

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ
(BORCUN NAKLİ)**

DOKTORA TEZİ

Zafer KAHRAMAN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Cumhuri ÖZAKMAN

Haziran 2013

ÖNSÖZ

“Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi” başlıklı doktora tez çalışmamız, saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Özer Seliçi'nin rehberliğinde ve Prof. Dr. H. Cumhur Özakman'ın danışmanlığında yazılmıştır. Konunun Türk hukuku açısından ilk defa bir tez çalışmasında ele alınıyor olması, hocalarıma bana yol gösteren görüş ve önerilerini paha biçilemez kılmıştır. Kendilerine ne kadar teşekkür etsem azdır.

Tezin araştırma aşamasında İsviçre'nin Fribourg Üniversitesinden kazandığım burs sayesinde, söz konusu üniversite bünyesinde ve özellikle kütüphanesinde dokuz ay süreyle çalışma imkânını buldum. Bu araştırmalarım sırasında İsviçre'de bana rehberlik eden Sayın Prof. Dr. Pascal Pichonnaz'ya ufkumu genişleten desteği ve görüşleri için ve özellikle bana tüm imkânlarını cömertçe sunan Fribourg Üniversitesi için özel bir teşekkürü borç bilirim.

Aynı zamanda, Bahçeşehir Üniversitesinde asistanlığım sırasında birlikte çalışma şansına eriştiğim Prof. Dr. Saibe Oktay-Özdemir'e, Prof. Dr. Gülçin Elçin-Grassinger ve Doç. Dr. Emre Gökyayla'ya; benden hiçbir zaman yardım ve önerilerini esirgemeyen Galatasaray Üniversitesi öğretim üyesi Doç. Dr. Mehmet Erdem'e teşekkür ederim. Saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Atilla Altop'a ve Prof. Dr. Nami Barlas'a da yüksek lisans ve doktora hayatımda yaptıkları katkılardan ötürü ayrıca teşekkür ederim. Ayrıca, Bahçeşehir Üniversitesi'nde aynı kürsüde zevkle çalıştığım Yard. Doç. Dr. Aslı Makaracı-Başak'a, Yard. Doç. Dr. Ahu Ayanoğlu-Moralı'ya, Yard. Doç. Dr. Seda Öktem-Çevik'e, Dr. Öz Seçer'e ve araştırma görevlisi arkadaşlarım Gülen Sinem Tek ve Deren Gündüz'e candan teşekkürlerimi sunarım.

Öte yandan, benden manevi desteklerini esirgemeyen dostlarım Ar. Gör. Bahar Öcal Apaydın'a, Ar. Gör. İdil Tuncer Kazancı'ya, Av. Tulû Harsa'ya, Av. Çetin Mert Yavuz'a, Ar. Gör. Bleda Rıza Kurtdarcan'a, Yard. Doç. Dr. Burcu Savaş'a, Dr. Aslıhan Öztezel'e, Ar. Gör. Mehmet Uzun'a, Ar. Gör. Melis Taşpolat Tuğsavul'a ve Ar. Gör. Begüm Şermet'e de teşekkür borçluyum. Son olarak haklarını asla tam

olarak ödeyemeyeceğim anne ve babama ve elbette kardeşim Ender Kahraman'a da bana karşı gösterdikleri sonsuz sabır ve destek için teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	XI
RESUME	XV
ABSTRACT	XXVII
ÖZET	XXXVIII
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm**Genel Olarak Borcun Dış Üstlenilmesi Kavramının Gelişimi ve Dünyada Borçlunun Değişmesi Hususunda Kabul Edilen Yöntemler**

I. Borcun Dış Üstlenilmesi Kavramının Tarihi Gelişimi ve Kabulü	5
A. Roma Hukukundaki Durum, Öğretideki Tartışmalar ve Gelişim Süreci.....	6
1. Roma Hukuk Öğretisinde Borç Kavramı.....	6
2. Roma Hukukunda Borçlunun Değişmesi İçin Başvurulan Taraf Yenilemesi Yöntemleri.....	11
B. Alman Hukuk Sistemindeki Tartışmalar, Gelişim Süreci ve Kavramın Kabulü.....	15
1. Alman Hukuk Öğretisinde Borç Kavramının Evrimi.....	15
2. Borçlunun Değişmesi İçin Cüzi Halefiyet Yönteminin Gelişimi ve Borcun Üstlenilmesinin Kabulü	18
a. 19. Yüzyılın İlk Yarısında Alman Hukuk Sistemindeki Durum	18
b. Borcun Üstlenilmesinin Ortaya Çıkması, Konuyla İlgili Tartışmalar ve Kavramın Kabulü	20
c. Alman Hukuk Sisteminde Borcun Üstlenilmesinin Kanuni Bir Düzenleme Olarak Yerini Alması	24
C. Fransız Hukuk Sistemindeki Tartışmalar ve Borcun Üstlenilmesi Kavramının Reddi.....	25
1. Borcun Bir Malvarlığı Unsuru Olmasının Tartışılması	26

2.	Kanun Sistematiğine Dayanan Tartışma.....	27
3.	Borcun Sebebine Dayanan Tartışma.....	28
4.	Alacağın Temlikiyle Kıyas Yapılarak Konunun Tartışılması	29
5.	Fransız Hukuk Öğretisinde Önerilen Modeller	30
D.	İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerinde Borcun Üstlenilmesi Kavramının Kabulü.....	32
II.	Borçlunun Değişmesi Hususunda Kabul Edilen Model ve Yöntemler	33
A.	Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modeli	34
1.	Borçluyu Değiştirmek Amacıyla Yapılan Yenileyici Etkili Borç Havalesi .	34
a.	Genel Olarak Borç Havalesi Kavramı.....	34
b.	Roma ve Fransız Hukuklarında Borç Havalesi Sistemi	37
c.	Borçlunun Değişmesi İçin Havalenin Tam Olması Gerekliği	39
d.	Borç Havalesinin Özellikleri ve Sonuçları	40
2.	Borçluyu Değiştirmek Amacıyla Yapılan Taraf Yenilemesi.....	42
a.	Genel Olarak.....	42
b.	Yenilemenin Şartları ve Yenileme Niyeti	45
c.	Mukayeseli Hukukta Yenileme Yoluyla Borçlunun Değişmesi Örnekleri ve Karşılaştırma	48
3.	Yenileme Modelinin Borcun Üstlenilmesiyle Karşılaştırılması.....	50
B.	Borcun Üstlenilmesi Modeli.....	52
1.	Onay Yöntemi.....	52
a.	Onay Yönteminde Borç Üstlenmenin Meydana Getirilmesi.....	52
aa.	Borçluyla Üstlenen Arasında Sözleşme Olmalı.....	53
bb.	Alacaklıya Bildirim Yapılmış Olmalı	53
cc.	Alacaklının Onayı Olmalı	54
b.	Onay Yöntemine Göre Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliğini Açıklamak İçin Alman Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler	56
aa.	Tasarruf İşlemi veya Onay Teorisi.....	57
bb.	Onay Teorisi Karşısında Alman Hukukunda İleri Sürülen Sözleşme Teorisi	59
cc.	Alman Hukukunda Sözleşme Teorisini Eleştiren Görüşler	61
dd.	Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Görüşü.....	63
2.	Sözleşme Yöntemi	65
a.	Dış Üstlenme Sözleşmesiyle Borçlunun Değişmesi Yöntemi	65
b.	Sözleşme Yönteminde İç Üstlenmenin Rolü.....	66

3. Borcun Üstlenilmesine İlişkin Yöntemlerin ve Görüşlerin Değerlendirilmesi	71
--	----

İkinci Bölüm

Borcun Dış Üstlenilmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği, Konusu, Benzeri Hukuki Kurumlardan Ayırt Edilmesi ve Özel Görünüm Biçimleri

I. Borcun Dış Üstlenilmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Konusu.....	74
A. Tanım.....	74
B. Hukuki Nitelik	76
1. Genel Olarak	76
2. Malvarlığına Yaptığı Etki Bakımından Hukuki Niteliği	81
a. Tasarruf İşlemi Görüşü.....	81
b. Çifte Etkili İşlem Görüşü	84
c. Kazandırıcı Etkinin Varlığı Görüşü.....	86
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi	87
C. Borcun Dış Üstlenilmesinin Konusu	88
1. Mevcut ve Geçerli Bir Borç Olmalı.....	89
2. Borç Nakledilebilir Olmalı	91
II. Borcun Dış Üstlenilmesinin Benzeri Kurumlardan Ayırt Edilmesi.....	94
A. Yapısı Bakımından Benzeri Kurumlardan Amaç Bakımından Ayırt Edilmesi	94
1. İfanın Üstlenilmesinden Ayırt Edilmesi	95
2. Borca Katılmadan Ayırt Edilmesi.....	97
3. Sözleşmeye Katılmadan Ayırt Edilmesi	103
4. Teminat Amaçlı Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	104
a. Kefalet Sözleşmesi	104
b. Garanti Sözleşmesi	105
5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeden Ayırt Edilmesi.....	106
6. İbradan Ayırt Edilmesi.....	110
B. Sözleşmenin Devrinden Ayırt Edilmesi	111
1. Genel Olarak	111
a. Sözleşmenin Devrinin Tanımı.....	111
b. Sözleşmenin Devrinin Gerçekleştirilmesi	112
aa. Akdi Sözleşme Devri	112

aaa. Genel Olarak	112
bbb. Devir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	115
bb. Sözleşme İlişkisinin Kanunen İntikali	116
2. Öğretide Sözleşmenin Devrini Açıklayan Görüşler ve Tartışmalar	120
3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Sonuçları	121
4. Borcun Üstlenilmesiyle Karşılaştırma	122
C. Külli Halefiyet Yoluyla Borçlunun Değişmesinden Ayırt Edilmesi	123
III. Borcun Naklinin Özel Görünüm Biçimleri.....	125
A. Malvarlığı veya İşletmenin Devrinde Borçların Nakli	126
1. Genel Olarak	126
2. Malvarlığı ve İşletme Devri Sayılan ve Sayılmayan Haller	131
a. Malvarlığı Devri	131
b. İşletme Devri	132
c. Malvarlığı veya İşletme Devri Sayılmayan Durumlar	134
3. Malvarlığı ve İşletme Devrinde Naklolun Borçlar	136
a. Genel Kural	136
b. Devir Sözleşmelerinde Bazı Borçların Kapsam Dışında Bırakılmasının Sonuçları	138
aa. İsviçre Hukukunda Bazı Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılması Hususunda Kısmi Külli Halefiyet Örneği.....	139
bb. Türk Hukukundaki Durumun Değerlendirilmesi	141
cc. Kapsam Dışında Bırakılan Borçların Alacaklıya Bildirilmesi.....	147
aaa. Bildirimin Önemi	147
bbb. Devir Sözleşmesiyle Bildirim Arasında Fark Olması İhtimalinde Uygulama	148
B. Rehinli Taşınmazın Devrinde Borcun Üstlenilmesi	150
1. İpotek veya İpotekli Borç Senediyle Yüklü Taşınmazın Devrinde Borcun Dış Üstlenilmesinin Arz Ettiği Özellikler	150
a. İç Üstlenmenin Alacaklıya Bildirilmesi	152
b. Yapılan Bildirimin Sonuçları	155
c. Borcun Dış Üstlenilmesinin Genel Hükümleriyle Karşılaştırılması	158
2. Rehinle Yüklü Taşınmazların Kanuni Yollardan Cebren Satışı Durumu... 159	
3. İrat Senediyle Yüklü Taşınmazın Devri Halinde Borcun Nakli	160
C. Kanun Gereği Gerçekleşen Borcun Nakli Örnekleri	161

1. Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce Doğan Borçların Şirkete İntikali 161
2. Bedeli Tamamen Ödenmemiş Nama Yazılı Pay Devrinde Borcun Nakli.. 163
3. Rehinli Tereke Malının İntikalinde Borcun Nakli 163

Üçüncü Bölüm

Borcun Dış Üstlenilmesinin Tarafları, Kurulması, Hüküm ve Sonuçları ve Hükümsüzlüğünün Etkisi

I.	Borcun Dış Üstlenilmesi Sözleşmesinin Tarafları.....	164
A.	Alacaklı ve Üstlenen Arasındaki Sözleşme.....	164
1.	Alacaklının Rızası.....	165
a.	Genel Olarak.....	165
b.	Karşılaştırmalı Hukukta Durum	167
c.	Alacaklının Rızası Olmaksızın Borçlu Değişimi	168
2.	Üstlenenin Rızası.....	169
B.	Borçlunun Rızasının Aranmaması.....	170
1.	Kural	170
2.	Borçlunun Rızasının Aranması Gerekip Gerekmediğine İlişkin Tartışma.	171
II.	Sözleşmenin Kurulması.....	175
A.	Sözleşmenin Kurucu Unsurları ve Sözleşmenin Kurulmasında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler	175
1.	Önerinin Yapılmasında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler	176
2.	Önerinin Kabulünde Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler.....	178
a.	Genel Olarak Türk İsviçre Hukukundaki Durum.....	178
b.	Onay Yönteminde Borçlular Arasında Yapılan Sözleşmeye Alacaklının Onayı.....	181
3.	Önerinin Bağlayıcılık Süresi ve Sözleşmenin Kurulması Hakkında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler.....	183
a.	Süresiz Öneri Yapılması Halinde	183
aa.	Önerinin Sınırsız Bağlayıcılığı.....	183
bb.	İstisnası.....	183
b.	Sürelî Öneri Yapılması Halinde	184
aa.	Genel Olarak	184
bb.	Asıl borçlunun Süre Tayin Etme Yetkisi	184

cc. İki Ayrı Sürenin Tayin Edilmiş Olması Halinde İtibar Edilecek Süre.....	185
c. Birden Çok Öneri Yapılmışsa	186
B. Sözleşmenin Geçerlilik Şartları ve Hüküm Doğurma Anı	188
1. Genel Olarak Geçerlilik Şartları	188
a. Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartlarına Tabi Olması.....	188
b. Tasarruf Yetkisinin Mevcudiyeti.....	188
c. Borcun Nakli Anında Geçerli Bir Borcun Varlığı.....	188
d. Şekli.....	189
2. Sebebe Bağlılık veya Soyutluk Meselesi.....	191
a. Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modelini Kabul Eden Hukuk Sistemlerinde Meselenin Değerlendirilmesi	192
b. Borcun Üstlenilmesi Modelini Kabul Eden Hukuk Sistemlerinde Temel Hukuki İşleme Bağlı Olup Olmama Meselesi	194
aa. Konunun Alman Hukukundaki Onay Yöntemine Göre Borcun Dış Üstlenilmesinde Ele Alınması	194
bb. Konunun Sözleşme Yöntemi Uyarınca Borcun Dış Üstlenilmesinde Ele Alınması.....	195
3. Hükümlerini Doğurduğu An.....	199
a. Genel Olarak Borcun Üstlenilmesinde Durum.....	199
b. Malvarlığı veya İşletme Devrinde Borçların İntikali Anı Hakkındaki Özel Düzenleme.....	201
aa. Duyurunun Önemi.....	202
bb. Duyurunun Kim Tarafından Yapılması Gerektiği Hususu	204
cc. Duyurunun İçeriği	205
dd. Duyurunun Yapılışı.....	206
ee. Borçların İntikal Anı	208
III. Hüküm ve Sonuçları	211
A. Borcun Borçlusunun Değişmesi	212
1. Maddi Hukuk Anlamında Borçlu Değişimi.....	212
a. Asıl Borçlunun Borçtan Kurtulması ve Yerine Üstlenenin Borç Altına Girmesi.....	212
b. Üstlenenin Asıl Borçluya Rücu Hakkı	214
2. Usul Hukuku Anlamında Borçlunun Değişmesi	215
B. Borcun İçeriğine Etkisi	216
1. İlke	216

2.	Borcun Fer'ileri ve Yan Borçlar Bakımından Etkisi	218
a.	Genel Olarak.....	218
b.	Genel Kuralın İstisnaları	219
c.	İşlemiş Faizlerin ve Muaccel Olmuş Sözleşme Cezasının Akıbeti Hakkında Tartışma	221
d.	Rüçhan Haklarına İlişkin Tartışma.....	223
3.	Savunmalar Bakımından Etkisi	226
a.	Asıl borçlunun Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunmalar Bakımından	227
aa.	Genel Olarak Borca İlişkin Savunmaların İleri Sürülmesi	227
bb.	Borcun Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesi.....	231
aaa.	Borcun Önceden Hükümsüz Olması Halinde	231
bbb.	Borcun Sonradan Hükümsüz Olması Halinde.....	232
cc.	Asıl borçlunun Alacaklıyla Olan İlişkisinden Doğan Ödemezlik Def'i, Aciz Def'i ve Zamanaşımı Def'ilerinin İleri Sürülmesi	233
aaa.	Ödemezlik def'i.....	233
bbb.	Aciz def'i	234
ccc.	Zamanaşımı def'i	235
b.	Üstlenenin Asıl Borçluyla Olan İlişkisinden Doğan Savunmalar Bakımından	237
aa.	İlke Olarak Borcun Dış Üstlenilmesinin İç Üstlenmeden Soyut Olması.	237
bb.	Malvarlığı veya İşletme Devrindeki Farklılık.....	239
cc.	İstisnai Olarak Borcun İç Üstlenilmesinin Dış Üstlenmeyi Etkilemesi	240
c.	Üstlenenin Doğrudan Alacaklıyla Arasındaki İlişkidен Doğan Savunmalar Bakımından	242
d.	Üstlenenin Rücu Talebi Karşısında Asıl Borçlunun Sahip Olduğu Savunmalar.....	243
4.	Yenilik Doğuran Haklar ve Seçimlik Haklar Bakımından Etkisi.....	244
C.	Teminat Verenler Bakımından Etkisi	246
1.	Kefalet ve Rehin Hakkı Üzerindeki Etkisi	246
a.	Kefalet ve Rehin Haklarının Borcun Üstlenilmesiyle Birlikte Sona Ermesi ve İstisnası.....	246
aa.	Kefalet ve Rehin Haklarının Düşmesi.....	246
bb.	Teminat Verenlerin Rızasıyla Yaratılan İstisna	249

aaa. Hükümün Amacı	249
bbb. Hükümün Unsurları	250
cc. Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modelinde Teminatların Akıbeti ve Karşılaştırma	254
b. Yazılı Rıza Aranmaksızın Teminatın Varlığını Sürdüğü Haller.....	256
aa. Teminat Veren Borçlu veya Üstlenen Olması	256
bb. Kanuni Rehinlerin Akıbeti Meselesi	259
cc. İflas veya Aciz Halindeki Borçlunun Borcunun Üstlenilmesi Halinde Durum	260
dd. Borçlunun Kanun Gereği veya Külli Halefiyet Sonucu Değişmesi...	261
2. Diğer Teminatlar Bakımından Etkisi	261
IV. Borcun Dış Üstlenilmesinin Hükümsüzlüğünün Etkisi	263
A. Borcun Varlığını Sürdürmesi	263
1. Türk-İsviçre Hukuk Sistemlerinde Durum	263
a. Genel Olarak	263
b. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Korunması	265
c. Malvarlığı veya İşletme Devrinde Sözleşmenin Hükümsüzlüğü Meselesi...	266
2. Taraf Yenilemesi Yöntemini Kabul Eden Fransız Hukukunda Durum.....	268
B. Tazminatlar	268
SONUÇ	271
KAYNAKÇA	286

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1 Juni 1811
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
ALR	: Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Art.	: Artikel, Article (madde)
Aufl.	: Auflage (bası)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BaslerKomm.	: Basler Kommentar
Bd.	: Band (Cilt)
Bearb.	: Bearbeiter
BernerKomm.	: Berner Kommentar
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18 August 1896 (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkeme Kararları Resmi Külliyatı)
Bkz.	:Bakınız
C.	: Cilt
C.Ius.	: Codex Justinianus
CO	: Code des Obligations
CommRomand	: Commentaire Romand
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
dn.	: dipnot
E.	: Esas
eBK.	: eski Borçlar Kanunu

éd.	: édition
Ed.	: Edition
f.	: fikra
FJS	: Fiches Juridiques Suisses
Fr. MK.	: Fransız Medeni Kanunu
FusG	: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3 Oktober 2003 (SR 221.301)
Gai.	: Gaius Institutiones
GesKR	: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
HGB	: Alman Ticaret Kanunu, Handelsgesetzbuch (10.05.1897)
Hrsg.	: Herausgeber
Ins.Ius.	: Institutiones Justinianus
Intro.	: Introduction
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
<i>iç.</i>	: İçinde
İsp. MK.	: İspanyol Medeni Kanunu
İsv. BK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsv. Birl.K.	: İsviçre Federal Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığının Devri Kanunu, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (Stand am 1. Januar 2010)
İta. MK.	: İtalyan Medeni Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JherJB	: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
K.	: Karar
Komm.	: Kommentar
m.	: madde

MRG	: Mietrechtsgesetz
N.	: Kenar numarası
OR.	: Obligationenrecht
Ö-HGB	: Österreichisches Handelsgesetzbuch
p.	: paragraf
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
pr.	: principium
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SJK	: Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	: Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
T.	: Tarih
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Vorbem.	: Vorbemerkung
vs.	: ve saire
İsv.Sig.Sözl.K.	: İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2 April 1908 (SR 221.229.1)
Alm.Sig.Sözl.K.	: Almanya Sigorta Sözleşmeleri Kanunu, Versicherungsvertragsgesetz (VVG) vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631)
Yarg.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

ZBGR : Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und
Grundbuchrecht

ZürcherKomm. : Zürcher Kommentar

RESUME

En droit Romain, la notion d'obligation était comprise uniquement comme un lien juridique entre un créancier et un débiteur. Il n'y avait pas de distinction entre le sens large ou étroit de la relation juridique. Le concept d'obligation a alors été utilisé pour signifier la relation entre le débiteur et le créancier à la fois au sens large et étroit. Cette relation était si personnelle qu'elle a été considérée comme impossible de remplacer l'une des parties par un tiers, sans qu'il y ait rupture ou démolition de cette relation. Ainsi, la substitution du débiteur ou du créancier n'était possible que si l'obligation initiale avait été abrogée et remplacée par une nouvelle obligation ; on recourait donc à une novation.

Au 19^{ème} siècle, il y a eu une évolution de la notion d'obligation dans le droit allemand grâce aux pandectistes. Désormais, le concept d'obligation dans son sens le plus large (par exemple, contrat) se distingue de toute dette ou de crédit (individuel) dans leurs sens étroits. Par ailleurs, il est admis que l'obligation n'est pas seulement un lien juridique mais aussi un élément passif du patrimoine du débiteur. En conséquence, les dettes peuvent être transférées d'une personne à l'autre comme les actifs. Sur la base de ce mode de pensée, le concept de cession de créance a émergé comme une création juridique de la loi allemande. Le droit turco-suisse et le droit autrichien ont repris à leur compte et appliquent ce concept issu de la doctrine pandectiste allemande. En revanche, d'autres systèmes juridiques préfèrent encore la méthode de novation pour substituer un tiers au débiteur.

Il convient de noter que même si la cession de créances a été facilement acceptée par la doctrine du droit allemand en raison d'exigences économiques, l'acceptation et le développement du concept de la reprise de dette n'a pas été facile. En fait, il a été soutenu dans la doctrine que les dettes ne pouvaient pas être transférées à cause de leur nature. Cependant, à notre avis, la reprise de dette ne signifie pas le transfert de la dette d'une personne à l'autre; elle implique le transfert de la zone de responsabilité couverte par cette dette sur les biens du débiteur, c'est-à-dire le transfert de la valeur passive, au patrimoine d'autrui. Alors, à notre avis, les dettes peuvent être transférées comme un élément passif du patrimoine.

Toutefois, la question est toujours controversée en droit français. Dans la doctrine française, selon l'opinion qui refuse le transfert à titre particulier de dette; la

dette est inséparable de sa cause et ne peut pas être transférée séparément. Le problème tient dans la distinction entre une dette et sa source contractuelle. De ce point de vue, la dette ne peut pas être séparée de la relation originelle, de sa cause contractuelle initiale et ne peut survivre, ni exister sans elle. En revanche, à notre avis, on pourrait soutenir que la substitution de débiteur change seulement le sujet de la dette et concerne le contenu subjectif, rien n'est modifié dans son contenu objectif. Ainsi, la dette n'a jamais été séparée de sa cause originelle. En outre, il est absurde de nier la possibilité d'une reprise de dette alors que la cession de créances a déjà été adoptée dans le système juridique français.

La reprise de dette a été adoptée dans la loi turque par l'adoption du Code des Obligations numérotée 818 en 1926. Cependant, ce sujet est à peine étudié en droit turc, et n'a jamais fait l'objet d'une étude spécifique dans une monographie ou une thèse. Cette thèse se propose donc de traiter de « La reprise de dette », afin de combler cette lacune de la doctrine. On analyse le sujet dans le droit comparé pour éclairer la genèse et le développement de la reprise de dette et pour comparer les différents systèmes qui changent le débiteur.

Dans la reprise de dette, il est question qu'un tiers reprenne la qualification de « débiteur » dans son sens étroit. Le débiteur de la dette dans son sens étroit, est remplacé par ce tiers: le débiteur principal est libéré de sa dette, et, à sa place, un tiers est devenu le nouveau débiteur. Le contenu concret de la dette, c'est à dire le contenu de la prestation n'a pas été affectée par la reprise de dette. Seulement le débiteur du créancier a été substitué. Après cela, en cas de non-exécution, le créancier ne peut pas requérir la responsabilité du débiteur précédent. Au lieu de celui-ci, il doit agir contre le nouveau débiteur. Bien que le contenu de la prestation soit le même, le débiteur contre qui le créancier peut agir est maintenant une personne différente.

En conséquence, la reprise de dette n'est une succession à titre particulière que du point de vue du débiteur (sujet passif). Ainsi, l'existence et le contenu de la dette restent les mêmes, ainsi que la dette elle-même, à ce détail près que le débiteur a été substitué. Il n'y a pas de nouvelle dette créée, il y a seulement substitution de responsabilité pour l'une des parties. Le nouveau débiteur assume la dette telle qu'elle était au moment de la reprise avec le même contenu et la même portée.

A notre avis, bien que le but de la novation puisse également être la substitution de débiteur, la reprise de dette fournit un meilleur modèle parce qu'il offre succession à titre particulière. En effet, il rend possible la substitution du débiteur sans conséquences indésirables comme l'extinction des dettes accessoires ou la modification du contenu de la dette. Malgré la substitution du débiteur, les titres, les exceptions et les droits connexes survivent. En ce sens, la reprise de dette est préférable, *lege ferenda*, car elle n'affecte pas le contenu objectif de la dette. En revanche, la novation qui remplace non seulement le débiteur, mais aussi la dette elle-même, ne répond pas à la nécessité de la poursuite de la dette avec son même contenu.

Dans les systèmes juridiques qui ont adopté la reprise de dette, elle est réalisée par un contrat qui doit être conclu entre le créancier et le nouveau débiteur. Le consentement du créancier est nécessaire parce qu'il y a un effet sur sa sphère juridique et économique. Peut-être qu'il n'y a aucune différence dans le contenu de la dette, mais il y a une différence dans le patrimoine responsable. Le remplacement du débiteur sans chercher le consentement du créancier ne peut avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles. Le législateur crée un effet sur la vie juridique du créancier en renonçant à la recherche de son consentement, mais prend également en considération l'équilibre économique des intérêts des parties. Par exemple, dans le transfert des actifs et des passifs d'une entreprise, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du créancier. Pourtant, afin de protéger les intérêts des créanciers, il est admis que ceux-ci gardent le droit d'agir contre le débiteur initial, en tant que débiteur solidaire, dans les deux années suivant la transmission des dettes. Cependant, à la fin de ces deux années, la protection créée par le législateur expire et le débiteur initial n'est plus responsable.

Dans la reprise de dette, le consentement du nouveau débiteur est également nécessaire. En effet, personne ne peut être tenu d'une dette née d'un contrat auquel il n'a pas participé. C'est l'un des principes fondamentaux du droit civil.

En revanche, le consentement du débiteur n'est pas requis pour la reprise de dette. C'est la règle dans les droits allemand, suisse-turc et dans les Principes UNIDROIT. Cependant, les Principes du droit européen du contrat ont déclaré que le consentement du débiteur est requis afin de se débarrasser de la dette. A notre avis, cette exigence n'est pas appropriée, parce que le créancier ne doit pas être contraint

d'attendre le consentement du débiteur quand il a la possibilité de recevoir la performance par un tiers ou quand il a trouvé un meilleur nouveau débiteur.

Il y a aussi une autre méthode de reprise de dette dans laquelle le débiteur initial a un rôle principal. Dans cette méthode, le créancier approuve le contrat conclu par le débiteur initial et le nouveau débiteur. Par conséquent, cette méthode est appelée « méthode d'approbation ». Dans cette méthode, la reprise de dette produit ses effets suite à l'approbation du créancier. Toutefois, en droit suisse-turc, seule la « méthode du contrat » est acceptée et la reprise de dette ne se produit que par un contrat conclu entre le créancier et le nouveau débiteur.

A notre avis, la méthode de contrat acceptée en droit suisse-turc qui distingue reprise de dette interne et externe a quelques avantages par rapport à la méthode d'approbation. En effet, dans la méthode d'approbation, la nullité de la relation interne entre le débiteur initial et le nouveau débiteur peut influencer l'approbation de la reprise de dette par le créancier, en raison de la règle de la nullité partielle. Dans ce cas, un créancier peut être affecté par un acte auquel il n'a pas participé et la règle de l'abstraction dans la reprise de dette peut être violée. . Ces problèmes peuvent être résolus en recourant à la méthode du contrat, qui intègre la distinction entre les reprises de dette interne et externe.

Les principes Unidroit adoptent un système intéressant qui doit retenir notre attention. Dans ce système, une option est accordée au créancier. Il a le droit de conserver le débiteur initial comme un substitut-débiteur en cas de non-exécution (PICC.m.9.2.5). Dans la méthode d'approbation, jusqu'à l'approbation ou en cas de non-approbation, il existe une présomption légale qui indique que le tiers se charge de la performance, même s'il n'a pas pu devenir le nouveau débiteur (§415 BGB en droit allemand). La reprise interne de dette qui est un engagement fait par la troisième personne pour libérer le débiteur initial de sa dette, a une fonction similaire mais un avantage par rapport à un système d'approbation: au lieu de fournir une présomption légale, il établit une obligation créée directement par les parties.

La reprise de dette se réalise par un contrat dont la nature juridique est controversée. D'après certains auteurs, un acte de disposition ne peut pas être fait sur une dette parce qu'une dette ne peut pas être considérée comme un droit du débiteur. Selon ce point de vue, la reprise de dette n'est qu'une substitution de débiteur, ce n'est

pas un acte de disposition. A notre avis, ce point de vue semble omettre que la reprise de dette a un effet sur le droit du créancier; elle modifie la valeur de ce droit en influençant la possibilité de recevoir toute la prestation et libère le débiteur initial.

L'acte de disposition est un acte qui a un impact direct sur le droit en le modifiant, le transférant ou l'éteignant. Dans la reprise de dette, la substitution de débiteur entraîne une modification de la cible du droit du créancier et aussi la modification des actifs qu'il peut saisir. En effet, le créancier sera adressé à un nouveau débiteur qui a peut-être une solvabilité, une capacité économique et une volonté de performance différentes. Donc, à notre avis, la reprise de dette a modifié l'obligation. Par ailleurs, il y a une libération du débiteur initial qui est considérée comme un acte de disposition. Alors, à notre sens, la reprise de dette est un acte de disposition.

En outre, la reprise de la dette ne crée pas une nouvelle dette (*Schuld*), mais il crée une responsabilité (*Haftung*) fondée sur la même dette pour une nouvelle personne. Cela signifie qu'une nouvelle responsabilité est ajoutée sur les biens du nouveau débiteur, c'est-à-dire que ses passifs augmentent. Ainsi, à notre avis, outre un acte de disposition, la reprise de dette est également un acte générateur d'obligation. En d'autres termes, on peut avancer qu'il y a un double effet de la reprise de la dette.

La nature abstraite de la reprise de la dette est également controversée. La reprise peut être faite s'il y a une dette existante ou future à assumer. En d'autres termes, la validité de la reprise de dette est liée à l'existence de la dette. Mais, à notre avis, cela ne signifie pas qu'il y a un acte causal. En effet, le contrat sera nul s'il n'y a pas de dette à reprendre, mais la nullité, dans ce cas, serait fondée sur l'impossibilité de la reprise, pas sur la causalité de l'acte. Par ailleurs, la libération de débiteur initial est également liée au nouveau débiteur qui le remplacera. Cela n'est pas non plus une question de causalité, c'est la succession à titre singulière.

A notre avis, les reprises externes ou internes de dette ne sont liées en aucune manière l'une à l'autre. Par exemple, un contrat interne entre les débiteurs ne crée pas une obligation de conclure un contrat de reprise de dette. Il ne crée qu'une responsabilité du reprenant envers le débiteur original de le libérer de sa dette. Le stipulant a le droit de choisir comment il va le libérer. Le débiteur initial ne peut pas

forcer le stipulant à choisir entre les différentes méthodes, même s'il y a une créance exigible.

A notre avis, la reprise de dette est tout à fait indépendante de l'acte causal et abstrait. En effet, il ne doit pas absolument y avoir une raison pour que le créancier exprime son consentement et que l'acte de disposition se réalise. En d'autres termes, puisqu'il n'y a pas de motif qui force le créancier à le conclure, cet acte est abstrait ou indépendant de sa cause. Il est presque impossible pour le créancier de connaître les détails et le contenu d'un acte auquel il est étranger. En plus, on ne doit pas l'attendre de lui. Alors, il faut accepter que le créancier ne soit pas adressé aux exceptions qui sont nées de la relation initiale.

La doctrine a pu examiner quelles dettes sont transférables. A quelques exceptions près, toutes les dettes sont transférables. Même les dettes dont le créancier a son propre intérêt dans le fait que le débiteur les exécute lui-même, peuvent être reprises. En effet, puisque le créancier donne son consentement, il ne peut pas revenir dessus au prétexte que son propre intérêt exige la performance personnelle du débiteur initial. Alors, dans ce cas, le créancier qui a consenti à la reprise de dette, a abandonné son propre intérêt. En outre, pour que la dette soit reprise, il n'y a pas de différence qu'elle soit exigible, prescrite ou une future, à condition d'être déterminable.

Cependant, quelques dettes ne peuvent pas être reprises. Par exemple, les amendes ne sont pas transférables à cause de leur but. En outre, il est soutenu, dans la doctrine, que les dettes qui sont liées à la personnalité du débiteur, surtout les dettes qui naissent du droit de la famille (sauf les pensions alimentaires) ne sont pas transférables. Il y a aussi quelques dettes qui ne peuvent pas être séparées du contrat d'origine comme les obligations d'informer l'autre partie du contrat.

Le législateur a pris ses distances avec les dispositions générales dans la conclusion du contrat de la reprise de dette. Par exemple, le simple fait d'annoncer au créancier l'existence d'un contrat de la reprise interne de dette, est considéré comme une offre pour conclure un contrat de la reprise de dette. A notre avis, cela ressemble à la méthode d'approbation adoptée par le droit allemand. La seule différence, c'est que, dans le droit allemand, le débiteur et le reprenant peuvent

modifier leur contrat déjà annoncé au créancier jusqu'à ce qu'il l'approuve car ce n'est pas une offre qui lie les parties dans le système germanique.

De plus, l'offre de la reprise de dette externe lie l'offrant pour une durée indéterminée. Cela est équilibré en accordant aux parties le droit de fixer une durée. Dans le cas où le reprenant et le débiteur fixent deux durées différentes, à notre avis, la durée définie par le reprenant doit être prise en considération, étant donné qu'il fait partie du contrat. La capacité de fixer une durée n'est accordée au débiteur qu'afin d'éviter l'incertitude dans le cas où le reprenant n'a pas fixé une durée pour la conclusion du contrat. Alors, si le reprenant a fixé une durée pour le contrat, celle déterminée par le débiteur initial ne peut pas être prise en considération.

Le changement de débiteur sans consentement du créancier est exceptionnel. On peut citer l'exemple de la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec les actifs et les passifs. Les législateurs turc, suisse et allemand l'ont adopté juste pour faciliter la succession universelle du patrimoine ou de l'entreprise. Pour protéger le créancier dont le consentement n'est pas requis, il faut lui annoncer le transfert du patrimoine ou de l'entreprise. Après cet annonce, , le créancier peut profiter de la solidarité entre le débiteur et le reprenant, comme s'il y avait une reprise cumulative de dette.

Quand on examine les dispositions du droit turc sur ce sujet, on peut remarquer que la possibilité de transférer le patrimoine ou l'entreprise d'une manière universelle est accordée; mais ce n'est qu'une disposition optionnelle pas obligatoire. A notre avis, il y a la possibilité d'exclure quelques dettes du transfert. De même façon, dans le droit suisse, il y a une succession universelle « partielle » qui est limitée par l'inventaire.

Cependant, la doctrine soutient que la succession universelle doit être considérée comme obligatoire car les actifs constituent la garantie naturelle des passifs. Pourtant, c'est l'action paulienne qui est destinée à protéger le créancier contre le risque de perdre les actifs du patrimoine du débiteur. Si on profite bien de cette action, on n'aura pas besoin de chercher un autre moyen pour protéger le créancier. Quand-même, il est évident que dans la vie pratique, cette action n'est pas bien appliquée. Alors, c'est pourquoi il est soutenu que la succession universelle est obligatoire et que les dettes font partie de celle-ci. Si on adopte cette opinion, alors il

faut dire que quand les parties au transfert décident de laisser quelques dettes en dehors du transfert du patrimoine ou de l'entreprise, cela n'est en vigueur que dans la relation interne entre le vendeur et l'acquéreur (le débiteur initial et le reprenant).

Dans les droits turc, suisse et allemand, un autre exemple qui s'éloigne de la règle qui requiert le consentement du créancier pour la reprise de dette se trouve dans l'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Dans la plupart des cas, l'acquéreur veut reprendre la dette afin de l'imputer sur le prix d'achat. Il le fait soit pour la réduction du prix soit pour éviter la vente de l'immeuble à cause de l'inexécution du débiteur qu'il ne connaît même pas du tout. Pour cela, le consentement du débiteur n'est pas requis. L'accord entre le vendeur et l'acquéreur est suffisant. Si l'acquéreur se charge de la dette, cet accord doit être conclu au sein du registre foncier et le conservateur du registre doit en aviser le créancier pour que la reprise de dette soit valable contre le créancier (Code Civil Turc, art.890 ; Code civil suisse, art.834). Si l'acquéreur s'est chargé de la dette, le débiteur primitif est libéré à moins que le créancier ne lui déclare par écrit, dans l'année, qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre lui (Code Civil Turc, art.888 ; Code civil suisse, art.832). La durée accordée au créancier est de 6 mois dans le droit allemand (§ 416 BGB).

A notre avis, c'est une application spéciale de la méthode d'approbation (§415 BGB dans le droit allemand). Mais la loi présume l'existence du consentement du créancier à moins qu'il déclare par écrit, dans l'année, qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre le débiteur initial. A notre avis, ce n'est qu'une présomption d'approbation dans l'interprétation du silence du créancier. Cette présomption ne peut être expliquée qu'en raison de l'absence de besoin de protection du créancier qui a aussi la meilleure possibilité de profiter de l'hypothèque.

Dans le droit allemand, le délai de six mois pour que cette présomption fonctionne commence dès le moment où l'aliénateur avise le créancier. En revanche, la durée d'un an qui se trouve dans les droits suisse et turc commence dès le moment où le registre foncier avise le créancier. A notre avis, le choix du registre foncier comme point de départ du délai va empêcher quelques problèmes. Par exemple, la date exacte ou l'existence de l'avis sont importantes pour savoir quand commence le délai et quand la présomption va déployer ses effets juridiques.

Même si les effets de la reprise de dette sont indiqués dans le code des obligations, il est important de mentionner quelques points d'interrogation. Tout d'abord, il faut citer que l'effet principal de la reprise de dette est le changement du débiteur, le sujet passif de la dette. Dans l'interprétation des volontés des parties, il faut qu'il n'y ait aucun souci quant à la volonté de remplacement du débiteur par le reprenant. S'il n'est pas possible de déterminer sans souci qu'il y a une reprise de dette externe, il faudra accepter l'existence d'une reprise de dette cumulative.

Ensuite, en examinant les effets de la reprise de dette externe, il ne faut jamais ignorer ou négliger le fait que c'est une succession à titre singulière des dettes. Dans ce cas, les accessoires de la dette, les droits formateurs liés à la dette, les exceptions sont également transmis au reprenant. En revanche, les exceptions personnelles du débiteur ne font pas partie de la succession.

Concernant les accessoires de la dette, nous pouvons nous interroger sur le destin des intérêts courus antérieurement et la peine conventionnelle. Pour le décider, il faut examiner les volontés des parties du contrat. La question se pose dans le cas où il n'y a aucune disposition sur ce sujet dans le contrat. A notre avis, enquêter sur la portée et l'existence de la dette relève de la responsabilité du reprenant. Alors, il lui incombe d'éviter les risques potentiels et d'exclure les intérêts courus antérieurement et la clause pénale déjà réalisée. S'il ne l'a pas fait, il faut accepter qu'il souhaite libérer le débiteur de la dette avec tous ses accessoires inclus.

Dans la doctrine, il y a une controverse à propos du destin de quelques exceptions: l'*exceptio non adimpleti contractus*, l'exception de l'insolvabilité et de prescription. A notre avis, le critère, dans ce débat, doit porter sur la nature de l'exception. Il faut rechercher s'il est lié au contrat ou à la dette. L'*exceptio non adimpleti contractus* est une exception qui règle le moment de l'exécution. A notre avis, puisque la reprise de dette ne modifie pas le contenu objectif de la dette, ni le lieu ni le moment de l'exécution ne changent. Alors, le reprenant peut profiter de l'exception d'inexécution du contrat à l'encontre du créancier. Cela ne crée aucune différence dans la position juridique du créancier car il ne peut pas poursuivre l'exécution de la dette sans offrir l'exécution de sa dette également comme avant la reprise de dette. A notre avis, il n'y a pas de raison de changer cela.

En revanche, l'exception d'insolvabilité du débiteur tend à sécuriser l'exécution de la prestation. A notre avis, puisque le reprenant n'attend pas l'exécution d'une contreprestation, il n'a pas besoin d'utiliser cette exception.

La reprise de dette ne signifie pas que le reprenant a renoncé de l'exception de prescription. A notre avis, la reprise d'une dette dont le délai de prescription continue à s'écouler peut signifier la reconnaissance d'une dette et dans ce cas, la prescription est interrompue. En outre, si on ne peut pas interpréter la volonté du reprenant d'une autre manière, on ne peut pas présumer qu'il a renoncé à la prescription car il faut accepter qu'il veut reprendre la dette telle qu'elle est.

Il est aussi controversé, dans la doctrine, que les privilèges de la faillite puissent être transmis au reprenant. A notre avis, ces privilèges existent parce que la dette sera collectée du patrimoine du débiteur initial; c'est-à-dire que ces privilèges seront en cause dans le cas où le patrimoine du débiteur initial est en faillite. Mais, le changement de débiteur change le patrimoine responsable de cette dette. Alors, quand on saisit un autre patrimoine pour récupérer la dette, les privilèges accordés pour la faillite du débiteur initial ne seront pas valables. Il n'y a pas de raison d'accorder des privilèges au créancier qui a consenti la reprise de dette. Le nouveau débiteur n'est pas l'ouvrier ou le médecin de la dette initial. En plus, si on accepte que le reprenant peut créer un nouveau privilège dans son patrimoine, cela pourrait menacer la position des autres créancier qui vont saisir le même patrimoine.

