

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA
BORCUN ÜSTLENİLMESİ

DİDEM ÖZCAN
2502010061

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. SUAT SARI

İSTANBUL 2014



DOKTORA

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : DİDEM ÖZCAN

Numarası : 2502010061

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK

Danışman : DOÇ.DR.SUAR SARI

Tez Savunma Tarihi : 20.02.2015

Tez Savunma Saati : 13:00

Tez Başlığı : TÜRK HUKUKUNDA BORCUN ÜSTLENİLMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE ~~OYBİRLİĞİ~~ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.HÜSEYİN HATEMİ		Kabul
2. PROF.DR.HASAN ERMAN		Kabul
3. PROF.DR.M.TUFAN ÖĞÜZ		Düzeltilme
4. PROF.DR.AYDIN GÜLAN		—
5. DOÇ.DR.SUAT SARI		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1. PROF.DR.ŞÜKRAN ŞIPKA		—
2. DOÇ.DR.SERKAN ERGÜNE		Kabul

TÜRK HUKUKUNDA BORCUN ÜSTLENİLMESİ

DİDEM ÖZCAN

ÖZ

Borcun üstlenilmesi, borçluyu dar anlamda borçtan kurtarmayı hedefleyen bir kurumdur.

Borcu üstlenen, genellikle, borçlu ile aralarında yaptıkları bir borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi sonrasında alacaklıya borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için bir öneri sunar ve alacaklının bu öneriyi kabul etmesi ile borcun dış üstlenilmesi doğar.

Borcu üstlenen, borçlunun haberi olmasa dahi, alacaklı ile borçlunun borcundan kurtulması ve borcu kendisinin ifa etmesi yönünde bir anlaşma yapabilir ya da borcu doğrudan ifa edebilir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasından sonra, artık borçlu dar anlamda borcundan kurtulmuş olur. Bu işlem alacaklı açısından bir tasarruf işlemidir.

Alacaklı, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin yapılmasının ardından, artık borcun ifasını borcu üstlenenden talep edebilecektir. Bununla birlikte, daha önce alacağına bağlı öncelik haklarını ve bağlı hakları da elinde tutmaya devam edecektir. Bunun istisnası, önceki borçlunun kişiliğine bağlı olan bağlı haklardır.

Rehin ve kefalet ile alacağa teminat sağlamış olan üçüncü kişilerin bu güvenceleri ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder.

Borcun üstlenilmesi bazı hallerde özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. Mirasçıların tereke borcunu üstlenmesi ile rehinli bir taşınmazın mülkiyetinin elde edilmesi hallerinde borcun üstlenilmesi konusunda özel hükümler konulmuştur.

Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüzlük nedeniyle ortadan kalkmasından doğmuş bulunan sözleşmeye bağlı sonuçlar etkilenir. Ancak teminatlar bakımından her zaman önceki hale dönüş mümkün olmayabilir. Böyle hallerde doğan zarar ile alacaklının hükümsüz kalan borcun üstlenilmesi

sözleşmesi ile uğramış olduğu zararın giderilmesi istenebilir. Borcu üstlenenin sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak borcun üstlenilmesinin hükümsüz hale gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmesi ile mümkündür.

Anahtar Sözcükler: borcun üstlenilmesi, borcun nakli, dış üstlenme, iç üstlenme, borçlu, alacaklı, borcu üstlenen, borçlar kanunu, borç, üçüncü kişi

TRANSFER OF DEBT ACCORDING TO TURKISH LAW

DİDEM ÖZCAN

ABSTRACT

Transfer of debt is a way for fulfilment of a debt arising from a contract between parties by the transferee instead of the debtor.

In most of the cases after getting into a commitment of debt transfer agreement with the debtor, the transferee makes an offer to the creditor to enter into a transfer of debt agreement and upon acceptance of this offer by the creditor, the transfer of debt agreement gets in force. The debtor becomes free from his debt at the time the transfer of debt agreement gains validity by the creditor's acceptance. This is an act of disposal for the creditor.

Creditor shall then be entitled to demand the fulfilment of the debt from the transferee. Notwithstanding he shall continue to hold the rights associated to his receivable. The exception to this is the rights associated to the previous debtors' personality.

However the obligations of the guarantors who presented collateral or surety for the subject receivable may only continue in case they give their written consent for the transfer of the debt.

There are special procedures for transfer of debts in certain circumstances like inheritor's takeover of the debt of the estate or acquisition of a mortgaged real property.

In case of the debt transfer agreement to become null and void all facts that arose due to its execution shall be affected. In principle, in case the transfer of debt becomes null and void the debt turns into its previous form with all rights associated to it. However this may not be always possible for related guarantees. In such cases the damage the creditor suffers shall be demanded from the transferee. The transferee may be released from this obligation only if he can prove that he has no fault in the debt transfer to become null and void.

Key Words: Transfer of debt, debt transfer agreement, debtor, creditor, transferee, law of obligations, obligation, debt, third party

ÖNSÖZ

Borç ilişkileri yürürlükleri sürecinde zaman zaman müdahalelerle değişikliğe uğrayabilmektedirler. Özellikle de bu ilişkiye borç ilişkisinin asli tarafları dışında üçüncü kişiler dahil oldukça, kimi zaman tarafların yaptığı işlemin niteliğinin tespiti, sonuçlarının tahlili özel bir dikkat istemektedir. Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi isimli bu çalışmada, borç ilişkisine sonradan giren üçüncü kişilerin ve böyle bir değişiklikten sonra borcun durumunun görünümünü incelemek, konuyu bu şekilde ele almak amacıyla hareket edilmiştir.

Değerli hocam Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye zevkle ele aldığım bu çalışma konusunu bana önerdiği için müteşekkirim. Bu çalışmanın ortaya çıkma sürecinde her zaman desteğini hissettiğim değerli hocam Sayın Prof. Dr. Tufan Ögüz'e teşekkürü bir borç bilirim. Önce öğrencisi olduğum, sonra yanında araştırma görevlisi olarak uzun yıllar bulunma şerefine eriştiğim değerli hocam Sayın Prof. Dr. Hasan Erman'a, yolumu aydınlattığı için hep müteşekkirim kalacağım.

Son olarak, tez danışmanlığımı üstlenen, bu çalışma sırasında büyük fedakârlıkla zamanını, görüş ve önerilerini paylaşan, aynı zamanda sıcak ve alçakgönüllü dostluğunu da esirgemeyen, yanında çalışmaktan mutluluk duyduğum, değerli hukukçu, Sayın Doç. Dr. Suat Sarı'ya en derin minnet ve şükranlarımı sunuyorum.

İstanbul

Aralık 2014

KISALTMALAR

a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	BürgerlichesGezetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheidung
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
ev.	Çeviren
dn.	dipnot
E.	Esas
EBK	Eski Borçlar Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
N.	Kenar Numarası
no.	numara
OR	Obligationenrecht
s.	sayfa
S.	Sayı
SJK	SchweizerischeJuristen-Zeitung
t./T.	tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı / ve diğeri

Vorbem.	Vorbemerkungen
Yarg.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ABSTRACT	V
ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ.....	1

I. BÖLÜM

TANIM VE ESASLAR

A. TERİM	3
B. SİSTEMATİK.....	4
C. GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ	6
D. ROMA HUKUKU'NDA BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN GELİŞİMİ VE ALMAN, İSVİÇRE VE FRANSIZ HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİNE KISA BİR BAKIŞ	11
1. ROMA HUKUKU	11
2. ALMAN HUKUKU.....	13
3. İSVİÇRE HUKUKU.....	16
4. FRANSIZ HUKUKU.....	16
5. ANGLO AMERİKAN HUKUKU.....	18
E. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BENZER ETKİLİ İŞLEMLERDEN AYRILMASI (BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN SINIRLANMASI)	19
1. SÖZLEŞMENİN DEVRİ.....	19
2. SÖZLEŞMEYE KATILMA	23
3. BORCA KATILMA	25
4. İBRA SÖZLEŞMESİ	27
5. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME.....	29
6. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME	30

7. YENİLEME (NOVATIO)	33
F. BORÇ İLİŞKİSİ, DAR ANLAMDA BORÇ VE BORCUN ÜSTLENİLMESİNE KONU	
BORCUN TANIMI	35
1. BORÇ İLİŞKİSİ VE DAR ANLAMDA BORÇ KAVRAMLARI	35
2. BORCUN ÜSTLENİLMESİNE KONU BORCA İLİŞKİN ÖZELLİKLER	38
A. ÜSTLENİLMESİ MÜMKÜN OLAN VE OLMAYAN BORÇ AYRIMI	38
B. GEÇERSİZ BORÇLAR	39
C. BORCUN BELİRLİLİĞİ	39
D. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN BORÇLAR	39
E. SÜREKLİ BORÇLAR	40
F. TARAF İRADESİ	41
G. SONUÇ	41
A. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ	43
1. GENEL OLARAK	43
2. SÖZLEŞMENİN KONUSU	46
3. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	47
4. SÖZLEŞMENİN KURULMASI	49
A. İRADELERİN UYUŞMASI	49
B. ŞEKİL	50
5. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	51
A. GENEL OLARAK	51
B. BORCUN BORCU ÜSTLENEN TARAFINDAN BİZZAT İFA EDİLMESİ	53
C. BORCU ÜSTLENEN İLE ALACAKLI ARASINDA BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ SÖZLEŞMESİ	
YAPILMASI	53
D. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN İVAZLI OLMASI HALİNDE İFA SIRASI	54
E. TEMİNAT GÖSTERME	55
B. BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ SÖZLEŞMESİNİN İFASI VE İFA ETMEMENİN	
SONUÇLARI	57
1. ALACAKLININ TALEP HAKLARI	57
2. BORCU ÜSTLENENİN TALEP HAKLARI	57
3. ÖNCEKİ BORÇLUNUN TALEP HAKLARI	58

DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ.....	60
A. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ.....	60
1. GENEL AÇIKLAMALAR	60
2. TASARRUF İŞLEMİ NİTELİĞİ	62
3. SOYUT İŞLEM NİTELİĞİ	66
B. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ BULUNMAKSIZIN BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ ...	70
C. SÖZLEŞMENİN KURULMASI	75
1. ÖNERİ	75
2. KABUL	77
3. BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİNDE ŞEKİL.....	86
4. İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ İLE BORCUN ÜSTLENİLMESİ MK M. 888.....	89
5. MAHKEME VEYA YETKİLİ MERCİ KARARI İLE BORCUN ÜSTLENİLMESİ.....	92
D. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN HÜKÜMLERİ	93
1. GENEL OLARAK.....	93
2. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN ÖNCEKİ BORÇLU BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ	94
3. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BORCU ÜSTLENEN BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ	96
4. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN ALACAKLI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	96
5. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN DAR ANLAMDA BORCA ETKİSİ	97
6. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BAĞLI HAK VE BORÇLARA ETKİSİ	98
A. GENEL KURAL	98
B. BAĞLI HAKLARA DAİR GENEL KURALIN İSTİSNASI.....	100
C. ÖNCELİK (RÜÇHAN) HAKLARI VE TBK M. 198 HÜKMÜ	101
7. BORCUN ÜSTLENİLMESİ KARŞISINDA KEFALET VE REHİN TEMİNATLARININ DURUMU	105
A. GENEL OLARAK YASA HÜKMÜ	105
B. BORCUN ÜSTLENİLMESİ KARŞISINDA KEFİLİN VE REHİN VERENİN SORUMLULUKLARI	107
(1) Rehin Veren Açısından.....	107
i. Rehin veren üçüncü kişi ise.....	107
ii. Rehin veren borcu üstlenen ise	108
iii. Rehin veren (önceki) borçlu ise	108
(2) Kefil Açısından	110

i. Kefil üçüncü kişi ise	110
ii. Kefilin borcu üstlenen kimse olması.....	111
(3) Teminat verenin borcun üstlenilmesine rıza göstermesi.....	111
i. Rızanın verilmesi gereken zaman.....	111
ii. Rıza yazılı şekilde verilmelidir	112
(a) Kefalette	112
(b) Rehinde.....	113
iii. Rıza beyanının içeriği.....	114
C. KANUNİ REHİN BAKIMINDAN BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN ETKİSİ	114
D. DİĞER ÖZEL DURUMLAR	116
8. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BORÇLUNUN SAVUNMA OLANAKLARINA ETKİSİ	118
A. GENEL OLARAK.....	118
B. SAVUNMALAR.....	120
(1) Borca ilişkin savunmalar.....	120
(2) Önceki borcunun kişisel savunmaları.....	123
(3) İç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar	124
E. ÖZEL HÜKÜMLER	126
1. MİRASIN PAYLAŞILMASINDA	126
2. REHİNLİ TAŞINMAZLARIN DEVRİNDE	129
F. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE BAĞLI SONUÇLAR.....	130
1. GENEL OLARAK.....	130
2. ESKİ BORCUN VARLIĞINI SÜRDÜRMESİ	132
A. BORCU ÜSTLENENİN BORÇTAN KURTULMASI	132
B. ÖNCEKİ BORÇLUNUN YENİDEN BORÇLU OLMASI	132
C. BORCUN VARLIĞINI SÜRDÜRMESİ	132
D. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKLARI	133
3. BORCU ÜSTLENENİN GİDERİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ	134
A. GENEL OLARAK.....	134
B. ZARARIN TAZMİNİ	134
(1) Zararın Tanımı.....	134
(2) Güvencenin yitirilmesi.....	135
(3) İlliyet Bağı	136

(4) Tazmin Yüklümlülüğünden Kurtulma	136
SONUÇ	140
KAYNAKÇA	143
ÖZGEÇMİŞ	152

GİRİŞ

Borcun üstlenilmesi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda 195 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesi ile amaçlanan, dar anlamda borcun, borçlu yerine, borcu üstlenen kişi tarafından ifa edilmesidir.

Borcun üstlenilmesindeki üçlü ilişkinin evrelerinin incelenmesi, borcun üstlenilmesinin, kuruluşu, hükmü, ifası, sona ermesi açılarından gerçekleştirilecektir.

Bu hukuki kurum ile borçlu, artık alacaklıya karşı ifa borcu altında olmayacak, alacaklı alacağını borcu üstlenenden talep edecektir.

Borcun üstlenilmesi, odak olarak işte tam da bu noktada, yani borçlunun artık ifa borcu altında bulunmaması, diğer bir deyişle borçtan kurtulması, ama aynı borçtan bir başka kişinin, borcu üstlenenin, tamamen borçlu gibi sorumlu olması noktasında tespit edilmeli ve iyi analiz edilmelidir. Bu özelliğin görünümü, hukuki sonuçları, üçüncü kişiler üzerindeki etkileri, bir yandan yasada düzenlendiği gibi ele alınmalı, diğer yandan da karşılaşılabilecek olası uygulama örnekleri yasal düzenleme ve öğretinin ışığında değerlendirilmelidir.

Borcun üstlenilmesinin hazırlığı aşamasında borçlu ile borcu üstlenen arasında bir anlaşmaya varılması, bu anlaşmayla borcu üstlenenin borcu borçlu yerine ifa etmeyi kabul ve taahhüt etmesi, ardından da borcu ifa ederek veya alacaklı ile borcun kendisi tarafından ifa edilmesi hususunda anlaşmak yoluyla taahhüdünü yerine getirmesi gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nda Beşinci Bölümün İkinci Ayırımının başlığı olarak konulmuş olan Borcun Üstlenilmesi altında bu çalışmanın inceleme konusu olan borcun üstlenilmesi bu yönleriyle düzenlenirken, yasanın aynı bölümünde E, F ve G olarak ayrılmış olarak, Borca Katılma, Malvarlığı veya İşletmenin Devralınması, İşletmelerin Birleşmesi veya Şekil Değiştirmesi konular ele alınmıştır. Bu çalışmada esasen borcun üstlenilmesinde iç üstlenme sözleşmesi ve dış üstlenme sözleşmesini incelenmektedir. Diğer başlıklarda yer alan, malvarlığı ve işletmenin devralınması, işletmelerin birleşmesi bahisleri, bu çalışmanın alanı dışındadır. Buna karşın, yeri geldikçe bu kurumlara kısaca değinilerek bazı karşılaştırmaların yapılması veya bazı hususların vurgulanması kaçınılmaz olmuştur.

Bu çalışmada borcun üstlenilmesinin ne şekilde kurulacağı ve ifa edileceği, üstlenmenin borç ve bağlı haklar üzerindeki etkisi, nihayet sona ermesi incelenecek, bu inceleme sırasında benzer kurumlar ve bunlardan ayrıldığı noktalar tespit edilecektir.

Borcun üstlenilmesi kurumunu, yine benzer sonuçlar doğuran devam maddelerinden ayrı, tek başına incelenmesi ile amaçlanan, ortaya net ve yalın bir inceleme konularak, bir yandan yasal düzenlemenin içeriğinin açık şekilde ortaya konması, diğer yandan da bu kuruma ilişkin doğabilecek soruları, olabildiğince doğru ölçekler kullanılarak yanıtlayabilmeye çalışılmasıdır.

Çalışmada bazı noktaların daha iyi ortaya konabilmesi için örneklerden de yararlanılmaya çalışılmıştır. Olabildiğince ğreti ve Yargıtay kararlarından kaynaklanan örneklerle, anlatılmak istenen meselenin somutlaştırılması konunun niteliği bakımından önem göstermektedir.

I. BÖLÜM

TANIM VE ESASLAR

A. TERİM

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 195. maddesi ile başlayan Beşinci Bölümün İkinci Ayırımında¹ Borcun Üstlenilmesi başlığını ve dolayısıyla aynı terimi kullanarak bu hukuki kurumu düzenlemiştir. 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu “borcun nakli”nden bahsetmekteydi. Yasa hükümleri bu başlık altında borcun iç nakli ve dış nakli ayrımını yapmakta, borcu üstlenen kimse için de borcun nakli müteahhidi terimini kullanmaktaydı.

6098 sayılı yasa ile bu hukuki ilişki borcun üstlenilmesi, tarafları ise borcu üstlenen ile önceki borçlu ve alacaklı terimleri ile tanımlanmıştır.

Yasadaki “üstlenilme” ifadesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun mehzaz kanunu olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 175 vd. maddelerinde kullanılan “(Schuld)Übernahme” teriminin çeviri olarak doğru karşılığıdır.²

Yasada borçlu ile borcu üstlenecek kimse arasındaki, borcun üstlenilmesi taahhüdü içeren sözleşmeye “iç üstlenme sözleşmesi” denilmiştir. Bu sözleşmenin tarafları bir yanda “borçlu” diğer yanda yasada da yer alan adıyla “borcu üstlenen” olacaktır. “Borçlu”, dış üstlenme sözleşmesinin yapılması ile artık “önceki borçlu” olacaktır.

¹ 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun madde gerekçelerinde şu ifade yer almaktadır: “Tasarının 200 üncü maddesiyle başlayan İkinci Ayırımında "Borcun Üstlenilmesi" düzenlenmiştir.” Ancak yasanın ikinci ayırımı 195. madde ile başladığından bu ifade hatalıdır.

² İsviçre’de borcun üstlenilmesi karşılığı olan *Schuldübernahme* kavramı için kullanımda olan üst kavram niteliğinde başkaca bir terim bulunmamaktadır. Eugen Spirig, **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 5, Obligationenrecht, Teilband V 1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. Auflage, Zürich 1994**, (bundan böyle kısaca: Zürcher Kommentar) Vorbemerkungen, N. 18

Borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinden doğan edimin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak olan sözleşme “dış üstlenme sözleşmesi”dir (BK m. 196).

Bu çalışmada, yasanın kullandığı terimlerden ayrılmayı gerektirecek bir husus bulunmadığından, yasadaki terimler kullanılacaktır.

Yasanın gerekçesinde de ifade edildiği gibi, eski yasaya göre hükmün içeriğinde bir değişiklik yapılmamış, sadece metnin dili arılaştırılmıştır³.

B. SİSTEMATİK

6098 sayılı Borçlar Kanunu, borcun üstlenilmesi kurumunu düzenlerken şöyle bir sistematik izlemiştir:

Yasanın 195. maddesi ile başlayan İkinci Ayırım’da, Borcun Üstlenilmesi başlığı bulunmaktadır. İç üstlenme sözleşmesi ayırımının ilk maddesi olan 195. maddede yer almaktadır. Burada iç üstlenme sözleşmesinin ne ifade ettiği, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki alacak ve güvence ilişkisi açıklanmıştır.

Hemen ardından 196. madde ile borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeden, yani dış üstlenme sözleşmesinden bahsedilmiştir. Bu sözleşmenin yapılmasında öneri ve kabule dair prensipler de bu hüküm ile hemen ardından gelen 197. madde içinde yer almaktadır.

Üstlenilen borç bakımından borçlu değişmiş olduğundan, buna bağlı sonuçlar da “C. Borçlunun değişmesinin sonuçları” adı verilmiş olan ve “I. Bağlı hak ve borçlar” başlığını taşıyan 198. madde ile düzenlenmiştir. Üstlenilen borca ilişkin savunmalara dair düzenleme 199. maddede yer almaktadır.

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi halinde borcun ve alacaklının durumuna ilişkin düzenlemelere 200. maddede yer verilmiştir.

³ Madde gerekçeleri için bkz. İlhan Helvacı, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul 2011.

Bu çalışmada da temel olarak yasadaki sistematik ile paralel bir inceleme yürütülmüştür. Tekrar etmek gerekir ki, yasanın 201 ve devamı maddelerinde yer alan, borca katılma, bir malvarlığının veya işletmenin devralınması, işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi konuları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu konularla ilgili hususlara sadece bu çalışmanın konusunun açıklanması bakımından ihtiyaç olduğunda değinilmiştir.

Yasanın planına bakıldığında Beşinci Bölüm’de Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri başlığı ile önce Alacağın Devri, sonra ise Borcun üstlenilmesinin düzenlendiğini görürüz. Ne var ki, borcun üstlenilmesinden farklı kurumlar olan borca katılma ile malvarlığı veya işletmenin devralınması, işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi konularının da borcun üstlenilmesi alt başlığı kapsamında düzenlendiği görülmektedir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun beşinci bölüm başlığı, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi olarak düzenlenmiş, ardından A başlığı ile alacağın devri, B başlığı ise borcun üstlenilmesi olarak yer almıştır. Borcun üstlenilmesi bölümünde ayrıca bir malvarlığının veya işletmenin devralınması da düzenlenmiş, ancak borca katılma veya birleşme ile ilgili konular ele alınmamıştır.

C. GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ

Olağan durumda borç ilişkisi, ilişkinin pasif tarafını oluşturan borçlunun değişmemesi ile borç ilişkisinin sona ermesine dek değişmeden kalır. Bir borç ilişkisinde pasif tarafın, yani borçlunun değişmesi istisnaen, külli halefiyet, bir işletmenin veya malvarlığının devralınması, sözleşmenin anlaşma yoluyla üstlenilmesi, sözleşmenin devredilmesi ve borcun üstlenilmesi (iç üstlenilmesi sözleşmesi, yani borçtan kurtarma taahhüdü ile tek bir borcun ifasına yönelik borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi) yollarından biriyle ortaya çıkabilir^{4 5}.

Çalışmanın konusu olan borcun üstlenilmesinin kısa bir tarifini vermek gerekirse, borcu üstlenenin, kendisinin daha önce dahil olmadığı ve bu anlamda tamamen yabancı olduğu bir borç ilişkisinde borcu aynen muhafaza ederek borçlunun konumuna geçmesi halidir⁶.

Bu özelliğin üstlenilen borç yönünden ifade edilmesi gerekirse, borçlunun “eski” borcu ile borcu üstlenenin ifa edeceği borç arasında hiçbir fark bulunmamaktadır⁷. Borç somuttur; borcun üstlenilmesine dek borcun hukuki karakteri ne idiye, borcun üstlenilmesinden sonra da aynıdır⁸. Borcun üstlenilmesi, belirli bir borç için borçlunun değişmesini konu edinir.

Buraya kadar verilen kısa tanımın da ışığında hemen belirtmek gerekir ki, borcun üstlenilmesi ile, ileride daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, borç ilişkisinde genel olarak taraf değişikliğine, özellikle de borçlunun değişmesi sonucuna yol açan ve bu açıdan borcun üstlenilmesine benzer görünen diğer kurumların mutlaka borcun üstlenilmesi ile sınırının çizilmesi gerekir.

⁴ Borçlunun değişmesi sonucuna yol açan bu kurumlar ileride yeri geldikçe ele alınacaktır.

⁵ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 29 vd

⁶ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 37; Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, Zürich 1929** (bundan böyle kısaca: **OR I**) Vorbemerkungen N.1; Becker, **BernerKommentar**, Vorbemerkungen, N. 4

⁷ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 37; Oser/Schönenberger, **OR I**, Vorbemerkungen N.1,

⁸ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 37; Becker, **BernerKommentar**, Vorbemerkungen, N. 4

Borcun üstlenilmesi ile alacağın devri birbirinin yansıması gibi görünürler, ancak işlemdeki hukuki yararın kimin yararı olduğu hususu son derece farklıdır. Şöyle ki, alacağın devrinde, borçlu bakımından alacaklının kim olduğu herhangi bir fark yaratmazken, borcun üstlenilmesinde, borçlunun kişiliği ve güvenilirliğinin taşıdığı değer bakımından alacaklının yararı doğrudan etkilenmiş olmaktadır⁹. Bu yüzden de borcun üstlenilmesi alacaklının onayı olmadan gerçekleşmez¹⁰.

Borcun üstlenilmesinde borcun içeriği, üstlenilmeden önceki içerik ile aynı kalmakta, borçta bir değişiklik olmamaktadır¹¹. Borcun karakteri, özellikleri aynen korunmuş olacağından, borcun üstlenilmesinden sonraki dönemde borca bağlı haklar da, istisnalar¹² dışında borcu üstlenenin yükümlülüğünün çerçevesi içinde kalacaktır.

Borcun üstlenilmesi için önce borçlu ile borcu üstlenen arasında bu yöndeki taahhüdü içeren sözleşme yapıp, sonra alacaklının onayı anlamı taşıyan, dış üstlenme sözleşmesi yapılacak, daha açık bir anlatımla, borcu üstlenen ile alacaklı borcun borcu üstlenen tarafından ifa edilmesi hususunda anlaşacaklardır.¹³

Bir borç ilişkisinde borcun üstlenilmesi yolunun gündeme gelmesinin nedeni genellikle borçlu ile borcu üstlenen arasındaki ekonomik ilişkide yatmaktadır.¹⁴

Borcu üstlenen, borcun ifası ile yükümlü olmakla birlikte, borcun kaynağı olan hukuki ilişkiden borçlu lehine doğan hakları talep edemez.¹⁵

⁹JörgSchmid / Susan Emmenegger, **SchweizerischesObligationenrechtAllgemeinerTeil**, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 3557

¹⁰ AndreasvonTuhrr / Arnold Escher, **AllgemeinerTeildesSchweizerischenObligationenrechts**, 3. Auflage mit Supplement, Band II, Zürich 1984, s. 380 vd. (Çevrimiçi) www.swisslex.ch 30.06.2014

¹¹ TheoGuhl / AlfredKoller / Anton K. Schnyder / Jean Nicolas Druey, **DasSchweizerischeObligationenrecht**, 9. Auflage, Zürich 2000 prg. 35 N. 1

¹² Borçlar Kanunu m. 178 borçlunun kişiliğine özgü olan bağlı hakları bu kuralın dışında tutmuştur.

¹³ İleride üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacağı üzere, borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesine dair bu sözleşmeler de yapılmaları, geçerlilikleri ve yürürlükleri bakımından genel olarak hukuki muamelelerin tabi oldukları şartlara tabidirler. Örneğin üstlenmeye konu borcun daha önce ifa edilmiş olması, ya da hiç doğmamış olması gibi hallerde hiçbir şey üstlenilmemiş olacak, borcun üstlenilmesi imkansız, dolayısıyla üstlenme batıl olacaktır.

¹⁴Becker, **BernerKommentar**, Vorbemerkungen, N. 1

¹⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 40

Bağımsız karakterde iki taraflı bir hukuki işlem olan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde, borçlu, sözleşmeden doğan borcun ifasını kendi edimini ifa etmedikçe talep edemez (BK m. 195/2).

Borcun iç üstlenilmesine dair sözleşme, yani borçtan kurtarma vaadi¹⁶, bir tasarruf işlemi değil, borçlandırıcı bir işlem olarak görünmektedir. Alacaklı, borçluyu borcundan kurtaran gerçek anlamda (*privativ*) borcun üstlenilmesinde, borçluyu borcundan kurtararak alacak hakkı üzerinde tasarruf etmektedir¹⁷. Alacaklı ile borcu üstlenen arasında ise borçlandırıcı işlem yapılmış olacaktır.¹⁸

Altı çizilmesi gereken bir husus da, borcun üstlenilmesinde borçlu açısından bir ifanın söz konusu olmamasıdır. Borçlu ifada bulunmamıştır, bulunmayacaktır. Borçlu bu işlemle borçlunun değişmesi yoluyla borcundan kurtulmuş olmaktadır, daha açık bir deyişle, alacaklı, dış üstlenme sözleşmesini yapmakla, artık borçludan ifa talep edemeyecektir.

Borçlu ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapan borcu üstlenen kişi, alacaklıyla dış üstlenme sözleşmesi yapmak yerine borcu derhal ifa ederse de borcu üstlenen borçluya karşı olan edimini yerine getirmiş olur. Ancak borcu üstlenenin alacaklının onayını alarak iç üstlenme sözleşmesinin gereğini yerine getirdiği hali, gerçek anlamda borcun üstlenilmesi olarak kabul etmek gerekir¹⁹.

Borcun üstlenilmesinde pratik olarak iki aşama bulunmaktadır. Birinci aşamada borçlu ile borcu üstlenen kişi, aralarında bir anlaşma yaparak, borçlunun edimini borcu üstlenen kişinin ifa etmesini kararlaştırırlar. Bu, borcu üstlenenin ya edimi yerine getirmesiyle, veya alacaklının rızasını alarak borcu üstlenmesi ve bu şekilde borçluyu borcundan kurtarması şeklinde gerçekleşecek bir yükümlülüktür. Bu aşama için borcun iç üstlenilmesi, ifanın üstlenilmesi veya edimden kurtarma

¹⁶Befreiungsversprechen

¹⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 48, Oser/Schönenberger, **OR I**, Art.176. N.1

¹⁸Alacaklının borcu üstlenen ile arasındaki sözleşmenin, bir alacak hakkı kazandırması nedeniyle, kazandırıcı bir işlem olduğu da ifade edilmektedir (vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 389, Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 50). Ancak buradaki durumda, alacaklı zaten diğer borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkının aynısını elinde tutmaktadır (vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 389, Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 50).

¹⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 53.

vaadi²⁰ olarak adlandırılabilir. Bu aşama, alacaklının onayına ihtiyaç duyulmayan, sadece borçlu ile borcu üstlenenin karşılıklı anlaşmalarıyla tamamlanan aşamadır. Tarafların bu şekilde vardıkları anlaşma hiçbir şekilde alacaklıyı bağlamaz.

İkinci aşama olarak adlandırabileceğimiz adımda, borcu üstlenenin taahhüdünü yerine getirmesinden bahsedilir, diğer bir deyişle, borcu üstlenenin alacaklıya karşı edimi ifası veya alacaklının rızasını alarak borcu üstlenmesi ve böylece borçluyu borcundan kurtarması gerçekleşir. Buna Borçlar Kanunu m. 196 ifadesi ile borcun dış yüklenilmesi²¹ veya borçtan kurtarma²² da denir.

Borcun üstlenilmesinin kural olarak borcun içeriğini değiştirici bir etkisi yoktur. Borç, sahip olduğu özelliklerini korur. Nitekim BK m. 198 ile ifade edildiği gibi, alacaklıya ait bağlı haklardan borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki haklar saklı kalmaktadır. Borcun güvencesi olarak üçüncü kişinin rehin verdiği veya kefalet bulunan hallerde ise, rehin verenin veya kefilin borcun üstlenilmesine yazılı rızaları varsa bu güvenceler borcun üstlenilmesinden sonra da devam edecektir.

Keza yeni borçlunun savunma imkanları bakımından da durum benzerdir. Yeni borçlunun önceki borçlunun kişiliğinden kaynaklanan savunmaları ancak alacaklı ile aralarındaki dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılıyorsa ileri sürebileceği, aksi halde ileri süremeyeceği, ayrıca eski borçlu ile aralarındaki sözleşmeden doğan savunma imkanlarından yararlanamayacağı da BK m. 198 ve 199'da yer almaktadır.

Hem borcun iç üstlenilmesi taahhüdü, hem de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi şarta bağlı yapılabilirler. Şartın gerçekleşmesi genel hükümler uyarınca etkisini gösterir.

Borcun üstlenilmesi ilişkisinde ceza koşulu kararlaştırılabilir. Borcun iç üstlenilmesi taahhüdünün ifasının ceza koşuluna bağlanması mümkündür.

²⁰RudolfTschäni, **BaslerKommentar zum SchweizerischenPrivatrecht, Obligationenrecht I, 2007**, s. 942

²¹ 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 174 bu sözleşmeyi, “ Nakil müteahhidi ile borçlu arasındaki akit” olarak ifade etmekteydi.

²²privativeSchuldübernahme = befreiendeSchuldübernahme

Borcun üstlenilmesi taahhüdü, alacaklıya dış üstlenilme sözleşmesi için öneri getirmek yerine, doğrudan borçlu namına ödeme yapılarak gerçekleştirilir. Ancak bu halde alacaklının borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin tarafı olduğu söylenemez.

Birlikte borçlulukta borçlardan birinin borcu tek başına üstlenmesi, borcun üstlenilmesinin özel bir görünümüdür. Bu özel üstlenme hali için, bağlı hakların ve güvencelerin nasıl etkileneceği hakkında ileride daha ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.²³

Borcu üstlenmek üzere birden fazla üstlenenin taahhütte bulunması mümkündür. Bu üstlenme taahhütleri aynı anda yan yana ve birbirlerinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürürler. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için de aynı prensip geçerlidir.²⁴

Borcun üstlenilmesi taahhüdü ve dış üstlenme sözleşmesi, tek taraflı hukuki işlemlerde ya da iki taraflı sözleşmeler bakımından da gündeme gelebilir. Borcun konusu yapmama edimi ise, bunun da üstlenilmesi mümkündür. Eksik borçlar da borcun üstlenilmesine konu olabilirler.²⁵

Borcun üstlenilmesi taahhüdü ve borcun dış üstlenilmesi, her türlü borç bakımından mümkündür.²⁶

Gelecekte doğması muhtemel bir borcun üstlenilmesi de mümkündür.²⁷ Keza şarta bağlı borçlar, nizalı borçlar, seçimlik borçlar, kısmi borçlar, birlikte borçlulukta borçlar, zamanaşımına uğramış borçlar da borcun üstlenilmesine konu olabilirler.²⁸

²³bkz. ileride D. 6. ve 7.

²⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 143 vd.

²⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 135 vd.

²⁶vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 388

²⁷Becker, **BernerKommentar**, Art. 175 OR, N. 6

²⁸Max Keller / ChristianSchöbi, **DasSchweizerischeSchuldrecht, Band IV, GemeinsameRechtsinstitute für Schuldnerverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Auflage, Basel-Frankfurt am Main, 1985, (Schuldrecht IV) s. 75**

D. ROMA HUKUKU'NDA BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN GELİŞİMİ VE ALMAN, İSVİÇRE VE FRANSIZ HUKUKUNDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİNE KISA BİR BAKIŞ

1. ROMA HUKUKU

Roma Hukuku'nda borç ilişkisinin meydana getirdiği bağ, taraflar arasında doğan ve başkasına geçirilemeyen bir bağlıdır. Buna borçların kişiselliği prensibi denir.²⁹ Yapılması gereken bir fiilin niteliklerini oluşturan unsurlar, sadece fiilin (edimin) konusu değil, aynı zamanda o fiili yerine getirmekle yükümlü olan kimsenin kişiliği ve lehine taahhüt yapılan kimsenin kişiliğidir.³⁰

Roma Hukuku'nda, özellikle erken dönem ve klasik dönem Roma hukukunda borç ilişkisi içinde doğan bir borcun devredilebilir olduğu kabul edilmemiştir.³¹ Yanıborcun, aynı borç olarak kalması esas olmak üzere, eski borçlu yerine geçen yeni bir borçlu tarafından üstlenilmesi tanınmamıştır. Bunun nedeni ise, borcun borçlunun kişiliğine bağlı kabul edilmesi ve borç ilişkisinin alacaklı ile borçlu arasında çok sıkı kişisel bir ilişki (iurisvinculum) olarak kabul edilmesidir.³² Borç ilişkisinden doğan talep hakları, borçlu ve alacaklıdan ayrılmaz şekilde kişiliklerine bağlı kabul edilmiştir.³³ Bu bağ nedeniyle de borç ilişkisinde alacaklı ya da borçlu açısından halefiyet kabul edilmemektedir. Borçta bir değişiklik yapılabilmesi, ancak yeni bir borç ilişkisi kurulması yoluyla mümkündür.³⁴⁻³⁵

²⁹ Tennur Koyuncuoğlu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, İstanbul 1972, s.7.

³⁰ Koyuncuoğlu, **Novatio**, s. 7.

³¹ Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations**, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996; s. 58-59.

³² Maurer, **Schuldübernahme**, Tübingen 2010, s. 7. Öyle ki, borçlunun sorumluluğu nedeniyle alacaklı borçlunun malvarlığı dışında, şahsına da el atabiliyordu.

³³ Zimmermann, **The Law of Obligations**, s. 59

³⁴ Koyuncuoğlu, **Novatio**, s. 8.

³⁵ Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul 2010, s. 84:

Nitekim borcun üstlenilmesi amacına hizmet edebilecek hukuki işlem, borçlu değişmesine yönelik bir yenileme işlemidir³⁶. Bununla alacaklı eski borçlu ile arasındaki (eski) sözleşmeyi ortadan kaldırarak, borcu üstlenen yeni borçlu ile yeni bir sözleşme yapmış (novatio) olur. Roma hukukunda novatio'nun en önemli işlevi taraf değişikliği olarak görülür.³⁷

Borcun yenilenmesi yoluyla borçlunun değişmesinin bazı sakıncaları bulunmaktadır. Zira eski borca bağlı hakları ve güvenceler sona ermiş oluyor, bunların devamı için stipulatio'lar yapılması gerekiyordu.³⁸⁻³⁹

Görüldüğü üzere borcun cüzi intikali anlamı taşıyan, dar anlamda borcun üstlenilmesi kavramı, kabul edilmemiştir.

Kamu hukuku alanında borcun üstlenilmesinin ortaya çıkışı, alacağın devri kavramının ortaya çıkmasından sonra olmuştur. Bu ortaya çıkışta farklı teoriler gündeme gelmiştir. Örneğin, alacaklının eski ve yeni borçlular arasında bir seçim hakkına sahip olduğu, üçüncü kişi lehine sözleşme teorisi⁴⁰ bunlardan biridir. Bu teoriye karşılık olarak, borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan sözleşme ve bu sözleşmeye alacaklının izni/onayı sonucu doğan tasarruf teorisi (veya izin teorisi)⁴¹ ortaya atılmıştır. Borcu üstlenen ile alacaklı arasındaki işlemin ikincil etki olarak borçlu lehine sözleşme teorisi⁴², borcu üstlenenin alacaklıya karşı bir icapta

Alacaklı (A), eski borçlunun (B1) borcunu üzerine alacak olan yeni borçluya (B2) stipulatio ile sorar: (A): "B1'in bana olan borcunu, sen bana ödemeyi taahhüt ediyor musun?" (B2): "Taahhüt ediyorum."

³⁶ *Novatio mit Schuldnerwechsel* Spirig, **Zürcher Kommentar**, Vorbemerkungen, N. 7, Maurer, **Schuldübernahme**, s. 9

³⁷ Işık Önay, **Türk Borçlar Hukukunda Yenileme** (Tecdit – Novatio), yayımlanmamış doktora tezi, 2014, s. 20.

³⁸ Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 85; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Konya 2013, s. 56.

³⁹ Bu sakıncaların giderilmesi için vekalet yoluna müracaat edilmeye başlandı. (Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 85; Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 56) Borçlu, işlemi yapması için bir üçüncü kişiyi görevlendiriyor, bu üçüncü kişi alacaklı ile kendi hesabına işlemi yapıyordu. Ancak temsilcinin ifayı gereği gibi yapmaması ihtimalinde borçlu edimi bizzat yerine getirmeyi yükümleniyordu. (Walter Hausmaninger / Walter Selb, **Römisches Privatrecht**, 8. Bası, Viyana 1997; Zimmermann, **The Law of Obligations**, s. 61-62)

⁴⁰ von Tuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 383 N 28

⁴¹ von Tuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 383-384 N 29, Becker, **Berner Kommentar**, Vorbemerkungen N. 1; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht**, **Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 584

⁴² Oser/Schönenberger, OR I, Vorbemerkungen, N 7-9

bulunma yükümlülüğünün olduğu icap teorisi⁴³ şeklinde farklı teorilere dayanarak doğmuştur⁴⁴.

Borçlunun değişmesine dair modeller çeşitli hukuk sistemlerinde gelişirken belli başlı birkaç yöntem ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri Roma hukukundaki gelişmeler sonunda kabul edilen, borcun borçlunun değişmesi için yenilenmesi olup, günümüzde Fransız hukukunda da borçlunun değişmesi amacını sağlamak üzere uygulanan sistemdir.

