

TÜRK BORÇLAR KANUNU VE OLE LANDO İLKELERİ'NDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Nevin MERAL*

ÖZET

Sözleşmenin devri kurumu, eski Borçlar Kanunu döneminde yasada açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen doktrinde ve uygulamadaki ihtiyaç doğrultusunda Yargıtay kararlarında kabul edilmekteydi. Ancak Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile beraber yasal düzenlemeye kavuşan bu kurum, bazı açılardan önceki uygulamadan farklı olarak yeni bazı şartlar içermektedir. Doktrinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesinde tartışılan bazı hususlara kanun açıklık getirirken kanunda hala sorunlar ve boşluklar bulunmaktadır. Bu yazıda ise sözleşmenin devri kurumunun Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde nasıl ele alındığı ve Türk hukukunda ne gibi tartışmalı noktaların bulunduğu araştırılacak ve çözüm önerileri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin Devri, Ole Lando İlkeleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AND THE TRANSFER OF CONTRACT IN THE PRINCIPLES OF OLE LANDO

ABSTRACT

Although the concept of Transfer of Contract was not clearly regulated in the previous Code of Obligations in Turkey, it was accepted in the doctrine and the Appeal Court Decisions in line with the need in practice. However, this institution has been legally regulated in the Turkish Code of Obligations numbered 6098 and it includes some new terms which are different from the previous application in some ways. While the Turkish Code of Obligations numbered 6098 has clarified some issues that were discussed in the doctrine before, there are still some issues and attached to the Code. This paper will examine how Principles of European Contract Law handles this institution, what controversial issues exist in Turkish law and it will finally examine the solutions offered.

Keywords: Transfer of Contracts, Ole Lando Principles, Principles of European Contract Law, Code of Obligations numbered 818, Turkish Code of Obligations numbered 6098

GİRİŞ

Sözleşmenin devri, eski Borçlar Kanununda¹ düzenlenmemesine karşın gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmekte ve uygulamada da başvuru bir yol olarak kullanılmaktaydı. Sonrasında ise yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun² yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kurum yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Söz konusu yasal düzenleme sonrasında hala bazı sorunları mevcut bulunan bu yeni kurumun bazı şartlarında değişiklikler olmuş ve kanunda boşluklar

¹ 22.04.1926 tarihli ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu, 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

² 11.01.2011 tarihli ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

bulunması ihtimali doğmuştur. Ancak bu boşlukların giderilmesi için hangi hükümlere başvurulacağına ilişkin kanunda bir atıf bulunmamakta ve bu noktada da uluslararası düzenlemelerden ayrılmaktadır. Avrupa'da birçok ülkede uygulamada kabul edilen bu kurumun yasal anlamda dayanağı birkaç Avrupa ülkesi dışında bulunmamakta olmasına rağmen bazı uluslararası metinlerde düzenlenmiştir. Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken söz konusu metinlerden ne kadar yararlandırıldığı da ancak bu uluslararası metinlerde sözleşmenin devrinin nasıl düzenlendiği incelenerek anlaşılabilir. Ancak tüm uluslararası metinler arasında Avrupa Medeni Kanunu olma amacıyla hazırlanmış ve *restatement* olarak nitelenebilecek olan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Ole Lando İlkeleri, bundan sonra İlkeler veya ASHİ),³ Avrupa Birliği (AB) birçok ülkede uygulanan ticari teamülleri ve *lex mercatoria*'yı ortaya koyduğu için ayrıca önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmanın içeriği bağlamında bu çalışmada TBK'da sözleşmenin devri kurumunun düzenlenmesinde bu metinler arasından sadece İlkelerin herhangi bir etkisinin olup olmadığı araştırılacaktır.

Sözleşmeler hukuku alanında Avrupa'da var olan şu anki düzenlemeye göre uluslararası sözleşmelere dair çıkan uyuşmazlıklara uluslararası özel hukuk kurallarının göstermiş olduğu ulusal hukuk uygulanmaktadır. Bu hususta 1980 tarihli Roma Anlaşması esas alınmakta ve uyuşmazlığa uygulanacak ulusal hukuk bu şekilde belirlenmektedir.⁴ Ancak AB Komisyonu, 11 Temmuz 2001 tarihinde bir bildiri ile hem AB Konseyine hem de AB Parlamentosuna sözleşmeler hukuku alanında da bölgesel çapta bir düzenleme yapılması ve ASHİ'ne dair görüşlerini sunmuştur.⁵ AB Komisyonu aynı zamanda bu hukuk dalında karşılaşılan

³ Ole Lando başkanlığında 1982'de oluşturulan Lando Komisyonunun çalışmaları sonucu Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law)'nin birinci bölümü 1995, ikinci bölümü 1999 ve üçüncü bölümü de 2002'de tamamlanmış ve yayınlanmıştır.

⁴ *Dayınlarlı, K.:* Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin, Ankara, 2006, s. 332

⁵ *Dayınlarlı, s. 330.*

sorunların bir listesini çıkarıp bunlara ilişkin çeşitli çözüm yolları da önermiştir. Bunlar sırasıyla şu şekildedir: (i) Bu alandaki problemlerin çözümünün tamamen piyasaya bırakılması, (ii) Yaygın uygulama kazanmış ilkelerin bir araya toplanması suretiyle ilkeler belirlenmeli ve uygulayıcılara bu konuda yol gösterici olunması, (iii) AB mevzuatının gözden geçirilmesi, iyileştirilmesi ve sözleşme hukuku alanında yeniliklerin getirilmesi suretiyle kapsayıcı olması, (iv) AB mevzuatında hususi olarak sözleşmeler hukuku alanına yeni bir metin oluşturulması öngörülmüştür.

Sonrasında oluşturulan İlkeler ise AB üyesi ülkelerde uygulanan ve sözleşme hukuku alanında oldukça yaygın olarak kabul edilen ticari teamülleri belli bir düzen içerisinde sunmakta ve ileride hazırlanacak olan Avrupa Medeni Kanununa temel hazırlamaktadır. Geniş bir açıdan bakıldığında, *Lex Mercatoria* kaynakları arasında ticari teamüller, hukukun genel ilkeleri, standart sözleşmeler ve uluslararası kanunlaştırmalar bulunmakta ve Ole Lando İlkeleri de UNIDROIT İlkeleri ile birlikte model kanunlar kapsamında sayılmakta ve ticari hayatta uygulanması gerekmektedir.⁶ Yeni Borçlar Kanunu hazırlanırken bu metinden yararlanılması hem AB üyeliği sürecinde kanunlarımızın uyumlaştırılması hem de modern *lex mercatoria* uygulamasının bu şekilde benimsenmesi oldukça ideal olmalıydı. Ancak çalışmanın sonunda da belirtileceği gibi bu kurum düzenlenirken İlkelerden ya da başka herhangi bir uluslararası metinden yararlanmak yerine kanun koyucu tamamen eski uygulamaya dayalı fakat yeni bir düzenleme öngörmüştür.

