

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

TRANSFER OF CONTRACT

Berna ÖZTÜRK*

Özet: Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde yasal düzenlemeler bulunmamasına karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma sözleşmeleri akdedebileceği kabul edilmekteydi.

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenen ve üçlü borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Biz de çalışmamızda sözleşmenin devrini detaylı olarak inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Hukuku

Abstract: The New Turkish Code of Obligations numbered 6098, which came into force in 2011, codified the transfer of contract as a new legal tool. Although The Previous Code of Obligations did not regulate the concept of transfer of contract, doctrine and Supreme Court of Appeals accepted this institution.

Code of Obligations, article 205 regulates the transfer of contract at the first time. In this article, transfer of contract is examined in detail.

Keywords: Transfer of contract, Turkish Law of Obligations

I. GİRİŞ

Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde bir düzenleme bulunmamasına karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri biçiminde sözleşme akdedebilecekleri kabul edilmekteydi.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, LL.M

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber sözleşmenin devri kurumu Kanun'un 205. maddesinde yasal olarak hükme bağlanmıştır. Sözleşmenin devrinde bir sözleşme tüm hak ve borçlarıyla birlikte üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Nitekim, sözleşmenin devrinde üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandır. Sözleşmeyi devreden, bu sözleşmeye ilişkin taraf olması sıfatını terk etmekte, yerine üçüncü bir kişi sözleşmeye dâhil olmaktadır. Sözleşmenin devri kurumu Avrupa ülkelerinin çoğunda yasal olarak düzenlenmemekle birlikte doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir. Buna karşın, Avrupa Sözleşmeler Hukukunda sözleşmenin devri ayrıca düzenlenmiştir. Biz de, çalışmamızda Avrupa ülkelerindeki düzenlemeleri ve özellikle Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri arasında yer alan sözleşmenin devrini detaylı olarak inceleyeceğiz.

Ayrıca çalışmamız içinde sözleşmenin devrinin özellikli düzenlemeleri olan iş sözleşmesinin devri, kira sözleşmesinin devri ve kamu ihale sözleşmelerinin devri irdelenmektedir.

Çalışmamızda sözleşmenin devri kurumuna benzer özellikler gösteren sözleşmeye katılma, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, yenileme, yeni bir sözleşme akdedilmesi ve alt sözleşme üzerinde durulacak, sözleşmenin devriyle aralarındaki farklar ve benzerlikler ortaya konmaya çalışılacaktır.

II. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

1. Sözleşmenin Devri Kavramı

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, sözleşmenin tarafları arasında hukuki bir ilişki yaratmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme kural olarak kimler arasında kurulduysa, onlar arasında varlığını sürdürür. Fakat, bu ilke mutlak değildir. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi uyarınca sözleşmede kalan tarafın rızası ile sözleşmenin devri mümkündür.¹ Sözleşmenin devrini ifade etmek amacıyla farklı hukuki terimler kullanılmaktadır. Bunlar arasında, sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, üçüncü bir ki-

¹ Eren, 25.

şinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi gibi kavramlar kullanılmaktadır.² Biz, çalışmamızda Türk Borçlar Kanunu'na paralel gitme amacıyla kanundaki ifadeyi temel alarak 'sözleşmenin devri' kavramını kullanacağız.

Sözleşmenin devri, ilk kez Türk Borçlar Kanunu'nun Beşinci Bölümünün Üçüncü Ayrımında düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanununda bu yönde bir düzenleme bulunmamasına karşın bu kuruma duyulan gereklilik dolayısıyla sözleşmenin devri, doktrin ve Yargıtay kararlarının³ belirlediği ilkeler ışığında şekillenmekteydi. Bu dönemde sözleşmenin devrinin, atipik bir sözleşme olduğu ve alacağın devri ile borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanılarak çözüme kavuşması gerektiği gibi görüşler ileri sürülmekteydi.⁴ Yeni Borçlar Kanunuyla birlikte bu sorun ortadan kalkmış ve kurum kendine özgü bir biçimde yasal olarak düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devri, bir sözleşmenin hak ve borçlarıyla birlikte bir başkasına devredilmesini ifade eder.⁵ Sözleşmenin devrinde üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalandır. Sözleşmeyi devreden, bu sözleşmeye ilişkin taraf olması sıfatını terk etmekte, onun yerine üçüncü bir kişi sözleşmeye dâhil olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmeyi devralanın sözleşmeyi devreden yerine sözleşme ilişkisine tüm hak ve yükümlülükleri kapsar biçimde girmesidir.⁶ Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesine göre de "*Sözleşmenin devri, sözleşmeyi dev-*

² Ayrancı, 31.

³ Yüksek mahkeme, eski Borçlar Kanunu döneminde sözleşmenin devrine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında bu kurumun özelliklerini şu şekilde açıklamıştır: "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." Y3HD, 14.10.2004, 9645/10945, www.kazanci.com, 19.10.2015.

⁴ Oğuzman/Öz, 598. Ayrancı, 53. Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Işıntan/İpek/Yaşar/Koç, 103-104.

⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 834.

⁶ Ayrancı, 33.

ralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.”

Sözleşmenin devri, kanuni devir ve iradi devir olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın özünü devrin nasıl ve ne şekilde gerçekleştiği oluşturmaktadır.⁷ Sözleşmenin devri taraf iradelerinden bağımsız, hiçbir işleme gerek olmaksızın kanun gereği gerçekleşiyorsa kanuni devirden söz edilir. Sözleşmenin kanun gereği devri iki şekilde gerçekleşebilir. Şöyle ki, devir, doğrudan doğruya bir kanun hükmü nedeniyle meydana gelebileceği gibi sözleşmede kalan tarafın rızasına gerek olmaksızın da meydana gelebilir.⁸ Örneğin, İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği hükmü sözleşmenin kanuni devrine ilişkindir.⁹ Bunun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesine göre, kira akdinin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir nedenle el değiştirirse yeni malik kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olur. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu burada daha zayıf konumunda olan kiracıyı koruma amacı gütmüştür. Sözleşmenin kanuni devrine yönelik bir başka düzenleme Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 27. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, kiralayan kural olarak sözleşme konusu malın mülkiyetini üçüncü kişilere devredemez. Ancak, bu kural emredici nitelikte değildir. Taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilirler. Bu durumda ise malın mülkiyeti yalnızca finansal kiralama işi ile uğraşan bir başka kuruma devredilebilir.¹⁰

Sözleşmenin iradi devri ise sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan arasında bir hukuki işleme dayanılarak yapılan sözleşmedir. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmenin iradi devri gerçek anlamda bir sözleşmenin devridir.¹¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi sözleşmenin iradi devrini hüküm altına almıştır. Biz de,

⁷ Arslanoğlu, 536.

⁸ Ayrancı, 35, 71-75.

⁹ Özkaraca, 115. Ayrancı, 36. Cengiz, 6-7.

¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, 409.

¹¹ Ayrancı, 35.

çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmenin iradi devri kurumunu açıklamaya çalışacağız.

2. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devri, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir.¹² Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan bir anlaşmayla gerçekleşmektedir. O halde, sözleşmenin devri üç köşeli bir hukuki ilişki yaratmaktadır. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar üçüncü bir kişiye devredilmektedir.

Sözleşmenin devrine ilişkin iki teori bulunmaktadır. Bunlar, kombinasyon (parçalanma) ve birlik teorisidir. Kombinasyon teorisine göre, sözleşme alacak ve borçlar olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. Bunlar ise alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Ancak, bu teori doktrinde eleştirilmiştir. Zira, sözleşmeler sadece alacak ve borçlardan ibaret değildir. Alacak ve borçların yanı sıra yenilik doğuran hakları da içermektedir. Kombinasyon teorisine, sözleşmenin devrinde yenilik doğuran hakların geçişini açıklamaktan uzaktır. Ayrıca, bu teoride belirtilen alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yoluyla sözleşmenin devredilebileceği düşüncesi sözleşmede taraf konumunun değişmesini kapsamamaktadır.¹³ Bugün kabul gören birlik teorisine göre, sözleşme ilişkisi, alacak ve borçların yanı sıra başkaca hukuki durumlardan ve külfetlerden oluşan bir bütündür. Buna göre, sözleşmenin devri kendine özgü bir sözleşme olarak değerlendirilmeli ve taraf değişikliği tek bir işlemle gerçekleştirilmelidir.¹⁴

3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Özellikleri

A. Halefiyet İşlemi Olması

Halefiyet¹⁵, üçüncü bir kişinin borçlunun edimini alacaklıya ifa etmek suretiyle onu tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçerek,

¹² Eren, 1256. Demir, 44. Bahadır, 4. Oğuzman/Öz, 599. Nomer, 353. Tosun, 169.

¹³ Eren, 1256. Ayrancı, 41-49.

¹⁴ Ayrancı, 50-52. Bar/Clive, 1103.

¹⁵ Halefiyet konusunda detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Halefiyet, 3 vd.

onun borç ilişkisinden doğan asli ve fer'i haklarına halef olmasıdır.¹⁶ Diğer bir deyişle, halefiyet, mevcut bir sözleşme ilişkisine ayrılan tarafın yerine üçüncü bir kişinin taraf olmasıdır. Buna göre, halefiyet, borcun ifayla sona ermesi durumunun da bir istisnasıdır.¹⁷ Zira, borçlunun, alacaklıya olan borcu bu şekilde sona ermekte onun yerine ifada bulunan üçüncü kişiye olan borcu devam etmektedir.

