kalana müşterek öneriyi sunması söz konusu olabilecektir²⁶⁶. Aynı durum işletme devrinde de söz konusudur ancak sonuçları bakımından fark vardır. Malvarlığının veya işletmenin devralınması ve ticari işletme devrinde; katılmadığımız bir görüşe²⁶⁷ göre, tescil için ticaret siciline başvuranın, devralan değil de devreden olması durumunda, yalnızca alacakların devrolunacağı, borçların devri için devralanın tasarruf işlemine katılma iradesini belli etmesinin gerektiği savunulmuştur²⁶⁸.

1.6 DİĞER BENZER KURUMLARDAN FARKI

Borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açmamakla birlikte sözleşmenin devri kurumu ile benzeşen, bununla birlikte farklı hüküm ve sonuçları olduğundan dolayı birbirine karıştırılmaması gereken bazı kurumlar vardır.

²⁶⁵ KENDİGELEN, s. 209; ARICI, s. 215.

²⁶⁶ Sözleşmede kalana sunulacak müşterek önerinin, aslen devreden tarafça yapılması gerektiği yönündeki görüşümüze ileride geniş olarak değinilecektir (Bkz. Birinci Bölüm “1.8.4.2 Dış Devir Sözleşmesi” başlığı altındaki açıklamalar).

²⁶⁷ ÇELİKBOYA, s. 153.

²⁶⁸ Kanaatimizce devralan devir sözleşmesi ile sözleşme içeriğinde belirtilmese dahi pasiflerin devralınması yönünde iradesi var sayılmalıdır. Halin icapları bunu gerektirmektedir. Şayet devralan borçları devralmayacak ise bunun açıkça devir sözleşmesine yazılması gerekir. Öte yandan, hem malvarlığının veya işletmenin devralınmasında ve hem de ticari işletme devrinde tüm malvarlığı, aktif ve pasifleriyle birlikte, tek bir işlemle devredilmektedir. Normal şartlarda pasiflerin de devredilmiş olduğu ortadadır, aksi halde tek tek alacaklılarla dış devir sözleşmesi yapılarak borçların üstlenileceğinin kabulü gerekirdi.

“Yenileme”, “alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi”, “alt sözleşme” ve “ifa yardımcısı kullanma” gibi kurumlarla karşılaştırma yapmanın da yararlı olacağı düşünülmektedir.

1.6.1 Yenilemeden Farkı

Yenileme, Türk Borçlar Kanunu m. 133 ile düzenlenen ve borcu sona erdiren nedenler arasında sayılmış olan bir kurumdur. Buna göre yenileme, eski borcun ortadan kaldırılarak yerine yeni bir borç meydana getirilmesi, “ tarafların bu yöndeki açık iradesi ile yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi” olarak tanımlanmıştır²⁶⁹. Burada kanun dar anlamda borç ilişkisinden bahsetmektedir. Yenilemenin başlıca üç koşulu vardır; bunlar, eski bir borcun varlığı, hukuki nedeni eski borçtan farklı yeni bir borcun doğması ve tarafların yenileme iradesine sahip olmalarıdır²⁷⁰.

Yenileme, hukuki sebebin veya bir alacağın asıl konusunun değişmesi şeklinde ortaya çıkan bir borç değişikliğidir²⁷¹. Yenilemede alacaklı, kendi alacağı üzerinde bir tasarruf işlemi yaparak mevcut alacağı sona erdirmektedir. Borcun sona ermesi nedeniyle borcun fer’ileri, def’i ve itirazlar da tümüyle sona ermiş olur²⁷². Bu açıdan sözleşmenin devrini, halefiyet sonucu doğurmayan bir hukuki

²⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 577; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1067; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 350; NOMER, s. 473; TUNÇOMAĞ, s. 1183; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 499; AYBAY, s.158; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, s. 427-428; BAHADIR, s. 13; ÖZTÜRK, s. 283.

²⁷⁰ EREN (Borçlar Genel), s. 1432-1433; OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 577-578; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1068-1069; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 499-500; TUNÇOMAĞ, s. 1185; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 351 vd.; NOMER, s. 474.

²⁷¹ Örneğin, yolcularını A şehrine götürmek üzere anlaşmış olan bir seyahat şirketi, faaliyetine son verdiği için, yolcularıyla yapmış olduğu taşıma sözleşmesini, onların da rızasıyla B şirketine devrederse, devir sözleşmesi kurulmuş olur. Bu andan sonra B şirketi yolcu ya da yolcularla, sözleşme konusunu değiştirerek, bu kez başka bir şehre seyahat için anlaşmış olursa, asıl sözleşmenin içeriği değişmiş, yani asıl sözleşme yerine yeni bir sözleşme kurularak asıl sözleşme ve ona bağlı borç ilişkisi sonlandırılmış olur.

²⁷² DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 68; ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2017 (Kefalet); KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 58 (BERKİ, s. 227, KOYUNCUOĞLU, Hikmet, Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, 26.111, Sayfa: 447-456, s. 59’dan naklen).

işlem olan yenilemeden ayırmak gereklidir²⁷³. Yenilemede borç, bir hukuki işlemde, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olabilir. Sözleşmenin devri ise bir sözleşmenin varlığını zorunlu kılar ve taraflar yeni bir sözleşme kurmaktan daha çok, var olan sözleşmede bütün hak ve yükümlülükleriyle tam bir taraf değişikliği meydana gelmesini isterler. Bunun dışında sözleşme ilişkisinin içeriği aynı kalır.

Yenilemede borç ilişkisi sona erip yeni bir borç ilişkisi doğar, sözleşmenin devrinde ise sözleşme aynı kalır, tarafı teşkil eden kişi yeni bir kişi olarak karşımıza çıkar, eş deyişle yenilemede yenilenen borç ilişkisiyken, sözleşmenin devrinde yenilenen tarafın kendisidir²⁷⁴. Sözleşmeyi devralan, devredenin yerini alır ve ona ait hak ve borçlar da ilişkiye dahil olan tarafa geçer²⁷⁵. Borç ilişkisinin içeriği değişmez. Borcun kaynağı ne olursa olsun, yenilenebilir. Sözleşmenin devrinde ise borcun kaynağı bir sözleşmedir. Her ikisi için de tarafların tasarruf yetkisine sahip olması gerekir²⁷⁶.

Bununla birlikte tarafların tek bir borcun yenilenmesi yerine, sözleşmenin yenilenmesini kararlaştırmalarına da engel bulunmamaktadır. Özellikle taraf değişikliklerinde bu duruma rastlanabilir. Devralan ile sözleşmede kalan taraf, sözleşmenin devri yerine yeni bir sözleşme kurmak isteyebilirler. Ancak, tarafların ne istedikleri tam olarak anlaşılamiyorsa, kural olarak, devamlılıktaki yararın daha üstün olduğu ve sözleşmenin devrolunduğu kabul edilmelidir²⁷⁷. Özellikle sözleşmede kalan taraf için, eski sözleşmede sahip olduğu avantajları yitirmesine neden olacak yeni bir sözleşme kurulması iradesinin varlığı istisnai

²⁷³ YÜCER, İpek, Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9.1, Sayfa: 233-260 (Yenileme), s. 249.

²⁷⁴ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1068.

²⁷⁵ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 430.

²⁷⁶ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1068; KAPANCI, s. 44.

²⁷⁷ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 84.

olarak kabul edilmek gerekir²⁷⁸. Keza Türk Borçlar Kanunu 133. maddesi yenileme yapılması için tarafların açık iradelerinin bu yönde olmasını aramıştır.

1.6.2 Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesinden Farkı

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, bir borç ilişkisinde alacaklı ve borçlunun aynı kişi haline gelmesidir²⁷⁹. Türk Borçlar Kanunu bu durumu borcun sona ermesi halleri içinde düzenlemiştir (Türk Borçlar Kanunu m. 135). Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşebilmesi için geçerli bir borç ilişkisinin varlığı gerekir²⁸⁰. Birleşme hukuki işlem sonucu ya da kanun gereği kendiliğinden meydana gelebilir²⁸¹. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi suretiyle borcun sona ermesinin istisnaları olduğunu burada belirtmek gerekir. Bir kıymetli evrakta somutlaşan borcun borçlusu tedavül sonucu tekrar bu kıymetli evrakın sahibi halinde gelirse alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olsa da ne alacak ve ne de

²⁷⁸ “Yenileme” olarak değerlendirilmesi gerekmesine rağmen, kanunda açıkça sözleşmenin devri olarak nitelendirileceği belirtilen örneğin, yüklenicinin ortak girişim olması halini düzenleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (Resmî Gazete Tarihi: 22.01.2002, Sayısı: 24648) m. 18’e göre; ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, bir ortak girişimdeki pilot veya koordinatör ortağın, gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir ceza ile mahkûmiyet ya da dağılma hallerinde sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Burada diğer ortaklar veya ortak, pilot ya da koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukları üstlenmiş ve kanundaki ifadesiyle sözleşme yenilenmiş olur, oysa pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat da dahil işin o ortağa yüklediği tüm sorumlulukları üstlenerek taahhüdü yerine getirirler, bir biçimde çekilen ortağın yerini alırlar ve bu durum sözleşmenin devamına engel olmaz. Böyle bir durumda her ne kadar Türk Borçlar Kanununun aradığı şartlar çerçevesinde bir sözleşmenin devri gerçekleşme de sonuçları bakımından sözleşmenin devri olarak yorumlamak gerekir, keza Kamu İhale Genel Tebliği (Resmî Gazete Tarihi: 22.08.2009, Sayısı: 27327) m. 27.5.’de “İş ortaklığı veya konsorsiyum olarak yapılan sözleşmelerde, iş ortaklığını veya konsorsiyumu oluşturan ortakların herhangi birinde değişiklik olması halinde sözleşmenin devri sayılacaktır”, demektedir. Çünkü sözleşmenin devrinin, yenilemeye kıyasla sahip olduğu avantajlardan vazgeçmek idarenin yararına olmayacaktır ve bu nedenle istenmemektedir.

²⁷⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 181.

²⁸⁰ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1071; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 181.

²⁸¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1072; ATAMULU, İsmail/KÖROĞLU, Emre, Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13.1, Sayfa: 159-181, s. 154.

buna bağılı teminatlar son bulur, zira bu kıymetli evrakın yeniden tedavüle çıkarılması ve alacak hakkı ile teminatların güncel hale getirilmesi muhtemeldir²⁸².

Uygulamada borç ilişkisinin birleşme ile sona ermesine özellikle bir borç ilişkisinde akdi veya yasal sözleşmenin devri ile alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleştiği durumlarda sıkça karşılaşılabılır²⁸³. Örneğin kişinin müstakbel murisi ile bir sözleşme yapması ve murisin ölümü ile geride tek mirasçı olarak kalması halinde böyle bir durum söz konusu olur ve geniş anlamda borç ilişkisi sona erer²⁸⁴. Bir kimsenin borçlu ya da alacaklı olduğu bir işletmeyi devralması (Türk Borçlar Kanunu m. 202) ya da karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olan iki işletmenin (Türk Borçlar Kanunu m. 203), iki ticaret şirketinin birleşmeleriyle de (Türk Ticaret Kanunu m. 136) meydana gelmiş olabilir²⁸⁵. Kiracının kiraladığı şeye kira sözleşmesinin devamı sırasında malik olması da böyledir. Kira sözleşmesi sona erecektir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi nedeniyle borcun kısmen sona ermesi mümkün ve olası iken²⁸⁶, sözleşmenin devrinde kısmen devir mümkün değildir²⁸⁷. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinde, sözleşmenin devrinde olması mümkün olmayan, borcun canlanması da söz konusu olabilir. Murisin tek mirasçısı olan kişinin, murise karşı olan borçları murisin ölümü ile sona ermiştir. Ancak başka bir mirasçının sonradan ortaya çıkması halinde borçlar canlanacaktır.

1.6.3 Alt Sözleşmeden Farkı

Alt sözleşme ile kişi, daha önce kurulmuş bir sözleşme ilişkisine dayanarak, o sözleşmenin taraflarından biri ile kısmen ya da tamamen aynı konulu

²⁸² ÖZEN (Kefalet), s. 574.

²⁸³ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 7.2, Sayfa: 25-59 (Birleşme), s.30.

²⁸⁴ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1071; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 182.

²⁸⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 181; Alacaklının alacağı borçluya temlik etmesi durumunda hukuki işleme dayalı olarak alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olacaktır (ATAMULU/KÖROĞLU, s. 154).

²⁸⁶ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1072.

²⁸⁷ BADUR/DOĞAN, s. 53.

bir sözleşmeyi, diğer tarafın katılımı olmaksızın kurmaktadır²⁸⁸. Alt sözleşme kurulmasıyla birlikte yeni bir sözleşme meydana gelmekte, birbiriyle kısmen ya da tamamen örtüşen ancak iki farklı sözleşme ortaya çıkmaktadır²⁸⁹. Taraflardan biri her iki sözleşmeye de taraftır²⁹⁰. İki sözleşme birbirinden bağımsız olarak varlığını sürdürür. Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerde alt sözleşmeyi düzenlemiş olmasa da bazı sözleşmeler için alt sözleşme yapılmasına izin veren hükümler getirmiştir²⁹¹. Alt sözleşmenin kurulması için çoğu kez asıl tarafın buna rıza göstermesine gerek olmadığı gibi, haberi bile olmayabilir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 322/1 hükmüne göre kiracı, kiralananı tamamen ya da kısmen kiraya verebilecektir. Kiracı ayrıca kiraya vermek yerine kullanım hakkını da devredebilecektir²⁹². Alt sözleşmede edim yükümlülüğü asıl sözleşmeye dayandığından, asıl sözleşmenin sona ermesi alt sözleşmenin de sona ermesine yol açacaktır.

Alt sözleşme, sözleşmenin devrine benzemekle birlikte önemli farklarla ondan ayrılır. Alt sözleşmenin kurulması ile asıl sözleşmede taraf olan kişiler arasında birbirine karşı sorumlu olma olgusu değişmez. Aynı şekilde alt sözleşme tarafları da birbirine karşı sorumludurlar. Asıl sözleşmenin tarafları değişmemekte ve iki sözleşme aynı anda var olmaktadır²⁹³. Alt sözleşmenin yeni tarafı asıl sözleşmenin diğer tarafıyla hiç ilişkiye girmez, asıl sözleşme tarafları değişmez, birisi çıkıp yerine yeni taraf sözleşmeye girmez²⁹⁴. Nispi olma prensibi gereği her sözleşme kendi içinde tarafları bağlayacaktır.

²⁸⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 80; ÇAYAN, s. 92; BAHADIR, s. 6 vd.

²⁸⁹ BADUR/DOĞAN, s. 54.

²⁹⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 80; ÇAYAN, s. 92; BADUR/DOĞAN, s. 54.

²⁹¹ Türk Borçlar Kanunu m. 322 kira sözleşmesinde alt kira sözleşmesine, Türk Borçlar Kanunu m. 471/3 hükmü eser sözleşmesinde alt sözleşme kurulmasına cevaz vermektedir (YILMAZ, s. 28).

²⁹² Türk Borçlar Kanunu m. 322/2 ile hemen bu kurala bir istisna getirilmiş ve konut ve çatılı işyeri kiralarında alt kiraya verme veya kullanım hakkının kiracı tarafından devrinin, kiraya verenin yazılı rızasına bağlı olduğu belirtilmiştir.

²⁹³ Örneğin, bir havayolundan alınan bilet ile o havayolunun bağlantılı olduğu başka bir havayolu ile uçuş yapılması halinde önceki havayolu şirketi sözleşmesini devretmiş olmaz, diğer havayolu ile bağtlandığı alt sözleşme kapsamında ve yine kendi yolcusu sıfatıyla, müşterisine karşı, sözleşme kapsamında yüklendiği edimini ifa etmiş olur.

²⁹⁴ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 81.

1.6.4 İfa Yardımcısı Kullanmadan Farkı

Edimin ifasının bir başkasına bırakılması, ifada yardımcı kişi kullanılması veya ifanın kısmen ya da tamamen bir başkasına bırakılması şeklinde gerçekleşebilir²⁹⁵. Sözleşmenin devri ile sözleşme içeriğindeki borçların ifasının bir başkasına bırakılmasının karıştırılması olasıdır. En önemli fark borçlunun sorumlu olmaya devam etmesidir²⁹⁶.

Uygulamada eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşmakta olduğumuz gibi, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişiliği ve yeteneği önem taşımıyorsa, yüklenici asıl yüklenici olarak kalmak şartıyla borcun ifasını alt yüklenici sözleşmesi ile bağımsız ifa yardımcısı niteliğindeki alt yüklenicilere (taşeron) tamamen veya kısmen devredebilmektedir²⁹⁷. İşverenin alt işveren ya da işverenler kullanmasında da aynı durum söz konusudur. Bu tür ifa devirlerini sözleşmenin devrinden ayırmak gereklidir²⁹⁸. Sözleşmenin devrinde devralan, taraf sıfatını kazanacağından, yaptığı ifa üçüncü kişinin ifası değil, kendi ifası olacaktır²⁹⁹. İki durumun hüküm ve sonuçları değişeceğinden olayda hangisinin var olduğunun tespiti önem taşımaktadır³⁰⁰.

²⁹⁵ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1052; OĞUZMAN/ÖZ (C. 1), s. 441.

²⁹⁶ Yardımcı kişilerin işlerini yürüttükleri sırada alacaklıya vermiş oldukları zarardan dolayı borçlunun sorumlu olması için, borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisi bulunmalı, borçlu ifa yardımcısı kullanmış olmalı, alacaklının bu duruma izin vermiş olması, yardımcı kişinin ifaya bizzat katılması, zararlar yardımcı kişinin fiili arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (EREN (Borçlar Genel), s. 1213 vd.).

²⁹⁷ AKBULUT, Pakize Ezgi, Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 11.1, Sayfa: 85-99, s. 90.

²⁹⁸ Bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 83, 116, İş Kanunu m. 18.

²⁹⁹ DAVER, s. 94.

³⁰⁰ Örnekle açıklamak gerekirse; "A" şirketi yiyecek - içecek tedarik işi ile uğraşmaktadır. "B" kişisi, "A" şirketinden, yapacağı bir organizasyonun ikramlarının hazırlanmasını istemiştir. "A" şirketi, siparişin miktarda çokluğu dolayısıyla siparişi yetiştirememeye kaygısıyla, bir kısım siparişin hazırlanması işini "C"ye yaptırmak istemektedir. "C" bu teklifi kabul eder. "C"nin hazırladığı gıda ürünlerini, teslim edilmek üzere, "A" şirketinin aracına yükleyerek "A"ya karşı edimini ifa etmiş olacak ve karşı edimi olan parayı da "A" şirketinden tahsil edecektir. Burada "A" şirketi "C"yi yardımcı kişi olarak kullanmıştır. "C"nin "B" ile hiçbir teması olmamıştır. "B", "C"nin yardımcı kişi olarak kullanıldığı bilgisine dahi sahip olmamış olabilir. Eğer "A" şirketi sözleşmeyi olduğu gibi "C"ye devretme isteğinde olsa ve bu yönde anlaşma sağlasalar idi, B'nin rızasını alacak ve sözleşmeden çıkacak idi.

1.7 SÖZLEŞMENİN DEVRİ TÜRLERİ

Sözleşmenin devri, belirtildiği gibi üç şekilde meydana gelebilir: Kanuni devir, mahkeme kararıyla (hükmen) devir ve iradi devir³⁰¹. Her üç durumu da ayrı ayrı açıklamakta ve bu kurumların benzerlikleri ile farklarını ortaya koymakta fayda bulunmaktadır. Ayrıca bunların dışında yine bu başlık altında gelecekte bir sözleşmenin devri yapmak üzere yapılan önsözleşme üzerinde de durulmasında yarar bulunmaktadır.

1.7.1 Kanuni Devir

Sözleşmelerde taraf değişiklikleri bazen tarafların isteğine bağlı, bazen de kanun gereği, kendiliğinden³⁰² ve bir irade beyanına ihtiyaç duyulmaksızın meydana gelir. Sözleşmenin kanuni geçişi, kanundan kaynaklanan halefiyet hallerinde söz konusu olur veya doğrudan bir kanun hükmü nedeniyle taraf değişikliği meydana gelir. Bu durumda sözleşmede kalan tarafın rızası devir için gerekli değildir³⁰³.

Devir başkaca bir malvarlığı değerine bağlı olarak gerçekleşiyorsa tarafın aksine irade taşıması ya da kendiliğinden gerçekleşen kanuni devrin onun yararına olup olmaması bir önem taşımaz. Türk Borçlar Kanunu m. 205/4 hükmü, kanundan doğan halefiyet³⁰⁴ halleri ile diğer özel hükümler saklıdır demiş ve bu gibi hallerde sözleşmenin devrine ait genel hükmün uygulanmayacağını açıklamıştır³⁰⁵. Çünkü kanuni devirde üç taraflı bir irade uyumundan bahsetmek

³⁰¹ NOMER, s. 542-543; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 596; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160; FURRER/ MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 762; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 130 vd.; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 71 vd.; PORTAKAL, s. 127.

³⁰² ÇABRİ, s. 163; ÖZTÜRK, s. 266.

³⁰³ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 71; BAHADIR, s. 4.

³⁰⁴ Burada kullanılan "halefiyet" kavramı, alacağın yasal devri yollarından birisi olması dolayısıyla doğru bir seçim değildir (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160)

³⁰⁵ ZAPATA, s. 432: "Söz gelimi, bir başkasının borcu için kendi taşınmazını ipotek ettiren kimse borcu alacaklıya ifa ettiğinde kanun gereği alacaklı olur. Başka bir ifadeyle borcu ödeyen taşınmaz maliki, alacaklının haklarına halef olur ve sözleşmenin tarafı olur. Bu durumda sözleşmenin devri hükümleri değil, o kuralın uygulandığı özel hükümlerin uygulanacağını gözden

mümkün değildir. Bir devir sözleşmesi yapılması ya da sözleşmede kalanın rızası aranmaz. Taraflar istese de istemese de kanuni devir gerçekleşecektir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu m. 310 gereğince, kiralanın şeyin el değiştirmesiyle yeni malik kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olur³⁰⁶. Sınırlı aynı hakların kazanılmasında³⁰⁷, bir malvarlığı değerinin ipotekli olarak edinilmesinde³⁰⁸, tüzel kişilerin birleşmesi ve mülkiyetin tek kişide toplanması³⁰⁹ hallerinde de kanuni devir meydana gelir.

Kanuni halefiyetin en temel örneği mirasta görülür. Ölüm halinde miras bırakanın bütün malvarlığı, tüm aktif ve pasifleriyle mirasçılara geçer (Türk Medeni Kanunu m. 599/1)³¹⁰. Bu bir külli halefiyet halidir. Atanmış mirasçılar için de durum değişmemektedir (Türk Medeni Kanunu m. 599/3). Murisin yaptığı sözleşmelerin mirasçılara geçişi kanuni bir geçiştir. Sözleşmenin devri için ayrıca bir irade, rıza ya da hukuki işleme gerek yoktur, sözleşme geçişi kendiliğinden kanun gereği meydana gelir³¹¹. O kadar ki, taşınmazlar üzerinde aynı hak kazanmanın tescile bağlı olmasının bir istisnasını teşkil eden bu geçişte tescil,

kaçırmamak gerekir.”; Buna karşılık MCK m. 6:211 bu durumu tam tersi bir şekilde düzenlemiş, kanuni halefiyet hallerinde sözleşmenin devrine ilişkin hükümlerin uyarlanarak, uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı hükme bağlanmıştır (Macaristan Yüksek Mahkemesi, 12.07.2021 tarih ve 7/2021 nolu kararı, Published on the Curia of Hungary (<https://birosag.hu>), PJE Decision No:7/2021).

³⁰⁶ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1051; ÇAYAN, s. 8; AKKURT, Sinan Sami, El Değiştiren Taşınmaz Kiraları Bakımından TBK m. 310 ile Kiranın Şerhine İlişkin TBK m. 312 Hükümlerinin Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 68.1, Sayfa: 39-56, s. 42-43; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: " Satım Kirayı Bozmaz" İlkesinin Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, 12.24, Sayfa: 125-141, s. 129.

³⁰⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 311 uyarınca, üçüncü bir kişinin kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak (intifa, sükna gibi) sahibi olması halinde, el değiştirme ile ilgili hükümler (Türk Borçlar Kanunu m. 310) kıyas yolu ile uygulanacaktır.

³⁰⁸ İNAN, s. 226; 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu zamanında, sigorta sözleşmelerinde sigorta konusu malın el değiştirmesiyle sigorta sözleşmesi de yeni malike geçiyordu. Yeni kanunla getirilen hükümlerle (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1470 ile) bu durum tersine çevrilmiş ve sigorta edilen malın el değiştirmesi hali, aksine anlaşma yoksa sözleşmenin sona erme nedeni sayılmıştır (KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 137).

³⁰⁹ KURT, Ekrem, Tescil İlkesi ve İstisnaları, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 5.9, Sayfa: 99-122, s. 115.

³¹⁰ ÇELİKBOYA, s. 191; ÖZTÜRK, s. 266; KURT, s. 115.

³¹¹ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1160; CENGİL, s. 126; Gerçek kişilerde miras, tüzel kişilerde birleşme gibi hallerde külli halefiyet (total subrogation, complete succession) söz konusu olur (ÇELİKBOYA, s. 191); Bu doğal ve hiçbir işlem gerektirmeyen geçiş, ölümle birlikte kendiliğinden gerçekleşir.

yalnızca açıklayıcı bir rol oynamaktadır³¹². Türk Borçlar Kanununun m. 441/1 hükmü gereği murisin ölümü üzerine, eğer muris işveren sıfatı taşıyor idiyse yerini mirasçılar alır ve mirasçılar işveren sıfatını kendiliğinden, kanun hükmü gereği kazanmış ve hizmet sözleşmelerini otomatik olarak, hiçbir işleme gerek kalmaksızın devralmış olurlar.

Türk Borçlar Kanunu m. 428, işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğini hükme bağlamıştır³¹³. 4857 sayılı İş Kanunu m. 6 da paralel şekilde, işyerinin veya bir bölümünün devrini düzenlemekte olup, devir halinde işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin de devralana geçeceğini öngörmektedir³¹⁴. Burada iş sözleşmesinin devri kanuni devir olup, kendiliğinden gerçekleşir. Sözleşmede kalan tarafın rızasına bağlı değildir.

Öğretide tartışma konusu olmuş bir konu, gerek Türk Borçlar Kanunu m. 202'deki malvarlığı veya işletmenin devralınmasında ve gerekse Türk Ticaret Kanunu m. 11/3'de yer alan ticari işletmenin devrinde, ticari işletme, işletme ve malvarlığı ile ilgili sözleşmelerin devir kapsamına girip girmeyecekleri konusudur. Bir görüşe göre bu sözleşmeler devir kapsamına girmez, bu noktada sözleşmede kalanın rızası eksik kalır³¹⁵. Türk Borçlar Kanunu m. 205'in aradığı sözleşmede kalanın rızasının alınması gerekir³¹⁶. Bizim katıldığımız diğer görüş ise, sözleşmelerin devir kapsamında kendiliğinden devredilmiş olacağını ileri

³¹² KURT, s. 115.

³¹³ İşçinin başka bir işverene devri başka bir durumdur ve Türk Borçlar Kanunu m. 429, işçi ancak yazılı olarak rıza verirse sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir, demektir.

³¹⁴ NOMER, s. 542-543.

³¹⁵ TOPUZ, Murat, Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, 18.2, Özel Sayı, Sayfa: 19-80, s. 70-71.

³¹⁶ TOPUZ, s. 70-71.

sürmektedir³¹⁷. Bu görüş Türk Ticaret Kanunu m. 11/3'te öngörülen ticari işletme devri kapsamında bir sicile kayıtlı taşınmaz ya da taşınırların dahi başkaca herhangi bir işleme gerek duyulmaksızın devrini öngören yasa koyucunun iradesine daha uygun olacaktır³¹⁸.

İşletmenin devredilmesi halinde taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinin de devri söz konusudur³¹⁹. Kiracı taraf kanun hükmü gereğince ve kendiliğinden değişmektedir. Yargıtay bir kararında bu şekil bir değişiklik için külli halefiyet ilkesi gereğince, kira sözleşmesindeki hak ve borçların davalı şirkete intikal ettiğinin kabulü gereği ile bu durum yasa gereği olduğundan davacının onayının aranmasına ihtiyaç bulunmadığına hükmetmiştir³²⁰. Sözleşmelerin kendiliğinden devrolunmayacağı kabul edildiğinde, sözleşmede kalan taraf, somut ve belli malvarlığı elinden çıkmış tarafla karşılıklı kalacak ve bu durum hakkaniyetli olmayacaktır. Aynı şekilde, yukarıda bahsedilen Türk Borçlar Kanunu m. 428'de iş sözleşmeleri için öngörülen kendiliğinden devir olgusu olmasa idi, işçinin yalnızca devreden işverenden alacaklarını talep edebileceğini kabul etmek zorunda kalınacaktı. Oysa Türk Borçlar Kanunu m. 428/3, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işvereni müteselsil olarak sorumlu tutmuştur³²¹.

Eşyaya bağlı bazı sözleşmelerde de geçiş kendiliğinden olur. Alacaklı ve borçlu sıfatı, belli bir eşya üzerindeki aynı hak ya da zilyetliğe bağlı olarak ortaya

³¹⁷ ÜLGEN Hüseyin/ARICI, M. Fatih, İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1767-1804, s. 1790-1791; ACEMOĞLU, s. 79, ÇELİKBOYA, s. 379 vd.

³¹⁸ Türk Ticaret Kanunu m. 11/(3): "*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir...*"

³¹⁹ İNCEOĞLU (C.1), s. 616; NOMER, s. 543.

³²⁰ Yrg. 6. HD 2010/5129 E.-2010/6533 K. ve 01.06.2010 tarihli kararı; Yargıtay'a göre, kira sözleşmesinde mevcut, devri yasaklayan madde bile sonucu değiştirmeyecektir (Palmiye İçtihat).

³²¹ Türk Borçlar Kanunu m. 428/3'e hükmü ile devreden bu müteselsil sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin alacağın muaccel oluşundan itibaren başlayacağı öngörülmektedir.

çıkar³²². Örneğin bir apartman dairesi yeni malik tarafından devralındığında, eşyaya (malvarlığına) bağlı olarak devrolunan sözleşmeler söz konusu olur; yönetici, görevliler ya da çalışanlarla yapılmış olan sözleşmeler, herhangi bir devir sözleşmesi veya rıza gerekmeksizin kendiliğinden devrolunur. Keza, Konut Kapıcıları Yönetmeliği³²³ m. 3 işvereni, “konutun maliki veya ortakları” olarak tanımlamıştır. Buna göre “malik veya ortakları” kimse “işveren” odur. Bir başka deyişle, malik değiştikçe işveren de, başkaca bir işlem ya da rızaya gerek duyulmaksızın, kendiliğinden, kanun gereği değişecektir. Bu husus yalnızca mülkiyet hakkına değil, diğer aynı haklar ve zilyetliğe bağlı olan el değiştirmeleri de kapsar³²⁴.

Sözleşmede kalan açısından, sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğü bertaraf edilmiş gibi görünse de, bozulabilecek menfaat dengesinin, sözleşmede kalan tarafça kullanılacak haklı nedene dayalı fesih hakkı ile dengelenebileceği söylenebilir³²⁵. Sözleşmenin kanunen geçişinde, devre engel olamamış olan tarafa bazı hükümlerle seçim hakkı tanınmıştır. Örneğin konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kira sözleşmesinin kanuni devrinde, kiralanana taşınmazı sonradan edinen kimseye tanınan kira sözleşmesinin aynen devamı ya da ihtiyaç

³²² EREN (Borçlar Genel), s. 105; “Bir kimsenin malik olduğu bir eşya dolayısıyla borç yükümlülüğü altına girmesine “eşyaya bağlı borç” denir. Burada, eşyanın sahibi değiştikçe buna bağlı borcun yükümlüsü de değişmektedir. Başka bir deyişle eşyaya bağlı borç ilişkisinde eşyaya kim malik ise, kural olarak ona bağlı borcun alacaklıya karşı yükümlüsü de o olur.” (AKKURT, s. 46).

³²³ Resmi Gazete tarihi: 03.03.2004, Resmi Gazete sayısı: 25391.

³²⁴ OĞUZMAN, M. Kemal, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İÜHFİM, 1965, 31.1 - 4, Sayfa: 209-219, s. 215; Bir eşya el değiştirdiğinde ona bağlı sözleşme ilişkilerinin de, Türk Borçlar Kanunu m. 202 ve 310’da olduğu gibi devredilmiş olacağı yönünde bkz. SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku: Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri, Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin, Uygulama Çalışmaları, İstanbul, 2014 (Eşya), s. 35; Arsa malikinin payını şerhten sonra üçüncü bir kişiye devretmesi üzerine yeni malikin, malik sıfatı ile birlikte eski arsa maliki ile müteahhidin akdetmiş olduğu sözleşmeyi aynı şartlar ile yasa gereği devralmış sayılacağı hakkında bkz. Yrg. 14. HD 2013/510 E. - 2013/2014 K. sayılı, 12.02.2013 tarihli kararı (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay-kararlari/hukuk-daireleri>); Aksi yönde AYAR BİRKİN, s. 24: “Borç ilişkilerinin nisbiliği ilkesi gereği, bir borç ilişkisi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez, ileri sürülmesi için borç ilişkisi de hukuki bir işlemle devredilmelidir.”

³²⁵ İtalyan Medeni Kanununun m. 2558’de sözleşmede kalana böyle bir hak tanınmıştır. İşletme devrinde üçüncü kişiler, üç aylık sürede, haklı bir sebeple sözleşmelerini feshetmedikleri sürece sözleşmeler devrolacaktır (VETTA, s. 110).

sebebiyle tahliye davası açma seçeneklerinden birinin seçimi hakkının tanınmış olması böyledir³²⁶.

Kira sözleşmesinin tapuya şerh³²⁷ verildiği durumlarda ise devralanın bu seçim hakkı yoktur³²⁸. Kira sözleşmesini olduğu gibi devralmakta ve sözleşme süresi bitene değin kiracının kullanımına katlanmak zorunda kalmaktadır. Bu durumda devralan, şerhi bilerek kiralanan taşınmazı edindiğine göre seçim hakkından kendi rızası ile vazgeçtiği söylenebilir. Öte yandan, kiracıya seçim hakkı tanınmamıştır. Kiracı, kiraya verenin değişmesine bağlı olarak kira sözleşmesini süresinin bitiminden önce feshedemez³²⁹.

Taşınmaz mallarla ilgili olarak; şerh edilmiş kişisel hakların bulunması halinde taşınmazın devri, sözleşmenin devri sonucunu doğurabilir. Örneğin sözleşmeden doğan ve tapuya şerh verilmiş olan önalım hakkının bulunduğu bir taşınmaz, maliki tarafından başkasına devredilmişse, sözleşmenin devri gerçekleşir ve bundan böyle önalım hakkı sahibinin bu hakkını yeni malike karşı kullanması gerekir³³⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 486 hükmü uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan eser sözleşmesi, onun ölümü veya

³²⁶ GÜMÜŞ (Kira), s. 427; SARUHAN, Utku, Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m.355), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 10.37, Sayfa: 353-382, s. 359; Türk Borçlar Kanunu m. 351/1: “Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir.”

³²⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 312: “Taşınmaz kiralalarında, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir.” ve Türk Medeni kanunu m. 1009: “Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerhdilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerhdilebilir. Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.” hükümleri buna cevaz vermektedir.

³²⁸ AKKURT, s. 52.

³²⁹ AKKURT, s. 45.

³³⁰ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 40: “Bu hak tapuya şerh edilmemişse, malik, taşınmazı sattığında satın alan kişiye karşı ileri sürülemez. Halbuki, önalım hakkı tapuya şerh edilmişse, bu hak satın alan dahil herkese karşı ileri sürülebilir (TMK md. 735/£.1; TMK md. 1009/£.2)”; ÇABRİ, s.163; Bkz. Birinci Bölüm “1.7.1 Kanuni Devir” başlığı altında yapılan açıklamalar.

kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Buna göre yüklenicinin kişisel özelliklerine bağlı olmaksızın yapılan eser sözleşmelerinin devredilebileceği sonucuna varılabilecektir. Yargıtay'a göre de yüklenicinin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin kişisel yeteneği ve özelliklerinin dikkate alınması hallerine özgüdür. Normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir³³¹.

Kanuni devirde, devredenin yerini, sözleşmede kalanın karşısına getirilip, yeni muhatap olarak kabul etmesi istenilen bir sözleşen taraf değil, kanunun yerleştirdiği taraf alır. Buna göre de kanuni devirde iradi devir gibi üç taraflı bir sözleşmeden söz edilemez. Devredenle bağlar kesilir, devredene duyulan güven gereği kabul görmüş bir devralan bulunmaz, dolayısıyla bu güvenin sarsılmasından da bahsedilemez, bunun sonucu olarak devreden tarafa sorumluluk yüklenemez³³².

1.7.2 Hükmen (Mahkeme Kararı İle) Devir

Sözleşmenin mahkeme kararı ile devri, devir için bir mahkeme hükmünü zorunlu kılar. Bazı hallerde sözleşmenin devri taahhüdünün ifasına yönelik olarak açılan dava ile yargısal devir gerçekleşir³³³. Bazen de sözleşmede kalanın onay vermektan kaçındığı ve de bu kaçınmanın haklı bir nedene dayanmadığı durumlarda, diğer tüm şartların var olması halinde, mahkemeden sözleşmenin devrine, sözleşmede kalanın “onayı” yerine geçmek üzere karar verilmesi talep edilebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 323 hükmü gereği kiracı, kiraya verenin yazılı

³³¹ Yrg. 15. HD 1990/1503 E.-1990/4707 K. Sayılı, 12.11.1990 tarihli kararında; “...Oysa mahkeme, müteahhit Ahmet'in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır.” (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/15-hukuk-dairesi-e-1990-1503-k-1990-4707-t-12-11-1990>).

³³² İkinci Bölüm “3 Yükümlülükler” başlığı altında bu sorumluluklar açıklanmaktadır.

³³³ Alacağın devri için aynı yönde bkz. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 762; Alacağın devrinden farklı olarak sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalanın rızası da gerektiğinden, açılacak olan davada taraf olması zorunluluğu vardır.

rızasını almadıkça kira sözleşmesini bir başkasına devredemez. Ancak işyeri kiralarda kiraya veren haklı bir neden olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz (Türk Borçlar Kanunu m. 323/1). Bu hükme göre eğer kiraya veren haklı bir neden yokken onay vermekten kaçınıyorsa kiracı, mahkemeye başvurarak devre karar verilmesini hâkimden isteyebilir. Mahkemenin, kiraya verenin bu kaçınmasını haksız bularak davayı kabul etmesi halinde verilecek olan karar “onay” yerine geçecek ve sözleşmenin devri hükmen gerçekleşmiş olacaktır³³⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 500 hükmüne göre eser sözleşmesi; 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 hükme bağlamıştır. Ancak, sözleşmenin tamamı veya bir bölümünün yerine getirilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun bulunursa hâkim, sözleşme ilişkisinin devam etmesine ve bunun için gereken değişikliklerin yapılmasına karar verebilir. Buna göre belli durumlarda eseri meydana getirecek tarafta mahkeme kararıyla değişiklik yapılabilmesi mümkün kılınmıştır³³⁵. Bu durumda hâkim takdir yetkisini kullanarak sözleşme ilişkisini ayakta tutmak adına devre karar verebilecektir³³⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 254/4’e göre, eşler aile konutunda kira ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde aile konutunda kiracı sıfatını taşımayan eşin kalmasına karar verebilir³³⁷. Bu durumda hâkim, kiraya verenin sözleşmeden

³³⁴ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Türk Borçlar Kanunu m. 323 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 11.145, Sayfa: 659-678 (Devir), s. 669; Ayrancı’ya göre, burada taraflardan birinin sözleşmenin devrine onay vermesi zorunluluğu öngörüldüğünden, sözleşmenin kanuni devrinden söz edilir (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 74); Oysa kanuni devir (geçiş) kendiliğinden, tarafların bir eylemine gerek olmaksızın gerçekleşir. Burada ise kiraya verenin yazılı izin vermemesi halinde kiracının, bu izin yerine geçecek kararı elde etmek adına mahkemeye başvurmasına ihtiyaç vardır ve bu da kişinin kendi iradesine bağlıdır.; Kiracının kiraya verenden izin olmaksızın kiralanan yeri fiilen üçüncü kişiye devri durumunda, kiracı için akde aykırılıktan, üçüncü kişi için ise fuzuli işgalden dolayı tahliye davası açılabileceği yönünde bkz. Yrg. 3. HD 2018/5780 E. - 2018/11167 K. sayılı 07.11.2018 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

³³⁵YILMAZ, s. 18.

³³⁶ÇAYAN, s. 11.

³³⁷İNCEOĞLU (C.1), 572.

doğan haklarını güvence altına almak için gerekli düzenlemelerin yapılmasına boşanma davası ile birlikte resen karar verir. Hâkim kendisine kanunla verilen takdir yetkisini kullanacak ve aile konutunda kimin kalacağına karar verecektir. Eğer konutta kalmasına karar vereceği eş kiracı sıfatını taşımayan eş ise o durumda bu eş mahkeme kararıyla kira sözleşmesinin tarafı haline gelmiş olacak, sözleşmedeki diğer eşe ait olan taraf sıfatını mahkeme kararıyla devralmış olacaktır³³⁸.

Sözleşmenin mahkeme kararı ile devrine ilişkin özel hükümler dışında kalan hükmen devirler, genel hükümlere tabi olacaktır. Asıl sözleşmede, sözleşmede kalan tarafın baştan rızasının bulunmasına rağmen, gelecekte kurulacak sözleşmenin devri vaadinin yerine getirilmemesi halinde durum böyledir. Konu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır³³⁹.

1.7.3 İradi Devir

Sözleşmenin iradi devrinin üç taraflı bir sözleşme olduğu ve kanunun bu sözleşme için üç türlü yapılanma öngördüğünden bahsedilmişti. Buna göre iradi devirde, sözleşmede kalan tarafça devre;

- önceden izin verilmiş olabilir,
- devir sözleşmesi sırasında rıza beyanı verilebilir veya sözleşmenin tarafı olur ya da,
- sonradan onay verilebilir.

³³⁸ Türk Medeni Kanunu m. 254: “Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verilir.”

³³⁹ Bkz. Birinci Bölüm “1.7.4 Gelecekte Sözleşmenin Devri Yapmak Üzere Yapılan Önsözleşme” başlığı altında yapılan açıklamalar.

Bu durum sözleşme özgürlüğü³⁴⁰ içinde yer alan, bir kişinin istemediği bir kişiyle sözleşme yapmaya zorlanamayacağı ilkesinin de doğal bir sonucudur. Genel kural bu olmakla beraber bazı istisnalar vardır. Sözleşme yapma zorunluluğu bulunan bazı durumlarda karşı tarafı seçme özgürlüğü yoktur³⁴¹. Türk Borçlar Kanunu m. 205 ile düzenlenen kurum, tarafların iradesine dayanan iradi devirdir³⁴² ve gerçek anlamda sözleşmenin devri kurumu yalnızca iradi devri kapsar³⁴³. Öğretide, devir hangi nedene dayanırsa dayansın, sonuçları açısından herhangi bir fark yaratmayacak olduğu³⁴⁴ ileri sürülmüşse de; öncelikle devir anının tespit ve tayini açısından olmak üzere, devir şekli, devrin sonuçları gibi konular açısından, sayılan üç ayrı devir türü de farklılıklar arz etmektedir³⁴⁵. Tarafların birbirine karşı olan hak ve yükümlülükleri de devrin gerçekleşme şekline göre farklı olacaktır. Örneğin iradi devirde tarafların eline olan devir anını tayin etme hakkı kanuni devirde yoktur³⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmü ile kastedilen sözleşmenin iradi devridir çünkü tarafların isteği doğrultusunda devredilen bir sözleşme söz

³⁴⁰ Sözleşme özgürlüğü kapsamında yer alan “sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğü” ilkesi gereği kişi, tarafını seçmekte hürdür (EREN (Borçlar Genel), s. 18; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 116; AYBAY, s. 38; AKINCI, s. 16; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 14; AKKURT/ERDOĞAN/TOKAT, s. 46); Kural bu olmakla birlikte, bazı hallerde kişinin sözleşme yapma zorunluluğu vardır. Sözleşme kurma zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2003, 52.3, Sayfa: 229-252 (Sözleşme Kurma Zorunluluğu); BAŞ SÜZEL, s. 10 vd.

³⁴¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 116; Bkz. Birinci Bölüm “1.7.1 Kanuni Devir” ve “1.7.2 Hükmen (Mahkeme Kararı İle) Devir” başlıkları.

³⁴² KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1052.

³⁴³ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 35.

³⁴⁴ OĞUZ, s. 2419; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 130; ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 35.

³⁴⁵ KAHVECİ (Kira), s. 710: “TBK.m.310’da düzenlenen taraf değişikliği ile TBK. m.323’te düzenlenen taraf değişikliği koşulları ve sonuçları açısından birbirinden oldukça farklıdır: Kira ilişkisinin devrinde, sözleşmede kalan taraf olan kiraya verene, devri kabul etmeme hakkı tanınmışken, TBK.m.310 (OR. Art. 261)’da bu şekilde bir düzenleme yoktur. Bunun yanı sıra kira ilişkisinin devrinde devreden kiracı, kanunda öngörülen süre boyunca, devralan kiracıya geçen borçlardan müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Buna karşılık, kira konusu malı devreden kiraya veren için herhangi bir sorumluluk öngörülmediği gibi, yeni malike de acil kişisel ihtiyacı sebebiyle erken fesih hakkı tanınmıştır.”

³⁴⁶ İradi devir dışında, tarafların devir anına karar vermeleri söz konusu olmaz. Kanuni devir, devre neden olay meydana geldiği anda (örneğin, kiraya verilen taşınmazın malikinin el değiştirmesi durumunda; kira sözleşmesinin, kanunen el değiştirme anında, yani tapu sicilinde taşınmazın yeni maliki adına tescili anında), hükmen devir ise hâkimin kararı vermesiyle gerçekleşmiş olur (Bkz. Birinci Bölüm “1.9 DEVİR SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞÜ VE HÜKÜM DOĞURMA ANI” başlığı altındaki açıklamalar).

konusudur. Burada ne kanunen devirden ne de mahkeme kararı ile devirden söz edilmektedir.

Bu çalışmanın konusunu “sözleşmenin iradi devri” oluşturduğundan ve ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alındığından, burada sözleşmenin iradi devrine kısaca değinilmekle yetinilecektir.

1.7.4 Gelecekte Sözleşmenin Devri Yapmak Üzere Yapılan Önsözleşme

Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan hallerden biri kişinin, ilerde bir sözleşme yapmayı kendi isteğiyle kabul etmesidir³⁴⁷. Bir sözleşmenin ileride yapılacağı, bir önsözleşme ile vaat edilebilir³⁴⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 29/1 gelecekte bir sözleşme yapmak üzere bir önsözleşme yapılmasına izin vermektedir. Önsözleşme, öyle bir taahhüt ve borç sözleşmesidir ki, bununla taraflardan biri ya da ikisi, gelecekte asıl sözleşme adı verilen bir borç sözleşmesini yapma borcu altına girerler³⁴⁹. Sözleşme kurma zorunluluğunun sözleşmeden doğmasının en tipik örneği önsözleşmedir³⁵⁰.

Bir sözleşmenin kendisinin yapılması için gerekli koşulların yetersiz olması durumunda dahi taraflar, bu sözleşmenin gelecekte yapılabilir olmasını sağlamak isterler³⁵¹. Asıl sözleşmenin içeriği henüz belli olmasa bile önsözleşme yapılabilir³⁵². Ancak sonradan yapılacak olan asıl sözleşmenin borçlandırıcı bir

³⁴⁷ AYBAY, s. 43; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sözleşme Özgürlüğü İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2019, s. 436; AYRANCI (Sözleşme Kurma Zorunluluğu), s. 234.

³⁴⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 61; AYBAY, s. 43; AKKURT/ERDOĞAN/TOKAT, s. 44; ALBAYRAK, s. 47.

³⁴⁹ KOCAYUSUPPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2017 (Hukuki İşlem), s. 100; Burada beklenen hakkın devri vaadi söz konusudur (ÖZ (Alacağın Devri), s. 2346).

³⁵⁰ EREN (Borçlar Genel), s. 355; AYBAY, s. 43; AYRANCI, Hasan, Önsözleşme, Ankara, 2006 (Önsözleşme), s. 52; AYRANCI (Sözleşme Kurma Zorunluluğu), s. 234.

³⁵¹ NÖMER, s. 57; TUNÇOMAĞ, s. 274.

³⁵² EREN (Borçlar Genel), s. 358; İçeriğin belirlenebilir olması yeterlidir (DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 50).

sözleşme olması gerekir³⁵³. Bu nedenle sözleşme yapma vaadini, alacağın devri vaadiyle karıştırmamak gereklidir, zira alacağın devri bir tasarruf işlemidir³⁵⁴. Önsözleşmenin geçerli olabilmesi için, öncelikle bir sözleşme yapılacağına vaat edilmiş olması, sözleşme konusunun açık bir biçimde tayin edilmiş olması ve asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun olarak yapılması gerekir³⁵⁵.

Devir sözü verme tasarruf işlemi olmadığı için, kişinin henüz kurulmamış bir sözleşmeyi devretmeyi vaat ve taahhüt etmesi mümkün ve geçerlidir³⁵⁶. Devir sözü verme tasarruf işlemi yapmayı vaat de değildir. Zira tasarruf işlemi yapmayı vaat bir önsözleşme değil, borçlandırıcı bir işlemidir³⁵⁷. Mevcut ya da ileride

³⁵³ EREN (Borçlar Genel), s. 355; NOMER, s. 57; Yrg. 14. HD 2005/9207 E. - 2006/1921 K. sayılı, 22.02.2006 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

³⁵⁴ SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Özel), s. 19; NOMER, s. 547; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 120-121; AKKURT/ERDOĞAN/TOKAT, s. 45; Sonradan yapılacak olan sözleşmenin bir tasarruf işlemi niteliğinde olması halinde, önsözleşme değil, bir borçlandırıcı sözleşme söz konusu olacaktır. Bu nedenle alacağın devri sözü verme, bağışlama sözü verme bir borçlandırıcı işlemidir.; Sözleşme yapma vaadini, önalım, alım ya da geri alım hakkı meydana getiren sözleşmelerde ayırmak gerekir. Çünkü bunlarda sözleşme hak sahibinin bir taraflı irade açıklamasıyla kurulur (NOMER, s. 44).

³⁵⁵ TUNÇOMAĞ, s. 275; KORKMAZ, Fırat, Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnası Olarak Önsözleşme, Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 1.2, Sayfa: 281-296, s. 287-288; Türk Borçlar Kanunu m. 29/2 “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.” demektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 184/2 hükmü alacağın devri vaadinin şekle bağlı olmadığını öngörmüştür. Bu kural Türk Borçlar Kanunu m. 29/2 hükmüne bir istisna teşkil etmektedir (DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 122).

³⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 551; Yrg. 13. HD 1981/2510 E. - 1981/3784 K. sayılı, 14.05.1981 tarihli kararında: “BK. m. 184 anlamında taşınır satımına ilişkin sözleşme geçerli olarak düzenlenmiş ve satım parası da ödenmiştir. Önemle vurgulayalım ki malvarlığına giren ve alış verişe konu olabilen her çeşit nesnelere, haklar ve üstelik öbür "gayri maddi" malvarlığı değerleri satımın konusunu oluşturabilir. Kısacası, para ile değiştirilebilen ve ekonomik değer taşıyan bütün maddi ve maddi olmayan varlıkların satılması olanak içindedir. Satım konusunun belirli olması gerekmez; belirlenebilir olması da yeter görülür. Üstelik sözleşmenin kurulması sırasında satım konusunun, satıcının malvarlığında bulunması gerekmez. Bir başka anlatımla, sözleşmenin yapılması anında var olmayan ya da satıcının tasarruf kudretine bağlı bulunmayan nesnenin ifa zamanında var olması ya da ifa zamanında satıcının tasarrufunda bulunması yeterlidir. BK. m. 182 ile yapılan tanıma göre, satım, yanlardan birinin bir nesneyi ya da hakkı veya malvarlığı değerini öbür yana teslim ve geniş anlamda mülkiyeti geçirmeyi, öbür yanın da bir para karşılığında borçlandığı sözleşmedir. Yasa hükmündeki tanımdan da açıkça anlaşıldığı üzere, satım sözleşmesinin kurulması ile mülkiyet satıcıdan alıcıya geçmediği için, satım bir borçlandırma işlemidir. Öyle ki, bu sözleşme satıcıya yalnızca mülkiyetin geçirilmesi borcunu yükler. Mülkiyetin geçirilmesi ise, taşınırlarda teslimle ve taşınmazlarda tescil bildirimine üzerine yapılacak tescile bağlanmıştır. İşte dava konusunu uyumsuzlukla sınırlı olmak üzere belirtmek gerekirse, taşınır satışında ödeme ve teslim tasarruf işlemidir.” (Palmiye İçtihat).

³⁵⁷ NOMER, s. 57 vd.

kurulacak bir sözleşmenin devri vaat edilebilir³⁵⁸. Kurulması muhtemel bir sözleşmenin, geçerli bir şekilde kurulması şartına bağlı olarak devredileceğinin bir önsözleşme ile vaat edilmesi mümkün olabilmelidir. Kurulması taahhüt edilen iki sözleşmeden birinin diğer tarafı üçüncü kişi olacaktır. Üçüncü kişiyle kurulacak olan sözleşmenin devri vaat edilmektedir.

Devir sözleşmesi sırasında kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Ancak iç devir sözleşmesinin geçerliliği için tasarruf yetkisi şart değildir. Diğer taraftan, var olmayan, ileride kurulacak bir sözleşmenin, devir sözleşmesinin üç taraflı bir tasarruf işlemi içermesi ve önceden alınan bir rızanın geçerli olmaması gibi nedenlerle devrinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir³⁵⁹. Bu durumun, irade beyanlarının yorumu da bu sonuca vardırıyorsa devir vaadi içeren bir önsözleşme olarak değerlendirilmesi mümkündür³⁶⁰. Her ne kadar iç devir sözleşmesi de bir borçlandırıcı işlem olsa da, sözleşmenin devrinde tasarruf işlemi sözleşmede kalan tarafın iç devir sözleşmesine onayı ile gerçekleşmektedir. Oysa henüz asıl sözleşme yapılmadığına göre, onay verilebilecek bir iç devir sözleşmesinin var olduğundan söz edilemez. Bu nedenle asıl sözleşmenin yapılmasından önce gelecekte yapılacak olan sözleşmenin devrini bir önsözleşme olarak nitelendirmek imkân dahilinde olabilecektir.

Önsözleşme ile taraflar asıl sözleşmeyi kurmayı taahhüt eder ve borçlanırlar. İleride kurulacak bir sözleşmenin devri sözü vermede ise taraflardan biri, iki sözleşme kurmayı vaat etmektedir. Birincisi devredilecek olan sözleşme ikincisi de iç devir sözleşmesidir. Diğer taraf yalnızca iç devir sözleşmesini kurmayı vaat eder.

³⁵⁸ AYBAY, s. 43: “Burada iradeye dayanan bir zorunluluk söz konusudur”.

³⁵⁹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 93.

³⁶⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 68: Yazara göre sözleşmenin devrinde taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirine ayrılmaz şekilde bağlıdır ancak bu durum sözleşmenin devrine yönelik bir taahhüt işleminin mümkün olmadığını göstermez.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, ileride kurulacak bir sözleşmenin devrinin vaat edilmesinin geçerli olmaması için bir neden yoktur. Bazı sözleşmelerin devri konusunda önsözleşme yapılmasının mümkün olamaması, söz konusu sözleşmelerin devrinin mümkün olmamasından kaynaklanacaktır. Ancak genel olarak tüm sözleşmelere bunu yaymak sözleşme özgürlüğü ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Bir örnekle açıklayacak olursak, “A”nın “B”ye, “C” kişisiyle sözleşme yaptıktan belli süre sonra sözleşmeyi “B”ye devretmek üzere bir iç devir sözleşmesi yapma sözü vermesi mümkündür³⁶¹. Bu vaat, gelecekte asıl sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağı inancına dayanır³⁶². Eğer asıl sözleşme geçerli olarak kurulamazsa, taahhüt yerine getirilemeyecektir³⁶³. Devir sözleşmesi kurulsa dahi konusu imkânsız olduğundan hükümsüz olacak ve bir sonuç doğurmayacaktır³⁶⁴. Devredenin, asıl sözleşmenin kurulmayacağını baştan beri ve kesin olarak bilmesi durumunda, imkânsızlık nedeniyle ilk sözleşmenin de geçerli olarak kurulamamış olması durumunda karşı tarafa olan güveninin boşa çıkması nedeniyle, culpa in contrahendo sorumluluğu bulunacaktır³⁶⁵.

Sözleşme ilişkisinin, önsözleşme yapıldıktan sonra kurulmuş ama kastedilen şekilde kurulmamış yani başka bir sözleşme olarak var olması halinde ise devralan, devir sözleşmesini kurmaktan kaçınabilir³⁶⁶. Durumun farkında olmaksızın devir sözleşmesini de kurmuşsa, devralan, duruma göre yanılma ya da

³⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 554.

³⁶² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 598.

³⁶³ KESMARKI-MESZAROS, s. 9.

³⁶⁴ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 598.

³⁶⁵ ERGÜNE, Mehmet Serkan/KURŞUN, Ali Suphi, Kesin Hükümsüzlük, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2019, s. 475; Bu durumda istenebilecek zarar menfi zarardır. Bkz. Yrg. HGK 2010/14-244-260 sayılı, 12.05.2010 tarihli kararı; “... Alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. ... Genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder.” (Palmiye İçtihat); İtaCC m. 1338’de hükme bağlandığı gibi; baştan beri var olan hükümsüzlüğün karşı yana bildirilmemesinin tazminat sorumluluğuna yol açması culpa in contrahendonun tipik bir örneğidir (SEROZAN, Rona, Sözleşmenin Kurulması, TBK m. 1-2, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 1, İstanbul, 2019 (Sözleşmenin Kurulması), s. 64); SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Genel), s. 351.

³⁶⁶ Hâkim asıl sözleşmeyi kastedilen sözleşmeye tahvil edebiliyorsa devralan devir sözleşmesini kurmaktan kaçınmayacaktır. Devralan asıl sözleşmeyi, kastettiği sözleşme olmasa dahi, devir sözleşmesiyle kabul ediyor ise, bu devir geçerlidir (TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 598-589).

aldatmaya dayanarak devir sözleşmesini iptal edebilir³⁶⁷. Kanununun öngördüğü bir yıllık hak düşürücü sürenin iptal hakkının kullanılmadan geçirilmesi ile devir sözleşmesi geçerlilik kazanacaktır³⁶⁸. Asıl sözleşmenin kısmen hükümsüz olması halinde ise, geçerli olan kısmı devredilmiş olur fakat devralan bu durum hakkında bilgi sahibi değilse, bir başka deyişle asıl sözleşmenin kısmen hükümsüz olduğunu bilmiyor ya da bilebilecek durumda bulunmuyorsa ve eğer bilseydi sözleşmeyi devralmayacak idiyse, yine yanılma hükümlerine başvurabilecektir³⁶⁹.

Önsözleşmenin geçerliliği (devir vaadinin borç doğurması), sözleşmede kalacak olanın izin veya onayına bağlı değildir ancak bir taraf sözleşmenin devri anlaşmasını yapmak istediğinde, sözleşmede kalanın kesinlikle bu devri onaylamayacağı ortaya çıkarsa, diğer taraf bunu öngörmemekte kusurlu görülebiliyorsa, Türk Borçlar Kanunu m. 112 uyarınca borca aykırılıktan doğan zararı tazmin yükümü altına girecektir³⁷⁰.

Vaat eden kişi taahhüdüne uymazsa alacaklının mahkemeye başvurması gerekecektir. Ancak devir sözleşmesi, asıl sözleşmenin varlığına ve o sözleşmede kalanın onayına ihtiyaç duyduğundan, hâkimin vereceği karar yalnızca zararın giderilmesi olabilecektir³⁷¹. Buna karşılık asıl sözleşme kurulmuşsa, hâkimin

³⁶⁷ DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 126; Buradaki iptal edilebilirlik yaptırımının Alman hukukundaki “bozulabilir geçerlilik” değil, “düzelebilir hükümsüzlük” şeklinde nitelendirilmesi gerektiği konusunda bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 108.

³⁶⁸ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 108.

³⁶⁹ KESMARKI-MESZAROS, s. 9.

³⁷⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (C.1), s. 620; Devir sözü verilen kişi (devralma sözü veren) iç devir sözleşmesini yapmak istediği anda, devir sözü veren taahhüdüne uygun davranmazsa borca aykırılıktan dolayı sorumlu olacaktır.

³⁷¹ Devir sözleşmesinin üç taraflı olması dolayısıyla hükmen devre karar verilemeyecektir. Önsözleşme taraflarını bağlar. Böyle olmasa idi; hâkimin vereceği kararlar, borçlu asıl sözleşmeyi yapmaya mahkûm edilecek ve yapmadığı takdirde, borçlunun irade beyanı yerine, mahkemenin hükmü geçecekti (TUNÇOMAĞ, s. 276; NOMER, s. 58); İki taraflı bir önsözleşme olan satış vaadinden sonra aslında tapuda da satış akdini düzenlemek gerekecektir. Ancak “usul ekonomisi” ilkesine uyularak, uygulamada satış vaadi ifa edilmediği takdirde, tek dava ile taşınmazın mülkiyeti elde edilebilir (HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 63; ALBAYRAK, s. 50); Taşınmazın mülkiyeti, satış vaadinde bulunan kişiye ait değilse alıcı tazminatla yetinmek zorundadır (NOMER, s. 58); Devir sözü verilen kişi (devralma sözü veren) iç devir sözleşmesini yapmak istediği anda, devir sözü veren taahhüdüne uygun davranmazsa borca aykırılıktan dolayı sorumlu olacaktır ancak kanımızca, eğer asıl sözleşme kurulmuş ve sözleşmede kalan da devre onay

vereceği karar ile iç devir sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilmelidir. Eğer asıl sözleşmede, sözleşmede kalan devre baştan izin vermişse, mahkemenin kararı ile devir de sonuç doğurur. Buna karşılık asıl sözleşmede, sözleşmede kalan devre baştan izin vermemişse mahkemenin kararı sadece iç devir sözleşmesinin kurulmasına yol açacaktır. Bu durumda sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi, sözleşmede kalanın icazet vermesine bağlıdır.

