

# SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE SÖZLEŞMEYE KATILMA

Zeynep BAHADIR\*

## ÖZET

*Makale, iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, “sözleşmenin devri”, ikinci bölümde “sözleşmeye katılma” müesseseleri hakkında çalışılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk kez düzenlenmiş olan müesseseler, kavram, hukukî nitelik, benzer müesseselerle karşılaştırma, şartları, şekilleri ve sonuçları açısından tek tek ele alınarak incelenmiştir. Hem “sözleşmenin devri” hem “sözleşmeye katılma” borç ilişkilerinde taraf değişikliği olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinde tam anlamıyla bir taraf değişikliği söz konusudur. Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraflardan birisi yerini yeni bir kişiye bırakmaktadır. Sözleşmeye katılma da ise taraf değişikliği bu şekilde gerçekleşmemektedir. Sözleşmedeki taraflardan hiç biri sözleşmeden ayrılmamaktadır. Tam tersi taraflardan bir tanesinin yanına bir kişi daha katılmaktadır. Gerek “sözleşmenin devri” gerek “sözleşmeye katılma” sözleşmeleri iradi olabileceği gibi kanunî de olabilir.*

**Anahtar Kelimeler:** Sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma.

## THE TRANSFER OF THE CONTRACT AND THE PARTICIPATION IN THE CONTRACT

### ABSTRACT

*This article consists of two main parts. In the first part, the institution of “the transfer of the contract”, and in the second part, the institutions of “the participation in the contract” have been studied. These institutions which are regulated for the first time in the Turkish Code of Obligations, numbered 6098, has been examined one by one, in terms of the concept, the legal qualifications in comparison with similar institutions, conditions, the forms and the results. Both “the transfer of the contract” and “the participation in the contract” are organized as a party change in debt relations. There is literally a party change in “the transfer of the contract”. One of the parties of the contract is replaced by a new person in “the transfer of the contract”. But the party change in “the participation in the contract” does not take place in this way. None of the parties of the contract do not leave from the contract. Just the opposite a new person participates besides one of the parties of the contract. Both “the transfer of the contract” and “the participation in the contract” may be voluntary contracts or may be legal.*

**Keywords:** The transfer of the contract, the participation in the contract.

\* Avukat (Ankara Barosu), LL. M. (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).

## **GİRİŞ**

Çalışma konumuz olan “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma” müesseseleri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Çalışmada yeni ihdas edilmiş olan bu iki ayrı hukukî müessese üzerinde durulacaktır.

Her iki müessese yeni olmaları nedeniyle henüz ele alınıp incelenmemiştir. Yakın geçmişte Borçlar Kanunu’nda yapılan yenilik ve köklü değişiklikler nedeniyle de konunun üzerinde durulması isabetli olacaktır.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma müesseseleri hakkında yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, benzer müesseseler zaman zaman münferit durumlar için ele alınarak düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan düzenlemeler de kanun koyucunun ihtiyaç gördüğü konular ile sınırlı kalmıştır.

Çalışmada, şimdiye kadar kanun koyucunun öngördüğü ölçüde kanun düzenlemesi ile birlikte kullanma imkânı olan başka müesseselerin yanında sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma müesseseleri kuşkusuz ki uygulama açısından büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır.

Tüm bu hususlara ilişkin farkındalıklardan hareketle çalışma iki bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde “sözleşmenin devri”, ikinci bölümde ise “sözleşmeye katılma” müesseseleri incelenecektir. Her iki bölümde önce kavramların tanımı, hukukî niteliklerinin tespiti, benzer hukukî müesseselerle karşılaştırılması, devir ve katılmanın gerçekleşmesi için gereken şartlar, bu sözleşmelere ilişkin şekil ve nihayet “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma” sözleşmelerinin sonuçları üzerinde durulacaktır.

## **SÖZLEŞMENİN DEVRİ**

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nu yürürlükten kaldıran ve 11.01.2011’de kabul edilip 01.07.2012’de yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma” müesseseleri düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri, Türk Borçlar Kanunu’nun 205’inci maddesinde, sözleşmeye katılma ise 206’ncı maddede düzenlenmiştir. Düzenleme, “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı beşinci bölümün altında söz konusu yeni konmuş maddelere ayrılmış olan üçüncü ayırımın içinde yer almaktadır.

## I. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI

Sözleşmenin devri kavramı, terminolojide çeşitli şekillerde anılmıştır. Bunlar, sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi gibi kavramlardır<sup>1</sup>.

Çalışmamızda kanunun düzenlemesi ile uyumlu olması açısından “sözleşmenin devri” kavramı kullanılacaktır.

Sözleşmenin devri kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 205’inci maddesinin ilk fıkrasında “*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 açıklanmıştır.

Kavramı başka bir şekilde analiz edecek olursak; sözleşmeyi devralan açısından sözleşmeye -sözleşmedeki tüm hak ve borçları kapsar şekilde-girme<sup>2,3</sup>, sözleşmeyi devreden açısından sözleşmedeki taraf niteliğinden ayrılma ve bu taraf niteliğini üçüncü bir kişiye bırakma<sup>4</sup> anlaşılabilir. Bu yönüyle baktığımızda kullanılacak terimler açısından sözleşmede taraflardan birinin değişmesi terimi de yerinde olabilir.

Hükmün ifadesinden açıkça görüldüğü gibi, sözleşmenin devrinde gerek devreden gerek devralan tarafından sözleşme ilişkisinde iradi bir değişiklik söz konusudur. Sözleşmede kalan tarafın bu değişikliğe rıza göstermesi de yine iradidir. Ancak, kanun hükmü ile de sözleşmenin devri mümkün olabilecektir. Kanun hükmü ile sözleşmenin devrinde iradi sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devrinin kurucu unsuru niteliğine sahip değildir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle sözleşmenin devri kavramını; sözleşmede taraflardan birinde bir değişiklik yapılması olarak niteleyebiliriz. Bu taraf değişikliği, iradi olabileceği gibi kanunî de olabilecektir. İradi taraf

---

<sup>1</sup> AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 31; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 378.

<sup>2</sup> AYRANCI, s. 33-34.

<sup>3</sup> YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2012, s. 272.

<sup>4</sup> AYRANCI, s. 33-34.

değişikliğinde sözleşmenin devrinin gerçekleşebilmesi için sözleşmeyi devreden tarafın ve sözleşmeyi devralan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin iradelerine sözleşmede kalan tarafın da rıza göstermesi gerekmektedir. Kanunî devirde ise sözleşmenin devri kanun hükmüne dayandığı için sözleşmeyi devreden veya sözleşmede kalan tarafın rızasının olup olmamasının sözleşmenin devrine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Çünkü sözleşmenin devri kanun hükmü nedeniyle meydana gelir<sup>5</sup>. Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde, kiralamaya konu olan malın mülkiyetinin devri söz konusu olduğunda (sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması ve yeni malikin, kiralayan finans şirketi ile başka bir finansal kiralama ilişkisinin bulunması koşuluyla) finansal kira ilişkisi malın yeni maliki ve finansal kiralama şirketi arasında geçerli olacaktır (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 27).

## **II. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin devri müessesesini düzenlemeden önce uygulamada ortaya çıkmış olan ihtiyaç, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanılarak çözümlenmeye çalışılmıştır.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin taraflarından birinin bu taraf sıfatını üçüncü bir kişiye anlaşılarak devretmesi söz konusudur<sup>6</sup>. Sözleşmenin devrine bir örnek verecek olursak; bir banka müşterisinin, bankayla yaptığı sözleşmeyi üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişi bankanın müşterisi olur<sup>7</sup> ve sözleşmeyi devreden müşterinin sözleşmedeki taraf niteliği ortadan kalkar, sözleşmeyi devralan üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olur.

Bu şekilde sözleşmedeki bir tarafın yerine başka bir kişinin geçip bu taraf sıfatına onun sahip olması (sözleşmenin devri) bir anlaşmaya dayanmaktadır<sup>8</sup>. Bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşen sözleşmenin devrinde hem bir tasarruf işlemi, hem de bir taahhüt işlemi söz konusudur.

---

<sup>5</sup> AYRANCI, s. 37; YAVUZ, s. 272.

<sup>6</sup> GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 785; DEMİR, Mehmet, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 44; UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2012, s. 1183-1184.

<sup>7</sup> AYRANCI, s. 35 naklen.

<sup>8</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2013, s. 616 (İlgili bölüm ÖZ, M. Turgut tarafından kaleme alındığı için bu konudaki bundan sonraki atıflarda sadece ÖZ'e atıf yapılacaktır.).

### **1- Sözleşmenin Devrinin Bir Tasarruf İşlemi Olması Niteliği**

Bir hakkı veya hukukî bir ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyerek, onu ortadan kaldıran, azaltan ya da değiştiren bir hukukî işlem, tasarruf işlemidir. Bir tasarruf işleminin yapılabilmesi için tasarrufta bulunanın, bu işlemin konusunu oluşturacak hak üzerinde belli bir yetkiye (tasarruf yetkisine) sahip olması gerekmektedir<sup>9</sup>.

Önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, sözleşmeyi devreden, sözleşmede taraf niteliğini haizdir. Bu taraf niteliği sayesinde de tasarruf ehliyeti vardır. Devir işlemi ile birlikte devreden ile devralan arasında sözleşmenin tarafını değiştiren bir hukukî işlem gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin devri, devreden açısından bir tasarruf işlemidir.

Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraf sıfatı üzerinde tasarrufta bulunan devreden açısından bir tasarruf işlemi mevcuttur. Ancak, sözleşmede kalan açısından da devir işlemi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Zira sözleşmede kalan taraf da alacak hakları ile ilgili olarak borçlu mamelekinin değişmesine rıza göstermek suretiyle bir tasarruf işlemi gerçekleştirmektedir<sup>10</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin devrinde, gerek sözleşmeyi devreden gerek sözleşmede kalan taraf açısından taraf değişikliği sonucuna yönelmiş bir tasarruf işlemi söz konusudur<sup>11</sup>.

### **2- Sözleşmenin Devrinin Bir Taahhüt İşlemi Olması Niteliği**

Taahhüt işlemi, bir hakka doğrudan doğruya etkide bulunmayan, sadece mal varlığının pasifini artıran, borçlandırıcı işlemlerdir<sup>12</sup>.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devralan ile sözleşmede kalan taraf açısından bir taahhüt işlemi söz konusudur<sup>13</sup>. Zira sözleşme ile devreden tarafın borçlarının yerine getirileceği taahhüt edilmektedir.

Sözleşmenin devrinde tasarruf ve taahhüt işlemleri birbirlerine sıkı şekilde bağlıdır. Bu nedenle de devreden ve sözleşmede kalanın tasarruf işlemine bağlı bir taahhüt işleminin söz konusu olduğunu göz ardı etmemek

---

<sup>9</sup> AYİTER, Kudret, Medenî Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 13; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2012, s. 48-49.

<sup>10</sup> AYRANCI, s. 66-68.

<sup>11</sup> AYRANCI, s. 67.

<sup>12</sup> KILIÇOĞLU, s. 48.

<sup>13</sup> AYRANCI, s. 67-68.

gerekir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin devrinde söz konusu olan taahhüt işlemi, tasarruf işlemine bağlıdır<sup>14</sup>.

### **III. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN BENZER HUKUKÎ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

Almanya, İsviçre gibi başka ülkelerde de uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle sözleşmede taraf değişikliğine ilişkin olarak bu düzenlemenin yapılması gerekliliği hususu öğretilerde tartışılmaktadır. İlk kez ülkemizde başlı başına kanun hükmü olarak düzenlenmiş olan bu müessese hakkında henüz Almanya ve İsviçre’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu’nda hizmet akdini düzenleyen maddeler arasında sözleşmenin devri özel olarak 429’uncu maddede hükme bağlanmıştır.

Hukuk literatüründe eskiden beri ele alınmış olmakla beraber 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk defa düzenlenmekle birlikte yeni bir hukukî müessese olma durumunu kazanmış olan “sözleşmenin devri” Borçlar Kanunu’nda benzer hukukî müesseselerden farklılık gösterir.

#### **1- Alt Sözleşme ve Sözleşmenin Devri**

Borçlar Kanunu’nda özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte bazı sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde yer verilmiş olmasını da dikkate aldığımızda bazı sözleşme ilişkilerinde alt sözleşme(lerin) kurulması öğretisi ve uygulama tarafından kabul edilmiştir.

Alt sözleşme öğretide; daha önce yapılmış bir sözleşmenin taraflarından birisi ve konusu bakımından onunla kesişen, daha önce yapılmış sözleşmeden bağımsız olmakla birlikte fiili ilişki içinde olan sözleşme alt sözleşme<sup>15</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle alt sözleşme ile yeni bir sözleşme oluşturulmaktadır ve ortada aynı muhtevaya sahip olan iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin tarafları birbirinden farklıdır. Sadece taraflardan birisi aynı muhtevadaki her iki sözleşmede de taraf sıfatına sahiptir. Fakat üstlendiği taraf sıfatlarının niteliği farklı olduğu için her iki sözleşmede birbirinden farklı ve bağımsız hak ve yükümlülükler yer almaktadır.

---

<sup>14</sup> KILIÇOĞLU, s. 48-49; AYRANCI, s. 69.

<sup>15</sup> AKKANAT, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s. 1; AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 83; EROL, Yasemin, Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Kırkkale 2003, s. 5; KAHVECİ, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 63.

Alt sözleşmenin kurulmuş olması, daha önceden yapılmış olan asıl sözleşmeyi ortadan kaldırmayacak, her ikisi de birlikte varlıklarını sürdüreceklerdir<sup>16</sup>. Alt sözleşme tipi olarak uygulamada sıklıkla karşılaşılan sözleşmelerden bazıları alt kira sözleşmesi, alt hâsılat kirası sözleşmesi, alt vekâlet sözleşmesi ve alt eser sözleşmesidir.

Alt sözleşme, kural olarak sürekli borç ilişkilerinde veya sürekli borç ilişkisi benzeri borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. Çünkü alt sözleşmeye konu olan edim, asıl sözleşmeden alt sözleşmeye yansımaktadır ve asıl sözleşmenin süresinden daha uzun süreli olabilmesi mümkün değildir<sup>17</sup>. Alt sözleşmenin asıl sözleşmenin süresine bağlı olmasının (asıl sözleşmenin süresinden daha uzun süreli olamamasının) yansımaları olarak da her sözleşme tipi için yapılmasının mümkün olmadığı, kullanma, yararlanma, eser yaratma, iş görme gibi sürekli ilişkilerin söz konusu olduğu sözleşmeler için söz konusu olabileceği belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Sözleşmenin devrinde ise alt sözleşmeden farklı olarak sözleşmedeki taraflardan birisi değişmektedir. Üçüncü kişi sözleşmedeki taraflardan birinin yerine geçmekte, yerine geçtiği tarafın tüm hak ve borçlarına sahip olmaktadır. Yerine geçilen tarafın ise, artık hiçbir şekilde taraf sıfatı ve bu sığfata bağlı olan hak ve borcu kalmamaktadır. Ayrıca, sözleşmenin devrinde asıl sözleşme - alt sözleşme ya da daha önceden yapılmış sözleşme - daha sonra yapılmış sözleşme gibi nitelendirmeler söz konusu değildir. Zira tek bir sözleşme vardır ve devre konu olan bir taraf sıfatı vardır.

Sözleşmeye ilişkin edim hakkında bir değişiklik olmadığı için sözleşmenin devri ile ilgili bir süre sınırlandırması da hem bu nedenle hem ortada başka bir bağlı sözleşme bulunmaması nedeniyle mümkün değildir.

Alt kira sözleşmesi, kira konusunun asıl kira sözleşmesine taraf olan kiracı tarafından tamamen veya kısmen bir başkasına tekrar kiralanması yahut kullanma hakkının devredilmesidir<sup>19</sup> (TBK. m. 322). Burada alt kiracı kiralanana değil asıl kiracı ile bir borç ilişkisine girmektedir<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> AYRANCI, s. 80.

<sup>17</sup> AKKANAT, s. 18; AKİPEK, s. 86; KAHVECİ, s. 64; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 363.

<sup>18</sup> YÜCER, İpek, "Alt Kira", AÜHFD, Cilt 57, S. 3, Yıl 2008, s. 795.

<sup>19</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 1977, s. 553; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 267; GÜMÜŞ, Cilt I, s. 361.

<sup>20</sup> AYRANCI, s. 81.

## **2- Alacağın Devri ve Sözleşmenin Devri**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile “alacağın temlik” kavramı yerini “alacağın devri” kavramına bırakmıştır. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu’nun 183 ilâ 194’üncü maddeleri arasında yer alan yeni düzenlemeler ile esasında genel olarak eski düzenlemelerin korunmasını benimsemiştir.

Alacağın devri, borcun kaynağı ne olursa olsun, alacaklının, alacağını üçüncü bir kişiye devir (temlik) etmesidir. Alacaklı alacağını devrederken tam devir yapabileceği gibi kısmi devir de yapabilir. Alacağın devri bazen kanun hükmü ya da mahkeme kararına dayanabilmekte, bazen de alacaklının iradesine dayanmaktadır<sup>21</sup> (TBK. m. 185).

Alacağın devri söz konusu olduğunda borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu yanında bir üçüncü kişi de ilişkiye taraf olmaktadır. Başka bir ifade ile alacağın devrinin varlığı halinde asıl borç ilişkisindeki tarafların yanına bir üçüncü kişi daha borç ilişkisine katılmaktadır<sup>22</sup>. Bu üçüncü kişi alacağın devrine ilişkin sözleşme yahut kanun hükmü ya da mahkeme kararı ile asıl borç ilişkisine dâhil olmaktadır<sup>23</sup>.