Halefiyet, kanuni ve akdi (iradi) halefiyet olarak ikiye ayrılır. Türk Borçlar Kanunu sadece kanuni halefiyeti düzenlenmiştir. Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği akdi halefiyet de mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, akdi halefiyetin sadece sözleşmenin devri yoluyla olabileceğidir. Yani, taraflar kendi aralarında anlaşarak alacağı bir üçüncü kişiye devrettiklerinde burada taraf iradelerine dayanan bir sözleşmenin devri söz konusu olur.¹⁸

Sözleşme ilişkisinde halefiyetin mümkün olması için sözleşmenin devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Bir borç ilişkisinin devredilebilir olması o borç ilişkisinin aynileşmesi (eşyalaşması) demektir. Türk Borçlar Kanunu kural olarak sözleşmeyi akdeden tarafları sözleşmenin asli unsuru olarak kabul etmemektedir. Dolayısıyla, taraflardan birinin değişimi borç ilişkisinin ayniyetini zedelemeyiz. Zira, sözleşme ilişkisinin kurulma nedeni taraflar değil, başkaca unsurlardır. Buna karşın, taraflar kendi aralarında anlaşarak devir yasağı kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, bir borç ilişkisinde taraf değişikliği muhteva değişikliği olarak kabul edilmez. Ancak, alacak şahsa bağlı bir alacak ise sözleşmenin muhtevası da değişecektir.¹⁹

B. Tasarruf İşlemi Olması

Tasarruf işlemi, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyerek onu ortadan kaldıran, değiştiren ya da azaltan bir hukuki işlemdir.²⁰ Tasarruf işlemleri her zaman devri, yüklenmeyi veya feragati amaçlar. Mameleki değeri olmayan, şahsa sıkı sıkıya bağlar haklar veya kişilik hakları üzerinde herhangi bir tasarruf işlemi yapılamaz.

¹⁶ Eren, 931.

¹⁷ Kılıçoğlu, Halefiyet, 9. Eren, 931.

¹⁸ Kılıçoğlu, Halefiyet, 5. Eren, 931. Ayrancı, 56-57, 60.

¹⁹ Ayrancı, 58-64.

²⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 48. Ayiter, 13.

Tasarruf işlemlerinin konusu mülkiyet, eşya üzerindeki sınırlı ayni haklar ile Borçlar Hukukuna ilişkin alacaklar, haklar ve hukuki ilişkiler oluşturur.²¹ Taahhüt işlemleri ise bir hakka doğrudan doğruya müdahale etmeyen, malvarlığının aktifini değil pasif kısmını etkileyen işlemlerdir.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden taraf ile sözleşmede kalan taraf açısından bir tasarruf işlemidir. Şöyle ki, sözleşmeyi devreden, sözleşmedeki taraf sıfatını üçüncü bir kişiye bırakmakta, buna karşın kalan taraf, alacak haklarıyla ilgili olarak borçlu mamelekinin değişmesine izin vermektedir. Sözleşmeyi devralan açısından ise bir taahhüt işlemi söz konusudur. Burada devralan, sözleşmeyi devreden borçlarını yerine getireceğini taahhüt etmektedir.²²

Sözleşmenin devrinde taahhüt ve tasarruf işlemleri birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Sözleşmeyi devreden ve sözleşmede kalanın tasarruf işlemine bağlı bir taahhüt işlemi vardır.²³

4. Sözleşmenin Devrinin Şartları

Sözleşmenin devri bir tasarruf işlemidir. Bu tasarruf işleminin konusu ise sözleşme ilişkisinin taraf konumudur.²⁴ Sözleşmenin devriyle sözleşme üçüncü bir kişiye bütün hak ve borçlarıyla devredilmektedir. Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin devrini bir takım koşullara bağlamıştır. Bunlar geçerli ve devredilebilir bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve tarafların uygun irade beyanlarıdır. Aşağıda bu şartları açıklamaya çalışacağız.

A. Borç İlişkisinin Geçerli ve Devredilebilir Nitelik Taşınması

Sözleşmenin devredilebilmesi için ortada geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır. Sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları kurulur. Ayrıca sözleşmenin kanuna ve ahlaka aykırı olmaması, konusunun imkânsız olmaması gerekir. Askıda geçerli olan bir sözleşme de devredilebilir. Buna karşın, henüz var olmayan, ileride

²¹ Ayrancı, 65.

²² Ayrancı, 67. Bahadır, 5-6.

²³ Ayrancı, 66-68.

²⁴ Ayrancı, 92.

kurulması muhtemel bir sözleşmenin devri mümkün değildir. Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da sözleşmenin devrinin konusu olamaz. Devir için sözleşmenin türü önemlidir.²⁵

Sözleşmenin devredilebilmesi için geçerli bir borç ilişkisinin yanı sıra bu borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Örneğin, şahsa bağlı borç ilişkileri devredilemez.²⁶ Bazı durumlarda taraflar sözleşmenin devrini kendi aralarında anlaşarak da yasaklayabilirler. Ancak daha sonra bu yasak kaldırılırsa sözleşme yine devredilebilecektir. Türk Borçlar Kanununun 205. maddesinin 4. fıkrasında “*Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.*” hükmü düzenlenmektedir. Buna göre kanundan doğan halefiyet halleri ile özel hükümler sözleşmenin devrine tabi değildir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu’nun 599. maddesine göre mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar.²⁷ Burada sözleşmenin devri hükümleri uygulanmaz.

Devrilemeyen bir sözleşme ilişkisi daha sonra devrilebilir bir nitelik kazansa da sözleşmenin devri geçerli olmaz. Zira bu işlem baştan itibaren geçersizdir.²⁸

Sözleşme bazen kendi özelliği nedeniyle de devredilemeyebilir. Burada herhangi bir kanuni veya iradi devri yasağı yoktur. Böyle bir durum sözleşmenin ifasının tarafların kişisel özelliklerinin büyük ölçüde bağlı olduğu hallerde söz konusu olur. Örneğin, ünlü bir marangozla anlaşılan X, talep ettiği edimin ifasını sadece o marangozdan beklemektedir. Zira, marangozun kişisel becerileri sözleşmenin kurulmasında etkili olmuştur. Böyle bir durumda marangozun sözleşmeyi alelade birine devretmesi mümkün olmayacaktır.

B. Tarafların Uygun İrade Beyanları

Sözleşmenin iradi devri için sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Nitekim, bu durum sözleşmenin devrinin üç taraflı kendine

²⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 835. Ayrancı, 92-94.

²⁶ Yavuz, Şerh, 1019.

²⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 837. Bu konuda başkaca örnekler için bkz. Nomer, 354.

²⁸ Ayrancı, 97.

özgü yapısının da bir sonucudur. Türk Borçlar Kanunu'nun 205/2. fıkrasına göre "Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafta önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir." Eğer sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine önceden verilmiş bir izni yoksa devreden ve devralan taraflar arasında yapılan sözleşme, sözleşmede kalan için öneri niteliğindedir. Sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devri için kurucu unsurdur.²⁹ Sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrine önceden izin vermişse sözleşmeyi devreden taraf ile devralan taraf arasında yapılan anlaşma ile devir meydana gelecektir. Burada üzerinde durulması gereken husus sözleşmenin devrine önceden rıza gösteren tarafın devirden haberdar edilip edilmemesidir. Kanunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak devre önceden izin veren sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devrinin hüküm ve sonuç doğurmasını kendisine yapılacak ihbar koşuluna bağlayabilir. Böyle bir durumda sözleşmede kalan tarafa ihbar yapılmadıkça sözleşmenin devri gündeme gelmez. Herhangi bir şart öngörülmediyse eğer sözleşmede kalan taraf bu belirsizliğe katlanır. Sözleşmede kalan taraf sadece sözleşmenin devrine kadar bu izni her zaman geri alabilir.³⁰ Kanımızca kanun koyucu burada bir düzenlemeye gitmeli ve devre önceden rıza gösteren tarafın belirsizlik içinde kalmasını önlemelidir. Örneğin Macaristan Medeni Kanunu'nda bu durum düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devri için önceden izin verirse sözleşmenin devri bu durumun kalan tarafa bildirmesiyle gerçekleşir. Yine İtalyan Medeni Kanunu'nun 1407. maddesinde sözleşmenin devrine önceden izin veren tarafa bildirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Benzer bir düzenlemenin Türk Borçlar Kanunu için de yapılması gerektiği görüşünderiz.

Sözleşmenin devri için sözleşmenin her üç tarafının da rızasının olması gerektiğini belirttik. Bu rızanın zımni şekilde verilmesine herhangi bir yasal engel yoktur. Ancak, sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Eğer sözleşme yazılı şekilde yapılmalıysa burada zımni iradi beyanı geçerli olmaz.³¹

²⁹ Ayrancı, 102-104. Bahadır, 17.

³⁰ Ayrancı, 106, 108. Tosun, 171.

³¹ Ayrancı, 110. Cengiz, 24. Yavuz, Şerh, 1020.