Le législateur a accordé une exception pour la succession à titre singulière, au sujet de la reprise de dette. Les tiers qui ont constitué un gage en garantie de la dette et la caution ne restent obligés envers le créancier que s'ils ont consenti à la reprise de dette. Le but de cette disposition est de protéger les débiteurs gagistes et les cautions car ils ont donné la sûreté en confiant à l'insolvabilité du débiteur pas du reprenant. Leur risque est lié à la personnalité, la crédibilité et l'insolvabilité du débiteur. Alors, le changement de débiteur changerait aussi leur risque.

Cependant, dans quelques exemples, le gage va survivre malgré l'absence de consentement du débiteur gagiste. Par exemple, si le débiteur gagiste reprend la dette, ce serait contraire à la bonne foi de dire qu'il n'a pas consenti à la reprise de dette. Alors, dans ce cas, si le reprenant est en même temps le débiteur gagiste, le gage va survivre sans avoir besoin d'un autre consentement de sa part.

En revanche, pour que le gage donné par le débiteur initial survive, il faut que son consentement se mêle à l'opération avec la reprise interne de dette. En d'autres termes, il est nécessaire de prendre son consentement si le reprenant est tout à fait étranger à lui. Alors, à notre avis, s'il n'a pas consenti la reprise interne de dette avec le reprenant, on doit prendre son consentement pour la continuation de gage.

Il y a aussi une controverse dans la doctrine à propos des garanties légales. Selon la doctrine dominante, les gages légaux et le droit de rétention ne sont pas éteints en cas de la reprise de dette. Puisque le créancier les a obtenus grâce à la loi, sans rechercher le consentement du garant, on n'en aura également pas besoin pour que le gage ou le droit de rétention continuent. L'opinion contraire dans la doctrine suppose que le garant subira les mêmes effets que dans les gages consensuels; c'est pourquoi, la continuation des gages légaux et le droit de rétention requiert le consentement du garant d'après cette opinion. A notre avis, le législateur qui n'a pas recherché le consentement du garant dans la genèse de la sûreté, ne le chercherait pas du tout pour sa continuation.

D'après la doctrine suisse, les tiers qui ont constitué un gage en garantie de la dette et la caution restent obligés si le débiteur initial en faillite est remplacé par un reprenant normal parce que le changement d'un débiteur en faillite ne peut pas agrandir le risque économique du créancier. A notre avis, cette solution doit aussi être adoptée dans le droit turc.

Pour les sûretés accordées en ignorant la personnalité du débiteur, le changement de débiteur n'affecte rien car le risque est pris sans prendre en considération la personnalité du débiteur. En raison de cette mentalité le législateur a voulu protéger ceux qui ont donné une sûreté accessoire à la dette en disposant que le gage et la caution s'éteint avec la reprise de dette à moins que le garant donne son consentement pour la continuation de la sûreté pour le nouveau débiteur. A notre avis, par l'interprétation téléologique, on peut aussi accepter le même résultat pour quelques autres sûretés comme la garantie car même si ce n'est pas une sûreté accessoire, le garant prend en considération l'insolvabilité du débiteur. Alors, le changement du débiteur va l'affecter de la même manière que le cautionnement.

Dans la doctrine, il est soutenu que l'article 200 du Code des Obligations Turc (art.180 du Code des Obligations Suisse) n'a pas de sens car l'invalidité de la reprise

de dette est déjà *ex tunc* dans les dispositions générales. A notre avis, cet article qui crée de nouveau le *statu quo* au moment où on a réalisé la reprise de dette, règle aussi les positions des tiers de bonne foi. Alors, à notre avis, cette disposition a un sens.

ABSTRACT

In Roman law, the concept of obligation represented solely the legal nexus between creditor and debtor. There wasn't any distinction between the wide or narrow sense of legal relationship. The concept of obligation was used to mean the relationship of debtor and creditor in both wide and narrow sense. This relationship was so personal that it was considered as impossible to substitute the parties with a third person, without any rupture or any break down of this relationship. Thus, the substitution of the debtor or creditor was only possible if the original obligation was terminated and replaced by a new obligation, i.e. by means of novation.

In 19th century, there has been an evolution of the concept of obligation in German Law as a result of Pandect law researchers. Henceforth, concept of obligation in its wide sense (for example, contract) is distinguished than any (individual) debt or credit in their narrow senses. Besides, it is accepted that obligation is not only a legal nexus but also a passive element of the debtor's patrimony. Accordingly, debts can be transferred from one person to another like assets. Based on this way of thinking, the concept of assumption of debt has been emerged as a legal creation of the German law. This concept whose intellectual basis has been brought to light by German Pandect doctrine has been internalized and applied in Turkish-Swiss law and Austrian law which follows German law. In contrast, other legal systems still prefer novation method in order to substitute the debtor with a third person.

It should be noted that even though the assignment of claims has been easily accepted by German legal doctrine as a result of economic requirements, the acceptance and development of the concept of assumption of debt has not been easy. In fact, it has been contended in the doctrine that debts could not be transferred due to their nature. However, in our opinion, assumption of debt doesn't mean the transfer of the debt from one person to other; it implies the transfer of the liability area covered by this debt in the debtor's patrimony, i.e. the transfer of passive valor, to someone else's patrimony. Then, in our opinion, debts can be transferred as a passive element of the asset.

However, the issue is still controversial in French law. In French doctrine, according to the opinion which refuses the singular transfer of debt; the debt is

inseparable from its *causa* and can't been transferred separately. The issue is about splitting a debt from its contractual source. In this point of view, debt can't be separated from the basic relationship, from its original contractual *causa* and can't survive, nor exist without it. In contrast, in our opinion, it could be argued that the substitution of debtor changes only the subject of the debt and concerns the subjective content; nothing is modified in its objective content. So, debt has never been separated from its basic *causa*. Moreover, it's meaningless to deny the possibility of assumption of debt whereas the assignment of claims has already been adopted in French legal system.

The assumption of debt has been adopted in Turkish law by the adoption of the Code of Obligation numbered 818 in 1926. However, this subject is hardly studied in Turkish law, and never been examined as a separate study in an article or thesis. The subject of this thesis has been determined as "Assumption of debt in Comparative Law" in order to fill this gap in the doctrine.

In assumption of debt, there is in question that a third party undertakes the adjective of "debtor" in its narrow sense. The debtor of the debt in its narrow sense, is replaced by this third party: the principal debtor is spared from his debt, and instead third person has become the new debtor. The concrete content of debt, i.e. the content of the performance has not been affected by assumption of debt. Only the target of the creditor has been substituted. Afterwards, in case of non-performance, creditor may not resort to the previous debtor's responsibility. Instead, he could resort to the assets of the new debtor. Although the content of the performance is the same, the debtor whom the creditor can direct his claim if necessary, is now a different person.

As a result, the assumption of debt is a succession only in the debtor's side (passive subject). In this point of view, the existence and content of the debt remains still the same as well as the debt itself. In this aspect, only the debtor has been substituted. There is no new debt arisen, there is only a succession of liability in one party. The new debtor assumes the debt as it was at the time of assumption with the exact same content and extent.

In our opinion, although the purpose of novation can also be the substitution of debtor, the assumption of debt provides a better model because it offers singular

succession. Indeed, it makes possible the substitution of the debtor without any unwanted consequences as extinction of affiliated debts or modification of the content of debt. Despite the substitution of the debtor, the securities, exceptions and related rights survive. In this sense, it is *de lege ferenda* preferable because it doesn't affect the objective content of the debt. In contrast, novation which substitutes not only the debtor but also the debt itself, doesn't meet the need for continuation of the debt with its same content.

In legal systems which adopted the assumption of debt, it is realized by a contract which must be concluded between creditor and new debtor. The consent of creditor is necessary because there is an impact on his legal and economic sphere. Maybe there is no difference in the content of debt but there is a difference in liable patrimony. Moreover, the creditor couldn't be left aside when the debtor whose he trusted the ability and the willingness to perform is replaced with someone else. Substitution of debtor can take place only in exceptional circumstances without the consent of the creditor. In these exceptional circumstances, legislator creates an effect on creditor's legal area by giving up looking for his consent, but takes also in consideration the economic balance of parties' interests. For example, in the transfer of assets and liabilities of a firm, there's no need for the creditor's consent, but in order to protect the interests of the creditors, it is accepted that the creditors preserves the right to resort to principal debtor as joint debtor in the following two years. However, at the end of these two years, the protection created by legislator expires and principal debtor disposes of his liability.

In the assumption of debt, the new debtor's consent is also required. Indeed, nobody can be put under any debt arisen a contract in which he doesn't take part. This is one of the basic principles of civil law.

In contrast, the debtor's consent is not required for the assumption of debt. This is the rule in German, Swiss-Turkish laws and in Unidroit Principles. Whereas, the Principles of European Contract Law stated that the consent of the debtor is required to get rid of the debt. In our opinion, this requirement is not appropriate. Because, in our opinion, the creditor should not be forced to wait for the debtor's consent when he found the opportunity to receive the performance by a third person or when he found a better new debtor.

There is also an alternative method of assumption of debt in which the principal debtor has a principal role. In this method, the creditor approves the contract concluded by the principal debtor and the new debtor. Therefore, this method is called “Approval Method”. However, in Swiss-Turkish law, only the “Contract Method” is accepted and the assumption of debt occurs only by a contract concluded between creditor and new debtor.

In our opinion, the contract method accepted in Swiss-Turkish law which distinguishes internal and external assumption of debt has some advantages compared to approval method. Indeed, in approval method, the invalidity of the internal relationship between new and principal debtor may also influence the assumption of debt approved by creditor (the external relationship) due to the rule of partial nullity. In this case, creditor may be affected by an act which he didn't take part and the rule of abstraction in the assumption of debt may be violated because of it. Moreover, *exceptio non adimpleti contractus* can't be used by new debtor against the principal debtor in their internal relationship because the new debtor would not perform to the principal debtor. The goal of assumption of debt occurs with creditor's approval. These problems could be solved by accepting the contract method, i.e. with the distinction of internal and external assumption of debt.

There is an interesting system adopted in Unidroit principles which draws attention. In this system, an option is granted to the creditor. He is entitled to retain the principal debtor as a substitute-debtor in case of non-performance (PICC.m.9.2.5). In approval method, until the approval or in case of non-approval, there is a legal presumption which indicates that the third person undertakes the performance even if he couldn't become the new debtor (§415 BGB in German law). The internal assumption of debt which is an undertaking by the third person to release the principal debtor from his debt, has a similar function but an advantage compared to approval system: instead of providing a legal presumption it establishes an obligation created directly by the parties will.

The assumption of debt is realized by a contract whose the legal nature is controversial. In one point of view, an act of disposition can't be done on a debt because a debt can't be considered as a right of the debtor. According to this point of view, the assumption of debt is only a substitution in debtor's side; this is not an act of disposition. In our opinion, this view fails to see that the assumption of debt

creates an effect on the claim of the creditor and modifies the value of this claim by influencing the possibility to receive any performance and release the original debtor.

The act of disposition is an act which creates a direct impact on a right by modifying, transferring or extinguishing it. In the assumption of debt, the substitution of debtor means a modification of the target of creditor's claim and also modification in assets that he can seize. Indeed, the creditor, in order to be satisfied, will be addressed to a new debtor who has possibly a different creditworthiness, economical capacity and willingness for performance. So, in our opinion, the assumption of debt has modified the obligation. Besides, there is a release of debtor from his debts which is considered an act of disposition. That's why, in our opinion, the assumption of debt is an act of disposition.

In addition, the assumption of debt doesn't create a new debt (*Schuld*) but it creates a liability (*Haftung*) based on the same debt for a new person. This means that a new responsibility is added on the new debtor's patrimony, i.e. his passives increases. Thus, in our opinion, besides being an act of disposition, the assumption of debt is also an act generator of obligation. In other words, it can be mentioned that there is a double effect of the assumption of debt.

The abstract nature of the assumption of debt is also controversial. The assumption can be made if there is an existing or future debt to assume. In other words, the validity of the assumption of debt is related to the existence of the debt. But, in our opinion, it doesn't mean that there is a causal act. Indeed, the contract will be void if there is no debt to assume, but the invalidity, in this case, would be based on the impossibility of the assumption, not on the causality of the act. Besides, the release of principal debtor is also related to the new debtor who will replace him as debtor. This is also not a question of causality, this is the singular succession.

In our opinion, the external or internal acts of assumption are not related in any way to each other. For example, an internal contract between debtors doesn't create an obligation to conclude a contract of assumption of debt. It only creates a liability against debtor to release him from his debt. The stipulator is entitled to choose how he will release him. The original debtor can't enforce the stipulator to one way or another, even if there is a due debt.

In our opinion, the assumption of debt is independent from any causal act and abstract. Indeed, it isn't necessary for creditor to have a reason to give his consent in order to release the original debtor. In other words, there is no motivation forcing the creditor to conclude the act; so, this is an abstract act, independent of its cause. Of course, it is almost impossible for the creditor to know the details and the exact content of an act whose he doesn't take part. IN addition, we should not expect it from him. So we must accept that the creditor is not entitled to be addressed by the exceptions arisen from debtor's agreement.

In the doctrine, it is also examined which debts are transferable. With few exceptions, all debts are transferable. Even the debt which the creditor has its own interest in the fact that the debtor performs himself, can be assumed. Indeed, since the creditor gives his consent, he can't contradict saying that he wants the personal performance of the original debtor, showing as an excuse his own interest. So in this case, the creditor who made the assumption of debt has abandoned his own interest. In addition, in order to transfer the debt, there is no difference whether it is due, prescribed or future debt providing that it is determinable.

However, some debts can't be transferred. For example, fines are not transferable because of their purpose. In addition, it is argued, in the doctrine, that the debts related to the personality of the debtor, especially debts arising from family law (excluding alimony) are not transferable. There are also some debts that can't be separated from the original contract as obligation to inform the counterparty of the contract.

The legislature has modified a bit the general provisions for the conclusion of the contract of assumption of debt. For example, the mere announcement to the creditor the existence of a contract of the internal assumption of debt, is considered as an offer to conclude a contract the external assumption of debt. In our opinion, it looks like the approval method adopted by the German law. The only difference is that, in German law, the principal and new debtors can modify their contracts already announced to the creditor until he approves it because it is not a binding offer in German system.

In addition, the offer for an external assumption of debt binds the offerer for an indefinite period. This is balanced by giving the parties the right to set a fixed term.

In case the principal and new debtors set two different terms, in our opinion, the term defined by the new debtor must be taken into consideration since he's one of the contract's parties. The ability to set a term is granted to the debtor in order to avoid uncertainty in the case where the new debtor didn't set a time for the conclusion of the contract. So if the new debtor has set a term for the conclusion of the contract, the term determined by the original debtor can't be taken into consideration.

The exchange of the debtor without the consent of the creditor is exceptional. A good example of this is found in the assignment of an asset or a business with assets and liabilities. The Turkish, Swiss and German legislators have adopted this disposition to facilitate universal succession of an asset or a business. To protect the creditor whose consent is not required, it is necessary to announce the transfer of the assets or business. After this announcement, as if there is a cumulative assumption of debt, the creditor can avail of the solidarity between the principal and new debtors.

When we examine the provisions of Turkish law on this subject, it may be noted that the possibility of transferring the assets or business universally is granted, but it is an optional provision, not mandatory. Indeed, under Swiss law, there is a partial universal succession which is limited by the inventory. With this, there is the possibility to exclude some debts from the transfer.

However, in the doctrine, it is argued that the universal succession should be considered mandatory because assets are considered as natural surety for liabilities. Yet it is the *actio pauliana* which is intended to protect the creditor against the risk of losing the assets of the debtor. If the creditor makes good use of this action, he will not need to find another way to protect himself. Anyway, it is clear that in practical life, this action is not well used. So this is why it is argued that the universal succession is mandatory and liabilities are part of it. If this view is adopted, then it should be accepted that when the parties of the transfer decide to leave some debts out of the transfer of the assets or business, it is in force only in the internal relationship between the transferor and the transferee.

In Turkish, Swiss and German laws, another example that deviates from the rule which requires the consent of the creditor for the assumption of debt, can be found in the alienation of the mortgaged property. In most cases, the buyer wants to take over the debt in order to allocate the purchase price. It does it whether to reduce

the price or to prevent the sale of the building because of the non-performance of the debtor whom he does not even know at all. For this, the debtor's consent is not required. The agreement between the seller and the buyer is sufficient. If the buyer assumes the debt with an agreement concluded in the land registrar, the registrar must notify the creditor, so that the debt assumption is valid against the creditor (art.890 Turkish Civil Code, Code Swiss civil art.834). If the new owner has assumed liability for the secured debt, the previous debtor is discharged unless the creditor notifies him or her in writing within one year that he or she intends to retain him or her as debtor (Turkish Civil Code art.888; Swiss Civil Code art.832). The term granted to the creditor is 6 months in the German law (§ 416 BGB).

In our opinion, this is a special application of the approval method (§ 415 BGB in German law). But differently, the law presumes the consent of the creditor unless he declares in writing, within one year, that he does not intend to retain his rights against the original debtor. In our opinion, it is only a presumption of approval in the interpretation of the silence of the creditor. This presumption can only be explained by the absence of the need to protect the creditor who also has a better possibility to take advantage of the mortgage.

In German law, the period of six months for this presumption begins when the transferor notifies the creditor. However, the period of one year which is set in the Swiss and Turkish laws begins when the land registrar notifies the creditor. In our opinion, the choice of the land registrar as the responsible of the notice will prevent some problems that may arise. For example, the exact date or the existence of the notice is important in order to know when the period begins and when the presumption will create its legal effects.

Although the effects of the debt assumption are listed in the Code of Obligations, it is important to mention a few question marks. First, we must mention that the main effect of the assumed debt is the change of the debtor, the passive subject of debt. In the interpretation of the intentions of the parties, there should be no doubt about the will to replace the principal debtor by the new debtor. If it is not possible to determine doubtless that there is an external assumption of debt, we have to accept the existence of a cumulative assumption of debt.

Then, in the examination the effects of external assumption of debt, it can never be ignored the fact that it is a singular succession of debt. In this case, the accessories of the debt, unilateral rights related to debt, exceptions are also transmitted to the new debtor. However, the debtor's personal exceptions are not part of the succession.

About the fate of accessories, the fate of previously accrued interests and the contractual penalty are in question. To decide, one must consider the will of the contracting parties. The question arises in case that there is no provision for this in the contract. In our opinion, the investigation of the existence and the extent of the debt is in the responsibility of the new debtor. So it is up to him to avoid the potential risks and to exclude previously accrued interests and contractual penalty already occurred. If he hasn't done it, we must accept that he wants to release the debtor from any debt, with all its accessories included.

There is controversy in the doctrine about the fate of a few exceptions: the *exceptio non adimpleti contractus*, exceptions of insolvency and prescription. In our opinion, the criteria in this debate should be about the nature of the exception. It should be sought if the exception is related to the contract or to the debt. *Exceptio non adimpleti contractus* is an exception which rules the moment of performance. In our opinion, since the assumption of debt does not change the objective content of the debt, neither the place nor the time of the performance changes. So the new debtor can use the exception of non performance of the contract against the creditor. It creates no difference in the legal position of the creditor because as before, he can't claim any performance against the debtor without offering the performance of his debt even after the assumption of debt. In our opinion, there is no reason to change that.

However, the exception of insolvency of the debtor seeks to secure the performance of the consideration. In our opinion, since the new debtor doesn't expect any consideration from the contractual parties, he doesn't need to proclaim this exception.

The assumption of debt does not mean that the new debtor waived the defense of time-barred debt. In our opinion, the assumption of debt whose the limitation period continues to run means the recognition of debt in which case the prescription

is interrupted. In addition, if we can't interpret the will of the new debtor in another way, we can't presume that it has waived the exception of time-barred debt because we have to accept that he wants to assume the debt as it is.

It is also controversial in the doctrine, if the privileges in case of bankruptcy will be transferred to the new debtor. In our opinion, these privileges exist because the debt will be collected from the patrimony of the original debtor; in other words, these privileges will be in use when the patrimony of the original debtor is bankrupt. But, succession in the debtor changes the patrimony responsible for this debt. So when we seize another patrimony to collect the debt, the privileges will not be valid because they are granted to the creditor in case of bankruptcy of the original debtor. There is no reason to grant privileges to the creditor who has concluded the assumption of debt. The new debtor is not the worker or doctor of the original debt. In addition, if one accepts that assumption of debt can create a new privilege in the new debtor's patrimony; this could damage the position of the other creditors who will seize the same patrimony.

The legislature has granted an exception to the singular succession, about the assumption of debt. Pledges and sureties provided by third parties remain in place in favour of the creditor only provided the pledgor or surety has consented to the assumption of the debt. The purpose of this provision is to protect the pledgor and guarantor because they provided the surety by confiding the principal debtor's insolvency, not the new debtor's. Their risk is related to the debtor's personality, credibility and insolvency. So the change of the debtor also modifies their risk.

However, in some examples, the pledge will survive despite the lack of the consent of the pledgor. For example, if the pledgor assumes the debt, it would be contrary to good faith to say that he has not made the assumption of debt. So in this case, if the pledgor is at the same time the new debtor, the pledge will survive without the need of another consent of his part.

However, in order that the pledge given by the original debtor survives, he must be involved to this operation at least in the internal assumption of debt. In other words, it is necessary to seek his consent if the new debtor is entirely a foreigner to him. So, in our opinion, if he has not consented the internal assumption of debt with the new debtor, we must seek his consent for the continuation of pledge.

There is also a controversy in the doctrine about the legal guarantees. About the dominant doctrine, legal pledges and the special lien are not extinguished because of the assumption of debt. Since the creditor has obtained these guarantees through the law, without seeking the consent of the guarantor, we will also not need it to make this pledge or lien continue. The contrary view in the doctrine assumes that the guarantor will be subjected to the same effects as in consensual pledges, which is why the continuation of liens and statutory pledges requires the consent of the guarantor according to this opinion. In our opinion, the legislature has not sought the consent of the guarantor in the genesis of the guarantee, so it should seek no consent for its continuation.

According to the Swiss doctrine, third parties who have made a pledge as security for the debt and suretyship stay liable if the original debtor in bankruptcy is replaced by a normal debtor because the change of a debtor in bankruptcy can't enlarge the economic risk of the creditor. In our opinion, this solution should be adopted also in Turkish law.

For sureties granted by ignoring the personality of the debtor, the change in debtor does not affect anything because the risk is taken without considering the personality of the debtor. Because of this mentality, the legislature intended to protect those who have given collateral security to the debt by telling that pledges and sureties provided by third parties remain in place in favour of the creditor only provided the pledgor or surety has consented to the assumption of the debt. In our opinion, with the teleological interpretation, we can also accept the same result for some other sureties as the guarantee because even if it is not a collateral security, the guarantor takes into account the debtor's insolvency. Then, change the debtor will affect him in the same way that the suretyship.

In the doctrine, it is argued that Article 200 of the Turkish Code of Obligations (art.180 of the Swiss Code of Obligations) doesn't make sense because the invalidity of the assumption of debt is already *ex tunc* in the general provisions. In our opinion, this article creates again the status quo of the moment when we realized the assumption of debt and also regulates the position of third parties who have good faith. So, in our view, this provision makes sense.

ÖZET

Roma hukukunda borç kavramı, sadece alacaklıyla borçlu arasındaki bir hukuki bağı ifade etmekteydi. Henüz geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ayrımı yoktu. Borç kavramı, hem geniş hem de dar anlamıyla alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmek için kullanılıyordu. Bu ilişki, o kadar kişisel görülüyordu ki, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki bağ tamamen kopup yok olmadan ilişkinin taraflarının yerini üçüncü bir kişiye bırakması mümkün görülüyordu. Bu nedenle, alacaklının ve borçlunun yerlerini başka kişilere bırakmaları, ancak söz konusu borcun sona ermesi ve yerine yeni bir borç kurulmasıyla, diğer bir deyişle yenileme yoluyla mümkündü.

19. yüzyılda Alman hukukunda, Pandekt hukukçularının çalışmaları sonucunda borç kavramı evrim geçirmiştir. Artık geniş anlamda borç ilişkisi (örneğin, sözleşme) ve dar anlamda (münferit) borç veya alacak kavramları birbirinden ayrı değerlendirilmeye başlanmıştır. Ayrıca borcun; sadece hukuki bir bağdan ibaret olmadığı, aynı zamanda borçlunun malvarlığında yer alan bir pasif değer olduğu görüşü kabul edilmiştir. Buna göre borç, diğer malvarlığı öğeleri gibi bir kişiden diğerine intikal edebilir. Bu düşünceden yola çıkarak, Alman hukukunda borcun dış üstlenilmesi kavramı bir hukuk yaratısı olarak ortaya çıkmıştır. Düşünsel temelleri Alman Pandekt hukukçuları tarafından ortaya atılmış olan bu kavram, sonradan İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde ve Alman hukukunu takip eden Avusturya hukukunda benimsenmiş ve uygulanmaya başlanmıştır. Buna karşılık, diğer hukuk sistemlerinde borçlunun üçüncü kişiyle yer değiştirmesi konusunda halen yenileme yöntemine başvurulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, alacağın temliki öğretide ekonomik gerekliliklerin bir sonucu olarak Alman hukuk öğretisinde kolayca kabul gördüğü halde, borcun üstlenilmesi kavramının kabulü ve gelişimi kolay olmamıştır. Zira öğretide, borcun doğası gereği nakledilemeyeceği ileri sürülmüştür. Oysa, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, borcun üstlenilmesiyle kastedilen, zaten borcun elden ele devri değildir; borcun malvarlığında kapladığı sorumluluk alanının, yani pasif değer bir kişinin malvarlığından, başka bir kişinin malvarlığına naklidir. O halde, bizce borç, malvarlığının pasif bir unsuru olarak nakledilebilir.

Ancak, Fransız hukukunda konu halen tartışmalıdır. Fransız öğretisinde borcun cüzi intikalini reddeden görüş uyarınca; borç, sebebinden ayrılamaz ve sebepten ayrı olarak devredilemez. Mesele; bir borcu, onu doğuran sözleşme ilişkisinden koparıp devretmekle ilgilidir. Bu görüşe göre borç, ona sebep olan temel sözleşmeden, temel ilişkiden ayrılamaz; ondan ayrı olarak varlığını sürdüremez. Bu görüş karşısında, kanaatimizce, borçlu değişiminin sadece borcun öznesini ilgilendirdiği, yani subjektif içeriğe ilişkin olduğu; borcun objektif içeriğinde bir değişiklik olmadığı, diğer bir deyişle borcun, özünde değişmediği ve dolayısıyla sebebinden hiçbir zaman ayrılmadığı ileri sürülebilir. Kaldı ki, Fransız hukuk sisteminde alacağın temlik kabul edilirken, borcun intikalinin reddi anlamsızdır.

Borcun dış üstlenilmesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 1926 yılında kabul edilmesiyle Türk hukukundaki yerini almıştır. Ancak konu, günümüze kadar Türk Hukukunda pek az incelenmiş, ayrı bir araştırma, monografi ya da tez konusu olarak ele alınmamıştır. Öğretideki bu boşluğu doldurmak amacıyla, tezimizin konusu “Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi” olarak belirlenmiştir.

Borcun dış üstlenilmesinde, dar anlamda borcun borçlusunu sıfatının üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi söz konusudur. Dar anlamda borcun borçlusunu, üstlenen ile yer değiştirmiştir; asıl borçlu borcundan kurtulmuş ve onun yerine üstlenen borçlu konuma gelmiştir. Borcun üstlenilmesi ile borcun somut içeriğinde, yani ifa edilecek borcun konusunda hiçbir değişiklik olmamıştır. Sadece, alacaklının hedefi değişmiştir. Artık alacaklı, borcun ifa edilmemesi halinde, önceki borçlunun sorumluluğuna gidemeyecek, onun yerine geçen üstlenenin malvarlığına el atabilecektir. İfa edilecek borç aynı olsa da alacaklının talebini yönelteceği ve gerektiğinde malvarlığına el atabileceği borçlu değişmiştir.

Sonuç olarak, borcun dış üstlenilmesi, sadece ilişkideki borçlu tarafın (pasif öznenin) değiştiği bir cüzi halefiyet halidir. Bu anlamda, borcun varlığı ve içeriği değişmemiş, borç (debitum, Schuld, dette) aynı kalmıştır. Bu açıdan baktığımızda, değişen sadece borcun borçlusudur. Yeni bir borç doğmamış, sadece bu borcun yükümlüsü değişmiştir. Üstlenen, borcu önceki borçlunun üstlenme anında sorumlu olduğu içerik ve ölçüde, onun yerine geçerek yüklenmiştir.

Kanaatimizce, her ne kadar, borçlunun değişmesi amacına yenileme kurumuyla da ulaşılabilir olsa da, borç üstlenme bir cüzi halefiyet öngördüğünden yenilemeye

nazaran daha üstün bir model sunar. Zira, borcun ve fer'ilerinin sona ermesine gerek olmaksızın ve içeriği değişmeksizin borçlunun değişmesine olanak tanımaktadır. Borçlu değişmesine rağmen, teminatlar, defiler ve fer'i haklar varlığını sürdürebilmektedir. Bu anlamda borcun objektif içeriğine dokunulmadığı için de legeferenda tercihe şayandır. Oysa yenileme, borcun borçlusunu değiştirirken, borcun içeriğinin aynen devam etmesi ihtiyacını karşılamamaktadır.

Borcun üstlenilebileceğini kabul eden hukuk sistemlerinde borcun nakli, bir sözleşmeyle gerçekleşir. Bu sözleşmenin, esasen alacaklıyla üstlenen arasında yapılması gerekir. Alacaklının rızası gereklidir; çünkü onun hukuki ve ekonomik alanına bir müdahale söz konusudur. Borcun belki içeriği değişmemiştir ama ifa edilmemesi halinde alacaklının el atabileceği malvarlığı değişmiştir. Kaldı ki, alacaklı güven duyduğu ve ifa etme kabiliyeti ve arzusundan emin olduğu bir borçlu yerine başka bir borçlunun geçmesine seyirci bırakılmamalı, onun da rızası aranmalıdır. Borcun nakli, sadece istisnai hallerde alacaklının rızası olmaksızın gerçekleşebilir. Bu ihtimalde de kanunkoyucu; alacaklının hukuk alanına etki ederek, borçlunun değişmesinde onun rızasını aramaktan vazgeçse bile, menfaatler dengesini gözeterek; alacaklıyı korumaktadır. Örneğin, borçların intikali hususunda alacaklının rızasının aranmadığı malvarlığı ve işletme devrinde, alacaklının menfaatlerinin korunması amacıyla ilk iki yıl müteselsil borçluluk kabul edilmiş, alacaklının asıl borçluya başvurma imkânı bu süre zarfında korunmuştur. Ancak, söz konusu sürenin dolmasıyla kanunkoyucunun alacaklıya tanıdığı koruma kendiliğinden kalkar ve asıl borçlunun borcundan kurtulması kanun gereği gerçekleşir.

Borcun üstlenilmesinde, üstlenenin rızası da gereklidir. Zira, kimse üçüncü kişilerin yaptığı bir sözleşme ile borç altına sokulamaz. Bu, medeni hukukun genel prensiplerinden birisidir.

Buna karşılık, borcun üstlenilmesinde borçlunun rızası aranmaz. Alman, İsviçre-Türk hukuklarında ve Unidroit ilkelerinde de kural budur. Buna karşılık, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde eski borçlunun da borçtan kurtulmak için rızasının aranmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce, eski borçlunun borcun üstlenilmesi işlemine katılmasının aranması yerinde değildir. Zira kanaatimizce alacaklı, ifa kabiliyeti daha üst düzeyde olan bir üstlenenle anlaşırken yahut doğrudan ifayı elde etme olanağı bulmuşken borçlunun rızasını beklemek zorunda bırakılmamalıdır.

Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde borçlunun da rızasının işleme katıldığı bir borç üstlenme yöntemi mevcuttur. Buna göre, üstlenen ile asıl borçlunun yaptığı sözleşmeye alacaklının onay vermesiyle borcun nakil gerçekleşecektir. Bu nedenle söz konusu yöntemi “onay yöntemi” olarak adlandırmış bulunmaktayız. Oysa İsviçre ve Türk sisteminde sözleşme teorisi benimsenmiş ve borcun üstlenilmesinin sadece borcun dış üstlenilmesiyle, yani üstlenen ve alacaklının akdedecekleri bir sözleşmeyle gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.

Kanaatimizce, İsviçre-Türk hukuk sisteminde kabul edilen ve iç üstlenme ile dış üstlenmeyi birbirinden ayıran sözleşme teorisi, onay yöntemine nazaran çeşitli üstünlüklere sahiptir. Zira onay yönteminde; borçluyla üstlenen arasındaki iç ilişkinin herhangi bir sebepten hükümsüzlüğü, alacaklının onay verdiği borç üstlenme işlemine (dış ilişkiye) kısmi hükümsüzlük kuralı gereği sirayet edebilir. Bu halde, alacaklı tarafı olmadığı bir işlemde dolayı etkilenecek ve borcun üstlenilmesinde soyutluk ilkesi zedelenmiş olacaktır. Ayrıca onay yönteminde; üstlenenin, asıl borçluya aralarındaki iç üstlenme sözleşmesinin koşullarının ifasında ödemezlik def'i ileri sürmesi imkânı bulunmamaktadır. Zira borç üstlenme sonucu alacaklının onay vermesiyle hemen gerçekleşmekte, bu şekilde üstlenenin asıl borçluya karşı ödemezlik def'i daha baştan ortadan kalkmaktadır. Oysa, iç üstlenme ve dış üstlenme sözleşmelerinin iki ayrı işlem olarak birbirinden ayrılmaları, bu sorunları kendiliğinden çözecektir.

Unidroit ilkelerinde ise, borcun üstlenilmesini düzenleyen hükümlerde, ilginç bir sistem göze çarpmaktadır. Bu sistemde alacaklıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Buna göre alacaklı borcun üstlenilmesine onay verirken, dilerse eski borçluyu borcundan kurtarabilir veya üstlenenin ifayı gerçekleştirmemesi ihtimalinde tali olarak başvurmak üzere onu borçlu olarak “yedekte” tutabilir (PICC.m.9.2.5). Onay yönteminde ise, alacaklının onayına kadar veya onay vermemesi ihtimalinde, üstlenenin borcu olmasa bile ifayı üstlendiği kanuni bir faraziyedir (Alman hukukunda §415 BGB). İsviçre ve Türk hukukunda ise, borçtan kurtarma taahhüdü üstleneni asıl borçluya karşı “kurtarma borcu” altına sokmak suretiyle benzer bir işlev görmektedir. Bu sistemin bir üstünlüğü de bunun kanuni bir varsayım olmayıp taraf iradelerinden kaynaklanmasıdır.

Borcun dış üstlenilmesi bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin hukuki niteliği de tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, bir borç üzerinde tasarruf işlemi mümkün

değildir. Zira, borç üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak değildir. Bu görüş uyarınca, borcun üstlenilmesinde, bir hak üzerinde tasarruf değil, sadece borçlu değişimi söz konusudur. Kanaatimizce bu görüş, borcun dış üstlenilmesinin yine alacak hakkı üzerinde tasarrufi etki doğurduğunu, alacak hakkının değerini, elde edilebilirliğini etkilediğini ve önceki borçluyu kurtarıcı bir etki gösterdiğini göz ardı etmektedir.

Tasarruf işlemi, bir hakka doğrudan etki ederek, onu değiştiren, devreden veya sona erdiren işlemlere denir. Borcun üstlenilmesinde, borçlunun değişmesi demek, alacaklının başvuracağı kişinin ve el atabileceği malvarlığı değerlerinin değişmesi anlamına gelir. Bu durumda, alacak hakkının elde edilebilirliği değişime uğramış olur. Zira, borçlunun değişmesiyle alacaklı, borcu ifa kabiliyeti ve ifa niyeti bakımından farklı bir kişiyle muhatap olacak, alacağını ondan tatmin etmeye çalışacaktır. Kanaatimizce bu, alacak hakkında önemli bir değişikliğe yol açmıştır. Ayrıca, burada bir bakıma borçlunun lehine ibra etkisinin gerçekleşmesi söz konusudur. Bu nedenlerle borcun üstlenilmesinin bir tasarruf işlemi olduğu kanaatindeyiz.

Bunun yanında, borcun dış üstlenilmesiyle, yeni bir borç (*Schuld*) doğmamış, sadece mevcut borçtan ötürü yeni bir kişinin sorumluluğu (*Haftung*) doğmuştur. Bu demektir ki, üstlenenin malvarlığına bir yükümlülük eklenmiş, yani üstlenenin malvarlığı eski borçlunun borcuyla aynı içerikte borçlanmıştır. Diğer bir deyişle, üstlenenin malvarlığının pasifleri artmıştır. Bu anlamda, kanaatimizce borcun dış üstlenilmesinin tasarrufi etkisinin yanında, malvarlığına yaptığı etki bakımından, borçlandırıcı bir etkisi olduğundan ve bu anlamda çifte etkisinin bulunduğu bahsedilebilir.

Borcun üstlenilmesinde, işlemin soyut olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Nitekim, üstlenen sadece borçlunun mevcut bir borcu varsa, yahut belirli veya belirlenebilir olması koşuluyla gelecekte bir borcu doğacaksa onu üstlenebilir. Diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesinin geçerliliği, temelinde mevcut bir borcun var olmasına veya doğacak olmasına bağlıdır. Kanaatimizce, bu “bağlılıktan”, işlemin sebebe bağlı olduğu anlamı çıkarmak mümkün değildir. Zira, üstlenilecek bir borcun mevcut olmaması halinde üstlenmenin hükümsüz olması, işlemin sebebe bağlı olması nedeniyle değil, üstlenmenin konusunun imkânsız olması nedeniyledir. Ne de olsa, konusu imkânsız olan işlem kesin hükümsüzdür. Ayrıca, borçlunun kurtulması

da üstlenenin onun yerine borçlanmasına bağlıdır. Bu da cüzi halefiyetin bir gereğidir.

Bizce, borcun dış ve iç üstlenilmesi işlemleri hiçbir şekilde birbirilerine zorunlu bir bağlılık içinde değildir. Örneğin, iç üstlenme sözleşmesi, bir dış üstlenme sözleşmesi akdetmek borcu doğurmaz. Bu bakımdan bir ön sözleşme değildir. Sadece asıl borçluyu kurtarma taahhüdü içerir. Taahhütte bulunan, kendi belirleyeceği bir yöntemle asıl borçluyu borcundan kurtarmalıdır. Asıl borçlu, borcu üstlenmesi yahut ifa etmesi yönünde taahhüt edeni zorlayamaz. Hatta, taahhüde konu olan borç muaccel olsa bile, bizce asıl borçlunun taahhüt edeni herhangi bir surette borcu üstlenmeye icbar etmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, borcun üstlenilmesi temel işlemten tamamen bağımsız ve soyuttur. Nitekim, alacaklının önceki borçluyu kurtaracak şekilde rıza vermesinin, yani tasarrufi etkinin meydana gelmesinin bir sebebi olmak zorunda değildir. Diğer bir deyişle, alacaklının kendi serbest iradesi dışında zorlayıcı bir sebebi olmayan bu işlem, basitçe söylemek gerekirse sebepsiz ya da herhangi bir sebepten bağımsızdır. Zira, alacaklının yabancı olduğu bir ilişkinin, borçlu ile üstlenen arasındaki akdın özelliklerini ve içeriğini bilmesi neredeyse mümkün değildir. Ayrıca, bu alacaklıdan beklenmemelidir. O halde, alacaklının bu temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlara muhatap olmamasının kabulü yerindedir.

Öğretide, hangi borçların nakledilebileceği de araştırılmıştır. Bazı istisnalar hariç, kural olarak tüm borçlar nakledilebilir. Bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunan borçların dahi üstlenilebileceği kabul edilebilir. Zira, alacaklı borcun dış üstlenilmesine rıza gösterdikten sonra, alacaklının menfaatini ileri sürerek bu sözleşmenin kurulmasını ve etki doğurmasını engellemek için bir sebep kalmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, borcun intikaline onay vermekle, borcun kişisel niteliğini üstlenene karşı ileri sürmekten vazgeçmiş olur. Ayrıca, borcun intikal etmesi için, belirlenebilir olması koşuluyla, gelecekte doğacak bir borç olması veya zamanaşımına uğramış olması, şarta bağlı olması veya eksik borç olması fark etmez.

Buna karşılık, bazı borçlar nitelikleri itibariyle nakledilemezler. Örneğin, ceza hukukuna ilişkin para cezaları, amacı itibariyle üstlenilmeye müsait değildir. Ayrıca, şahsa aşırı derecede bağlı olan bazı borçların, özellikle aile hukukundan doğan

(nafaka hariç) bazı yükümlülüklerin de nakledilemeyeceği öğretide ileri sürülmüştür. Bazı borçlar ise, temelindeki borç ilişkisinden ayrı ve bağımsız olarak devre konu olamazlar. Örneğin, sözleşmesel bazı ilişkilerde taraflardan birine yüklenen aydınlatma yükümlülüğü bu ilişkiden bağımsız olarak üçüncü kişiye intikal etmez.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasında, kanunkoyucu genel hükümlerden ayrılan bazı özellikler kabul etmiştir. Örneğin, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapıldıktan sonra, durumun alacaklıya bildirilmesi, bir dış üstlenme sözleşmesi yapmak hususunda öneri sayılmaktadır. Bizce, bu hüküm, Alman hukukunda kabul edilen onay yöntemiyle paralellik gösterir. Ancak, temel farkları, önerinin önereni bağlayıcı olmasıdır. Oysa Alman hukukunda onay yönteminde, onaya sunulan sözleşmeyi taraflar değiştirebilir, alacaklıya yapılan bildirim geri çekebilirler.

Ayrıca, borcun dış üstlenilmesinde öneri önereni süresiz bağlar. Bu, taraflara istedikleri zaman süre tayin etme yetkisi verilmesi suretiyle dengelenmiştir. Asıl borçlunun ve üstlenenin ayrı süreler tayin etmeleri halinde, bize göre, dış üstlenmenin tarafı olan üstlenenin belirlediği süre dikkate alınmalıdır. Asıl borçluya süre tayin etme yetkisi verilmiş olması, üstlenenin süre tayin etmediği hallerde oluşacak belirsizlik durumunu gidermek amacıyla, o halde, üstlenen alacaklıya belirli bir süre vermiş ise, artık asıl borçlunun ayrıca belirlediği süre dikkate alınmaz.

Alacaklının rızasını almaya gerek olmaksızın borçlunun değişmesi istisnaen karşımıza çıkar. Bu konuda bir örnek malvarlığı ve işletme devrinde karşımıza çıkar. İsviçre, Alman ve Türk kanunkoyucuları, malvarlığı ve işletmelerin külliye devrini kolaylaştırmak için bunu kabul etmişlerdir. Hiç rızasına başvurulmadan muhatabı değiştirilen alacaklıyı da korumak amacıyla, söz konusu devir sözleşmesinin alacaklılara duyurulması gerekmektedir. Bu duyurudan itibaren, iki yıl boyunca tıpkı bir borca katılma akdi yapılmışçasına alacaklı hem devredene hem de devralana müteselsilen başvurabilecektir.