Türk Borçlar Kanunu m. 29/2 önsözleşmenin geçerliliğini ileride kurulacak olan sözleşmenin şekline bağlamıştır. İleride kurulacak olan sözleşme iç devir sözleşmesidir. Bu sözleşmenin şekli de devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır (Türk Borçlar Kanunu m. 205/3). Bu itibarla ileride sözleşmenin devri sözleşmesi kurmak amacıyla yapılacak olan önsözleşmenin şekli asıl sözleşmenin şekline bağlı olacaktır. Asıl sözleşme bir şekil şartına tabi değilse önsözleşme de şekil şartına tabi olmaksızın kurulabilecektir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında tarafların daha ağır şekil şartları getirmesi ve önsözleşmeyi ona göre yapması mümkündür.

Önsözleşmeden doğan alacak hakkı asıl sözleşmenin, yani iç devir sözleşmesinin yapılmasını talep hakkıdır³⁷². Bu hak önsözleşmenin her iki tarafı için de geçerlidir, önsözleşme iki tarafa da borç yükler. Devir sözleşmesi kurmak üzere önsözleşme yapmış olan taraflardan biri devretme, diğeri de devralma sözü vermiştir. Öğretide tek tarafın asıl sözleşmeyi yapmayı vaat ettiği önsözleşmeden doğan hakkın devredilebileceği³⁷³ kabul edilse de, iki taraflı olarak asıl sözleşmenin yapılması sözü verildiğinde devrin mümkün olmadığı savunulmuştur³⁷⁴. Kanaatimizce devir sözleşmesinin devralmayı vaat eden tarafça da devretmeyi vaat eden tarafça da devredilmesi mümkündür.

veriyor ise hâkimin devre karar vermesi mümkündür. Bu durumda hükmen devir hem devralacak ve hem de sözleşmede kalacak olan tarafından talep edilmiş olmalıdır.

³⁷² ERBAYRAKTAR, s. 50; Belirtildiği gibi devir sözleşmesinin üç taraflı olması dolayısıyla hükmen devre karar verilemeyecektir.

³⁷³ Gayrimenkul satış vaadinden doğan alacağın devredilebilir olduğunda tereddüt yoktur (ERBAYRAKTAR, s. 59).

³⁷⁴ ERBAYRAKTAR, s. 51.

1.8 SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1.8.1 Asıl Sözleşmenin Geçerli Olarak Kurulmuş Olması

Sözleşmenin devrolunabilmesi için öncelikle kanunun aradığı şartları taşıyan geçerli bir asıl sözleşmenin kurulmuş olması şarttır³⁷⁵. Sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel kurallar uygulanarak asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenecektir. Geçerli olarak kurulan sözleşmenin devri, diğer koşulların da sağlanması şartıyla, mümkündür³⁷⁶. Sözleşmenin türü bu konuda önem taşımaz³⁷⁷.

Asıl sözleşme kurulamamışsa veya kesin hükümsüzse devir sözleşmesi sonuç itibarıyla devri sağlayamayacaktır. Askıda geçersiz olan bir sözleşme, devre konu olabilir³⁷⁸. Geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşmeyi sınırlı ehliyetsiz bir kişinin devralması durumunda devir sözleşmesi askıda hükümsüz olacak, yasal temsilci onaylayana kadar sözleşmenin hüküm ve sonuçları askıda kalacaktır³⁷⁹. Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin askıda hükümsüz devir sözleşmesini onaylaması ile devir sözleşmesi geçerli hale gelir³⁸⁰.

Devir sözleşmesi kurulduktan sonra asıl sözleşmeye ilişkin aşırı yararlanmaya veya iradeyi sakatlayan hallerden birine dayalı olarak, devralan tarafça iptal hakkı kullanılabilir mi? Diğer bir deyişle, asıl sözleşmenin aşırı yararlanma veya hata, hile, korkutma gibi iradeyi sakatlayan hallerden biriyle

³⁷⁵ EREN (Borçlar Genel), s. 211 vd.; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053.

³⁷⁶ Bir üst başlık olan “5. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI” altında sayılan koşullar kastedilmektedir.

³⁷⁷ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053.

³⁷⁸ Sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemler yasal temsilcinin icazet vermesine kadar askıdadır. İcazet reddedilirse işlemin hükümsüz kalacağı kesinleşmiş olur.

³⁷⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 77-78; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), 239; AYBAY, s. 61; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 41.

³⁸⁰ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 77; Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler açısından da durum böyledir. Temsil olunanın onamasına kadar hukuki işlem onu bağlamaz. İNCEOĞLU (Temsil), s. 358; TERCİER/ PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 153 vd.; NOMER, s. 162; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 309; GÖNEN, s. 66.

sakatlanması hali devir sözleşmesine nasıl etki edecektir? Bu sorunun cevabını, her somut olay kendi koşullarında değerlendirilerek vermek gerekmektedir³⁸¹.

Sözleşmeyi devreden kişi iç devir sözleşmesini kurdukları sırada askıda hükümsüzlüğün farkında değil, yani iradesinin sakatlanmasına neden olan olguları öğrenmiş değilse, doğal olarak devralana bu konuda bilgi vermiş olamayacaktır. Sözleşme askıda hükümsüz olarak devralana geçerli bir şekilde devrolduğunda, bundan böyle devreden sözleşme üzerindeki tasarruf yetkisini yitirmiş olacağından, sözleşmenin geçersizliğini iddia edemeyecektir³⁸². Devralan da devredenin vaktiyle maruz kaldığı hatalı davranış ya da sözleşmede kalanın hileli davranışlarıyla kendisini aldatmış olduğu yönündeki, sübjektif olarak devredene özgü bu iptal hakkını ileri süremeyecektir. Bu iptal hakkı, devredenin kişisel durumundan kaynaklı bir haktır. İç devir sözleşmesi kurulurken devreden, iptal hakkına sahip olduğunu biliyor ama kullanmaksızın asıl sözleşmeyi devrediyorsa, bu hakkından feragat etmiş sayılmalıdır. Ancak bu noktada devredenin bu iptal hakkının, eğer devralanın kararını etkileyecek şekilde uzantıları³⁸³ var ise, diğer deyişle devralan durumu bilseydi iç devir sözleşmesini hiç kurmayacak idiyse, o zaman yine kendi üzerinde doğacak iptal hakkını kullanması mümkün olabilir³⁸⁴.

Sözleşmede kalan tarafın, sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan sözleşmeyi iptal, fesih ya da dönme gibi hakları devirden sonra ileri sürülecekse, sözleşmede kalanın devre gösterdiği rıza bu hakları ortadan kaldırmadığı sürece, bu iddiaların muhatabı kural olarak devralan taraftır³⁸⁵. Burada sonucu belirleyecek husus sözleşmede kalanın devirden önce bu haklarını biliyor olup

³⁸¹ Dürüstlük kuralı olarak anılan Türk Medeni Kanunu m. 2: “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”; EREN (Borçlar Genel), s. 20.

³⁸² İddia edebilmek için öncelikle iç devir sözleşmesini iptal etme yoluna gitmelidir, ondan sonra hak düşürücü süre geçmemişse asıl sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanabilecektir.

³⁸³ Bkz. İkinci Bölüm “2.2.2 Yenilik Doğuran Haklar” başlığı altında yapılan açıklamalar.

³⁸⁴ Devredenin iradesindeki sakatlanmanın, devralanın devir sözleşmesiyle asıl sözleşmeye taraf olma iradesini de sakatlaması halleri ayrıdır zira devredenin asıl sözleşmede düştüğü hatanın farkında olmaksızın devrettiği, devralanın da aynı şekilde hataya düştüğü durumlarda devralan iptal hakkını kullanabilecektir ancak devredene ait olan değil, kendine ait bir iptal hakkını kullanmış olacaktır.

³⁸⁵ AYAR BİRKİN, s. 226.

olmamasına göre değişecektir. Örneğin irade fesadı hallerinde sözleşmede kalan taraf bunu sözleşmenin devri esnasında biliyor ya da bilebilecek durumda bulunuyorsa, sözleşmenin devrine gösterdiği rıza askıda geçersiz olan bu sözleşmeyi geçerli hale getirerek iptal hakkını ortadan kaldırmalıdır³⁸⁶.

Devrolunan sözleşme, aşırı yararlanma veya iradeyi sakatlayan hallerden biriyle askıda hükümsüz olsa bile iptal hakkı kullanılmazsa veya iptal hakkından feragat edilirse ya da bir yıllık hak düşürücü süre geçerse, asıl sözleşme geçerli hale gelir ve devir sözleşmesi de geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurur. Bu süre bir hak düşürücü süre olduğundan, durmayacak ya da kesilmeyecektir³⁸⁷. Asıl sözleşme devralındığında süre ne durumdaysa, sözleşmede kalanın durumunun değişmemesi gerektiği ilkesinden hareketle, aynı şekilde devam edecektir³⁸⁸.

1.8.2 Borç İlişkisinin Devrine Engel Bulunmaması

Borç ilişkisinin devrine engel bir durum olup olmadığını tespit etmek için öncelikle nelerin devre engel olduğunu ortaya koymak gereklidir. Bir sözleşmenin devrine engel olan durumlar temel olarak üç kaynaktan doğabilir: Kanundan, sözleşmenin niteliğinden ve sözleşme şartından³⁸⁹. Kanundan, sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan veya sözleşme ile kararlaştırılan bir devir engelinin bulunmaması devir işleminin geçerlilik koşuludur³⁹⁰. Bu engellere aşağıda değineceğimiz diğer devir engelleri eklenebilir³⁹¹.

³⁸⁶ ÇAYAN, s. 107.

³⁸⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 108.

³⁸⁸ Sürenin geçmesi ve sözleşmenin geçerli hale gelmesi; Türk Borçlar Kanunu m. 39/2 hükmü uyarınca tazminat hakkını ortadan kaldırmayacaktır. İradeyi sakatlayan nedenlerin varlığına rağmen sözleşmenin geçerli hale gelmesi dolayısıyla zarara uğrayan kişinin tazminat talebi olabilecektir. Kanımızca burada devreden de devralan da tazminat talep edebilecek olabilir.

³⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 183/1 hükmünün öngördüğü, alacağın devrine engel olan durumlar sözleşmenin devrinde de aynen geçerli olacaktır. KAHVECİ (Takas), 59.

³⁹⁰ ERBAYRAKTAR, s. 11 vd.

³⁹¹ Bkz. Birinci Bölüm “1.8.2.4 Diğer Devir Engelleri” başlığı altındaki açıklamalar.

1.8.2.1 Kanundan Kaynaklanan Devir Engeli

Bazı sözleşmelerin devri kanunen engellenmiştir. Kanundan kaynaklanan devir engelleri, gerek Türk Borçlar Kanunu içinde çeşitli maddelerde, gerekse de diğer kanunların çeşitli maddelerinde yer almaktadır. Kanundan kaynaklanan devir engellerini, yasak koyan hükmün emredici olup olmamasına göre kendi içinde aksi kararlaştırılmayan devir engelleri ve aksi kararlaştırılabilen devir engelleri şeklinde sınıflandırmak mümkündür.

1.8.2.1.1 Aksi Kararlaştırılmayan Devir Engelleri

Sözleşmenin devri emredici kurallarla kanun tarafından yasaklanmışsa taraflar aksini kararlaştıramayacaklardır³⁹². Bir avukatın, davada temsil ile ilgili vekâlet sözleşmesini avukat olmayan birine devretmesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 35 hükmü karşısında mümkün değildir. Böyle bir devre sözleşmede kalan taraf rıza göstermiş olsa dahi bu devir anlaşması kesin hükümsüzdür³⁹³. Sözleşme konusunun yerine getirilmesinin imkânsızlığı nedeniyle devir gerçekleşmez ve sözleşmenin tarafları aynı kalır. Bu, aksi kararlaştırılmayacak bir devir engelidir ama aksi kararlaştırılmazlık kişinin mesleki özelliğine has bir durumdur. Doğal olarak sözleşmenin bir başka avukata devri söz konusu edilebilir. Belirli özellikteki kişilere devretme zorunluluğu şeklinde kısıtlama içeren bir düzenleme 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 27'de yer almaktadır. Anılan maddeye göre kiralaayan, kural olarak sözleşme konusu malın mülkiyetini üçüncü kişilere devredemez. Bu kural emredici olmayıp taraflar aksini kararlaştırabilir. Ancak burada malın mülkiyeti yalnızca finansal kiralama işiyle uğraşan bir başka kuruma devredilebilir³⁹⁴.

³⁹² Bazı kanun hükümleri, sözleşmenin devrini değil, kullanım hakkının devrini emredici olarak yasaklamaktadır. Örneğin, ödünç alanın kullanım hakkını devredemeyeceğine ilişkin Türk Borçlar Kanunu m. 380/2 hükmünde yer alan devir engeli de aksi kararlaştırılmaz bir devir engelidir.

³⁹³ Konusu imkânsız sözleşmeler kesin hükümsüzdür (Türk Borçlar Kanunu m. 27/1).

³⁹⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.438.

Tek tarafa has şekilde devredilemeyen sözleşmeler vardır. Türk Borçlar Kanunu m. 619/1 hükmüne göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tarafı olan bakım alacaklısı, hakkını başkasına devredemez. Oysa bakım borçlusu için böyle bir yasak mevcut değildir. Bakım borçlusu sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlarını devredebilir. Yine Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16’da yer alan hükümle, kamu ihale sözleşmesini devreden, devirden itibaren üç yıl boyunca başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez ya da devralamaz³⁹⁵.

1.8.2.1.2 Aksi Kararlaştırılabilen Devir Engelleri

Kanundan doğan ve aksi kararlaştırılabilen devir engellerine örnek olarak; kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kira ilişkisinin devredilemeyeceği³⁹⁶ (Türk Borçlar Kanunu m. 323/1), hizmet sözleşmesinin işçinin yazılı rızası alınmaksızın devredilemeyeceği (Türk Borçlar Kanunu m. 429) ve aksine anlaşma olmadıkça sözleşmeden doğan önalım, alım ve geri alım haklarının devredilemez oluşu (Türk Borçlar Kanunu m. 239) gösterilebilir³⁹⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 395’te yer alan “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür”

³⁹⁵ İzinsiz devir durumunda idare tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedecek ve hesabı tasfiye edecektir (KULUÇLU, Erdal, Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 49, Nisan 2003, Sayfa: 99-115, s. 108).

³⁹⁶ Aynı şekilde, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracının kullanım hakkının devri ya da alt kira sözleşmesi yapabilmesi kiraya verenin yazılı rızasına bağlanmıştır (Türk Borçlar Kanunu m. 322/2), Konut ve çatılı işyeri haricindeki kiralananlar için alt kira veya kullanım hakkının devri, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak kaydıyla serbest bırakılmıştır (Türk Borçlar Kanunu m. 322/1).

³⁹⁷ Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, sözleşmeden doğan önalım, geri alım ve alım hakları devredilemez ama miras yolu ile geçerler (Türk Borçlar Kanunu m. 239/1). Sözleşmeden doğan önalım, geri alım ve alım haklarının kural olarak devredilemeyecek oluşunun taşınmaz sahibini korumak için düşünüldüğü, zira bu hakkı devralacak kişinin ekonomik durumunun hakkın kullanılmasyla kurulmuş olacak olan satış ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye elverişli olmaması ihtimalinin bulunduğu belirtilmiştir (AVCI BRAUN, Cihan, Satış İlişkisi Doğuran Haklar, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4-5, İstanbul, 2019, s. 2605); Ancak hak sahibinin yeri geldiğinde bu hakkı kullanmasının zorunlu olmadığı göz önüne alındığında gereksiz bir koruma olduğu ortaya çıkar.

hükmü uyarınca aynen vekâlet sözleşmelerinde olduğu gibi hizmet sözleşmelerinde de borcun işçi tarafından bizzat ifa edilmesi gerekir³⁹⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 440 hükmüne göre işçinin ölümü halinde hizmet sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu hüküm de hizmet sözleşmesinin işçinin kişiliğine bağlı olduğunu göstermektedir³⁹⁹. Türk Borçlar Kanunu m. 395 gereğince işçinin iş görme borcunu sürekli olarak bir başkasına devretmesi söz konusu olamayacaktır⁴⁰⁰. İşveren açısından işçinin kimliği önem taşıdığından, işçinin değişmesi hizmet sözleşmesinin içeriğinin (edim konusunun) değişmesine yol açacak, bu durumda iş görme borcunu devreden önceki işçi ile yapılmış olan hizmet sözleşmesinin sona erdiği, iş görme borcunu devralan işçi ile işveren arasında yeni bir hizmet sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi gerekecektir⁴⁰¹.

Kanaatimizce kural olarak işçinin iş görme borcunu bizzat ifa etmesi gerekir. Ancak istisnai durumlarda mümkün devir mümkün olmalıdır. Zira anılan maddede yer alan “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça” ibaresinden, aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu ya da halin icapları gerektiriyorsa devrin yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 471/3 hükmüne göre, eser sözleşmesinde yüklenici eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür⁴⁰². Ancak yüklenicinin kişisel özellikleri önem

³⁹⁸ İşçi bu borcu bizzat yerine getirmekle yükümlüdür, nitekim ölümü halinde bu borç mirasçılara geçmez (Türk Borçlar Kanunu m. 440). Bu özelliği iş akdinin işçinin kişiliğini ön plana çıkaran niteliğinden kaynaklanır (SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2021, s. 353). İşveren açısından ise genel kural, gerçek kişi işverenin ölümü halinde hizmet sözleşmesinin devam etmesidir. İşverenin ölümü halinde yerine doğrudan mirasçuları geçer (Türk Borçlar Kanunu m. 441/1). Ancak hizmet sözleşmesi işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa (hasta bakıcılık, asistanlık, şoförlük gibi) bu takdirde onun ölümüyle kendiliğinden sona erecek (Türk Borçlar Kanunu m. 441/2) mirasçılara geçmeyecektir.

³⁹⁹ EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner, Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.2, İstanbul, 2001, Sayfa: 1199 - 1223, s. 1217.

⁴⁰⁰ Türk Borçlar Kanunu m. 395 uyarınca işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.

⁴⁰¹ SÜZEK, s. 353; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 126.

⁴⁰² AYAR BİRKİN, s. 82.

taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilecektir. Buna göre aynen vekâlet ilişkisinde olduğu gibi, tarafların anlaşması ile devir mümkün olabilecektir.

Vekâlet sözleşmesinde; Türk Borçlar Kanunu m. 506'da yer alan “*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*” hükmü uyarınca vekil, hükümde yer alan istisnai durumlar dışında borcunu bizzat ifa etme yükümlülüğü altındadır. Vekâlet ilişkisi müvekkil ile vekil arasında kurulan ve karşılıklı güvene dayanan bir ilişki olduğu için asıl kural borcun bizzat ifasıdır⁴⁰³ ama taraflar isterse devir mümkündür. Sonuç olarak onay verilmesi halinde zaten devir engelinin bertaraf edilmesi ve aksinin kararlaştırılmış olması söz konusu olacaktır. Bu itibarla buradaki açıklamalar daha çok iç devir sözleşmesi taraflarının aksini kararlaştırabilmeleriyle ilgilidir.

1.8.2.2 Sözleşmenin Niteliği Gereği Devir Engeli

Sözleşmenin devredilmesi yasa tarafından ya da tarafların anlaşmasıyla yasaklanmamış olsa bile, içeriğinde var olan hak, alacak ve borçların devredilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda sözleşmenin devri de söz konusu edilemeyecektir⁴⁰⁴. Türk Borçlar Kanunu m. 183/1'de sözü edilen alacağın devrine engel olan “işin niteliği”, sözleşmelerin devri için de bir engel teşkil edeceği için alacağın devri engellerinin sözleşmenin devrine uygulanması mümkün olacaktır.

Bir alacağın devredilebilir olup olmadığının tayininde, sağlıklı sonuca ulaşabilmek için, konuyu hukuki ilişki temelinde yorumlamak gereklidir. Alman hukukunda yer alan (Alman Medeni Kanunu- BGB § 399), bir edimin alacaklısından başkasına içeriği değişmeksizin ifa edilmesi mümkün olmuyorsa, o

⁴⁰³KILIÇOĞLU, Ahmet M., Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, 32.1, Sayfa: 185-199 (Yüklenici), s. 186.

⁴⁰⁴AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 95; CENGİZ, s. 22; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 47 vd.; ÇELİKBOYA, s. 122: “Devredilemez nitelikteki bir hakkın salt ticari işleme dahil olması nedeniyle devredilebilir hale gelmesi olanaklı değildir.”

alacağın devredilemeyeceği kuralı, Türk öğretisinde de kabul görmektedir⁴⁰⁵. Bu kuralı, sözleşmenin devrine de uygulamak ilke olarak mümkündür.

Sözleşme ilişkisi şahsa bağlı alacak veya borçlardan oluşuyorsa, kural olarak devredilemez⁴⁰⁶. Bir borç ilişkisinde, borçlunun borcunu bizzat ifa ile yükümlü olup olmadığı konusunda Türk Borçlar Kanunu m. 83'e bakmak gereklidir. Hükme göre; "*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir*". Buna göre asıl kural, borcun herkesçe ifa edilebilir olmasıdır, kuralın istisnası ise borcun borçlu tarafından bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu durumlardır⁴⁰⁷. Örneğin bir miktar paranın ödenmesi gibi bir borcun söz konusu olduğu durumlarda, alacaklı yönünden önemli olan paranın ödenmesidir, yoksa paranın kim tarafından ödendiği, kural olarak herhangi bir önem taşımamaktadır.

Borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaatinin söz konusu olduğu bazı durumlar da mevcuttur. Eser sözleşmesinde, eserin yaratıcısının sahip olduğu bir yetenek beğenilerek seçim yapılmışsa, edim konusu o kişinin meydana getirecek olduğu eserdir. Bu sebeple eser sahibinin kim olduğu hayati önem taşır⁴⁰⁸. O durumda eser sahibinin edimini başkasına gördürmesi mümkün değildir⁴⁰⁹. Örneğin, bir ressam ya da heykeltıraşla yapılmış olan bir eser meydana getirme sözleşmesinin devri mümkün değildir. Taraflar anlaşarak aynı eseri yaratabileceğine inanılan bir başka ressam ya da heykeltıraşa sözleşmeyi devretmek isteseler dahi, meydana gelecek karakteristik eser farklılaşmış olacağından, diğer deyişle edim konusu değiştiğinden, sözleşme yeni bir sözleşme

⁴⁰⁵ ERBAYRAKTAR, s. 32.

⁴⁰⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 431; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 95 vd.; TOSUN, s. 170; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 48; BAHADIR, s. 15; Az aşağıda örneklerle açıklandığı üzere; taraflar devir konusunda anlaşmış olsalar dahi edim konusu değişecekse devredilen bir sözleşmeden değil, yeni bir sözleşmeden söz etmek gerekecek ve sonuçları da sözleşmenin devri hükümlerine tabi olmayacak, yeni bir sözleşme olarak değerlendirilecektir.

⁴⁰⁷ TR AISCI, Francesco Paolo, Cessione di Azienda, Cessione di Contratto e Negozio Simulato, Rivista di Diritto Pubblico, 2018, 14, Pagine: 1-15, s. 1.

⁴⁰⁸ EVRENSEL, Alperen, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, Ankara, 2019, s. 167.

⁴⁰⁹ EVRENSEL, s. 167.

haline gelmiş olacaktır. Yine bir tiyatro sanatçısının turne için bir organizatörle anlaşması ama daha sonra sözleşme gereğini yerine getiremeyecek derecede bedenen sakatlanması ve sözleşmesini devretmek istemesi halinde de şahsa bağlı bir edim söz konusu olduğundan, sözleşmenin başka bir sanatçıya devrini değil, yeni bir sözleşme yapılacak olduğunu kabul etmek gerekir.

Rekabet yasağına ilişkin olarak yapılan sözleşmeler de kişinin şahsına bağlıdır. Sözleşme konusu değişeceğinden devir mümkün değildir⁴¹⁰. Bu tip sözleşmeler, edimin ifasının borçlunun şahsına bağlı olması dolayısıyla devredilemeyecek sözleşmelerdendir.

Esasen olumsuz edimlerin (yapmama edimlerinin) çoğu böyledir⁴¹¹. Bazı sözleşmelerin bir tarafın kişiliği dikkate alınarak (hasta bakıcılık, asistanlık, şoförlük gibi) kurulmuş olması durumunda da kural olarak devri söz konusu olmayacaktır. Ancak asıl sözleşme şahsi borçları içermekte olmasına rağmen devir edilmek isteniyor ve sözleşmede kalan taraf da buna rıza gösteriyorsa, artık bundan sonra sözleşmede kalan tarafın borcun şahsi olması niteliğini ileri süremeyeceğini kabul etmek doğru olur⁴¹². Bu noktada taraf değişikliğinin edim konusunu değiştirmemiş olduğuna dikkat edilmelidir.

Yasada açıkça belirtilmiş olmasa da, doğası gereği, yine şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan, devredilemeyecek sözleşmeler vardır. Şahsa bağlı haklar gibi, aile hukukuna ilişkin haklar da devredilemezler.

Evlilikte mal rejimi sözleşmeleri buna örnektir. Bu tip sözleşmelerde sözleşme taraflarının birbirlerine eş olma gibi bir konumları vardır ve kişiye özel olması nedeniyle bu sözleşmelerin de devri mümkün değildir. Devredilemez

⁴¹⁰ EREN (Borçlar Genel), s. 1284; ÇELİKBOYA, s. 394; CENGİL, s. 124.

⁴¹¹ Rekabet etmeme borcu da bir yapmama borcudur. Ancak bu borcun belirli bir kişinin şahsına değil, onun sahibi olduğu işletme lehine kararlaştırılmış olması halinde devredilebilir olduğu hakkında bkz. ERBAYRAKTAR, s. 40, dn. 114'teki yazarlar.

⁴¹² KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1084.

nitelikteki bir sözleşmenin, usulsüz devrinden sonra devredilebilir hale gelmesi, geçersiz devir işlemini geçerli kılmaz, ona sıhhat kazandırmaz⁴¹³.

1.8.2.3 Sözleşmeyle Getirilen Devir Engeli

Devredilmesi yasayla engellenmemiş ve niteliği gereği de devrine engel bulunmayan bir sözleşmeye, üçüncü kişilere devrinin yasaklanmış olduğuna ilişkin madde konulabilir. Bu madde asıl sözleşmeye eklenebileceği gibi, sonradan yapılacak bir sözleşme ile de tarafların devir yasağı getirmeleri mümkündür⁴¹⁴.

Devir yasağı anlaşması (pactum de non cedendo), bağımsız bir sözleşmedir ve asıl sözleşme şekle tabi olsa bile devretmeme anlaşması bir şekle tabi olmaksızın yapılabilir⁴¹⁵. Taraflar, devri tamamen yasaklayabilecekleri gibi, devri şarta da bağlayabilirler. Sözleşmeye girecek tarafın taşıması gereken özellikler konusunda sınırlamalar koyabilirler. Belli bir tarihten önce ya da sonra devredilemeyeceği de kararlaştırılabilir. Sözleşme özgürlüğü gereği seçenekler, yasalar çerçevesinde kalmak koşuluyla sınırsızdır. Taraflar anlaşarak kaldırmadıkları sürece yasağa uymak zorundadırlar.

⁴¹³ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 96; ÖZTÜRK, s. 270.

⁴¹⁴ Amerikan hukukunda sözleşmede devir yasağı bulunmaması halinde devrin mümkün olduğu, şayet devir engellenmek isteniyorsa mutlaka kalıplaşmış bazı cümlelerin sözleşmeye konulması gerektiği kabul edilmektedir. STIM, s. 45.: Örneğin sözleşmeye, “*Neither party shall assign nor delegate its rights...*” veya “*Any assignment or delegation made in violation of this clause is void*” gibi kalıp şartlar koymak gereklidir. Yine aynı yönde bir mahkeme kararında; Jonas ve Murphy San Fransisco’da ortak bir mülk alır ve Schiller’e kiralarlar. Schiller sözleşmeyi bir “B” şirketine devreder, şirket devraldığı bu sözleşmeyle yeni kiracı olur. Ortak maliklerden Jonas hissesini Kahn’a devreder. “B” şirketi kirayı ödemede gecikince Kahn (yeni malik), Schiller’e (ilk kiracı) dava açar. Schiller’in avukatı bir çıkış yolu aramaktadır. Sözleşmede bir de garanti koşulu vardır o da Schiller ya da onun alt kiracılarının ödemedeki gecikmesi halinde Schiller’in de sorumlu olacağı belirtilmektedir. Schiller’in avukatı kira sözleşmesine göre ödemenin Jonas ve Murphy’ye yapılması gerektiğini, orijinal sözleşmede Kahn’ın yer almadığını iddia etmektedir. Mahkeme bu iddiayı kabul etmez. Çünkü Jonas sözleşmeyi devretmekte hürdür zira orijinal sözleşmede devri yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir. Bu arada orijinal sözleşmede eğer Schiller’in Jonas ya da sözleşmeyi devrettiklerine ödeme yapacağı belirtilmiş olsa idi hiç ihtilaf çıkmayacak olduğu da not düşülmüştür.; Devir yasağı anlaşması, vade, ceza koşulu, tahkim gibi bir yan anlaşma türüdür (ERBAYRAKTAR, s. 1).

⁴¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 562; Aynı şekilde kural getiren MCK için bkz. KESMARKI-MESZAROS, s. 11.

Sözleşme içeriğinde bulunan haklar ve alacaklar kişinin malvarlığının unsurlarıdır. Bu unsurların devrinin engellenmesi malvarlığı unsuru olmalarının önüne geçmese de, bunlar üzerindeki tasarruf hakkının devir yasağıyla sınırlandırılması, ondan yararlanmayı kısıtlayan ve değerini düşüren bir durumdur⁴¹⁶. Sözleşmenin devredilmesinin sözleşmeyle engellenmesi karşı tarafa bir menfaat⁴¹⁷ sağlarken, yasağın tabi olduğu tarafın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sahip olduğu hakları da sınırlandırmış olur. Diğer taraftan devir kurumunun hukukça kabul görmesi zaten sözleşmede kişinin tarafını seçme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlandırmadır⁴¹⁸.

Alacağın devrinde devir yasağının hukuki niteliği konusunda iki teori öne çıkmıştır: “salt borçlandırıcı etki teorisi” ve “mutlak etki teorisi”⁴¹⁹. İlk teoriye göre bu yasak, devre engel olmaz çünkü etkisi borçlandırıcıdır, ancak yaptırımını olabilir. Diğer teori ise yasağa tabi tarafın tasarruf yetkisinin bu yasakla kısıtlandığı yönündedir. Bu kısıtlama devralacak olanı da bağlayacaktır, yani ona karşı da ileri sürülebilecektir. Bu nedenle mutlak etkili olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 183/2'nin lafzından, alacağın devri için konulan yasağın; borçlunun bu savunmayı ileri sürebilme hakkının bulunduğundan hareketle mutlak etkili olduğu ancak yasağı bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağı anlaşılmaktadır. Üçüncü kişi

⁴¹⁶ ERBAYRAKTAR, s. 19.

⁴¹⁷ Alacağın devrinin yasaklanmasında borçlunun menfaatlerinden biri, özellikle sürekli ilişkilerde, gelecekteki takas imkânını korumasıdır. Ayrıca devirle birlikte alacağa ilişkin senet ve belgelerin teslim edilecek olması gizli bilgilerin üçüncü kişilere açılması sonucunu doğuracaktır ki bu da istenmeyebilir (ERBAYRAKTAR, s. 168 vd.); Devir yasağı borçlu menfaatine olup, buradaki amaç, alacaklının değişmesini yasaklamak veya sadece belli kişilerin alacaklı olabilmesine imkân sağlayıp, değişik kişi veya kişilerin alacaklı olmasını engellemektir (ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, 10.3-4, Sayfa: 495-520, s. 496); Yeni alacaklıya yapılacak ifa ek külfetler getirecek olabilir, arka arkaya yapılacak devirler karışıklık yaratabilir. Bu gibi nedenlerle borçlunun, alacağın devrini yasaklamak istemesi gayet anlaşılabilir (KAPANCI, s. 207).

⁴¹⁸ Thiele, s. 231; Staudinger/Busche, § 399, N. 12 (ERBAYRAKTAR, s. 37, dn. 99'dan naklen).

⁴¹⁹ ERBAYRAKTAR, s. 200-201.

iyiniyetli ise devrin yasaklanmış olduğu savunması ona karşı ileri sürülemeyecektir⁴²⁰.

Sözleşmenin devrinde ise bu yasağın hangi türde olduğu tartışması, sonuç olarak sözleşmede kalanın onayı olmadan devir gerçekleşmeyeceğinden bir önem taşımayacaktır. Yasağın mutlak etkili olduğunun kabulü halinde, sözleşmede kalan fikir değiştirmek istese de devre onay veremeyecektir. Bu ise kabul edilemeyecek bir sonuçtur. Bu bakımdan yasağın salt borçlandırıcı etkisi olduğunun kabulü daha doğru olacaktır. Bu itibarla, devrin asıl sözleşmeyle yasaklandığı durumda, sözleşmede kalan, devredenle devralan arasında yapılmış iç devir sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahip olmamalıdır.

Devir yasağına rağmen, sözleşmenin devrine ilişkin, devreden ve devralan arasında bir anlaşma yapılmışsa, doğrudan bu anlaşma hükümsüzdür demek mümkün değildir. Zira yasağına rağmen yapılan anlaşmayı, Türk Borçlar Kanunu m. 27 kapsamında değerlendirmek mümkün olmadığı gibi, sözleşmede kalanın daha sonra fikir değiştirerek onay verme ve devir sözleşmesini yürürlüğe koyma şansını da elinden almak anlamına gelir ki bu da menfaatler dengesine, yasağın amacına ve favor contractus prensibine uymayacaktır⁴²¹. Keza sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği iç devir sözleşmesi, tarafları arasında geçerli olmaya devam edecektir ancak bu sözleşmeyi sözleşmedeki yasağına rağmen akdetmiş olan devreden, yetkisiz temsilci gibi hareket etmiş sayılmalı ve Türk Borçlar Kanunu m. 46 ve 47 uygulanmalıdır⁴²².

⁴²⁰ Bu durumda devir taahhüdünde bulunan, diğer tarafa karşı Türk Borçlar Kanunu m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır (KAPANCI, s. 233).

⁴²¹ ÇELİKBOYA, s. 391; Borçlu isterse alacaklı tarafın değişmemesi ile korumayı amaçladığı menfaattinden vazgeçerek devre rıza gösterebilir (ERBAYRAKTAR, s. 391).

⁴²²TANDOĞAN, Halûk, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1986, 13.3, Sayfa: 57-89, s. 82.

Diğer yandan sözleşmede kalan devre engel olma hakkından feragat ederek onay verme imkânına sahip olmalıdır⁴²³. Sözleşmede kalan, devre onay vermemesine rağmen, üçüncü kişilere karşı rızasının bulunduğu ya da verileceği yönünde yanlısamar uyandıracak davranışlarda bulunmuş olursa, devredenin yapmış olduğu sözleşme kendisini bağlamalıdır.

Sonuç olarak devir yasağı içermiş olsa da tarafların kararı ile yasağın bertaraf edilebileceği sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında kabul edilmelidir⁴²⁴. Bu şekilde devredilen bir sözleşmedeki devir yasağı, bundan böyle kural olarak yok sayılmak gerekir⁴²⁵. Bir başka deyişle devir yasağından ibaret müstakil sözleşme ya da sözleşme koşulu devrolunmamış, tarafların kararıyla devrin dışında kalmıştır. Buna göre artık sözleşmenin yeni tarafları, aksini kararlaştırmış olmadıkça, sözleşmenin devrinin yasaklanmış olduğu iddia edilemeyecektir.

Belirtelim ki, devir engeli sözleşmenin niteliğinden kaynaklanıyorsa, taraflar karar değiştirirse dahi devir gerçekleşmeyecektir⁴²⁶. Öte yandan, devrin taraflarca yasaklanmış olması her durumda devre engel olmayacaktır. Örneğin miras ya da malvarlığı veya işletmenin devri, tüzel kişilerin birleşmesi gibi külli halefiyet hallerinde, taraflarca yasaklanmış olsa dahi devir gerçekleşecektir⁴²⁷. Bu

⁴²³ Yrg. 15. HD 2013/275 E.-2013/3959 K. sayılı, 19.06.2013 tarihli kararında “*Davalı iş sahibi şirketle ihbar olunan yüklenici şirket arasındaki sözleşmenin 13.5. maddesinde temlik yasağı kararlaştırılmışsa da davalı iş sahibi şirket bu yasağa rağmen 312.594,00 TL’yi davacıya ödemekle temlik yasağını kendisi ortadan kaldırmıştır*” diyerek borçlunun yasağa rağmen devralana yaptığı ifanın, temlik yasağının bizzat borçlu tarafından ortadan kaldırılması anlamına geleceğine hükmetmiştir (Palmiye İçtihat).

⁴²⁴ SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Özel), s. 63; Bu durumda devredilen asıl sözleşmedeki devir yasağı tarafları oluşturan kişilerin uygun iradesi ile kaldırılmıştır (CENGİZ, s. 22); ERBAYRAKTAR, s. 454; Taraflar sözleşme koşullarını diledikleri gibi değiştirmekte, hatta dilerlerse sözleşmeyi sonlandırmakta özgürdürler; KAPANCI, s. 235.

⁴²⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 96; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 585; Yine de tarafların iradesi esas alınmalıdır.

⁴²⁶ ÇELİKBOYA, s. 392.

⁴²⁷ Yrg. 6. HD 2010/5129 E.-2010/6533 K. ve 01.06.2010 tarihli kararında: “*... taraflar arasındaki uyumsuzluk, davalı şirketin kiracı şirket ile Türk Ticaret Kanunu’nun 146-151 ve 451. maddelerine göre iltihak suretiyle birleşmesi halinde sözleşmeye konulan devir yasağı gereğince birleşilen şirket durumundaki davalının fuzuli şağil olup olmadığı noktasındadır... Dava konusu edilen olayda kiracı şirket, davalı şirket ile Türk Ticaret Kanunu’nun 146. maddesi gereğince davalı şirkete iltihak etmek suretiyle birleşmiştir. Birleşme işlemi ticaret sicilinde tescil edilmek suretiyle itirazsız kesinleşmiş, aynı Kanun’un 151. maddesindeki külli halefiyet ilkesi gereğince davalı şirket*

gibi durumlarda yasağın, duruma göre olağanüstü dönme ya da fesih hakkının doğumuna⁴²⁸, sözleşmenin uyarlanmasına⁴²⁹ ya da tazminat talebine dayanak oluşturabileceği kabul edilmektedir. Diğer taraftan malvarlığı ya da işletmenin devri gibi külli halefiyet doğuran işlemler ile bir sözleşmedeki yasağın dolanılmaya çalışılması mümkündür. Bu davranış kanuna karşı hile oluşturacak ve anılan sözleşme devir kapsamında intikal etmiş olmayacaktır⁴³⁰.

Sonuç olarak bir sözleşme, devredilmesi kanunen yasaklanmamış ve niteliği gereği de devrine engel bulunmayan bir sözleşme ise devir engeli, sözleşmede yer alsın ya da almasın, devir yasağı konulduğu için değil, sözleşmede kalan devre rıza göstermediği için ortaya çıkmaktadır⁴³¹. Burada, devreden taraf için devrin bir zorunluluk arz ettiği durumda, hâkimin müdahalesinin talep edilip edilemeyeceği sorusu akla gelebilecektir. Tarafların korunması gereken menfaatlerinin karşılaştırılması sonucu, sözleşmede kalanın yasakta direterek devre onay vermemesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmıyorsa, hâkimden Türk Borçlar Kanunu m. 323/1’de olduğu gibi kaçınmanın haklı nedene dayanmadığını ispatla

kiracı şirketin yerine geçerek kiracı şirketin tüm hak ve borçlarına halef olmuştur. Aynı konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1963 gün ve 6/63 esas 31 karar sayılı kararında ticaret şirketlerinin birleşerek yeni bir şirket meydana getirmeleri halinde yeni şirketin eskisinin devamı, "külli halefi" olduğu gerekçesi ile kira sözleşmesine aykırılık sebebine dayanan davanın reddine karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır. Tüm bu nedenlerle kiracı şirket ile davalı şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun birleşmeleri sonucunda davalı şirket, kiracı şirketin sahip olduğu bütün hak ve alacakları ile borçlarına sahip olduğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesindeki külli halefiyet ilkesi gereğince kira sözleşmesindeki hak ve borçların da davalı şirkete intikal ettiğinin kabulü gerekir. Bu durum yasa gereği olduğundan davacının onayının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.” diyerek külli halefiyet hallerinde onay aranmasına gerek bulunmadığını hükme bağlamıştır (Palmiye İçtihat).; Alacağı kanun gereği külli ya da cüzi halefiyet yolu ile devralan haleflere alacak hakkı, devir yasağı ile birlikte geçer yani bu kişiler devir yasağı ile bağlı olurlar (ERBAYRAKTAR, s. 441); Sözleşmenin üç taraflı anlaşma ile devri sonucunda o sözleşmeden doğan ve devri anlaşma ile yasaklanmış olan alacaklar da devralana geçecektir (ERBAYRAKTAR, s. 454); Yeter ki bu alacakların devrine kanunen ya da nitelikleri gereği bir engel bulunmuyor olsun. Bu durumda yine devri yasaklanmış olan alacaklar, devir yasağı ile birlikte devralana geçerler.

⁴²⁸ ERBAYRAKTAR, s. 500, dn. 1781’deki yazarlar; ÇELİKBOYA, s. 392, dn.1414 (İPEKEL KAYALI, s. 231’den naklen).

⁴²⁹ Örneğin sözleşmenin konusu, süresi gibi (ERBAYRAKTAR, s. 500).

⁴³⁰ Bu sözleşme malvarlığı ya da işletmenin bütünlüğü açısından merkezi bir öneme sahip olduğu takdirde, tüm devir işleminin hükümsüzlüğü söz konusu olabilecektir (ERBAYRAKTAR, s. 511).

⁴³¹ ERBAYRAKTAR, s. 533.

devre karar vermesi istenebilmelidir⁴³². Yine Türk Borçlar Kanunu m. 25 hükmüne rağmen sözleşmeye dürüstlük kuralına aykırı şekilde, genel işlem şartı olarak devir yasağının konulmuş olması halinde yaptırımını Türk Borçlar Kanunu m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlük olacaktır⁴³³.

Bu mümkün olmuyorsa, Türk Borçlar Kanunu m. 325'te olduğu gibi sözleşmeden kurtarılmayı talep etmek mümkün olmalıdır⁴³⁴. Esasen asıl sözleşme devir yasağı içersin ya da içermesin, sözleşmede kalacak olan tarafın onay vermemesi ya da mevcut yasağa dayanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa hâkimin müdahalesi istenebilmelidir. Sözleşmede devir yasağının bulunması halinde, lehine yasak getirilenin bu yasak altında yatan menfaatinin tercihe şayan olduğu noktasında bir karine bulunduğu söylenebilir. Bu durumda tersini ispat yükü diğer tarafa geçecektir.

1.8.2.4 Diğer Devir Engelleri

Devirlerine yasayla getirilmiş bir engel olmamakla birlikte, taşınmaz satım sözleşmesinin devri fiilen mümkün değildir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 706'ya göre “*taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır*”. 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26 uyarınca taşınmazın mülkiyetinin devrine dair “*...resmi senetler tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından tanzim edilir*”.

⁴³² Hâkim burada sözleşmede kalan lehine, Türk Borçlar Kanunu m. 323/3 hükmü ile devreden kiracının kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralan kiracıyla birlikte müteselsilen sorumlu olması gibi bazı tedbirler öngörebilir.

⁴³³ ATAMER, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu, Ankara, 2012, Sayfa: 9-73 (Genel İşlem Koşulları), s. 61.

⁴³⁴ Borçlu devir yasağından dolayı sahip olduğu menfaatin, alacağı devreden menfaatinden daha tercih edilir olduğunu kanıtlarsa devir yasağı devralan için de geçerli ve bağlayıcı olacaktır (SCOTT, Susan, Once Again: Agreements Prohibiting Cession, Stellenbosch Law Review, 2008, 19.3, Pages: 483-494, s. 483); Buna göre eğer borçlu devir yasağından dolayı sahip olduğu menfaatin, alacağı devreden menfaatinden daha tercih edilir olduğunu kanıtlayamazsa, devir yasağı devralan için geçerli ve bağlayıcı olmayacak, devir gerçekleşecektir.

Uygulamada, taşınmazın satımına ilişkin borçlandırıcı işlem, tescil talebini de içeren şekilde hazırlanmakta, hemen arkasından tasarruf işlemi tapu memurlarınca eşzamanlı olarak tamamlanıp taraflarca kabul ve imza edilmekle bitirilmektedir. Bu iki işlemin birlikte yapılması, sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olarak, tarafların müdahalesine izin vermemekte, taraflar taşınmaz satım sözleşmesini isteseler de, borçlandırıcı işlem aşamasında iken devredememektedirler⁴³⁵. Buna göre, tapu müdürü ya da sicil görevlisi huzurunda yapılan taşınmaz satım sözleşmesinin taraflarınca devri istemi halinde yeni bir satım sözleşmesi yapılması gerekecektir. Durum böyle olunca, devir sözleşmesi yapmak isteyen taraflar, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaya yönelmek zorunda kalmaktadırlar⁴³⁶.

1512 sayılı Noterlik Kanununa 23.06.2022 tarihinde kabul edilen 7413 sayılı kanunla⁴³⁷ eklenen 61/A maddesi, taşınmaz satışlarının noterler tarafından da yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu düzenleme ile taşınmaz satış sözleşmesinde hem noterler ve hem de tapu müdürlüklerinin yetkili olduğu yeni bir sistem benimsenmiş olmaktadır⁴³⁸. Noterlik Kanunu 61/A maddesinin 4. fıkrası *“Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır”* demektedir. Burada iki aşamalı bir sistemden söz edilmektedir. Hükümün lafzına

⁴³⁵ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 652, dn. 255: *“Örneğin tapuda resmi şekilde yapılmış bir taşınmaz satım sözleşmesinde alıcı veya satıcı tarafın değişmesi için sadece devreden ve devralan arasında yapılan resmî sözleşmeye, taraf sıfatını koruyanın izin veya onayı nasıl verilecektir? Bu kişinin tek başına tapu siciline gelip yapılacak veya yapılmış devir sözleşmesine onay verdiğini resmî şekilde beyan etmesi, tapu işlemleri arasında yeri olmayan bir irade beyanı şeklindedir. Öte yandan böyle sözleşmelerin devrinde üç tarafın da aynı anda resmî devir senedi düzenlemesinin gerektiği, önceden izin veya sonradan onayın mümkün olmadığı söylenirse, bu da TBK m. 205/f.2 hükmünde tanınan yasal imkânı yok saymak olacaktır.”*

⁴³⁶ ERBAYRAKTAR, s. 58; ŞENOL, A. Nilay, Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8.2, Sayfa: 357-376, s. 357.

⁴³⁷ Resmi Gazete Tarihi: 28.06.2022, Sayısı: 31880.

⁴³⁸ İsviçre’de de ikili sistem yürütüldüğü, hem noterler ve hem de tapu müdürlüklerinin yetkili oldukları hakkında bkz. ŞENOL, s. 360.

bakıldığında, borçlandırıcı işlemin noterler, tasarruf işleminin ise tapu müdürlükleri tarafından gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

Uygulama, 01.01.2023 tarihine kadar kurulacak bir bilişim sistemi ile ve Adalet Bakanlığı resmi internet sitesinde bu sistemin kurulduğunu duyurduğu tarihte başlayacaktır. Maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının mütalaası alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Taşınmaz satışının iki aşamalı olarak yapılacağı göz önüne alındığında, borçlandırıcı işlemin tamamlanmasının ardından, devir sözleşmesinin de resmi senet düzenlenmek suretiyle yapılmasının mümkün olabileceği düşünülmektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin iradi devrinin yapılabileceği durumda; bu konuda özel bir hüküm olmadığından, genel kural olan Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmü uygulanacaktır. Sözleşmenin devri sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 205/3 hükmü uyarınca resmi senet düzenlenerek yapılabilecektir.

Devir sözleşmesinin üç taraflı ve eş zamanlı aynı resmi senet üzerinde üç tarafın imzası ile tamamlanamadığı durumda; sözleşmede kalanın ön izin ya da onay şeklinde ayrı bir hukuki işlem yapması gerekecektir. Bu durumda, bu tek taraflı hukuki işlemin, Noterlik Kanunu 81. maddesi gereğince remi senet şeklinde düzenlenmesi gerekecektir⁴³⁹. Anılan madde “*Tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptal veyahut evvelki işin nitelik ve değeri değişmemek şartıyla düzeltilmesi, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılır.*” demektedir. Buna göre noterlik kurumunun işleyişi yönünden düzenleme getiren bu hüküm uyarınca, sözleşmede kalanın ön izin ya da onay beyanını noter huzurunda vermek istemesi halinde, resmi senetle noter tarafından düzenlenmesi gerekecektir.

⁴³⁹ Rıza beyanı için Türk Borçlar Kanunu m. 205 bir şekil şartı getirmemiştir ancak Noterlik Kanunu m. 81 gereği rıza beyanı, devir sözleşmesinin şekline tabi olacaktır.

Araç satış sözleşmelerinde de benzer bir durum vardır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 20/d uyarınca tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri noterler tarafından, elektronik ortamda yapılır. Satış ya da devir sözleşmesi noter ya da memurlarınca hazırlanarak tarafların kabul ve imzasına sunulmakta, ardından yine elektronik ortamda, diğer paydaş kurumlar (TNB ARTES-Türkiye Noterler Birliği Araç Tescil Servisi, Emniyet, Maliye, Tüvtürk, Türkiye Sigortalar Birliği Merkezi) ile entegre şekilde, işlem ücretine dair vevne makbuzunun kesilmesi anında aracın mülkiyeti alıcısına geçmektedir. Bu şekilde, borçlandırıcı işlemle tasarruf işlemi eş zamanlı olarak tamamlanmaktadır.

Araç satış sözleşmesinin yani borçlandırıcı işlemin hazırlanmasının ve sonrasında bu sözleşmenin devrinin istenmesi halinde, bu isteğe uygun bir elektronik alt yapının bulunmayışı nedeniyle devralmak isteyene geçiş, ancak yeni bir satım sözleşmesi yapılarak, yine elektronik ortamda gerçekleştirilebilecektir. Bu tür sözleşmeler, meydana getiriliş şekli gereği devre elverişli değildir.

Tarafların anlaşmalarıyla *“bir sistem üzerinde, farklı yerlerde birden çok bilgisayar programından oluşan, bir zincir üzerinde sırayla ve otomatik olarak yürütülen sözleşme”* olarak tanımlanan akıllı sözleşmeler⁴⁴⁰ de aynı şekilde, elektronik ortamda, “blockchain” üzerinde kurulan ve müdahale edilemeyen türdendir⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ RASKIN, Max, The Law and Legality of Smart Contracts, Geo. L. Tech. Rev., 2016, 1, Pages: 305-341, s. 309.

⁴⁴¹ Bu tür sözleşmelerin müdahale edilemeyen “otonom ifa düzeni” yarattıkları hakkında bkz. GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 135-136; PONCIBÒ, Cristina, Blockchain and Comparative Law, in: Blockchain, Law and Governance. Springer, Cham, 2021, Pages: 137-156, (Editors: CAPPIELLO, Benedetta/CARULLO, Gherardo), s. 138: Akıllı sözleşmeler, başlangıç ve sonlandırılması dışında, hiçbir insan müdahalesi olmaksızın, bir ağ üzerinde otonom olarak çalışan düzeneklerdir.; DIMITROPOULOS, Georgios, "The Law of Blockchain" Washington Law Review, Volume 95, Number 3, 10-2020 (2020), Pages: 1117-1192, s. 1135: Akıllı bir sözleşme, kendi kendini yürüten bir sözleşmedir, bu sayede iki taraf arasındaki anlaşmanın şartları doğrudan bir kod üzerine yazılır, bu şekilde işlem maliyetlerini düşürür ve üçüncü taraf müdahalesi olmadan işler.

1.8.3 Asıl Sözleşmenin Devir Anında Yürürlükte Olması

Asıl sözleşme herhangi bir nedenle sona ermemiş olmalıdır⁴⁴². Sözleşmenin ifa ile sona ermesi, o sözleşmenin taraflarının borçlandıkları tüm edimleri ve yan yükümlülükleri, kişi, yer, zaman ve miktar olarak tam ve eksiksiz yerine getirmeleri halinde söz konusu olur⁴⁴³.

Sözleşme, tarafların sözleşmeyi ikale anlaşması ile ortadan kaldırması⁴⁴⁴, iptal ya da süresinin dolmasıyla da sona ermemiş olmalıdır. Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 639/5'e göre adi ortaklık, ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle son bulur. Bu halde, son bulan adi ortaklık ortaklarından birinin sözleşmeyi devretmesi söz konusu olamayacaktır⁴⁴⁵. Keza ortada üzerinde tasarruf edilecek bir sözleşme kalmamıştır.

Asıl sözleşme, dönme⁴⁴⁶ ve fesih⁴⁴⁷ nedeniyle de sona ermemiş olmalıdır. Dönme ya da fesih beyanıyla tasfiye ilişkisine girildiği anda sözleşme sona ermemiş olsa dahi geri verme ya da tazminat sorumluluğu altına girecek olunması dolayısıyla sözleşmenin devri yapılamamak gerekir. Ancak devralan bu durumu bilerek sözleşmeyi devralmaya razı ise devrin yapılabileceği kabul edilmelidir.

⁴⁴² EREN (Borçlar Genel), s. 1423; AKINCI, s. 371; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 92; CENGİZ, s. 21; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 41; İtaCC m. 1406 karşılıklı edimlerin henüz ifa edilmemiş olmasını aramaktadır. Buna göre tek taraflı şekilde edimleri ifa edilmiş ya da tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin devri söz konusu olamayacaktır. Buna gerekçe olarak, burada sözleşmenin değil de bir borç ya da alacağın devrinin söz konusu olabileceği gösterilmektedir. Öğretide bu fikrin değiştirilerek sözleşmenin devrinin daha geniş yorumlanması gerektiği savunulmuştur (PALADINI, s. 260-261).

⁴⁴³ NOMER, s. 327-328; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1060; EREN (Borçlar Genel), s. 1423; Borç ilişkisinin doğal amacı "ifa"dır (AYBAY, s. 114); NOMER, s. 327; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 673. Borç ilişkisinin doğal amacı "ifa"dır (AYBAY, s. 114); NOMER, s. 327; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 673.

⁴⁴⁴ EREN (Borçlar Genel), s. 1424.

⁴⁴⁵ Ayrıntılı açıklama için, bkz. Üçüncü Bölüm "3.1.3 Ortaklık Sözleşmesinin Devri" başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁴⁶ EREN (Borçlar Genel), s. 1266; NOMER, s. 448-449; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 929; AYBAY, s. 151.

⁴⁴⁷ AYBAY, s. 151.

Sözleşme karşılıklı anlaşılarak yenilenebilir. Yenileme sonucunda sözleşme konusu değişmiş ve yeni içeriğe sahip bir sözleşme olur. Yenilenen asıl sözleşme, sona erdiğinden, eski sözleşmenin devri söz konusu edilemeyecektir⁴⁴⁸. Sözleşme henüz ifa edilmemiş olmakla birlikte, karşılıklı tüm borçların ibrası nedeniyle sona erdirilmişse artık ortada bir sözleşme kalmadığından, devri de söz konusu olmayacaktır.

Bir sözleşmeden kaynaklanan ihtilafın mahkemeye intikal etmesi durumunda sözleşmenin değil, dava konusunun devri söz konusu olabilir⁴⁴⁹ (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 125/2). Taraflar kabul ettiklerinde devir için engel olmayacak olsa da bu artık bir sözleşmenin devri olmaktan çıkar.

1.8.4 Asıl Sözleşmenin Devrine İlişkin Sözleşme Yapılması

1.8.4.1 İç Devir Sözleşmesi

İç devir sözleşmesi⁴⁵⁰ devredenle devralan arasında yapılan, devri sağlamaya dönük ve devrin nedenini oluşturan iki taraflı bir sözleşmedir. Daha önce de belirtildiği gibi, devir sözleşmesinin önceden verilen izne dayanarak ya da üç tarafça eş zamanlı olarak yapıldığı durumlar bu yapılanmanın dışındadır. Ancak yine iç ve dış devir sözleşmeleri sözleşmenin devri sözleşmesi içinde var olmaya devam eder.

⁴⁴⁸ ARICI, M. Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008, s. 198; Sözleşmenin devri ile yenileme karşılaştırılırken, yenilemenin hukuki niteliğine değinmiş, devrin söz konusu olması için içeriğin değişmemesi gerektiğini, içerik değişiyorsa bunun bir yenileme olacağını, devredilmesi istenen sözleşmenin içeriği değişmeden devri söz konusu olamayacaksa, yenileme yolu ile yeni bir borç, ilişkisi kurulabileceği, evvelce ifade edilmişti (Bkz. Birinci Bölüm “1.6.1 Yenilemeden Farkı” başlığı altındaki açıklamalar); Asıl sözleşme yenileme ile sona erdiğinden devredilemeyecekse de, yenilenen sözleşmenin devredilmesi mümkündür.

⁴⁴⁹ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1121; Yrg. 2 HD 2012/4592 E.-2012/27103 K. sayılı, 13.11.2012 tarihli kararı; Yrg. 19 HD 2011/2696 E.-2011/5196 K. sayılı, 19.04.2011 tarihli kararı (KAPANCI, s. 446); Yrg. 15. HD 2019/1063 E.- 2019/5070 K. nolu, 09.12.2019 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

⁴⁵⁰ Bu sözleşme YAVUZ/ACAR/ÖZEN tarafından “iç ilişki” veya “iç yüklenim sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 285).

Burada genellikle karşımıza çıktığı gibi, sonradan onay verilmesine dayalı olarak kurulan iç devir sözleşmesi merkeze alınmıştır. İç devir sözleşmesi, tarafların devre giden yolda, hukuki anlamda sonuç almak üzere yaptıkları ilk hukuki işlemdir.

1.8.4.1.1 Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliğinden bahsedilmiştir⁴⁵¹. Burada sözleşmenin devri sözleşmesinin ilk aşaması olan iç devir sözleşmesinden söz edilecektir. Sözleşmeyi devreden ve devralan arasında yapılan iç devir sözleşmesi, nedensel sözleşme olarak da anılmaktadır⁴⁵². Devredenle devralan arasındaki bu sözleşme, üçlü ilişkinin temelini oluşturmaktadır. Sözleşmenin devrinin ne zamandan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı, hak ve borçların neler olacağı, müşterek önerinin sözleşmede kalana sunulması için kimin başvuru yapacağı gibi önemli maddeler bu sözleşmede ele alınmalıdır.

İç devir sözleşmesi, devir taahhüdü içeren borçlandırıcı bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle asıl sözleşmeden çıkacak olan taraf, sözleşmeye girecek olan tarafa sözleşmedeki kendi durumunu sağlamayı taahhüt eder⁴⁵³. Aynı şekilde diğer taraf da sözleşmeden çıkacak olan taraf yerine sözleşmeye girecek olduğunu taahhüt eder. İç devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olma özelliği, hem devrin tamamlanmamış olması ve hem de devreden birinden fazla kişiyle iç devir sözleşmesini geçerli şekilde yapabilecek olmasından anlaşılır⁴⁵⁴. Bunlardan hangisinin önce yapılmış olduğuna bakılmayacaktır, sözleşmede kalan hangi devralan için onay beyanını ilk olarak vermişse, o devralan asıl sözleşmenin tarafı haline gelecektir.

⁴⁵¹ Bkz. Birinci Bölüm “1.4 Hukuki Niteliği” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁵² CENGİL, s. 120; Bu sözleşmenin devre yönelik “iç yüklenim sözleşmesi” olarak nitelendirildiği hakkında bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 285.

⁴⁵³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 596.

⁴⁵⁴ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 50; Tasarruf işlemlerindeki sırada öncelik ilkesi, borçlandırıcı işlemde yoktur.

Borçlandırıcı işlemlerin genel özelliği, kişinin tasarruf yetkisi bulunmasa dahi bunu yapabilecek olmasıdır. Ancak devir sözleşmesi devreden için bir tasarruf işlemi niteliği taşıdığından, devreden tasarruf yetkisine sahip olması gerekecektir. Bu bağlamda iç devir sözleşmesinin kurulduğu anda tasarruf yetkisine sahip olmayıp, “müşterek öneri” iradesinin sözleşmede kalana sunulmasına kadar geçecek süre içerisinde tasarruf yetkisinin kazanılmış olması da yeterli olacaktır⁴⁵⁵.

İç devir sözleşmesi devredenle devralanın uygun irade beyanlarını açıklamalarıyla kurulmuş olur. Bu sözleşme aynı zamanda sözleşmede kalana onay talebi için bir müşterek öneri sunumu yapmaya yöneliktir⁴⁵⁶. İç devir sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşmede kalandan talep edilip alınacak onayın, taraflarca birlikte mi, yoksa devreden ya da devralan tarafından mı talep edileceği belirsizdir. Her şekilde olabilecekse de; onay için başvuru yapanın devreden olması halin icaplarına daha uygun olmaktadır⁴⁵⁷.

Belki iç devir sözleşmesinden haberi dahi olmayan sözleşmede kalan için, bir üçüncü kişi birdenbire ortaya çıkacak ve sözleşme ilişkisinde devreden yerine geçmek üzere müşterek öneriyi sunacak ve onay talebini iletacaktır. Devreden öneriyi bizzat sunarak hem sözleşmede kalan tarafa devralanı tanıtmış olacak hem de sözleşmeden kaynaklanan borçlarından kurtulması için bir an önce devir sözleşmesinin yürürlüğe girmesini sağlamış olacaktır. Bu sayede sözleşmede kalan da devreden tarafın gerçekten devri isteyip istemediğine emin olabilecektir. Birlikte sunum ve onay talebi belki en ideal olanıdır ancak her zaman mümkün olmayabilir. Müşterek öneriyi devralanın tek başına sunması ve onay talebi de, özellikle görüşmeler baştan beri üçlü şekilde sürdürülmüşse makul olabilecektir. Ayrıca devir anının zamanlaması devralan taraf için önem taşıyacak

⁴⁵⁵ SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Özel), s. 125.

⁴⁵⁶ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 103: Ayrancı'ya göre bu anlaşma taraflar arasında kolektif icap yapmaya yönelik bir taahhüt işlemidir.

⁴⁵⁷ Onay talebinde bulunanın devralan olması halinde devreden temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği kabul edilebilir (İNCEOĞLU, C.1, s. 549 vd.).

ve bazı hakların kaybına yol açacak ise onayın alınmasında aktif rol oynaması yararınadır. Devredenın sunum için uygun olmadığı ve sunumun ve dolayısıyla devir sözleşmesinin kurulmasının gecikmesinin zarara yol açacak olması gibi hallerde⁴⁵⁸ devralanın da öneriyi iletmesi mümkündür.