Bu kurumu ayrıntılarıyla incelemek için çalışmanın birinci bölümünde sözleşmenin devrinin kavram olarak ve nitelik bakımından ne anlama geldiği genel olarak açıklanmakta ve ikinci bölümde 818 sayılı BK döneminde doktrin ve Yargıtay kararlarında bu kurumun nasıl anlaşıldığı ve uygulamada ne gibi sorunların çıktığı araştırılacaktır. Sonraki bölümde ise ASHİ'na ilişkin kısa bir önbilgi verildikten sonra

⁶ Oğuz, A.: *Lex Mercatoria*, Yetkin, Ankara, 2004, s. 97-108; Ayoğlu, T.: *Lex Mercatoria*, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2011, s. 302.

ilkelerin amacı ve sistematığı genel olarak açıklanacak ve sözleşmenin devri kurumunun İlkelerde nasıl bir düzenlemeye tabi tutulduğu belirlenecektir. Son bölümde ise TBK'da yeni bir düzenleme olarak getirilen sözleşmenin devri kavramı ayrıntılarıyla koşulları irdelenerek ele alınacak ve bu hususta ortaya çıkması muhtemel sorunlar ve bu sorunların çözümüne dair doktrinde öne sürülen görüşlere yer verilecektir. Son olarak, önceki bölümlerden de anlaşılacağı üzere, TBK hazırlanırken uluslararası metinlerden yararlanılmadığı ve kanunda birçok düzenleme boşluğunun bulunduğu tespit edilecektir. Çalışmada ele alınacak sorunların nasıl giderileceğine dair bir atıf yapılmadığı için aslında ASHİ'ndeki düzenlemeye paralel bir düzenleme yapılması ya da en azından bazı metinlerin dikkate alınması yerinde olacaktır ancak bu aşamadan sonra doktrindeki tartışmalar ışığında çözümlerin üretilmesi artık kaçınılmazdır.

I. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI

1. Genel Olarak

Sözleşmenin devri 6098 sayılı Borçlar Kanunu md 205'te “... sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım içerisinde sözleşme ilişkisini hem kanuni devri hem de iradi devri bulunmaktadır ve kısaca bahsetmek gerekirse, kanuni devir, kanundan kaynaklanan halefiyet hallerinde söz konusu olurken ya doğrudan bir kanun hükmü sebebiyle taraf değişikliği mümkün olabilmekte ya da sözleşmede kalan tarafın rızası devir için gerekli olmamakta ya da bu kişi rızasını beyan etmekten kolayca kaçınmamaktadır.⁷ Örneğin, sigorta ettirilen malın mülkiyetinin el değişmesi halinde yeni malik sigorta sözleşmesine kanundan dolayı taraf olur ve bu halde sigortacının rızası aranmaz. Ancak, Ayrancı gerçek

⁷ Bahadır, Z.: Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, GÜHFD C. 17, sa. 3, Yıl 2013, s. 4; Yavuz, N.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Adalet, Ankara, 2013, s. 1018.

anlamda sözleşmenin devri kurumunun yalnızca iradi devri kapsadığını ileri sürmektedir.⁸

Sözleşmenin devrini açıklamak üzere özellikle İsviçre ve Alman doktrininde iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan birincisi kombinasyon teorisi olarak adlandırılmakta ve sözleşmeyi temel olarak alacak ve borçlardan oluşan bir kombinasyon olarak görmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin devri işlemi aslında alacağın devridevri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin beraber yapılması halini yansıtmaktadır.⁹ Ancak bu teori doktrinde yenilik doğuran hakların ve ileride doğacak hakların geçişini açıklayamadığı için eleştirilmiştir.¹⁰ Bunun sonucunda da ortaya çıkan ikinci teori ise modern anlamda kabul gören birlik teorisidir.¹¹ Bu teoriye göre sözleşme ilişkisi alacak ve borçların dışında başka hukuki durumlardan ve bazı yükümlülüklerden oluşmaktadır ve dolayısıyla alacağın devridevri ya da borcun üstlenilmesi gibi sadece sözleşme ilişkisinin belli kalemlerinin değişimini ve devrini sağlayan kurumlarla açıklanamaz.¹² Sözleşme ilişkisinin devri, yapılacak bir devir sözleşmesi aracılığıyla ve bir kül halinde tüm hakları ve yükümlülüklerin devri anlamına gelmekte ve devreden tarafta bir değişikliğin gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır.

2. Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devrinin hukuki niteliği üzerinde doktrinde henüz görüş birliği bulunmamakla birlikte yapılacak devir sözleşmesinin *sui generis* yani kendine özgü bir sözleşme olduğu uzun süredir kabul edilen

⁸ Ayrancı, H.: Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin, Ankara, 2003, s. 35.

⁹ Eren, F.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013, s. 1256.

¹⁰ Ayrancı, s. 49; Tosun, Y.: Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, M. Murat İnceoğlu (Ed.), On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 172.

¹¹ Örneğin İsviçre Borçlar Kanunu, Ole Lando ilkeleri ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da bu teoriyi benimsemektedir.

¹² Ayrancı, s. 50.

bir görüştür.¹³ 6098 sayılı TBK md 205 hükmünde de bu sözleşmenin üç taraflı bir sözleşme olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Devir sözleşmesi, devreden ve sözleşmede kalan açısından bir tasarruf işlemi niteliğinde iken devralan açısından ise bir taahhüt işlemidir.¹⁴

Sözleşmenin devri kurumu, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi kurumlardan tamamen farklıdır çünkü alacak ve borç sözleşme ilişkisinin sadece birer kalemidirler ve devredilmeleri halinde sözleşmenin tarafı değişmemekte sadece alacağı talep ya da borcun ifası konusundaki yetkiler devredilmektedir.¹⁵ Onun dışında örneğin yapılan ihbarlar yine de alacağını temlik eden ya da borcunu nakleden tarafa yapılmaktadır çünkü sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Ancak sözleşmenin devrinde devreden taraf tamamen sözleşmeden ayrılır ve taraf sıfatını kaybeder.

Ayrıca sözleşmenin devrinin, devreden tarafın tüm hak ve borçlarının bir kül halinde edinilmesi ve aslında devredilen sözleşmenin aynı kalması sonucunda içeriğinin de değişmemesi dolayısıyla taraflar açısından bir halefiyet işlemi olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken nokta devredilen sözleşmenin içeriğinin hiçbir surette değişmeyecek olmasıdır. Eğer herhangi bir değişiklik olursa artık sözleşmenin devrinden değil yeni bir sözleşme kurulduğundan söz edilebilir. Bu hususta genel olarak eser sözleşmelerinde, vekalet sözleşmelerinde¹⁷ ve taraflardan birinin şahsının önem arz ettiği sözleşmelerde, taraf sıfatı sadece belli şartları haiz kimselere ait olacağı

¹³ *Ayrancı*, s. 53; *Orak*, L.: TBK ile Düzenlenen Yeni Taraf Değişiklikleri: Sözleşmenin Devri ve Katılma, 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

¹⁴ *Ayrancı*, s. 68; *Bahadır*, s. 4; *Orak*, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

¹⁵ *Bilgili*, F. ve *Demirkapı*, E.: Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Dora, Bursa, 2013, s. 197; *Hatemi*, H. ve *Gökyayla*, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011, s. 378.