Konu hakkında, Türk hukukundaki düzenlemelere (TTK. m.11/f.III, TBK. m.202) bakıldığında, malvarlığı veya işletmeyi devreden asıl borçlunun borçlardan külliye kurtulması imkânının tanındığı, ancak bunun emredici bir hüküm olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, İsviçre hukukunda da envanter kapsamında sınırlı “kısmi külli halefiyet” söz konusudur. Buna göre, devreden ile devralanın alacaklılara

durumun eksiksiz bildirilmesi koşuluyla bazı borçları devir kapsamı dışında bırakmaları mümkündür.

Buna karşın öğretide, alacakların borçların doğal güvencesini oluşturduğu düşünülerek, alacaklıları korumak için borçların da külliyen intikalinin emredici olması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak, tasarrufun iptali hükümleri tam da bu nedenle, alacaklıyı bu riske karşı korumak düzenlenmiştir ve iyi uygulandığı takdirde görevini yerine getirebilecektir. Ancak, kanun sistematığının sunduğu bu çözüm, yeterince iyi kullanılmadığından, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermemektedir. Bu nedenle, borçların külli intikalinin Borçlar Kanununun 202. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile emredici hükme kavuşturulması çözüm olarak öne sürülmüştür. Bunun kabul edilmesi ihtimalinde, malvarlığı veya işletmeyi devreden (asıl borçlunun) devralanla (üstlenenle) yaptığı sözleşmede bazı borçları devir kapsamı dışında bırakması halinde, bunun sadece iç ilişkide, yani rücu talebinde etkili olması, diğer bir deyişle alacaklılara karşı ileri sürülememesi söz konusu olacaktır.

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında alacaklının rızasının aranması kuralının “yumuşatıldığı” bir diğer örnek ise, rehinli taşınmaz devrinde karşımıza çıkar. Çoğu zaman, taşınmazı devralan yeni malik satış bedelinden değeri düşülmek üzere şahsi borcu da üzerine almak ister. Bunu hem bedelde indirim sağlamak, hem de iktisap ettiği taşınmazın başkasının borcunu temin etmesini ve başkasının borcu için satılmasını önlemek amaçlarıyla arzu edebilir. Bunun için alacaklıyla anlaşmasına gerek yoktur. Devreden eski malik (asıl borçlu) ile anlaşması yeterlidir. Asıl borçluyla yapılan bu iç üstlenmenin alacaklıya karşı hüküm doğurması için, söz konusu iç üstlenmenin tapu memuru önünde yapılan resmi senette ifade edilmiş olması ve tapu memurunun durumu alacaklıya bildirmesi gerekir (TMK.m.890; İsv. MK.m.834). Eğer alacaklı, bu bildirimden itibaren bir yıl içerisinde asıl borçluya, kendisini borçlu olarak muhafaza etmek istediğini bildirmezse, asıl borçlu borcundan kurtulur, yerine taşınmazı devralan geçer (TMK.m.888; İsv. MK.m.832). Alman hukukunda bu süre altı aydır (§416 BGB).

Kanaatimizce, burada onay yönteminin (Alman hukukunda §415 BGB hükmünün) özel bir uygulaması söz konusudur. Ancak, onay yönteminden farklı olarak, kanun burada alacaklının rızasını aramak yerine, belirli süre içinde aksi yönde irade beyanında bulunmadığı takdirde bu rızanın varlığını varsayar. Bizce burada

sadece, alacaklının sessiz kalmasına “onay” anlamı yüklenerek yaratılan bir yorum faraziyesi söz konusudur. Bizce, böyle bir faraziyenin kabulü ve kanunkoyucunun, alacaklının rızasını aramaktan vazgeçmesi, alacaklının zaten aynî talepte bulunması imkânı varken ayrıca rızasının aranmasına üstünlük tanınmasına ihtiyaç kalmamasıyla açıklanabilir.

Alman hukukunda bu faraziyenin işleme için geçmesi gereken altı aylık süre ipotekli taşınmazı devreden alacaklıya yapacağı bildirimden itibaren başlar. Oysa İsviçre ve Türk hukuklarındaki bir yıllık süre, tapu memurunun alacaklıya durumu bildirmesinden itibaren başlar. Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak uygulamada oluşabilecek bazı sorunları önleyecektir. Şöyle ki, bildirim yapıp yapılmadığı ve yapıldıysa ne zaman yapıldığı konusu önem arz eder. Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak, bu tartışmayı henüz oluşmadan önleyecek ve bu bakımdan uygulamada kolaylık sağlayacaktır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, burada tapu memurunun yaptığı bildirim bir irade beyanı değildir, bir bilgilendirme içerir. Bu bildirim, tapu memurunun re’sen yerine getirdiği kanuni bir görevdir. Bu bakımdan, öğretide ileri sürülen tapu memurunun devralanın temsilcisi sıfatıyla bildirimde bulunduğu düşüncesine katılmıyoruz.

Borcun üstlenilmesinin hukuki sonuçları her ne kadar kanunda düzenlenmiş de olsa, bazı soru işaretlerine değinmeyi gerektirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu sözleşmenin aslî sonucu, dar anlamda borcun pasif öznesinin, yani borçlusunun değişmesidir. Sözleşmenin niteliğinin tespiti için taraf iradelerinin yorumunda, borçlunun kurtulması ve üstlenenin onun yerine borçlanması hakkında sözleşme yapıldığı konusunda şüpheye yer olmamalıdır. Şüphe halinde, borcun üstlenilmesi sonucuna ulaşmak mümkün olmazsa, borca katılmanın varlığını kabul etmek gerekecektir.

Borcun dış üstlenilmesinin hüküm ve sonuçları değerlendirilirken, bunun bir cüzi halefiyet hali olduğu hiç unutulmamalıdır. Buna göre, kural olarak borcun fer’ileri, dar anlamda borca ilişkin yenilik doğuran haklar, borca ilişkin savunmalar aynen üstlenene intikal eder. Buna karşın borçlunun kişisel savunmaları, üstlenene geçmez.

Borcun fer'ilerinin intikali hususunda tartışmalı bir husus, işlemiş faizlerin ve sözleşme cezasının akıbetinin ne olacağıdır. Bunun için taraf iradelerine bakmak gereklidir. Ancak, taraf iradelerinden bir sonuca ulaşamadığı takdirde, yani tarafların konuya ilişkin bir düzenleme yapmadıkları hallerde ne olacaktır? Bizce, borcun varlığına ve içeriğine ilişkin bilgi almak ve üstlendiği borcun kendisini ne gibi sorumluluklar altına sokacağını araştırmak üstlenenin sorumluluğundadır. Borcu üstlenmesi halinde muhtemelen karşı karşıya kalacağı riskleri bertaraf etmek onun işidir. Borç üstlenme öncesinde muaccel olan sözleşme cezasından ve faizlerden sorumluluğunu ayırık tutmak, yani kapsam dışında bırakmak üstlenene kalmıştır. Bu nedenle, bu iradeyi göstermeyen üstlenenin, borçluyu borcundan tamamen kurtarmayı hedef tuttuğu ve dolayısıyla muaccel sözleşme cezalarını ve faizleri de üstlendiğinin kabulü gereklidir.

Def'ilere ilişkin bir diğer tartışma ise, ödemezlik def'i, aciz def'i ve zamanaşımı def'inin akıbetlerine ilişkindir. Bizce, bu değerlendirmede ölçüt, def'inin sözleşmenin tarafı olmaya mı yoksa dar anlamda borcun borçlusu sıfatına mı bağlandığıdır. Ödemezlik def'i, ifa sırasını düzenleyen bir kuraldan ileri gelir (TBK.m.97). Bizce, borcun üstlenilmesi borcun objektif içeriğinde bir değişikliğe yol açmayacağından, borcun ifa yeri ve zamanı ve hatta sırası da değişmeyecektir. Bizce üstlenen, arzu ettiği takdirde ödemezlik def'ini kullanabilecektir. Bu şekilde düşündüğümüzde, alacaklının durumunda bir değişiklik olmayacaktır. Alacaklı, borcun üstlenilmesinden önce de kendi edimini ifa etmeyi teklif etmeden borçludan ifa talebinde bulunamaz, böyle bir talep ödemezlik def'i ile karşılaşır. Bizce bu durumu değiştirmek için bir sebep yoktur.

Buna karşılık, aciz def'i, karşı edimi güvence altına almayı amaçlamaktadır. Kanaatimizce, üstlenenin de sözleşmeden bir karşı edim beklentisi bulunmadığından, bu def'i kullanması veya buna dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün olmamalıdır.

Borcun üstlenilmesinin zamanaşımı def'inden feragat edildiği anlamına geldiği öğretide ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, henüz zamanaşımı dolmamış bir borcun üstlenilmesi borç ikrarı sayılabilir ve dolayısıyla zamanaşımını kesebilir. Ancak, çoktan zamanaşımına uğramış bir borcu üstlenen kimsenin iradesi bu şekilde yorumlanmadıkça, zamanaşımı def'inden feragat ettiği anlamı çıkarılamamalıdır.

Zira, borcu üstlenenin iradesi aksi yönde yorumlanmadıkça, borcu olduğu gibi, tüm def'i ve itirazlarıyla üstlendiğinin kabulü gerekir.

İflas imtiyazlarının borcun üstlenilmesinden sonra devam edip etmeyeceği de öğretide tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce iflas imtiyazları, borçlunun malvarlığından tahsil edileceği için imtiyazlıdır. Söz konusu imtiyaz, o malvarlığının iflası halinde yürürlüğe girecektir. Oysa, borçlunun değişimi, sorumluluğun yüklendiği malvarlığında değişikliğe yol açar. Artık, borç borçlunun malvarlığından değil; üstlenenin malvarlığından ifa edilecektir. O halde, başka bir kişinin (üstlenenin) malvarlığına el atmayı gerektiren bir sorumluluk için söz konusu imtiyazın bir geçerliliği yoktur. Bu görüşü desteklemek için çeşitli gerekçeler verilebilir. Bizce, borcun üstlenilmesini kabul eden alacaklıya, üstlenenin iflasında bir rüçhan hakkı tanımak için hiçbir sebep yoktur. Burada artık bir işçi yahut hekim değil, ancak yeni borçlunun ödeme kabiliyetine güvenmiş olan alelade bir alacaklı söz konusudur. Kaldı ki, üstlenenin, yabancı bir borcu üstlenerek kendi malvarlığında üçüncü kişi lehine yeni bir imtiyaz yaratması kendi öz alacaklılarının durumunu ağırlaştırmış olacağından buna izin vermemek gerekir.

Kanunkoyucu, cüzi halefiyete bir istisna da teminat verenlerin durumuyla ilgili olarak tanımıştır. Sadece kefil ve rehin verenin, borcun üstlenilmesine rızaları olmadıkça sorumluluktan kurtulacaklarını düzenlemiştir. Hükmün amacı, teminat verenleri, borçlunun değişiminin yaratacağı olumsuz etkilerden korumaktır. Zira teminat verenler, üstlenene değil; eski borçlu lehine, eski borçlunun kişiliğine, ödeme gücüne ve ödeme niyetine güvenerek ve sadece onu korumak amacıyla teminat vermişlerdir. Üstlendikleri riziko; borçlunun kimliğiyle, güvenilirliğiyle ve ödeme gücüyle bağlantılıdır. Borçlunun değişmesi, teminat verenlerin üstlendikleri rizikoyu da değiştirir.

Ancak bazı hallerde, rehin verenin borcun üstlenilmesine rızası olmasa bile, rehin varlığını sürdürecektir. Rehlin veren üstlenenin kendisiyse, borçlunun değişmesinin kendi rızası olmaksızın gerçekleştiğini söylemesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Bu halde, üstlenenin aynı zamanda rehin veren olması ihtimalinde, rehin borcun üstlenilmesinden etkilenmeksizin varlığını sürdürür.

Buna karşın, eski borçlunun borcu için verdiği rehlin devam etmesi, kendi rızasının da işleme iç üstlenme yoluyla karışmış olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle,

hiç tanımadığı bir üçüncü kişinin borcu üstlenmesi halinde, rehin veren eski borçlunun rehlin devamı hususunda rızasına başvurmak gerekecektir. O halde, bizce, teminatı veren üstlenenin kendisi ise, hiç şüphesiz teminatın devamı gerekir. Oysa teminatı veren asıl borçlu ise; teminatın devamı, sadece onun üstlenen ile iç üstlenme sözleşmesi yapması halinde mümkün olmalıdır. Aksi halde, söz konusu teminatın devamı için ayrıca rızasını almak gerekecektir.

Kanunen kurulan teminatlarla ilgili olarak öğretide farklı görüşler mevcuttur. Öğretideki hâkim görüş uyarınca, kanuni rehinler ve hapis hakkı borcun üstlenilmesiyle sona ermezler. Zira alacaklı bu hakları kişinin rızası aranmaksızın kanun gereği kazanmıştır ve yine teminat verenin rızası aranmaksızın işbu teminatlar varlığını sürdürmelidir. Diğer görüş ise, teminat rızai de olsa kanuni de olsa yükümlüsünün borçlu değişiminden aynı şekilde etkileneceğini ve bu nedenle borçlu değişimine rıza vermedikçe teminatın düşmesi gerektiğini savunmaktadır. Bizce kanunkoyucu kanuni teminatları kurarken nasıl yükümlülük altına gireni iradesine başvurmadıysa teminatın devamı bakımından da onun iradesi aranmaz.

İsviçre hukukunda kabul edilen bir görüşe göre; iflas halindeki borçlunun yerine yeni bir borçlunun borcu üstlenmesi halinde, üçüncü kişilerin verdikleri kefalet veya rehin baki kalır. Diğer bir deyişle; önceki borçlunun iflas usulünde, önceki borçluya karşı yürütülen cebri açık artırmada, kefaletin borçla birlikte geçmesi için kefilin rızası aranmaz. Kanımızca bunun sebebi, zaten iflas halinde bulunan bir borçlu yerine başka bir borçlunun geçmesinin, teminat verenlerin ekonomik riskini daha da kötüye götüremeyecek olmasıdır. Türk hukukunda da bu çözümün kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Borçlunun kişiliği önemsenmeden verilen teminatlar için borçlunun değişmesinin bir önemi yoktur. Zira risk borçlu dikkate alınmadan üstlenilmiştir. Bu bakımdan bunların sona ermesi için bir sebep yoktur. Nitekim, kanunkoyucu da bunu öngörerek, borcun üstlenilmesinde sadece fer'i teminat örnekleri olan rehin ve kefaletin sona ereceğini düzenlemiş; asli teminatların sona ermesini düzenlememiştir. Ancak, esasen fer'i teminatların sona ermesini düzenleyen bu hükmün, koruma amacına uygun bir yorumla, kıyasen fer'i olmayan bazı teminatlar için de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Örneğin; kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde garantör de tıpkı kefil gibi riskini, borçlunun ödeme kabiliyetine göre hesaplamaktadır. Kefalet benzeri garanti, asli ve bağımsız olmasına rağmen borçlu

lehine verilen bir teminattır. Garanti verenin temel borç ilişkisindeki borçlunun ödeme kabiliyetini dikkate almadığı söylenemez. O halde, borçlunun değişmesi, onun durumunu da aynı şekilde etkileyeceğinden, borçlunun değişmesi halinde, kefalet benzeri garantinin de kıyasen sona ermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide, borcun üstlenilmesinin hükümsüzlüğü halini düzenleyen TBK.m.200 (İsv. BK. m.180) hükmünün yersiz olduğu, zira baştan itibaren hükümsüz olan işlemin zaten genel hükümler uyarınca baştaki duruma geri döneceği söylenmektedir. Ancak bizce, baştaki duruma geri dönülürken, yani status quo yeniden kurulurken iyiniyetli üçüncü kişilerin durumlarının korunacağını düzenleyen söz konusu hüküm, bu yönüyle kanunda kalmalıdır.

GİRİŞ

Klasik Roma hukukunda borç kavramı, günümüzdeki anlamına kavuşmuş değildi. Henüz geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda borç ayrımı yoktu. Borç (*obligatio*) kavramı, hem geniş hem de dar anlamıyla alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmek için kullanılıyordu. Bu ilişki, o kadar kişisel görülüyordu ki, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki bağ tamamen kopup yok olmadan ilişkinin taraflarının değişmesi mümkün görülüyordu. Diğer bir deyişle, alacaklının ya da borçlunun bu ilişkiden ayrılması, aralarındaki hukuki bağı çözüyordu. Bu nedenle, Roma hukuk öğretisinde kabul edildiği üzere, borçlunun değişmesi için borcun sona ermesi ve yeniden kurulması gerekiyordu. Bu sadece yenileme ile mümkündü.

19. yüzyılda Alman Pandekt hukukçularının çalışmalarının ışığında borç kavramı evrim geçirmiştir. Artık geniş anlamda borç ilişkisi ve dar anlamda (münferit) borç veya alacak kavramları birbirinden ayrı değerlendirilmeye başlanmıştır. Ayrıca borcun; sadece hukuki bir bağdan ibaret olmadığı, aynı zamanda borçlunun malvarlığında yer alan pasif bir değer olduğu ve tıpkı malvarlığının diğer öğeleri gibi bir kişiden diğerine intikal etmesinin mümkün olduğu görüşü kabul edilmiştir. Buna göre borç, asıl borçlunun malvarlığından ayrılarak diğer bir kişinin malvarlığına intikal edebilir. Bu düşünceden yola çıkarak, Alman hukukunda borcun dış üstlenilmesi kavramı bir hukuk yaratısı olarak ortaya çıkmıştır. Düşünsel temelleri Alman Pandekt hukukçuları tarafından ortaya atılmış olan bu kavram, sonradan İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde ve Alman hukukunu takip eden Avusturya hukukunda benimsenmiş ve uygulanmaya başlanmıştır. Hatta günümüzde, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Unidroit İlkelerinde de borcun dış

üstlenilmesine yer verilmiştir. Buna karşılık; Fransız, İtalyan ve İngiliz hukuk sistemlerinde borçlunun değişimi konusunda halen yenileme yöntemine başvurulmaktadır.

Borcun dış üstlenilmesi, 1926 yılında 818 sayılı Borçlar Kanununun kabul edilmesiyle Türk hukukundaki yerini almıştır. Ancak konu, günümüze kadar Türk Hukukunda pek az incelenmiş; ayrı bir araştırma, monografi ya da tez konusu olarak ele alınmamıştır. Öğretideki bu boşluğu doldurmak gayesiyle, tezimizin konusu “Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi” olarak belirlenmiştir.

Konu, özellikle borcun dış üstlenilmesi modelini benimsemiş olan hukuk sistemleri arasında karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu nedenle esas itibarıyla Alman, İsviçre ve Türk hukuklarına yer verilecektir. Ayrıca, borcun dış üstlenilmesi kavramını kabul etmiş olan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Unidroit İlkelerine de değinilmiştir. Bunların yanında, Alman hukukundan oldukça etkilenen Avusturya hukukuna da yeri geldikçe değinilmiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, henüz borcun üstlenilmesi modeli dünya çapında kabul görmüş değildir. Borcun üstlenilmesi modelini benimsemiş olan hukuk sistemleri haricinde; borcun dış üstlenilmesi yerine, borçlunun değişimi için genel olarak taraf yenilemesi modeline (tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi) başvurulmaktadır. Taraf yenilemesi modelini tercih eden hukuk sistemleri arasında önemli bulduğumuz bir örnek, Fransız hukukudur. Zira, 19. yüzyılda Alman hukukunda borcun “cüzi” intikaline ilişkin yapılan tartışmalar Fransız hukuk öğretisinde yakından takip edilmiş, tartışılmış ve borcun dış üstlenilmesi modeli reddedilmiştir. Bu tercihin teorik nedenlerinin anlaşılabilmesi amacıyla, tezimizde bu görüş ve tartışmalara da yer verilmiş ve taraf yenilemesi modeliyle de karşılaştırmalar yapılmıştır. Bunların yanında, taraf yenilemesi modelini tercih etmiş olan İngiliz ve İtalyan hukuk sistemlerine de gerekli olduğu ölçüde değinilmiştir. Bu incelemenin yapılmasında, anılan hukuk öğretilerindeki tartışmalardan, çeşitli eserlerden, yayımlanmış tezlerden, içtihatlardan ve şerhlerden faydalanılmıştır.

Borcun dış üstlenilmesi, dar anlamda borcun pasif öznesinin değişmesidir. Diğer bir deyişle, bir cüzi halefiyet örneğidir¹. Bu bakımdan, geniş anlamda borç

¹ Borcun içeriği değişmeksizin sadece asıl borçlunun yerine üstlenenin geçmesi, tanımı gereği bir “cüzi halefiyet” halidir. Tezimizin devamında, münferit bir borcun bir kişiden diğerine nakli için “cüzi intikal”, münferit bir borcun borçlusunun hukuki konumunu üstlenene terk etmesi yani borçlunun üstlenene yer değiştirmesi için ise “cüzi halefiyet” terimleri kullanılacaktır.

ilişkinini ilgilendiren sözleşmenin devri, borçlunun değişmesi sonucunu doğurmayan borcun iç üstlenilmesi² ve cüzi halefiyetle ilgisi olmayan külli halefiyet halleri tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu konulara sadece karşılaştırma amacıyla değinilmiş ve borcun üstlenilmesinden ayrıldığı noktaların tespitiyle yetinilmiştir. Bunun yanında, malvarlığı ve işletme devri konusunda ise, aktiflerin devri yine tez konusu dışındadır; sadece pasiflerin devriyle ilgilendirilmiştir.

Tez, üç ana bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde, öncelikle borcun dış üstlenilmesinin tarihi gelişim süreci ele alınmıştır. Roma hukukundan günümüze gelinceye kadar kavramın doğumu, gelişimi ve kabul edilmesi incelenmiş; konuyla ilgili çeşitli hukuk sistemlerinde yapılan tartışmalar açıklanmış ve değerlendirilmiştir. Ardından, borçlunun değişimi hususunda dünyada kabul edilen taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesi ve borcun üstlenilmesi modelleri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda, borcun üstlenilmesi modelini benimseyen ülkelerde uygulanan iki ayrı borç üstlenme yöntemi de karşılaştırılarak açıklanacaktır.

İkinci bölümde, öncelikle borcun üstlenilmesinin tanımı yapılmış ve hukuki niteliği araştırılmış; konuyla ilgili tartışmalar değerlendirilmiştir. Ayrıca, hangi borçların üstlenilebileceği; diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin konusu belirlenmiştir. Daha sonra, borcun üstlenilmesi, benzeri hukuki kurumlardan ayırt edilmiş ve hukukumuzda yer alan bazı özel görünümleri ayrıntılı olarak mercek altına alınmıştır. Özellikle, borcun naklinin³ en çok uygulama alanı bulduğu konular olan malvarlığı ve işletme devriyle rehinli taşınmazların devri hususlarının üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise, öncelikle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin tarafları ve kuruluşu incelenmiş; bundan sonra, alacaklı, borçlu, üstlenen ve teminat verenler

² Kanaatimizce, gerçek anlamıyla “borcun üstlenilmesi” dendiğinde, borcun dış üstlenilmesi, diğer bir deyişle dar anlamda borç ilişkisinde borçlu tarafın (pasif öznenin) değişmesi, yeni bir borçlunun eskisinin yerine geçmesi anlaşılmalıdır. Buna karşın, borcun iç üstlenilmesinde yeni bir borçlunun mevcut bir borcu üstlenmesi yahut mevcut borç ilişkisindeki borçlunun değişmesi söz konusu değildir. Bu anlamda, borcun dış üstlenilmesi gerçek bir üstlenme (*echte, eigentliche Schuldübernahme*) iken, borcun iç üstlenilmesi ise gerçek olmayan bir üstlenmeyi (*unechte, uneigentliche Schuldübernahme*) ifade eder. Bu nedenle, tezin devamında, özellikle borcun iç üstlenilmesi kastedilmedikçe, borcun üstlenilmesi kavramı, dış üstlenmeyi kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

³ Tezimizde, borcun “nakli” kavramı, borcun bir kişiden diğerine “intikali” anlamında kullanılmaktadır. Üstlenme iradesi aranmaksızın kanun gereği intikal eden borçlar için bir “borç üstlenme” halinden bahsetmek mümkün olmadığı cihetle, yer yer borcun nakli kavramı, bir borç “transferini” ifade edecek şekilde kullanılmıştır.

bakımından hüküm ve sonuçları ele alınmıştır. Son olarak borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüzlüğünün sonuçları açıklanmıştır.

Tezimiz kapsamında, borcun dış üstlenilmesini hem çeşitli hukuk düzenleri arasında hem de taraf yenilemesi gibi benzeri amaçlar güden hukuki kurumlar karşısında karşılaştırmalı olarak inceleme imkânımız olmuştur. Bu incelemede, kurumun çeşitli özellikleri ve taşıdığı sorunlar ele alınmış ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır. Tezin sonuç kısmında ise varılan bu sonuçlar aktarılmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

Genel Olarak Borcun Dış Üstlenilmesi Kavramının Gelişimi ve Dünyada Borçlunun Değişmesi Hususunda Kabul Edilen Yöntemler

Bu bölümde öncelikle, Türk Borçlar Kanunundaki yerini alıncaya kadar borcun dış üstlenilmesi kavramının yaşadığı tarihi gelişim süreci ele alınacaktır. Kavramın ortaya çıkması, gelişimi ve çeşitli hukuk sistemlerinde konuya ilişkin yapılan tartışmalar incelenecektir (I).

Ardından, borçlunun değişmesi hususunda dünyada kabul edilmiş olan, taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesi ve borcun üstlenilmesi modelleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu başlık altında ayrıca, borcun üstlenilmesinin meydana getirilmesinde çeşitli hukuk sistemlerince benimsenmiş olan yöntemler de incelenecek ve bu kapsamda Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinin genel olarak kabul etmiş olduğu sözleşme yöntemi de onay yöntemiyle karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir (II).

I. Borcun Dış Üstlenilmesi Kavramının Tarihi Gelişimi ve Kabulü

Borcun dış üstlenilmesi kavramı; 19. yüzyılda gelişmiş ve günümüzdeki şeklini alması, belirli tartışmaların sonunda gerçekleşmiştir. Roma hukuk öğretisinde tanınmayan bu kavram, ticaret hayatının gereklilikleri ve Alman Pandekt hukukçularının tartışmaları sonucunda hukuk hayatına girmiştir⁴.

Kavramın kabul edilmesinde tartışma konusu olan teorik sorun, borcun cüzi halefiyet yoluyla intikalinin (*Singularsukzession*) mümkün olup olmadığı meselesidir. Söz konusu tartışma, borç ve borç ilişkisi kavramlarının Roma hukukundan günümüze ulaşan algılanış biçimiyle ilintilidir. Aşağıda tarihsel bir

⁴ Bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, Rudolf, *in* Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 2. Teilband: §§ 305-432*, (Redaktion: Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, Tübingen 2007, §§414-418 BGB, N. 1.

incelemeyle bu tartışmalara değinilecek ve kavramın gelişim süreci ve kabulü açıklanacaktır. Günümüzde borcun üstlenilmesi; Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde kabul edilmiş; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Unidroit ilkelerinde de yer almıştır.

Ancak borcun üstlenilmesi, anılan bu hukuk sistemleri haricinde kabul görmüş değildir. Aşağıda, borcun üstlenilmesi yerine taraf yenilemesi yöntemine sadık kalmış olan Fransız hukuk öğretisinde konuya ilişkin yapılan tartışmalara da, önemli bir örnek teşkil ettiği için yer verilmiştir. Zira, Fransız hukuk öğretisi; borcun üstlenilmesi modelini tartışmış, 19. yüzyıl Alman hukukundaki gelişmeleri takip etmiş, buna rağmen bu kavram Fransız Medeni Kanununa alınmamıştır. Bu tercihin teorik nedenleri ve öğretilerdeki tartışmalar, konuya ışık tutması bakımından aşağıda ele alınacaktır.

Bu başlık altında, borcun üstlenilmesi kavramının gelişimi, tartışmanın tarihsel gidişatına uygun olarak ele alınacaktır. Önce, Roma hukuk öğretisindeki durum açıklanacak; ardından Alman ve Fransız hukuklarındaki tartışmalar incelenecek ve son olarak da kavramın İsviçre ve Türk hukuklarında kabulü anlatılacaktır.

A. Roma Hukukundaki Durum, Öğretilerdeki Tartışmalar ve Gelişim Süreci

Roma hukukunda borç kavramının algılanış şekli, borçlunun değişmesinde cüzi halefiyet düşüncesinin gelişmesini doğrudan engellemiştir. Bu nedenle, Roma hukuk öğretisinde borcun üstlenilmesi kavramına rastlanmaz. Borçlunun değişmesi için taraf yenilemesi modeline başvurulur. Bu başlık altında bunun teorik nedenleri incelenecektir. Önce, Roma hukukunda borç kavramının nasıl anlaşıldığı ele alınacaktır. Ardından borçlunun değişmesi için Roma hukuk öğretisinde yenileme kavramı çatısı altında kabul edilen yöntemler açıklanacaktır.

1. Roma Hukuk Öğretisinde Borç Kavramı

Günümüzde kabul ettiğimiz anlamıyla borç (*obligatio*⁵) kavramının kökeni Roma hukukuna dayanır. *Justinianus*'un *Institutiones*'inde borç; borçlunun alacaklı

⁵ Sözcüğün kökeninde bağlanmak anlamına gelen *-lig-* sözcüğünden türetilmiş *obligare* fiili yatar (**Zimmermann**, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd., Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990,s. 1; **Tercier**, Pierre, *Droit des obligations*, 4. édition, Schulthess, Zurich 2009, §3, N. 101; **Pichonnaz**, Pascal, *Les fondements Romains du droit*

lehine hukuka uygun bir edimde bulunmakla yükümlü olduğu, hukuk düzeni tarafından tanınmış bir hukuki bağ (*iuris vinculum*) olarak tanımlanmaktadır⁶. Bu tanım, özellikle borç ilişkisinin alacaklıyı borçluya bağlayan hukuki bir bağ olduğuna

privé, Schultess, Editions Romandes, Genève-Zurich-Bâle 2008, N. 1495 vd.; **Kaser**, Max/ **Knütel**, Rolf, Römisches Privatrecht, 17. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2003, §32, N. 1, s. 197; **Deroussin**, David, Histoire du Droit des Obligations, Economica, Paris 2007, s. 10-11; **Robaye**, René, Le Droit Romain, C. II, Collection Pédasup, Bruylant, 2ieme édition, Louvain-la Neuve/Bruxelles, 2002, s. 8; **Schulz**, Fritz, Classical Roman Law, 2th Ed. (Wolfgang Ernst tarafından indeks eklenmiş), Scientia Verlag, Aalen 1992, N. 785, s. 455; **Brégi**, Jean François, Droit Romain: Les Obligations, Ellipses, Paris 2006, s. 19; **Gazzaniga**, Jean-Louis, Introduction Historique au Droit des Obligations, Presses Universitaires de France, Paris 1992, s. 20; **Dedek**, Helge/ **Schermaier**, Martin J., “*Obligation (Greek and Roman)*”, Encyclopedia of Ancient History (<http://ssrn.com/abstract=1807242>, 13.04.2012), s. 1; **Fabre-Magnan**, Muriel, Droit des Obligations/1-Contrat et Engagement Unilatéral, 2ième éd., Thémis Droit, Presses Universitaires de France, Paris 2010, s. 1; **Herz**, Carl, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme, Cöthen : Druck von P. Schettlers Erben, 1901, s. 7. Ayrıca bkz. **Gaudemet**, Eugène, Etude sur le transport de dettes à titre particulier, A. Rousseau, 1898 basısının aynen tekrar basımı, Nabu Press, 2012, s. 30; **Malaurie**, Philippe/ **Aynès**, Laurent/ **Stoffel-Munck**, Philippe, Droit Civil, Les Obligations, 5ième éd., Defrénois, Lextenso éditions, Paris 2010, N. 1).

⁶ “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*” (Ins. Ius. 3.13. Tanımı bu şekliyle zikreden yazarlar için bkz. **Zimmermann**, s. 1; **Pichonnaz**, N. 1500; **Windscheid**, Bernhard/ **Kipp**, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung das deutschen bürgerlichen Rechts, 2. cilt, (1906 tarihli basımın yeniden basımı) Scientia Verlag, Aalen 1984, §251, s. 7; **Talamanca**, Mario, Istituzioni di Diritto Romano, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1990, N. 104, s. 503; **Schmidlin**, Bruno/ **Cannata**, Carlo Augustino, Le Droit Privé Romain, Vol. II, Collection Juridique Romande, Payot Lausanne, 1991, s. 11; **Maurer**, Tobias, Die Schuldübernahme, Französisches, Englisches und Deutsches Recht in Europäischer Perspektive, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 7; **Falcone**, Giuseppe, Obligatio est iuris vinculum, Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università degli Studi di Palermo, Monografie-2, G. Giappichelli Editore, Torino 2003, s. 5 vd.; **Deroussin**, s. 12; **Gaudemet**, Jean, Droit Privé Romain, 2ième éd., Coll. Domat, Paris 2000, s. 253 ve 257; **Robaye**, s. 7; **Buckland**, W. W., A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, 3. Ed., revised by Peter Stein, Cambridge University Press, London 1963, s. 405; **Honsell**, Heinrich, Römisches Recht, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2006, s. 83; **Hausmaninger**, Herbert/ **Selb**, Walter, Römisches Privatrecht, 9. Aufl., Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar 2001, s. 193; **Mayer-Maly**, Theo, Römisches Recht, 2. Aufl., Springer Verlag, Wien-New York 1999, s. 104; **Girard**, Paul Frédéric, Manuel Élémentaire de Droit Romain, 8ième éd. (édition revue et mise à jour par Félix Senn; réédition présentée par Jean-Philippe Lévy), Dalloz Paris 2003, s. 415, dn. 3; **Brégi**, s. 17; **Gazzaniga**, N. 6, s. 17-18; **Mazeaud**, Henri et Léon/ **Mazeaud**, Jean/ **Chabas**, François, Leçons de Droit Civil, Tome II, Vol. 1, Obligations, théorie générale, 8ième éd., Editions Montchrestien, Paris 1991, s. 4, N. 4; **Dedek/Schermaier**, s. 1; **Pothier**, Robert Joseph, Traité des Obligations, 1821 tarihli basımın yeniden aynen basımı, Ed. Dalloz, Paris 2011, N. 1; **Imhof**, Edgar, Obligation und subjektives Recht, Eine analytische Untersuchung als Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts, Marcel Alexander Niggli ve Marc Amstutz (Hrsg.) Grundlegendes Recht 4, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2003, §2, N. 3, s. 13; **Ahlers**, Bernhard, Die römisch-rechtliche Novation und die Schuldumwandlung nach dem B.G.B., Inaugural-dissertation der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen, Krick, Münster i.W. 1931, s. 1; **Seidenath**, Wolfgang, Die rechtliche Natur der Schuldübernahme unter bes. Berücks. d. Lehre Strohals, Inaugural-dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen, Tageblatt-Haus, Coburg 1936, s. 7; **Meyer**, Joseph, Der Einfluss der Schuldübernahme auf die für die Forderung bestehenden Nebenrechte, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Noske, Borna-Leipzig 1910, s. 1; **Koyuncuoğlu**, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi [Novatio], Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 7, dn. 1.

vurgu yapar⁷. Dikkat edilecek olursa, bu tanımda; borç, bir malvarlığı unsuru olarak sayılmaz.

Bu bakımdan, Roma hukuk öğretisinde borç kavramı, bir ucunda şahsi bir talep hakkına sahip olan alacaklının ve diğer ucunda ise ifade bulunma yüküyle bağlanmış olan borçlunun yer aldığı iki uçlu bir hukuki bağı ifade etmektedir⁸. Bu hukuki bağ uyarınca borçlu, alacaklı lehine bir edimde bulunmakla yükümlüdür⁹. Alacaklı açısından bakıldığında ise, borçludan bir edimin ifasını talep edebileceği bir hukuki ilişki söz konusudur¹⁰. Belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda, *obligatio* kavramı, hem dar hem de geniş anlamda borç ilişkilerini tanımlayacak bir ilişki olarak ele alınmış, bu konuda bir ayırım gözetilmemiştir. Söz konusu teknik ayırım, 19. yüzyılda Alman Pandekt hukukçuları tarafından geliştirilecektir¹¹.

Klasik Roma hukukunda, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkinin; kişileri sıkı şekilde bağladığı ve bu nedenle borç ilişkisinin, bundan doğan taleplerin ve dar anlamda borçların, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiden ayıramayacağı, bu kişilere ruhları ve bedenleriyle dahi bağlı olduğu düşünülmekteydi¹². Bu ilişki (*iuris*

⁷ **Pichonnaz**, N. 1502; **Gaudemet, J.**, s. 253; **Robaye**, s. 7; **Buckland**, s. 405-406; **Malinvaud**, Philippe, Droit des Obligations, 10ième éd., LexisNexis, Paris 2007, s. 551, N. 765; **Fabre-Magnan**, s. 1-3; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 4; **Schmidlin/Cannata**, s. 11; **Benrey**, Joseph J., De la cession de dettes, Richter, Geneve 1910, s. 18; **Niggebrügge**, Gottfried, Vertrag zugunsten Dritter und Schuldübernahme: (Wesen und Abgrenzung beider Rechtsgebilde), Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg August Universität zu Göttingen, 1931, s. 22; **Koyuncuoğlu**, s. 7. Öğretide bu tanıma, borcun kişisel bir dava (*actio in personam*) ile talep edilebilir olması da eklenmiştir (**Schulz**, N. 787, s. 456; **Kaser/Knütel**, §32, N. 1, s. 197; **Hausmaninger/Selb**, s. 193; **Mayer-Maly**, s. 105).

⁸ **Zimmermann**, s. 1; **Hausmaninger/Selb**, s. 193; **Tercier**, §3, N. 101-102; **Toulet**, Valérie, Droit Civil, Les Obligations, éditions Paradigme, Orléans 2005, s. 4; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1 ve 4, N. 4.

⁹ **Pichonnaz**, N. 1507-1508; **Renaut**, Marie-Hélène, Histoire du Droit des Obligations, Ellipses Ed., Paris 2008, s. 13; **Hausmaninger/Selb**, s. 193; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1. *Paulus, Digesta*'da borç ilişkisini, aynı haklardan ayırarak, bu ilişkinin üç edimi içerdiğinden bahsetmiştir (**Paulus**, D.44, 7, 3 pr.). *Paulus*'a göre bunlar, *dare* (*geben*, verme), *facere* (*tun*, yapma) ve *praestare* (*gewährleisten*, teminat verme, yerine getirme)'dir. Daha sonra bu tanım gelişmiş ve borçlunun verme, yapma ve yapmama edimlerini yerine getirmekle bağlı olacağı kabul edilmiştir (**Pichonnaz**, N. 1532 vd.; **Robaye**, s. 9-11; **Schmidlin/Cannata**, s. 17-20; **Hausmaninger/Selb**, s. 196; **Mayer-Maly**, s. 105; **Gazzaniga**, N. 7, s. 18-19; **Talamanca**, N. 104, s. 503; **Schmidlin/Cannata**, s. 11 vd.).

¹⁰ **Pichonnaz**, N. 1508; **Honsell**, Römisches Recht, s. 83; **Salkowski**, Carl, Zur lehre von der novation nach römischem recht: Ein beitrage zum römischem obligationenrecht, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1866, s. 1 vd.

¹¹ Bkz. **Maurer**, s. 10.

¹² **Zimmermann**, s. 58-59; **CommRomand/Probst**, Thomas, Art. 175-183 CO, dans Thévénoz, Luc/Werro, Franz (éditeurs), Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Genève 2003, Intro. N. 4; **Maurer**, s. 7; **Delbrück**, Berthold, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853, s. 3; **Sailleilles**, Raymond, Essai d'une Théorie Générale de l'Obligation d'après le Projet de Code Civil Allemand, Librairie Cotillon, Paris 1890, §4, N. 75; **Herz**,

vinculum) o kadar kişiseldi ki, taraflar ilişkiden ayrılamaz, başkasıyla yer değiştiremezdi¹³. Diğer bir deyişle, borçlunun değişmesi, ancak bu sıkı bağın tamamen çözülmesiyle mümkün olabilirdi¹⁴. Borcun cüzi intikali (*Singularsukzession*), diğer bir deyişle borcun borçlusu değiştiği halde içeriğinin değişmeden aynen devam edebilmesi imkânı bu düşünceye dayanılarak kabul edilmiyordu¹⁵. Henüz borcun pasif öznesinin değişmesi ve borcun intikali hakkında

s. 7-8; **Von Tuhr**, Andreas/ **Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl. + Supplement, Bd.II, Schultess, Zurich 1984. (www.swisslex.ch, 31.08.2012), §99, s. 380; **Delebecque**, Philippe/ **Pansier**, Frédéric-Jérôme, Droit des Obligations, Régime Général, 4ième éd., LexisNexis, Litec, Paris 2007, N. 495; **Ahlswede**, Rudolf, Abgrenzung zwischen Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Fikuart, Hildesheim 1928, s. 12; **Ahlers**, s. 16; **Albert**, Curt, Ein Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und dem Verträge zu Gunsten Dritter, Göttinger Handelsdruckerei, Göttingen 1929, s. 2; **Koyuncuoğlu**, s. 7. Aynı yönde, **Sohm**, Rudolph, The Institutes, A Textbook of The History and System of Roman Private Law, (çev. James Crawford Ledley), 3. Ed., Oxford Clarendon Press, London 1907, §87, s. 425 vd.

Hatta, sorumluluk o derece kişiseldi ki, borçlunun fiziki varlığını bile ilgilendiriyor, borçlu özgürlüğünü kaybedebiliyordu (**Maurer**, s. 7; **Brégi**, s. 19). “*legis actio per manus iniectioem*” için bkz. **Kaser**, Max/ **Hackl**, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 1996, § 20, s. 131 vd. “*Borç, borçlu dediğimiz tarafın şahsına çok sıkı surette merhut bir keyfiyettir. Fakat ekonomik mülahazalar hukukta bu düşünüşün pek de doğru olmadığını gösterdi.*” (**Arsebük**, Esat, “*Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*”, AÜHFD, 1954, C. 11, S. 1-2, s. 10).

¹³ **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 4; **Saleilles**, Raymond, Etude sur la Théorie Générale de l'Obligation d'après le Premier Projet de Code Civil pour l'Empire Allemand, 3ième éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1914, §4, N. 75; **Pichonnaz**, N. 1543; **Gaudemet, J.**, s. 258; **Honsell**, Römisches Recht, s. 109-110; **Hausmaninger/Selb**, s. 196; **Buckland**, s. 407 ve 554; **Girard**, s. 776; **Delebecque/Pansier**, N. 495; **Windscheid**, Bernhard, “*Die Singularsukzession in Obligationen*”, Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. I, München 1853, s. 28; **Herz**, s. 7-8; **Meyer**, Wilhelm, Die befreiende Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuches, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Grossherzoglich Badischen Ruprecht-Karls-Universität, Pils, Berlin 1911, s. 1; **Köhler**, Rudolf, Die Formen der translativen Schuldübernahme, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Bibliographisches Institut, Leipzig 1929, s. 10. “*Kişisel haklar, söniüp tekrar doğabilir; ancak devredilemezler.*” (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 29). “*Borcun öznesinden ayrılması mümkün değildi.*” (**Ahlswede**, s. 12). Roma hukuk öğretisinin *obligatio* kavramına bakışını açıklamak için örnek olarak *Tatovici*, “*Borç ödenmek için doğmuştur, devredilmek için değil.*” cümlesini kullanmıştır (**Tatovici**, Constantin T., De l'évolution de la novation, Imprimerie Bonvalot-Jouve, Paris 1908, s. 31).