Onayı hangi taraf talep ediyorsa diğerini temsilen talep etmiş⁴⁵⁹ ve almış olacaktır. Sunumun nasıl yapılacağı yönünde bir düzenleme olmadığından, her şekilde yapılabilecektir. Sözleşmede kalanın devre ilişkin temel bilgileri talep etmesi mümkündür ancak iç ilişkide kurulan sözleşme hakkında bilgi istenemez⁴⁶⁰.

Sözleşmede kalana götürülecek bu müşterek öneri henüz ulaştırılmadan önce, devreden ya da devralan devirden vazgeçtiğini açıklarsa bu, sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve borcun ihlali demektir⁴⁶¹. Karşı tarafa hâkimin müdahalesini talep etme hakkı verir⁴⁶². İç devir sözleşmesi kurulmuş ve sözleşmede kalan haberdar edilmişse bu teklif artık geri alınamaz⁴⁶³. Buna karşılık sözleşmede kalanın kendiliğinden haberdar olması durumu farklıdır. Onay verilecek olsa dahi devir gerçekleşmeyecektir. Zira öneri sunumu konusunda irade öneri sahiplerine aittir. Taraflar karşılıklı anlaşarak öneriyi geri alabilecekleri gibi, şartlarını da değiştirebilirler.

⁴⁵⁸ Bir alacağın zamanaşımına uğrayacak oluşu, kullanılması gereken bir yenilik doğuran hakkın düşecek olması gibi hallerde devir sözleşmesinin bir an evvel kurulması gerekecektir.

⁴⁵⁹ İNCEOĞLU (C.1), s. 549 vd.; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 103.

⁴⁶⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 285.

⁴⁶¹ Sözleşmede kalanın onayı sözleşmenin koşuludur. Bu koşul gerçekleşene kadar karşı tarafın (devredenın) ifaya zorlanması mümkün değildir. Bu noktada koşula bağlı sözleşme kurulmuş olduğu için hukuken etkilerini doğurmaya başlamakta ve taraflara, beklenen hakka zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümü yüklemektedir. Bu yükümlülüğün ihlali tazminat sorumluluğu doğuracaktır (OKUR, Sinan, Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 14.1, Sayfa: 31-101, s. 77).

⁴⁶² Böyle bir durumda hâkimin vereceği karar zararın tazmini olacaktır. Ancak bu noktada sözleşmede kalan durumu biliyor, devre onay veriyorsa ve davacının talebi de bu yönde ise devre karar verilebilmelidir.

⁴⁶³ CARRESI, Franco, La Cessione del Contratto, Giuffrè, 1950, s. 123; Burada sözü edilen geri alma, devreden ve devralanın müşterek iradeleriyle gerçekleşen bir geri almadır. Hazır olmayanlar arasında, geri almanın tekliften önce ulaşması hali ayrıktır. Bu durumda teklif yapılmamış sayılacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 10).

İç devir sözleşmesinin yapılmasından sonra sözleşmede kalan tarafından onay verilmemesi durumunda tarafların hak ve borçlarının neler olacağı konusunda yasada bir açıklık yoktur⁴⁶⁴. Onayın verileceği konusunda devralan kişiyi haksız yere inandıran devreden, devralanın sözleşmeye taraf olma umuduyla yaptığı masrafları karşılaması gerekir⁴⁶⁵. Devreden kişinin buradaki sorumluluğu sözleşmeye dayalı sorumluluktur, zira kendi aralarında geçerli olarak kurulmuş, şarta bağlı, ani edimli, konusu asıl sözleşmenin devri olan bir sözleşme bulunmaktadır. O şart sözleşmede kalanın devir sözleşmesine vereceği onaydır. Bu sözleşmenin sonucunda devrin gerçekleşmesi için dış devir sözleşmesinin onay verilerek yürürlüğe girmesi gerekecektir. Onay verilmemesi halinde, iç devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuramayacaktır⁴⁶⁶.

Sözleşme kurulmuş ancak onay eksikliğinden dolayı hükümsüz hale gelmiştir. Türk Borçlar Kanununun 172/2'ye göre koşul gerçekleşmezse alacaklı, elde ettiği yararları geri vermek durumunda olacaktır⁴⁶⁷. Devreden baştan beri

⁴⁶⁴ Türk Borçlar Kanunu m. 170/2 uyarınca aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, koşulun gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir. Bu itibarla koşulun gerçekleşmeyeceğinin kesin olarak anlaşılması, yani onay verilmediğinin ifade edilmesi halinde sözleşme imkânsızlık nedeniyle hükümsüz olacaktır (CİHAN, A. Hulki, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 11, Sayfa: 87-96, s. 90).

⁴⁶⁵ Buradaki zarar "menfi zarar" olabileceği gibi eğer hakkaniyet gerektiriyorsa "müspet zarar" da olabilir. Sözleşmeyi devredecek olan kişi, sözleşmede kalanın kendisinde yaratmış olduğu, rıza vereceği yönündeki haklı beklentinin kedisini yanılığa sevk etmesi sonucunda üçüncü kişiyle bir sözleşme yapmaya teşebbüs etmesi gibi hallerde hâkim tarafından değerlendirilecek duruma göre, TBK m. 35/2'de yer alan "*Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.*" hükmünün uygulanması söz konusu olabilir.

⁴⁶⁶ Bu sözleşmenin, onay verilmese dahi asıl sözleşmedeki alacakları devretmiş olduğu ve sözleşmede kalan kişi konumunda olan tarafa karşı devreden kişinin borçlarına katılmış olacağı ileri sürülmüştür (sözleşmenin eksik yüklenilmesi) (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 111). Tarafların amacı sözleşmeyi devretmek ve devralmak olduğundan ve bu dönüştürme amaca hizmet etmeyeceğinden, sözleşme teorisi adı verilen bu görüşe katılmak olası değildir. Ancak doğal olarak, taraflar yalnızca alacakları devretmiş/devralmış olabilecekleri konusunda iç devir sözleşmelerini dönüştürmeye hazır iseler, bunun geçerli şekilde yapıldığını kabul etmek gerekecektir.; Aynı yönde bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 103, dn. 81: "*Bu anlaşmanın hazırlık mahiyetinde olduğunu kabul etmemekte, yapılan anlaşmanın, sözleşmede kalan taraf rıza beyan etmese dahi hüküm ve sonuçlar doğurduğunu ileri sürmektedir.*" (DÖRNER, Heinrich, Dynamische Relativität, München, 1986, s. 135 vd'den naklen).

⁴⁶⁷ Bir karşılık alındıysa geri verilecektir (Türk Borçlar Kanunu m. 77 vd.); Koşul gerçekleşmiş gibi taraflar ifaya başlamışsa, örneğin kira sözleşmesinin kiracı tarafından devrinde, yazılı onay alınmadan evvel kiralanan devralanın kullanımına verilmişse iade edilecektir.

onay verilmeyeceğini biliyor idiye sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğu doğacaktır⁴⁶⁸.

1.8.4.1.2 Şekil

Borçlar hukukuna egemen olan ilkelerin başında “sözleşme özgürlüğü” ilkesi gelir. Şekil serbestisi de bu ilkenin bir uzantısıdır ve kural olarak, kanunda aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin geçerliliği şekle bağlı değildir⁴⁶⁹. Sözleşmenin devrini düzenleyen bir hükmün bulunmadığı 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde genel olarak, sözleşmenin devrine ilişkin hukuki işlemin yapılabileceği ifade ediliyor ve sözleşmenin devrinin, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre yazılı ya da sözlü olarak yapılabileceği, hatta bir davranış ile dahi (örtülü olarak) gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul ediliyordu⁴⁷⁰. Ancak sözleşmenin devrinin konusu olan asıl sözleşmenin, kanun gereği bir şekil şartına tabi olması durumunda, sözleşmenin devri işleminin de bir şekle tabi olup olmayacağı tartışmalı idi⁴⁷¹. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, asıl sözleşmenin şekle tabi olmasının devir sözleşmesinin de şekle tabi olmasını gerektirmediği, böyle durumlarda asıl sözleşmenin şekle bağlı olmasını düzenleyen hükmün amacının önem taşıdığı ifade edilmekteydi⁴⁷².

⁴⁶⁸SEROZAN, Rona, "Culpa in Contrahendo", "Aldın Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, 2.3: 108-129 (Culpa in Contrahendo), s. 110 vd.; EREN (Borçlar Genel), s. 1276 vd.; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 641 vd.; ERGÜNE/KURŞUN, s. 475.

⁴⁶⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 47; EREN (Borçlar Genel), s. 306; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 152; NOMER, s. 122; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 233; ZAPATA, s. 102; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 148; AYBAY, s. 33-34; ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 1, İstanbul, 2019, s. 195.

⁴⁷⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 109; SUBAŞI/YİĞİT, s. 150; Devre örtülü onay verilmiş olduğunun tespiti hakkında bkz. Yrg. 11. HD 2015/9764 E.-2016/4814 K. Sayılı, 28.04.2016 tarihli kararı (<https://www.kararara.com/>).

⁴⁷¹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s.113.

⁴⁷² AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 155.

Türk Borçlar Kanunu m. 205/3 hükmü bu tartışmalara son vermiş ve sözleşmenin devri anlaşmasının şeklini devredilen sözleşmenin şekline bağlı kılmıştır⁴⁷³.

Türk Borçlar Kanunu m. 205/3'te aranılan şekil şartı gereği, iç devir sözleşmesinin şekli asıl sözleşmenin şekline bağlıdır. Bu şekil şartından kasıt, kanunun asıl sözleşmenin geçerliliği için öngördüğü şekildir. Kanunun sözlü şekilde yapılmasına imkân tanıdığı bir sözleşmenin devri için yapılan sözleşme de sözlü şekilde yapılabilecek⁴⁷⁴, kanunun adi yazılı şekilde yapılmasını öngördüğü bir sözleşmenin devri için yapılan sözleşme ise adi yazılı şekilde olmak gerekecektir. Resmi şekilde yapılan bir sözleşmenin devri, örneğin noterce düzenlenmiş bir arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin devri sözleşmesinin de noterce düzenleme şeklinde yapılması gerekecek⁴⁷⁵, aksi halde devir sözleşmesi şekil noksanlığından ötürü geçersiz olacaktır.

Keza kefalet sözleşmesinin kefil tarafından devredilmesi halinde kanunun aradığı nitelikli şekil şartlarına uyulması gerekecektir (Türk Borçlar Kanunu m. 583-584)⁴⁷⁶. Buna göre kefil sözleşmeyi bir başka kişiye devrediyorsa,

⁴⁷³ Maddenin gerekçesi şu şekildedir; "... sözleşmenin devrinin geçerliliğinin, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğu ifade edilmektedir. Alacağın devrinde âdi yazılı şeklin yeterli olmasına ve borcun dış üstlenilmesinde ise, her hangi bir geçerlilik şekli aranmasına karşılık, sözleşmenin devri, sözleşmenin tarafı olma hukukî konumunun bir bütün olarak devir konusu yapıldığı göz önünde tutularak, devir konusu sözleşmeyle aynı geçerlilik şekline bağlı tutulmuştur." <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf> (Erişim: 10.01.2022). Gerekçe, sözleşme devrinin geçerliliği için, 205. maddede gerek alacağın devri gerekse borcun dış üstlenilmesinden daha ağır bir şekil getirmiş gibi yansıtılmıştır. Esasında asıl sözleşme sözlü olarak yapılabilen bir sözleşme ise, alacağın devri dahi yazılı şekilde yapılmak gerekmesine rağmen, iç devir sözleşmesi de sözlü olarak yapılabilecektir. Bu nedenle maddenin eleştirilmiş olduğu yukarıda belirtilmişti.

⁴⁷⁴ Yrg. 6. HD 2014/877 E. - 2014/11138 K. sayılı, 16.10.2014 tarihli kararında; "...Kira sözleşmelerinde şekil şartı olmadığından sözleşmenin devri bir şekil şartına bağlı değildir. Tarafların iradesinin uyduğu anda sözleşmenin devri gerçekleşmiş olacaktır.." diyerek bunu ifade etmiştir (Palmiye İçtihat).

⁴⁷⁵ Noterlik Kanunu 60. maddesi 3. fıkrasında: "Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak" noterlerin yapacağı işler arasında sayılmıştır.

⁴⁷⁶ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 217.

devralananın kanunda öngörülen hususları kendi el yazısı ile yazması gerekecektir⁴⁷⁷.

Tarafların kendi isteğiyle asıl sözleşmeyi daha ağır şekil şartına bağlı olarak yapmaları mümkündür. Örneğin adi yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşme, tarafların anlaşmalarıyla noter onaylı şekilde yapılabilir. Devir sözleşmesi için asıl sözleşmede aynı şeklin geçerlilik şartı olacağına kararlaştırılmış olduğu yönünde bir ibare yoksa devir sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmakla geçerli olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 13 hükmünün, geçerlilikleri yalnızca yasa ile şekil şartına bağlanmış olan sözleşmelerde yapılacak değişiklikler ile ilgili olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷⁸. Türk Borçlar Kanununun 13. maddesi Türk Borçlar Kanunu 17. maddesine göre tarafların iradi şekilde kararlaştırdıkları şekil sözleşmelerinin değiştirilmesinde uygulanmaz⁴⁷⁹. Taraflar bir sözleşmeyi yazılı şekilde yapmayı kararlaştırmış olsalar dahi bunu yazılı şekle uymadan değiştirebilirler⁴⁸⁰.

Buna karşın, öğretilde aksi görüş, hükümde geçen “*Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır*” ifadesini farklı

⁴⁷⁷ Buna karşılık kefalet sözleşmesi ferî olduğu için alacaklının alacak hakkını devretmeden salt kefalet sözleşmesini bir üçüncü kişiye devretmesi mümkün olmayacaktır.

⁴⁷⁸ ÖZBİLEN, s. 257; Taraflar iradi şekli geçerlilik koşulu değil de ispat koşulu olarak kararlaştırmışlarsa buna uymadan da geçerli şekilde sözleşmeyi kurabilirler (EREN (Borçlar Genel), s. 313).

⁴⁷⁹ EREN (Borçlar Genel), s. 334.

⁴⁸⁰ EREN (Borçlar Genel), s. 334, dn. 82'deki yazarlar; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 113-114; Hemen aşağıda bahsettiğimiz görüşümüz, sözleşmenin devrinde, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise iradi şekle uyulmasının gerekli olmadığı yönünde olmakla birlikte, bu konuda bir istisnanın var olduğunu belirtmek gerekir. Kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşme tarafların talebi uyarınca noter tarafından düzenlenmiş ise; bu sözleşmenin devri için tarafların notere başvurarak bu kez devir sözleşmesini “onaylama” işlem şeklinde yapmak istemeleri Noterlik Kanunu 81. maddesi gereğinde mümkün olmayacaktır. Anılan madde “*Tamamlanmasından sonra bir noterlik işleminin değiştirilmesi veya fesih ve iptal veyahut evvelki işin nitelik ve değeri değişmemek şartıyla düzeltilmesi, evvelki işlemin yapıldığı şekilde yeni bir işlemle yapılır.*” demektedir. Birinci Bölüm “5.2.4 Diğer Devir Engelleri” başlığı altında da sözü edildiği gibi, noterlik kurumunun işleyişi yönünden düzenleme getiren bu hüküm uyarınca devir sözleşmesinin de noterce düzenlenmesi gerekecektir.

yorumlamaktadır. Bu görüşe göre, burada kastedilen asıl sözleşme için kanunun öngördüğü şekil değil, tarafların tercih ettikleri şekildir. Diğer bir ifade ile taraflar asıl sözleşmeyi hangi şekilde yapmışlarsa, devir sözleşmesi de aynı şekilde yapılmalıdır⁴⁸¹.

Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu m. 205’de kastedilen şekil asıl sözleşmenin kanunen tabi olduğu şekildir. İç devir sözleşmesi de tüm sözleşmeler gibi, devreden ve devralan arasında özgürce yapılan ve şekli de özgürce ağırlaştırılabilen bir sözleşmedir. Ancak iç devir sözleşmesi bakımından, kanunla getirilen şekil şartı yerine, asıl sözleşmeyle ve o sözleşme sözleşenlerince öngörülen iradi ağırlaştırılmış şeklin devralana dayatılması yerinde olmayacaktır⁴⁸². Devralanın iç devir sözleşmesi yapılırken uymak durumunda olduğu kanuni şekilden daha ağır şekil şartına tabi tutulması, yapılan sözleşmenin geçersiz olması yaptırımıyla karşılaşmasına neden olabilecek ve bu da hakkaniyetli olmayacaktır⁴⁸³.

Sonuç olarak sözlü olarak yapılması halinde geçerli olacak bir sözleşmenin, yine sözlü bir iç devir sözleşmesiyle devri, devir sözleşmesi için

⁴⁸¹ İNCEOĞLU (C.1), s. 565: “*Bilindiği üzere devir sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 205. maddenin 3. fıkrası uyarınca asıl sözleşmenin geçerliliğine tabi tutulmuştur. Eğer noterden yapılmış bir kira sözleşmesine ilişkin olarak yazılı devir sözleşmesi yapılırsa veya kira sözleşmesi yazılı olarak yapıldığı halde devir sözleşmesi sözlü olarak gerçekleşirse devir geçersiz olacaktır.*”; ÇELİKBOYA, s. 158: “*TBK m. 17 uyarınca taraflar iradi olarak sözleşmenin yazılı şekil şartından daha ağır bir şekle, örneğin imzaların noter tarafından onaylanması veya sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi gibi, tabi tutulmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda da tarafların belirlediği bu şekil şartı, kanuni şekil şartının yerini alacağından sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmayacaktır.*”.

⁴⁸² Devredilmek istenilen sözleşme yasal olarak bir şekil şartına tabi tutulmuşsa devri de bu şekil şartına bağlı olarak yapılmalıdır. Bu kural, geçerliliği yalnız yasa tarafından şekil şartına bağlanmış sözleşmeler için geçerlidir. Sözleşme iradi olarak şekil şartına tabi tutulmuşsa, devir anlaşmasının bu şekle uyularak yapılması gerekmez (ÖZBİLEN, s. 260-261); Devralan, asıl sözleşmenin tarafı değildir. Asıl sözleşmede ağırlaştırılmış şekle karar verenler sözleşmenin ilk taraflarıdır. Bu şekil şartının devralan tarafından kabul edilmesi ve bu şekle uyulması elbette mümkündür ancak ona karşı bağlayıcı olduğu ileri sürülemez.

⁴⁸³ Yasal olarak geçerlilik şartı öngörülmüş ve sözleşme iradi olarak şekle tabi tutulmuş ise öngörülen bu şekil kuralı geçerlilik değil, ispat şekli olarak kabul edilmelidir (CAMCI, Sinem/ŞEKER, Muzaffer, Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2021, 20.41, Sayfa: 783-806, s. 787).

şekil şartı olarak ağırlaştırılmış bir şekil asıl sözleşme taraflarınca şart koşulmamış ise, sağlanabilecektir.

Ancak devredenin devir için hiç bir karşılık almadığı, asıl sözleşmeyle üzerine düşen tüm borçları gereği gibi ifa ettiği durumda, asıl sözleşmeyi bağışlama niyetiyle devretmek üzere yapılmış bir iç devir sözleşmesi var demektir ve Türk Borçlar Kanunu m. 288/1 uyarınca iç devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Keza eğer devir işleminin niteliği, bağışlama, taşınmaz ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karşı ediminin ifası yönünde ise sözleşmenin resmi şekilde kurulması gerekecektir⁴⁸⁴.

Doğaldır ki, devir sözleşmesinin, asıl sözleşmenin şeklinden daha ağır bir şekilde yapılmasına hiçbir engel yoktur. Buna göre, sözlü bir sözleşmenin devri yazılı olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı şekilde yapılması gerekli bir sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme noter onaylı olarak da yapılabilir.

Devir sözleşmesinin şekli konusunda öğretide bazı tereddütler, sözlü olarak kurulmuş olan sözleşmeler açısından dile getirilmiş ve alacağın devrinin dahi yazılı şekle tabi tutulduğu hukukumuzda, alacak ve borçları bütünüyle geçiren devir sözleşmesinin en azından yazılı şekil şartına tabi tutulmamış olması haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁸⁵. Eleştirilere karşı, alacağın devrinden farklı olarak sözleşmenin devrinde sözleşmede kalanın rızasının da aranmak zorunda olduğu ve sözleşme tarafını düşünmeye sevk etmek amacıyla şekil şartı getirmenin burada pratik bir fayda sağlamayacağı savunulmuştur⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ ACEMOĞLU, s. 51; ÇELİKBOYA, s. 158.

⁴⁸⁵ İNCEOĞLU (C.1), s. 533.

⁴⁸⁶ AYRANCI'ya göre, alacağın devri işleminin şekle bağlı olması esas alınarak, sözleşmenin yüklenilmesi işleminin de şekle tabi olması gerektiği ileri sürülemez çünkü sözleşmenin devrinde karşı tarafın da rızası alınmak zorundadır (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 113-114, dn. 136 ve 137'deki yazarlar).

1.8.4.2 Dış Devir Sözleşmesi

Sözleşmenin iradi devri, yalnızca devreden ile devralan arasındaki bir anlaşma ile mümkün olmaz. Bu anlaşma gerekli ama yeterli değildir; zira bu anlaşma sözleşmede kalan tarafı bağlamaz. Bu anlaşmanın sözleşmede kalan kişi bakımından hüküm ifade etmesi için ya bizzat bu kişinin kendine özgü üç taraflı bu sözleşmeye katılması ya da devreden ile devralan arasında kurulan sözleşmeye rızasını, bu anlaşmadan önce (ön izin) veya sonra (onay) beyan etmesi gerekir⁴⁸⁷. Sözleşme üzerinde tasarruf etme yetkisi sözleşmede kalanın da elindedir, bu nedenle salt devreden ve devralan arasındaki sözleşme tek başına devir sonucunu doğurmaz, devreden ve devralanın sözleşmede kalanla da anlaşması gereklidir. Bu suretle taraflar arasında meydana gelen hukuki ilişki, yeni tarafın (devralanın), iki taraflı bir sözleşmeyle başka bir iki taraflı sözleşmeye geçişini sağlayan üç taraflı bir ilişkidir⁴⁸⁸. Bu aynı zamanda sözleşme özgürlüğü ilkesi içinde yer alan, kişinin sözleşmenin karşı tarafını kendi iradesi doğrultusunda hür bir şekilde seçme hak ve özgürlüğüyle de uyumludur⁴⁸⁹.

Dış devir sözleşmesi sözleşmede kalanın onayının alınmasıyla kurulmuş ve böylece tamamlanan devir sözleşmesi de yürürlüğe girmiş olur. Dış devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Yukarıda da belirtildiği gibi yasa, onay beyanı verilmesi için devreden mi yoksa devralanın mı sözleşmede kalana başvuracağı, başvuru için tanınan azami süre, rızanın ya da iznin şekli ve içeriği, sonrasında yapılacak bildirim niteliği gibi konulara açıklık getirmediği ve örtülü boşluk içerdiği için eleştirilmektedir⁴⁹⁰. Aynı şekilde önceden verilen izne dayanılarak

⁴⁸⁷ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 430-431; EREN (Borçlar Genel), s. 1421-1422; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1054; NOMER, s. 541-542; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, 595 vd.; ZAPATA, s. 432; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 763-764; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 97.

⁴⁸⁸ KESMARKI-MESZAROS, s. 9.

⁴⁸⁹ İradi devir dışındaki devirlerde durumun farklı olduğu, ilke olarak kanuni devirde rıza gerekmediği (bkz. Birinci Bölüm “1.7.1 Kanuni Devir” başlığı altındaki açıklamalar), hükmen devirde de mahkeme yolu ile rızanın verilmiş sayılacağına hükme bağlanabileceği (bkz. Birinci Bölüm “1.7.2 Hükmen (Mahkeme Kararı İle) Devir” başlığı altındaki açıklamalar) açıklanmıştır.

⁴⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 651 vd.; MERAL, s. 344; Hollanda Medeni Kanunu (BW) m. 3:94’da (<http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/>) olduğu gibi, tarafın onayı için şekil şartı aranmayacağı

yapılan devir sözleşmesinin ne zaman kurulmuş olacağı yönünde de bir açıklık bulunmamaktadır. Uluslararası düzenlemeler ve bazı ulusal kanunlarda olduğu gibi⁴⁹¹, devrin yürürlüğünün, sözleşmede kalana bildirimle başlayacağı yönünde Türk Borçlar Kanunu m. 205'e bir ekleme yapılması yerinde olurdu⁴⁹².

Sözleşmede kalana yapılacak müşterek öneri sunumunun iki taraf adına devreden tarafça yapılmasının, olması gereken olduğu⁴⁹³, devralan tarafından da yapılmış olsa bunun yine devreden adına da temsilen yapılmış olacağı, buradaki temsilin doğrudan temsil olduğu⁴⁹⁴, sonuç olarak sunumun birlikte yapılmış olduğu gerçeğinin değişmeyeceği ifade edilmişti.

Devreden bizzat harekete geçmesi uygun olandır, zira sözleşmede kalan taraf, devralanı belki hiç görmemiş, tanımamıştır. Bu noktadan sonra sözleşme ilişkisine kaldığı yerden birlikte devam edeceği, muhatabı olacak ve hem de dış devir sözleşmesi için icabını kabul edeceği bir kişinin (yeni tarafın), devreden

hükme bağlanabilirdi (Hoge Raad (HR) 13.03.1978, 1978/325 sayılı ve 23.04.1999 tarih ve 1999/497 sayılı kararları).

⁴⁹¹ PECL ve DCFR ilkeleri devre önceden izin verilmiş olunmasını kabul eder ancak bu durumda devir sözleşmesi, sözleşmede kalana bildirildikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. PICC ilkelerine göre de rıza önceden verilmiş olabilir, bu durumda devrin yürürlüğe girmesi sözleşmede kalana bildirimle ya da bu kişinin durumu öğrenmesiyle başlar. Aynı yönde, İtaCC m. 1407, BW 3:57, CCF m. 1216/2 hükümleri uyarınca taraflar, asıl sözleşmeyi yaparken sözleşmenin devredilebileceğini belirtebilirler, bu ihtimalde devir, sözleşmede kalan tarafa karşı, sözleşmenin devrolunduğunun kendisine bildirilmesiyle birlikte hüküm ifade eder.

⁴⁹² Mevcut durumda kanunun bu gibi konuların belirlenmesini, sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların iradesine bırakmış görünmektedir. Taraflar bu konuda bir anlaşmaya varmamışlarsa, aralarında bir ihtilaf vukuu halinde, bu konuların hâkim tarafından çözüme kavuşturulması gerekecektir.; Sözleşmede kalan tarafın önceden verdiği izin ile birlikte devir için kendisine bildirim yapılmasını şart koşması mümkündür, bu durumda bildirim yapılmadıkça devir yürürlüğe girmeyecektir (YANIK, Aybüke, İş Sözleşmesinin Devri, Özyeğin Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 25); Sözleşmede kalan taraf, önceden verdiği izin ile birlikte devir için kendisine bildirim yapılmasını şart koşmamış ise, kanun böyle bir zorunluluk getirmediğinden devir işleminin yürürlüğe girmesine engel bulunmayacaktır (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 106; CENGİZ, s. 23 vd.; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 51).

⁴⁹³ STIM, s. 43: Amerikan hukukuna göre; bildirim yapmak devreden görevi olmalıdır, zira aksine anlaşma yoksa bu bildirim sayesinde sorumluluklarından kurtulması söz konusu olacaktır.

⁴⁹⁴ TUNÇOMAĞ, s. 403; İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009 (Temsil), s. 7: “Temsil bir hukuki işlemi temsilci olarak nitelendirilen kimsenin, temsil olunan denilen bir başka kimse adına ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının temsil olunanın üzerinde doğmasının sağlanmasıdır.” Ayrıca yazar devamla, “Burada doğrudan temsilin tanımına yer verilmiştir. Esasen temsil denilince de bundan doğrudan temsil anlaşılmaktadır.” diyerek genel anlamda “temsil” ifadesinden doğrudan temsilin anlaşılması gerektiğini, aksi durumda bunun belirtilmesi gerektiğini ifade etmiş olmaktadır.

tarafından olması gerektiği gibi sözleşmede kalana tanıtılması uygun olan yoldur. Ayrıca devreden bu konudaki gerçek isteklerini, özgür irade ile devre girdiğini sözleşmede kalanın anlayabilmesi ve emin olabilmesi açısından da gereklidir.

Önceki bir ilişkiye yeni başlayacak olan tarafların, aralarında tesis edilecek güvene dayalı ilişkinin temellerinin daha sağlıklı atılabilmesi anlamında, evvelce de belirtildiği gibi ideal olanı iç ve dış devir sözleşmelerinin aynı anda üçlü olarak kurulmasıdır. Bu imkânın yaratılması ile devir sözleşmesine verilecek onayın şekli konusundaki tartışmalar da önemini yitirmiş olacaktır.

Aynı anda üçlü şekilde anlaşma imkânı yoksa iç devir sözleşmesinin kurulmasıyla oluşturulan “müşterek önerinin” sözleşmede kalana sunumu yapılmalıdır. Sözleşmede kalana bildirim ile onay için bir süre verilebilir. Böyle bir süre verilmemişse, kanunda da herhangi bir süre öngörülmediğinden, makul sürede cevap verilecektir⁴⁹⁵. Bu sürede onay verilmez ise, sözleşmede kalanın onayı reddetmiş olduğu varsayılacaktır⁴⁹⁶.

1.8.4.2.1 Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliğinin açıklandığı ilk bölümde değinildiği üzere⁴⁹⁷; sözleşmede kalan bakımından dış devir sözleşmesinin, kural olarak değiştirici yenilik doğuran bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁸. Ancak bu söylem her durum için geçerli olmaz. Sözleşmenin devri için kanun üç tür yapılanma öngörmüştür.

Sözleşmenin devrine sonradan onay verilmesi halinde sözleşmede kalanın yenilik doğuran bir hakkı kullanmış olduğu ileri sürülebilir. Şöyle ki; sonradan

⁴⁹⁵ Onay beyanı, Türk Medeni Kanunu m. 2 çerçevesinde, dürüstlük kuralına uygun şekilde, “makul süre”de açıklanmalıdır (AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, 2021, s. 525).

⁴⁹⁶ İNCEOĞLU (C.1), s. 551.

⁴⁹⁷ Bkz. Birinci Bölüm “1.4 Hukuki Niteliği” başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁹⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 616-617.

onay verilmesi halinde, öncelikle devreden ve devralan iç devir sözleşmesini kurarlar ve müşterek öneri onay için sözleşmede kalana iletilir. Bu noktada iki olasılık vardır: sözleşmede kalan onay verecektir ya da vermeyecektir. Bu karar sözleşmede kalana aittir ve o an kilit noktadadır. Onay vermezse devir gerçekleşmeyecektir. İşte bu durumda sözleşmede kalan, diğerlerinin hakları üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olur⁴⁹⁹. Bu bir haktır ve o hakla devreden ve devralanın taraf sıfatları üzerinde tasarruf eder. İç devir sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kendisine sunulan bu hak ile eğer onay verecekse, tek taraflı beyanıyla sözleşme tarafını değiştirmiş olur. Burada değiştirici yenilik doğuran hakkın varlığından bahsedilebilir.

Aynı şekilde onay vermeyi reddederse, mevcut durum değişmeyecek olmakla beraber, bu kez de iç devir sözleşmesiyle ortaya konulan iradenin sonuca varmasına engel olacak⁵⁰⁰, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmış olduğu söylenebilecektir. Oysa devir sözleşmesinin üçlü şekilde kurulması ya da ön izin verilmiş olmasında durum farklıdır.

Ön izin verilmiş olmasında, bazı hallerde bu izin geri alınabileceği gibi⁵⁰¹, yenilik doğuran haklardan farklı olarak bu izin baştan şarta da bağlanabilir. Sözleşmede kalanın katılımıyla devir sözleşmesinin kurulması halinde de tek taraflı olarak bir hakkın kullanılması söz konusu olmaz, devir sözleşmesi üçlü iradeyle eş zamanlı olarak kurulmuş olur.

Diğer taraftan sözleşmede kalanın onayı ile kurulacak dış devir sözleşmesini geciktirici koşul olarak değerlendirdiğimizden; onay verilirse devir

⁴⁹⁹ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 78, dn. 92.

⁵⁰⁰ Burada da yine devreden ve devralanın haklarına etki etme konusunda tasarruf yetkisi (hakkı) vardır.

⁵⁰¹ Bazı koşulların varlığında ön izin geri alınabilir, özellikle karşılıklı anlaşma ile geri alınabileceğinde duraksama yoktur. Oysa yenilik doğuran haklar kullanılmakla sona erer, geri alınmazlar (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 256 vd.).

sözleşmesi geçerli olarak yürürlüğe girecek, verilmezse herhangi bir hüküm doğurmayacaktır⁵⁰².

Dış devir sözleşmesini oluşturan onayın, devir sözleşmesi açısından kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğunun tartışmalı olduğu ifade edilmişti. Kanaatimizce onay, tasarruf işlemi olan dış devir sözleşmesi açısından kurucudur. Diğer yandan iç devir sözleşmesinin de hüküm doğurmasını ve yürürlüğe girmesini sağlar.

1.8.4.2.2 Kurulma Yöntemi

Türk Borçlar Kanunu m. 205 rıza verilmesi ile kurulan dış devir sözleşmesi için üç tür yapılanma öngörmüş olduğundan, şekil konusunu da üç ayrı olasılığa göre incelemek uygun olacaktır:

1.8.4.2.2.1 Ön İzin Verilmiş Olması

Taraflar asıl sözleşmeye, devrin mümkün olabileceğine dair bir madde koyabilirler⁵⁰³. Böyle bir durumda sözleşmede kalanın ilke olarak sözleşmenin devredilmesine itirazı olmayacağını baştan beyan ettiği, izin verdiği söylenebilir. Yine de devir söz konusu olduğunda, bundan böyle muhatabı olacak olan kişinin şahsı konusunda sözleşmede kalanın söz hakkının var olduğunu kabul etmek lazımdır.

Her hal ve şartta kim devralacak olursa olsun itiraz edilmeyeceğinin peşinen kabul edildiğini varsaymak, kişinin dilediği kişiyle sözleşme kurabilmesi özgürlüğünü de içine alan sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısında, ağır bir sonuç olacaktır⁵⁰⁴. Örneğin sözleşmenin devrolunacağı taraf, sözleşmede kalan tarafla

⁵⁰² CİHAN, s. 90.

⁵⁰³ AYBAY, s. 199; Sözleşme sözlü olarak kurulmuş, ön izin de sözlü olarak verilmiş olabilecektir.

⁵⁰⁴ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 207: “Üstlenenin kim olduğunu biliyor ise, alacaklının rızasını önceden vermesi mümkün ve geçerlidir (Aynı yönde bkz. PECL. m. 12:101 [2] ve PICC.

önceden husumet yaşamış olabilir⁵⁰⁵. Böyle bir durumda sözleşmede kalan tarafı buna uymakla yükümlü kılmak hakkaniyetli olmayacaktır. Sözleşmenin devri konusunda önceden izin veren şartın varlığında, ilke olarak devre itiraz edilemeyeceği ancak taraf seçimi konusunda sözleşmede kalanın söz hakkı sahibi olduğunun kabulü gerektiği düşünülmektedir⁵⁰⁶. Zira sözleşmede kalan tarafın, devralacak olan yeni kişinin sözleşmeyi gereği gibi yürütüp sona erdireceği konusunda da bir kanaate sahip olup olmadığını gözden geçirerek karar vermesi, daha sonra yaşanacak uyuşmazlıkların önüne geçilmesi bakımından da yerinde olacaktır.

Ön izin verilmiş ve bunun herhangi bir koşula bağlanmamış olduğu durumda, sözleşmenin, sözleşmede kalandan ifanın beklenmemesini haklı kılacak bir kişiye devri, örneğin ticari itibarı olmayan veya iflasın eşiğinde olan bir kişiye devri halinde, sözleşmede kalana itiraz hakkı tanınmasa dahi, sözleşmede kalan en

m. 9.2.4). Ancak, alacaklının gelecekteki her borçlu değişimini önceden kabul ettiğine dair verdiği peşin rıza, alacaklının gelecekteki iktisadi ilişkilerini olduğu gibi ambargo altına almış olacağından ve kişi özgürlüklerine aşırı dokunacağından Türk Medeni Kanununun m. 23 (İsviçre Medeni Kanunu m. 27) hükmüne aykırıdır ve caiz değildir. Diğer bir deyişle alacaklı, üstlenenin kim olduğunu bilmeden global bir rıza vermişse, kanımızca bu rıza geçersizdir.”; Öğretide “açık rıza”, battaniye rıza” ya da “şemsiye rıza” olarak adlandırılan genel ve geniş kapsamlı rızanın bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar için bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 207 vd.; Söz konusu izin, daha başta somut bir sözleşmenin devri sözleşmesi için verilebileceği gibi, genel ve soyut bir izin şeklinde de verilebilir (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1161).

⁵⁰⁵ Normal koşullarda sözleşmede kalan tarafın, kesinlikle bir sözleşme ilişkisine girmeyeceği kişiyle, kasıtlı olarak karşılıklı bırakılması da ihtimal dahilindedir. Devralanın, ifa kabiliyeti düşük, ticari itibarı kalmamış veya iflasın eşiğine gelmiş biri olması gibi olasılıklar da akla gelebilir.

⁵⁰⁶ Aynı yönde bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 101, dn. 75, “sözleşmeyi yüklenmek isteyen şahıs önceden belli olmadığından sözleşmede kalan tarafın şahsının onaylanmasının saklı tutulması gerekir” (PIEPER, Helmuth, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln und Berlin, 1963’den naklen); SÜZEK, s. 344 vd.: “BK 429/1’de iş akdinin devrinde işçinin yazılı rızasından söz edilmesine karşın bu rızanın ne zaman alınması gerekeceği ve üçlü sözleşmenin veya işverenler arasındaki anlaşmanın şekli konusunda herhangi bir açıklık yer almamıştır. Borçlar Kanununun 205. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir”; Her ne kadar BK’nın bu hükmü esas alınrsa önceden verilen izne dayanarak iş akdinin devrinin mümkün olduğu ileri sürülebilirse de, işçinin iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan bir işyerinde çalışmaya başlaması, devralan işverenin mali yönden güçsüz olması nedenleriyle haklarının tehlikeye girebileceği gibi ihtimaller dikkate alındığında, önceden verilen rızanın iş ilişkilerinde geçerli olmayacağı kabul edilmelidir. Esasen daha önce görüldüğü gibi, geçici iş ilişkisinde dahi yazılı rızanın devir sırasında alınması gerektiği (İK 7/1) göz önünde tutulursa, iş akdinin başka bir işverene sürekli devredilmesi halinde bu rızanın önceden alınamayacağı, iş ilişkilerinde sözleşmenin devri sırasında alınmasının gerektiği kabul edilmelidir.

azından haklı nedenle sözleşmeden dönebilmeli ya da sözleşmeyi feshedebilmelidir⁵⁰⁷. Ayrıca devredenin kendisine verilen bu hakkı kötüye kullandığı tespit edilirse, bu davranışı Türk Medeni Kanunu m. 2 gereği yaptırımla karşılanmak gerekecektir⁵⁰⁸.

Tarafların devredilebilirlik konusunda birbirlerine önceden izin vermiş oldukları durumda, bu beyanın dış devir sözleşmesi için icap ve devir anının iç devir sözleşmesinin icabı kabul ile kurulduğu an olduğunu kabul etmek gerekir. Burada sözleşmede kalana yapılacak olan bildirim yalnızca durumu bildiren bir beyan olacaktır⁵⁰⁹. Böyle bir beyana muhatap olan sözleşmede kalan, şayet devralanın şahsına bir itirazda bulunacaksa bunu derhal bildirmelidir. Sözleşmede kalanın bu itirazıyla karşılaşan devreden ya da devralanın, sözleşmede kalanın geçerli bir gerekçe olmaksızın devre itiraz ettiğini düşündükleri durumda, işyeri kiralarında kira ilişkisinin devrinde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu m. 323/1'e kıyasen, hâkimden itirazın haklı nedene dayanmadığının tespiti ve hükmen devre karar vermesi istenebilmelidir⁵¹⁰.

Yukarıda bahsedilen, sözleşmede kalanın kendisine yapılan bildirim yapacağı itirazın varlığı halinde, sözleşmenin ifasına başlanamayacak ve ortadaki çekişmenin hâkim müdahalesiyle çözülmesi gerekecektir. Bu noktada mahkemeye başvurma konusunda iki tarafın da (devreden ve devralan) yetkili olması gerekir,

⁵⁰⁷ ÇELİKBOYA, s. 393-394.

⁵⁰⁸ Türk Medeni Kanunu m. 23/2'deki sınırlamaya karşı kişiliğin koruması hükmü gereği; kişinin özgürlüklerini kendi kişilik haklarını zarara uğratabilecek şekilde sınırlamasına karşı kanunun getirdiği koruma gereği yaptırım da burada uygulama alanı bulabilir. Bu gibi hallerin varlığında devrin geçersizliği ileri sürülebilecektir.

⁵⁰⁹ İtaCC, Hollanda Medeni Kanunu ve ÇR'de bu konuda açık hüküm bulunmaktadır. İtaCC m. 1407'ye göre devre önceden izin verilmiş olduğu durumda devir, sözleşmede kalana bildirildiği andan itibaren hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Hollanda Medeni Kanunu BW m. 3:57'ye göre, devir işlemi önceden verilen izne dayanıyorsa, devir anlaşması yapıldığı, yazılı bir bildirimle sözleşmede kalana yapıldığı an devir, hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Asıl sözleşme kurulduğu veya ayrıca ön izin verildiği aşamada, bu kuralın aksi elbette ki kararlaştırılabilir. Yine CCF m. 1216/1/1 ve ÇR m. 1897/1'ye göre devir sözleşmesi, rızanın önceden verildiği durumda, devir sözleşmesinin sözleşmede kalan tarafa, devreden tarafından bildirilmesi ya da devralan tarafından taraf sıfatının belgelendiği anda yürürlüğe girecektir.

⁵¹⁰ Sözleşmede kalanın devre itirazı ile korumak istediği menfaat ile devredenın sözleşmeyi devretmesi ile korumak istediği menfaati arasındaki karşılaştırma sonucuna göre karar verilecektir.

zira devir sözleşmesi geçerli şekilde kurulmuştur. Devralan, taraf konumuna gelmiş, davayı açma hakkını kazanmıştır⁵¹¹.

Doğal olarak, iç devir sözleşmesinin yapıldığı andan, sözleşmede kalan tarafa yapılacak olan bildirim kendisine ulaşmasına kadar geçen zamanda sözleşmede kalan taraf, ifa ettiği borçlardan kurtulmuş olacaktır. Sözleşmede kalan, devir sözleşmesinin şartları ya da yan unsurlar hakkında yorum yapamayacak, yalnızca itirazı olup olmadığını beyan edecektir⁵¹². Görüşümüz, bu noktada sözleşmede kalana belli şart ya da şartlar ileri sürebilme hakkı tanınması gerektiği yönündedir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında bu mümkün olmalıdır. Yasal çerçevedeki taleplerin, diğer taraf iradeleri ile de uyuşması halinde geçerli olmaması için neden yoktur. Doğal olarak sözleşmenin yenilenmesine varan değişiklikler yapılmaması gerekir⁵¹³.

Son olarak asıl sözleşmede rızanın şarta bağlı olarak verilebileceği belirtilmelidir⁵¹⁴. Örneğin devralacak kişinin X meslek grubuna mensup olması ya da Y derneği üyesi olması gibi. Bunlar dışında bir üçüncü kişi seçiminde onay verilmemiş sayılır ve bu kişiler asıl sözleşmenin tarafı haline gelemezler.

⁵¹¹ Türk Borçlar Kanunu m. 323/1'de işyeri kiralalarında kiraya veren haklı neden olmadıkça rıza vermekten kaçınmaz, eğer kaçınıyorsa kiracı dava açacaktır. Burada davayı kiracı açabilir zira hâkim kaçınmanın haklı nedene dayanmadığının tespiti ile hükmen devre karar verene kadar devralan üçüncü kişi olarak dışarda durmakta ve sözleşme ilişkisine girememektedir.

⁵¹² DVORÁK, s. 127.

⁵¹³ KAHVECİ, Nalan, 6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Özel Sayı, 2017, 19.3, Sayfa: 695-728 (Kira), s. 719-720: "*Kural, kira sözleşmesinin, içeriğinde herhangi bir değişiklik olmaksızın devralan kişiye geçmesi olmakla birlikte, kiraya veren ile devralan kişinin kira sözleşmesindeki koşulları değiştirmek konusunda anlaşmaları mümkündür. Bununla birlikte devir tarihinden sonra kiraya veren ve devralan kiracının, kiracının yükümlülüklerini arttırmaya yönelik yaptıkları anlaşmalardan devreden kiracı sorumlu tutulamayacaktır.*"

⁵¹⁴ Aynı yönde bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 108.

1.8.4.2.2.2 İç ve Dış Devir Sözleşmesinin Aynı Anda Yapılması

Asıl sözleşme tarafları ile devralacak olan tarafın üçlü olarak anlaşması da mümkündür. Bu durumda hem iç ve hem de dış devir sözleşmesi aynı anda kurulmuş olur. Sözleşmenin devri için en sağlıklı yolun bu olduğu ifade edilmişti.

1.8.4.2.2.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Verilmesi

Bazı sözleşmelerin devri için sonradan onay verilmesi söz konusu olmaz. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16 uyarınca rıza beyan edilmesi ya da devirden sonra onay verilmesi söz konusu olmayacaktır, zira anılan madde uyarınca ihale sözleşmesi ancak baştan yazılı izin alınarak devrolunabilir. Sözleşme izinsiz devrolunursa, asıl sözleşme için fesih hükümleri uygulanır⁵¹⁵.

Yine İş Kanunu m. 7/son uyarınca devirle geçici iş ilişkisi kurulması için işverenin, işçinin rızasını en geç “devir sırasında” yazılı olarak alması gerekir, sonradan alınan rıza geçerli olmayacaktır.

Bu gibi haller dışında sözleşmenin devrinin sonradan alınacak onayla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Önceden izin alınmadan yapılan iç devir sözleşmesi, sözleşmede kalan kişi devre onay verene kadar yürürlüğe girmeyecek, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamayacaktır⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 16 “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. ...”

⁵¹⁶ Bir görüşe göre sözleşmede kalan tarafın onay vermemesi halinde devralacak olan kişi yalnızca bu sözleşme ilişkisinden doğan “alacakları” devralmış olur, zira alacakların devri için borçlunun onayına ihtiyaç bulunmamaktadır. Büyük olasılıkla kombinasyon teorisi savunucularının ortaya attığı bu çözüm birlik teorisince kabul görmeyecek ve ayrıca asıl isteği sözleşmeyi devralmak olan taraf için bu durum isteği karşılamayacaktır. Evvelce de belirtildiği gibi, kendi isteği bu doğrultuda olmaksızın kişinin alacakları devraldığının kabulü, karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi alacağın/alacakların devri sözleşmesine dönüştürmedikleri sürece, mümkün olmayacaktır (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 111); Onay alınmasıyla birlikte, aksine anlaşma yoksa hüküm ve sonuçlar geçmişe etkili (ex tunc) olarak doğacaktır. Geçmişe etkinin başlangıç anı da iç devir sözleşmesinin kurulma anıdır (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1161).

Kanun koyucu onayın şekli bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Bir hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı yorumun esas olması ilkesinden hareketle, sözleşmede kalan tarafın, taraf sıfatını devreden ve devralanın uymak zorunda olduğu şekil şartına uyması gerekmeden izin veya onay verebileceği kabul edilmelidir⁵¹⁷. Esasen sözleşmede kalan tarafın hak ve yükümlülüklerinde bir değişiklik olmamaktadır⁵¹⁸. Sonuç olarak onay beyanının sonradan verilmesi halinde rıza şekle tabi olmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 205/3 hükmü ile getirilen şekil şartı iç devir sözleşmesine ilişkin kabul edilip, onaydan ibaret dış devir sözleşmesi bunun dışında tutulmalıdır⁵¹⁹. Şeklin kamu düzenine ilişkin olması veya kişiyi ikaz işlevi görmesi nedeniyle, onay için de bu şekle uyulmasını aramak gerektiği ileri sürülmekteyse de⁵²⁰, onay için şekil şartının var olduğu kabul edilirse, geçerli şekilde yapılmış bir devir sözleşmesinin yalnızca onay ya da iznin şekle uygun olmaması sebebiyle geçersizliğinin yolu açılmış olur ki kanun koyucu devir sözleşmesine açıkça şekil şartı koymuşken izin ya da onay için bir şekil öngörmediğine göre, bu izin ya da onay örtülü dahi olabilecektir⁵²¹.

Sözleşme ilişkisinin fiilen devralanla sürdürülmesi devre örtülü şekilde onay verildiği anlamına gelmelidir⁵²². Aksi halde sözleşmenin devrine devam eden süreçte sergilediği davranışlarıyla örtülü olarak onay vermiş olan sözleşmede kalan kişi, salt bu şekil noksanına dayanarak sözleşmenin devrini geçersiz

⁵¹⁷ OĞUZMAN-ÖZ (C.2), s. 618; aynı görüş için bkz. NOMER, s. 542; aksi yönde, KAHRAMAN (Borcun Nakli), s.131: “...şeklin amacından hareket edilerek, şeklin kamu düzenine ilişkin olması yahut kişiyi ikaz işlevi görmesi sebepleriyle, onay için de bu şekle uyulmasını aramak gerekir.”

⁵¹⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 114 (WAGNER, s. 694; DÖRNER, Anfechtung, s. 2916, 2918 ve Dynamische, s. 135 vd., 187 vd.’dan naklen): “Sözleşmede kalan taraf sözleşmeyi devrenle yüklenen arasında gerçekleşen değer kaymasına katılmamaktadır.”

⁵¹⁹ Hollanda Medeni Kanunu m. 3:94’te açıkça düzenlenmiş olduğu üzere; devredenle devralan arasındaki anlaşma yazılı olmak gerekirken, diğer tarafın onayı için şekil şartı aranmaz (<http://www.burgerlijkwetboekonline.nl/>); Hoge Raad (HR) 13.03.1978, 1978/325 sayılı ve 23.04.1999 tarih ve 1999/497 sayılı kararları.

⁵²⁰ KAHRAMAN (Borcun Nakli) s. 131.

⁵²¹ Devre örtülü onay verilmiş olduğunun tespiti hakkında bkz. Yrg. 11. HD 2015/9764 E.-2016/4814 K. Sayılı, 28.04.2016 tarihli kararı (<https://www.kararara.com/>).

⁵²² FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 764; PALADINI, s. 264.

kılabilecektir. Keza Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin devralan şirket aleyhine dava açmasını, başka bir kararda da sözleşme ilişkisinin devralan şirket ile sürdürülmesini devre verilen örtülü onay olarak kabul etmiştir⁵²³. Bir başka kararda, rıza konusunda ve hatta devir konusunda dahi halin icaplarından dolayı sözleşmenin devralındığını, sözleşmede kalanın da bu devri kabul ettiğini, açıkça olmasa da örtülü bir devir ve devre rıza iradesinin varlığını kabul etmiştir⁵²⁴.

Yasa koyucu, İş Kanunu m. 6 ile iş sözleşmesinin devrinde, Türk Borçlar Kanunu m. 323'de kira sözleşmesinin devrinde yazılı iznin varlığını şart koşmuştur. Türk Borçlar Kanunu m. 429/1'de işçinin ancak yazılı rızasının alınması suretiyle iş görme borcunun bir başka işverene sürekli olarak devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Devrin yazılı rızaya bağlı tutulmasının bir sonucu olarak işçinin holding veya şirketler topluluğu içinde bir başka şirkette veya tamamen farklı bir işverende görevlendirmeyi kabul etmesi söz konusu olacak ve işçi iş görme borcunu bir başka işverene ve ona ait işyerinde ifaya

⁵²³ Yrg. 15. HD 2005/7150 E.-2006/52 K. Sayılı, 17.01.2006 tarihli kararında; “...yüklenicinin sözleşmeden doğan haklarını X İnşaat Limited Şirketine devrettiği, davacı arsa sahibinin de açmış olduğu bu davada X Limited Şirketini hasım göstermek suretiyle devre muvafakat ettiği anlaşıldığından...” (Palmiye İçtihat). Bu karar 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verilmiş olsa da kanımızca m. 205 bunun aksine bir hüküm getirmiş değildir, keza 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da aynı yönde kararlar bulunmaktadır (Devre örtülü onay verilmiş olduğunun tespiti hakkında bkz. Yrg. 11. HD 2015/9764 E.-2016/4814 K. Sayılı, 28.04.2016 tarihli kararı:“...fesih ihtarnamesinin bizzat davalı şirket adına keşide edilmesi karşısında ihtarname içeriği de nazara alındığında sözleşmesel ilişkinin fiilen davacı ile davalı şirket arasında devam ettirildiğinin kabulü gerekir.” (<https://www.kararara.com/>).

⁵²⁴ Yrg. 15. HD 2007/484 E.-2007/2400 K. Sayılı, 12.04.2007 tarihli kararında; “...somut olayda davalılar yarım kalan inşaatın tamamlanmasını yüklenici namuna üstlendikleri ve karşı davalarında yükleniciye ait olup arsa sahibi tarafından satıldığı iddia olunan 5 nolu bağımsız bölüm bedelini tazminat olarak istediklerinden sözleşmeyi devraldıkları ve yüklenicinin edimini üstlendiklerinin kabulü zorunludur.” (Palmiye İçtihat); İtaCC’ye göre; rıza açık ya da örtülü olabilir, örtülü rızanın varlığını ispat külfeti devirden yararlanacak kişi üzerindedir ancak asıl sözleşmenin şekli konusunda bir şart getirilmiyse, hem devir sözleşmesi ve hem de rızanın açıklanması konusunda aynı şekil şartı tüm taraflarca benimsenmelidir (VETTA, s. 102); MCK’ya göre, asıl sözleşme tescile tabi idi ise devir de tescil edilmelidir (KESMARKI-MESZAROS, s. 12); Türk hukukunda da patent ya da marka lisans sözleşmeleri devredilebilir, devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olması gerekir (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (Resmi Gazete Tarihi: 10.01.2017, Sayısı: 29944) m. 148/4), aynı kanun m. 148/7’ye göre devir hususu sicile tescil edilmelidir (BADUR/DOĞAN, s. 53); Bu tescil geçerlilik şartıdır, yani kurucudur.

başlayacaktır⁵²⁵. Bu emredici açık düzenleme karşısında işçinin rıza beyanının açık ve yazılı olması gerekmekte olup, örtülü kabulden bahsedilemeyecektir⁵²⁶. İşçinin kabul ettiği hususu bir kez daha düşünmesi ve gözden geçirmesi yanında, açıkça ne için rıza beyan ettiğinin anlaşılmasının ispatı açısından yazıya dökme elbette ki iş hukukunun işçiyi koruma altına alan yapısına uygundur.

Yine İş Kanunu m. 7’de düzenlenen ve iş görme borcunun sürekli değil de geçici olarak bir başka işverene devrini düzenleyen geçici iş ilişkisinde de aynı şekilde işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınması şartı vardır. Oysa kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmünde bu tarz bir şekil şartı öngörmemiştir. Kanun koyucu, korunmaya muhtaç kişinin bir konuda bağlayıcı karar verirken dikkatini çekmek adına, önlem olarak şekil şartı getirmektedir. Genel kural olan Türk Borçlar Kanunu m. 205’de ise böyle bir şarta yer vermemiştir⁵²⁷. Bu itibarla genel olarak dış devir sözleşmesinin şekil şartına tabi olmadığı ama kanunun saydığı bazı istisnaların var olduğu kabul edilmelidir.

Şekil konusundaki açıklamalarımızdan sonra, dış devir sözleşmesinin kurulması yönünde çeşitli ihtimaller üzerinde durmak yararlı olacaktır:

Devralan, devredenle iç devir sözleşmesi kurma hazırlıklarına başlamış ancak tam olarak sözleşme kurulmadan önce harekete geçmişse, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemlerin akıbeti konusunda düzenleme getiren Türk Borçlar Kanunu m. 46 ve devamı maddelere bakmak gerekecektir. Bu durumda

⁵²⁵ SUBAŞI/YİĞİT, s.151; Yazılı kabulün yetmediği, ayrıca içeriğinin de önemli olduğu hakkında bkz. Üçüncü Bölüm “3.1.2 Hizmet Sözleşmesinin Devri” başlığı altındaki açıklamalar.

⁵²⁶ ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 143.

⁵²⁷ GÜMÜŞ’e göre TBK m. 323/1’deki şekil bir geçerlilik şekli değil, ispat şeklidir (aynı görüşte, ARAL/AYRANCI, s. 326, dn. 76’daki yazarlar); oysa Türk Borçlar Kanunu m. 205/2 kapsamında verilecek rızanın şekli, Türk Borçlar Kanunu m. 205/3 hükmüne göre devredilecek olan sözleşmenin şekline bağlı olmak zorundadır (GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 370) ancak kanımızca Türk Borçlar Kanunu m. 12/1 ve m. 12/2 hükmü nazara alındığında bu görüş, kabul edilebilir değildir. Anılan hükme göre; Türk Borçlar Kanunu m. 12 “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir.”; Aksi yönde bkz. ÇAYAN, s. 80; TAŞKIN/ŞAHBAZ, s. 4969.

⁵²⁷ SUBAŞI/YİĞİT, s.151; Yazılı kabulün yetmediği, ayrıca içeriğinin de önemli olduğu hakkında bkz. Üçüncü Bölüm “3.1.2 Hizmet Sözleşmesinin Devri” başlığı altındaki açıklamalar.

devralan yetkisiz olarak yola çıkmıştır. Görünürde “devreden”den aldığı yetkiyle hareket ediyor gibidir ancak kendi nam ve hesabına, bir sözleşme kurmak amacıyla hareket etmektedir. Temsil olunan devreden onaması ya da onamamasına göre sonuçlar değişecektir.

Dış devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir ve dış devir sözleşmesini kurma özgürlüğü ağırlıklı devreden üzerinde. Bu anlayış iç devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem, dış devir sözleşmesinin de tasarruf işlemi olmasıyla uyumlu bir bakış açısıdır⁵²⁸. Bu nedenle temel olarak, devreden iradesi dışında bu sözleşmenin kurulmuş olduğundan bahsedilemeyecektir. Her ne kadar “müşterek öneri” iradesi iç devir sözleşmesinin kurulmasıyla oluşmuşsa da, bu iradenin dışa vurumu ile sözleşmede kalana iletilmesi, ilave bir eylemi gerektirir ve bu hukuki işlem yapılmaksızın dış devir sözleşmesi kurulmuş olmaz.

Burada önemli olan bir başka nokta da, sözleşmede kalan tarafın örtülü iradesinin varlığına delalet eden davranışlarının doğru şekilde yorumlanmasıdır. Yanlış yorum halinde, isteği o yönde olmamasına rağmen sözleşmede kalan taraf devreden muhatabı olma durumunu kaybedecek ve devralanla karşılıklı kalacaktır⁵²⁹. Devralan, münferit borç ya da borçları ifa etmeyi teklif edebilir. Sözleşmede kalan da ifayı kabul edebilir. Bu kabul, dar anlamda borcun üstlenilmesinin örtülü kabulü de sayılabilir. Sözleşmede kalanın, devralanı sözleşme ilişkisi içinde muhatabı olarak kabul ettiğinin açıkça olmayıp örtülü olduğu durumlarda, sözleşmenin devrine onay verildiğinin kesin olarak tespiti gereklidir⁵³⁰. Sözleşmede kalanın, örneğin devralanın ifayı önerdiği ya da ifa ettiği borç dışındaki borçlar için talepte bulunması bu şekilde anlaşılmalıdır. Bu nedenle sözleşmede kalanın devre onay verdiğini tespit ederken ona sunulan önerinin açık ve anlaşılır olması önem taşır. Kendisine sunulan önerinin açıkça iç

⁵²⁸ Belirtildiği gibi, dış devir sözleşmesi yalnızca devreden açısından bir tasarruf işlemidir.

⁵²⁹ Borcun dış üstlenilmesi konusunda aynı yönde bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 202.

⁵³⁰ Yrg. 11. HD 2015/9764 E.-2016/4814 K. Sayılı, 28.04.2016 tarihli kararında yer verildiği gibi, ihtarin devralana çekilmesi ya da davanın devralana yöneltilmiş olması gibi devralanın muhatap olarak kabul edildiğine kesin olarak kanaat getirilmesi gereklidir.

devir sözleşmesinden ileri geldiğinin anlaşılabilmesi durumunda taraf değişikliğine onay verildiğinden bahsedilemeyecektir. Devralanın, sözleşmenin muhatabı olarak kabul edildiğini ve taraf değişikliğinin geçerli şekilde yerine geldiği varsayımıyla, iyi niyetle ifaya devam etmesi ve münferit borçların da sözleşmede kalan tarafından kabul edildiği durumda, en azından devreden sözleşme ilişkisinden ayrıldığı değil, devralanla aynı tarafta yer alarak müteselsil olarak sözleşme ilişkisinde kalmaya devam ettiğini kabul etmek yerinde olur⁵³¹. Bu durumda devralan, sözleşmeye katılmış olacaktır.

Asıl sözleşmeyle devre baştan verilen iznin geri alınabilip alınamayacağı konusunda; BGB § 183 bir düzenleme getirmiştir. Buna göre ön rıza (ön izin) sözleşmede kalan tarafından, iç devir sözleşmesinin kendisine bildirilmesine ya da önerinin iletilmesine kadar her zaman geri alınabilir⁵³². Tek şart ilişkinin temelini bu ön izne dayanmıyor olmasıdır. Bildirim öncesi, sözleşmede kalanın bir biçimde iç devir sözleşmesinden haberdar olması halinde de artık ön iznin geri alınmasının iyiniyetle yapılmamış olduğu ileri sürülebilecektir.

Ön iznin geri alındığı, taraflardan herhangi birine beyan edilebilir. Asıl sözleşmede ön iznin geri alınabilmesi konusunda anlaşılmissa, geri alınabilir olduğunda tereddüt yoktur; ancak böyle bir özgürlükten bahsedilmemişse, bu husus duraksamaya neden olacaktır. Asıl sözleşmede geri alma hakkı saklı tutulmuş olabileceği gibi, şarta ya da sınırlamaya da tabi tutulabilir⁵³³. Bu şart bozucu bir şart da olabilir⁵³⁴.

⁵³¹ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 207, dn. 916 (ZürcherKomm/Spirig, Art. 176 OR, N. 110; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3590; Keller/Schöbi, s. 79, von Büren, s. 343; Bucher, AT, s. 584-585'den naklen).