¹⁶ *Ayrancı*, s. 56 - 64.

¹⁷ 6098 sayılı TBK md 560/1 gereğince vekalet sözleşmelerinde vekilin bizzat edimi ifa etme yükümlülüğü bulunduğu için sözleşmedeki taraf sıfatının önemi vurgulanmıştır.

için taraf değişikliği esaslı bir içerik değişikliği olacak ve sözleşmenin de değişikliği ve yenilenmesi anlamına gelecektir.¹⁸

II. 818 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

818 sayılı kanunda sözleşmenin devri kurumu Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş bulunmakla beraber bazı kanunlarda özel borç ilişkilerine özgü olarak düzenlenmiştir. Örneğin 818 sayılı BK md 245/2'de (6098 sayılı TBK md 323) ve benzer doğrultuda Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun md 7/d'de kira sözleşmelerine ilişkin olarak taşınmaz mülkiyeti el değiştirir veya üçüncü kişi taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hak elde ederse bu kişi kanunen belirlenen 1 aylık bir süre içinde sözleşmeyi feshetmezse, bu kişinin kira sözleşmesini devralacağı düzenlenmişti. Aynı şekilde BK md 276/2'de benzer bir hüküm hasılat kirası için öngörülmüştü. Yine 6267 sayılı TTK md 1303 gereğince mal sigortalarında sigorta edilen malın sahibinin değişikliği halinde sözleşmede aksine hüküm yoksa yeni malik sigorta sözleşmesinin tarafı olur.¹⁹

Sözleşmenin devri, gerekliliği dolayısıyla doktrinde atipik sözleşme olarak²⁰ ve Yargıtay kararlarında kabul edilmiştir. Özellikle Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bir kararında sözleşmenin yüklenilmesi adı altında bu kurumu şartları ve sonuçlarıyla etraflıca açıklamıştır.²¹ Bu kararda Yargıtay, sözleşmenin yüklenilmesi ile eski sözleşmenin varlığını devam ettireceğini ve bunun sadece taraf değişikliğine sebep olduğunu söylemektedir. Ayrıca devralan tarafın, yenilik doğuran hakları tek taraflı

¹⁸ *Ayrançı*, s. 64 ve 95; *Yavuz*, Şerh, s. 1019.

¹⁹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md 66 ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md 16'da da sözleşmenin devrinin düzenlenmiş olduğu 6098 sayılı TBK md 205'in gerekçesinde ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ayrançı*, s. 38; *Demir*, M.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet, Ankara, 2012, s. 40-41; *Nomer*, H.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 354-355.

²⁰ *Tosun*, s. 169.

²¹ Yargıtay 3. HD, 14.10.2004 tarih, E. 2004/9625 ve K. 2004/10945 sayılı kararı, kazanci.com.

irade beyanı ile ileri sürebileceğini ve hakları kendi adına talep ve takip edebileceğini belirtmektedir. Ancak yüklenme sözleşmesinin (Yargıtay'ın deyişiyle “*temlikname*”nin) herhangi bir şekilde bağlı olmadığını,²² üç taraflı kendine özgü bir sözleşme olduğunu ve sözleşmede kalan tarafın rızasının verilmesi ile meydana geleceğini söylemektedir. Bu kuruma özellikle zamana yayılmış sözleşmelerde yani sürekli borç ilişkilerinde örneğin konaklama tesisinin el değiştirmesi, dolum istasyonlarının el değiştirmesi veya olayda olduğu gibi kira ilişkilerinde rastlanmakta ve kullanılmakta olduğunu vurgulamıştır. Yargıtay 15. HD ise yukarıdaki karardan bir ay sonra verdiği bir kararında²³ kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, noterde yapılan sözleşmenin devri sonucunda yüklenicinin değiştiğini ve sözleşmede kalan tarafın da buna onay verdiğini bir olgu olarak ortaya koymuştur. Yargıtay bu kararında, sözleşmenin devri sonucunda devreden tarafın sözleşmenin tarafı olmaktan çıktığını ve devralanın aynı sıfatla sözleşmeye taraf olduğunu belirtmiştir.

Ancak Yargıtay 13. HD, 2009 tarihli bir kararına²⁴ konu olan abonelik sözleşmesinde, sözleşmede kalan tarafın rızasının devir için kurucu olduğu vurgulanmış olmasına rağmen sözleşmenin devredilebileceğine dair açık bir hüküm olmaksızın devir yapılması halinde sözleşmede kalanın rızasının gerekli olduğunu hükme bağlamıştır. Bu kararda Yargıtay adeta rızanın varlığını, aslında her zaman gerekli olmayan ancak sadece sözleşmede devire açıkça izin verilmemesi halinde sağlanması gereken bir şart olarak yorumlamıştır. Bunun dışında yine Yargıtay, bir kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmaksızın taraf sıfatının devralana geçeceğine ilişkin sonuca

²² Aynı yöndeki görüş için bkz. *Ayrancı*, s. 112.

²³ Yargıtay 15. HD, 03.11.2004 tarih, E. 2004/1391 ve K. 2004/5609 sayılı kararı, kazancı.com.

²⁴ Yargıtay 13. HD, 26.03.2009 tarih, E. 2008/14183 ve K. 2009/4128 sayılı kararı, kazancı.com.

varmıştır.²⁵ Görüldüğü gibi 818 sayılı BK döneminde sözleşmenin devri kurumu gerek kavram olarak gerekse şartları bakımından yeknesak bir şekilde yorumlanmamakta veya uygulanmamakta idi. Yeni kanunun kabulü ile birlikte bu kurum hukukumuzda daha belirgin bir şekilde yer almıştır ancak 6098 sayılı TBK'daki düzenlemeye geçmeden önce Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde (ASHİ) bu kurumun nasıl düzenlendiğine kısaca bakılacaktır.