5. Sözleşmenin Devrinde Şekil

Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin 3. fıkrasına göre "Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır." Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere devrin geçerliliği devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabidir. Devre konu olan sözleşme özel bir şekil şartına bağlıysa devir sözleşmesi de bu şekilde yapılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmede kalan taraf devir işlemine önceden izin veya sonradan onay verebilir. Bu husus doktrinde sözleşmenin devrinin bağlı olduğu şekil şartı konusunda çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Nitekim, kanunda sadece sözleşmenin devrinin geçerliliğinin devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabi olduğu belirtilmektedir. Buna karşın, sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine önceden izin vermesinin veya sonradan onaylamasının hangi şekilde yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Burada sözleşmede kalanın, devre gösterdiği rızanın sözleşmenin şekline tabi olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, TBK m. 205/2 ile TBK m. 205/3 arasında bir çelişki vardır ve bu çelişki örtülü boşluğa neden olmaktadır. Böyle bir durumda da bir hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı yorum esas alınarak sözleşmede kalan tarafın izin veya onayını açıklarken, devreden ve devralanın uymak zorunda olduğu şekil şartına uyması gerekmez.³² Diğer bir görüşe göre ise şekil şartı tarafları korumak için öngörülmüştür. Dolayısıyla sözleşmede kalan taraf rızasını açıklarken TBK m.205/3'e uymalıdır.³³ Bizce, birinci görüş daha isabetlidir. Nitekim, kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır (Oysa TBK m198/2'de kanun koyucu açıkça yazılı şekil şartını aramıştır.) Dolayısıyla uygulamada yaşanabilecek sıkıntıları ortadan kaldırmak için sözleşmede kalan tarafın rızasının herhangi bir şekle bağlanmaması daha yerinde olacaktır.

Kanun'un 17. maddesine göre taraflar şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belli bir şekilde örneğin yazılı şekilde yapmaya karar verirlerse, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme taraflar açısından bağlayıcı olmaz. Böyle bir sözleşmenin devri de tarafların öngördüğü şekil şartına uyularak yapılmalıdır. Aksi halde geçerli olmayacaktır.

³² Oğuzman/Öz, 600.

³³ Yavuz, Şerh, 1022. Yavuz, Değişiklikler, 274.

6. Sözleşmenin Devrinin Meydana Geldiği An

Sözleşmenin devrinin meydana geldiğini anı açıklayan iki teori vardır. Bunlar tasarruf teorisi ve sözleşme teorisidir. Tasarruf teorisine göre sözleşmeyi devreden ve devralan tarafın anlaşmasıyla sözleşme devredilir. Zira bu teoriye göre sözleşmede kalan tarafın beyanı sadece onay niteliğindedir ve geriye etkili sonuç doğurur. Doktrinde bu teori eleştirilmektedir. Nitekim, sözleşmede kalan tarafın rızasının geriye etkili sonuçlar doğurması özellikle ani edimli sözleşmelerde sözleşmede kalan tarafın hangi andan itibaren başka bir kişiyle muhatap olduğunu bilme şansını elinden alır. Ayrıca sözleşmede kalan tarafın rızasının geriye etkili sonuçlar doğurması sözleşmeden doğan hak ve borçların devir sözleşmesine göre belirlenmesi gerektiği amacına da ters düşer.³⁴

Sözleşme teorisine göre ise sözleşmenin devri üç taraflı bir hukuki işlem olduğundan her üç tarafın rızasını beyan ettiği an sözleşmenin devredildiği andır. Zira, bu teoriye göre sözleşmenin devrinde her üç tarafın da rızası kurucu niteliktedir.³⁵

7. Sözleşmenin Devrinin Sonuçları

A. Taraflar Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devriyle sözleşmedeki taraf olma sıfatı devreden yandan devralana geçer. Sözleşmenin devri devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf açısından bazı sonuçlar doğurur. Öncelikle, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devralana bırakmaktadır. Sözleşmenin devrinden önce doğan tüm alacak ve borçlardan devreden taraf sorumludur. Doktrindeki bir görüşe göre sözleşmeyi devreden tarafın devirden önce doğmuş olan borçları devralan tarafından yerine getirilmişse; devralan devredene karşı sebepsiz zenginleşme olgusunu ileri sürülebilir.³⁶ Sözleşmeyi devreden taraf, sözleşmedeki konumunu kaybeder. Dolayısıyla sözleşmede kalan tarafa olan sorumlulukları sona erer. Sözleşmeyi devralan taraf sadece var olan hakları değil gelecekte do-

³⁴ Ayrancı, 147-148.

³⁵ Ayrancı, 148-149.

³⁶ Ayrancı, 120.

ğacak hak ve borçları da devralmış olur. Sözleşmenin devriyle birlikte asıl sözleşmenin kurulması aşamasından doğan hukuki sonuçlar artık devralan tarafı ilgilendirir. Buna göre, sözleşmeyi devralan taraf asıl sözleşmenin kurulması sırasındaki şartlardan anlaşılabilir irade beyanlarının yorumunu kabul etmelidir.³⁷

B. Borç İlişkileri Bakımından Sonuçları

Sözleşmenin devriyle birlikte devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkar ve onun yerini sözleşmeyi devralan taraf alır. Sözleşmenin devri sonucunda sözleşmeyi devreden taraf sözleşmeden doğan tüm hak ve borçları devralana bırakmaktadır. Burada önem arz eden konulardan biri yenilik doğuran hakların³⁸ durumudur. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı bir hukuki işlemle bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklikler meydana getirebilme yetkisi veren haklar olarak tanımlanmaktadır.³⁹ Yenilik doğuran haklar, doğuş nedenlerine (sözleşmeden veya kanundan doğabilir), içeriklerine (kurucu, değiştirici, bozucu yenilik doğuran haklar), etki ve sonuçlarına (özel yenilik doğuran haklar, yenilik doğuran dava hakları) göre çeşitli türlere ayrılır.⁴⁰ Sözleşmenin devriyle birlikte yenilik doğuran hakların da devredilip devredilemeyeceği konusuna geçmeden önce bu hakların devredilip devredilemeyeceği sorusu irdelenmelidir. Doktrindeki baskın görüşe göre, yenilik doğuran hakkın sahibinin bu hakkın devrinde menfaati olduğu hallerde sözleşme özgürlüğü gereği yenilik doğuran haklarını üçüncü bir kişiye devredebilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus yenilik doğuran hakların devrine engel olan özellikli bir durumun olup olmadığıdır. Örneğin, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda (bağışlamayı geri alma) veya devir yasağı olan durumlarda hak sahipliğinde değişiklik mümkün değildir.⁴¹

Sözleşmenin devriyle birlikte alacak ve borçların yanı sıra yenilik

³⁷ Ayrancı, 117-119.

³⁸ Yenilik doğuran haklar konusunda detaylı bilgi için bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 55 vd.

³⁹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 57. Ayrıca bkz. Eren, 61. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.

⁴⁰ Eren, 62-65.

⁴¹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 267-275. Eren, 69.

doğuran haklar da sözleşmeyi devralan tarafa geçer. Ayrıca, sözleşmenin devriyle birlikte iptal, dönme, fesih gibi yenilik doğuran haklar da sözleşmeyi devralan tarafa geçer.⁴² Ancak, sözleşmenin iptaliyle birlikte sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Böyle bir durumda alınanların iadesi gündeme gelir. Bu iadenin sözleşmeyi devredene mi yoksa devralana mı yapılacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konu özellikle sürekli borç ilişkilerinde önem arz etmektedir. Sözleşmenin devrinde iptal hakkı da devralana geçeceğinden bu hak gerek anı edimli sözleşmelerde gerekse de sürekli sözleşmelerde devralan tarafından kullanılacaktır.⁴³ Sözleşmenin iptaliyle birlikte iade sözleşmeyi devredenle devralan arasında mı yoksa sözleşmeyi devredenle veya sözleşmeyi devralanla sözleşmede kalan arasında mı olacaktır? Doktrinde bu durum “üçlü ilişkilerde sebepsiz zenginleşme” sorunu olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁴ İptal hakkını sözleşmeyi devralan tarafından kullanılır. Dolayısıyla iade yükümlüsü veya alacaklısı da iptal hakkını kullanan devralan taraf olacaktır. Sözleşmeyi devreden taraf açısından iade yükümlülüğü veya talebinin nasıl olacağı sorusu gündeme gelebilir. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmeyi devreden, sözleşmenin devri işlemini irade sakatlığı hallerine dayanarak iptal etmeli ve edimlerin iadesini sözleşmeyi devralan taraftan talep etmelidir.⁴⁵ Burada bir yıllık hak düşürücü süre sözleşmeyi devredenin irade sakatlığını öğrendiği andan itibaren başlar. Eğer, sözleşmeyi devreden devir anında irade sakatlığından habersizse, hak düşürücü süre devralan esas alınarak belirlenir.⁴⁶

Sözleşmenin devriyle birlikte def'i hakları da sözleşmeyi devralana geçer.

Sözleşmenin devriyle tüm alacak ve borçlar, yenilik doğuran haklar ve def'ilerin yanı sıra kefalet, rehin gibi fer'i haklar da sözleşmeyi devralana geçer. Doktrindeki bir görüşe, bir kıyas yapılarak TBK m.198/2 hükmü burada uygulanmalıdır.⁴⁷ Anılan düzenlemeye göre “*Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve ke-*

⁴² Ayrancı, 132-133. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 355. Eren, 1255. Tosun, 172.

⁴³ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363.

⁴⁴ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 360.

⁴⁵ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363.