Borçlar Kanunu’nun 183’üncü maddesi hükmüne göre, kanun, sözleşme veya işin niteliğinden kaynaklanan herhangi bir engel bulunmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Alacağın devrinin geçerliliğini Türk Borçlar Kanunu 184’üncü maddede yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Bu geçerlilik şartına 185’inci madde ile kanun hükmü veya mahkeme kararıyla gerçekleşmiş olan devirler bakımından özel bir şekil şartı gerekmediğini belirterek istisna getirmiştir. Şekil şartının getirilmesindeki amaç, borçlunun ödeme yaptığı kişinin alacaklı olduğundan emin olmasını sağlayarak onu borçtan kurtarmaktır<sup>24</sup>.

Alacağın devrinde devredene bazı koşulların varlığı ile birlikte sorumluluk yüklenmiştir. Şöyle ki; devrin bir edim karşılığında gerçekleşmesi halinde kanun koyucu alacağı devreden devir sırasında alacağın varlığını ve

---

<sup>21</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976, s. 1074 vd.; FRANKO, Nisim, “Alacağın Temlik”, AÜSBFD, Cilt 49, S. 1, Yıl 1994, s. 177, 185; EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1224; KILIÇOĞLU, s. 784; ÖZ, s. 543; NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 355-357.

<sup>22</sup> KILIÇOĞLU, s. 784.

<sup>23</sup> EREN, s. 1225-1228.

<sup>24</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1088; FRANKO, s. 181.



borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini kabul etmiştir (TBK. m. 191). Bu kabulden hareketle de devralana, garanti ile devredenden 1- ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, 2- devirden kaynaklanan giderlerin verilmesini, 3- devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimler için harcadığı giderlerin verilmesini, 4- uğradığı diğer zararları isteme hakkı vermiştir (TBK. m. 193).

Sözleşmenin devrinde ise ortada üçlü ilişkiye dayanan bir hukukî durum söz konusu değildir. Taraflardan biri yerini üçüncü kişiye bıraktığı için sözleşme yine iki taraflı olarak devam etmektedir.

Alacağın devrinde borç ilişkisine eklenen yeni bir taraf varken, sözleşmenin devrinde sadece bir taraf değişikliği vardır.

Söz konusu müesseselerin karşılaştırılması gereken başka bir noktası ise devir işlemini gerçekleştiren taraflara ilişkindir. Alacağın devri işlemi sadece alacaklı tarafından yapılabilirken, sözleşmenin devri alacaklı tarafından yapılabileceği gibi borçlu tarafından da yapılabilecektir (bu durum, sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen ya da iki tarafa da borç yükleyen nitelikte olmasına göre değişim göstermeyecektir).

Her iki müessese arasında diğer önemli bir fark, alacağın devrinde borçlunun rızasına ilişkin herhangi bir şart bulunmamasına karşın, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın rızası devir için kurucu unsur niteliğindedir.

Alacağın devri müessesinden söz ederken kanun koyucu teknik anlamdaki ‘alacak’ terimini tercih etmiştir<sup>25</sup>. Sözleşmenin devri müessesinden söz ederken ise ‘bütün hak ve borçlar’ ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle yenilik doğuran haklar açısından bir karşılaştırma yapılacak olursa; alacağın devri ile yenilik doğuran hakların devredilememesine -alacakları etkileyen yenilik doğuran haklar hariç- karşın sözleşmenin devri ile yenilik doğuran hakların da devir kapsamına girdiği kabul edilebilir. Zira alacağın devrinde sadece edimi talep yetkisinin devri söz konusudur ve sözleşmeyi etkileyen yenilik doğuran haklar diğer tarafa geçmez<sup>26</sup>.

Her iki müessese arasında amaç bakımından da bir fark mevcuttur. Nitekim alacağın devri, sözleşme ilişkisinden doğan ve fakat bu ilişkinin sadece bir kısmını oluşturan münferit alacak ile ilgilidir. Alacağın devrinde taraf konumunda herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir. Hâlbuki

---

<sup>25</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1075; FRANKO, s. 178; EREN, s. 1234; AYRANCI, s. 46-48.

<sup>26</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1105, 1133; FRANKO, s. 187; AYRANCI, s. 46-48.

sözleşmede taraf değişikliği yapan sözleşmenin devrindeki amaç, bambaşka bir karaktere sahiptir<sup>27</sup>.

Ancak, her iki müessese de hukukî niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir<sup>28</sup> ve gerek alacağın devri gerek sözleşmenin devri bakımından borçlunun/sözleşmede kalan tarafın zarara uğramaması esastır. Ayrıca her iki müessesede de sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir.

### **3- Borcun Üstlenilmesi ve Sözleşmenin Devri**

Alacağın devri ile alacaklının değişmesine olanak tanıyan kanun koyucu, borcun üstlenilmesi ile de borçlunun değiştirilmesine imkân vermiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda alacağın devrinden hemen sonra 195-204'üncü maddeler arasında düzenlenmiş olan "borcun üstlenilmesi", mülga Borçlar Kanunu'nda yer alan "borcun nakli"nin karşılığıdır. Kanun koyucu bu konudaki düzenlemelerde de genel olarak mülga kanundaki hükümlerin muhafazasını benimsemiştir.

Borcun üstlenilmesi, borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesi, borca katılma ve bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi olarak dört ayrı kategoride düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma için ise kanun koyucu bu çeşit bir ayırım yapma yöntemini benimsememiştir.

Borcun iç üstlenilmesinde; üçüncü kişinin borçlu ile yaptığı sözleşme veya alacaklının rızası doğrultusunda üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarma taahhüdü söz konusudur (TBK. m. 195).

Borcun dış üstlenilmesinde; alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılması söz konusudur. Sözleşmenin konusu, borçlunun borcunun üstlenilmesi suretiyle borçtan kurtarılması ve onun yerine geçilmesidir (TBK. m. 196).

Borca katılma, borcun üstlenilmesine ilişkin olarak kanun koyucunun benimsediği üçüncü kategoridir. Borca katılma şeklindeki borcun üstlenilmesinde, mevcut borçlunun yükümlülüğü devam ederken, üçüncü bir kişinin de sonradan alacaklı ile anlaşarak, aynı edimi ifa etmeyi üstlenmesi söz konusudur. Buradaki tasarruf işlemi müteselsil borçluluk doğuracak şekildedir. Zira Borçlar Kanunu'nun 201'inci maddesinde de alacaklı ile anlaşarak yapılan katılmada, bu üçüncü kişinin (katılanın) borçlu ile birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

---

<sup>27</sup> AYRANCI, s. 49.

<sup>28</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1090; FRANKO, s. 179.

Borcun üstlenilmesine ilişkin olan dördüncü ve son kategori, bir malvarlığının veya işletmenin devralınması durumuna ilişkindir. Bir malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde; bir malvarlığının veya işletmenin aktifinin ve pasifinin tamamen bir kişiden başka bir kişiye devredilmesi söz konusudur. Burada tarafların anlaşması ile birlikte aktifler ve pasifler üzerindeki tüm hak ve borçlar nakledilmektedir (TBK. m. 202). İşletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesinde de bir malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi söz konusu olacaktır (TBK. m. 203).

Borcun üstlenilmesine ilişkin olarak öğretilde kabul edilen bu ayrımlar, sözleşmenin devri müessesesi ile karşılaştırıldığında aralarında bazı farklılıklar bulunduğu görülür.

Nitekim iç üstlenme; borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarmasına ilişkin taahhüdünü içerir. Borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin karşılıklı edimleri içeren (ivazlı) bir sözleşme olması mümkün olduğu gibi, tek tarafa borç yükleyen (ivazsız) bir sözleşme olması da mümkündür<sup>29</sup>.

Sözleşmenin devrinde tüm hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçmektedir. Borcun iç üstlenilmesinde ise, esasında borçlunun borcunun ödeneceğine ilişkin bir taahhüt altına girilmektedir. Başka bir ifadeyle borcun üstlenilmesinde, üçüncü kişi sözleşmenin devrinden farklı olarak sadece borçluyu borçtan kurtarma borcu altına girmektedir.

Borcun dış üstlenilmesinde, iç üstlenmede olduğu gibi borcun üstlenilmesine ilişkin bir sözleşme vardır. Ancak, bu sözleşmenin tarafları borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklıdır. Dış üstlenme, her zaman alacaklı ve borçlu arasında sözleşme yapılması ile ortaya çıkmak durumunda değildir. Borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin alacaklıya bildirilmiş olması, borcun dış üstlenilmesine ilişkin bir öneridir. Bu önerinin kabulü hakkında herhangi bir süre öngörülmemişse alacaklının her zaman öneriyi kabul etmesi söz konusudur. Aksi halde verilen sürelerin dolmasıyla birlikte öneri reddedilmiş olacaktır (TBK. m. 197). Borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin alacaklıya bildirilmesi ile alacaklıya yapılan borcun dış üstlenilmesi önerisi kabul edilirse dış üstlenme sözleşmesi doğmuş olacaktır.

---

<sup>29</sup> EREN, s. 1244-1246; ÖZ, s. 587; NOMER, s. 362-363.