⁵³² BGB § 183 için bkz. <https://buengerliches-gesetzbuch.net/paragraph-183>

⁵³³ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 108.

⁵³⁴ MCK m. 6:209 (1)'e göre sözleşmede kalan taraf, asıl sözleşmeye ön izni geri alma hakkını saklı tutan bir madde koymuşsa, bu izni geri alabilir (https://uj.njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF).

Asıl sözleşmede devre izin verilmekle birlikte bu izin, örneğin önceden ihbar edilmek koşuluna ya da benzeri gibi şarta bağlanmışsa bu şartın yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde devir geçerli olmayacaktır.

Ancak ön iznin geri alınmasının, hemen aşağıda sözü edilen haklı neden olmaksızın onay vermekten kaçınmada olduğu gibi dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı durumda geri alma kabul görmeyecektir.

1.8.4.2.3 Haklı Neden Olmaksızın Onay Vermekten Kaçınılması

İradi devirde sözleşmenin devri sözleşmesi, sözleşmede kalanın rızası ya da onayı olmaksızın gerçekleşemez. Onay verip vermemek de sözleşmede kalanın özgürlük alanındadır. Buna müdahale edilemez. Kural olarak bu özgürlük, kısıtlanmamıştır. Tersine, asıl sözleşme kurulurken verilen soyut ve belirsiz ön iznin bağlayıcı olduğunun kabul edilmesine öğretilerde tereddütle yaklaşmakta olduğundan bahsedilmiştir⁵³⁵. Çünkü kişinin kendi eliyle de olsa kişilik haklarının gereğinden fazla kısıtlanması söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda ön izin ile verilen “devir hakkı” kötüye kullanılabilen veya halin icaplarına uymayacak derecede anlamsız ve keyfi olabilmekte, baştan izin veren zor durumda kalabilmektedir. Ancak bazen de makul ve mantıklı devirler için sözleşmede kalan, keyfi olarak direnebilmektedir. Bu durumlara ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu m. 323/1 hükmü uyarınca kira sözleşmesinin devri için kiraya verenden yazılı izin alınması gereklidir. İşyeri kiralarında bu iznin verilmemesi halinde kiracı, mahkemeye başvurarak izin verilmemesinin haklı bir nedeni olmadığını ortaya koyarak, durumun tespiti ve kiraya verenin izni yerine geçecek kararın verilmesi ile sözleşmenin devrinin sağlanmasını hâkimden isteyebilecektir. Menfaatler dengesi göz önüne alındığında, bu özgürlüğün keyfi olarak ticari ve sosyal hayatın akışına engel olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

⁵³⁵ Öğretilerde “açık rıza”, battaniye rıza” ya da “şemsiye rıza” olarak adlandırılan genel ve geniş kapsamlı rızanın bağlayıcılığı konusundaki tartışmalar için bkz. KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 207 vd.

Kanaatimizce bu olanağın diğer devirlerde de, uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesi gerekir. Özellikle onay vermemenin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü durumlarda hâkimden onay yerine geçecek bir karar vermesi talep edilebilmelidir. Özellikle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, tarafların menfaati sözleşmenin devrine karar verilmesini gerektiriyor ve mevcut koşullar da buna elveriyorsa mümkün olmalıdır.

1.8.4.2.4 Tarafı Oluşturan Kişilerin Birden Fazla Olması

Tarafı oluşturan kişilerin birden fazla olması durumunda sözleşmenin devrinde nasıl bir yol izleneceği akla gelebilecektir. Sözleşmenin bir tarafının birden çok kişiden oluşması ve bunlardan birinin sözleşmeyi devretmek istemesi halinde, sözleşmede kalanın rızası yanında, acaba tarafı oluşturan diğer kişilerin rızası da aranacak mıdır? Kanaatimizce bir kimse ancak tarafı teşkil eden diğer kişilerin rızası ile kendi payına düşecek olan sözleşmeyi devredebilir.

Yargıtay bir kararında⁵³⁶, müşterek hesap malikleri arasında paylı mülkiyet bulunduğunu, aksi anlaşma bulunmaması halinde bu müşterek maliklerin, hesap üzerindeki paylarının Türk Medeni Kanunu m. 688/2 uyarınca eşit olduğuna karar vermiştir. Kanaatimizce müşterek hesap sahipleri arasında ne elbirliği mülkiyeti ve ne de paylı mülkiyet vardır.

Müşterek malikler alacağın tümü üzerinde her biri ayrı ayrı hak sahibi olduklarına göre, aksi kararlaştırılmadıkça, müteselsil alacaklılık durumu söz

⁵³⁶ Yrg. 2. HD 1986/9534 E., 1986/9849 K. sayılı, 10/11/1986 tarihli kararında: “Birden çok kişi, ortak olarak (şayan) bir şeye malik bulunup da payları eylemlilik olarak belirlenmemişse onlar, o şeyin paydaşı olurlar. Aralarında aksine bir anlaşma yoksa asıl olan paydaşların paylarının birbirine eşit olmasıdır (M.K.623). Olayda, banka hesabı müşterek olarak açılmış ve taraflar arasında pay açısından bir sözleşme bulunmadığı anlaşılmıştır. O halde az önce belirlenen kurala göre, hesapta mevcut parada, karı kocanın payları birbirine eşittir. Hal böyle olunca, davalının müşterek hesaptan çektiği paranın yarısının davacıya ait olduğunun kabulü zorunludur. Öyle ise yapılacak iş, davacı kocanın da müşterek hesaptan çektiği para varsa, bu miktar da göz önünde tutulmak sureti ile davalı kadının çektiği paradan, davacının payına düşen miktarın hesaplanması ve bunun davalıdan alınmasından ibarettir.” (Palmiye İçtihat).

konusu olabilir⁵³⁷. Hukuki işlemle alacaklı teselsülünün doğumuna verilebilecek örneklerin en başında müşterek hesaplar gelmektedir⁵³⁸. Keza paylı mülkiyette, her bir malik ancak kendi payı üzerinde tasarruf edebilir. Oysa müşterek hesap maliklerinden biri hesapta var olan alacağın tümünü talep etmekte özgürdür⁵³⁹. Yalnızca müteselsil alacaklılığa özgü olarak alacaklılardan her biri borçludan ifayı isteyebilir, aynı şekilde borçlu da alacaklılardan birine yapacağı ifa ile borcundan kurtulur⁵⁴⁰. İç ilişkide ise aksine anlaşma yoksa paylar eşit olacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 169/4)⁵⁴¹.

Müşterek hesap sahiplerinden biri, hesap sözleşmesini üçüncü kişiye devretmek istediğinde diğer hesap sahiplerinin rızası gerekecektir. Aksi halde aralarında güven ilişkisi bulunduğu için banka ile müşterek hesap sözleşmesi akdeden hesap sahiplerinin, tanımadıkları, belki de sözleşme ilişkisi kurmak istemeyecekleri kişilerle sözleşme ilişkisine sokulması sonucu doğabilecektir⁵⁴². Böyle bir durumda devreden tarafta yer alan birden fazla kişinin iç devir sözleşmesi sırasında bu sözleşmeye katılmaları ya da en geç sözleşmede kalanın rızasının alınması anında onaylarının alınması gerekecektir. Devre rızaları olduğu sonradan beyan edilebilirse de, bizce bu beyan alınana kadar sözleşmede kalan taraf rıza verse dahi sözleşmenin devri hüküm doğurmayacak, yani yürürlüğe girmeyecek, askıda geçersiz olacaktır.

⁵³⁷ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1070 vd.; Yrg. 11. HD 200/6045 E. – 2001/8148 K. sayılı, 19.11.2001 tarihli kararında; “...Birden fazla kişi birlikte bir bankada hesap açtırır ve her biri tek başına hesaptan para çekme yetkisine sahip olursa, bu hesaba ortak hesap denir ve hesap sahipleri, bankaya karşı BK. 148. maddesi hükmü uyarınca müteselsil alacaklı durumunda olurlar. Banka, ortak hesap sahiplerinden birine ödemede bulunmakla, diğer hesap sahibine de ödemede bulunmuş sayılır...”.diyerek müşterek hesap sahipleri arasında müteselsil alacaklılık bulunduğunu belirtmiştir (Palmiye İctihat).

⁵³⁸ ARPACI, Abdülkadir, Alacaklı Teselsülü ve Buna İlişkin Bazı Düşünceler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1.1 (2004): 325-337, s. 329, dn. 22’deki yazarlar.

⁵³⁹ ACAR, Faruk, Müteselsil Alacaklılık, Sayfa:2217-2247, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019, s. 2224.

⁵⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 485; Müteselsil alacaklılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 482 vd.; ARPACI, s. 325, 329; ACAR, s. 2222 vd.

⁵⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 487.

⁵⁴² AYDIN ÜNVER, Tülay, Müşterek Hesap, İstanbul 2017, s. 229.

Bazen sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişi oluşturmaya dahi üçüncü bir kişinin rızası gerekli olabilir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 349'a göre kiracı, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazın kira sözleşmesini, eşinin açık rızası olmaksızın feshedemeyecektir⁵⁴³. Kiralanan taşınmazın aile konutu olması, kiracının tasarruf yetkisini kısıtlamış olmaktadır. O halde eşlerden biri tek başına kira sözleşmesini devretmek istediğinde, her iki eşin de devre ilişkin iradelerinin uyumu gerekecek, uyuşmuyorsa devir gerçekleşmeyecektir. Anılan madde devamla, eşin rızasının alınması mümkün olmazsa ya da eş haklı neden olmaksızın bu rızayı vermekten kaçınırsa, kiracının hâkimden bu konuda karar vermesini talep edebileceğini hükme bağlamıştır (Türk Borçlar Kanunu m. 349/2). Bu hüküm kira sözleşmesinin feshi ile ilgili olmakla birlikte, kira sözleşmesinin devri gerekiyor ve kiraya veren de izin veriyorsa, devre yanaşmayan eş için hâkimin müdahalesi istenebilmelidir⁵⁴⁴.

1.9 DEVİR SÖZLEŞMESİNİN YÜRÜRLÜĞÜ VE HÜKÜM DOĞURMA ANI

Sözleşmelerin kanunen devrolunduğu durumlar için yasa koyucu geçiş anını yasa ile düzenlemiştir. Örneğin Türk Medeni Kanunu m. 599/1 hükmü gereği mirasın mirasçılara geçişi miras bırakanın ölümü ile kendiliğinden olur⁵⁴⁵.

⁵⁴³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 349.

⁵⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu m. 325 için de aynı imkân geçerli olabilmelidir.

⁵⁴⁵ İş sözleşmesinin yasa gereği geçişi, İK m. 6 hükmü gereği, işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak bir başkasına devredildiği anda meydana gelir. Deniz İş Kanunu (Resmi Gazete Tarihi: 29.04.1967, Sayısı: 12586) m. 20/3, geminin devir veya intikali ile meydana gelecek işveren değişikliğinden bahsetmektedir. Geminin miras yolu ile geçişi dışındaki devir anı el değiştirmenin gemi siciline tescili anıdır. Geminin işletmesinin devri de işveren sıfatının yeni işletene geçmesine neden olacaktır. Bu durumda işveren sıfatının geçiş anı fiili yönetim yetkisinin devredildiği an olacaktır (Yrg. 9 HD 2015/22738 E.- 2015/33550 K. sayılı, 26.11.2015 tarihli kararında; “*Davalı işyerinin Özelleştirme Yüksek Kurulunun 2013/20 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alındığı ve daha sonra hisselerinin tamamı satılarak özel sektöre devredildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davalı vekili 28.05.2013 tarihinde özelleştirme süresinin tamamlandığından söz etmiş ise de, özelleştirme işlemi sonucu işyerinin fiilen devredildiği tarih dosyadan belirlenmemektedir. İşyerinin hisselerinin tamamını satın alan iş ortaklığına fiilen devredildiği tarih araştırılmalı ve 31.08.2013 tarihinden önceye ait ise ilave tediye yönünden hesaplama devir tarihine kadar yapılmalıdır.*” demiştir (Kazancı İçtihat Bankası). Türk Borçlar Kanunu m. 310 uyarınca kiralananın herhangi bir nedenle el değiştirmesi durumunda bu el değiştirme anı yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı haline geldiği andır. Kiralanan şey bir

Hükmen devirde ise hâkimin kararı ile devir gerçekleşmiş olur⁵⁴⁶. İradi devirde ise devir sözleşmesinin tamamlanması dış devir sözleşmesinin geçerli şekilde kurulduğu an gerçekleşir ve devir sözleşmesi yürürlüğe girer.

Taraflar devir sözleşmesinin ne zaman hüküm ve sonuçlarını doğuracağı konusunda bir belirleme yapmış ve devri zamansal olarak sınırlamış olabilirler⁵⁴⁷. Devralan tarafın, asıl sözleşmenin kurulduğu andan sonra ortaya çıkan tüm hak ve borçlara sahip olacağına kararlaştırılmış olması halinde zamansal olarak sınırsız devir, yalnızca devrin yürürlüğe girdiği ya da hüküm doğurmaya başladığı andan sonra doğacak hak ve borçlara sahip olacağını öngörmeleri halinde ise zamansal olarak sınırlı devir söz konusu olur⁵⁴⁸. Devrin zamansal sınırlaması tespit edilirken tarafların iradesine bakılır. Taraflar bu konuda bir karar almamış ve sözleşme içeriğinin yorumuna bakılarak da bu konudaki iradeleri belirlenemiyorsa, bu kez örtülü iradelerine bakılacaktır. Oradan da anlaşılabilmesi halinde asıl sözleşmenin mahiyetine bakmak gerekir.

Sürekli borç ilişkilerinde genel eğilim devrin zamansal olarak sınırlı olduğunu kabul etmek yönündedir. Buna göre devir anından sonra doğacak borçlar için ileri etkili olarak (ex nunc) devralanın sorumlu olduğunu kabul etmek gerekecektir⁵⁴⁹. Hayatın olağan akışına uygun olanı da budur. Örneğin bir kira sözleşmesinin kiracı tarafından devrinde, devrin zamansal olarak sınırlı olduğu

taşınmaz ise geçiş anı el değiştirme işleminin tapu siciline tescil anı, bir ticari işletme ise el değiştirmenin ticaret siciline tescil anı, motorlu araç ise el değiştirmenin trafik siciline tescil edildiği andır. Bir sicile kaydı bulunmayan taşınırlarda mülkiyetin el değiştirmesi devir ve teslim ile olur. Kiracının elindeki taşınırın zilyetliğinin teslimi “kısa elden teslim” yolu ile olacaktır (OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, s. 69-70.) El değiştirme anı da, “kısa elden teslim” yolu ile zilyetliğin teslim edildiği an olacaktır.

⁵⁴⁶ Bkz. Birinci Bölüm “1.7.2 Hükmen (Mahkeme Kararı İle) Devir” başlığı altındaki açıklamalar.

⁵⁴⁷ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599; OĞUZ, s. 2422.

⁵⁴⁸ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599; İleriye etkili olarak gerçekleşen sözleşme devri, “sınırlı sözleşme devri” (beschränkten Vertragsübernahme) olarak; geriye etkili olan sözleşme devri “sınırsız sözleşme devri” olarak da ifade edilmektedir (Minder, Matthias, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR) Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz (FusG), 2010, No. 806, No.808 (KAHVECİ (Kira), s. 709, dn. 35’ten naklen)).

⁵⁴⁹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599-600; OĞUZ, s. 2424, GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1161.

kabul edilmezse, yeni kiracının önceki kiracı dönemine ait olan kira borçlarını da üstlendiği kabul edilecek ve bu da hakkaniyete uymayacaktır⁵⁵⁰. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerinde devrin zamansal olarak sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir ki bu sürekli borç ilişkilerinin kural olarak ileriye etkili (ex nunc) olarak feshedilebilmesiyle de uyumlu bir tutum olacaktır⁵⁵¹. Sözleşmenin devri hem ani edimli hem de sürekli borç ilişkilerinde mümkündür⁵⁵². Ani edimli sözleşmelerin, aksine bir kayıt yoksa zaman sınırlaması olmaksızın devredildiği kabul edilmektedir⁵⁵³.

Sözleşmenin iradi yoldan devrinde devir sözleşmesinin yürürlüğü ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı anın aşağıdaki durumlara göre ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun olacaktır. Doğal olarak bu tespitler sözleşmenin devrinde söz sahibi üç tarafın uygun iradeleriyle aksine karar almamış olmaları durumunda geçerli olacaktır. Sözleşmenin devri konusunda üç tür yapılanmanın var olması, rıza ya da onayın alınması ile bağlantılıdır. Rıza ya da onayın alınma zamanına göre yürürlük ve hüküm doğurma anı değişken olacaktır. Bu bakımdan ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmak gerekecektir.

1.9.1 Ön İzin Verilmiş Olması Halinde

Asıl sözleşmeye devre önceden izin verildiğine dair kayıtlar konulabilir. Buna dayanarak devredenle devralan arasında yapılmış olan devir sözleşmesi devir için yeterli olacaktır. Asıl sözleşmedeki bu beyan, herhangi bir şarta bağlanmamışsa, devralan için bir öneri sayılıp, iç devir sözleşmesiyle birlikte bu önerinin kabul edilmiş ve dış devir sözleşmesinin de kurulmuş olduğunu kabul

⁵⁵⁰ Doğal olarak taraflar aksini kararlaştırabilir. Örneğin, önceki kiracı dönemine ait borçlar, devir karşılığı olarak yeni kiracıya yüklenebilir.

⁵⁵¹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 600; ÖKTEM ÇEVİK (Kira), 35.

⁵⁵² AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 93; YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2012 (Yenilikler), s. 287.

⁵⁵³ OĞUZ, s. 2423.

etmek gerekecektir⁵⁵⁴. Devir sözleşmesi tüm unsurlarıyla birlikte devreden ve devralan arasında devir sözleşmesinin kurulduğu anda gerçekleşmiş olacaktır. Bu yapılmada devir sözleşmesinin yürürlüğü ile ilgili olarak kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Ön izin verildiği aşamada tarafların bu konuda da bir hüküm getirmesi mümkündür ve hatta yerinde olacaktır. Eğer bu konuda bir anlaşma yok ise sözleşmenin yürürlüğe girmesi sözleşmede kalana yapılacak bildirimle olmalıdır⁵⁵⁵.

Bildirimden önce sözleşmede kalan, ifa ettiği edimler bakımından, borçtan kurtulacaktır. Bu edimlerin devreden tarafından kabul edilmemesi gerekir. Halin icapları ya da taraflardan birinin zarara uğrayacak olması gibi durumların varlığında ifayı kabul etmesi gerekiyorsa, bu süreçte sergileyecekleri tutum konusunda önceden anlaşmış olmadıkça, devreden tarafından kabul edilen ifanın devralanı temsilen kabul edildiği var sayılmalıdır.

1.9.2 İç ve Dış Devir Sözleşmesinin Aynı Anda Yapılması Halinde

Belirtildiği üzere, devir sözleşmesinin, devralanla asıl sözleşme tarafları arasında, aynı anda üç taraflı olarak yapılması durumunda iç ve dış devir sözleşmeleri birlikte, tek sözleşme halinde yapılmış ve sözleşmede kalanın, iç devir sözleşmesine rıza vermesi ile her iki sözleşme de aynı anda kurulmuş olur. Aksine anlaşma yoksa devir sözleşmesi bu anda yürürlüğe girecek ve hüküm ve sonuçlarını da bu andan itibaren doğurmaya başlayacaktır. Sözleşmenin devrinin en pratik yolu bu yol olup, asıl sözleşmenin sağlıklı şekilde kurulması için gereken şekil şartına uygun olarak yapılacağı için hem rızanın şekli ve hem de

⁵⁵⁴ Sözleşme kurulur derken, evvelce de belirtilen (bkz. Birinci Bölüm “1.8.4.2.2.1 Ön İzin Verilmiş Olması” başlığı altında yapılan açıklamalar), devralanın şahsına itiraz gibi çekinceler ileri sürülebilir. Sözleşmede kalanın, devir sözleşmesini kurulmasına değilse de, diğer hususlara itiraz hakkı olmalıdır. Duruma göre bu itiraz, en azından verilen devir hakkının kötüye kullanılmaması gerektiği ilkesinin bir uzantısı gibi de düşünülebilir.

⁵⁵⁵ Bildirim hem devir sözleşmesinin yürürlüğe girmesi ve hem de alacakların talep edileceği ya da borçların ifa edileceği muhatabın sözleşmede kalana bildirilmesi için şart olup, bildirim yapılmaması aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu m. 186 çerçevesinde sözleşmede kalanın borçtan kurtulmasına neden olabilecektir.; PICC, PECL, DCFR, İtaCC m. 1407 ve Hollanda Medeni Kanunu BW’de öngörüldüğü gibi.

devir sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı an gibi konularda yaşanacak olan tüm duraksamalar tamamen giderilmiş olur⁵⁵⁶.

1.9.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Beyan Edilmesi Halinde

Genellikle sözleşmenin devrinde başvuru yolu budur. Devir sözleşmesinin yapılması sırasında tarafların hüküm ve sonuçların doğum zamanı açısından karşılıklı anlaşarak bir karara varmaları birçok ihtilafın önüne geçecektir. Durum bu olmakla birlikte taraflar bu konuda anlaşmaya varmış değillerse; durumun ne olacağı tartışmalıdır.

Öğretide mevcut iki teori; tasarruf teorisi ve sözleşme teorisidir⁵⁵⁷. Tasarruf teorisine göre devredenle devralanın devir sözleşmesini yaptıkları anda devir gerçekleşir, sözleşmede kalanın onayı devir sözleşmesini, kurulduğu andan itibaren, geriye etkili olarak, geçerli hale getirir⁵⁵⁸. Tasarruf teorisi taraftarı yazarlar, rızanın sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için tamamlayıcı bir unsur olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁵⁹.

Sözleşme teorisine göre, sözleşmenin devri için her üç tarafın da iradesi kurucu unsurdur. Tüm taraflar eşittir ve iradelerin uyuşması aynı anda olmuyor ve en son sözleşmede kalan onay veriyorsa devir sözleşmesi onayın verildiği o anda kurulmuş olur, yani iç devir sözleşmesiyle dış devir sözleşmesinin kurulmasına kadar geçen zaman zarfında devir sözleşmesi askıdadır⁵⁶⁰. Bu görüşe göre, rızanın tamamlayıcı unsur olarak değerlendirilmesi sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş ancak hüküm ve sonuçlarını rızanın verilmesinden sonra, geriye etkili olarak doğuracağını kabul anlamına gelir ki bu yorum devir sözleşmesinde rıza unsurunu

⁵⁵⁶ MERAL, s. 344.

⁵⁵⁷ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 104 vd., 148 vd.

⁵⁵⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 148, dn. 189'daki yazarlar.

⁵⁵⁹ NÖMER, s. 542; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1161.

⁵⁶⁰ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021 (Borçlar Özel), s. 367; İNCEOĞLU (C.1), s. 554; TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, Kira İlişkisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, 95, Sayfa: 97-134, s. 105 vd.

ikinci plana atmaktadır⁵⁶¹. Sözleşmede kalanın sözleşmenin karşı tarafında yer alan kişinin değiştiği anı bilmeye hakkı vardır ve aksi bir durum onu bir takım belirsizliklerle karşı karşıya bırakacaktır.

Bu konudaki görüşümüz tasarruf teorisine yakındır, ancak rıza tamamlayıcı unsur olarak değerlendirilmemelidir. Devredenle devralan arasında iç devir sözleşmesinin kurulmasıyla devir yolunda geçerli bir sözleşme kurulmuş olur. Onayla dış devir sözleşmesinin kurularak devrin tamamlanması gerekir. Böylece devir sözleşmesi bütün aşamalarıyla tamamlanmış olacaktır. Devir sözleşmesi iki sözleşmenin kurulmasıyla yürürlüğe girecek, hüküm ve sonuç doğurmaya başlayacak ancak başlangıç anı iç devir sözleşmesinin kurulduğu an olacaktır.

Onay alınmasından ibaret dış devir sözleşmesinin kurulduğu an, devir sözleşmesinin kuruluşunu tamamlayarak yürürlüğe girmesini sağladığından özel önem taşımaktadır. Bu bakımdan, sözleşmenin kuruluşu için gerekli irade beyanını salt tamamlayıcı unsur olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır. Durum böyle olmakla birlikte, aksine anlaşma yoksa devir sözleşmesi, iç devir sözleşmesinin kurulmasından itibaren geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamalıdır. Tarafların bu konuda farklı bir anlaşması yoksa hüküm ve sonuçların doğumunu, geriye etkili şekilde bu iç devir sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmuş olduğu andan başlatmak gerekir. Aksini kabul bu sözleşmeye (iç devir sözleşmesine) atfedilen değeri göz ardı etmek anlamına gelecek ve mağduriyetlere yol açabilecektir.

Sözleşme teorisi görüşü kabul edilmiş olsa, rıza verilmeden önce devreden bu süreçte hala sözleşme tarafı olarak hareket edecek olması devralanın zarara uğratılmasına neden olabilecektir. Öte yandan devreden ve devralanın, iç devir sözleşmesini yaptıkları anda sözleşmenin bulunduğu nokta ile

⁵⁶¹ MERAL, s. 345.

dış devir sözleşmesinin kurulmuş olduğu ana kadarki durumu, devralanın müdahale alanı dışında değişmiş olacaktır.

Belki asıl sözleşme, iç devir sözleşmesinin kurulduğu anda bulunduğu hale oranla devralan için, taraf olunması cazip bir sözleşme olmaktan çıkmış olabilir. İç ve dış devir sözleşmeleri arasına girecek süreçte sözleşmede kalanı koruyucu tedbirler düşünmek olasıdır. Burada akla ilk gelen alacağın devrinde, devirden haberi olmayan borçlunun korunmasında⁵⁶² olduğu gibi bir himayedir. İç devir sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasından itibaren devreden, ilke olarak ifayı kabul etmeyecektir. İfanın kabulünün gerekli olması halinde ise devralanı temsilen kabul etmiş olacaktır. İfanın kabulü, sözleşmenin iki tarafı açısından da zorunluluk arz ediyor olabilir. Sözleşmede kalan temerrüde düşmek, faiz, gecikme cezası gibi ilave bedeller ödeyecek olmak olasılığı karşısında, ifanın bir an önce, borç muaccel olur olmaz, gerçekleşmesini istiyor olabilir. Sözleşmede kalanın bilgisi olana kadar yapılan ifalar, devreden tarafından, lüzum üzerine kabul edilse dahi, temsilen kabul edilmiş sayılmalı ve her halde sözleşmede kalan ifa eylediği borcundan kurtulmalıdır⁵⁶³.

İfanın reddi durumunda sözleşmede kalan sözleşme şartlarını ihlale zorlanmış olur. Sözleşmede kalan devredene ifayı teklif ettiği anda devreden, ifanın devralana yapılmasını, alacakların devri borçlunun rızasına bağlı olmadığı için, isteyebilir. Hatta devreden o aşamada, çeşitli nedenlerle duyurmak istemediği iç devir sözleşmesinden bağımsız olarak, alacağın devri, vekâlet ya da havale yolu ile dahi edimin devralana ifa edilmesini sağlama olanağı vardır. Bir paranın ödenmesi ya da şeyin teslimi borçlanılmış olan sözleşmede kalan, alacaklısının edimin ifasını kabule yanaşmaması halinde, Türk Borçlar Kanunu m.

⁵⁶² Türk Borçlar Kanunu m. 186: “*Borçlu, alacağın devredildiği, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur.*”

⁵⁶³ Esasen, ideal olan, iç ve dış devir sözleşmesinin aralarına uzun zaman diliminin girmesine izin verilmemesidir. Bu şekilde kötü niyetli bazı girişimlere de engel olunmuş olur. İç devir sözleşmesinin kurulmasından sonra devreden, asıl sözleşmeden doğan yüklü bir alacağı tahsil etmesi, teminat varsa bunu serbest bırakması ve benzeri haller buna örnek verilebilir.

107'ye göre hâkimden tevdi yeri tayin etmesini isteyebilecektir. Sözleşmede kalan, alacaklarına da muaccel olduklarında kavuşmak isteyecektir. Bu süre zarfında edim ifa edilecekse devreden devralanı temsilen edimi ifa edebilir ya da devralan bizzat kendisi sözleşmede kalanla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kurarak edimi ifa edebilir.

Sonuç olarak sürekli edim yükümlülüğü doğuran sözleşmeler ile art arda teslimli satışlar gibi sözleşme ilişkilerinde devir sözleşmesinin ileriye etkili olacağı, ani edim yükümlülüğü doğuran sözleşmelerde devir sözleşmesinin geriye etkili olacağı düşünülmelidir⁵⁶⁴.

Devir sözleşmesi tarafları, serbest iradeleriyle zaman sınırlamasını kaldırarak, iç devir sözleşmesi öncesinde doğmuş hak, alacak ve borçların da devralana geçmesi konusunda anlaşmışlarsa, devir anından önce devreden uhdesinde doğmuş olan hak, alacak ve borçlar da devralana geçecektir. Bu durumda devir anının tespiti hususu önemini yitirmiş olmaktadır⁵⁶⁵. Sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi (dış devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve yürürlüğe girmesi) anına kadar iç devir sözleşmesinden itibaren devralana geçen asıl sözleşme kapsamındaki alacaklara ait talep hakları askıdadır. Ne devreden ne de devralan talep edebilir. Devreden iç devir sözleşmesiyle bu hakkını kaybetmiş, devralansa onay olmaksızın bu hakkı devralamamıştır. Onay beyanıyla birlikte devreden sözleşme üzerindeki tasarruf yetkisi tümüyle devralana geçer. Sözleşmede kalan tarafın onayı muhatabını seçtiğini gösterir ve bu seçim, askıdaki talep haklarının devralana geçmesini sağlar.

Onay beyanının taraflara aynı anda ulaştırılmadığı durumlarda, devreden ya da devralandan herhangi birine ulaştırılmış olması yeterlidir. Sözleşmede kalan taraf kendiliğinden haberdar olmuş ve onay vermiş de olabilir. Devralan ve

⁵⁶⁴ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 150.

⁵⁶⁵ TAŞKIN/ŞAHBAZ, s. 4962; İtaCC m. 1408 hükmü uyarınca, sözleşmeyi devreden taraf, sözleşmede kalan tarafa olan borçlarından, sözleşme devrinin geçerli olarak kurulduğu andan itibaren kurtulur.

devredenin buna bir itirazı yoksa rıza beyanının verilmesiyle sözleşmenin devri yürürlüğe girecek ve aksine anlaşma yoksa ani edimli sözleşmelerde iç devir sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır⁵⁶⁶.

Sözleşmede kalacak olan tarafın birden fazla kişiden oluşuyor olması halinde onayın nasıl talep edileceği ve alınacağı konusu düşünülmesi gereken başka bir konudur. Bu kişiler oybirliği ile verecekleri kararı bildireceklerdir. Bildirim konusunda içlerinden birini ya da bir üçüncü kişiyi temsilci olarak yetkilendirmeleri mümkündür⁵⁶⁷.

1.10 DEVRİN KARŞILIKLI (İVAZLI) VEYA KARŞILIKSIZ (İVAZSIZ) OLMASI

Alacağın devrinde devredenın sorumluluğu yönünden ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu sorumluluğun kapsamı devrin karşılıklı (ivazlı) ya da karşılıksız (ivazsız) olmasına göre farklılık arz eder. Alacağın devrinde olduğu gibi, sözleşmeyi devreden taraf da sözleşmeyi bir karşılık olarak devrediyor olabilir. Bu karşılık maddi olabildiği gibi manevi de olabilir⁵⁶⁸.

Alacakların ağırlıkta olduğu bir sözleşmeyi devretmenin, bir bağış olduğunu kabul etmek mantıklı olmasa da devreden tarafın tüm borç ve

⁵⁶⁶İç devir sözleşmesinin kurulmasından itibaren, sözleşmede kalana müşterek önerinin sunulmasına kadar, devreden ve devralanın bu sözleşmeden dönmeleri ya da sözleşme şartlarında değişiklik yapmaları mümkündür. Bu durumda sözleşmede kalanın vereceği rıza bir etki doğurmayacak ve iç devir sözleşmesi şartlarının değişmesi ihtimalinde ise, değişen yeni durum için oluşturulan müşterek önerinin sözleşmede kalana iletilmesi beklenecektir.

⁵⁶⁷Üçüncü kişiye verilecek yetki belgesinde, yine açıkça verilen yetki belirtilmiş olmalı ve ortakların imzası bulunmalıdır.

⁵⁶⁸"İvaz", kelime anlamı itibariyle Türkçede "karşılık", "ödün", "edim" sözcükleriyle açıklanmaktadır. Sözlük anlamıyla "karşılık" ise; bir şeyin verilmesi ya da yapılması için karşı tarafa verilen ya da aynı ya da benzer koşullarda verilmesine ya da yapılmasına bağlı olarak karşı tarafta uyanan, mukabele davranış, bir bedeldir. Para veya şey olabilir. Bir şey alınırken karşı tarafa verilen başka bir şey, karşı tarafınca kabul edilebilen, maddi veya manevi değeri olan her şey olabilir (<https://sozluk.gov.tr/>).

yükümlülüklerini yerine getirmesi ve sözleşmeyi daha sonra herhangi bir karşılık almadan devretmesi halinde bu bir bağışlama sözleşmesi halini alacaktır⁵⁶⁹.

Taraflar karşılığı özgürce belirleyebilecekleri gibi, bu karşılığın daima devreden lehine olması da şart değildir, devir sözleşmesi üçüncü bir kişi lehine de yapılabilir⁵⁷⁰.

Karşılığında devredenin para aldığı bir devir sözleşmesi, satış sözleşmesi haline gelir⁵⁷¹ ve Türk Borçlar Kanunu m. 191/1’de yer alan hüküm, satıcının tekeffülüne kıyasen uygulanır⁵⁷².

⁵⁶⁹ Bu durumda devir sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu m. 288/1 gereğince yazılı olarak yapılmak gerekecektir.

⁵⁷⁰ ÇELİKBOYA, s. 145.

⁵⁷¹ NOMER, s. 547: “Alacağın devri bir miktar para karşılığında taahhüt edilmişse, satış sözleşmesi; karşılıksız olarak vaat edilmişse bağışlama sözleşmesi; teminat olarak devredilmişse inanç anlaşması niteliğindedir.”

⁵⁷² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s.597.

İKİNCİ BÖLÜM

TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI, HAKLAR VE YÜKÜMLÜLÜKLER

2.1 TARAF DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI

2.1.1 Devralanın Devredenin Yerini Alması

Sözleşmenin devri, asıl sözleşme içeriğindeki alacak ve borçların bir bütün olarak devredenin malvarlığından çıkarak, devralanın malvarlığına girmesini sağlar. Bundan sonra sözleşme, yeni tarafları yani devralan ve sözleşmede kalan arasında hüküm sürecektir. Devredenin yükümlü olduğu borçlar ile sahip olduğu hak ve alacaklar ne durumdaysa, o durumda devralana geçer. Burada değişen yalnızca taraftır, sözleşme ilişkisi ve sözleşmenin içeriği değişmez⁵⁷³. Bu şekilde ortaya çıkan “sözleşmenin ayniyet ve devamlılığı ilkesi” sözleşmenin devri kurumunun temel var olma nedenidir. Sözleşmenin bir bütün olarak olduğu gibi devralana geçişi, devredenin asıl sözleşme kapsamında yüklenmiş olduğu yükümlülüklerden, pratik olarak kurtulmasına neden olsa da, aşağıda açıklandığı üzere⁵⁷⁴, onun yükümlülükleri şekil ve kapsam değiştirerek var olmaya devam edecektir.

Sözleşmenin devrinde asıl sözleşme aynen varlığını devam ettirirken sözleşmede kalanın muhatabı değiştiğinden, onun alacaklarının teminatını teşkil eden devredenin malvarlığının yerine devralanın malvarlığı geçecektir. Bunun önemi devralanın ifa kabiliyetinin devredene göre daha alt düzeyde olması

⁵⁷³ HATEMİ/GÖYLAYLA, s. 430; OĞUZMAN/ÖZ, s. 586; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 56, 59; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 763; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 596; OZANEMRE YAYLA (Borçlar Genel), s. 286; REMZİ/AYDIN, s. 410.

⁵⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm “2.2 YÜKÜMLÜLÜKLER” başlığı altındaki açıklamalar.

durumunda ortaya çıkacaktır⁵⁷⁵. Bu noktada sözleşmede kalanın kendini güvenceye almak istemesi, bir takım teminatlar verilmesini şart koşması doğaldır⁵⁷⁶. Sözleşmenin devri sonucunda, anılan ilkenin istisnaları olarak, hemen aşağıda ele alınan, sözleşmede kalanın muhatabının değişmesine bağlı başka değişimler de olacaktır.

2.1.2 Ayniyet ve Devamlılık İlkesinin İstisnaları

Sözleşmenin devri ile asıl sözleşme aynı şekilde varlığını sürdürecektir. Sözleşmenin devri ile asıl sözleşme aynı şekilde varlığını sürdürecektir. Sözleşmenin devri ile asıl sözleşme aynı şekilde varlığını sürdürecektir. Sözleşmenin devri ile asıl sözleşme aynı şekilde varlığını sürdürecektir. Sözleşmenin devri ile asıl sözleşme aynı şekilde varlığını sürdürecektir.

Devreden tarafa ait alacaklar için Türk Borçlar Kanunu m. 89 uyarınca borçların ifa yeri değişebilecektir⁵⁷⁷. Sözleşmede kalanın borçları götürülecek borçlardan ise, taşıma masrafı ve hasara borçlu katlanmak durumunda olduğundan⁵⁷⁸, ifa yerinin değişmesi halinde sözleşmede kalanın (örneğin yolun uzaması, masrafın artması, şey bozulacak bir ürünse bunun bozulacak olması gibi) ek külfetler yüklenmesi söz konusu olabilir⁵⁷⁹. Sözleşmede kalan, devre onay

⁵⁷⁵ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 93.

⁵⁷⁶ Sözleşmede kalan için risk teşkil eden bir değişiklik olmaktadır. O nedenle, özellikle devredenden teminat göstermesini ya da garanti vermesini istemesi ve onay için şart koşması mümkündür.; İtaCC m. 1410'a göre devreden, sözleşmenin geçerliliğini garanti etmekle yükümlüdür. Ayrıca ifayı garanti etmişse aynen bir kefil gibi sorumlu olacaktır (<https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1410.html>).

⁵⁷⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 89: "*Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa aşağıdaki hükümler uygulanır;*

1. *Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,*

2. *Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,*

3. *Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.*

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir".

⁵⁷⁸ Türk Borçlar Kanunu m. 208: "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*"

⁵⁷⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 89/son hükmünde yer alan "*Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir*" hükmü uyarınca sözleşmede kalan, borçları için ifa önemli ölçüde güçleşecek olsa dahi, kanımızca bu hükme dayanarak borçlarını devredeninin yerleşim yerinde ifa edemeyecektir. Her ne kadar sözleşmenin devri,

vermekle bu gibi değişimleri kabul etmiş sayılmalıdır⁵⁸⁰. Ancak borcun ifası, dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklının ifadan beklediği menfaate kıyasla açıkça ölçüsüz bir masraf ve çaba gerektiriyor, aşırı ifa güçlüğü durumu doğuyorsa, dürüstlük kuralı hükümlerine dayanma, uyarılama talep etme imkânı gündeme gelebilecektir⁵⁸¹.

Sözleşmede tarafı oluşturan kişilerin birden fazla olması ve bu kişiler arasında müteselsil sorumluluk esasının bulunması halinde; devir ile söz konusu tarafta tek bir kişi kalacak ise müteselsil sorumluluk sona erecektir⁵⁸². Burada sözleşmede kalanın alacakları bakımından, tek bir borçlunun malvarlığına başvurma imkânı kalmış olacağından, sözleşmede kalan açısından risk artmış olacaktır.

İş sözleşmesinin iradi devrinde ilke olarak, iş sözleşmesi aynen devam etmeli, devrin işçi aleyhine sonuçları olmamalıdır⁵⁸³. İşçinin durumunda kötüleşme tarzında bir değişiklik kabul edilemez. Ancak bunun da bazı istisnaları vardır. Örneğin iş sözleşmesinin devrinden önce iş güvencesinin kapsamında olan bir işçi⁵⁸⁴, devir sözleşmesi sonrasında bu güvencenin kapsamı dışına çıkabileceği gibi⁵⁸⁵, tersi de söz konusu olabilir⁵⁸⁶.

sözleşmede kalan için durumu, özellikle de olumsuz yönde değiştirmemeliyse de, onun bu hükme dayanması, alacaklı (devralan) için bir anlam ifade etmeyecektir. Sözleşmenin devrinde değişen alacaklının yerleşim yeri değil, tarafın kendisidir. Devredenin yerleşim yerinde ifa ile devralanın ifadan beklediği yarar gerçekleşmeyecek ve borç gereği gibi ifa edilmiş olmayacaktır.

⁵⁸⁰ Sözleşmede kalanın dış devir sözleşmesi kurulurken, çekince sunması ya da aksinin kararlaştırılması mümkün olmalıdır.

⁵⁸¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 417.

⁵⁸² Alacaklı tarafta müteselsil alacaklılık olması ve alacaklı tarafın tek kişi kalması halinde de müteselsil alacaklılık son bulacaktır. (KARTAL, Dilşah Büşra, PICC (UNIDROIT Prensipleri) ve Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Müteselsil Alacaklılık, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 9.2, Sayfa: 403-427, s. 410)

⁵⁸³ SÜZEK, s. 342 vd.

⁵⁸⁴ Otuz ya da daha fazla işçi çalıştıran iş yerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçiler iş güvencesi kapsamındadır. Bu kapsamdaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi geçerli bir nedene dayanmak zorundadır (SÜZEK, s. 575).

⁵⁸⁵ İş Kanunu m. 18/1'de yer alan "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır." hükmüne göre bir işyerinin iş güvencesi kapsamında olabilmesi için o işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıyor olması, işçinin bu güvence kapsamına dahil

İhtilaf halinde sözleşmede kalanın başvuracağı yetkili mahkeme, genel yetki kuralının uygulanması gerektiği durumda devralanın bulunduğu yer mahkemesine dönüşecektir⁵⁸⁷. Asıl sözleşmenin tarafları arasında bir tacir bulunmuyor ancak devralan “tacir” sıfatını taşıyor ise; tacirin iş ve işlemlerinin “ticari” olması nedeniyle sözleşme ilişkisine uygulanacak kurallar değişecek⁵⁸⁸, görevli mahkeme de ticaret mahkemesi olacaktır⁵⁸⁹. Devreden tacir, devralan gerçek kişiye ve asıl borç ilişkisi için ticari temerrüt faizi uygulanıyorsa, işlemiş

olması da altı aylık kıdeme sahip olması ile mümkün olacaktır. Belirtelim ki sırf işçinin bu güvence kapsamına çıkması için kötü niyetle yapılan devirler söz konusu olabilecektir. Bu durumda rızanın alınması aşamasında işçinin dikkatinin bu hususa çekilmiş ve onayının alınmış olması önem taşımaktadır.

⁵⁸⁶ Devirle birlikte işçi, iş güvencesi kapsamına girebilecektir (CENGİZ, s. 155); Her iki işyeri iş güvencesi kapsamında olmakla birlikte işçi, kıdemi yetmediğinden bu güvenceye sahip olamamış ama sonrasında, devralan işverene ait olan işyerinde altı aylık kıdemini tamamlayarak kendi durumu gereğince de bu güvence kapsamına girmiş olabilecektir.

⁵⁸⁷ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6/(1)’e göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Asıl sözleşme ile ilgili olarak “tacir” ya da “kamu tüzel kişisi” olan taraflarca yetki kuralı konulmuş olması hali ayrıktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 17/(1): “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.*”; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 118; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 252: Yetki anlaşması devreden esas alınarak yapılmamışsa, sözleşmeyi takiben devralana geçecektir (Spirig, Art. 178 OR, N.60’tan naklen); KAPANCI, s. 449.

⁵⁸⁸ Ticari davalarda ispata ilişkin kurallar genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabi olmakla beraber, Türk Ticaret Kanunu’nda tacirin taraf olduğu ihtilaflara özgü bazı özel usuli hükümler vardır (ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 134); Bir davanın ticari dava olup olmaması ilgili uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde çözümlenmesi ve uyuşmazlığın çözümünde farklı usul kurallarının uygulanması bakımından önem arz etmektedir (TUĞ, Mehmet Arif, Kira Sözleşmelerinde Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 29.3, Sayfa: 1897-1921, s. 1900-1901).

⁵⁸⁹ Türk Ticaret Kanunu m. 19/(1) uyarınca “*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.*”, 19/(2) uyarınca “*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*”, Türk Ticaret Kanunu m. 5/(1) uyarınca, “*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.*”, Türk Ticaret Kanunu m. 5/A- (1) uyarınca “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” sözleşmede kalan, dava şartı gereği arabulucuya başvurmak durumunda kalabilecektir.; DELİDUMAN, Seyithan/YAKUP, Oruç, Ticari Davalar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18.2: 99-110, s. 108: “*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.*”

faizler için değil ama işleyecek faizler için, devralan tacir sıfatı taşımadığı için itirazda bulunabilir⁵⁹⁰.

Yine tacir olma dolayısıyla var olan yükümlülüklerden, iflasa tabi olma (Türk Ticaret Kanunu m. 18/1), basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunluluğu (Türk Ticaret Kanunu m. 18/2), diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması zorunluluğu (Türk Ticaret Kanunu m. 18/3), tescil ve ilan zorunluluğu (Türk Ticaret Kanunu m. 40) gibi hususiyetler devralanın tacir olmayan bir gerçek kişi olması durumunda işlerlik bulamayacaktır.

2.2 HAKLAR

2.2.1 Borç ve Alacaklara Bağlı Fer'i Haklar

Sözleşme ilişkisi içinde olan tarafların birbirine karşı alacak haklarının yanında, fer'i hakları, savunma ve itirazları mevcuttur. Devir kural olarak, devralanı devreden tarafın asıl sözleşmedeki konumuna aynen koyar. Böylece devralan, devredene ait tüm hak ve borçlara fer'ileriyle beraber sahip olur. Sözleşmedeki alacakların alacaklısı, borçların borçlusuna haline gelir⁵⁹¹. Asıl sözleşmeden doğan savunma ve itirazlar artık devralan tarafı ilgilendirir⁵⁹². Bunların tümü sözleşmeyle birlikte devrolunur. Böylelikle amaçlanan, sözleşmeyi üstlenen kişinin, yerine geçtiği kişinin hukuki durumunu olduğu gibi kazanmasıdır. Devir sonucunda, sözleşme içeriğindeki alacak ve borçlar her nasıl

⁵⁹⁰ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 251, dn. 1131: Yazar'ın katıldığımız görüşüne göre, aksi ihtimalde, yani devralanın tacir sıfatını taşıdığı durumda sözleşmede kalanın, faizin, devralanın sıfatı gereği temerrüt faizine döneceğini iddia etmesi mümkün olmaz, zira geçiş yapan hususlar devreden sıfatına bağlı hususlardır, bağlı olmayanlar değil; Bundan faydalanabilme hakkı hem devreden ve hem de devralanın tacir sıfatına sahip olmasına bağlıdır (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), 1123); Aksi yönde ÖZ (Alacağın Devri), s. 2379: “*Asıl alacağın devredildiği kişi tacir olmasa ve bu devir ticari bir iş olmasa bile, yeni alacaklı ticari faiz talep edebilecektir. Hatta kökeni ticari olan asıl alacağın devirden sonra doğuracağı faizler de yeni alacaklı için ticari faiz olacaktır.*”

⁵⁹¹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 116-117.

⁵⁹² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 599.

idi iseler, aynı durumda devralana geçecek, fer'ileri ile birlikte aynen intikal etmiş olacaktır⁵⁹³.

Borç ilişkisi nedeniyle taraflar lehine doğan hakları, asli haklar, bağlı (fer'i) haklar ve tali haklar olmak üzere üçe ayırmak mümkündür⁵⁹⁴. Asli haklar, satım sözleşmesinde alıcının malın teslimini isteme hakkı gibi asıl edime yönelik haklardır. Aynı şekilde satıcının bedeli isteme hakkı da asli haktır. Bağlı (fer'i) haklar, hak sahibinin asıl olarak elde etmeyi amaçladığı hak olmayıp, aslen elde etmeyi dilediği hakkı güvence altına alan, temin eden haklardır. Tali haklar ise borç ilişkisinden doğan, aşağıda değineceğimiz, yenilik doğuran haklar ve def'i hakları gibi ikincil nitelikte olan haklardır⁵⁹⁵. Devredenden devralana, alacakları bağlamında geçişi söz konusu olacak haklar, faiz alacağı, sözleşme cezası isteyebilme, muacceliyet bildiriminde bulunabilme, tazminat isteyebilme, takas ileri sürme⁵⁹⁶ gibi haklardır⁵⁹⁷.

Belirtildiği gibi devralan, devredene ait tüm hak ve borçlara fer'ileriyle beraber sahip olacaktır. Durum böyle olmakla birlikte bu kuralın istisnaları vardır. Hakkın özelliğinden kaynaklı olarak devredenin sıkı sıkıya kişiliğine özgü olanlar devralana geçmeyecektir⁵⁹⁸. Yenilik doğuran haklara, öncelik haklarına, teminat haklarına ve faizlerin⁵⁹⁹ sözleşmenin devrinde arz ettiği özelliklere ayrı ayrı değinmek yararlı olacaktır.

2.2.2 Yenilik Doğuran Haklar

Bir hukuksal durumu, tek taraflı irade beyanıyla kurmak, değiştirmek ya da sona erdirmek suretiyle meydana getirebilme yetkisi veren haklara yenilik

⁵⁹³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 430.

⁵⁹⁴ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 31-32; EREN (Borçlar Genel), 23.

⁵⁹⁵ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 33, EREN (Borçlar Genel), s. 23.

⁵⁹⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm "2.1 Takas İleri Sürme" başlığı altındaki açıklamalar.

⁵⁹⁷ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 250.

⁵⁹⁸ ARIKAN (Temlik), s. 147.

⁵⁹⁹ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 271; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 249.

doğuran haklar denilmektedir⁶⁰⁰. Yenilik doğuran haklar, sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla bir ilişkinin kurulmasını, değiştirilmesini ya da sona erdirilmesini sağlayan, kayıt ve koşula bağlanamayan ve bir kez kullanılmakla tükenen, dönüşü olmayan haklardır⁶⁰¹. Bir başka tanımla; etkisini başka bir hukuki ilişki veya işlem üzerinde göstererek onu kuran, değiştiren veya sona erdiren haklara yenilik doğuran haklar denir⁶⁰².

Yenilik doğuran haklar, doğdukları kaynaklara göre kanundan ya da hukuki işlemde doğan yenilik doğuran haklar, bağlı oldukları kaynağa göre şahsa bağlı ya da hakka bağlı yenilik doğuran haklar, borç ilişkilerine bağımlı olup olmamalarına göre bağımlı ya da bağımsız yenilik doğuran haklar, kullanılma yöntemlerine göre dava yoluyla kullanılabilen ya da dava yoluna gidilmesine gerek olmadan kullanılabilen yenilik doğuran haklar ve etkilerine göre kurucu⁶⁰³, bozucu ve değiştirici yenilik doğuran haklar gibi çeşitli ayrımlara tabi tutulmuşlardır⁶⁰⁴. Bunların dışında asli ve tali (ikincil) yenilik doğuran haklar ayrımı yapılmıştır⁶⁰⁵.

Yenilik doğuran haklar devir edilebilirlik açısından tek bir kalıba sokulamazlar, zira çok çeşitli olmaları dışında, bu hakların doğumuna neden olan kaynaklar da farklıdır⁶⁰⁶. Bu kaynaklar, iptal hakkında irade sakatlığı, dönme ve

⁶⁰⁰ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 57; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, Ankara, 2017, s. 70; Yenilik doğuran hakların muhtelif tanımları ve ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 55 vd.

⁶⁰¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 33; BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 191. ;GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 76.

⁶⁰² ÖZMEN, E. Sabâ/ÜREM, Müge, Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 3, Mayıs 2016, Sayfa: 193-218, s. 193.

⁶⁰³ Kurucu yenilik doğuran hakların başlıca örneklerini önalım (şuf'a), geri alım (vefa) ve alım (iştirâ) hakları oluşturmaktadır (KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 33).

⁶⁰⁴ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 192 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 16; TUNÇOMAĞ, s. 49; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 125-126.

⁶⁰⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 126.

⁶⁰⁶ Kavramsal olarak yenilik doğuran hakların devrinin önünde bir engel yoktur ancak devredilebilen yenilik doğuran haklar yanında devredilemeyen yenilik doğuran haklar da vardır. Yenilik doğuran hakların devredilmesine ilk engel hakkın şahsa sıkı sıkıya bağlı nitelik taşımasıdır, bu haklar ne sağlararası bir işlemle ne de miras yoluyla intikal ederler (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 272).

fesihte sözleşmeye aykırılık, alım, geri alım ve sözleşmeden kaynaklı önalım haklarında da tarafların yaptığı bir sözleşmedir⁶⁰⁷.

Borç ilişkisine bağımlı olan yenilik doğuran haklar, sözleşmede taraf olma konumu ile ayrılmaz şekilde sıkı sıkıya bağlı bulunan yenilik doğuran haklardır ve sözleşmeden ayrı olarak başka kişiye devredilemezler⁶⁰⁸. Satım sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğunda, alıcının kullanabileceği seçimlik haklar bu türdendir⁶⁰⁹. Bu hak ancak alıcı sıfatını taşıyan kişinin taraf konumunun değiştirilmesiyle el değiştirebilir. Fesih, dönme ve iptal gibi sözleşmeyi sonlandırmaya yönelik yenilik doğuran haklar da sözleşme ile birlikte devralana geçmek zorundadırlar⁶¹⁰. Bunlar etkilerini bundan böyle devralanın malvarlığında meydana getirirler⁶¹¹.

Esasen sözleşme ilişkisine bağlı olan ve şahsa bağlı olmayan tüm yenilik doğuran hakların devralana geçmesi gerekir⁶¹². Bunlar taraf sıfatına bağlı olup, kullanılmaları artık devreden değil devralanın etki alanındadır ve kurucu, bozucu ya da değiştirici etkilerini devralanın malvarlığında meydana getirirler⁶¹³. Devir ile devralanın hâkimiyet alanına girmiş olan bir sözleşmenin kötü ifa ya da ifa etmeme gibi nedenle feshedilmesi devreden hukuki alanında etki yaratacak değildir⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 267.

⁶⁰⁸ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 126; KAPANCI, s. 457 vd.

⁶⁰⁹ ÖZ (Alacağın Devri), s. 2379.

⁶¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 565; AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 131.

⁶¹¹ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 275; Üç taraflı anlaşma ile sözleşme ilişkisinden tamamen ayrılan tarafın, sonradan iptal hakkını kullanarak kendisiyle hiç ilgisi kalmayan bir sözleşme ilişkisini sonlandırma ve ilişkinin kaderini tayin etme yetkisini elinde bulundurması sözleşmenin devri işleminin mahiyetiyle bağdaşmayacaktır (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 291, 356); Yenilik doğuran haklar kural olarak dahil olduğu hukuki ilişki veya hak ile birlikte bir başkasına devredilebilir. Kural bu olmakla birlikte, bazı yenilik doğuran hakların kendilerinden kaynaklanan devir engelleri vardır, örneğin paylı mülkiyet nedeniyle paydaşlar arasında bulunan yasal önalım hakkı, paydaş sıfatı elde edilmedikçe, devredilemez (EREN (Borçlar Özel), s. 69-70) .

⁶¹² BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 356.

⁶¹³ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 275.

⁶¹⁴ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 356; Ayrıca geniş anlamda borç ilişkisini etkileyen bu gibi yenilik doğuran hakların münferit alacakların devrinde devredende kalmaya devam edecekleri hakkında bkz. KAPANCI, s. 465, dn. 187'deki yazarlar.

Buz'a göre; eğer bir yenilik doğuran hakkın taşıdığı ekonomik değer devralan bakımından da geçerli ise, yani yenilik doğuran hak devralan bakımından da bir ekonomik değer taşıyorsa iptal hakkının devir olacağı kabul edilmelidir⁶¹⁵. Aynı nedenle, devredenın örneğın asıl sözleşme kurulurken var olan irade sakatlığı nedeniyle sahip olduğu iptal hakkı, hak düşürücü süre geçmemiş olsa dahi devralana geçmeyecektir. Zira o hakkın kullanılmasındaki yarar devredene aittir ve devreden kullanmayarak bu hakkından vazgeçmiş sayılmalı ve taraf olma sıfatını geçerli şekilde devrettikten sonra da bu hak sona ermiş olmalıdır⁶¹⁶. Belirtmek gerekir ki vazgeçmiş sayılma için devredenın iptal nedenini biliyor olması gerekir. İptal hakkının doğmasına neden olan olgulara bakıldığında; tehdit veya zor durumdan faydalanılarak edimler arasında aşırı orantısız bir durumun yaratılması gibi hallerde, devredenın iptal nedenini bilmemesi, işin niteliği gereği, istisnalar dışında söz konusu edilemeyecektir⁶¹⁷. Bu gibi hallerde devredenın iptal nedeninin farkında olarak sözleşmeyi devrettiği kabul edilmelidir. Bu durumda devreden, irade sakatlığı nedeniyle malul olan sözleşmeye icazet vermiş sayılır ve iptal hakkı sona erer⁶¹⁸.

Kanaatimizce asıl sözleşmede devredenın düşüncesizliği ya da deneyimsizliği nedeniyle karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık mevcut ve devreden, zarar görmesinin altında yatan nedenin düşüncesizliği ya da deneyimsizliğinden yararlanılması olduğunun farkına varmadan sözleşmeyi devretmişse; devralan, Türk Borçlar Kanunu m. 28/1'de yer alan, "sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirerek edimin geri verilmesi" ya da sözleşme ile bağlı kalarak edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi" talebinde bulunamayacaktır⁶¹⁹. Aşırı

⁶¹⁵ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 277.

⁶¹⁶ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 357; AYRANCI'ya göre, burada iptal nedenini bile bile devir sözleşmesini yapan devreden, askıda geçersiz olan sözleşmeye zimni onay vermiş sayılır ve bu nedenle bu hak devralana geçmez (AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 135).

⁶¹⁷ Bu durumda geriye, kural olarak devreden kişinin hataya düşmesi ya da hileye maruz kalması ya da onun düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden yararlanılarak edimler arasındaki aşırı orantısızlığın yaratılması durumları kalmaktadır (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 291).

⁶¹⁸ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 357.

⁶¹⁹ Kanımızca devredenın devirden sonra farkına vardığı aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmede kalandan, m. 28'de sayılan seçimlik hakları talep etmesi mümkün değilse de tazminat talep edebilmesi mümkündür.

yararlanmaya neden olan olgu, devredenin sübjektif özelliklerinden kaynaklanmakta ve sonucu onun etki alanında doğmaktadır. Taraflar aralarında iptal hakkının devredende kalmasına ilişkin anlaşmaya varmış olsalar da bu anlaşma geçersiz olmalıdır⁶²⁰.

Devredenin sözleşmede kalana kefil, garantör ve benzeri gibi sıfatlarla sorumlu olmaya devam ettiği hallerde dahi bu sonuç değişmemelidir. Zira devralanın, bir borç ilişkisinin devamına olan menfaatinden devredenin iradesine bağlı olarak mahrum bırakılması kabul edilemeyecek bir sonuçtur⁶²¹. Ancak örneğin devreden devir sözleşmesinde aldatmaya maruz kalmışsa, devir sözleşmesini iptal ederek asıl sözleşmedeki iptal hakkını yeniden kazanması söz konusu olabilecektir⁶²². Burada asıl sözleşmedeki iptal hakkının geri kazanılması, devirden önce durumun anlaşılammış olması haline has olmalıdır⁶²³.

Sözleşmenin uyarlanması⁶²⁴, feshini isteme ya da sözleşmeden dönme⁶²⁵ talebi, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişiklikler sonucunda, mağdur olan tarafça kullanılabilir yenilik doğuran haklardandır.

Seçimlik borçlarda; seçim yapılmadan önce, seçimlik hak sahibi olan tarafça sözleşmenin devredilmesi halinde, seçim hakkı devralana geçecek ve seçim devralan tarafından yapılacaktır⁶²⁶. Devralanın bu seçim yetkisini dürüstlük

⁶²⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 140.

⁶²¹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 137.

⁶²² Burada devreden tarafın devir işlemini iptal edebilmesi için, iptal nedeninin hem devralan ve hem de sözleşmede kalan taraf bakımından mevcut olması gerekir ancak iptal nedeninin aynı olması gerekmez (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 357); AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 141.

⁶²³ Devir işleminin sakatlığın farkında olarak yapılması halinde, irade sakatlığı ile malul sözleşmeye icazet verilmiş sayılır (BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 357).

⁶²⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm “3.2.4 Uyarılma Talebi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶²⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm “3.2.7 Sözleşmeden Dönme” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶²⁶ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1122; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 752; FRANKO, s. 187.

kurallarına uygun olarak kullanması gerekir⁶²⁷. Ayrıca borçluya muacceliyet ihtarı gönderme, süre verme, onu temerrüde düşürme hakları da devralana geçecektir⁶²⁸.

Bu konudaki görüşümüz; devre konu olacak yenilik doğuran haklarla ilgili genel ve soyut kurallar koymaktansa, hakkın somut olayda arz ettiği özelliğe göre tespit yapılması gerektiği yönündedir. İrade sakatlığı dolayısıyla devredende olan iptal hakkı ile ilgili olarak; devreden durumu bilerek sözleşmeyi devrediyorsa hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılmalı, kural olarak bir nedenle sözleşme kendisine geri dönse ve süre geçmemiş olsa dahi bu hak canlanmamalıdır. Sadece devreden durumun farkında olmayarak sözleşmeyi devretmişse, süresi içinde bu hakkını kullanmak istiyorsa önce devir sözleşmesini iptal etmelidir. Bunu yapabilmesi için devir sözleşmesinde var olan iradesinin de aynı irade sakatlığının yansması şeklinde sakatlanmış olması lazımdır. Devreden asıl sözleşme kendisine döndüğünde iptal hakkını kullanarak asıl sözleşmeyi iptal edebilecektir⁶²⁹. Devredene ait bu iptal hakkı devralana geçmeyecektir.

Devralanın da iradesi sakatlanmışsa zaten kendi irade sakatlanması nedeniyle bizzat kendine ait olan iptal hakkını kullanması söz konusu olacaktır. Bir örnekle açıklamak yararlı olacaktır. Devreden değerli bir tablo aldığını düşünerek aslında 100 lira değerinde bir tabloyu 100 bin liraya almak üzere satıcıyla yaptığı anlaşmayı devralana devretmiştir. Devreden irade sakatlığının farkında olmaksızın, devralandan karşılık olarak 100 bin lira almışsa, onun irade sakatlığına dayanmasında bir menfaati olmayacaktır. Bu kez kendi deneyimsizliği ve bilgisizliği nedeniyle devralan, kendi iradesinin sakatlanmış olduğunu ileri sürebilecektir. Bu da zaten kendine ait bir iptal hakkı olacak ve hak düşürücü süre

⁶²⁷ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 13.