¹⁴ **Seidenath**, s. 7; **Köhler**, s. 10. *Obligatio* taraflarına o kadar bağlıdır ki, bir tarafın değişmesi bu bağı bozar ve sona erdirir (**HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 3; **Meyer, J.**, s. 1). Borçlunun borcundan kurtulması için borç ilişkisinin tamamıyla sona ermesi gerektiği düşüncesi hâkimdi (**Benrey**, s. 17; **Davidson**, Karl August, Schuldübernahme als Zahlung, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Königlichen Universität zu Breslau, Kindt & Meinardus, Goblentz 1897, s. 4-5; **Meyer, W.**, s. 1-4).

Roma hukukunda, hukuki bağın (*vinculum iuris*) borcun asıl taraflarından ayrılmaz karakteri, asıl alacaklı ve asıl borçlu olmaksızın ilişkinin varlığını sürdürmemesinde kendini gösterir (**Maurer**, s. 11).

¹⁵ **Honsell**, Römisches Recht, s. 113; **Saleilles**, Essai, §4, N. 74; **Maurer**, s. 7; **Schulz**, N. 1069, s. 626; **Herz**, s. 7-8; **Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987, §35, s. 602; **Ahlswede**, s. 12; **Früh**, Peter, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, H.R. Sauerländer, Aarau 1945, s. 33; **Von Gierke**, Otto, Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere Vermögensübernahme, Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911,

özel bir kural yoktu¹⁶. Roma hukuk öğretilerinde, hayatta hüküm doğuracak işlemler arasında alacağın veya hakların devri yahut borçların intikali kabul görmezken, sadece malların devri kabul ediliyordu¹⁷.

Bu açıklamaların gösterdiği üzere, Roma hukukunda borçlunun değişmesi; önceki borcun sona erdirilerek içeriği aynı; fakat borçlusu farklı olan yeni bir borcun kurulması yoluyla, yani yenileme (*novatio*) müessesesi ile sağlanıyordu¹⁸. Aşağıda, Roma hukukunda yenilemenin görünüm biçimleri ele alınacaktır.

Berlin 1911, s. 39; **Heckelmann**, Dieter, Die Anfechtbarkeit von Schuldübernahmen, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Druck. Ch. Schön, München 1966, s. 5 vd.; **Kassebeer**, Werner, Die privative Schuldübernahme nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht: (Eine rechtsvergleichende Darstellung), Bener & Hausknecht, Bielefeld 1935, s. 3; **Kleinecke**, Gustav, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, R. Noske, Borna-Leipzig 1907, s. 2; **Wendt**, Hermann, Die privative Schuldübernahme, Druck und Einband: R. Stehle, Düsseldorf 1966, s. 2; **Tongsir**, Ferih Bediî, Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse, Thèse présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève pour obtenir le grade de docteur en droit, Istanbul Imprimerie 1951, s. 198; **Tiedemann**, Stephan, Die Haftung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht, Mohr & Siebeck, Tübingen 1995, s. 5; **Seidenath**, s. 7; **Köhler**, s. 10; **Niggebrügge**, s. 22; **Kulzinger**, Adolf, Die Schuldübernahme bei der Grundstücksveräußerung, Inaugural Dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen, Lassleben, Kallmünz 1930, s. 3; **Schmiedeberg**, Hans Hermann, Hypothekenübernahme und Schuldübernahme mit besonderer Berücksichtigung der kumulativen Schuldübernahme, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Greifswald Druck von Julius Abel, Königliche Universität zu Greifswald, 1914, s. 23.

Ancak, külli intikal, bir istisna olarak kabul görüyordu (**Ahlers**, s. 16; **Von Gierke**, s. 33).

¹⁶ **Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1988, s. 580.

¹⁷ **Schulz**, N. 1069, s. 626.

¹⁸ **Gai**.2.38; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 3; **Saleilles**, Etude, §4, N. 76; **Pichonnaz**, N. 1543; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 399; **Maurer**, s. 9, 13 ve 22; **Gaudemet, J.**, s. 258; **Schulz**, N. 1069, s. 626; **Kaser/Knütel**, §54, N. 1, s. 335; **Schmidlin/Cannata**, s. 16; **Hausmaninger/Selb**, s. 196 ve 305; **Koller**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009, §83, N. 11, s. 1340; **Girard**, s. 736; **Bucher**, AT, s. 581; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1247, N. 1209; **Saleilles**, Essai, §4, N. 76; **Delebecque/Pansier**, N. 495; **Buffeland-Lanore**, Yvaine/ **Larribau-Terneyre**, Virginie, Droit Civil, Les Obligations, 12ième éd., Dalloz, Paris 2010, N. 593; **Larenz**, AT, §35, s. 602; **Wendt**, s. 3; **Ahlswede**, s. 12; **Albert**, s. 2; **Oertmann**, Paul, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. umgearb. Aufl., Heymann, Berlin 1910 (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 31.08.2012), s. 330; **Regelsberger**, Ferdinand, "Über die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme", Archiv für die civilistische Praxis, Vol.67, 1884, s. 25; **Von Gierke**, s. 39; **Herz**, s. 8; **Heckelmann**, s. 6; **Horn**, Richard, Schuldübernahme: Eine Studie nach Österreichischem und Deutschem Civilrecht, Wien 1902 basisının tekrar basımı, Nabu Press, 2010, s. 1; **Kassebeer**, s. 3; **Tiedemann**, s. 5; **Seidenath**, s. 7; **Köhler**, s. 10; **Schönrock**, Wilhelm, Die Konstruktion der Schuldübernahme, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Königlichen Universität Greifswald, Adler, Greifswald 1918, §4, s. 8; **Rubach**, Rudolf, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme und von dem Versprechen der Leistung an einen Dritten, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde mit der Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs Universität Halle-Mittenberg, Kaemmerer, Halle a. d. Saale 1914, s. 13; **Niggebrügge**, s. 22; **Kulzinger**, s. 3; **Meyer, J.**, s. 1; **Schmiedeberg**, s. 23; **Koyuncuoğlu**, s. 8; **Tongsir**, s. 198; **Rado**,

2. Roma Hukukunda Borçlunun Değişmesi İçin Başvurulan Taraf Yenilemesi Yöntemleri

Roma Borçlar hukukunda taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesi için esasen borç havalesi (*delegatio debiti*¹⁹) veya *expromissio* yöntemlerinden birine başvuruluyordu²⁰. Şekil bakımından bu işlem, yenileme etkisini doğurmayı amaçlayan bir *stipulatio*²¹ ile yapılıyordu²². Ayrıca, bir usul hukuku yöntemi olarak

Türkân, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 221. Yenileme yoluyla borçlunun değişmesinde, değişen kişi hariç borcun içeriği önceki borçla aynı olabilir (**Maurer**, s. 21; **Pichonnaz**, N. 1543; **Mayer-Maly**, s. 176). Sadece borçlunun değişmesini amaçlayan yenilemeye *mutato debitore* denilmektedir (**Béguelin**, Edouard, “*Extinction des Obligations V, Novation 2: Espèces*”, FJS 810, 30 Eylül 1944, s. 1).

¹⁹ Kavram ve açıklama için bkz. **Danz**, Erich, “*Die delegatio nominis und delegatio debiti eine Forderungs und Schuldüberweisung*”, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 19, 1881, s. 69-130, s. 79; **Düren**, Akın, Klasik Roma Hukukunda Delegatio, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 35.

²⁰ **Niggebrügge**, s. 22 vd.; **Kulzinger**, s. 4; **Meyer, W.**, s. 4; **Meyer, J.**, s. 8.

²¹ *Stipulatio*, *stipulator*'un soru sorması ve bunun üzerine *promissor*'un buna cevaben tek taraflı taahhütte bulunmasıyla gerçekleşir (**Pichonnaz**, N. 1639; **Maurer**, s. 13; **Gaudemet, J.**, s. 386; **Honsell**, Römisches Recht, s. 36 ve 119; **Schmidlin/Cannata**, s. 45 vd.; **Hausmaninger/Selb**, s. 208 vd.; **Mayer-Maly**, s. 126-127; **Gazzaniga**, N. 101, s. 119-120. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaser/Knütel**, §40, s. 249 vd.; **Buckland**, s. 434 vd.; **Brégi**, s. 140 vd.; **Watson**, Alan, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford University Press 1965, s. 1 vd.; **Guarino**, Antonio, Istituzioni di Dritto Romani, Editore Jovene Napoli 2006, s. 287 vd.).

Stipulatio, önceleri aşırı şekilci bir sözlü akit idi. Zaman içinde söz konusu şekilcilik esnetilmiş, belirli kelime ve cümle kalıplarının kullanılması gerekliliği aranmaz olmuş ve hatta yazılı şekilde de yapılmaya başlanmıştır (**Pichonnaz**, N. 1695 vd.; **Gaudemet, J.**, s. 264-265; **Robaye**, s. 61-70; **Brégi**, s. 144 vd.).

²² **Tatovici**, s. 6-7; **Stachelin**, Bernhard, Die Novation: Ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1948, s. 7; **Karaman**, Başak, Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 96; **Redlich**, Ludwig, Zur Lehre von der Schuldauflösung durch Novation, Inaugural-Dissertation welche nebst den beigefügten Thesen mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Königlich-Preussischen Universität Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau 1893, s. 13; **Di Marzo**, Salvatore, Roma Hukuku, 5. bası, çev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları no.573, Hukuk Fakültesi no.124, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959, s. 389-390; **Koschaker**, Paul/ **Ayiter**, Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no.284, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s. 287. *Gaius* yenilemenin gerçekleşmesi için, sadece *stipulatio*'yu zikretmiştir (**Gai.3.176**; **Nelson**, Hein L. W./ **Manthe**, Ulrich, Gai Institutiones, III 88-181, Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Band. 35, Studia Gaiana VIII, Duncker&Humblot, Berlin 1999, Kommentar zu III.175-176, §176, s. 419 vd.; **Schulz**, N. 819, s. 486; **Watson**, s. 215; **Gide**, Paul, Etudes sur la Novation et le Transport des Créances dans le Droit Romain, L. Larose, Paris 1879, s. 13). Burada tarafların asıl niyetleri ayrıca araştırılmaksızın, *stipulatio*'nun sıkı şekilci yapısı yenileme iradesini ortaya koyar (**Koyuncuoğlu**, s. 12).

Glossatorlardan Humanistlere kadar, yenileme etkisinin oluşması için yenileyici *stipulatio*'nun gerekli olduğu savunuldu. *Donellus* ise, borcun *ipso iure* sona ermesini sağlayan yenileyici *stipulatio*'nun bir akit tipi (yenileme akdi) olarak kabul edilmesi gerektiğini söyledi. Belirtmek gerekir ki, *stipulatio* klasik sonrası Roma hukukunda geleneksel anlamını taşımamaktaydı. *Stipulatio*, artık uygulamada, soru-cevap yöntemiyle yapılan bir tek taraflı taahhüt gibi değil de, sözlü akit (*consensus*) gibi

karşımıza çıkan ve aslında davanın konusunun ve taraflarının tespitini amaçlayan *litis contestatio* da yenileme etkisi doğurarak, borçlunun değişmesi sonucunu doğuruyordu²³. Aşağıda, taraf yenilemesi sonucu doğuran bu yöntemlere sırayla değineceğiz.

İlk olarak, borçlunun değişmesi amacıyla asıl borçlunun üstlenene havale talimatı vermesi mümkündür. Buna “borç havalesi”, diğer bir deyişle “pasif havale” (*Passivdelegation*²⁴) denilmektedir. Buna göre, asıl borçlu (havale eden - *Delegant, délégant*), üstlenene (havale üstlenicisine - *Delegat, délégué*), alacaklıya (havale lehtarına - *Delegatar, délégataire*) karşı kendi yerine geçerek borçlanması için talimat veriyordu²⁵. Üstlenen de bu talimat üzerine, alacaklıyla borcu yenileyen ve asıl borçlu yerine kendisinin geçmesini sağlayan yenileyici etkili bir *stipulatio* yapıyordu²⁶. Burada borçlunun değişmesi, verilen talimat ile gerçekleşmez; bunun sonucunda talimata uymayı tercih eden üstlenenin alacaklıyla yaptığı *stipulatio* ile gerçekleşir²⁷. Eskiden havalenin işlevi sadece bu kullanımı ile sınırlıydı²⁸.

algılanmaya başlamıştı (**Maurer**, s. 26-27). Ortaçağda ise yenileme, bir sözleşme tipi olarak görülmeğe başlanmıştır (**Maurer**, s. 29).

²³ **Düren**, s. 42.

²⁴ **Maurer**, s. 11; **Hausmaninger/Selb**, s. 308-309; **Mayer-Maly**, s. 179; **Wendt**, s. 3; **Oertmann**, s. 330; **Regelsberger**, AcP 67, s. 25; **Endemann**, Wolfgang, Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht, N. G. Elwert Verlag, Marburg 1959, s. 8; **Danz**, Erich, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht, Leipzig 1886 (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 22.10.2012), s. 84 vd.

²⁵ Roma hukukunda, *delegatio obligandi*, alacaklıya olan borcunu üstlenmesi için üçüncü kişiye verilen borçlanma talimatıdır (**Maurer**, s. 12-13; **Kaser/Knütel**, §54, N. 11, s. 338; **Hausmaninger/Selb**, s. 308-309; **Kaser**, Max, “Zu Novation und Delegation”, Saturo Roberto Feenstraxexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata, ediderunt: J. A. Ankum, J. E. Spruit, F. B. J. Wubbe, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1985, s. 148 vd.). Burada bir ödeme talimatı değil, borçlanma talimatı söz konusudur (**Kaser**, s. 148). *Delegatio obligandi* hakkında bkz. **Von Salpius**, Botho, Novation und Delegation nach römischem Recht : Ein civilistischer Versuch, Berlin 1864, s. 41 vd.; **Endemann, W.**, s. 7.

²⁶ **Maurer**, s. 12; **Davidson**, s. 5; **Römer**, Robert, Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht, H. Laupp, 1863, s. 50 vd. **ZürcherKomm/Spirig**, Eugen, Art. 175-183 OR, “Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme”, in Gauch, Peter (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band V/1k, Lieferung 1, 3. Aufl. 1994, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 7; **D’Auferville**, Georges, De la novation, Thèse pour le doctorat, Université de France, Faculté de Droit de Lyon, Imprimerie Générale de Lyon, Lyon 1882, s. 13-14.

²⁷ Borcu sona erdiren etki, verilen borçlanma talimatı (*delegatio obligandi*) ile değil, bu talimat sonucunda yapılan yenileme ile ortaya çıkar (**Kaser**, s. 149-150).

²⁸ *Ulpianus*’a göre havale, alacaklıya veya alacaklının kendi yerine yetkili kılacağı kimseye, borçlunun kendisi yerine başka bir borçlu sunmasıdır. (“*delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit*”, **Ulpianus**, D.46, 2, 11 pr.). Bkz. **Endemann, W.**, s. 6 vd.; **Arnault**, Ferdinand-Louis-Barthélemy, De la novation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Thunot et C., Paris 1861, s. 77 vd.; **D’Auferville**, s. 14; **Moinier**, André, De la novation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Vinchon, Fils et Successeurs de Mme Vième Ballard, Paris 1855, s. 6-7 ve 51 vd.; **Osmont**, Charles, Novation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Charles de Mourges frères et

Roma hukukunda borçlunun değişmesi hususunda başvuru olan bir diğer taraf yenilemesi yöntemi ise; asıl borçlunun havale talimatı olmaksızın, üstlenenin alacaklıyla yenileyici etkili bir *stipulatio* yapması ve bunun sonucunda asıl borçlunun yerine geçerek borçlu olmasıdır²⁹. Böylelikle borçlu, asıl borçlunun talimatı olmadan ve hatta onun rızası hilafına da değişebilir³⁰. Üstlenenin doğrudan alacaklıyla yenileme amaçlı *stipulatio* yaptığı bu yenileme yöntemi “*Expromissio*³¹” olarak adlandırılır³². Kısaca, *expromissio* ile üstlenen; alacaklıyla *stipulatio* yapmakta ve bu suretle asıl borçlunun borcunu sona erdirerek, kendisi eski borçla aynı içerikteki yeni borcu alacaklıya taahhüt etmektedir³³.

Bu yöntemlere ek olarak, Roma usul hukukunda kazaî olarak borcun yenilenmesi sonucunu doğuran bir yöntem ise, *litis contestatio* (davanın tespiti) olarak karşımıza çıkar. Buna göre, davacı (alacaklı), davalıya (borçluya) karşı dava yoluyla talebini ileri sürebilmek için bir *formula* hazırlayarak onun kabulüne sunar.

successors de Vinchon, Imprimeurs de la faculté de droit, Paris 1857, s. 51; **Nègre**, Pierre, Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain, Imprimerie universitaire de Provence, Aix-en Provence 1925, s. 61 vd.; **Starck**, Boris/ **Roland**, Henri/ **Boyer**, Laurent, Droit Civil, Les Obligations, 3. Régime Général, 6ième éd., Litec, Paris 1999, s. 47, N. 92.

²⁹ **Maurer**, s. 25.

³⁰ **Girard**, s. 743; **Brégi**, s. 279. Roma hukukunda, asıl borçlunun katılımı olmaksızın borcun sona ermesi yöntemlerinden bir diğeri de üçüncü kişinin borcu ifa etmesidir. “*Solvendo quis que pro alio licet invito et ignorante liberat eum*” (**Gai**, D.3.5.38; **Maurer**, s. 11)

³¹ *Expromissio*, *expromittere* fiilinden türemiştir (**Mayer-Maly**, s. 179; Bkz. **Von Liebe**, Friedrich, Die Stipulation und das einfache Versprechen, Eine civilistische Abhandlung, Meyer, 1840, §17, s. 204 vd.). Kelime anlamı olarak, taahhüt dışında kalmayı, kişinin yerine başkasının taahhüt vermesi karşılığında taahhüdünden azat olmayı ifade eder (**Schmidlin/Cannata**, s. 74).

³² **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §353, s. 507; **Kleinecke**, s. 3; **Talamanca**, N. 128, s. 648; **Wendt**, s. 3; **Arnault**, s. 65; **D'Auferville**, s. 13; **Koyuncuoğlu**, s. 18; **Tongsir**, s. 198; **Rado**, s. 235. *Expromissio* ile, asıl borçlunun yerine yenisi geçer (**Pothier**, N. 583; **Deroussin**, s. 46; **Albert**, s. 2; **Endemann, W.**, s. 13 vd.; **D'Auferville**, s. 98; **Moinier**, s. 44 vd.; **Osmont**, s. 51 ve 61; **Stievez**, Gustave, De la novation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Imprimerie de E. Donnau, Paris 1867, s. 41; **Neumayer**, K. H., “*La transmission des obligations en droit comparé*”, La transmission des obligations, Travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S. A., Bruxelles 1980, s. 226; **Römer**, s. 51 ve 62 vd.; **Lemke**, Otto, Die rechtliche Natur der Schuldübernahme nach heutigem bürgerlichen Recht, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Ruprechts-Karls-Universität zu Heidelberg, Druckerei des Verlag Sporn (B. Bruckhardt), Berlin 1909, s. 7 vd.; **Redlich**, s. 16). Yine de Roma Hukukunda sözcüğün bu teknik anlamda kullanıldığı tartışmalıdır (**Girard**, s. 744).

Koch'a göre, *expromissio*, asıl borçluya karşı bu yönde bir taahhüdü ya da borcu olmadığı halde üstlenenin alacaklıya karşı onun yerine geçerek borçlu olmasıdır (**Koch**, Christian Friedrich, Die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignment und Novation [Delegation und Expromission], Breslau 1837, [http://dlib-pr.mpier.mpg.de, 31.08.2012], §54, s. 330 vd.).

Horn'a göre, her ne kadar *expromissio* kavramı Roma hukukunda yenilemenin bir türü olarak ele alınıyorduydu da, günümüzde borcun cüzi intikaline hizmet eden bir akittir. Yazara göre, *expromissio* ile borcun tarafı değişse de, borcun içeriği aynı kalır (**Horn**, s. 30 vd.).

³³ **Buckland**, s. 570.

Bu *formula*, söz konusu davanın konusuna ve taraflarına ilişkin bilgileri içerir ve davalı tarafından kabul edilmesi halinde temelindeki hukuki ilişkiyi sona erdirerek onun yerine sadece *formula*'nın içeriğinde yer alan ilişkiyi geçirir. Bunu kabul etmekle davalı, davanın kabulü halinde *formula* içeriğinde yer alan borcu davacıya ifa edeceğini taahhüt etmiş olur³⁴. Diğer bir deyişle, temel ilişki *formula*'nın kabulüyle sona erer; *formula*'nın içeriği davanın konusunu oluşturur. Bu bir anlamda, temel borç ilişkisinin kazaî yenilenmesidir. Davacının; *formula*'yı asıl borçlu aleyhine değil de, onun yerine geçecek bir kişi aleyhine hazırlaması ve söz konusu kişinin de *formula*'yı kabul etmesiyle davayı ona yöneltmesi mümkün olmaktadır³⁵. Bu ihtimalde, söz konusu *formula*'nın kabulüyle asıl borçlu yerine üçüncü kişi geçmiş ve taraf yenilemesi gerçekleşmiş olurdu.

³⁴ *Litis contestatio*, esasen dava açma gereğini doğuran anlaşmazlık konusu hukuki ilişkiyi sona erdirir. İddia sahibi, *formula*'yı iddiasını kendine karşı ileri sürdüğü kişiye bildirir, onun da kabul etmesiyle dava saptanmış olurdu. Bu andan sonra temeldeki hukuki ilişkiden doğan talep hakkı sona erer, sadece *formula*'da belirtilen talep içeriğine yönelik sonuçlar için davaya başlanırdı (**Di Marzo**, s. 391; **Rado**, s. 236; **Karadeniz-Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, 3. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no.461, Olgaç Matbaası, Ankara 1982, s. 343-344. Ayrıca bkz.**Koschaker/Ayiter**, s. 295-296). Bunun temelinde, aynı borcun iki defa ödenmemesi ilkesine uygun olarak, aynı borç için iki dava açılmaması mantığı yatar. Bu sebeple, alacaklı değiştiğinde aynı konuda ikinci bir talep yöneltilemeyeceğine göre, ikinci talebin yöneltilebilmesi için ilk talebin itfası gerekiyordu (**Tatovici**, s. 9).

³⁵ Önceleri sadece alacaklının değişmesi hususunda yardımcı bir kazai yöntem olarak, alacaklı, alacağını elde etmek amacıyla açtığı davada, üçüncü bir kişiyi *cognitor* veya *procurator in rem suam* olarak yetkilendirerek kendi yerine geçirebiliyordu. Burada bir hak elde etmek değil, usul hukuku anlamında *procurator*'a bir *actio utilis* kazandırmak söz konusudur (**Honsell**, Römische Recht, s. 114; **Kaser/Knütel**, §55, N. 10, s. 341-342; **Schmidlin/Cannata**, s. 16; **Hausmaninger/Selb**, s. 304; **Mayer-Maly**, s. 179; **Buckland**, s. 554; **Girard**, s. 778; **Früh**, s. 33; **Kassebeer**, s. 4. Ayrıca bkz. **Koch**, §40, s. 224; **Herz**, s. 9; **Muther**, Theodor, Zur Lehre von der Römischen Actio, dem Heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und der Singularsukzession in Obligationen, eine Kritik der Windscheid'schen Buchs: "Die Actio Des Römischen Civilrechts, Vom Standpunkte Des Heutigen Rechts", Verlag von Andreas Deichert, Erlangen 1857, s. 126 vd.; **Wendt**, s. 3; **Meyer, W.**, s. 3; **Meyer, J.**, s. 2). Klasik Roma Hukukunda sadece *cognitor in rem suam* atanmasından bahsedilirken (**Gai.2.39**), Bizans kaynakları *procurator in rem suam*'ı da katmışlardır (**Schulz**, N. 1070, s. 626-627). Burada esasen alacaklının yetkilendirdiği üçüncü kişinin davada alacaklı yerine geçmesi, alacaklı yerine davayı yürütmesi, alacakların temlik amacıyla kullanılan bir mekanizma olarak karşımıza çıkıyor, ancak aynı mekanizma pasifler için de (*defensio in rem suam*) kullanılabilirdi. Ancak, bir *defensor* atanmış olması, tek başına borçların intikaline ilişkin bir sonuç doğurmuyordu. Alacaklının, borçlunun vekilini davada taraf olarak kabul etmesi, bu yönde *litis contestatio*'yu vekil ile yapmayı kabul etmesi gerekiyordu (**Gai.3.180**; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 117 vd.; **Kassebeer**, s. 4; **Koyuncuoğlu**, s. 18; **Davidson**, s. 7 vd.; **Meyer, W.**, s. 3; **Rado**, s. 221-222. Bkz. **Nègre**, s. 21).

Gide'e göre, *litis contestatio*, sadece alacağın devri için değil, önceki borçluyu kurtarıp yerine yeni bir borçlu geçirmek için de kabul edilen bir yöntemdir (**Gide**, s. 416, dn. 1. Ayrıca bkz. **Benrey**, s. 35; **Danz**, Die delegatio nominis und delegatio debiti, s. 80; **Herz**, s. 10). "*litis contestatio*" için bkz. **Berger**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 43. Cilt, American Philosophical Society, 1953, s. 566; **Mayer**, Marum Samuel, Die litis contestatio, geschichtlich dargestellt, Metzler, Stuttgart 1830; **Kaser**, Max / **Hackl**, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, C.H.Beck, 1996, §42, s. 295 vd.

B. Alman Hukuk Sistemindeki Tartışmalar, Gelişim Süreci ve Kavramın Kabulü

Borcun üstlenilmesi kavramı ilk olarak Alman hukukunda ortaya atılmış, tartışılmış ve kabul edilerek kanunda yer bulmuştur. Bunun için öncelikle borç kavramının gelişmesi ve günümüzdeki anlamına kavuşması gerekmiştir. Bu başlık altında, Alman hukuk öğretisinde borç kavramının gelişimi ve bununla bağlantılı olarak borçlunun cüzi halefiyet yöntemiyle değişmesinin, yani borcun üstlenilmesi kavramının doğuşu ve kabulü açıklanacaktır. Bu kapsamda, konuyla ilgili olarak Alman hukuk öğretisindeki tartışmalar ve varılan sonuçlar incelenecektir.

1. Alman Hukuk Öğretisinde Borç Kavramının Evrimi

Alman hukukunda borcun üstlenilmesi, uzun süren tartışmalar sonucunda bağımsız bir hukuki kurum olarak tanınmıştır. Borcun varlığını sürdürerek intikali 19. yüzyılda gelişmiştir³⁶. Bu gelişim, *obligatio* kavramının Alman hukukunda Roma hukukuna nazaran farklı algılanmasıyla yakından ilgilidir. Roma hukukunda borç, taraflarına sıkı sıkıya bağlı bir kişisel ilişki olarak ele alınırken, Alman hukukunda bir malvarlığı unsuru olarak da kabul edilmeye başlanmıştır³⁷. Alman hukuk öğretisinde, *obligatio* kavramının, hem bir kişinin malvarlığındaki yükümlülüğü, yani pasif değeri, hem de kişiler arasındaki hukuki bağı (*vinculum iuris*) ifade ettiği ileri sürülmüştür³⁸. Bu yeni anlayışa göre, borcun taraflarının kişiliği değil, onların sorumluluğu (*Verpflichtung, Haftung*)³⁹ önem kazanmıştır⁴⁰.

³⁶ Maurer, s. 191.

³⁷ HKK/Meyer-Pritzl, §§414-418, N. 3.

³⁸ *Obligatio* kavramının sadece alacak (*Forderung, créance*) ve borcu (*Schuld, dette*) ifade etmek için değil, aynı zamanda borçlunun malvarlığından ifa edilecek bir yükümlülüğü (*Haftung, responsabilité*) de ifade etmek için kullanılması gerektiğine dair görüşler pandekt hukukçuları tarafından geliştirilmiştir (Bkz. Von Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Band 2, 1, Erlangen 1879 [http://dlib-pr.mpiet.mpg.de, 17.4.2012] §206, s.1 vd. Ayrıca bkz. Talamanca, N. 104, s. 502; Immenhauser, Martin, Das Dogma von Vertrag und Delikt: Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, Böhlau Verlag Köln Weimar, 2006, s. 313 vd.; Béguelin, Edouard, “L’Obligation”, FJS 88, 15 Kasım 1941, s. 1). Gürgens’e göre borç, alacaklıya, borçlunun malvarlığına el atma yetkisi veren ve borçluyu da alacaklıya karşı bir edimi yerine getirme yükümü yükleyen hukuki ilişkidir (Gürgens, Heinrich, “Die Singularsukzession in die Schuld”, JherJB, Bd. 8, 1866, s. 255).

³⁹ *Obligatio*’nun kelime anlamı olarak tam karşılığını arayan Alman hukukçuları, yükümlülük (*Verstrickung, Verpflichtung*) ve sorumluluk (*Haftung*) kavramlarını ortaya atmışlardır (Heusler, Andreas, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Band 2, Leipzig 1886, [http://dlib-pr.mpiet.mpg.de, 12.5.2012] s. 225-226).

⁴⁰ Wendt, s. 3-4.

Ayrıca, klasik Roma hukukunda var olmayan bir hukuki ayırım da ilk defa Alman hukukunda ortaya atılmış ve *obligatio* kavramının geniş ve dar anlamları birbirinden ayrı ifade edilmeye başlanmıştır. Kavramın bu şekilde gelişmesini anlayabilmek için, *obligatio* ile *debitum* (*Schuld*) kavramlarını birbirinden ayırmakta fayda vardır⁴¹. *Debitum*, dar anlamda borcu ifade ederken; *obligatio*, alacaklının borçluyla arasındaki adeta bütün bir “paket” halinde olan alacak-borç-sorumluluk ilişkisini ifade eder⁴². Günümüz hukuk sistemlerinde bu anlayış kabul edilmiştir. Buna göre bu hukuki bağ, alacaklı ile borçlu arasındaki alacak ve borçların ve hatta yenilik doğuran hakların bütününe içeren geniş anlamdaki hukuki ilişkiyi (örneğin, sözleşmesel ilişkiyi) ifade etmek için kullanıldığı takdirde, buna geniş anlamda “borç ilişkisi” (*Schuldverhältnis*) denir⁴³. Bu hukuki ilişkiden doğan münferit borçlar (borçlunun alacaklıya karşı münferit edimi) ise, dar anlamda “borç” olarak adlandırılır⁴⁴.

⁴¹ *Obligatio* taraflar arasındaki sübjektif ilişkiyi ifade eder. Oysa *debitum* (*Schuld*) kavramı objektif ve bağımsız içeriği ifade eder (**Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 36. Tanım için ayrıca bkz. **Berger**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 43. Cilt, American Philosophical Society, 1953, s. 425). Bu kavramsal ayırım uyarınca borç ifa edilirse, dar anlamda borç (*Schuld, debitum*) sona erer. Oysa, borcun ifa edilmemesi halinde malvarlığından sorumluluk (*Haftung*) doğar (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 7, N. 9). “*Sorumluluk, borcun yüküdür.*” (**Von Gierke**, s. 42). Bu ayırım uyarınca, *Schuld* bir ifa yükümlülüğünü, *Haftung* ise, borçlunun malvarlığına el atılması sonucunu doğurabilecek olan ifa etmeme sorumluluğunu ifade eder (**Kramer**, Ernst A., Grundkurs, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, N. 90 vd.; **Béguelin**, FJS 88, s. 1). Ayrıca bkz. **Popa**, Ervin Ap., Les notions de "Debitum" [Schuld] et "Obligatio" [Haftung] et leur application en droit français moderne, E. Muller, Paris 1935.

⁴² Aynı yönde bkz. **Pichonnaz**, N. 1505-1507; **Buckland**, s. 406-407; **Gazzaniga**, N. 8, s. 19. Benzer bir açıklama için bkz. **Girard**, s. 415, dn. 1; **Dedek/Schermaier**, s. 1.

⁴³ **Pieper**, Helmut, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis, G. Grote'sche Verlagbuchhandlung, Köln und Berlin 1963, s. 144 vd. Geniş anlamda borç ilişkisi, haklar ve borçlar barındıran bir organizma (*organismus*) olarak düşünülmelidir (**Baath**, Rolf, Der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältnis: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Schuldverhältnis, von der Zession, Schuldübernahme und Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte, Inaugural-dissertation, Bibliothèque de l'Université Neuchâtel, 1931, s. 9-28; **Bauer**, Cristoph, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes, Dike Verlag, Zürich-St.Gallen 2010, N. 64, s. 31; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (**Hatemi**, Hüseyin/ **Serozan**, Rona/ **Arpacı**, Abdülkadir), Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. I, 4. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, §2, N. 4; **Ayrancı**, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Kitabevi, Ankara 2003, s. 50). Sözleşmesel ilişkinin bütün bir organizma olması bakımından bkz. **Früh**, s. 65-66; **Staudinger/Rieble**, Volker, §§397-432 BGB, in Von Staudinger, Julius (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Dreizehnte Bearbeitung, Sellier – De Gruyter, Berlin 1999, §414 BGB, N. 33; **Pieper**, s. 157 vd.

⁴⁴ Ayırım için bkz. **Merz**, Hans, Schweizerisches Privatrecht, Sechster Band: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1984, §4, s. 47; **Von Büren**, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich 1964, s. 1; **Huguenin**, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. überarbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2008, N. 1369; **Berger**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2008, §4, N. 215 vd.; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., Stämpfli Verlag,

Dar anlamda borç, karşılıklı iki tarafı bulunan bir alacak-borç ilişkisidir: Alacaklı açısından bir aktifi (alacak hakkını), borçlu açısından ise bir pasifi (borcu) ifade eder⁴⁵. Bu ilişkide, alacak ile borç, varlıkları bakımından birbirine bağlıdır⁴⁶. Bu nedenle alacağın sona ermesi, karşısında yer alan borcu da sona erdirir.

Belirtmek gerekir ki, Roma hukukundan gelen bir anlayışla dar anlamda alacak ve borçların kesinlikle devredilmez, el değiştiremez olduğu uzun süre genel kabul görmüştür. Oysa zaman içinde, ticaret hayatının bir gerekliliği olarak, alacaklının elinde tuttuğu talep yetkisi; onun malvarlığındaki devredilebilir, satılabilir yahut el değiştirilebilir bir değer olarak görülmeye başladı⁴⁷. Böylelikle alacak hakkının

Bern 2009, N. 4.01 vd.; **Fikentscher**, Wolfgang/ **Heinemann**, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl., Walter de Gruyter, 2006, §5, N. 25 ve §7, N. 33 vd.; **Koziol**, Halmut/ **Welser**, Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Aufl., Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007, s. 3-4; **Kramer**, N. 62-63; **Imhof**, §2, N. 5, s. 13; **Looschelders**, Dirk, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München 2007, §1, N. 7 vd.; **Harke**, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2010, §2, N. 16; **Braunschneider**, Hartmut, Das Skript, Schuldrecht AT, 3. Aufl., Achso Verlag in der Bund Verlag, Köln 2002, s. 39; **Pieper**, s. 137 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, §2, N. 2 vd. Ayrıca bkz. **Gernhuber**, Joachim, Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, Mohr-Siebeck, Tübingen 1989, s. 7vd.; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s. 5-7; **Antalya**, O. Gökhan, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 7 vd.

⁴⁵ Alacaklıyla borçluyula sanki aynadaki akislerine bakmaktadırlar. *Obligatio*, alacaklı açısından tarif edildiğinde bir alacak hakkını, borçlu açısından tarif edildiğinde ise bir yükümlülüğü ifade eder. Alacak hakkı ve bunun karşılığı olan borçlunun yükümlülüğü, *obligatio* kavramının iki karşıt unsurudur (**Tercier**, §3, N. 100 vd.; **Pichonnaz**, N. 1508; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 459; **Von Büren**, s. 1; **Tandoğan**, Haluk, Notions Préliminaires à la Théorie Générale des Obligations, Mémoires Publiées par la Faculté de Droit Genève, Georg – Librairie de L'Université Genève, Genève 1972, s. 1-2; **Favre**, Pascal G., Le Transfert Conventionnel de Contrat, Analyse Théorique et Pratique, Schulthess, Zurich-Bâle-Genève 2005, N. 40, s. 11. Aynı yönde bkz. **Girard**, s. 415 dn. 2; **Brégi**, s. 25; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 4-5, N. 4; **Fabre-Magnan**, s. 1-3; **Imhof**, §2, N. 3, s. 13; **Kornder**, Arno, Die Rechtsnatur der privaten Schuldübernahme nach § 415 BGB, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps Universität zu Marburg, Limburger Vereinsdruckerei, Limburg Lahn 1936, s. 49 vd.; **Pieper**, s. 137 vd.; **Salkowski**, s. 9). *Obligatio*, alacak hakkını ve bunun karşılığı olan borcu birbirine bağlayan hukuki ilişkidir (**Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §251, s. 7). Bu hukuki ilişkideki taraflar karşılıklı olarak hak ve borca sahiptir (**Koziol/Welser**, s. 3).

⁴⁶ **Delbrück**, s. 11.

⁴⁷ **Zimmermann**, s. 59; **Gaudemet, J.**, s. 258; **Saleilles**, Essai, §4, N. 77; **Kuntze**, Johannes Emil, Die Obligation und die Singularsukzession des Römischen und heutigen Rechtes, Hermann Mendelssohn, Leipzig 1856, §§9-10, s. 25-34; **Ayrancı**, s. 27; **Üçer**, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3, s. 397-443. *Gaius*, eşya kavramını, maddi ve gayri maddi mallar (*res corporales – incorporales*) olarak ele alır (**Wieacker**, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, s. 310 [**Maurer**, s. 193'den naklen]). Hem *Gaius* hem de *Justinianus*, *obligatio*'yu gayri maddi mallar arasında sayarlar (Gai.2.14; D.1.8.1.1; Ins. Ius. 2.2.2.; **Buckland**, s. 186). Bu ayrım uyarınca alacaklar, bir eşyadan (*res*) ziyade bir talep hakkı (*actio*) olarak görülmektedir. *Grotius*'a göre de, eşya kavramı maddi malları ve alacakları kapsar (**Wieacker**, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, s. 291 [**Maurer**, s. 193'den naklen]). Bu anlamda, alacağın temliki, diğer malvarlığı değerlerinin devrinden pek de farklı değildir. Nitekim günümüzde, bir hakkın devri söz konusu olduğu için, tıpkı mülkiyet hakkının devrinde olduğu gibi, alacağın devri de tasarruf işlemi olarak kabul edilir. Alacağın devri, malvarlığına ilişkin unsurların devrinin başka bir türüdür. Alacağın devrini, malvarlığının

devredilebileceği zaman içinde kabul edilmiş; buna karşın, dar anlamda borcun intikaline ilişkin görüşlerin gelişmesi için beklemek gerekmiştir⁴⁸. Daha sonraları, borç ilişkisinin ekonomik bir bakış açısıyla değerlendirilmesi, ilişkinin muhtevası ve ilişkiye hâkim olan ilkelerin yeniden değerlendirilmesine yol açmış ve 19. yüzyılda Pandekt hukukçuları tarafından borçların da bir kişiden diğer bir kişiye intikal edebileceği yavaş yavaş kabul edilmeye başlanmıştır⁴⁹. Aşağıda bu süreç ele alınacaktır.

2. Borçlunun Değişmesi İçin Cüzi Halefiyet Yönteminin Gelişimi ve Borcun Üstlenilmesinin Kabulü

a. 19. Yüzyılın İlk Yarısında Alman Hukuk Sistemindeki Durum

19. yüzyılın başlarında Alman hukukunda, Roma hukukundan gelen *Glossator* ve *Kommentator* geleneğinden geçmiş ve son halini almış bir düşünce sistemi hâkimdi. Halen daha, borçlunun değişmesinde hâkim düşünce, Roma hukukundan gelen alışkanlıkla taraf yenilemesi kurumuna dayandırılıyordu⁵⁰. Buna göre, *expromissio* ve *delegatio* yoluyla yenileme yapılıyordu. Yenileme ile, eski borç sona erip yerine yeni borç doğuyordu⁵¹. Öyle ki, BGB'nin Dresden Taslağında (m.375, 379), Saksonya BGB'sinde (§§1003 ve 1005) taraf yenilemesi modeli tercih edilmiştir⁵². Benzer şekilde, Hessen BGB tasarısında (1844) borcun üstlenilmesi

unsurlarının devrine kıyasen kabul eden bu düşüncenin gelişmiş olmasına rağmen, bununla benzerlik kurularak, borcun malvarlığının bir pasif unsuru olarak kabul edilmesi ve bu şekilde devrinin kabul edilmesi halen kabul görmüyordu (Maurer, s. 193-194). Zaman içinde borç, borçlu açısından malvarlığının pasif unsuru olarak kabul edilmeye başlanmıştır (Saleilles, Essai, §4, N. 81; Mazeud/Mazeud/Chabas, s. 4, N. 4; s. 1259, N. 1231; Niggebrügge, s. 26).

⁴⁸ Öğretide bazı yazarlar, halen daha, alacak hakkının devri konusuna temkinli yaklaşmaktaydılar. Örneğin *Mühlenbruch* ve *Kuntze*, alacak hakkının değil, ama alacak hakkının ileri sürülmesi imkânının, yani haktan doğan talebin kullanımının devre konu olabileceğini ileri sürmüşlerdir (Mühlenbruch, Christian Friedrich, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte: Nach den Grundsätzen des römischen Rechts, 3. Aufl., Greifswald 1836, [http://dlib-pr.mpier.mpg.de, 13.10.2012], s. 220-221; Kuntze, s. 74-75).

Bazı yazarlar ise, alacağın devrini kabul etmekle birlikte, halen borç bağının (*vinculum iuris*) devre konu olması hakkında şüphelerini dile getirmektedirler. Örneğin; *Muther*, *Windscheid*'in görüşlerini değerlendirdiği eserinde, borç ilişkisinin (*Obligation*) cüzi intikale konu olamayacağı, ancak tek başına bir alacağın (*Forderung*) devredilebileceği görüşündedir. Buna karşın, dar anlamda borcun intikali konusuna değinmemiştir (Muther, s. 191 vd.). Ayrıca bkz. **Gaudemet, E.**, Etude, s. 42.

⁴⁹ **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 397 vd.; **Larenz**, AT, §35, s. 602. "Zaman içinde, ekonomik ihtiyaçlar borcun naklinin düzenlenmesine sebep olacaktı." (ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 15; **Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich**, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von F. Guttentag, 1888, s. 142).

⁵⁰ **Von Salpius**, s. 354-359.

⁵¹ **Maurer**, s. 191; **Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 34.

⁵² Bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 6.

kavramına rastlanmamaktadır. Borçlunun değişmesi, hukuki bir amaç olarak mevcut olsa da, kullanılan yöntem halen *expromissio* ve *delegatio* olarak karşımıza çıkar (*Der hessische Entwurf* §§ 326, 332)⁵³.