⁴⁶ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 363. Ayrancı, 142.

⁴⁷ Tosun, 173.

filin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.” Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca, TBK m.198/2 ile TBK m.205 arasında kıyas yapılmasını gerektiren bir durum yoktur. Sözleşmenin devri kanunda açıkça düzenlenmiş ve bu devirle birlikte sözleşmeye bağlı tüm hak ve borçların sözleşmeyi devralana geçeceği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken ferî hakların özel düzenlemelerine ilişkin hükümlerdir. Kefalet sözleşmesi TBK m.253’e göre yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz. O halde, sözleşmenin devrinde de bu yazılı şekil şartı kefil için aranmalıdır.

8. Sözleşmenin Devrinin Özellikli Düzenlenmeleri: İş Sözleşmesinin Devri ve Kira Sözleşmesinin Devri

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu’nun 205.maddesinde genel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinin özel iki ayrı düzenlemesi de mevcuttur. Bunlar iş sözleşmesinin devri (m.429) ve kira sözleşmesinin devridir (m.323). Bu iki düzenleme TBK m.205’e göre özel hüküm niteliğindedir. Aşağıda genel hatlarıyla bu iki hükmü incelemeye çalışacağız.

a. İş Sözleşmesinin Devri

İş sözleşmesinin bir bütün olarak yani hak ve borçlarıyla birlikte başka bir işverene sürekli bir biçimde devredilmesi İş Kanunu’nda düzenlenmemiştir. Eski Borçlar Kanunu’nda da bu yönde açık bir düzenleme olmamasına karşın doktrin ve Yargıtay, Kanun’un 320. maddesini iş sözleşmesinin iradi devri için hukuki bir dayanak olarak kabul etmekteydi.⁴⁸ Türk Borçlar Kanunu ise sözleşmenin devrini 429. maddede düzenlemektedir. Buna göre “*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.*” Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesi sözleşmenin devrini genel olarak, 429. maddesi ise iş sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemektedir.

⁴⁸ Eski Borçlar Kanunu dönemindeki iş sözleşmesinin devrine ilişkin düzenlemeler konusunda detaylı bilgi için bkz. Arslanoğlu, 533-546. Özkaraca, 113-134. Çankaya/Çil, 637-703.

İş sözleşmesinin devri üç taraflı kendine özgü bir sözleşme ile gerçekleşir. Bu sözleşmenin tarafları iş sözleşmesini devreden işveren, devralan işveren ve işçidir. Yüksek mahkeme de vermiş olduğu bir kararında⁴⁹ bu durumu şu şekilde nitelendirmektedir: “..hizmet akdi devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Başka bir anlatımla, devreden ve devralan işveren ile devredilen işçinin hizmet akdinin devri konusunda üçlü olarak anlaşmaları gerekir..”

İş sözleşmesinin devredilebilmesi için öncelikle geçerli ve devam eden bir iş sözleşmesi bulunmalıdır.⁵⁰ İş sözleşmesinin türü (belirsiz süreli- belirli süreli, kısmi süreli- tam süreli iş sözleşmesi vb.) iş sözleşmesinin devrinde önem taşımamaktadır. İş sözleşmeleri fesih bildirim süresi içinde devam ettiğinden bu zaman diliminde de devredilmeleri mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızasını aramaktadır. Buna karşın, kanun iş sözleşmesini devreden ve devralan işverenler açısından bir zorunluluk öngörmemiştir. Böyle bir durumda iş sözleşmesinin devri için herhangi bir hükme yer verilmediğinden hareketle devreden ve devralan işverenler açısından bir şekil şartının olmadığından söz etmenin yerinde olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. İş sözleşmesinin devri üç tarafın da anlaşmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Hukuki belirsizliklerin önüne geçmek için devreden ve devralan arasında yapılan ve işçinin rıza gösterdiği sözleşmenin yazılı olması gerekmektedir.⁵¹ Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin yazılı rızası alınmadan başka bir işveren emrinde çalışması TBK m.206'ya göre sözleşmeye katılma olarak kabul edilmelidir. Zira, Türk Borçlar Kanunu açıkça işçinin yazılı rızasını aradığından böyle bir durumda zımni/örtülü bir rızadan söz etmek yerinde olmaz.⁵²

⁴⁹ Y9HD, 12.7.2006, 1892/20661, Özkaraca, 122. Ayrıca bkz. Cengiz, 107-115.

⁵⁰ Y9HD, 27.2.2006, 22422/664, Yenisey, Değerlendirme 2006, 40.

⁵¹ Süzek, 359. Alpagut, 924-925. Caniklioğlu, 108. Aksi görüşte, Cengiz, 58. Yazara göre, kanunda devreden ve devralan tarafın irade beyanlarına ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak, TBK 205/3 gereği devredilmek istenen sözleşme şekil şartına tabiyse devir sözleşmesi de şekil şartına tabi olacaktır. Böyle bir şekil zorunluluğu yoksa devreden ve devralan işverenlerin irade beyanlarının zımni olarak da açıklanması mümkündür.

⁵² Alpagut, 922. Caniklioğlu, 107.

İş sözleşmesinin devri işçinin yazılı rızasına bağlıdır.⁵³ Kanun her ne kadar böyle bir zorunluluktan söz etse de bu rızanın ne zaman alınması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre TBK m.205'in açık düzenlemesi ve TBK m. 429'da rızanın açıklanacağı zamanla ilgili herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle işçinin rızasının devir sözleşmesinden önceki bir tarihte alınması ve hatta iş sözleşmesi yapılırken böyle bir devre rıza göstermesi mümkündür.⁵⁴ Biz, bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim, işçi iş akdinin güçsüz tarafıdır. İş sözleşmesi yapılırken böyle bir izin alınması işçiyi hukuki belirsizliğin içine sokar. Zira, iş sözleşmesinin devri ile iş akdi tüm hak ve borçlarıyla yeni bir işveren geçmektedir. İşçinin iş güvencesi kapsamı dışındaki bir işyerinde çalışmaya başlaması, devralan işverenin mali açıdan zayıf olması işçinin haklarını tehdit eder. İşçinin böyle bir belirsizlik içine sokulması İş Hukukunun ruhuyla da bağdaşmamaktadır. Bunun yanı sıra, İş Kanunu'nun 7. maddesinde geçici (ödünc) iş ilişkisi düzenlenmektedir. Geçici iş ilişkisi kurulabilmesi için işçinin devir sırasında yazılı onayı alınmalıdır. Geçici bir iş ilişkisinde işçinin rızası devir sırasında alındığına göre iş sözleşmesinin sürekli devrinde bu rızanın devir sırasında alınması gerektiği öncelikli olarak kabul edilmelidir.⁵⁵ Yargıtay da iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının devir anında ortaya çıkması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶

İşçinin iş sözleşmesinin devrine rıza göstermemesi işverence sözleşmesinin feshine geçerli veya haklı bir dayanak oluşturmaz. Yüksek mahkemenin bir kararına⁵⁷ göre de "... Somut olayda hizmet akdinin devri söz konusu ise davacının bu devre muvafakat etmediği anlaşılmaktadır. Böyle olunca hizmet akdi devrinden söz edilemeyeceğinden davacının yeni işverenin yanında işe devam etmediğinden

⁵³ TBK m. 429'un TBK m.205'ten farklı bir düzenleme getirmesinin eleştirisi için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 837.

⁵⁴ Cengiz, 51, 72.

⁵⁵ Bu yönde bkz. Süzek, 358. Alpagut, 923. Caniklioğlu, 107. Çankaya-Çil, 523. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 165. Özkaraca, 124.

⁵⁶ Y9HD, 16.6.2008, 41042/15622, Çankaya/Çil, 643. Doktrinde, şirket topluluğu veya aynı holding bünyesi içinde olmak şartıyla iş sözleşmesinin iradi devrine ilişkin işçinin rızasının önceden alınabileceği ve bu yöndeki kayıtların geçerli olduğu; tamamen farklı bir işverene devir söz konusu olduğunda rızanın devir sırasında alınması gerektiği yönünde görüşler vardır. Bu konuda bkz. Cengiz, 69,72-74. Alp, 198-199.

⁵⁷ Y9HD, 12.7.2006, 1892/20661, Çankaya/Çil, 685-686.

söz edilerek akdinin haklı nedenlerle feshedilmesi mümkün değildir.” Benzer şekilde, iş sözleşmesinin devrini kabul etmeyen işçiye karşı İş Kanunu’nun 22. maddesi uygulanamaz. İşveren, iş sözleşmesinin devrini esaslı bir değişiklik olarak kabul edip buna dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshedemez. İşçi, iş sözleşmesinin devrini kabul etmezse İş Kanunu’nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapıldığını iddia ederek feshedebilir.⁵⁸ Bunun yanı sıra, iş sözleşmesinin devrini kabul etmeyen işçi, bağlı olduğu işvereni temerrüde düşürebilir.