2. ALMAN HUKUKU

Borcun üstlenilmesi kavramı ilk olarak Alman hukukunda ortaya atılmış ve hakkında yasal düzenleme yapılmıştır.⁴⁵ Bu aşamaya gelinirken, Alman hukukunda borç kavramı ile ilgili gelişmeler etkin rol oynamıştır. Özellikle, borcun sorumluluk niteliğinin tanımlanması ve dar anlamda borç ile geniş anlamda borcun ayrı kavramlar olarak ortaya atılması sonrasında borcun üstlenilmesi gelişen bir kurum olmuştur. Nitekim Alman hukukunda borç kavramı, Roma hukukunda olduğundan farklı ele alınmıştır. Alman hukukunda borç kavramı açısından, borçlu ya da alacaklı kavramları fazla ön planda olmamıştır. Bundan daha çok sorumluluk kavramı olarak ele alınmıştır.⁴⁶

Yine dar anlamda borç ile geniş anlamda borç ilişkisinin tanımı ile borcun pasif malvarlığı olarak devri ile ilgili temel esasları açıklayan teorilerin gelişmesi sonrasında, borç ilişkisi bir değişikliğe uğramadan, sadece dar anlamda borcun borçlusunun değişmesi mümkün olmuştur. Böylelikle gelişen ticari hayatın ihtiyaçlarına da uygun olarak, cüzi halefiyet esasına dayalı borcun nakli doğmuştur.

Günümüz hukuk sisteminde Alman Medeni Kanunu (BGB) § 414 ve devamı maddelerinde borcun üstlenilmesi düzenlenmiştir. § 414, borcu üstlenenin alacaklı ile yapacağı borcun üstlenilmesi sözleşmesinden söz eder. § 415 ise, borçlu

⁴³ BGB 415, vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, N 29

⁴⁴ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 10 vd.

⁴⁵ Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 17

⁴⁶ HermannWendt, **DieprivativeSchuldübernahme**, Köln 1966, s.3 vd.

ile borç ilişkisi dışı bir üçüncü kişi olan borcu üstlenen arasında yapılan borcun üstlenilmesi sözleşmesinin geçerliliğinin alacaklının onayına bağlı olduğunu ve onay alınamadığı hallerde taraflar arasındaki sözleşmenin doğurduğu sonuçları düzenlemektedir.

Genel olarak Alman öğretisinde BGB § 414 ile § 415 borcun üstlenilmesinde farklı türler olarak kabul edilmektedir.⁴⁷

BGB düzenlemesi, borç ilişkisinin dışındaki bir kişinin, diğer bir deyişle bir üçüncü kişinin, alacaklının alacağını elde etmesinin sağlanarak tatmin edilmesi yükümlülüğü altına girmesini de kabul etmiştir. Bunun amacı, alacaklının durumunu iyileştirmeksizin borçlunun zapt ihtimalinden korunmasıdır.⁴⁸ BGB § 329 ile getirilen düzenlemeye göre, bir sözleşme ile taraflardan birinin, borcu üstlenmeksizin diğerinin alacaklısına olan edimini ifa etmeyi yükümlenmesi durumunda, tarafların aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği ile ilgili bir tereddüt doğması halinde, alacaklının edimi bu kimseden doğrudan talep edebilme hakkı elde ettiği kabul edilemez.⁴⁹ Bu hal, ifanın üstlenilmesi (*Erfüllungsübernahme*) olarak adlandırılmıştır.⁵⁰

⁴⁷Jens Paulsen, **Die Rechtsnatur der Schuldübernahme**, Marburg 1934, s. 18-19; Volker Rieble, **von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Berlin 1999, § 415, N. 88; Palandt, **Beck'sche Kurzkommentare**, Band 7, §§ 414, 415, München 2012;

⁴⁸Becker, **Berner Kommentar**, Vorbemerkungen, N. 3

⁴⁹ Alman Federal Mahkemesinin 1. Şubat 2012 tarihli, VIII ZR 307/10 sayılı kararı: "Sözleşmenin üstlenilmesi, üstlenilen sözleşmenin diğer tarafının onaydan kaçınması nedeniyle gerçekleşmezse, tereddüt halinde, üstlenen, BGB § 415/3 cümle 2'de yer alan düzenleme uyarınca, lehine taahhütte bulunduğu tarafın bu sözleşme ilişkisinden kurtarılmasıyla yükümlü kabul edilecektir. (BGB §329 uyarınca ifanın üstlenilmesi)

(Çevrimiçi)

[http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=59358&pos=0&anz=1)

[bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=59358&pos=0&anz=1](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=59358&pos=0&anz=1)

03.11.2014

⁵⁰Karl August Davidson, **Schuldübernahme als Zahlung**, Koblenz 1897, s. 19 vd.;

Gustav Kleinecke, **Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis**, Leipzig 1907, s. 7:

Bu hüküm uyarınca, alacaklı, tereddüt halinde borcu üstlenene karşı bir talep hakkı elde etmemektedir. Borcu üstlenenin yükümlülüğü sadece borçluya karşı doğmuştur... BGB §415/3 ve §329, borcu üstlenenin sorumluluğu hakkında bir tereddüde yer bırakmamıştır. Borcu üstlenen borçluyu hemen borçtan kurtarmayı değil, alacaklının alacağını zamanında elde etmesi için ifayı üstlenmiş olur. Yani önceki borçluya karşı alacaklının takip başlatmasını ihtimalinden korumak

Daha önce de değinildiği gibi, borcun üstlenilmesinin hemen her zaman borçlu ile borcu üstlenen arasındaki ekonomik bir ilişki nedeniyle gündeme gelmesi nedeniyle, borcun üstlenilmesine dair ilk görüşler bu noktadan hareketle oluşmaya başlamış, borcun üstlenilmesinin alacaklı ile yapılan bir sözleşme değil, alacaklının onaylayacağı, borcu üstlenen ile borçlu arasındaki bir sözleşme olması fikrinden yola çıkılmıştır. Ancak borcun üstlenilmesi, günümüzde Alman hukukunda da (İsviçre ve dolayısıyla Türk hukukunda olduğu gibi) alacaklı ile yapılan bir sözleşme olarak görülmektedir.⁵¹

Alman hukukunda borcun üstlenilmesi, borç üzerinde bir tasarruf işlemi olarak görünmektedir.⁵² Borcun sübjektif içeriği olarak borçlusu değişmektedir.⁵³

Hükümsüzlük halleri, ilişkinin üç tarafını oluşturan borçlu, borcu üstlenen ve alacaklı bakımından doğabilir. Ancak borcun üstlenilmesini etkileyecek olan hükümsüzlük hali, borcun (dış) üstlenilmesi sözleşmesinin tarafları arasında gerçekleşenlerdir.

Geçerlilik şekli açısından emredici bir hüküm bulunmamakla birlikte, yasal geçerlilik şekline uygun işlem yapmak, bu şekil şartının tarafları işlem hakkında düşünmeye ve uyarmaya yönelik işlev gördüğü durumlarda gereklidir.⁵⁴

Borcun üstlenilmesi ile borçtan nihai olarak kurtulan borçluya karşı yine de bir talep ileri sürülmesi, ancak dış üstlenme sözleşmesinin eksikliği veya hükümsüzlüğü, ya da önceki borçlunun alacaklıya karşı sözleşmeden doğan ediminin ihlal edilmesi halinde mümkün olabilir.

Üstlenmeye konu borç lehine sağlanmış bulunan güvenceler, güvence veren üçüncü kişinin borcun üstlenmesine onayı bulunmazsa sona ererler. Güvence

durumundadır. Bunu hemen ifa yoluyla mı, yoksa alacaklı ile bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapmak yoluyla mı sağlayacağı önemli değildir.

⁵¹Becker, **BernerKommentar**, Vorbemerkungen, N. 1

⁵²Emil Strohal, **DieSchuldübernahme**, 1910, s. 233 vd.;Wendt, **DieprivativeSchuldübernahme**, s. 20

⁵³Borcun üstlenilme sonrasında tamamen aynı kalması esas olmakla birlikte, tarafların iradesi ile, borcun objektif içeriğinin değişmesi söz konusu olabilmektedir.

⁵⁴WalterKaap, **Die Form der Schuldübernahme**, s. 21 vd.

oluşturan malvarlığının borcun üstlenilmesi ile birlikte temlik edilmesi halinde, güvence varlığını sürdürür.⁵⁵

3. İSVİÇRE HUKUKU⁵⁶

İsviçre Borçlar Kanunu OR 175 ve devamı maddeleriyle düzenlenmiş olan borcun üstlenilmesinde, yasal düzenleme borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesi kavramlarını ayrı ayrı ele almış ve borcun dış üstlenilmesinin etkilerini düzenlemiştir.

Tarihi gelişimine bakıldığında, nihai olarak ticari hayatın ihtiyaçları nedeniyle, günümüzdeki borcun üstlenilmesi düzenlemeleri zorunlu hale gelmiştir. Keza, ipotekli taşınmazların devri, bir ticari işletmenin devri gibi işlemlerden doğan ihtiyaçlarla borcun üstlenilmesi gerekliliği, tarihsel gelişim içinde yasaya dönüşmüştür.

Öğretide borcun üstlenilmesinin sözleşme teorisi ile açıklanması konusundaki tartışmalar, ağırlıkla sözleşme teorisi üzerinde fikir birliğine dönüşmüştür.⁵⁷

4. FRANSIZ HUKUKU

Fransız hukukunda, borcun hiçbir değişikliğe uğramadan, sona ermeden, yeni borçluya geçebileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır.⁵⁸ Fransız hukukunda borcun üstlenilmesinin temel işlevini görmek üzere yenileme ve havale kurumları mevcuttur. Ancak borcun üstlenilmesi için bu yolların seçilmesi halinde,

⁵⁵Maurer, **Schuldübernahme**, s. 303-304.

⁵⁶ Kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) durum, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yeri geldikçe ele alındığından, tekrara yol açmamak için burada çok kısa bir açıklama ile yetinilmiştir.

⁵⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 16-17; Maurer, **Schuldübernahme**, s. 31 vd.;

⁵⁸Maurer, **Schuldübernahme**, s. 31 ve 111, Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi** s. 30; Önay, **Yenileme**, s. 29-30

borcun üstlenilmesi anlamı taşıyacak şekilde, borcu üstlenenin borcunun, önceki borçlunun borcu ile tıpatıp aynı olmasının sağlanması gerekecektir.⁵⁹

Borcun önceki hali ile aynı kalabilmesine yaklaşan bir yöntem, tam havale türü olan *délégation parfaite* ile mümkündür, çünkü bu havale, borcu üstlenene önceki borçlunun itirazlarından faydalanma olanağı veren bir işlemdir.⁶⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, bu havale de borçlunun değişmesi açısından çok anlamlı değildir, çünkü önceki borçlunun borçtan kurtulması ve borcu üstlenenin üzerinde doğması ancak yenileme (*novatio*) ile gerçekleşebilir.

Fransız hukukunda borcun üstlenilmesine benzer bir etki doğuran işlem olan havale, borç havalesidir. Bu bakımdan Türk hukukundaki sistemden farklıdır. Türk hukukunda havale her iki tarafı da yetkilendiren bir işlemdir. Oysa Fransız hukukundaki bu havale kişiyi borçlandırır, ancak pasif havaledir.⁶¹ Önceki borçlu, üçüncü bir kişiye borcu kendisi yerine ifa etmesi için yetki vermekte, ancak bu kişinin alacaklı ile taraf yenilemesi sözleşmesi akdetmesi ile ki, borçlu değişmektedir. Bu işlem sonucunda, borç yeni borçluya, yeni bir borç doğması suretiyle geçmiş olur.

Yenilemenin taraflar arasındaki borç ilişkisine etkileri, borç ilişkisi üzerinde birçok özelliği ortadan kaldıran, özellikle de borcu yenileyen etkisi, itiraz haklarının kaybına yol açmaktadır. Borç ilişkisinin objektif içeriğini değişime uğratmadan, yenileme konusu olarak sadece borçlunun değiştirilmesi ile amaca daha uygun bir yenileme yapmak mümkündür.⁶²

Fransız Borçlar Hukuku reformu olarak hazırlanan ve borç ilişkisinde taraf değişikliği konusunda değişiklikler barındıran metinler bulunduğunu, ancak bunların henüz yürürlüğe girmemiş bulunduğunu da burada belirtmekte yarar bulunmaktadır.⁶³

⁵⁹Maurer, *Schuldübernahme*, s. 111

⁶⁰Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 30.

⁶¹Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 40-41

⁶²Maurer, *Schuldübernahme*, s. 112

⁶³http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf (Çevrimiçi) 28.11.2014

Burada özetle ifade edilmeye çalışıldığı üzere, Fransız hukukunda Türk hukukuna paralel bir borcun üstlenilmesi sistemi bulunmamaktadır.

5. ANGLO AMERİKAN HUKUKU

İngiliz hukuk sistemi ve Amerikan hukuk sistemi, yenilemenin yanı sıra ifanın üstlenilmesi ile borca katılma kurumlarını tanımaktadır.⁶⁴

Yenileme (novation) borcun üstlenilmesinden beklenen işlevine yakın hukuki sonuç doğurmaktadır. Bunun anlamı, borç içeriğinin değişmemiş olması ve itiraz haklarının da mevcudiyetlerinin korunmasıdır.⁶⁵ Taraflar, yapacakları sözleşmeler yoluyla teminatların devamını da sağlayabileceklerdir.

Ancak görüldüğü üzere, borcun değişmeksizin devamlılığının sağlanmasında bu sistem yetersiz kalmıştır. Uygulamada borcun üstlenilmesinde olduğu gibi devamına odaklanılmışsa da, sonuçta örneğin kişisel teminatlar bakımından olduğu gibi, devamlılık sağlanamamaktadır.⁶⁶

Amerikan hukuku bakımından borcu devralan kimse, alacaklılara karşı her zaman kişisel olarak sorumlu olur. Ancak tüm malvarlığı ile sınırsız sorumluluk hali, ancak borcu kendi iradesi ile devraldığı halde söz konusu olur.

Yasa gereği borcu devralmak zorunluluğunun bulunduğu hallerde ise, sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Bu sorumluluk, borcun devri ile birlikte devralınmış olan aktiflerle sınırlıdır.⁶⁷

⁶⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 357.

⁶⁵Maurer, **Schuldübernahme**, s. 190

⁶⁶Maurer, **Schuldübernahme**, s. 190

⁶⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 358

E. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BENZER ETKİLİ İŞLEMLERDEN AYRILMASI (Borcun üstlenilmesinin sınırlanması)

1. SÖZLEŞMENİN DEVRİ

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan sözleşmenin devri kurumuna, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde yer verilmiştir.⁶⁸ Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da sözleşmenin devrine ilişkin bir madde bulunmamaktadır.⁶⁹ Gerek 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce Türk hukuku öğretisinde, gerek İsviçre öğretisinde, yasada düzenleme bulunmamasına karşın, sözleşmenin devrinin sözleşme özgürlüğü prensibi dahilinde mümkün olduğu kabul edilmekte, sonuçları ise alacağın devri ve borcun üstlenilmesi ile ilgili düzenlemelerden yararlanılarak çözümlenmekteydi.⁷⁰

Sözleşmenin devri esasen üçlü bir ilişki barındırmaktadır.⁷¹ Borçlar Kanunu 205. maddesi de bu üçlü ilişkiyi ifade etmiştir. Bu üçlü ilişkide devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf bulunmaktadır. Tarafların sözleşmenin devri için yaptıklarıdevir sözleşmesi ile, devreden, taraf sıfatı dahil olmak üzere, devre konu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını devralana geçer ve sözleşme devredilmiş olur.⁷²

⁶⁸ M. Murat İncoğlu/ Yeşim M. Atamer, **Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 – ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen**, ZBJV, 149/2013 S.67-80, s.76'da, sözleşmenin devrinde Art. 178 OR'ye paralel bir düzenlemenin eksik olduğunu, güvence verenin hukuki durumunun belirsiz kalmış olduğunu, borçlunun değişmesinde (borcun üstlenilmesinde) kefilin ya da rehin verenin onayının aranmasına dair TBK 198. maddesi düzenlemesinin kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir.

⁶⁹ İsviçre öğretisinde, sözleşme özgürlüğü prensibi itibarıyla sözleşmenin devrinin üç taraflı suigeneris bir sözleşme olarak mümkün olduğu görüşü hakimdir.

⁷⁰ Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I-II, İstanbul 2011**, Cilt II, s. 616

⁷¹ Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara 2003, s. 53

⁷² Christoph Bauer, **Parteiwechsel im Vertrag, Vertragsübertragung und Vertragsübergang – Unterbesonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes**, St. Gallen, 2010, s. 16, N. 33; Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi**, s. 32; Hüseyin Murat Develioğlu,

Keza taraflardan devralan ve devreden aralarında kararlaştırmaları ve sözleşmede kalan diğer tarafın önceden izin veya sonradan onay vermesi ile tamamlanarak da sözleşmenin devrinin yapılması mümkündür. Ancak bu izin ya da onayın herhangi bir kayıt veya şarta bağlı olmaması gerekir.⁷³

Sözleşmenin geçerliliği, devre konu sözleşmenin geçerlilik koşullarına bağlıdır. Şekle tabi bir sözleşmenin devri, yine aynı şekilde yapılmakla geçerli olur. (BK m. 205/3)

Yasa hükmü son fıkrası ile kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümleri saklı tutmuştur.

Sözleşmenin devri, iki açıdan tanımlanabilir. Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler bakımından, sözleşme ilişkisine tüm hak ve yükümlülükleri kapsar şekilde girmeyi ifade ederken; borç ilişkisini esas alan görüş uyarınca ise, borç ilişkisinin bir tarafının bu ilişkiden ayrılması ve yerine bir üçüncü kişinin geçmesi anlamı taşır⁷⁴.

Sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devrederek sözleşmeye taraf olmaktan çıkan sözleşmenin taraflarından herhangi biri olabilir. Dolayısıyla bu kurum borcun üstlenilmesinden öncelikle bu açıdan ayrılır.

Sözleşmenin devri, tarafların anlaşması ile olabileceği gibi, yasa gereği de olabilir. Yasa gereği oluşan sözleşmenin devrinde ne devreden ve devralanın anlaşması, ne de sözleşmede kalan tarafın onayı aranacaktır. Taraf iradesi ile oluşan devir, (gerçek anlamda) sözleşmenin devridir.⁷⁵

Sözleşmenin devri konusunda tarafların anlaşması ile birlikte, devreden taraf, taraf sıfatını kaybedecektir. Bu da malvarlığını etkileyen bir işlem olduğundan onun açısından bir tasarruf işlemi, devralan bakımından ise, devraldığı haklar bakımından kazandırıcı işlem, yüklendiği borçlar bakımından ise borçlandırıcı işlem

Les règles du nouveau code des obligations turc concernant «les changements des parties au contrat », SJZ, 109/2013, s. 565-569, s. 569

⁷³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 618

⁷⁴ Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 39 vd.

⁷⁵ Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 34

niteliği taşıyacaktır. Sözleşmede kalan taraf için ise, değiştirici yenilik doğuran bir sözleşmeden ibarettir.⁷⁶

Borcun üstlenilmesinde ilk aşama olarak nitelendirilebilecek olan borcun iç yüklenilmesi anlaşması, borçlu ile edimin ifasını taahhüt eden üçüncü kişi arasında yapılmaktadır. Bu bakımdan borcun iç üstlenilmesinde alacaklının rızasına ya da katılımına ihtiyaç bulunmamaktadır. Alacaklı borcu üstlenen tarafından kendisine yöneltilecek olan borcun üstlenilmesi önerisine kabul iradesi ile cevap verdiği zaman borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olur (borcun dış üstlenilmesi).

Oysa sözleşmenin devrinde, bir ilişki bütünü, bir organizma olarak nitelendirilebilecek olan devre konu sözleşmenin bir tarafı bu ilişkiden tamamen çıkacak, üçüncü bir kişi borç ilişkisinin tarafı olacaktır.

Borcun üstlenilmesinde, üstlenmeyi taahhüt eden üçüncü kişinin alacaklı ile bir anlaşma yapması beklenir. Alacaklının işleme katılması ancak bu aşamada söz konusudur. Ayrıca göz önünde bulundurulması gereken bir husus da Borçlar Kanunu'nun 83. maddesidir. Hüküm uyarınca borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaatinin bulunmaması halinde borçlunun şahsen ifa zorunluluğu yoktur. Diğer bir deyişle, borçlunun kişiliğinin özel bir öneminin olduğu haller dışında, alacaklı üçüncü kişi tarafından yapılan ifayı kabul etmek durumundadır. Bu bakımdan bazı tür borçlarda borcun üstlenilmesi taahhüdü sonrasında alacaklıya yapılan ifa, ayrıca borcun üstlenilmesi için öneri ve kabule ihtiyaç olmaksızın dahi borcun üstlenilmesinin doğmasına neden olur.

Oysa sözleşmenin devrinde salt dar anlamda bir edimin ifasından bahsedilmediği için, sözleşmenin diğer tarafı buna rıza göstermeyebilir.⁷⁷

Sözleşmenin devri kararlaştırılmış bulunan bir halde, eğer sözleşme ani edimli bir sözleşme ise, alacağın temliki ya da borcun nakli kurumlarının söz konusu olduğu ileri sürülebilir⁷⁸. Gerçekten de sürekli edimli sözleşmelerde borcun

⁷⁶Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 617

⁷⁷ Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 82; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 581; Selahattin S. Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **TekinayBorçlar HukukuGenel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993**, s. 269;

⁷⁸ Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 94;

üstlenilmesinin mi, sözleşmenin devrinin mi söz konusu olduğunu ayırmak daha kolaydır ve çoğu halde de önemlidir. Oysa ani edimli bir sözleşmede ortaya çıkan fiili durum çoğu halde bu ayrımı yapma gereğinin göz ardı edilmesine neden olabilir. Ancak yine de dar anlamda bir edimin yüklenilmesi ile sözleşme ilişkisinin bir tarafı haline gelme arasındaki ayrım korunmalıdır⁷⁹. Bu konuda taraf iradeleri de dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.⁸⁰

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler alacağın temliki veya borcun üstlenilmesi hükümlerine göre devredilebilir ve tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ilişkide ya borcun üstlenilmesi ya da alacağın devri söz konusu olabilir.⁸¹ Ancak, borç ilişkisinin (geniş anlamda borcun), taraflar arasında haklar ve borçlar doğuran bir organizma olması nedeniyle, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme de olsa, ani edimli bir borç doğuran bir sözleşme de olsa, söz konusu borç ilişkisinin devrinin, diğer bir deyişle, borç ilişkisinin bir tarafının değişmesinin borcun üstlenilmesi (ya da alacağın devri) yoluyla gerçekleşmesi kabul edilmemelidir.⁸² Zira borcun üstlenilmesi borç ilişkisinden doğan bir borcun üstlenilmesi anlamı taşır ve buna uygun sonuçlar doğurur.

Sözleşmenin devrinde sözleşmenin borçlu sıfatı taşıyan tarafının devretmesi halinde, borçlu borç ilişkisinde taraf olmaktan çıkacak, bu da sözleşmeye bağlı yenilik doğuran hakları da değiştirecektir.⁸³ Sözleşmeyi devralan, sözleşmeye bağlı tüm yenilik doğuran hakları edinmiş olacaktır.⁸⁴ Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin taraf değişikliği, sözleşmenin o anda bulunduğu koşullarla gerçekleşir. Yani devir anında sözleşmeye bağlı hakları, yükümlülükler, savunmalar vd. devralanın kişiliğinde aynı şekilde oluşacaktır.⁸⁵

⁷⁹ Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 94;

⁸⁰ Alacağın devrinin sözleşmenin devrinden ayrılması hakkında bkz., Dayınlarlı Kemal, **Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki**, 4. Bası, Ankara 2010, s. 64 vd.; B. İlkay Engin, **Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu**, Ankara 2002, s. 32-33

⁸¹ Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 1992, s. 317

⁸² Ayrancı, **Sözleşmelerin Devri**, s. 94

⁸³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 617; BAUER, N. 33

⁸⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 621

⁸⁵ Bauer, **Parteiwechsel**, N. 340

Bu andan sonra, yani sözleşmenin devrinden sonra, sözleşmeden çıkan tarafa yapılan herhangi bir ifa, sözleşmenin ifa eden tarafını borçtan kurtarmaz. İfa eden, sözleşmede kalan ya da sözleşmeyi devralan kimseye karşı ifa yükümlülüğü altında kalmaya devam eder. Aynı şekilde, sözleşmenin devri ile sözleşmeden çıkan tarafın sözleşmede kalan tarafa yaptığı ifa da, sözleşmenin ifası ile yükümlü olan tarafı ifa borcundan kurtarmaz.

Oysa borcun üstlenilmesinde borç ilişkisinin tarafında herhangi bir değişiklik olmayacak, sadece belirli bir dar anlamda borç bakımından borçlu borçtan kurtulacak, yerine borcu üstlenen ifada bulunacaktır.⁸⁶

2. SÖZLEŞMEYE KATILMA

Sözleşmeye katılma da yine 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan bir hükümdür. Kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu da sözleşmeye katılma ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Ancak sözleşmeye katılma, yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmekte olan bir hukuki kurumdur.

Sözleşmeye katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmının son maddesi olarak, 206. maddede düzenlenmiştir.

Sözleşmeye katılmanın sözleşmenin devrinden farkı, sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden çıkması ve yerine sözleşme dışı bir üçüncü kişinin girmesi sonucuna yol açmak suretiyle bu kimsenin taraf sıfatını kazanmasının söz konusu olmamasıdır. Sözleşmeye katılmada sözleşme ilişkisinin taraflarından herhangi birinin taraf sıfatı sona ermemektedir. Sözleşmenin taraflarından birinin yanına bir kişi daha eklenerek, bu kimseler birlikte sözleşmenin bir tarafını oluşturmaya devam etmektedirler.⁸⁷

⁸⁶Bauer, **Parteiwechsel**, N. 32

⁸⁷Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 621; Bauer, **Parteiwechsel**, s. 19, N. 39

Başka bir anlatımla, sözleşmeye katılma, öğretide üç taraflı görülen, işlemin önceden tarafı olanların tamamının onayını gerektiren bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir.⁸⁸

Sözleşmeye katılma da sözleşmenin devrine ilişkin düzenlemelere benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak burada, katılma anlaşmasına önceden izin ya da sonradan icazet vermek gibi bir olasılık tanınmamıştır.

Sözleşmeye katılan, artık sözleşmenin hangi tarafında ise, onunla birlikte (müteselsil) borçlu ya da birlikte (müteselsil) alacaklı olacaktır. Taraflar, aralarındaki beraberliği birlikte ya da paylı olmak üzere kararlaştırmakta serbesttirler. Ancak bu konuda herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa, katılma ile gerçekleşen hal, birlikte borçluluk ya da birlikte alacaklılık olarak kabul edilir.⁸⁹

Ancak yasada sözleşmeye bağlı yenilik doğuran haklar bakımından, sözleşmeye katılma sonrasında ne olacağı açık değildir. Buna göre, katılan üçüncü kişinin borç ilişkisinden kaynaklanan hakları ileri sürüp süremeyeceği belirsizdir. Örneğin, temerrüde düşen tarafa karşı seçimlik hakları ya da sözleşmeden dönme hakkını sözleşmeyi devralanın da kullanabilip kullanamayacağı belirsizdir.

İsviçre’de halihazırda hakkında hüküm bulunmayan sözleşmeye katılma bahsi ile ilgili öğretide savunulan görüşe göre, sözleşmede borçlu tarafına katılan kimse, mevcut borçlu ile aynı konuma sahip olacaktır ve kurucu yenilik doğuran hakları mevcut borçlu ile elbirliği ile (*gemeinschaftlich*) kullanacaklardır.⁹⁰

Öz’ün⁹¹ savunduğu görüşe göre, Medeni Kanun’un paylı mülkiyete ilişkin 689-692. maddeleri, burada kıyasen uygulanmaya elverişlidir. Mutlak şekilde koruyucu bir işlemi taraf oluşturanların her biri yapabilmeli ve bu diğeri için de hüküm ifade edebilmelidir. Ayrıca taraf çokluğu ile yapılabilecek işlemlere örnek olan sözleşmeden dönme, ifadan vazgeçme vb. işlemleri sözleşmenin tarafını oluşturanlar taraf sayısına göre çoğunluk ile yapabilmelidirler. Kimi işlemler ise,

⁸⁸Bucher, **Obligationenrecht**, s. 593; Bauer, **Parteiwechsel**, s. 19, N. 39

⁸⁹Bauer, **Parteiwechsel**, s. 20, N. 40

⁹⁰ Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, N. 3676; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 240; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 593

⁹¹Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 623

ancak tarafların tümünün katılımıyla yapılabilecektir. Bunlara örnek olarak ise, sözleşmeyi değiştirme, ikale, seçimlik borçlarda edimi seçme gibi işlemler gösterilebilir.

Gerek sözleşmenin devri, gerek sözleşmeye katılma, hukuki ilişkinin, geniş anlamı ile borcun bir tarafında etki edecek şekilde değişiklik yapmaktadırlar. Oysa borcun üstlenilmesi, dar anlamda borçtan borçluyu kurtarmaktadır. Hukuki ilişkide taraf değişikliği, ya da tarafı oluşturanlara etki etmemektedir. Ayırım bu açıdan önemlidir.

3. BORCA KATILMA

Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenen borca katılma ile, katılan ile alacaklı, aralarında anlaşarak, katılanın borçlunun yanında yer alması ve borçtan borçlu ile katılanın birlikte sorumlu olmasını sağlamaktadırlar. Katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsil sorumlu olurlar.⁹²

Borçlar Kanunu m. 201: “Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.”
demektedir.

Yasa hükmünün ifadesinden de anlaşıldığı gibi, mevcut borçlu borçtan kurtulmuş olmamaktadır. Borca katılan ile birlikte sorumluluğu devam etmektedir.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda yer almamış olan borca katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ilk kez yasada yer almıştır. Ancak daha önceki dönemlerde de sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilmiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda da borca katılma ile ilgili bir düzenleme bulunmamakta,

⁹² Rudolf H. Weber, BernerKommentar, **DasDarlehen**, Art. 312-318 OR mit AnhangzuBankvertraegen, Bern 2013, Art. 314 OR, dn. 30; Develioğlu, **a.g.m.** s. 568

borca katılmanın sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar arasında kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir.⁹³

Borca katılma, ilk bakışta üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye benzese de, borca katılanın bağlı borç altına girmemesi, borçlu sıfatı taşıması ve borçtan asli olarak sorumlu olması ile üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden ayrılmaktadır.⁹⁴

Borca katılma, genellikle teminat işlevi için yapılagelen bir işlem olmasıyla birlikte⁹⁵, aynı nedenlerle teminat işlevi gören diğer hukuki ilişkilerden ayrı tutulması gereken bir kurumdur.

Borca katılma sözleşmesinin tabi olduğu bir şekil koşulu bulunmamaktadır. Ancak borcun doğumuna neden olan sözleşmenin geçerliliğinin şekle tabi olduğu hallerde borca katılmanın da geçerlilik bakımından şekle tabi olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Borca katılan, borçtan aslî olarak yükümlüdür. Borca katılanın borcunun sebebi ilk borçlu ile alacaklı arasındaki borcun hukukî sebebi değildir. Borca katılanın borcunun sebebi alacaklı ile kendisinin yaptığı borca katılma sözleşmesidir.⁹⁶ Dolayısıyla, borcun aslî kaynağı olan sözleşmenin geçerliliğinin şekle tabi olması halinde, alacaklı ile borca katılan arasındaki sözleşmenin de geçerliliği şekle tabi olmalıdır.

Ancak yukarıda bahsedildiği gibi, teminat işlevi için borca katılmanın kararlaştırılmış olduğu hallerde, şekle uygun yapılması gerekebilir. Bunun nedeni, Borçlar Kanunu’nun 603. maddesi hükmüdür. Buna göre: “Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” Bu hükümden hareketle, borca katılan gerçek kişiler için kefaletle ilgili olarak eşin

⁹³ İsviçre Borçlar Kanunu borca katılmayı düzenlememiş olmakla birlikte, OR Art. 143 (Borçlar Kanunu’nun 162. maddesine karşılık gelen hüküm), alacaklıya karşı birden fazla borçlu tarafından borcun tamamından sorumlu olunması halini düzenlemiş olduğundan, bu hüküm içerik itibarıyla borca katılma olarak görülür.)Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 278; Gauch/Schluep, **Obligationenrecht**, N 3755)

Benzer şekilde, üçüncü kişi yararına sözleşme çerçevesinde alacaklı yararına sözleşme olarak borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılmış bir sözleşme de borca katılma olarak kabul edilebilir. (Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 279; Gauch/Schluep, **Obligationenrecht**, N. 3756)

⁹⁴Öğuzman/Öz, **Cilt II** s. 608

⁹⁵Öğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 609

⁹⁶Öğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 610

rızası, teselsülün el yazısı ile belirtilmesi gibi birçok geçerlilik koşuluna tabi hareket edilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.⁹⁷ Ancak Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinin borca katılanı kural olarak halihazır borçlu ile müteselsil sorumlu saymış olması karşısında, teminat amaçlı borca katılmada 603. madde gereğince kefalette olduğu gibi teselsülün el yazısı ile belirtilmesine gerek bulunmamalıdır.

Borca katılma sözleşmesinin borcun üstlenilmesine yaklaştığı alan, sözleşmenin alacaklı ile borca katılan arasında yapılmasıdır. Zira borcun üstlenilmesinde de borçluyu borçtan kurtaran işlem alacaklı ile borcu üstlenen arasındaki dış üstlenme sözleşmesidir. Halihazır borçlunun haberi dahi olmadan alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşme geçerlidir.

Tarafların yaptıkları sözleşmenin borca katılma (*kumulativeSchuldübernahme*, *Schuldbeitritt*) mı, borcun üstlenilmesi (*privativeSchuldübernahme*) mi olduğu konusunda bir tereddüt bulunması halinde, bunu aydınlatacak herhangi bir unsur bulunmazsa, bu halde alacaklının halihazır borçlusundan vazgeçmeyi tercih etmeyeceği düşüncesinden hareketle, alacaklının yararına olacak çözüm benimsenmeli ve borca katılma iradesinin bulunduğu kabul edilmelidir.⁹⁸

4. İBRA SÖZLEŞMESİ

İbra sözleşmesi, borcu sona erdiren bir işlemdir. Özel bir sona erme sebebidir.

İbra ile borç ilişkisi değil, sadece münferit borç sona erer.⁹⁹

Bu, alacaklı ile *borçlu* arasında yapılan bir ibra sözleşmesi ile gerçekleşir. İbra sözleşmesi ile, borçlu borcundan kurtulur. Eski Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan ibra, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde

⁹⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 609 ve 414

⁹⁸ Oser/Schönenberger, **OR I**, Vorbemerkungenzu Art. 175-183, N 2: Borca katılma alacaklının sahip olduğu hakların azalmasına neden olmaz, aksine onun lehine haklar doğumuna neden olması nedeniyledir ki, alacaklının onayını gerektirmez.

⁹⁹ Nuri Turanboy, **İbra Sözleşmesi**, Ankara 1998, s. 26

düzenlenmiştir.¹⁰⁰ İbra, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde, yasanın Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı isimli Üçüncü Bölümü'nde, Sona Erme Halleri ayrımında yer almaktadır.

132. maddeye göre, borcu doğuran işlem, kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesi ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir. İbra sözleşmesinin tarafları alacaklı ile borçludur. Demek oluyor ki, ibra sözleşmesinin kurulmasında ve ifasında hiçbir şekilde üçüncü bir kişinin katılımı söz konusu değildir. Bu bakımdan da borcun üstlenilmesinden ayrılır.

Borç ibra ile sona erdiğinde tüm bağlı haklar da borçla birlikte sona erer. Alacaklı, yaptığı bu tasarruf işlemi ile¹⁰¹, borçluyu borcundan kurtarmakta, ayrıca herhangi bir karşılık elde etmemektedir.

İbra ile borcun üstlenilmesinin birbirine yaklaştığı nokta, borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurması bakımındandır. Ancak ibra ile borcu sona eren borçlu, bu borcundan sona erme sebebiyle kurtulmaktadır.¹⁰² Yoksa borcun üstlenilmesinde olduğu gibi, borçlunun kurtulmasından sonra alacaklının alacağını borcu üstlenene ileri sürdüğü gibi bir talep hakkı söz konusu değildir. Artık alacaklının başvurabileceği (yeni) bir borçlu bulunmamaktadır.

Demek oluyor ki, ibranın borcu sona erdiren niteliği onu borcun üstlenilmesinden ayırır. İleride yine üzerinde durulacağı üzere, borcun üstlenilmesi borçta hiçbir değişiklik meydana getirmemektedir. Borç sona ermemekte, sadece borçlusu değişmektedir.

¹⁰⁰ Daha önce yasada ibra ile ilgili bir hükmün yer almaması nedeniyle ibranın şekli hakkında fikir uyuşmazlıkları mevcuttu. Ancak bu husus dışında ibra ile ilgili olarak hüküm bulunmamasının başka bir etkisi yoktu. Yasada getirilen düzenleme ile, bu eksiklik giderilmiştir. Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 575

¹⁰¹ İbra sözleşmesi, yapısı itibari ile bir tasarruf işlemidir. Ancak bu tasarruf işleminin hazırlığı için bir borçlandırıcı işlem yapılması söz konusu değildir. İbra sözleşmesi taraflar arasında geçerli olarak kurulduğu anda, tasarruf sonucunu doğurur. Bu bakımdan birçok tasarruf işleminden ayrılırken, borçlandırıcı işlemin ve tasarruf işleminin iç içe geçtiği bazı diğer işlemlere, örneğin elden bağışlama gibi işlemlere, benzerlik göstermektedir. (Turanboy, **İbra Sözleşmesi**, s. 114-115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku** s. 989; Feyzi N. Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1977**, s. 428; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 176; Becker, **BernerKommentar**, Art. 115, N. ; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV** s. 190)

¹⁰² Borç ibra ile sona erdiğinde, kural olarak bağlı haklar ve borçlar da sona erer. (TBK m. 131; Turanboy, **İbra Sözleşmesi**, s. 119)

5. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME

Üçüncü kişinin edimini üstlenme Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde düzenlenmiştir. Borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisi isimli üçüncü ayırımda düzenlenmiştir. 128. maddeye göre, üçüncü kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, belirli bir süre için de yapılabilir.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, bir üçüncü kişinin bir şey yapacağına ya da yapmayacağına yönelik bir taahhüttür. Bazı hallerde karşı sözleşeni sözleşme yapmaya ikna etmek için yapılır.¹⁰³

Bazı hallerde de teminat verme amacı ile üçüncü kişinin fiilini üstlenme yoluna başvurulabilir.¹⁰⁴

Üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesine uygulamada en fazla, banka teminat mektupları örneğinde rastlanmaktadır. Banka, bir kimsenin, bir borcunu ihlal etmesi halinde diğer tarafa bu zarara karşılık olarak ilk talepte bir ödeme yapmayı taahhüt eder. Banka çoğu halde bu taahhüdüne karşılık bir karşı garanti de alır.

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme, alacaklı ile yüklenen arasında bir sözleşme ile yapılır. Bu bakımdan borcun dış üstlenilmesi anlaşmasına benzese de, bu iki kurum arasında çok temel bir fark bulunmaktadır: Üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesinde, üstlenen, edimin ifası ile yükümlü değildir. Üstlenen, borçlu tarafından fiilin gerçekleştirilmemesi nedeniyle doğan zararı gidermekle yükümlüdür (BK m. 128). Diğer bir deyişle, üçüncü kişini fiilini üstlenen kişinin edimi ayrı, bağımsız bir edimdir. Oysa borcun üstlenilmesinde borcu üstlenen, borçlunun edimini ifa ile yükümlüdür¹⁰⁵.

¹⁰³Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 404; Haluk Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. II, 5. Tıpkıbası, İstanbul 2010, s. 806; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki**, Ankara 1959, s. 7

¹⁰⁴Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C. II, s. 806; Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, s. 7; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası**, Ankara 1962, s. 149 vd.; Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara 1963, s. 10 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 228 vd.

¹⁰⁵Üçüncü kişinin edimini taahhüt kefaletten de farklıdır. Ancak bu çalışmanın konusu itibarıyla salt borcun naklinden farklarının ortaya konması gerektiğinden bu konuya değinilmemiştir.

Üçüncü kişinin edimini taahhüt, açıklanan nedenlerle bağlı borç niteliği taşımaz. Bağımsız bir asli borçtur.

6. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

Borç ilişkisi sisteminde, ilişki nisbî, yani görecelidir. Bunun anlamı, borç ilişkisi kimler arasında kurulmuşsa, hükümlerini de bu kişiler arasında doğurmasıdır. Genel kural bu olmakla birlikte, bazı özel durumlarda, örneğin halefiyetin varlığında, sözleşme ilişkisine bir üçüncü kişinin etkin olarak girmesi de mümkündür.

Bu durum, borç ilişkisinin kurulmasından ve hükümlerini doğurmaya başlamasından sonra yapılan bir hukukî işlem ya da oluşan bir olayla gerçekleşmektedir.¹⁰⁶

Üçüncü kişi yararına sözleşmede ise, sözleşmenin taraflarını oluşturanlardan biri vaat ettiren, diğeri vaat eden, lehine ifade bulunulacak olan, sözleşmenin tarafı olmayan, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi ise lehdardır.¹⁰⁷

Üçüncü kişi yararına sözleşme Borçlar Kanunu'nun 129.-130. maddelerinde düzenlenmiştir. Yasanın ifadesi, üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmak olarak tarif etmektedir. Yasanın 129. maddesinin 2. fıkrasında, lehdar üçüncü kişinin (veya haleflerinin) edimin ifasını isteyebilecekleri haller tanımlanmıştır. Buna göre, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi veya halefleri edimin ifasını isteyebileceklerdir.