III. ASHİ'DE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Ole Lando, İlkelerin yazımı fikrinin ilk kez 1974 yılında ortaya çıktığını ve 1976 yılında Avrupa Üniversitesi Enstitüsünde verilen 'Avrupa Müşterek Hukukunda Yeni Görüntüler' başlıklı konferansta bunu dile getirdiğinden bahsetmektedir.²⁶ Ole Lando komisyonu çeşitli Avrupa Birliği ülkelerinden gelen akademisyenler ve avukatların katılımıyla toplamda 20 ila 25 kişiden oluşmaktadır. Komisyonun giderleri ise kısmen özel sektörden komisyon başkanı Ole Lando'nun bulunduğu sponsorlar ve kısmen de Avrupa Komisyonu tarafından karşılanmıştır. 1982 yılında bu komisyon ve eş zamanlı olarak UNITROIT Komisyonu²⁷ da çalışmalarına başlamış ve bu iki komisyon, üyelerin diğer komisyon toplantılarına da katılmaları suretiyle bir harmoni içerisinde birbirlerini de etkileyerek çalışmalarını yürütmüşlerdir.²⁸ Çalışmalar sonucunda Komisyon, 1995

²⁵ Yargıtay 15. HD, 09.09.2009 tarih, E. 2008/4222 ve K. 2009/4553 sayılı kararı, kazancı.com

²⁶ *Dayınlarlı*, s. 335; *Ayoğlu*, s. 300.

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. UNIDROIT İlkeleri son olarak 2010 yılında gözden geçirilmiş ve basılmıştır. Enstitü hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> ve UNIDROIT İlkeleri hakkında bkz. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

²⁸ *Hartkamp*, A.: Principles of Contract Law, (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (ed.), Towards A European Civil Code, Bölüm 7, 3. Baskı), Ars Aequi Libri, 2004, s. 128.

yılında 1. Cildi, 1999 yılında 2. Cildi ve 2003 yılında da 3. Cildi yayımlamıştır. Bu çalışmanın Kıta Avrupası'nın yıllar boyunca biriken sözleşmeler hukuku uygulamasını başarıyla derleyen bir eser olması dolayısıyla bu İlkelerle 'Europen Lex Mercatoria' denilmiştir.²⁹

1. Genel Olarak

Tarafların yapacakları sözleşmeye ya İlkelerin doğrudan dahil edilmesi ya da sadece 'hukukun genel ilkeleri' ya da '*lex mercatoria*'nın uygulanmasının dahil edilmesi, İlkelerin de o sözleşmeye uygulanmaları için yeterli olmaktadır.³⁰ İlkelerin sistematığıne bakılacak olursa, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (ASHİ), maddeler, her maddeye ait yorumlar, maddelerin içeriklerinin iyi anlaşılması için verilen örnekler ve yapılan referanslardan oluşmaktadır. Ayrıca her maddenin altında yeri geldikçe, o maddenin oluşturulmasında hangi ulusal hukuk sisteminden yararlandığına dair referans da yapılmaktadır. İlkeler toplamda 17 bölüm ve 198 maddeden oluşmaktadır ve bu maddelerin bazıları oldukça detaylı düzenlemeler getirirken bazıları ise çok geniş bir çerçeve çizmiştir.³¹ Yapılış şekilleri bakımından bazı yazarlarca Amerika'daki *restatement* metinlerine benzetilse de aralarında bazı farklar olduğu söylenebilir.³² Öncelikle *restatement*'lar ileride yapılması planlanan bir kanuna temel oluşturmak için hazırlanmamaktadır,³³ bunlar sadece belli ilkelerin bir araya getirilmesinden ibarettir. Ancak ASHİ ileride yapılması planlanan Avrupa Medeni Kanunu'na temel oluşturmak üzere hazırlanmışlardır.

²⁹ Ayoğlu, s. 301.

³⁰ Kocaçimen, C.: Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 2, sa. 15, 2007, s. 109.

³¹ Hartkamp, s. 137; Kocaçimen, s. 108.

³² Gabriel, H. D.: Introduction to Special Issue on The Comparison of The Principles of European Contract Law With The Uniform Commercial Code, Pace University School of Law International Law Review, C. 13, sa. 2, 2001, s. 259; Oğuz, Lex Mercatoria, s. 110; Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara, 2003, s. 64.

³³ Dayınlarlı, s. 336.

2. İlkelerin Amacı

İlkelerin başlıca amacı yeni bir Avrupa Medeni Hukukuna temel oluşturmak,³⁴ sözleşmeler hukuku alanındaki ilkelerin toplanması³⁵ ve var olan boşlukların en iyi ilkelerle doldurulması şeklinde ifa edilmektedir.³⁶ Ayrıca ulusal hukuklarını yeniden oluşturmak isteyen ya da bu alanda reform yapmak isteyen ulusal kanun koyucuya yol göstermek yani bir model kanun oluşturmaktır.³⁷ Bunun yanı sıra taraflar İlkelerde de belirtildiği gibi, bu ilkeleri kendi sözleşmelerine dahil etmek istediklerinde İlkelerin taraflarca doğru bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması için gerek maddelerin yorumları gerek ilkelerin açıklığı sayesinde bir hukuki rehber oluşturacaklardır.³⁸ Ancak Hartkamp burada devlet mahkemelerinin ASHİ'yi uygulamayacakları endişesini taşımakta ve tarafların bir tahkim şartı içerisine bu İlkelerin uygulanacağı şartını koymalarını daha güvenli bulmaktadır.³⁹ Bunun sebebi, İlkelerin sözleşmeye uygulanmasının tercih edilmesi, bir hukuk seçimi niteliğinde olmayacağı gibi tercih edilen herhangi bir ulusal hukukun mahkemelerinin de bu İlkeleri uygulamasının şüpheli olmasıdır.

İlkelerin diğer bir amacı ise ortak bir Avrupa hukuku yaratmaktır ki böylece Avrupa Birliği ülkelerinde ulusal hukuk derslerinin yanı sıra bir de Avrupa Hukuku derslerinin verilmesi ve Avrupa hukukçularının yetiştirilmesine katkı sağlamaktır.⁴⁰ Ortak hukuk oluşturmanın diğer önemli avantajı ise, kaynağı her ne kadar Roma hukuku da olsa Kara Avrupası'nda uygulanan çeşitli ulusal hukuklar arasındaki uygulama, yorumlama ve hatta kanunlaştırma konusundaki farklılıkları en aza

³⁴ *Dayınlarlı*, s. 335; *Oğuz*, Karşılaştırmalı, s. 64-65; *Ayoğlu*, s. 301.

³⁵ *Gabriel*, s. 260, yazar burada komisyonun zaten değişik ülkelerdeki akademisyenlerden oluşmasının sebebi ve aynı zamanda sonucu olduğunu belirtmektedir Avrupa'daki değişik hukuk sistemlerinin tamamı için kapsayıcı bir metin olduğunu söylemektedir.

³⁶ *Hartkamp*, s. 129

³⁷ *Hartkamp*, s. 129.

³⁸ *Hartkamp*, s. 129.

³⁹ *Hartkamp*, s. 129.