⁶²⁸ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1122; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 752; FRANKO, s. 187.

⁶²⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 39/2 uyarınca, “*Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.*” Buna göre devreden, devir sözleşmesini iptal ederek, asıl sözleşmenin kendine geri dönmesini sağlamış olamasa da tazminat isteyebilecektir.

de onun durumun farkına varmasından itibaren işlemeye başlayacaktır⁶³⁰. Ancak devralan devir sözleşmesini iptal edecektir. Devir sözleşmesinin iptali üzerine asıl sözleşme kendisine dönen devreden süresi içinde iptal hakkını kullanabilir.

Buna karşılık devreden 1.000 lira değerinde bir tabloyu 100 liraya satmak üzere alıcıyla yaptığı anlaşmayı, tablonun mülkiyetini alıcıya devretmesinin ardından sözleşmeyi 100 liraya devralana devretmişse bu durumun farkına vardıktan sonra önce devir sözleşmesini sonra da asıl sözleşmeyi iptal etme yoluna gidecektir.

Sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklardan olan “uyarlama”⁶³¹ ve “dönme”⁶³² ile ilgili bilgiye üçüncü bölümde geniş yer verildiğinden burada ayrıntıya girmeyeceğiz.

2.2.3 Öncelik Hakları

Devirle birlikte sözleşme içeriğindeki alacaklara bağlı her türlü öncelik (rüçhan) hakları ve bağlı haklar da, Türk Borçlar Kanunu m. 189/1 hükmü uyarınca devredenın kişiliğine bağlı olan haklar ayrık olmak üzere, devralana geçecektir⁶³³. Bu, kanunun devre bağladığı bir sonuç olup, tarafların öngörmelerine gerek olmadığı gibi, kural olarak aksini kararlaştırmaları da mümkün değildir⁶³⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 189’da yer aldığı üzere, alacağın devrinde, devredenın kişiliğine özgü olan öncelik hakları ve bağlı haklar ise devralana

⁶³⁰Devredene ait iptal hakkının kullanımında süre devredenın durumun farkına varmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Devir sözleşmesinin iptal edilmesinden sonra vaziyet eski hale iade olduğunda, süre geçmemişse devreden kendine ait iptal hakkını da kullanabilecektir.

⁶³¹ Bkz. Üçüncü Bölüm “2.4 Uyarılma Talebi” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶³² Bkz. Üçüncü Bölüm “2.8 Sözleşmeden Dönme” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶³³HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 418; ŞAFAK, Ali/ERASLAN, Duygu/BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren/ÜNLÜTEPE, Mustafa/ÖZTÜRK ALMAÇ, Tuğçe/ÜNAL, Nurdoğan, Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri, Ankara, 2021, s. 56.

⁶³⁴ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 563.

geçemeyecektir⁶³⁵. Devredenin kişiliğine özgü öncelik hakları ve ona bağlı haklar borcun sebebinden değil, alacağın sahibinin kişisel özelliklerinden ileri gelirler ve devralana geçmezler⁶³⁶.

Devirle birlikte devralana geçtiği kabul edilen öncelik haklarının kapsamına, icra ve iflas hukukundan doğan öncelik hakları⁶³⁷, tapuya şerh verilmiş bir kişisel hakla ilgili olarak devralanın şerhin etkisinden yararlanacak olması gibi haklar girecektir⁶³⁸. Tapuya şerh verilmiş olan bir arsa payı karşılığı inşaat ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde ya da tapuya şerh verilmiş bir kira sözleşmesinde devralanın şerhin olumlu etkisinden yararlanacak olması gibi haller bu kapsamdadır⁶³⁹.

2.2.4 Teminatlar ve Teminat Veren Üçüncü Kişilerin Durumu

Devreden kişinin borçlarını temin etmek üzere verilmiş olan rehin, kefalet ve benzeri teminatlar hakkında Türk Borçlar Kanunu m. 205'te bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle alacağın devri ile ilgili hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçecektir (Türk Borçlar

⁶³⁵ TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s. 332.

⁶³⁶ KAHRAMAN, Zafer, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, 2016, Sayı: 145-146, S. 587-630, (Ticari İşletme), s. 612-613: "Ticari işletme devrinde, içeriği bakımından borçludan başkası tarafından ifa edilemeyecek olan, diğer bir deyişle kişisel olduğu için alacaklının onayı olmaksızın "nakledilemez" olan borçlar, bu nitelikleri gereği devir işlemi dışında kalırlar."

⁶³⁷ Örneğin, ihtiyati haciz prosedürüne başvurulmuşsa, ihtiyati hacze bağlı haklar öncelik hakkı olarak devirle birlikte ve kendiliğinden devralana geçecektir. Alacağa bağlı tasarrufun iptali davası açma, iflas yolu ile takipte İcra İflas Kanunu m. 235'teki sıra cetveline itiraz davası açma hakkı da bir öncelik hakkı olarak devralana geçecektir (GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1121).

⁶³⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.251; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 563; EREN (Borçlar Genel), s. 1239; ARIKAN (Temlik), s. 148.

⁶³⁹ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 563; ÖZ (Alacağın Devri), s. 2378; ARIKAN, Mustafa/ERDOĞAN, Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015, 34, Sayfa: 145-172, s. 156; ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 56.

kanunu m. 189/1). Örneğin alacağın devriyle birlikte alacağa bağlı bulunan ipotek devralana geçer⁶⁴⁰.

Sözleşmenin devrinde de devredenın alacaklarının teminatı olan rehin, kefalet⁶⁴¹, ipotek ve benzeri haklar Türk Borçlar Kanunu m. 189/1 uyarınca devralana geçecektir⁶⁴². Bu itibarla sözleşmede kalan kişinin borçlarının teminatını teşkil eden rehin ve kefaletler aynen kalır. Bu teminatlar devir ile birlikte başkaca bir işleme (ipotekte tescile, taşınır rehininde teslim) gerek olmaksızın devralana geçer, ayrıca devredenın alacakları üzerindeki hapis hakları da devralana geçer⁶⁴³.

Buna karşılık teminatların devralana doğrudan geçişi ile ilgili olarak var olan istisnalardan biri, devredenın borçları için kefil, rehin gibi kişisel ya da malvarlığına bağlı güvence veren üçüncü kişilerin durumlarıdır. Bu haklar devredenın borçtan kurtulmasıyla sona ererler⁶⁴⁴. Türk Borçlar Kanunu m. 202 ve m. 203 hükmü uyarınca bir malvarlığı ya da işletmenin devralınması veya bir işletmenin diğeriyle birleşmesi ya da tür değiştirmesi durumunda da güvence veren kişilerin yazılı rıza vermeleri gereklidir⁶⁴⁵. Aksi halde sorumlulukları devam etmeyecektir. Teminat vereni korumaya yönelik olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 198/2 hükmünde öngörülmüş olduğu gibi, rehin veya kefaletin devamı rehin veya kefalet verenin yazılı rızasına bağlanmıştır. Yazılı rıza gösterilmeyen hallerde

⁶⁴⁰ Yrg. 19.HD 2009/2273 E. - 2009/3130 K. Sayılı, 15.04.2009 tarihli kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁴¹ Kefil ile alacaklının, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan hakkın, alacağın devriyle birlikte yeni alacaklıya geçmeyeceğini kararlaştırmaları (ya da asıl alacağın devri sırasında buna karar vermeleri), kefalet sözleşmesinin sona erme nedenlerinden biridir. Alacağın devri ile sözleşmesel devir yasağı konulmuş olan kefalet sözleşmesinden doğan alacak hakkı hem devredilmiş olmayacak ve hem de önceki alacaklıda kalmayarak, sona erecektir (ÖZEN (Kefalet), s. 97; Diğer taraftan, kefalet sözleşmesi kurulurken, asıl borç kimin tarafından üstlenilirse üstlenilsin kefilin sorumlu olmaya devam edeceği yönündeki, peşin olarak ortaya konulacak rıza geçerli olmayacak, her somut nakil olgusunda tekil olarak ortaya konulması gerekecektir (ÖZEN (Kefalet), s. 103).

⁶⁴² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 418, s. 430; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 564; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.251.

⁶⁴³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251; KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1053; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 564; aksi yönde bkz. AYBAY, s. 189.

⁶⁴⁴ Güvence veren kişilerin sorumlulukları, borçlu değişimine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 833); KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 251, dn. 1130'daki yazarlar.

⁶⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 833.

devir sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmasıyla birlikte teminatlar sona erer⁶⁴⁶. Elbette bu kişiler yazılı rıza beyanıyla teminatların devam etmesine karar verebilirler⁶⁴⁷.

Taraf değişikliğiyle birlikte, ödeme gücünü bilemedikleri bir kişi için farklı bir risk üstlenmek yerine rıza vermeyerek teminatı geri çektiği için, kimse itiraz edemeyecektir⁶⁴⁸. Zira teminat konusu risk gerçekleştiği ve kişisel veya malvarlığı ile temin etmek zorunda kaldığı durumda rücu edeceği kişi değişmiş olacaktır. Bu nedenle teminat gösteren bu kişilerin teminatlarının devamı yönünde bir zorlamayla karşılaşması düşünülemez. Türk Borçlar Kanunu 198/2 hükmü ile teminat verenlerin korunması gerekliliği alacaklının teminat ihtiyacına üstün tutulmuştur⁶⁴⁹. Söz konusu hüküm kıyasen sözleşmenin devrinde de uygulama alanı bulmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, teminat verenin rızası aranmaksızın alacaklının kazandığı kanuni teminatlar borçlunun değişmesiyle sona ermeyeceklerdir. Bu gibi teminatlar rıza gerektirmeksizin devam edecektir. İnşaatçı ipoteğinde olduğu gibi, rehnin kurulmasında söz hakkı olmayan malik, taşınmazın devri halinde rehnin sona ermesi ya da devamı konusunda da söz hakkı sahibi olamayacaktır⁶⁵⁰.

İşyeri kiralalarında, kiracının sözleşmesini devretmek istemesi durumunda kiraya veren, haklı neden olmadıkça rıza vermekten kaçınmamaktadır. Sözleşmenin devrini “onaylamama hakkı” kanunen engellenen kiraya vereni korumak için Türk Borçlar Kanunu m. 323/3 hükmü ile devreden kiracının kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralan kiracıyla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Devreden ve devralan kiracılar söz konusu süre zarfında müteselsil olarak sorumlu olacaklarından teminatların da

⁶⁴⁶ İNCEOĞLU (C.1), s. 561; ÇABRİ, s. 165; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 526.

⁶⁴⁷ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2444-2445.

⁶⁴⁸ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2447.

⁶⁴⁹ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2444.

⁶⁵⁰ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2449-2450.

devam edeceğini kabul etmek lazımdır⁶⁵¹. Zira asıl borçlunun borcu sona ermemiştir. Süre sonunda müteselsil borçluluğun sona ermesi ve devredenin borçtan kurtulmasıyla birlikte teminatlar da, rıza verilmediği sürece sona erecektir.

Belirtelim ki, işyeri kiralarda bu müteselsil sorumluluk için kiraya verenin mutlaka devre katlanmış olması gerekmez, anılan madde bu konuda ayırım yapmamıştır. Kiraya veren devre kendi isteğiyle onay vermiş de olsa, hem devreden, hem de devralan kiracı belirtilen süre boyunca müteselsil olarak sorumlu olacaklardır.

Borcun nakli gibi, sözleşmenin devrinde de bizzat devreden tarafından tesis edilmiş olan rehin hakları ve ipotek gibi teminatların, aksine anlaşma ile sona erecekleri kararlaştırılmamışsa devam etmeleri gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığını iddia etmesi durumunda, ispat yükü devredende olmalıdır. Sözleşme tarafını oluşturan birden fazla kişiden yalnızca biri tek başına sözleşmeyi üstleniyorsa, sözleşmeyi devredenlerin vermiş oldukları teminatlar, aksi kararlaştırılmamışsa devam etmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 198/2 rehin veren üçüncü kişiler ve kefil açısından sona erme halini düzenlemiş, devredenın sahip olduğu teminatlar açısından bir düzenleme getirmemiştir, zira alacaklının değişmesi durumunda teminatın sona ermesi için bir neden yoktur⁶⁵². Belirtildiği gibi, alacağı teminat altına almak üzere kurulmuş rehin ve ipotek hakları, alacağın devriyle birlikte tapuda yapılacak herhangi bir işleme gerek olmaksızın yeni alacaklıya geçer. Aynı şekilde taşınır rehinleri de eşyanın teslimi gerekmeksizin, alacağın devriyle alacaklıya geçer⁶⁵³.

⁶⁵¹ İNCEOĞLU (C.1), s. 562.

⁶⁵² KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 296.

⁶⁵³ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 564; İpotek, rehin gibi teminatların fiilen kurulmuş olmayıp, yalnızca önceki alacaklıya rehin verileceği ya da kefil olunacağı taahhüt edilmişse, devralan, taraf olmadığı bu taahhüde dayanarak söz konusu hakların kurulmasını, bu taahhütlerden doğan haklar devirle geçmeyeceğinden, isteyemez.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, teminat veren üçüncü kişiyi korumaya yönelik olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 198/2 hükmünde rehin veya kefaletin devamı rehin veya kefalet verenin yazılı rızasına bağlanmıştır. Söz konusu hüküm sözleşme devirlerinde de kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Teminatın devamı için gösterilecek rıza, tek taraflı irade açıklamasını içeren bir hukuki işlemidir ve devralana veya sözleşmede kalana karşı beyan edilebilir⁶⁵⁴.

Bu beyan, sözleşmenin devrinden sonra onay niteliğinde olabilir ise de önceden genel olarak belirtilen peşin ön izin verme halinde bunu geçerli kabul etmek mümkün olmayacaktır⁶⁵⁵. Keza örneğin kefalette kefilin henüz bilmediği, bilmesinin de mümkün olmadığı bir durumla ilgili olarak geçerli bir şekilde taahhüt altına giremeyeceği, ancak yüklendiği risk hakkında yeterli bilgiye sahip olduğu, devrin yapıldığı kişi ve gücü hakkında bir kanıya sahip olduğu takdirde geçerli olabileceği bir gerçektir⁶⁵⁶. Kefil, rızasını yazılı olarak açıklamalıdır. 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında kefilin rızasının şekli konusunda bir açıklık bulunmamakta ve bu durum tereddütlere yol açmaktaydı ancak baskın görüş yine de yazılı olması gerektiği yönündeydi⁶⁵⁷. Türk Borçlar Kanunu m. 198/2, rızanın yazılı olması gerektiğini hükme bağlayarak bu tartışmalara son vermiştir⁶⁵⁸.

Kişisel güvence sağlayan gerçek kişiler için, bu kişilerin evli olmaları durumunda, eşlerinin de muvafakatlerini yenilemeleri gerekecektir. Normal şartlarda bekâr olduğu dönemde kişisel güvence veren, örneğin kefil olan kişinin sonradan evlenmiş olması kefaletini etkileyen bir durum değildir⁶⁵⁹. Ancak asıl sözleşmede kişisel güvence vermiş, devirden önce de evlenmiş olanlar için eşlerinin muvafakatlerinin alınması gerekmektedir. Zira nasıl kefaletten önce evli olan eşin söz konusu kişisel güvenceyi muvafakat vermeyerek sonlandırma hakkı

⁶⁵⁴ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2448.

⁶⁵⁵ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2448.

⁶⁵⁶ RESİOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 308; ÖZEN (Kefalet), s. 103; KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2448.

⁶⁵⁷ ÖZEN (Kefalet), s. 103.

⁶⁵⁸ KAHRAMAN (İstanbul Şerhi), s. 2446.

⁶⁵⁹ GÜNARSLAN, Banu, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, 13.143, Sayfa: 90-102, s. 94.

doğmuştur ve belki de bu yeni güvence verilecek kişiyi muteber görmeyecektir, aynı hakkı kefaletten sonra ama devirden önce evlenen eşe de tanımak gerekir.

Rızanın en geç kişisel güvence veren sözleşmenin kurulması esnasında verilmesi koşulu gereğince, evliyken kefil olan bir kişinin sonradan boşanması kefalet sözleşmesine geçerlilik sağlamayacaktır⁶⁶⁰. Devir halinde eş muvafakatinin verilme zamanının da aynı şekilde değerlendirilmesi ve en geç rıza verilirken muvafakat edilmesi gerekecektir.

Türk Borçlar Kanunu m. 584/1'e göre eşin rızası yazılı şekilde olmalıdır. Burada öngörülen şekil adi yazılı şekildir. Kişisel güvence verilmesine dair yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu m. 583/1'de aranan nitelikli yazılı şekil değildir. Rıza beyanında bulunan eş herhangi bir kişinin yazdığı beyanı imzalayabileceği gibi, güvence sözleşmesindeki kabul beyanının altını da imzalayabilir.

Güvence verenin sözleşme taraflarına yabancı olduğu durumda, rıza verilmemesi halinde sona ereceği, devir aşamasında devralanı tanımış ya da bizzat güvence veren tarafından sözleşmenin devralınmış olması halinde, güvencenin rıza aranmaksızın varlığını sürdüreceği savunulmuştur⁶⁶¹. Kanaatimizce sözleşmeyi devralması hali hariç, salt devralanı tanımış olduğu ya da görüşmelere tanıklık edip ses çıkarmadığı için güvence verenin “örtülü” olarak rızasının var olduğu iddia edilemez. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere söz konusu rızanın yazılı olması aranmıştır.

Belirtildiği gibi, sözleşmeyi devralan kişi asıl sözleşmede devredene kefil olmuş olabilir. Kefil olan bu kişinin sözleşmeyi iradi olarak devralması ya da devredenin tek mirasçısı olması dolayısıyla kanunen devralması mümkündür.

⁶⁶⁰ BADUR, s. 278.

⁶⁶¹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1052; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 290-291; UNIDROIT-PICC ilkelerine göre de güvence veren eğer devralanın kendisi ise güvencenin sona ermeyeceği hükme bağlanmıştır (PICC. M. 9.2.8 [2]).

Devralan sıfatı ile kefil sıfatının aynı kişide birleştiği durumda kefalet borcunun sona ereceği kabul edilirse, sözleşmede kalanın kefalet ile birlikte sahip olduğu fer'i haklar da sona erecektir. Örneğin kefile kefalet veya kefilin borcu için verilmiş olan rehinler ortadan kalkacaktır.

Hakkaniyetli olmayan ve 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında tartışmalı olan bu konu için Türk Borçlar Kanunu m. 598/2, borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağına dair getirdiği hükümle bu duruma son vermiştir. Buna göre; devralanla kefil sıfatının birleşmesi halinde sözleşmede kalan, varsa kefilin borcuna karşı verilen rehin ve kefile kefalet haklarına başvurabilecektir⁶⁶².

Devir sözleşmesi herhangi bir nedenle baştan itibaren hükümsüz olursa, bu durumda Türk Borçlar Kanunu m. 200/1 hükmüne kıyasen, baştaki duruma dönülür; asıl borçlunun borcu eski durumuna döner, rehin ve kefalet yeniden geçerli hale gelir⁶⁶³. Rehin hakkının sona erip yeniden geçerli hale gelmesi arasındaki zaman diliminde, iyi niyetli üçüncü kişiler üst derecede rehin hakkı tesis etmiş olurlarsa, bu kişilerin iyi niyetleri korunarak rehin haklarının önceliği devam eder⁶⁶⁴. Türk Borçlar Kanunu m. 200/2 hükmü gereği devralan, devir sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve devredenin zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe devreden, sağlanmış güvenceyi yitirmesi ya da başka kişilerin önceliği kazanması yüzünden uğradığı zararın giderilmesini devralandan isteyebilecektir⁶⁶⁵.

⁶⁶² REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 286; ACAR ÜNAL, Özlem/URAL ÇINAR, Nihal, Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 15.2, Sayfa: 43-80, s. 66.

⁶⁶³ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 32.

⁶⁶⁴ KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1088-1089.

⁶⁶⁵ Türk Borçlar Kanunu m. 200/2: “Bundan başka, borcu üstlenen üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hâle gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklı, önceden sağlanmış güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararın giderilmesini üstlenenden isteyebilir.”

Sözleşmede kalanın sahip olduğu alacaklara ilişkin teminatlar bakımından iradi devir ile yasal devir arasında farklılıklar vardır⁶⁶⁶. Buna karşılık devredenın sahip olduğu alacaklara ilişkin teminatlarda durum benzerdir. Örneğin kiralanan malın malikinin değişmesi durumunda yeni malik kira sözleşmesinin, kimsenin onayı gerekmeksizin, tarafı haline gelecek ve kiraya veren sıfatına sahip olacaktır. Bu şekilde yasal sözleşmenin devri gerçekleştiğinde önceki malikin sahip olduğu teminatların da kendiliğinden kiraya verene geçtiğinin kabul edilmesi gerekir⁶⁶⁷.

2.2.5 Faizler

Alacağa bağlı faizler konusunda öğretide bazı yazarlar, muaccel hale gelmiş faiz ve sözleşme cezasının artık fer'iliğini kaybederek devredende kalamayacağını savunurken⁶⁶⁸, diğer görüş muaccel olmakla faizin fer'i olma niteliğini kaybetmeyeceğini ve devrin kapsamına dahil olacağını savunur⁶⁶⁹.

Öncelikle taraflar bu konuda anlaşmışlarsa ona uyulacaktır⁶⁷⁰. Eğer anlaşma yok ise devreden artık talep etme hakkını yitirmiş olacaktır⁶⁷¹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m. 189/2'ye göre borç konusu para ise hem devirden önce işlemiş ama

⁶⁶⁶ KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1087-1088.

⁶⁶⁷ İNCEOĞLU (C.1), s. 592.

⁶⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1133: “Faiz ve cezai şart gibi fer'i hakların da borç yüklenen tarafından ödeneceğine dair bir hüküm yoktur. Fakat borcun naklinden sonra doğacak faizleri ödemekle yükümlü olanın, borç yüklenen olduğunda kuşku yoktur, zira nakil anından itibaren anaparanın borçlusu artık borç yüklenendir. Ancak daha önce doğmuş faiz alacaklarının da onun tarafından ödenmesi gerektiği söylenebilir. Çünkü borcun nakli sözleşmesi yapan alacaklı, kural olarak, o andan itibaren ilk borçlusu ile bütün ilgisini kesmek istemektedir; borcun kapsamı hakkında bilgi toplamak ve sorumluluğunu sınırlamak ise, borç yüklenenin işidir. Zaten burada BK 168/III'tekine benzer bir durum vardır. Muaccel olmuş cezai şart ve tazminat alacakları içinde durum aynıdır.”

⁶⁶⁹ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 253, dn. 1141'deki yazarlar.

⁶⁷⁰ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 272; ŞAFAK, Ali/ERASLAN, Duygu/BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren/ÜNLÜTEPE, Mustafa/ÖZTÜRK ALMAÇ, Tuğçe/ÜNAL, Nurdoğan, Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri, Ankara, 2021, s. 58: “Taraflar işlemiş ve/veya işleyecek faizlerin devredene ait olacağını kararlaştırmışlarsa, bu durumda faizler alaktan bağımsız bir nitelik kazanır ve devredende kalır”.

⁶⁷¹ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 272.

ödenmemiş ve hem de devirden sonra işleyecek faizler devralana geçecektir⁶⁷². Bu hüküm aksi ispatlanabilir bir karine olarak alacağın devri ile birlikte işlemiş faiz alacağının devredenden devralana geçeceğini ama aksinin de ispatlanabileceğini öngörür⁶⁷³. İşlemiş faizden anlaşılması gereken hem sözleşme gereği işlemiş faiz ve hem de kanunen işlemiş faizlerdir⁶⁷⁴. Bununla beraber, aksinin kararlaştırılması ve işlemiş faizlerin devredende kalması mümkündür⁶⁷⁵.

2.2.6 İtiraz ve Defiler

Savunmalar defi ve itirazlardan oluşur⁶⁷⁶. İtiraz, borç ilişkisinde bir hakkın doğmasını engelleyen veya sona ermesini gerektiren olay ya da olguların ileri sürülmesidir. İtirazlar, hakkın doğumuna engel olan itirazlar (şekle aykırılık, ayırt etme gücü yoksunluğu gibi) ve hakkı sona erdiren itirazlar (ödeme, ibra, imkânsızlık gibi) olmak üzere kendi içlerinde ikiye ayrılırlar⁶⁷⁷.

Defiler ise borçluya, alacaklının hakkının varlığına itirazı olmasa bile, bazı özel hukuki nedenlerle borcun ifasından kaçınma olanağı veren bir yoldur⁶⁷⁸. Geniş anlamıyla bunlar, hak sahibine karşı ileri sürülen bir hakkı engelleyen, etkisiz kılan, sınırlayan veya ortadan kaldıran ikinci derece haklardır, düzenleme

⁶⁷²Hem sözleşmesel ve hem de kanuni işlemiş faizlerin devralana geçeceği yönünde TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 564; EREN (Borçlar Genel), s. 1240; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 272; Taraflar arasında işlemiş faizlerin devralana geçmeyeceğinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu, aksi durumda işlemiş faizlerin de devredilmiş sayılması gerekeceği yönünde bkz. NOMER, s. 343; Devir anında henüz işlememiş faizlerin devralanın malvarlığında doğacakları gibi, işlemiş fakat henüz ödenmemiş olan faiz alacaklarının da devredilen alacakla birlikte devralana geçeceği yönünde bkz. Yargıtay 12. HD 2007/2755 E. - 2007/5619 K. Sayılı, 23.03.2007 tarihli kararı <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; Yrg. HGK 1979/11-578 E. - 1982/746 K. sayılı, 25.06.1982 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

⁶⁷³ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1123.

⁶⁷⁴ TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s. 241.

⁶⁷⁵ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 418-419; OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 564.

⁶⁷⁶ 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 167'de: "*Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlike edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.*" demektedir. Maddede yalnızca defilerden söz edilmesi itirazlardan bahsedilmemesi eleştirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 188: "*Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*" demek suretiyle eleştirileri bertaraf etmiştir.

⁶⁷⁷ ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 69.

⁶⁷⁸ TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s. 22.

hakları içinde yer alırlar⁶⁷⁹. Defileri farklı özelliklerine göre sınıflandırmak mümkündür. Süreleri, hukuksal dayanakları ve kapsamları esas alınarak sınıflandırılırlar⁶⁸⁰. Dar anlamda definin borçluya kendisinden talep edilen edimi ifa etmeyi özel bir sebeple reddetme hakkı vererek borç ilişkisini değiştirmesi (alacaklının alacağını elde etmesine engel olması) dolayısıyla özel bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiğine rastlanmaktadır⁶⁸¹.

İtiraz ve defiler usul olarak da birbirinden ayrılırlar; itiraz herkes tarafından ileri sürülebilecek bir olay ya da olgu iken, defi bir hak olduğundan yalnızca sahibi tarafından ileri sürülebilir⁶⁸². İtirazları hâkim resen nazara almak durumunda iken, defiler hak sahibince ileri sürülmedikçe dikkate alınamazlar. Buna göre itirazlar bir hakkın doğumuna engel ya da doğmuş bir hakkı sona erdirmekteyken, defiler hakkın kullanılmasını engeller ya da geciktirir.

Devredenin şahsına bağlı olan defilerden, devredilen sözleşme ilişkisiyle ilgili olmayanlar devralana geçmez⁶⁸³. Örneğin devralan, devredene karşı, edimini yerine getirmediğinden bahisle, iç devir sözleşmesinden kaynaklanan ödemezlik defini sözleşmede kalana karşı kullanamayacak ve borçlarını ifadan, dış devir

⁶⁷⁹ ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2019, (Borçlar Genel), s. 92; EREN (Borçlar Genel), s. 73.

⁶⁸⁰ CANSEL/ÖZEL, s. 77; Defiler süreleri bakımından; a) Kesin (sürekli) defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 82/2, 231/1/2, 310, 311 gibi), ileri sürülmekle karşı hakkı tamamen engellerler. b) Geciktirici defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 97, 585/1, Türk Medeni Kanunu m. 950/1 gibi), ileri sürülmekle hakkın kullanılmasını belirli bir süre için önlerler. Hukuksal dayanakları bakımından; a)Bağımsız defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 161, 585 gibi), bir hakka bağlı olmayan, hakka dayanmayan defilerdir. b) Bağımlı defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 82, 97, 231/I, Türk Medeni Kanunu m. 950 gibi), bir hakka dayanan, o hakka bağlı olan defilerdir. Kapsamları açısından; a) Tam defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 146, 235 gibi), edimin tamamının ifasından kaçınma imkânı tanıyan defilerdir. b) Tam olmayan (Kısmi) defiler (Türk Borçlar Kanunu m. 227, 296 gibi), edimin belirli bir kısmını yerine getirmekten kaçınma imkânı veren defilerdir.; ÇUKADAR, Neslihan, Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar, Ankara, 2014, s. 51 vd.

⁶⁸¹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 109; CANSEL/ÖZEL'e göre, "*defiler yenilik doğuran haklara benzer ve bir hakka karşı ileri sürülerek hakkın kullanılma biçimini etkilerler. Bununla birlikte yenilik doğuran hak bir hakkı yaratır, ortadan kaldırır ya da değiştirir. Buna karşılık defi, bir hakkın kullanılmasını geciktirir ya da kullanılmasını olanaksızlaştırır, hakkın özünü etkilemez.*"; ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI/ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 68.

⁶⁸² ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 70.

⁶⁸³ Devredenin haklarından daha fazlası devredilemez "*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*" (DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 29).

sözleşmesinde aksi açıkça kabul edilmedikçe, kaçınamayacaktır⁶⁸⁴. Bunun gibi iç devir sözleşmesi kapsamında devralan, bu sözleşmeden kaynaklanan defî ve itirazlarını sözleşmede kalana karşı ileri süremeyecektir. Ancak örneğin, asıl sözleşmedeki hak ve alacakların tabî olduğu zamanaşımı definin varlığı sözleşmenin devrinden etkilenmez ve varlığını sürdürür⁶⁸⁵. Sözleşme ilişkisi değişmemiştir, haklar ve borçlar aynen durmaktadır, yeter ki defiler devirden önce doğmuş olsun⁶⁸⁶. Durum böyle olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu m. 153'te zamanaşımının işlemeye başlamasına engel olan, başlamışsa da durduran nedenler yedi madde halinde sayılmıştır. Bu nedenler zamanaşımının işleyişini tarafların kişisel özellikleri dolayısıyla etkilemektedir. Anılan maddede sayılan özellikteki kişilerden biri alacağını devrederse, devralan için zamanaşımı işlemeye başlayacak ya da durmadan önce başlamış olan zamanaşımı işlemlerini sürdürecektir⁶⁸⁷.

Öğretide hapis hakkının hukuki niteliğinin, alacaklıya sağladığı olanaklar da dikkate alındığında, mülkiyet hakkına dayanan taleplere karşı, alacaklıya kanunen tanınmış olan ve ifadan kaçınma hakkı veren aynı etkiye sahip bir defî olduğu ileri sürülmüştür⁶⁸⁸. Alacağın devri ile birlikte hapis hakkının devralana geçip geçmeyeceği öğretide tartışmalı bir konudur⁶⁸⁹. Hapis hakkı konusu olan eşyanın zilyetliği devralana geçirilmedikçe bu hak devralana geçmeyecektir⁶⁹⁰. Hapis hakkının devralana geçeceğini savunan görüşe göre, devirden önce doğmuş olan hapis hakkı alacak hakkına bağlı bir fer'i hak olarak devralana geçecektir⁶⁹¹. Devralanın eşya üzerinde dolaylı zilyet olması yeterlidir⁶⁹².

⁶⁸⁴ Bkz. İkinci Bölüm "2.3. YÜKÜMLÜLÜKLER" başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁸⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 146.

⁶⁸⁶ DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 29.

⁶⁸⁷ KAPANCI, s. 465, dn. 186'daki yazarlar.

⁶⁸⁸ ÇETİNER, Bilgehan, Hapis Hakkı, İstanbul, 2010, s. 49.

⁶⁸⁹ ÇETİNER, s. 148.

⁶⁹⁰ Diğer taraftan hapis hakkı konusu olan eşyanın zilyetliği devralana teslim edilse dahi borçlunun rızasına dayana bir devir olmadığı için hak devrolmayacaktır (Esat Arsebük, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1950, s. 1074-1075, ÇETİNER, s. 149, dn. 391'den naklen).

⁶⁹¹ ÇETİNER, s. 150; Ticari nitelik taşıyan hapis hakkının tacir sıfatı taşımayan bir devralana geçmeyeceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir (KAPANCI, s. 464, dn. 184'teki yazarlar); Aksi görüşte bkz. ÇETİNER, s. 159-160: "Çünkü tacirler arasındaki ticari ilişkiden doğan ticari hapis hakkı, temlikten önce ileri sürülmüş ve hükümlerini doğurmaya başlamış ise, temlik ile birlikte

Kanaatimizce sözleşmenin devrinde alacaklara bağlı hapis haklarının devralana geçip geçmeyeceğine somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekir. Örnek olarak kira sözleşmesinin devrinde, önceki kiraya veren üzerinde bulunan hapis hakkı, kendi üzerinde doğan alacaklar için devrolmayacaktır. Bu hak koşulsuz devirle birlikte sona ermelidir⁶⁹³. Bir istisnası önceki kiraya veren üzerinde doğmuş ve henüz tahsil edilememiş olan kira bedellerinin de devralana devrolunmuş olduğu hallerdir. Devir sözleşmesi yapıldığı sırada bu alacakların henüz tahsil edilmediği ve devralana devrolunduğu kararlaştırılmış olabilir. Devreden üzerinde doğmuş ve muaccel olduğu halde tahsil edilememiş bu alacakların devrinin yazılı olarak yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Bu durumda devrolunan bu alacaklar için önceki kiraya veren üzerinde bulunan hapis hakkı da devralan yeni kiraya verene devrolmuş olacaktır⁶⁹⁴. Doğal olarak devam eden kira bedeli alacakları için devralanın Türk Borçlar Kanunu m. 336 uyarınca hapis hakkı var olacaktır.

Taşıyıcının nakliye konusu eşya üzerindeki hapis hakkı da benzer şekilde, sözleşmenin devri ve eşya üzerindeki zilyetliğin koşulsuz geçirildiği anda sona ermelidir. Aynı şekilde doğmuş ve muaccel olduğu halde tahsil edilememiş alacakların devri söz konusu ediliyorsa devredendeki hapis hakkı devrolacaktır. Devralanın zilyetliğindeki eşya üzerindeki hapis hakkı bu alacakları da kapsayacaktır⁶⁹⁵.

yeni alacaklıya, başka hiçbir koşul aranmaksızın intikal edecektir. Temlikten sonra ayrıca bu hakkın temlik alan bakımından da gerekli koşulların gerçekleşmesinin gerekeceğini savunmak, ortada yeni bir hapis hakkı bulunmayıp önceki alacaklının ileri sürdüğü hapis hakkının BK m. 138/f.1'e göre intikali söz konusu olduğundan, isabetli değildir."

⁶⁹² ÇETİNER, s. 151.

⁶⁹³ Alacaklının zilyetliğinde bulunan eşyayı koşulsuz olarak borçluya teslimi hapis hakkını sona erdiren genel nedenlerden biridir (ÇETİNER, s. 171, dn. 474'deki yazarlar).

⁶⁹⁴ Bunun önemi devreden zilyetliğinde kiracıya ait eşya bulunması ve bunun alacakla bağlantılı olması halinde ortaya çıkar. Kira konusu eşya hâkimiyetinden çıkmıştır ama zilyetliğindeki bu eşyada mevcut olan hapis hakkını devralan kazanmış olduğundan buradaki geçiş önem arz eder.

⁶⁹⁵ Türk Ticaret kanunu m. 892 uyarınca alt taşıyıcıların varlığı halinde hapis hakkı son taşıyıcı da olduğu sürece diğer taşıyıcıların hapis hakkı da varlığını sürdürür.

2.3 YÜKÜMLÜLÜKLER

Borç ilişkisine hukuki özelliğini veya hukuki tipini veren edim yükümlülüklerine asli (birincil) edim yükümlülükleri denir⁶⁹⁶. Borç ilişkisi çoklukla tali (yan/ikincil) edim yükümlülüklerini de içerir. Bir satım sözleşmesinde, satıcının sattığı malı alıcısına teslim ve onun mülkiyetini devir borcu asli edimdir, buna karşılık garanti sorumluluğu varsa bu da tali yükümlülüktür.

Sözleşmenin devrinde devredenin asli (birincil) edim yükümlülüğü, asıl sözleşmeyi devretmektir. Devralanın asli yükümlülüğü ise devraldığı sözleşme karşılığında ifa etmeyi taahhüt ettiği edimin ifasıdır. Devreden, devirle asıl sözleşmeden el çeker ve artık asıl sözleşme üzerinde tasarruf etme hakkını yitirir. Devreden bundan sonra asıl sözleşme kapsamındaki bir borcu ifa etmesi ya da kendisine ifa teklif edilen bir alacağı kabul etmesi, aksi kararlaştırılmadıkça söz konusu olmamalıdır⁶⁹⁷. Bununla birlikte asli ve tali edim yükümlülüklerinden soyut bir şekilde, hem devralan ve hem de sözleşmede kalan ile aralarındaki borç ilişkilerinden kaynaklanan bazı yan yükümlülükleri vardır⁶⁹⁸.

Alacağın devrinde alacak bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur⁶⁹⁹. Türk Borçlar Kanununa göre bu yükümlülük, devrin edim karşılığı olması şartıyla, kendiliğinden mevcut olacaktır.

Bu yükümlülük sözleşme içeriğindeki alacaklar için de var olacaktır. Belirtmek gerekir ki aşağıda sayılan ve devir sırasında alacağın varlığını ve

⁶⁹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI (Hukuki İşlem), s. 7.

⁶⁹⁷ Devredenin ifayı kabul zorunluluğu halinde devralanı temsilen hareket etmiş olduğu hakkında bkz. Birinci Bölüm “1.8.4.2.2.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Beyan Edilmesi Halinde” ve İkinci Bölüm “2.3.1 Devreden Devralana Karşı Yükümlülükleri” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁹⁸ Taraflar arasında, sözleşmesel ilişki kurulmasına yönelik yakın temas kurulduğu ilk andan itibaren varlık göstermeye başlayacak olan koruma ve davranış yükümlülükleri, geniş anlamda borç ilişkisinden bağımsız şekilde, hem kurulmasından önce ve hem de sonra var olacaktır (KAPANCI, s. 5).

⁶⁹⁹ KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1087.

borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etme yükümlülüğü dışındaki bazı yan yükümlülüklerin varlığı devrin karşılıklı ya da karşılıksız olmasına göre değişmeyecek ve var olmaya devam edecektir.

Tarafların yükümlülükleri konusunda Türk Borçlar Kanunu m. 205'te herhangi bir hüküm bulunmadığından, ortaya çıkacak bir ihtilafın ya da sorunun nasıl çözümleneceği ve böyle bir durumda tarafların haklarının neler olacağı da belirsizdir. Kişilerin taraf oldukları sözleşmede yer alan yükümlülüklerine ek olarak, dürüstlük kuralından ve güven ilkesinden kaynaklanan yan edim yükümlülükleri vardır. Kanunun bunlardan açıkça söz etmiş olması da gerekmemektedir.

Devredenin asli (birincil) edim yükümlülüğü olan asıl sözleşmeyi devretmenin dışındaki yan yükümlülüklerini, devralana karşı ve sözleşmede kalana karşı ayrı ayrı iki başlık altında incelemek yerinde olacaktır. Bunun yanında sözleşmenin devrinin altında yatan nedenin belirlenmesi de belirleyici olacaktır. Devredenin sözleşme ilişkisi nedeniyle var olan yükümlülüklerine, bu ayrıma göre değişecek olan yükümlülükleri de eklenecektir.

Sözleşmede kalan tarafın, taraf değişikliği nedeniyle yükümlendiği bir takım sorumluluklara ayrıntılı olarak değinilmeyecektir, zira onun durumunun değişmemesi esastır ancak ufak da olsa bazı değişiklikler ona da farklı sorumluluklar yükleyecektir. Örneğin, devralan devredenin halefi olduğu için, bu kapsamda devralanın halef olacağı hak ve alacaklara ulaşmasına engel olacak her türlü davranıştan uzak durmak durumundadır, aksi takdirde devralanın uğradığı zararları tazmin etmek durumunda kalacaktır⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 951.

2.3.1 Devredenin Devralana Karşı Yükümlülükleri

Devredenle devralan arasındaki iç devir sözleşmesi çerçevesinde, sözleşme temelli bir borç ilişkisi vardır ve bu borç ilişkisinin türüne göre değişen, sözleşmeden kaynaklı asli edim ve yan edim yükümlülükleri var olacaktır. Burada yalnızca yan yükümlülükler ele alınacaktır.

Devredenle devralan arasında yapılan iç devir sözleşmesi, henüz devir gerçekleşmiş olmasa da, taraflara bazı yükümlülükler yükler. Dürüst davranma yükümlülüğü gereği devreden, devir yürürlüğe girene kadar asıl sözleşmeden el çekmek zorundadır⁷⁰¹. El çekmek tarafların zarara uğramasına yol açacak tedbirleri almaktan geri durması anlamına gelmez. Ancak örneğin sözleşmede kalanı kısmen ya da tamamen ibra edemez, teminatları serbest bırakamaz, takas ileri sürme hakkı varsa ileri süremez⁷⁰². Sözleşmenin koşullarında, kimin yararına olacaksa olsun, değişiklik teklif edemez. Sözleşme kapsamındaki alacakların ifasını kabule devam edemez. Ancak taraflar aksini kararlaştırmış olabilirler. Örneğin devreden, bir ay sonra muaccel olacak bir borcu, iç devir sözleşmesine karşılık aldığı/alacağı bedele karşılık bizzat ifa etmeyi taahhüt etmiş olması mümkündür.

⁷⁰¹ Sözleşmede kalan onay veriyorsa devir sözleşmesi onayın verildiği o anda kurulmuş olur, yani iç devir sözleşmesiyle dış devir sözleşmesinin kurulmasına kadar geçen zaman zarfında devir sözleşmesi askıdadır (EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021 (Borçlar Özel), s. 367; İNCEOĞLU (C.1), s. 554; TOPUZ/CANBOLAT, s. 105 vd.); UNIDROIT-PICC ilkelerinde (5.3.4) ve OR-2020 Art. 211’de konuya ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. UNIDROIT-PICC Art. 5.3.4’te söz konusu belirsizlik döneminde taraflara, dürüstlük kuralına, doğru ticari işlem gereklerine veya birlikte hareket etme (dayanışma) yükümlülüğüne aykırı olarak diğer tarafın haklarına zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir. (OKUR, s. 76; <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>); BGB § 161 uyarınca tazminat talep etme ya da duruma göre askı sürecinde, yani koşul gerçekleşene kadar yapılan işlemlerin geçersizliği iddia edilebilecektir (FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010, Unif. L. Rev., 2011, 16, Pages: 537-548, s. 544-545); <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>; UNIDROIT-PICC çalışma grubu içinde yer alan uzmanlara göre, koşul gerçekleşene kadar geçen askı süreci, iyiniyet ve dürüstlük kuralları ile korunmadan da öte özel bir korunmayı hak eden çok özel bir süreçtir (FAUVARQUE-COSSON, s. 547-548).

⁷⁰² Takas hakkı varsa bunu iç devir sözleşmesinden önce kullanabilir ya da iç devir sözleşmesini bu hakkını saklı tutarak aktedebilir.

Sözleşmenin olağan seyrinde sürdürülmesi adına, devrin tamamlanması için atılması gereken adımların hızla atılması gerekir. İç ve dış devir sözleşmesi arasında, devralan ve devredenın alacak talep hakları askıda olduğu halde, sözleşmede kalanın hakları askıda olmayacaktır. Bu nedenle onun, alacakları için ifayı, borçları için de ifanın kabulünü talep etme hakkı vardır. Bu sürede zamanaşımı ve/veya hak düşürücü sürelerin de işlemesine bir engel bulunmamaktadır⁷⁰³. Bu nedenle devreden, sözleşmenin devri yürürlüğe girene kadar, bir borcu ifa etmek ya da alacağın ifasını kabul etmek durumunda kalırsa, öncelikle devralanı durumdan haberdar etmelidir. Akabinde verilecek ortak karar uyarınca hareket etmek zorundadır⁷⁰⁴. Sonuç olarak harekete geçmek durumunda kalırsa, tarafları zarara uğratmayacak şekilde, borçların ifasını sağlayabilir ya da alacakların ifasını kabul edebilir. Bu durumda söz konusu işlemler dolaylı temsilci olarak yapılmış olacaktır.

2.3.1.1 Bilgilendirme-Aydınlatma Yükümlülüğü

Bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü gibi yan yükümlülükler Türk Medeni Kanunu m. 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralından, dolayısıyla güven ilişkisinden doğar⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Bkz. Üçüncü Bölüm “3.2.2 Devrin Zamanaşımına Etkisi” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁰⁴ Bkz. İkinci Bölüm “1.8.4.2.2.3 İç Devir Sözleşmesine Sonradan Onay Beyan Edilmesi Halinde” başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁰⁵ ALTINER, Fatma Zeynep, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 No. Lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2011, 17.1-2, Sayfa: 473-496, s. 491 vd.: “Dürüstlük kuralı gereği izafe edilecek sorumluluğun sınırları uçsuz bucaksız değildir. Birbirine karşı haklı güveni boşa çıkarabilecek kişiler bir şekilde hukuki temasa girmiş olan kişilerdir. Hukuki olmayan temaslarda böyle bir sorumluluk yüklemek mümkün olmaz. Örneğin, bir taşınmaz edinmek amacıyla civar komşulardan bilgi edinirken, bu kişilerin yanıtıcı bilgi vermeleri halinde bir sorumluluk doğmaz. Yanıtıcı bilgi veren kişinin eyleminin etki alanı hukuki temas dışındadır. Bu nedenle hukuka aykırıdır denilemez, olsa olsa ahlaka aykırıdır ve yalnızca tasvip edilmeme noktasında kalır. Oysa hukuki ilişki içinde güveni boşa çıkarmanın, güveni boşa çıkaran kişi açısından bir menfaat sağlaması söz konusudur ve bu menfaat ölçüt alınarak sorumluluğun tayini gerekir. Sözleşme devrinde bu menfaat, verilen bilginin, üçüncü kişi ile kurulacak sözleşmeye temel olabilmesidir. Aynı durumun, yalnızca verilen değil de, bile isteye saklanan bilgi için de geçerli olması gereklidir. Burada kişinin eyleminin, verdiği ya da vermediği bilgilerin hedefinin, menfaatin sağlanacağı yöndeki eylemi yapacak kişiye yönelmesi ve onun hukuki alanında etki yaratacak olması, bunun da haklı güveni boşa çıkaran kişi tarafından öngörülebilmesi gerekir.”

Aydınlatma yükümlülüğü, hukuki işlemi yapıp yapmama konusunda tarafın iradesini etkileyebilecek ve onun tarafından bilinmesi gerekli tüm konuların, olumlu olumsuz tüm yönleriyle, açık ve anlaşılır şekilde, diğer tarafça ortaya konulması yükümlülüğüdür⁷⁰⁶. Aydınlatma yükümlülüğü, temelini dürüstlük kuralında bulan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük asli edim veya yan edim yükümlülüğü değildir, ifaya yardımcı ve karşı tarafı koruyucu bir yan yükümlülüktür⁷⁰⁷.

Bu yükümlülüğün sözleşme öncesinde yerine getirilmiş olması, devralanın tercihlerinin ve seçimlerinin maksimum düzeyde isabetli olabilmesini sağlayacaktır. Bu yükümlülüğün sözleşme içine bir şart olarak eklenmesi ve sözleşme kapsamında bir yükümlülük haline getirilmesi de mümkündür.

Sözleşmenin devrinde devralanın, sözleşmenin varlığından başlayarak, içerdiği asıl haklar, alacak ve borçlarla, fer'iler ve yan yükümlülükler hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasına etkili hususlarda yanıltıcı davranışlarda bulunmamayı, hatta bir yanılığ ihtimali görüldüğünde karşı tarafı uyardığı da kapsayacaktır⁷⁰⁸. Ayrıca devredenin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına, devreden devirden sonra öğrendiği ve devralanın menfaati gereği bilmesi gereken bilgiler de dahildir⁷⁰⁹.

Ancak bunun yanında, devralanın da derinlemesine araştırma yapması, bilgi alması, devraldığı sözleşmenin mahiyet, avantaj ve dezavantajlarını enine boyuna tartması, sorumluluklarının bilincinde olması beklenecektir. Bu her ne kadar onun özenli davranışını gerektirse de, öte yandan da devreden her türlü bilgi ve belgeyi devralana vermesi⁷¹⁰, onu her yönüyle ve tüm ayrıntılarına kadar,

⁷⁰⁶ KÖSE, Yasin, Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2021, 12.45, Sayfa: 29-52, s. 33.

⁷⁰⁷ KÖSE, s. 45.

⁷⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 81.

⁷⁰⁹ KAPANCI, s. 486-487, dn. 39'daki yazarlar.

⁷¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 566; KAPANCI, s. 473.

tüm aşamalarıyla, sözleşmede kalan tarafa ait etraflı bilgi ile donatmış olması gerekir, bu ona duyulan güven gereği sorumluluğunda olan bir durumdur⁷¹¹.

Sözleşmeden ayrılacağı için devredenin iade etmesi gereken belge ve malzemeler varsa bunların da teslimi gerekir⁷¹². Bunların devralana mı yoksa sözleşmede kalana mı teslim edilecekleri, teslim edilecek belge ve malzemelerin nitelik ve işlevlerine göre değişebilir. Örneğin bir kıymetli evrak teslim edilecekse bunun, ödenmemiş olanı devralana, ödenmiş ve henüz iade edilmemiş olanı sözleşmede kalana teslim edilmelidir. Aynı şekilde sözleşmede kalanın elinde, devredene iadesi gereken, onun şahsına ait belge ve malzemeler var ise bunların da devredene iadesi gerekir.

Devredenin, devralanla aralarındaki sözleşme bağlamında; karşı tarafa doğru söylemek, yapılması gerekli uyarıları yapmak, karşı tarafın aldanmasına yol açabilecek izlenimler yaratmamak, gerek kişisel varlığını gerekse de malvarlığını zarardan uzak tutacak şekilde davranmak, özen borcunun gereği ve devredenin görünüşe duyduğu güvenin korunması ilkesi gereğidir. Gerçeğin gizlenmesi, verilmesi gereken bilginin ya da sonuca etkili bir olay ya da olgunun söylenmeyerek saklanması da bu kapsamdadır⁷¹³.

Devreden, sözleşme içeriğindeki borç ve alacaklar, seçimlik haklar, şartlar, vadeler, ceza koşulları, ifa yer ve zamanları, karşı tarafın konumu, geçmiş ve beklenen performansı, sözleşmeden beklenen yarar ve muhtemel kayıplar,

⁷¹¹ İNAN, s. 404; Türk Borçlar Kanunu m. 190 düzenlemesi belge ve bilgilerin sağlanmasında özel olarak ve yalnızca alacağı devralanın haklarına ilişkin bir düzenleme getirmekte olup, alacağın borçlusu bu yükümlülüğün ihlalden kendi lehine sonuçlar çıkartamaz (KAPANCI, s. 40, dn. Dn. 12'deki yazarlar); PIOTET, Paul, Travail de Mémoire Droit Notarial Sous la Direction de M. le Prof. PIOTET, Lausanne, 2018, s. 32: Piotet'ye göre, devir sözleşmesi şayet noter tarafından düzenleniyorsa, noterin de bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük sözleşme kapsamı dahilinde her konuda yapılabilir ama sözleşmenin tarafları da dahil esaslı tüm unsurları hakkında bilgilendirme yapılması, olmazsa olmazdır.

⁷¹² KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1087.

⁷¹³ Bir tarafını tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerde, sözleşen tarafın bilerek sessiz kalıp olumsuz bir sonuca sebebiyet vermesi halinde, susmanın hile olarak kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. KARA KILIÇARSLAN, Seda, Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015; 5.2, Sayfa: 183 - 222, s. 197.

risklerle ilgili bilgileri devralan tarafa tüm şeffaflığıyla vermelidir. Yazıya dökülmüş belgeler ve yazışmaları da incelemesine fırsat vermelidir. Bu yazılı belgelerin, hukuk güvenliği gereği, hem görünüş hem de içerik olarak gerçeği yansıtan ve birbirleriyle tutarlı olmaları gerekir⁷¹⁴. Yapılması gereken bu eylemler bir yerde sözleşme güvenliğinin korunmasını da gündeme getirecektir. Sözleşme ilişkisine gireceği planlanan kişiye bilgi akışının sağlanması kapsamında ortaya dökülecek bilgi ve belgeler, aşağıda açıkladığımız gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü⁷¹⁵ çerçevesinde taraflar arasında kalmalı, üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır. Doğal olarak, devralan tarafın bu bilgileri aldıktan sonra sözleşme ilişkisine girmekten vazgeçmesi söz konusu olabilir. Onun da bu teması dolayısıyla edindiği bilgileri gizli tutma, ifşa etmeme yükümü olmalıdır. Hatta bazen salt bu bilgileri edinmeye yönelik kötü niyetli girişimler dahi olabilir.

Hemen belirtilmelidir ki, bu yükümlülükler yalnızca iradi devirde var olacak diye düşünülmemelidir. Devir türü ister iradi, ister kanuni, ister mahkeme yolu ile olsun bazı yükümlülükler uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu m. 310 gereği kira sözleşmesini devralan yeni malik, kira sözleşmesi içeriğinde yer alan ve kiracıya ön alım hakkı tanıyan bir maddenin varlığından haberdar edilmemişse ne olacaktır? Bu kanuni geçiş dolayısıyla yeni malik kira kontratının halefi olacağından, evvelce tesis edilmiş olan, kiracıya ait ön alım hakkından haberdar olmadığını iddia edebilecek ve itiraz edebilecek midir? Kanımızca yeni malik itiraz edemeyecek, eğer kiracı ön alım hakkını kullanır ve yeni malik bu hususu bilmediğinden ötürü bir zarara uğrarsa, kiraya veren eski malikin kendisini kira sözleşmesi içeriği hakkında bilgilendirmemiş olması dolayısıyla uğradığı zarar ve ziyanının tazminini isteyebilecektir.

Alacağın devrinde belge ve bilgileri verme yükümlülüğü gibi devrin amacına ulaşmasına yardım edecek olan yan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, devir borcunun gereği gibi yerine getirilmediğini gösterir ve bu

⁷¹⁴ OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 50.

⁷¹⁵ Bkz. İkinci Bölüm “2.3.2.4 Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü” başlığı altındaki açıklamalar.

durumdan zarar gören devralan, Türk Borçlar Kanunu m. 112'ye göre devredenden uğradığı zararın tazminini talep edebilir⁷¹⁶.

Bunun yanı sıra bir tarafın karşı tarafı bilgilendirme, tavsiyede bulunma ve aydınlatma yükümüne aykırı davranması sonrasında bir sözleşme kurulmuşsa, diğer taraf sözleşmeyi aldatma (Türk Borçlar Kanunu m. 36), esaslı yanılma halinde ise yanılma (Türk Borçlar Kanunu m. 30) nedeniyle sona erdirebilir, duruma göre tazminat da talep edebilir (Türk Borçlar Kanunu m. 39/2)⁷¹⁷.

2.3.1.2 Garanti Yükümlülüğü

Devrin karşılıklı ya da karşılıksız oluşuna göre sorumlulukları ayırmak gereklidir. Bununla birlikte sözleşmenin devrinde, devreden taraf bir karşılık almamış olsa dahi, doğrudan doğruya devrin menfaat karşılığı olmadığını söylemek mümkün değildir.

Devredilen borçlar ya da kurtulunan yükümlülükler bağlamında elde edilen menfaatle orantılı olarak devreden tarafın sorumluluğunu her olayın kendine has koşulları içinde değerlendirmek gerekecektir. Bu nedenle aşağıda bahsedilecek garanti yükümlülüklerinden doğan sorumluluklar devredeninde elde ettiği menfaatle doğru orantılı olacaktır. Garanti yükümlülüğü içine aşağıda sıralanan yükümlülükler girecektir.

⁷¹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 419; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 269; GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1126; YENER, Mehmet Deniz, Alacağı Devredeninde Garanti Sorumluluğu ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Yapılan Değişiklikler, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 2011, 3.5, Sayfa: 69-75, s. 70-71; KAPANCI, s. 476, dn. 13'teki yazarlar.

⁷¹⁷TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU; s. 223, OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 82; Varlığını bilmediği sürpriz borçlar nedeniyle devralan ödeme yapmak zorunda kalmışsa, aralarındaki iç ilişki uyarınca devralan devredene rücu edebilir. Sözleşmede herhangi bir hüküm yer almıyorsa duruma göre, ayıptan sorumluluk hükümlerine ya da şartları sağlanıyorsa irade sakatlığına ilişkin hükümlere dayanarak devredeninde sorumluluğuna gidebilir (HAN, Işık Aslı, Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 38, Sayfa: 131-161, s. 155).

2.3.1.2.1 Asıl Sözleşmenin Geçerliliğini Garanti

Asıl sözleşme, devredenle devralan arasında yapılan iç devir sözleşmesinin konusunu oluşturur. Türk Borçlar Kanunu m. 27/1 uyarınca, konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Asıl sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu durumda, konusu imkânsız olduğu için devir sözleşmesi de kesin hükümsüz olacaktır. İmkânsızlığın varlığını bilmesine rağmen iç devir sözleşmesini kurmak üzere yola çıkan devreden sorumluluğu gündeme gelecektir⁷¹⁸. Bu itibarla devralan nezdinde sözleşmenin geçerliliği konusunda haklı bir güven yaratmış olan devreden, devralanı uyarma yükümlülüğü taşıdığında kuşku yoktur. Devreden uyarmadığı durumda devralan, geçerli bir asıl sözleşmenin varlığı konusunda devredence inandırılmış olmaktadır⁷¹⁹. Bu inancın boşa çıkması da yaptırımla karşılanmalıdır⁷²⁰. Mevcut durum ile sözleşme görüşmelerine hiç girişilmemiş olması arasındaki fark, yani menfi (olumsuz) zarar, tazmin edilmelidir⁷²¹.

2.3.1.2.2 Devrin Yasaklanmamış Olduğunu/Onay Verileceğini Garanti

⁷¹⁸ Alman ve Hollanda Medeni Kanunlarında, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması) ve PECL gibi ulusal ve uluslararası hukuk kaynaklarında, konuda baştan imkânsızlık sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeni sayılmaz. Önceki ve sonraki imkânsızlık aynı tasfiye rejimine bağlanır. Türk hukukunda da Türk Borçlar Kanunu m. 27'nin baştan imkânsızlık olgusunu Türk Borçlar Kanunu m. 112 ve m. 136'nın sonraki imkânsızlığa ilişkin kurallarının kapsama alanına, yasa boşluğunu doldurma yoluyla aktarmak yerinde olacaktır (SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Genel), s. 236).

⁷¹⁹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 120; YÜCER, İpek, Alt Kira, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 57.3, Sayfa: 792-832 (Alt Kira), s. 820: “Devrin ivazlı olması halinde, devreden kiracı kira sözleşmesinin varlığından dolayı sorumludur.”

⁷²⁰ Baştan imkânsızlığı bile bile sözleşme kurmanın yaptırımı olarak Türk Borçlar Kanunu m. 27'nin öngördüğü butlan ve devamında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması yerine, sözleşmesel culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağını kabul etmek lazımdır (SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Genel), s. 236-237).

⁷²¹ SEROZAN/BAYSAL/SANLI (Borçlar Genel), s. 242.

Sözleşmede kalanın rızasının iç devir sözleşmesinin kurulmasından sonra alınacak olduğu durumlarda; sözleşme şarta bağlı olarak kurulmuş olur. Onay verilmezse devir sözleşmesi tamamlanamayacaktır. Asıl sözleşmede devir yasağına ilişkin olarak bir madde olsun veya olmasın, devreden eğer sözleşmede kalanın devre onay vermeyeceğini baştan beri kesin olarak bilmekteyse, devreden sorumluluğu gündeme gelecektir⁷²². Dürüstlük kuralı gereği devredecek olanın bu bilgiye sahip olduğu halde devralacak olanı yanıltarak bu yola sevk etmesi ve bundan bir menfaat sağlaması halinde bunun yaptırımlarına katlanacağı ve doğal olarak karşı tarafın uğradığı zararları tazmin etmek durumunda kalacağı ortadadır. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk olarak adlandırılan culpa in contrahendo gereği devralma niyetinde olan kişinin sözleşmenin kurulması uğrunda sarf ettiği tüm kayıplarının yerine konulması, zararının tazmin edilmesi gerekir⁷²³.

Devreden yükümlülüklerine sözleşmede kalandan onay beyanı talep etme de dahildir. Devreden bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde de gerekli özeni göstermek durumundadır.

Sözleşmede kalan tarafa ulaşmak mümkün olmuyorsa acaba devreden hâkimin müdahalesini talep edebilecek midir? İngiliz hukukunda buna bir çözüm getirilmiş ve bazı koşulların varlığı halinde hâkimin müdahalesine izin verilmiştir. Rızası alınacak kişinin nerede olduğu kesin olarak tespit edilemiyor ya da zihinsel olarak rıza beyan edecek durumda bulunmuyorsa, hâkim bu rızanın alınmasına gerek olmadığına ya da rızanın var sayılmasına hükmedebilir⁷²⁴. Garanti yükümlülüğü kapsamında bu başvuru devreden tarafından yapılmalıdır.

2.3.1.2.3 Alacakların Varlığını Garanti

⁷²² OKUR, s. 42.

⁷²³ Tazmini gereken zarar menfi zarar olacaktır ancak TBK m. 35/2 gereği, devredecek olan tarafın kusuruna göre, hakkaniyet de gerektiriyorsa daha fazla tazminata hükmedilebilecektir.

⁷²⁴ CARTWRIGHT, John, Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 44-45.

Devrolunan alacaklar bakımından devredenın garanti sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmeli ve bu konuda Türk Borçlar Kanununun alacağın devri ile ilgili hükümlerine başvurulmalıdır. Buna karşılık aksi görüş bunun mümkün olmadığını savunmaktadır. Kapancı'ya göre, “Sözleşmenin devrinde alacağın devrinde olandan farklı biçimde, alacağı devredenın garanti sorumluluğunu (ivazlı devirlerde alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden) düzenleyen TBK m. 191 benzeri bir hüküm yer almamaktadır. Bu açıdan tarafların irade serbestisi çerçevesinde kararlaştırabilecekleri sözleşmesel garantiler haricinde sözleşmenin devrinde bu tarz bir sorumluluğun olmayacağına dikkat çekilmelidir”⁷²⁵.