İş sözleşmesinin devrine rıza göstermeyen işçi iş sözleşmesini devretmek isteyen işverenin yanında çalışmasını sürdürmek ister; buna karşın işveren işçiyi çalıştırmak istemezse, Yargıtay iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği kabul etmektedir.⁵⁹

İş sözleşmesinin devriyle iş sözleşmesinin taraflardan biri olan işveren değişmekte ve sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar devralana geçmektedir. İş sözleşmesinin devri fesih sonucu doğurmaz. Bu nedenle işçi iş sözleşmesinin devrini gerekçe göstererek kıdem ve ihbar tazminatı talep edemez.⁶⁰ İş sözleşmesinin devri devreden işveren yerine devralan işverenin sözleşmeye girdiği bir taraf değişikliğidir. Dolayısıyla, devir işlemiyle devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. İşçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin gibi) ise devreden işveren yanında işe başladığı tarih temel alınır.⁶¹

b. Kira Sözleşmesinin Devri

Türk Borçlar Kanunu’nun 323. maddesinde kira sözleşmesinin devri⁶² özel olarak düzenlenmektedir. Kanun koyucu “kira sözleşme-

⁵⁸ Özkaraca, 130-132. Cengiz, 66-68.

⁵⁹ Süzek, 359. Özkaraca, 131. Kocagil, 50-52.

⁶⁰ Y9HD, 14.3.2001, 225/3914, Özkaraca, 129.

⁶¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Süzek*, 359-360. Caniklioğlu, 108-109. Alpagut, 925-927. Cengiz, 129-144. Devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlu olup olmayacaklarına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Buna karşın, doktrinde, iş akdinin devri ile işyerinin devri arasında bir kıyas yapılması gerektiği (TBK m.428/3, TBK m.429, İK m.6/3) ve devreden ve devralan işverenlerin iki yıl süreyle müteselsil sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu görüş için bkz. Süzek, 360. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 166. Alpagut, 927. Cengiz, 129.

⁶² Kira sözleşmesinin devri konusunda detaylı bilgi için bkz. Topuz/Canbolat, 97-134.

si" yerine "kira ilişkisi" ifadesini kullanmıştır. Ancak, biz açıklamalarımızda kira sözleşmesinin devri kavramını kullanacağız. TBK m.323'e göre "Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur."

Kira sözleşmesinin devriyle birlikte devreden kiracı sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve yerine üçüncü bir kişi geçer. Sözleşmeyi devralan yeni kiracı (üçüncü kişi) kira sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla yeni tarafı olur. Burada kiraya verenin sözleşmeyi devretmesi hali düzenlenmemiştir. TBK m.323'te kiracının kira sözleşmesini devretmesi hükme bağlanmıştır. Kanunda kira türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, konut, işyeri veya taşınır kirasının devri bu TBK m.323'e tabidir.⁶³

Kira sözleşmesinin devredilebilmesi için kanun bazı şartlar aramıştır. Öncelikle, ortada geçerli ve devam eden bir kira sözleşmesi olmalıdır.

Kira sözleşmesinin devrinde kiraya verenin yazılı rızası aranır. Rıza, değiştirici yenilik doğuran bir etkiye sahiptir. Zira rızanın verilmesiyle birlikte kira sözleşmesinin devri gerçekleşmektedir. Rızanın, değiştirici yenilik doğurucu etkisi nedeniyle bu beyandan dönülemez veya bu beyan şarta bağlanamaz.⁶⁴ Rızanın beyanın ne zaman verilmesi konusunda TBK 323. maddede herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK'nın 205. maddesi TBK'nın 323. maddesine göre genel hüküm niteliğindedir. O halde, kiraya veren rızasını devir sözleşmesi yapılmadan önce, sözleşme yapılırken veya sözleşme yapıldıktan sonra verebilir. Kanun koyucu bu rızanın yazılı şekilde verilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. O halde yazılı şekil sözleşmenin devrinde geçerlilik şartıdır. TBK m.323/1'in ikinci cümlesinde kiraya verenin işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmayaacağı ifade edilmiştir. Tersine bir yorumla, konut ve diğer kira ilişkile-

⁶³ Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 471.

⁶⁴ Eren, Özel Hükümler, 390. Yavuz, Şerh 474.

rinde kiraya verenin sözleşmenin devrine rıza vermesi zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁵ Haklı sebep nedenleri kanunda gösterilmemiştir. Bu yüzden dürüstlük kuralları çerçevesinde somut olaya göre yorum yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, kira sözleşmesini devralan üçüncü kişinin yeterli ödeme gücünün olmadığına bilinmesi, kiralananda yapılacak işin hukuka ve ahlaka aykırı olması gibi nedenler haklı neden olarak nitelendirilebilir.⁶⁶

Kira sözleşmesinin devriyle birlikte kira sözleşmesi devralan üçüncü kişiye geçer. Kira sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla sözleşmeyi devralan tarafa geçer.⁶⁷ Devreden eski kiracı ise, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. Ancak, işyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin sona ereceği tarihe kadar ve fakat en fazla iki yıl süreyle sözleşmeyi devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur.⁶⁸

9. Sözleşmenin Devrinin Benzer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması

A. Yeni Bir Sözleşmenin Kurulması ve Sözleşmenin Devri

Sözleşmenin devri, sözleşme ilişkisinin içeriğinde değil taraflarında değişikliğe neden olur. Dolayısıyla, sözleşmenin devriyle sözleşme sona ermez. Burada sözleşmenin devamında belirleyici olan husus sözleşmenin ayniyetinin değişmemesidir. Sözleşme devredildikten sonra sözleşmenin yan yükümlülüklerine ilişkin noktalarda değişiklik yapılması yeni bir sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmeyecektir.

Yeni bir sözleşmenin kurulmasıyla devreden taraf ile bağlı olarak varlığını devam ettiren ibra, zamanaşımı, erteleme gibi hukuki durumlar sona erer.⁶⁹

⁶⁵ Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 474.

⁶⁶ Bu konuda bkz. Eren, Özel Hükümler, 390-391. Topuz/Canbolat, 110-111.

⁶⁷ "Yukarıda sözü edilen belgeden, kira sözleşmesinde kiralayanın 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 yüklenildiğinin" kabulü gerekecektir..." , Y3HD, 14.10.2004, 9625/10945, (www.kazanci.com, 1.10.2015).

⁶⁸ Devralan, devreden kiracının borçlarını da üstlenmişse, devreden kiracının borçlarının sona ermesi gerektiği görüşü için bkz. Eren, Özel Hükümler, 392.

⁶⁹ Ayrancı, 83-85.

B. Sözleşmeye Katılma ve Sözleşmenin Devri

Sözleşmeye katılma ilk kez Türk Borçlar Kanunu'nun Beşinci Bölümünün Üçüncü Ayrımında 206. maddede düzenlenmektedir. Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye, sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak için katılan taraf ile sözleşmenin tarafları arasında yapılan bir sözleşmedir.⁷⁰ Sözleşmeye katılmada, sözleşmenin taraflarından biri sözleşmeden ayrılmamaktadır. Yani, sözleşmenin tarafları üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulmamaktadır. Zira, sözleşmenin tarafları sözleşmede kalmakta, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere üçüncü bir kişi eklenmektedir. Kısacası, sözleşmeye katılma, sözleşmedeki taraf sayısını arttırmaktadır.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma arasında ciddi farklılıklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin devrinde bir borç ilişkisi üçüncü bir kişiye devredilmektedir. Sözleşmeye katılmada ise mevcut bir sözleşmeye üçüncü bir kişi dâhil olmaktadır.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ve devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafın önceden verilen iznine dayanan veya sonradan onayladığı anlaşmaya dayanarak gerçekleşir. Buna karşın, sözleşmeye katılma sözleşmesinde mevcut borç ilişkisinin tarafları ve üçüncü kişi arasında bir sözleşme akdedilmelidir. Kanun koyucu sözleşmeye katılmada önceden verilen izin veya sonradan onaylama şeklinde bir düzenleme öngörmemiştir.

C. Yenileme ve Sözleşmenin Devri

Yenileme, Türk Borçlar Kanunu'nda m.133-134 arasında düzenlenen ve borcu sona erdiren nedenlerden biridir. Yenileme, borcun yeni bir borç yaratılarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁷¹ Borcun yenilenmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılan yenileme sözleşmesiyle gerçekleşir. Sözleşmenin yenilenmesiyle mevcut borç ilişkisi sona erer ve alacaklı ile borçlunun anlaşmasıyla yeni bir sözleş-

⁷⁰ Çabri, 166. Oğuzman/Öz, 603. Bahadır, 22. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 838. Eren, 1256. Yavuz, Değişiklikler, 280.

⁷¹ Yenileme konusunda detaylı bilgi için bkz. Koyuncuoğlu, 50 vd. Yücer, Yenileme, 233-259.

me ilişkisi kurulur. Mevcut borcun yerini alan yeni borcun hukuksal sebepleri farklı olmalıdır. Ancak bu durum her iki borcun hukuksal sebeplerinin aynı ya da benzer olmasına engel değildir.⁷² Sözleşmenin yenilenmesi için yenileme iradesinin açık ve kesin olarak beyan edilmesi gerekir. Yenilemeyle birlikte eski borç sona erer ve yerine yeni bir borç doğar. Bunun bir sonucu olarak da eski borca ait fer'i haklar, defiler sona erer.