⁴⁰ *Hartkamp*, s. 130.

indirmektedir.⁴¹ İlkelerin Avrupa Sözleşme Hukukunu birleştirici amacı doktrinde bazı yazarlarca sorgulanmaktadır. Halihazırdaki ulusal sözleşme hukuklarının oldukça güçlü olduğunu ve zaten sözleşme hukukunun genel ilkelerinin ulusal hukuk sistemlerinde uygulandığını dolayısıyla yeknesak bir Avrupa uygulamasına gerek olmadığını savunan bazı yazarlar mevcuttur.⁴² Ayrıca hangi ulusal hukukun düzenlemelerinin genel olarak Avrupa Sözleşme Hukuku kapsamına alınacağı da ve hangi uygulamanın en iyisi olduğu tartışmalıdır.⁴³

3. Sözleşmenin Devri Kurumu

Genel olarak Avrupa ülkelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin devri kurumu kabul edilmesine rağmen Portekiz, Hollanda İtalya Medeni Kanununun açık yasal düzenlemesi dışında Avrupa'da hiçbir hukuk düzeninde İsviçre ve Alman Hukuklarında dahi bu hususta yasal anlamda bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁴ Uygulamada ihtiyacın olması ve zaten tüm Avrupa'da kabul edilmesi dolayısıyla Avrupa Birliği'nde Medeni Kanun olma amacıyla oluşturulan ve Ole Lando ilkeleri olarak da anılan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerindeki md 12:201'de sözleşmenin devri kurumu düzenlenmiştir. Bu madde oldukça genel bir şekilde sözleşmenin devrini açıklamış ve Lando Komisyonu tarafından maddeye ilişkin olarak bazı yorumlar maddenin gerekçesine yazılmıştır. Özellikle uygulamada Avrupa'da oldukça yaygın kullanıma sahip olması bakımından İlkelerde bu kuruma da yer

⁴¹ Hartkamp, s. 131.

⁴² Smits, J.: A Principled Approach to A European Contract Law, Editorial, Maastricht Journal of European and Comparative Law, C. 7, sa. 3, 2000, s. 222.

⁴³ Smits, s. 223.

⁴⁴ İtalyan Medeni Kanunu md 1406-1410 arasında bu kuruma yer verildiğine dair bkz. Gülerci, A. F. ve Kılınç, A.: 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2011, s. 216-217; Bahadır, s. 6; Lando, O., Clive, E., Prüm, A. ve Zimmermann, R. (ed.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 3. Bölüm, Kluwer Law International, Hague, 2003, s. 135-136; Orak, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014; Günay, C. İ.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2012, s. 784; Tosun, s. 170.

verilmesinin gerekli olduğu açıklanmaktadır.⁴⁵ Komisyon ayrıca sözleşmenin devri kurumunun genelde sürekli borç ilişkilerinde başvurulan bir yol olduğunu⁴⁶ ve devirle birlikte asıl sözleşmenin varlığını devam ettirdiğini belirtmektedir.

Buna göre bu ilkenin daha iyi anlaşılması için yapılan “A. Genel Açıklamalar” başlığı altında sözleşmenin devrinin, alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden tamamen farklı ve bunların toplamından daha fazlası olduğu belirtilmektedir.⁴⁷ Bu hususta, Lando Komisyonu, “D. Alacağın Devri ve Borcun Yüklenilmesi Kurallarının Uygulanabilirliği” şeklinde apayrı bir başlık altında sözleşmenin devrini açıklayan teoriler konusunda hangisinin tercih edildiğini açıkça belirtmiştir.⁴⁸ İlkelerde, kombinasyon teorisinin reddedildiği ve birlik teorisinin benimsendiği açıkça görülmektedir. Sözleşme ilişkisinin haklar, hukuki durumlar ve yükümlülüklerden oluştuğu ve devir sözleşmesi ile birlikte tüm hak ve yükümlülüklerin bir kül halinde devralan tarafa geçeceği açıklamaktadır.⁴⁹ Ancak devralan, devreden tarafla arasında bulunan herhangi bir defa veya itirazı, sözleşmede kalan tarafa karşı ileri süremeyecektir ki bu yorum aslında asıl sözleşmenin varlığını tüm şartlarıyla sürdürdüğü kuralına uymaktadır. Bunların yanı sıra İlkelerdeki alacağın devri veya borcun üstlenilmesi hükümlerine atıf yapılması da hüküm bulunmayan ve boşluk bulunan hallerde mahiyetine uygun düştüğü ölçüde bu hükümlerin uygulanması anlamına gelmektedir.⁵⁰

Komisyon, “C. Diğer Tarafın İzninin Önemi” başlığı altında devir sözleşmesinin nasıl olacağına ilişkin oldukça sınırlı bir bilgi vermiştir.⁵¹ Komisyon, rızanın devir sözleşmesinin kurucu unsurlarından olduğunu

⁴⁵ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134.

⁴⁶ Ayrıca bkz. *Ayrancı*, s. 91.

⁴⁷ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134.

⁴⁸ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 135.

⁴⁹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 134; bu teorisinin doktrindeki baskın görüş olduğuna dair bkz. *Orak*, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

⁵⁰ Ayrıca UNIDROIT İlkelerinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır, bkz. *Tosun*, s. 170.

⁵¹ Lando/Clive/Prüm/Zimmermann, s. 135.

vurguladıktan sonra rızanın uygulamada sıkça görüldüğü gibi devir sözleşmesinden önce de verilebileceğini ve bu durumda sözleşmede kalan tarafa bir ihbarın yapılmasının zorunlu olduğu belirtmiştir. Dolayısıyla asıl sözleşmede kalan tarafın devir sözleşmesine nasıl rıza göstereceği ya da üçlü sözleşmenin yapılmasının mümkün olup olmadığı belirtilmemiştir. Ancak yine de amaca uygun yorum yapılacak olursa ve İlkelerin AB ülkelerindeki uygulamayı sınırlamak değil uygulamayı belirlemek ve uzlaşmacı bir zemine oturtmak amacıyla olduğu düşünüldüğünde, devir sözleşmesinin üç taraflı sözleşme olarak ya da başka bir şekilde yapılabileceğinin ve açıkça belirtilmediği için de devir sözleşmesinin şekle tabi olmadığının kabulü gerekmektedir.

IV. 6098 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE SÖZLEŞMENİN DEVRİ

Sözleşmenin devri Türk Hukukunda ilk kez 6098 sayılı TBK md 205 ile pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kanuni ve iradi devir olarak ikiye ayrılan sözleşmenin devri, aşağıdaki madde ile iradi devir olarak düzenlenmiştir.