Dış üstlenme sözleşmesi, alacaklının karşısındaki borçlunun değişmesine ilişkin bir tasarruf işlemidir<sup>30</sup>. Bununla birlikte bir taraftan üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödemesine ilişkin taahhüdü bulunmaktadır. Üçüncü kişinin bu taahhüdü ile borçlu borcundan kurtulur.

Sözleşmenin devrinde ise, sadece borçlara ilişkin bir tasarruf ve taahhüt söz konusu olmayıp tüm hak ve borçların tamamen devri söz konusudur. Sözleşmenin devrinde kanun koyucu tarafından kurucu unsur olarak belirlenmiş olan sözleşmede kalan tarafın rızası dış üstlenmede de vardır. Ancak, borcun dış üstlenilmesinde rıza gösterecek taraf sıfatı, alacaklı sıfatı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle de sözleşmenin devri ile borcun dış üstlenilmesinin de bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Borca katılmada ise, mevcut borçlunun borca ilişkin yükümlülüğü devam etmekte ve onun yanında alacaklı ile anlaşarak borcu ödeme yükümlülüğü altına giren bir üçüncü şahıs (katılan) bulunmaktadır. Borca katılmada, borçlu ile katılan alacaklıya karşı müteselsil sorumludur (TBK. m. 201). Borca katılma ile birlikte alacaklının karşısında sorumlu olan borçlu tarafında sorumluların sayısı arttırılmaktadır. Başka bir ifadeyle borca katılan, önceki borçlu ile birlikte ve onun yanında borçlu sıfatını kazanmaktadır<sup>31</sup>.

Sözleşmenin devrinde ise, herhangi bir taraf yanında sözleşmeye dâhil olma söz konusu olmayıp, alacaklı ya da borçlu taraflarından herhangi birinin sözleşmedeki taraf sıfatını yitirmesi ve onun yerine başka birinin bu taraf sıfatını kazanması söz konusudur.

Bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde ise, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde bir kişiden başka bir kişiye devredilmesine ilişkin sözleşme ile birlikte tüm hak ve borçların malvarlığı veya işletmeyi devralana geçmesi söz konusudur<sup>32</sup>. Burada borçlunun değişmesinin temelinde tamamen başka bir ilişki söz konusudur. Bir malvarlığı veya bir işletme bağımsız bir işlemle el değiştirmektedir. Mülkiyet değişikliği ile birlikte ortaya çıkan tüm hak ve borçların da mülkiyetle birlikte el değiştirmiş olmasının uzantısı olarak alacaklı, yeni malik ile karşı karşıya kalmaktadır.

---

<sup>30</sup> EREN, s. 1247; ÖZ, s. 593; NOMER, s. 362.

<sup>31</sup> EREN, s. 1254; ÖZ, s. 608.

<sup>32</sup> ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179'uncu Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul 1971, s. 5 vd.

Sözleşmenin devrinde ise yalın olarak sözleşme üzerinde taraf değişikliği yapmak suretiyle tasarruf ve taahhüt gerçekleşmektedir. Taraf sıfatının değişmesine yönelik irade sadece sözleşmede taraf olmaya yöneliktir. Bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde ise, hem yine sadece borçlu taraf bakımından değişiklik yapılması söz konusu hem bu değişikliğin temelinde bir mülkiyet değişikliği barınmaktadır.

#### **4- Yenileme (Tecdit) ve Sözleşmenin Devri**

Borçlar Kanunu'nda borçların ve borç ilişkilerinin sona erme halleri arasında yer alan yenileme, 133'üncü maddede düzenlenmiştir. Maddede yenilemenin niteliği üzerinde durulmuş, kavramın tanımı yapılmamıştır. Mülga Borçlar Kanunu'ndaki hükmün 6098 sayılı Kanun'da da aynen muhafazası yoluna gidilmiş olması nedeniyle öğretide yerleşmiş olan tanım da muhafaza edilmektedir. Yenileme; mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesidir<sup>33</sup>.

Yenilemeden söz edilebilmesi için bir borcun sona ermesi ve yeni bir borcun doğması söz konusudur. Daha önceki sözleşme ile aynı muhtevaya sahip sözleşme yapılırsa dahi ortada yeni bir sözleşme bulunmaktadır<sup>34</sup>. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır. Başka bir ifadeyle yenilemede sözleşme değişikliğe uğrarken, sözleşmenin devrinde sözleşme aynen muhafaza edilmekte ve sadece taraflardan birisi bakımından değişiklik ortaya çıkmaktadır.

Her iki müessese için de iradelere önem atfedilmiştir. Yenilemeden söz edebilmek için, mevcut borcun sona ermesi ve yeni bir borcun yaratılması gerekmektedir. Ancak, bu dahi tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 133/2'nci madde hükmü ile tarafların açık yenileme iradelerinin bulunmasını kurucu unsur olarak değerlendirmiştir. Aynı şekilde sözleşmenin devri bakımından da iradeler önem arz etmektedir. Hem sözleşmeyi devreden ve devralanın hem sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin uygun iradelerinin bulunması gerekir.

Yenilemede esas olan önceki sözleşmenin tarafları arasında yapılmasıdır<sup>35</sup>. Zira yenilenen şey sözleşmedir. Taraflara ilişkin bir yenileme yapılmamaktadır. Sözleşmenin devrinde ise, sözleşmenin muhtevası tamamen

<sup>33</sup> KOYUNCUOĞLU, Tennur, Türk-İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972, s. 50-51.

<sup>34</sup> KILIÇOĞLU, s. 836 vd.; AYRANCI, s. 78.

<sup>35</sup> AYRANCI, s. 79.

aynı kalmaktadır. Bunun yanında sözleşmedeki taraflardan birisi de aynı kalmaktadır.

Yenilemede, yeni borç ilişkisinin kurulmasıyla birlikte sona ermiş olan eski borç ilişkisinden kaynaklanan tüm fer'i haklar, def'iler ve itirazlar sona ermektedir. Tarafların aksi yönde bir iradeleri bulunması halinde; yeni borç ilişkisini kurarken açıkça eski borç ilişkisinden kaynaklanan hak, def'i ve itirazların yenilemeden etkilenmeyeceği yönündeki iradelerini de ortaya koyabilirler<sup>36</sup>. Sözleşmenin devrinde ise, devreden tarafın tüm hak ve yükümlülükleri, başkaca bir tasarrufa yahut taahhüde konu olmaksızın aynen devralan tarafa geçer.

#### **IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI**

Bir tasarruf işlemi olan sözleşmenin devrinde tasarrufun konusu, sözleşme ilişkisinin taraf konumudur<sup>37</sup>. Sözleşme devrinin olabilmesi için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir. Kanunda öngörülen sınırlar içinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve imkânsız bir konu hakkında olmaması gerekir (TBK. m. 26, 27). Elbette ki bu sözleşmenin geçerliliği, süreye bağlı ise süresinin geçmemiş olması, tasfiyesinin söz konusu olmaması ve devrin yasaklanmamış olması gerekir. İlaveten kanunda aranan şekil şartına da uygun olması gerekir (TBK. m. 13).

Borçlar Kanunu'nun 205'inci maddesi "sözleşmenin devri"nin gerçekleşmesi için aşağıda belirtilen şartların varlığını aramıştır.

##### **1- Devredilebilir Nitelik Taşıyan Bir Borç İlişkisinin Varlığı**

Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraf sıfatından biri üzerinde değişiklik meydana gelmektedir<sup>38</sup>. Bu taraf sıfatı ile birlikte sözleşmedeki bütün hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçmektedir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve bu taraf sıfatına bağlı olan hak ve borçlar devredilmektedir.

Sözleşmenin devredilebilmesi için devir anlaşmasına konu olan sözleşmedeki borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerekir<sup>39</sup>

<sup>36</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 580-581; KILIÇOĞLU, s. 839; AYRANCI, s. 79.

<sup>37</sup> AYRANCI, s. 92; EREN, s. 1256; UYGUR, s. 1185.

<sup>38</sup> YAVUZ, s. 272.

<sup>39</sup> AYRANCI, s. 95.

<sup>40</sup>. Niteliği gereği sözleşme ilişkileri devredilebilir niteliğe sahiptir<sup>41</sup>. Ancak, şahsa bağlı alacaklara/borçlara dayalı bir sözleşme söz konusu ise, sözleşmenin devredilebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>42</sup>. Zira bu durumda taraf sıfatı üzerinde tasarruf işlemi bulunulabilmesi ortadan kalkmaktadır. Sözleşmenin devrine konu olabilecek sözleşmeler, şahsa bağlı olmayan haklara ilişkin sözleşmelerdir<sup>43</sup>. Meselâ ismin, şeref ve haysiyetin devrine ilişkin devir sözleşmesi yapılamaz.

Sözleşmenin devrine konu olan sözleşmenin devri mümkün olmakla birlikte devir yasaklanmışsa, böyle bir durumda da sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Zira bir kanun hükmü yahut taraf iradesiyle birlikte devir işlemi engellenmiş durumdadır.