Kanaatimizce alacağı devreden kişi Türk Borçlar Kanunu m. 191 gereğince, eğer devir bir menfaat karşılığında yapılmışsa, alacağın varlığını garanti etmiş olacaktır, bir başka deyişle alacağını devreden kişi devir karşılığında bir bedel alıyorsa, devrettiği alacak hakkının o anda üzerinde doğmuş olduğunu da garanti ediyor demektir. Zira devredenın sorumluluğu devir sırasında alacağın var olmaması riskini de kapsar⁷²⁶. Devreden, devir anında hem alacağın varlığını ve hem de borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Kefalet güvencesine bağlanmış bir alacağı devreden, nasıl asıl borçlunun ödeme gücü yoksunluğundan sorumlu olacaksa, kefilin ödeme güçsüzlüğünden de sorumlu olur⁷²⁷. Yeni alacaklı, alacak hakkıyla birlikte kefalet sözleşmesinden kaynaklanan hakkı da devralmıştır ve kefaletin türüne (adi ya da müteselsil kefil olunmasına) bakılmaksızın önceki alacaklıya başvurmadan önce kefile başvurması gerekecektir⁷²⁸.

Devredenın bu yükümlülüğünün devir sözleşmesine yazılması gerekmez, zaten var olan bir yükümlülüktür. Bununla beraber, tarafların devir sözleşmesine

⁷²⁵ KAPANCI, s. 43.

⁷²⁶ DEMİRBAŞ, Feride, Alacağı Devredenın Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu, Hacettepe Hukuk Fakóltesi Dergisi, 2021, 11.2, Sayfa: 997-1034 s. 1003.

⁷²⁷ ÖZEN (Kefalet), s. 97.

⁷²⁸ ÖZEN (Kefalet), s. 97.

“yalnızca alacağın varlığının garanti edildiği” yönünde kayıtlar koymaları güven teorisine göre borçlunun ödeme gücüne ilişkin yasal garantinin kaldırıldığı anlamına gelebilir⁷²⁹. O yüzden ya tamamı yazılmalı ya da hiç yazılmamalıdır.

Alacağı devredenin, garanti sorumluluğunun kapsamına;

1) Alacağı devredenin devir karşılığı elde ettiği edim ve faizi,

2) Devir masrafları,

3) Alacağı devralanın borçluya karşı alacağı elde etmek için yaptığı, sonuçsuz kalan girişimlerin yol açtığı giderler girer. Türk Borçlar Kanunu bunlara bir dördüncü kalemi eklemiştir: O da alacağı devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe alacağı devralanın uğradığı diğer zararlardır⁷³⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 191’de yer alan garanti sorumluluğu, devrin bir edim karşılığında olup olmamasına göre değişmektedir. Sözleşmenin devrinde borç ilişkisinin bütünüyle devri söz konusu olduğundan ve sözleşme içeriğindeki alacaklar gibi borçlar da devredilmiş olduğundan, alacaklar ve borçlar arasındaki dengeye göre borçlar ağırlıkta ise, ilave olarak bir karşılık alınmasa da, devredeni borçlarından kurtardığı için, devrin karşılıklı olduğuna karar vermek gerekir. Şayet sözleşmeyi devreden tüm edimlerini eksiksiz ve gereği gibi yerine getirmiş ve yalnızca alacaklarını devrediyor ve karşılığında bir bedel almıyorsa bu durumda karşılıksız bir devirden, bir bağıştan bahsedilebilir.

Her durumda somut olayın şartları çerçevesinde, devrin bir menfaat karşılığı olup olmadığına bakmak gerekir. Devrin bir edim karşılığında yapıldığı sonucuna varılırsa; devredenin, en azından devir anında, alacaklarının varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu, yani sözleşmede kalanın sözleşmeyi gereği gibi ifa ederek sonuçlandırma kapasitesi bulunduğunu garanti etmiş olduğu

⁷²⁹ OĞUZMAN/ÖZ (C.2), s. 578, dn. 123.

⁷³⁰ 818 sayılı Borçlar Kanununda bu konuda bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, kanunun kusurun aranmadığı garanti sorumluluğunu düzenlediği, alacağı devredenin, kusurunun bulunması halinde alacağı devralanın, diğer zararlarının giderilmesini de isteyebileceği kabul edilmekteydi (NOMER, s. 549-550).

kabul edilmelidir⁷³¹. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁷³² devir tarihinden sonra, fakat borçluya bildirim yapılmadan önce, devreden borçludan bir miktar ödünç para almasını ve böylece borçluya takas savunmasını ileri sürme olanağı vermesini garanti yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir⁷³³.

Garanti sorumluluğu konusundaki bu düzenleme emredici olmadığından, tarafların bu sorumluluğu ağırlaştırması ya da hafifletmesi mümkündür. Bu bağlamda, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olarak, devreden sözleşmede kalana ayrıca bir teminat vermesi, devralana kefil olması, garantör olması önünde hiçbir engel yoktur.

Devrin karşılık alınarak yapılması durumunda devreden sorumluluğu, alacağın bir edim karşılığı devredilmesinde ve satım sözleşmesinde ayıptan dolayı sorumlulukta olduğu gibi, kusursuz sorumluluk halidir⁷³⁴. Devreden, asıl sözleşme içeriğindeki alacakların var olmadığını ya da sözleşmede kalan tarafın savunmalarıyla karşılanabilecek olduğunu bilmesi dahi devralana karşı alacakların var olduğunu ve karşı tarafın savunma ve itirazları ile karşılaşmayacağını garanti etmiş sayılır⁷³⁵. Öte yandan, devreden, borçlunun

⁷³¹ İtaCC m. 1408 ve ČR 1898. bölüm altında sözleşmede kalan taraf, rıza aşamasında, devreden tarafın yükümlülüklerinden kurtulmasına engel olmak adına, devralanın aynı performansı gösterememesi olasılığında, onun yerine geçerek üstlenilen görevleri tamamlamasını şart koşabilir, böyle bir şart koşulmuş ve devralan taraf yükümlülüklerini yerine getirmede yetersiz kalmışsa, sözleşmede kalan taraf on beş günlük süre içinde durumu devreden tarafa bildirmek ve gerekli önlemleri alması için fırsat vermek durumundadır, aksi takdirde hak kaybına uğrayacak olmasa da geç bildirimden dolayı uğradığı zarara katlanmak durumunda kalacaktır (DVOŘÁK, s.128-129); Yine İtaCC m. 1410 uyarınca devreden taraf, ilk başta asıl sözleşme tarafına karşı nasıl bir takım yükümlülükler altına girdiyse bu ilk orijinal tarafın yükümlülüklerini yerine getireceğine dair devralana karşı da bir garanti vermiş olur. Devreden nasıl sözleşmenin geçerliliğini garanti etmiş sayılacak olması yanında, ayrıca sözleşmenin ifasını da garanti etmişse bundan da aynen kefil gibi sorumlu olacaktır (İtaCC m. 1410/2: <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1410.html>).

⁷³² BGE 82 II 522 = JdT 1957 I 236.

⁷³³ TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s. 344.

⁷³⁴ Bir tür özel zapttan/ayıptan doğan sorumluluk karması benzeri oluşturan bu sorumluluğu, tasarruf işlemi olan alacağın devri değil de onun nedenini oluşturan alacağı devir taahhüdü borçlandırıcı işleminden ileri gelmektedir (KAPANCI, s. 3).

⁷³⁵ KAHRAMAN (Sözleşmenin Devri), s. 1087-1088: "... bu garanti yükümlülüğü, alacağın iradi olarak devrinde, devralanı koruma amacı taşıdığından, sözleşmenin iradi devrinde de devralanın alacaklı konumunu elde etmesinde uygulanması isabetli olacaktır. Ancak kanuni devir halinde hükmün uygulama alanı bulması uygun olmaz."

ödeme gücünün varlığına ilişkin haklı görülebilecek bilgisizliği de bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz⁷³⁶.

Karşılık alınarak yapılan devirde devreden, alacakları bakımından, devir sırasında sözleşmede kalan tarafın ifa gücüne sahip olduğunu da garanti etmiş sayılır⁷³⁷. Devirden sonra sözleşmede kalanın ödeme gücü kaybindan devreden sorumlu olmayacaktır. Burada önemli olan borcun fiilen ifa edilmiş olması değildir; devir anında alacak muaccel olsaydı ifa edilebilir durumda olması yeterli olacaktır. Devir sözleşmesinde devreden, alacakların varlığı ve sözleşmenin devri tarihi itibarıyla ödeme güçlüğü içinde olmadığını garanti etme sorumluluklarının ortadan kaldırılmış olduğu kararlaştırılabilir.

Sözleşmenin devrinde bu sorumlulukların alacağın devrinde olduğu kadar ağır uygulanmaması ve devredilen borçların da kapsam içinde olmaları dolayısıyla, devralanın bu borçlara karşı sahip olduğu savunmaların varlığı ve alacaklarını elde etmede sergilediği tutum ile birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır. Örneğin devralanın ödemezlik defini ileri sürme hakkı var ise ifadan geri durabilecektir. Devralan alacaklarını elde etmek üzere elindeki tüm olanakları kullanacaktır. Bu imkânları kullanmayarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançları oranında devreden sorumluluğu hafifletilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 52 de burada devreye girmeli, devralanın yalnızca kötü niyetle elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar değil, aynı zamanda kusurlu olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar bakımından da indirim gidilmelidir⁷³⁸. Ayrıca devralan kendi borçlarını ifa etmediği için sözleşmede

⁷³⁶ DEMİRBAŞ, Feride, s. 1007-1008.

⁷³⁷ Yrg. 19. HD 2015/13637 E.- 2016/2767 K. sayılı, 22.02.2016 tarihli kararında: ““Mahkemece toplanan delillere göre, taraflar arasında TBK'nın 191. maddesi anlamında ivazlı temlik sözleşmesi yapıldığı, davacının bu sözleşme uyarınca davalıya 82.795,00 TL tutarında ivaz bedeli ödediği, temlik almış olduğu alacak sebebiyle İcra Müdürlüğü'nün 2010/1863 Sayılı dosyasından davacının 66.242,19 TL tutarında tahsilat yaptığı, dolayısıyla davacının ödemiş olduğu ivaz bedeli göz önüne alındığında 16.552,81 TL zarara uğradığı, TBK'nun 193. maddesi uyarınca davalı temlik edenin aradaki bu farktan dolayı davacı temlik alana karşı sorumlu olduğu...” demek suretiyle devreden bu garanti sorumluluğunu vurgulamıştır.

⁷³⁸İNCEOĞLU, M. Murat, İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 57.4, Sayfa: 237-254 (İfa İmkânsızlığı), s. 247.

kalan ödemezlik defii ileri sürececek olursa, bu durum da devredenin sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

2.3.1.2.4 Hak ve Alacakların Üçüncü Kişilere Ait Bir Hak İle Kısıtlı Olmadığını Garanti

Sözleşmeyi devredecek olan taraf, sözleşmeyi devretmeden önce hakları üzerinde tasarruflarda bulunmuş olabilir. Tasarruf işlemine konu olan bu haklar devirden önce doğmuşsa sorun yoktur. Buna karşılık devirden sonra doğacak olanların üzerine durulmalıdır. Örneğin kiraya veren kişi takip eden iki yıl için kira alacaklarını devretmiş olsa ve bu süre dolmadan kiralananı devretse, devir işlemi yapıldığında bu alacak haklarının bir kısmı doğmamış olacaktır. O halde yapılan tasarruf işleminin akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelecektir. Tasarruf işlemlerinde öncelik ilkesi geçerli olduğuna göre⁷³⁹, sözleşmeyi devralan taraf daha önce bir tasarruf işlemine konu olmuş bir alacağı kazanamayacak mıdır?

Sözleşmenin devri, birlik teorisine göre bir bütünlük arz eden bir tasarruf işlemidir ve alacak hakkı da devralan üzerinde doğmuş olacaktır⁷⁴⁰. Kişinin alacağın doğumu anında da tasarruf yetkisine sahip olması gerekir⁷⁴¹. Devreden, bu aşamada alacakları üzerindeki tasarruf yetkisini yitirmiş olduğundan söz konusu alacağın devri geçerli olamayacaktır⁷⁴². İyi niyetle kazanılan hakların korunmasına ilişkin genel ilke alacaklar bakımından uygulanamaz, ancak sözleşmenin devri esnasında devralan taraf ileride doğacak bir takım hakların

⁷³⁹VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014, s. 54.

⁷⁴⁰ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 123; AYAR BİRKİN, s. 228; ÇAYAN, s. 116; TAŞKIN/ŞAHBAZ, s. 4997.

⁷⁴¹ Gelecekte kazanılacak alacakların devrinde, alacaklının yalnızca devir esnasında değil, alacağın doğumu anında da tasarruf yetkisini taşıyor olması gerekir (KAPANCI, s. 116).

⁷⁴²ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 55; *Devredenin yapmış olduğu birden fazla temliklerin (devirlerin), önceliğinin tespit edilemediği hallerde; tüm temliklerin geçerli kabul edilerek eşit tahsis yapıp yapılmayacağı öğretide tartışmalı olup, ağırlıklı görüşe göre, tümü geçersiz sayılmalı ve Türk Borçlar Kanunu m. 27/1 uyarınca bu geçersizlik tasarruf işleminin yapıldığı andaki imkânsızlığa dayandırılmalıdır* (ŞAFAK/ERASLAN/BAKLACI ÇAKIROĞLU/ÜNLÜTEPE/ÖZTÜRK ALMAÇ/ÜNAL, s. 54).

devredildiğini biliyor ve kabul ediyorsa, yapılan tasarruflar bu kabul uyarınca hüküm ve sonuç doğurabilecektir⁷⁴³.

Tasarruf işlemlerine hâkim olan ilkeler birden fazla devir işlemi yapılması halinde uygulama alanı bulacak ve öncelik ilkesi gereği sonra yapılan devir sözleşmesi söz konusu alacakları kapsamayacaktır⁷⁴⁴. Tasarruf işlemleri gerçekleştirildiği anda hak ya da hukuki ilişki üzerinde etkisini gösterdiğinden, öncelik ilkesi geçerlidir, tasarruf işlemi ilk olarak kimin lehine gerçekleştirilmişse öncelik onun olur⁷⁴⁵. Oysa borçlandırıcı işlemde öncelik yoktur, bunu takip edecek olan tasarruf işlemi öncelikte belirleyici olacaktır. Borçlandırıcı işlem hak sahibinin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmadığından, hak sahibi borçlandırıcı işlemden sonraki bir zamanda hakkını bir başkasına devrederek bir tasarruf işlemi yaparsa bu işlem geçerli olur⁷⁴⁶.

Devreden taraf, devralacak olanı aksi yönde bir durumun varlığından haberdar etmediği takdirde, asıl sözleşmedeki tüm hak ve alacakların lehtar olduğunu, bunları devretmediğini, tasarruf yetkisinin rehin, haciz, iflas gibi herhangi bir şekilde kısıtlanmamış olduğunu garanti etmiş sayılmalıdır. Aksi durumda devralan bir hak kaybına uğrarsa, devreden tarafından bu zarar tazmin edilmelidir.

2.3.2 Devredenin Sözleşmede Kalan Tarafa Karşı Yükümlülükleri

Devredenin sözleşmede kalan tarafa olan yükümlülüğü ile kastedilen, devrin gerçekleşmesinden sonra olan yükümlülüğüdür⁷⁴⁷. Buna göre devir sözleşmesi sonrası da devredene bir takım sorumluluklar yüklenir. Ancak devredenin sözleşmede kalana karşı, devir sözleşmesinden önce de bazı

⁷⁴³ Bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 124.

⁷⁴⁴ Bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 154; Belli bir alacak ancak bir kez tasarruf işlemine konu olabilir. Çoklu devirlerde sonraki devirler kişinin tasarruf yetkisini yitirmiş olmasından ötürü geçersiz olacaktır (KAPANCI, s. 116).

⁷⁴⁵ EREN (Özel), s. 166; TUNÇOMAĞ, s. 139; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 54.

⁷⁴⁶ von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2 (Çevirisi: Cevat EDEGE), 1983, s. 195; EREN (Özel), s. 158.

⁷⁴⁷ Devirden önceki yükümlülükler sözleşme içi yükümlülüklerdir.

yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir. Bunların başında devre önceden izin verildiği durumda, devralanla arasında yaptığı devir sözleşmesinden ve hatta görüşmelerinden dahi onu haberdar etmek gelmektedir⁷⁴⁸. Devir yasağının mevcut olduğu durumlarda da kural olarak bu yasağa uyulması gerekir.

Devir olgusunun gerçekleşmesinden sonra asıl sözleşmenin tarafları (devredenle sözleşmede kalan) arasındaki sözleşme bağı (borç ilişkisi) sona ermekte, taraflar bir başka aşamaya, sözleşme sonrası (post pactum) evreye geçmiş olmaktadır. Tarafların vaktiyle kurmuş oldukları borç ilişkisi nedeniyle oluşan yakın temasları, sözleşme sonrası (post pactum) evrede, olası bazı kusurlu davranışlar sonucu, birtakım zararlara yol açabilir (culpa post pactum perfectum)⁷⁴⁹. Sözleşme bağı artık ortada bulunmaması nedeniyle, ilk başta bu davranışların haksız fiil oluşturacağı düşünülebilir de; esasen borç ilişkisinin bağlı olduğu sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra dahi, birbirine zarar vermeme yükümlülüğünü içeriğinde barındırdığını kabul etmek ve bu tür davranışları borca aykırılık olarak değerlendirmek doğru olacaktır⁷⁵⁰.

Gerçekten de taraflar arasında sözleşme ilişkisi devam ederken uymaları gereken dürüstlük kuralına, sözleşme sonrasında da yine bu sözleşmenin bir uzantısı şeklinde, olası zararlara karşı uymaları gerektiği kabul edilmeli ve aksi davranışlar borca aykırılık çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buradan hareketle, sözleşme sonrası (post pactum) dönemde de bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı bir “tazminat” talebi doğacaktır⁷⁵¹. Aşağıda hem devir öncesi hem devir sonrası yükümlülükler ele alınacaktır.

⁷⁴⁸ KESMARKI-MESZAROS, s. 12.

⁷⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 40.

⁷⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 40.

⁷⁵¹ OĞUZTÜRK, s. 80.

2.3.2.1 Asıl Sözleşme Koşullarına Uygun Davranma

Asıl sözleşme, niteliği gereği devre uygun olmayabilir. Evvelce de kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı edim borçlarının söz konusu olduğu durumlardan bahsedilmişti⁷⁵². Böyle bir durumda, sözleşmenin devri için harekete geçilmesi dahi düşünülmemelidir⁷⁵³. Böyle bir girişim, sözleşmede kalanı gereksiz bir takım külfetlerle karşı karşıya bırakacaktır. Devir yasağına rağmen sözleşmede kalanın onayı alınmadan devre girilmesi de böyledir⁷⁵⁴. Bu gibi haller sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve bir zarar meydana gelirse sorumluluk doğar.

2.3.2.2 İç Devir Sözleşmesinin Geçerliliğini Garanti

Devreden, iç devir sözleşmesinin kanunun genel olarak aradığı tüm koşullarla birlikte Türk Borçlar Kanunu m. 205'te öngörülen şekil şartı yerine getirilerek geçerli bir şekilde kurulmuş olduğunu ve onayın verilmesiyle birlikte artık sözleşme tarafı olmaktan çıkarak devralan tarafın kendisinin muhatabı olacağını kabul ve beyan etmiş olur.

İç devir sözleşmesiyle ilgili olarak, devreden ya da devralandan, müşterek önerinin sunumunu yapan taraf, sözleşmenin içeriği konusunda sözleşmede kalan tarafı gerektiği ölçüde aydınlatmalıdır.

İç devir sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle devrin de geçersiz olduğu hallerde, devreden sözleşmede kalan tarafa karşı sorumluluğu gündeme

⁷⁵²Bkz. Birinci Bölüm "1.8.2.2 Sözleşmenin Niteliği Gereği Devir Engeli" başlığı altındaki açıklamalar.

⁷⁵³ Sözleşmenin niteliği gereği, örneğin işçinin rekabet etmeme yükümü yükleyen sözleşmenin işçi tarafından devredilemeyeceğinden evvelce söz edilmişti. Bu itibarla bu türden bir sözleşmenin devrine hiç girilmemelidir. Ancak öğretilerde haklı olarak bazı yazarlara göre, rekabet etmeme yükümü yükleyen sözleşmelerin devrinde; rekabet yasağı ticari işletmeyi işleten kişinin şahsına ait bir yasak ise devir kapsamına girmeyecektir ama eğer rekabet yasağı işletmeye bağlı olarak getirilmişse artık bu yasağın kişinin şahsına değil, işletmeye bağlı olduğu ve devrinin mümkün olduğu kabul edilecektir (ARICI, s. 199).

⁷⁵⁴Sözleşmede kalanın yasağı bertaraf ederek fikir değiştirmesi ve devre onay vermesinin mümkün olduğu yinelenmelidir.

gelebilir. Özellikle sözleşmenin geçerliliğine güvenerek devralana edim ifa etmiş olması halinde, sözleşmede kalan tarafın devrin geçersizliğinden zarar görmesi olasıdır. Devreden sözleşmede kalan tarafın uğradığı bu zararları tazmin etmelidir.

2.3.2.3 Devralanın Edimini Garanti

Devralan, devreden tarafından sözleşmede kalanın karşısına getirilmektedir. Sözleşmenin devrinde genel itibariyle oluşum bu şekildedir. Devralanın gerek seçimi, gerekse değerlendirilmesinde temel ve tek ölçüt, başlangıçta, devredenin olumlu görüşü olacaktır. Bu durum devredene, devralanı seçme ve değerlendirmede özen yükümü yükleyecektir⁷⁵⁵.

Bu bağlamda devreden, devralan konusunda sözleşmede kalana karşı şeffaf olmalı, devralanın ifa kabiliyeti, ödeme yetisi, güçlü ve zayıf yönleriyle ilgili tutarlı bilgiler aktarmalıdır. Sözleşmede kalanın “bilseydim onay vermezdim” diyebileceği pişmanlıkları yaşamaması için gerekli özeni göstermelidir. Elbette gerekli özenden kasıt, kendi performansından daha yüksek bir ifa kabiliyeti beklentisini karşılamak olmayacaktır. Buradaki ölçütler genel kabul gören objektif ölçütler olacaksa da, ifa kabiliyeti olarak alınacak ölçüt subjektif olacaktır; o da devredenin ifa kabiliyetidir. Kıyasen üstün olması beklenmeyecek ama altında olması da istenmeyecektir.

İtaCC m. 1408/2 hükmü uyarınca devralan, devredenine ona karşı yüklenmiş olduğu yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürerek onun, asıl sözleşmedeki yükümlülüklerinden kurtulmasına engel olabilir⁷⁵⁶. Türk hukukunda, iç devir sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı

⁷⁵⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, (Hukuki İşlem), s. 745: “Örneğin temsil olunan, hiçbir şekilde güvenilmeyecek bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirdiği ve o kişi yetkisini aşarak bir işlem yaptığı vakit böyle bir sorumluluk gündeme gelebilir” (Emmeccerus/Nipperdey, s. 1122’den naklen).; Kanaatimizce temsilcinin dahi seçiminde, temsil olunanın karşı taraf üzerinde yarattığı haklı güvenin boşa çıkmasından ve karşı tarafın hayal kırıklığına uğramasından dolayı sorumlu tutulması söz konusu iken, sözleşmede kalanın karşısına bizzat devreden tarafından seçilerek sunulan devralanın özenle seçilmemesi, en azından doğan zararın, devralan özenle seçilseydi dahi doğmasına engel olunamayacağıının ispatlanamaması durumunda devredeninin sorumlu olması gerekir.

⁷⁵⁶ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1408.html>.

devredenin asıl sözleşmedeki yükümlülüklerinden sorumlu tutulması, aksi yönde açıkça anlaşma olmaksızın mümkün görünmemektedir.

PICC m. 9.3.5 (1)'e göre sözleşmede kalan taraf devredeni yükümlülüklerinden tamamen kurtarabilir. Bu durumda devralan kişi borçları ifade yeterli performans gösterememiş olsa dahi sözleşmede kalan tarafın devredene rücu hakkı olmaz⁷⁵⁷. PICC'e göre, eğer sözleşmede kalan taraf devredenin sorumluluğunu sona erdirmek istemezse, iki seçeneği vardır. Birincisi devredeni tali (ikincil) seviyede sorumlu tutmaktır (9.3.5 (2)). Bu seçenekte sözleşmede kalanın ilk muhatabı devralan olacak, onun borçları ifade yeterli performansı gösterememesi durumunda devreden sorumlu olacaktır⁷⁵⁸. Diğer bir seçenek devredenin müteselsil borçlu olarak kenarda tutulmasıdır. Bu durumda sözleşmede kalan dilediği kişiye başvurabilecektir. Sözleşmede kalan öncelikle devredene başvurmuşsa devreden devralana rücu edebilecektir (9.3.5/3)⁷⁵⁹. Seçenekler bununla sınırlı da değildir. Sözleşmede kalan devredeni bazı borçlar açısından serbest bırakabilir, kimi borçlar için ikincil, kimileri içinse müteselsil borçlu olarak tayin edebilir. Maddenin gerekçesinde bir karineden bahsedilmektedir; buna göre, sözleşmede kalan kişi eğer herhangi bir aşamada (asıl sözleşmede ya da rıza aşamasında) bu konuda açık bir beyanda bulunmamışsa, devredenin müteselsil borçlu olarak kalacağı kabul edilir⁷⁶⁰.

Devralan, devredeni açıkça sorumluluklarından kurtarmamışsa, CCF m. 1216/1/2. cümlesi, devredenin sözleşmenin ifasından müteselsilen sorumlu

⁷⁵⁷ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 333.

⁷⁵⁸ “9.3.5 (2) *The other party may also retain the assignor as an obligor in case the assignee does not perform properly.*” (https://www.trans-lex.org/400120/_/unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-2016); ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 333.

⁷⁵⁹ “9.3.5 (3) *Otherwise the assignor and the assignee are jointly and severally liable.*” (https://www.trans-lex.org/400120/_/unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-2016); ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 333.

⁷⁶⁰ ÖZSUNAY E./ÖZSUNAY M.R. / AKİPEK ÖCAL / BAŞOĞLU / KAPANCI / BOZKURT / SAYIN / ÖZÇELİK ÖZER/ERDOĞAN / BİLGETEKİN / YELKENCİ, s. 334.

olduğunu düzenler⁷⁶¹. Müteselsil sorumluluk, sözleşmede kalan için bir garanti görevi görür; sözleşmenin devri, ona eski borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olan yeni bir borçlu sağlar. Burada da durum çok belirsizdir: devralanın yükümlülüklerinin kapsamını belirleyen herhangi bir hüküm yoktur. Devredenin müteselsilen sorumlu olmaya devam ettiği bilinmektedir ancak devralanın devirden önce doğanlar da dahil olmak üzere sözleşmenin tüm yükümlülüklerinden sorumlu olup olmadığı veya yalnızca önceki yükümlülüklerden sorumlu olup olmadığı bilinmemektedir⁷⁶².

Sözleşmede kalanın devredeni sorumluluktan kurtarmadığı ve devredenin sözleşmenin ifasından müteselsilen sorumlu kaldığı durumlarda, teminatların aynen kalması da mantıklıdır (CCF m. 1216/3/1)⁷⁶³; çünkü devreden borçlu olarak kalmaya devam eder ve bu durumda teminat veren kefil, garantör gibi kişileri serbest bırakmak için hiçbir neden yoktur. Bu durumda bir sözleşmenin devri, sözleşmede kalan açısından avantaja dönüşmekte, yeni müteselsil birkaç borçlu daha eklenmekte ve dolayısıyla bu durum yükümlülüklerin yerine getirilme şansını da artırmaktadır⁷⁶⁴. Aksi durumda ise üçüncü kişiler tarafından verilen

⁷⁶¹ Ancak devreden tarafın sorumluluklarından kurtulabilmesi için verilen rıza açık olmalıdır ve bir sözleşmenin devrine rıza ile karıştırılmamalıdır. Anılan madde devredenin sorumluluğunda kalan yükümlülüklerin, devralana düşen yükümlülüklerden ayırt edilmesi için bir ölçüt belirtmez. Taraflar bu sorunu kendi aralarında çözmediklerinde, yargı bu noktayı açıklığa kavuşturmak zorunda kalacaktır. Örneğin, her ayın 1'inde ödenecek aylık 310 Euro'luk bir kira sözleşmesi düşünelim. Kira sözleşmesi 15 Ocak'ta devredilir ve devralan taraf, devredeni sorumluluklarından kurtarmayı açıkça kabul etmişse, bu durumda devredenin Ocak ayı kira parasını oransal olarak ödemekten sorumlu tutulabileceğini kabul etmek gerekecektir. Böyle bir durumda depozito ile ilgili karar vermek güç olacaktır. Yüksek Mahkeme 2004 yılında verdiği bir kararda, devredenin devralana depozitoyu aynen iade etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak depozitoyu iade etme yükümlülüğü, kiralama sözleşmesinin sona erdiği günden itibaren doğar ve bu nedenle, devralan kişinin sorumluluğunda olmalıdır. Uygulamada, gayrimenkul konularında noterler, kiralanan taşınmazın satış sözleşmesindeki depozitonun akıbetini açıkça düzenler: satıcı, tutarı alıcıya iade etmeyi taahhüt eder vbg. Ayrıca konut kiralamalarında, 06/07/1989 tarihli kanun m. 22/son, 25/03/2009 tarihli kanundan itibaren konuyu açıkça düzenlemekte ve depozitonun iadesi devralanın (yeni kiraya verenin) sorumluluğundadır. Aksine bir anlaşma sadece devir tarafları arasında hüküm ifade eder, demektir. (CLÉMENT, «La Cession de Contrat», https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/#_ftn2).

⁷⁶²CLÉMENT, «La Cession de Contrat», https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/#_ftn2.

⁷⁶³https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150253/#LEGISCTA000032041424

⁷⁶⁴CLÉMENT, «La Cession de Contrat», https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/#_ftn2.

teminatlar ancak onların kabulleri ile devam edebilecektir (CCF m. 1216/3/1). Ancak devreden yalnızca müstakbel borçlardan sorumlu olmayacaktır, sözleşme tarafı iken doğmuş borçları için teminatlar var olmaya devam edecektir, zira üçüncü kişiler devredenin şahsına istinaden teminat vermiş idiler (CCF m. 1216/1/1)⁷⁶⁵.

Türk hukukunda ise müteselsil borçluluk, Türk Borçlar Kanunu m. 162 hükmü uyarınca birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirdiği takdirde doğar, böyle bir bildirim yoksa müteselsil borçluluğun doğumu, örneğin; borca katılmada (Türk Borçlar Kanunu m. 201/2), bir işletme ya da malvarlığının devrinde (Türk Borçlar Kanunu m. 202/2), sözleşmeye katılmada (Türk Borçlar Kanunu m. 206/2), kira ilişkisinin devrinde (Türk Borçlar Kanunu m. 323/3), işyerinin devrinde (Türk Borçlar Kanunu m. 428/3) olduğu gibi, mutlaka kanundan kaynaklanmalıdır. Sözleşmenin devrinde devreden devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu olacakları kararlaştırılmış olabilir.

Yükümlülüklerden kurtulma konusunda İtaCC farklı olarak yaklaşmakta ve istisnalar koymaktadır. 1408/1'de devreden, devrin yürürlüğe girdiği andan itibaren yükümlülüklerinden kurtulacağı belirtilmiş ancak devamında istisnai durumlar olabileceği hüküm altına alınmıştır⁷⁶⁶. 1408/2'de, sözleşmede kalan tarafın devredeni tüm yükümlülüklerinden kurtarıp kurtarmadığı konusundaki beyanına yer verilmiştir. Şayet sözleşmede kalan taraf devreden tarafı yükümlülükleri ile ilgili olarak serbest bırakmadığını beyan etmişse, devralanın üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde devredene başvurabilir. Ancak 1408/3 ile sözleşmede kalana verilen bu fırsat, belli bir sürede yapılması gereken bir bildirim şartına bağlanmıştır⁷⁶⁷. Eğer devralanın sözleşme gereklerini

⁷⁶⁵ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150253/#LEGISCTA000032041424

⁷⁶⁶ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1408.html>

⁷⁶⁷ <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-viii/art1408.html>; ČR m. 1899/2'de de belli bir sürede bildirim şartı vardır. Bu süre de aynen onbeş gündür (<https://www.kurzy.cz/zakony/89-2012-obcansky-zakonik/paragraf-1899/>).

yerine getiremediğini ya da eksik getirdiğini devredene, yerine getirilmemenin meydana geldiği günden itibaren onbeş gün içinde bildirmemiş olursa, gecikmeden kaynaklanan zarara katlanacaktır.

Bunun yanı sıra devreden devralanın edimlerini garanti etmesi kanundan da kaynaklanabilir. Örneğin kira sözleşmesinin devrinde, devreden tarafın kiracı olduğu durumlarda, yalnızca işyeri kiralarda geçerli olmak üzere ve iki yıl süre ile sınırlı olarak devreden kiracının devralan kiracıyla birlikte kiralayana karşı müteselsil olarak sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Yasa koyucu burada devreden kiracının tüm sorumluluklarından kurtulmasını uygun görmemiştir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı olan Türk Borçlar Kanunu m. 323/3 hükmünün kiracı yararına nispi emredici niteliğe sahip olduğunu savunanlara göre, iki yıllık bu süre kısaltılabilir ya da tamamen kaldırılabilir ancak uzatılamaz⁷⁶⁸. Diğer bir görüşe göre hüküm emredici değildir, taraflar bu süreyi kısaltıp uzatmakta ya da tamamen kaldırmakta serbesttirler⁷⁶⁹.

Bu sorumluluk süresi zamanaşımı süresi ile değil, sorumluluğa yol açacak olguların doğması ve muaccel olması ile ilgilidir, dava açma süresi normal zamanaşımı sürelerine göre belirlenecek olup örneğin muaccel olmuş bir kira alacağı için bu sürenin Türk Borçlar Kanunu m. 147/1 uyarınca beş yıl olduğu kabul edilecektir⁷⁷⁰.

2.3.2.4 Gizlilik ve Sır Saklama Yükümlülüğü

Henüz alenileşmemiş, umuma açılmasının sahibi tarafından istenmeyeceği ve bunda maddi ya da manevi menfaatinin bulunduğu ya da bulunması ihtimalinin varlığı söz konusu olan her türlü bilgi, belge, olay ve olgu bu kişinin gizli bilgisi, “sırrı” sayılır⁷⁷¹. Sözleşme tarafı olan kişilerin her türlü bilgilerinin gizli

⁷⁶⁸ ÖKTEM ÇEVİK (Devir), s. 672.

⁷⁶⁹ İNCEOĞLU (C.1), s. 558.

⁷⁷⁰ İNCEOĞLU (C.1), s. 559.

⁷⁷¹ YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arbuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2010, s. 112.

kalmasında korunması gereken maddi ve manevi menfaatleri tartışmasız olarak söz konusudur⁷⁷². Bilgilerin gizli kalmasında bu kişinin menfaati bulunduğu dürüstlük kuralı kapsamında açıkça tespit edilebiliyorsa bu haller sır sahibinin gizlilik yönündeki iradesinin varlığına karine oluşturur⁷⁷³.

Bu bağlamda, sözleşmeyi devrederek her türlü borçtan kurtulmuş gibi görünen devredenin, sözleşmenin tarafı olduğu süre boyunca ve hatta sözleşme kurulması aşamasından da önce, sözleşmede kalan tarafla tüm bağlantısı süresince sahip olduğu tüm bilgi ve belgeyi, onun bilgisi ve isteği dışında ifşa etmeme, gizli tutma yükümlülüğü olmalıdır. Gizli tutulması gereken bilgilerden kasıt, alenilemiş ya da alelade bilgi olmayıp, eğer devir konusunda görüşmelere hiç başlanılsaydı, karşı tarafın öğrenmesi imkânı olmayan bilgilerdir⁷⁷⁴.

Sözleşme ilişkisi kapsamında edinilen bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır. Bu bağlamda ticari sırların, yapılan işlerin inceliklerinin, know-how, iş çevresi ve müşteri portföyü, hedef kitle, kullanılan araç, model, teçhizat, sistem, yöntem ve benzeri gibi birçok bilgilerin paylaşılması zarar doğumuna neden olabilecektir. Bu noktada devredenin, gizli kalması gereken bu bilgileri güvene dayalı haklı bir beklenti ile sözleşmeyi devralmak isteyen kişiye sunması söz konusudur. Bu haklı beklenti boşa çıksa, yani görüşmeler bir sonuca varmasa dahi, zorunlu olarak açıklanan bu bilgilerin ifşa edilmiş olmasından dolayı bir zarar doğmasının önüne geçmek için devredenin tedbirli olması gereklidir.

⁷⁷²ERDOĞAN, Mehmet Selim, Gizlilik Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sır ve Sırların Korunması, İstanbul, 2022, s. 15.

⁷⁷³GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995 (Franchise), s. 83.

⁷⁷⁴Örneğin, şirkette var olan bir dolabın kilitli tutulması, dolapta bulunan bilgilerin gizli tutulmasına dair bir iradenin varlığına delalet eder (ERDOĞAN, s. 15).

Devir sözleşmesine gizlilik ve sır saklama ile ilgili şartlar konulabilir⁷⁷⁵. Eğer taraflar sözleşmeye bu konuda hüküm koymamış olurlarsa bu boşluğun dürüstlük kuralı ile doldurulması ve bu şartın doğal olarak var olduğunun kabulü gerekir. Bu bağlamda sözleşmeyi devrederek borç ilişkisi dışına çıkan tarafın, gizliliğe uyacağına dair duyulan haklı güven dolayısıyla karşı tarafın uğradığı zararı tazmin yükümü doğar.

UNIDROIT-PICC, PECL ve DCFR ilkelerinde, mağdur olan tarafın, uğradığı/uğrayacağı zarardan bağımsız olarak, gizli bilgileri kullanan kişinin bu bilgileri üçüncü kişi ile paylaşmasından ya da kendi kullanımından elde ettiği faydayı talep etme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁷⁶.

2.3.3 Devredenin Hem Sözleşmede Kalan Hem de Devralan Tarafa Karşı Ortak Yükümlülükleri

Gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü gibi, devredenin rekabet etmeme yükümü de var sayılmalıdır. Doğal olarak bu yükümlülük iç ya da dış devir sözleşmeleri kapsamında getirilebilecek ve sözleşmesel yükümlülük haline sokulabilecektir. Getirilmemiş olsa dahi dürüstlük kuralı çerçevesinde devredenin rekabet etmeme yükümü var sayılmalıdır.

Hukukumuzda rekabet yasağı Türk Borçlar Kanunu m. 444'de hizmet sözleşmesinde, Türk Ticaret Kanunu m. 123 acentelik sözleşmesinde yer almaktadır. Bu düzenlemelerin temel amacı aynı olup, benzer düzenlemeler içermektedir. Süre olarak hizmet sözleşmesi ve acentelik sözleşmesi iki yıl rekabet etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Bu yasak coğrafi bölge ile

⁷⁷⁵ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD 2020/1248 E.-2020/2252 K. tarihli, 25.12.2020 tarihli kararında: *"..ihlalin, üçüncü kişilerden ödeme alan davalının ödeme bilgilerini, ödeme tarihini, müvekkilinin ödeme yapıp yapmadığını, ödeme aracını, yani "ticari sırlarını" ifşa ederek "Sözleşme kapsamında yapımçıya ait gizli bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşamayacağı" yönündeki 10/ (d) bendi hükmüne aykırı davranması olduğunu,..."* (Palmiye İçtihat).

⁷⁷⁶ PICC 2.1.16; PECL 2:302; DCFR II-3:302; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 227; Türk hukukunda benzer hüküm "vekaletsiz işgörme"de vardır. TBK m. 530: *"İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir."*

sınırlanmış olup, hizmet sözleşmesinde işin görüldüğü yer, acentelik sözleşmesinde acenteye bırakılmış olan bölgeye münhasırdır. Acentelik sözleşmesinin acente tarafından devredilmesi ve devredenin yeni bir acentelik anlaşması yaparak başka isim altında ilk anlaşma ile edindiği müşteri portföyünü kullanmaya girişmesi halinde rekabet yasağına aykırı hareket etmiş olacak olması buna örnektir.

Örneğin, asıl sözleşme bir mal satımı sözleşmesi olsun. Sözleşme taraflarından “A” (sözleşmede kalan), yurt dışındaki müşterilerine, yurt içindeki “B”den (devreden) temin ettiği gıda ürünlerini ihraç etmektedir. “B” asıl sözleşmeyi, kendisi gibi gıda işiyle uğraşan “C”ye (devralan) devretmiştir. Sözleşmenin “A” ile “B” arasında sürdüğü dönemde “B”, “A”nın yurt dışında gönderim yaptığı büyük şirketlerin kim olduğu ve ne gibi ürünlere ihtiyaç duydukları konusunda ayrıntılı bilgiye sahip olmuştur. Bu noktadan sonra “B”nin söz konusu müşterilerle bağlantıya geçerek, “C”nin koşullarından daha cazip koşullar sunarak kendi tarafına çekmeye çalışması bu yükümlülüğe aykırılık sayılır ki bu davranışı Türk Ticaret Kanunu m. 55 kapsamında da haksız rekabet teşkil edecektir⁷⁷⁷.

Bazı sözleşmeler “çerçeve sözleşme” niteliğindedir. Örneğin tek satıcılık sözleşmesi böyledir. Bu sözleşme ile yapımıcı, ürünlerinin tamamını ya da bir kısmını belli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, karşılığında tek satıcı da söz konusu malları kendi nam ve hesabına satarak, malların sürümünü artırıcı faaliyette bulunma yükümü yüklenir⁷⁷⁸. Böyle bir sözleşme de devredilebilir. Tek satıcı sözleşmeyle sahip

⁷⁷⁷ Türk Ticaret Kanunu m. 55/c/1 ve 2: “1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak, 2: “Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak” gibi davranışlar “Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar” başlığı altında sayılan bazı haksız rekabet hallerindedir.; Kişi sözleşmeyi devralmak üzere yola çıkmış ancak görüşmelerden sonra bu gerçekleşmemiş olsa dahi, edindiği bilgilerle asıl sözleşme tarafları ile rekabet etmemesi gerekir. Bu nedenle bir zarar doğmasına neden olmuşsa da sorumlu olmalıdır.”

⁷⁷⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 18-19.

olduğu tekel dolayısıyla, yetki alanı dahilinde bir pazarlama ağı ve müşteri portföyü yaratmaktadır. Tek satıcının devirden sonra, üreticiye ait olarak, gerek öğrendiği üretim sırları (formüller, karışımlar, kullanılan yöntem, aletler, kimyasallar gibi) ve gerekse pazarlama ağı ve müşteri portföyüyle ilgili olarak, rekabet etmesi, hem devralan ve hem de sözleşmede kalanın zararına olacaktır.

Tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi halinde, satıcı kendisine devredilmiş olan, sürümü arttırmaya yarayan belge ve malzemeler ile elinde kalan malları yapımcıya geri vermelidir⁷⁷⁹. Sözleşmenin tek satıcı tarafından devralana devredilmesi de bir bakıma devreden açısından, sözleşmesel borcu sona erdirdiğinden aynı sonuçlar geçerli olmak gerekir⁷⁸⁰. Bu noktada rekabet etmeme yükümü de devreye girecektir⁷⁸¹.

2.3.4 Devreden Üçüncü Kişilere Karşı Yükümlülükleri

İç devir sözleşmesinin, hem sözleşmede kalana hem de devirden etkilenecek üçüncü kişilere duyurulması gerekir. Bu duyurunun işletme devrinde yer alan ilan zorunluluğunun hafifletilmiş bir görünümü şeklinde olduğu düşünülebilir.

Gerçekten de, sözleşmenin devrinden etkilenecek üçüncü kişiler var ise onlar açısından devir hususunun bilinmesi gerekir. Bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafın değişmesi durumunda, devreden yüklenicinin üçüncü kişiler nezdinde yarattığı güvenden devralan yüklenicinin yararlanarak bu kişileri zarara uğratması söz konusu olabilecektir. Üçüncü kişiler inşaatın devamı sırasında güvendikleri yükleniciden bağımsız bölüm aldıklarını zannederek yeni yüklenici ile yaptıkları anlaşma dolayısıyla, bu kişinin inşaatı gereği gibi

⁷⁷⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 22.

⁷⁸⁰ Tek satıcılık sözleşmesi kanunla düzenlenmiş olmayıp, atipik bir sözleşmedir ve hüküm ve sonuçları açısından var olan boşluk öğretisi tarafından doldurulmaya çalışılmaktadır.

⁷⁸¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 22.

tamamlayamaması sonucu zarara uğrayabilirler. Bu zarardan hem devreden ve hem de devralan sorumlu olmalıdır⁷⁸².

Bildirim konusu, alt sözleşmelerin var olduğu durumda da önem arz eden bir durum olacaktır. Örneğin, bir işyeri kira sözleşmesi, kiracısı “A” tarafından Türk Borçlar Kanunu m. 323 hükmü uyarınca “B”ye devredilmiştir. Devreden kiracı “A”, devirden önce alt kira sözleşmesiyle, taşınmazın 1. katını, “C”ye kiraya vermiştir. “A”, kira sözleşmesini “B”ye devrettiğini ilgili kişilere ve özellikle “C”ye duyurmazsa, bu durumun karışıklıklara ve ileride de değinilen⁷⁸³ birçok sorun ve zarara sebebiyet vereceği ortadadır. Bu durum devreden sorumluluğunu gerektirecektir.

2.3.5 Yükümlülüğe Uymamanın Sonuçları

Genellikle yapmama borcu halinde ortaya çıkan yükümlülükler olan bilgi vermeme, gizlilik ihlali veya rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali gibi hallerde devreden tazminat yükümü olacaktır. Çünkü yapmama borcu bir kere ihlal edilmişse geri dönüşü yoktur. Türk Borçlar Kanunu m. 113/2 gereği, yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu davranışının doğurduğu zararı gidermek zorunda kalacaktır. Bu noktada sır saklama veya rekabet etmeme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle bir zarar oluşması ve zararla yükümlülüğün ihlali edilmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Anılan madde “bu davranışının doğurduğu zararı” demekle illiyet bağının gerekli olduğuna vurgu yapmıştır. Garanti yükümlülükleri gereği de devreden tazminatla sorumlu olacaktır. Belgelerin iadesi talebi ise istirdat davası ile mümkün olacaktır.

⁷⁸² Tüketici durumundaki üçüncü kişileri yanıltıcı bu gibi davranışlar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun “Haksız Ticari Uygulamalar” başlığını taşıyan 62. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

⁷⁸³ Bkz. Üçüncü Bölüm “3.2.5 Asıl Sözleşmeye Bağlı Alt Sözleşmeler Bulunması” başlığı altındaki açıklamalar.

Bazı gizli bilgi ve sırların saklanması yükümlülüğü bakımından ise, örneğin, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı bakımından özel hukukla getirilen bir takım korumalar yeterli görülmeyip ayrıca ceza hukuku kapsamında bazı yaptırımlar getirilmiştir⁷⁸⁴.

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra meydana gelecek yükümlülük ihlalleri açısından ise tazminat sorumluluğunun haksız fiilden mi yoksa sözleşmeden mi kaynaklanacağı yönünde öğretide çeşitli tartışmalar yapılmış ve borç ilişkisi sonlandırılmış olduğundan burada haksız fiil sorumluluğu olması gerektiği savunulmuş olsa da, sözleşmenin art etkisi (post pactum) gereği borç ilişkisinden doğan yükümlülükler tabi tutulması gerekir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ KANGAL, Zeynel T., Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 2014, 9. 24, Sayfa: 9-56, s. 10; Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 73: “Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.”; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 239- (1) “Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.”; yine 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 33/(1) “Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” denilmektedir.

⁷⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 40; bkz. İkinci Bölüm “2.3.2 Devredenin Sözleşmede Kalan Tarafa Karşı Yükümlülükleri” başlığı altındaki açıklamalar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME DEVRİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER ve ÖZEL DURUMLAR

3.1 SÖZLEŞME DEVRİNE İLİŞKİN ÖZEL HÜKÜMLER

3.1.1 Kira Sözleşmesinin Devri

Kira sözleşmesindeki taraf değişikliği Türk Borçlar Kanununda ikili değerlendirmeye tabi tutulmuştur; ilki kira sözleşmesinde kiraya veren tarafın değişmesi⁷⁸⁶, ikincisi ise kiracı tarafın değişmesidir⁷⁸⁷. Bu bakımdan taraf değişikliğinin, değişen tarafa göre incelenmesi yararlı olacaktır.

3.1.1.1 Kiraya Veren Tarafın Değişmesi

Kira sözleşmelerinde kiraya veren tarafın, kanuni yolla devri ve iradi olarak devri söz konusudur. Kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından iradi devri ile ilgili kanunda özel hüküm bulunmadığından, Türk Borçlar Kanunu m. 205 genel hükmü çerçevesinde iradi devir gerçekleşebilecektir.

⁷⁸⁶ Türk Borçlar Kanunu m. 310 hükmü gereğince, kiralananın herhangi bir nedenle el değiştirmesi, kira sözleşmesinde kiraya veren tarafta sözleşmenin kanuni devrini yansıtmaktadır. El değişikliğiyle doğrudan kanun gereği sözleşmenin devri meydana gelmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 311 uyarınca üçüncü kişinin mülkiyet dışında başkaca bir aynı hak kazanmasında da m. 310 kıyasen uygulanacaktır.

⁷⁸⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 322 alt kira ve kullanım hakkının devrini, Türk Borçlar Kanunu m. 323 kira ilişkisinin devrini düzenlemekte olup, iradi devri yansıtmaktadır.

3.1.1.1.1 Kanuni Devir

3.1.1.1.1.1 Külli Halefiyet Yolu İle Devir

Türk Medeni Kanunu m. 599/1 hükmü gereği mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar. Mirasbırakanın kiraya veren sıfatı ile kira sözleşmesi yaptığı hallerde mirasçılar kendiliğinden o malın kiraya vereni haline gelirler⁷⁸⁸.

Miras gibi külli halefiyet yolu ile intikallerde mirasçılar, miras hukuku kuralı gereği miras bırakanın borçlarından sorumlu olduklarından, Türk Borçlar Kanunu m. 310 hükmünün külli halefiyet hallerinde uygulanmayacağı ileri sürülmüştür⁷⁸⁹. Gerçekten de miras yolu ile kiralanan şeye malik olan mirasçılara, Türk Borçlar Kanunu m. 351’de yeni maliklere tanınan kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı davayla sona erdirmeye yetkisi tanınmamıştır. Esasen mirasçılar “yeni malik” olmayıp, mirasbırakanın yerine geçmiş olduklarından, önceki “kiraya veren” sıfatını aynen, külli halefiyet ilkesi gereği korumaktadırlar.

Türk Ticaret Kanunu m. 134 ve devamı hükümlerle düzenlenen ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünmelerinde ve Türk Ticaret Kanunu m. 11/3⁷⁹⁰ uyarınca gerçekleştirilecek ticari işletme devirlerinde de külli halefiyet ilkesi uyarınca kira sözleşmeleri kanun gereği doğrudan geçmiş olacaktır⁷⁹¹.

Külli halefiyet yolu ile kiraya verenin değişmesiyle, hemen aşağıda yer alan, kiralanan şeyin el değiştirmesi dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu m. 310

⁷⁸⁸ Mirasçılar hem kiraya veren sıfatını doğrudan kazanırlar hem de mirasbırakanın malik idiyse kiralanan malın maliki halinde gelirler.

⁷⁸⁹ ARAL/AYRANCI, s. 294; GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 332.

⁷⁹⁰ Türk Ticaret Kanunu m. 11/3’te devir sözleşmesinin kiracılık hakkını kapsadığı açıkça ifade edilmiştir.

⁷⁹¹ KAHVECİ (Kira), s. 703-704; Bkz. Birinci Bölüm “1.5.5 Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması ile Türk Ticaret Kanunundaki Devralmadan Farkı” başlığı altındaki açıklamalar.

uyarınca kira sözleşmesinin otomatik olarak devri ve bu yolla kiraya verenin değişmesi arasında böyle bir fark vardır ancak her ikisi de kira sözleşmesinin kanuni devrini yansıtır.

3.1.1.1.2 Kiralananın El Değiştirmesi Nedeniyle Devir

Kiraya veren tarafın taraf sıfatının kanuni olarak devrini yansıtan diğer bir yol, Türk Borçlar Kanunu m. 310 ile düzenlenen ve sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan şeyin herhangi bir sebeple el değiştirmesi halinde yeni malikin var olan kira sözleşmesinin, kendiliğinden tarafı olması durumudur⁷⁹². Türk Borçlar Kanunu m. 310 hükmü kiracı yanın korunması açısından önemlidir ve bu madde ile 818 sayılı Borçlar Kanunundaki “satım kirayı bozar” ilkesi, yerini “satım kirayı bozmaz” ilkesine bırakmıştır⁷⁹³. Anılan maddede, devir işleminin kira sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılacak olması şartı bulunmaktaysa da bu yeterli değildir, aynı zamanda kiralanan şeyin kiracısına teslim edilmiş olması da gereklidir⁷⁹⁴.

⁷⁹² ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 52; BAHADIR, s. 19: “*Bu durumda mülkiyetin el değiştirmesinden kaynaklanan bir devir söz konusudur. Yeni malik, kira sözleşmesine konu olan bir mülkiyeti edinmektedir. Mülkiyet değişikliğinin tarafları eski malik ile yeni malik, mülkiyet değişikliğinin yanı sıra mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin devrini de dolaylı olarak kararlaştırmaktadırlar. Bu mülkiyet değişikliği mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin taraflarını da değiştirmektedir. Kira sözleşmesi bakımından eski malik devreden, yeni malik devralan, kiracı ise sözleşmede kalan tarafı teşkil etmektedir. Mülkiyete ilişkin değişimin gerçekleşmesinde kiracının rızası aranmamaktadır. Kiraya veren sıfatının da mülkiyet hakkına bağlılığı nedeniyle mülkiyet değişikliği ile birlikte kiraya veren taraf olma sıfatını da elde etmiş olan yeni malikin kiracının rızasına ihtiyacı bulunmamaktadır.*”; İtaCC m. 1599 kiraya konu malın malikinin değişmesi konusunu düzenlemektedir. Anılan madde, tescilli kira sözleşmeleriyle tescilsiz ve sözlü kira sözleşmelerini ayırık tutmuştur. Ancak her durumda kiralananı devreden eski malik, yeni malikten kira sözleşmesine riayet etmesini talep edebilecektir (m. 1599/son - <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-iii/capo-vi/art1599>).

⁷⁹³ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 15; ARAL/AYRANCI, s. 294; ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 16; ALTINOK ORMANCI, s. 126; İKİZLER, Metin, Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 20.2, Sayfa: 25-59, s. 26.

⁷⁹⁴ ARAL/AYRANCI, s. 294: “*Zira teslimden önce kiralananın devredilmesi halinde kiraya veren, Türk Borçlar Kanunu m. 112 gereğince sorumlu olacaktır.*”; ALTINOK ORMANCI, s. 129; SERT, Selin, Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynı Hak Kurulması ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, 2014, 4, Sayfa: 63-79, s. 71; ERTUĞRUL, Meltem, Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi, 2014, 4, Sayfa: 541- 578, s. 552.

Türk Borçlar Kanunu m. 310, ne devralanın kira sözleşmesini kabul edip etmemesine değinmiş, ne de kira sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek eşyalarla ilgili olarak, taşınır-taşınmaz gibi ayrımlara gitmiştir⁷⁹⁵. Kira sözleşmesine konu eşya ne olursa olsun, devralan kabul etsin ya da etmesin, kira sözleşmesini devralmış olacaktır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise, olağanüstü fesih hakkı (Türk Borçlar Kanunu m. 351) tanınmış olduğundan, anılan ilkenin sınırlandırılmış olduğu söylenmelidir⁷⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 310'un gerekçesinde, anılan maddeye denk gelen 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 254 hükmünün kiracıyı korumak amacıyla değiştirildiği ve bu değişiklikle kiracılık hakkının yeni malike karşı ileri sürülebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda, kendiliğinden kanun gereği, kira sözleşmesinin tarafı olacağına kabul edildiği belirtilmiştir⁷⁹⁷. Anılan hüküm, kiralanan şeyin bir taşınmaz olması ve İcra ve İflas Kanunu m. 135 hükmü çerçevesinde, malikin ihale ile satım yoluyla değişmesi halinde de geçerli olacaktır. Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 254/3'te de aynı hüküm yer almaktaydı ancak bu hükümlerin kamu menfaati için saklı tutulduğu açıkça belirtilmekteydi. 310'da bu ifade kaldırılmıştır. Bununla birlikte kamu menfaatinin kamulaştırma halinde kiracının korunması prensibine üstün tutulduğu ortadadır. 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 20 uyarınca kiracı, kamulaştırılan taşınmazdan icra yoluyla çıkartılacaktır⁷⁹⁸. Taşınmazın kamulaştırılması durumunda, sonraki kusursuz imkânsızlık hali söz konusu olacaktır⁷⁹⁹. Kira sözleşmesi tapuya şerh edilmiş olsa da sonuç değişmez, bu durumda kiraya verenden tazminat istenemez, meğerki

⁷⁹⁵ GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 332.

⁷⁹⁶ ARAL/AYRANCI, s. 295; ALTINOK ORMANCI, s. 132.

⁷⁹⁷ ANTALYA, O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İstanbul, 2011 (Türk Borçlar Kanunu), s. 358.

⁷⁹⁸ Kamulaştırma Kanunu m. 20: “*Bu Kanun uyarınca lehine kamulaştırma yapılan idare adına tapu dairesince tescil edilen taşınmaz malın boşaltılması idarece icra memurundan istenir. İcra memuru taşınmaz malı onbeş gün içinde boşaltmalarını içindekilere tebliğ eder. Bu süre içinde taşınmaz mal boşaltılmazsa icracaya boşaltılır. İtiraz ve şikayet boşaltmayı durdurmaz ve mahkemeye ihtiyati tedbir kararı verilemez.*”

⁷⁹⁹ İNCEOĞLU (C.1), s. 580; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 292; ARAL/AYRANCI, s. 295-296.

kiraya veren taşınmazın kamulaştırılacağını kira sözleşmesi kurulduğu anda biliyor olsun⁸⁰⁰.

Burada taraf değişikliği kanun gereği kendiliğinden olur. Kiracının değil rızası, mülkiyetin el değiştirdiğinden haberi olması dahi şart değildir. Keza kiralananı edinen yeni malikin de kira sözleşmesinden haberdar olmaması, hayatın olağan akışına ters ama ihtimal dahilindedir ve kendiliğinden devre engel değildir⁸⁰¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 310, “mülkiyetin herhangi bir şekilde el değiştirmesi” diyerek mülkiyetin el değiştirmesi şeklini geniş bırakmış, sınırlamamıştır. Buna göre el değiştirmenin dayandığı hukuki neden satım, mal değişimi, bağışlama, bir ortaklığa sermaye olarak hasretme gibi nedenler olabilir.

Belirttiğimiz gibi buradaki sözleşmenin devri iradi bir devir değil, kanuni bir devirdir. Bu nedenle m. 205’in aradığı şekil şartına uyulması ya da sözleşmede kalanın rızası aranmaz. Devir anı el değiştirme anıdır ve kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan, ileriye dönük olarak etkilidir yani sonuçlarını ileriye etkili olarak doğurur. Mülkiyetin geçişine kadar doğan hak ve borçlar eski malikte kalır⁸⁰². Yeni hak ve borçlar yeni malik üzerinde doğarlar.

Öğretide kabul gördüğü üzere, bu hüküm kiraya verenin aynı zamanda malik sıfatına sahip olduğu hallerde uygulanmalıdır⁸⁰³. Gerçekten de eğer malik

⁸⁰⁰ İNCEOĞLU (C.1), s. 581; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 292; ARAL/AYRANCI, s. 296; GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 333, dn. 1217’deki yazarlar.

⁸⁰¹ İKİZLER, s. 32.

⁸⁰² Yrg. 6. HD 2016/1421 E. - 2016/1846 K. nolu, 10.03.2016 tarihli kararında; “...”Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur.” düzenlemesi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu 310 maddesi hükmü uyarınca davacı malik sözleşmenin tarafı olur ise de davanın tarafı olamaz. Önceki Malik tarafından açılan davayı ancak dava hakkının yeni malik ...’ na temlik edilmesi halinde yeni malikin davayı takip etme hakkı bulunmaktadır. Olayımızda davacı vekilinin Dairemizin geri çevirme kararına yönelik beyanı da dikkate alındığında bu husus gerçekleşmemiştir. Taşınmazın satılması ile önceki malikin tahliye yönünden dava hakkı kalmadığına göre bu nedenle tahliye davasının reddi gerekirken yazılı gerekçeyle yeni malik ... davacı olarak kabul edilerek karar verilmesi doğru değildir.” (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁰³ İNCEOĞLU (C.1), s. 582; ÖZEN (Kira), s. 150; GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 332; Belirtilmelidir ki kira sözleşmesinin maliki temsilen yapıldığı durumlarda da “kiraya veren” yine maliktir. Kira

olmayan kiraya veren, intifa hakkı gibi bir aynı hak sahibi olarak kiraya vermiş ise el değiştirme yalnızca çıplak mülkiyet ile ilgili olacak ve kira sözleşmesi bu değişiklikten etkilenmeyecek ve yeni malik kira sözleşmesini devralmış olmayacaktır.

Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü bir kişinin eşya üzerinde intifa, oturma (sükna), üst hakkı gibi bir aynı hak sahibi olmasında ise m. 311'in göndermesiyle, m. 310 kıyasen uygulanacak ve kira sözleşmesi devredilmiş olacaktır⁸⁰⁴. Hatta sınırlı aynı hakların devredilmesi durumunda da yeni sahibi açısından bu hakkın doğumu gibi nitelendirileceğinden, m. 311'in göndermesiyle m. 310 uygulanmalıdır⁸⁰⁵. Kiralanan üzerinde oturma (sükna) hakkı kurulması halinde, oturma hakkı sahibi esasen bu hakkı bizzat kullanabilecek olmasına ve kiralama hakkı bulunmamasına rağmen, kanun gereği kiraya veren sıfatını kazanacaktır. Ancak kendisinin yenilik doğuran hakka sahip olduğu ve kendi gereksinimleri için Türk Borçlar Kanunu m. 351'e dayanarak tahliye davası açabileceği kabul edilmektedir⁸⁰⁶.