Borcun üstlenilmesi ve üçüncü kişi yararına sözleşme kurumlarının her ikisinde de, alacaklı bir talep hakkı elde etmektedir. Borcun üstlenilmesinde alacaklı, borcu üstlenene karşı bir talep hakkı elde etmekte, üçüncü kişi yararına sözleşmede de, durumun özelliğine göre, yararına işlem yapılan üçüncü kişi bir talep hakkı elde

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt II** s. 428

¹⁰⁷ Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s. 10; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, §83 I s. 246.

etmektedir. Bu bakımdan her iki kurumun nihai amacı benzetmektedir.¹⁰⁸ Ancak elbette, bu sonuca ulaşma yolu bakımından esaslı farklılıklar içermektedirler.¹⁰⁹

Üçüncü kişi yararına sözleşme, kural olarak bir borçlandırıcı işlemidir. Üçüncü kişi yararına tasarruf işlemi yapılması, kural olarak mümkün değildir. Örneğin üçüncü kişi yararına mülkiyet nakli ya da alacağın devredilmesi mümkün değildir.¹¹⁰

Ancak borcun üstlenilmesinin incelenmesinde tekrar vurgulanacağı üzere, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmedir ve borcun üstlenilmesi ancak bu sözleşmenin yapılması ile gerçekleşmiş olur. Bu bakımdan borcun dış üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme görünümündedir. Alacaklı, eğer bir üçüncü kişi ile borçlunun borcunun ifası için anlaşmış, yani doğrudan bir dış üstlenme sözleşmesi yapmış olursa, borçlu borcundan kurtulur. Bu şekliyle, üçüncü kişi yararına bir sözleşme yapılmış, bununla önceki borçlu borçtan kurtulmuş, yani borcun dış üstlenilmesi ile aynı sonuç doğmuş olur. Alacaklı, üçüncü kişi ile yaptığı borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile, aynı zamanda bir üçüncü kişi yararına sözleşme yapmış olur.¹¹¹ Bu hal, dış üstlenme sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olarak kabul edildiği görüşüne bağlı olarak, üçüncü kişi lehine sözleşmenin, bir tasarruf işlemi olarak görüldüğü bir hal oluşturur.¹¹²

Borçlu ile borcu üstlenenin aralarında yaptıkları borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde, alacaklının da borcu üstlenenden iç üstlenme sözleşmesinin ifasını talep edebileceği hususu kararlaştırılmış olabilir. Bu halde, alacaklı, borcu üstlenenden borcun ifasını değil, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifasını (kendisi

¹⁰⁸ Riedel Kurt, *Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter*, Breslau 1929, s. 38

¹⁰⁹ Yine Riedel'e göre, tarafların iradelerinin borcun üstlenilmesi mi, yoksa üçüncü kişi yararına sözleşme yapmak mı olduğu konusunda tereddüt bulunması halinde, öncelikle taraf menfaatlerine en uygun olan işlemin varlığını kabul etmek daha doğrudur. (s. 41 vd.)

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 438; Arif Kocaman, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu (Alacağın Temliki)*, Ankara 1992, s. 155; Kocaman Arif, *Ist der Vertrag zugunsten Dritter ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft? (Vertrag zugunsten Dritter)*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Anısına Armağan, Ankara 1990, s. 177 vd.; Dayınlarlı, *Alacağın Temliki*, s. 86

Alacağın temliki açısından konunun değerlendirilmesi için bkz. B. İlkay Engin, *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 19, dn. 40

¹¹¹ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 438

¹¹² Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 438, ayrıca dn. 110; Önay, *Yenileme*, s. 49, dn. 230

ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmasını) talep edebilecektir. Alacaklıya böyle bir talep hakkı tanıyan iç üstlenme sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşır.¹¹³

¹¹³ Keller/Schöbi, **Schuldrecht** IV, s. 74

7. YENİLEME (NOVATIO)

Yenileme, daha önce kısaca bahsi geçtiği üzere, Roma Hukuku kökenli bir kurumdur. Roma Hukuku döneminde taraf değişikliği yapılması yenileme (*novatio*) ile mümkündü.

Yenilemede taraflar, mevcut bir borcu ya da borç ilişkisini sona erdirmek ve bunun yerine geçmek üzere yeni bir borç ya da borç ilişkisi kurmak konusunda anlaşarak, bu iki kazandırmayı yenileme hukuki sebebine dayandırarak aralarında bağlantı kurmaktadır.¹¹⁴

Yenileme gerçekleştiğinde eski borç sona erer, bunun yerine yeni bir borç doğar. Buradan hareketle anlaşıldığı üzere, borcun üstlenilmesi ile yenileme arasındaki temel fark, borcun üstlenilmesinde, üstlenilmeden sonra da borcun tıpatıp aynı kalmasıdır.¹¹⁵

Yenilemenin bahsi geçen bu hukuki sonucu nedeniyle, yenileme sonrasında bağlı hak ve borçlar da, borcun sona ermesine bağlı sonuçları düzenleyen Borçlar Kanunu 131. madde uyarınca, aksine bir anlaşma yoksa, kural olarak sona ermektedir.

Yenileme ile borcun (dış) üstlenilmesi, bağlı hak ve borçlar açısından da farklı sonuçlara yol açmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun yenilemeye ilişkin 133. maddesindeki ifade, yenilemenin ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olduğunu açıklamaktadır. Bu nedenle tereddüt halinde bir yenilemenin varlığının kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda ancak borcun üstlenilmesinin mevcut olduğu varsayılabilir.

Borcun (dış) üstlenilmesi sözleşmesi, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılmaktadır. Oysa yenilemenin, borçlunun rızası olmaksızın alacaklı ile yeni borçlu arasında yapılması mümkün değildir. Bu halde bir yenilemeden bahsetmek mümkün değildir. Bu sözleşme ancak üçüncü kişi lehine sözleşme olarak kabul edilebilir.¹¹⁶

¹¹⁴ Önay, **Yenileme**, s. 72

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt I** s. 550; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 274; Oser/Schönenberger, OR I, Vorbemerkungen, N. 1; Keller/Schöbi, **Schuldrecht** IV, IV s 79

¹¹⁶ Önay, **Yenileme**, s. 200

Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcu üstlenmesi halinde de yenilemeden değil, borcun üstlenilmesinden söz edilmelidir.

F. BORÇ İLİŞKİSİ, DAR ANLAMDA BORÇ ve BORCUN ÜSTLENİLMESİNE KONU BORCUN TANIMI

1. BORÇ İLİŞKİSİ VE DAR ANLAMDA BORÇ KAVRAMLARI

Dar anlamda borç ya da borç kavramı ile borç ilişkisi ve onunla aynı anlamda kullanılan geniş anlamda borç kavramları birbirinden ayrı kavramlardır.

Terim olarak borç, hem dar anlamda borcu hem de borçlunun yükümlülüğünü ifade etmektedir.¹¹⁷

Borç kavramından, iki ya da daha fazla sayıda kişi arasındaki bir hukuki ilişki nedeniyle borçlu tarafın alacaklı tarafa karşı bir edimin ifası ile yükümlü olması anlaşılır.¹¹⁸ Diğer bir ifade ile, bir taraf ifa yükümlülüğü altında iken, diğer taraf ifayı talep hakkına sahiptir.¹¹⁹

Borç, alacak kavramı ve aynı şekilde borç kavramı içerisinde tek başına varolan bir hukuki ilişkidir¹²⁰. Borç (*Obligation*) deyimi, kendisine yönelik bir alacak hakkına sahip olan kimseye karşı yükümlülüğü ifade eder¹²¹. Borç, alacaklının bir edim yükümlülüğüne yönelik talep ve dava edilebilir hakkını da ifade etmektedir¹²². Dar anlamda borç ilişkisi tek bir alacağa dair tek bir talephakkı bulunan alacaklıyı, edim yükümlüsüne, yani borçluya bağlayan hukuki ilişkiyi ifade

¹¹⁷Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 3

¹¹⁸vonTuhr/Peter, **Obligationenrecht**, s. 9

¹¹⁹Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, N. 1; Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 3; Bucher, **Obligationenrecht (BaslerKommentar)**, Grundbegriffe, N. 36-37

¹²⁰Schönenberger/Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen ZGB**, N. 10 vd.

¹²¹Bucher, **BernerKommentar**, s. 18

¹²²Schönenberger/Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen ZGB**, N. 10 vd. Alacak ise, bir edimin ifa edilmesine yönelik dava edilebilir bir haktır. Alacak ve borç, aynı olguyu ifade etseler de, farkları, hangi açıdan açıklanmaya çalışıldıklarıyla ilgilidir. Talep hakkı sahibi açısından alacak, yükümlü kişi açısından borç olan olgu, genel olarak, dışarıdan bir bakış için ise işte bu açıklanmaya çalışılan “borç” (*Obligation*) terimini ifade eder.

eder.¹²³ Bu yükümlülüğü doğuran hukuki bağın taraflarını alacaklı ve borçlu oluşturur.

Borç terimi, daha önce de vurgulandığı gibi, borç ilişkisi ifadesinden ayrılır.¹²⁴ Çünkü borç ilişkisi ifadesi, hem geniş anlamda hem de dar anlamda borç ilişkisini ifade etmek için kullanılmaktadır. Borç, tek başına hak-yükümlülük ilişkisi olarak tanımlanırken, borç ilişkisi, bunun dışında ve ötesinde, taraflar arasında mevcut bir nedene bağlı olarak ortaya çıkan hukuki ilişkiler bütünü olarak, doğmuş ve doğacak tüm talepleri, yenilik doğuran hakları, def'ileri de içerir şekilde anlaşılmalıdır.¹²⁵

Borç ilişkisi, geniş anlamıyla, alacaklı ve borçlu arasındaki borçların kaynağını oluşturan hukuki ilişkiyi ifade eder. Burada söz konusu olan öyle bir hukuki ilişkidir ki, en az bir edim yükümlülüğünü içerir. Bu hukuki ilişki, birden çok alacaktan, yanı sıra farklı haklardan da oluşabilir.¹²⁶

Bu ayrım, borcun üstlenilmesine konu olan hukuki ilişkinin anlaşılması bakımından önemlidir. Geniş anlamda borç ilişkisi bu anlamdaki devre uygun değildir. Ancak elbette, yenileme ya da sözleşmenin devrine konu olabilir. Daha açık bir anlatımla, geniş anlamda borcu borcun üstlenilmesi yolu ile önceki borçludan borcu üstlenene aktarmak mümkün değildir. Devredilebilen borç, daha doğru bir deyişle, borcun üstlenilmesinin konusu olan borç, bir bütün olan borç ilişkisi değil, o borç ilişkisinden doğan dar anlamdaki borçtur.¹²⁷

Dar anlamda borç ilişkisi, alacaklıya, bir alacak hakkı ve alacağını elde etmeyi sağlayacak talep, dava ve cebri icraya başvurma yetkilerini verir.¹²⁸

¹²³Ernst A. Kramer /Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar Band VI/1/1, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986**, N. 34.

¹²⁴Schönenberger/Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen ZGB**, Vorbemerkungen zu Art. 1-183, N. 9

¹²⁵Bucher, **Berner Kommentar**, s. 18; Guhl/Koller, **Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, N. 2

¹²⁶Schönenberger/Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen ZGB**, N. 10 vd.

¹²⁷ Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**, İstanbul, 1986, s. 34.

¹²⁸Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 18

Bu çalışmada dar anlamda borç kavramını ifade etmek üzere “borç” sözcüğü, geniş anlamı ile borç ilişkisi için ise sadece “borç ilişkisi” ifadesi kullanılması tercih edilmiştir.

2. BORCUN ÜSTLENİLMESİNE KONU BORCA İLİŞKİN ÖZELLİKLER

a. Üstlenilmesi mümkün olan ve olmayan borç ayrımı

Borca ilişkin üzerinde durulması gereken bir husus, borcun üstlenilebilir (devredilebilir) olup olmadığı ile ilgilidir.

Borcun üstlenilmesine konu olabilecek borçlar en genel tanımıyla devredilebilen borçlardır. Temelde bütün borçlar devredilebilir borçlardır. Bu bakımdan da borcun üstlenilmesine konu olabilirler.

Kural olarak şahsen ifa edilmesi gereken borçların borcun üstlenilmesine konu olamayacakları düşünülebilirse de, bunlar için iç üstlenme sözleşmesi yapılmasına bir engel yoktur. Buradaki problem iç üstlenme sözleşmesinin ifası gerektiğinde doğmaktadır, o da ancak alacaklının şahsen ifa konusunda ısrar etmesi halinde doğacaktır. Alacaklının bu talebinden vazgeçmesi halinde şahsen ifası konusunda üzerinde anlaşılmış bir borcun da üstlenilmesi mümkün olacaktır¹²⁹.

Borcun şahsen ifa edilmesi gereken hallerde yapılan ve borcun üstlenilmesini konu edinen borçlu ile borcu üstlenen arasındaki sözleşme geçerli olarak kurulmuş olacaktır.¹³⁰ Ancak bu halde, alacaklı, borcun başkası tarafından ifasını kabul etmezse, bu durumda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ifa edilemeyecektir.

Aile hukukundan kaynaklanan nafaka yükümlülüklerinden doğan ödemeler de, dayandıkları sebep şahsa sıkı surette bağlı bir yükümlülük değilse, üstlenmeye konu olabilirler. Aile hukukundan doğan nafaka dışındaki borçlar ise devredilemez¹³¹.

¹²⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 108; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 388, Becker, **BernerKommentar**, Art. 175 OR N 6; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 175 OR, N2; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, IV s. 75/76

¹³⁰Gauch/Schlupe, **Obligationenrecht**, N. 3695; Keller/Schöbi, IV s. 75

¹³¹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen Art. 175-183 OR, N. 112

b. Geçersiz Borçlar

Borcun üstlenilmesine konu olabilmesi için sözleşme konusu borcun geçerli bir borç olması gerekir. Geçersiz bir borç devredilemeyeceğinden borcun üstlenilmesine de konu olmaz¹³². Bu tür borçların üstlenmeye konu edilmeleri ve ardından ifa edilmeleri, borç olmayan şeyin ifası olarak değerlendirilmelidir.¹³³

Buna paralel şekilde mevcut olmayan bir borç da üstlenmeye konu olamayacaktır. Borcun mevcut olmaması, borcun üstlenilmesinin ifasında imkansızlığa yol açtığı için, borcun üstlenilmesi geçersizdir.¹³⁴

c. Borcun Belirliliği

Borcun üstlenilmesine konu olan borcu belli bir borç olması, hiç değilse borcun dış üstlenilmesi sırasında belirlenebilir bir borç haline gelmiş olması gereklidir.

d. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Borçlar

Kamu hukukundan kaynaklanan borçlar, kural olarak borcun üstlenilmesi taahhüdüne konu olabilseler de, dış üstlenme sözleşmesi aşamasında alacaklı kamu tüzel kişiliğinin, borcu üstlenenin bu önerisini kabul iradesi göstermesi beklenemez¹³⁵. Bu konuda kamu mevzuatında borcun üstlenilmesine olanak tanınan

¹³²Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 111.

¹³³BGE 95 II 37 (Çevrimiçi) www.relevancy.bger.ch

“... Art. 175-176 OR: Geçersiz bir borcun (önceki) borçlunun borçlusu olan üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi ve ifası...”

...“Davacılar, Becker OR Art. 175 N. 6’ya dayanarak, geçersiz bir borcun üstlenilemeyeceği itirazında bulunmuşlardır. Davacılar, tarafların daha o zaman geçersizliği bildiklerini ve üst mahkemenin aksi yöndeki tespitini, delillere dayanmaması ve keyfi olması nedeniyle bağlayıcı olarak kabul etmemişlerdir. Borcun geçersizliği ve davalının bunu bilmesinden hareketle, davalıların geçersiz bir borcu ödedikleri ve bu nedenle davacılar başvurulamayacağı sonucuna varmışlardır.”...

¹³⁴Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 597

¹³⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 110

haller istisnaen bulunabilir. Ancak kamu hukuku çerçevesinde oluşması beklenen koşullar özel düzenlemelere tabidir.

Kamu hukuku alanında uygulaması bulunan sözleşmenin devri ise, esaslarını 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na ekli şartnamelerde bulmaktadır.¹³⁶

e. Sürekli Borçlar

Taraflar arasındaki borç ilişkisinin sürekli borç olarak nitelendirilebilmesi için, en az bir asli edimin sürekli borç niteliğinde olması gerekir.¹³⁷ Borçlu, belirli bir süre boyunca kesintisiz bir ifa veya katlanma yükümlülüğü altındadır.¹³⁸ Edimin konusunun, borçlunun belirli bir zaman diliminde belirli bir süre devam eden olumlu bir davranışı olması halinde, edimin sürekli edim olduğundan bahsedilir.¹³⁹ Konusu yapmamadan ibaret borçlarda genellikle sürekli bir edim söz konusudur.¹⁴⁰ Sürekli sözleşme ilişkilerinde borçlu adeta tüm zamanını ifaya ayırmaktadır.¹⁴¹

Süreklilik kavramından kesintisizlik, mutlak bir devamlılık ve ebedilik anlaşılırsa, sadece yapmama edimleri bu tanıma uyar. Ancak, olumlu, yani yapma edimlerini de kapsamak üzere buradaki süreklilik, edimin zaman yönünden aralıksız ifası anlamında değil, davranışın fiili ve hukuki yönden birlik teşkil edecek şekilde uzun bir zaman süresi içinde yerine getirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁴²

Bazen de sürekli borcun içeriği, borçlunun periyodik olarak, yani dönem dönem ifa etmesi gereken bir edim borcu olabilir. Bu durumda borcun üstlenilmesine konu olacak edim, dönemlik edimlerden biri ya da birkaçı, yahut hepsi olabilir.

¹³⁶ (Çevrimiçi) <http://www.savistay.gov.tr/yayin/dergi/icerik/der49m5.pdf> , 22.11.2014

¹³⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I** s. 12

¹³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Hukuku**, s. 14-15; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Ankara 2012, s. 6; Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme**, 4. Bası, İstanbul 2008

¹³⁹ Özer Seliçi, **Borçlar Kanunu'na göre Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977, s. 11

¹⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Hukuku**, s. 15

¹⁴¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s. 11

¹⁴² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 2012, s. 107;

Bir borcun sürekli borç niteliğinde olması halinde de üstlenilmesi kural olarak mümkündür. Borç şahsen ifa edilmesi zorunlu bir borç olmadıkça üstlenme sözleşmesine konu olabilir.¹⁴³

f. Taraf İradesi

Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, borcun taraflarının borcun üstlenmesini yasaklamasının ya da tersinin, yani üstlenilmeye konu olamayacak bir borcun üstlenilebilir olduğuna dair sözleşme yapmasının mümkün olup olmadığı sorunudur.

Borçlu ile alacaklı arasında borcun üstlenilmesinin yasaklanmasına dair bir sözleşme yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, tarafların bunu kararlaştırmalarına karşın, alacaklının ileride borcun üstlenilmesine onay vermesi, ya da daha doğrudan bir etki doğuracak olan, borcun üçüncü bir kişi tarafından ödenmesini kabul etmesi halinde, borçlu borcundan yine de borcun üstlenilmesi yoluyla kurtulmuş olacaktır.¹⁴⁴

Bazı hallerde alacaklı tarafın borcun üstlenilmesine onay vermesi bir yükümlülük olarak alacaklıya yüklenmiş de olabilir.

g. Sonuç

Borcun üstlenilebilir bir borç olmamasının etkisi, borcun üstlenilmesinin geçerliliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Açıklanan sebeplerden herhangi birisi nedeniyle üstlenmeye konu olamayan borç hakkında yapılan borcun iç üstlenilmesine dair sözleşme (borcun üstlenilmesi taahhüdü) ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi BK m. 27 uyarınca kesin olarak hükümsüzdür.¹⁴⁵

¹⁴³ Sürekli borç doğuran sözleşmelerin, özellikle uzun süre devam etmesi durumunda, sözleşmede değişiklik yapma gereği doğması kaçınılmazdır. Böyle bir durumda, tarafların sözleşmeyi sona erdirmek yerine taraf değişikliği doğuran yolları tercih etmeleri daha makul olmaktadır. Ayrıca böyle bir devirde ekonomik fayda da doğabilmektedir. (BAUER, Parteiwechsel im Vertrag, N. 50-52)

¹⁴⁴ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 67

¹⁴⁵ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 118; Gauch/Schluep, **Obligationenrecht**, N. 3695

Bunun dışında kural olarak bir borç ilişkisinden doğan dar anlamda borçların hepsi borcun üstlenilmesi sözleşmesine konu olabilir.

II.BÖLÜM

BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ

A. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ

1. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu’nun 195. maddesi borcun iç üstlenilmesi sözleşmesini düzenlemiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre: “Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur.”

Daha önce de ifade edildiği gibi, borçlu ile borcu üstlenen kimse arasında yapılan bu sözleşme ile, borcu üstlenen üçüncü kişi, borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmektedir.¹⁴⁶ Diğer bir anlatımla, borcu borçlunun üzerinden almayı taahhüt etmektedir¹⁴⁷. Bu aşamada alacaklının onayı veya katılması gerekmemektedir. Ayrıca alacaklının bu aşamada borcu üstlenen kimseye karşı herhangi bir talep hakkı da bulunmamaktadır¹⁴⁸.

Bu sözleşmeyi borcun üstlenilmesine bir hazırlık olarak da görmek mümkündür¹⁴⁹.

Tekrar etmek gerekirse, bu aşamada, yapılmış bir iç üstlenme sözleşmesinin varlığı, borcun üstlenilmesinin varlığını sağlamaz. Borcun halihazır borçludan yeni

¹⁴⁶ Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 74

¹⁴⁷ Spirig, **ZürcherKommentar**, OR Art. 175 N. 27, Becker, **BernerKommentar** Art. 175 OR N. 4

¹⁴⁸ TschäniRudolf, **BaslerKommentar**, Art. 175, prg. 1; Becker, **BernerKommentar** Art. 175 OR N.

13

¹⁴⁹ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 88

borçluya geçişi henüz gerçekleşmemiştir.¹⁵⁰ Bu ancak alacaklının onayından sonra mümkündür.

EMMENEGGER, yasadaki iç üstlenme sözleşmesi terimini, sanki bu işlem ile borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş gibi, yanıltıcı bir terim olduğunu ifade etmektedir.¹⁵¹ Yazara göre, Art. 175 OR'nin kenar başlığında olduğu gibi, burada aslında borçlu ile borcu üstlenen arasında bir sözleşmeden bahsedilmektedir.

İç üstlenme sözleşmesi, sözleşmenin üstlenilmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme veya yenileme gibi hukuki kurumlardan ayrılmalıdır. Ancak burada tekrar etmek gerekir ki, tarafların, yani borçlu ile borcu üstlenenin, aralarında yaptıkları iç üstlenme sözleşmesinde, alacaklıya, iç üstlenme sözleşmesinden doğan edim yükümünün ifa edilmesini talep hakkı tanımları mümkündür. Bu halde alacaklının lehdar olduğu bir üçüncü kişi yararına sözleşme mevcuttur.¹⁵²

İç üstlenme sözleşmesinin konusu salt üstlenilen borçtan ibarettir. Yoksa borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme ilişkisi değildir. Nitekim, sözleşme ilişkisinin kapsamına farklı ve birden çok hak ve yükümlülükler dahildir ve sözleşmenin devri BK m 205 ve devamında düzenlenmiştir¹⁵³. Oysa borcun üstlenilmesinde sözleşmenin konusunu dar anlamda tek bir borç oluşturmaktadır.

Bir borcun üstlenilmesi için önce borçlu ile borcu üstlenen arasında bir iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasından söz edilse de, iç üstlenme sözleşmesi bulunmaksızın da borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması mümkündür ve bu halde dış üstlenme sözleşmesi geçerlidir. İç üstlenme sözleşmesi yapılmadan da borcu üstlenen ile alacaklı arasında, (asıl) borçlunun edimini ifa konusunda anlaşma sağlanması, ya da doğrudan borcu üstlenen tarafından yapılan ifayı alacaklının kabul etmesi mümkündür. Alacaklı ile üçüncü kişi bu şekilde borcun dış üstlenilmesi anlamı taşıyan bir işlemin tarafı olabilirler ve iç üstlenme sözleşmesinin, ya da diğer

¹⁵⁰ Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 74

¹⁵¹ Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, N. 3567

¹⁵² Bkz. I. Bölüm, E./6. Üçüncü kişi yararına sözleşme

¹⁵³ İsviçre Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin devrine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kira sözleşmesinin devrine dair Art. 263 OR ve malvarlığının devrine dair düzenleme ayrı düşünülmelidir. (Spirig, **ZürcherKommentar**)

bir deyişle borcun üstlenilmesi taahhüdünün bulunmaması, dış üstlenme sözleşmesinin doğmasını ve geçerliliğini etkilemez.

Borcun üstlenilmesinde, borcu üstlenen kişi ile ilgili bir kısıtlama bulunmamaktadır. Borcu üstlenen, alacaklı ile arasında borcun dış üstlenilmesi anlaşması yapmayı, borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmektedir. Özel haller dışında, bu taahhüdü veren kimsenin kişiliği ne iç üstlenme sözleşmesi, ne de dış üstlenme sözleşmesi bakımından önemli değildir. Alacaklının borcu üstlenenin ödeme gücüne duyacağı güvenle borcun üstlenilmesi önerisini kabul veya reddetmekte özgür olması nedeniyle, bu konuda herhangi bir kısıtlamanın söz konusu edilmesine gerek yoktur.

Borcun üstlenilmesi daha önce de belirtildiği gibi, bir hukuki işlemdir.¹⁵⁴ Borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi ve üstlenen ile alacaklı arasında yapılan dış üstlenme sözleşmesi işlemin iki aşamasını oluşturmaktadır. Her iki işlemin geçerliliği, genel hükümler uyarınca geçerlilik için aranan koşulların varlığını gerektirir. Tarafların tamamı için hak ehliyeti bakımından aranan şartlar genel hükümlere göre belirlenir. Fiil ehliyeti açısından borcu üstlenen ve alacaklının tam ehliyetli olması aranır.

Tüzel kişinin sözleşen olması halinde, tüzel kişiliği temsil eden kişinin imza yetkilisi olması gerekir. Borçlu veya borcu üstlenenin alacaklının temsilcisi olmaları halinde, işlemin geçerli olup olmadığının, temsilcinin kendi lehine işlem yapması ile ilgili sınırlamalar göz önünde tutularak tespiti gerekir.

¹⁵⁴Becker, **BernerKommentar**, Art. 175, N. 4

2. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Sözleşmenin konusu, borçlunun alacaklıya karşı olan borcundan kurtarılmasıdır. Madde içinde “...borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek...” ifadesinde adı geçen borç, borcun üstlenilmesine konu borçtur¹⁵⁵.

Borcun bu sözleşmeye konu olabilmesi için, devredilebilir nitelikte olması gereklidir.¹⁵⁶ Şarta bağlı borçlar borcun üstlenilmesine konu olabilirler.¹⁵⁷ Zamanaşımına uğramış borçlar ve müeccel borçlar da borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine konu olabilirler. Ancak batıl bir borç ya da şahsen ifası zorunlu olan borçların borcun üstlenilmesine konu olması mümkün değildir.¹⁵⁸

Borcu üstlenen, borçluya karşı, onu “borçtan kurtarma” edimini yüklenmektedir. Borcu üstlenen, borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğuracak fiilleri yerine getirmeyi taahhüt etmiş kabul edilir.

Borcun iç üstlenilmesinin varlığının kabulü için, borcu üstlenenin sözleşme ile altına girdiği yükümlülüklerin borçluyu gerçekte borcundan kurtarıp kurtarmadığının incelenmesi gerekir.

Daha önce özetle ifade edildiği ve ileride daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, bu sözleşme ile ve genel olarak borcun üstlenilmesi ile borcun içeriği değişmemektedir.

¹⁵⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, OR 175 N. 31; Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, , N. 3568; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 175, N.

¹⁵⁶Bucher, **Obligationenrecht**, Art. 175, N. 3

¹⁵⁷Becker’in verdiği bir örnekten hareketle açıklamak gerekirse¹⁵⁷, üstlenilen borcun, borçtan kurtarma taahhüdü işleminin bağlı olduğu koşul gerçekleşmeden muaccel hale gelmesi böyle bir duruma örnektir. Bu halde, şarta bağlanmış bulunan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, şartın ortadan kalkması sonucu muaccel hale gelmiş olacak, borcu üstlenenin elinde sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı kalacaktır.

¹⁵⁸Becker, **BernerKommentar**, Art. 175 N.7-8; Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, , N. 3568

Borçlunun, iç üstlenme sözleşmesinden sonra ne şekilde borçtan kurtarılacağı konusunda madde hükmü herhangi bir sınırlama getirmemiştir.¹⁵⁹ İlk akla gelen yöntem, bir ödeme ile bunun gerçekleştirilmesidir. Borçlar Kanunu m. 83 ile belirtilen prensip ışığında, alacaklı bu ödemeyi kabul etmelidir. Bunun dışındaki borçtan kurtarma yolları alacaklının onayını gerektirmektedir.

İç üstlenme sözleşmesi, borçlu ile üstlenen arasında bir ivaz kararlaştırılarak da yapılabilir.

3. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Borcun iç üstlenilmesi, borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları olan borçlu ile üstlenen, gerçek veya tüzel kişi olabilir¹⁶⁰. Daha önce de ifade edildiği gibi, borcu üstlenenin kişiliği, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi bakımından önem taşımamaktadır. Dış üstlenme sözleşmesi sırasında alacaklının üstlenenin önerisini kabul zorunluluğu bulunmadığından, iç üstlenme sözleşmesi ile taahhüt altına giren ile ilgili bir kısıtlamaya yer yoktur.

Tarafların işlem ehliyeti bakımından daha önce yapılan açıklamalar hem iç üstlenme hem de dış üstlenme açısından geçerli oldukları için burada tekrar edilmemektedir.

Sözleşmenin tarafları hakkında daha yakın bir bakış sahibi olabilmek için borçlu kavramı üzerinde durmak gereklidir. Borçlu kavramını açıklayan yazarlar, borç kavramından hareketle borçluyu tanımlamaya çalışmışlardır. Borçlu, borç konusu edimin ifasıyla yükümlü olan kimsedir. Bu tanım ışığında işlemin borçlu olarak nitelendirilebilecek olan tarafı, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin bir tarafını oluşturacaktır.

Bazı hallerde hukuki işlemin bir tarafı birden çok kimseden oluşabilir. Alacaklı ya da borçlu taraf birden fazla olabilir. Borcun üstlenilmesi bakımından fark doğuracak olan, borçlunun birden fazla olması halinde de borcun üstlenilmesi mümkündür. Böyle bir durumda borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile borçlulardan biri

¹⁵⁹ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 175, N. 8

¹⁶⁰ Kamu tüzel kişileri de borca taraf olabilir.

veya birkaçı yahut hepsi borçtan kurtarılabilir. Bu durumda borcu üstlenen veya üstlenenler hangi borçlunun borcunu üstleniyorlarsa onunla sözleşme yapmak durumundadırlar.

Ancak iç üstlenme sözleşmesinin birden çok borçluyu borçtan kurtarmayı hedeflemesi ve birden çok borçlu ile yapılması durumunda, alacaklının sadece bir veya bir kısım borçlu için buna onay vermesi ve diğer borçluların borçtan kurtulmalarına engel olması mümkün olmalıdır. Alacaklı, kendisine yöneltilen borcun dış üstlenilmesi önerisini kabul edip etmemekte tamamen serbest olması gereğinden hareketle, aynı borç ilişkisinin borçlu tarafını oluşturan birden çok borçludan biri ya da birkaçı için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi önerisini kabul edip, diğerleri için etmeyebilir.

Borcu üstlenen tarafın birden çok kişiden oluşması da teorik olarak mümkündür. Bu durumda alacaklının borcu üstlenenlerden herhangi birinin ifasını kabul etmesi veya herhangi birine onay vermesi halinde borcun dış üstlenilmesi gerçekleşecektir.

Borcu üstlenen tarafın birden fazla kişiden oluşması durumunda eğer borçlu tek kişi ise, borcu üstlenme taahhüdü altına giren birden fazla kişinin hem bu taahhüt bakımından borçluya karşı sorumluluklarının, hem de alacaklı ile yapacakları dış üstlenme sözleşmesinin teselsül halinde olduğu sonucuna varılabilir (bölünebilir bir edimde müşterek borçlulardan bahsedilmesi mümkün olur).

Bazı hallerde de zincirleme borcun üstlenilmesi mümkün olabilir. Bu hal, borcu üstlenenlerin art arda devreye gireceği haldir.

Alacaklının borcu üstlenmesi, teorik olarak mümkün gibi görünse de, borcun üstlenilmesi bu halde aslen, Borçlar Kanunu'nun 135. maddesi anlamında alacaklı ile borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi sonucu doğurur. Alacaklı ile borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ise borcu sona erdiren bir sebeptir. Dolayısıyla böyle bir işlemde borcun üstlenilmesinden bahsedilememelidir¹⁶¹. Ancak Borçlar Kanunu'nun 135/3 maddesinde, bir kıymetli evraka bağlı borç ya da

¹⁶¹Spirig, **ZürcherKommentar**, OR 175, N. 14; Karşılaştırınız:Schönenberger/Jaeggi, **Kommentar zum schweizerischen ZGB**, N. 24 Abtretung.

taşınmaz rehnine¹⁶² ilişkin özel hükümlerin saklı tutulduğu belirtilmiştir. Alacaklı ile borçlu sıfatlarının bir kıymetli evrak ya da taşınmaz rehnine konu iken birleşmesi halinde, senetler tekrar tedavüle çıkabileceği için, devredilebilir olmayı sürdürecektir, dolayısıyla sonradan alacaklı ile borçlu sıfatları yeniden ayrılabilir.

4. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

a. İradelerin uyuşması

Borcun iç üstlenilmesi borçlu ile borcu üstlenen arasında kurulan bir sözleşmedir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması da sözleşmelerin kurulmasına dair genel prensiplere tabidir. Buna göre, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kuruluşu için yeterlidir. Sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabidir.

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, borcu üstlenenin tek taraflı irade açıklaması ile kurulmuş olmaz. Taraflar arasında bu sözleşmenin kurulmuş olması için, borçlunun da uygun irade beyanını, kabul beyanını açıklaması gerekir.¹⁶³ Taraflar arasında iradelerin karşılıklı olarak uyduğu, bir öneri ve kabul olmalıdır. Tarafların iradesinin borca katılma ya da sözleşmenin üstlenilmesi gibi bir işlem yönünde olmadığı anlaşılır olmalıdır. Nitekim, borcun üstlenilmesi, çoğu zaman tek başına yapılan bir işlem olmayıp, taraflar arasındaki başka bir ticari ilişki ile bağlantılı olarak ortaya çıktığından, iradelerinin tespiti önem taşır.¹⁶⁴ Bunun tespiti için öncelikle tarafların aralarındaki ilişkinin lafzı, ancak öncelikle amacı dikkate alınmalıdır.

Tarafların iradelerinin nasıl yorumlanması gerektiğine dair bir açıklık

¹⁶² Bu ifadenin Medeni Kanun madde 918 ve 919 anlamında ipotekli borç senedi veya irad senedi ile ilgili bir düzenleme amacı taşıdığı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 588

¹⁶³ Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 74

¹⁶⁴ Becker, **Berner Kommentar**, Art. 175, N. 4

gerektiğinde, borçlunun amacı, yani borçtan kurtulma amacı dikkate alınmalıdır¹⁶⁵.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.2.2014 tarihli ve E.2014/1890 K. 2014/3858 sayılı kararı ile boşanma protokolünde taraflardan birinin kredi borcunu diğerinin üstlenmesi konusundaki anlaşmanın borcun iç üstlenilmesi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.¹⁶⁶

Borcun iç üstlenilmesine dair sözleşme hakkında alacaklının bilgilendirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Keza alacaklının da kendiliğinden bu araştırmayı yapmak gibi bir durumu yoktur.

b. Şekil

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şartına tabi bir sözleşme değildir. Hatta borcun hem dış hem iç üstlenilmesine dair sözleşme için yasanın öngördüğü bir geçerlilik şekil şartı bulunmamaktadır.¹⁶⁷ Genel olarak şekil serbestisi hakimdir.¹⁶⁸ Sözleşmenin konusu olan borcun geçerlilik şekline tabi bir sözleşmeden doğmuş olması halinde dahi, üstlenilmesi için bir şekil şartı aranmamaktadır¹⁶⁹.

Üstlenilen borcun kaynağı olan sözleşme ilişkisinde edimin içeriğinin özel durumu nedeniyle bir şekil kuralına bağlı olması halinde, iç üstlenme sözleşmesi de

¹⁶⁵ Spirig, **ZürcherKommentar**, OR 175, N. 29; Becker, **BernerKommentar** Art. 175 OR N. 4; Genel olarak bir külli üstlenme, borç ilişkisinin üstlenilmesi borcu üstlenen açısından daha elverişlidir. Buna karşın borcun üstlenilmesi, önceki borçlunun daha yararınadır.

¹⁶⁶ “...boşanmalarına karar verilmiş, aralarında düzenledikleri protokol tasdik edilmiş, karar kesinleşmiştir. Boşanma anlaşmasıyla davacı "davalı adına A... Bankası Gayrettepe şubesinden alınan kredinin kalan taksitlerini ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Boşanma anlaşmasında yer alan bu hüküm, kalan borç miktarı bakımından borcun iç üstlenilmesi niteliğindedir. Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek borçluyu borcundan kurtarma yükümlüğü altına girmiş olur...” (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 05.10.2014

¹⁶⁷ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 387; Becker, **BernerKommentar** Art. 175 OR N. 9; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 74; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen Art. 175-183, N 121

¹⁶⁸ Bir işletmenin ya da bir malvarlığının devralınmasında bildirimin tabi olduğu şekil şartı ayrıca Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁶⁹ Tschäni, **BaslerKommentar**, Art. 175 prg. 5; Becker, **BernerKommentar** Art. 175, N. 9

şekle tabi olarak yapılması aranmalıdır.¹⁷⁰ Yani örneğin, borcun iç üstlenilmesine bir taşınmaz konu edilirse, geçerlilik için aranan resmî şekle uymak gerekecektir.

Bağışlama sözü verenin borcunun üstlenilmesi taahhüt edilmiş ise, Borçlar Kanunu'nun 288. maddesi ile konulan geçerlilik şekli kuralı burada uygulanmayacaktır. Bunun nedeni ise, borcu üstlenenin, bağışlama sözünü üstlenmeyi taahhüt etmekle, bağışlayan olmamasıdır.¹⁷¹

Keza bir kefalet sözleşmesinden doğan kefalet borcunun üstlenilmesini taahhüt eden kimse de kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığından, kefil olmadığından, üstlenme taahhüdünün şekle tabi yapılması gerekmeyecektir.¹⁷²

5. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

a. Genel Olarak

Hemen konunun başında belirtmek gerekir ki, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki bu sözleşme ilişkisinin niteliği (ve içeriği) alacaklıyı etkileyen ya da alacaklı lehine hak doğuran bir nitelik değildir. Sözleşme sadece taraflar arasında hüküm doğurur. Dolayısıyla sözleşmenin akıbeti de sözleşenlerin, yani borçlu ile borcu üstlenenin tasarrufundadır. Bu aşamadayken sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme, vb. işlemler tamamen borçlu ile borcu üstlenenin yapabileceği, alacaklının herhangi bir dahli olmayan işlemlerdir. Alacaklı açısından bu aşama, henüz hiçbir etki veya sonuç doğurmamıştır, kısaca söylemek gerekirse, borçlu halen “eski” borçludur.

Alacaklının hukuki durumu, hiç değişmemiştir, iç üstlenme sözleşmesi öncesindeki durumu ile sözleşmenin yapılmasından sonraki durumu arasında hiçbir fark yoktur¹⁷³.

¹⁷⁰ Aynı kural borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için de geçerlidir. Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 126; Bucher, **Obligationenrecht** s. 584

¹⁷¹ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 387, 382; Bucher, **Obligationenrecht** s. 584, N. 24

¹⁷² Keller/Schöbi, **SchuldrechtIV**, IV s. 75; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 127

¹⁷³ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art 175, Nr. 39

Borcu üstlenen, iç üstlenme sözleşmesi uyarınca, borçlunun borçtan kurtarılması için gereken fiillerin yerine getirilmesi ile yükümlüdür.

BK m. 195 borcu üstlenenin, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek borçluyu borcundan kurtarmasından bahsetmektedir. Bu iki hali birbirinden bazı açılardan ayırmak gereklidir.

Borcu üstlenenin borcu bizzat ifa ederek borçluyu kurtarmaya yönelik taahhüt vermesi halinde, ona düşen, doğrudan alacaklıya ifayı teklif etmek ve ifayı gerçekleştirmektir. Burada tekraren vurgulamak gerekir ki, borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olduğu hallerde, alacaklı ifayı kabul etmek zorunda değildir. Böyle bir durumda borcu üstlenen, taahhütten kaynaklanan borcu üstlenme yükümlülüğünü ancak alacaklı bunu kabul ederse yerine getirebilecektir.

Borcu üstlenenin, borcu üzerine alarak borçluyu kurtarmayı taahhüt etmesi halinde ise, bu işlemin dış üstlenme sözleşmesi yapılması, yani bu yöndeki teklife ve alacaklının onayına muhtaç olması nedeniyle, borcu üstlenenin yükümlülüğünün içeriği, alacaklının onayını almak için gereken faaliyetlerin yapılması olarak anlaşılmalıdır¹⁷⁴. Bu halde, borcu üstlenenin yükümlülüğü şarta bağlanmış görünümündedir. Bu şart, alacaklının kabulü/onayı şartıdır¹⁷⁵.

Borçlu ise, bu sözleşme nedeniyle her zaman bir borç altına girmeyebilir. Daha önce ifade edildiği gibi, borcun üstlenilmesinin bir ivaz karşılığında yapılması halinde ancak borçlunun edim yükümlülüğünden bahsedilecektir. Bu hal dışında borçlunun bu sözleşmeden kaynaklanan bir edim borcundan söz edilemez.

Borcun üstlenilmesinin bir ivaz karşılığı kararlaştırılmış olması halinde, tarafların aksine bir anlaşmaları yoksa, Borçlar Kanunu, m. 195/2 gereğince, borçlu, ancak kendi edimini yerine getirmişse borcu üstlenenden edimini ifa etmesini isteyebilir.