Kanun hükmünden kaynaklanan devir engelinin sadece yasaklama olarak düzenleneceğini düşünmek hatalı olabilir. Şöyle ki; sözleşmenin devrine ilişkin olan Türk Borçlar Kanunu'nun 205/4'üncü maddesi hükmünde "*kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır*" ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce belirttiğimiz kanunî düzenleme hem kanun hükmü ile devre ilişkin yasaklamayı kapsamakta, hem doğası gereği devre konu olamayacak durumları dile getirmektedir. Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 599/1'inci maddesi hükmüne göre; "mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar" yani mirasbırakanın taraf olduğu bir sözleşmedeki taraf sıfatı ve bu sığata bağı olan hak ve borçlar mirasçılara mirasbırakanın ölümü ile kanun gereğı olarak geçecektir. Burada kanundan doğan bir halefiyet hali söz konusudur. Dolayısıyla bu geçiş için sözleşmenin devri söz konusu olmayacaktır.

Devredilebilen bir sözleşme ilişkisi yoksa sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır<sup>44</sup>. Devredilemeyen bir sözleşmenin devredilmesinden sonra devredilebilir nitelik kazanması, geçersiz olan sözleşmenin devri işlemi geçerli hale getirmez. Çünkü ortada baştan itibaren geçersiz olan bir işlem söz konusudur<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> YAVUZ, s. 272.

<sup>41</sup> AYRANCI, s. 95; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379.

<sup>42</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379; YAVUZ, s. 272-273.

<sup>43</sup> AYRANCI, s. 96; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379; YAVUZ, s. 273.

<sup>44</sup> AYRANCI, s. 97; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379.

<sup>45</sup> AYRANCI, s. 97.

Tüm bunların yanı sıra, kanunî ya da iradi bir engel olmamakla birlikte sırf sözleşmenin kendisinden kaynaklanan nedenlerle de devredilebilmesi mümkün olmayabilir. Sözleşmede yüklenilen edim, sadece bazı şartlara sahip olan kişi/kişiler tarafından ifa edilebiliyorsa, bu kişiye ilişkin taraf sıfatının devredilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle sözleşmelerde sözleşmede kalan tarafın rıza göstermiş olması dahi durumu değiştirmeyecektir. Örneğin, bir ressam tarafından üstlenilmiş ve ifa edilmesi gereken bir işin bir boya ustasına devredilmesi sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi halinde dahi mümkün olmayacaktır. Çünkü sözleşmeyi devredecek olan ressamın üstlenilen edim açısından sahip olduğu taraf sıfatı alelade nitelikte değildir, özel bir yetenek, özel bir eğitim gerektirmektedir. Şu halde verdiğimiz örnekteki taraf sıfatı, ancak ve ancak devreden ressam ile aynı niteliklere sahip başka bir ressama devredilebilecek, bu şekilde sözleşmenin devri sözleşmede kalan tarafın rızası ile hayata geçebilecektir. Aksine bir durumda sözleşmenin devrinin geçersizliği ortaya çıkacaktır. Çünkü ortada devredilemez bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır (boya ustası bakımından) ve taraf değişikliği gerçekleştirilememiş olduğundan sözleşme, aynı taraflar arasında devam edecektir. Her şeye rağmen sözleşmenin devrinin geçerli olduğu gibi bir düşünceyle yükümlülüklerini yerine getirmeyen devreden, borcunu ifa etmemiş olmanın sonuçlarıyla karşılaşacaktır. Sözleşmeyi devralan taraf ise tüm geçersizliğe rağmen sözleşmede kalan taraftan bazı hak ve alacaklar elde etmiş ise bu durumda da sebepsiz zenginleşme olgusu ortaya çıkacaktır.

## **2- Tarafların Uygun İrade Açıklamaları**

Sözleşmenin devrinden söz edilebilmesi için sadece devreden ve devralanın iradelerinin birleşmesi yeterli olmayacaktır. Çünkü devreden ile devralan arasındaki anlaşma sözleşmede kalan taraf açısından hüküm ifade etmeyecektir (TBK. m. 205/1).

Sözleşmenin devrinin hüküm ifade edebilmesi için tarafların yani devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir.

İradelerin birleşmesi öncelikle devreden ve devralan arasında gerçekleşecektir. Sözleşmede kalan taraf da sözleşmenin devrine ya önceden izin verecektir ya da sonradan onaylayacaktır. Çünkü sözleşmeyi devreden ile devralanın anlaşmalarının hüküm ifade edebilmesi için sözleşmede kalan tarafın rızası ya da onayı gerekir. Elbette ki sözleşmenin devri, her üç tarafın (devreden, devralan ve sözleşmede kalan) bir arada olması ile gerçekleşmişse,



irade beyanları açısından öncelik sonralık gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

**a. Devreden ve devralan arasında yapılan anlaşma**

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için sadece devreden ve devralanın anlaşması yetmez. Nitekim kanun koyucu, tarafların menfaatini korumayı esas alarak sözleşmenin devrine taraf olan her üç kişinin de rızasının bulunmasını şart koşturmuştur. Ancak, mutlak surette devreden ve devralanın sözleşmenin devri hususunda anlaşmaya varmış olmaları gerekir.

Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin önceden verilmiş bir izni yoksa devreden ve devralan arasında yapılan anlaşma bir öneri sayılır. Sözleşmeyi devralanın taraf değişikliğine yönelik olan öneriyi kabulü, tek başına yeterli olmayacak, sadece devreden ile aralarındaki anlaşmayı ortaya koyacaktır. Sözleşmenin devri için, sözleşmede kalan tarafın rızası kurucu etki sağladığı için, devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın hayata geçebilmesi için başlangıçta sözleşmenin devri için rıza göstermemiş olan sözleşmede kalan tarafın icazeti ile tamamlanabilecek bir öneri ve kabul olabilecektir. Zira sözleşmenin devri sözleşmede kalan tarafın rızasının alınması ile birlikte meydana gelir. Aksi halde eksik sözleşme ortaya çıkacaktır.

**b. Sözleşmede kalan diğer tarafın bu anlaşmaya rıza göstermesi**

Kanun koyucunun sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın iznini ya da onayını araması zorunlu bir şarttır. Bu şart, sözleşmede kalan tarafın sözleşme kurmak istemediği bir kişiyle bir sözleşme ilişkisine sokulmasının engellenmesine hizmet etmektedir<sup>46</sup>. Aksi halde sözleşmede kalan taraf, istemediği başka bir kişiyle muhatap olmak zorunda kalacaktır ki; bu durum Borçlar Hukuku'nun temel prensiplerinden olan irade serbestisinin ihlali anlamına gelecektir.

Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine izin vermemesi ya da devri onaylamaması halinde taraf değişikliğinin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Sözleşmenin devrinde kurucu unsur niteliğinde olan sözleşmede kalan tarafın rızası, devirden önce verilen izin yahut devirden sonra verilen onay ile gerçekleştirilebilir (TBK. m. 205/2).

---

<sup>46</sup> AYRANCI, s. 100; YAVUZ, s. 273.

Sözleşmenin devri sözleşmesi, en baştan itibaren devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında aynı anda yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Yahut devreden taraf ile devralan taraf sözleşmenin devri konusunda bir anlaşma yaparlar ve sözleşmede kalan tarafın onayını alarak sözleşmenin devrini gerçekleştirebilirler. Başka bir ihtimal ise; sözleşmenin devrinden önce (asıl taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması sırasında ya da bu sözleşmenin kurulmasından sonra) taraflar sözleşmenin devrine ilişkin rızalarını içeren bir anlaşma yaparlar. Bu durumda sözleşmede kalan taraf, baştan itibaren yahut asıl sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin devrine ilişkin rızasını belirtmiş olur.

Tarafların sözleşmenin devrine ilişkin iradelerinin oluşma ihtimalleri doğrultusunda sözleşmenin devredildiği anı da değerlendirmemiz gerekmektedir. Üç tarafın bir arada olması halinde gerçekleştirilen sözleşme devrinde her üç tarafın rızası da aynı anda ortaya konduğu için sözleşmenin devri, üçlü sözleşmenin kurulmasıyla ortaya çıkacaktır. Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devri konusunda önceden verdiği bir iznin bulunması halinde, sözleşmenin devri, devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi ile gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, bu durumda sözleşmede kalan tarafın bundan böyle karşısında olacak taraf hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanması amacıyla devreden ve devralan arasındaki sözleşmeden haberdar edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkacaktır. Sözleşmede kalan taraf, önceden devre ilişkin izni verirken kendisine bildirim yapılmasını şart koşmuşsa, bildirim ile birlikte sözleşmenin devri gerçekleşecek ve bildirim şartına mutlaka uyulması gerekecektir. Devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın sözleşmede kalan tarafa bildirim hakkında bir şart koşulmamış ancak, sözleşmenin devredilebileceği kişi(ler) hakkında çeşitli sınırlar çizilmiş ve bu sınırlar doğrultusunda belirlenenlere sözleşme devredilmişse yine bir sorun yoktur. Fakat herhangi bir sınır ve bildirim şartı yoksa esasında sözleşmede kalan tarafın menfaatlerinin korunması için, kanun koyucunun koyduğu rıza şartının tam olarak murat edilen nitelikte olmaması nedeniyle sözleşmede kalan tarafın sözleşmeyi devralan taraf hakkında tam bilgiye vakıf olana kadar geçen sürede sözleşmenin devrine ilişkin işlemin askıda olduğunu düşünmek yersiz olmayacaktır<sup>47</sup>. Sözleşmede kalan tarafın rızasını sonradan (devreden ve devralanın anlaşmasından sonra) beyan etmesi durumunda ise, sözleşmenin devri bu beyanın açıklanması ile birlikte gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, sağlık koşulu, hak ve borçlara sahip olunması ve sona ermesi açısından beyanın hem devredene, hem devralana yapılması yerinde olacaktır.