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

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

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”

Bu kanun öncesinde de pratik ihtiyaçlardan dolayı kabul edilmiş olmasına rağmen kanun gerekçesinde de ifade edildiği gibi bu kurumu yasal düzenlemeye kavuşturmak gerekli olmuştur. TBK md 205/1 uyarınca devir sözleşmesinin tanımı yapılmış ve sözleşmenin devri için

gerekli şartlar devamı fıkralarda düzenlenmiştir. TBK uyarınca kanuni halefiyet halleri kefalette, müteselsil borçlulukta, taşınmaz veya gemi ipoteğinde, sigorta sözleşmesinde, taşıma işi komisyonculuğunda vb. hallerde ve iradi halefiyet halleri de sözleşme özgürlüğü dolayısıyla kararlaştırabilecekleri hallerde öngörülmüştür.⁵² Sonuç olarak da kanundan doğan halefiyet halleri ve özel hükümler bu madde kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere, sözleşmenin devrinin hukuki niteliğine ilişkin olarak kombinasyon ve birlik teorisi arasından TBK'nın da birlik teorisini seçtiği yani sözleşmenin sadece alacak ve borçtan oluşmadığını dolayısıyla tüm hak ve borçların bir kül olarak devredilmesinin benimsendiği görülmektedir.⁵³ Bu durumda, sözleşmenin devri ayrıca alacak ve borçların yanı sıra yenilik doğurucu hakları ve defi haklarının da devrini sağlamakta ve taraf sıfatı da var olan hukuki durumla birlikte tamamen devralan kişiye geçmektedir.⁵⁴ Devir sözleşmesinin niteliği daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, *sui generis* bir sözleşme olup genel olarak üç taraflı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵ Şimdi de devir sözleşmesinin taşınması gerekli olan şartları⁵⁶ ve hala ne gibi sorunların mevcut olduğuna bakmakta fayda vardır.

1. Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Yeni düzenleme uyarınca sözleşmenin devrinin tabi olduğu koşullar konusunda önceki döneme nazaran bazı değişiklikler meydana gelmiştir. Bilindiği üzere borcun, sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, vs. olmak üzere birçok kaynağı bulunmaktadır. Geçerli bir sözleşmenin devrinden söz edebilmek için öncelikle sözleşmeden kaynaklanan bir borç

⁵² Yavuz, N.: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet, Ankara, 2011, s. 284.

⁵³ Gülerci/Kılınç, s. 216; Uygur, T.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 1183; Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan, Ankara, 2012, s. 823.

⁵⁴ Eren, s. 1255-1256.

⁵⁵ Eren, s. 1256.

⁵⁶ Yavuz, Değişiklikler, s. 281-284; Kılıçoğlu, s. 824-826; Tosun, s. 170.

ilişkinin bulunması gerekmektedir. Zamanaşımına uğramış sözleşmeler, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler,⁵⁷ ani edimli sözleşmeler, vb. her türlü sözleşme ilişkisi esasen devredilebilir.

2. Geçerli ve Devredilebilir Bir Sözleşmenin Varlığı

Sözleşmenin devrinin ikinci şartı ise sözleşmenin öncelikle geçerli olması⁵⁸ ve devredilebilir olmasıdır.⁵⁹ Bu husustaki tek sınır, gerek eski gerek yeni Borçlar Kanunumuzda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir ve kural olarak sözleşmeler devredilebilir niteliktedir. Ancak bu durumun bazı istisnaları mevcuttur, örneğin tarafların sözleşme serbestisi gereği sözleşmenin devredilemez olduğu kararlaştırmaları mümkündür.⁶⁰ Ayrıca TBK'da bu hususta herhangi bir devir engeli bulunmasa da “*kanundan doğan halefiyet halleri ve diğer özel hükümler*” saklı tutulmuştur yani bu durumlarda TBK md 205 hükmü uygulanmaz.⁶¹ Ayrıca doktrinde “kişiliğin göz önünde tutuluşu” kavramıyla da açıklanan ve sözleşmenin devrinde başka bir sınır oluşturan şahsa bağlı alacaklar ve borçlar da sözleşmenin devrine konu olamazlar.⁶² Bu hususta ise vekilin ve iş akdiyle çalışan işçinin niteliği önem taşıdığından borcun bu kişilerce veya aynı sığta sahip kişilerce yerine getirilmesi gerekmektedir.

3. Tarafların Rızası

Sözleşmenin devrinde diğeri bir şart ise, tarafların, gerek üç taraflı bir sözleşmede irade beyanlarını açıklamaları gerek devreden ve devralan

⁵⁷ İtalyan Medeni Kanunu md 1406'da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin devre konu olmadıkları düzenlemesi için bkz. *Ayrancı*, s. 94.

⁵⁸ Sözleşmenin geçerliliği, bir Yargıtay kararına konu olmuştur ki bu davada inşaat sözleşmesi, taraflarca önceden feshedilmiş olmasına rağmen sonrasında devre konu edilmiştir ancak Yargıtay devir esnasında sözleşmenin var olmasını, geçerli ve kanuna uygun olmasını aramıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. Yargıtay 14. HD, 15.02.2007 tarih, E. 2007/399 ve K. 2007/1393 sayılı kararı, kazancı.com; *Orak*, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014.

⁵⁹ *Bahadır*, s. 14.

⁶⁰ *Yavuz*, Değişiklikler, s. 281-282

⁶¹ *Bahadır*, s. 15.

⁶² *Ayrancı*, s. 96. Örneğin yayın sözleşmesinde, hem yayınlayanın hem de eser sahibinin taraf sıfatı şahsa bağlı olduğu için sözleşme anlamında kişiliklerinin bir değeri vardır. Ayrıca bkz. *Bahadır*, s. 15; *Hatemi/Gökyayla*, s. 379.

arasında yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın icazet vermesi gerek sözleşmede kalan tarafın asıl sözleşme kurulurken veya sonrasında buna izin vermiş olması sonucunda yapılan irade beyanlarını açıklamaları gerekir. Bu husus 6098 sayılı TBK md 205/2'den açıkça anlaşılmaktadır. Burada üç farklı durum ortaya çıkmakta ve buna bağlı olarak verilecek rızanın veya iznin şekli ve içeriği ve sonrasında yapılacak ihbarın niteliğine ilişkin bazı sorunlar da doğmaktadır.