¹⁷⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, OR Art. 175 N. 35; Becker, **BernerKommentar**, Art 175, N. 10

¹⁷⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, OR Art. 175 N. 35

b. Borcun Borcu Üstlenen Tarafından Bizzat İfa Edilmesi

Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin ilk fıkrasında iç üstlenme yapan kişinin borcu bizzat ifa etmesinden söz edilmektedir. Yasaya göre borcu üstlenen kişinin yükümlülüğü borçluyu borçtan kurtarma yükümlülüğüdür ve borcu üstlenen bunun için iki yoldan birini seçmelidir. Bunlardan birincisi borcu ifa etmek, ikincisi ise, alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesi yapmaktır. Borcun hemen ifası ile iç üstlenme taahhüdünün ifa edilmesi durumunda alacaklının onayına ihtiyaç yoktur. Ancak borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması için alacaklı ile irade uyuşmasına ihtiyaç vardır.

Yasanın düzenleme biçimi, alacağın henüz muaccel olmadığı bir dönemde borcun üstlenilmesi için taraflar arasında bir iç üstlenme sözleşmesi yapılmış gibi görünse de, bazı hallerde borç muaccel olmuş olabilir ve (önceki) borçlunun temerrüde düşmüş veya düşmesi riski doğmuş olabilir. Bu durumda borcu üstlenenin edimini ifa için tek olanak alacaklıya doğrudan ifada bulunmasıdır.

Kanunun ifadesine göre, borcu üstlenen, borcu bizzat ifa ederek borçluyu borcundan kurtarabilir.

c. Borcu Üstlenen ile Alacaklı Arasında Borcun Dış Üstlenilmesi Sözleşmesi Yapılması

Borçlar Kanunu'nun 195. maddesi, borçlu ile iç üstlenilme sözleşmesi yapan kişinin alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarmakla yükümlü olduğunu da ifade etmiştir.

Bu yükümlülük, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması yükümlülüğüdür. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması ilerde III. Bölüm'de açıklanacaktır.

Borcu üstlenenin alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesi yapma yönünde verdiği kabul edilen bu taahhüt, alacaklının onayı şartına bağlı olduğundan, ancak alacaklı borcun dış üstlenilmesini kabul ettiğinde ifa edilebilecektir.

d. Borcun Üstlenilmesinin İvazlı Olması Halinde İfa Sırası

Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinin 2. fıkrasında ivaz karşılığı taahhütler bakımından bir düzenleme getirilmiştir. Hükme göre, borçlu borcu üstlenen ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan kendi edimlerini yerine getirmedikçe diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez.

Karşılıklı edimlerin kararlaştırıldığı sözleşmelerin ifası bakımından yasanın koyduğu genel hüküm olan 97. maddeye geri dönülürse, maddenin getirdiği düzenleme bakımından şu nokta tespit edilebilir: Taraflardan birinin ifayı talep edebilmesi için önce kendi edimini ifa etmiş ya da en azından ifayı teklif etmiş olması aranacaktır, meğer ki ifayı talep eden tarafın yararlanabileceği bir vade kararlaştırılmış olsun.

195/2 hükmü, 97. madde hükmünde belirlenen kuralın özel bir görünümüdür. Her iki maddenin lafzına bakıldığında ifayı talep için kendi edimini ifa etmiş olma şartının arandığı görülse de, 97. maddede bu şart taraflardan herhangi biri için aranacak şekilde ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, tam iki taraflı bir sözleşme söz konusu olduğunda yasanın 97. maddesi uyarınca taraflardan birinin edimi ifayı talep edebilmesi, kendi edimini ifa etmiş ya da ifa etmeyi teklif etmiş olması halinde mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 195/2 hükmünde ise, lafzı incelendiğinde görülmektedir ki, hüküm, halihazır borçlunun borcu yüklenenden üstlenme taahhüdünün ifasını talep etmesi hali içindir. Borçlunun, kendi edimini yerine getirmeden borcun üstlenilmesi taahhüdünün ifasını talep edemeyeceği ifade edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 195/2 hükmü, borcu üstlenenin, iç üstlenme sözleşmesi uyarınca daha önce ifa etmesi, yani borcu üstlenme ya da alacaklıyı tatmin etme taahhüdünü halihazır borçlunun iç üstlenme sözleşmesinden doğan edim borcundan önce yerine getirmesi gerekmiyorsa uygulama alanı bulacaktır.¹⁷⁶

Demek oluyor ki, burada söz konusu olan, tam iki taraflı (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Yasanın koymuş olduğu bu prensip, 97. maddesindeki karşılıklı borç

¹⁷⁶Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 175 N. 102; Becker, **Berner Kommentar**, Art. 175 N. 14;

yükleyen sözleşmelerde ifayı talep ile ilgili prensibin borcun nakli sözleşmelerine özgü görünümüdür¹⁷⁷.

e. Teminat Gösterme

Borçlar Kanunu'nun 195/3 hükmü, ifa sırasına ilişkin tartışmalar bakımından da öneme sahip şu düzenlemeyi getirmiştir: “Borçlu, borcundan kurtarılmamışsa, diğer taraftan güvence isteyebilir.”¹⁷⁸

İç üstlenme sözleşmesinde, taahhüdün yerine getirilmesi, yani borcun hemen ifası ya da borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması yoluyla borcun üstlenilmesi için belirli bir vade öngörülmüş olabilir. Eğer böyle bir vade kararlaştırılmamışsa, bu halde halihazır borçlunun, borcu üstlenenin taahhüdünü uygun bir sürenin sonuna kadar ifa etmiş olmasını bekleme hakkı vardır.¹⁷⁹ Bunun için de borçlunun borcun vadesine dek bekleme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁸⁰

Ancak belirtmek gerekir ki, alacaklının yararına bir vade kararlaştırılmışsa, alacaklı bu vadeden önce edimin ifasını kabul etmek zorunda değildir. Bu nedenle de borçlu böyle bir durumda borcu üstlenenden alacaklıya derhal ifada bulunmasını isteyemez. Benzer şekilde, alacaklının borcun dış üstlenilmesini, yani borçlunun borçtan kurtulması ve borcu üstlenenin borçtan sorumlu olmasını kabul etmemesi

¹⁷⁷ HASLER bu iki hükmü aynı nitelikte görmektedir (Spirig, **ZürcherKommentar**'den naklen, Art. 175, N. 102); İsv. BK. M. 175/2'yi yüzeysel ve hatalı bulan Bucher, **Obligationenrecht**, s. 581.

¹⁷⁸ Eski Borçlar Kanunu'nun 178. maddesi son fıkrası “evvelki borçlu”dan söz etmekteydi. Oysa bu aşama, henüz borcun iç yüklenilmesi anlaşmasının yapıldığı aşamadır. Borcun dış nakli henüz gerçekleşmemiştir. Zira alacaklı ile borcun nakli müteahhidi arasındaki ilişki henüz kurulmamıştır. Bu nedenle borçlu henüz “evvelki borçlu” değildir. Halen alacaklıya karşı ifadan sorumlu kişi olarak borçlu bulunmaktadır. Bu bakımdan ifadedeki “evvelki” sözcüğünün kaldırılması isabetli olmuştur. Borçlar Kanunu, bu ifadeyi düzeltmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 175/3 maddesi “eski borçlu” terimini kullanmakta, borcun nakli müteahhidi için de “yeni borçlu” demektedir. Yasa bu nedenle İsviçreli yazarlarca eleştirilmektedir (Spirig, **ZürcherKommentar**, N. 114, 118).

¹⁷⁹ Becker, **BernerKommentar**, Art. 175, N. 15

¹⁸⁰ Burada söz konusu edilen borcun borçlunun şahsen ifa etmesi gereken bir borç olması halinde, ifanın gerçekleşmesi alacaklının yine de ifayı kabul etmesi koşuluna bağlıdır. Alacaklının şahsen ifa edilecek bir borcun üçüncü kişi tarafından ifasını kabul etmemesi halinde, borcu üstlenme taahhüdünün ifa edilmemesinin haklı nedene dayandığı söylenebilir.

halinde de, borcu üstlenenden alacaklıya derhal ifada bulunmasını isteyemeyecektir. Bu durumda borçlunun elinde bulunan olanak, teminat verilmesini isteyebilmektir.¹⁸¹

Görülüyor ki, borçlu borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi sonrasında borçtan kurtarılmamış olması ihtimalinde güvence talep edebilecektir.

Bu hükmün uygulanabileceği durum, borcu üstlenenin borcunu (borçluyu borçtan kurtarma vaadini) ifa etmemesini haklı bir gerekçeye dayandıramadığı ihtimaldir.

Taahhüdün yerine getirilmemesi borcu yüklenenin ifa etmeme olarak nitelendirilebilecek hareketleri (ya da hareketsizliği) olarak ortaya çıkabileceği gibi, borcu yüklenenin tüm çabasına karşın alacaklıdan kaynaklanan nedenlerden de olabilir.

İşte yasa hükmü, borcun üstlenilmesi taahhüdünün varlığına rağmen borçtan kurtulamamış borçluya bir güvenceden yararlanma imkanı tanımıştır.

Hüküm fıkrası açık olarak, borçlunun borcun iç üstlenilmesine dair yapılan sözleşme ile verilen taahhüdün ifasını elde edememişse, bir teminat “isteyebileceğinden” söz etmektedir.

¹⁸¹Becker, **BernerKommentar**, Art. 175, N. 15

B. BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ SÖZLEŞMESİNİN İFASI VE İFA ETMEMENİN SONUÇLARI

1. ALACAKLININ TALEP HAKLARI

Daha önce de belirtildiği üzere, alacaklı kural olarak borcun üstlenilmesi taahhüdü (borcun iç üstlenilmesi) işleminden kaynaklanan herhangi bir talep hakkına sahip değildir.¹⁸² Alacaklının böyle bir talep hakkına sahip olabileceği haller de bulunmaktadır. Bunlar, önceki borçlu ile borcu üstlenenin bu hususta üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde bir iradeleri bulunması, bu yönde anlaşmaları hali ve önceki borçlunun borcu üstlenene karşı mevcut talep haklarını alacaklı lehine terk ettiği hallerdir.¹⁸³

2. BORCU ÜSTLENENİN TALEP HAKLARI

Borcu üstlenenin ifasında dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesi gerektiğinden, ifa aşamasında önceki borçludan beklenen, örneğin ifaya hizmet edecek bilgilerin sağlanması gibi, bazı davranış yükümlülükleri olabilir. Borcu üstlenenin borçluya karşı ileri sürebileceği talepler arasında bu tür hususların bulunduğu da bu bakımdan kabul edilmelidir.

Yine rücuunsözkonusu olduğu hallerde, borcu üstlenenin rücu hakkından doğan taleplerini ileri sürmesi mümkündür. Bu haller yasadan kaynaklanıyor olabileceği gibi, taraflar arasındaki anlaşmadan da doğabilir. Yasadan kaynaklanan hallere örnek olarak, işçi-işveren ilişkisinden doğan rücu hakkı gösterilebilir.

¹⁸²Becker, **BernerKommentar**, Art. 175 N. 13; Bucher, **Obligationenrecht**, Art. 175, N. 9

¹⁸³Becker, **BernerKommentar**, Art. 175 N. 13

3. ÖNCEKİ BORÇLUNUN TALEP HAKLARI

Borçlunun borcun üstlenilmesi sözleşmesinden kaynaklanan talep hakkı asıl olarak borcu üstlenen ile aralarındaki sözleşmede, üzerinde irade uyuşması sağlanan kapsamı ile belirlenmelidir. Ancak her halükarda borçlunun bu sözleşmeden doğan alacak hakkının içeriği, alacaklısına karşı borçtan kurtarılması, yani borcun ifası ve buna bağlı hakların da sönmesinden oluşmaktadır.

Borçlunun talep haklarını alacağın muaccel olması öncesi ve sonrasında doğanlar olarak ayrı ayrı incelemek gerekir.

Alacağın muaccel olmasından önce, borçlu, borcu üstlenenden borcun ifa edilmesini talep edebilir. Ancak ifanın şekline dair herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.

Borçlu aynı zamanda BK m. 195/son ile kendisine verilmiş bulunan imkan ile borcun naklinin güvence altına alınmasını da isteyebilir.

Alacağın muaccel hale gelmesinden sonra ise, henüz alacaklının onayı alınmamış bir borcun üstlenilmesine dair taahhüde (borcun iç üstlenilmesine) dayanarak borçlu, borcun nakli müteahhidinden borcun ifasını isteyebilmelidir. Kaldı ki, bu aşamada borçlunun talep edebileceği salt bundan ibarettir. Zira artık borcun iç yüklenilmesinin alacaklı tarafından kabulünü sağlamak ve böylece vadesi geldiğinde alacağın borcun nakli müteahhidi tarafından ifası olanağı ortadan kalkmıştır. Borcu üstlenmeyi taahhüt eden artık salt ifa yoluyla alacaklıyı tatmin ederek borçluya karşı yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumdadır.

Borçlunun, muaccel olmuş alacağının borcu üstlenen tarafından henüz alacaklıya ödenmemiş olması nedeniyle BK 112 ve devamı hükümleri uyarınca talep hakları bulunduğu da kuşkusuzdur¹⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki, borcun iç yüklenilmesi ile borcu üstlenenin üstlenmiş olduğu edim, bir yapma edimi ise, cebri icraya konu olamamaktadır. Borcu üstlenen,

¹⁸⁴ Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinde ifade edilmiş bulunan, yapma borçlarında taahhüde aykırılıkta, edimin, masrafı borçluya ait olmak üzere alacaklı tarafından ifasına izin verilmesini isteme olanağı, borcun üstlenilmesi kurumu ile bağdaşmamaktadır.

borcu üstlenmek için gerekenleri yapmakla yükümlüdür, ancak önceki borçlu borcu üstleneni buna zorlayamaz. Bu nedenle cebri icraya konu olamayan bu edim yükümü, teminat altına alınarak alacaklının (önceki borçlunun) alacağı güvenceye kavuşturulabilir.

Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca, borcu üstlenenin borcunu ifa etmemesi (alacaklı ile arasında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini gerçekleştirmemesi) halinde, bundan doğan zararı tazmin zorunluluğu bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, burada üstlenme konusu borcun alacaklısının borçluya karşı takibe geçmiş olması, hiç değilse alacağı talep ederek ifayı elde etmiş olması gereklidir. Borçlunun, borcu üstlenenin tazminat talebine ancak bu durumda imkan bulunur.

Borçlu, borcun üstlenilmesi taahhüdüne rağmen borcu kendisi ifa etmek durumunda kalmışsa, bu halde kendisinin borçtan kurtarılmasına dair talep hakkı, ödediği ve borcun nakli müteahhidi bakımından zenginleşme sayılan miktarın kendisine ödenmesi ve başkaca zararlarının tazmini talebine dönüşür.¹⁸⁵

Yine göz önüne alınması gereken bir husus da, böyle bir ödeme nedeniyle Borçlar Kanunu 127. madde anlamında halefiyet doğabileceğidir.

Bir görüşe göre¹⁸⁶, rücu hakkı sahibi olan kimse, borca katılma ile gireceği durumdan daha kötü hale girmemelidir.

¹⁸⁵vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 382; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 39 vd.

¹⁸⁶Spirig, **ZürcherKommentar**'den naklen: DesGouttes SJK N. 365, s.1, N 2 ve s.4)

III. BÖLÜM

DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ

A. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

1. GENEL AÇIKLAMALAR

Türk Borçlar Kanunu'nun 196. maddesi, dış üstlenme sözleşmesinin, alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Dış üstlenme sözleşmesi, borcun üstlenilmesi ile sonuçlanan işlemdir. Bu bakımdan gerçek borcun üstlenilmesi burada söz konusu olur¹⁸⁷. Alacaklı ile borcu üstlenen arasındaki bu sözleşme ile, yani dış üstlenme sözleşmesi ile, borçlunun değişmesi meydana gelir. Borçlunun sorumluluğu sona erer, borcu üstlenenin sorumluluğu doğar. Bir sorumluluk yok olur, onun yerine yenisi oluşur¹⁸⁸.

Dış üstlenme sözleşmesi, çoğu kez, iç üstlenme sözleşmesinde, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki borçtan kurtarma vaadi içeren taahhüdün ifası olarak görünür. Ancak durum her dış üstlenme sözleşmesinde böyle görünmeyebilir. Borcu üstlenen, borçlu ile arasında herhangi bir vaat, bu anlamda iç üstlenme sözleşmesi anlamına gelen herhangi bir hukuki ilişki bulunmaksızın da alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapabilir ve bu yolla borçluyu dar anlamda borcundan kurtarabilir. Böyle bir halde borçlunun dış üstlenme sözleşmesine rıza vermesi aranmaz¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Bucher, **Obligationenrecht**, (Çevrimiçi) www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-allgemeiner-teil-2-auflage-1988/Schuldubernahme, 02.12.2014, S. 583

¹⁸⁸ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N.3-4

¹⁸⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 593; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku**, s. 273; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, prg II, 1. s. 384, Not. 33; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 87

(Önceki) borçlunun onayı aranmaksızın (dar anlamda) borçtan kurtarılması, üçüncü kişi yararına sözleşmeye dair düzenlemelere göre gerçekleşir¹⁹⁰.

Borcun üstlenilmesi ile önceki borçlu ile borcu üstlenen arasında bir cüzi halefiyet oluşmaktadır.

Alacaklının borcun üstlenilmesine onay verebilmesi için alacak üzerinde tasarruf edebilir durumda olması gerekir, zira burada borçlunun borcundan kurtarılması sonucu doğmaktadır. Her şeyden önce alacaklı sıfatı bulunmalıdır. Örneğin alacağı zaten temlik etmiş ise, bu halde artık borcun üstlenilmesine onay vermek suretiyle –ya da alacak üzerinde tasarruf anlamı taşıyan başkaca bir işlemle– alacağı üzerinde tasarruf edemeyecektir¹⁹¹.

Alacaklının tasarruf yetkisi olmamasına rağmen yaptığı böyle bir işlem geçersizdir. Alacaklının alacağının konu olduğu işlem borcun üstlenilmesi ise, alacaklı, alacak üzerinde tasarruf edebilecek durumda olmadığından, borcun (dış) üstlenilmesine dair sözleşme geçersiz olacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, örneğin alacak devredildiği için tasarruf yetkisini kaybetmiş olan (önceki) alacaklı, borcun üstlenilmesine dair sözleşme yaptığında, alacağı devralmış olan (yeni) alacaklı, bu işleme onay vererek işlemi geçerli hale getirebilir. Yine böyle bir durumda borçlunun alacağın devredildiğinden haberi olmamışsa, bu halde borcun üstlenilmesi geçerli olacaktır¹⁹².

Bazı hallerde alacaklının alacak üzerindeki tasarruf yetkisi örneğin bir rehin işlemi ile sınırlanmış olabilir. Böyle bir halde de yapılacak borcun üstlenilmesi sözleşmesi, hak sahibinin onayı ile geçerli olabilir¹⁹³. Yukarıdaki örnek bakımından rehin hakkı sahibinin borcun üstlenilmesine onay vermesi aranacaktır. Ancak alacaklının alacak üzerindeki hakkı iflas nedeniyle sınırlanmışsa, bu halde borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapması mümkün olmayacaktır.

¹⁹⁰Bucher, **Obligationenrecht**, S. 583; Uygulamada karşılaşılan borcun dış üstlenilme sözleşmesinin bu görünümünün gösterdiği özellikler ileride ele alınacaktır.

¹⁹¹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 102

¹⁹²Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 102

¹⁹³Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 103

2. TASARRUF İŞLEMİ NİTELİĞİ

Tasarruf işlemleri, malvarlığının aktifinde yer alan bir hakkın başkasına devredilmesi yolu başta olmak üzere, içeriğini doğrudan etkileyerek o hak üzerinde değişiklik yapan, o hakkı sınırlayan ya da sona erdiren işlemlerdir¹⁹⁴.

Dış üstlenme sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olduğu görüşü¹⁹⁵, alacaklının, borcun bir kişiden başka bir kişiye geçişini sağlayan bir işlem yapması nedeniyle, bir tasarruf işlemi olduğu olgusundan hareketle savunulmuştur¹⁹⁶.

Alacaklının malvarlığında ortaya çıkan değişim nedeniyle, işlemin tasarruf işlemi niteliği ortaya çıkmaktadır. Alacaklı bu işlemle kendi alacağı üzerinde tasarruf etmektedir, bu tasarruf borçlunun borçtan kurtulması olarak görünür¹⁹⁷. Alacaklı, borcun üstlenilmesine kadar borçlu sıfatını taşımış olan kişinin borçtan kurtarılmasını, “*ibra*”¹⁹⁸ edilmesini sağlamaktadır. Alacağını elde etmek için halihazır borçluya karşı olan talep hakkından vazgeçen alacaklının yaptığı işlem bu açıdan ancak bir tasarruf işlemi olarak açıklanabilir. Alacaklının alacak hakkının içeriğiyle ilgili yaptığı bir tasarruftur. Alacak hakkını doğrudan etkileyen, o hakkı değiştiren bir işlemdir.

Borcun üstlenilmesinin bir tasarruf işlemi olmadığını savunan görüşün temel gerekçesi ise, bir borç üzerinde tasarruf işlemi yapmanın mümkün olmadığı düşüncesidir.¹⁹⁹ Bunun nedeni ise, borcun öznesinin değişmesinin ancak yeni bir

¹⁹⁴Kemal Oğuzman / Nami Barlas, **Medeni Hukuk Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2012**, s. 185; Mustafa Dural / Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, s. 202; vonTuhr / Peter, s. 194; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 122; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 109.

¹⁹⁵Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 593; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 5; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 384 N. 29;

¹⁹⁶Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 593; Eren, s. 1247

¹⁹⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 47; Wilhelm Schönrock, **DieKonstruktion der Schuldübernahme**, 1919, s. 7

¹⁹⁸ Gerçekte ibra sözleşmesi, borç ilişkisinin tarafları arasında, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşmedir (Borçlar Kanunu m. 132). Borcun üstlenilmesi ise, borcu üstlenen ile (tasarruf işlemi yapan) alacaklı arasında yapılan bir sözleşmedir.

¹⁹⁹Wendt, **DieprivativeSchuldübernahme**, s. 21 vd.

taahhüt altına girilmesi halinde mümkün olabileceği fikridir²⁰⁰. Borç üzerinde tasarruf işlemi yapılabilmesi, eşyanın doğasına aykırıdır, böyle bir işlem borcun bir malvarlığı unsuru olmaması nedeniyle mümkün değildir. Burada söz konusu olan alacak hakkı, borçlunun değişiminden etkilenmemektedir. Dolayısıyla, bu görüş uyarınca, sadece borçlunun değişmesi alacak hakkı üzerinde etkili olmadığından, işlem bir tasarruf işlemi değildir.

Borcun üstlenilmesinin tasarruf işlemi olmadığı görüşünü savunan Hatemi/Gökyayla²⁰¹, bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Borcun üstlenilmesi dar anlamda tasarruf muamelesi değildir. Çünkü dar anlamda borcun karşısındaki alacak hakkı borçlunun değişmesinden etkilenmemektedir.”

Ancak ileri sürülen gerekçeler, ibranın bir tasarruf işlemi olduğu gerçeğini bertaraf edememektedir.

Buradan hareketle, borcun üstlenilmesine dair dış üstlenme sözleşmesinin borcun değil, alacağın üzerinde etkili bir işlem olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, alacaklı, dış üstlenme önerisini kabul ettiğinde, elindeki alacak hakkı üzerinde bir tasarruf yapmış olmaktadır. Borç üzerinde bir işlem gerçekleşmemektedir. Borç ilişkisinden doğan edim yükümlülüğü, alacaklı açısından alacak hakkı, borçlu açısından ise borç doğurmaktadır. Alacak ve borç kavramları, daha önce de ifade edildiği gibi, aynı hukuki ilişkiyi ifade eden kavramlardır. Aynı ilişkinin iki ayrı kavramla ifade edilmesi, alacaklı ve borçlu taraflar açısından ifade edilmesinden doğan farktan kaynaklanmaktadır.

Demek oluyor ki, alacak hakkı üzerinde yaptığı işlemle, borçlunun değişmesine rıza gösteren alacaklının bu işlemi tasarruf işlemidir. Doğrudan kendi malvarlığı unsuru olan alacak hakkını etkilemektedir. Ancak buradan anlaşılması gereken, alacağın sona ermiş ya da devredilmiş olduğu değildir. Burada söz konusu olan, aynı içerikteki alacağın, borçlusunun değiştiği ve alacaklının malvarlığı kapsamında bu haliyle yer almaya devam etmesidir.

²⁰⁰ Borcun üstlenilmesinin bir tasarruf işlemi olmadığı görüşünü savunanlar, bunu açıklamak için “bir deliğin yerini değiştiremezsiniz, ancak yeni bir delik açarsınız” benzetmesini kullanmışlardır. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 5;

²⁰¹ Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. Bası, s. 367, N. 14

İşlemin, borcun üstlenilmesi sonucu alacağın borçlusunu, hedefi ve elde edilebilirliğinin etkilenmiş olması nedeniyle tasarrufi bir etkisi olduğu görüşü²⁰², tasarruf işlemlerini tarif eden görüşler dikkate alındığında hukuk doktrini çerçevesinde savunulabilir görünmemektedir. Tasarruf işleminin, hakkı doğrudan etkileyen, onu değiştiren, sınırlayan ya da devreden bir işlem olduğu düşünüldüğünde, alacaklının hakkının elde edilebilirliği vb. nedenlerle değerinin değişmesinin bu anlamda olmadığı düşünülmelidir.

Genel prensipler ışığında belirtmek gerekir ki, borcun üstlenilmesi önerisinin kabulü ile sözleşmenin kurulması için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması aranır.

Borcun üstlenilmesinin alacaklı bakımından aynı zamanda bir kazandırıcı işlem olduğu, zira üstlenen karşısında bir alacak hakkı sağladığı yönündeki görüş²⁰³, isabetli değildir²⁰⁴. Çünkü söz konusu olan alacak, önceki borçluya karşı sahip olunan alacak ile aynıdır. Burada sadece ifa beklentisinin daha güçlü olmasından söz edilebilir²⁰⁵.

Borcu üstlenen, bu işlemle, önceki borçlunun borçtan kurtulmasını sağladığı için, onun pasifini azaltan bu işlemle bir kazandırıcı işlem yapmış olur²⁰⁶. Kazandırıcı işlem, lehine kazandırıcı işlem yapılan kişinin malvarlığının artmasına neden olan, diğer bir deyişle aktifinde artma ya da pasifinde azalmaya neden olan işlemlerdir²⁰⁷. Bu bakımdan önceki borçlu açısından pasifinin azalması söz konusudur, önceki borçlu lehine bir kazandırıcı işlem doğmuştur²⁰⁸.²⁰⁹ Önceki borçlu

²⁰² Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 98.

²⁰³ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 389; Tschäni, **BaslerKommentar**, Art 176 OR, N. 6.

²⁰⁴ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 50;

²⁰⁵ Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 50

²⁰⁶ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 593;

²⁰⁷ Dural/Sarı, **Türk Özel Hukuku**, s. 203-204;

²⁰⁸ Borcu üstlenenin borçluya iç üstlenme sözleşmesi ile bu edimi taahhüt etmesi, bir borçlandırıcı işlemidir.

²⁰⁹ Bazı hallerde, borcu üstlenen ile borçlunun aralarındaki özel hukuki ilişki nedeniyle, borçlu, üstlenilen dar anlamda borçtan kurtulmuş olup, borcu üstlenene karşı bir edim yükümlülüğü altına girebilir. Ancak bu durumda dahi, borçtan kurtulmuş sayılmasına bir engel bulunmamaktadır. (Karşı görüş için, Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 101,

ile borcu üstlenen arasındaki ilişkiye göre, aralarında doğan karşılıklı borçlar söz konusu olabilir. Bu, her bir olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Diğer yandan, borcu üstlenen bakımından ise bir borçlandırıcı işlemin söz konusu olduğu düşünülmelidir. Borçlandırıcı işlemler, kişiyi borç altına sokan, bir borç doğumuna neden olan, kişinin pasiflerinin artmasına neden olan işlemlerdir²¹⁰.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin, alacaklı ve üstlenen bakımından doğurduğu çift yönlü etkiler nedeniyle, sözleşmenin borçlandırıcı ve tasarrufi etkisinin bir arada bulunduğu, sözleşmenin “çifte etkisi” olduğu belirtilmektedir^{211 212}.

İşlemin borçlandırıcı yönüne tekrar dönülecek olursa, burada dikkati çeken bir hususu açıklamak gerektiği görülür. Şöyle ki; alışılmış bir borçlandırıcı işlemde bahsedildiğinde, kişinin yeni doğan bir borcun borçlusu olarak yükümlülük altına girdiği haller anlaşılır. Oysa borcun üstlenilmesinde, yeni bir borç söz konusu değildir. Sadece, borcu üstlenen, mevcut dar anlamda bir borcun borçlusu yerine geçerek ifayı üstlenmektedir. Bu sebeple, burada gerçekte bir borçlandırıcı işlem bulunmadığı görüşü savunulmuştur. Bu görüşe göre, borcun üstlenilmesinde karşılaşılan durum bir halefiyettir²¹³. Bir tasarruf işleminin yasal sonucu olarak borcu üstlenen borçla yükümlüdür. Dolayısıyla çifte etkiden söz edilemez.

Borcun üstlenilmesinde borcu üstlenenin iç üstlenme sözleşmesi ile girdiği taahhüde bu çalışmada daha önce değinilmişti. Borcu üstlenen açısından bir borçlandırıcı işlem ilk olarak bu iç üstlenme sözleşmesi ile doğmuştur. Yoksa borcu üstlenen üzerinde alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yaptığı anda borç *doğmuş* olması, borcun üstlenilmesinin genel yapısı ile uyumlu değildir. Borcu üstlenen, iç üstlenme sözleşmesi ile bir borçlandırıcı işlem yapmış, bunun ifası için alacaklıya bir öneride bulunmuştur. Alacaklının bunu kabul etmesi, borcu üstlenenin önceki

²¹⁰S. SulhiTekinay, **Medeni Hukuk, İstanbul** 1992, s. 109; Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Borçlar Hukuku**, s. 45.

²¹¹Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 99, dn 408 incele

²¹² Oysa sözleşmenin aynı zamanda borçtan kurtulan önceki borçlu için bir kazandırıcı işlem olduğu da düşünülerek, çifte etki yerine üçlü etkiden söz eden bir görüş de mevcuttur. (Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 100, dn. 415)

²¹³Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 100, dn. 414 - Maurer, **Schuldübernahme**

borçluya karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamını taşır. Diğer yandan alacaklının öneriyi kabul etmesi ile oluşan borcun üstlenilmesi ile birlikte alacaklıya karşı önceki borçlunun dar anlamda borç yükü ne ise onunla yükümlü olmuştur. Bu açıdan borçlanma yükümlülüğünden oluşan edimini ifa etmiştir.

Alacaklının kendisine yöneltilen borcun üstlenilmesi önerisini kabulü ile ortaya çıkan durumun, yani borç ilişkisine yabancı bir kişi olan borcu üstlenenin dahil olmasının, halefiyet mi, yoksa yeni, ama önceki ile esasi açılardan benzer doğan bir borç mu olduğu tartışmasında, ağırlıklı görüş, halefiyetin söz konusu olduğu yönündedir²¹⁴.

Gerçekten de borcun üstlenilmesinde üstlenenin durumunu halefiyet olarak kabul edilmesine dair görüş, burada meydana gelen ilişkiyi açıklamakta daha uygun görünmektedir. Bunun açıklanması için, tekrar vurgulanması gereken husus, borcun üstlenilmesinde önceki borçlunun borcu ile üstlenenin borcunun tıpatıp aynı olduğu olgusudur. Borcun sadece borçlusu değişmektedir. Burada söz konusu olan, alacağın varlığını sürdürmesidir, işlemin tarafları arasındaki borç ilişkisinin değişmesi değildir²¹⁵. Dolayısıyla, borcu üstlenenin durumu halefin durumu gibidir.

3. SOYUT İŞLEM NİTELİĞİ

Dış üstlenme sözleşmesi ile gerçekleşen borcun devri, iç ilişkide yer alan taahhüt geçerli olmasa da, yani borçlu ile borcu üstlenenin aralarındaki ilişkide borcun üstlenilmesine ilişkin vaat geçerli olmasa da, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlar. Dış üstlenme sözleşmesi ile borcun devri, dayandığı geçerli bir sebebin varlığına bağlı olmadığından, sebepten bağımsız, yani soyut bir hukuki işlemdir²¹⁶.

Dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir hukuki işlem olduğu hususu, kaynağını Borçlar Kanunu'nun 199. maddesinin 3. fıkrasında bulmaktadır. Hükme göre, "Yeni borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez."

²¹⁴Spirig, *ZürcherKommentar*, Vorbemerkungen, N.36 ve buradaki atıflar

²¹⁵Spirig, *ZürcherKommentar*, Vorbemerkungen, N.36

²¹⁶Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 593, dn. 173

Hükme göre, yeni borçlu, dış üstlenme sözleşmesini yaptıktan sonra, eski borçlu ile arasındaki iç üstlenme sözleşmesi ile ilgili bir savunmayı, örneğin taahhüdün geçersizliğini, iptal edildiğini, taahhütten dönüldüğünü vb. hususları ileri sürerek alacaklıya karşı borcun ifasından kaçınamaz²¹⁷.

Ancak borcu üstlenenin dış üstlenme sözleşmesinin kurulması aşamasında iradesini etkileyen, yanıltma veya aldatma gibi bir hususa neden olan bir iç üstlenme sözleşmesinin varlığı halinde, borcu üstlenen, bunu Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca ileri sürerek dış üstlenme sözleşmesini iptal edebilecektir. Böyle bir iptal, 199. maddenin 3. fıkrasında tarif edilen, iç üstlenme sözleşmesine ilişkin bir savunmanın ileri sürülmesi demek değildir. Burada dış üstlenme sözleşmesinde bir irade bozukluğu meydana gelmiştir²¹⁸.

Yasal düzenleme bu şekilde tespit edilebilse de, öğretide bu konudaki yaklaşımların da değerlendirilmesi gerekir.

Sebebe bağlılığın tespit edilebilmesi için o hukuki ilişkide birkaç noktanın sorgulanması gerekmektedir.

-İşlemlerden birinin geçerliliğinin bağlı hukuki işlemin geçerliliğine tabi olup olmadığı

-İşlemlerin taraflarından birinin (önceki borçlu, borcu üstlenen veya alacaklı) kendi dahil olduğu işlemin geçersizliğini, diğer hukuki işlemin geçersizliğine dayanarak ileri sürüp bu sonucu elde edebilip edemediği

-İşlemlerden birinin tarafının (iflas yoluyla takibe geçen) alacaklılarının diğer işlemin taraflarına yönelik ilişkilerinin şekilleniş biçimi

Bu sorgulamayı borcun üstlenilmesi işlemi için yaptığımızda ise sorulacak sorular kavramsal olarak şöyle görünecektir:

-Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin (tasarruf işleminin) geçerliliğinin, işlemin temelinde var olan borcun üstlenilmesi taahhüdüne (borçlandırıcı işlem) bağlı olup olmadığı

²¹⁷Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 605

²¹⁸Oğuzman/Öz, **Cilt II** s. 606

-Borcu üstlenenin bir yanda önceki (borçtan kurtulan) borçlu ile, diğer yanda alacaklı ile giriştiği hukuki işlemlerin birbiri ile münasebetleri

Bu sorgulama daha önceki bahislerde, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi bakımından yapılmıştı. Burada dış yüklenim sözleşmesinin sebebe bağlılığının sorgulanmasında varılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

Bir kere, borcun üstlenilmesinde işleme dahil olan üç tarafın (önceki borçlu, borcu üstlenen ve alacaklı) hepsi açısından sözleşme ilişkisi içinde olmaları ihtimali bulunmakta olduğu akıldan çıkartılmamalıdır. Elbette, önceki borçlu ile borcu üstlenen arasında mutlaka borcun üstlenilmesine dair bir taahhüt bulunması zorunluluğu yoktur.

Borcu üstlenenin alacaklı ile yaptığı borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki sebebi nihayetinde hazırlık niteliği taşıyan borçtan kurtarma vaadi ya da (önceki) borçlunun katılımı olmaksızın yapılmış bir hukuki işlem olabilir.²¹⁹

Borcun üstlenilmesi bu itibarla önceki borçlu ile borcu üstlenenin aralarındaki ilişkiye bağlı olmadığından soyuttur.

İşte ayrımı burada belirli şekilde ortaya koymak gerekir. Borcun üstlenilmesinin sebebe bağlı bir işlem olup olmadığı sorunu, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki hukuki ilişki bağlamında soyut bir işlemdir.²²⁰ Yasanın ifade ettiği soyutluk da bu bakımdan soyutluktur.

Öğretide bunun haricinde borcun üstlenilmesinin sebebe bağlı olduğu ifade edilirken anlatılmak isteneni burada kısaca özetlemek gerekir.

Sebebe bağlılık, borcun üstlenilmesi sonucunun, alacaklı ile borcu üstlenen arasındaki işlemin geçerliliğine bağlı olup olmaması açısından olumlu cevaplanır. Yani, borcun üstlenilmesine dair elde edilen sonuç, alacaklı ile borcu üstlenen arasında öneri ve kabul ile ortaya çıkan hukuki ilişkinin geçerli olmasına bağlıdır. İşte bu bakımdan borcun üstlenilmesi sebebe bağlıdır, denebilir.²²¹

²¹⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 88

²²⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 89; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 397 N. 127; Oser/Schönenberger, **OR I**, N.3 zu Art 176 OR

²²¹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 90

Borcun üstlenilmesinin borcunun yükümlülüğüne uygun olması, sebebe bağlılık sorunu ile değil, üstlenilen borcun içeriği meselesi ile ilgilidir²²².

Belirtmek gerekir ki, alacaklı ile borcu üstlenenin aralarında borcun üstlenilmesine dair yaptıkları anlaşmayı önceki borçlu ile borcu üstlenenin aralarındaki hukuki ilişkiye dayalı yapmaya karar vermeleri mümkündür, yani bir sebebe bağlılık anlaşması yapılabilir.²²³

Çalışma konusunun dışında olmakla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenmiş bulunan malvarlığının veya işletmenin devralınmasında sebebe bağlılıktan da kısaca bahsetmek gerekir. Malvarlığını veya işletmenin devralınması kapsamında borcun üstlenilmesi, devre dair sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır.²²⁴

²²²Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen N. 90

²²³Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 91

²²⁴Aksi görüş için vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 397, N 127-Vermögensübertagung

B. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİ BULUNMAKSIZIN BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ

Bir borç ilişkisinde, borçlunun kişiliğinin önem taşımadığı hallerde, edimin borçlu yerine bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi mümkündür. Alacaklının bu koşullarla kendisine teklif edilen ifayı reddetmesi, alacaklı temerrüdüne yol açar.

Taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğan bir borcun, borçlu ile üçüncü kişi arasında bir iç üstlenme sözleşmesi yapılmış olmaksızın, üçüncü kişi tarafından doğrudan alacaklıya ifa edilmesi halinde, borcun üstlenilmesinin varlığının ve sonuçlarının tespit edilmesi önem taşır.

İç üstlenme sözleşmesi olmaksızın alacaklıyla borcu üstlenen arasında bir dış üstlenme sözleşmesi yapılmış olduğu halde, taraflar arasındaki irade beyanından hareketle borcun üstlenilmesinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

İç üstlenme sözleşmesi olmaksızın ve alacaklı ile ifa eden üçüncü kişi arasında dış üstlenme sözleşmesi niteliği taşıyan bir işlem de bulunmaksızın edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde, ifanın hukuki nedeninin tespit edilmesi ile borcun üstlenilmesinin bulunup bulunmadığı anlaşılabılır.

Meseleyi en başından ele almak gerekirse, üçüncü kişinin, bir borç ilişkisinde bir edimi ifa etmesi şu görünümelerde ortaya çıkabilir:

- Borcun iç üstlenilmesi ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmelerinin yapılması sonrasında ifa
- İç üstlenme sözleşmesi yapılmaksızın alacaklı ile ifa eden arasında bir dış üstlenme sözleşmesi yapılması sonrasında ifa
- Üçüncü kişi tarafından alacaklıya doğrudan ifa
- Alacak satımı sözleşmesi nedeniyle alacaklıya yapılan ifa

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapılması ve daha sonra, alacaklı ile borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılması suretiyle borcun üstlenilmesi, esasen borcun üstlenilmesinin yasa da düzenleme şekline bu çalışmada da borcun üstlenilmesinin ele alınış şeklini oluşturmaktadır.

Borçlu ile borcu üstlenen arasında bir iç üstlenme sözleşmesi olmaksızın alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesi yapılması veya alacaklıya edimin

doğrudan ifa edilmesi yoluyla borçlunun borçtan kurtarılması hallerinde, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç ilişkinin gösterdiği özelliklerden söz edilmesi gerekir.

Borçlunun bu şekilde üçüncü kişinin ifası ile borcundan kurtulması hallerinde, borçlu ile borcu ifa eden (üstlenen) arasındaki ilişkinin açıklanması şu haller ışığında mümkün olabilir:

1. Vekâletsiz iş görme
2. Sebepsiz zenginleşme
3. Halefiyet

Burada bu başlıklara dair bazı özelliklere kısaca değinilmesi gerekmektedir:

1. Üçüncü kişi, edimi ifa ederek vekâletsiz iş görmüş olabilir. Vekâletsiz iş görme, Borçlar Kanunu'nun 526.-531. maddelerinde düzenlenmiştir. yasanın 529. maddesine göre, işin iş sahibinin geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayacak şekilde, onun menfaatine yapılmış olması halinde, işgörenin, zorunlu ve yararlı bulunan bütün masraflarının faizi ile ödenmesi, ayrıca gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimlerin ifa edilmesi gerekir.