---

<sup>47</sup> Konu hakkındaki başkaca görüşler ve olasılıklar için bkz. AYRANCI, s. 106-109.

İstisnai olarak sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmadığı devirler de söz konusu olabilir. Bu duruma Türk Borçlar Kanunu'nun 310'uncu maddesi örnek olarak gösterilebilir. 310/1'inci madde hükmü; "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur." şeklindedir. Bu durumda mülkiyetin el değiştirmesinden kaynaklanan bir devir söz konusudur. Yeni malik, kira sözleşmesine konu olan bir mülkiyeti edinmektedir. Mülkiyet değişikliğinin tarafları eski malik ile yeni malik, mülkiyet değişikliğinin yanı sıra mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin devrini de dolaylı olarak kararlaştırmaktadırlar. Bu mülkiyet değişikliği mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin taraflarını da değiştirmektedir. Kira sözleşmesi bakımından eski malik devreden, yeni malik devralan, kiracı ise sözleşmede kalan tarafı teşkil etmektedir. Mülkiyete ilişkin değişimin gerçekleşmesinde kiracının rızası aranmamaktadır. Kiraya veren sıfatının da mülkiyet hakkına bağlılığı nedeniyle mülkiyet değişikliği ile birlikte kiraya veren taraf olma sıfatını da elde etmiş olan yeni malikin kiracının rızasına ihtiyacı bulunmamaktadır.

## **V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE ŞEKİL**

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde "1- Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. 2- Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz." şeklinde belirlenmiştir.

Bu genel kuraldan hareketle sözleşmenin devrine ilişkin şekli belirlemek için Türk Borçlar Kanunu 205'inci madde düzenlemesini irdelemek gerekmektedir. Maddenin 3'üncü fıkrasında sözleşmenin devrine ilişkin şekil şartı için devre konu olan sözleşmenin şekil şartı benimsenmiştir. Devre konu olan sözleşme ile ilgili özel bir şekil şartı yoksa devir sözleşmesinin şekli de bir şekil şartına bağlı olmayacaktır. Ancak, bu gibi durumlarda sözleşmenin devrinin önceden öngörülmüş olması halinde bu devrin şekli ile ilgili olarak taraflar iradî bir şekli de geçerlik koşulu olarak getirebileceklerdir<sup>48</sup>. Bu husus, sözleşmelerin şekli ile ilgili olarak iradî şekle ilişkin düzenleme doğrultusunda ele alınabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 17'nci maddesinde sözleşmelerin iradî şekli hakkında şu ifadeler yer verilmiştir; "1- Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.

---

<sup>48</sup> YAVUZ, s. 274.

2- Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır.” Türk Borçlar Kanunu’nun 17’inci maddesi göz önünde tutulduğunda, devre konu olan sözleşmenin özel bir şekil şartına tâbi olmaması ve devre konu olacak sözleşmenin taraflarının şekil şartı belirlemek yolunu tercih etmeleri halinde sözleşmenin devri bu şekil şartına uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

## **VI. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN SONUÇLARI**

Sözleşmenin devrinin en önemli sonuçlarından biri, devre konu olan sözleşmenin sona ermeyip varlığını devam ettirmesidir<sup>49</sup>. Zira sözleşmenin devrinde üzerinde tasarrufta bulunulan yegâne olgu taraf sıfatıdır. Sözleşmedeki taraflardan birisinin yerine başka bir kişi geçer. Sözleşmeye ilişkin hak ve borçlar varlığını sürdürmeye devam eder<sup>50</sup>.

Taraflardan biri bakımından sıfat değişikliği doğuran, diğeri bakımından herhangi bir değişiklik yaratmayan sözleşmenin devri, ne sözleşmedeki borca ne sözleşmenin konusuna ne sözleşmeden kaynaklanan borçlara ne de sözleşmenin süresine herhangi bir surette etki etmez.

Sözleşmeyi devralan kişi bakımından irade bozukluğu hallerinden (yanılma, aldatma, korkutma) birinin oluşması söz konusuysa Türk Borçlar Kanunu’nun 30, 36, 37’nci maddeleri hükümleri de dikkate alındığında sözleşmeyi devralan tarafın devraldığı sözleşmeyle bağlı kalmayabileceği söylenebilir. İrade bozukluğu hallerinden birinin varlığı nedeniyle devralan taraf sözleşmenin devri işlemi iptal edebilir. Bu durumda iptal edilen sözleşmenin devredilmesine ilişkin işlem olduğu için asıl sözleşmenin bu iptalden etkilenmesi söz konusu olmaz. Sözleşme ilk taraflar arasında varlığını sürdürmeye devam eder<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> AYRANCI, s. 115; YAVUZ, s. 274.

<sup>50</sup> Yargıtay 3. HD., 14.10.2004 tarih, 2004/9625 E., 2004/10945 K. sayılı kararında konu hakkında şu ifadelere yer vermiştir: “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.” (www.kazanci.com); Yargıtay 15. HD., 03.11.2004 tarih, 2004/1391 E., 2004/5609 K. sayılı kararında ise: “Sözleşmenin devri halinde devreden sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve devralan aynı sıfatla sözleşmenin tarafı olur.” (www.kazanci.com) ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>51</sup> AYRANCI, s. 115; YAVUZ, s. 274.

Sözleşmenin devrinin sonuçları devrin tarafları açısından ele alındığında;

### **1- Sözleşmede Kalan İle Devreden Taraf Arasındaki İlişki**

Sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devreden taraf, taraf sıfatını kaybetmiş olur. Dolayısıyla sözleşmeye ilişkin sorumlulukları da sona ermiş olur. Devreden tarafın sözleşmeye ilişkin sorumluluktan kurtulması sözleşmenin devri ile birlikte gerçekleşir<sup>52</sup>.

Sözleşmeyi devreden tarafın taraf sıfatının sona ermesi nedeniyle sözleşmede kalan taraf ile birbirlerine karşı herhangi bir hak ve borç ileri süremezler<sup>53</sup>.

### **2- Sözleşmede Kalan İle Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki**

Sözleşmeyi devralan tarafın asıl devraldığı, sözleşmedeki taraf sıfatlarından birisidir. Bu nedenle de devralan taraf, elde ettiği taraf sıfatına bağlı olan bütün hak ve borçların da sahibi olur (TBK. m. 205/1). Sözleşmeyi devralan, sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmede kalan tarafa karşı sorumlu olacak, sahip olduğu hakları sözleşmede kalan tarafa karşı ileri sürebilecektir.

Sözleşmeyi devralan tarafın sahip olduğu hak ve borçlar, sözleşmeyi devraldığı zamandakilerle sınırlı değildir. Devre konu sözleşme ilişkisinden dolayı gelecekte doğacak hak ve borçlar da devralan tarafa geçmiştir<sup>54</sup>.

Sözleşmenin devrinden itibaren sözleşmede kalan taraf sözleşmeyi devralan tarafa karşı hak ve borçları talep edebilir ve bunlardan sorumlu olabilir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmede kalan tarafın muhatabı artık sözleşmeyi devralandır.

### **3- Sözleşmeyi Devralan İle Sözleşmeyi Devreden Arasındaki İlişki**

Sözleşmenin devri sözleşmesi ile birlikte sözleşmeyi devreden taraf, yerini tamamen devrettiği kişiye bırakır.

Sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan alacaklar ve borçlardan sorumluluk devreden taraftadır<sup>55</sup>. Zira devralan tarafın taraf sıfatı sözleşmenin devri ile birlikte doğmaktadır.

---

<sup>52</sup> AYRANCI, s. 116; YAVUZ, s. 274. Devredenin sorumluluğunun sözleşmenin devir anı ile birlikte ortadan kalkacağına şüphe yoktur. Devrin gerçekleşmesine ilişkin alternatifler ve gerçekleşme zamanına ilişkin açıklamalar için bkz. IV-2.

<sup>53</sup> YAVUZ, s. 274.

<sup>54</sup> AYRANCI, s. 117; YAVUZ, s. 275.

<sup>55</sup> AYRANCI, s. 120; YAVUZ, s. 275.