Devir sözleşmesi tek bir işlemle yapılabileceği gibi iki aşamalı olarak ya da zamana yayılan iki sözleşme şeklinde⁶³ de yapılabilir. İlk olarak, her üç tarafın da bir araya gelerek üçlü bir devir sözleşmesi imzalamaları şeklinde yapılan devir sözleşmesi en basit şekli olup bu hususta kanunun ilgili maddesi gerekli hususları saymaktadır. İkinci olarak da asıl sözleşme akdedilirken taraflardan biri diğer tarafa bir devir yetkisi tanımakta veya asıl sözleşmenin yapılmasından sonra ancak devir sözleşmesinin akdedilmesinden önce taraflardan birinin devir yetkisi vermesiyle de sözleşmenin devrinin ilk aşaması gerçekleşebilir. Verilen bu devir yetkisi sadece bir irade beyanı olup herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmamıştır ancak usul hukuku kuralları gereğince ispatı gerekebilmektedir.⁶⁴

Son olarak da uygulamada genellikle devreden ve devralan taraf aralarında öncelikle bir devir sözleşmesi imzalamakta ve sonra da asıl sözleşmede kalan tarafın icazetine sunmaktadırlar.⁶⁵ Bu durumda birinci sözleşme, hazırlık sözleşmesi olup icap niteliğindedir ve rıza unsuru da tamamlanana kadar bu sözleşme askıda geçersiz kabul edilmektedir.⁶⁶ Kılıçoğlu bu aşamadaki sözleşmeyi, ön sözleşmeye yani sözleşme yapma vaadine benzetmekte ve TBK md 29 uyarınca ilk aşamadaki devir

⁶³ Burada nasıl ki borcun üstlenilmesinde bir iç üstlenme bir de dış üstlenme sözleşmesi yapılmakta ise sözleşmenin devrinde de devreden ve devralan arasında öncelikle bir sözleşme yapılmaktadır ve sonrasında da sözleşmede kalan taraf ile devralan arasında bir sözleşme yapılmakta ve ikinci sözleşme devir sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır, *Ayrancı*, s. 104.

⁶⁴ *Kılıçoğlu*, s. 825.

⁶⁵ *Yavuz*, *Değişiklikler*, s. 282.

⁶⁶ *Ayrancı*, s. 104; *Bahadır*, s. 17.

sözleşmesinin de asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu söylemektedir.⁶⁷ İkinci aşamada ise sözleşmede kalan tarafın icazet vermesi ile devir sözleşmesinin kurucu unsurları tamamlanmış ve sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur.⁶⁸ Bu noktada Nomer aslında rızanın sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için tamamlayıcı bir unsur yani yasal şart olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁹ Ancak rıza unsuruna tamamlayıcı unsur olması, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş sadece hüküm ve sonuçlarını rızanın verilmesinden sonra doğuracağını kabul anlamına gelir ki bu yorum devir sözleşmesinde rıza unsurunu ikinci plana atmaktadır. Dolayısıyla Ayrancı tarafından savunulan görüş özellikle sözleşmede kalan tarafın korunması açısından daha faydalı olmakla beraber ve kanunun da amacının bu yönde olduğu görülmektedir. Verilecek bu icazet açık olabileceği gibi zımni de olabilir, örneğin eser sözleşmesinin yeni eser sahibine devrinde ses çıkarmayan ve çalışan işçinin zımnen rıza vermiş sayılmasında olduğu gibi ya da tamamen devralan sözleşmenin tarafı gibi hareket ederse bunlar da icazet sayılmaktadır.⁷⁰

6098 sayılı TBK md 205, sözleşmede kalan tarafın asıl sözleşmenin kurulması esnasında veya sonrasında izin vermesi üzerine bir süre sonra devir sözleşmesi yapılması halinde (yani ikinci halde) sözleşmenin nasıl “onaylanacağı” konusunda bir açıklık taşımamaktadır ve bu husus doktrinde tartışmalıdır.⁷¹ Bu durumda yapılan devir sözleşmesine sözleşmede kalan tarafın nasıl icazet vereceği ilgili kanun hükmünde belirsizdir. Bu hususta Yavuz kanunun hükümleri karşısında örtülü boşluk bulunabileceğini ve bu sorunun hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı yorum metodu kullanılarak aşılması gerektiğini söylemiştir. Dolayısıyla

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 825.

⁶⁸ Ayrancı, s. 102; Yavuz, Değişiklikler, s. 282; Tosun, s. 171.

⁶⁹ Nomer, s. 354.

⁷⁰ Yavuz, Değişiklikler, s. 282.

⁷¹ Orak, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014; Yavuz, Şerh, s. 1021.

sözleşmede kalan tarafın vereceği rıza hiçbir şekilde tabi olmadan beyan edilebilmeli ve devir sözleşmesi geçerlilik kazanmalıdır.⁷²

Doktrinde asıl sözleşmede veya bundan bir süre sonra sözleşmede kalan tarafın devre izin vermesinden sonra yapılan devir sözleşmesinde devir sözleşmesinin yapıldığının ve devralan kişinin kimliğinin sözleşmede kalan tarafa ihbar edilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Ayrancı bu hususta sözleşmede taraflarca esaslı unsur haline getirilmediği sürece ihbarın yapılmasının gerekli olmadığını ve bu ihbar olmaksızın sözleşmenin geçerli olacağını ileri sürmektedir.⁷³ Ancak doktrindeki başka bir görüşe göre de sözleşmede kalan tarafın, ileride muhatap olacağı devralan taraf hakkında tam bir bilgiye sahip olmasının önemli olduğu gerekçe gösterilerek ihbar asıl sözleşmede şart koşulmamış olsa bile ihbarın yapılmasının gerekli olduğu ve bu ihbar yapılmaya kadar da devir sözleşmesinin askıda geçerli olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁴

4. Şekil Şartı

Devir sözleşmesinin şekil şartına tabi olup olmadığı konusunda ise 6098 sayılı TBK'dan önceki dönemde devir sözleşmesinin hiçbir şekilde tabi olmadığı konusunda gerek Yargıtay kararlarında⁷⁵ gerek doktrinde baskın bir görüş bulunmakta iken TBK md 205/3, bu sözleşmenin de asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu düzenlemiştir. TBK md 12/2 uyarınca kanunen öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şekli olduğu için buradaki şekil şartı da sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla, borcun yüklenilmesinde şekil şartı bulunmamasına ve alacağın devrinde yazılı şart aranmasına karşın, sözleşmenin devrinde asıl sözleşme resmi şekilde tabi ise devir sözleşmesi de aynı şekilde kurulacaktır.⁷⁶ Ancak yeni kanundan sonra bile sözleşmeye icazetin sonradan verilmesi halinde bu icazetin bir şekilde tabi olup olmayacağı konusu yine belirsiz kalmıştır.

⁷² Yavuz, Şerh, s. 1021.

⁷³ Ayrancı, s. 106.

⁷⁴ Bahadır, s. 18.

⁷⁵ Yargıtay 3. HD, 14.10.2004 tarih, E. 2004/9625 ve K. 2004/10945 sayılı kararı, kazancı.com.

⁷⁶ Bilgili/Demirkapı, s. 198; Gülerci/Kılınç, s. 216; Günay, s. 785.