Konut ve çatılı işyeri konulu kira sözleşmelerinde taraf değişikliğine ilişkin bu hükme m. 351 ile süre yönünden bir sınırlama getirilmiş olduğu belirtilmişti. Yeni malik edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu, yani mülkiyeti devraldığını ve kiralananı, konut ya da işyeri olarak, gereksinimi

sözleşmesi maliki temsilen yapılmışsa bu temsil ya dolaylıdır ya da dolaysızdır. Temsilin dolaylı olduğu durumda kiraya veren sıfatı temsilci üzerindedir ancak bu kişinin malikle olan ilişkisi göz ardı edilemez (ÖZEN (Kira), s. 153). Temsilin türü ne olursa olsun, kira sözleşmesi malik adına yapılmış sayılmalı ve devir halinde yeni malik kira sözleşmesinin tarafı haline gelmelidir. Temsil türüne göre farklı sonuçlar uygulanması kabul edilemez (ÖZEN (Kira), s. 153; ÖKTEM ÇEVİK, s. 99); ERTUĞRUL, s. 553: Burada malik olmayan kiraya verenin, malikin rızasıyla hareket edip etmediğine bakılmalıdır. Malikin rızası ya da onayı dışında malın kiraya verilmesi durumunda bunun sonuçları malike yüklenmemeli, malın devri ya da aynı hak tesisinin sonucunda yeni malik ya da hak sahibi sözleşme tarafı haline gelmemelidir.

⁸⁰⁴YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 272; ÖZEN, Burak, Kira Konusunun Devri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 16 (1-2), 137-179 (Kira), s. 147; GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 333; ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 46.

⁸⁰⁵İNCEOĞLU (C.1), s. 604; SERT, s. 68; İntifa hakkının sona ermesi durumunda tam mülkiyet sahibi olan malik sözleşmenin tarafı haline gelmez (ERTUĞRUL, s. 554).

⁸⁰⁶DOĞU, Hakkı Mert, Oturma (Sükna) Hakkı, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (16), 1033-1065, s. 1047.

olduğunu⁸⁰⁷ kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir (Türk Borçlar Kanunu m. 351/1). Dilerse gereksinim nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir (351/2). Yeni malikin belirli süreli kira sözleşmesini süresinden önce, altı aylık süre sonunda sona erdirmek istemesi halinde kiracının, uğradığı zararın tazminini kiraya veren önceki malikten isteyebileceği savunulmuştur⁸⁰⁸.

Kiralanan şeyin mülkiyeti devredilirken devredenle devralanın Türk Borçlar Kanunu m. 351 hükmünden yararlanma hakkını bertaraf edecek bir anlaşmaya varmaları ve devralanın kira sözleşmesini de tüm hak ve yükünlükleriyle birlikte ayrıca iradi olarak devralması söz konusu olabilir⁸⁰⁹.

Elbirliği mülkiyeti ile malik olan mirasçılar arasında paylaşımın gerçekleşmesi ve taşınmazın içlerinden birine bırakılması durumunda ve yine aynı şekilde paylı mülkiyete konu taşınmazın paydaşlardan birine devredilmesi olasılığında m. 351/1'deki imkândan yararlanma şansı söz konusu olmayacaktır⁸¹⁰. Zira Türk Borçlar Kanunu m. 310 anlamında bir değişiklik söz

⁸⁰⁷ Yeni malik, kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle seçim (altı ay sonra dava açma) hakkını kullanabilecektir.

⁸⁰⁸ ARAL/AYRANCI, s. 295; İtaCC m. 1649 hükmü uyarınca kiracı yeni malik tarafından sözleşmenin bitiminden önce çıkartılmışsa, önceki malik kiracının zararını tazmin etmekle yükümlüdür (<https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1649-del-codice-civile>); Kiracı ve kiraya veren, mülkiyetin devri halinde sözleşmenin feshedilebileceği yönünde anlaşabilirler. Bu durumda yeni malik bildirim süresine uygun şekilde bildirim yaparak kira sözleşmesini feshedebilir, aksi kararlaştırılmamışsa, kiracı tazminat isteme hakkına sahip olmayacaktır (<https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1603-del-codice-civile>).

⁸⁰⁹ ÖZEN (Kira), s. 159; Burada Türk Borçlar Kanunu m. 205 hükmü uyarınca, kiracının da sözleşmeye katılımı ya da onay vermesi gerekecektir. Sözleşmenin devreden ve devralan arasında yapılması durumunda bu sözleşme, üçüncü kişi (kiracı) yararına yapılmış bir sözleşme olarak nitelendirilebilecektir (ÖZEN (Kira), s. 160).

⁸¹⁰ Yrg. 6. HD 1996/11327 E.-1996/11586 K. sayılı, 16.12.1996 tarihli kararında: "...*Maddede açıkça yazılmamış olmasına rağmen, burada da yeni malikin kiralayan durumunda olmayan kişi olması amaçlanmıştır. Kiralayan durumunda iken sonradan mülkiyeti de iktisap eden kişinin kendi taraf olduğu aktin süresi bitmeden feshini veya tahliyesini isteyebilmesi sözleşme hukuku ile bağdaşmaz.*" (Palmiye İctihat); ÖZEN, (Kira), s. 147: Aynı yönde olmakla beraber yazar, bu kişilerin yeni malik olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu durumda kira konusunun devrine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını, bir başka deyişle sözleşmenin kanuni devrinin gerçekleşmiş olmadığını savunmuştur.

konusu değildir. Yine kiraya verenin malik olmadığı ama sonradan kiralananın mülkiyetini kazandığı durumda da Türk Borçlar Kanunu m. 310 anlamında bir el değiştirme söz konusu olmayacaktır⁸¹¹.

Kiralanan şeyin satımı, kullanma hakkının devri ve benzeri gibi hallerle el değiştirmesi dolayısıyla kira sözleşmesinde kiraya verenin değişmesinin iradi devir kapsamında değerlendirilmesi bir an için akla gelebilirse de⁸¹², hukuki işlemin meydana gelişi ve sonuçları açısından bakıldığında burada iradenin varlığından söz etmek mümkün değildir⁸¹³.

⁸¹¹ ÖKTEM ÇEVİK, s. 91; SERT, s. 71; Burada kiraya veren değişmiş olmaz o nedenle Türk Borçlar Kanunu m. 351 ile getirilen fesih hakkını kullanması da söz konusu olamayacaktır (İNCEOĞLU (C.1), s. 583; ÖKTEM ÇEVİK, s. 91); Burada malik müşterek kiraya verenlerden biri dahi olup kiralananı üçüncü bir kişiye devretse ya da üçüncü kişi lehine bir ayni hak kursa dahi bu üçüncü kişi kira sözleşmesiyle bağlı olmalıdır (ÖZEN (Kira), s. 155); Aynı hakkın sona ererek malikin mülkiyet hakkının tam mülkiyete dönüştüğü durumlarda da malik, Türk Borçlar Kanunu m. 310 hükmü kıyasen uygulanarak kira sözleşmesinin tarafı haline gelmelidir (ÖKTEM ÇEVİK, s. 99); Kiralanan şey konut ve çatılı işyeri kapsamında bir yer ise malik Türk Borçlar Kanunu m. 351'e dayanarak kiracısını tahliye ettirebilmelidir (GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip Gelmeyeceği Sorunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2012, 8.95-96, Sayfa: 125-158, s. 151).

⁸¹² AKKURT, s. 45: Yazar'a göre bir ihtimal olarak akla gelse dahi böyle değerlendirmek doğru olmayacaktır.; *"Her ne kadar önceki malik ve kiracı arasındaki kira ilişkisi, onlar arasında sözleşme serbestisi çerçevesinde kurulmuşsa da bu ilişkiye, kuruluşunu, koşullarını ve içeriğini belirlemede herhangi bir etkisi olmaksızın kanun gereği kendiliğinden taraf haline gelen hatta bu ilişkiyi bizatihi devralan yeni malik bakımından ortada bir mecburiyet olduğu aşikardır."* (AKKURT, s. 44).

⁸¹³ ARAL/AYRANCI, s. 293; Kanaatimizce, m. 310 anlamında kira sözleşmesinin devrine iradi devirdir denilse idi, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde; kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi nedeniyle kiralanan taşınmazı devralmış olan kişiye, uzun süreli kira sözleşmelerine katlanmak zorunda kalmaması açısından m. 351/1 ile tanınan ve olağanüstü fesih imkânı sağlayan seçimlik hakka gerek kalmazdı. Bu da devrin iradi değil zorunlu olarak kanun gereği olduğunu göstermektedir. Keza, kiralanan sonradan malik olan kişinin, kira sözleşmesini bilmesede dahi kira sözleşmesini yeni malik sıfatıyla kanun gereği kendiliğinden devralmış olduğu gerçeği karşısında, kira sözleşmesini devralmak üzere iradesinin var olduğunu varsaymak doğru görünmemektedir. Kira sözleşmesinin tapu siciline şerh verilmiş olduğu durumda yeni malik, kira sözleşmesinden haberdardır ancak olağanüstü fesih imkânı yoktur. Kira sözleşmesinin bitimine kadar kira sözleşmesine katlanmak durumundadır. Bir diğer konu da iradi devirde aranan sözleşmede kalanın rızasıdır. Burada devir kanunen gerçekleştiği için kiracının rızasının aranması söz konusu değildir.

3.1.1.1.2 İradi Olarak Devir

Türk Borçlar Kanununun “kira sözleşmesi” başlığı altındaki özel hükümlerinde, kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından bir üçüncü kişiye iradi yolla devri konu edilmemiş olsa da, Türk Borçlar Kanunu m. 205 genel hükmü çerçevesinde iradi devir mümkündür.

Kira sözleşmesinin devri, bizzat kiraya veren malik tarafından, malik olmayan üçüncü kişiye, malik olmayan kiraya verenden malike ya da malik olmayan kiraya verenden yine malik olmayan bir üçüncü kişiye devir şeklinde yapılabilir.

Alt kira sözleşmesi ile kiraya veren konumuna gelen kiracı da, kiraya veren sıfatıyla sözleşmenin iradi yolla devrini, diğer tüm şartlarını yerine getirmek koşulu ile sağlayabilir⁸¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 205 uyarınca yapılacak sözleşmenin devri⁸¹⁵ üçlü anlaşmayla mümkün olabileceğinden, devreden kiraya veren, devralan kiraya veren ve kiracının katılımıyla yapılacak bir devir sözleşmesinin varlığı gerekir. Kiracının önceden verdiği izne ya da sonradan vereceği onayla da sözleşmenin iradi devri tamamlanabilecektir.

Kira sözleşmesinin iradi devrinde “devir anı” en önemli noktalardan biridir. Yukarıda da ifade edildiği üzere kanuni devir hallerinde devir anı külli halefiyette ölüm anı, el değiştirmede mülkiyet ya da benzeri aynı hakkın geçiş anı şeklinde kanun tarafından belirlenmiştir.

⁸¹⁴ İNCEOĞLU (C.1), s. 492; Kiraya veren malik olmak zorunda değildir.

⁸¹⁵ Bu şekilde gerçekleşen iradi sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu m. 310 kapsamına girmeyecektir (ÖKTEM ÇEVİK, s. 90-91).

İradi devirde ise devir anını tarafların belirlemesi uygun olacaktır. Eğer belirlememişlerse; devir sözleşmesinin üç tarafın katılımıyla yapılması halinde, yine sorun yaşanmayacak ve sözleşmenin kurulduğu an devir anı olacaktır.

Ön izin alınmasında, sözleşmede kalan kiracıya yapılacak bildirim ile sözleşme yürürlüğe girecek, sonradan onay verilmesinde ise onayın alınma anı devir anı olacak ancak hüküm ve sonuçlar geriye etkili olarak doğmuş olacaktır⁸¹⁶.

3.1.1.2 Kiracı Tarafın Değişmesi

3.1.1.2.1 Kanuni Devir

Kira sözleşmesinin “kiracı” sıfatını taşıyan sözleşeni için söz konusu olabilecek kanuni devir hali, kiracının ölümü durumunda karşımıza çıkar.

Türk Borçlar Kanunu m. 333’e göre, “*Kiracının ölmesi durumunda mirasçuları, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler*”. Kira sözleşmesi gibi kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde hak, sahibinin ölümüyle sona erer, mirasçılara intikal etmez.

Türk Borçlar Kanunu m. 333 bu ilkenin bir istisnasını oluşturmaktadır⁸¹⁷. Hükme göre, kira sözleşmesinin kiracı tarafının ölümü söz konusu olduğunda, kira sözleşmesi sona ermemektedir. Kiracının mirasçuları ister kira sözleşmesine kiracı sıfatıyla devam edebilmekte, isterse de feshi ihbar dönem ve sürelerine uymak suretiyle, mevcut kira sözleşmesini sonlandırabilmektedirler.

Bir istisna da konut ve çatılı işyeri kiralarını düzenleyen hükümler arasında yer alan Türk Borçlar Kanunu m. 356’da yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 356’ya göre “*Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı*

⁸¹⁶ Bkz. İkinci Bölüm “1.2 Hüküm ve Sonuçlar” başlığı altındaki açıklamalar.

⁸¹⁷ SAĞLAM, İpek, Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, 23.2, Sayfa: 249-266, s. 263.

yürüten mirasçuları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler". Konut kiralarında kiracı ile birlikte oturanlar, çatılı işyerlerinde ise, ölen işyeri kiracısının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçuları, kira sözleşmesini kiracı sıfatıyla sürdürebileceklerdir.

Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 ile düzenlenen ticari işletme devrinde, ticari işletmenin içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu olan tasarruf işlemlerinin tek tek yapılmasına gerek olmaksızın, bir bütün halinde devredileceği hükme bağlanmıştır. Hatta aksi öngörülmemişse bu devrin, duran malvarlığı, işletme değeri, kiracılık hakkı gibi işletmeye dair tüm unsurları kapsamakta olduğunun varsayılacağı öngörülmüştür. Ticari işletmenin devrinde aktiflerin hangilerinin ticari devir kapsamında kaldığının belirlenmesi açısından sürekli surette ticari işletmenin organizasyonu ve faaliyetine özgülenme ölçütü göz önüne alınmalıdır⁸¹⁸. Bu sözleşmenin yazılı olarak yapılıp, ticaret siciline tescili tüm geçişler için gerekli ve yeterli unsurdur.

Gümüş'e göre; anılan hüküm, "kiracılık hakkı" diyerek sanki alacağın devri hükmünde olan kullanım hakkının devrini kastediyor gibi görünse de burada kira sözleşmesinin devralana yasa gereği kendiliğinden geçişi söz konusudur⁸¹⁹. Bu nedenle, iki yıllık müteselsil sorumluluk düzenlemesi yapılmıştır.

3.1.1.2.2 İradi Olarak Devir

Borçlar Kanunumuz, kira sözleşmesinin "kiracı" tarafında meydana gelebilecek iradi değişiklikleri ise iki farklı şekilde düzenlemiştir. Bunlardan ilki Türk Borçlar Kanunu m. 322'de yer alan alt kira ve kullanım hakkının devri, diğeri ise Türk Borçlar Kanunu 323. maddesinde düzenlenen kira ilişkisinin

⁸¹⁸ HAN, s. 141.

⁸¹⁹ GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 367.

devridir⁸²⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 205 anlamındaki sözleşmenin devrinin kira sözleşmelerine özel görünümü, Türk Borçlar Kanunu m. 323'te yer alan "kira ilişkisinin devri" başlıklı hükümdür⁸²¹. Türk Borçlar Kanunu m. 322'de bir sözleşmenin devri söz konusu değildir.

Kanunun "*Alt kira ve kullanım hakkının devri*" başlığını taşıyan 322. maddesinin 1. fıkrasında, kira sözleşmelerinin kiracı tarafından tamamen ya da kısmen başkasına kiraya verilmesine veya kullanım hakkının başkasına devredilmesine izin verilmektedir. Buradaki tek koşul kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamaktır. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise kiracı, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kiralananı başkasına kiralayamaz ya da kullanım hakkını devredemez.

Alt kira, kiralanan şeyin, kiracı tarafından kısmen ya da tamamen başkasına tekrar kiralınmasıdır⁸²². Bu nedenle sözleşmenin devrinden farklıdır. Kiralanan şeyi alt kiraya veren ya da kullanım hakkını devreden kiracı, devirden sonra da kiraya verene karşı sorumlu olmaya devam edecektir⁸²³. Alt kira sözleşmesinin akıbeti asıl sözleşmeye bağlı olacak, o sona erdiğinde alt kira sözleşmesi de sona erecektir⁸²⁴.

⁸²⁰Hüküm kira sözleşmelerine ait genel bölümde yer almaktadır. Bu nedenle tüm kira sözleşmelerine uygulanacaktır. 323. maddenin İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığı olan m. 263 düzenlemesinin yalnızca işyerlerini kapsadığı kabul edilmektedir (SARI FİDAN, Özlem, Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlarla Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, 26.3, Sayfa: 325-366, s. 328, dn. 2'deki yazarlar).

⁸²¹Bu nedenle kira sözleşmesinin kiracı tarafça devri durumunda, öncelikle bu hüküm uygulanacaktır (KAHVECİ (Kira), s. 698).

⁸²²İNCEOĞLU (C.1), s. 492; YÜCER (Alt Kira), s. 795.

⁸²³İtaCC m. 1594'e göre kiracı, aksi kararlaştırılmamışsa kiralanan taşınmazı alt kira ile verebilir ama kiraya verenin izni olmadan devredemez. Kiralanan şey taşınır eşya ise alt kira da kiraya verenin iznine ya da örf ve adetin müsaade etmesine bağlıdır (<https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1594-del-codice-civile>).

⁸²⁴İNCEOĞLU (C.1), s. 525; Burada yine kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak şartıyla kiraya verenin rızasının alınması gerekmeyecek, yalnızca konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya verenin yazılı rızasını almak gerekecektir.

Türk Borçlar Kanunu m. 323, “kira ilişkisinin devri” başlığını altında kira sözleşmesinin devrini düzenlemektedir⁸²⁵. Kira sözleşmesinin devri, kira sözleşmelerinden bazen süresinden önce “kurtulmak” için, bazen de dıştan gelen cazip talep nedeniyle⁸²⁶ başvuru, hem kiracının hem de kiraya verenin zarara uğramamaları için pratik bir çözüm yoludur⁸²⁷. Kira sözleşmesinin devriyle birlikte, alt kira ve kullanım hakkının devrinden farklı olarak, kiracının kiracılık sıfatı sona erer, devralan kişi kiracı sıfatını kazanır⁸²⁸. Burada gözden kaçırılmaması gereken bir konu da kiralananın aile konutu olması halidir. Türk Medeni Kanunu m. 194/4, kiracı sıfatı taşımayan eşe, tek taraflı irade beyanıyla (kiraya verene yapacağı bir bildirimle) sözleşmeye katılma hakkı tanımaktadır⁸²⁹. Eşin kira sözleşmesine katılmış olduğu durumda, kira sözleşmesinin kiracı tarafında iki kişi olacaktır⁸³⁰. Bu durumda aile konutuna ait kira sözleşmesinin devredilebilmesi için katılan eşin de sözleşmeye katılımı gerekir.

Kira sözleşmelerinin devri bakımından özel hüküm olan Türk Borçlar Kanunu 323⁸³¹, kira ilişkisinin devrinin gerçekleştirilebilmesi için Türk Borçlar

⁸²⁵ İsviçre Borçlar Kanunu m. 263 temel alınarak Türk Borçlar Kanununa yeni bir madde olarak eklenen m. 323’ün önceki kanunda karşılığı bulunmamaktaydı (ANTALYA (Türk Borçlar Kanunu), s. 370-371; KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 131, dn. 553; SARI FİDAN, s. 327); 6353 sayılı 04.07.2012 tarihli, Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 53. maddesi ile belirli özellikleri taşıyan kira sözleşmelerinde kira ilişkisinin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 323’ün uygulanması, 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelenmiştir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu m. 323, tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında 01.07.2020 tarihine kadar uygulanmamıştır (KAHVECİ (Kira), s. 698, dn. 2; SARI FİDAN, s. 327, dn. 1).

⁸²⁶ Üçüncü bir kişinin kiralanan yere duyduğu zorunlu ve acil ihtiyaç dolayısıyla, var olan bir kiracıya, kira sözleşmesini kendisine devretmesi için yüklü meblağ nakit ya da başka bir menfaat teklif etmesi gibi; “Hava parası” olarak adlandırılan ve haksız kazanç olması dolayısıyla kanun tarafından yasaklanan bu girişimin, sözleşmenin devrinde “devir bedeli” olarak alınabilmesinin mümkün hale geldiği yönünde geniş açıklama için bkz. İNCEOĞLU (C.1), s. 545 vd.

⁸²⁷ TOPUZ/CANBOLAT, s. 100.

⁸²⁸ İNCEOĞLU (C.1), s. 497.

⁸²⁹ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 742.

⁸³⁰ Bildirimle kira sözleşmesine katılan eş, diğer eşle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır (Türk Medeni Kanunu m. 194/4).

⁸³¹ KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 131, dn. 553: “Benzer düzenlemeler, Avusturya hukukunda (§12a MRG) ve Fransız hukukunda (Fr. MK. m. 1717) da mevcuttur.”; Kira sözleşmesinin devri, İtaCC 1594. maddesinde düzenlenmiştir ve bu düzenleme m. 1406 ve devamında yer alan genel anlamdaki sözleşmenin devrine göre kira sözleşmelerine özel bir düzenlemedir. Bu maddedeki düzenleme de Türk Borçlar Kanunu m. 323 düzenlemesi ile paraleldir ve kiracının kira

Kanunu m. 205'teki gibi sözleşmede kalanın rızasını aramaktadır, ancak rıza yazılı şekle tabi tutulmuştur⁸³².

Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı neden olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmayacaktır (Türk Borçlar Kanunu m. 323/1). Maddede işyerleri için “çatılı” olma şartından bahsedilmediğinden, tüm işyerleri için hükmün geçerli olduğu anlaşılmaktadır⁸³³. Bu itibarla kiraya veren, diğer kiralarda haklı bir nedene dayanıyor olsun ya da olmasın kira ilişkisinin devrine onay verip vermemekte serbesttir⁸³⁴. Buna karşılık, çatılı olsun ya da olmasın, işyerleri için haklı bir neden olmadıkça onay vermekten kaçınmayacaktır. İşyeri kiralalarında kiraya verenin, haklı bir nedene dayanmaksızın yazılı rıza vermemesi halinde mahkemeye başvurmak gerekecektir. Hükmün gerekçesinde yer aldığı üzere, buradaki haklı neden, somut olaydaki durum ve koşullar göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenecektir⁸³⁵. Kiracının başvurusu üzerine verilecek olan karar, kaçınmanın haklı nedene dayanmadığının tespiti ile yazılı rızanın yerine geçecek bir karar

sözleşmesini devretmesi kiraya verenin rızasına bağlanmıştır. Alt kiralama ise ayrı tutulmuş ve aksine anlaşma yoksa kiracının alt kiralama sözleşmesi yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Keza iki kurum arasında fark vardır, alt kirada asıl kiracı kiraya verenin muhatabı olmaya devam edecek, diğer durumda kiraya verenin karşısındaki kişi değişmiş olacak, belki de kiralayan, ifa yeteneği öncekinden düşük bir yeni kiracı ile karşı karşıya kalacaktır (<https://www.codice-civile-online.it/codice-civile/articolo-1594-del-codice-civile>).

⁸³² Aynı yönde, 03/04/2019 tarihli yeni İspanya Kentsel Kiralama Kanunu m. 32: Kiralayanın yazılı rızası alınmaksızın üçüncü kişilerle alt kira sözleşmesi yapılamaz (SANTISTEBAN, Sonia Martin, Spanish Private Law from an International Perspective, 2. Contract Law, <https://ocw.unican.es/pluginfile.php/2408/course/section/2484/SPL2.pdf>); Aksi yönde; rızanın şekle bağlandığının yasada (TBK m. 323/1) açıkça belirtilmesinin, şeklin ispat vasıtası olduğunun vurgulanması adına yapıldığı, esasen tüm devirlerde rızanın şekle bağlı olmasının geçerlilik koşulu olduğu hakkında bkz. GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 370; Türk Borçlar Kanunu m. 205'de sözleşmede kalanın devre vereceği rıza konusunda özel bir şekil şartı öngörülmemiş olduğu, sözlü sözleşmeler için, devir sözleşmelerinin sözlü olarak yapılmasının yeterli olduğu, ancak öğretilerde devir sözleşmesinin en azından alacağın devrinde olduğu gibi yazılı şekle tabi tutulsaydı daha isabetli olacağı yönünde görüş ve eleştiriler bulunduğu belirtilmişti (Bkz. Birinci Bölüm “5.4.1.2 Şekil” başlığı altındaki açıklamalar).

⁸³³ İNCEOĞLU (C.1), s. 539; TOPUZ/CANBOLAT, s. 99.

⁸³⁴ SARI FİDAN, s. 329; Kiraya verenin keyfi olarak onay vermekten kaçınması durumunda; kiracı süresinden önce sözleşmeyi sonlandırmak ve yanısıra borçlarından da kurtulmak istiyorsa, Türk Borçlar Kanunu m. 325/1'in aradığı şartları da yerine getirmek suretiyle, Türk Borçlar Kanunu m. 325 hükmüne dayanması mümkündür.

⁸³⁵ ANTALYA (Türk Borçlar Kanunu), s. 370; İNCEOĞLU (C.1), s. 50; TOPUZ/CANBOLAT, s. 109; Haklı nedenlere örnek olarak yeni kiracının ödeme gücünün zayıflığı, güçlü teminatların kaybedilecek olması, yeni kiracının kötü ünü, kiraya verenle husumetli olması gibi pek çok neden gösterilebilir (Örnekler için bkz. ÖKTEM ÇEVİK (Kira), s. 49, dn. 113).

olacaktır. Devredilebilirlik karine olup, haklı nedenin varlığı kiraya veren tarafından ispatlanacaktır⁸³⁶.

Burada sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği olması gereken dengelerin kiracı yararına bozulduğunu ve kiraya verenin devralan kiracı ile sözleşme yapma zorunluluğunda bırakıldığını görmekteyiz⁸³⁷. Bu denge bozulması, Türk Borçlar Kanunu m. 323/3 uyarınca, işyeri kiralarda devreden kiracının, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulması suretiyle aşılmaya çalışılmıştır⁸³⁸.

Devrin gerçekleşmesiyle birlikte, işyeri kiralari dışındaki devirlerde, kiracılık sıfatıyla birlikte tüm hak ve borçlar devralan kiracıya geçer, devreden kiracı da kiracılık sıfatına bağlı tüm haklarını kaybederken, sözleşmeden doğan borçlarından da kurtulmuş olur⁸³⁹.

Kira sözleşmesinin kiracı tarafından iradi devrinde, üçüncü kişilerin vermiş olduğu teminatlar, bu kişiler sözleşmenin devrine yazılı olarak rıza beyan etmedikleri takdirde, sona ereceklerdir⁸⁴⁰. Öğretide bizzat kiracı tarafından verilen

⁸³⁶ KAHVECİ (Kira), s. 703, dn. 13.

⁸³⁷ Bu konudaki eleştiriler için bkz. İNCEOĞLU (C.1), s. 529 vd.

⁸³⁸ İNCEOĞLU (C.1), s. 558; ARAL/AYRANCI, s. 326-327; “..buradaki sorumluluk değerlendirilirken, ilk iki yıl için adeta “borca katılma” söz konusuymuş gibi düşünülmeli ve sözleşmenin tam anlamıyla devrinin iki yıl sonra gerçekleştiği kabul edilmelidir.” (KAHRAMAN (Borcun Nakli), s. 133, dn. 556); Müteselsil sorumlulukla ilgili düzenlemenin hukuki niteliği ile ilgili olarak çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu hüküm kiracı lehine nispi emredici niteliktedir (TOPUZ/CANBOLAT, s. 124; SARI FİDAN, s. 329, dn. 7); Diğer bir görüşe göre ise hüküm bir tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir ve taraflar isterse devreden kiracının sorumluluğunu iki yıldan uzun ya da ya da daha kısa olarak kararlaştırabilirler (İNCEOĞLU, 558-559).

⁸³⁹ SARI FİDAN, s. 329; Devrin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı açısından evvelce açıklama yapılmış olduğu için burada ilgili bölüme atıfla yetinilmiştir (Bkz. İkinci Bölüm “1.2 Hüküm ve Sonuçlar” başlığı altındaki açıklamalar).

⁸⁴⁰ İNCEOĞLU (C.1), s. 561: “Her ne kadar gerek kira hukukunda sözleşmenin devrini özel olarak düzenleyen 323. maddede, gerekse de sözleşmenin devrini genel olarak düzenleyen 205. maddede bu yönde bir açıklık mevcut değilse de, borcun nakline ilişkin 198. maddenin 2. fıkrasının kıyasen uygulanmasıyla bu sonuca ulaşılmaması gerekir.” Bizim de katıldığımız bu görüşe ilişkin açıklamalarımız için bkz. İkinci Bölüm “2.1.3 Teminatlar ve Teminat Veren Üçüncü Kişilerin Durumu” başlığı altındaki açıklamalar.

ayni teminatların sona erip ermeyeceği konusunda bir görüş birliği yoktur⁸⁴¹. Kanaatimizce asıl kiracı tarafından verilen ayni teminatların kendiliğinden sona ermesi mümkün olmaz ancak sözleşmede kalan kiraya veren buna muvafakat ederse asıl kiracı tarafından evvelce verilmiş olan ayni teminatlar sona erer. Bu durum evvelce de sözünü ettiğimiz garanti sorumluluklarının bir yansımasıdır⁸⁴².

Kiraya verenin rıza beyanını vermekten haklı nedenle kaçınması durumunda devreden kiracının sorumluluğuna gidilebilecektir⁸⁴³. Devreden kiracı, kiraya verenin rıza vermekten haklı nedenle kaçınacağını baştan beri bilmekteyse, imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olmasından dolayı sorumlu olacaktır⁸⁴⁴.

Devreden kiracı, henüz onay verilmemesine rağmen, fiilen devralan kiracıya kiralanan şeyi kullanılmaya başlamışsa bu kez de kiraya veren tarafın, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla uğradığı zararların tazminini hem devreden kiracıdan ve hem de (sözde) devralan kiracıdan isteme hakkı doğacaktır⁸⁴⁵. Bu noktada akdin feshi yoluna gitmenin pratik bir faydası olmayacaktır. Zira artık devralan kiracı (kiraya verene göre fuzuli şağil) kiralanan şeyi işgal etmektedir ve kiraya veren eğer kiralanan şeyi geri alma niyetinde ise bu konuda yapabileceği

⁸⁴¹ İNCEOĞLU'na göre önceki kiracı tarafından verilmiş olan ayni teminatların sona ermesi için bir neden bulunmamaktadır (İNCEOĞLU (C.1), s. 561); GÜMÜŞ' e göre ise, önceki kiracı tarafından verilen ayni teminatlar kendiliğinden sona ererler (GÜMÜŞ (Borçlar Özel), s. 371).

⁸⁴² Bkz. İkinci Bölüm "3.1.2.3 Devralanın Edimini Garanti" başlığı altındaki açıklamalar.

⁸⁴³ İNCEOĞLU (C.1), s. 563; Devreden kiracının sorumluluğu bakımından tarafların diledikleri şekilde anlaşması olasıdır. Bir anlaşma bulunmaması halinde de, sorumluluk doğacaktır. Meğerki yeni kiracı kiraya verenin haklı nedenle rıza vermekten kaçınabileceğini biliyor ve ona göre hareket ediyor olsun. Kiraya verenin rıza vereceği gibi görünüp fikir değiştirmesi halinde, zararın meydana gelmesindeki iştirakine göre onun da sorumluluğuna gidilebilir.

⁸⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm "3.1.1.2.2 Devrin Yasaklanmamış Olduğunu/Onay Verileceğini Garanti" başlığı altındaki açıklamalar.

⁸⁴⁵ CİHAN, s. 91, dn. 8: "*Geciktirici koşulun varlığı sözleşmenin yürürlüğe girmesini geciktirir de, Yargıtay geciktirici koşula bağlı kira sözleşmesinin hükümlerini doğurmaya başladığı zamana ilişkin verdiği bir kararında, koşul henüz gerçekleşmemişken tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye başlaması üzerine "geciktirici koşul henüz gerçekleşmeden kiralananın fiilen kullanımı söz konusuysa, bu durumda fiili kullanım anından itibaren sözleşmenin hükümlerini doğurmaya başladığına yerinde olarak hükmetmiştir."* (Yrg. 19. HD 2004/2393 E.- 2004/11736 K. sayılı, 29.11.2004 tarihli kararı); Palmiye İçtihat.

tek şey fuzuli işgal nedeniyle dava açmaktır⁸⁴⁶. Burada bir diğer olasılık devreden kiracının devralan kiracıyla birlikte kiralanan şeyi kullanmalarındır. İşte bu durumda kiraya veren tazminat talep hakkı bulunmakla birlikte hem akde aykırılıktan fesih ve hem de fuzuli işgalden dava açmalıdır⁸⁴⁷.

Sözleşmede kalan kiraya verene rıza beyanı için hiçbir bir biçimde ulaşılamaması halinde ne olacak, durum nasıl çözüme kavuşturulacaktır? Evvelce de sözü edildiği gibi, İngiliz hukukunda buna bir çözüm getirilmiş ve bazı koşulların varlığı halinde hâkimin müdahalesine izin verilmiştir. Rızası alınacak kişinin nerede olduğu kesin olarak tespit edilemiyor ya da zihinsel olarak rıza beyan edemeyecek durumda bulunuyorsa, hâkim bu rızanın alınmasına gerek olmadığına ya da rızanın var sayılmasına hükmedebilir. Ancak belirtmelidir ki hâkim eğer bu rızanın alınmasından vazgeçilmesine karar verecekse aynı anda bu kişinin haklarının korunması için teminat da dahil olmak üzere bir takım önlemlerin alınmasına karar verebilir⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Yrg. 6 HD 2005/9934 E. - 2005/11288 K. sayılı 06.12.2005 tarihli kararında: “Olayımıza gelince; uyuşmazlığın akde aykırılık ve fuzuli işgal nedeniyle tahliye istemine ilişkin olup davaya dayanak yapılan ve hükme esas alınan 1.5.2000 tarihli ve beş yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesi önceki malik ile arasında yapılmış olup özel şartlar bölümünün 1.maddesinde de devir yasağı düzenlenmiştir. Bu şart geçerli olup tarafları bağlar. Davacı yeni malik sıfatıyla önceki malikle yapılan kira sözleşmesine halef olmuştur. Kiracı devir yasağına rağmen taşınmazı diğer davalı Tic.Ltd.Şti.'ne devretmiş bulunmaktadır. Bu husus mahkemenin kabulünde olup esasen bu konuda uyuşmazlıkta bulunmamaktadır. Adı geçen davalı fuzuli şağil konumunda olup, bu davalının da tahliyesine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde adı geçen davalı hakkında davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.” (Palmiye İçtihat).

⁸⁴⁷ Yine Yrg. 6 HD 2005/9934 E. - 2005/11288 K. sayılı 06.12.2005 tarihli kararında: “6570 Sayılı Yasa kapsamına giren yerler için Yasanın 12.maddesi gereğince kiracı veya fuzuli şağil hakkında akde aykırılıktan dava açılabilir. Kiracı veya fuzuli şağil hakkında aralarında zorunlu dava arkadaşlığı olmadığından ayrı ayrı dava açılabilceği gibi birlikte davalı gösterilmek suretiyle de kiralananandan tahliyeleri istenebilir. Kiracının tahliyesi için daha önce kendisine süreli bir ihtarın tebliğ edilmesi, verilecek süre içerisinde kiralananın akte uygun hale getirilmesinin istenmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. Kiralayan tarafından kiracıya tebliğ ettirilecek ihtarnameye verilecek süre uygun bir süre olmalıdır. Fuzuli şağil hakkında açılacak davada kendisine önceden ihtar gönderilmesi koşulu aranmaz.” (Palmiye İçtihat).

⁸⁴⁸ CARTWRIGHT, s. 44-45; Bkz. İkinci Bölüm “3.1.1.2.2 Devrin Yasaklanmamış Olduğunu/Onay Verileceğini Garanti” başlığı altındaki açıklamalar.

3.1.2 Hizmet Sözleşmesinin Devri

Hizmet sözleşmesinin iradi devri konusunda, mülga 1475 sayılı İş Kanunu ve 818 sayılı Borçlar Kanununda bir hüküm bulunmamaktaydı. 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu tasarısının 7. maddesi “İş Sözleşmesinin Devri” başlığı taşımaktaydı ancak yasalaşma aşamasında bu madde tasarıdan çıkarılmıştır. Bu nedenle İş Kanununda da iradi devirle ilgili bir hüküm yoktur.

Türk Borçlar Kanunu m. 205 anlamında iş akdinin tüm hak ve borçlarıyla başka bir işverene sürekli olarak devri İş Kanununda halen yer almamakta ise de, Türk Borçlar Kanunu m. 429’da işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle hizmet akdinin bir başka işverene sürekli olarak devri yer almıştır⁸⁴⁹. Türk Borçlar Kanunu m. 429’da hizmet sözleşmesinin iradi devri şöyle düzenlenmiştir: “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir

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

Hükümden anlaşılacağı üzere, işçinin rızasının aranması genel hüküm olan 205 ile uyumu sağlamaktadır⁸⁵⁰. Hizmet sözleşmesinin tüm hak ve borçlarıyla başka bir işverene kesin ve sürekli şekilde devri mümkün olup, bu sözleşme devreden ve devralan işverenle işçinin üçlü sözleşmesi ya da devreden ve devralan iki işverenin aralarındaki sözleşmeye işçinin onay vermesi ile kurulur⁸⁵¹. İşçinin rızası mutlaka “yazılı” olarak alınacaktır.

⁸⁴⁹ SÜZEK, s. 343.

⁸⁵⁰ ÇELİKBOYA, s. 413.

⁸⁵¹ ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9, Sayfa: 189-209, s. 190.

Türk Borçlar Kanunu m. 429 ve Türk Borçlar Kanunu m. 205 birlikte değerlendirildiğinde, m. 205/2’de yer alan; “*sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir*” hükmüne göre rızanın önceden alınması da mümkün olmalıydı ancak genel bir ön iznin sakıncaları hizmet akdinde daha belirgin olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçinin iş güvencesi hükümleri dışında kalan bir işyerinde çalışmaya başlaması ya da devralan işverenin mali açıdan güçsüz olması gibi nedenlerle mağduriyet yaşaması ihtimali, iş hukukunun işçiyi koruyucu hüküm ve ilkeleriyle bağdaşmayacaktır⁸⁵². Bu nedenle öğretide haklı olarak işçinin devre önceden vereceği rızanın geçerli olmadığı savunulmuştur⁸⁵³.

Gerçekten de işçinin çalışmak istemeyeceği ya da gelecekte kendisine sunulan olanakları sunamayacak, maddi durumu görece diğerine nazaran daha zayıf bir işverenle salt ön izin verdi diye seçim ve söz hakkı olmaksızın çalışmaya zorlanması anlamına gelir ki, bu durum iş hukukunun işçiyi merkeze alan düzenlemelerine ters düşecektir. Öte yandan, iş yasalarında boşluk bulunan hallerde Türk Borçlar Kanununun ilgili hükmü iş hukukunun özel yapısına, amaç ve ilkelerine uygun düşmezse ortaya çıkan “örtülü boşluk”, Türk Medeni Kanunu m. 1/2’de hükme bağlandığı üzere, yargı organı tarafından borçlar hukuku kuralının iş ilişkilerine uyarlanması suretiyle doldurulacaktır⁸⁵⁴.

Ayrıca rızanın yazılı olması gerektiğinin hükümde açıkça yazılmış olması, genel hükümdeki suskunluktan ayrılarak burada taraf dengesinin gözetilmesi

⁸⁵² SÜZEK, s. 344; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 157 vd.; ALPAGUT, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, 2011, 31, Sayfa: 913-959, s. 923; Nitekim, Yrg. 9. HD 2007/41042 E. – 2008/15622 K. sayılı, 16.06.2008 tarihli kararında: “*Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden bir olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirilmiştir. Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akti devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akti devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir.*” diyerek bu gerekliliği ifade etmiştir (Palmiye İçtihat).

⁸⁵³ ALPAGUT, s. 925.

⁸⁵⁴ SÜZEK, s. 246-247.

amacıyla işçinin yaptığı tercihi enine boyuna düşünerek karar vermesi amacıyla, iş sözleşmelerine genel olarak getirilmiş, emredici bir kaidedir. Keza işçinin devre yönelik rızasını içeren yazılı belgenin yeterince açık olması, işveren değişikliğinin işçi tarafından tüm sonuçlarıyla anlaşılıp kabul edildiğinin belli olması gerekir⁸⁵⁵.

İşçi hizmet sözleşmesinin devrine rıza göstermiyorsa yazılı rızası alınamayacak ve devir gerçekleşmeyecektir. Ancak bu durum işveren için hizmet sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshi için bir neden oluşturmayacaktır, yine de işveren hizmet sözleşmesini feshederse sonuçlarına da katlanması gerekecektir⁸⁵⁶.

İş sözleşmesinin iradi devri devralanın, devreden taraf konumunu tam olarak kazanmasıyla gerçekleşir ve bu andan itibaren hizmet süresine bağlı olan tüm hak ve borçlar bir değişikliğe uğramadan devralan işverene geçer⁸⁵⁷. Devir sonucunda hizmet sözleşmesi kesintisiz olarak devam eder, işçi sahip olduğu haklarını korur. 429. maddede, işyeri devrinde hizmet sözleşmesinin devrini düzenleyen, devreden ve devralan işverene müteselsil sorumluluk yükleyen İş Kanunu m. 6/3 hükmünde yer alan düzenleme benzeri bir hüküm yer almamıştır⁸⁵⁸.

Hizmet sözleşmesi devrinin yalnızca işveren tarafının değişikliğe uğraması suretiyle yapılabileceğini, işçinin sözleşmeyle üstlendiği borçlarını bizzat ifa etmek durumunda olduğunu, bu nedenle kural olarak hizmet sözleşmesinin işçi tarafında bir değişiklik olmayacağından evvelce bahsedilmiştir⁸⁵⁹. Buna göre hizmet sözleşmesinde rızası alınacak taraf daima işçi tarafıdır. İşçi tarafın değiştiği bir sözleşmenin devri mümkün değildir ama iş görme ediminin devri,

⁸⁵⁵ ALPAGUT, s. 925.

⁸⁵⁶ SÜZEK, s. 345.

⁸⁵⁷ CENGİZ, s. 199.

⁸⁵⁸ İş akdinin bir bütün olarak, tüm hak ve borçlarıyla başka bir işverene sözleşmeyle sürekli şekilde devri de İş Kanununda yer almamıştır (SÜZEK, s. 343).

⁸⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm “5.2.1.1 Aksi Kararlaştırılamayan Devir Engelleri” başlığı altındaki açıklamalar.

yani edimin bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi konusunda tarafların anlaşabileceğini kabul etmek gerekir⁸⁶⁰.

İşyeri devri, ticari işletme devri, birleşme, bölünme, ticari işletme ya da işyerinin miras yolu ile intikali halleri dışında, hizmet sözleşmesinin iradi devri de işveren değişikliğine yol açar⁸⁶¹. Devrin sözleşmede kalan açısından, sözleşme koşullarında bir değişiklik meydana getirmemesi gerektiği ilkesinin, iş sözleşmelerinin devrinde istisnaları bulunabilir. Bunlardan biri iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasındadır. İş güvencesi hükümleri her işyerinde uygulama alanı bulamamaktadır⁸⁶². İşyerinin iş güvencesi kapsamında olması için o işyerinde en az otuz kişinin çalışması ve işçinin de en az altı aylık kıdeme sahip bulunması gereklidir (İş Kanunu m. 18/1).

İş sözleşmesinin iradi devri hukuki niteliği itibarıyla bir “fesh” işlemi olmadığından, feshin sonuçlarından olan, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin ücreti gibi yükümlülükler söz konusu olmayacaktır⁸⁶³. İş sözleşmesini devralan taraf, devraldığı sözleşmenin tarafı ve tüm hak, yan hak, alacak, borç ve külfetlerin sahibi olur⁸⁶⁴. Hizmet sözleşmesi kesintiye uğramaz⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ SÜZEK, s. 334-335: “*Borçlar Kanununun 395. maddesinde yer alan kural emredici nitelikte değildir. İşçi ve işveren açık veya örtülü biçimde iş görme ediminin bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi konusunda anlaşabilecekleri gibi bu durumun gereğinden de anlaşılabilir.*”; Kanımızca da bu mümkün olmalıdır, hatta gerekiyorsa işçi işverenin de kabulüyle yardımcı şahıstan da yardım alabilmelidir. Bu durumda iş sözleşmesi devam etmiş olacaktır.

⁸⁶¹ CENGİZ, s. 162.

⁸⁶² CENGİZ, s. 154-155; Ayrıca bkz. İkinci Bölüm “1.2 Ayniyet ve Devamlılık İlkesinin İstisnaları” başlığı altındaki açıklamalar.

⁸⁶³ CENGİZ, s. 117.

⁸⁶⁴ CENGİZ, s. 118.

⁸⁶⁵ Yrg. 9. HD 2005/19345 E. – 2005/34522 K. nolu, 25.10.2005 tarihli kararında; hukuki işlemin iş sözleşmesinin devri olmasına ve kesintisiz ve aynen devam etmesi gerekmesine rağmen, devreden işverenin devir anında kıdem ve ihbar tazminatı olarak işçiye ödeme yapmasının, ileride artan ücret üzerinden kıdem ve ihbar tazminatı ödememek adına ve iyiniyetli olmayarak, önceki dönemin tasfiyesi şeklinde kurgulanmasının doğru olmadığına ve gerçeği yansıtmadığına karar vermiştir (Kazancı İçtihat Bankası).

3.1.3 Ortaklık Sözleşmesinin Devri

Türk Borçlar Kanununun 632. maddesinin 1. fıkrasına göre, adi ortaklık payının devri bütün ortakların rızasına bağlıdır. Adi ortaklık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi gibi güvene dayalı bir sözleşme olduğundan, ortaklardan birinin payını devretmesi o kişiye ortak sıfatı kazandırmaz (Türk Borçlar Kanunu m. 632/2). Ortaklardan birinin ölümü dahi, sözleşmede ortaklığın mirasçılarla yürütülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklığın sona erme nedenlerinden biridir (Türk Borçlar Kanunu m. 639/1).

Türk Borçlar Kanunu pay devrini diğer ortakların onayına bağlamakla yetinmiş, devir sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bir düzenleme getirmemiştir.

Alman Hukukunda şahıs ortaklıklarındaki bu engelin, payın devredilemez olduğu anlayışından hareketle getirildiği, bu devir yasağını aşmak amacıyla da pay sahipliğinin sübjektif bir hak olduğu ve payın devrinde BGB § 413'te yer alan "diğer hakların devri" başlıklı hükümde kıyasen diğer hakların devrine uygulanacağı öngörülen "alacağın devri" hükümlerinin bu bahse de uygulanacağı, bu yollama nedeniyle şahıs ortaklıklarında pay devrine de bu hükümlerin uygulanacağı yaygın olarak benimsenmiştir⁸⁶⁶. Ancak adi ortaklık pay sahipliğinin yalnızca alacaklardan oluşmadığı, pek çok hak ve yükümlülükler içeren bir hukuki ilişki olduğu göz önüne alındığında, alacağın devri değil, sözleşmenin devri teorisiyle açıklanması gerekir⁸⁶⁷.

Adi ortaklık sözleşmesinde taraflar her ne kadar tek bir amaca yönelik hareket etmek üzere anlaşmışlarsa da, adi ortaklık sözleşmesinin onlara karşılıklı borç ve alacaklar şeklinde bir yığın hak ve yükümlülükler yüklediği bir gerçektir.

⁸⁶⁶TÜRKMEN, Emre, *Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma*, Ankara, 2020, s. 60; BİNGÖL, Muhammet Emin, *Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri*, İstanbul, 2022, s. 227 vd.

⁸⁶⁷ AYRANCI (*Sözleşmelerin Yüklenilmesi*), s. 36; TÜRKMEN, s. 64.

Pay devrinin sözleşmenin devri olarak kabulü ve sözleşmenin devri kurallarına tabi tutulması, ortakların hukuki durumunun belirlenmesi ve sınıflandırılması açısından da gereklidir ve sözleşmenin devri teorisinin adi ortaklık yapısına uygulanmaması için hiçbir neden yoktur⁸⁶⁸. Adi ortaklık için bu sonuca götüren sözleşme ilişkisi diğer ortaklıklarda da vardır.

Sonuç olarak ortaklık ilişkisinin kaynağı bir sözleşmedir ve bu sözleşme bir hak ve yükümlülükler bütünüdür, o halde bütün ortaklıklar için pay devrinin sözleşmenin devri olarak nitelendirilmesi mümkündür⁸⁶⁹.

Türk Ticaret Kanununun, limited şirket pay devirlerinde⁸⁷⁰ sözleşmenin noter onaylı olmasını araması buna engel olmamalıdır, yalnızca şekil şartının ağırlaştırılmış olduğu düşünülebilir. Diğer ortaklar da devir olgusunu kabul bağlamında rızalarını, şirket tüzel kişisi nam ve hesabına, yeni ortağı pay defterine kayıt etmek suretiyle göstermiş olacaklardır.

⁸⁶⁸ BİNGÖL, s. 209.

⁸⁶⁹ Aynı yönde bkz. DEMİRKAPI, Ertan, Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9, Özel Sayı, Sayfa: 815-848, s. 847; OĞUZMAN/ÖZ (C. 2), s. 545, dn. 7: “Ancak hisse senetlerinin devrinde yalnız alacak hakları değil; yönetim hakları ile ortaklığa karşı yükümlülükler de yeni malike geçeceğinden, burada geniş anlamda bir borç ilişkisinin devri de söz konusudur.”; aksi yönde bkz. AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 37: “Ancak burada bir borç ilişkisi bulunmadığından sözleşmenin yüklenilmesinden de söz edilemez.”

⁸⁷⁰ Türk Ticaret Kanunu m. 595/(1); Öğretide, anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptaline ilişkin olarak açılmış olan davanın görülmesi sırasında payın devredilmesinin iptal davasına olan etkisi konusunda farklı görüşler gündeme gelmiştir: Toplantıya katılmış pay sahibinin toplantıdan sonra ama kendisi dava hakkını kullanmadan önce payını devretmesi halinde, yeni pay sahibinin dava hakkı olup olmayacağı tartışma konusu olmuş ve bu hususun çözümünün dava hakkının paya mı yoksa pay sahipliğine mi bağlı bir hak olduğu konusundaki düğümün çözümüne bağlı olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda eğer dava hakkı paya bağlı bir hak olarak kabul edilirse yeni pay sahibi, diğer şartları sağlama koşulu ile dava açabilecek, eğer dava hakkının pay sahipliğine bağlı bir hak olduğu kabul edilirse de dava hakkının üzerinde doğduğu pay sahibi tarafından kullanılması gerektiği kabul edilmek gerekecektir (Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, Burak, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarına Karşı Açılan İptal Davası Sırasında Pay Devrinin Davacılık Sifatına Etkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2020, 45, Sayfa: 399-416). Kanımızca bu hak paya bağlıdır ve devralan tarafından kullanılabilir.

3.2 ÖZEL DURUMLAR

3.2.1 Devirden Sonra Takas İleri Sürülmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 139'a göre, iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Söz konusu maddenin aradığı koşullar, karşılıklılık, edimlerin özdeşliği ve muaccel olmalarıdır⁸⁷¹. Bunun sonucunda her iki borç takas edilebilecekleri anda daha az olanı oranında sona erecektir (Türk Borçlar Kanunu m. 143). Buna göre takas, iki kişinin karşılıklı ve aynı cinsten muaccel olan borçlarının, birbirlerini karşıladığı oranda, taraflardan birinin irade beyanını tek taraflı olarak açıklamasıyla sona erdirmesidir⁸⁷². Takas, kendiliğinden borcu sonlandırmaz, takas iradesinin alacaklıya bildirilmesi zorunludur (Türk Borçlar Kanunu m. 143).

Takas edilen borçlar takas edilebilecekleri an itibariyle sona ereceğinden, faiz getiren bir borcun takas edilmesinde takas hakkının doğduğu tarih itibariyle faiz işlemesi duracaktır⁸⁷³. Takas, tarafları gereksiz zaman ve masraf kaybı gibi külfetlerden kurtaracak, borçların birbirini karşıladığı oranda bu yöndeki irade açıklamalarıyla sona ermelerini sağlayacak pratik bir yoldur⁸⁷⁴. Özetle takas, bu konudaki beyanın, borcu sona erdirmeye iradesiyle alacaklıya iletilmesi şeklinde

⁸⁷¹ DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Takas, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2-3, İstanbul, 2019 (Şerh), s. 1653-1654; Taraflar takastan feragat sözleşmesi yapmamış olmalıdırlar (Türk Borçlar Kanunu m. 145) (DEVELİOĞLU (Şerh), s. 1727); OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 611, dn. 142'de yer alan, bu görüşteki yazarlar; DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 28; CCF m. 1295 hükmüne göre alacağın devrinde, devri kabul etmiş olan borçlunun örtülü olarak devreden alacaklısına karşı sahip olduğu takas hakkından feragat etmiş olduğu varsayılır (DAYINLARLI (Alacağın Devri), s. 28; <https://www.codes-et-lois.fr/code-civil/article-1295>); Borçlunun takas hakkını kullanmaktan feragat ettiği durumlarda, devralanın söz konusu feragat işleminin sonuçlarından faydalanabilip faydalanamayacağı borçlunun iradesine bakılarak tespit edilebilecektir. Eğer borçlu, yalnızca devreden lehine böyle bir feragatte bulunmuşsa, devralan bundan faydalanamayacak ve takas define muhatap olabilecektir (KAPANCI, s. 464, dn. 185'teki yazarlar).

⁸⁷² ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara, 2010 (Takas), s. 1; BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 477.

⁸⁷³ KAHVECİ (Takas), s. 74.

⁸⁷⁴ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1086.

ortaya çıkan, bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması şeklindedir⁸⁷⁵ ve aynı zamanda bir tasarruf işlemidir⁸⁷⁶. Bir görüşe göre takas ileri sürme hakkı, maddi hukuk anlamında, defî niteliğinde bir savunma aracıdır⁸⁷⁷.

Alacak çekişmeli dahi olabilir (Türk Borçlar Kanunu m. 139/2). Bazı alacakların takası alacaklının rızasına bağlıdır (Türk Borçlar Kanunu m. 144). Borç ve alacağın aynı borç ilişkisinden doğması gerekmediği gibi, çoğu zaman da farklı bir borç ilişkiden doğmuş olacaktırlar⁸⁷⁸.

Hak, takas edilecek borcun sahibi ve karşı alacağın alacaklısı olan taraftadır. Aksi durumda karşılıklılık ilkesi bozulmuş olur. Bunun kanunla öngörölmüş tek istisnası devredilen alacağın borçlusuna tanınmış olan takas hakkıdır⁸⁷⁹. Alacağı devreden alacaklının aynı zamanda borçluya borcu bulunuyor ve taraflardan biri takas beyanında bulunmaksızın alacağını devrediyorsa, devirle birlikte karşılıklılık şartı ortadan kalkmış olacağından, devirden sonra takas beyanında bulunamayacağını kabul etmek gerekir⁸⁸⁰. Ancak alacağın temlikinde borçluyu korumak adına buna bir istisna tanınmıştır. Türk Borçlar Kanunu m. 188/2'ye göre, “*Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir*”.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın devredenden olan alacağını devirden sonra takas etmek istemesi halinde; devralana geçmiş olan alacaklar üzerinden, takas edilen kadar borç sona erecek midir? Alacağın devri söz konusu olduğunda takasın ileri sürülebileceğinde kuşku yoktur, zira Türk Borçlar Kanunu m. 188 hükmü açıktır. Alacağın devri borçlunun durumunda değişikliğe meydan vermemeli, onun elindeki imkânları almamalı, olumsuzluk

⁸⁷⁵ BUZ (Yenilik Doğuran Haklar), s. 477.

⁸⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ (C.1), s. 603; KAHVECİ (Takas), s. 68.

⁸⁷⁷ KILIÇOĞLU (Borçlar Genel), s. 1095.

⁸⁷⁸ DEVELİOĞLU (Şerh), s. 1654.

⁸⁷⁹ KAHVECİ (Takas), s. 75.

⁸⁸⁰ KAHVECİ (Takas), s. 75.

yaratmamalıdır, çünkü muhatabı (alacaklı) onun rızası dışında değişmektedir. Sözleşmenin devrinde ise durum farklıdır. Sözleşmede kalan eğer takas hakkı doğmuş ise yani devredenden olan alacağı muaccel olmuş ise devre onay vermeden önce takas beyanında bulunmalıdır. Eğer bulunmuyorsa takas hakkından feragat etmiş sayılmalıdır. Onay beyanından sonra artık devir sözleşmesi yürürlüğe gireceği için takas hakkını kullanabilmek için gerekli olan karşılıklılık koşulu yitirilmiş olacaktır⁸⁸¹. Bu nedenle, sözleşmede kalanın onay beyanından sonra devredenden olan alacağı için devralana karşı takas beyanında bulunması, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir⁸⁸².

Sözleşmede kalan eğer bu hakkını kullanmak istemekte ise takas hakkını kullanana kadar devre onay vermekten kaçınma hakkını kullanabilir. Devir sözleşmesinin üç tarafça aynı anda kurulması durumunda, öncelikle takas hakkı kullanılmalıdır. Devre önceden izin verilmiş olması durumunda, sözleşmede kalana yapılan bildirim karşı onay verilecekse, öncelikle takas beyanında bulunulması ve muaccel olmuş alacak için takas ileri sürülmesi gerekir. Bu, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmede kalanın durumunda esaslı bir değişiklik olmaması gerektiği ilkesine de uygun olacaktır⁸⁸³.

Devralan taraf, başka hukuki ilişkiler dolayısıyla sözleşmede kalandan alacaklı ise ne olacaktır? Takasa konu hakların doğumu aşamasında karşılıklılık şartının varlığı aranmaz⁸⁸⁴. Karşılıklılığın takas beyanı yapıldığı anda var olması

⁸⁸¹ ARAL (Takas), s. 42; OR 2020 m. 169/2 gereği takas alacağı, devredenle borçlu arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanmaktaysa, devir bildiriminden sonra muaccel olsa dahi ileri sürülebilecek, başka bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktaysa ancak bildirim anında mevcut olması koşulu ile beyan edilebilecektir (KAHVECİ (Takas), s. 84, dn. 107'deki yazarlar).

⁸⁸² DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Takas, İstanbul, 2012 (Takas), s. 95; İsviçre Federal Mahkemesinin, devredenin takas beyanında bulunmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirdiği kararı için bkz. TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s. 344; Kanaatimizce devralan taraf takas defii ile ilgili olarak bilgilendirilmiş ve sözleşmede kalan tarafın bunu ileri sürme olasılığı hesaba katılmışsa, sözleşmede kalanın onayından sonra da ileri sürülebilmelidir. Hatta henüz muaccel olmayan alacaklar için dahi zamanı geldiğinde bu defii ileri sürülebilmelidir, yeter ki baştan bildirilmiş olsun.

⁸⁸³ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 153-154.

⁸⁸⁴ DEVELİOĞLU (Şerh), s. 1658, dn. 50'deki yazarlar.

yeterlidir⁸⁸⁵. Karşılıklı alacakların aynı borç ilişkisinden doğmuş olmalarının gerekmediği az yukarıda belirtilmişti⁸⁸⁶. Burada sözleşmede kalanın durumu bilerek onay vermiş olduğu ve takasın ileri sürülebileceği kabul edilebilir.

Ancak devre önceden izin verilmiş olması durumunda bu hakkın tanınması kötü niyetli bir takım girişimlerin önünü açmış olabilecektir. Öğretide bir görüşe göre, sözleşmenin devrine önceden izin veren taraf bunun risklerine de katlanmak zorundadır⁸⁸⁷. Kanımızca bu durumda sözleşmede kalan taraf devre itiraz edemeyecek ancak devrin kötüniyetle ve sözleşmede kalanı zor durumda bırakmak amacıyla yapıldığını ortaya koyabiliyorsa takasın ileri sürülmesine engel olabilecektir.

3.2.2 Devrin Zamanaşımına Etkisi

Zamanaşımı, belli bir sürenin geçmesi anlamına gelirken, bu zamanın geçmesine kanun tarafından alacak hakkını talep etmeyi engelleyen bir sonuç bağlanmaktadır⁸⁸⁸. Zamanaşımı definin ileri sürülmesinden feragat edilmesi mümkündür ancak Türk Borçlar Kanunu m. 160/1 gereğince bu feragat önceden yapılamayacaktır⁸⁸⁹.

Devrolduğunda sözleşme içeriğinde zamanaşımına uğramış olan borçlar bulunabilir. Sözleşme içeriğindeki borç ve alacaklar aynen devralana geçeceğinden, devralan, bu borçlar için devredeninin sahip olduğu zamanaşımı defini aynen ileri sürebilme hakkına sahip olacaktır. Devirden önce zamanaşımına uğramış ve bundan sonra zamanaşımı definin ileri sürülmesinden devredence

⁸⁸⁵ DEVELİOĞLU (Şerh), s. 1658, dn. 49'daki yazar.

⁸⁸⁶ DEVELİOĞLU (Şerh), s. 1654.

⁸⁸⁷ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 152, (dn. 208'deki yazarlar).

⁸⁸⁸ Zamanaşımı hukukumuzda iki türlü etkiye sahiptir. Bunlardan biri kazandırıcı zamanaşımıdır. Kazandırıcı zamanaşımında kişi, belli bir sürenin geçmesiyle bir aynı hak kazanabilmektedir. Burada kastedilen düşürücü zamanaşımı ise bir alacağın dava veya icra yolu ile ileri sürülmesine engel olmaktadır (ERDEM, Mehmet, Zamanaşımı, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019, s. 1771).

⁸⁸⁹ Türk Borçlar Kanunu m. 160/1: "Zamanaşımından önceden feragat edilemez."

feragat edilmiş olması durumunda, devralanca bu defa ileri sürülemeyecektir. Evvelce de belirtildiği gibi, devredenin kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle zamanaşımının işlemeye başlamaması ya da durması söz konusu ise bu durum devralan döneminde değişecek, işlemeye başlayacak ya da durmadan önce başlamış olan işlemesini sürdürecektir⁸⁹⁰. Bunun tersi de mümkündür yani işlemekte olan zamanaşımının, devralanın kişisel özellikleri nedeniyle, devirle birlikte durması da söz konusu olabilecektir (Türk Borçlar Kanunu m. 153).