Sözleşmenin devri ve yenileme birbirinden farklı kavramlardır. Yenileme, sözleşmenin devrinin aksine halefiyet sonucunu doğurmaz. Yenilemede sözleşme sona ermekte ve yerine yeni bir sözleşme kurulmaktadır. Sözleşmenin devriyle sözleşme sona ermez. Sözleşmenin devrinde amaçlanan taraf değişikliğidir. Devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmakta ve yerini üçüncü bir kişiye bırakmaktadır. Sözleşmenin devrinde mevcut ilişki değişikliğe uğramaz. Oysa yenilemede, borç sözleşmenin tarafları arasında sona ermekte ve yerine yeni bir borç yaratılmaktadır. Burada bir taraf değişikliği söz konusu değildir.⁷³

D. Alt Sözleşme ve Sözleşmenin Devri

Alt sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşın, kanunda düzenlenen diğer sözleşmelerle hükme bağlanmış, doktrin ve uygulamada kabul edilmiştir. Alt sözleşme, asıl sözleşmeden farklı olmakla birlikte asıl sözleşmeyle sıkı bir bağlantı içindedir. Zira, alt sözleşmelerde üçüncü bir kişi daha önce kurulmuş başka bir sözleşmenin (asıl sözleşmenin) taraflarından biriyle, asıl sözleşmenin diğer tarafıyla herhangi bir ilişkiye girmeksizin aynı içerikli başka bir sözleşme kurmaktadır.⁷⁴ Asıl sözleşme ve alt sözleşme aynı anda varlığını sürdürmektedir. Ancak burada bir taraf her iki sözleşmeye de taraf olmaktadır. Bu anlamda, alt sözleşme asıl sözleşmenin bir görünümü veya asıl sözleşmenin yanında yer alan ek bir sözleşme olarak nitelendirilebilir.⁷⁵ Alt kira, alt vekâlet sözleşmeleri alt sözleşmeye örnek olarak verilebilir.

⁷² Kılıçoğlu, 849.

⁷³ Ayrancı, 79.

⁷⁴ Akipek, 83. Yücer, Alt Kira, 794.

⁷⁵ Ayrancı, 80. Akipek, 86.

Sözleşmenin devri alt sözleşmeden farklıdır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devreden taraf sözleşme ilişkisinden çıkmakta ve yerini sözleşmeyi devralana bırakmaktadır. Oysa alt sözleşmede sözleşme ilişkisinden kimse ayrılmayıp yerini üçüncü bir kişiye bırakmaktadır. Ayrıca, alt sözleşmede birbirleriyle etkileşim halinde olsalar dahi iki farklı sözleşme bulunmaktadır. Buna karşın, sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar üçüncü bir kişiye devrolmaktadır.⁷⁶

Sözleşmenin devri için mutlaka sözleşmede kalan tarafın rızası gerekir. Buna karşın, alt sözleşmenin kurulması için her zaman diğer tarafın rızasına gerekmez.⁷⁷

E. Alacağın Devri ve Sözleşmenin Devri

Türk Borçlar Kanunu, eski Borçlar Kanunu'nun aksine "alacağın temlik" yerine "alacağın devri" kavramını kullanmıştır. Alacağın devri⁷⁸, Kanun'un 183-194. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Buna göre, alacaklı, kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça borçlunun rızasına gerek duymaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın devrinin geçerliliği kural olarak yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Devir, ister kanun hükmü, sözleşme veya yargı karar dayansın niteliği itibarıyla üçlü ilişkiye dayanan bir hukuksal kurumdur.⁷⁹

Alacağın devrinde, mevcut bir alacağın alacaklısı değişmektedir. Alacağın devriyle alacak üçüncü bir kişiye geçer. Bu devir, alacaklının değişmesi dışında alacağın varlığında herhangi bir değişikliğe yol açmaz.⁸⁰

Alacağın devri, sözleşmenin devrinden farklıdır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşme ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçer. Alacağın devrinin konusu sözleşme ilişkisi değil, alacak hakkının kendisidir. Alacağın devrinde ise bir borç

⁷⁶ Ayrancı, 80-81. Yücer, Alt Kira, 825.

⁷⁷ Ayrancı, 81.

⁷⁸ Alacağın Devri konusunda detaylı bilgi için bkz. Kocaman, Alacağın Temlik, 10 vd.

⁷⁹ Kocaman, Üçlü Borç İlişkileri, 251-253, 258-262.

⁸⁰ Eren, 1224.

ilişkisinden doğan alacağın tamamı veya bir kısmı üçüncü kişiye devredilir. Alacağın devrinde, alacağa bağlı yenilik doğuran haklar alacağı devralana geçer. Buna karşın, sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar devralana geçmez.⁸¹ Alacağın devrinde alacağa bağlı yan haklar devralana geçer.⁸² Sözleşmenin devrinde ise sözleşmeden doğan haklar, borçlar, defiler ve yenilik doğuran haklar sözleşmeyi devralana geçer.

Alacağın devrinde, alacaklı borçlunun rızasını almadan alacak hakkını üçüncü bir kişiye devredebilir. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devri için kurucu bir unsurdur.

F. Borcun İç Üstlenilmesi ve Sözleşmenin Devri

Borcun üstlenilmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 195-204. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Eski Borçlar Kanunu "borcun nakli" terimini kullanırken yeni kanun bunun karşılığı olarak "borcun üstlenilmesi" kavramını tercih etmiştir. Borcun iç sözleşmesi borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesiyle üçüncü kişi borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğü altına girer. Borcun iç üstlenilmesinde borcu ödemeyi kabul eden kimse (üçüncü kişi) ya bizzat borcu sözleşmenin alacaklısına ödeyecek ya da sözleşmenin alacaklısıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapacaktır. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılabilmesi için alacaklının rızası gerekir. Borcun iç üstlenilmesinde üçüncü kişi borçlunun borcunu üstlenerek ifa etmeyi taahhüt etmektedir.⁸³

Borcun iç üstlenilmesi ile sözleşmenin devri arasında farklılıklar vardır. Öncelikle, sözleşmenin devrinde sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçer. Sözleşmenin iç üstlenilmesinde ise üçüncü kişi borçluyu borçtan kurtarmayı taahhüt etmektedir. Borcun üstlenilmesi sonucu borçlu taraf değişmektedir. Oysa sözleşmenin devrinde, sözleşme tüm hak ve borçlarıyla üçüncü bir kişiye geçmektedir.⁸⁴

⁸¹ Buz, Yenilik Doğuran Haklar, 280-301.

⁸² Eren, 1239-1240. Reisoglu, 466-469.

⁸³ Çabri, 143-145. Eren, 1244.

⁸⁴ Kılıç, 57-58.

10. Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri

Kamu İhale sözleşmelerinin de devredilmesi mümkündür. Bu konudaki düzenlemeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesinde ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16. maddesinde düzenlenmektedir. Aşağıda genel hatlarıyla bu konuyu inceleyeceğiz.

A. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa Göre Sözleşmenin Devri

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin mal ve hizmet alımı, yapım ve taşıma işleri ile kamu geliri nitelikli mal ve hizmet satımı, kiraya verme, trampa ve mülkiyetten gayri sınırlı aynı hak tesisi işlerini düzenlemektedir.⁸⁵

Kanunun 66. maddesini sözleşmenin devri oluşturmaktadır. Buna göre *“Sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve müteahhit veya müşteri hakkında 62 nci madde hükümleri uygulanır.”*

Kanuna göre, ita amirinin yazılı izni olmadan sözleşme devredilemez. Ancak, sözleşmenin hangi şartlarda devredilebileceğine kanunda açıklık bulunmamaktadır. Kanun koyucu sadece ita amirinin yazılı izninden ve sözleşmeyi devralacaklar da ilk ihalede aranan koşulların bulunması gerektiğinden söz etmektedir.

Sözleşmenin izinsiz devri sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Bu durumda idare taraflara en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen bir ihtarname gönderir. Buna rağmen aynı durum devam ederse sözleşme feshedilerek yüklenici veya müşterinin kesin teminatına el konulur. Ayrıca bu teminat hiçbir şekilde yüklenici veya müşterinin borcuna mahsup edilmez.

⁸⁵ Kaplan, 280.

B. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Sözleşmenin Devri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bu kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin durumları düzenlemektedir. Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan her alım bir sözleşmeye dayanır. Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen işlerin sözleşmeleri ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabidir⁸⁶ (m.2). Kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımaktadır.⁸⁷ Zira Kanun'un 36. maddesine göre bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Ayrıca Kanun'un 4. maddesine göre kamu sözleşmelerinin tarafları olan idare ve yüklenici, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ile sözleşme hükümlerinde ve bu kanunun uygulanmasında bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına⁸⁸ göre de kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir ve uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri kanunun 16. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesine göre özel bir düzenlemedir.⁸⁹ Kamu ihale sözleşmesinin devredilebilmesi kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre kamu ihale sözleşmesinin devri için zorunlu haller bulunmalıdır. Sözleşmenin devrine ihale yetkilisi izin vermelidir. Sözleşmeyi devralacak yüklenici devredende (ilk ihaledeki) aranan şartları barındırmalıdır. Son olarak, kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz.⁹⁰ Devir tarihi devralan yüklenici ile idare arasında yapılan sözleşmenin noter tarafından onaylandığı tarihtir. Devralan yüklenici devir tarihinden itibaren sözleşmeden doğan yükümlülüklerden sorumlu olur.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddesinde izinsiz devir konusu da düzenlenmektedir. İzinsiz devredilen veya devralınan

⁸⁶ Kaplan, 281. Demirboğa, 38.

⁸⁷ Buz, Kamu İhale Sözleşmeleri, 229.

⁸⁸ UMK, 16.5.2005, 16/36, Demirboğa, 39.