Ancak, zamanla kavramlar yavaş yavaş evrilmeye başlamıştır. Örneğin, Prusya hukuk sisteminde ALR’de *expromissio* yoluyla önceki borçlunun kurtulması ve yeni borçlunun borçlu hale gelmesi düzenlenmiştir (ALR, I, 14, §§399 vd.)⁵⁴. Burada, Roma hukukundan alınan *expromissio* kavramı kullanılmış olsa da, alacaklıyla üstlenen arasındaki bir akitle borçlunun değişmesi düzenlenirken borcun içeriğinin eski borçla aynı olduğu belirtilmiştir⁵⁵. Bunun yanında Prusya hukukunda *delegatio* kavramı yerine, “*assignatio*” (*Anweisung*) kavramı gelişmiştir (ALR, I, 16, §§264 vd.). *Assignatio*, *delegatio*’dan farklı olarak cüzi halefiyete benzer sonuçlar doğurmakta, bu anlamda borcun üstlenilmesine daha yakın durmaktadır⁵⁶.

Avusturya hukuk sisteminde ise, 1811 tarihli ABGB’de (§§ 1345, 1400 vd.) borçlunun değişmesi için *assignatio* kurumu düzenlenmişti⁵⁷. Buna göre; asıl borçlu, alacaklıya karşı kendisi yerine borçlu duruma gelmesi için bir üçüncü kişiye talimat veriyordu. Üçüncü kişi bu talimatı kabul ederek alacaklıya başvurduğunda, alacaklının da bunu kabul etmesiyle asıl borçlu borçtan kurtulmuş oluyordu (§1401 ABGB). Söz konusu üçüncü kişi talimatı kabul edip alacaklıyla anlaşmadığı sürece borçlu duruma gelmiyordu. Üstlenenin alacaklıya borcu ifa etmeyi kabul etmesi ise, temeldeki ilişkiden soyut bir borç taahhüdü sayılıyordu. Yani, ifada bulunmayı kabul

⁵³ **Demuth**, Peter, *Garantievertrag und privative Schuldübernahme in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Dissertations Drückerei, Hamburg 1966, s. 86-87.

⁵⁴ Açıklamalar için bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 9; **Heilfron**, Eduard, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4. neu bearb. Aufl., Band 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1909 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012), §39, s. 390, dn. 1; **Köhler**, s. 12 vd.

⁵⁵ **Kulzinger**, s. 4; **Meyer, J.**, s. 4; **Schmiedeberg**, s. 24. Burada halen tam bir cüzi halefiyet düşüncesi yer almasa da, borçlunun değişmesine olanak tanınması bakımından, borcun üstlenilmesi kavramının gelişimindeki öncü basamak olmuştur ve cüzi halefiyete yaklaşmıştır (**Wendt**, s. 7).

⁵⁶ **Gaudemet, E.**, *Etude*, s. 295; **Menzel**, Adolf, *Zur Lehre von der Schuldübernahme*, Separatabdruck aus *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, XI. Band, Wien 1884, s. 581 vd., s. 607. “*Assignatio, borçluyu değiştirirken, borcun içeriğinde bir değişikliğe yol açmaz, borcu sona erdirmez.*” (**Unger**, Josef, *Schuldübernahme: Fragment Aus Einem System Des Österreichischen Obligationenrechts*, Alfred Hälder, Wien 1889, s. 31, dn. 53). Bu dönemde, Avusturya hukuk öğretilerinde **Menzel**, tam havalenin borcun cüzi intikali sonucunu doğuracak bir modelini ileri sürmüştür (Bkz. **Menzel**, s. 581 vd.).

⁵⁷ Örneğin, ipotek *assignatio* sonucunda sona ermiyordu (Bkz. **Gaudemet, E.**, *Etude*, s. 295; **Unger**, *Schuldübernahme*, s. 31, dn. 53). Ayrıca, önceki borçluya ait, borçla ilgili tüm itiraz ve def’ilerden borcu üstlenen de faydalanabiliyordu (**Horn**, s. 9 vd.). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 10; **Koch**, §41, s. 226 vd.

eden üçüncü kişi, asıl borçlunun sahip olduğu savunmalardan faydalanamıyordu⁵⁸. İşte bu sebeple, yani asıl borçlunun sahip olduğu def'ilerin üstlenene geçmemesi nedeniyle, *assignatio*'nun bir cüzi intikal hali sayılamayacağı barizdir. O halde, değinilen ilişkiler, işleyiş açısından borcun iç ve dış üstlenmesiyle benzerlik gösterse de, sonuçları bakımından cüzi halefiyeti sağlamadıkları için borcun dış üstlenilmesinden farklılaşır. Bu sistem, daha ziyade aşağıda incelenecek olan Fransız hukukundaki tam havale sistemiyle benzeşmektedir⁵⁹. Avusturya hukukunda borcun dış üstlenilmesi sonradan Alman hukukunu takip ederek 1916 revizyonu ile kanuna girecektir (§1405 ABGB)⁶⁰.

Görüldüğü üzere, henüz 19. yüzyılın ilk yarısında, Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde borcun üstlenilmesi kavramı mevcut değildi.

b. Borcun Üstlenilmesinin Ortaya Çıkması, Konuyla İlgili Tartışmalar ve Kavramın Kabulü

İlk defa, *Delbrück*'ün 1853 tarihli eserinde⁶¹ bağımsız bir hukuki kurum olarak borcun üstlenilmesi ele alınmıştır⁶². Yazar; *obligatio* kavramını, tarafları belirli geniş anlamda bir borç ilişkisi olarak ele alırken, dar anlamda alacak (*Forderung*) ve borç (*Schuld*) kavramlarını el değiştirebilen birer malvarlığı unsuru olarak ele almaktadır⁶³. Buna göre; alacaklar kişinin aktif malvarlığına, borçlar ise pasif malvarlığına dâhildir⁶⁴. Tıpkı aktifler gibi pasiflerin de devri mümkün olmalıdır.

⁵⁸ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 302-303.

⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm, I, C ve II, A.

⁶⁰ Bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 10; **Köhler**, s. 48 vd.

⁶¹ **Delbrück**, Berthold, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853.

⁶² *Demuth*, *Delbrück*'ün ünlü eserini verdiği 1853 tarihini, Alman hukukunda “borcun üstlenilmesinin doğduğu tarih” olarak göstermektedir (**Demuth**, s. 96-97).

⁶³ **Delbrück** s. 14. Açıklamalar için bkz. **Benrey**, s. 39 vd. *Lemke*'ye göre, alacağın devri bir aktif halefiyet örneği olarak kabul görüyorsa, borçların intikalinin de bir pasif halefiyet olduğunun kabulü gerekir (**Lemke**, s. 1-6).

⁶⁴ **Delbrück** s. 17. Açıklamalar için bkz. **Gaudemet, E.**, Etude, s. 457 vd. *Münster*'e göre, alacak veya borç üzerinde ticari değeri olan bir işlem yaptığımızda, borç veya alacak, bu işlemin konusu olan “eşya” haline gelir (**Münster**, Rudolf, Über die Singular-Succession in Schulden, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Georg August Universität zu Göttingen, Universitäts Buchdruckerei von Carl Georgi, Bonn 1893, s. 25).

Nitekim *Delbrück*, bu düşünceye dayanarak; borçların cüzi intikalini, malvarlığının pasif öğelerinin bir borçludan diğerine intikali olarak değerlendirmiştir⁶⁵.

Delbrück'e göre, dar anlamda borç (*Schuld*) içeriği değişmeksizin temel ilişkiye yabancı üçüncü bir kişi tarafından üstlenilebilir. Ancak, yazara göre, dar anlamda borç intikal ederken, "*obligatio*" değişmez, tarafları aynı kalır⁶⁶. Diğer bir deyişle, yazara göre; alacaklının asıl borçluluyla olan geniş anlamda borç ilişkisi, dar anlamda borcun üstlenilmesinden hiç etkilenmemelidir⁶⁷.

Delbrück, bu düşünceyi değerlendirirken bir adım daha ileri gider ve aynı taleplerle bir kıyaslama yaparak önemli ve farklı bir sonuca ulaşır. Buna göre, asıl borçlunun malvarlığından çıkan bir borç için alacaklının ona karşı talepte bulunması, dava yöneltmesi mümkün olmamalıdır. Diğer bir deyişle, yazara göre, borcun üstlenilmesi asıl borçluyu kendisine bu alacağın talebi hususunda yöneltilecek davalardan kurtarmalıdır⁶⁸. İşte bu satırlarla yazar, asıl borçluyu borcundan kurtarıcı etkiye sahip borç üstlenmenin düşünsel temellerini ortaya atmıştır.

Delbrück'e göre; borcun cüzi intikali, diğer bir deyişle cüzi halefiyet düşüncesi, borç ilişkisinin taraflarının menfaatlerine ve hukuki işlemin gerekliliklerine daha uygundur⁶⁹. Zira yenilemeden farklı olarak borcun tüm

⁶⁵ **Delbrück**, s. 18-19 ve 21. Borcun devredilebilirliğini eşyanın doğasına aykırı bulan karşıt görüş için bkz. **Kuntze**, Johannes Emil, Die Obligation und die Singularsukzession, Leipzig 1856, §77, s. 307 vd.; **Bähr**, Otto, "Über die so genannt Verträge zu Gunsten Dritter", JherJB, Bd. 6, 1863, s. 170 vd.; **Zaun**, "Zur Lehre von der so genannten fingierten Cession, der Stellvertretung, den so genannten Verträgen zu Gunsten Dritter, und der Schuldübernahme", Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts, Neue Folge, Bd. 1, s. 11-69 ve 113-152 (<http://dlib-zs.mpiet.mpg.de>, 18.09.2012). Söz konusu görüşlerin ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. **Münster**, s. 11 vd.

Karşıt görüşün başını çeken hukukçulardan **Bähr**, cüzi halefiyete dayanan borç intikalini eşyanın doğasına aykırı bulmuştur. Yazara göre, burada alacaklı, tıpkı *procurator in rem suam* gibi bir *actio mandata utilis*'e sahiptir (**Bähr**, Otto, "Über die so genannt Verträge zu Gunsten Dritter", JherJB, Bd. 6, 1863, s. 131-186. Benzer bir teori için bkz. **Zaun**, Zur Lehre von der so genannten fingierten Cession, der Stellvertretung, den so genannten Verträgen zu Gunsten Dritter, und der Schuldübernahme, Archiv für practische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts, Neue Folge, Bd. 1, s. 11-69 ve 113-152 [<http://dlib-zs.mpiet.mpg.de>, 18.09.2012]). **Bähr**'in cüzi halefiyete karşı çıktığı bu teorisi hakkında açıklamalar için bkz. **Gaudemet**, E., Etude, s. 355 vd.; **Heil**, Richard, Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Successionsbegriffes, Inaugural-Dissertation, Druck von Junge und Sohn, Erlangen 1903, s. 14; **Münster**, s. 23 vd.; **Benrey**, s. 74 vd.

⁶⁶ "Yabancı bir borcun üstlenilmesi borcun cüzi intikalidir. *Obligatio* 'nun değil. Bu benim görüşümün ana dayanağıdır." (**Delbrück**, s. 119). Bu görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Ahlswede**, s. 13.

⁶⁷ **Delbrück**, s. 20 ve 56-69.

⁶⁸ **Delbrück**, s. 117-119.

⁶⁹ **Delbrück**, s. 16 vd.

içeriğiyle devamı, yani içerdiği savunmaların sona ermemesi, üstlenenin lehinedir⁷⁰. Nitekim, yenilemede önceki borç, koşulları ve eski durumuyla korunmaz, sona erer ve yerine yeni bir borç doğar⁷¹.

19. yüzyılın ikinci yarısında konuya olan ilgi artmıştı. *Delbrück*'ün teorisi, değerlendirilmeye ve kabul edilmeye başlanmıştı⁷². Borç, malvarlığının pasif bir unsuru olarak görülmeye başlanmıştı⁷³. Artık çok az yazar, borcun içeriğini koruyarak varlığını sürdürecektir şekilde cüzi halefiyete konu olabileceğini reddediyordu⁷⁴. Zaman içinde hâkim görüş, borcun üstlenilmesini ayrı bir hukuki kurum olarak kabul etmeye başladı⁷⁵.

⁷⁰ **Delbrück**, s. 27.

⁷¹ **Delbrück**, s. 27 ve 108 vd.; **Maurer**, s. 200.

⁷² **Windscheid**, *Kritische Übersicht* I, s. 27 vd.; **Gürgens**, s. 228 vd.; **Von Gierke**, s. 39; **Regelsberger**, *AcP* 67, s. 25 vd. ve *JherJB* 39, s. 463 vd.; **Unger**, Josef, “*Die Verträge zu Gunsten Dritter*”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd.10, 1871, s. 1-109, s. 89-90; **Münster**, s. 37 vd. ve 97 vd. Ayrıca bkz. **Förster**, Franz, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, Band I, Verlag von Georg Reimer, Berlin 1865, §102, s. 653 vd.; **Saleilles**, *Essai*, §4, N. 81. Avusturya hukuk öğretisinde ise **Menzel**, Roma hukuk öğretisindeki kavramları kullanarak sorunun çözülebileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, havale ile ferî hakların ve savunmaların sona ermesi gerekmeyebilir. Bunun rızai olarak, irade beyanlarıyla düzenlenmesi mümkündür. Sonuç olarak **Menzel**, havale yoluyla cüzi intikale benzer sonuçların gerçekleşmesine ilişkin prensipler ileri sürmüştür (Bkz. **Menzel**, s. 581 vd. Ayrıca **Menzel**'in bu sistemi hakkında bkz. **Münster**, s. 76 vd.). Benzer şekilde, **Unger** de, borcun cüzi intikalinin bir ihtiyaç olduğunu ve bu konuda kanunda boşluk olsa bile içtihatlar ve öğretinin işbu ihtiyacı karşılayacak şekilde borcun üstlenilmesine ilişkin teoriler yaratması gerektiğini ileri sürmüş, kendisi de külli intikalın mümkün olmasıyla benzerlik kurarak borcun cüzi intikalinin mümkün olduğunu belirtmiştir (**Unger**, *Schuldübernahme*, s. 10-11).

⁷³ **Wendt**, s. 33 vd.; **Schönrock**, §7, s. 9; **Rubach**, s. 13; **Niggebrügge**, s. 24.

⁷⁴ Borcun bir malvarlığı unsuru olarak kabul edilemeyeceği ve bu anlamda bir mal gibi devrinin mümkün olmadığı, ayrıca borçların *causa*'sından ve içeriğinden ayrılamayacağı, borçluların borcun değişmez içeriğinden olması sebebiyle değiştirilemeyeceği yönündeki görüşler için bkz. **Kuntze**, §§15-19, s. 53-72 ve §66, s. 267-270.

Kuntze'nin bu görüşleri zaman içinde Alman hukuk öğretisinde terk edilmiştir (Bkz. **Von Blume**, Wilhelm, *Novation, Delegation und Schuldübertragung: Abhandlungen aus dem römischen Rechte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1895, s. 88; **Von Salpius**, s. 346. Ayrıca bkz. **Benrey**, s. 50).

Borcun cüzi intikalinin hukuken mümkün olmadığına ilişkin diğer eleştiriler için bkz. **Bähr**, Otto *Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, R. Oldenbourg, 1888, s. 49.

Bähr, başlıbaşına borçların cüzi intikalini ve dolayısıyla borcun üstlenilmesini reddediyor, bunun eşyanın doğasına aykırı olduğunu söylüyordu (**Bähr**, Otto, “*Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol.67, 1884, s. 183-184). **Bähr**'e göre, borçlar malvarlığının pasif kısmını oluşturuyorsa, bir anlamda çukura benzerler. “*Bir çukur yer değiştiremez ancak yeni bir çukur kazılarak ikincisinden çıkan toprakla ilki kapatılabilir.*” **Bähr** bu benzetmeyi kullanarak cüzi intikal düşüncesine karşı çıkmaktadır (**Bähr**, Otto, “*Über die so genannten Verträge zu Gunsten Dritter*”, *JherJB*, Bd. 6, 1863, s. 172). **Bähr**'in bu görüşü de kabul görmemiştir (**Münster**, s. 32-33).

⁷⁵ **Maurer**, s. 203. Bkz. **Windscheid/Kipp**, *Pandekten II*, §338, s. 399 vd.; **Gürgens**, s. 221 vd.; **Kipp**, Theodor, *Zur Lehre von der Schuldübernahme*, *JherJB*, 1896, Bd. 36, s. 336 vd.; **Davidson**, Karl August, *Schuldübernahme als Zahlung*, Kindt & Meinardus, Goblentz 1897; **Unger**, Josef,

Borcun doğası gereği devredilemez olduğunu savunan *Bähr* ve *Kuntze*'nin eleştirilerinin⁷⁶ karşısında *Windscheid*; borcun, borçlunun kişiliğinden bağımsız düşünülebileceğini ileri sürmüştür⁷⁷. Bu düşüncenin sonucu olarak, borcun üstlenilmesini bir cüzi halefiyet olarak kabul eden *Windscheid*, *Delbrück*'ün eserini de incelemiş ve yöntem olarak borcun üstlenilmesinin doğrudan alacaklıyla üstlenen arasında yapılan sözleşmeyle yahut borçlu ile üstlenen arasında yapılan sözleşmenin alacaklı tarafından onaylanmasıyla gerçekleştirilebileceğini ortaya atmıştır⁷⁸. Nitekim, sonradan *Windscheid*'in ileri sürdüğü bu yöntemler (sözleşme ve onay yöntemleri) §§414 ve 415 BGB hükümlerinde yer bulacaktır.

Delbrück ve *Windscheid*'in görüşü Almanya'da geniş destek bulmuştur. Bunlardan *Regelsberger*, borcun üstlenilmesine ve borcun cüzi intikali düşüncesine destek vererek, taraf yenilemesinin aksine borcun üstlenilmesinin yeni bir hukuki temel yaratmadığını, borcun üstlenilmesinde eski ilişkinin yeni borçluyula sürdüğünü belirtmiştir⁷⁹.

Aynı yönde düşünen *Gürgens* ise, borcun sadece öznesinde değişiklik yapılmasının, borcun varlığına etki edecek derinlikte bir değişiklik yaratmadığı ve

Schuldübernahme: Fragment Aus Einem System Des Österreichischen Obligationenrechts, Alfred Hälder, Wien 1889.

⁷⁶ Bkz. yukarıda, dn. 74.

⁷⁷ *Windscheid*'a göre, *obligatio*, taraflarına ayrılmaz şekilde bağlı olan bir hukuki bağ değildir (**Windscheid**, *Kritische Übersicht* I, s. 40). Karşıt görüşte olan *Heil*; borcun, borçlunun kişiliğinden ayrı olarak düşünülemeyeceğini ve teorik olarak devredilemeyeceğini söylemektedir. Yazara göre borç, soyut bir kavramdır ve somut eşyalar gibi bir kişiden diğerine devri mümkün değildir. Ayrıca yazara göre, bir borçlunun varlığı, somut bir borç için vazgeçilmezdir ve borcun intikalinin kabul edilmesi halinde, borcun borçlusunu kaybetmesi ve yeni borçluya geçmesi arasındaki o bir anda sahipsiz kalması, yani borçlusunun bulunmaması durumu hâsıl olacaktır ki teorik anlamda bu imkânsızdır (**Heil**, s. 25 vd.). *Heil* bu eserini Alman BGB'nin yürürlüğe girmesinden sonra kaleme almıştır. Yazar, BGB'de yer alan "borcun üstlenilmesi" kurumunu pratik sonuçları bakımından yararlı bulmaktadır. Yazar ilginç bir şekilde, teorik imkânsızlığına rağmen, borcun üstlenilmesinin kabulünün "pratik hukuk bakımından" mümkün, "pratik gerekçelerle" yerinde olduğunu belirtmiştir (**Heil**, s. 30 ve 44). Buna karşı *Benrey*, borcun borçlusunun değil, amacının önemli olduğunu dile getiriyor. Yazara göre, borcun temel ekonomik amacı, borçludan alacaklı ekonomik bir değerindir. Tüm borçlar bir ekonomik değer nakli gözetilerek yaratılır ve bu değer transferi gerçekleştiği sürece bunu kimin gerçekleştirdiği çok fazla önem arz etmez (**Benrey**, s. 55).

⁷⁸ Bu çalışmada *Windscheid*, mülkiyet hakkının geçişi ile paralellik kurmuştur (**Windscheid**, *Kritische Übersicht* I, s. 27-46). Ayrıca bkz. **Windscheid/Kipp**, *Pandekten* II, §338, s. 399 vd.; **Unger**, *Schuldübernahme*, s. 10-11.

Bu noktada, borçluyula üstlenen arasında yapılan akdin hukuki etkisinin ne olacağı ve tasarrufi etkinin ne zaman ortaya çıkacağı sorunu akla gelebilir. *Windscheid*'in görüşünü paylaşan *Gürgens*, bu soruna cevap vermektedir. *Gürgens*'e göre; üstlenen, alacaklının temsilcisi olarak asıl borçluyula tasarrufi işlemi (üstlenme sözleşmesini) yapabilecek ve alacaklının, temsilcinin yapmış olduğu bu işleme onay vermesi halinde tasarrufi etki (borcun üstlenilmesi) gerçekleşecektir (Bkz. **Gürgens**, s. 271 vd.).

⁷⁹ **Regelsberger**, *Archiv*, s. 26.

haliyle bu borcun öznesinde değişiklik yapabilmek için borcu “sukut ettirmenin ve yeniden diriltmenin”, diğer bir deyişle yenilemenin gerekli olmadığını ileri sürmüştür⁸⁰. Yazara göre, borcun içeriği aynı kalacağından, önemli olan onu ifa edecek bir borçlunun varlığıdır. Onun kim olduğu, ilişkiyi kökten etkilemeyecektir. Aynı içerikteki borcu yeni borçlu da ifa edebilecektir⁸¹. Böylece, *Gürgens* de cüzi halefiyet düşüncesini desteklemiştir.

c. Alman Hukuk Sisteminde Borcun Üstlenilmesinin Kanuni Bir Düzenleme Olarak Yerini Alması

Borcun üstlenilmesinin Alman hukuk öğretisinde kabul görmesine rağmen BGB içeriğinde kanuni bir düzenleme olarak yer alması da zaman almıştır.

Saksonya BGB’sinde (1865) borcun üstlenilmesi yer alması da borca katılma yer almıştır⁸². Ayrı bir hukuki kurum olarak değil de, üçüncü kişi (alacaklı) lehine müteselsil sorumluluk yaratacak şekilde bir borçlanma sözleşmesi olarak düşünülmüştür. Borçlunun değişimi için hâlâ taraf yenilemesi modeli öngörülmektedir⁸³.

Bayern için hazırlanan BGB tasarısında (1864) ise, borçlu ile üstlenenin borcun iç üstlenilmesi konusunda anlaşabileceği düzenlenmiştir. Buna göre üstlenen, borçluyu kurtarmak konusunda taahhüt verir ve borç altına girer. Burada düzenlenen sadece bir borçlandırıcı işlemdir. Borcun intikalinin gerçekleşebilmesi için alacaklıyla üstlenen arasında bir borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi düzenlenmemiştir. Bu yüzden, bu tasarıda da alacaklıyla borçlunun değişimi için yapılacak akit, yine taraf yenilemesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴.

Dresden Kanun tasarısına (1866) göre ise, üstlenenin borç altına girmesi alacaklıyla yapılacak akit ile olur. Bu tasarıda cüzi halefiyet değil, Roma hukukunda yer alan *expromissio* kastedilmiştir⁸⁵. Borcun içeriğinin değişmeden sadece

⁸⁰ **Gürgens**, s. 229. Bkz. **Redick**, Jutta, *Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei §§ 415, 416 BGB*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, s. 57.

⁸¹ **Gürgens**, s. 230.

⁸² Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch, §§1402 vd. (**Maurer**, s. 203’den naklen).

⁸³ **Maurer**, s. 203-204; **Demuth**, s. 89.

⁸⁴ Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, § 159, 160 ve 202 (**Maurer**, s. 204’den naklen).

⁸⁵ Dresdener Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse §§ 375 vd. (**Maurer**, s. 205 ve **Demuth**, s. 90-91’den naklen).

borçluların değişmesi değil, borcun tüm fer'ilerinin ve itirazların sona ereceği düzenlenmiştir. Cüzi halefiyet mantığıyla değil, yenilme ile bağdaşan bir yapıdır. O halde, günümüzdeki anlamıyla borcun üstlenilmesi kavramı hâlâ bu kanun tasarısında kendine yer bulabilmiş değildir⁸⁶.

BGB tasarısı hazırlanırken, *Von Kübel* tasarısında cüzi intikal (*Singularsukzession*) modeline karar verilmiş ve borcun üstlenilmesi hukuki bir kurum olarak kabul edilmiştir. Tasarıda borcun üstlenilmesi, borcun cüzi intikaline dayanan bir model olarak ele alınmıştır⁸⁷. Alacaklı, hem hakkın sahibi hem de borçlunun değişiminden ekonomik anlamda etkilenecek kişi olduğu için ve üstlenen ise borç altına girdiği için işleme katılmalıdırlar⁸⁸. Tasarı burada borçlu ile üstlenen arasındaki akdin sadece üstleneni (asıl borçluya karşı) borç altına soktuğunu düzenlemiştir. Tasarrufi etki, alacaklının rızası ile gerçekleşecektir⁸⁹.

Nihayet, 19. yüzyılın ikinci yarısında Alman Hukuk öğretisinde; borcun pasif öznesinde değişiklik yapılabileceği, bunun için cüzi intikalin mümkün olduğu kabul edilmiştir⁹⁰. Bugün anladığımız anlamıyla borcun dış üstlenilmesi kavramı Alman hukukunda yerini almış ve §414 BGB vd. hükümlerinde, hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmiştir.

C. Fransız Hukuk Sistemindeki Tartışmalar ve Borcun Üstlenilmesi Kavramının Reddi

Fransız hukukunda borçlunun değişmesi amacına, taraf yenilemesi (*novation*) ve havale (*délégation*) ile ulaşılmaktadır⁹¹. Hâlâ Fransız hukukunda borçlunun doğrudan değişimi için tek yöntem taraf yenilemesidir (Fr. MK. m.1271 vd.)⁹². Havale ise dolaylı bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonucunda borçlunun

⁸⁶ Maurer, s. 205-206.

⁸⁷ HKK/Meyer-Pritzl, §§414-418, N. 11.

⁸⁸ Maurer, s. 207.

⁸⁹ Maurer, s. 210.

⁹⁰ Meyer, J., s. 10 vd. *Lemke*, borcun cüzi intikalini savunurken hem alacağın temlikiyle benzerlik kurmuş hem de külli halefiyet yoluyla borçların geçebileceğini söyleyerek paralellik kurmuştur. Yazara göre, külli olarak intikal edebileceği kabul edilen borçların cüzi olarak da intikali mümkündür (*Lemke*, s. 9 vd.).

⁹¹ Maurer, s. 49; Staehelin, s. 49 vd.

⁹² Mazeud/Mazeud/Chabas, s. 1251, N. 1219. Belirtmek gerekir ki, Fransız hukukunda yenileme, borcun üstlenilmesine benzer sonuçlar doğuracak şekilde düzenlenmiştir (*Siedel*, Beate, *Kollisionsrechtliche Anknüpfung vertraglicher und gesetzlicher Schuldübernahme*, Shaker, Aachen 1995, s. 28).

yerine üstlenenin geçmesini amaçlayan bir yenileme akdinin yapıldığı, yenileyici etkili tam havale (*délégation parfaite*) ile borçlunun değişimi sağlanmaktadır. Fransız Medeni Kanunu borcun varlığını koruyarak yeni borçluya intikal edeceğine dair hiçbir hüküm içermemektedir⁹³.

Bununla birlikte Fransız hukukunda, 19. yüzyılın sonunda Almanya'dan etkilenilerek borcun intikalinin caiz olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır⁹⁴. Alman hukukundaki gelişmelerin bu kadar yakından takip edilmesine rağmen, borcun üstlenilmesi modelinin kabul edilmeyip taraf yenilemesi modelinde ısrar edilmesinin teorik nedenlerini anlayabilmek amacıyla, aşağıda bu tartışmalar açıklanacak ve değerlendirilecektir.

1. Borcun Bir Malvarlığı Unsuru Olmasının Tartışılması

Fransız hukuk öğretisinde *Saleilles*, Alman hukukçularının görüşlerine katılarak, borçların malvarlığının pasif unsurları olarak intikale konu olabileceklerini ve bunun da cüzi halefiyet yöntemiyle gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir⁹⁵.

Aynı yönde açıklamalarda bulunan *Gaudemet* ise, borcun sadece bir hukuki bağdan (*vinculum iuris*) ibaret olduğu düşüncesine dayanan Romalıların, bu hukuki bağı değiştirmek için eski bağı koparmak ve yerine yeni bir hukuki bağ kurmaktan başka çare görmediklerini ifade etmektedir⁹⁶. Ancak yazara göre, borcun malvarlığının pasif bir ögesi olarak tanımlanması halinde, içeriğini değiştirmeden ve varlığını kaybetmeden cüzi halefiyet yoluyla borçlu tarafın değiştirilebilmesi mümkündür⁹⁷. Bu görüş halen destekçi bulmaktadır⁹⁸.

⁹³ Aynı şekilde Belçika hukukunda da, borçlunun değişmesi yenileme ve havale yöntemleriyle sağlanır (**Van Ommeslaghe**, P., “*La transmission des obligations en droit positif belge*” dans *La transmission des obligations*, Travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S. A., Bruxelles 1980, N. 57-58).

⁹⁴ Bkz. **Saleilles**, Raymond, *De la cession de dettes*, Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international, S. 4, A. Rousseau, 1890; **Gaudemet**, Eugène, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, A. Rousseau, 1898 basısının aynen tekrar basımı, Nabu Press, 2012.

⁹⁵ **Saleilles**, Essai, §4, N. 81.

⁹⁶ *Gide*'e göre, her türlü devir işlemi (*aliénation*) bir hukuki bağın (*rapport juridique*) kopması ve yeni bir hukuki bağın kurulmasıdır (**Gide**, s. 235-236).

⁹⁷ **Gaudemet**, E., *Etude*, s. 27-28 ve 538; **Gaudemet**, Eugène, *Théorie Générale des Obligations*, 1937 basısının yeniden basımı, Dalloz, Paris 2004, s. 12 vd.

⁹⁸ **Flour**, Jacques/ **Aubert**, Jean Luc/ **Flour**, Yvonne/ **Savaux**, Eric, *Les Obligations*, 3. Le Rapport d'Obligation, 4ième éd., Dalloz, Paris 2006, N. 393 vd.; **Delebecque/Pansier**, N. 299. Ayrıca bkz. **Andreu**, Lionel, *Du Changement de débiteur*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol.92, Dalloz, Paris

Buna karşı Fransız hukukunda ileri sürülen görüş uyarınca, Roma hukukundan gelen bir bakış açısıyla, borçların malvarlığının bir unsuru olarak görülmesi ve bir malvarlığı unsuru olarak devir işlemlerine konu olabilmesi mümkün görülmemelidir⁹⁹. Örneğin, *Larroumet*, borcun sadece bir malvarlığı unsuru olarak düşünülüp devrinin kabul edilmesini yerinde bulmamaktadır. Yazara göre borç; her şeyden evvel, hukuki bir ilişki, *vinculum iuris*'dir¹⁰⁰. *Lapp*'a göre, söz konusu ilişkinin taraflarının değişmesi, borcun objektif içeriği değişmiş olmasa dahi, borcu da değiştirecektir. Bu anlamda borcun değişmeksizin cüzi intikalinin teknik anlamıyla mümkün olmadığını ileri sürmektedir¹⁰¹.

Yukarıda açıklandığı üzere, günümüz Fransız hukukunda borcun bir malvarlığı unsuru olarak sayılması göz ardı edilerek borçların cüzi intikali düşüncesi reddedilmektedir. Fransız Medeni Kanununda da, bu görüş benimsenmiş ve borcun cüzi intikali kabul edilmemiştir. Oysa günümüzde, Fransız hukuk öğretilerinde azınlıkta kalan bir görüş, Alman hukukundan da etkilenecek borçların da tıpkı aktifler gibi bir malvarlığı unsuru olduklarını ve *de lege ferenda* nakledilebileceklerini ileri sürmektedir¹⁰².

2. Kanun Sistematiğine Dayanan Tartışma

Fransız öğretilerinde bir görüş, kanun sistematiğinde yer almadığı gerekçesiyle borçların intikalini reddetmiştir. Bu görüş uyarınca, kanunkoyucunun bu konuda sessiz kalması bilinçlidir¹⁰³.

2010; **Bolze**, Ch. "Réflexions sur la cession de dette en droit privé français", Mélanges Guy Flattet: recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, professeur honoraire à l'Université de Lausanne, Payot, Lausanne 1985, s. 11-20.

⁹⁹ **Sériaux**, Alain, Droit des obligations, 2ième éd., Presses Universitaires de France, Paris 1998, N. 179. Açıklamalar için bkz. **Andreu**, N. 66, s. 86 vd.

¹⁰⁰ **Larroumet**, Christian, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse pour le doctorat, Bordeaux 1968, N. 87. Buna karşın yazar, Alman hukukunda olduğu haliyle borcun intikalini düzenleyen hükümlerin Fransız hukuk sistemine alınabileceğini, bunu reddetmenin doğru olmadığını söylemektedir (**Larroumet**, N. 97).

¹⁰¹ **Lapp**, Charles, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, Thèse, Imprimantes réunies, Strasbourg 1951, s. 37 vd.

¹⁰² **Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 394; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 457. Bu Alman hukukunda ilk önce *Delbrück* ile başlayan, sonradan Fransız hukukçuların da ilgilenmeye başladığı bir gelişim sürecidir (Bkz. **Delbrück**, Berthold, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853).

¹⁰³ **Mazeud/Mazeud/Chabas**, s. 1298, N. 1281. Karşıt görüş için bkz. **Larroumet**, N. 31 ve 763.

Kanunun sessiz kalması, sözleşme serbestisi karşısında bir yasaklamanın bulunmadığı şeklinde de yorumlanabilir. Zira, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince borcun cüzi intikaline ilişkin bir akdin, alacaklının da katılımı sağlanarak gerçekleşmesinin mümkün olabileceği de ileri sürülmektedir¹⁰⁴.

3. Borcun Sebebine Dayanan Tartışma

Fransız hukukunda borcun cüzi intikalini reddeden bir diğer görüş uyarınca, borç sebebinden ayrılamaz ve sebepten ayrı olarak devredilemez. Mesele; bir borcu, onu doğuran sözleşme ilişkisinden koparıp devretmekle ilgilidir. Borç, ona sebep olan temel sözleşmeden, temel ilişkiden ayrılamaz; ondan ayrı olarak varlığını sürdüremez¹⁰⁵. Nitekim, Fransız hukukunda Fr. MK. m.1131 uyarınca, “*Sebepsiz bir borç (obligation sans cause) (...) hüküm doğurmaz.*”. Ayrıca, borçta hukuki bir sebep (*cause*) olması, Fransız hukuku uyarınca akdin geçerlilik şartları arasında yer almaktadır (Fr. MK. m.1108).

Bu görüş karşısında, borçlu değişiminin sadece borcun öznesini ilgilendirdiği, yani subjektif içeriğe ilişkin olduğu, özünde borcun değişmediği ve dolayısıyla sebebinden hiçbir zaman ayrılmadığı ileri sürülebilir¹⁰⁶. Bu konuda *Andreu*, borcun cüzi intikalinin mümkün olduğunu açıklarken borcu, “borçlunun bahçesinden sökülüp üstlenenin bahçesine dikilen”, yer değişikliğine rağmen olduğu gibi kimliğini koruyarak yaşamaya devam eden bir bitkiye benzetmektedir¹⁰⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, borcun üstlenilmesini “sebepten ayrılmazlık” düşüncesini (Fr. MK. m.1108 ve m.1131) ileri sürerek reddeden bu görüşe rağmen, Fransız Medeni Kanununda alacağın temlikinin düzenlendiği görülmektedir (Fr. MK. m.1689 vd.). O halde, alacağın temliki için tartışma konusu bile olmazken sebepten ayrılmazlık görüşünün borcun intikali hakkında ısrarla ileri sürülmesi şaşırtıcıdır. Ne de olsa *obligation*, bir açıdan hem bir borçtur, hem de karşı taraf için bir alacak

¹⁰⁴ *Andreu*, N. 76, s. 105-106; *Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre*, N. 403; *Fabre-Magnan*, s. 535-536.

¹⁰⁵ Bu nedenle borçlunun değişimine ilişkin sözleşmeler, “devretmez”, sadece yeni borç yaratır (*Aynès*, Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, Paris, 1984, s. 41 vd., N. 36 vd.). Zira bu görüşü savunan yazarlara göre borç, doğası gereği devredilemez (*Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, N. 1437). Borç, *causa*'sı ile arasındaki sıkı bağ nedeniyle devredilemez (*Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre*, N. 399). Açıklamalar için bkz. *Andreu*, N. 61-63, s. 82-86.

¹⁰⁶ Aynı yönde, *Flour/Aubert/Flour/Savaux*, N. 394.

¹⁰⁷ *Andreu*, N. 84, s. 116.

hakkıdır¹⁰⁸. O halde, Fransız hukuk sisteminde alacağın temliki kabul edilirken, borcun intikalinin reddi için dogmatik engeller hariç temelde bir engel olmadığı düşünülebilir¹⁰⁹. Nitekim Fransız Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında borcun intikaline değinmiştir¹¹⁰. Kaldı ki, *obligation*'un devredilmezliği esasıyla çelişkili olarak külli halefiyet de kabul edilmiştir¹¹¹.

Ancak yine de, Fransız öğretisinde ağırlıklı görüş, borcun cüzi intikalini reddetmektedir. Bu görüş uyarınca, dar anlamda borçlunun değişmesi, zorunlu olarak borç ilişkisinin değişmesi anlamına gelir. Buna göre, borç ilişkisi değişmeden borçlunun değişmesi mümkün değildir¹¹².

4. Alacağın Temlikiyle Kıyas Yapılarak Konunun Tartışılması

Alacağın temlikiyle kıyas yoluna gidilmesinin sebebi, burada da bir cüzi halefiyet düşüncesinin mevcut olmasıdır¹¹³. Nitekim, Fransız hukuk öğretisinde *Gide*, her ne kadar alacağın devredilmesini yenileme yoluyla açıklıyor olsa da, bir anlamda cüzi halefiyet düşüncesini ifade eden görüşler ileri sürmüştür¹¹⁴. Yazar, doğacak yeni alacakla eskisinin hükümlerini doğurmasının sağlanabileceği ve bu anlamda “alacağın giysisi değişse de içeriğinin aynı kalabileceğini”, diğer bir deyişle, yeni alacaklının da eskisiyle aynı içerikte bir borcu talep edebileceğini ileri sürmüştür. Ayrıca yazar, bunun ilk alacaklının alacağıyla aynı alacak olmadığını,

¹⁰⁸ “Borç, alacak hakkına pasifaçından bakmaktan ibarettir.” (Gaudemet, E., Obligations, s. 476).

¹⁰⁹ Aynı yönde, Maurer, s. 37; Delebecque/Pansier, N. 295; Gaudemet, E., Obligations, s. 476. Bu noktada, bazı yazarlar tarafından ileri sürülen bir görüşü paylaşmakta fayda görüyoruz. *Ghestin, Billiau* ve *Loiseau*'ya göre, alacağın temlikinde de, aslında devredilen alacak hakkının sonucuna yönelik beklentidir. Yazarlara göre burada “obligation” ile “créance” sözcükleri birbirini karşılayacak şekilde kullanılmamıştır. Yazarlar, “obligation”un devredilemez olduğunu, buna karşılık, borcun ifasından beklenen sonucun “créance” devredilebileceğini belirtmişlerdir (Ghestin, Jacques/ Billiau, Marc/ Loiseau, Grégoire, Traité de droit civil, Le régime de créances et des dettes, Librairie Générale du Droit et du Jurisprudence, Paris 2005, N. 6).

¹¹⁰ Örneğin, 10 Şubat 1975 tarihli bir kararında mahkeme, borçluyu alacaklıya ifada bulunmaya hükmederken, gerekçesini “borcun intikalinin ancak alacaklının rızası alınarak” mümkün olmasına dayandırmıştır (Cour de Cassation, Com. 10 févr.1975, Bull.civ.IV, no.38, no. pourvoi 73-12442). Ayrıca yine benzer bir gerekçe için bkz. Cour de Cassation, Civ. 3ième, 18 janv.1983, Bull.civ.III, no.14, no. pourvoi 81-15516 (Andreu, N. 71, s. 101'den naklen).

¹¹¹ Terré, François/ Simler, Philippe/ Lequette, Yves, Droit Civil, Les Obligations, 10ième éd., Dalloz, Paris 2009, N. 1305.

¹¹² Maurer, s. 32.

¹¹³ Alacağın temliki, bir cüzi halefiyet olarak kabul edilmesi mümkün ise, borcun da cüzi halefiyet yoluyla intikali düşünülebilir (Gaudemet, E., Obligations, s. 476). Borcun dış üstlenilmesi, alacağın temlikinin zıddıdır (Kocaman, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın no.227, Olgaç Matbaası, Ankara 1989, s. 15 vd.)

¹¹⁴ *Gide*, s. 246 vd.

sadece onun alacağıyla “aynı içerikte” başka bir alacaklının alacağı olduğunu, borçlunun içeriği aynı olan borcunu ilk değil ikinci alacaklıya ödemesi gerektiğini açıklamaktadır.

Bu düşünceden yola çıkılarak, alacağın temlikine kıyasen, devreden ile devralan arasında (yani asıl borçluyla yeni borçlu arasında) yapılacak bir akitle borcun devrinin mümkün olup olamayacağı tartışılmıştır¹¹⁵. Ancak, elbette kılacağın devriyle paralellik kurulması düşüncesi, alacaklının rızası olmadan böyle bir borç “devrinin” mümkün olmayacağı eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bu açıdan bakıldığında borcun bir borçludan diğer bir kişiye “devri” mümkün değildir. Ancak, alacaklının rızasıyla borcun “nakli” mümkün olabilir¹¹⁶. Bu görüş karşısında, günümüz Fransız hukuk öğretisinde bazı yazarlar, alacaklının da rızasını içeren borç üstlenme sözleşmesi modelleri önermişlerdir¹¹⁷. Aşağıda önerilen bu modellere değinilecektir.

5. Fransız Hukuk Öğretisinde Önerilen Modeller

Fransız hukukunda borcun üstlenilmesi kabul edilmemiştir. Ancak, Fransız hukuk öğretisinde borcun naklinin mümkün olduğunu ileri süren yazarlar, bunun için bazı modeller önermişlerdir. Aşağıda, öğretilde öne sürülen bu modellere değinilecektir.

Öğretilde *Gaudemet*'nin borcun cüzi intikali hakkında yazdığı eserinde önerdiği model; borçlular arasında yapılan akde, alacaklının onayıyla geçerlilik kazanacak bir üstlenme sözleşmesidir¹¹⁸. Bu model, Alman sistemindeki §415 BGB hükmüyle benzeşmektedir¹¹⁹.

¹¹⁵ Maurer, s. 31.