Bu halde taraflar arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi bulunur.²²⁵ Sebepsiz zenginleşme söz konusu değildir. İşgörenin yapmış olduğu masrafları alamaması hali için 529. maddenin 2. fıkrasının sebepsiz zenginleşme hükümlerine yaptığı yollamaya göre, sebepsiz zenginleşmenin tamamlayıcı olduğu anlaşılmaktadır. Yoksa burada sebepsiz zenginleşme hükümleri ile vekâletsiz iş görme hükümlerinin yarışması söz konusu değildir.²²⁶

Vekâletsiz iş görmede, işgören bu şekilde alacaklıya edimi ifa ederek borçluyu borcundan kurtarmış ise, Borçlar Kanunu'nu 529. maddesine dayalı talep haklarına sahip olur.

2. İç üstlenme sözleşmesi bulunmaksızın borcun üçüncü kişi tarafından alacaklıya ifa edilmesinin bir diğer olası sonucu olarak sebepsiz zenginleşme doğabilir. Sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için, zenginleşenin malvarlığında

²²⁵Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 341

²²⁶Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 341; Turgut Öz, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul, 1990, s. 73 vd.

fark teorisi ile açıklanan bir değer farkı bulunmalıdır.²²⁷ Buna göre, malvarlığında zenginleşmeye neden olan olaydan önceki değer ile sonraki değer arasındaki fark artış gösterdiğinde zenginleşmeden bahsedilmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 77. maddesi sebepsiz zenginleşmenin koşullarını ifade etmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, zenginleşmeyi geri verme yükümlülüğünün, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sonra ermiş bir sebebe dayanması halinde doğduğu belirtilmiştir.

Bir üçüncü kişi tarafından yapılan ve borçlunun malvarlığının pasifini azaltan bu ifa ile borçlu sebepsiz zenginleşmiş kabul edilebilir. Böyle bir halde, borcu ifa edenin borçluya karşı bir sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağı söz konusu olacaktır.

3. Bir borcun, iç üstlenme sözleşmesi bulunmaksızın üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi halinde halefiyet doğabilir.²²⁸ Kural olarak üçüncü kişinin bir borcu ifası, borcu sona erdirir. Ancak yasa, bazı hallerde, böyle bir ifanın gerçekleşmesi halinde, alacaklının tatmin edilmiş olmasına karşılık, borcun sona ermemesi ve borçlunun sorumluluğunun devam etmesinin koşullarını düzenlemiştir. Bu koşulların varlığı halinde, borçlunun sorumluluğu devam etmekte, ancak alacaklının üçüncü kişi tarafından tatmin edilmiş olması karşısında, alacak hakkı, ifayı yapan üçüncü kişiye geçmektedir.²²⁹

Üçüncü kişinin ifasının borcu sona erdirmeyip, alacağın ifa eden üçüncü kişiye geçmesi sonucunu doğurduğu başlıca iki hal vardır. Üçüncü kişinin, Borçlar Kanunu'nun 127. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, üzerinde mülkiyet veya başka bir aynî hakkı bulunan rehne konu şeyi rehinden kurtardığı hal ve yine 127. maddenin 2.

²²⁷ Bu görüş, zenginleşmenin farazî ve gerçek iki malvarlığı değerinin karşılaştırılması sonucu bulunan değişken nitelikli fazlalıklardan ibaret bulunduğunu ileri sürer. (İlhan Uluslan, **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması**, İstanbul, 1984, s. 131); Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 320

²²⁸ Haluk N. Nomer, **Halefiyet ile Rücû Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü**, İHFM, C. LV, S. 3, Yıl:1997, s. 243-260.

²²⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 276 vd.; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, § 59; K. Wolfgang Nörr/Robert Scheying/ Wolfgang Pöggeler, **Sukzessionen**, 2. Auflage, Tübingen 1999, s. 226 vd.

fıkrasına göre, ifade bulunan üçüncü kişinin alacaklıya halef olacağının, ifadan önce alacaklıya bildirilmesi halidir.

Halefiyet hali, ifayı gerçekleştiren üçüncü kişiye, borçluya karşı, iş görme veya zenginleşme nedeniyle doğan talep haklarının yanında bir talep hakkı sağlar.²³⁰

İş görme veya zenginleşmeden doğan talep haklarına nazaran, halefiyet, ifa eden üçüncü kişi açısından daha elverişli sonuç doğurmaktadır. Çünkü, üçüncü kişinin halefiyetten doğan talebini borçluya karşı ileri sürebilmesi için sadece ifa etmiş olması yeterlidir. Ayrıca, halefiyet halinin varlığında, alacağa bağlı haklar da doğrudan intikal etmektedir.²³¹ Halefiyetin gerçekleşmesi kanun icabıdır. Tarafların bu konuda herhangi bir anlaşmaya varması, bunu beklemeleri, hatta bilmeleri dahi gerekmez.²³²

Yasada 127. maddede de ifade edildiği gibi, başkaca halefiyet halleri de öngörülmüştür.

Demek oluyor ki, üçüncü kişi tarafından yapılan ifade, yasada belirlenen koşulların varlığı halinde, halefiyetten bahsedilmektedir.

Borçlu ile borcu üstlenen arasında borcun üstlenilmesi konusunda bir anlaşma bulunmadığı halde yapılan ifanın halefiyet doğurması halinde, borçlu borcundan kurtulmamaktadır. Alacak hakkı, alacaklıyı tatmin eden üçüncü kişiye geçtiğine göre, burada borcun üstlenilmesi söz konusu olmayacaktır.

Alacak satımında da, borçlunun borcundan kurtulması söz konusu olmamaktadır. Üçüncü kişi, alacaklıdan alacağını satın aldığı anda²³³, bu satışın karşılığında bir bedel ödemekte ve buna karşılık alacaklının borçluya karşı elinde bulunan talep hakkını edinmektedir. Alacağın bir edim karşılığı devredilmesi anlamı taşıyan bu işlemde, alacağı devralanın alacaklıya ödediği bedel, alacaklı ile aralarındaki satış işleminde kararlaştırılan satış bedelidir. Bu bakımdan alacağı doğuran borç ilişkisinden doğan edimin ifasından ayrılır. Nitekim alacağı satın alan üçüncü kişi, alacaklıyı ödediği bedel ile tatmin etmekte, alacaklının haklarını elde

²³⁰ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, § 59, III, N. 28

²³¹ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, §59, III. N. 28-29

²³² Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s. 277

²³³ Dayınlarlı, **Alacağın Temliki**, s. 128.

etmektedir. Dolayısıyla, borçluya karşı elde ettiği talep hakkı nedeniyle borçlu borcundan kurtulmamaktadır.

C. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1. ÖNERİ

Alacaklı ile borcu üstlenenin (yeni borçlunun) aralarında dış üstlenme sözleşmesini kurmaları Türk Borçlar Kanunu'nun 196. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin kuruluşu da, sözleşmelerin kuruluşu hakkındaki genel kurala uygun şekilde, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile olur²³⁴.

Bu çerçevede hemen belirtmek gerekir ki, borcu üstlenen tarafından öneri yapılabileceği gibi, alacaklının borcu üstlenene öneride bulunması için davette bulunması da mümkündür.²³⁵ Bu hususta bir engel yoktur.

Ancak yasada öneri ve kabule dair özel hükümler sevk edilmiştir. Dış üstlenme sözleşmesi için önerinin ve kabulün bazı özellikler taşıması aranmıştır. Yasanın 196. maddesinin 2. fıkrasına göre, öneri olarak sayılacak davranışın, iç üstlenme sözleşmesinin borcu üstlenen tarafından, ya da onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi ile gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır.²³⁶ Bu açıdan dış üstlenme sözleşmesinin iç üstlenme sözleşmesinde yer alan taahhüdün ifasını oluşturduğu fikrinden hareket edildiği anlaşılmaktadır.

Yine vurgulamak gerekir ki, dış üstlenme sözleşmesi yapılması için, önceki borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinin varlığı şart değildir. İç üstlenme sözleşmesinin varlığı dış üstlenme sözleşmesi için bir koşul olmamakla birlikte, karakteri itibarıyla hazırlık hareketi niteliğinde bir işlemdir ve bu yüzden kural olarak varlığı kabul edilmektedir.²³⁷

²³⁴ Karşılıklı irade beyanı olmaksızın borcun üstlenilmiş sayıldığı istisnai bir hal, Medeni Kanun'un 888. maddesi ile düzenlenmiş olan, ipotekli taşınmazın devralınması halidir. Taşınmazı devralan borcu yüklediği takdirde, alacaklı, bir dış üstlenme sözleşmesi yapmamış olsa dahi, kendisine taşınmaz devrinin bildiriminden itibaren bir yıl içinde (önceki) borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu bildirmezse, yani üstlenmeye rıza göstermediğine dair bir beyanda bulunmazsa, yeni malikin borcu üstlenmiş sayılacağı, (önceki) borçlunun borçtan kurtulacağı kabul edilmiştir.

²³⁵ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 64; vonTuhr/Peter, s. 384; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 584

²³⁶ Bu halde, (önceki) borçlu borcu üstlenenin ya temsilcisi olarak veya ulak olarak hareket etmiştir. Önerinin borcu üstlenenin bir temsilci vasıtasıyla yapması da mümkündür (Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 4)

²³⁷ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 45

Dış üstlenme sözleşmesi kurmaya uygun bir öneriden bahsedebilmek için, önerinin, halihazır borçlunun *yanında* bir borçlunun yer almasının değil, onun *yerine* bir borçlunun geçmesinin söz konusu olduğunu alacaklıya açık ve anlaşılır şekilde ifade edebilmesi gereklidir²³⁸. Bu işlemin yapılması anından başlayarak borcu üstlenen, ya da diğer bir deyişle yeni borçlu, borcu artık kendi borcu olarak kabul edecektir.

Nitekim, borcun üstlenilmesinden bahsedebilmek için, eski borçlunun kesin olarak borç ilişkisinden kurtulması gerekir.

Geçici ya da şartlı bir kurtuluş da, borcun üstlenilmesini değil, daha çok borca katılma gibi bir hukuki ilişkiyi doğurur²³⁹. Bu halde de borçlunun borcundan kurtulması söz konusu olmaz.

Önerinin borcun üstlenilmesi sözleşmesi için mi, borca katılma için mi olduğu konusunda bir tereddüt doğarsa, alacaklının lehine olacak durum düşünülmeli ve işlem borca katılma olarak kabul edilmelidir.²⁴⁰ Zira alacaklının borcu üstlenenin ifasını ya da önerisini kabul ederken diğer borçlu nezdindeki talep hakkından imtina ettiğini varsaymak doğru olmaz.²⁴¹

Tarafların karşılıklı öneri ve kabul iradelerini beyan ederken, kullanılan ifadenin açık olmaması nedeniyle farklı hususlarda beyanda bulunmuş olmaları mümkündür. Öneri sahibi dar anlamda borcu üstlenmek iradesi ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak üzere öneride bulunduğu halde, alacaklı öneri sahibinin geniş anlamda borcu üstlenme önerisini kabul için beyanda bulunabilir. bir durumda, alacaklı borcu üstleneni dava edebilir. Ancak borcun içeriği hakkında irade beyanı uyumsuzluğu bulunmamaktadır.

Bazen kimi hareketler örtülü bir öneri olarak kabul edilebilir. Örneğin borcun konusu satış sözleşmesinden kaynaklanan malı teslim borcu ise, borcu

²³⁸Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N 52; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 584; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 384

²³⁹Bucher, **Obligationenrecht**, s. 583

²⁴⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176, N. 47; Oser/Schönenberger, **OR I**, Vorbemerkungen, N. 2

²⁴¹Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 300

üstlenenin malı sevk ederek teslim etmesi gibi bir durum dış üstlenme sözleşmesi önerisi olarak kabul edilebilir.²⁴²

Önerinin bağlayıcılığı ile ilgili olarak da yasa özel bir hüküm sevk etmiştir. Alacaklının kabulüne ilişkin gösterdiği özelliklere değinmek üzere aşağıda yeniden ele alınacak olan Borçlar Kanunu'nun 197. maddesi, önerinin bağlayıcılığı konusunda şu düzenlemeyi getirmiştir:

“Borcun üstlenilmesine ilişkin öneri alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Ancak, üstlenen veya önceki borçlu, kabul için bir süre koyabilir. Alacaklı bu sürenin bitimine kadar susarsa, öneri reddedilmiş sayılır.

Önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin olarak alacaklıya öneride bulunulursa, ilk öneride bulunan, önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur.”

Önerinin bağlayıcılığı ile ilgili bu düzenleme, alacaklının kabul beyanı konusu incelenirken kendi içindeki sıra ile ele alınacaktır.

2. KABUL

Alacaklı borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini bizzat ya da temsilcisi vasıtasıyla kabul edebilir.

Alacaklının kabule ilişkin irade beyanı, açık ya da örtülü olabilir. Bu husus Borçlar Kanunu'nun 196. maddesinin 3. fıkrasında belirtilmiştir.

Aynı fıkra, alacaklının borcun üstlenilmesinin kabulü anlamı taşıyacak bazı davranışlarını yasa metninde tanımlamıştır. “Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır.” ifadesi ile alacaklının borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılacağı halleri belirlemiştir.²⁴³

²⁴² Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 176, N. 8; Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 176, N. 58.

²⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2012/19-53, K. 2012/262, T. 30.3.2012 Sayılı kararında alacaklının kabulü ile ilgili verdiği karar şu şekildedir: “...Taşınmaz tahliye eden kiracının yeni

Bunlar dışında da alacaklının borcun üstlenilmesi önerisini kabul ettiği anlamı taşıyacak davranışları söz konusu olabilir. Öneride bulunana süre vermesi, ifa yeri tayini, temerrüt ihtarı göndermesi gibi davranışlar da önerinin kabulü anlamına gelmektedir^{244 245}.

Alacaklının borcun üstlenilmesine dair borcu üstlenenden kendisine yönelen öneriyi sessiz kalarak kabul ettiği haller, güven ilkesi(*Vertrauensprinzip*)uyarınca değerlendirilmelidir.²⁴⁶

Alacaklı, borcun üstlenilmesi önerisini kabul ettiği anlamı taşıyacak davranışlarının gerçekte böyle bir irade içermediğini ileri sürebilir. Örneğin, borcu üstlenme amacıyla ödeme yapan kimseyi, borçlusunun temsilcisi sanmış olabilir.

Bunun yanı sıra, alacaklının gerçek iradesinin, borçlunun borçlu kalmaya devam etmesi yönünde olduğunun açıkça anlaşılabilir olduğu hallerde, öneriyi kabul etmiş olduğuna yönelik karine çürütülmüş olur.²⁴⁷

Alacaklının kabul beyanı, kural olarak borcu üstlenene ya da onun temsilcisine yöneltilmelidir. Kabul için bir sürenin tayin edildiği hallerde, süreyi tayin eden önceki borçlu olsa dahi, kabul beyanının borcu üstlenene veya onun temsilcisine iletilmesi gerekir.²⁴⁸

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinde öneri ve kabulün bağlayıcılığı konusunda ise Borçlar Kanunu 197. madde özel bir düzenleme içermektedir. Hüküm,

kiracının sözleşme yapmaması sebebiyle elektrik tüketim bedelinden borcun nakli suretiyle sorumluluğunun kalkması için, alacaklının açık muvafakatinin bulunması zorunludur. Alacaklı İşletme Müdürlüğü'nün, borcun nakli için açık muvafakatinin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece borcun nakli koşullarının olmadığı gözetilerek davalı abonenin elektrik tüketim bedelinden sorumlu bulunduğu kabul edilerek karar verilmesi gerekir..." (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, 18.11.2014

²⁴⁴ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 595; Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 265 ve Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 11: "Borcun üstlenilmesinin genellikle örtülü davranışlarla kabul edildiği görülmektedir."

²⁴⁵ Bu düzenleme nitelik itibarıyla, sınırlayıcı olmaksızın borcun dış üstlenilmesini kabul anlamı taşıyan alternatif durumları sayan bir hükümdür. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N. 80

²⁴⁶ Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, , N. 3707; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N. 92

²⁴⁷ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N. 108-109

²⁴⁸ Önceki borçlunun vekalet sözleşmesi çerçevesinde hareket ettiği halde, kabule yönelik irade beyanı önceki borçluya yöneltebilecektir. Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht**, , N. 3709; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 13

Borçlar Kanunu'nun, önerinin bağlayıcılığına dair genel düzenlemelerinden üç önemli noktada sapmaktadır.

Bunlardan birincisi, Borçlar Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenleme ile ilgilidir.²⁴⁹

İkinci sapma, alacaklıya kabul beyanı için süre verilmesi bahsi ile ilgilidir.

Son olarak da öneride bulunma aşamasında bir üçüncü kişi olan önceki borçlunun da alacaklıya öneriyi yöneltebilmesidir.²⁵⁰

Genel esaslardan ayrılan bu düzenlemeye göre, borcun üstlenilmesine dair üstlenenden gelen öneri, alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Önerinin her zaman kabul edilebilir olduğuna dair ifadenin dürüstlük kuralı çerçevesinde anlaşılması gerekir²⁵¹.

Aynı hükmün genel esaslardan ayrılan başka bir yönü ise, alacaklıya kabul için süre tanınmasına dair düzenlemeye yer almaktadır. 197. maddeye göre, alacaklıya kabul için öneride bulunduktan sonra da süre tayin edilebilecek ve öneri sahibi dışında bir kişi olan borçlu da kabul için süre tayin edebilecektir.

Kural olarak, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapmak üzere bir öneride bulunanın kabul için süre tayin etmediği kabul edilir.²⁵² Bu halde önerinin bağlayıcılığı için herhangi bir süre sınırı yoktur. Nitekim 197. madde ilk fıkrasında önerinin alacaklı tarafından her zaman kabul edilebileceği ifade edilmiştir.²⁵³

Demek oluyor ki, öneri, alacaklıdan gelecek irade beyanına kadar öneride bulunanı bağlar. Öneride bulunanın öneriden dönmesi, irade beyanını geri alması da

²⁴⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 7: Yasanın 6. maddesinin, borcun üstlenilmesinde uygulanabilmesi için, öyle bir durum oluşmalıdır ki, borcun üstlenilmesi önerisini kabul etmemek için doğası gereği beklenemeyecek bir durum olmalıdır. Örneğin, borcu ödemekten aciz borçlunun borcunu ödemek üzere varlıklı bir akrabanın borcu üstlenmek istemesi gibi. Bununla birlikte, bu halde dahi 6. madde hükmünün uygulanması, ancak kabul için bir vade konulmamış olması halinde mümkündür.

²⁵⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 18, 20, 26;

²⁵¹Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s. 274; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, Prg. 99, II, 3, s. 386.

²⁵²Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 16

²⁵³Huguenin, **ObligationenrechtAllgemeinerTeil**, N. 1388

mümkün değildir.²⁵⁴ Hükümün alacaklıya destekleme, ona karar vermede serbestlik tanıma ve bunu yaparken olağanüstü bir ölçek kullanma amacı burada açık olarak görülmektedir. Genel hükümlerde icabın bağlayıcılığının düzenlenme biçimi ile karşılaştırıldığında, borcun üstlenilmesinde apayrı bir yaklaşım bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ancak belirtmelidir ki, alacaklıya tanınan bu “sınırsızlık” yine de dürüstlük kuralı çerçevesinde anlaşılmalıdır. Önerinin alacaklıya ulaşmasının üzerinden geçen sürenin, alacaklının öneriyi reddettiği kanaati uyandırmaya uygun bir süre olması halinde, ya da koşullar nedeniyle öneriyi reddettiği anlaşılmak gerekirse, önerinin bağlayıcılığının sürmesi beklenemez. Alacaklının çok uzun süre yanıt vermeden beklemesi, dürüstlük kuralı uyarınca reddedilme olarak yorumlanabilir.²⁵⁵ Örneğin borçlunun giderek malvarlığını tamamen yitirdiği uzun yıllar süren bir bekleyiş, böyle değerlendirilmeye uygundur.

Borçlar Kanunu’nun 197. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ikinci cümlede, alacaklıya kabul için süre koyma imkânı düzenlenmiştir. Hükümün bu düzenlemesi bakımından hemen belirtilmesi gereken hususlardan biri, kabul için sürenin, öneride bulunduktan sonraki bir zamanda da koyulabilmesi imkânı bulunduğu²⁵⁶

Alacaklıya kabul beyanı için verilen sürenin dış üstlenme sözleşmesine dair öneri için verilmiş olduğunun içeriğinden anlaşılması gerekir. Süre verilmesi de dış üstlenme sözleşmesinde olduğu gibi, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir.

Bu konudaki bir diğer özellik ise şudur: hem borçlunun, hem de borcu üstlenenin alacaklıya kabul için süre vermesi mümkündür. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair belirsizliğin çok uzun sürmemesinde, belirsizliğin bir an önce ortadan kalkmasında (önceki) borçlunun kuşkusuz yararları bulunmaktadır.²⁵⁷

²⁵⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 18

²⁵⁵ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 386; Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 265; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 21

²⁵⁶Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 20

²⁵⁷Becker, **BernerKommentar**, Art. 177, N. 3; Guhl/Koller, **Obligationenrecht**, §35, N. 11

Yasa, hem (önceki) borçlunun, hem de borcu üstlenenin kabul için süre koymasına olanak tanımıştır. Bu olanak karşısında, bu kimselerin her birinin alacaklıya kabul için farklı süreler tanımış oldukları halde, hangi sürenin esas alınacağına dair bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun cevabı için ileri sürülen görüşlere kısaca değinmek gerekmektedir.²⁵⁸

- Alacaklıya kabul için tanınan sürelerden zaman itibarıyla önce olanın öncelikli olduğunu, çünkü bunun aynı zamanda kurucu nitelikte bir fiil olduğunu ileri süren Oertmann ve Goldmann'ın görüşü. Oertmann ve Goldmann, kabul için konulan farklı sürelerin aynı anda konulması halinde ise, daha uzun olan sürenin dikkate alınması gerektiğini, çünkü borcun üstlenilmesinin hükümlerini doğurması bakımından daha elverişli olduğunu ileri sürerler.
- Diğer bir görüş, sürelerden daha kısa olanın dikkate alınması gerektiğini ileri sürer. Bu görüş, Windscheid-Kipp tarafından ileri sürülmüştür.
- Romeck, uygun olan sürenin kabulünden yanadır. her iki süre de aynı uzunluktaysa, bu halde kısa olan tercih edilmelidir.
- Bir kısım yazarlar ise, borcu üstlenenin tanıdığı sürenin esas alınması gerektiği yönünde görüşe sahiptirler²⁵⁹. Bu görüşün hareket noktası, borçlunun bu ilişkide kendiliğinden yetki sahibi olup olmadığı tartışmasından hareket eder. Oğuzman/Öz, borçlunun 197. madde ile tanınan kabul için süre koyma olanağının, ancak 196/2 çerçevesinde, üstlenenin izni ile ve öneri sayılan bildirim yaptığından mümkün olduğunu ifade etmektedir²⁶⁰. Borçlu ancak borcu üstlenenin izin veya onayıyla süre koyabilmelidir. Borcu üstlenen daha kısa süre kararlaştırmışsa, borçlunun koyduğu daha uzun süre dikkate alınmayacak; borcu üstlenen daha uzun süre koymuşsa, borçlunun koyduğu süre de buna uygun olarak uzamış sayılacaktır.

²⁵⁸Becker, BernerKommentar'den naklen, Becker, **BernerKommentar**, Art. 177, N. 4.

²⁵⁹vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, prg. 99, II, 3, s. 386; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 596; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 177, Nr. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Borçlar Hukuku**, s. 274-275.

²⁶⁰Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 596

BECKER'e göre, bu sorunun çözümünde borcun üstlenilmesi kurumunun sözleşme teorisi egemenliğinde olması olgusundan hareket edilmelidir.²⁶¹ Taraflarını borcu üstlenen ile alacaklının oluşturduğu bu sözleşme bakımından, önceki borçlu ancak borcu üstlenenin yasal temsilcisi gibi görülebilir. Önceki borçlunun yetkisi, borcu üstlenenin izni olmaksızın öneride bulunmaya elverişli olmamasına benzer şekilde, kabul için süre konulması bakımından da arka plandadır. Borcu üstlenen ile borçlunun aynı anda koyduğu birbirinden farklı süreler arasında, borcu üstlenenin iradesi esas alınmalıdır. Ancak süreler aynı anda konulmamışsa, bu halde daha önce kullanılan süre koyma hakkı göz önüne alınır.

- Bu sorunun çözümünde önerilen bir yöntem de, alacaklının sessiz kalarak öneriyi reddetmiş sayılacağından hareket etmektedir. Alacaklının sessiz kalarak geçirdiği süre, hangi önerenin koyduğu süre ise, o öneri reddedilmiş sayılacağından, diğerinin bağlayıcılığı süre sonuna kadar devam edecektir.²⁶² Ancak bu çözümün olayın özelliğine göre uyumsuzluğa neden olabilme riski bulunmaktadır. Şöyle ki, borcun dış üstlenilmesi için hem borçlu hem de borcu üstlenenin bir süre koyduğu ve sürelerin farklı olduğu böyle bir örnekte, borcu üstlenenin koyduğu süre sona erdikten sonra fakat borçlunun koyduğu süre sona ermemişken, alacaklı kabul beyanını borçluya yöneltirse, bu halde borcu üstlenenin hiç beklemediği halde bir borç altına girmiş olması durumu ile karşılaşılır.

Açıklanmaya çalışılan soruna çözüm bulabilmek için Borçlar Kanunu'nun 197. maddesinin lafzından ve amacından hareket etmek gerekmektedir.

Yasanın verdiği olanaktan, hem borçlunun, hem de borcu üstlenenin yararlanabileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Alacaklıya ulaşan bir süre bildirimi, o sürenin sonunda önerinin bağlayıcı olmadığının kabulü bakımından amacı yerine getirmektedir. Önerinin bağlayıcılığının ne zaman sona ereceğinin

²⁶¹Becker, **BernerKommentar**, Art. 177, N. 4

²⁶²Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 40

bilinmesinde hem borçlunun hem de borcu üstlenenin yararı bulunmaktadır. Yasa hükmünün de temelinde bu hedef bulunmaktadır.

Yasa, açıkça önerinin süresiz olduğunu, ancak hem borçlunun hem de borcu üstlenenin alacaklıya kabul için bir süre koyabileceklerini ifade ettiğinden, bunlardan herhangi birinin kabul için süre koymaya yetkili olduğu, keza her birinin koyduğu sürenin sonuç ve etkisinin aynı olduğu kabul edilmelidir.

Bu açıdan, borçlu ya da borcu üstlenenden birinin alacaklıya kabul için süre vermesi halinde, artık bu sürenin önerinin bağlayıcılığı bakımından esas alınması gerekir. Dolayısıyla, bu halde, zaman bakımından önce bildirilen süre, bildirenin borçlu ya da borcu üstlenen olması fark yaratmaksızın esas alınmalıdır. Önerinin bağlayıcı kalacağı süreyi belirlemek bakımından amaca hizmet eden bu bildirimin kimden geldiği önem taşımamalıdır.

Sorunun düğümlendiği hal olan, borçlu ve borcu üstlenenin kabul için aynı anda farklı süreler koymaları halinde ise, dış üstlenme sözleşmesi işlemi ile borç altına girecek olan borcu üstlenenin koyduğu sürenin esas olması daha doğrudur. Bunun nedeni, borçlunun yetkisinin borcu üstlenenin izin veya onay vermesine bağlı olması olarak anlaşılmamalıdır. Yasa bu hükümle, dış üstlenme sözleşmesinin tarafı olmamasına karşın, durumun özelliği gereği borçluya istisnai bir yetki tanımıştır. Bu yetkinin borcu üstlenenin izin ya da onayına bağlı olduğu düşüncesinden hareket edilmemelidir. Bu çözümde yarar dengesi gözetilerek hareket edilmelidir.

Borçlunun süre koyma yetkisi ile elde ettiği yarar, borçtan kurtulup kurtulamayacağına dair uzun sürebilecek olan bir belirsizliğin ortadan kalkmasındadır. Dış üstlenme sözleşmesi ile borç altına girecek olan borcu üstlenendir ve kabul için konulacak süre, onun borç altına girip girmeyeceğinin anlaşılacağı vadedir. Dış üstlenme sözleşmesinin tarafı borcu üstlenen olacağından böyle bir durumda borcu üstlenenin yararı daha ön planda sayılmalıdır. Bu düşünce bu açıdan Becker'in yukarıda açıklanan sözleşme teorisine yaklaşmış görünse de, yine de nedenin temsil yetkisi ya da izin ve onay olmadığı vurgulanmalıdır. Deyim yerindeyse, son sözü borcu üstlenenin söylemiş olması yararlar dengesi bakımından

daha uygun olacaktır. Bu durumda borçlunun süre koymaktaki yararı da her halükarda gerçekleşmiş olacaktır.

Borcu üstlenen, kabul için kendisinin koyduğu süreyi de, borçlu tarafından konulan süreyi de dilerse uzatabilir.²⁶³ Fakat hiçbir halde ne borçlunun ne de borcu üstlenenin alacaklıya kabul beyanında bulunması için konulmuş olan süreyi kısaltmaları mümkün değildir.²⁶⁴

Sürenin hesabı genel hükümler uyarınca yapılır. Önerinin kabulü için tanınan sürenin sonunda alacaklı öneriyi kabul yönünde bir irade beyanında bulunmamışsa, yani süreyi susarak geçirmişse, öneriyi reddetmiş sayılır.

Son olarak, hükmün ikinci fıkrasının alacaklının kabulü ile ilgili gösterdiği özellikler bakımından birkaç hususun altının çizilmesi gerekmektedir. Görüleceği üzere, bu ifade de özel bir düzenleme olup, genel esaslardan ayrılmaktadır. Alacaklı, öneriyi kabul etmeden önce, yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve alacaklıya borcu üstlenmek üzere yeni bir öneri gelirse, ilk önerinin sahibi, önerisi ile bağlı olmaktan kurtulur. Bu fıkra, alacaklının henüz kendisine yapılan ilk dış üstlenme sözleşmesi önerisini kabul etmemiş olduğu, öneriyi yapanın henüz önerisiyle bağlı olmaya devam ettiği zaman diliminde, kendisine yeni bir dış üstlenme sözleşmesi önerisi yapılırsa, ilk öneriyi kabul etmesini engelleyen bir hükmüdür²⁶⁵.

Borcu üstlenen yeni bir kişinin, borçlu ile bir iç üstlenme sözleşmesi yapmadan alacaklıya dış üstlenme sözleşmesine dair bir öneri getirmesi halinde, alacaklı dilerse yine de ilk öneriyi kabul edebilir²⁶⁶. Bu halde eski borçlu ile önceki borcu üstlenen arasında borcun üstlenilmesine dair iç sözleşme (borcun üstlenilmesi taahhüdü), eski borçlunun borcundan kurtulmasına kadar yürürlükte kalacaktır²⁶⁷.

Bu durumun, borcu üstlenmek üzere ilk öneri getirenin, göstermelik, ödeme kabiliyeti bulunmayan bir borcu üstlenen bulması, alacaklıya yeni bir öneri gitmesini

²⁶³Becker, **BernerKommentar**, Art. 177, N. 4; Bu durumda borçluya karşı sorumlu olacaktır.

²⁶⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 41; Becker, **BernerKommentar**, Art. 177, N. 4

²⁶⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 3

²⁶⁶Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 61; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 387, N. 47; Oser/Schönenberger, **OR I**, N. 8 Art. 177 OR; Bucher, **Obligationenrecht**, AntrageinesDritten, s. 585

²⁶⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 64

sağlaması ve böylece kendi önerisi ile bağlı olmaktan kurtulabilmesi yolu, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca geçersizlikle maluldür²⁶⁸.

Yeni bir borcu üstlenen tarafından getirilen öneri ile daha önce borcu üstlenme sözleşmesi için öneri getiren üstlenenin öneri ile bağlı olmaktan kurtulması, önceki önerinin “düşmesi”, diğer bir deyişle bağlayıcılığını kaybetmesi ile gerçekleşmektedir²⁶⁹.

Alacaklı ile borcu üstlenen arasında borcun üstlenilmesine dair öneri ve kabulün gerçekleşmesi, yani irade beyanlarının uyuşması ile gerçekleşen borcun üstlenilmesinin kural olarak borçluya bildirilmesine ihtiyaç yoktur. Ancak hemen muaccel olacak bir borç söz konusu ise, ya da borçlu ile borcu üstlenen arasında borcun üstlenilmesine dair herhangi bir taahhüt bulunmuyorsa, bu halde borçlunun bilgilendirilmesi uygun olacaktır.²⁷⁰

²⁶⁸Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 61

²⁶⁹Guhl/Merz/Koller, **a.g.e.**, s. 265; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177, N. 63

²⁷⁰Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 176, N. 111

3. BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİNDE ŞEKİL

Borcun üstlenilmesinde alacaklı ile borcu üstlenen arasında gerçekleşen dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasında kural şekil serbestisidir.²⁷¹ Sözlü anlaşma dahi borcun üstlenilmesi için yeterlidir.²⁷²

Doktrinde, Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinde ifade edilen prensibin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmıştır.

Bu düzenlemeye göre, bir sözleşmenin yasada yazılı şekilde ya da başkaca bir geçerlilik şeklinde yapılması öngörülmüşse, bu sözleşmedeki değişiklikler de aynı koşula uygun şekilde yapılmak zorundadır. Sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile borcun kaynağı olan hukuki ilişkide herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bu nedenle de ileri sürülen bir görüşe göre, dış üstlenme sözleşmesi hükmün ilk cümlesi kapsamında ele alınmamalıdır. Yani, borcu doğuran hukuki işlem geçerlilik şekline tabi olsa bile, bu ilişkiden doğan borcun üstlenilmesi için yapılacak dış üstlenme sözleşmesi geçerlilik şekline tabi olmamalıdır.²⁷³

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin bağışlama sözleşmesi ile ilişkisi bu çerçevede ele alınmaktadır. Borcu üstlenenin bağışlama iradesi ile borç ilişkisine dahil olduğu durumda dahi, dış üstlenme sözleşmesi bir şekle tabi değildir.²⁷⁴ Çünkü buradaki görünüm elden bağışlama niteliğindedir, bağışlama taahhüdü değildir.²⁷⁵

Taraflar arasındaki dış üstlenme sözleşmesi, bir bağışlama taahhüdünün üstlenilmesinin konu edinmiş ise, yine dış üstlenme sözleşmesi bir şekil koşuluna

²⁷¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 598; Eren, **Borçlar Hukuku**, C.III, s. 447; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Borçlar Hukuku**, s.274; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 387; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 584

²⁷² TBK m. 202 vd. uyarınca bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle devralmak için uyulması gereken şekil kuralları bu çalışmanın konusu dışında olduğundan burada ele alınmamıştır.

²⁷³ Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku**, s. 367, N. 15

²⁷⁴ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 177, N. 4

²⁷⁵ Borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinin bağışlama taahhüdü olarak kararlaştırılması halinde ise yazılı şekil şartı yerine getirilmelidir.

tabi olmayacaktır. Çünkü bağışlama taahhüdü yazılı şekil koşuluna tabi kılınmıştır, ancak bunun devrini amaçlayan sözleşme bir şekil koşuluna tabi değildir.²⁷⁶

Borcun üstlenilmesine konu olan borç, kefilin borcu olduğu takdirde kefalet ile ilgili geçerlilik şeklinin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine etkisinin olup olmayacağı da yine tartışılmıştır.²⁷⁷ Kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunun üstlenilmesinde borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak dış üstlenme sözleşmesi, doğmuş ve muaccel olmuş bir edime dair olacaktır. Daha açık bir anlatımla, (kefil ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme taahhüdünde olduğu gibi) burada borcu üstlenen kefalet yükümlülüğü altına girmemektedir. Dolayısıyla, borçlu olan kefilin kefaletten doğan bu borcunu üstlenme taahhüdü²⁷⁸ (borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi) için geçerli olan bu durum, varlığını borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kurulurken de sürdürmelidir ve borcun dış üstlenilmesine dair sözleşme de geçerlilik şekline tabi olmamalıdır.²⁷⁹

Bir başka görüşe göre ise²⁸⁰ üstlenilen dar anlamda borcun, konusu itibariyle geçerlilik şekline tabi bir sözleşmeden doğduğu hallerde, borcun üstlenilmesi için dış üstlenme sözleşmesi de aynı şekil şartına uygun olarak yapılmalıdır.²⁸¹ Genel kural gereği, geçerlilik şekline tabi bir sözleşmede değişiklik de aynı şekle tabi olarak yapılmalıdır.²⁸²

Borcun üstlenilmesinin borçta bir değişikliğe yol açmadığı, sadece borçlunun değişmesine neden olduğu düşünüldüğünde, örneğin bir taşınmazı konu edinen borcun dış üstlenilmesine dair sözleşmenin neden asıl sözleşmede değişiklik yapan bir işlem gibi, aynı geçerlilik şekline tabi yapılması gerektiği sorusunun yanıtı Medeni Kanun'un 706. maddesinden hareketle verilmiştir.²⁸³ Buna göre, borcu

²⁷⁶ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 177, N. 4

²⁷⁷ Burak Özen Burak, **Kefalet Sözleşmesi**, İstanbul 2008, s. 184-186'da bu konudaki görüşler kısaca ele alınmıştır.

²⁷⁸ Bu taahhüdün, yani iç üstlenme sözleşmesinin bir bağışlama vaadi oluşturması halinde şekle tabi olacağı akıld tutulmalıdır.

²⁷⁹ Teminat amaçlı yapılan borcun üstlenilmesinde kefaletle dair geçerlilik koşullarının aranacağı Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi hükmünden kaynaklanmaktadır.

²⁸⁰ Taşınmazı konu edinen sözleşmelerde borcun üstlenilmesi buna örnektir.

²⁸¹ IngeborgSchwenzer, **SchweizerischesObligationenrecht, AllgemeinerTeil**, Bern 2009, § 91, N. 15

²⁸² WalterKaap, **Die Form der Schuldübernahme**, s. 21 vd.

²⁸³ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 598; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 387

üstlenenin üstleneceği borç, bir taşınmaz mülkiyetinin devrini ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulması borcu ise, bu halde borcun üstlenilmesinin de resmî şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur.

Buraya kadar yer verilmeye çalışılmış olan görüşlerin ışığında tekrar etmek gerekir ki, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin geçerliliği bir şekle bağlı değildir. Üstlenilen borcun kaynağı olan sözleşmenin bir geçerlilik şekline tabi olması halinde dahi, sözleşmede değişiklik yapmayan, sadece dar anlamda bir borcun borçlusunu değiştiren etkideki bu sözleşme, yine de şekle tabi kabul edilmemelidir. Ne var ki, konusu bir taşınmazın mülkiyetinin devri ya da taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak kurulması olan dar anlamda bir borç borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine konu olduğu takdirde, taşınmazın devri ya da sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin borç altına girilebilmesi için resmî şekilde sözleşme yapmak gerektiğinden, borçlunun değişmesi halinde yeni borçlunun geçerli olarak bu borcun borçlusu olabilmesi için, dış üstlenme sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekir.

Görüldüğü üzere buradaki ayrım, üstlenilen borcun kaynaklandığı borç ilişkisinin kurulmasında bir geçerlilik şekli bulunup bulunmamasına göre değil, üstlenilen edimin niteliğine göre yapılacak işlemin bir geçerlilik şekline tabi olup olmamasına göre yapılmalıdır.

4. İPOTEKLİ TAŞINMAZIN DEVRİ İLE BORCUN ÜSTLENİLMESİ MK M. 888

İpotekli bir taşınmazın devrinde kural olarak borçlunun durumunda bir değişiklik olmaz. Borçlu, devirden önce olduğu gibi, yine borçtan sorumludur. Yeni malik taşınmazı üzerindeki ipotek yükü ile birlikte devralır. İpotekle yüklü bir taşınmazın maliki olur.

Ancak yasa, ipotekli taşınmazın mülkiyetini kazanan kişinin aynı zamanda borcu da üstlenmesine olanak tanımıştır. Medeni Kanun'un 888. maddesi 2. fıkrası ile, “yeni malik, borcu yüklendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur” demiştir.²⁸⁴

Borcun üstlenilmesi için borçlu ile borcu üstlenme taahhüdü veren arasında bir iç üstlenme sözleşmesi yapıldıktan sonra, alacaklı ile borcu üstlenme taahhüdü veren arasında dış üstlenme sözleşmesine dair öneri ve kabulün gerçekleşmesi ile borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olur.

Medeni Kanun'un 888/2 maddesi ile sağlanan durum bundan bir parça farklıdır.²⁸⁵ Şöyle ki; ipotekli taşınmazı satın alan yeni malik ile borçlu arasında yine iç üstlenme sözleşmesi niteliğinde sayılabilecek bir sözleşme mevcuttur. Ancak burada Borçlar Kanunu 195 vd. maddelerinde ifade edilen şekliyle bir borcun üstlenilmesinin tamamlanması için koşullar farklıdır. Yeni malikin borcu üstlendiğinin tapu müdürlüğü tarafından alacaklıya bildirilmesi ve alacaklının da buna rıza göstermesi ya da borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu yazılı olarak bildirmek için kendisine tanınan bir yıllık süreyi geçirmesi halinde borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olur.

Bu konuyla ilgili Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2005/240 E., 2005/ 435 K.,

²⁸⁴ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N. 10; HansHermannSchmiedeborg, **HypothekenübernahmeundSchuldübernahme mit besondererBerücksichtigung der kumulativenSchuldübernahme**, Greifswald 1914, s. 19 vd.

²⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s. 960

31.1.2005 T. sayılı kararını buraya tamamıyla almakta yarar bulunmaktadır²⁸⁶:

“ÖZET: Davalı (yeni malik), taşınmazı, üzerindeki ipoteklerden doğmuş veya doğacak bütün hukuki vecibeleri ile birlikte satın almış olduğuna göre, ipoteğe konu kredi borcunu da üstlenmiş olduğunun kabulü gerekir.