3.2.3 Devrin Muvazaalı Olması

Muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerini yansıtmayan, görünüşte yaptıkları hukuki işlemin hiç sonuç doğurmaması ya da gerçekte yapmak istedikleri hukuki işlemi gizlemek amacıyla, olması gereken dışında farklı bir sözleşme yapmaları durumunda söz konusu olur⁸⁹¹. Muvazaa halinde taraflar bilerek ve isteyerek gerçek iradelerini yansıtmayan bir işlem yaparlar⁸⁹². Bu gibi haller için, tarafların dışarıya karşı yapmış gibi göründükleri hukuki işlemin geçersiz olduğu, ancak gerçekten yapmış olmayı istedikleri hukuki işlemin ise, kanunda o işlem için öngörülen koşulların yerine getirilmiş olması koşuluyla geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Sözleşmenin devrinin, muvazaalı yapılması mümkündür⁸⁹³. Devredenin, sözleşme tarafı olması dolayısıyla sahip olduğu alacaklarını, sözleşmenin devri suretiyle alacaklılarından kaçırmaması mümkündür. Yalnızca devredenin mal kaçırmaya olasılığı yoktur, sözleşme kapsamındaki tüm borçların da devralınmış olması dolayısıyla, devralanın alacaklıları da zarara uğrayabilirler⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ ÖZ/ACAR/GÖKYAYLA/DEVELİOĞLU, s. 2440; ÖZ (Alacağın Devri), s. 2379.

⁸⁹¹ ÖZBAY, Ümit Vefa, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 6.1, Sayfa: 53-74, s. 53.

⁸⁹² YILMAZ, Süleyman/PINAR, Hamdi, İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 68.4, Sayfa: 959-998, s. 959.

⁸⁹³ ÇELİKBOYA, s. 330.

⁸⁹⁴ ÇELİKBOYA, s. 345.

Sözleşmenin muvazaalı olarak devri bazen dolaylı olarak da sağlanabilir. Türk Borçlar Kanunu m. 310 gereği kiralananın el değiştirmesi kira sözleşmesinin kanunen devrine neden olur. Konut ve çatılı işyeri kiralarında yeni malikin kiralanan gereksinimi varsa Türk Borçlar Kanunu m. 351 uyarınca kira sözleşmesini süresinden önce sonlandırması mümkündür. Kiracısını tahliye edebilmek için geçerli bir nedeni bulunmayan kiralayan malik, kiracısının tahliyesini kolaylaştırmak açısından taşınmazın muvazaalı olarak bir başkasına devredebilir. Normal koşullarda kira sözleşmesi de yeni malike devrolmuş olmalıdır ancak muvazaalı devirlerde geçerli bir taşınmaz devrinden söz edilemeyeceği için, kira sözleşmesinin yasal olarak devri de söz konusu olamayacaktır⁸⁹⁵.

3.2.4 Uyarılama Talebi

Sözleşme kuracak olan taraflar, sözleşmenin kuruluş anında, normal şartlarda, karşılıklı edimlerin dengede olmasını sağlamaya çalışır⁸⁹⁶, kendilerinden beklenen objektif özene göre sözleşme şartlarını oluşturur, riskleri hesaplar ve şartları ortaya koyarlar. Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan “ahde vefa (Pacta sunt servanda)” ilkesi gereği, şartlar sonradan değişse dahi taraflar edimini aynen ifa etmeye devam etmelidir⁸⁹⁷. Ancak sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir gereği olarak sözleşmenin kurulduğu gibi korunacak olması ve şartlar ne surette değişirse değişsin ifa edilmesi gereği, sözleşme kurulurken taraflar arasında mevcut olan menfaat dengesinin ve tarafların sözleşme yaparken gözettikleri yararın, bir tarafın zararına olacak şekilde bozulması sözleşme adaleti ilkesine ters düşebilecektir⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ ÖZEN (Kira), s. 177.

⁸⁹⁶ SCHAYER, Hans-Bernd/AKSOY, Hüseyin Can, Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Çerçevesinde Türk Sözleşme Hukukunda Ekonomik İmkansızlık, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2010, 26.1, Sayfa: 41-67, s. 42.

⁸⁹⁷ EREN (Borçlar Genel), s. 554.

⁸⁹⁸ TİLE, Latif, Uyarılama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara, 2021, s. 16.

Bazı hallerde, önceden öngörülmesi mümkün olmayan, beklenmedik olayların ortaya çıkması ile edimler arasındaki dengenin aşırı derecede bozulması halinde, artık tarafın sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁸⁹⁹. Şartlar o kadar dengesiz bir hal almış olur ki, adalet ve hakkaniyet düşünceleri devreye girer ve böyle bir durumda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına hâkim tarafından karar verilebilir⁹⁰⁰. Öngörülemeslik değerlendirilmesi yapılırken sözleşme kurulurkenki durumun öngörülemesliği değil, değişen şartların sözleşmeye etkisinin öngörülemesliği göz önüne alınmalıdır⁹⁰¹.

Yeni bir düzenleme olan Türk Borçlar Kanunu m. 138 sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için gereken koşulları belirtmektedir. Türk Borçlar Kanunu madde gerekçesinde kabul edilen teori, Yargıtay kararlarında da ifade edilen “işlem temelini çökmesi” teorisidir⁹⁰². İmkânsızlık kavramından farklı olan ve aşırı ifa güçlüğüne dayanan uyarlama isteminin temeli Türk Medeni Kanunu m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralıdır⁹⁰³.

Sözleşmenin devrinde devralanın sözleşmeyi tüm hak ve borçlarıyla devralması söz konusu olduğuna göre, devredeninin sahip olabileceği, örneğin

⁸⁹⁹ TİLE, s. 18.

⁹⁰⁰ BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2020 (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 18-19; SCHAUER/ AKSOY, s. 42; Bazı hallerde ahde vefa (Pacta sunt servanda) ilkesine sadık kalma hali, taraflardan birini diğeri sömürecek derecede güçlü hale getirebilir ki bu da anılan ilkenin olumsuz tarafıdır (SCHAUER/ AKSOY, s. 57).

⁹⁰¹ BAYSAL, Başak, Aşırı İfa Güçlüğü, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, Sayfa: 113-143 (Aşırı İfa Güçlüğü), s. 128.

⁹⁰² Yrg. HGK 2007/11-612 E. - 2007/612 K. sayılı, 26.09.2007 tarihli kararında; “*Hukukumuzda aslolan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa-Pacta Sunt Servanda) ve Sözleşme Serbestisi ilkeleridir. Ancak, MK.nun 2 nci maddesinden de esinlenmek suretiyle hem Clausula Rebus Sic Stantibus (Beklenmeyen hal şartı nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi, hem de İşlem Temelinin Çökmesi kuramını uygulamak suretiyle uyarlama davalarının görülebilir olduğunu benimsemiştir. Sözleşmeye müdahale için, uzun süreli sözleşme kurulduktan sonra, ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalı, değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yükledikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olmalı, uyarlama isteyen taraf fevkalade hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemeli, sözleşme tamamen ifa edilmemiş olmalıdır.*” demek suretiyle benimsenen ilkelere vurgu yapmıştır.

⁹⁰³ DOĞAN, Gülmelihat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, 26.111, Sayfa: 9-36, s. 11.

hâkimden sözleşenin uyarlanmasını talep etme hakkı devralana geçecek midir? Koşulların değişmesiyle ortaya çıkan uyarlama ihtiyacı ve onu talep etme hakkı, devirden sonra doğmuş ise problem yoktur. Bu hak devirden önce doğmuş ama henüz kullanılmadan sözleşmenin devri gerçekleşmişse, devrin iradi mi yoksa kanuni mi olduğu önem taşıyacaktır. Özellikle sözleşmenin devrine engel olma olanağı olmamış kanuni devirlerde devralanın uyarlama talep edebileceğinde duraksama olmamalıdır. Örneğin, taşınmazı devralması dolayısıyla kira sözleşmesini de kanunen devralmış olan yeni malikin uyarlama talebi ile mahkemeye başvurması mümkündür⁹⁰⁴. Aynı hakkın sözleşmede kalan tarafından kullanılabilmesinde de kuşku yoktur.

İradi devirde ise tarafların uyarlama talebi somut olayın özellikleri göz önüne alınarak kabul görebilecektir. Gerek devralan ve gerekse de sözleşmede kalan için uyarlama talebini ileri sürmeleri kural olarak mümkün olmalıdır. Bu noktada öngörülemelik unsuru değerlendirilirken, ilk tarafların yani devreden ve sözleşmede kalanın durumuna itibar edilecektir⁹⁰⁵. Sonuç olarak, devralanın uyarlama talep etme hakkını devralmış olup olmaması hususunu, her somut olay için ayrı değerlendirmek gerekecektir. Örneğin bir inşaat sözleşmesinde, yüklenici tarafından devir yapıldıktan hemen sonra devralan yüklenici tarafından talep edilecek bir uyarlama talebi, kural olarak kabul görmeyecektir. Diğer yandan devirden önce uyarlama için yargıya başvurulmuşsa, devralan dava konusunu devralmış olacak ve davaya devam edebilecektir.

3.2.5 Asıl Sözleşmeye Bağlı Alt Sözleşmeler Bulunması

Asıl sözleşmenin alt sözleşmeler içermesi halinde; asıl sözleşmenin devri ile bu alt sözleşmelerin de devredilmiş olup olmayacağı sorunu ile karşılaşılabilecektir. Uygulamada bu tarz sözleşme devirlerine verilecek en uygun örnek kira sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerle ilgili durum ayrı başlıklar altında

⁹⁰⁴ Yrg. 13. HD 2009/10061 E.-2010/7502 K. sayılı, 01.06.2010 tarihli kararı (Palmiye İçtihat).

⁹⁰⁵ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 153-154.

incelendiği için burada yalnızca örnekler üzerinden ele alınacaktır⁹⁰⁶. Alt sözleşmeler bakımından bu bahiste, malvarlığı ve işletme devri ya da ticari işletmenin devrini ele almak konuyu daha iyi ortaya koyacaktır.

“Malvarlığı ve işletmenin devri, alacak ve borçlar” başlığını taşıyan OR Art. 181, FusG’a gönderme yapmakta ve OR’da düzenlenmeyen konularda FusG’un ilgili hükümlerine gidileceğini öngörmektedir. FusG’un yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulama alanı daralan OR Art. 181 hakkında görüş bildiren yazarlara göre devir konusu dar anlamda borçlardan ibaret olup, geniş anlamda borç ilişkisinin devri söz konusu değildir⁹⁰⁷. Bu görüşe göre, alt sözleşme tarafının katılımı ve onayı olmaksızın, asıl sözleşmenin devriyle, doğrudan devri mümkün değildir⁹⁰⁸.

Diğer görüşe göre ise sözleşmede kalanın onayına gerek olmaksızın alt sözleşmenin kendiliğinden devredilmiş olduğu savunulmaktadır⁹⁰⁹. Bu devrin kanun gereği kendiliğinden gerçekleştiği, bu nedenle de rızaya ihtiyaç olmadığı iddia edilmiştir⁹¹⁰.

Kanaatimizce alt sözleşmelerin, asıl sözleşmenin devriyle, alt sözleşmenin sözleşmede kalan tarafının bilgi ve onayı olmaksızın devredilmiş olduğunu savunmak olası değildir. Alt sözleşmenin de başlı başına bir sözleşme olduğu göz önüne alındığında, bunun kabulü, sözleşmenin devriyle ilgili genel ilkelere aykırı bir geçişin kabul edilmesi manasına gelir. Sözleşmenin devrinin yapısına ters bir durum karşımıza çıkar. Bu sonuç sözleşmenin devrini hantallaştırabilir ancak diğerinin kabulü sözleşmeler alanında tam bir karmaşaya zemin hazırlayacaktır. Bu itibarla asıl sözleşmenin devrini takiben alt sözleşmelerin de tek tek devri yapılmalıdır.

⁹⁰⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm “3.1.1 Kira Sözleşmesinin Devri” başlıkları altında yapılan açıklamalar.

⁹⁰⁷ ÇELİKBOYA, s. 372.

⁹⁰⁸ PETER (Transfer de Patrimoine), s. 224.

⁹⁰⁹ PETER, Henry, LFus: Concepts Généraux et Questions Controversées. Cour de Justice, 2005 (Concepts Généraux), s. 90; ÇELİKBOYA, s. 375.

⁹¹⁰ ACEMOĞLU, s. 79.

Durum bu olmakla birlikte, hemen aşağıda sözü edilen kısmi külli halefiyet hallerinde alt sözleşmelerin rıza aranmaksızın devralana geçişi söz konusu olmaktadır.

elikboya'ya göre, kısmi külli halefiyet ilkesine göre ticari işletme devrinde yalnızca bir malvarlığı değil, bir organizasyonun devri söz konusudur ve bu düzenlemenin amacı sözleşmede kalanların rızasına başvurmaksızın kolayca geçişi sağlamak amacı tařımaktadır⁹¹¹. Keza Türk Borçlar Kanunu m. 202'de borçların nakli için alacaklının rızası aranmayacaktır, bu bile tek başına devri kolaylaştırma amacı taşımakta olup, pasifler için alacaklı rızasını aramayan kanun koyucunun alt sözleşmelerin devri açısından onay arayacak olması tutarsızlık teşkil edecektir⁹¹².

Örneğin, ticari işletme devrinde, Türk Ticaret Kanunu m. 11/3 uyarınca devir sözleşmesi, aksi öngörülmemişse, kiracılık hakkını da içerecektir. Türk Borçlar Kanunu m. 202 hükmü uyarınca devredenın müteselsil sorumluluğunun iki yıl devam edecek ve devirle birlikte borçlarından kurtulamayacak olması kiraya verenin alacaklarının teminatıdır, ister devreden borçlusuna, isterse de devralan borçlusuna, öncelik gözetmeksizin başvurabilecektir. Rızası aranmaksızın muhatabı değişen tarafın menfaatlerinin korunması gerekir⁹¹³. Sözleşme zgrlğ ilkesinin bir parçası olan tarafı seçme özgürlüğüne ters düşen bu sonucu dengelemek için yasa koyucu kimi hükümlerde olağanüstü fesih ya da Türk Borçlar Kanunu m. 428/3'te hükme bağlandığı üzere, devredenın devralanla birlikte müteselsil sorumlu olması gibi tedbirler getirmiştir.

⁹¹¹ Burada rıza verilmemesi riskinin bertaraf edilmesi ve devrin pratikleşmesi gerekmektedir (ÇELİKBOYA, s. 379 vd).

⁹¹² ÇELİKBOYA, s. 380.

⁹¹³ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, s. 763.

3.2.6 Asıl Sözleşmede Tahkim Şartı Bulunması

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4'e göre tahkim anlaşması, tarafların uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır⁹¹⁴. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir. Taraflar, sözleşme sırasında ya da sonrasında hatta uyuşmazlık çıktıktan sonra dahi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceği konusunda anlaşabilirler. Tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu şekil adi yazılı şekil olup, m. 4'te belirtilen usulle de yapılabilir⁹¹⁵.

Uygulamada yaşanan sorunlardan biri de asıl sözleşmede taraflar tahkim şartı kararlaştırmış ve devir sırasında tahkim şartının da devri konusunda herhangi bir karar almamışlarsa, sözleşmenin devrinin otomatik olarak tahkim şartını da kapsayıp kapsamadığına ya da bu amaçla belirli bir irade açıklamasının ayrıca gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır⁹¹⁶. Öğretide hâkim görüş, devirle birlikte bu anlaşmadan doğan hakkın da, aksi kararlaştırılmadıkça ya da devreden şahsı gözetilerek yapılmamışsa Türk Borçlar Kanunu m. 189/1 uyarınca alacağa bağlı özellik gösteren bir öncelik hakkı olarak devralana geçeceğini öngörmektedir⁹¹⁷. Bu sonuca farklı yoldan ulaşan ikinci görüşe göre borçlu, tahkim anlaşmasını Türk Borçlar Kanunu m. 181/1 uyarınca devralana karşı ileri sürebilir⁹¹⁸.

İtalyan öğretisinde, uygulamada sıkça rastlandığı üzere, tahkim maddesinin, devredilen asıl sözleşmenin bir parçasını oluşturduğu yani asıl

⁹¹⁴ KAPANCI, s. 447.

⁹¹⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/2 “...Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.”

⁹¹⁶ GÜMÜŞ (Borçlar Genel), s. 1121.

⁹¹⁷ KAPANCI, s. 447, dn. 127'deki yazarlar.

⁹¹⁸ GÜRZUMAR, Osman Berat, Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22.3, Sayfa: 1257-1273 (Tahkim), s. 1271 vd.

sözleşmenin bulunduğu belgede yer aldığı durumda, asıl sözleşmeyle birlikte tahkim şartının da devredilmiş olduğu yönünde duraksamaya yer yoktur⁹¹⁹. İtalyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu (CCP) m. 808/son fıkrasında öngörüldüğü üzere, tahkim anlaşmasının, devredilen asıl sözleşmeden ayrı bir belgede yer alması ve tahkim anlaşmasından asıl sözleşmede herhangi bir şekilde söz edilmemiş olması durumunda devri söz konusu olmayacaktır⁹²⁰.

İtaCC m. 1409'de sözü edilen ve devralanın ileri sürebileceği itirazlardan olmak üzere, devralanın, tahkim anlaşmasının ayrı bir sözleşme ve farklı bir hukuki ilişki olduğu, asıl sözleşmeden kaynaklanan ilişkiyle ilgisi olmadığı savunmasını ileri sürme hakkı bulunduğu da düşünülmüştür⁹²¹. Tahkim anlaşması devredenle sözleşmede kalan arasında ayrıca ve aralarındaki tüm ihtilafları içine alacak şekilde yapılmış olabilir. Devreden ve sözleşmede kalan, bu ikisinin de devredildiği (kümülatif/katlanmış devir) iddiasında iseler, devralan tahkim anlaşmasını da devralmış olacak ve devreden de sözleşmede kalanla meydana gelebilecek ihtilafları için tahkime gitme seçeneğini kaybedecektir⁹²².

CCP m. 808'in gerektirdiği yazılı şekle uyma sorununa atıfta bulunularak, tahkim anlaşmasının devrinde de bu şekle uyulması gerektiğini savunanlara karşı şekil gerekliliğinin, devralanın, tahkim sözleşmesinin de geçerli olduğuna dair beyanı ile yeterince yerine getirilmiş olacağı savunulmuştur⁹²³. Öğretideki bir görüş, tahkim şartının özerkliği ilkesine dayanır. Buna göre tahkim şartı, atıfta bulunduğu sözleşmeden farklı olarak, ayrı bir işlem oluşturmaktadır. Bu nedenle sözleşmeyi devralan taraf, tahkim rejimine tabi tutulamaz. Aksi takdirde bu taraf kendisini, istemediği ya da katılmadığı ya da belki de haberinin bile olmadığı bir

⁹¹⁹ FESTI, Fiorenzo, *La Clausola Compromissoria*, Milano, 2001, s. 1042.

⁹²⁰ VERDE, Giovanni, *Lineamenti di Dritto dell'arbitraro*, Torino, 2010, s. 58.

⁹²¹ BOVE, Mauro, *Processo Arbitrale e Terzi*, *Rivista Arbitrale*, 1995, s. 788.

⁹²² FONSECA, Zuconi Galli, *La Convenzione Arbitrale Rituale Rispetto ai Terzi*, Milano, 2014; Aksi görüşte, CRISCUOLO, Fabrizio, *Cessione del Contratto e Autonomia della Clausola Compromissoria*, *Rivista Arbitrale*, 1996, s. 699: Tahkim şartı devredilmiş de olsa, devreden, diğer uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurma hakkını kaybetmiş olmaz.

⁹²³ RESCIGNO, Pietro, *Arbitrato e Autonomia Contrattuale*, *Rivista Arbitrale*, 1991, s. 28.

anlaşmayla bağlı bulabilir. Bu nedenle, bu taraf, kendisini adli yargıca başvurma hakkından mahrum bulacaktır⁹²⁴.

3.2.7 Sözleşmeden Dönme

Türk Hukukunda dönme, Türk Borçlar Kanununun borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının seçimlik haklarını düzenleyen 125. maddesinde ele alınmıştır.

Buna göre dönme, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda alacaklıya tanınmış bir seçimlik haktır. Dönme bildirimini borçluya ulaşması gereken, ulaşmakla hükümlerini yöneltildiği andan itibaren doğuran bozucu yenilik doğuran bir işlemdir⁹²⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 123'e göre verilen sürede de borçlu edimini ifa etmez ise alacaklı, ifayı ve gecikme dolayısıyla uğradığı zararı istemek yerine, ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini, dilerse de sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini isteyebilecektir. Alacaklıya tanınan üç seçimlik haktan biri olan dönme, yenilik doğuran bir irade beyanı ile alacaklıya sözleşme bağından geçmişe etkili şekilde kurtulma imkânı vermektedir⁹²⁶.

Dönme hakkında öğretide mevcut teoriler;

- 1- Klasik Teori; bu teori taraftarlarına⁹²⁷ göre dönme bildirimini sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırır. İfa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Tarafların kazanımları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilir. Borçlunun ödeyeceği tazminat menfi zarardır. Ancak borçlu temerrüde düşmekte kusurlu ise alacaklı, Türk

⁹²⁴ SCHIZZEROTTO, Gianni, Dell'arbitrato, Milano, 1988, s. 188.

⁹²⁵ ANIK, Gülgün, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, 18.59, Sayfa: 214-235, s. 224.

⁹²⁶ ÖZ, M. Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1985, 13.16, Sayfa: 131-172 (Dönme), s. 131.

⁹²⁷ TUNÇOMAÇ, s. 951 vd.

Borçlar Kanunu m. 125/3 uyarınca sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.

- 2- Aynı Etkili Dönme Teorisine göre; dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ancak klasik dönme teorisinden farklı olarak dönmeye aynı etki tanınmaktadır. Bu teoriye göre de ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona erer. Yerine getirilen maddi edimlerin iadesi istihkak davasıyla, süresiz olarak talep edilebilir, diğer edimler ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilecektir⁹²⁸.
- 3- Yeni Dönme Teorisine göre; dönme ile sözleşme ne geçmişe etkili ve ne de ileriye etkili olarak sona erer. Dönme işlemi ile sözleşme ilişkisi bir tasfiye ilişkisine dönüşür.

Yargıtay'ın bu konudaki görüşü; edinilen maddi edimlerin geri verilmesinin sözleşmenin doğurduğu bir sonuç olduğu yönündedir⁹²⁹. Bu yüzden geri istemenin temeli sözleşmeye dayanmaktadır ve zamanaşımı süresi de on yıldır.

⁹²⁸ ANIK, s. 226.

⁹²⁹ Yrg. HGK 2011/13-748 E.- 2012/140 K. nolu, 14.03.2012 tarihli kararı: "...sebepsiz zenginleşme; geçerli olmayan veya tahakkuk etmemiş yahut varlığı sona ermiş bir nedene ya da borçlu olunmayan şeyin hataen verilmesine dayalı olarak gerçekleşebilir. Sebepsiz zenginleşme bunlardan hangisi yoluyla gerçekleşmiş olursa olsun, sebepsiz zenginleşen, aleyhine zenginleştiği tarafa karşı, geri verme borcu altındadır. Öte yandan, hukuki işlemin borç doğurmasının nedeni irade açıklamasıdır. Sebepsiz zenginleşmenin borç doğurmasının nedeni ise, tam aksine, kişinin iradesi dışında malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında malvarlıkları arasındaki değişim bir sözleşmeye, yani tarafların açıkladıkları iradeye dayanırsa, sebepsizlikten ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez. Hukuki işlemlerden ve bunun en yaygın türü olan sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun borcunu anlamaya uygun olarak yerine getirmesi gerekir. Borçlu anlamaya uygun hareket etmezse, alacaklı borca aykırılık hükümlerini işletir ve mümkün ise borcun aynen ifasını, değilse doğan zararının giderilmesini talep eder. Sebepsiz zenginleşmede ise, sadece malvarlığındaki eksilmenin giderilmesinin talep edilmesi söz konusudur. Bütün bu açıklamalara göre, sebepsiz zenginleşme alacaklıya, ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise, sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemez. Aynı ilkenin bir sonucu olarak, sözleşmeden doğan bir hukuki ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması olanaklı değildir." (Palmiye İçtihat)

Borçlar Hukukunda borçlunun temerrüdüne rağmen dönme hakkının kullanılmayacağı durumlar vardır. Sürekli edimli sözleşmelerde kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkı kullanılır (Türk Borçlar Kanunu m. 138/1/son).

3.2.7.1 Asıl Sözleşmeden Dönme

Sözleşmenin devrinde sorun, devirden sonraki sözleşmeden dönme hallerinde karşımıza çıkacaktır. Sözleşmenin devri yürürlüğe girdikten sonra, devralan taraf her türlü haklarıyla sözleşmeyi devraldığına göre, sözleşmeden herhangi birinin dönmesi ne gibi sonuçlar doğuracaktır? Bu da bir başka karmaşık mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira dönme halinde sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Sözleşme hiç yapılmamış gibi, durum eski hale iade olunur.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler⁹³⁰. Bu durumda asıl sözleşmenin var olan tarafları (devralan ve sözleşmede kalan) ile devreden, iade alacağı ve borcu bakımından tasfiye ilişkisine taraf olmak suretiyle doğrudan doğruya üç taraflı bir hukuki ilişki içine girebilecekleri ileri sürülebilir⁹³¹.

⁹³⁰ İfa edilmiş edimlerin geri istenilemeyeceğine dair sözleşmelere konulan kayıtların, genel ahlaka aykırı olacağı ya da kişinin iktisaden mahvına neden olacağı için kabul edilemez olduğu Yargıtay'ın muhtelif kararlarında ifade edilmiştir: Yrg. 15 HD 1999/1658 Esas, 1999/2437 K. sayılı, 10.06.1999 tarihli kararında: “Düzenleme şeklindeki Tadil Sözleşmesinin 4. maddesi; dokuz aylık ek süre sonunda inşaatın genel iskanı alınmış vaziyette ikmal edilmemesi halinde, yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceğini öngörmüştür. Kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup, Hukuk Genel Kurulu ile Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, sözleşmenin cezayı içeren bu hükmü BK.nun 20. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen genel ahlaka aykırı ve dolayısıyla aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca batıldır. Haliyle, somut olayda, BK.nun 161 /son ve TTK.nun 24. maddelerinin uygulanma olanağı yoktur.”; yine, Yrg. 15 HD 1999/1119 Esas, 1999/1769 K. sayılı, 05.05.1999 tarihli kararında: “Fesih halinde, yüklenicinin o tarihe kadar inşaat yaptığı imalattan hiçbir bedel talep etmeyeceğine dair sözleşmeye konulan hüküm, BK.nun 20. md. ve HGK.nun 20.3.1974 gün 1970/I-1053 Esas 1974/222 sayılı Kararı gereğince tacirin iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır, haksız ve iyiniyet kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz bir ceza hükmüdür. Bu nedenle mahkemenin, "inşaatın getirildiği seviye de dikkate alındığında" bu hükmün tacir olan yüklenici açısından bağlayıcı olduğuna dair kararında isabet görülmemiştir.” denilmektedir. (Palmye İchtihat)

⁹³¹ AYRANCI (Sözleşmelerin Yüklenilmesi), s. 139.

Sonuç olarak sözleşmede taraf değişikliğiyle gelinen kırılma noktasından sonra sözleşmeden dönme halinde, sözleşmenin geçmişe etkili (ex tunc) bir şekilde ve ilk başından beri ortadan kaldırılması içinden çıkılmaz bir probleme dönüşebilecektir.

Kanaatimizce dönme ile birlikte girilecek tasfiye ilişkisine devreden dahil edilmesi mümkün değildir. Devreden taraf artık sözleşme ilişkisine yabancı, üçüncü bir kişi konumundadır ve ona etki edecek şekilde eski hale getirme mümkün olmayacaktır. Dönme halinde kırılma noktası olan “devir anı” gidilecek en son nokta olmalı ve eski hale iade bu andan itibaren söz konusu olmalıdır.

3.2.7.2 Devir Sözleşmesinden Dönme

Tarafların asıl sözleşmeden değil de, devir sözleşmesinden dönmeleri de söz konusu olabilir. İç devir sözleşmesi ile meydana gelen borç ilişkisinde borçlunun temerrüdü halinde, iç devir sözleşmesi, asıl sözleşmenin devrinden ibaret olan, ani edimli bir sözleşme olduğu için, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının bu sözleşmeden dönmesi mümkündür. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan taraf devralan ya da devreden olabilir.

Dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin kurulduğu andaki durumun tekrar sağlanması gerekecektir. Bu doğrultuda her iki taraf da kendi edimlerini yerine getirme yükümünden kurtulmuş olacak, yerine getirmişse de halin icaplarına uygun olarak, aynen ya da nakden geri isteyebilecektir⁹³². İç devir sözleşmesinden dönebilmek için, dış devir sözleşmesinin kurulmamış olması gereklidir. Eğer dış devir sözleşmesi de kurulmuş ve devir tamamlanmışsa artık iç devir sözleşmesinden değil, “devir sözleşmesinden dönme”den bahsedilebilir. Bu durumda asıl sözleşme devredene dönecek ve üç taraflı bir tasfiye ilişkisine girişilecektir.

⁹³² OĞUZMAN/ÖZ (C. 1), s. 463.

SONUÇ

Sözleşmenin devri kurumu, Türk Borçlar Kanunu m. 205 ile yasal temele kavuşmadan önce de sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca ekonomik, sosyal ve pratik ihtiyaçlar gereği başvurulmuş olan bir kurumdur.

Kanunda yer alması olumlu ve bir takım tereddütleri gidermiş olmakla birlikte tek bir madde halinde yer alması kurumun önemi göz önüne alındığında, tüm yönleriyle bu karmaşık yapıyı düzenlemekten epey uzaktır. Bir kısmi külli halefiyet halini oluşturan sözleşmenin devri kurumu ile ilgili olarak, şekil, rıza gibi konularda, gerek mahkeme uygulamaları ve gerekse de öğretide yaşanan pek çok duraksamaya son vermiş olmakla birlikte, bazı önemli yanlarında kurumu belirsizliklere terk etmiştir.

Alacağın devri bahsini dahi on iki maddede düzenleyen Türk Borçlar Kanunu, tarafların birbirine olan yükümlülükleri konusunda, sözleşmenin devri gibi çok önemli bir üçlü ilişki ve alacağın devri kurumundan çok daha karmaşık bir yapıyı, yalnızca var oluşunu belirterek, kalan yönlerinde suskun kalmakla gerisini öğreti ve uygulamaya bırakmış görünmektedir.

Kurumun tüm yönleriyle tek bir maddeye sığdırılması olası değildir. Ancak uygulamanın ışığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, öğreti ile uyumlu şekilde boşlukların doldurulmasına bırakılmasının bilinçli bir tercih olması da mümkündür.

Bu nedenle dünya ve özellikle kıta Avrupası'nda konunun ele alınışını gözlemenin çok büyük önemi vardır. Zira örnek alınması yararlı olacak, çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler ve bunların üzerinde uluslararası kurallar vardır ki bu kuralların münferit sözleşmelere dahil edilmesi mümkündür. Sözü edilen ülkeler İtalya, Macaristan, Hollanda, Fransa gibi ülkelerdir.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerden örnek alınması yanında kendi yasamızda başvurulabilecek kurumlar vardır ve uygun düştüğü ölçüde bu hükümlere başvurmak gereklidir. Alacağın devrinde devreden tarafın garanti yükümlülükleri, işletme ve malvarlığı devrindeki müteselsil sorumluluk gibi kurumlar bunlara örnektir.

Örneğin 205. maddenin rıza unsurunu şekle tabi tutmadığını, diğer bazı hüküm ya da diğer yasalarımızda var olan ve rızayı şekle bağlayan kuralların varlığından çıkarmak mümkündür. Ancak Hollanda Medeni Kanunu m. 3:94'da olduğu gibi, sözleşmede kalan tarafın onayı için şekil şartı aranmayacağı açıkça hükme bağlanabilir, PECL, PICC ve DCFR'de ve ayrıca İtaCC m. 1407, Hollanda Medeni Kanunu 3:57, CCF m. 1216/2 hükümlerinde olduğu gibi, önceden verilen izne dayanarak yapılan devir sözleşmelerinin sözleşmede kalan tarafa bildirilmesiyle birlikte hüküm ifade edeceği kanun maddesine eklenerek açıkça anlaşılması sağlanabilirdi.

Mevcut sistemde devredenın sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulması konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada, PECL, PICC ve DCFR'de ve ayrıca İtaCC m. 1408'de olduğu gibi, devredenın sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtarılıp kurtarılmayacağı konusunda sözleşmede kalana açıkça bir seçim hakkı tanınarak bu konuda dikkatinin çekilmesi sağlanabilirdi.

Mevcut durumda devir sözleşmesine girecek olan tarafların, bu boşlukları sözleşme çerçevesinde mümkün olduğu kadar doldurmaları yararlı olacaktır. Bu bağlamda tarafların sözleşme öncesinde alacakları bazı önlemler olabilir. Şöyle ki;

Devralan tarafından yapılması gereken araştırma ve sorulması gerekli sorular ile istemler aşağıdakiler gibi olabilir:

- asıl sözleşme, yazılı ise sözleşmeyi görme,
- varsa ek sözleşme, teknik şartname, eklenti ve benzeri belgeleri isteme,

- sözleşme kapsamı borçlar, alacaklar, asıl ve yan edim yükümlülüklerinin ne olduğunu irdeleme,
- yan yükümlülükleri irdeleme,
- savunmalar, yenilik doğuran hakları irdeleme,
- hak ve alacakların vadeleri, muacceliyet zamanları konusunda bilgi edinme, tabi olduğu zamanaşımı ya da hak düşürücü süreleri belirleme,
- önceden üzerinde tasarruf edilmiş hak ve alacakların varlığını araştırma,
- alacakları güvenceye alan teminatların ne olduğu, bu teminatların devrine ilişkin olarak gerek asıl sözleşme ile gerekse de teminat alacağının kaynağı olan sözleşmede devre engel bir hüküm bulunup bulunmadığını araştırma,
- taraflar arasında varsa diğer borç ilişkileri, takas hakkı bulunup bulunmadığını araştırma,
- yerine getirilmiş ya da henüz getirilmemiş edimlerin (iki taraflı olarak) neler olduğunu araştırma,
- alt sözleşmeler olup olmadığını araştırma şeklinde ayrılabilir. Bunun yanı sıra devralan açısından iç devir sözleşmesinde yer verilmesi yararlı olabilecek maddeler,
- devrin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağı zamanla ilgili hüküm,
- aydınlatma yükümlülüğü getirme, her türlü bilgi ve belgeyi en geniş şekilde verme zorunluluğu getirme ve bunların sonuçlarını düzenleme,
- devir karşılıklı olacaksa,
 - a) karşılığın cinsi,
 - b) karşılığın miktarı,
 - c) ifa şekli,
 - d) ifa zamanı,
 - e) ifa yeri,
- devir karşılıksız olacaksa bu hususa ilişkin düzenleme,
- müşterek önerinin sözleşmede kalana sunulma yoluna, zamanına ve kimin sunacağı konusunda hüküm,

- rızanın verilmesi için sözleşmede kalana yapılacak olan bildirim geri dönüş için konulacak makul bir süreye yer verilmesine ilişkin hüküm,
- sözleşmenin niteliğine göre gereken diğer konulara yer verilmeli, örneğin kira sözleşmesinde kiraya veren taraf değişiyorsa, kira bedellerinin devir anından itibaren hangi hesaba yatırılacağı bilgisi, açıkça yazılmalı gibi ayrıntılara da duraksamaya yer verilmemesi için açıklama getirilmelidir.
- ön izin verilmiş olması halinde bildirim zamanı, şekli konusuna ilişkin hüküm olarak sayılabilir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, sayılanlara pek çok ekleme yapmak hatta uluslararası düzenlemeleri sözleşmenin bir parçası haline getirmek mümkündür. Sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuçları konusunda ayrıntılı düzenleme yapmayan, aynı zamanda yasaklar da koymayan Türk Borçlar Kanunu, tarafları olabildiğince özgür bırakmıştır, denilebilir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, Müteselsil Alacaklılık, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019
- ACAR ÜNAL, Özlem/URAL ÇINAR, Nihal, Kefalet Sözleşmesi Hükümlerinin Kira Sözleşmeleri Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 15.2, Sayfa: 43-80
- ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanununun 179. maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971
- AKBULUT, Pakize Ezgi, Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 11.1, Sayfa: 85-99
- AKÇAAL, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara, 2014
- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2021
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2020
- AKINTÜRK, Turgut/AKİPEK, Jale G., Eşya Hukuku, İstanbul, 2009
- AKKANAT ÖZTÜRK, ELİF BEYZA, Alacağın Teminaten Devri, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2021, 79.1, Sayfa: 1-26
- AKKURT, Sinan Sami/ERDOĞAN, Kemal/TOKAT, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2021
- AKKURT, Sinan Sami, El Değiştiren Taşınmaz Kiraları Bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 310 ile Kiranın Şerhine İlişkin Türk Borçlar Kanunu m. 312 Hükümlerinin Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2019, 68.1, Sayfa: 39-56
- AKYİĞİT, Ercan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sakarya, 2015
- ALBAYRAK, Hakan, Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesinde Görev ve Yetkiye İlişkin Sorunlar, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, 10, Sayfa: 43-95
- ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, İstanbul, 2015
- ALP, Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9, Sayfa: 189-209

- ALPAGUT, Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İHSGHD, 2011, 31, Sayfa: 913-959
- ALTAY, Sabah, Borca katılma, Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010
- ALTUN, Abdurrahim, Gelecekteki Alacakların Devri, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 2.2, Sayfa: 160-183
- ALTINER, Fatma Zeynep, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 No. Lu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2011, 17.1-2, Sayfa: 473-496
- ALTINOK ORMANCI, Pınar, Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi:" Satım Kirayı Bozmaz" İlkesinin Sonuçları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, 12.24, Sayfa: 125-141
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2019 (Borçlar Genel)
- ANTALYA, O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İstanbul, 2011 (Türk Borçlar Kanunu)
- ANIK, Gülgün, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, 18.59, Sayfa: 214-235
- ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara, 2010 (Takas)
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, Ankara, 2021
- ARAL, Fahrettin, Topyekün Temlik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1991, 42.1, Sayfa: 93-140 (Temlik)
- ARDA BAĞCE, Duygu Hidayet, Alacağın Devri ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü YL Tezi, 2015 (<https://acikerisim.iku.edu.tr/handle/11413/1333>)
- ARICI, M. Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008

ARIKAN, Mustafa / ERDOĞAN, Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015, 34, Sayfa: 145-172

ARIKAN, Mustafa, Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, 13.1, Sayfa: 129-155 (Temlik)

ARIKAN, Mustafa, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 16.1, Sayfa: 71-90 (Sebebe Bağlılık)

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013

ARPACI, Abdülkadir, Alacaklı Teselsülü ve Buna İlişkin Bazı Düşünceler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, 1.1, Sayfa: 325-337

ATAMER, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (CISG)

ATAMER, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu, Ankara, 2012, Sayfa: 9-73 (Genel İşlem Koşulları)

ATAMULU, İsmail/KÖROĞLU, Emre, Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13.1, Sayfa: 159-181

AVCI BRAUN, Cihan, Satış İlişkisi Doğuran Haklar, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 4-5, İstanbul, 2019

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2020

AYAR BİRKİN, Zeynep, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Taraf Değişiklikleri, Kayseri, 2019

AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, İstanbul, 2020

AYDIN ÜNVER, Tülay, Müşterek Hesap, İstanbul 2017

AYDIN ÜNVER, Tülay/RÖSLER, Hannes, Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2008, 66.1, Sayfa: 353-363

- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, 2021
- AYDOĞDU, Murat,/NART, Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022
- AYDOS, Oğuz Sadık, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2022
- AYOĞLU, Tolga, Lex Mercatoria, İstanbul, 2011
- AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003 (Sözleşmelerin Yüklenilmesi)
- AYRANCI, Hasan, Önsözleşme, Ankara, 2006 (Önsözleşme)
- AYRANCI, Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2003, 52.3, Sayfa: 229-252 (Sözleşme Kurma Zorunluluğu)
- BADUR, Emel, Eşin Rızası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, 26.109, Sayfa: 251-302
- BADUR, Emel/DOĞAN, Gülmelahat, Patent Lisans Sözleşmelerinde Taraf Değişikliği, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ÇÜHFD) 2019, 4.1, Sayfa: 33-75
- BAHADIR, Zeynep, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 17.3, Sayfa: 1-28
- BAHTİYAR, Mehmet, Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri, Legal Hukuk Dergisi, 2011, 106, Sayfa: 3889-3910
- BARAŃSKA, Anna Maria, " Institution of The Contract Transfer in the Light of Model Law Acts", Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools, 2020, 40.4 Pages: 4-8
<https://farplss.org/index.php/journal/article/view/705>
- BAŞ, Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2012, 70.2, Sayfa: 115-144
- BAŞ SÜZEL, Ece, Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13.167168, Sayfa: 9-37

- BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2020 (Sözleşmenin Uyarlanması)
- BAYSAL, Başak, Aşırı İfa Güçlüğü, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2012, Sayfa: 113-143 (Aşırı İfa Güçlüğü)
- BELEN, Herdem, İrade Serbestisi İlkesi Bağlamında TBK m. 205-206 Hükümlerinin İrdelenmesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 4.7, Sayfa: 151-154
- BİNGÖL, Muhammet Emin, Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri, İstanbul, 2022
- BONELL, Michael Joachim, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts And The Principles of European Contract Law: Similar Rules For The Same Purposes?, Uniform Law Review, 1996, 1: 229
- BOVE, Mauro, Processo Arbitrale e Terzi, Rivista Arbitrale, 1995
- BRUNI, Carlo, Italian Contract Law in General, s.32. <https://www.consulenzelegale.it/en/home-en/>
- BURCUOĞLU, Halûk, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık ve Soyutluk Kavramları ve Bu Kavramlar Kapsamında Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 4.1, Sayfa: 57-82
- BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar)
- BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998 (Dönme)
- CAMCI, Sinem, Sözleşmeye Katılma, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2021
- CAMCI, Sinem/ŞEKER, Muzaffer, Sözleşmeye Katılma Anlaşmasında Şekil ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2021, 20.41, Sayfa: 783-806
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, Ankara, 2017
- CARRESI, Franco, La Cessione del Contratto, Giuffrè, 1950

- CARTWRIGHT, John, Contract law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007
- CENGİL, M. Fatih, Sözleşmede Taraf Değişikliği, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 3.6, Sayfa: 117-144
- CENGİZ, İştari, İş Sözleşmesinin İradî Devri, Ankara 2014
- CHINÉ-FRATINI-ZOPPINI, Manuale di Diritto Civile, Roma, 2014
- CİHAN, A. Hulki, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Koşula Bağlı Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 11, Sayfa: 87-96
- CLÉMENT, François, Présentation des Articles 1216 à 1216-3 de la Nouvelle Section 4 «La Cession de Contrat», https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contracts/titre3/stitre1/chap4/sect4-cession-contrat/#_ftn2
- CRISCUOLO, Fabrizio, Cessione del Contratto e Autonomia della Clausola Compromissoria, Rivista Arbitrale, 1996
- ÇABRİ, Sezer, Borcun Üstlenilmesi- Sözleşmenin Devri- Sözleşmeye Katılma- Borca Katılma, Borçlar kanunu Genel Hükümler Konferansları III (Sungurbey'e Armağan), İstanbul, 2012
- ÇAKIROĞLU, Buğra Kaan, Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri, İstanbul, 2020
- ÇAYAN, Gökhan, Sözleşmenin Devri, Ankara, 2016
- ÇELİKBOYA, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2017
- ÇETİNER, Bilgehan, Hapis Hakkı, İstanbul, 2010
- ÇUKADAR, Neslihan, Borç İlişkilerinde Defi Hakkı ve İtirazlar, Ankara, 2014
- DAVER, Hilal, Borcun İfasında Borçlunun Rolü, İstanbul, 2018
- DAYINLARLI, Kemal, Türk Borçlar Kanununa Göre Alacağın Devri, Ankara, 2019 (Alacağın Devri)
- DAYINLARLI, Kemal, Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan (Ole Lando), (<https://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/olelandoilkeleri.pdf>)

- DELİDUMAN, Seyithan/YAKUP, Oruç, Ticari Davalar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, 18.2, Sayfa: 99-110
- DEMİRBAŞ, Feride, Alacağı Devredenin Borçlunun Ödeme Gücünden Sorumluluğu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 11.2, Sayfa: 997-1034 (Karışıklık olmaması için ilk atıftan sonraki atıflarda da “DEMİRBAŞ, Feride” olarak anılmıştır.)
- DEMİRBAŞ, Kürşad, Türk Borçlar Kanunu’nda Borca ve Sözleşmeye Katılma, Ankara, 2014
- DEMİRKAPI, Ertan, Limited Ortaklıkta Payın Devir Vaadi İşleminin Konusu ve Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9, Özel Sayı, Sayfa: 815-848
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Takas, İstanbul, 2012 (Takas)
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Takas, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.2-3, İstanbul, 2019 (Şerh)
- DIMITROPOULOS, Georgios, "The Law of Blockchain." Washington Law Review, Volume 95, Number 3, 10-2020 (2020), Pages: 1117-1192
- DOĞAN, Gülmelahat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, 26.111, Sayfa: 9-36
- DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara, 2019
- DOĞU, Hakkı Mert, Oturma (Sükna) Hakkı, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8.16, Sayfa: 1033-1065
- DVOŘÁK, Bohumil, Assignment of a Contract in the New Czech Civil Code 2014 ELTE L.J. 123 (2014), heinonline, <https://0-heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr>
- EKONOMİ, Münir/EYRENCİ, Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.2, İstanbul, 2001, Sayfa: 1199 - 1223
- ENGİN, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002
- ERBAYRAKTAR, Burcu, Alacağın Devrinin Sözleşme İle Engellenmesi (Pactum de non Cedendo), İstanbul, 2021

ERBEK, Özge, Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2013, 8, Sayfa: 937-985

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021 (Borçlar Genel)

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021 (Borçlar Özel)

ERDEM, Mehmet, Zamanaşımı, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019

ERDOĞAN, Mehmet Selim, Gizlilik Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sır ve Sırların Korunması, İstanbul, 2022

ERGÜNE, Mehmet Serkan/KURŞUN, Ali Suphi, Kesin Hükümsüzlük, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2019

ERTUĞRUL, Meltem, Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi, 2014, 4, Sayfa: 541- 578

ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih, Borçlar Hukuku I Sözleşmenin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1 - 48), İstanbul, 2017

EVRENSEL, Alperen, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, Ankara, 2019

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010, Unif. L. Rev., 2011, 16, Pages: 537-548

FESTI, Fiorenzo, La clausola Compromissoria, Milano, 2001

FONSECA, Zucconi Galli, La Convenzione Arbitrale Rituale Rispetto ai Terzi, Milano, 2014

FRANKO, Nisim, Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, 49.01, Sayfa: 177-197

FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021

GÁRDOS, Péter, Szerződésátruházás, s. 20-26." Polgári Jogi Kodifikáció, 2005, VII 3(2005),http://culturalrelations.org/Review/CRQR_01_03/CRQR_01_03.pdf#page=10

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Kiraya Verenin İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Malikin Taşınmaz Kira Sözleşmesinin Tarafı Haline Gelip

Gelmeyeceği Sorunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2012, 8.95-96, Sayfa: 125-158

GOMES, Tício Spínola, A Transmissibilidade da Clausula Arbitral Diante da Cessao de Posicao Contratual, Revista de Direito Civil Contemporaneo, 2015, 5, Paginas: 69-81

GÖNEN, Doruk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021

GÜLERCİ, Altan Fahri/KILINÇ, Ayşe, 6098 sayılı yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara, 2011

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021 (Borçlar Genel)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul, 2012 (Borçlar Özel)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2012 (Kira)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 7.2, Sayfa: 25-59 (Birleşme)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Alacağın Temliki Sözleşmesinin Şekli, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, 10.2, Sayfa: 9-34 (Temlik)

GÜNARSLAN, Banu, Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, 13.143, Sayfa: 90-102

GÜNAY, Cevdet İlhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2016

GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul, 2020

GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995 (Franchise)

GÜRZUMAR, Osman Berat, Alacağın Devri ve Tahkim Anlaşması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, 22.3, Sayfa: 1257-1273 (Tahkim)

HAN, Işık Aşlı, Türk Borçlar Kanununun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 38, Sayfa: 131-161

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2021

HELVACI, Serap/KOCABAŞ Gediz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları (Yargıtay Kararları ile Çözümlü), İstanbul, 2020

İKİZLER, Metin, Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 20.2, Sayfa: 25-59

İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1979

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014

İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Hukuku, C.1, İstanbul, 2014 (C.1)

İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009 (Temsil)

İNCEOĞLU, M. Murat, İfanın Alacaklı Yüzünden İmkânsızlaşması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 57.4, Sayfa: 237-254 (İfa İmkânsızlığı)

KAHRAMAN, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), İstanbul, 2013 (Borcun Nakli)

KAHRAMAN, Zafer, Sözleşmenin Devri, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu'na Armağan, C.II, İstanbul 2020, s. 1071-1096 (Sözleşmenin Devri)

KAHRAMAN, Zafer, Borcun Üstlenilmesi, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019 (İstanbul Şerhi)

KAHRAMAN, Zafer, Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 11.145, Sayfa: 587-630 (Ticari İşletme)

KAHVECİ, Nalan, Alacağın Devrinde Takas, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 24.1, Sayfa: 55-92 (Takas)

KAHVECİ, Nalan, 6098 Sayılı TBK'nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan

Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertuş'a Armağan, Özel Sayı, 2017, 19.3, Sayfa: 695-728 (Kira)

KANGAL, Zeynel T., Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 2014, 9.24, Sayfa: 9-56

KAPANCI, Kadir Berk, Alacağın Devri (TBK m. 183-194) Şerh, İstanbul, 2022

KAPLAN, İbrahim, Türk Borçlar Hukuku TBK. madde 1-206 (Genel Hükümler), Ankara, 2021

KARA KILIÇARSLAN, Seda, Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 5.2, Sayfa: 183-222

KARTAL, Dilşah Büşra, PICC (UNIDROIT Prensipleri) ve Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Müteselsil Alacaklılık, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 9.2, Sayfa: 403-427

KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018

KENDİGELEN, Abuzer, Ticari İşletme Hukuku, KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan / NOMER, Füsün / ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet, İstanbul, 2015

KESMARKI-MESZAROS, Gyöngyi, The Transfer of Contract, Cultural Relations Quarterly Review, Vol. 1. Issue 3. (Summer 2014), Pages: 7-15

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021 (Borçlar Genel).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Yüklenicinin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, 32.1, Sayfa: 185-199 (Yüklenici).

KISFALUDI, Andras, Transfer of Property, Claims, Rights and Contracts in the New Hungarian Civil Code, 2014 ELTE L.J. 109 (2014), heinonline, <https://heinonline-org.opac.bilgi.edu.tr>

KOCABEY, Doğan, Türk Hukukunda İşletmenin Devri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014 (İfa)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2017 (Hukuki İşlem)
- KORKMAZ, Fırat, Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Bir İstisnâsı Olarak Önsözleşme, Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 1.2, Sayfa: 281-296
- KOYUNCUOĞLU, Hikmet, Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, 26.111, Sayfa: 447-456
- KÖSE, Yasin, Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2021, 12.45, Sayfa: 29-52
- KULUÇLU, Erdal, Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 49, Nisan 2003, s. 99-115
- KUPELYANTS, Hayk, Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference, UCLJLJ, 2012, 1, Pages: 15-45
- KURT, Ekrem, Tescil İlkesi ve İstisnaları, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 5.9, Sayfa: 99-122
- MERAL, Nevin, Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmenin Devri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 5.1, Sayfa: 327-352
- MEYER, Lars, Soft Law for Solid Contracts-A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization. Denv. J. Int'l L. & Pol'y, 2006, 34, Pages: 118-143
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021
- NWOYE, Ikemefuna Stephen, Assignment of Contracts, Contractual Rights and Obligations: A Re-Engineering Tool in International Business Transactions (May 7,2015), <https://ssrn.com/abstract=2603790> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2603790>
- OĞUZ, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2021 (Yazarın ismi ilk atıftan sonraki atıflarda da “OĞUZ, Arzu” olarak anılmıştır.)

- OĞUZ, Cemal, Sözleşmenin Devrinin Hukuki Sonuçları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, s. 2417-2436
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2021 (C.1)
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2021 (C.2)
- OĞUZMAN, M. Kemal, “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, İÜHFM, 1965, 31.1 - 4, Sayfa: 209-219
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021
- OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008
- OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu Ve Boşluklarının Tamamlanması, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1996, 55.1-2, Sayfa: 263-296
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sözleşme Özgürlüğü İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2019
- OKUR, Sinan, Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 14.1, Sayfa: 31-101
- OZANEMRE YAYLA, Tolunay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022 (Borçlar Genel)
- OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Sayı, 2016, 22.3, Sayfa: 2927 - 2948 (Borcun Nakli)
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, İstanbul, 2016 (Kira)
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Türk Borçlar Kanunu m. 323 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s. 659-678 (Devir)

ÖZ, M. Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1985, 13.16: 131-172 (Dönme)

ÖZ, Turgut, Alacağın Devri, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 2-3, İstanbul, 2019 (Alacağın Devri)

ÖZBAY, Ümit Vefa, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 6.1, Sayfa: 53-74

ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul, 2019

ÖZCAN, Didem, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2014

ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2017 (Kefalet)

ÖZEN, Burak, Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul, 2017 (Kredi)

ÖZEN, Burak, Kira Konusunun Devri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 16 (1-2), s. 137-179 (Kira)

ÖZMEN, E. Sabâ/ÜREM, Müge, Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 3, Mayıs 2016, s. 193-218

ÖZTÜRK, Berna, Sözleşmenin Devri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, 29.125, Sayfa: 263-296

PACCHIONI, Giovanni, Delle Obbligazioni in Generale, Padova, 1935

PALADINI, Mauro, Commentario Del Codice Civile Dei Contratti in Generale / Capo VIII / Della Cessione Del Contratto, (a cura di NAVARRETTA, Emanuela/ORESTANO, Andrea), Artt. 1387-1424. Torino, 2012

PASLI, Ali/KAYA, Arslan/ENGİN, Baki İlkay/AŞIKOĞLU, Şehriban İpek/OĞUZ, Elif, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk, Acquis Communautaire'in Alınması-Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, 2020

- PESCATORE, Valerio, *Cessione del Contratto ed Interpretazione* Brescia, 1999
- PETER, Henry, *Le Sort des Contrats en cas de Transfer de Patrimoine*, *Revue Suisse de Droit des Affaires*, 76, 2004, 223, 224 (Transfer de Patrimoine)
- PETER, Henry, *LFus: Concepts Généraux et Questions Controversées*. *Cour de Justice*, 2005 (Concepts Généraux)
- PIOTET, Paul, *Travail de Mémoire Droit Notarial Sous la Direction de M. le Prof. PIOTET*, Lausanne, 2018
- POLAT, Burak, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarına Karşı Açılan İptal Davası Sırasında Pay Devrinin Davacılık Sıfatına Etkisi*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, 45, Sayfa: 399-416
- PONCIBÒ, Cristina, *Blockchain and Comparative Law*. In: *Blockchain, Law and Governance*. Springer, Cham, 2021. s. 137-156, (Editors: CAPPIELLO, Benedetta/CARULLO, Gherardo)
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2015
- RAMBERG, Jan, *CISG and UPICC as the Basis For an International Convention on International Commercial Contracts*, *Villanova Law Review*, 2013, 58, Pages: 680-690
- RASKIN, Max, *The Law and Legality of Smart Contracts*, *Geo. L. Tech. Rev.*, 2016, 1, Pages: 305-341
- REİSOĞLU, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013
- REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2020
- RESCIGNO, Pietro, *Arbitrato e Autonomia Contrattuale*, *Rivista Arbitrale*, (1991), 13.
- SAĞLAM, İpek, *Kiracının Ölümünün Her Türlü Kira İlişkisine Etkisi ve Bu Etkinin Özellikle Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Bakımından Gösterdiği Özellikler*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, 23.2, Sayfa: 249-266
- SANTISTEBAN, Sonia Martin, *Spanish Private Law from an International Perspective*, 2. Contract Law, <https://ocw.unican.es/pluginfile.php/2408/course/section/2484/SPL2.pdf>

- SANLI, Kerem Cem, Borca Aykırı Davranış Ekonomik Açıdan Etkin Olabilir mi? Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2014, 30.3, Sayfa: 95-173
- SARI FİDAN, Özlem, Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliğinin Mevcut Teminatlara Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, 26.3, Sayfa: 325-366
- SARUHAN, Utku, Yeniden Kiralama Yasağı (TBK m.355), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 10.37, Sayfa: 353-382
- SCOTT, Susan, Once Again: Agreements Prohibiting Cession, Stellenbosch Law Review, 2008, 19.3, Pages: 483-494
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975 (Dönme)
- SEROZAN, Rona, Sözleşmenin Kurulması, TBK m. 1-2, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, C. 1, İstanbul, 2019 (Sözleşmenin Kurulması)
- SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku: Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri, Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin, Uygulama Çalışmaları, İstanbul, 2014 (Eşya)
- SEROZAN, Rona, "Culpa in Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, 2.3: 108-129 (Culpa in Contrahendo)
- SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2022 (Borçlar Genel)
- SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar, İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Mal Değişimi, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, İstanbul, 2019 (Borçlar Özel)
- SERT, Selin, Kiralanan Taşınmaz Üzerinde Sonradan Aynı Hak Kurulması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar (TBK m. 311), Ankara Barosu Dergisi, 2014, 4, Sayfa: 63-79

SCHAVER, Hans-Bernd/AKSOY, Hüseyin Can, Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı Çerçevesinde Türk Sözleşme Hukukunda Ekonomik İmkansızlık, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 26.1, (2010): 41-67

SCHIZZEROTTO, Gianni, Dell'arbitrato, Milano, 1988

SÖĞÜT, İpek Sevda, Özel Hukuk Sorunlarının Çözümünde Roma Hukukuna Dayanan Temellerden Uzaklaşılmasının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69 (2) 2020: 759-791

STARZMANN, Katrin, The Relationship Between the Use of the Unidroit Principles and the CISG in a Comparative View and How the Unidroit Principles Contribute to the Interpretation of the CISG. 2014, Master's Thesis, University of Cape Town

STIM, Richard, Contracts: The Essential Business Desk Reference, Nolo, 2021

SUBAŞI, İbrahim / YİĞİT, Yusuf, İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil Şartı, İş ve Hayat, 2018, 4.7, Sayfa: 148-175

SUNGURBEY, İsmet, Borç İkrarı ve Borç Vaadi, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1957, 22.1-4: 167-234

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2021

SCHWARZ, Andreas B., Andreas von Tuhr ve Zamanının Medeni Hukuku İlmi, Journal of Istanbul University Law Faculty, 1939, 5, Pages: 63-106

ŞAHİNİZ, Cevdet Salih, Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, 10.3-4, Sayfa: 495-520

ŞAFAK, Ali/ERASLAN, Duygu/BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren/ÜNLÜTEPE, Mustafa/ÖZTÜRK ALMAÇ, Tuğçe/ÜNAL, Nurdoğan, Alacağın Temliki (Alacağın Devri) Özel Görünüş Biçimleri, Ankara, 2021

ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2016

ŞENOL, A. Nilay, Taşınmaz Satış ve Satış Vaadi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Uygulama Çerçevesinde Taşınmaz Satış Sözleşmelerinin Noterler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı Üzerine Bir Değerlendirme, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8.2, Sayfa: 357-376

TANDOĞAN, Haluk, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 13(3), Aralık 1986, s. 57-89

TAŞKIN, Zeynep Damla/ŞAHBAZ, Ali, “Sözleşmenin Devri”, Legal Hukuk Dergisi, 2017, 15.178, Sayfa: 4955-5020

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/BURCUOĞLU, Haluk/AKMAN, Sermet /ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988

TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2020

TİLE, Latif, Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara, 2021

TOPUZ, Murat, Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu, (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), 2012, 18.2, Özel Sayı, Sayfa: 19-80

TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, Kira İlişkisinin Devri- (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, 95, Sayfa: 97-134

TOSUN, Yalçın, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu:Makaleler-Tebliğler, M.Murat İNCEOĞLU (Ed.), İstanbul 2012

TOLHURST, Gregory John, The Assignment of Contractual Rights, University of New South Wales, 2003

TRAI SCI, Francesco Paolo, Cessione di Azienda, Cessione di Contratto e Negozio Simulato, Rivista di Diritto Pubblico, 2018, 14, Pages: 1-15

TUĞ, Mehmet Arif, Kira Sözleşmelerinde Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 29.3, Sayfa: 1897-1921

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1976

TURAN BAŞARA, Gamze, Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 2014, 63.2, Sayfa:419-447

TÜRKMEN, Emre, Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, Ankara, 2020

Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri 2016, Çevirenler: Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY, Av. Murat R. ÖZSUNAY, Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, Doç. Dr. Kadir Berk KAPANCI, Dr. Öğr. Üyesi Banu BOZKURT, Arş. Gör. Z. Gizem SAYIN, Arş. Gör. Nesli Şen ÖZÇELİK ÖZER, Arş. Gör. Başak ERDOĞAN, Arş. Gör. N. Tuğçe BİLGETEKİN, Arş. Gör. Işıl YELKENCİ, İstanbul, 2020

ÜÇER, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 54.3, Sayfa: 397-443

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2019

ÜLGEN Hüseyin/ARICI, M. Fatih, İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1767-1804

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, 2014

VERDE, Giovanni, Lineamenti di Diritto dell'arbitraro, Torino, 2010

VETTA, Maddalena, Cessazione del Contratto, Cessione del Credito e Circolazione della Clausola Commissoria, Roma 2014

von BAR, Christian, CLIVE, Eric, & SCHULTE-NÖLKE, Hans, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier European Law Publishers,(2009),https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf

VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2 (Çevirisi: Cevat EDEGE), 1983

YANIK, Aybüke, İş Sözleşmesinin Devri, Özyeğin Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2021

- YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara, 2012 (Yenilikler)
- YAVUZ, Nihat, Sözleşmenin (Hukuksal İşleme) Yüklenilmesi=Devredilmesi Kavramı ve Bir Yargıtay Kararı, Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ'a Armağan, Ankara, 2009 (Sözleşmenin Yüklenilmesi)
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2010
- YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara, 2013
- YILDIZ PORTAKAL, Seda, Borca Katılma, İstanbul, 2016
- YILMAZ, Gizem Yağmur, Sözleşmenin Devri, Ankara, 2022
- YILMAZ, Süleyman/PINAR, Hamdi, İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 68.4, Sayfa: 959-998
- YÜCER, İpek, Yenileme (Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9.1, Sayfa: 233-260 (Yenileme)
- YÜCER, İpek, Alt Kira, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 57.3, Sayfa: 792-832 (Alt Kira)
- ZAPATA, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2021