¹¹⁶ *Buffeland-Lanore ve Larribau-Terneyre*, Unidroit ilkelerine de atıf yaparak borcun intikalinin alacaklının da rızası alınarak mümkün olabileceğini ileri sürer (**Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 399).

¹¹⁷ Bkz. **Terré/Simler/Lequette**, N. 1305.

¹¹⁸ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 473 vd.; **Gaudemet, E.**, Obligations, s. 476-477.

Bu konuda öğretilde, borcun dış üstlenilmesine benzer sonuçların üçüncü kişi lehine sözleşme yoluyla da elde edilip edilemeyeceği de tartışılmıştır (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 319 vd.; **Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 395).

¹¹⁹ Hatta yazar, Alman sistemindeki borcun intikali modelinin Fransız sisteminde de kabul edilmemesi için hiçbir sebep göremediğini açıkça belirtmiştir (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 538; **Gaudemet, E.**, Obligations, s. 479-480).

Buna yakın bir model öneren *Saleilles* ise, *Gaudemet*'nin modelinden farklı olarak, söz konusu sözleşmenin “yarı-geçerli” (*semi efficace*) olduğunu, diğer bir deyişle işlemin geçerliliğinin ve alacaklıya karşı ileri sürülebilirliğinin tamamen alacaklının inisiyatifinde olduğunu; alacaklı, sonradan asıl borçluyu ibra etmedikçe ona karşı talepte bulunma hakkını korumayı sürdüreceğini belirtmiştir¹²⁰.

Lapp ise, borçlular arasında yapılan sözleşmenin hemen sonuç doğurarak, alacaklıya üstlenene başvurma hakkını bahşedeceği bir model oluşturmuştur¹²¹. Yazar, bu modelde, üstlenenin borcu ifa etmeyeceğinin anlaşılması halinde, alacaklının asıl borçluya başvurma hakkını da muhafaza ettiğini belirtmiştir¹²².

Borçlunun değişmesi konusunda *Larroumet*, iki menfaat arasındaki dengenin nasıl gözetileceğinin tartışılması gerektiğini düşünmektedir. Yazar; ilk olarak, borcun, borçlunun malvarlığı unsuru olarak kabul edilip sadece borçluya üstlenen arasındaki bir akitle devredilebilirliğinin ne derece savunulabileceği; ikinci olarak ise borçlunun kimliğinin ve malvarlığının borcun ödenmesinde alacaklının güvencesi olduğunu ve alacaklıyı bu güvenceden rızası dışında ayırmanın ne derece doğru olduğunun tartışılması gerektiğini belirtmektedir¹²³. Yazara göre, borcun devredilebilirliği kabul edilebilir. Ancak yazara göre, alacaklıyı kendi rızası dışında önceki borçludan mahrum bırakmak da mümkün olmamalıdır. Yazarın öne sürdüğü model, alacaklının önceki borçluya karşı başvuru hakkını (kendisi ibra etmedikçe) muhafaza ettiğini ileri süren modellerle benzeşmektedir.

Andreu ise, borcun intikaline ilişkin üç taraflı (*tripartite*) bir sözleşmeden yanadır. Zira alacaklının katılımını zorunlu gören bu modelde yazar, borcu üstlenen ile borçtan kurtulanın katılımlarını da tıpkı yenileyici havale (*délégation novatoire*) ve kurtarıcı etkili üçüncü kişi lehine sözleşmelerde (*stipulation pour autrui libératoire*) olduğu gibi zorunlu görmüştür¹²⁴.

Her ne kadar yukarıda anılan yazarlar bu konuda çeşitli modeller ileri sürmüş olsalar da günümüz Fransız hukukunda borcun üstlenilmesi kanunda yer almış

¹²⁰ **Saleilles**, De la cession de dettes, N. 13-17.

¹²¹ **Lapp**, N. 37 vd. Aynı yönde bkz. **Maira Lamas**, Octavio, La cession de contrat en droit comparé, Thèse, Paris 1960, N. 22 vd.

¹²² **Lapp**, N. 42.

¹²³ **Larroumet**, N. 97.

¹²⁴ **Andreu**, N. 139-153, s. 154-170.

değildir. Yasal duruma bakıldığında, Fransız hukukunda borçlunun değişmesi için sadece yenileme kurumuna başvurulduğu görülmektedir (Fr. MK. m.1271 vd.). Buna karşılık, Fransız hukuk öğretisinde ise, borcun cüzi intikalinin mümkün olup olmadığı hâlâ tartışılmaktadır¹²⁵.

D. İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerinde Borcun Üstlenilmesi Kavramının Kabulü

İsviçre hukukunda, 1855 tarihli Zürih Özel Hukuk Kanununda borcun üstlenilmesi kavramı yer almamıştı. Yeni borçlunun mevcut bir borç ilişkisine girebilmesi için tanınan tek imkân, önceki borcun sona erdirilerek yerine yenisinin kurulması, yani taraf yenilemesi idi¹²⁶. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda ise, yenileme yoluyla borçlu değişimi mevcuttu (m.142)¹²⁷. Halen, borç ilişkisinde yenileme olmaksızın borcun cüzi intikali tartışılmıyordu¹²⁸.

Daha sonra borcun üstlenilmesi (*Schuldübernahme, reprise de dette*) kavramı, Alman hukuk sisteminde kabul görerek 1900 tarihinde BGB’de yer almıştır. Bunu takiben kavram, İsviçre Borçlar Kanununa, 1911 yılında yapılan revizyon sırasında BGB’den alınmıştır¹²⁹.

1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda, İsviçre Borçlar Kanunundan iktibas edilerek “Borcun Nakli” başlığı altında ele alınmış olan bu kurum, 2011 yılında kanunlaşan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu tarafından “Borcun Üstlenilmesi” olarak adlandırılmıştır (TBK. m.195 vd.)¹³⁰.

¹²⁵ Bkz. **Andreu**, N. 55 vd., s. 75 vd.; **Fabre-Magnan**, s. 535 vd.

¹²⁶ Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 1063 (**Demuth**, s. 88’den naklen).

¹²⁷ Bkz. **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 6; **Köhler**, s. 30.

¹²⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 14.

¹²⁹ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 4; **Köhler**, s. 30. Bu revizyonda, Alman hukukundan etkilenilmiştir. Borcun üstlenilmesi kurumu kabul edilirken, sözleşme teorisi kabul edilmiştir. Buna göre, üstlenen borçluyla anlaşarak onu borçtan kurtarmayı taahhüt edebilir. Borçluyla üstlenen arasında yapılan sözleşme uyarınca gerçek olmayan borç üstlenme, yani bir borçtan kurtarma taahhüdü vardır. Bu taahhüdün ifası amacıyla üstlenen alacaklıyla borcun üstlenilmesi sözleşmesi akdedebilir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 16-17).

¹³⁰ Kavram değişikliğiyle ilgili olarak, kanun gerekçesinde “dilin arılaştırılması” haricinde bir açıklama yapılmamıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, öğretilerde de “üstlenme” kavramı zaten kullanılmaktaydı (Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 268 vd.; **Eren**, Fikret, 6098 sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 1243 vd.; **Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1976, s. 1123 vd.).

Bu adlandırma, söz konusu kurumu içeren İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerine de uygundur. Zira, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri, “borcun nakli” (*Schuldübertragung, Schuldübergang, La transmission de dette*) sözcüğü yerine, “borcun üstlenilmesi” (*Schuldübernahme, La reprise de dette*) kavramını tercih etmişlerdir.

Borcun üstlenilmesi, ayrıca, Unidroit Uluslararası Ticari Sözleşme İlkeleri (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts – PICC*) ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin (*Principles of European Contract Law – PECL*) de tercihi olmuştur. Unidroit ilkelerinin 2004 ve 2010 tarihli versiyonlarının 9. başlığının 2. Bölümü “Borçların İntikali” ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin 12. başlığının 2. bölümü “Yeni Borçlu İkamesi” adlarını taşımakta ve Alman, Avusturya ve İsviçre-Türk hukuk sistemlerine benzeyen ve cüzi halefiyet temeline dayalı bir sistem öngörmektedirler. Bu ilkeler de tezimiz kapsamında karşılaştırmalı olarak yeri geldikçe ele alınacaktır.

II. Borçlunun Değişmesi Hususunda Kabul Edilen Model ve Yöntemler

Dünyada, borcun üstlenilmesinin meydana getirilmesinde iki ayrı model kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesidir. Bu model, Roma hukukundan günümüze ulaşmış olup, halen Fransız, İtalyan ve Anglo-Sakson hukuk düzenlerinde hâkimdir. Dünyada sadece Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ikinci model ise, borcun üstlenilmesi yoluyla borçlunun değişmesidir. Anılan bu son hukuk düzenlerinde, borcun üstlenilmesinin meydana getirilmesinde iki ayrı yöntem kabul edilmiştir. Bunlar, sözleşme ve onay yöntemleridir. Üstlenenin doğrudan alacaklıyla yaptığı sözleşmeyle borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesine “sözleşme yöntemi” denir. Üstlenenin borçluyla akdettiği sözleşmeye alacaklının onay vermesiyle borcun üstlenilmesinin meydana getirilmesi yöntemine ise “onay yöntemi” denir¹³¹.

Alman ve Avusturya hukuklarında borcun üstlenilmesinin, hem sözleşme yöntemi (§414 BGB; §1406 ABGB) hem de onay yöntemine (§415 BGB; §1405 ABGB) uygun olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş ve bu iki farklı yöntem

¹³¹ Onay yöntemi işleyiş açısından iç üstlenme sözleşmesini takiben dış üstlenme sözleşmesi yapılmasına da benzerlik gösterse de, onay yönteminde tek bir işlem, tek bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşmeye alacaklı onay verir. Oysa, iç ve dış üstlenme birbirinden ayrı iki işlem, iki ayrı sözleşmedir. Ayrım için bkz. Birinci Bölüm, II, B.

kanundaki yerlerini almışlardır. Unidroit ilkelerinde de yine bu iki yöntem seçimlik olarak öngörülmüştür (PICC. m.9.2.1 ve 9.2.3).

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde ise, genel olarak sözleşme yönteminin benimsendiği görülmektedir (TBK.m.196; İsv. BK. m.176). Türk ve İsviçre hukuklarında, sadece rehinli taşınmaz devrinde onay yöntemine benzeyen bir usul istisnai olarak öngörülmüştür¹³².

Bu başlık altında öncelikle, taraf yenilemesi yoluyla borçlu değişimi modeli ele alınacak ve borcun üstlenilmesi modeliyle karşılaştırılacaktır. Ardından, borcun üstlenilmesi için kabul edilen onay ve sözleşme yöntemleri; Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri dikkate alınarak açıklanacak ve karşılaştırılacaktır.

A. Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modeli

Roma hukukunda ve günümüzde halen Fransız hukuk sisteminde her türlü borçlu değişimi, “yenileme” modeli çatısı altında gerçekleşir¹³³. Taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesinin iki temel yöntemi mevcuttur. Bunlardan ilki yenileyici etki doğuran borç havalesi ve ikincisi taraf yenilemesi akdidir. Aşağıda borçlu değişimini amaçlayan bu kurumlar incelenecek ve borcun üstlenilmesiyle karşılaştırılacaktır.

1. Borçluyu Değiştirmek Amacıyla Yapılan Yenileyici Etkili Borç Havalesi

a. Genel Olarak Borç Havalesi Kavramı

Borç havalesi, Roma ve Fransız hukuklarına özgü bir kavramdır. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında yoktur. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında havale, tek

¹³² Bkz. İkinci Bölüm, III, B.

¹³³ Maurer, s. 73; Mazeaud/Mazeaud/Chabas, s. 1251, N. 1219.

İngiliz hukukunda ise, *Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd.* kararında, yenilemenin bir borcun sözleşme yoluyla bir kişiden bir diğerine geçirilmesinin tek yolu olduğu söylenmektedir (Maurer, s. 113. Ayrıca bkz. Cheshire, Geoffrey Chevalier / Fifoot, Cecil Herbert Stuart/ Furmston, M. P., Cheshire, Fifoot And Furmston's Law of Contract, 11. Ed., Butterworth, London 1986 s. 509).

Günümüz İngiliz hukukunda yenileme, bir sözleşme tipi olarak yerleşmiştir. Burada da borçlandırıcı ve borçtan kurtarıcı etki birbirine bağlıdır. İfa ve ibranın yanında, yenileme de borcu sona erdiren hallerdendir (Maurer, s. 131). İngiliz hukukunda yenileme sadece borcun yenilenmesine değil, tüm sözleşmesel ilişkinin yenilenmesine (*novation of contract*) de hizmet eder. Bu ihtimalde, sözleşmenin yenilenmesi, sadece borçlu değişimi fonksiyonu görmez, aynı zamanda tüm bir sözleşme tarafı olma durumunun (sözleşmedeki pozisyonun) değişmesini de sağlar. Buna göre, eski sözleşme sona erer, yeni sözleşme doğar (Maurer, s. 127 vd.; Siedel, s. 27).

tarafli bir beyanla (havale talimatıyla) yapılan bir çifte yetkilendirmedir. Buna göre havaleci; havale ödeyicisini “kendi hesabına, para kıymetli evrak ya da diğeri bir misli eşyayı havale alıcısına vermek”; havale alıcısını ise, kendisine sunulan bu edayı kendi adına “kabzetmek” hususunda yetkilendirir (TBK. m.555; İsv. BK. m.466; §783 BGB)¹³⁴. Bu işlem; bir sözleşme değildir; kişiyi yetkilendirir, borç altına sokmaz¹³⁵. Havale edilen, talimata riayet edip etmemekte serbesttir¹³⁶. Zira bu konuda yükümlülük altında değildir. Bu sadece kendisine verilen bir yetkidir.

Görüldüğü üzere; Türk, İsviçre ve Alman hukuklarındaki havale kavramı, bir ödeme havalesidir, diğeri bir deyişle aktif havaledir. Bu hukuk sistemlerinde borçlu deyişimi borcun üstlenilmesi yoluyla gerçekleştirildiğinden, ayrıca borç havalesi kavramı gelişmemiş, buna gerek görülmemiş ve dolayısıyla borç havalesi bu ülkelerin kanunlarında yer almamıştır.

Roma ve Fransız hukuklarında kabul edilen borç havalesi (pasif havale¹³⁷) ise, borçlunun alacaklıya borcunu ifa etmek yerine, üçüncü kişiye kendisi yerine alacaklıya borçlanması, yani alacaklı karşısında onun yerine geçerek borçlu duruma gelmesi için talimat vermesidir¹³⁸. Belirtmek gerekir ki, bu talimat da muhatabını borç altına sokmaz. Üçüncü kişinin borç altına girmesi, sonradan alacaklıyla yapacağı taraf yenilemesi akdiyle olur. Üçüncü kişi, talimatı yerine getirir ve

¹³⁴ **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, s. 243 vd.; **Kocaman**, Arif B., Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001, s. 13 vd.; **Özakman**, Cumhur H., “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İÜHFİM, C. 41, S. 1-2, İstanbul 1975, s. 255 vd. **Gürses**, Davut, “Türk Borçlar Kanununa Göre Havale”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 460.

¹³⁵ Burada vekâlet söz konusu değildir; talimatı alanın, söz konusu talimatı ifa borcu yoktur, sadece yetkisi vardır (**Maurer**, s. 12 ve 90; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 56, dn. 1; **Gide**, s. 461. Bkz. **Von Salpius**, s. 48 vd.; **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, s. 243 vd.; **Kocaman**, s. 13 vd.; **Özakman**, s. 255 vd.; **Gürses**, s. 474-475). Havale talimatı tek taraflı beyanla yetkilendirir (*Ermächtigung, iussum*) ve birçok deyişik görünümü olabilir (**Kaser/Knütel**, §54, N. 9).

¹³⁶ **Maurer**, s. 91. Havalenin ruhu, kişinin sadece başkasını hesabına hareket etmesi değil, aynı zamanda “onun talimatı üzerine” hareket etmesidir. Ancak, burada bir emir değil, bir yetkilendirme söz konusudur (**Gide**, s. 458, 461). Yine de, talimatı alanın, talimat verene karşı söz konusu talimatı yerine getireceğine dair bir taahhütte bulunması mümkündür.

¹³⁷ Bunun karşıtı olan aktif havale ise, borçlunun doğrudan alacaklıya ifade bulunmak yerine, başkasına ödeme talimatı vermek ve bunun üzerine edimi talimatı alan üçüncü kişinin ifa etmesidir (**Gide**, s. 393). Fransız hukukunda **Andreu**, söz konusu ayırım için “ödeme” havalesi (*délégation-payement*) ile “taahhüt” havalesi (*délégation-engagement*) kavramlarını kullanmıştır (**Andreu**, N. 13, s. 20). Aktif havalede ödeme anına kadar borç sona ermez. Oysa, borcun üstlenilmesinde, üstlenme anında borç sona erer. Aktif havaleden başlıca farkı budur (**BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 4). *Delegatio nominis* ve *delegatio debiti* açıklaması ve karşılaştırması için bkz. **Danz**, Die delegatio nominis und delegatio debiti, s. 69 vd. Ayrıca bkz. **Koyuncuoğlu**, s. 16 vd.

¹³⁸ **Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 873, s. 921; **Kleinecke**, s. 3.

Burada Türk ve İsviçre hukuklarındaki anlamıyla bir aktif havale yoktur. Roma ve Fransız hukuklarına özgü bir pasif havale söz konusudur.

alacaklıyla bu konuda bir taraf yenilemesi sözleşmesi akdederse eski borç sona erip yerine yeni borç doğacak, borçlu değişecektir¹³⁹. İşlem tamamlandığı ve amacına ulaştığı için buna “tam havale” denir¹⁴⁰. Diğer bir deyişle işlem, borcu sona erdirmek suretiyle asıl borçluyu borcundan kurtarır ve yeni bir borç doğurarak yeni bir borçlunun onun yerine geçmesini sağlar¹⁴¹. Borçlunun değişmesine yol açtığı için bu havaleye “pasif havale” (*Passivdelegation, délégation passive, stipulatio debiti alieni*) denir¹⁴².

Burada borçlu, talimatını alacaklıya da verebilir. Havale eden borçlu, kendi yerine geçmeyi kabul etmiş üçüncü bir kişinin (havale üstlenicisi¹⁴³) ödeme yapacağını alacaklısına bildirir ve alacaklı da bu durumu kabul ederse, söz konusu üçüncü kişi, lehine havale yapılmış olan alacaklıya karşı şahsen ifa borcu altına girmiş olur. Artık önceki borçlu borcundan kurtulmuş ve havale üstlenicisi üçüncü kişi yeni borçlu haline gelmiş olur. Elbette, belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi bu yetkilendirmeyi kabul etmemişse, kendi rızası hilafına bir borç altına sokulamaz¹⁴⁴.

Eğer alacaklı önceki borçluyu borcundan ibra etmemeyi tercih eder ve borçlu kurtulmaksızın sadece üçüncü kişi borca katılırsa, buna “eksik havale” denir¹⁴⁵. Bu

¹³⁹ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 50 vd.; **Gaudemet, E.**, Obligations, s. 477 vd.; **Danz**, Die delegatio nominis und delegatio debiti, s. 69 vd; Ayrıca bkz. **Von Büren**, s. 345-346; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N. 1465 vd; **Béguelin**, FJS 810, s. 2; **Colin**, Ambroise/ **Capitant**, H., Cours Élémentaire de Droit Civil Français, 6ième Édition, Librairie Dalloz, Paris 1931, s. 109 vd.

¹⁴⁰ **Colin/Capitant**, s. 111; **Starck/Roland/Boyer**, s. 54 vd., N. 108 vd. Tam havalede, “tam” olan, havale ile borçlunun değişmesinin tamamlanması, alacaklının da rızasının eklenerek önceki borçlunun kurtulması, borcun yenilenmesidir (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 236 vd.; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 410; **D’Auferville**, s. 100; **Toulet**, s. 229). Alacaklının açık rızasıyla gerçekleşebilir (**Fabre-Magnan**, s. 556).

¹⁴¹ **Andreu**, N. 35, s. 50-51; **Duplessis**, Antoine, Etude sur la novation et la délégation, Thèse pour le doctorat, Imprimerie de J. Claye, Paris 1869, s. 188 vd.

¹⁴² **Deroussin**, s. 45.

¹⁴³ Türk Borçlar Kanunu, m.555 ve devamı hükümlerinde “Havale” başlığı altında sadece bir “ödeme havalesi” düzenlemiş olduğundan, ödeme talimatı alan kişi için “havale ödeyicisi” kavramını kullanmıştır. Biz de burada bir pasif havaleden bahsettiğimiz için, kanunkoyucu ile aynı mantığı kullanarak borcu üstlenme talimatı alan kişi için “havale üstlenicisi” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

¹⁴⁴ **Malinvaud**, s. 564, N. 782. Ancak, üstlenen zaten havale edene (asıl borçluya) karşı önceden borçlu idiye, bu iki borcu sona erdirip yerine havale lehdarı ve üçüncü kişi (üstlenen) arasında yeni bir borç kurulması konusunda asıl borçluya üstlenen anlaşabilirler. Bu ihtimalde de, yenileyici etkili havale gerçekleşir (**Delebecque/Pansier**, N. 307; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N. 1465 vd.).

¹⁴⁵ **Siedel**, s. 29; **Toulet**, s. 227; **Starck/Roland/Boyer**, s. 49, N. 94. Havale asıl borçlunun borcundan kurtulmasıyla sonuçlanmıyorsa buna “eksik” havale (*délégation imparfaite*) denilmektedir (**Andreu**, N. 14, s. 21; **Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 444; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N. 1466; **Benrey**, s. 85-86; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 411; **Fabre-Magnan**, s. 555-556; **D’Auferville**, s. 101 vd.; **Terré/Simler/Lequette**, N. 1442 vd.; **Starck/Roland/Boyer**, s. 48-49, N. 95 ve s. 56 vd., N. 112 vd.). Üstlenenle alacaklı, açıkça asıl borçlunun borcundan kurtulacağı konusunda anlaşmamışlarsa yenileme etkisi yoktur. Bu ihtimalde sadece eksik havale vardır (**Maurer**, s. 91). Bu durumda, eksik

anlamda, tam havalede bir yenileme ve eksik havalede ise borca katılma sonuçları doğacaktır¹⁴⁶.

Kısaca, pasif havale yoluyla borçlunun borcundan kurtulması ve yerine yeni borçlunun alacaklıya karşı borçlanması üç tarafın da katılımını, diğer bir deyişle havalenin “tam” olmasını gerektirir¹⁴⁷. Nitekim, borç havalesi halinde asıl borçlunun borcundan kurtulması için yine alacaklının iradesi lazımdır¹⁴⁸. O halde, borç havalesi için verilen talimat, tek başına borçlunun değişimine yol açmaz. Esasen, borçlunun değişmesini sağlayan, havale talimatını alan kişinin alacaklıyla akdettiği taraf yenilemesi sözleşmesidir¹⁴⁹.

b. Roma ve Fransız Hukuklarında Borç Havalesi Sistemi

Roma hukukunda, borçlunun değişmesi amacına ulaşmak için borç havalesi yöntemi kullanılıyordu. Taraf yenilemesi, çoğunlukla borç havalesine dayanarak yapılıyordu¹⁵⁰. Bir bakıma, yenileyici etkili havale söz konusuydu. Bu nedenle, *Justinianus* döneminde *novatio* ve *delegatio*, aynı çatı altında incelenmiştir¹⁵¹. Nitekim 18. yüzyıla kadar yenilemeyle birbirlerini bütünleyen kurumlar olarak kabul edilmişlerdir¹⁵². Ancak, ilk olarak *Von Salpius* tarafından açıklanan görüş uyarınca,

havale söz konusudur. Eksik havalede (*délégation imparfaite*), havale edilenin rıza vermemesi gibi bir sebeple yenileyici etki oluşmamıştır (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1268, N. 1247; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 273 vd.). Burada, sadece borca katılmanın sonuçları meydana gelir (**Neumayer**, s. 232).

¹⁴⁶ Eksik havalede asıl borçlu borcundan kurtulmayacak, yanına üstlenenin de borca katılmasıyla, müteselsil olarak borçlu kalmayı sürdürecektir (**Toulet**, s. 229).

¹⁴⁷ **Pothier**, N. 600-601; **Delebecque/Pansier**, N. 312; **Toulet**, s. 228.

¹⁴⁸ Alacaklı, yeni borçlunun eskisinin yerine geçmesine razı olmalıdır (**Maurer**, s. 93). Roma hukukundaki durumun incelenmesi için bkz. **Honsell**, Römisches Recht, s. 111-112. Fransız hukukunda da, üç tarafın katılımını gereklidir (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1265, N. 1240).

¹⁴⁹ **Maurer**, s. 111; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 55. Pasif havale, bu *stipulatio*'nun yapılması için talimat verilmesinden ibarettir (**Sohm**, Institutes, s. 386). Ayrıntılı inceleme için bkz. **Danz**, Erich, “*Die delegatio nominis und delegatio debiti eine Forderungs und Schuldüberweisung*”, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 19, 1881, s. 69-130.

¹⁵⁰ **Kaser/Knütel**, §55, N. 9, s. 341; **Sohm**, Institutes, s. 386.

¹⁵¹ **Robaye**, s. 69.

¹⁵² **Unger**, Schuldübernahme, s. 16-17, dn. 8. Ortaçağda, *Glossator*'lerin anlayışına göre, havale (*delegatio*) kavramıyla sadece ilişkinin bir tarafının değişmesini amaçlayan yenileme talimatı anlaşılıyordu. Buna göre *delegatio* ve *novatiostipulatio* ortak bir işlem idi (Bkz. **Le Charpentier**, Gustave, De la novation et de la délégation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Vinchon et Charles de Mourges, Paris 1855, s. 32 vd.). *Kommentator*'ler ve humanistler de bu anlayışı sürdürmüşlerdir. Buna göre yenileme etkisi, havale sonrasında ortaya çıkan hukuki sonuç idi (**Maurer**, s. 23).

Fransız hukukunda *Andreu*, havalenin tek bir işlemde ibaret olmayıp, havale edenin havale üstlenicisine talimat (*jussum*) vermesini bir işlem, havale üstlenicisinin bu talimata uyararak lehdar ile hukuki ilişkiye girmesini, yani talimatın uygulanmasını (*exécution du jussum*) ikinci bir işlem olarak

havale ve taraf yenilemesi, iki farklı hukuki kurumdur ve aralarında herhangi zorunlu bir ilişki mevcut değildir¹⁵³. Günümüzde, bu iki kurum birbirinden ayrı ele alınmaktadır. Havalenin uygulama alanı, taraf yenilemesi sonucuna ulaşmakla sınırlı değildir. Çok daha geniş ve çeşitlidir¹⁵⁴.

Fransız hukukunda da, Roma hukukuna uygun olarak, borçlunun değişmesine yol açan yenileyici etkiyi meydana getirmek ve borçlunun değişmesini sağlamak üzere “tam havale” (*délégation parfaite*) kurumu kanunda yer almıştır¹⁵⁵. Fr. MK. m.1275, borçlanma talimatı üzerine yapılan yenileyici etkili “tam” havaleyi (*délégation novatoire*¹⁵⁶) düzenlemektedir¹⁵⁷. Elbette, bu talimat, tek başına muhatabını borç altına sokmaz. Buna göre, kendisine talimat verilen havale üstlenicisi, bu talimata uymayı tercih ederek alacaklı (havale lehdarı, *délégataire*) ile taraf yenilemesi akdi yaparsa borçlu duruma gelir¹⁵⁸. O halde, tam havalenin *expromission*’dan farkı, taraf yenilemesinin asıl borçlunun talimatı üzerine yapılıyor olmasıdır¹⁵⁹.

niteler ve havalenin bu işlemlerin biraraya gelmesinden oluştuğunu (*combinaison*) belirtir. Ancak bu şekilde arzu edilen sonuca ulaşılır (**Andreu**, N. 12, s. 17-20).

¹⁵³ **Von Salpius**, s. 27 vd. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Ahlers**, s. 17; **Tolkmitt**, Wolf-Dietrich, Die Theorie der Novation im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1968, s. 82-83.

¹⁵⁴ **Starck/Roland/Boyer**, s. 50-51, N. 100.

¹⁵⁵ **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1263, N. 1237-1238; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 236 vd.; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 398; **Colin/Capitant**, s. 109 vd.; **Terré/Simler/Lequette**, N. 1306; **Starck/Roland/Boyer**, s. 48-49, N. 94; **Köhler**, s. 12. Ayrıca bkz. **Benrey**, s. 80 vd. Eksik havalede yenileme etkisi gerçekleşmez. Alacaklı gerek üstlenene ve gerekse de asıl borçluya başvurabilir (**Delebecque/Pansier**, N. 324; **Benrey**, s. 84 vd.; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 398).

¹⁵⁶ **Andreu**, N. 32, s. 48 vd. **Ghestin, Billiau ve Loiseau**, tam havaleyi, yenileme sonucu doğurması sebebiyle “yenileyici etkili havale” (*délégation novatoire*), eksik havaleyi ise, herhangi bir yenilemeye yol açmaması sebebiyle “basit havale” (*délégation simple*) olarak adlandırmışlardır (**Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 875, s. 924 vd.).

¹⁵⁷ Onay yöntemine uygun olarak borçluluyla üstlenen arasında yapılan ve borcun üstlenilmesi amacına yönelik sözleşme, her ne kadar bir havale talimatıyla ilgisi olmasa da, borçlunun katılımıyla başlaması ve alacaklının da rızasını içermesi sebebiyle Fransız hukukundaki tam havale (Fr. MK. m.1275) yoluyla borçlunun değişmesi yöntemiyle işlevi bakımından benzerlik gösterir (**Maurer**, s. 238).

Fransız hukuk öğretisinde **Gaudemet**, asıl borçluya tasarruf işlemine girişebilmesi için olanak vermesi dolayısıyla Alman sistemindeki onay yönteminin ve §415 BGB hükmünün üstünlüğünden bahseder (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 537).

¹⁵⁸ **Delebecque/Pansier**, N. 503; **Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 430; **Arnault**, s. 172; **D’Auferville**, s. 101; **Leroux**, Charles, Novation, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Charles de Mourges frères et successeurs de Vinchon, Paris 1861, s. 160; **Moinier**, s. 131; **Osmont**, s. 129 vd.; **Toulet**, s. 228; **Terré/Simler/Lequette**, N. 1439 vd. ve 1451 vd.

¹⁵⁹ **Maurer**, s. 90; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1263, N. 1238; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 412-413; **Duplessis**, s. 293 vd.

c. Borçlunun Değişmesi İçin Havalenin Tam Olması Gerekliği

Borç havalesinin tamamlanıp tamamlanmadığı, yani havale talimatı sonrasında taraf yenilemesinin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda şüpheye düşülecek olursa taraf iradelerini incelemek ve yorumlamak gerekir. Burada alacaklının menfaatine daha uygun olan, asıl borçlunun borcundan kurtulmamasıdır. Bu nedenle, tam havalenin varlığı yönünde bir karinenin varlığından bahsedilemez¹⁶⁰. O halde, burada da, yenileme iradesinin (*animus novandi*) aranması gerektiği öğretide savunulmaktadır¹⁶¹. Aksi takdirde, yapılan işlemin niteliği belirlenemeyebilir. Taraf yenilemesi, borca katılmadan ayırt edilemeyebilir¹⁶².

Nitekim bu sebeple, Fransız Medeni Kanununda, yenileyici etkili havale yoluyla borçlunun değişmesinde yenileme niyetinin açık olması gerektiği ve asıl borçlunun kurtulmasının açıkça beyan edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Fr. MK. m.1273 ve 1275)¹⁶³. Demek ki, alacaklının sadece üstleneni yeni borçlu olarak kabul etmesi yetmez. Asıl borçluyu kurtarma iradesini de göstermelidir. Bu durumda havale tamamlanmış, yani “tam” olur¹⁶⁴. Alacaklı, asıl borçluyu kurtarma iradesini açıkça ifade etmezse; şüphe halinde, iki borçluyu da elinde tutmayı, birisinden mahrum kalmaya tercih edeceğinin kabulü akla yatkındır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Cass. 2eme civ, 5 juin 1970 - D.1970, 727; Cass. com, 17 juillet 1980 – Gaz. Pal.1981,1,39, note J. Dupichot; Cass. com, 22 juin 1983 – JCP 83, IV, 276 (Malinvaud, s. 567, N. 784’den naklen).

¹⁶¹ Mazeaud/Mazeaud/Chabas, s. 1265, N. 1241; Delebecque/Pansier, N. 325.

¹⁶² Rouhette, s. 490.

¹⁶³ Flour/Aubert/Flour/Savaux, N. 435; Fabre-Magnan, s. 556; Arnault, s. 172; D’Auferville, s. 123; Colin/Capitant, s. 110; Leroux, s. 166; Moinier, s. 131; Osmond, s. 130; Stievez, s. 139; Toulet, s. 280; Terré/Simler/Lequette, N. 1453; Starck/Roland/Boyer, s. 50-51, N. 100.

Oysa Fr. MK. m.1275 yenileyici etkili havaleye özgü bir hüküm olduğu için salt yenileme halinde uygulanmayacak ve yenileme için açık beyana ihtiyaç duyulmayacaktır. Bu durumda, yenileme için bu yöndeki iradenin açıkça beyanı gerekmez, sadece açıkça anlaşılması gerekir. Oysa havale için, önceki borçlunun kurtulmasına ilişkin iradenin açıkça beyanı gerekmektedir (Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 887 ve 891, s. 933 vd.).

Delebecque ve Pansier’e göre, yenileme ve yenileyici havaleyi düzenleyen bu iki madde ayrı ayrı ele alınmalıdır. Yazarlara göre, yenilemede, iradenin işlemde açıkça anlaşılması yeterlidir. Oysa yenilemeden farklı olarak yenileyici havalede, yenileme iradesi açıkça belirtilmelidir (Delebecque/Pansier, N. 325).

İtalyan hukukunda, yenileme iradesinin açıkça beyan edilmesi, önceki borçlunun kurtulmasının şartlarından birisidir (Neumayer, s. 242). Türk hukukunda da, yenileme iradesinin açıkça ifade edilmesi değil, işlemde açıkça anlaşılması gereklidir (Yücer, İpek, “Yenileme (Tedit)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s. 233-259, s. 247 vd.).

¹⁶⁴ Fransız hukuk sisteminde, alacaklı, asıl borçluyu borcundan kurtarma iradesini göstermeksizin üstleneni borçlu olarak kabul ederse, havale “eksik” kalır ve asıl borçlu borcundan kurtulmaz.

¹⁶⁵ Starck/Roland/Boyer, s. 50-51, N. 100.

d. Borç Havalesinin Özellikleri ve Sonuçları

Roma ve Fransız hukuk sistemleri uyarınca, yenileyici etkili “tam” borç havalesi soyut bir işlemdir. Temelinde havale eden ile üstlenen arasında bir rücu ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) olması gerekmez¹⁶⁶. Ancak, havale eden (asıl borçlu) ile havale lehdarı (alacaklı) arasında bir değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*¹⁶⁷), yani borç olması, taraf yenilemesi için aranan bir önkoşuldur¹⁶⁸. Nitekim, yenilenecek bir borç, değiştirilecek bir borçlu yoksa, taraf yenilemesi de olmaz. Bu halde, taraf yenilemesi için verilen talimat da konusuz kalır.

Yenileyici etkili tam havalenin soyut olmasının ilk sonucu, temel ilişkiden doğan tüm savunmaların sona ermesidir¹⁶⁹. Havale üstlenicisi (üstlenen), havale edene (asıl borçluya) karşı sahip olduğu savunmaları havale lehdarına (alacaklıya) karşı ileri süremez¹⁷⁰. Bunun mantığı; alacaklıyı, yabancı olduğu temel ilişkiden doğan def'iler karşısında korumaktır¹⁷¹.

Buna karşın, taraf yenilemesi sonucu doğurmayan eksik havale halinde yeni borçlu; eskisinin yanında müteselsil borçlu olur ve bu nedenle ortak savunmalardan faydalanabilir; diğer bir deyişle, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu borca ilişkin savunmaları kullanabilir¹⁷².

Öte yandan, üstlenenin alacaklıya taraf yenilemesi konusunda nasıl anlaştığı da önem taşır. Üstlenen; alacaklıya taraf yenilemesini akdederken, asıl borçluyla arasındaki ilişkiye sadece atıfta bulunarak yeni borçlu olmayı kabul etmiş olursa; bu

¹⁶⁶ **Özakman**, s. 268.

¹⁶⁷ Borcun üstlenilmesinde, alacaklının asıl borçluyla arasındaki ilişki değer ilişkisi (*Valutaverhältnis*), üstlenenle arasındaki ilişki ise ödeme ilişkisi (*Leistungverhältnis*) olarak; üstlenenin borçluyla arasındaki ilişki ise rücu ilişkisi (*Deckungsverhältnis*) olarak adlandırılır (**Berger**, §36, N. 2303-2306).

¹⁶⁸ **Maurer**, s. 95-96.

¹⁶⁹ **Malinvaud**, s. 566, N. 783; **Ghestin**, N. 88. Buradaki soyutluk, önceki borçtan soyut olmasıdır. Yoksa, havale üstlenicisi, havalenin geçerliliğine ilişkin defiler ile doğrudan havale lehdarına karşı sahip olduğu defileri lehdara karşı ileri sürebilecektir (Bkz. **Özakman**, s. 274 vd.; **Kocaman**, Havale, s. 63 vd.)

¹⁷⁰ Bkz. Cass. com, 22 Avril 1997 – JCP 1998, II, 10050 ve note Ch. Lachèze (**Malinvaud**, s. 566, N. 783'den naklen).

¹⁷¹ Lehine havale yapılan alacaklı (havale lehdarı), asıl borçlusu (havale eden) ile üçüncü kişi üstlenen (havale üstlenicisi) arasındaki ilişkinin ayrıntılarına vakıf olmayabilir. Bu durumda bulunan alacaklı, *de lege ferenda* yabancı olduğu bir ilişkiden kaynaklanan def'ilere muhatap olmamalıdır (**Maurer**, s. 99).

¹⁷² Bkz. Cass. 1ere civ, 17 mars 1992 – JCP 1992, II, 21922, 1ere esp et note M. Billiau, D.1992, 481 et note L. Aynès. contra: 25 février 1992 – JCP 1992, II, 21922, 2eme esp. et note M. Billiau (**Malinvaud**, s. 566, N. 783'den naklen).

halde alacaklı, üstlenen ile borçlu arasındaki def'ilere muhatap olmak zorunda kalacaktır. Diğer bir deyişle, atıf yapılan borç ilişkisinin içeriği üstlenilmiştir. O halde üstlenen, o içerik ile bağlıdır ve alacaklı önceki borçludan olan borcunu aynı içerikte yeni üstlenenden talep edebilecektir. Elbette, üstlenen de alacaklının bu talebi karşısında, atıf yapılan temel ilişkiden doğan savunmaları ileri sürebilecektir¹⁷³. Bu durumda, alacaklı ayrıntılarını bilmediği bir ilişkinin sınırlamalarına ve def'ilerine muhatap olacağı için buna “belirsiz havale” denir¹⁷⁴. Özellikle belirsiz tam havale (*délégation parfaite incertaine*¹⁷⁵) halinde üstlenen, asıl borçlunun def'ilerine de sahip olduğundan, borcun üstlenilmesine benzer bir durum ortaya çıkar¹⁷⁶. Yeni borçlunun eskisinin sahip olduğu savunma imkânlarından faydalanabilecek olması, cüzi halefiyet düşüncesine yaklaşır ve taraf yenilemesinden ziyade borcun üstlenilmesine benzer. Ancak yine de, burada sadece bir istisna söz konusudur ve Fransız kanunlarında borcun üstlenilmesi kurumu benimsenmiş değildir.

Fransız hukukunda ilginç bir düzenleme ise, alacaklının yenileyici etkili havaleyi takiben asıl borçluya rücu imkânıdır. Açıklamak gerekirse; olağan koşullarda taraf yenilemesi işlemini takiben yeni borçlunun ödeme kabiliyeti olmadığı ortaya çıkarsa, alacaklının asıl borçluya rücu etmesi imkânının bulunmaması gerekir. Zira, asıl borçlu borcundan kurtulmuştur. Ancak, Fr. MK. m.1276 istisnaen iki koşulda rücu imkânının varlığından bahsetmektedir. Hükme göre, sözleşmede rücu hakkını saklı tutan özel hüküm varsa veya havale anında üstlenen (yeni borçlu) zaten iflas yahut ödeme aczi (*la faillite ou la déconfiture*) halinde ise alacaklının asıl borçluya rücu imkânı mevcuttur¹⁷⁷.

¹⁷³ **Andreu**, N. 26-30, s. 38-48; **Fabre-Magnan**, s. 550-551. Ayrıca bkz. **Maurer**, s. 101 ve 111; **Delebecque/Pansier**, N. 320; **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N. 1467.

¹⁷⁴ **Delebecque/Pansier**, N. 316. Belirli havalede, kişinin üstlendiği borcun içeriği belirlidir. Bu ihtimalde, önceki başka bir borca atıf yapılmadan doğrudan üstlenilen edim belirlenmiştir. Bu nedenle, diğer herhangi bir borçla bağlantı kurulmaksızın bağımsız (*autonome*) bir borç altına girilmiştir. O halde belirli havalede, kişi bağımsız bir borç altına girmiş olduğundan, temel borç ilişkisiyle bağlantısı kalmaz ve temel ilişkiden doğan savunmalar bu noktada ileri sürülemezler (**Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 436; **Fabre-Magnan**, s. 550).

¹⁷⁵ Havale üstlenicisi, içeriği ve meblağı belirlenmemiş, sadece varlığına işaret edilmiş olan bir başkasının borcunu ödeyecek ise, buna belirsiz havale; yok eğer kendisi içeriği ve meblağı belirlenmiş bağımsız bir borç ödeyecek ise buna belirli havale denir (**Andreu**, N. 21, s. 31 vd.).

¹⁷⁶ **Maurer**, s. 111.

¹⁷⁷ Bkz. **Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 936 vd., s. 971 vd.; **Neumayer**, s. 232; **Maurer**, s. 107. Eğer yeni borçlu havale sırasında aciz veya iflas halindeyse, alacaklı asıl borçluya başvurabilir. Zira, asıl borçlu (havale eden) bunu açıklamayarak kötüniyetle hile yapmıştır. İrade sakatlığı sebebiyle alacaklı

Sonuç olarak, pasif tam havale kural olarak önceki borcun fer'ilerini ve savunmaları sona erdirmesi sonucunu doğurduğundan bir taraf yenilemesi örneğidir. Oysa borcun üstlenilmesi bir cüzi halefiyettir. Bu bakımdan, her ne kadar borçlunun değişimi sonucunu doğursa da pasif havale, borcun üstlenilmesinden bu noktada ayrılır¹⁷⁸.

2. Borçluyu Değiştirmek Amacıyla Yapılan Taraf Yenilemesi

a. Genel Olarak

Roma hukuk öğretisinde *Ulpianus*, yenilemeyi, önceki borcun başka bir *obligatio* içine nakli ve onunla karışması olarak tanımlar¹⁷⁹. Buna göre, birinci borç ortadan kalkacak şekilde, ikincinin içinde erir. Tek bir işlemle, önceki borcu sona erdirip, yeni bir borç doğmasından bahsedilir¹⁸⁰.