Davacının devir tarihinden sonraki dönemle ilgili ipoteğe konu borcu ödenmesi nedeniyle davalı haksız olarak zenginleşmiştir. Bu nedenle mahkemece davacının (eski malikin) bankaya ödemiş olduğu kredi taksit tutarının hesaplanarak; davalıdan (yeni malikden) tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

DAVA : Dava dilekçesinde 711.212.206 lira alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili dilekçesi ile; Tapuda, Bornova İlçesi Erzene Mahallesi 31K-20 pafta, 8252 ada, 1 parsel olarak kayıtlı taşınmaz üzerinde S.S. S. Konut Yapı Kooperatifince inşaatları ikmal edilen sitede; çekilen kura neticesi müvekkili (davacı) adına isabet eden 107 numaralı meskenin, ipotekli olarak 12.06.2002 tarihinde tapuda davalı M. T.'ye devredildiğini; anılan taşınmazın tapu kaydında Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. Bornova Şubesi lehine tesis olunan ipoteğe konu borcunda yeni malik tarafından üstlenildiğini ve devir tarihinden sonra bir kısım taksit ödemelerinin kendisi tarafından gerçekleştirildiğini; ancak, ilgili bankanın gönderdiği ihtarnamede ipoteğe konu kredi borcu taksitlerinin 2002 ekim ayından itibaren ödenmediği bildirilerek müvekkilinin ödemesi talep edildiğinden, 27.5.2003 tarihinde birikmiş 711.212.206 TL kredi taksit borcunu ödediğini; davanın kredi borcu taksitlerini ödemesi nedeniyle müvekkilinin ödemek zorunda kaldığı 711.212.106 TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, gerek satın alma tarihinde ve gerekse daha sonraki

²⁸⁶ (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr , 10.11.2014

tarihlerde, müvekkilinin alacaklı banka ile sözleşme yaparak borcu üzerine almadığını; müvekkili ile davacı arasındaki iç ilişkide de, satın alınan taşınmaz üzerindeki ipoteğe konu borcun üstlenilmediğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, "... Taşınmaz rehin sözleşmesi niteliğindeki ipotek taşınmaza bağlı bir borçtur. Alacaklı gerçek borçludan borcu isteyebileceği gibi, ipotek yükümlüsünden de borcu talep etme hakkına sahiptir. Alacaklı bakımından borcun naklinin geçerli olabilmesi için BK.'nın 173-174 maddeleri gereğince borçlunun sıfatı alacaklı bakımından önem taşıdığından borcun naklinin alacaklı tarafından kabulü gerekir.

Bu şekilde borç naklinin alacaklı banka tarafından kabul edildiği yolunda bir iddia ileri sürülmediği gibi bu yönde bir kanıtta elde edilmemiştir... Bu nedenle davacının istemi yerinde bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir..." gerekçesi ile davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Davada; davalının ipotekli olarak satın aldığı taşınmazla ilgili ipoteğe konu kredi borcunu ödemediğinden dolayı, eski malik (davacı) tarafından ödenen taksitlerin; sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tahsili istenilmektedir.

Tarafların, taşınmazın devrine ilişkin Tapu Sicil Müdürlüğünce düzenlenen resmi senette "... bu taşınmazın tamamını 1.000.000.000 (bir milyar) TL bedelle, üzerindeki ipoteklerden doğmuş veya doğacak bütün hukuki vecibeleri ile birlikte kabul eden M. T.'ye sattığını bedelinin tamamını nakden ve peşinen aldığını ve alıcı M. T. bizzat hareketle iş bu taşınmaza tamamını üzerindeki ipoteklerden doğmuş veya doğacak bütün hukuki vecibeleri ile birlikte aynı bedelle kabul edip, aynen satın aldığını..." beyan ettikleri anlaşılmaktadır. Davalı (yeni malik), taşınmazı, üzerindeki ipoteklerden doğmuş veya doğacak bütün hukuki vecibeleri ile birlikte satın almış olduğuna göre, ipoteğe konu kredi borcunu da üstlenmiş olduğunun kabulü gerekir.

Davacının devir tarihinden sonraki dönemle ilgili ipoteğe konu borcu ödenmesi nedeniyle davalı haksız olarak zenginleşmiştir. Bu nedenle mahkemece davacının (eski malikin) bankaya ödemiş olduğu kredi taksit tutarının hesaplanarak; davalıdan (yeni malikden) tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile

yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : *Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun428 maddesi gereğince BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 31.01.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”*

5. MAHKEME VEYA YETKİLİ MERCİ KARARI İLE BORCUN ÜSTLENİLMESİ

Bu bahsin konusu olan borcun üstlenilmesi, borçların da dahil olduğu bir mal topluluğunun bölünmesi gerektiğinde, borçların da bölüneceğinden hareketle ortaya çıkmaktadır. Bu durumla karşılaşılabilecek başlıca haller, evlilik mallarının, terekenin ya da ticari ortaklığın malvarlığının bölünmesi gibi halleridir.

Hakim, böyle bir hüküm verirken, borçları da kişilere, deyim yerindeyse, paylaştıracaktır.

Yargılamanın tarafları arasında bir iç üstlenme sözleşmesi düzenleyebilir ve böylece ortaya çıkan tarafların borçtan kurtarma vaatlerini şerh edebilir.

D. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN HÜKÜMLERİ

1. GENEL OLARAK

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, alacaklının kabul beyanı ile kurulur ve kural olarak hükümleri de derhal doğar.

Borcun üstlenilmesine konu alacağın gelecekte doğacak bir alacak olması, ya da borcun üstlenilmesi anında henüz alacaklıya ait olmaması halinde, borcun üstlenilmesi ancak alacaklının alacak hakkına sahip olduğu anda hükümlerini doğurur.²⁸⁷

Borcun dış üstlenilmesi ile artık borçtan sorumlu olan kişi değişmiş olur. Alacaklı, artık bu borç için talebini yeni borçluya yöneltebilir.

Dış üstlenme sözleşmesi geriye etkili bir işlem değildir. Borcu üstlenenin, borçlu ile aralarında bulunan, hazırlık işlemi niteliğindeki borçtan kurtarma taahhüdü, yani iç üstlenme sözleşmesinin varlığı halinde dahi, dış üstlenme sözleşmesi geriye etkili değildir. Diğer bir deyişle, dış üstlenme sözleşmesinin, hükümlerini, iç üstlenme sözleşmesinin kuruluş anına dönük geriye etkili doğurduğu söylenemez.²⁸⁸

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tarafların aralarında anlaşarak da borcun üstlenilmesinin geriye etkili olmasını kararlaştırmaları mümkün değildir.²⁸⁹

Burada borcun üstlenilmesinin hükümleri, önceki borçlu, yeni borçlu, alacaklı, alacak ve ona bağlı haklar açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

²⁸⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N 36

²⁸⁸Oser/Schönenberger, **OR I**, N 11 zu Art. 176 OR; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N. 37

²⁸⁹vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 389: ancak tarafların, borcun, daha önce üstlenilmiş olsaydı, hangi durumda olacak idiyse, o haliyle üstlenilmiş sayılmasını kararlaştırmaları mümkündür.

2. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN ÖNCEKİ BORÇLU BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ

Önceki borçlu geçerli bir şekilde kurulan ve hükümlerini doğuran borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile birlikte üstlenmeye konu borçtan kurtulur.²⁹⁰ Bunun anlamı, alacaklının, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasından sonra artık önceki borçluya hiç bir talep yöneltememesidir.²⁹¹ Alacaklı, artık talebini sadece borcu üstlenene (yeni borçluya) karşı ileri sürebilir. Yeni borçlunun borcu ihlal etmesi, takibin sonuçsuz kalması ve benzeri haller dahi, alacaklıya önceki borçluya talep yöneltme olanağı vermez.²⁹²

Borcun üstlenilmesi, (önceki) borçlunun rızasına ihtiyaç duymadan gerçekleşebilen bir işlemdir. Hatta “borçlunun aksi yöndeki iradesine rağmen”²⁹³ borcun üstlenilmesi mümkündür.²⁹⁴ Nitekim borçlunun rızası olmaksızın, hatta aksi yöndeki iradesine rağmen bir üçüncü kişinin borçlunun edimini ifa etmesi olanağı her zaman bulunmaktadır.

Borçluya düşen, alacaklının onu borçtan kurtaran tasarrufunu kabul etmekten ibarettir. Ancak elbette, kendisine yönelik bir rücu ya da başkaca bir takipten çekindiği hallerde, üçüncü kişinin borcu ifasına karşı koyabilir.

Bazı hallerde, tarafların borcun üstlenilmesinin sebebe bağlı bir işlem olmasını kararlaştırabileceklerinden daha önce söz edilmişti. Alacaklı ile borcu üstlenen arasındaki dış üstlenme sözleşmesinin sebebe bağlı olması kararlaştırılmış vebu nedenle işlemin hukuki sebebini oluşturan iç üstlenme sözleşmesinin bağışlama

²⁹⁰ Önceki borçlunun borçtan kurtulması ve borcu üstlenenin borçtan sorumlu olması aynı anda ve birbirine bağlı olarak gerçekleşir (Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 598-599); Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 177 OR, N 43; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 389

²⁹¹ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 599

²⁹² Borçlar Kanunu’nun 202. maddesinde yer alan, bir malvarlığı veya işletmenin devralınmasına ilişkin düzenleme, hem devralanın alacaklılara karşı sorumluluğunun başlangıcı bakımından, hem de önceki borçlunun sorumluluğunun devam edeceği süre bakımından özel kurallar koymuştur. Ticari işletmenin devri açısından bkz. Mehmet Fatih Arıcı, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul 2008**

²⁹³ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N. 17; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 387; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 176 OR, N. 7.

²⁹⁴ Gauch/Schluep, **Obligationenrecht**, N. 3715; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, S. 77; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 583.

sözleşmesi olduğu bir örnekte, borçlunun bağışlamayı kabul etmemesi halinde, borcun üstlenilmesinin gerçekleşmeyeceği bir hal söz konusu olur.

Hayatın olağan akışına uygun olan, borçtan kurtulan borçlunun buna itiraz etmeyeceği, bunu memnuniyetle karşılayacağıdır. Dolayısıyla, kendisinin borçtan kurtulmasına neden olacak bir borcun dış üstlenilmesini arzu etmeyen borçlunun, bundan imtina ettiğini ispat etmek durumunda olduğu kabul edilmektedir.²⁹⁵ Elbette borçlunun borcun dış üstlenilmesi anında aynı ortamda bulunması halinde, o anda istemediği bir borcun üstlenilmesine müdahale ederek karşı çıkma olanağı bulunduğundan, bunun ispatı için başka bir delil sunmasına gerek yoktur.

Akılda tutulması gereken bir husus da, borçlunun onayı alınmaksızın da olsa, gerçekleşen borcun üstlenilmesinin karşılığında, nihayetinde, borçlu aleyhine bir talep hakkı doğmasına neden olabileceği hususudur. Bu durumda, bağışlama söz konusu olmadığından, bir rücu ilişkisi bulunacaktır.

Borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşmesinden itibaren alacaklı, hiçbir şekilde önceki borçluya karşı, bu borç ile ilgili olarak herhangi bir talep hakkı ileri süremeyecektir. Bunun da ötesinde, borcu üstlenenin borcu ihlal etmesi, ödeme aczi içinde olması, bulunamaması gibi, alacağın tahsilinin kısmen ya da tamamen olanaksız hale gelmesi dahi söz konusu olsa, alacaklı, önceki borçlunun sorumluluğuna gidemeyecektir. Alacaklı, artık sadece borcu üstlenenle muhataptır.²⁹⁶

Borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşmesinden sonra, borçlu bakımından ortaya çıkan tabloya borçlunun borcu üstlenen ile ilişkisi bakımından da değinmek gerekir. Taraflar aralarındaki borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi gereği bir ivaz kararlaştırmışlarsa, bu halde borcu üstlenen, alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesi yaparak veya borcu ifa ederek iç üstlenme sözleşmesindeki taahhüdünü yerine getirmiş olduğundan, borçludan edimini ifa etmesini isteyebilir.²⁹⁷

²⁹⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 176 OR, N.25

²⁹⁶Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 599

²⁹⁷ İç üstlenme sözleşmesi olmaksızın borcun üstlenilmesi ve bağışlama iradesinin varlığı hakkında daha önce değinildiğinden burada tekrar edilmemiştir.

3. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BORCU ÜSTLENEN BAKIMINDAN HÜKÜMLERİ

Borcu üstlenen, önceki borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan dar anlamda bir borcun borçlusu olmuştur. Alacaklı, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini kabul etmekle, artık önceki borçluya karşı mevcut alacağı talep hakkından vazgeçmiş, bu talebini yalnızca borcu üstlenene karşı ileri sürebilir duruma gelmiştir.

Borcu üstlenenin sorumluluğu, alacaklı ile önceki borçlunun arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır.²⁹⁸

4. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN ALACAKLI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Alacaklının borcun üstlenilmesini kabul edip etmemesi, borçlunun kişiliği ile yakından ilişkilidir. Şöyle ki; alacağın değeri borçlunun ödeme kabiliyeti ile doğrudan ilişkilidir. Dış üstlenme sözleşmesine yönelik bir öneri ile karşılaşan alacaklının, bunu kabul edip etmemesi, alacağını elde edebilmesi ve hangi değerde elde edeceğini etkileyeceği için, borcun üstlenilmesi için alacaklının kabul etmesi aranmıştır. Bu nedenle alacaklıya isteği dışında bir borçlu dayatılması mümkün değildir.²⁹⁹

Alacaklı, borcun üstlenilmesi ile birlikte, önceki borçluya karşı sahip olduğu talep hakkını doğrudan borcu üstlenene karşı ileri sürebilecektir. Alacaklı artık borçtan kurtulmuş olan önceki borçluya karşı, borçtan kurtulması ile bağdaşmayacak herhangi bir talep hakkı ileri süremeyecektir.

²⁹⁸ Strohal, **Die Schuldübernahme**, s. 43; Becker, **Berner Kommentar**, s. 812

²⁹⁹ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 380/381; Oser/Schönenberger, **OR I**, N. 6; Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 176, N. 30

Alacaklının, borcun üstlenmesini kabul ederek, bir tasarruf işlemi yaptığı ve tasarruf yetkisine sahip olması gerektiği hususuna daha önceki bahislerde değinilmiş olduğundan burada tekrar edilmeyecektir.

5. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN DAR ANLAMDA BORCA ETKİSİ

Borcun üstlenilmesinin niteliğine dair tartışmalar iki görüş çevresinde odaklanmıştır. Bunlardan birincisi, borcun üstlenilmesi ile yeni, ancak temel esaslarda önceki ile uyumlu bir borç doğduğu görüşüdür.³⁰⁰ Bu görüşün gerekçesi, sorumluluğa dair farklı bir ilişkinin ortaya çıktığı düşüncesidir. Bu görüşe göre, borçtan borçlunun kendi malvarlığı ile sorumlu olması yerine borcu üstlenen kendi malvarlığı ile sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle, sorumluluk bir malvarlığından diğer malvarlığı üzerine geçmiştir ve bu bakımdan ortaya yeni bir borç çıkmaktadır.

Diğer görüş ise, borcu üstlenenin borç ilişkisine girmesi ile bir halefiyet doğduğu görüşüdür ve bu görüş günümüzde ağırlıklı olarak kabul edilen görüştür.³⁰¹ Kural olarak borç ilişkisinde borçlunun kişiliğinin ifada önem taşımadığı hallerde üçüncü kişinin ifası geçerlidir. Böyle bir durumda, yani üçüncü kişinin borcu ifa ettiği hallerde, alacak hakkı, yasa gereği ifayı yapan üçüncü kişiye geçmektedir. Daha önceki bahislerde de belirtildiği gibi, borcun üstlenilmesinin dar anlamda borcun içeriği etkilenmemektedir. Borcun borçlusu değişmektedir, ancak borç hiçbir değişikliğe uğramamaktadır.³⁰² Borcun içeriğinin aynı kalması, borcun üstlenilmesi kurumuna hakim olan bir ilkedir (Borcun ayniyeti ilkesi).

Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, borcun üstlenilmesi, borcu sona erdirmez, yenilemez. Sadece borçluyu borcundan kurtararak yerine yeni bir borçlunun geçmesini sağlar. Dolayısıyla borç, yasada tanımlanan istisnalar hariç, tüm özellikleri ile varlığını sürdürür.³⁰³

³⁰⁰ Bu görüşün en önemli temsilcisi Strohal'dır.

³⁰¹ Becker, **BernerKommentar**, s. 812-813; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 390; Spirig, **ZürcherKommentar**, Vorbemerkungen, N. 36.

³⁰² Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 247

³⁰³ Bunun istisnalarına yeri geldikçe değinilmiştir.

6. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BAĞLI HAK VE BORÇLARA ETKİSİ

a. Genel Kural

Borcun üstlenilmesinin bağlı hak ve borçlar üzerindeki etkisi Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde düzenlenmiştir.³⁰⁴ Hükmün birinci fıkrasına göre, "Borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır.". Bunun anlamı, alacaklının borca bağlı haklarının borcun üstlenilmesiyle hiçbir değişikliğe uğramayacağıdır. Alacaklı, borca bağlı haklardan, önceki borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındakileri, borcun üstlenilmesinden sonra dahi muhafaza edecektir. Dolayısıyla, alacaklı, sahip olduğu bağlı hakları, borcu üstlenene karşı da kullanabilecektir.³⁰⁵ Bağlı haklar asıl alacağın kaderine tabidir.

Demek oluyor ki, borcun üstlenilmesi borcun (objektif) içeriğinde bir değişiklik yapmaz.³⁰⁶ Alacaklı ve borcu üstlenen, aralarında, bağlı hakların, asıl alacağın kaderine tabi olmayacağını kararlaştıramazlar.³⁰⁷

Bağlı haklardan olmak üzere, faizler, sözleşme cezaları, ayni ve şahsi teminatlar sayılabilir.

Borcun üstlenilmesinde faiz alacaklarının ve sözleşme cezalarının borcu üstlenene geçişi meselesi tartışmalıdır. Borcun üstlenilmesinden sonra doğacak faiz alacaklarının borcu üstlenenin sorumluluğunda olması, borcun üstlenilmesi anına kadar işlemiş faizlerin önceki borçlunun sorumluluğunda olması şeklinde bir ayırım yapılmasına gerek olup olmadığı hususu, tartışmanın başlıca konusudur.

Daha açık ifade etmek gerekirse, faiz ve sözleşme cezası niteliğindeki bağlı hakların, borcun üstlenilmesi anına dek muaccel olmuş kadarı, önceki borçlunun sorumluluğunda kalmaya devam etmeli, ancak borcun üstlenilmesinden sonraki

³⁰⁴ Alman hukukundaki durum için bkz. Joseph Meyer, **Der Einfluss der Schuldübernahme auf die für die Forderung bestehenden Nebenrechte**, 1910

³⁰⁵ Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 178 OR N. 49; Maurer, **Schuldübernahme** s. 283 vd.

³⁰⁶ Becker, **Berner Kommentar**, s. 824

³⁰⁷ Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 178 OR, N 21; von Tuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 392; Becker, **Berner Kommentar**, N2 zu Art. 178 OR

tarihte doğacak faiz ve sözleşme cezalarından borcu üstlenen sorumlu olmalıdır.³⁰⁸ Buna gerekçe olarak da, borcun üstlenilmesinden önce muaccel olmuş faiz alacaklarının artık bağlı hak olmadığı, bağımsız bir borç olduğu iddiası ileri sürülmektedir. Ancak buna karşı çıkan görüş, işlemiş faizin, bu nedenle bağlı hak olma özelliğini kaybetmediğini, bu nedenle alacağın kaderini paylaştığını ileri sürer.³⁰⁹

Hatta, sözleşme cezaları bakımından, borcun üstlenilmesine dek doğmamış olan sözleşme cezalarının borcun üstlenilmesiyle borcu üstlenene geçmesi gerekip gerekmediği hususu dahi tartışmalıdır.³¹⁰ Bu noktada vurgulanan bir husus da, cezanın alacağa bağlı bir hak olması durumu ile sözleşme cezası olarak (dar anlamda borca bağlı olmayan) bir bağlı hak olması hallerinin ayrılması ve ayrı ayrı değerlendirilmesi gereğidir.³¹¹ Sözleşme cezası niteliğindeki (muaccel hale gelmemiş) cezai şartın ancak borç ilişkisinin tamamının devralınması halinde geçebileceği belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, taraflar işlemiş faizler ve muaccel olmuş sözleşme cezalarının borcun üstlenilmesi ile birlikte borcu üstlenenin sorumluluğuna geçip geçmeyeceğine dair sözleşme yapabilirler.

Ayrıca, işlemiş faizler ve muaccel cezaların daha önce başka bir işlemle devredilmiş olması ihtimali de dikkate alınmalıdır. Böyle bir durumda, bu bağlı hakların kaderleri zaten asıl borçtan ayrılmış durumdadır.

Borcun üstlenilmesinin asıl amacı göz önüne alındığında, borcu üstlenenin, aslında borçluyu borcundan kurtarması beklenir. Bu amacın tam olarak gerçekleşmesi ise ancak borçlunun borçtan tüm bağlı haklarla birlikte kurtarılması ile

³⁰⁸Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 178 N 3; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, **İstanbul 1972**, s. 1133; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, IV S. 80; Becker, **BernerKommentar**, s. 812

³⁰⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N 20; vonTuhr/Peter, **Obligationenrecht**, s. 21, 71

³¹⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N 31; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 599; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, §99, V, I, s. 392; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Borçlar Hukuku**, s. 276; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 178, N. 3

³¹¹vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 392;

mümkün olur. Dolayısıyla, kural olarak bu amaca erişmek üzere yorum yapmak, işin mahiyetine daha uygundur.³¹²

Bu noktadan hareketle tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, borcu üstlenenin işlemiş faizler ve sözleşme cezalarından da sorumlu olduğu düşüncesini savunmak amaca daha çok hizmet edecektir.

Bu görüşe göre, borcun üstlenilmesiyle borcu üstlenenin sorumluluğuna geçen ceza, muaccel olmuş sözleşme cezası olmalıdır. Borcu üstlenenin, kendisine düşecek edim yükümlülüğünü iyice araştırarak bilgi sahibi olması beklendiğinden, borcu üstlendiğinde de üstlenmeden önce muaccel olmuş cezadan haberdar olacak, bunu da devralmış sayılacaktır.³¹³

b. Bağlı haklara dair genel kuralın istisnası

Alacaklının bağlı haklarının saklı kaldığını ifade eden Borçlar Kanunu'nun 198. maddesi ilk fıkrada borçlunun kişiliğine bağlı olan hakları bu prensipten hariç tutmuştur. Bunun anlamı, (önceki) borçlunun kişiliğine ayrılmaz şekilde bağlı olan hakların borcu üstlenene geçmemesi, yani alacaklının önceki borçlunun kişiliğine bağlı olan bağlı haklarını, borcu üstlenene karşı ileri süremeyeceğidir. Önceki borçlu borcun üstlenilmesi ile borçtan kurtulmuş olduğu anda, alacaklının onun kişiliğine bağlı bu hakları da sona erer.

Borçlunun kişiliğine ayrılmaz şekilde bağlı haklardan bahsedebilmek için, bu hakların borçlunun kişiliğine (doğasına ya da mesleğine) bağlı özelliklerinden kaynaklanan haklar olması gerekir. Bazı hallerde de bağlı hakkın doğası, onu borçlunun kişiliğine ayrılmaz şekilde bağlı bir hak niteliğine büründürebilir.

Böyle bir duruma örnek, bir tacirin borcunu üstlenmiş olan ve kendisi tacir olmayan borcu üstlenenin faiz yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilir. Böyle

³¹² Aynı yönde bkz. Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 253

³¹³ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N 34

bir durumda borcu üstlenen, tacir borçlunun yükümlü olduğu oranda faiz borcunu ayrıca üstlenmemişse, tacir olmaması nedeniyle faiz oranına itiraz edebilir.³¹⁴

Keza, tacir olmayan borcu üstlenen ile alacaklı arasında bir ticari ilişki bulunmadığında, alacaklının borcu üstlenene karşı hapis hakkı ileri sürmesi de mümkün olmayacaktır.³¹⁵

Yine buna benzer şekilde, asıl borçlunun kişiliğine bağlı bir özellik nedeniyle, zamanaşımının durmuş olduğu hallerde, borcun üstlenilmesinden sonra, zamanaşımı işleyecektir.

Alacaklının, önceki borçlu nezdinde sahip olduğu takas hakkı da, önceki borçlunun kişiliğine özgü bir hak olması nedeniyle, borcun üstlenilmesinden sonra kullanılamayacağı anlaşılmaktadır.³¹⁶ Ancak borcu üstlenen ile arasındaki bir hukuki ilişki gereği ona karşı ileri sürebileceği bir takas hakkı varsa, bunu elbette ileri sürebilecektir.³¹⁷

Yasada tarif edilmiş bu türlü istisnaların varlığı incelenirken, borcu üstlenenin borç ilişkisinin tarafı olmuş gibi değerlendirilmemesi gerekir. Borcu üstlenen, dar anlamda borcu üstlenmiştir ve önceki borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin tarafı değildir. Bu nedenle sadece o münferit borca bağlı hakların borcu üstlenen nezdinde ileri sürülüp sürülmeyeceği belirlenmelidir. Yoksa borç ilişkisinin tarafı olanlara özgü hakların kullanılması borcun üstlenilmesinden etkilenmez.³¹⁸

c. Öncelik (Rüçhan) Hakları ve TBK m. 198 Hükmü

Alacağın temlikine dair Borçlar Kanunu düzenlemesinde, 189. maddenin 1. fıkrasında, “Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.” ifadesi yer alır. Buna göre, bir alacak

³¹⁴Spirig, *ZürcherKommentar*, Art. 178 N 61

³¹⁵Spirig, *ZürcherKommentar*, Art. 178 N 62

³¹⁶Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 599;

³¹⁷Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 599

³¹⁸Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, s. 252, ayrıca dn. 1136

temlik edilince, temlik edenin şahsına bağlı olan haklar saklı kalmak kaydıyla, öncelik hakları ve bağlı haklar, alacağı devralana (temellük edene) geçecektir.³¹⁹

Borçlar Kanunu'nun borcun üstlenilmesinde bağlı hakların akıbeti ile ilgili hükmü olan 198. maddede ise öncelik haklarına ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle, bu hakların borcun üstlenilmesi karşısında nasıl etkilendikleri konusu görüş ayrılıklarına neden olmuştur.

Burada öncelikle öncelik hakkının bağlı hak olup olmadığı meselesine kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Öncelik hakkı denildiğinde anlaşılması gereken, borcun, borçlunun malvarlığından öncelikle tahsil edilebilme kabiliyeti olarak özetlenebilir.

Buna örnek 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesinde sayılan öncelikli alacaklardır. İflas yolu ile takipte alacakların sırasını belirleyen bu hüküm uyarınca, alacak kalemlerinden öncelikle ödenecek olanlar belirlenmiştir.

İşte bunun gibi, yasalarda takibi ve tahsili bakımından öncelik tanınmış olan alacakların durumunun, borcun üstlenilmesine konu olduğunda ne olması gerektiği konusunda tartışma bulunmaktadır. Öncelik haklarının alacağın devrinde olduğu gibi, borcun üstlenilmesinde bağlı haklarla yasa maddesinde belirtilmiş olmaması karşısında, bu hakların saklı kalıp kalmayacağını tespit etmek gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde her ne kadar öncelik hakları kavramı anılmamışsa da, öncelik haklarının da bağlı haklardan sayılması gerekliliği savunulmaktadır.³²⁰

Öncelik haklarının, borçlunun değişmesine karşın hala imtiyazlı özelliğini koruyup korumadıkları konusunda savunulan görüşlerden biri, alacaklının borcun üstlenilmesi önerisini kabul ettiği anda, öncelik hakkının da sona erdiğidir.³²¹

Bu görüşün dayanağı olarak da, alacaklı ile (önceki) borçlu arasındaki özel bir ilişkiye dayanan öncelik hakkının, borçlunun değişmesi sonrasında artık ileri

³¹⁹Dayınlarlı, **Alacağın Temliki**, s. 289

³²⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 N. 44

³²¹Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Borçlar Hukuku**, s. 277; Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 600, dn. 201; Becker, **BernerKommentar**, Art. 178 N.4

sürülemeyeceği savunulmaktadır. Zira taraflar arasındaki bu özel ilişki borcun üstlenilmesi ile sona ermiştir. Borçlu yerine borcu üstlenen geçmiştir. Borçlunun kişisel durumundan ya da alacaklı ile aralarındaki özel ilişkiden kaynaklanan bu öncelik hakkı, artık ortadan kalkmış kabul edilmelidir.³²²

Bu görüş uyarınca, borçlu ile alacaklı arasında artık borçlunun kişiliğinden kaynaklanan ve önceliğe neden olan hukuki ilişki bulunmadığından, borcu üstlenenin iflas yoluyla takip edilmesi halinde alacaklı, öncelik hakkından yararlanamayacak, borcu üstlenene karşı talebini, sıradan alacaklılar ile aynı nitelikte bir alacak olarak ileri sürebilecektir. Dolayısıyla, alacaklının önceki borçluya karşı iflas yoluyla takip sırasında elinde bulundurabileceği öncelik hakları, borcu üstlenenin iflası halinde mevcut olmayacaktır.³²³

Borcun üstlenilmesinin alacağın devrine benzer görülmesi, öncelikli hakların alacağın devrinde olduğu gibi etkileneceği fikrini destekler görünse de, aslında alacağın devri ile borcun üstlenilmesi kurumları birbirlerinden çok farklı kurumlardır. İmtiyazlı (öncelikli) bir alacağın, örneğin bir işçinin kıdem tazminatı alacağının, alacağın devrinden sonra imtiyazlı olmaya devam etmesi, borçlunun malvarlığının zaten öncelikli bir borç yükü altında olduğu ve böyle öncelikli bir alacağın devreden ya da devreden alacaklılardan hangisine ödendiğinin diğer alacaklıları açısından bir fark yaratmadığı olgusuyla açıklanmaktadır.³²⁴

İcra hukukuna hakim fikir, iflas imtiyazlarının alacağa bağlı olduğu yönündedir.³²⁵

Çağdaş İsviçre özel hukuk doktrinine göre de iflas imtiyazlarının tamamı borçlunun kişiliğine bağlı görülmekte ve bu yüzden borcun üstlenilmesi ile birlikte ortadan kalktığı kabul edilmektedir.³²⁶

³²²Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178, N. 56; Schmid/Emmenegger, **Obligationenrecht** §34, N. 3602; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 393

³²³Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 256. Ayrıca Alman hukukunda bu görüş benimsenmiştir, BGB §418 Abs. 2

³²⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N.64

³²⁵vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 391; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N 65,

³²⁶Spirig, **ZürcherKommentar**, Art 178 OR N 66; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 394; Becker, **BernerKommentar** Art 178 OR; Gauch/Schlupe, **Obligationenrecht** N 3721

Bu görüşün gerekçesi olarak ileri sürülen hususlara değinmek yararlı olacaktır.³²⁷

- Bir borcun üstlenilmesini kabul etmiş bulunan alacaklıya, borcu üstlenen nezdinde ileri sürülecek bir öncelik hakkı tanınması için bir gerekçe bulunmamaktadır. Borcun üstlenmesini kabul etmiş olan alacaklı, artık borçlu ile arasında bu önceliğin sebebini içerecek şekliyle alacaklı sıfatını muhafaza etmemekte, sadece alacaklı sıfatı taşımaktadır. Kaldı ki, borcu üstlenenin, borçlunun kişiliğine bürünürcesine, önceden imtiyazlı olan bir borcu üstlenerek, kendi durumunu ağırlaştırmasının herhangi bir nedeni yoktur.

- Öncelik haklarının varlığı, ya edimin özelliğinden, ya alacaklının güvence altına alınmasında kamu yararı bulunmasından, ya da fiili ya da hukuki bir cebri ödemededen doğmaktadır. Bu özellikler, alacaklının borçluyu kendi iradesi ile gönüllü olarak değiştirmeyi kabul etmesi ile ortadan kalkmış kabul edilmelidirler.

- Bahsedilen öncelikler, borcun doğumuna neden olan hukuki sebepten (causa) kaynaklanmaktadır. Bu sebep de, borcun üstlenilmesi işleminin hukuki sebebini oluşturmamaktadır. Bu yüzden borcu üstlenene bir öncelik hakkı ile yönelmek doğru değildir.

Kısaca bir karşılaştırma yapılması gerekirse, BGB (Alman Medeni Kanunu) §418'in 2. fıkrasına değinmek yerinde olacaktır. Bu madde hükmüne göre, hakkında alacağın iflas prosedürüne bağlı bir öncelik hakkına sahip olması halinde, iflas açılan borcu üstlenene karşı bu öncelik ileri sürülemeyecektir.³²⁸

³²⁷Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s. 1134; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N67

³²⁸ Bu fıkra, borcu üstlenenin alacaklılarını korumak amacını taşır. Bununla, kötü niyetli borçlunun, öncelik hakkı içeren borçları üstlenmek yoluyla, iflasta alacak sırasına müdahale etmiş olması engellenmiş olur. **Palandt**, N 2 zu §418 BGB; **Staudinger**, N 34 zu §418 BGB;

7. BORCUN ÜSTLENİLMESİ KARŞISINDA KEFALET VE REHİN TEMİNATLARININ DURUMU

a. Genel olarak yasa hükmü

Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinin 2. fıkrası, borcun üstlenilmesinde borcun güvencesi olarak üçüncü kişi tarafından sağlanan teminatların, ancak onların borcun üstlenilmesine rıza göstermeleri halinde devam edeceğini düzenlemiştir.

Bu hükümle amaçlanan, (önceki) borçlunun ödeme gücünü hesaplayarak ve buna güvenerek kişisel veya aynı teminat sağlamış olan bir üçüncü kişinin, hiçbir şekilde söz hakkı sahibi olamayacağı bir hukuki işlem sonucu borçlunun değişmesiyle, başka bir borçlu için teminat sağlar hale gelmesini önlemektir.³²⁹

Teminat veren üçüncü kişi, hakkında herhangi bir değerlendirme fırsatı elde edemeden borcu üstlenene de bu teminatı sağlamaya devam etmek zorunda bırakılmamalıdır. Böylece alacaklının, kendi tutumu ile teminat verenin durumunu ağırlaştırmasının önüne geçilmiş olmaktadır.³³⁰

Bu düzenleme, borcun üstlenilmesi ile ilgili temel bir ilke olan borcun hiçbir değişikliğe uğramadan sadece borçlusunun değişmesi gerektiği ilkesi ile çelişiyor gibi görünse de, aslında dar anlamda borçta bir değişiklik yapmamakta, ayrıca ve bundan öte, taraflarla teminat verenlerin durumu arasında bir denge kurma işlevi görmektedir. Aksi halde, borçlunun borcundan kurtulmasına karşın, teminat verenin otomatikman hala aynı –borcu üstlenenin ödeme gücüne göre belki de daha ağır– ödeme baskısı altında kalmaya devam etmesi gibi bir durumla karşılaşılacaktı.³³¹

³²⁹ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 601

³³⁰ Becker, *BernerKommentar*, N7 zu Art 178 OR; vonTuhr/Escher, *Obligationenrecht*, s. 393, N 96, Spirig, *ZürcherKommentar*, Art. 178 OR, N 76

³³¹ Borca katılmada durum teminat verenler açısından farklıdır. Borca katılmada teminat verenin durumunda herhangi bir ağırlaşma olma ihtimali yoktur. Borca katılanın da ödeme gücünün eklenmesiyle, aslında teminat verenin riski azalmış durumdadır. Spirig, *ZürcherKommentar*, Art. 178 OR, N 77

Oysa hükmün getirdiği düzenleme ile teminat sağlayanlara yeni borçlu ile ilgili değerlendirmelerini yapıp, kendi özgür iradeleri ile teminat vermeye devam edip etmeme kararı alma olanağı sağlanmış olacaktır.³³²

Bir borcun üstlenilmesinde rehin ya da kefalet yoluyla sağlanmış teminatların, rıza verilmediği için sona ermiş olduğu bir durumda, taraflar aralarında yeniden bir borcun üstlenilmesi sözleşmesi yaparak, bu kez önceki borçlunun borcu üstlenmesi halinde dahi, teminatlar kendiliğinden yeniden geçerli hale gelmez.³³³ Teminatların borcun üstlenilmesiyle sona ermesi, askıda bir sona erme gibi değildir. Artık kefalet veya rehin ortadan kalkmıştır. Bu durumda eski borçlunun yeniden borcu üstlenmesi bu teminatları yeniden diriltmez. Alacağın teminat altına alınması için yeniden işlem yapmak gerekir.

Rehin ya da kefaletle sağlanan teminat, önceki borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi bakımından söz konusu ise, bu ilişkiden doğan dar anlamda bir borcun üstlenilmesinde, teminatın sadece üstlenilen (dar anlamda) borcun güvencesini oluşturmaktan çıkacağı, yoksa o borç ilişkisinden doğan borçlar için güvence oluşturmaya devam edeceği düşünülmelidir.

Borçlar Kanunu'nun 198/2 maddesindeki düzenleme, borcun yasa gereği üstlenildiği halde uygulanmayacaktır. Yani güvencenin devamı için güvence sağlayanların rızası aranmayacaktır.³³⁴

Belirtmek gerekir ki, teminat verenlerin borcun üstlenilmesine rıza gösterip göstermemelerinin borcun üstlenilmesi bakımından bir etkisi yoktur. Borcun üstlenilmesinin geçerliliği teminatların devam etmesine bağlı değildir. Onların rıza

³³² Becker, **BernerKommentar**, Art. 178 OR, N 5; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art 178 N 75;

³³³ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 384; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N. 86

³³⁴ Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi uyarınca bir malvarlığı veya işletmeyi devralmanın söz konusu olduğu hallerde, malvarlığı veya işletmenin borçlarından devralanın yanı sıra, devreden de iki yıl süreyle sorumlu tutulmuştur. Bunun üçüncü kişi tarafından verilen güvenceler bakımından doğurduğu sonuç, bu kişilerin önceki borçlunun müteselsil sorumluluğunun devam ettiği iki yıl boyunca güvence yükümlülüklerinin devam ettiği, dolayısıyla bu süreç için herhangi bir rıza vermelerine ihtiyaç bulunmadığı yönünde değerlendirilmelidir. Ancak bu sürenin sonrasında üçüncü kişinin verdiği güvencenin devamı için rızaya ihtiyaç duyulmalıdır. (Kefalet açısından aynı sonuç için, bkz., Özen, s. 76)

göstermemeleri borçlunun değişmesini, borçlunun borçtan kurtulmasını engellemez.³³⁵

Rızanın bulunmaması halinde, teminat için bir sona erme sebebi doğmuş olur.³³⁶ Diğer bir deyişle, üçüncü kişiler tarafından sağlanan teminatlar, borcun üstlenilmesine dek güvence veren tarafından rıza gösterilmemesi halinde söner. Kefil kefalet sözleşmesinden doğan borcundan kurtulur, rehin hakkı sona erer.³³⁷

b. Borcun Üstlenilmesi karşısında Kefilin ve Rehin Verenin Sorumlulukları

(1) Rehin Veren Açısından

i. Rehin veren üçüncü kişi ise

Borcun teminatını sağlamak üzere rehin veren veya kefil olan üçüncü kişi, kural olarak ancak borcun üstlenilmesine rıza gösterirlerse teminat yükümlülükleri devam eder.

Demek oluyor ki, rehin veya kefalet yoluyla borca teminat vermiş olanların bu yükümlülüğü ancak onların rızası ile devam eder.

Teminat verenin borcun üstlenilmesine rıza göstermemesi, onu teminat yükünden kurtarır.

Rehinle sağlanan teminatta³³⁸ borcun üstlenilmesine rıza gösterecek olan, rehin veren üçüncü kişidir. Yani kendisine ait bir taşınmaz üzerinde bir başkasının borcuna teminat teşkil etmek üzere rehin veren kişidir. Taşınmazın sonradan el değiştirmesi halinde, taşınmaz artık rehin verene değil, yeni malike ait olacağından,

³³⁵ Oğuzman/Öz, **Cilt II**, s. 601

³³⁶ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N 104 vd.

³³⁷ Bir işletme veya malvarlığının devralınması bu çalışmanın konusu dışında kaldığından, burada yer verilmeyecektir.

³³⁸ Burada söz konusu olan taraf iradesi ile kurulan rehin hakkıdır. Kanuni ipotekler açısından yasanın bu hükmü uygulanmaz. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N 81

bundan sonra borcun üstlenilmesine rıza gösterecek olan borcun üstlenilmesi anında malik olan kimsedir.³³⁹

ii. Rehin veren borcu üstlenen ise

Rehin veren üçüncü kişinin borcu üstlenen olduğu hallerde, borcun üstlenilmesi ile birlikte borçlu ve rehin veren sıfatları tek bir kişinin bünyesinde toplanır. Bu halde, kendi borcu için rehin teminatı sağlamış bir durumda bulunan borcu üstlenenin, teminat yükünün devam etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunun nedeni ise, borcu üstlenenin, borcun üstlenilmesi işleminin tarafı olarak, işlemin kendisini kabul ederek, teminatın devam etmesi için rıza göstermiş sayılması gerektiği düşüncesidir.³⁴⁰ Bu yüzden de ayrıca rıza vermesi aranmayacaktır.³⁴¹

iii. Rehin veren (önceki) borçlu ise

Alacağın rehinle teminat altına alınmış olması halinde, rehin teminatını sağlayan kişi önceki borçlunun kendisi ise, borcun üstlenilmesi sonrasında teminatın durumunun belirlenmesi gerekli olacaktır.

Şöyle ki, borçlu, kendi malvarlığı ile teminat sağlamak yoluna gitmişse, sonradan borcun üstlenilmesi yolu ile borçtan kurtulması halinde, rehin teminatının devamı için rızası aranmalı mıdır, meselesi çözüme muhtaçtır.

Yasa hükmü rehin veren üçüncü kişiden ve onun rızası olmazsa güvencenin sona ermiş sayılacağından söz etmektedir. Borçlunun daha önce rehinle güvence altına aldığı borcundan kurtulmuş olması halinde, yeni borçlu karşısında durumu üçüncü kişi olacağından, borcun üstlenilmesinin gerçekleştiği anda rehlin sona mı ereceği, yoksa önceki borçlunun sağladığı güvence bu kapsamda olmadığı için, rehin veren olarak sorumluluğunun devam mı edeceği, sorularının doğması kaçınılmazdır.