⁸⁹ Kaplan, 379.

⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Demirboğa, 116-119.

veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devralınan sözleşmeler feshedilir. Ayrıca kesin ve ek teminatlar toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Bunun dışında idarenin uğradığı diğer zararlar yükleniciden talep edilir, izinsiz devreden yüklenicinin kamu ihalelerine katılımı geçici olarak yasaklanır.

11. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine Göre Sözleşmenin Devri

A. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin Amacı

Ünlü hukukçu Ole Lando ilk kez 1976 yılında Avrupa Üniversitesi Enstitüsünde yapılan "Ortak bir Avrupa Hukuku İçin Yeni Perspektifler" isimli konferansta Avrupa Sözleşmeler Hukukuna ilişkin bir derlemenin yapılması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Bu konu üzerine gerçekleştirilen gayri resmi tartışmalar sonucunda Avrupa Birliği Komisyonu projeye finansal destek sağlama kararı almıştır. Bunun üzerine, 1982 yılında Ole Lando'nun başkanlığında Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu çalışmalarına başlamıştır.⁹¹ Komisyon, Avrupa Birliğine üye ülkelerden gelen akademisyen ve avukatlardan oluşmaktadır (Ancak seçilen bu üyeler, ülkelerinin görüşlerini değil, herhangi bir siyasi müdahale olmadan şahsi, objektif fikirlerini dile getirmektedirler.)⁹²

Komisyon, 1995 yılında ilk bölümü, 1999 yılında ikinci bölümü, 2003 yılında ise üçüncü ve son bölümü yayınlamıştır.⁹³ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri Ole Lando İlkeleri olarak da anılmaktadır.⁹⁴

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri bağlayıcı değildir. Buna karşın, oldukça önemli ve işlevselliği her geçen gün artan bir özellik göstermektedir. Öncelikle, bu ilkelerin hazırlanmasındaki temel amaç, Avrupa Birliği ülkeleri arasında yapılan ticareti kolaylaştırmaktır. Nitekim, ülkelerin hukuki düzenlemeleri arasındaki farklı-

⁹¹ Bonell, 232. Lando, The Rules of European Contract Law, 21.

⁹² Hartkamp, 108-109.

⁹³ Meral, 336-337. Ayoğlu, 300-301.

⁹⁴ Zimmermann, 36-37.

lıklar ticari anlaşmaları etkilemektedir.⁹⁵ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin ortak pazarın işleyişinde oldukça etkin rol oynayacağı ileri sürülmektedir.⁹⁶

Bu ilkelerin hazırlanmasının bir başka amacı da sözleşmeler hukukuna ilişkin farklı düzenlemelerin bir araya getirilip boşlukların doldurulmasını sağlamak ve böylece Avrupa Medeni Kanununa zemin hazırlamaktır. Bu sayede örneğin, kendi ulusal hukuklarında reform yapmak isteyen ülkelere bir model hazırlanmış olacaktır.⁹⁷

Sözleşme akdeden taraflar sözleşmenin yorumlanmasında uyumsuzluğa düştükleri takdirde bu ilkelerden yararlanabilirler. Nitekim, taraflar uyumsuzlukların çözümünde Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine başvurulacağını kendi aralarında kararlaştırıp sözleşmeye bu yönde hüküm koyabilirler.⁹⁸ Örneğin, İngiltere ile Fransa arasındaki Manş Tüneli Sözleşmesinde taraf bu ilkeleri sözleşmenin bir parçası olarak kabul etmiştir.⁹⁹ Bunun gibi, taraflar uluslararası nitelikteki sözleşmelerde Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerini uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler. Doktrindeki bir görüş, ulusal mahkemelerin bu ilkeleri uygulanacak hukuk olarak kabul etmeme riski olduğunu belirterek taraflara tahkim şartının içinde bu yönde bir şartın konulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁰

Öte yandan, bazı yazarlar Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine eleştiriler getirmektedir. Bu yönde düşünen hukukçulara göre ulusal hukuk, o kültürün mirasıdır. Bir ulusun düşünce ve ruhunu yansıtır. Bu nedenle tarihinden koparılmamalıdır. Zira, gücünü kökenlerinden almayan bir yasa hükmünün anlaşılması ve yorumlanması mümkün değildir. Aynı şekilde, bir ülkenin hukukçusu için doğru olan bir yasa başka bir ülke hukukçusu için doğru olmayabilir. Ayrıca, kendi hukuk sistemlerini gayet iyi bilen hukukçular için yeni bir hukuk sistemini

⁹⁵ Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 346. Dayınlarlı, 335. Meyer, 121.

⁹⁶ Lando, The Rules of European Contract Law, 21.

⁹⁷ Hartkamp, 109-110.

⁹⁸ Hartkamp, 110.

⁹⁹ Dayınlarlı, 336.

¹⁰⁰ Hartkamp, 110. Bu konuda ayrıca bkz. Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 348-350.

öğrenmek ciddi bir emek gerektireceği gibi zaman ve para kaybına da neden olacaktır.¹⁰¹

Ole Lando'ya göre, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerini Unidroit İlkeleri¹⁰² gibi Lex Mercatori'nin¹⁰³ önemli kaynaklarından biri olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁰⁴

B. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerine Göre Sözleşmenin Devri

Avrupa Sözleşmeler Hukuku on yedi bölümden oluşmaktadır. Her maddenin altında maddeye ilişkin genel açıklamalar, yorumlar ve örnekler yer almaktadır. Sözleşmenin Devri¹⁰⁵, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin On İkinci Bölüm İkinci Kısımında düzenlenmektedir. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin 12: 201. maddesine göre "Sözleşmenin taraflarından biri, üçüncü bir kişiyle kendi yerine sözleşmenin tarafı olması için anlaşma yapabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin devri (ikame) ancak diğer tarafın onayıyla geçerli olur. Bunun sonucunda ise devreden taraf borçtan kurtulur." Maddenin altında maddeye ilişkin yorumlar yer almaktadır. A. Genel Açıklamalar başlığında sözleşmenin devrinin ticari hayatın devamı için önem arz ettiği belirtilmektedir. Sözleşmenin devrinin sözleşmenin yenilenmesinden farklı bir kavram olduğu açıkça ifade edilmektedir. D. Alacağın Devri ve Borcun Üstenilmesine İlişkin Kuralların Uygulanabilirliği başlığı altında ise sözleşmenin haklar, hukuki durumlar ve yükümlülüklerden oluştuğu söylenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin bir bütün olarak tek bir işlemle devredildiği yani doktrindeki şekliyle birlik teorisinin tercih edildiği açıklanmıştır. Ayrıca, somut uyuşmazlığa uygulanacak hüküm bulunmaması halin-

¹⁰¹ Lando, Some Features of The Law of Contract In The Third Millennium, 359. Ayrıca bkz. Meyer, 123.

¹⁰² Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri ile Unidroit İlkeleri arasında farklılıklar vardır. Örneğin, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri sadece Avrupa Birliği Hukuku ülkeleri arasındaki işlemlerde uygulanır. Buna karşın, Unidroit İlkelerinin uygulama alanı daha geniştir. Unidroit İlkeleri sadece ticari alandaki uyuşmazlıklara ilişkin olmasına karşın Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, tüketici sözleşmeleri gibi farklı hukuki işlemlere de uygulanabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Bonell, 242. Meyer, 135-138. Ayoğlu, 302-305.

¹⁰³ Lex Mercatoria hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayoğlu, 7 vd.

¹⁰⁴ Lando, The Rules of European Contract Law, 45. Ayoğlu, 198, 302.

¹⁰⁵ Sözleşmenin Devri, Unidroit İlkeleri'nin 9.3.1-9.3.7. maddeleri arasında da düzenlenmektedir.

de alacağın devri ve borcun üstlenilmesine ilişkin ilkeleri olayın koşullarına göre uyarlanarak (m.11:201, m.12:101) uygulanacaktır. *C. Diğer Tarafın Onayının Önemi* başlığı altında ise sözleşmede kalan tarafın izninin sözleşmenin devri için gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Bu izin önceden alınabileceği gibi sözleşmenin devri sırasında da alınabilir. Sözleşmede kalan taraf izin vermezse sözleşmenin devri işlemi gerçekleşmeyecektir.¹⁰⁶

Avrupa ülkelerinin çoğunda sözleşmenin devri yasal olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşmenin devrinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin, Alman, İsviçre, Avusturya, Fransız, İngiliz Hukukunda bu kurum kanunda yer almamaktadır.¹⁰⁷ Ancak, uygulamada sözleşmenin devrinin mümkün olduğu benimsenmiştir. Örneğin, Avusturya Hukukunda kanunda bu yönde bir hüküm olmamasına karşın sözleşmenin devrinin mümkün olduğu doktrin ve mahkeme kararlarıyla kabul edilmektedir. Alman Hukukunda da bu yönde düzenleme bulunmamasına rağmen Federal Mahkeme 1985 tarihli bir kararıyla bu kuruma ilişkin bir karar vermiştir. İsviçre Hukukunda ise sözleşmenin iradi devri kanunda düzenlenmemiş olsa da sözleşme serbestisi gereği kişilerin anlaşarak sözleşmeyi devredebilecekleri doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu devir sözleşmenin içeriğinin bir bütün olarak devredilmesi olarak kabul edilir. Burada birlik teorisi benimsenmiştir. Sözleşmenin devrinin hukuki niteliğinin üç taraflı kendine özgü bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın rızası kural olarak aranmaktadır.¹⁰⁸ Fransız Hukukunda sözleşmenin devri, asıl sözleşmeden doğan hak ve borçların tamamının devredilebileceği biçiminde kabul edilmektedir. İngiliz Hukukunda ise sözleşmenin devri sözleşmenin yenilenmesi başlığı altında ele alınmaktadır.¹⁰⁹

Öte yandan, bazı ülkelerde bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, İtalyan Medeni Kanununun 1406-1410. maddeleri arasında sözleşmenin devrine ilişkindir. Buna göre "*Sözleşmenin taraflarından biri karşı tarafın rızasıyla sözleşmeden doğan hak ve borçlarını üçüncü bir*

¹⁰⁶ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 134-135.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, 598. Gülerci/Kılıncı, 217- 218. Meral, 339.