Bu tanım, haklı olarak borçların ikamesiyle açıklanabilir¹⁸¹. İkame teorisi uyarınca bir borç sona ermiş, “onun yerine” yeni bir borç doğmuştur. Burada, önceki

yenileme işlemini iptal ederse yenileme etkisi ortadan kalkacak ve eski borç yeniden doğacaktır. Sonuçta, asıl borçluya başvurusu mümkün olacaktır (Maurer, s. 110).

¹⁷⁸ Bkz. **Gaudemet, E.**, Etude, s. 55-105; **Maurer**, s. 111-112.

¹⁷⁹ “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem (...) transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.*” **Ulpianus**, D.46.2.1 pr. (**HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418, N. 5; **Robaye**, s. 67; **Kaser/Knütel**, §54, N. 1, s. 335; **Schmidlin/Cannata**, s. 71; **Talamanca**, N. 128, s. 647 vd.; **Guarino**, s. 279; **Lambrini**, Paola, La Novazione, Pensiero classico e disciplina giustiniana, Cedam, Padova 2006, s. 87 vd.; **Mazeud/Mazeud/Chabas**, s. 1247, N. 1208; **Ahlers**, s. 1-2; **Koch**, §30, s. 285 vd.; **Nègre**, s. 32; **Tatovici**, s. 10; **Lambrini**, s. 87; **Tolkmitt**, s. 2-3; **Redlich**, s. 1; **Di Marzo**, s. 389; **Koschaker/Ayiter**, s. 287; **Karaman**, s. 95). Açıklamalar için ayrıca bkz. **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §§353-356, s. 503 vd.; **Zimmermann**, s. 634; **Girard**, s. 745-746; **Honsell**, Römisches Recht, s. 109; **Hausmaninger/Selb**, s. 305; **Mayer-Maly**, s. 176; **Pothier**, N. 581; **Malinvaud**, s. 561, N. 779; **Köhler**, s. 11; **Delebecque/Pansier**, N. 494; **Ahlers**, s. 1 vd.; **Béguelin**, Edouard, “Extinction des Obligations V, Novation 1: Généralités”, FJS 809, 30 Eylül 1944, s. 1; **Arnault**, s. 54 vd.; **Le Charpentier**, s. 5 vd.; **Herz**, s. 8; **Starck/Roland/Boyer**, s. 221, N. 530; **Di Marzo**, s. 389; **Rado**, s. 234.

Gaius da benzer bir ifade kullanmıştır: “*Praeterea novatione tollitur obligatio ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem*” (**Gai.3.176**).

Ekonomik bir bakış açısıyla bakıldığında, aynı sonuca ulaşılır. Zira, borcun üstlenilmesinde yeni borçlu önceki borcu olduğu haliyle aynen üstlenir. Benzer olarak yenilemede, önceki borç sona erer, ancak yerine aynı içerikte, fakat pasif öznesi farklı bir borç doğar. Yani asıl borçlu yerine yeni borçlu geçeceğine, eski *obligatio*'nun yerine içeriği ve ekonomik anlamda değeri aynı olan yeni *obligatio* geçer (**Benrey**, s. 19; **Heil**, s. 38). Bu nedenle *Unger*, buna gerçek olmayan (*unechte*) borç üstlenme benzetmesini yapmıştır. (**Unger**, Schuldübernahme, s. 8). Burada, borçlunun değişimine hizmet eden, niteliği bakımından olmasa da ekonomik açıdan pasif halefiyete benzer bir sonuç doğurmaya yönelik bir yenileme söz konusudur (**Münster**, s. 94; **Tatovici**, s. 18).

¹⁸⁰ **Ahlers**, s. 2.

¹⁸¹ Yenileme bir tür ikamedir (**Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 844, s. 883-884). Borçlu değişimine veya borcun değişimine hizmet eder. Bu anlamda, önceki borçlunun, alacaklının yahut borcun yenisiyle

borç sona erdiğine göre gerçek anlamda bir “borç nakli” yoktur¹⁸². O halde, tanımda yer alan “naklin” nasıl açıklanması gerektiği sorusu karşımıza çıkar. Buna göre, borcun konusu (*Schuld, debitum*) aynen kalırken sadece yükümlülük değişiyor; aynı borcun farklı bir borçlunun malvarlığında sorumluluk alanının içine naklolduğu kabul ediliyordu¹⁸³. Diğer bir deyişle, taraf yenilemesi halinde, borcun içeriği (*idem debitum*) aynı kalır; fakat borç ilişkisi (*obligatio*) değişir, yenilenir¹⁸⁴. Burada kastedilen, dar anlamda borç ilişkisinin değişimidir. Aynı alacak, artık başka bir kişinin malvarlığına başvurularak tatmin edilir¹⁸⁵. O halde buradaki “nakil”, borcun intikali değil; borcun ekonomik içeriğinin, yani borcun konusunun intikalidir¹⁸⁶. *Gaudemet*'ye göre, burada bir cüzi intikal düşüncesi yoktur. Zira burada doğan borç, kendi *causa*'sından ayrılmıştır, sona eren borcun sebebiyle bir bağlantısı kalmamıştır¹⁸⁷. Ekonomik sonuçları bakımından borcun intikali gibi etki doğursa da, yenilemenin temelinde, önceki borcun sona ermesi ve yerine yeni bir borcun kurulması yatar¹⁸⁸.

Nitekim, günümüzde kabul edildiği üzere yenileme, önceki borcun sona erip yerine yeni borcun doğmasıdır¹⁸⁹. “Kurtarıcı” borç üstlenmeden farkı, taraf

ikamesidir (**Jeuland**, Emmanuel, Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation, préf. L. Cadet, LGDJ, 1999, N. 53, s. 47).

¹⁸² *Béguelin*, yenileme hakkında *Ulpianus*'un tanımında yer alan borcun “nakliyle” ilgili yapılan açıklamayı tasvir ederken, “*şarabın bir şişeden diğerine transferi*” benzetmesini kullanmıştır (**Béguelin**, FJS 809, s. 1). Bu benzetme kanaatimizce cüzi halefiyet yöntemi için yerinde bir açıklama sunabilirdi. Zira, şarap naklolurken bir şişe boşalır, diğeri dolar. Ama şarap aynı şaraptır, şişe farklıdır. Ancak, yenileme işleminde önceki borcun aynı şekilde, olduğu gibi devam etmeyip sona ermesi, bu benzetmeyi doğru olmaktan uzaklaştırır.

¹⁸³ **Maurer**, s. 10; **Robaye**, s. 67-68; **Kaser/Knütel**, §54, N. 1, s. 335; **Schmidlin/Cannata**, s. 71.

¹⁸⁴ **Talamanca**, N. 128, s. 647 vd.; **Lambrini**, s. 87 vd.; **Renaut**, s. 48; **Deroussin**, s. 44.

¹⁸⁵ **Wendt**, s. 4.

¹⁸⁶ **Salkowski**, s. 37; **Ahlers**, s. 2.

¹⁸⁷ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 223. Yeni borcun *causa*'sının, eskisini sona erdirmek olduğu genel olarak düşünülse de, *von Blume* burada eski alacak ilişkisinin sona erdirilmek istenmediğini, aksine yenilenerek devam ettirilmek istendiğini söylemektedir (**Von Blume**, Novation, s. 63-64). Yazara göre borcun intikalinin somut sebebi (*materielle causa*) asıl borçlunun borcunu temel alan yeni bir borç doğmasıdır (**Von Blume**, Novation, s. 41).

¹⁸⁸ **Maurer**, s. 10; **Robaye**, s. 67; **Schulz**, N. 1069, s. 626; **Brégi**, s. 277-278.

¹⁸⁹ **Salkowski**, s. 34 vd.; **Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1245 ve 1247, N. 1208 ve s. 1250, N. 1214-1216; **Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 416; **Jeuland**, N. 53, s. 47; **Delebecque/Pansier**, N. 494; **Ahlers**, s. 11; **Benrey**, s. 86; **Béguelin**, FJS 809, s. 1; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 410; **Fabre-Magnan**, s. 610; **Colin/Capitant**, s. 102; **Leroux**, s. 4 vd.; **Terré/Simler/Lequette**, N. 1417; **Moinier**, s. 38-39; **Stievez**, s. 36; **Toulet**, s. 282; **Wendt**, s. 56; **Römer**, s. 50; **Starck/Roland/Boyer**, s. 220-221, N. 529; **Köhler**, s. 11; **Stahelin**, s. 14; **Riedel**, s. 16; **Lemke**, s. 10 vd.; **Redlich**, s. 39; **Meyer, J.**, s. 2; **Berki**, s. 227-228; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 989; **Koyuncuoğlu**, s. 49 vd. *Salpius*, yenilemenin tüketici etkisiyle (*Konsumtionswirkung*) tatmin etkisini (*Satisfaktionswirkung*) birbirinden ayırır (**Von Salpius**, s. 196 vd.). Ancak, bu ayırım teorik olmaktan öteye gidemez. Zira, alacaklının yeni bir alacak kazanmasıyla, eski borcun sona ermesi aynı anda, aynı işlemle olacağından, söz konusu iki

yenilemesinin borçluyu borcundan kurtarıcı (*libératoire*) etkisinin yanında, karakteristik özelliği olan borcu sona erdiren (*extinctive*) etkisidir¹⁹⁰. Önceki borçlu kurtulmuştur, ama borcun üstlenilmesinden farklı olarak borç da (yerine yeni bir borcun doğmasıyla) sona ermiştir¹⁹¹. Bu anlamda, burada bir intikal (*transmission, translation*) değil, bir ikame (*substitution*) söz konusudur¹⁹². Önceki borcun sona ermesi ve yerine yeni borcun doğması birbirine bağlıdır¹⁹³. Bu iki etkinin birarada oluşmasını sağlayan ise, bu yöndeki taraf iradeleri, diğer bir deyişle yenileme niyetidir¹⁹⁴.

etki de aynı anda gerçekleşecektir (**Ahlers**, s. 12). Eski borcun sona ermesi (sona erdirici etki) ve yerine yeni borcun doğması (yaratıcı etki), bir arada gerçekleşir (**Terré/Simler/Lequette**, N. 1435). Eski borç, yerine yeni borç doğduğu için sona ermiştir (**Lambrini**, s. 137 vd.; **Redlich**, s. 54; **Koschaker/Ayiter**, s. 287).

¹⁹⁰ Bkz. **Nègre**, s. 19 vd. *Terré, Simler ve Lequette*, yenilemenin asıl amacının yeni bir borç doğurmak olduğunu, eski borcun sona ermesinin ise ikincil sonucu olduğunu ileri sürmektedir (**Terré/Simler/Lequette**, N. 1417).

Bu etkisi sebebiyle, klasik dönemde *novatio* için, bir anlamda ifa yerini tutan edim (*datio in solutum*) gibi bir işleve sahip olduğu söylenir. Zira, borcun yenilenmesi amacıyla yapılan *stipulatio* nihai olarak alacaklının tatmini sonucuna yöneliyor, borcu sona erdiriyor ve alacaklıya yeni bir borçlu sunuyor (**Gide**, s. 33-34). Böylelikle, asıl borcun alacaklısı, asıl borçludan başka bir kişinin ifası (kendisine borçlanılmamış olan bir ifa) ile tatmin oluyordu (**Schulz**, N. 818, s. 486; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 51 ve 220. Bu benzetme için ayrıca bkz. **Malinvaud**, s. 562-563, N. 780; **Endemann, W.**, s. 30). Benzerlik, tıpkı ifa yerine edimin veya ifanın kendisinin borcu sona erdirmesi gibi *novatio* ile borcun sona ermesindedir (**Kaser**, s. 149-150; **Arnault**, s. 147; **D'Auferville**, s. 99; **Stievez**, s. 123). Gerçi burada alacaklının tatmin edilmesi değil, önceki borçluya karşı olan alacağı yerine yeni bir alacak kazanması söz konusudur (**Merkel**, Rudolf, Der römisch-rechtliche begriff der Novatio und dessen anwendbarkeit im heutigen gemeinen recht, K. J. Trübner, 1892, s. 36; **Ahlers**, s. 12). *Windscheid*'a göre bu benzerlik sadece yenilemenin sonucu bakımındandır, işlemin sebebinde veya temelinde bir benzerlik yoktur (**Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §353, s. 310, dn. 2). Biz de bu görüşe katılıyoruz, zira yenileme, önceki borcu sona erdirse dahi, alacaklının tatmini yahut ifa gibi bir amacı yoktur (Benzer görüş için bkz. **Yücer**, s. 237-238; **Koschaker/Ayiter**, s. 287). Yenileme ile eski borç ifa edilmez, sadece bertaraf edilir (**Koyuncuoğlu**, s. 12, 49 vd.).

¹⁹¹ **Koller**, §64, N. 15, s. 1046; **Maurer**, s. 5; **Pothier**, N. 599; **Engel**, s. 769; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 381; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1.

¹⁹² **Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 844, s. 883-884; **Ghestin**, N. 85; **Di Marzo**, s. 389. “Borcun üstlenilmesinde borcun varlığının korunması (*Erhaltung*) düşüncesi hâkim iken, Roma hukukundaki *expromissio*'da borcun değişmesi (*Umwandlung*) söz konusudur.” (**Herz**, s. 33). Yenilemede borcun intikali (*Übergang*) değil, borcun sona ermesi (*Untergang*) söz konusudur (**Kleinecke**, s. 3). İkame teorisi (*Substitutionstheorie*) ve intikal teorisi (*Translationstheorie*) için bkz. **Tolkmitt**, s. 64 vd.; **Koyuncuoğlu**, s. 9-10, dn. 9.

¹⁹³ **Maurer**, s. 57 ve 77.

¹⁹⁴ **Redlich**, s. 11. *Animus novandi* hakkındaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, II, A, 2, b.

b. Yenilemenin Şartları ve Yenileme Niyeti

Roma hukukunda yenilemenin şartları, eski ve sona erecek olan borcun mevcudiyeti (*idem debitum*¹⁹⁵), yeni borcun yeni unsuru (*aliquid novi*¹⁹⁶) ve yenileme iradesi (*animus novandi*¹⁹⁷) idi¹⁹⁸.

Birçok klasik dönem Roma hukuku eserinde *animus novandi* dikkate alınmaz. Örneğin, *Gaius* bunu zikretmemiştir¹⁹⁹. Bunun nedeni yenileme iradesinin aranmaması değildir. Keza, yenileme iradesi yenilemenin kurucu şartlarından biriydi²⁰⁰. Bu dönemde, yenileyici etki, *stipulatio* esnasında gerekli sözlerin söylenmesiyle, ayrıca yenileme iradesinin ifade edilmesi aranmaksızın, mekanik olarak ortaya çıkıyordu²⁰¹. Diğer bir deyişle, taraflar zaten şekle uymak suretiyle niyetlerini ortaya koymuş olduklarından, ayrıca yenileme iradesinin varlığını araştırmaya gerek kalmıyordu²⁰².

Ancak, post-klasik dönem Roma hukukçuları yenileme iradesini, *novatio* şartları arasında saymaktadırlar. *Ulpianus*'a göre, önceki borcun sona ermesinin sebebi, tarafların yenileme iradesidir. Eğer yenileme iradesi yoksa, eski borç sona ermez ve iki ayrı kişinin borcunun mevcudiyeti söz konusu olur²⁰³.

¹⁹⁵ Yenilemenin varlığı ve geçerliliği temelinde yenilecek geçerli bir borcun mevcudiyetine bağlıdır (Ahlers, s. 18-21; Nègre, s. 67 vd.; Terré/Simler/Lequette, N. 1430; Riedel, s. 16; Redlich, s. 22-23; Koschaker/Ayiter, s. 287; Di Marzo, s. 389). Eğer yenilenecek bir borç yoksa, yenileme gerçekleşmez (Maurer, s. 97; Guarino, s. 280). Yenilemenin varlık sebebi, eski borcu sona erdirmektir (Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 849, s. 892 vd.). Borcun konusu da aynı olmalıdır. Aksi halde, yenilemeden bahsedilemez (Girard, s. 740; Brégi, s. 278; Watson, s. 215; Benrey, s. 88).

¹⁹⁶ Lambrini, s. 56; Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre, N. 596 vd.; Nègre, s. 78 vd.; Tatovici, s. 7; Terré/Simler/Lequette, N. 1421; Di Marzo, s. 389; Koschaker/Ayiter, s. 288. Borcu yeni bir borçla ikame etmek söz konusu olduğuna göre, önceki borcun yerine geçecek olan borcun yeni bir unsuru olması gerekir (Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 854, s. 897 vd.). Borçluyu değiştirmek amacıyla yapılan yenilemede bu yeni unsur, yeni borçludur.

¹⁹⁷ Bkz. Salkowski, s. 154 vd., 224 vd.; Redlich, s. 1.

¹⁹⁸ Robaye, s. 68; Girard, s. 738-739; Ahlers, s. 6; Apathy, Peter, Animus novandi: das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag, Springer Verlag, Wien-New York 1975, s. 274; Benrey, s. 88 vd.; Terré/Simler/Lequette, N. 1419 ve 1431.

¹⁹⁹ *Gaius*, yenilemeyi incelerken yenileme iradesine değinmemiştir (Bkz. *Gai*.3.176). Ayrıca bkz. Lambrini, s. 29; Girard, s. 740; Gaudemet, E., Etude, s. 107; Von Salpius, s. 189; Ahlers, s. 10; Duplessis, s. 74.

²⁰⁰ Leroux, s. 48 vd.

²⁰¹ Tatovici, s. 7; Gide, s. 153 vd.; Merkel, s. 11-13. Zira, *stipulatio*'nun sıkı şekilci yapısı yenileme iradesini ortaya koymakta, ayrıca tarafların yenileme iradesi araştırılmamaktaydı (Koyuncuoğlu, s. 12 vd.; Tatovici, s. 7).

²⁰² Ahlers, s. 10; Tatovici, s. 28; Lambrini, s. 30; Redlich, s. 12.

²⁰³ “Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dummodo

Bundan sonra yenileme iradesi aranmaya başlanmıştır. Hatta *Justinianus* zamanında bir adım öteye giderek, tarafların açıkça yenileme iradelerini ifade etmeleri gerektiği belirtilmiş ve bu açık irade beyanı olmaksızın yenilemenin gerçekleşmeyeceği ileri sürülmüştür²⁰⁴. Bu görüş uyarınca, yenileme niyetinin beyanı açıkça yapılmalıdır. *Justinianus* döneminde, zımni beyanla yenileme yahut yenileme karinesi reddedilmiştir²⁰⁵. Buna karşı, zaman içinde, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamak için, uyuşmazlık halinde ispat yükü borçtan kurtulana ait olmak kaydıyla zımni yenilemenin (*novatio tacita*) kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmeye başlandı²⁰⁶.

Tartışmanın önemi, işlemin niteliğini tespit açısından²⁰⁷. Yenileme iradesi tespit edilemezse, önceki borcu sona erdirmeye niyeti tespit edilememiş olacak ve haliyle, yeni borcun doğumunun borca katılmak amacıyla mı, yoksa taraf yenilemesi

sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.” (Ulpianus, D.46.2.2). Aynı yönde bkz. **Gide**, s. 172 vd.; **Nègre**, s. 95; **Duplessis**, s. 74; **Benrey**, s. 89; **Apathy**, s. 253 vd.; **Redlich**, s. 15; **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 95. Eski borcun sona erme sebebini, yenileme iradesine dayandıran bu görüşün gelişmesinden önce, taleplerin yarışmasına dayanan farklı açıklamalar mevcuttu. Taleplerin yarışması görüşü uyarınca, Roma hukukunda yeni bir borcun doğması için öncekinin sona ermesi lazımdır, zira içerik olarak aynı borç (*debitum*) için birden fazla dava açılmaz ve aynı borca ilişkin birden fazla taahhütte bulunulamaz (“*Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur.*” Pomponius, D.45.1.18). O halde, *stipulatio* yeni bir talep (*actio*) veriyorsa, aynı konuda mevcut olan eski talebi sona erdirmelidir (**Von Salpius**, s. 221-231).

²⁰⁴ **Justinianus**, C. 8.41.8 ve I.3.29.3a; **Talamanca**, N. 128, s. 649; **Lambrini**, s. 31 vd.; **Schulz**, N. 816, s. 485; **Girard**, s. 739; **Brégi**, s. 280; **Pothier**, N. 594; **Gide**, s. 153 vd.; **Ahlers**, s. 9-10; **Apathy**, s. 278-279; **Duplessis**, s. 74; **Moinier**, s. 27 vd.; **Nègre**, s. 87 vd.; **Tatovici**, s. 28; **Stachelin**, s. 18 vd.; **Redlich**, s. 48; **Koschaker/Ayiter**, s. 289; **Karaman**, s. 96, dn. 392. *Justinianus* döneminde, yenileme iradesinin varlığıyla ilgili tartışmaları sonlandırmak ve soruna kesin bir çözüm bulabilmek için yenileme iradesinin açıkça beyanı ve ifade edilmesi şart edilmiştir (**Leroux**, s. 48 vd. Bkz. **Nègre**, s. 92). Ayrıca bkz. **Meylan**, Philippe, La réforme Justinienne de la novation, son sens et sa portée (C. VIII, 41.8), apud custodiam librariam Pont. Instituti utriusque iuris, Romae 1935. *Justinianus* döneminde, *stipulatio*'nun sıkı şekilciliğinin terkedilmesi ve irade unsuruna verilen önemin artmasıyla birlikte yenileme için *animus novandi* önem kazanmıştır. Bir bakıma, şekli yenilemeden maddi yenilemeye geçilmiştir (**Koyuncuoğlu**, s. 22; **Duplessis**, s. 75; **Koschaker/Ayiter**, s. 289).

²⁰⁵ **Maurer**, s. 25; **Brégi**, s. 279; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 112 ve 228; **Lambrini**, s. 7 vd.; **Ahlers**, s. 10; **Le Charpentier**, s. 18 vd. Aynı yönde bkz. BGE 107 II 479, 481.

²⁰⁶ **Azo**, Summa Codicis, ad. tit. de Novatio; **Bartolus**, ad leg.19, de Praet. stip., no.3; **Accursius**, ad. L.112, de Reg. jur. (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 229, dn. 1'den naklen). Karşıt görüşte olan **Cujas** ise zımni yenilemeyi reddediyor (**Cujas**, ad L.58, de Verb. obl., in Recit. SolemN., ad lib. LIV Dig. Salvi Juliani [**Gaudemet, E.**, Etude, s. 230, dn. 1'den naklen]). Ayrıca bkz. **Maurer**, s. 26; **Tolkmitt**, s. 81-82.

²⁰⁷ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 227 vd. Söz konusu işlemin sözleşmenin tadili mi yoksa önceki borcun tamamen sona erdirilmesi amacıyla mı yapıldığı, önceki borçlunun borcundan tamamen kurtulması yönünde bir iradenin olup olmadığı önem taşır (**Delebecque/Pansier**, N. 509 vd.).

iradesiyle mi gerçekleştiği bilinemeyecektir²⁰⁸ Yenileme iradesi yoksa, önceki borç sona ermemiş olacaktır²⁰⁹.

Nitekim, günümüzde, Fransız hukukunda da, yenileme iradesinin mevcudiyetini arayan bu düşünce yer bulmuştur. Fr. MK. m.1273'e göre, yenileme varsayılamaz. Yenileme niyeti işlemden açıkça anlaşılmalıdır. Bundan kastedilen açık bir beyan gerekliliği değil, yenileme niyetinin, şüpheye yer olmaksızın ortaya çıkmasıdır²¹⁰. Taraf iradelerinde “*animus novandi*” olmalıdır²¹¹. Bir yenileme karinesinden bahsedilemez²¹².

İsviçre ve Türk hukukunda da, yenilemenin gerçekleşmesi için yanlış anlamalara fırsat vermeyecek şekilde yenileme iradesinin mevcudiyeti işlemden açıkça anlaşılmalıdır²¹³. Yenileme iradesinin karine olarak varlığından bahsedilemez²¹⁴. Bu düşünce, yenileme sebebiyle mevcut teminatları kaybedecek olan tarafın menfaatini korumaya yöneliktir²¹⁵.

²⁰⁸ Hausmaninger/Selb, s. 305-306; Guarino, s. 280.

²⁰⁹ Girard, s. 739; Gaudemet, E., Etude, s. 227 vd.; Redlich, s. 13.

²¹⁰ Gaudemet, E., Etude, s. 267; Delebecque/Pansier, N. 510; Flour/Aubert/Flour/Savaux, N. 426; Malinvaud, s. 563, N. 780; Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre, N. 604; Fabre-Magnan, s. 551 ve 610; D'Auferville, s. 120-122; Colin/Capitant, s. 110; Leroux, s. 131 vd.; Moinier, s. 109 vd.; Osmont, s. 110; Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 864, s. 911 vd.; Toulet, s. 281; Terré/Simler/Lequette, N. 1432 ve 1434; Starck/Roland/Boyer, s. 226-227, N. 542.

Günümüz İngiliz hukukunda ise, yenileme iradesinin tespitinde, açık beyan şart değil, irade yerine geçen davranışlar, zımnî beyanlar yeterli olur (Maurer, s. 175).

İtalyan hukukunda ise, kurtarıcı etkili *expromissio (espromissione liberatoria)* İta. MK. m.1272'de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, alacaklının bu yönde şüpheye yer bırakmayan bir iradesi mevcutsa borçlu borcundan kurtulabilir ve yerine yeni borçlu geçer.

²¹¹ Deroussin, s. 44; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N. 1455 vd.; Colin/Capitant, s. 106 vd.; Starck/Roland/Boyer, s. 226-227, N. 542.

²¹² Maurer, s. 74; Mazeaud/Mazeaud/Chabas, s. 1245 ve 1249, N. 1213; Renault, s. 49; Delebecque/Pansier, N. 510. Bu irade olmazsa önceki borç sona ermez, her iki borç da varlığını sürdürür (Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 864, s. 911 vd.).

²¹³ Berkî, s. 228; Koyuncuoğlu, s. 93 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.993-994.

²¹⁴ Béguelin, FJS 809, s. 4; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 275; BGE 107 II 479, 481 ve 483 (www.bger.ch).

²¹⁵ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 276. Bkz. BGE 107 II 479, 482 (www.bger.ch).

c. Mukayeseli Hukukta Yenileme Yoluyla Borçlunun Değişmesi Örnekleri ve Karşılaştırma

Roma hukukunda borcu değiştiren işlem, alacaklıyla üstlenen arasında yapılan yenileyici etkili bir *stipulatio*, diğer deyişle *expromissio* idi²¹⁶. Fransız hukukunda borçlunun değişimi konusunda; pasif havalenin yanında, asıl borçlunun önceden vermiş olduğu herhangi bir talimat olmaksızın, üstlenenin doğrudan alacaklıyla anlaşarak borçlunun yerine geçmesi ve borçlanması, Roma hukukundaki *expromissio* kurumuna paralel şekilde düzenlenmiştir (Fr. MK. m.1274.)²¹⁷.

Yenilemede, kural olarak önceki borçla birlikte, bu borcun fer'ileri ve bununla birlikte fer'i teminatlar ve hatta savunmalar sona erer²¹⁸. Doğacak olan yeni borç, öncekinden bağımsızdır²¹⁹. Ancak Fransız hukukunda bu konuda istisnalar kabul edilmiştir. Buna göre, alacaklı; yenilemenin sona erdirici etkisinden kendisini sakınmak için karşı tarafla anlaşarak, imtiyaz ve ipotek sırasını koruyabilir (Fr. MK. m.1278) ve kefil ile müteselsil borçluların sorumluluklarının devam etmesini sağlayabilir (Fr. MK. m.1281)²²⁰. Ancak, kefil ve müteselsil borçlular taraf yenilemesini kabul etmedikleri sürece, sorumlulukları devam etmez (Fr. MK. m.1281). Benzer şekilde ipoteğin devamı için taşınmaz maliklerinin de rızası aranır (Fr. MK. m.1279/f.II)²²¹. Dolayısıyla görülüyor ki, Fransız sisteminde taraflar yeni

²¹⁶ Schmidlin/Cannata, s. 73-74.

²¹⁷ Fabre-Magnan, s. 609; Duplessis, s. 263 vd.; Arnault, s. 161 vd.; D'Auferville, s. 99; Colin/Capitant, s. 103; Leroux, s. 161 vd.; Moinier, s. 124-125 ve 131; Osmont, s. 128 vd.; Flour/Aubert/Flour/Savaux, N. 421; Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 862, s. 910; Terré/Simler/Lequette, N. 1423; Starck/Roland/Boyer, s. 223, N. 536; Köhler, s. 12. Tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, havale olmadan yenileme mümkündür (Gaudemet, E., Etude, s. 58). Fransız hukukunda, cüzi intikal kabul edilmese dahi, fonksiyonel anlamda benzer bir yenileme ve havale yapısı söz konusudur (Neumayer, s. 231).

²¹⁸ Mazeaud/Mazeaud/Chabas, s. 1253, N. 1228; Pothier, N. 599; Flour/Aubert/Flour/Savaux, N. 428-429; Delebecque/Pansier, N. 512; Malinvaud, s. 564, N. 781; Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre, N. 605 vd.; Duplessis, s. 186 vd.; Arnault, s. 54 vd.; Leroux, s. 65 vd. ve 156; Moinier, s. 38 vd. ve 117 vd.; Osmont, s. 133 vd.; Toulet, s. 282; Koziol/Welser, s. 130; Benrey, s. 33; Béguelin, FJS 809, s. 7; Saymen, s. 262; Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 867, s. 915 vd.; Terré/Simler/Lequette, N. 1417, 1436 ve 1437; Kleinecke, s. 3; Starck/Roland/Boyer, s. 229, N. 547; Köhler, s. 42; Lemke, s. 10 vd. "Yenilemede borcun ayniyeti korunmaz." (Meyer, J., s. 4).

²¹⁹ Önceki borca ait def'i ve itirazlar, bu borç için kullanılamaz (Ghestin/Billiau/Loiseau, N. 871, s. 919-920).

²²⁰ Terré/Simler/Lequette, N. 1438; Starck/Roland/Boyer, s. 230, N. 549.

²²¹ Bu düzenlemeler, borcun dış üstlenilmesinin sonuçlarını düzenleyen TBK. m.198/f.II hükmüyle oldukça benzeşmektedir (Bkz. Üçüncü bölüm, III, C).

borcu diledikleri gibi düzenleyebilmekte²²², bir anlamda taraf yenilemesinden uzaklaşıp borcun üstlenilmesi modeline yaklaşabilmektedirler²²³.

Nitekim Fransız Hukukunda bazı içtihatlar, yenilemenin önceki borcu sona erdirici etkisini sorgulamaya başlamıştır. Örneğin, bir mahkeme kararında önceki borca ilişkin tahkim şartının yenileme sonrası meydana gelen yeni borç için de geçerli olacağı²²⁴; başka bir mahkeme kararında ise, temel sözleşmede yer alan tek taraflı dönme hakkının, yerine kurulan yeni sözleşmede sona ermeyeceği açıklanmıştır²²⁵.

Taraf yenilemesini kabul eden ülkeler arasında çok ilginç bir düzenlemeye İtalyan hukukunda rastlanmaktadır. Bu düzenlemeye burada değinmemizin nedeni, Roma ve Fransız sisteminden farklı olarak İtalyan hukukunda, alacaklının rızasına bağlı olarak borçlunun değişmesinin, hem taraf yenilemesiyle hem de cüzi halefiyet yöntemiyle gerçekleşebilmesidir (İta. MK. m.1272)²²⁶. Bu da, İtalyan hukuk sisteminde borcun üstlenilmesinin de kısmen kabul edildiğini gösterir.

Alman, Avusturya ve İsviçre-Türk hukuk sistemleri, borçlunun değişmesi ve borcun yeni borçluya intikali için “borcun üstlenilmesi” kavramını kullanmaktadırlar. Bu hukuk sistemlerinde düzenlenen yenileme kurumu, Roma hukukundaki geniş uygulama alanını kaybetmiş, borçlunun değişmesi konusunda yerini borcun üstlenilmesi kurumuna bırakmıştır²²⁷. Söz konusu hukuk düzenlerinde yenileme, taraf değişikliği için değil, borcun tamamen sona erdirilip içeriği farklı yeni bir borç meydana getirmek için kullanılmaktadır.

²²² **Siedel**, s. 29. Hatta, taraflar eski alacağı olduğu gibi terk edip, yenisini diledikleri gibi düzenleyebilirler (**Malinvaud**, s. 564, N. 781).

²²³ Fransız hukukunda, yenileme ve borç havalesi, yeni borcun eskisiyle aynı içeriğe sahip olması durumunda, borcun üstlenilmesiyle aynı işlevi görmüş olur (**Maurer**, s. 111).

²²⁴ Bu durum, aslında tahkim şartının bağımsız karakteri ile de açıklanabilirdi. Ancak, Yüksek Mahkeme, açıklamayı bu yönüyle değil, yenilemenin eski borcu sona erdirici etkisini sorgulayarak ve tahkim şartının bundan etkilenmeyeceğini söyleyerek yapmayı tercih etmiştir. Bir anlamda Yüksek Mahkeme, yenilemenin tahkim şartı için “sona erdirici” etkisi olmadığını açıklamıştır (Cass. Iere civ, 10 Mai 1988 – Bull.civ., I, N. 139 [**Malinvaud**, s. 564, N. 781’den naklen]).

²²⁵ Bu kararda, yeni kurulan sözleşmenin Fransız hukuk sisteminde dönme hakkı içermediği kabul edilen ortak menfaatler içeren bir vekâlet (*mandat d'intérêt commun*) olmasına rağmen, eski sözleşmede var olan tek taraflı dönme hakkının varlığını sürdüreceği belirtilmiştir (Cass. com, 3 juillet 2001 – Bull.civ., IV, N. 131, JCP 2002, I, 134 [**Malinvaud**, s. 564, N. 781’den naklen]).

²²⁶ **Commentario CC/Zambrano**, Art. 1272, N. 5.

²²⁷ Yenileme kurumunun Roma Hukuku ve Alman hukuk sistemi içindeki rollerinin incelenmesi için bkz. **Ahlers**, Bernhard, Die römisch-rechtliche Novation und die Schuldumwandlung nach dem B.G.B., Inaugural-dissertation der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen, Krick, Münster i.W. 1931.

3. Yenileme Modelinin Borcun Üstlenilmesiyle Karşılaştırılması

Hem taraf yenilemesi modelinde hem de borcun üstlenilmesinde borçlunun kurtulması ile üstlenenin borçlanması birbirine bağlıdır²²⁸. Tek bir işlemle aynı anda her iki sonuç da gerçekleşir. Ancak taraf yenilemesi; borçlunun borcunu sona erdirerek, onun yerine yeni bir borç doğurur²²⁹. Diğer bir deyişle, taraf yenilemesinde önceden asıl borçluya karşı ileri sürülebilene alacak sona erer ve yerine yeni borçluya (üstlenene) karşı ileri sürülmek üzere aynı içerikte yeni bir alacak doğar²³⁰. Yenilemede eski borçla ilgili fer'i haklar ve tüm savunmalar sona erer²³¹. Bu anlamda, taraf yenilemesinin bir cüzi halefiyet hali olmadığı açıktır²³². Oysaki borcun üstlenilmesinde borç, asıl borçludan yeni borçluya olduğu gibi (sadece borçlu değişerek) intikal eder²³³. Borcun üstlenilmesi, bir cüzi halefiyettir²³⁴. Taraf yenilemesiyle borcun üstlenilmesinin temel farkı burada yatar²³⁵.

O halde taraf yenilemesi, her ne kadar bu amaca hizmet etse de, sadece borçluların değişmesi değil, başlı başına borcun sona erip yeni borcun doğması anlamına da gelir²³⁶. Oysa borcun üstlenilmesi, yeni bir borç değil, yeni bir borçlu ortaya çıkarır²³⁷.

²²⁸ Maurer, s. 224 ve 305.

²²⁹ Buckland, s. 571; Sohm, Institutes, §87, s. 428.

²³⁰ Larenz, AT, §35, s. 603.

²³¹ Berki, s. 227; Koyuncuoğlu, s. 59. Yenilemenin tüketici etkisi, asıl alacağına bağlı rüçhan hakları ve fer'i haklara kadar uzanır ve yenilemeyle birlikte bu haklar da sona erer (Ahlers, s. 12-13). Yenileme, eski borcu "geriye hiçbir iz bırakmaksızın" sona erdirir (Delebecque/Pansier, N. 496).

²³² Gaudemet, E., Etude, s. 81. Gaudemet'ye göre, yenilemede doğan borcun *causa'sı*, sönen borcunkinden farklıdır. Eski borcun sebebi, yeni doğan borcu ilgilendirmez, zira yeni borcun sebebi eski borcun itfası ve yenilemedir. Nitekim, bu sebeple, yazara göre, yenilemede yeni borçlu eskisinin halefi olamaz (Gaudemet, E., Etude, s. 108 ve 221 vd.).

²³³ Oğuzman/Öz, s. 577; Von Tuhr/Escher, §99, s. 381; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3597; Keller/Schöbi, s. 79; Engel, s. 897; CommRomand/Probst, Intro. N. 14; Guhl/Koller, §35, N. 1; BGE 107 II 479, 481; BGE 60 II 332, 333 (www.bger.ch). Borcun üstlenilmesinde fer'i hakların ve borçların sona ermemesi, iki kurum arasındaki temel farktır (Bernerkomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 4).

²³⁴ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1.

²³⁵ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 274; Saleilles, Etude, §4, N. 108; Von Tuhr/Escher, §99, s. 381; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 3; Guhl/Koller, §35, N. 1; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3597; Keller/Schöbi, s. 79; Engel, s. 897; Huguenin, N. 1391; Uygur, s. 1140.

²³⁶ Herz, s. 9; Huguenin, N. 1391; Benrey, s. 86; Feyzioğlu, s. 670; Saymen, s. 262; Tunçomağ, s. 1123-1124; Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre, N. 595; Duplessis, s. 186 vd.

²³⁷ Regelsberger, AcP 67, s. 26, dn. 6; Detert, s. 27; Benrey, s. 12; Herz, s. 9 ve 63; Feyzioğlu, s. 670. Borcun sebebi bakımından ise, Herz'e göre borcun üstlenilmesi, "yeni bir borç sebebi (Schuldgrund) yaratmaz, yeni bir borçlu ortaya çıkarır." (Herz, s. 25).

Ancak, taraf yenilemesi suretiyle borçlunun değiştirilmesinde, sona eren önceki borcun sadece borçlusunun değiştirilip yerine doğan yeni borcun öncekiyle aynı içeriğe sahip olarak kurulması tarafların bu hususta anlaşmalarıyla mümkündür. Uygulamada bu şekilde yapıldığında, içeriği aynı olan borç (*inhaltsgleicher Schuld*) ile aynı borcun devam etmesi (*identischer Schuld*) arasındaki ayrım sadece teorik olacak, pratikte bir önemi olmayacaktır²³⁸.

Kanaatimizce, her ne kadar, borçlunun değişmesi amacına taraf yenilemesi kurumuyla da ulaşılabilir olsa da; borcun içeriğini olduğu gibi koruyarak borçlunun değişmesi imkânını sağladığı için borç üstlenme yenilemeye nazaran daha üstün bir model sunar. Zira, borcun üstlenilmesi halinde, bir cüzi halefiyet söz konusudur; borçlunun değişiminden ziyade borcun içeriğinde bir değişiklik olmaz. Diğer bir deyişle, taraf yenilemesi yoluyla borçlunun değişmesinden farklı olarak borcun üstlenilmesinde borcun fer'ilerinin ve teminatların sona ermesi gerekmez, borcun içeriği değişmez²³⁹. Kanaatimizce bu durum, borcun üstlenilmesi modelinin taraf yenilemesi karşısındaki üstünlüğüdür.

Borcun üstlenilmesi, borcun yenilenmesi anlamına gelmez²⁴⁰. Buna karşın, yenileme yoluyla borçlunun değişmesi halinde, kural olarak önceki borç tüm fer'ileriyle birlikte sona erecek ve yerine yeni bir borç doğacaktır. O halde, yenileme halinde, Roma hukuk öğretisinde de kabul edilen görüşe uygun olarak; sözleşme cezası, faiz ve fer'i teminatlar sona erer²⁴¹.

Borcun üstlenilmesi, doğrudan borçlunun değişim amacına yöneliktir ve bu anlamda borcun objektif içeriğine dokunulmadığı için *de lege ferenda* tercihe

²³⁸ **Maurer**, s. 306. Avusturya hukuk öğretisinde *Horn*, iki tür borcun üstlenilmesinden bahseder. Gerçek olmayan üstlenme yenileme yoluyla gerçekleşir ve bu şekilde önceki borç sona erse de aynı içerikte fakat borçlusu farklı olan yeni bir borç doğar. Gerçek üstlenme ise, cüzi halefiyet yoluyla gerçekleşen borç üstlenmedir (**Horn**, s. 4 vd.).

²³⁹ Yenilemeden farklı olarak borcun üstlenilmesinde, önceki borç sona ermez, tüm fer'ileriyle birlikte varlığını sürdürür (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 274; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1).

Sadece kefalet ve rehnin devamı istisnai olarak kefilin ve rehin verenin rızasına bağlanmıştır (Bkz. Üçüncü Bölüm, III, C).

²⁴⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 3. “Borcun üstlenilmesinde, yenileyici etki (*Novationswirkung*) yoktur.” (**Berger**, §36, N. 2320; BGE 107 II 479, 481 vd. [www.bger.ch]).

²⁴¹ **Paulus**, D.46.2.18; **Nelson/Manthe**, Kommentar zu III.175-176, §176, s. 420 vd.; **Herz**, s. 9; **Maurer**, s. 18; **Ahlers**, s. 12-15; **Karaman**, s. 96.

şayandır²⁴². Taraf yenilemesi, borcun borçlusunu değiştirirken, borcun içeriğinin aynen devam etmesi ihtiyacını karşılamamaktadır²⁴³.

Kaldı ki, yenileme kurumunun borçlunun değişimi haricinde farklı amaçlara da hizmet etmesi mümkündür. Taraflar yenileme yoluyla borcun objektif içeriğinde değişikliğe gidebilirler. Oysa, sadece borçlunun değişimine hizmet eden borcun dış üstlenilmesi kurumunun, çok işlevli yenileme yerine kanun sistematığında özel olarak düzenlenmiş olması da kanaatimizce yerindedir²⁴⁴.

B. Borcun Üstlenilmesi Modeli

Borcun üstlenilmesi modelinin kabul edildiği

1. Onay Yöntemi

Alman ve Avusturya hukuklarında borcun üstlenilmesi için benimsenmiş olan onay yöntemi, borçluyla üstlenenin bu yönde yaptıkları bir sözleşmeye alacaklının onay vermesiyle borcun üstlenilmesi sonucunun meydana gelmesidir (§415 BGB; §1405 ABGB)²⁴⁵.

Bu başlık altında önce onay yöntemine göre borcun üstlenilmesinin meydana getirilmesi, ardından onay yöntemine göre yapılan akdin hukuki mahiyetini açıklamak için öğretilde ileri sürülen görüşler incelenecektir.

a. Onay Yönteminde Borç Üstlenmenin Meydana Getirilmesi

Onay yöntemine uygun olarak borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesi için öncelikle, borçluyla üstlenen arasında borcun üstlenilmesine dair bir sözleşme yapılmış olmalı ve ardından bu sözleşme alacaklıya bildirilmelidir. Borcun üstlenilmesi sonucu, alacaklının onay vermesiyle meydana gelir (§415 BGB; §1405 ABGB)²⁴⁶.