³³⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N. 80

³⁴⁰Maurer, **Schuldübernahme**, s. 299, bunun zımni bir rıza olduğunu ifade eder.

³⁴¹Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 291 Unidroit ilkeleri uyarınca da teminat veren borcu üstlenenin kendisi ise, teminat sona ermeyecektir.

Bu konuda savunulan bir görüşe göre, bu mesele borcun nakli için önceki borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılmış bir iç üstlenme sözleşmesi bulunup bulunmamasına göre ikiye ayrılarak incelenmelidir.³⁴²

Buna göre, borcun iç üstlenilmesine dair sözleşme olmaksızın bir borcun üstlenmesi gerçekleşmişse, bu durumda borçlunun teminat veren olarak, borcu üstlenenin ödeme gücüne güven duyup duymayacağı belirsiz olduğundan ve kendisinden tanımadığı, ekonomik durumunu bilmediği bir kimsenin edimi için teminat sağlamasını beklememek gerektiğinden, rıza göstermemesi halinde teminat sona ermelidir.

Ama önceki borçlu ile borcu üstlenen arasında bir iç üstlenme sözleşmesi mevcutsa, borcu üstlenen bu sözleşmeden doğan borcunun ifası için alacaklı ile borcun üstlenilmesi sözleşmesi yaptıysa, bu durumda, ödeme kabiliyetinden haberdar olduğu bir kimseyi borcu üstlenmesi için yönlendiren borçlunun, bu kişiye güvenmesi, dolayısıyla teminatın devam edeceğinin kabulü daha doğru olmalıdır.

Ancak her halde, borçlunun borçtan kurtulması imkanı elinde iken, sırf iç üstlenme sözleşmesine dayanan borcun üstlenmesi söz konusu diye, teminattan kurtulamaması, borcun üstlenilmesinin amacına aykırı görünmektedir ve bu nedenle tartışılmaya muhtaçtır.

Böyle bir durumda, borçlunun borcu üstlenen ve alacaklı arasındaki ilişkiye yabancılaşacağı, bu ilişki bakımından üçüncü kişi durumunda olacağı da düşünülebilir. Bu durumda teminatın devamı için teminat veren borçlunun rızasının aranması gereği yasanın düşünce biçimine daha uygun görünmektedir.

Alacaklı, borcun üstlenilmesi önerisini kabul edip etmemekte serbest olduğuna göre, teminattan yoksun şekilde bir borcun üstlenilmesini değerlendirmesini ve bu haliyle kabul veya red kararı vermesini beklemek duruma daha uygun görünmektedir.

Elbette bu tartışma, rehnin borç ilişkisinden doğan ve borcun üstlenmesine konu olan dar anlamda borcun teminatını oluşturması halinde söz konusudur. Bir borç ilişkisinden doğabilecek alacakların teminat altına alındığı bir rehin işleminde,

³⁴² Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 292 vd; Maurer, **Schuldübernahme**, s. 300

doğın borç kalemlerinden birinin borçlusunun borcun üstlenilmesi ile değışmesi, rıza bulunmaması halinde teminatı tamamen ortadan kaldırmamalıdır.

(2) Kefil Açısından

i. Kefil üçüncü kişi ise

Kefilin üçüncü kişi olmasından maksat, gerek önceki borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkide, gerek borcu üstlenen ile alacaklı arasındaki ilişkide taraf olmamasıdır. Yasada düzenlenen bu hale özel açıklamalar burada ele alınacaktır.

Kefaletle üçüncü kişi tarafından sağlanan teminatta da, yine, kefilin rızası olmadan borcun üstlenilmesi halinde teminat sona erecektir.

Kefil kavramından anlaşılması gereken, teknik anlamda kefiledir. Yoksa başkaca şekilde üçüncü kişinin ediminin garanti edilmesi anlamı taşıyan işlemler bu hükmün kapsamına girmez.³⁴³

Kefilin dış üstlenme sözleşmesine rızasının bulunmaması, kefaletin asıl borçtan bağımsız bir şekilde sona erdiği bir hal oluşturur.³⁴⁴ Kefilin rızasının bulunmadığı hallerde teminatın ortadan kalkması, daha önce de ifade edildiği gibi, kefile koruyucu bir özelliktir. Kefile yeni borçluya güven duymadığı durumda teminattan kurtulabilmesi imkanı vermektedir. Her halde, kefaletle ilişkin hükümler ışığında, kefilin, kefaletten kurtulabilmesi olanakları sınırlı ve borcun doğmamış olması koşuluna bağlanmış olduğundan (m. 599), bu hüküm, kefile değışen şartlara karşı korumada daha etkindir.

Borçlular arasında teselsül varken, içlerinden biri tek başına borcu üstleniyor ve diğır müteselsil borçluların borçtan kurtulması sonucu ortaya çıkıyorsa, bu halde de teminatın devamı için kefilin rızası aranmalıdır.³⁴⁵

³⁴³Becker, **BernerKommentar**, N 10 zu Art. 178 OR; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N 82

³⁴⁴Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s. 539

³⁴⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR N. 83-84Ancak bunun tersi bir durumda, yani tek başına borçlu iken, borcun müteselsil borçlusu haline gelen borçlu için sağlanan kefaletin devamı için rıza gerekmez. Ancak burada durumun inceleme konusu olan gerçek borcun üstlenilmesinden çok borca katılma olarak görüldüğü dikkate alınmalıdır.

Borcun nakli yasa gereği gerçekleşiyorsa, bu halde Borçlar Kanunu'nun 198/2 maddesi uygulanmayacaktır, yani kefilin yükümlülüğünün devam edebilmesi için onun rızası aranmayacaktır.³⁴⁶

Benzer bir sonuç olarak, borçlunun borcunun üstlenilmesi değil de borçlunun yanında bir diğer kişi borcu üstleniyorsa, yine kefilin rızası aranmayacaktır.³⁴⁷

Kefilin borcun üstlenilmesine rıza göstermesi durumunda, artık kefilin önceki borçluya rücu olanağı da ortadan kalkmış olur. Zira kefil, aslî borçluya karşı bir talep hakkına sahiptir ve borcun üstlenilmesine rıza göstermiş olduğundan, asli borçlu borcu üstlenen kimsedir.³⁴⁸ Kefilin teminat yükümlülüğü gereği, borcu ifa etmesi gerekirse, alacaklının haklarına halef olacaktır.

ii. Kefilin borcu üstlenen kimse olması

Bu halde, borcu üstlenen kefalet veren üçüncü kişi iken, borçlu sıfatını da taşımaya başlamış olur. Böyle bir durumda alacaklı kefaletle bağlı avantajlardan, Borçlar Kanunu'nun 598/2 hükmü gereği yararlanmaya devam edecektir.³⁴⁹ Nitekim 598. maddenin 2. fıkrası bunu şu şekilde ifade etmektedir:

“... Borçlu ve kefil sıfatı aynı kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır. ...”

(3) *Teminat verenin borcun üstlenilmesine rıza göstermesi*

i. Rızanın verilmesi gereken zaman

Borcun üstlenilmesinde güvence sağlayan üçüncü kişilerin teminatın devamı için aranan rızalarını en geç ne zaman vermeleri gerekeceğine dair bir hüküm yasada bulunmamaktadır.

³⁴⁶ Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, s. 75

³⁴⁷ Özen, **Kefalet Sözleşmesi**, s. 75

³⁴⁸ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 178, N. 8; Spirig, **Zürcher Kommentar**, Art. 178 OR N. 85

³⁴⁹ Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Bası, İstanbul 2012, s. 700

Bu konuda kabul edilen görüş, borcun üstlenilmesine rıza gösterecek olan üçüncü kişi teminat verenin, borcun üstlenilmesinden önce ya da en geç borcun üstlenildiği anda rıza beyanında bulunması gerektiği yönündedir.³⁵⁰

Önceden verilmiş genel bir rıza geçersizdir.³⁵¹ Bunun nedeni, teminat verenin sonradan borcu üstlenenlerin ödeme gücünün daha az olması nedeniyle mağdur olmasının önlenmesi gereğidir.³⁵²

Borcun üstlenilmesi anına kadar rıza vermemiş olan rehin veren veya kefil, sonradan icazet verirlerse bunun etkisi ne olur? Böyle bir durumda bir görüşe göre, rehin açısından yeni bir rehin kurulması, kefalet açısından yeni bir kefalet kurulması söz konusu olur.³⁵³

ii. Rıza yazılı şekilde verilmelidir

(a) *Kefalette*

Kefilin rızası yasanın 198/2 uyarınca, yazılı şekil şartına uygun olarak verilmek zorundadır. Yasa bu rıza için açıkça yazılı şekil şartı öngörmüştür.³⁵⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Türk Borçlar Kanunu'nun 198. maddesini karşılayan 178. maddesi üçüncü kişi teminatlarının ancak rıza verilirse borcun üstlenilmesinden sonra güvence işlevi görmeye devam edeceğini söylerken, bu maddede rızanın yazılı şekilde verilmesi gereğini ifade etmemiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefaleti düzenleyen hükümleri arasında yer alan 493. maddesinin 5. bendi bu konuda gerekli düzenlemeyi içermektedir. Hüküm

³⁵⁰Oser/Schönenberger, **OR I**, N.10 zu Art. 178 OR; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S 393; Spirig, **ZürcherKommentar** Art. 178 OR, N 90

³⁵¹Becker, böyle bir rızanın sınırlı hallerde geçerli olabileceğini ifade etmiştir. (Art. 178, N 14; Spirig, **ZürcherKommentar**, N 92)

³⁵²vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, S. 393; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 586;

³⁵³Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N. 93, 94; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 393; Oser/Schönenberger, **OR I**, N 10 zu Art. 178 OR

Bu konuda aksi görüş için bkz. TheodorSoergel, **Kommentar zum BGB, 12. Auflage**, 1998, N 4 zu 418 BGB

³⁵⁴vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 393; Maurer, **Schuldübernahme**; Oser/Schönenberger, **OR I**, N 10 zu Art 178 OR; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N 103

uyarınca, borcun üstlenilmesinde kefaletle sağlanan güvencenin devamının ancak kefilin yazılı rızasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu ise, kefaletle ilgili bu düzenlemeyi borcun üstlenilmesi hükümleri arasında düzenlemiştir.

(b) Rehinde

Rehin veren üçüncü kişinin onayı için de yine Türk Borçlar Kanunu'nun 198/2 maddesine göre, yazılı rıza verilmesi gerekir. Yasa sözü geçen maddede, rehin veren üçüncü kişi için de güvence verilmesinden doğan sorumluluğunun devam etmesi için yazılı rıza gerektiğini açıkça ifade etmiştir.

İsviçre hukukunda ise, bu rıza için yazılı olma şartı aranmamaktadır. Rıza, herhangi bir şekil şartına tabi değildir.³⁵⁵ Hatta suskun kalarak zımnen rıza gösteren davranışlarla dahi rızanın verilmesi mümkündür. Önceden yapılmış bulunan rehin sözleşmesi için İsviçre Medeni Kanunu madde 900 uyarınca yazılı şekil şartı aranmaktadır.

Belirtildiği gibi, Türk Borçlar Kanunu, rehnin de kefalet gibi, rehin verenin yazılı rıza göstermesine bağlı olarak borcun üstlenilmesinden sonra güvence sağlamaya devam etmesi yönünde düzenleme getirmiştir.

Rehinle güvence altına alınmış bir alacak el değiştirdiğinde, alacağa bağlı olan rehin hakkının sahibi de değişmiş olur. Alacağı devralan, aynı devreden gibi, borcun ödenmemesi halinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçebilir.

Ancak teminat altına alınan alacağın borçlusu değiştiğinde, borçlunun ödeme gücüne güvenen rehin verene, buna onay vermesi, böylelikle, borcu üstlenecek olan kimsenin borcu üstlenenin ödeme gücü ve riskleri hesaplayıp, teminat sağlamaya devam edip etmeyeceğini kararlaştırması imkanı tanınmış olur.

³⁵⁵Bucher, **Obligationenrecht**, s. 586; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N. 100

iii. Rıza beyanının içeriği

Borca güvence vermiş olan üçüncü kişi durumundaki kefil ya da rehin verenin, borcun üstlenilmesine rıza gösterirken sadece bunu ifade etmesi yeterlidir.³⁵⁶ Daha açık bir deyişle, genel olarak borcun üstlenilmesine rıza göstermesi halinde teminatın borcu üstlenen dönemde de devam edebilmesi için yeterli irade açıklamasını yapmış sayılır.

Sağladığı teminatın borcun üstlenilmesinden sonra da ayakta kalmasını isteyen kefil ya da rehin veren üçüncü kişinin, yaptığı rıza beyanında teminatın türü ya da içeriği ile ilgili herhangi bir açıklama yapması gerekliliği bulunmamaktadır.³⁵⁷

Belirtmek gerekir ki, teminat verenin göstereceği rıza borcun üstlenilmesinin bir unsuru değildir.³⁵⁸

Teminat verenin iradesinin zımnî şekilde rıza vermek olduğunun düşünülebilmesi için davranışlarının açık ve anlaşılır şekilde onay iradesinin varlığını ifade etmesi gereklidir.³⁵⁹

c. Kanuni Rehin bakımından borcun üstlenilmesinin etkisi

Kanunî rehinler, rehin veren ile rehin hakkı sahibi arasında bir rehin kurma işlemiyle değil, kanun gereği doğan rehin haklarıdır. Dolayısıyla, denebilir ki, kuruluşlarında rehin verenin bu hakkı kurma yönünde bir iradesi bulunmamaktadır.

Bu tespiti yaptıktan sonra, borcun üstlenilmesinin etkisi bakımından bu özelliğin nasıl bir rol oynadığı dikkate alınmalıdır.

Öncelikle tekrar hatırlatmak gerekirse, teminat veren üçüncü kişilerin, bu teminatlarının devamı bu kişilerin borcun üstlenilmesine rıza göstermeleri ile mümkün oluyordu. Bunun da amacı, teminat verene, teminat verirken sahip olduğu gibi, borçlunun ödeme gücünü değerlendirerek, ona göre teminat verip vermeme

³⁵⁶Oser /Schönenberger, **OR I**, N 10 zu Art. 178; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178, N. 96

³⁵⁷Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178, N. 96

³⁵⁸Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 N 98

³⁵⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178, N 97

kararı verebilme olanağı sağlamaktır. Dolayısıyla, teminat verenin iradesine göre teminat devam edecek ya da etmeyecektir.

Oysa kanuni rehin haklarında durum böyle değildir. Yasanın tanımladığı belirli durumlarda, yasa, alacak hakkı sahibine, o malvarlığı kalemi üzerinde rehin hakkı kurabilme olanağı sağlamaktadır. Üzerinde rehin kurulacak olan taşınırın maliki olan borçlunun, bu işleme katılması aranmaz. Demek oluyor ki, rehin kuruluşunda yasanın tanımladığı alacak ilişkisinin doğmuş olması yeterli olmaktadır.

Bu konuyu bir örnek üzerinden tanımlamak gerekirse, inşaatçı ipoteği örneğinden faydalanmak mümkündür. İnşaatçı ipoteğinde, inşaat alacağı olan alacaklıya, kanunen, malikin irade beyanı gerekmeksizin, kendi talebi ile ipotek kurma olanağı tanınmıştır. Buna göre, alacaklının talebi ile ipotek tapuya tescil edilecektir.

Hal böyle iken, borcun üstlenilmesi ile borçlu değiştiğinde dahi, teminatın devam etmesi esas olmalıdır. Nitekim öğretide hakim görüş³⁶⁰ de bu yöndedir.³⁶¹

Aksi yönde görüş belirten yazarların bir kısmı,³⁶² bu teminatlar bakımından bir ayırım yapmamak gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bir kısmı³⁶³ ise, alacaklının borcun üstlenilmesini kabul etmesinin arka planında, varolan teminatlara ihtiyaç olmadığı yönündeki düşüncesinin varlığını ileri sürmüşlerdir.

Bu açıdan, denebilir ki, kuruluşunda malikin işleme katılması ve irade beyanında bulunması aranmaksızın kurulabilen kanuni rehin hakları, borcun üstlenilmesi halinde, yine malikin rıza vermesine ihtiyaç olmaksızın, alacak için teminat oluşturmaya devam edecektir.

Prensipier hapis hakkı bakımından da aynı yönde değerlendirilmektedir.

Alıkoyma hakkı da borcun üstlenilmesi nedeniyle incelenmelidir. Alıkoyma hakkı borçluya ait bir eşyanın iadedden kaçınılması olanağı tanıyan bir haktır. Yoksa

³⁶⁰Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 178 OR N. 9; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 178 OR, N. 79; Claire Huguenin, **ObligationenrechtAllgemeinerTeil**, 3. Auflage, **Zürich 2008**, N. 1394; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 683; Kahraman, **Borcun Dış Üstlenilmesi**, s. 293 vd.

³⁶¹ Aynı görüş, hapis hakkı bakımından da geçerlidir.

³⁶²Weber, §418

³⁶³Rieble, **StaudingersKommentar**, §418, N 15

rehin hakları gibi, eşyanın satılarak, alacaklının elde edilen gelirden tatmin edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Alıkoyma hakkına sahip bir alacaklı, borcun üstlenilmesini kabul ettiğinde, artık alıkoyduğu eşya, borçlusuna ait bir eşya olmaktan çıkacağı için, alıkoyma hakkı da sona erer.³⁶⁴

Öğretinin ağırlıkla savunduğu görüşe uygun olarak, yasa koyucunun 198/2 hükmünü düzenlerken güttüğü amacın, kanuni ipotek ve hapis hakkı bakımından gerçekleşmediği ve bu bakımdan borçlunun değişmesi sonrasında da alacağın teminatını oluşturmaya devam edeceği kabul edilmelidir.

d. Diğer Özel Durumlar

1. Borcun üstlenilmesinin, *mahkeme kararı* ya da *yasagereği*, veya *yetkili merci kararı* ile de gerçekleşmesinin mümkün olduğuna daha önceki bahislerde değinilmişti. Böyle bir durumda, anlaşılır olduğu üzere, alacaklının da rızasının alınmasına ihtiyacı olmaksızın, borç el değiştirmiş olacaktır.

Alacaklının herhangi bir şekilde kabul beyanında bulunmadığı böyle bir halde, bir de rıza bulunmaması nedeniyle, teminatların ortadan kalkması söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla, böyle bir durumda borcun teminatı olan kefalet ya da rehin için rıza aranmaksızın teminatın devam edeceğini kabul etmek daha doğrudur.

2. Bunun dışında borcu üstlenilen borçlunun *iflas etmiş* ya da *aciz halinde* bulunduğu hallerde de borcun üstlenilmesinin söz konusu olması da mümkündür.

Böyle bir durumda, borcu teminat altına almak üzere daha önce üçüncü kişiler tarafından verilmiş bulunan teminatların durumunun nasıl seyredeceğine ilişkin açık bir hüküm Türk Borçlar Kanunu'nda yoktur. Ancak, yasanın rehin ve kefaletle ilişkin hükmün düzenleniş amacından yola çıkarak bir sonuca ulaşmak mümkündür.

İsviçre hukukuna göre, borçlunun iflası, alacaklı açısından zorunlu bir durum doğurduğu için, böyle bir durumda teminatların varlığı devam etmelidir,

³⁶⁴ Suat Sarı, **Alıkoyma Hakkı** s. 87

denilmektedir.³⁶⁵ Zira alacaklı, üçüncü kişinin kefaleti ya da rehin göstermesi karşısında borçluya kredi sağlamıştır.

Borç için teminat vermiş olan kefil ya da rehin veren üçüncü kişi, bundan sonra iflas etmiş ya da aciz halindeki borçlunun borcu üstlenildiğinde, sırf kendisi için koşullar her halükarda iyileşmiş sayılacağı için teminat vermeye devam etmesi zorunluluğu düşünülmemelidir.³⁶⁶ Zira meseleye diğer yönden bakılırsa, kefil ya da rehin veren için borcun üstlenilmesinin, bu yükümlülükten kurtulmak için bir olanak olarak değerlendirilebileceğini düşünmek mümkündür.

Ne var ki, İsviçre hukukunda öğretinin kabul ettiği görüşün dayanağı da gözden kaçırılmaması gereken bir ayrıntıdır. Şöyle ki, iflas, alacaklının kabullenmekte zorunlu olduğu bir durum doğurmaktadır. Bu durumda aciz halindeki borçlu ile iflas etmiş borçlu arasında bir ayırım yapılması da mümkündür. Ancak yeknesak bir uygulama, tarafların hepsi için daha doğru olacaktır.

Sonuçta, alacaklı aciz halinde ya da iflas etmiş bir borçludan alacağını elde edememiş olup, teminatlara başvurma olanağı bulunmakta iken, borcun üstlenilmesini kabul etmesi, teminatlar açısından bir beklentisi olmadığını düşündürebilir. Böyle bir durumda, çok büyük bir ihtimalle alacağını daha kolay tahsil edeceği bir yöntem olarak borcun üstlenilmesini tercih etmiş olan alacaklının teminatlardan yararlanmasının teminat verenin rızasına bağlı olması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.³⁶⁷

3. Garanti sözleşmesi, inançlı temlik ve benzeri sair teminat işlevi gören sözleşmeler bakımından, rehin ve kefalet gibi, teminat verenin rızası varsa, teminat yükünün devam edeceği ya da benzeri bir içerikte bir hüküm bulunmamaktadır.

³⁶⁵ Spirig, *Zürcher Kommentar*, Art. 178 N. 99

³⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, rehinle teminat altına alınmış bir alacak için önce rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmak gerekir. Alacağın rehlin paraya çevrilmesi ile karşılanmayan kısmı için borçlunun kişisel sorumluluğuna gidilebilir. Eğer borçlu başka bir borcu için iflas yoluyla takip altına alınmışsa ve hakkında açılmış iflas mevcutsa, bu durumda alacaklı henüz muaccel hale gelmemişken ya da takibi başlatmadan iflas eden borçlusundan alacağını elde etmenin yollarını aramaktadır. (İflas muacceliyet ilişkisi kontrol. Adi kefalet ile teminat altına alınmış bir alacak için ise, borçlu hakkında aciz vesikası alındıktan sonra kefile başvurmak mümkündür.

³⁶⁷ Aynı yönde ama farklı gerekçelerle Kahraman, *Borcun Dış Üstlenilmesi* s. 295

Buradan anlaşılması gereken, bu sayılan örneklerdeki gibi işlemlerin, borcun üstlenilmesi sonrasında ayakta kaldıkları mıdır, yoksa ortadan kalktıkları mıdır?

Hukuk hayatında, genel prensipler oluşturmak esas olmalıdır. Bu nedenle de her işlem için ayrı ayrı uygulama prensibi oluşturmak, tarafları belirsizliğe iter ve tarafların sürekli bir çözüm arayışında beklemede kalmalarına, herhangi bir işlem yapamamalarına neden olur. O yüzden gaye, genel bir prensip oluşturup, genele çözüm üretecek bir cevaba ulaşmak olmalıdır.

Bu fikirle, konu incelendiğinde şu yolla bir prensibe ulaşılması mümkündür. Borcun üstlenilmesinin temel tanımı, borçta hiçbir değişikliğe yol açmadan, sadece borçlunun değişmesidir. Bu prensipten borca ilişkin teminatlarda ayrılmak gerekliliği, yasada rehin ve kefalet açısından tanınmıştır.

Buradan hareketle, şöyle bir yol izlenmelidir: Yasanın sadece rehin ve kefalette bir istisna tanıdığı, teminatın ayakta kalması için rıza aranacağı ifadesinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hakkında rıza ile ilgili bir düzenleme bulunmayan teminat ya da teminat benzeri işlemler bakımından borcun üstlenilmesi bir değişiklik doğurmamalıdır, bunlar borcun üstlenilmesinden sonra da ayakta kalmaya devam etmelidir.

8. BORCUN ÜSTLENİLMESİNİN BORÇLUNUN SAVUNMA OLANAKLARINA ETKİSİ

a. Genel Olarak

Borçlunun değişmesinin sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında, yasa koyucu, savunmalara ilişkin sonuçları da düzenlemiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 199. maddesinde Savunmalar başlığı altında borcu üstlenenin borun üstlenilmesinden sonra kullanabileceği ya da kullanamayacağı savunmalar belirtilmiştir.

Hüküm şu şekildedir:

TBK m. 199

“Üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri süreme hakkı, yeni borçluya geçer.

Dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça yeni borçlu, alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunamaz.

Yeni borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez.”

Yasanın bu hükmünün varlık nedeni, borcun üstlenilmesinde borcun hiçbir değişiklik göstermemesini, ama borçlu ve üçüncü kişileri de göz önüne almayı sağlamaktır. Diğer bir deyimle borcun üstlenilmesinin kolaylaştırılmasıdır.³⁶⁸ Borcu üstlenen bakımından savunmaların bu çerçevede kısıtlanması, alacaklının borcun üstlenilmesine onay vermekle, şu andaki durumuna kıyasen kayba uğramamasını sağlamak içindir.

Ancak ileri sürülebilecek savunmalar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, savunmanın önceki borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden değil, üstlenilen (dar anlamdaki) borçtan kaynaklanması gereğidir. Diğer bir deyişle, borcu üstlenen, borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaları, üstlenilen borca ilişkin olmaları kaydıyla ileri sürebilir.³⁶⁹

Burada söz konusu olan savunmalar, en geç borcun üstlenilmesi sırasında var olan savunmalardır. Zaten aksi halde borç ilişkisinden kaynaklandıklarından bahsedilemez.³⁷⁰

Borcu üstlenenin borçlunun borcun üstlenilmesi anındaki yükümlülüğü ile yükümlenmek istemesi, tek ölçüt değildir, üstlenme daha çok borcu üstlenen ile alacaklı arasındaki borcun üstlenilmesi sözleşmesi (dış üstlenme sözleşmesi) ile kararlaştırılan şekilde gerçekleşir.³⁷¹

Savunmalardan anlaşılması gerekenleri şöyle bir ayrıma tabi tutmak mümkündür:

³⁶⁸Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 4

³⁶⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 61

³⁷⁰Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 179 OR, N. 6;

³⁷¹vonTuhr /Escher, **Obligationenrecht**, s. 390; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 62

1. Kişisel savunmalar
2. Üçlü ilişkiden kaynaklananlar

Kişisel savunmalar, borçlunun ve alacaklının kişisel savunmalarından ibarettir.

Diğerleri ise, kaynağını, üstlenilen borçta, iç ilişkideki üstlenme taahhüdünde, bu taahhüde bağlı yapılan hukuki işlemde, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinde, bunun hukuki sebebinde bulur.³⁷²

Bunlardan, borcu üstlenene ileri sürebilmesi olanağı verilmiş olanları tespit etmek gerekirse, bunlar: kendi kişisel savunmaları, borç ilişkisi ve borcun üstlenilmesi sözleşmesi ve bunun hukuki sebebinden doğan savunmalardır.

b. Savunmalar

(1) Borca ilişkin savunmalar

Borcu üstlenenin önceki borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan savunmaları ileri sürmesine imkan tanınmıştır.

Borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalar, üstlenilen borcun doğumuna, geçerliliğine, ortadan kalkmasına ya da sona ermesinden kaynaklanan savunmalardır.³⁷³

Bu savunmaları tanımlarken, bunun önceki borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden değil, üstlenilen borçtan doğması gerektiği dikkatten kaçmamalıdır.³⁷⁴

Tam iki taraflı bir sözleşmede, borcu üstlenenin savunması ile doğacak sonuç, sözleşme ilişkisinin baştan itibaren ortadan kalkmasına neden oluyorsa, borcu üstlenenin, savunması ile bu sonucu doğuracak bir kudretinin olması doğru değildir. Zira bu durumda, önceki borçlu ve alacaklının varsa daha önce elde ettikleri

³⁷²Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 179 OR, N. 2; Becker, **BernerKommentar**, Art. 179 OR, N. 1; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 OR, N. 7

³⁷³vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 390; Keller/Schöbi, **SchuldrechtIV**, s. 82;

³⁷⁴Gauch/Schluep, **Obligationenrecht**, N 3728; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 83; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 OR, N.

edimlerin iadesi gerekecektir, bunun için ise önceki borçlunun da bu savunmayı ileri sürmesi aranmalıdır.³⁷⁵

Borcu üstlenen, borç ilişkisine dayanan ve borçtan kaynaklanan bir savunma ileri sürerek de olsa, kurucu yenilik doğuran bir işlem yapamayacaktır. Borcun üstlenilmesi ile ilgili meselelerde hep gözönünde tutulması gereken husus, borcu üstlenenin, sözleşmenin bir tarafı olmadığı, sadece belirli dar anlamda bir borcun borçlusu haline geldiğidir.³⁷⁶

Tartışmalı bir konu da, önceki borçlunun sözleşmenin yapılması sırasında iradesinin sakatlanmasının söz konusu olduğu hallerde, bunu borcu üstlenenin ileri sürüp süremeyeceği meselesidir. Önceki borçlunun, irade fesadı nedeniyle sözleşmenin bağlayıcı olmadığını ileri sürmek için kendisine tanınmış olan süreyi geçirmiş, ya da sözleşme ile bağlı olmayı kabul ettiğini beyan etmişse, bu halde artık borcu üstlenenin de bu savunmaya dayanamaması gerekir.³⁷⁷ İradenin hata veya hile ya da korkutma sonucu sakatlanması bu yaklaşımda bir fark yaratmalı mı yaratmamalı mı sorunu var mıdır, değerlendirmek gerekir.

Borcu üstlenenin sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle, örneğin iki taraflı sözleşmede ödemezlik defi ileri süremeyeceği (EinrededesnichterfülltenVertrags) açıktır.³⁷⁸

Yine iki taraflı sözleşmeden doğan bir ifa güçsüzlüğü savunması, borcu üstlenenin ileri süremeyeceği bir savunmadır.³⁷⁹

Borcu üstlenenin, bu savunmaları ileri sürmesinin tek yolu, borçtan kurtulan önceki borçlu tarafından bunu ileri sürmek üzere yetkilendirilmiş olması halidir.³⁸⁰

³⁷⁵Becker, **BernerKommentar**, Art 179 OR, N. 9; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 OR, N. 35

³⁷⁶Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 OR, N. 37

³⁷⁷vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 390 N 79; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 585; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 38

³⁷⁸ Ancak örneğin, satış sözleşmesinde, satış konusunun mülkiyetinin geçmemesi karşısında ödemezlik definde bulunamayacak olan borcu üstlenenin, mülkiyetin devredilmesi gerçekleşirse borcun üstlenilmesine uyacağı yönünde bir savunma yapmasının mümkün olduğu hakkında bkz. Becker, **BernerKommentar** Art 179, N 5; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 N 41

³⁷⁹ Bu kural ödünç sözleşmesi için de geçerli kabul edilmektedir. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N 42

³⁸⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 43

Bu başlık altında bahsi geçen savunmalara kısaca değinmek yerinde olacaktır.³⁸¹

- *Hak ehliyetinin bulunmaması*

Ölen sözleşme tarafının cenin halindeki miras

çısı, kurulmakta olan tüzel kişilik örneklerinde olduğu gibi.

- *Fiil ehliyetinde eksiklik*

Borçlunun fiil ehliyetinde bir eksiklik bulunması halleridir. Sözleşmenin taraflarından birinin ehliyetindeki eksiklik, örneğin tüzel kişinin organı bakımından veya gerçek kişinin kısıtlı, sınırlı ehliyetli olması halleri gibi.

- *Borçlandırıcı işlemin geçersizliği*

Geçerlilik şeklinin eksikliği, imkansızlık, yasaya aykırı içerikte bir sözleşme yapılması hallerinde olduğu gibi.

- *Tek taraflı bağlamazlık*

Sadece borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi bakımından söz konusudur.

- *Sebepsiz zenginleşme*
- *İfanın ertelenmesi*
- *Borcun sona ermesi*

İfa, üstlenilen borcun ödenmesi, borcun üstlenilmesinden önce borçlunun borçtan kurtulması, yenileme, borcun üstlenilmesinden önce birleşme, takas, borcun üstlenilmesinden önce dolmuş olan zamanaşımı gibi olgular.

Zamanaşımı açısından bazı hususlara değinmekte yarar bulunmaktadır. Borcun üstlenilmesi sırasında işlemeye başlamış zamanaşımı, üstlenmeden sonra da işlemeye devam eder. Bu prensip borcu üstlenenin yararına bir prensiptir. Zamanaşımının kesildiğinin kabul edildiği hal ise..

- *Geciktirici veya bozucu şart*
- *Maldaki ayıp nedeniyle satış bedelinde indirim*

³⁸¹ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 390; Keller/Schöbi, **Schuldrecht IV**, s. 82; Gauch/Schluemp, **Obligationenrecht**, N 3727; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 44 vd.

- *Ifadan kaçınma*
- *Alacağın belirsiz olması*
- *Yargı kararı*

Borcun hiç varolmamış ya da ödeme ile ortadan kalkmış olduğu hallerde, borcun dış üstlenilmesinden önce gerçekleşmiş bu olgular nedeniyle artık borcun üstlenilmesi mümkün değildir.

Borçtan kurtulan önceki borçlu, borcun üstlenilmesinden önce mevcut bir savunmasını ileri sürmekten kaçınmışsa, artık borcu üstlenenin de bu savunmayı ileri sürememesi gerekir.

Zamanaşımına uğramış bir borç üstlenilmişse, bunun borcu üstlenenin artık zamanaşımı savunmasını ileri sürmekten imtina ettiği şeklinde değerlendirilmesi gerekir.³⁸²

(2) Önceki borçlunun kişisel savunmaları

Önceki borçlunun kişisel savunmaları kavramından anlaşılması gereken, üstlenilen borç ile bağlantılı olmayan, önceki borçlunun alacaklı ile bu borç dışındaki ilişkilerinden doğan savunmalardır.³⁸³

İradenin sakatlanması hallerinin varlığında borcu üstlenen tarafından bunun ileri sürülmesi mümkün görülmemektedir. Zira, iradesi sakatlanan kişiden başkasının sakatlığın oluşunu değerlendirmesi mümkün olmamalıdır. Yasanın bu konudaki düzenlemesinin de altında bu mantık yatmaktadır. Hal böyle iken borcu üstlenene, irade sakatlığı hallerinden birinin varlığı nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilmesi olanağı tanınmamalıdır.³⁸⁴

Borcu üstlenen önceki borçlunun takas hakkını ileri süremez. Bunun nedeni, takas hakkının, borcun üstlenilmesi anında mevcut olsa bile, ancak borçlunun üzerinde tasarruf edebileceği bir edim alacağından doğmasıdır.³⁸⁵

³⁸²vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 391; Becker, **BernerKommentar** Art. 179, N. 10; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 60

³⁸³vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 391; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179 OR, N. 68

³⁸⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 69

³⁸⁵vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 391; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 179, N. 7; Becker, **BernerKommentar**, Art. 179, N. 3; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 71

Bağışlama sözleşmesinde bağışlayan durumundaki önceki borçluya ait bir savunma da, yine borcu üstlenen tarafından ileri sürülemeyecektir. Bunun nedeni ise, borcu üstlenenin borçlunun yerine geçmekle, bağışlama sözleşmesinin tarafı olmamasıdır. Bağışlama sözleşmesinde bağışlamadan kaçınma olanağı veren savunmaları da bu nedenle ileri süremeyecektir.³⁸⁶

Borcu üstlenene davada yetki itirazında bulunma olanağı da kabul edilmemektedir.³⁸⁷

Fakat yasada, tarafların bu durumun aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu da ifade edilmektedir. Burada “dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça” ifadesinden, tarafların, işin doğasına uygun şekilde, alacaklı ve borcu üstlenen olduğu anlaşılmaktadır.³⁸⁸ Yani bunun kararlaştırılacağı sözleşme, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki üstlenme taahhüdü niteliğindeki işlem değildir.

(3) İç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar

Yasanın savunmalar bakımından koyduğu bir sınır da, borçlu ile borcu üstlenen arasındaki borcu üstlenme taahhüdünden doğan savunmalara ilişkindir. 199. maddenin son fıkrası, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir. Bu savunmalar hiçbir şekilde dikkate alınmaz. Zira bu hukuki ilişki, borcun üstlenilmesi oluşturan bir unsur değildir. İç üstlenme sözleşmesi, borcu üstleneni dış üstlenme sözleşmesi yapmaya sevk eden bir hukuki ilişki doğurmuştur.³⁸⁹

Görüldüğü üzere, hükmün bu fıkrasında, borçlu ile borcu üstlenen arasında bir iç üstlenme sözleşmesinin var olması durumuna uygun bir düzenleme yapılmıştır.

³⁸⁶ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht** s. 391; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 72

³⁸⁷ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 179, N. 7

³⁸⁸ Yasanın bu maddesinin kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olan 179. maddesinde de, sözleşmenin alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan sözleşme olduğunu belirten ifadede bu husus anlaşılmaktadır.

³⁸⁹ Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N 80

Borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar belirlenmeye çalışılırken, bu taahhüdün hukuki sebebi de birlikte düşünülmelidir.

Borçlar Kanunu'nun 199/3 düzenlemesi ile alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün olmayan savunmalara birkaç örnek verilmesi yerinde olacaktır.³⁹⁰

- Borcun üstlenilmesi taahhüdünde iradenin sakatlanmış olması halinde, borcu üstlenen bunu alacaklıya karşı ileri süremeyecektir.
- Borcu üstlenenin, alacaklının haberi olmaksızın, borçlu tarafından yanlış ya da eksik bilgilendirilerek örneğin bir teslimli taşınır rehni ile sağlanmış bir teminat bulunduğu kanaati uyandırılarak, borcu üstlenmesinin sağlanmış olması halinde, borcu üstlenen bunu ileri süremeyecektir.
- Borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinde borçlunun edimini ifa etmemiş olması halinde, borcu üstlenen bunu alacaklıya karşı ileri süremeyecektir.
- Sadece borçluya özgü ibra

Ancak alacaklının bu düzenlemeye iyi niyetli olmayan şekilde dayanması korunmayacaktır. Hakkın kötüye kullanılması oluşturan şekilde de 199/3 hükmüne dayanılamayacaktır.³⁹¹

Borcu üstlenen burada açıklanmaya çalışılan savunmalarla bir sonuç elde edemeyecektir. Bir davanın reddini, karşı davanın kabulünü sağlayamayacağı gibi, cebri icrayı da engelleyemeyecektir.³⁹²

Bazı hallerde, borcu üstlenen, borçlu olduğu sanılan bir borcu üstlenir, ancak bunu da alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Ancak (önceki) borçluya karşı bir sebepsiz zenginleşme talebi elde edecektir.³⁹³

³⁹⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 87

³⁹¹Becker, **BernerKommentar**, Art. 179, N.5; Bucher, **Obligationenrecht**, s. 586

³⁹²Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 88

³⁹³Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 179, N. 89

E. ÖZEL HÜKÜMLER

Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin konusu, mirasın paylaşılması ve rehinli taşınmazların devri konusunda ise, bu halde bu konulara ilişkin özel hükümler Borçlar Kanunu'nun 204. maddesi ile saklı tutulmuştur.

1. MİRASIN PAYLAŞILMASINDA

Mirasın paylaşılmasında borcun üstlenilmesi ile ilgili özel hüküm Medeni Kanun'un 681. maddesidir. Bu hükmün amacı, tereke borçları açısından alacaklıların korunmasıdır. Maddenin ifadesine göre, alacaklının borcun bölünmesi ya da devredilmesine açık ya da örtülü olarak rızası yoksa, bu halde mirasın paylaşılmasından sonra dahi mirasçılar bu borçlar açısından bütün malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumludurlar.³⁹⁴

Miras bırakanın borçlarının taksimi, mirasçılarının iç ilişkilerine dair bir konudur. Mirasçılarının aralarında borçların taksimine ilişkin bir ³⁹⁵ anlaşma bulunmadığı takdirde, Medeni Kanun'un 682. maddesinin 3. fıkrasına göre, borçlar mirasçılar arasında miras hisseleri oranında taksim olunmuş kabul edilir. Mirasçılar borçların taksimi için bir anlaşma yapma yoluna giderlerse bu anlaşmayı mirasın taksimi ile birlikte yapabilecekleri gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapabilirler.

Mirasçılarının mirasın paylaşılması ile birlikte borçların da paylaşılmasına ilişkin anlaşmayı yapmaları halinde, bu anlaşma da mirasın paylaşılması anlaşması gibi, yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Ancak mirasçılar borcun paylaşılmasını ayrı bir sözleşme olarak yaparlarsa, bu halde hangi geçerlilik şekline uygun yapılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Erman, bu halde de sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının ispat kolaylığı bakımından doğru olacağını düşünmektedir.³⁹⁶

³⁹⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 183 OR, N. 18; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 401, Becker, **BernerKommentar**, Art. 183 OR, N. 1; Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 183 OR, N. 2

³⁹⁵ Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 9. Basım, İstanbul 2013, s. 585

³⁹⁶ Erman, **Miras Hukuku**, s. 586

Borçluların aralarında yaptıkları bir anlaşma ile tereke borçlarını paylaşmaları, bir borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine benzer bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.³⁹⁷ Bu bakımdan da borcun üstlenilmesinin özel bir türü olarak kabul edilir.³⁹⁸

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, mirasçılardan aralarında yaptıkları ve borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi benzeri olan bu paylaşma sözleşmesinin bir borçlar hukuku işlemi olmayıp, salt bir miras hukuku işlemi olmasıdır.³⁹⁹ Dolayısı ile doğrudan bir borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi gibi değerlendirilmemelidir.