Sözleşmeyi devreden tarafın devirden önce doğmuş olan borçları devralan tarafından yerine getirilmişse; devralan devredene karşı sebepsiz zenginleşme olgusunu ileri sürebilir<sup>56</sup>.

## **SÖZLEŞMEYE KATILMA**

Sözleşmeye katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmeye katılmada tam anlamıyla bir taraf değişikliği yani sözleşmeye taraf olan bir kişinin yerine başka bir kişinin geçmesi değil, bir kişinin yanına başka bir kişinin eklenmesi söz konusudur.

Sözleşmelerdeki edimlerin niteliği gereği bir sözleşmede tek tarafa borç yüklenmesi ya da her iki tarafa borç yüklenmesi söz konusu olabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, aynı zamanda bir borcu yerine getirme külfetini üstlenirken, bir alacağı da talep etme hakkına sahip olabilir. Alacaklı da yerine getirilen ifayı kabul etme ve benzeri (örneğin kira sözleşmesinde kiralananı kullandırma borcu) külfetleri üstlenirken üstlendiği külfetin karşılığı olan alacağını talep etme hakkına sahip olur. Sözleşmeye katılan da yanında katıldığı tarafın bu haklarına ve/veya yükümlülüklerine onunla birlikte sahip olur.

### **I. SÖZLEŞMEYE KATILMA KAVRAMI**

Sözleşmeye katılma müessesesi de özünde sözleşmenin taraflarında değişiklik yapmaktadır. Ancak, bu değişiklik sözleşmenin devrinden farklı bir niteliğe sahiptir. Şöyle ki; sözleşmeye katılmada katılmaya konu olan sözleşmeden ayrılan, taraf sıfatını üçüncü kişiye bırakan bir taraf bulunmamaktadır. Sözleşmeye katılmada, sözleşmenin taraflarından birinin yanına eklenen<sup>57</sup>, o kişinin taraf sıfatına onunla birlikte sahip olan bir üçüncü kişi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle sözleşmeye katılmada sözleşmeden ayrılan bir taraf bulunmamaktadır. Taraflardan birinin yanında sözleşmeye dâhil olan bir üçüncü kişi bulunmaktadır.

Sözleşmeye katılma kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin ilk fıkrasında "*Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.*" şeklinde açıklanmıştır.

---

<sup>56</sup> AYRANCI, s. 120; YAVUZ, s. 275.

<sup>57</sup> EREN, s. 1256; YAVUZ, s. 281.

Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin ifadesinden, sözleşmeye katılan açısından sözleşmeye -yanında yer aldığı tarafın tüm hak ve borçlarına birlikte sahip olacak şekilde- dâhil olmayı, sözleşmeye katan açısından sözleşmedeki taraf sıfatını terk etmeyerek yanına katılan kişi ile birlikte bu sıfattan kaynaklanan haklara sahip olması ve yükümlülükleri üstlenmesi anlaşılabilir. Bu yönüyle baktığımızda özünde sözleşmedeki taraflardan birinde taraf oluşturan kişi sayısının artması<sup>58</sup>, sözleşmede bir tarafa iştirak etme söz konusudur. Bu nedenle de tam anlamıyla bir taraf değişikliği sözleşmeye katılma açısından mevcut değildir.

Sözleşmeye katılma müessesesinin, sözleşmenin devri müessesesinden ayrıldığı bir başka nokta ise, taraf sıfatı başlangıçtan itibaren aynı kalan, yanına eklenme gerçekleşmeyen tarafın rızasına ilişkindir. Kanun koyucu, genel olarak 205'inci madde ile paralel yaptığı 206'ncı madde düzenlenmesinde sözleşmede sabit kalan tarafın rızası ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda, sözleşmeye taraf olanlardan birinin yanına bir üçüncü şahsı dâhil etmesinin geçerli olması için, sözleşmenin karşı tarafına bir rıza açıklaması sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir.

Madde düzenlemesinde sözleşmeye katılma sözleşmesinin, sözleşmeye katılan ile katılmaya konu olan sözleşmenin taraflarının yaptığı anlaşma ile gerçekleşebileceği düzenlenmiştir (TBK. m. 206/1). Bu hususa madde gerekçesinde de yer verilmiştir.

Rızaya ilişkin olarak bir şart konulmaması ve sözleşmeye katılma sözleşmesinin nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemelerden hareketle, sözleşmeye katılma sözleşmesinin bir taraftan katılan ile yanında yer alacağı taraf arasında yapılması diğer taraftan katılanın sözleşmede taraf olmak istediğini sözleşmenin karşı tarafı ile yapacağı bir sözleşmenin kurulması ile mümkün olacaktır.

Başka bir ifadeyle sözleşmeye katılma sözleşmesinin içinde iki sözleşmeyi barındırması<sup>59</sup> kanun koyucu tarafından istenmiştir. Kanunun ifadesi her ne kadar açık değilse de, amaca uygun yorum yöntemi ile sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmaya ilişkin iradesine önem vermek ve sözleşmeye katılan ile sözleşmede sabit kalan taraf arasında da karşılıklı irade açıklamalarının varlığını aramak, maddenin amacına uygun bir yorum olacaktır.

---

<sup>58</sup> EREN, s. 1256; ÖZ, s. 622; YAVUZ, s. 281.

<sup>59</sup> EREN, s. 1256; YAVUZ, s. 281.

Kanun hükmü gereği olarak sözleşmeye katılmanın söz konusu olmasında ise, zaten sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmak isteyenine karşı bir irade açıklamasının herhangi bir önemi olmayacaktır. Örneğin, Türk Medenî Kanunu'nun aile konutuna ilişkin olan 194'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında "aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur" hükmüne yer verilmiştir. Aile konutunun kiralanması durumuna ilişkin olan bu düzenleme tam olarak bir sözleşmeye katılma örneğidir. Kiracı ve kiralayan sıfatında bir değişiklik söz konusu olmamakla birlikte kira sözleşmesine kiracının yanında katılan üçüncü bir kişi (diğer eş) eklenmektedir. Belirttiğimiz düzenlemede sözleşmede sabit kalan tarafın katılmaya ilişkin rızası aranmamış, sözleşmeye katılanın bildiri ile kira sözleşmesinin artık bu üç kişi arasında devam edeceği hükme bağlanmıştır. Üstelik bu kanunî düzenlemeye göre katılma sözleşmesinin, her üç tarafın da bir arada olması koşuluyla gerçekleşmesi de söz konusu değildir. Bu durumda, sözleşmenin sabit tarafının yükümlülükleri, sadece sözleşmeye ilk taraf olana karşı değil, sözleşmeye sonradan katılana karşı da doğmuş olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiş ve taraf değişikliği çeşitlerinden biri olarak belirtilmiş olan sözleşmeye katılma, iradi olabileceği gibi kanunî de olabilir. İradi katılmada sözleşmeye katılmanın gerçekleşebilmesi için tarafların (her üç tarafın) iradelerinin açıklanması gerekir. Kanunî katılmada ise, kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlar dâhilinde (örneğin bildirim ile) sözleşmeye katılma gerçekleşmiş olur.

## **II. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşmeye katılma, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktaydı.

Sözleşmeye katılmada, sözleşmedeki taraf sıfatı üzerinde bir tasarruf işlemi söz konusu değildir. Zira herhangi bir taraf sıfatının sona ermesi söz konusu değildir. Taraf sıfatlarından birisi üzerinde bir birliktelik kurulmakta, bu taraf sıfatına asıl sözleşmedeki kişinin yanında sözleşmeye katılan da sahip olmaktadır.

Mevcut bir sözleşmede taraflardan birinin yanında onunla aynı hak ve borçlara sahip olarak bu mevcut sözleşmeye katılmak da bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin adı, sözleşmeye katılma sözleşmesidir.



Sözleşmeye katılma sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü sözleşmeye katılma halinde tarafların mal varlıklarının aktifinde bir eksilme meydana gelmemektedir.

Sözleşmeye katılma sözleşmesi bir taahhüt işlemidir. Zira katılma ile birlikte sözleşmedeki taraf olma sıfatına eklenmek suretiyle üstlenilen borçlar nedeniyle malvarlığının pasifinde artışa konu olan borçlandırıcı işlemler bulunmaktadır. Sözleşmeye katılmanın taahhüt işlemi niteliği mevcut sözleşmedeki taraflar ve aynı zamanda katılan için de söz konusudur.

### **III. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN BENZER HUKUKİ MÜESSELELERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

Gerek Türk, gerek yabancı öğretide kabul gören, borç ilişkilerinde taraf değişikliği meselesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma müessesesi, kanunda mevcut bazı müesseselere benzerlik göstermesi nedeniyle bu müessesenin, kanunda yer alan benzer müesseselerle karşılaştırılması ve aralarındaki farklara kısaca değinilmesi uygun olacaktır.