¹⁰⁸ Huguenin, 1465-1468.

¹⁰⁹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 136-137.

kişiyi devredebilir.” İtalyan Medeni Kanunu’na göre sözleşmenin devri çok yanlı bir sözleşme olup, üç tarafın da onayıyla geçerli olarak kurulur.¹¹⁰ Benzer bir düzenleme Portekiz Medeni Kanunu’nun 424-427. maddeleri arasında yer almaktadır.¹¹¹ Macaristan Medeni Kanunu’nda 2013 yılında yapılan değişiklikle sözleşmenin devri kurumu Kanun’un Altıncı Kitap Otuz Birinci Bölümünde 6:208-6:211 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin devri ana sözleşmenin devriyle olabileceği gibi daha sonra yapılacak başka bir sözleşmeyle de gerçekleşebilir. Burada üç tarafın da rızası aranmaktadır. Sözleşmeyi devreden sözleşmeye ilişkin gerekli bütün bilgileri, evrakları devralana vermelidir. Sözleşmede kalan taraf sözleşmenin devri için önceden onay verirse sözleşmenin devri bu durumun kalan tarafa bildirmesiyle gerçekleşir.¹¹²

III. SONUÇ

Sözleşmenin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde bu yönde düzenlemeler bulunmamasın karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmenin devri biçiminde sözleşme akdebilecekleri kabul edilmekteydi.

Sözleşmenin devri Avrupa ülkelerinin çoğunda yasal olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sözleşmenin devrinin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Örneğin, Alman, İsviçre, Avusturya, Fransız, İngiliz Hukukunda bu kurum kanunda yer almamaktadır. Buna karşın, Macaristan, İtalya, Portekiz Hukuk sistemlerinde sözleşmenin devrine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır. Bu nedenle biz de çalışmamızda Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri bağlamında özellikle sözleşmenin devri kurumunu incelemeye çalıştık. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin 12: 201. maddesinde sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Anılan hüküm, Türk Borçlar Kanunu’nun 205. maddesindeki düzenlemeye benzemektedir.

¹¹⁰ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 135-136.

¹¹¹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, 136.

¹¹² Kesmarki-Meszaros, 11-12.

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri arasında Beşinci Bölüm Üçüncü Ayrımda m.205'de düzenlenmiştir. Öncelikle, sözleşmenin devri sözleşmesinin yapılabilmesi için ortada geçerli ve devredilebilir bir sözleşme bulunmalıdır. Bu sözleşmenin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Sözleşmenin devri bir üçlü borç ilişkisidir. Nitekim, mevcut bir sözleşmeye üçüncü bir kişi asıl sözleşmeden doğan hak ve borçlara sahip olmak suretiyle dâhil olmaktadır. Bu açıdan sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, kefalet sözleşmesi, alt sözleşme, yenileme, yeni bir sözleşmenin kurulmasından farklıdır.

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ve devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafın önceden verilen iznine dayanan veya sonradan onayladığı anlaşmaya dayanarak gerçekleşir.

Sözleşmenin devrinin özellikli düzenlemeleri olan iş sözleşmesinin devri Kanun'un 429. maddesinde, kira sözleşmesinin devri ise Kanun'un 323. maddesinde düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi sözleşmenin devrini genel olarak, 429. maddesi iş sözleşmesinin devrini; 323. maddesi kira sözleşmesinin devrini özel olarak düzenlemektedir. Bu hükümler arasında genel-özel kanun ilişkisi vardır.

Sözleşmenin devri konusunda önem arz eden bir başka konu ise kamu ihale sözleşmelerinin devrine ilişkindir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 66. maddesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 16. maddeleri sözleşmenin devrini özel olarak düzenlemektedir.

Kaynakça

Akipek Şebnem, Alt Vekalet, Ankara 2003.

Alp Mustafa, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, *DEÜHFD*, 2007, Özel Sayı, Cilt 9, 189-209.

Alpagut Gülsevil, Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, *İHSGHD*, 31, 2011, 913-959.

Arslanoğlu Anıl, İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, *İHSGHD*, 10, 2006, 533-546.

- Ayoğlu Tolga, *Lex Mercatoria*, İstanbul 2011.
- Ayrancı Hasan, *Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara 2003.
- Bahadır Zeynep, *Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*, *GÜHFD*, 2013, Sayı:3, Cilt:17, 1-38.
- Bar C.V, Clive Eric, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, 2009.
- 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, 229-246, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/meyer.html>), 26.10.2015.
- Buz Vedat, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara 2007. (Kamu İhale Sözleşmeleri)
- Buz Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran Haklar)
- Canıklıoğlu Nurşen, *Türk Borçlar Kanunu-İş Kanunu İlişkisi ve Türk Borçlar Kanununun Bazı Hükümlerinin İş Kanunu Açısından Değerlendirilmesi*, 10. Yılında İş Kanunu Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Ankara 2014, 74-120.
- Cengiz İstar, *İş Sözleşmesinin İradı Devri*, Ankara 2014.
- Çabri Sezer, *Borcun Üstlenilmesi, Sözleşmenin Devri, Sözleşmeye Katılma, Borca Katılma*, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III- 26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, 143-175.
- Çankaya Osman Güven, Çil Şahin, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara 2011.
- Çelik Nuri, Canıklıoğlu Nurşen, Canbolat Talat, *İş Hukuku Dersleri*, B.27, İstanbul 2014.
- Dayınlarlı Kemal, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, 327-396.
- Demir Mehmet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Borçlar Hukuku Alanına Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara 2012.
- Demirboğa Dursun Ali, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi*, Ankara 2013.
- Doğan Yenisey Kübra, *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargitayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2006, Ankara 2009, 9-99.
- Eren Fikret, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014. (Özel Hükümler)
- Gülerci Altan Fahri, Kılınc Ayşe, 6098 Sayılı TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

- Hartkamp Arthur, Principles of Contract Law, Kluwer Law International, 1998, 105-120.
- Hatemi Hüseyin, Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2005.
- Kaplan İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstriyel Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- Kılıç Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Ankara 2013.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014. (Borçlar Hukuku Genel Hükümler)
- Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, Ankara 1979. (Halefiyet)
- Kocagil İpek, Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri, Sicil, 22, Haziran 2011, 46-61.
- Kocaman Arif, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Üçlü Borç İlişkileri Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi (Temsil- Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme-Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- Alacağın Devri- Havale), Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansı III- 26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014, 251-264. (Üçlü Borç İlişkileri)
- Kocaman Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1992. (Alacağın Temliki)
- Koyuncuoğlu Tennur, Türk-İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.
- Kuntalp Erden, Barlas Nami, Ayanoğlu Ahu, Iştan Çavuşoğlu Pelin, İpek Mehtap, Yaşar Mert, Koç Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.
- Lando Ole, Clive Eric, Prüm Andre, Zimmermann Reinhard, Principles of European Contract Law Part III, Kluwer Law International, 2003.
- Lando Ole, Some Features of the Law of Contract in The Third Millennium, Stocholm Institute For Scandianvian Law, 1957-2009, 345-398, (<http://www.scandinavian-law.se/pdf/40-13.pdf>), 26.10.2015.
- Lando Ole, The Rules of Contract Law, 19-56, (http://www.jus.uio.no/pace/the_rules_of_european_contract_law.ole_lando/_3.html), 26.10.2015.
- Meral Nevin, Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkelerinde Sözleşmenin Devri, İÜHFD, 2014, Sayı:1, Cilt 5, 327-349.
- Meszaros-Kesmarki Gyöngyi, The Transfer of Contract, Cultural Relations Quarterly Review, Summer 2014, 1-9. (http://culturalrelations.org/Review/CRQR_01_03/CRQR_01_03_Gyongyi-Kesmarki-Meszaros_The-transfer-of-contract.pdf), 26.10.2015.
- Nomer Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

- Özkaraca Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Reisoğlu Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2015.
- Tosun Yalçın, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2012, 168-182.
- Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014. (Özel Hükümler)
- Yavuz Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 1, Ankara 2013. (Şerh)
- Yavuz Nihat, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011. (Değişiklikler)
- Yücer İpek, Alt Kira, *AÜHFD*, 2008, Sayı:3, Cilt 57, 791-829. (Alt Kira)
- Yücer İpek, Yenileme-Tecdit, *DÜHFD*, 2007, Sayı: 1, Cilt 9, 233-259. (Yenileme)
- Zevkliler Aydın, Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013.
- Zimmermann Reinhard, The New German Law of Obligations, 2005