Diğer yandan borcun paylaştırılmasının mirasın paylaştırılmasından sonra ayrı bir anlaşma ile yapılmış olması halinde bu sözleşmeye Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekebilir. Böyle bir durumda Borçlar Kanunu 195 ve (terekede bir işletmenin aktif ve pasifiyle miras paylaşımında alınması halinde) 202. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

Ancak mirasçılardan aralarında yaptıkları, borçların paylaşımına dair sözleşme, bir iç üstlenme sözleşmesi benzeri olması itibarıyla sadece iç ilişkiyi ilgilendirmektedir.

Bundan sonra alacaklılar tarafından bölünmesine ve paylaşılmasına açık ya da örtülü olarak rıza gösterilmemiş borçlar bakımından alacaklıya karşı mirasçılardan tamamı, tüm malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumlu olacaklardır.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Mirasın paylaştırılması ile birlikte tereke borçları da mirasçıya yükletiliyorsa, bu halde Borçlar Kanunu'nun 202. maddesi anlamında bir malvarlığı devri görünümü bulunmaktadır.

³⁹⁸ Erman, **Miras Hukuku**, s. 586

³⁹⁹ Erman, **Miras Hukuku**, s. 586

⁴⁰⁰ Yargıtay 13. HD., 22.3.1979 T, 1979/959 E., 1979/1435 K. sayılı karar:

“Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilâmda yazılı nedenlerden dolayı 1875' er liranın davalılardan Saniye ve Ali Osman'dan alınarak davacıya verilmesine ilişkin olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşuldu:

Davacı, davalıların miras bırakanında harici senetle satın aldığı tapulu taşınmaz payı için verdiği 15000 liranın satışın geçersiz olması nedeniyle ödetilmesini istemiştir.

Davalılar, Nazife, Selime ve Şaziye, davacının dayandığı satış senedindeki imzanın miras bırakanlarına ait olmadığını savunmuşlardır. Davalılardan Fatma duruşmaya gelmemiş ve yazılı savunmada bulunmamış, Ali Osman ve Saniye ise mahkemeye verdikleri ortak imzalı dilekçede davayı aynen kabul ettiklerini bildirmişlerdir.

Mahkemece, veraset belgesindeki paylarına göre 1875'er liranın davayı kabul eden davalılar Ali

Alacaklının tereke borcunun bölünmesine ve paylaşılmasına rıza göstermiş olduğu halde ise, mirasçılarının müteselsil sorumluluğu sona erer. Alacaklının rızası, borcun dış üstlenilmesi gibi etki doğurmakta, müteselsil borçluları teselsül halinde borçtan kurtararak üstlenen mirasçıdan ifanın beklenmesine yol açmaktadır. Alacaklının rızasının talep edilmesi, ona mirasçılardan herhangi birinin borcun üstlenilmesini bildirmesi ile olur. Burada borcu üstlenen dışındaki mirasçıların bu bildirimi yapabilmeleri için, önceki borçlunun alacaklıya öneri göndermesinde (BK m. 196) olduğu gibi, borcu üstlenenin izninin alınması gerekmemektedir.

Alacaklının rıza beyanının şekle bağlı olduğu hususunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. İspat kolaylığı bakımından yazılı şekilde yapılması önerilmektedir.⁴⁰¹

Alacaklının nasıl rıza göstermiş sayılacağı konusunda ise, Borçlar kanunu 196/3 hükmündeki gibi borcu üstlenenin yapacağı ödemenin kabulünün borcun paylaşılması ve üstlenilmesine rıza anlamı taşımayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, tereke borcundan müteselsilen sorumlu olan diğer mirasçılardan herhangi birinin, paylaşımından önce dahi böyle bir ödeme yapabileceği, bu nedenle bunun alacaklının rızası olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir.⁴⁰²

Birden çok alacaklının bulunması halinde, bunların tamamı borcun üstlenilmesini kabul etmemişlerse, bu halde mirasçılar kabul eden alacaklılara karşı

Osman ve Saniye'den alınmasına, fazlaya, faize ve masrafa ilişkin isteğin reddine karar verilmiştir.

1 - Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir yolsuzluk görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2 - M.K.nun 528 ve 616. maddeleri hükümleri gereğince alacaklı razı olmadıkça mirasçılar taksimden sonra dahi terekenin borçlarından müteselsilen ve bütün mallarıyla sorumludurlar. Davacı alacağının davalı mirasçılardan müteselsilen alınmasını istemiş olmasına göre davayı kabul eden mirasçılardan alacağın tümünün tahsiline karar verilmesi gerekirken payları oranında alınmasına karar verilmiş olması Usul ve Kanun'a aykırıdır. Davalılarından Ali Osman ve Saniye 3.5.1976 havale tarihli ve davayı kabul ettiklerine ilişkin dilekçeyi ilk oturumda verdikleri anlaşıldığından davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifelerinin 7. maddesi hükmü uyarınca yarı vekâlet ücretine hükmedilmemiş olması bozmayı gerektirir.

(Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr , 05.12.2014

⁴⁰¹ Erman, **Miras Hukuku**, s. 588

⁴⁰² Erman, **Miras Hukuku**, s. 588

müteselsil borçluluktan kurtulacak, kabul etmeyenler açısından ise müteselsil sorumlulukları devam edecektir. Burada her borcun alacaklısı açısından farklı durumların doğabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu prensip bir borcun müteselsil alacaklıları bulunduğu takdirde nasıl uygulanmalıdır? Alacaklılardan birinin dahi üstlenmeyi kabul etmemesi halinde, mirasçıların müteselsil sorumluluğu devam etmelidir.

Mirasçıların paylaşma ve borcu üstlenmelerine alacaklının rıza göstermemeleri halinde sürecek olan müteselsil borçlulukları yasa tarafından bir süre ile sınırlanmıştır. 681. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, paylaşma tarihinin ya da sonradan yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle mirasçıların müteselsil sorumlulukları sona erecektir.

2. REHİNLİ TAŞINMAZLARIN DEVRİNDE

Bu konu ile ilgili açıklamalara daha önce “İpotekli taşınmazın devri ile borcun üstlenilmesi” bahsinde yer verildiğinden, burada kısaca birkaç hususun vurgulanması ile yetinilecektir.

Rehinli taşınmazların devrinde borcun taşınmazın mülkiyetini elde eden yeni malik tarafından üstlenilmesinin görece kolaylaştırılmış olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁰³

Bunun amacı ise, rehinli taşınmazı edinen, dolayısı ile borçluya bir ödeme yapan, ancak halen alacaklının rehnin paraya çevrilmesi talebi tehdidi altındaki yeni malikin korunmasıdır.

Yasa, alacaklı ile borcu üstlenen arasında bir sözleşme gerekliliği yaratmamıştır. Eski malik (aynı zamanda borçlu) ve yeni malikin aralarında borcun üstlenilmesi konusunda anlaşmış olmaları halinde, alacaklıya bunun bildirilmesi yeterlidir.⁴⁰⁴ Alacaklının bu aşamada dahi, kabul iradesi aranmamaktadır. Ancak

⁴⁰³ vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 401; Becker, **BernerKommentar**, Art. 183 OR, N. 2; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 183 OR, N. 24

⁴⁰⁴ Bu bildirim tapu memuru tarafından yapılacak resmi bir bildirimdir. Tapu memuru burada borcu üstleneni temsil etmektedir. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 183, N. 37 vd.

önceki borçlu olan eski malikin borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu yazılı olarak bildirebilmektedir.⁴⁰⁵

Konu bu aşamada ipotekli borç senedi, taşınmaz yükü açısından da incelenmelidir.

F. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNE BAĞLI SONUÇLAR

1. GENEL OLARAK

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinin sonuçları Borçlar Kanunu'nun 200. maddesinde belirlenmiştir.⁴⁰⁶

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinin sonuçları incelenirken, bu sözleşmenin çifte etkisi göz önünde tutulmalıdır. Daha önce de değinildiği gibi, dış üstlenme sözleşmesi, bir yandan borcun borçlusunun değişmesi, borçlu olarak borcu üstlenenin dahil olması, diğer yandan ise önceki borçlunun borçtan kurtulması sonuçlarını doğurduğu için çifte etkili bir işlemdir. İşlemin bu özelliği nedeniyle, bir sebeple sözleşmenin, borcun borçlusunun değişmesine ilişkin sonucunun geçersiz olması, aynı zamanda önceki borçlunun borçtan kurtulmasının da geçersizliği sonucunu doğuracaktır.⁴⁰⁷

Böyle bir durumda, alacaklının menfaatlerinin korunması önem taşımaktadır.

Sözleşmenin hükümsüzlüğü ile ortaya çıkan sonuçlar, sözleşmenin sebebe bağlılığını da gösteren sonuçlardır.⁴⁰⁸ Nitekim, bir yandan dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi ile diğer yandan esasen bu sözleşmede taraf olmamış olan, üçüncü kişi konumundaki önceki borçlunun durumu da doğrudan etkilenmektedir.

⁴⁰⁵Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 183 OR, N. 27

⁴⁰⁶İsviçre öğretisinde, bu maddenin düzenleniş biçiminin genel olarak hükümsüzlük ve geçersizlik kavramlarını özensiz ve teknik olarak hatalı kullandığı yönünde eleştiriler mevcuttur.(Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 13)

⁴⁰⁷Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 180 OR, N. 5; Spirig, **ZürcherKommentar**, N. 5

⁴⁰⁸Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 6

Bu madde bakımından akılda tutulması gereken bir husus, hükümsüzlük sebebinin irade sakatlıklarına dayalı doğması halinde, bu madde kapsamındaki yerinin özelliği olmalıdır. Şöyle ki, hükümsüzlük sebebi irade sakatlıklarından doğuyorsa, bu halde sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğundan ve hükümlerini doğurmaya başladığından söz edilemeyecektir. Burada sözleşmenin durumu askıdadır. Durum bu iken, irade sakatlığına dayanarak sözleşme ile bağlı olmadığını ileri süren tarafın bu beyanı ile, sözleşmenin bağlayıcılığı doğmamış olacağından, burada TBK m. 200 uygulanmamalıdır.⁴⁰⁹ Yine yanılma halinde, sözleşme baştan itibaren hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Ancak yanılan tarafın sonradan açık beyanı ya da örtülü davranışıyla işleme onay vermesi ile sözleşmenin hükümleri doğmaya başlayacaktır.⁴¹⁰ Bu hallerin her birinin burada incelenmesi gerekir.

Sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinin hangi hallerde söz konusu olabileceğine kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır:

- Butlan
- İrade sakatlıkları, esaslı hata⁴¹¹, hile⁴¹², tehdit
- Karşı edimin imkansız hale gelmesi
- Temerrüt nedeniyle dönme
- Bozucu şart

Ancak bu hallerin varlığında dahi, bazen durumun özelliği nedeniyle dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi mümkün olmayabilir. Örneğin saik hatası böyledir.

⁴⁰⁹Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 7

⁴¹⁰vonTuhr/Peter, **Obligationenrecht**, s. 330

⁴¹¹ Borcu üstlenenin ödeme gücü hakkında yanılığa düşmek bu çerçevede değerlendirilmeyecektir.(Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 15)

⁴¹² Hilede alacaklının, sözleşme taraflarından birinin bilgisi dahilinde diğeri tarafından hileye uğratılması, örnek olarak, borçlunun borcu üstlenenin bilgisi dahilinde alacaklıyı hileye uğratması, gibi bir durumun varlığı halinde, borcun üstlenilmesi geçerlidir ve borçlu borcundan kurtulur. (vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 388)

2. ESKİ BORCUN VARLIĞINI SÜRDÜRMESİ

Hükmün düzenleniş biçimine göre yaklaşımı, dış üstlenme sözleşmesinin hangi koşullarda hükümsüz olacağının belirlenmesini değil, borcun üstlenilmesi sonucunda alacaklı bakımından, borcun üstlenilmesi sonucu değişikliğe uğrayan (kaybedilen) hakların bu yeni durum karşısında, yeniden var olmasının özelliklerini, bunun prensiplerini belirlemektir.

a. Borcu üstlenenin borçtan kurtulması

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi durumunda, borcu üstlenen üstlendiği borcun ifası yükümlülüğünden kurtulur.

b. Önceki borçlunun yeniden borçlu olması

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüzlüğü halinde, borcun yeniden varlığını sürdürmesinin bir anlamı da, önceki borçlu konumuna gelmiş ve borçtan kurtulmuş durumda bulunan borçlunun, artık yeniden borçlu sıfatı taşımaya başlamış olmasıdır.

c. Borcun varlığını sürdürmesi

Borç, tüm bağlı borçlarla birlikte tam anlamıyla varlığını sürdürecektir. Borç, dış üstlenme sözleşmesi ile üstlenilmesinden önceki durumu ne idiyse, sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinden sonra yine aynı duruma gelir.⁴¹³

Borcun üstlenilmesinden etkilenmemiş bağlı haklar, sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi sonrasında da bir değişikliğe uğramayacaklardır.

Borcun dış üstlenilmesi ile birlikte sona ermiş bulunan bağlı haklar ise, sözleşmenin hükümsüz hale gelmesiyle yeniden –deyim yerindeyse- hayat kazanır. Bağlı hakların yeniden ayağa kalkması hali, üçüncü kişilerin mağdur olmadığı bir

⁴¹³Spirig, *ZürcherKommentar*, Art. 180, N. 33

şekilde gerçekleşir. Önceki borçlunun yeniden borçlu olması ile, bağlı haklar bakımından da aynı durum yeniden doğmuş olur. Yine daha önce lehine rehin vermiş oldukları ya da kefil oldukları borçlu ile birlikte yükümlülüklerine geri dönmüş olurlar.⁴¹⁴

Bazı özel koşullara tabi olan bağlı haklarda ise, ayrıca bu koşulların yerine getirilmesi gerekecektir. Örneğin, taşınmaz rehninde tapuya tescilin gerekliliği gibi. Bu koşulların mevcut olmamaları halinde, artık alacaklı için bunların yerine getirilmesine dair bir talep hakkı mevcuttur. Alacaklı ortadan kalkmış olan taşınmaz rehninin yeniden kurulmasını isteyebilecektir.⁴¹⁵

d. Üçüncü kişilerin hakları

Dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi halinde, borcun bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürmesinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur. Üçüncü kişiler bakımından söz konusu olan bu haklar da bağlı haklardır.

Bu duruma örnek olarak, rehin verenin, rehin yükünden kurtulduktan sonra satın mülkiyetini devrettiği bir malı iktisap eden üçüncü kişinin durumu gösterilebilir. Benzer şekilde, rehinden kurtulmuş bir mal üzerinde bir başka rehin kurulmuş olması hali de bu çerçevede değerlendirilecektir.

Üçüncü kişiden bahsedildiğinde anlaşılması gereken, bağlı haklar üzerinde hak sahibi olmuş kimselerdir.⁴¹⁶

Üçüncü kişinin iyiniyetinin belirlenmesinde esas olan genel hükümlerde tarif edilen koşullardır.

⁴¹⁴Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 34

⁴¹⁵ Geriye etkili borcun üstlenilmesi sözleşmesinde, bağlı haklar yeniden ayağa kalkmayacaktır.(Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180 N. 37; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 394)

⁴¹⁶ Borçlunun daha önce kendi borcu için rehnedilmiş bir malı iktisap etmesi halinde, borçlu üçüncü kişi sayılmayacağı kabul edilir. (Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 43) Alacaklının bu malı iktisap etmesi halinde, sonradan rehin kurulması mümkündür, ancak malik rehni olacak ve alacaklının alacağını teminat altına almaktan uzak olacaktır.

3. BORCU ÜSTLENENİN GİDERİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

a. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 200. maddesi, 2. fıkrası ile, borcu üstlenenin, alacaklının borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi nedeniyle uğradığı zararları tazmin etme yükümlülüğü altında bulunduğu koşulları belirlemiştir.

Hükmün ikinci fıkrası “Bundan başka” ifadesi ile başlamaktadır. Bunun anlamı, ilk fıkra da açıklanan, borcun varlığını sürdürmesi koşullarının gerçekleşmesidir. Yani alacaklı açısından, borcun varlığını tüm bağlı borçlarla birlikte sürdürmesi esası gerçekleştikten sonra, ikinci fıkra da belirlenen zararların tazminini talep etme olanağı bulunmaktadır. Dolayısıyla ikinci fıkra, birinci fıkra ile birlikte uygulanmaya uygun düzenlenmiştir.

Ancak hemen belirtilmelidir ki, hükmün ikinci fıkrası ile amaçlanan, alacaklının, borcun dış üstlenilmesi öncesindeki durumunun yeniden sağlanması olmalıdır. Yoksa bunun ötesinde bir hedef bulunmamaktadır. Alacaklı, dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi ile ortaya çıkan, üstlenmeden önceki duruma kıyasen olumsuz bir koşul varsa, bunun giderilmesi adına kollarını kullanmaktadır.⁴¹⁷

Alacaklının birazdan koşulları ile üzerinde durulacak olan zararların tazmini için bir talep ileri sürmesi gerekecektir. Alacaklının tazminat talebini ileri sürebileceği kişi, borcu üstlenendir.

b. Zararın Tazmini

(1) Zararın Tanımı

Burada söz konusu olan zarar olumsuz zarardır. Bunun anlamı, zararın, alacaklının, dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinden sonraki

⁴¹⁷Spirig, *ZürcherKommentar*, Art 180, N. 46

malvarlığı durumu ile, dış üstlenme sözleşmesi hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının olası durumu arasındaki farktır.⁴¹⁸

Ancak önceki borçlu, dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesiyle birlikte oluşan durum karşısında, borcunu öderse, bu halde artık alacaklının borcu üstlenenden tazmin etmesini isteyebileceği bir zarar bulunmayacaktır. Bu talep mahkeme tarafından reddedilir.

(2) Güvencenin yitirilmesi

Daha önce de ifade edildiği gibi, borcun üstlenilmesi ile birlikte önceki borçlu döneminde alacak lehine güvence veren üçüncü kişiler, borcun üstlenilmesine onay vermedikleri takdirde, güvence ortadan kalkacaktır. Güvencenin ortadan kalktığı bu dönemde, artık herhangi bir güvence yükümlülüğü kalmayan üçüncü kişi, örneğin rehin verdiği malı elden çıkartabilir, başka kişiler lehine kayıtlayabilir, rehin hakları kurmuş olabilir. Böyle bir durumda iyiniyetli üçüncü kişilerin kazandıkları bu haklar korunacağından, artık borcun üstlenilmesinin hükümsüz hale gelmesiyle birlikte bunların tekrar varolmayacağı açıktır. Böyle bir durumda alacaklının güvenceyi yitirmesi nedeniyle borcu üstlenene karşı zararının tazminini talep hakkı doğar. Keza kefil bakımından da, kefalet ortadan kalktığı dönemde hakkında yapılan takip mevcut olup, artık yeniden var olan kefaletin kefilin gücü bakımından bir teminat oluşturacak durumu kalmamış olabilir.

Birden fazla güvence varken, bunlardan birinin ya da bir kısmının artık var olması mümkün değilse, bu kez de tazminat hesabında bu dikkate alınacaktır.⁴¹⁹

Özel hukuktan kaynaklanan bağlı haklar, özellikle de güvenceler dışında, cebri icra ile ilgili konular da bu çerçevede gündeme gelebilir. Özellikle süreler bakımından doğacak etkiler olabilir.

Yine usul hukuku açısından da taraf değişikliğinin yargılamayı masraf ve süre yönünden etkilemesi nedeniyle doğacak zarar kalemleri olabilecektir.⁴²⁰

⁴¹⁸ Keller/Schöbi, **SchuldrechtIV**, s. 87; vonTuhr/Escher, **Obligationenrecht**, s. 388; Becker, **BernerKommentar**, Art. 180 OR, N. 4; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 50

⁴¹⁹ Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 180, N. 5

(3) İlliyyet Bağı

Alacaklının dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi nedeniyle, daha önce (borcun üstlenilmesinden önce) mevcut bir güvenceyi kaybetmesi ya da başka herhangi bir sebeple uğradığı zarar tazmin edilecek zarardır.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin bağlı haklar ve rüçhan haklarının kaybı sonucu uğranılan zarar ya da başka şekilde alacaklının menfaatinin zedelenmesi halinde tazminat talebine dair hak doğar.

(4) Tazmin Yükümlülüğünden Kurtulma

Borcu üstlenen, alacaklı tarafından kendisine yöneltilebilecek olan zararın giderimi talebinden, ancak, dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse kurtulur (TBK 200/2) Bunun anlamı, iddia ve ispat yükünün borcu üstlenen üzerinde olduğudur. Borcu üstlenen, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında bir kusuru olmadığını ispat edemediği durumda zararı gidermekle yükümlüdür.

Burada borcu üstlenenin kusurunun varlığı kural olarak kabul edilmektedir.⁴²¹ Bu açıdan kusurun varlığı genel olarak borcun ifa edilmemesinde olduğu gibi görünmektedir.

Borcu üstlenen, alacaklının özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle hataya düştüğünü ispat ettiğinde kendisine düşen ispat yükünü yerine getirmiş olacaktır.⁴²²

Bir culpa in contrahendo iddiasında, durumun bu olduğu olayın özelliklerine göre belirlenecektir.⁴²³

⁴²⁰Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 59-60

⁴²¹GeorgHasler, **DieSchuldübernahme in der Theorieund im schweizerischenRecht, Zürich 1911;** s. 109; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 63

⁴²²Oser/Schönenberger, **OR I**, Art. 180, N 6; Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 62

Borcu üstlenenin kusurdan beraatı bazı hallerde güçlük gösterebilir. Bu güçlük olayın özelliklerine göre ortaya çıkabilir. Borcun üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüz kalması ile, alacaklının borcun üstlenildiği dönemde kaybettiği haklar olması halinde dahi, borcu üstlenenin kusursuz olması ve bunu ispat etmesi mümkündür.

⁴²³ Burada yine de culpa in contrahendo sorumluluğun, sözleşme sorumluluğu gibi mi, kusur sorumluluğu gibi mi değerlendirilmesi gerektiği, yoksa kendine özgü bir sorumluluk çeşidi mi olduğu meselesi tartışmalıdır. Spirig, **ZürcherKommentar**, Art. 180, N. 64

SONUÇ

Borcun üstlenilmesi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda Beşinci Bölüm'de, Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri başlığı altında düzenlenmiştir. Bölümün ilk ayrımı Alacağın Devri, ikinci ayrımı ise Borcun Üstlenilmesi başlığını taşır.

Yasada yer veriliş biçiminden de anlaşıldığı üzere, borcun üstlenilmesi borç ilişkisinde bir taraf değişikliği olarak düşünülmüştür. Borcun üstlenilmesi bakımından bu düşüncenin nasıl bir görünümde olduğu bu çalışmada da ortaya konmaya çalışılmıştır. Nitekim borcun üstlenilmesi ile taraflar arasındaki geniş anlamda borç ilişkisinin borçlu yanının değişmesi söz konusu değildir. Çünkü, herşeyden önce belirtilmelidir ki, borcun üstlenilmesinde konu, geniş anlamda borcun, ya da diğer bir deyişle, taraflar arasındaki borç ilişkisinin üstlenilmesi değildir. Geniş anlamda borç ilişkisini etkileyen sonuçlar doğuran sözleşmenin üstlenilmesi gibi kurumlar, borcun üstlenilmesinin bu açıdan farkını ortaya koymak üzere karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Borcun üstlenilmesinde, gerek borçlu ile borcu üstlenen arasındaki taahhüt işleminde, gerek daha sonra alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinde konu edilen borç, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan dar anlamda borçtur.

Taraflar arasındaki borç ilişkisi, tek ve ani edimli bir borç doğurabileceği gibi, sürekli edimler, dönemsel edimler niteliğinde borç doğurması da mümkündür. Borcun bu bakımdan gösterdiği özellik ne olursa olsun, taraflar arasındaki işlem borcun üstlenilmesi ise, sadece dar anlamda borcun üstlenilmesinden bahsedilecektir.

Bazı hallerde, taraflar arasındaki borç ilişkisinden tek bir edim doğabilir, taraflar bu borcun üstlenilmesini istiyor olabilir. Bu halde dahi, borcun üstlenilmesi ile geniş anlamda borç ilişkisinde taraf değişikliği doğuran işlemleri ayırmak, borcun üstlenilmesinin hükümleri açısından önem taşır.

Bunun anlamı, borcu üstlenenin sorumluluğunun tek bir dar anlamda borçtan ibaret olduğudur. Alacaklı, borcun dış üstlenilmesini kabul ettiğinde, borcu üstlenenden talep edebileceği edim sadece bu dar anlamda borç kalemi olacaktır.

Borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesi için, borçlu ile borcu üstlenen, aralarında bir iç üstlenme sözleşmesi yapmışlarsa, borcu üstlenen bu taahhüdünün ifası anlamında alacaklıya dış üstlenme sözleşmesi yapmak üzere bir öneride bulunacaktır.

İç üstlenme sözleşmesi, borcun dış üstlenilmesinin olmazsa olmaz koşulu değildir. Nitekim, borçlu ile borcu üstlenen arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın da, borcu üstlenen alacaklıya borcu üstlenme önerisi götürebilir, ya da doğrudan ifayı teklif ederek ve borcu ifa ederek borcu üstlenmiş olabilir.

Taraflar arasında borcun iç üstlenilmesine dair sözleşme yapılmışsa, yani borcu üstlenenin borçluya karşı borcu üstleneceğine dair bir taahhüdü varsa, borçlu tarafından bu taahhüdün ifası talep edilebilir. Bu taahhüdün yerine getirilmemesi bir ihlal halidir ve taahhüdün lehdarı olan borçlu, borcu üstlenenden bunu yerine getirmesini talep edebilir.

Bazı hallerde borcun üstlenilmesi bir ivaz karşılığı olarak da yapılabilir. Böyle bir durumda edimlerin ifa sırası ve ödemezlik savunması da gündeme gelecektir.

Borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesi sözleşmeleri kural olarak herhangi bir geçerlilik şekli koşuluna tabi değildir. Ancak iç üstlenme sözleşmesinin bir bağışlama taahhüdü olması, ya da dış üstlenme sözleşmesi ile üstlenilen borcun bir taşınmazı konu edinmesi gibi örneklerde sözleşmenin geçerlilik için şekil kuralına uygun yapılması aranır.

Borcun üstlenilmesinin varlığını analizde önemli olan husus, borcu üstlenenin borçluyu borcundan kurtarmış olmasıdır. Borcu üstlenen, arka planda bir taahhüt bulunsun ya da bulunmasın, borçluyu bu dar anlamda borcun ifasından kurtarmış ise, bu halde burada bir borcun (dış) üstlenilmesi gerçekleşmiştir.

Borcun dış üstlenilmesi aşamasında borcu üstlenen, alacaklıya bir öneri yöneltecek, bu öneri alacaklı tarafından kabul edilirse, dış üstlenme gerçekleşecektir. Burada önerinin bağlayıcılığı açısından genel prensiplerden ayrılan hükümler sevk edilmiştir. Nitekim, asıl borçlunun da alacaklıya kabul beyanını bildirmesi için süre

tanınması olanağı tanınması, bu sürenin borcu üstlenenin vereceği süre karşısındaki yeri bakımından tartışmalara yol açmıştır.

Borcun üstlenilmesinin en başta gelen sonucu, borçlunun borcundan kurtulmasıdır. Borcun üstlenilmesini kabul eden alacaklı, bu beyanıyla, borçlusunu bu dar anlamda borçtan kurtarmış olur. Borçlu borcundan kurtulurken alacaklının yapmış olduğu bu işlem bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Zira alacaklı, borçludan alacağını talep etmemeyi kabul etmiş, borçlu bununla borcundan kurtulmuş, yerine yeni bir borçlu gelmiş, alacaklı malvarlığının alacaklar kaleminde bir harcama işlemi yapmıştır.

Borcun üstlenilmesi bu açıdan cüzi halefiyet etkilerine yol açmaktadır. Borcu üstlenenin durumu, borç bakımından bir cüzi halefiyet olarak tanımlanabilir.

Borcun üstlenilmesinde üstlenilen dar anlamda borcun borçlusunun değişmesiyle doğan sonuçlar da yasada düzenlenmiştir. Genel kural olarak bir borç hakkında ortaya çıkan gelişmeler, bağlı borçları ve teminatları da etkilemektedir. Dolayısıyla borcun üstlenilmesinin de bu konular üzerinde etkileri olması kaçınılmazdır. Bağlı haklar borcun üstlenilmesi sonrası da saklı kalırlar. Bu kuraldan ayrılmayı gerektiren bağlı haklar, borçlunun kişiliğine özgü olan bağlı haklardır. Bunlar borçlunun değişmesi nedeniyle bağlı haklar açısından doğan etkilerdir.

Bir de borç ilişkisinde teminat sağlayan araçlar bakımından borcun üstlenilmesinin etkilerine bakılmalıdır. Borç ilişkisi dışında bir üçüncü kişinin sağladığı rehin ya da kefalet yoluyla alacağı güvence altında olan alacaklı, kural olarak borcun üstlenilmesi önerisine onay verdiği anda bu güvenceler sona erecektir. Alacaklının güvenceden faydalanmaya devam etmesinin tek yolu, rehin veren veya kefilin, en geç borcun üstlenilmesi anına kadar yazılı olarak güvencenin yeni borçlu döneminde de devam edebileceğine dair, yani borcun üstlenilmesinden sonra da güvencenin devam etmesine rıza göstermeleri gerekir.

Borca ilişkin savunmalar bakımından borcu üstlenenin durumu da yine yasada yer almaktadır. Borca ilişkin savunmalar borcu üstlenen tarafından da ileri sürülebilecektir. Önceki borçlunun elinde bulunan kişisel savunmalar bakımından ise bu kural uygulanmaz. Borçlunun kişisel savunmalarının borcu üstlenen tarafından

ileri sürülebilmesi, ancak dış üstlenme sözleşmesi ile alacaklının önceki borçlunun kişisel savunmalarının borcu üstlenen tarafından da kullanılabileceğinin kabul edilmesi ile mümkündür.

Borcun üstlenilmesi her zaman tarafların özgür iradesi ile olmayabilir. Bazı hallerde taraf iradesi yerine bir mahkeme hükmü mevcut olabilir. Bu durumda borcun üstlenilmesi mahkeme kararının kesinleşmesi ile doğmuş olacaktır.

Uygulamada borcun üstlenilmesine çok farklı örneklerde karşılaşılmaktadır. Bazen bir sözleşme, bazen borçlunun haberdar olmadığı bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, bazen mahkeme kararı olabilir. Taraflar arasındaki ilişkinin borcun üstlenilmesi olup olmadığı, borçlunun borçtan kurtulup kurtulmadığının tespiti başta olmak üzere, yapılacak analizle, tarafların talep hakları ve borcun durumunu anlamak önemtaşıır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin:	“Roma Borçlar Hukuku”, Konya 2013.
Akyol, Şener :	“Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme”, İstanbul, 1976.
Arcı, M. Fatih:	“Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri”, İstanbul 2008.
Ataay, Aytekin :	“Borçlar Hukukunun Genel Teorisi”, İstanbul 1986.
Aral, Fahrettin:	“Türk Borçlar Hukukunda Takas”, Ankara 2010.
Ayrancı, Hasan:	“Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)”, Ankara 2003.
Bauer, Christoph :	“Parteiwechsel im Vertrag: VertragsübertragungundVertragsübergang”, Zürich 2010.
Barlas, Nami :	“Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar”, İstanbul 1992.
Becker, Hermann:	“Obligationenrecht I. Abteilung, AllgemeineBestimmungen”, Kommentar zum schweizerischenZivilgesetzbuch , Bern 1941.
Berger, Bernhardt:	“AllgemeinesSchuldrecht”, 2. Auflage Bern 2012.
Bucher, Eugen:	“SchweizerischesObligationenrecht,

	Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht", 2. Auflage, Zürich 1988.
Bucher, Eugen:	www.eugenbucher.ch
Buz, Vedat:	"Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme", Ankara 1998.
Dayınlarlı, Kemal:	"Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki" 4. Bası, Ankara 2010.
Dural Mustafa / Sarı Suat:	"Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri", İstanbul 2012.
Davidson, Karl August:	"Schuldübernahme als Zahlung", Koblenz 1897.
Develioğlu H., Murat:	"Les règles du nouveau code des obligations turc concernant «les changements des parties au contrat »", SJZ , 109/2013, s. 565-569.
Develioğlu H., Murat:	"Takas", İstanbul 2012.
Emmenegger, Susan:	"Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen", Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins , Band 143, 2007, s. 561 vd.
Engin B. İlkay:	"Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu", Ankara 2002.
Engin B. İlkay:	"Alacağın Temliki ve Borcun Nakli", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu İstanbul 2012, s. 159 vd.
Eren, Fikret:	"Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 14. Bası, Ankara 2012.

Erdoğan, Belgin:	“Roma Borçlar Hukuku Dersleri”, İstanbul 2012.
Feyzioğlu, Feyzi N.:	“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 1977.
Friedrich, Klaus:	“Die Stellung des Sicherungsgebers bei der privativen Schuldübernahme nach § 418 Abs. 1 BGB”, Berlin 1996.
Furrer, Andreas/ Schnyder, Anton K.	“Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht , Zürich 2012.
Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz / Emmenegger, Susan:	“Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil”, Band II, 9. Aufl. 2008.
Gernhuber, Joachim:	“Drittwirkungen im Schuldverhältnis Kraft Leistungsnahe” Festschrift für Arthur Nikitsch Tübingen 1958
Gernhuber, Joachim:	“Gläubiger, Schuldner und Dritte” Juristenzeitung , Nummer 18, 21. September 1962, S. 553 vd.
Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas:	“Das Schweizerische Obligationenrecht”, Zürich 2000.
Kemal T., Gürsoy / Fikret, Eren / Erol, Cansel:	“Türk Eşya Hukuku”, 2. Bası Ankara 1984.
Hasler, Georg:	“Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht”, Zürich 1911.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:	“Eşya Hukuku”, İstanbul 1991.
Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre:	“Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, 2. Basım, İstanbul 2012.
Hausmaninger, Herbert / Walter, Selb:	“RömischesPrivatrecht”, 8. Bası, Viyana 1997.
Helvacı, İlhan :	“Gerekçeli - Karşılaştırmalı - İçtihatlı - Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu”, İstanbul 2011.
Honsell, Heinrich:	“SchweizerischesHaftpflichtrecht”, 4. Aufl., Zürich 2005.
Girsberger / Pestalozzi / Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang:	“Obligationenrecht I”, BaslerKommentar , 5. Auflage, 2011.
Huguenin, Claire:	“ObligationenrechtAllgemeinerundBesondererTeil”, Zürich 2012.
Huguenin, Claire:	“ObligationenrechtAllgemeinerTeil”, 3. Auflage, Zürich 2008.
İmre, Zahit / Erman, Hasan:	“Miras Hukuku”, 9. Bası, İstanbul 2013.
İnceoğlu, M. Murat / Atamer, Yeşim M.:	“Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 – ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen”, ZBJV , 149/2013 s.67-80.
Kaap, Walter:	“Die Form der Schuldübernahme”, Bochum 1937.
Kahraman, Zafer:	“Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)”, İstanbul 2013.

Kayak, Sevgi:	“Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt”, İstanbul 2010.
Keller, Max / Schöbi, Christian	“GemeinsameRechtsinstitute fürSchuldverhaeltnisseaus Vertrag, unerlaubterHandlungund ungerechtfertigterBereich erung”, DasSchweizerischeSchuldrecht , Band IV, 2. Aufl. Basel und Frankfurt am Main 1985.
Kılıçoğlu, Ahmet M.	“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 17. Bası, Ankara 2012.
Kleinecke, Gustav:	“Schuldübernahme, ErfüllungsübernahmeundVertragaufLeistung an den Drittgläubiger in ihremVerhaeltnis”, Leipzig 1904.
Kocaman, Arif B.:	“İst der VertragzugunstenDrittereinschuldrechtlichesVerfü gungsgeschaef?”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan , Ankara 1990.
Kocaman, Arif B.:	“Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu”, Ankara 1992.
Koyuncuoğlu, Tennur:	“Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)”, İstanbul 1972.
Köbler, Gerhard / Pohl, Heidrun:	“Deutsch-DeutschesRechtswörterbuch”, Verlag C.H. Beck, 1991.
Kuntalp, Erden :	“Karışık Muhtevalı Akit”, Ankara 1971.
Maurer, Thomas:	“Schuldübernahmefranzösisches, englischesunddeutschesRecht in europaeischerPerspektive”, Tübingen 2010.

Meyer, Joseph:	“Der Einfluss der Schuldübernahme auf die für die Forderung bestehenden Nebenrechte”, Leipzig 1910.
Nomer, Haluk N.:	“Halefiyet ile Rücû Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücû Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, İHFM , C. LV, S. 3, Yıl:1997, s. 243-260.
Nörr, Knut Wolfgang / Scheying, Robert / Pöggeler, Wolfgang:	“Sukzessionen Forderungssukzession, Vertragsübernahme, Schuld-übernahme”, Tübingen 1999.
Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami :	“Medeni Hukuk Genel Hükümler”, 18. Bası, İstanbul 2012.
Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut :	“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Cilt I-II, 10. Bası, İstanbul 2013.
Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe:	“Eşya Hukuku”, İstanbul 2014.
Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm:	“Das Obligationenrecht”, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch , Art. 1-183, Zürich 1929
Önay, Işık:	“Türk Borçlar Hukukunda Yenileme (Tecdit – Novatio)”, yayımlanmamış doktora tezi, 2014.
Özen, Burak:	“Kefalet Sözleşmesi”, İstanbul 2008.
Palandt:	“Bürgerliches Gesetzbuch”, Beck’sche Kurzkommentare , Band 7 München 2012.
Paulsen, Jens:	“Die Rechtsnatur der Schuldübernahme” Marburg 1934.

Rauchenberger, Max:	“DieEinwendungaus dem RechteDritterundgegenDritte” München 1904.
Reisoğlu, Seza:	“Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti”, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası , Ankara 1962, s. 149 vd.
Reisoğlu, Seza:	“Garanti Mukavelesi”, Ankara 1963.
Riedel, Kurt:	“SchuldübernahmeundVertragzugunstenDritter”, Dreslan 1919.
Richter, Heinz:	“DiebefreiendeSchuldübernahme, ihreRechtsnaturundihrVerhaeltniszu dem ihruzugrundeliegendenKausalgeschaeft”, Dresden 1934.
Rieble, Volker : (VonStaudingersBearbeitun gVonBusche, Jan / Noack, Ulrich / Rieble, Volker J.	“Kommentar zum BürgerlichenGesetzbuch mit EinführungsgesetzundNebengesetzen”, 2. Buch, 13. Bearbeitung, Berlin 1999.
Sarı, Suat:	“Alıkoyma Hakkı”, İstanbul 1997.
Schmiedeberg, HansHermann	“HypothekenübernahmeundSchuldübernahme mit besondererBerücksichtigung der kumulativenSchuldübernahme”, 1914.
Schönenberger, Wilhelm / Jäggi, Peter :	“Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch, Obligationenrecht”, Teilband V1a, Zürich 1973.
Schönrock, Wilhelm:	“DieKonstruktion der Schuldübernahme”, 1918.
Schwenzer, Ingeborg:	“SchweizerischesObligationenrecht”, Allgemeiner Teil, Bern 2009.

Seliçi, Özer:	“Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi”, İstanbul 1977.
Spirig, Eugen:	“Obligationenrecht Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme”, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch , Band 5, Teilband V 1k, 3. Aufl., Zürich 1994.
Spiro, Karl:	“Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatale Fristen”, Die Verjährung der Forderungen , Band I, Bern 1975.
Strohal, Emil:	“Schuldübernahme”, 1910.
Tahiroğlu, Bülent:	“Roma Borçlar Hukuku”, İstanbul 2010.
Tandoğan, Haluk:	“Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Cilt II, İstanbul 1988.
Tandoğan, Haluk:	“Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki”, Ankara 1959.
Tekinay, S. Sulhi:	“Medeni Hukuk”, İstanbul 1992.
Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla:	“Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Bası, İstanbul 1993.
Tschaeni, Rudolf: (Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang)	“Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht” I, 4. Auflage, Basel 2007.
Uluslan, İlhan:	“İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması”, İstanbul 1984.
Von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold:	“Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts”, 3. Auflage (mit Supplement), Band II,

	Zürih 1984 (Çevrimiçi) www.swisslex.ch (10.10.2014)
Tunçomağ, Kenan:	“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 1972
Turanboy, K. Nuri:	“İbra Sözleşmesi”, Ankara 1998.
Voigt, Robert:	“SchuldübernahmeistZahlung”, Bremen 1891.
Yavuz, Cevdet:	“Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler”, İstanbul 2012.
Weber, Rolf H.	“Dreipersonen-Verhaeltnisse im Schuldrecht”, LiberAmicorumfürHermannSchulin , s. 169 vd., Basel 2002.
WendtHermann:	“DieprivativeSchuldübernahme”, Köln 1967.
Zimmermann, Reinhard:	“TheLaw of Obligations, Roman Foundations of CivilianTradition”, Johannesburg 1990.
(Çevrimiçi) https://iuris.bundesgerichtshof.de	
(Çevrimiçi) www.eugenbucher.ch	
(Çevrimiçi) www.swisslex.ch	
(Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr	

ÖZGEÇMİŞ

Tezin yazarı, 1972 yılında Almanya’da Köln şehrinde doğdu.

1978-1983 yılları arasında İstanbul’da Yedikule İlkokulu’ndan mezun olduktan sonra, Özel SanktGeorg Avusturya Kız Lisesi’ne devam etti. Ardından İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni 1996 yılında bitirdi.

1997 yılında aynı fakültenin Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nda Araştırma Görevlisi olarak göreve başladı.

2001 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde ve Prof. Dr. Cumhur Özakman’ın danışmanlığında Türk Hukukunda Üst Sınır İpoteği Konulu yüksek lisans tezini hazırladı ve başarıyla yüksek lisans eğitimini tamamladı.

Yüksek lisansın ardından yine İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde başladığı doktora programı sonunda, 2015 yılında bu tezi tamamladı.

Yazar, iyi seviyede Almanca ve İngilizce, az seviyede Fransızca bilmektedir.

Evli ve iki çocuk annesidir.