#### **1- Borcun Üstlenilmesi ve Sözleşmeye Katılma**

Borcun üstlenilmesi, ilk borçlunun ibrası şartıyla yükümlülüğün üstlenilmesi yoluyla yapılabilir. Bu durumda iç üstlenme yoluyla borca katılma söz konusu olacaktır. Bu tür borç üstlenilmesinde iç ilişki açısından ifa üstlenilmesi söz konusudur. Dış ilişki de ise, alacaklı hem ilk borçluya hem de borca katılana borcun ifası için başvurabilecektir. İlk borçlu da borca katılan da alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur. Zira buradaki temel amaç ilk borçluyu alacaklıya olan borcundan kurtarmaktır<sup>60</sup>.

Borcun üstlenilmesi, ilk borçlunun yerine yenisinin geçmesi yoluyla da yapılabilir. Bu durumda da ilk borçlunun borcundan kurtarılması söz konusudur. Bu şekilde dış üstlenme yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesi, borcu üstlenen yeni borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile gerçekleştirilir.

Özetle borcun üstlenilmesi müessesinde devreye yeni bir borçlu girmektedir ve eski borçlu borcundan kurtarılmaktadır.

Sözleşmeye borçlu yanında katılmada ise mevcut bir sözleşmeye borçlunun yanında yer almak üzere katılan üçüncü bir kişi vardır<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> ŞENER, Oruç Hami, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", DEÜHFD, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1279. Ayrıca çalışmamızın "sözleşmenin devri"ne ilişkin birinci bölümünde de müessese karşılaştırmasına ilişkin olan III-3 numara altında borcun üstlenilmesine ilişkin olarak yapılan açıklamalar da bulunmaktadır.

<sup>61</sup> YAVUZ, s. 283.

Sözleşmeye katılmada sözleşmenin başından beri borçlu olan kişi borcundan kurtulmamaktadır. İlk borçlu, borcunu ifa ile ilgili olarak yanında bir katılan ile birlikte sorumludur. Sözleşmeye katılmaya ilişkin anlaşmada aksine bir hüküm yoksa ilk borçlu ile katılan müteselsil borçlu durumunda olurlar.

Borcun üstlenilmesinde hem ilk borç hem de borcun üstlenilmesiyle ortaya çıkan (borcu üstlenen ve ilk borçlu arasındaki) borç bir arada hayatta olacaklardır. Başka bir ifadeyle ilk borç ve borcun üstlenilmesiyle ortaya çıkan borç birbirine bağımlı olacaktır. Ancak, bu bağımlılık hali borcun üstlenildiği anla sınırlı olacaktır<sup>62</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 199'üncü maddesi hükmü doğrultusunda borcun iç üstlenilmesinde üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, borcu üstlenmiş olan yeni borçluya geçer. Borcun üstlenilmesi, dış üstlenme yoluyla yapılmışsa yeni borçlu, tarafların sözleşme ile aksine anlaşma yapmaları hariç önceki borçlunun ileri sürebileceği savunmalarda bulunamaz. Ancak, sözleşmeye katılma durumunda sözleşmeye katılan, yanında katıldığı tarafın tüm hak ve borçlarına sahip olur.

Borcun üstlenilmesine ilişkin kanunda belirlenen kategorilerden iç üstlenme, dış üstlenme ve malvarlığının veya işletmenin devralınması durumlarındaki borcun üstlenilmesinde daha önceden de açıklandığı gibi taraf sıfatlarının tamamen geçişi söz konusudur. Oysa sözleşmeye katılmadan söz edebilmek için bir taraf eklenmesi söz konusu olmalıdır. Bu nedenle de 'borcun üstlenilmesi' ve 'sözleşmeye katılma' karşılaştırmasını "borca katılma" yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesi hali ile yapmak daha yerinde olacaktır.

Belirttiğimiz üzere sözleşmeye katılmada bir tarafın yanında yer almak üzere sözleşmeye katılan yeni bir kişi bulunmaktadır. Bu üçüncü kişinin sözleşmeye katılması sözleşmenin herhangi bir tarafının (alacaklı veya borçlu) yanında olabilir. Ayrıca sözleşmeye katılma sözleşmesi, katılan ile mevcut sözleşmenin tarafları arasında kurulan yeni bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile birlikte katılan üçüncü kişi, yanında katıldığı kişinin hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olacaktır.

Oysa borca katılma yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesinde durum tamamen farklıdır. Borca katılmada, katılma sadece borç için ve borçlu yanında gerçekleşmektedir. Katılanın borçtan sorumluluğu mevcut borçlu ile

---

<sup>62</sup> ŞENER, s. 1285.

birlikte sürse de borca katılmaya ilişkin anlaşma sadece katılan ile alacaklı arasında yapılmaktadır (TBK. m. 201).

Şu halde; yegâne benzerlikleri borca katılma ve sözleşmeye katılmanın taahhüt işlemi olması noktasında gerçekleşen müesseseleri birbirinin yerine ikame edebilmemiz mümkün değildir.

## **2- Kefalet ve Sözleşmeye Katılma**

Bir çeşit kişisel teminat olan kefalet, teminat alacaklısına borçlunun malvarlığı yanında teminat verenin kişisel malvarlığına yönelmeye ilişkin alacak hakkı tanır<sup>63</sup>. Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmının on beşinci bölümünde düzenlenen kefalet sözleşmesinin tanımı 581'inci maddede şu şekilde yapılmıştır: “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere kefil, borçlu için bir taahhüde girmektedir. Kefilin bu taahhüdü, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından şahsen sorumlu olmayı üstlenmesi şeklindedir<sup>64</sup>. Borçlunun borcunun teminat altına alınması olarak nitelendirebileceğimiz kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan borca ilişkin bir sınırlama vardır. Bu sınırlama asıl borcun para borcu ya da para borcuna dönüşebilen bir borç olmasıdır<sup>65</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 581'inci maddesinde yapılan tanıma göre kefalet sözleşmesinin taraflarının alacaklı ve borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarını üstlenen kefil olduğu aşikârdır. Asıl borçlu ile kefil arasında kefalet sözleşmesi akdedilmediği gibi, asıl borçlu, kefil ve alacaklı arasında kurulan kefalet sözleşmesinin tarafı da değildir<sup>66</sup>. Başka bir ifadeyle kefalet sözleşmesinde üçlü bir ilişki bulunmamaktadır.

Bu açıklamalarımızdan hareketle sözleşmeye katılma ile kefalet arasında karşılaştırma yaptığımızda yine müesseseleri birbirine benzetemeyeceğimiz

---

<sup>63</sup> KUNTALP, Erden, “Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 280 vd.; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 11 vd.

<sup>64</sup> REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012, s. 284.

<sup>65</sup> GÜMÜŞ, Cilt II, s. 285.

<sup>66</sup> GÜMÜŞ, Cilt II, s. 286.

sonucuna varabiliriz. Şöyle ki; kefalet sözleşmesi sadece alacaklı ve kefil arasında akdedilirken, sözleşmeye katılma sözleşmesi sözleşmenin mevcut tarafları ile bu sözleşmeye taraflardan birinin yanında katılan üçüncü kişi arasında akdedilmektedir.

Kefalet sözleşmesinde herhangi bir şekilde üstlenilen bir taraf sıfatı bulunmamaktadır. Zira kefalet sözleşmesi ile alacaklı veya borçlu olma gibi bir sıfat değil kefil olma sıfatı söz konusudur. Kefil sıfatıyla üstlenilen ise, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarıdır. Bu sonuçlara borcun ödenmesi, borçlunun borcunu ödememesinden dolayı alacaklının boşa çıkan ifa menfaatine dayalı zararları da dâhil olacaktır. Sözleşmeye katılmada ise, sözleşmedeki bir tarafın yanında onunla aynı taraf sıfatına sahip olarak bu taraf sıfatından kaynaklanan hak ve borçlara sahip olunmaktadır.

Kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan bir borç söz konusudur ve bu borç para ya da para ile ölçülebilen bir borç olacaktır. Sözleşmeye katılmada ise hak ve borçlara ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir.

Kefalet için kendisine kefil olunan borçlunun irade açıklamasına ihtiyaç duymayan kanun koyucu sözleşmeye katılmada hem katılanın hem sözleşmenin taraflarının irade açıklamalarını aramaktadır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, geçerli bir asıl borç bulunmalıdır. Sözleşmeye katılma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, katılmadan önce mevcut olan bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir.

### **3- Garanti ve Sözleşmeye Katılma**

Garanti sözleşmesi ile sözleşmeye katılma sözleşmesi arasındaki en temel fark kendisini ilk olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeleri bakımından göstermektedir. Borçlar Kanunu'nda garanti sözleşmesi özel olarak düzenlenmemişken, sözleşmeye katılma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Garanti sözleşmesi, öğretide garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir şeklinde tanımlanmaktadır<sup>67</sup>. Kefaletin aksine garantinin sınırının önceden belirlenmesi bir zorunluluk olmamakla birlikte, hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüte neden olmayacak şekilde belirlenebilir nitelikte olması gerekir<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> DEVELİOĞLU, s. 34 vd.; GÜMÜŞ, Cilt II, s. 447; YAVUZ, s. 283.

<sup>68</sup> “Bir sözleşmenin geçerli olması için konusunun belli veya sınırlı olması gerekir. Bu durum