Yavuz bu halde icazetin verilmesinin de asıl sözleşmenin şekline bağlı olacağını belirtmiştir⁷⁷ ancak örneğin resmi şekle bağlı bir sözleşmede sonradan icazet şeklinde verilen bir irade beyanının tapu dairesince işleme konulabilmesi için Tapu Kanunda açıkça bu işlemin düzenlenmiş olması gerekecektir.⁷⁸ Ama bu tamamlayıcı işlem kanun tarafından düzenlenmediği için uygulama açısından bir sıkıntı çıkacağı açıktır. Ayrıca eğer devralan ve devreden taraf, devir sözleşmesinin şekle bağlı olacağını kararlaştırırlarsa veya asıl sözleşmede taraflarca iradi şekil öngörülmüş olursa bu durumda devir sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlanıp bağlanamayacağı ya da hangi şekle tabi olacağı belirsiz kalmıştır.⁷⁹

Sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeden ayrılan yani devreden taraf artık hiçbir şekilde o sözleşme dolayısıyla sorumlu olmaz. Sadece devreden şahsına sıkı sıkıya bağlı haklar dışındaki tüm haklar, taraf sıfatı, borçlar ve yükümlülükler devralan tarafa geçmiştir.⁸⁰ Sözleşmeden dönme, fesih, ihbar vs. gibi hakları sadece artık sözleşmenin tarafı olan devralan kullanabilecektir. Ancak devreden tarafa kefil olmuş veya rehin vermiş kimsenin de devir sözleşmesine ancak yazılı olarak rıza göstermeleri halinde teminatlarının devralan taraf için de geçerli olacağını kabul etmek TBK md 198 göz önüne alındığında daha doğru olacaktır.⁸¹

⁷⁷ Yavuz, Değişiklikler, s. 283.

⁷⁸ Yavuz, Şerh, s. 1022.

⁷⁹ Kuntalp, E., Barlas, N., Ayanoğlu Morali, A., Çavuşoğlu Işıtan, P., İpek, M., Yaşar, M. ve Koç, S.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Beta, İstanbul, 2005, s. 104.

⁸⁰ Uygur, s. 1184.

⁸¹ Tosun, s. 173.

SONUÇ

Sözleşmenin devri kurumu yeni düzenleme ile beraber yukarıda bahsedilen birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Devir konusundaki düzenlemelerin çok yetersiz olduğunu vurgulamak için Buz TBK'da sözleşmenin devri kurumunun şekil dışında hiçbir açıdan düzenlenmediğini örneğin devreden ve devralan arasındaki hakların neler olacağı veya tahkim kaydının mümkün olup olmadığının düzenlenmediğini; bu kurumun sadece tanımlandığını vurgulamıştır.⁸² Yapılan yeni düzenlemenin çok yetersiz olduğu, devir sözleşmesi kurulduktan sonra uygulanacak hükümler bakımından, alacağın devri ve borcun yüklenilmesi ile ilgili herhangi bir bağlantı kurulmadığı ve bu hükümlerin hangi ölçüde uygulanması gerektiği bakımından yeni düzenleme doktrinde eleştirilmiştir.⁸³ Özellikle teminatların ne olacağı ve izne tabi sözleşmelerin nasıl devredileceği gibi konularda düzenleme olmamasından dolayı da eleştirilmiştir.

Lex Mercatoria'nın Avrupa'da günden güne artan uygulama alanı bulması, gerek UNIDROIT gerekse ASHİ'nin gittikçe artan uygulamaları karşısında 6098 sayılı TBK hazırlanırken en azından Ole Lando İlkelerinden yararlanılmamış olduğu doktrinde baskın görüş olarak düşünülmektedir⁸⁴ ve kanun yapım esnasında ASHİ'nin hükümlerine de bakılmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır.⁸⁵ Ancak önceki bölümlerde de değinilen sorunların çözümü gerekirken ve kanun herhangi başka bir hukuki kuruma atıfta bulunmadığı için bu sorunların nasıl giderileceği tam olarak bilinmemektedir. TBK md 205'de, ASHİ'nde olduğu gibi alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerine bir atıf yapılmamış ve esasen sözleşmenin devri kurumunda birlik teorisi benimsenmiş olsa da sözleşmenin devrine en yakın kurumlar olarak alacağın devri ve borcun

⁸² Buz, V.: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, IV. Oturum: Genel Görüşme, M. Murat Inceoğlu (Ed.), On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 179.

⁸³ Kuntalp/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıtan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 103 – 104; Tosun, s. 172.

⁸⁴ Ayoğlu, s. 305.

⁸⁵ Kuntalp/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıtan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 104.

üstlenilmesi hükümlerinin tıpkı ASHİ'nde olduğu gibi kıyasen uygulanması yerindedir. Kanunumuzdaki düzenleme oldukça eksiktir ve bütün boşlukların doktrindeki tartışmalar ve uygulamanın yardımıyla Yargıtay kararları tarafından nasıl doldurulacağı ise ileride görülecektir.

KAYNAKÇA

- Ahmet M. Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan, Ankara, 2012
- Altan Fahri Gülerci ve Ayşe Kılınç**, 6098 Sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2011
- Arthur Hartkamp**, Principles of Contract Law, (Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman (ed.), Towards A European Civil Code, Bölüm 7, 3. Baskı), Ars Aequi Libri, 2004
- Arzu Oğuz**, Lex Mercatoria, Yetkin, Ankara, 2004
- Arzu Oğuz**, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin, Ankara, 2003
- Cemre Kocaçimen**, Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 2, sa. 15, 2007
- Cevdet İlhan Günay**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2012
- Erden Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoglu** Morali, Pelin Çavuşoğlu Işıtan, Mehtap İpek, Mert Yaşar ve Sedef Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Beta, İstanbul, 2005
- Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı**, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Dora, Bursa, 2013

- Fikret Eren**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013
- Haluk Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2012
- Hasan Ayrancı**, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin, Ankara, 2003
- Henry D. Gabriel**, Introduction to Special Issue on The Comparison of The Principles of European Contract Law With The Uniform Commercial Code, Pace University School of Law International Law Review, C. 13, sa. 2, 2001
- Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, İstanbul, 2011
- Jan Smits**, A Principled Approach to A European Contract Law, Editorial, Maastricht Journal of European and Comperative Law, C. 7, sa. 3, 2000
- Kemal Dayınlarlı**, Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin, Ankara, 2006
- Leyla Orak**, TBK ile Düzenlenen Yeni Taraf Değişiklikleri: Sözleşmenin Devri ve Katılma, 2013, <http://www.erdem-erdem.com/articles/tbk-ile-duzenlenen-yeni-taraf-degisiklikleri-sozlesmenin-devri-ve-katilma/>, erişim tarihi: 14.04.2014
- Mehmet Demir**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Adalet, Ankara, 2012
- Nihat Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Adalet, Ankara, 2013

- Nihat Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet, Ankara, 2011
- Ole Lando**, Eric Clive, Andre Prüm ve Reinhard Zimmermann (ed.), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, 3. Bölüm, Kluwer Law International, Hague, 2003
- Tolga Ayoğlu**, Lex Mercatoria, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2011
- Turgut Uygur**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012
- Yalçın Tosun**, Sözleşmenin Devri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, M. Murat İnceoğlu (Ed.), On İki levha, İstanbul, 2012
- Zeynep Bahadır**, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, GÜHFD C. 17, sa. 3, Yıl 2013