²⁴² Aynı yönde bkz. **Maurer**, s. 190 ve 306; **Béguelin**, FJS 810, s. 1.

²⁴³ **Detert**, s. 2 ve 8; **Unger**, Schuldübernahme, s. 20, dn. 15; **Gürgens**, s. 240; **Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 34. Aynı yönde, **Van Ommeslaghe**, N. 83.

²⁴⁴ Aynı yönde bkz. **Maurer**, s. 307.

²⁴⁵ Türk ve İsviçre hukuklarında onay yöntemi genel olarak kabul edilmiş olmasa da, borcun intikalinin özel görünüşlerinden biri olan rehinli taşınmazların devrinde karşımıza çıkmaktadır. Konu aşağıda ayrıntısıyla inceleneceğinden bu başlık altında yer verilmeyecektir (Bkz. İkinci Bölüm, III, B).

²⁴⁶ Onay yöntemiyle ilgili olarak Alman sistemine benzer bir düzenleme ise İtalyan hukukunda karşımıza çıkar. İt.MK. m.1273 hükmünde, borçluyla üstlenenin yaptığı sözleşmeye sonradan alacaklının katılmasıyla kurtarıcı borç üstlenilmesinin (*accollo liberatorio*) gerçekleşebileceği düzenlenmiştir. Burada iki yöntem öne sürülür. İlk olarak, borçluyla üstlenenin alacaklının onayı şartına bağlı olarak

aa. Borçluyla Üstlenen Arasında Sözleşme Olmalı

Onay yöntemine uygun olarak borcun üstlenilmesinde, borçluyla üstlenen arasında alacaklının onayına sunulmak üzere borcun üstlenilmesini amaçlayan bir sözleşme akdedilmiş olmalıdır²⁴⁷.

Borçlu ve üstlenen, alacaklının onay vermesi anına kadar sözleşmelerinde değişiklik yapabilir, yahut bu sözleşmeden dönebilirler (§415 Abs.1 BGB)²⁴⁸. Bu imkân Alman hukukuna özgüdür²⁴⁹. Avusturya hukukunda konuyla ilgili §1405 ABGB hükmünde böyle bir imkâna rastlanmamaktadır.

bb. Alacaklıya Bildirim Yapılmış Olmalı

Alman hukukuna göre, alacaklının onay vermesi için üstlenenle borçlu arasındaki akdin kendisine bildirilmiş olması gerekir, bildirim yapılmaksızın verilen onay hükümsüzdür²⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, Alman hukuk sisteminde §415 BGB hükmünde aranan bu bildirim şartı, Avusturya hukukunda muadil hüküm olarak düzenlenmiş olan §1405 ABGB hükmünde aranmamıştır²⁵¹.

Alman hukukundaki bu bildirim, varması gerekli hukuki işlem benzeri bir fiildir²⁵². Bildirim, şekle tabi değildir²⁵³. Bildirimi, hem üstlenen hem de asıl borçlu

borçlunun kurtulacağını (geciktirici şarta bağlı olarak) akdetmiş olmaları ve bunun üzerine alacaklının onay vermesiyle borçluyu kurtararak yerine üstlenenin geçmesi mümkündür. İkinci olarak ise, borçluyla üstlenenin borca katılma akdi yaparak müteselsilen borçlu hale gelmelerinin ardından, alacaklının borçluyu ibra etme yönünde şüpheye yer bırakmayan beyanıyla borçlunun kurtulmasıdır (Bkz. **Commentario CC/Zambrano**, Virginia, artt.1268-1276 in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano 2009, Art. 1273, N. 7).

²⁴⁷ Borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmenin geçersiz olması halinde, alacaklının onayı da temelsiz kalacak ve hüküm doğurmayacaktır (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 23).

²⁴⁸ Bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 65; **Köhler**, s. 21.

²⁴⁹ Türk ve İsviçre hukukunda ise, iç üstlenme sözleşmesi yapıp da alacaklıya bildirildiği anda, dış üstlenme sözleşmesi için öneri gerçekleşmiş olacaktır (TBK. m.196/f.II ve İsv. BK. m.176/f.II). Öneren önerisiyle bağlı olacağından, alacaklının kabulüne kadar bu önerinin içeriğinde değişiklik yapmak gibi bir imkândan bahsedilemez.

²⁵⁰ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 2 ve 52; **Schönrock**, §25, s. 16; **Lemke**, s. 34; **Rubach**, s. 45 ve 47; **Schmiedeberg**, s. 28; **Ostermeyer**, Max, Blätter aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1897 (<http://dlib-pr.mpg.de>, 29.01.2013), s. 119. Bildirim, alacaklıya onay yetkisi kazandırmaktadır (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 48). Önceden verilen onay, sonradan alacaklıya bildirim yapılması koşuluyla geçerli olabilir. Alacaklı, bildirimden önce verdiği onaydan, bildirim anına kadar dönebilir (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 52).

²⁵¹ **Köhler**, s. 53.

²⁵² **Palandt/Grüneberg**, Christian, §§414-419 BGB, in *Palandt*, Otto (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, 69. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2010, §415 BGB, N. 4; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Peter, in *Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§241-432, Redakteur: Wolfgang Krüger, 6.Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2012, §415 BGB, N. 10; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 48.

yapabilir²⁵⁴. Bildirim ve bildirim konusu olan üstlenme sözleşmesinden, onay anına kadar geri dönülebilir²⁵⁵.

Weber'e ve *Rieble*'ye göre²⁵⁶, buradaki onayın hüküm doğurması için bildirim yapılmış olması zorunluluğu kanunun kurmuş olduğu sistem gereğidir. Zira, borçluyla üstlenen, kanunun kurduğu yapı gereği, onay anına kadar sözleşmelerini değiştirebilmeli veya bu sözleşmeden dönebilmelidirler. O halde, ellerindeki bu değişiklik yapma ya da vazgeçme yetkisini kullanabilmelerini sınırlamamak adına, söz konusu onay için bildirimde bulunmak onların tekelinde olmalıdır. Borçluyla üstlenen, alacaklıya başvurup başvurmamak konusunda halen düşünme aşamasında iken alacaklı, bir şekilde öğrendiği işleme onay vererek bu “geri dönüş” imkânından onları yoksun bırakmamalıdır.

Bydlinski ise, buradaki bildirim alacaklıyı bilgilendirmek amacıyla yapıldığını ve alacaklının durumu kendiliğinden öğrenip rıza vermesi halinde, bildirim yapıp yapılmadığının önemsiz olduğunu belirtmiştir²⁵⁷.

cc. Alacaklının Onayı Olmalı

Alacaklının onayı ile borcun üstlenilmesi gerçekleşir²⁵⁸. Alacaklının yetkisi sadece onay vermek hususundadır. Alacaklı, borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmeyi değiştirecek şekilde, şartlı veya sınırlı bir onay vermek isterse, bu red

²⁵³ Bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 54 ve 71; **Schmiedeborg**, s. 29.

²⁵⁴ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 47.

²⁵⁵ Ne de olsa, alacaklının durumunda bir belirsizlik yoktur (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 49).

Türk ve İsviçre hukukunda, iç üstlenmenin alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin akdedilmesi için bir öneri sayılır (TBK. m.196/f.II ve İsv. BK. m.176/f.II). Bu durumda, öneren önerisiyle kural olarak bağlı olduğu için, önerinin değiştirilmesi yahut geri alınması söz konusu olmayacaktır.

²⁵⁶ **BGB-RGRK/Weber**, Reinhold, §§414-610 BGB, in Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (RGRK), 12. Aufl., Bd. II, 2. Teil, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1978, §415 BGB, N. 17; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 45 vd. Aynı görüşte olan *Müller*, alacaklının başka yoldan öğrenmiş olmasının onay vermek için yeterli olmadığını ileri sürmektedir (**Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, Hans-Friedrich, §§414-419 BGB, in Prütting, Hans/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gerd [Hrsg.], BGB Kommentar, 4. Aufl., Luchterhand, Köln 2009, §§414-415, N. 3-4). Değerlendirme için ayrıca bkz. **Nörr**, Knut Wolfgang (**Scheyhing**, Robert/ **Pöggeler**, Wolfgang), Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, Mohr Siebeck, 1999, s. 228 vd.

²⁵⁷ **MünchenerKomm/Bydlinski**, §415 BGB, N. 9.

²⁵⁸ Alacaklının onay iradesi, şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır. Alacaklının onay vermemesi, borcun üstlenilmesini kabul etmediği anlamına gelir. Kısmi onay mümkün değildir (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 66 vd.).

anlamı taşır²⁵⁹. Buradaki onay, “geri dönüşü olmayan”, muhatabına varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır²⁶⁰. Borçlu veya üstlenene yöneltilebilir²⁶¹.

Onay, iradeyi gösteren bir davranış (*factum concludens*) yoluyla da verilebilir²⁶². Söz konusu onay, herhangi bir şekle tabi değildir²⁶³. Onayın kendisi hukuki belirsizliği sona erdirmeyi amaçlayan bir beyan olduğu içindir ki, onayın şarta bağlanması mümkün değildir²⁶⁴. Ancak, içeriğinden alacaklının asıl borçlunun kurtulmasına rıza verdiği tartışmaya yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilir²⁶⁵.

Alacaklının onayıyla gerçekleşen borcun üstlenilmesi işleminin, iki ayrı hukuki sonucu vardır²⁶⁶: İlk olarak işlemin gerçek amacı, yani borçluyla üstlenenin yaptığı akde alacaklının onay vermesiyle gerçekleşecek olan borcun üstlenilmesi hedeflenir. Ancak, onay anına kadar geçecek süre boyunca ve hatta alacaklının onay vermeyi reddetmesi halinde, sözleşmenin ikinci hukuki sonucu yürürlükte kalır. Buna göre, §415 Abs.3 BGB uyarınca, işlemin akıbetinin askıda olduğu durumda ve alacaklının rıza vermemesi ihtimalinde, üstlenen sadece asıl borçluya karşı sorumludur²⁶⁷. Bu sorumluluk uyarınca, alacaklı henüz onay vermemişken borç muaccel olursa, borçluyu zarara sokmamak için üstlenen, alacaklıya ifada bulunmak borcu altındadır. Zira borçluyla arasındaki akit, kendisini borçluya karşı tıpkı bir “ifa taahhüdü” (*Erfüllungsübernahme*) gibi bağlamaktadır²⁶⁸. O halde, işlemin ilk hukuki sonucu

²⁵⁹ **Heil**, s. 60; **Detert**, Fritz, Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach dem B. G. B. §§ 414 ff. a) zwischen Schuldner und Übernehmer, b) zwischen Gläubiger und Übernehmer, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock, Grimme'sche Buchdruckerei, Bückeburg 1908, s. 53.

²⁶⁰ **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 27. Onay verildikten sonra bundan geri dönülemez (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 73).

²⁶¹ **Riedel**, Kurt, Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms Universität zu Breslau, Breslauer Genossenschaft-Buchdruckerei, Breslau 1929, s. 13.

²⁶² **Riedel**, s. 13.

²⁶³ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 54 ve 71; **Schmiedeberg**, s. 29.

²⁶⁴ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 72.

²⁶⁵ **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 28.

²⁶⁶ Bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 9; **Lemke**, s. 38 vd.

²⁶⁷ **Lemke**, s. 40 vd. Alacaklının, bu durumda üstlenene başvurması mümkün değildir (**Detert**, s. 63; **Palandt/Grüneberg**, §415 BGB, N. 7).

²⁶⁸ **Maurer**, s. 245; **Esser**, Josef/ **Schmidt**, Eike, Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000, §37 II, s. 319; **Larenz**, AT, §35, s. 605; **Looschelders**, §54, N. 1160; **Braunschneider**, s. 342; **Endemann**, Friedrich, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Band 1: Einleitung; allgemeiner Theil; Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (<http://dlib-pr.mpg.de>, 31.08.2012), §153, s. 681; **Heilfron**, §39, s. 393; **Crome**, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Mohr & Siebeck, Tübingen und Leipzig 1902, §202, s.

borcun üstlenilmesi iken, ikinci hukuki sonucu ise kanun gereği ifanın üstlenilmesidir. Aynı düzenleme, Avusturya hukukunda da karşımıza çıkmaktadır (§1405 ABGB).

Üstlenenin asıl borçluya karşı §415 Abs.3 BGB hükmü gereği sorumlu olduğu bu borç, borcun dış üstlenilmesinin geçerliliğinden bağımsızdır. Zira, söz konusu ifa borcu; alacaklı, işleme rıza vermemiş ve dolayısıyla borcun dış üstlenilmesi gerçekleşmemiş olsa bile geçerli olacaktır²⁶⁹. Burada Alman ve Avusturya hukuklarında düzenlenmiş kanuni bir yorum kuralı söz konusudur. Buna göre, üstlenen; alacaklı, borcun üstlenilmesine rıza vermese dahi, evleviyetle ifayı üstlenme taahhüdünde bulunmak istemiştir²⁷⁰.

Bu açıklamalar ışığında görüldüğü kadarıyla, borçluya üstlenen arasında yapılan akdin çifte etkisi vardır. Bir yandan, bu akdin sadece borçluya üstlenen arasında bir ifa üstlenme taahhüdü, yani borçlandırıcı etki doğuran bir işlem olarak kabulü gerekirken; öte yandan, alacaklının onaylaması halinde borcun üstlenilmesi sonucunu doğurduğu, yani sadece tasarruf yetkisi sahibi alacaklının da rızasıyla tasarrufi etkiyi meydana getirdiğinin kabulü gerekir.

b. Onay Yöntemine Göre Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliğini Açıklamak İçin Alman Hukuk Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Yukarıda incelediğimiz üzere, borçluya üstlenen arasında yapılan akit, ancak alacaklının onayıyla borcun üstlenilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu akdin hukuki niteliği Alman hukuk öğretisinde yoğun biçimde tartışılmıştır. Aşağıda bu tartışmalar ve ileri sürülen görüşler değerlendirilecektir.

352; **Von Blume**, JherJB 40, s. 111-112; **Detert**, s. 56-59; **Redick**, s. 14; **Von Gierke**, s. 55; **Kleinecke**, s. 7 vd. Ayrıca bkz. **Benrey**, s. 129; **Heckelmann**, s. 53-54; **Herz**, s. 48 vd.; **Jauernig/Stürner**, Rolf, §§362-432 BGB, in Jauernig, Othmar (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.Beck, München 2004, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 5; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 78 ve 91 vd.; **Meyer, W.**, s. 28; **Köhler**, s. 22; **Ostermeyer**, s. 119; **Dernburg**, Heinrich, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl., Bd.1: Allgemeine Lehren, Bearb. von Arthur Engelmann, Halle 1909 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 29.01.2013), §157, s. 435. Alacaklının onayı olmaksızın, ortada sadece üstlenenin ifa taahhüdü vardır (**Oertmann**, s. 331).

²⁶⁹ **Larenz**, AT, §35, s. 605.

²⁷⁰ **NK-BGB/Kreße**, Bernhard/ **Eckardt**, Bernd, §§241-610 BGB, in Dauner-Lieb, Barbara/ LANGEN, Werner (Hrsg.), NomosKommentar, BGB Schuldrecht, Bd. 2/1, 2. Aufl., Nomos, Deutscher Anwalt Verein, 2012, §415 BGB, N. 7. Bir anlamda, üstlenenin borçluyu kurtarması alacaklının rızasıyla olmasa dahi, üstlenenin ifa taahhüdü ile gerçekleşmiş olacaktır (Bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 9).

aa. Tasarruf İşlemi veya Onay Teorisi

Alman hukuk sisteminde, hem kanun gerekçesinde hem de hâkim görüş uyarınca, borçlunun değişmesi hususunda borçluyla üstlenen arasında yapılan akit (bkz. §415 BGB) bu konuda tasarruf yetkisi olmayan kişilerce yapılmış olan yetkisiz bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir²⁷¹. Bu görüş uyarınca, üstlenen ve borçlu, borçlunun değişmesi amacıyla bir sözleşme yaparlar ve alacaklının rızası bu işlemi geçerli kılar. Öğretide bu görüşe onay teorisi (*Genehmigungstheorie*²⁷²) veya tasarruf işlemi teorisi (*Verfügungstheorie*) denilmektedir²⁷³. Bu görüş uyarınca, tasarruf yetkisi alacaklıda bulunduğundan borçluyla üstlenen arasındaki akdin tasarrufi etkisini doğurması, kendisine yapılacak bildirim müteakip alacaklının onay vermesiyle mümkündür²⁷⁴.

²⁷¹ **Motive, II**, s. 144; **Gürgens**, s. 271 vd.; **Medicus**, Dieter/ **Lorenz**, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 19. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010, §65, N. 792; **Harke**, §15, N. 399; **Braunschneider**, s. 341; **Kohler**, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band 2, Vermögensrecht, 1: Schuldrecht, Berlin 1906, (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012), §63, s. 173; **Crome**, §202, s. 352; **Gürgens**, s. 271 vd.; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 2; **Kassebeer**, s. 20 vd.; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 6; **Lemke**, s. 16 vd.; **Niggebrügge**, s. 30; **Riedel**, s. 13; **Regelsberger**, AcP 67, s. 26 ve JherJB 39, s. 473 vd.; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 399 vd., dn. 6. Bkz. **Benrey**, s. 108 vd.; **Schollmeyer**, Friedrich, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1: Allgemeiner Theil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 432), München 1900 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 23.09.2012), s. 397-403; **Gerber**, Hans, Die Schuldübernahme als Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps Universität zu Marburg, Noske, Borna-Leipzig 1930, s. 3 vd.; **Meier**, Arnold, Die Schuldübernahme im schweizerisches Obligationenrecht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, H.Meier&Cie AG, Schaffhausen 1919, s. 13-14.

²⁷² **Bucher**, AT, s. 583-584; **Benrey**, s. 108.

²⁷³ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383-384; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 319; **Eckert**, Jörn, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2005, N. 1078; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755; **Larenz**, AT, §35, s. 604; **Looschelders**, §54, N. 1155; **Benrey**, s. 108; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §415 BGB, N. 1; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §415 BGB, N. 1; **Riedel**, s. 13. Tasarruf işlemi için bkz. **Windscheid/Kipp**, §338, s. 400, dn. 6; **Gürgens**, s. 271 vd.; **Regelsberger**, AcP 67, s. 26 vd.; **RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 4; **Kaap**, Walter, Die Form der Schuldübernahme, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaften der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock H. Pöppinghaus, Bochum-Langendreer 1937, s. 4 vd.; **Crome**, §202, s. 352; **Wendt**, s. 50 vd.; **Heckelmann**, s. 42 vd.; **Kassebeer**, s. 24 vd.; **Kornder**, s. 14 vd., 66 vd.

²⁷⁴ **Von Jhering**, Rudolf, "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte", Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 2, 1858, s. 121 vd.; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 399 vd.; **Maurer**, s. 237 ve 242; **Saleilles**, Etude, §4, N. 106; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 471; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 319; **Larenz**, AT, §35, s. 604; **Heckelmann**, s. 40 vd.; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §415 BGB, N. 6; **Unger**, JherJB 10, s. 89 vd.; **Unger**, Schuldübernahme, s. 12; **Palandt/Grüneberg**, §415 BGB, N. 1; **Saleilles**, Etude, §4, N. 107; **RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 4.

Nitekim, burada borçluyla üstlenenin, alacaklının hukuk ve malvarlığı alanını (*Rechts- und Vermögensphäre*) ilgilendiren bir işlem yapmaları söz konusudur²⁷⁵. Söz konusu işlem, ancak alacaklının onayıyla gerçekleşebilir. Diğer bir deyişle, yetkisiz kişilerin yaptığı sözleşme, yetkilinin rıza vermesiyle geçerlilik kazanır²⁷⁶.

Aynı görüşte olan *Regelsberger*²⁷⁷ ve *Gürgens*²⁷⁸, söz konusu işlemin alacaklının haklarını ilgilendiren bir tasarruf işlemi olduğunu, bu anlamda alacaklının onay vermesinin tasarruf yetkisi sebebiyle gerekli olduğunu ve onay anına kadar işlemin yetkisiz yapılan bir tasarruf işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Larenz'e göre ise²⁷⁹, burada borçlandırıcı ve tasarrufi etkileri olan tek bir işlem vardır ve bu etkiler birbirlerine ayrılmaz şekilde bağlıdır. Bu nedenle, üstlenenin alacaklıya karşı borç altına girmesi (borçlandırıcı etki) de, aslında yetkisiz yapılan tasarruf işlemine alacaklının vereceği rıza ile doğacaktır²⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, kanunen meydana gelen "ifa üstlenme" (§415 Abs.3 BGB), alacaklının rızasından önce üstleneni borç altına sokmuştur. Burada tasarrufi etkinin doğumuna bağlı olduğundan bahsedilen, asıl borçlunun yerine geçerek yeni borçlu olmaktır; yani cüzi halefiyetin gerçekleşmesidir.

²⁷⁵ **Wendt**, s. 18-19; **Rubach**, s. 46; **Regelsberger**, AcP 67, s. 26. "Başkasının hakkı üzerinde tasarruf söz konusudur." (**Schönrock**, §22, s. 15). Bu nedenle alacaklının katılımı zorunludur (**Gürgens**, s. 271 vd.; **Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 43).

²⁷⁶ **Albert**, s. 42; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 499; **Rubach**, s. 46. Bkz. **Gerber**, s. 7 vd.; **Heckelmann**, s. 44 vd. Burada, onay sonucu tasarrufi etkinin ortaya çıkması sebebiyle *Wendt*, söz konusu onayın tasarruf işlemi benzeri bir karakteri haiz olduğundan bahseder (**Wendt**, s. 53).

²⁷⁷ **Regelsberger**, Ferdinand, "Die Schuldübernahme und die §§414-416 BGB", JherJb, 1898, Bd. 39, s. 475 vd. *Regelsberger*, borçlunun değişmesi hakkında yapılan işlemin, doğrudan alacaklının malvarlığını ilgilendirdiğini belirtmiştir. Yazara göre, asıl borçluyla üstlenen arasında borçlunun değişmesi hakkında yapılan akdin bu sebeple tek başına borçlunun değişmesi sonucunu doğurması mümkün değildir. O halde bu amaçla düzenlenen akdin kendisine bildiriminden ardından alacaklının onay vermesi ne bir ortak teklifin ne de bir icabın kabulü olarak değerlendirilebilir. Yazar, burada alacaklının malvarlığındaki bir hakka etki eden bir tasarruf işlemine onay verdiğini belirtmiştir (**Regelsberger**, AcP 67, s. 26).

²⁷⁸ **Gürgens**, s. 271 vd. Ayrıca bkz. **Wendt**, s. 49. *Detert* ise, burada başkasının hakkına müdahaleyi düzenleyen §185 Abs.2 BGB hükmüne kadar bile gitmeye gerek olmadığını, başkasının malını devretmeye ilişkin hükümlerle paralellik kurulmasının yeterli olduğunu belirtmiştir (**Detert**, s. 50-51).

²⁷⁹ **Larenz**, AT, §35, s. 604.

²⁸⁰ *Krienitz* ise, taraf iradesinin borçlanma yönünde olmadığı görüşündedir (**Krienitz**, s. 19). Yazar göre taraf iradeleri doğrudan tasarruf işlemi gerçekleştirilmekten yanadır. *Krienitz*'e göre, onay yöntemine uygun olarak yapılan bu işlem, borçlunun borcu üzerinde yaptığı bir tasarrufu olarak kabul edilmelidir (**Krienitz**, s. 41 ve 45). Kanaatimizce bu görüş, borcun doğası gereği kabul edilemez. Zira bizce, burada borçlunun borcu üzerinde değil, alacaklının alacağı üzerinde bir değişiklik gerçekleşmekte ve alacak hakkı üzerinde tasarruf işlemi yapılmaktadır.

Öğretide hâkim görüş, buradaki onay gereksinimini §185 BGB hükmüne dayandırmaktadır. Bu hüküm uyarınca, yetkisiz yapılan tasarruf işlemi, yetkilinin rızasıyla geçerli olur²⁸¹. Bazı yazarlara göre ise²⁸², §415 BGB'deki onay, temelindeki düşünce benzer olsa da yetkisiz tasarruf işlemine verilen onaydan (§185 BGB hükmünden) bağımsızdır; ondan ayrı düşünülmelidir. Zira, yetkisiz bir tasarruf işlemine onay vermek, esasen tasarruf yetkisi sahibi alacaklıya bir bildirim yapılmış olmasına bağlı değildir. O halde, her iki hüküm arasındaki önemli bir fark, §185 BGB hükmünde, alacaklının herhangi bir bildirim ihtiyacı duymaksızın onay verebilmesindedir. Oysaki §415 BGB hükmü, alacaklının kendisine yapılacak olan “bildirim” üzerine onay vermesinden bahsetmektedir. Hükümler arasında paralellik yoktur²⁸³.

Görüldüğü üzere, onay yönteminin özü Alman hukukunda onay teorisi ile açıklanmaktadır. Ancak, onay teorisine karşı görüşler de ileri sürülmüştür. Aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

bb. Onay Teorisi Karşısında Alman Hukukunda İleri Sürülen Sözleşme Teorisi

Alman hukukundaki tasarruf işlemi teorisine karşı, İsviçre ve Türk hukuklarında uygulanmakta olan sözleşme teorisi ya da diğer adıyla “öneri teorisi” (*Angebotstheorie*) ortaya atılmıştır²⁸⁴. Buna göre üstlenen ile borçlu arasında §415

²⁸¹ **Albert**, s. 3; **Redick**, s. 13; **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 4; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §415 BGB, N. 7; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 21. *Schmiedeberg*'e göre, §415 BGB'deki onay gereksinimi, §185 BGB'de yetkisiz tasarruf işlemindeki yetkisizliği tamamlamak için verilen onayın özel bir görünümüdür (**Schmiedeberg**, s. 28).

²⁸² **Maurer**, s. 241. Ayrıca bkz. **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 230; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 7.

²⁸³ Bu husustan yola çıkan *Von Blume*'ye göre, burada “yetkisiz yapılan bir tasarruf işlemine onay” vermektan bahsetmek mümkün değildir. *Von Blume*, buradaki bildirim dış üstlenme sözleşmesi için yapılan bir öneri olduğunu ve “onay”ın ise bu sözleşme için yapılan kabul beyanı olduğunu ileri sürmektedir (**Von Blume**, Wilhelm, “*Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB, Zur Lehre von der Schuldübernahme*”, JherJB, Bd. 39, 1898, s. 400 vd. ve “*Zur Schuldübernahmefrage*”, JherJB, Bd. 40, 1898, s. 117. Aynı yönde bkz. **Krienitz**, Ernst, *Zur Schuldübernahme nach § 415 BGB*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wertfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Druck von Julius Abel, Greifswald 1910, s. 38-39; **Sohm**, Rudolph, *in Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht: Heinrich Degenkolb zum fünfzigjährigen Doktor Jubiläum im Auftrag der Leipziger Juristenfakultät*, dargebracht von R. Sohm, E. Hölder, E. Strohal, Duncker & Humblot, Leipzig 1905, s. 25).

²⁸⁴ Bu görüşü savunan yazarlara göre kanunun aradığı “onay” aslında kendisine yapılan önerinin kabulünden ibarettir. Borçluyla üstlenen, alacaklıya öneride bulunmak hususunda anlaşmaya varmışlardır (**Kipp**, s. 336 vd.; **Von Blume**, *Novation*, s. 109-110, JherJB 39, s. 390 vd. ve JherJB 40, s. 109 vd.; **Lemke**, s. 32 vd.; **Hellwig**, s. 159 vd.; **Heil**, s. 24-25. Açıklamalar için bkz. **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755; **Looschelders**, §54, N. 1156; **Benrey**, s. 118 vd.; **Detert**, s. 37-44; **Gerber**, s. 10 vd.; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 2; **Kaap**, s. 7 vd.; **Kassebeer**, s. 18 vd.; **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 5; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §415

BGB uyarınca yapılan sözleşme sadece borçlandırıcı etkili bir iç işlemdir²⁸⁵. Türk ve İsviçre hukukunda borcun iç üstlenilmesi olarak adlandırılan sözleşmenin muadilidir.

Bu düşüncede olanlar, borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmenin sadece borçlandırıcı etkisi bulunduğu, borcun intikalinin alacaklıyla üstlenen arasında yapılan bir sözleşmeyle gerçekleştiği, tasarrufi sözleşmenin gerçekleşmesi için alacaklıya teklifte bulunulduğu görüşündedir²⁸⁶.

Bu görüşün başını çeken yazarlardan *Von Blume*'ye göre, burada alacaklının “onay” vermesi için kendisine yapılan “bildirim”, aslında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kurmak hususunda alacaklıya yöneltilen bir “öneri”den ibarettir²⁸⁷. Bu görüşte olan yazarlara göre²⁸⁸, ancak alacaklının bu öneriyi kabul etmesiyle borcun üstlenilmesi gerçekleşebilir ve yalnızca alacaklıyla üstlenen arasındaki akit tasarrufi etkiyi haizdir.

Taraf iradelerinden yola çıkarak, tarafların iradesinin alacaklının hakkı üzerinde tasarrufta bulunmak değil, üstlenenin alacaklıya karşı borç altına girmesi yönünde olduğunu, diğer bir deyişle söz konusu irade beyanının tasarruf etme amacı

BGB, N. 2; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 20; **Rubach**, s. 49 vd.; **Niggebrügge**, s. 27 vd.; **Krienitz**, s. 10 vd.; **Schmiedeberg**, s. 36 vd.). Bu teori uyarınca, tıpkı İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde olduğu gibi, bir iç bir de dış üstlenme söz konusudur (Bkz. **Heckelmann**, s. 34 vd.).

²⁸⁵ Üstlenen, alacaklının onay vermesinden de önce borç altına girmiştir. §415 Abs.3 BGB uyarınca, asıl borçluya karşı onun yerine borcunu ifa etmeyi borçlanmıştır (**Von Blume**, JherJB 39, s. 408; **Hellwig**, s. 164-165; **Boehmer**, Gustav, Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme, J. Abel, Greifswald 1907, s. 78; **Meyer, W.**, s. 53). *Von Blume*, bunun bir borç doğuran akit olduğunu ve bu borcun ödemeye, ifa yerine edim ile, ibrayla veya borcu üstlenerek yerine getirilebileceğini belirtmektedir (**Von Blume**, Novation, s. 91). Kanaatimizce, yazar burada borçtan kurtarma taahhüdünü izah etmektedir.

²⁸⁶ **Von Blume**, Novation, s. 118; **Hellwig**, s. 161 vd.; **Kipp**, s. 336 vd.; **Boehmer**, 156 vd.; **Meyer, W.**, s. 44 vd.

²⁸⁷ Yazar buradaki “bildirim”in borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi düzenlemek hususunda bir öneriden ibaret olduğunu ileri sürmektedir (**Von Blume**, JherJB 39, s. 415-416; **Von Blume**, Novation, s. 110 ve 118; **Meyer, W.**, s. 44-45).

Bu teklifin incelenmesinde, öğretilerde bu görüşü savunan yazarların kendi içinde ikiye ayrıldığı görülür: Tarafların ortak önerisi (*Kollektivoffertentheorie*) veya bildiğimiz anlamda bir icap (*Offertentheorie*) olduğu kabul edilebilir (Bkz. **Detert**, s. 37-44; **Saleilles**, Etude, §4, N. 106). *Gaudemet*, burada bir ortak teklifin varlığından bahseder (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 430). Ortak öneri teorisi için bkz. **Gareis**, Karl, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873. (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 4.5.2012), s. 271 vd.; **Kipp**, s. 336 vd.; **Menzel**, s. 661 vd.; **Kipp**, s. 336 vd.; **Heckelmann**, s. 9-10. Değerlendirme için bkz. **Von Blume**, Novation, s. 117 vd.; **Münster**, s. 60 vd. *Meier*'e göre, öneri teorisi geçerlilik kazansaydı dahi, ortak öneri teorisinin kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, öneri esasen sözleşmenin tarafı olan üstlenen tarafından yapılmalıdır (**Meier**, s. 32).

²⁸⁸ **Von Blume**, Novation, s. 118; **Boehmer**, s. 156 vd.; **Buka**, Erdmann, Die Schuldübernahme des §416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock, Noske, Borna-Leipzig 1915, s. 12. *Boehmer*'e göre, borçluyla üstlenen arasındaki akit, sadece “değiştirici” etkili bir borçlandırıcı işlem (*modifizierendes Verpflichtungsgeschäft*) olarak kabul edilmelidir (**Boehmer**, s. 161).

gütmediğini ileri sürerek tasarruf işlemi teorisine karşı çıkan yazarlar da mevcuttur²⁸⁹. Bu yazarlardan *Strohal*, tasarruf işlemi görüşüne kökten karşı çıkarak, borcun üstlenilmesinin ancak üstlenen ile alacaklı arasındaki borçlandırıcı bir sözleşmeyle gerçekleşebileceğini, burada asıl borçlunun borçlandırıcı işlem yapmak hususunda alacaklının yetkisiz temsilcisi sıfatıyla söz konusu işlemi yaptığını ileri sürer²⁹⁰.

Cüzi halefiyet düşüncesinin açıkça karşısında yer alan *Bähr* ise, borçlular arasındaki akdin borçtan kurtarma vaadi olduğunu, asıl borçlunun borçtan kurtulması için taahhütte bulunanın alacaklıya ödeme yapması yahut alacaklıyla *expromissio* akdi yapması gerektiğini savunmaktadır²⁹¹.

Meyer'e göre ise, tasarruf işlemi teorisi her açıdan borcun cüzi intikalinin amacı ve usulüyle bağdaşmaz. Yazar bu teorisinin kabulünü, ekonomik ve hukuki açıdan sakıncalı bularak, öneri teorisinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁹².

cc. Alman Hukukunda Sözleşme Teorisini Eleştiren Görüşler

Alman hukukunda genel olarak §415 BGB hükmünün sözleşme teorisiyle açıklanamayacağı görüşü hâkimdir. Öneri teorisine karşı çıkan yazarlardan *Kassebeer*, kanun hükmünden yola çıkarak, §415 BGB hükmünün ilk fıkrasının üçüncü cümlesinde “ *taraflar alacaklının onayına kadar borcun üstlenilmesinden vazgeçebilirler.*” denmiş olmasının önerinin bağlayıcılığıyla bağdaşmadığı; bu anlamda bir önerinin değil, onay için yapılan bir bildirim söz konusu olduğu sonucuna varmıştır²⁹³.

²⁸⁹ Açıklamalar için bkz. **Pieper**, s. 195 vd.; **Wendt**, s. 21-22.

²⁹⁰ *Strohal* burada tasarruf işlemindeki yetkisizliği tamamlayan §185 BGB hükmü yerine, borçlandırıcı işlemde temsil yetkisi eksikliğinin tamamlanmasına ilişkin §177 BGB hükmünün uygulanmasının gerekliliğini savunan “Temsil teorisini” (*Vertretungstheorie*) ortaya atmıştır (bkz. **Strohal**, Emil, “Schuldübernahme”, JherJB, Bd. 57, 1910, s. 439 vd. Karşıt görüş için bkz. **Kassebeer**, s. 22 vd. Eleştiri ve değerlendirme için bkz. **Wendt**, s. 28 vd.; **Kornder**, s. 88-89).

²⁹¹ **Bähr**, Otto, Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, R. Oldenbourg, 1888, s. 46-53. *Bähr* ayrıca, borçluyla üstlenen arasındaki akdin, üçüncü kişi (alacaklı) lehine bir sözleşme olduğunu da söylemektedir (**Bähr**, Otto, “Über die so genannt Verträge zu Gunsten Dritter”, JherJB, Bd. 6, 1863, s. 131-186). “Üçüncü kişi yararına borcun üstlenilmesi” için bkz. **Heckelmann**, s. 10 vd.

²⁹² **Meyer**, W., s. 42 vd. Benzer görüşte olan *Horn*, tasarruf işlemi teorisini öğretinin “kasıtlı bir yanılışı” (*eigensinnige Bemängelungen*) olarak nitelemiş ve eleştirmiştir (**Horn**, s. 66).

²⁹³ **Kassebeer**, s. 21. Bkz. **Wendt**, s. 25; **Niggebrügge**, s. 28.

Taraf iradelerinden yola çıkan *Regelsberger* ise öneri teorisine cevaben, taraf iradelerinin borçlandırıcı bir sözleşme kurmak hususunda olmayıp, doğrudan üstlenenin alacaklıya karşı borçlanmasını ve borçlunun borcundan kurtulmasını hedef tuttuğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, borçluyla üstlenenin kendi aralarında anlaşırken esas niyetleri bu konuda sadece bir “iç üstlenme” akdetmekten ibaret değildir. Doğrudan dış üstlenme etkisinin gerçekleşmesini hedef almışlardır²⁹⁴.

Schönrock ise²⁹⁵, zaten borçluyla üstlenenin bir iç üstlenme sözleşmesi yapmaları ve ardından buna uygun şekilde §414 BGB uyarınca alacaklıyla dış üstlenme yoluna gitmeleri mümkün iken, §415 BGB'nin de lüzumsuz yere ayrıca iç üstlenmeyi düzenlemesini kanun yapma tekniği bakımından anlamsız bulmuştur. Yazara göre, kanunkoyucu abesle iştiğal etmeyeceğinden, §415 BGB hükmünün bir iç üstlenme hükmü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yazar, bu bakımdan öneri teorisinin kanun yapma tekniğiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddinin gerektiğini ileri sürmüştür.

Karşıt görüşte olan yazarlara göre bu teori, kanunkoyucunun açık iradesine aykırıdır ve §415 BGB'nin lafzıyla da çelişir²⁹⁶. Alacaklıya yapılan bildirim ile borcun üstlenilmesi sözleşmesi onaya sunulur²⁹⁷. Onayın hukuki etkisi, taraf iradesinden değil, kanundan kaynaklanır.

Detert ise, burada sadece bir borçlandırıcı etkili bir iç üstlenme işleminin varlığını kabul etmenin pratik anlamda mümkün veya gerekli olmadığını, teorik anlamda ise, savunulabilir olmadığını ileri sürmüştür²⁹⁸.

Rieble'ye göre, onay ve sözleşme teorileri arasında verilecek kararın pratik önemi, aynı borca ilişkin birden fazla borç üstlenme işleminin zincirleme olarak yapılması halinde ortaya çıkar. Şöyle ki, sözleşme teorisinin kabulü halinde zincirleme olarak yapılan her bir üstlenme işlemi için alacaklının ayrı ayrı kabul

²⁹⁴ **Regelsberger**, JherJB 39, s. 482-483.

²⁹⁵ **Schönrock**, §74-75, s. 38-39.

²⁹⁶ **Motive, II**, s. 144; **Maurer**, s. 238; **Saleilles**, Etude, §4, N. 107; **Wendt**, s. 23, 25. Bir görüşe göre, kanunkoyucu burada bir öneri ve kabul öngörseydi, §415 BGB hükmüne gerek duymaksızın sadece §414 BGB hükmünü düzenlemekle yetinir, §415 BGB gereksiz kalırdı (**Kleinecke**, s. 5-6). *Rieble*'ye göre, öneri teorisi tereddütsüz yanlış ve kanunkoyucunun iradesine aykırıdır (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 5).

²⁹⁷ *Maurer*'e göre, §415 BGB hükmündeki onay gerekliliği kendine özgüdür. §185 BGB hükmünden bağımsızdır ve ondan kaynaklanmamaktadır (**Maurer**, s. 241; **Looschelders**, §54, N. 1157).

²⁹⁸ **Detert**, s. 39.

beyanında bulunması gerekirken; onay teorisinin kabulü halinde, son üstlenen için verilen tek bir onay yeterli ve geçerli olacaktır²⁹⁹. Bu bakımdan, yazar onay yöntemine üstünlük tanımaktadır.

dd. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Görüşü

Alman hukukunda *Danz ve Stammler*'in başını çektiği bir görüş ise, borçluyla üstlenen arasında akdedilen sözleşmede üçüncü kişi (alacaklı) lehine bir borçlanmanın söz konusu olduğunu ileri sürmektedir³⁰⁰.

Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, taahhütte bulunan kişi, lehdara karşı bir edimi ifa etmeyi borçlanır ve bunun karşısında lehdar kendi yararına taahhüt edilen bu hakkı doğrudan kazanır (§328 BGB)³⁰¹. Her ne kadar, hem lehdar hem de taahhüt edilen söz konusu taahhüdün yerine getirilmesini talep edebilirse de, edimin alacaklısı sadece lehdardır³⁰². Ancak, belirtmek gerekir ki, Alman hukuk sisteminde lehdarın kendi yararına tanınan hakkı reddetme imkânı bulunmaktadır. Buna göre, lehdar söz konusu hakkı reddederse, bu hak hiç kazanılmamış olur (§333 BGB)³⁰³. Benzer şekilde, onay yöntemiyle borcun üstlenilmesinde alacaklı, işleme onay vermeyerek borcun üstlenilmesini önleyebilir. Ancak, onay yönteminde, üç taraf da sözleşmenin hüküm doğurmasına katılmış ve kurucu iradelerini ortaya koymuştur. Bu durumda, işleme katılanlar “üçüncü” kişi

²⁹⁹ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 12 ve 43.

³⁰⁰ **Danz**, Die delegatio nominis und delegatio debiti, s. 69 vd.; **Danz**, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter, s. 126 vd. ve 142 vd.; **Stammler**, Rudolf, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Guttentag, Berlin 1897, (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 23.09.2012), s. 209 vd. Aynı yönde bkz. **Herz**, s. 43 vd.; **Karl Gareis**, Die Verträge zu Gunsten Dritter, Würzburg 1873, s. 289-290 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>).

Bu konuda aykırı görüş ise **Redick**'e aittir. Yazar, §415 BGB uyarınca, üstlenenin borçluyla yaptığı sözleşme ile alacaklı (üçüncü kişi) lehine müteselsil borçlu sıfatıyla borçlandığını, sonradan alacaklının borçluyu borcundan kurtaracak bir beyanda bulunduğunu ileri sürer. Yazara göre alacaklı sadece borçluyu ibra için işleme katılır (**Redick**, s. 105 vd.,s. 111). Bu görüşe göre alacaklı rıza vermezse, üstlenen borçlunun yanında müteselsil sorumlu olur. Oysa, §415 BGB'nin yorumunda cüzi intikal düşüncesi hâkimdir. Buna göre alacaklının rızasıyla borcun intikali gerçekleşir ve alacaklı üstlenene karşı alacak hakkı elde ederken asıl borçlu kurtulur. Bunların eşzamanlı ve birbirine bağlı olması borcun üstlenilmesinin karakteristik özelliğidir. Yoksa önce sözleşmeyle birlikte müteselsil borçluluğun ortaya çıkması ve sonra borçluyu kurtarmak için alacaklının rızasının gerekmesi borcun dış üstlenilmesi kurumunun amacıyla bağdaşmaz (**Maurer**, s. 239).

³⁰¹ **Ahlswede**, s. 4-5. Bkz. **Albert**, s. 18 vd.

³⁰² **Ahlswede**, s. 6.

³⁰³ Böyle bir hüküm Türk İsviçre hukuk sistemlerinde yer almamaktadır (Bkz. TBK. m.129; İsv. BK. m.112).

olmaktan çıkarlar ve bir üçüncü kişi lehine sözleşmeden (işlemin doğası gereği) bahsedilemez³⁰⁴.

Kaldı ki, borcun dış üstlenilmesinde amaç; sadece alacaklının üstlenene karşı bir talep ileri sürmek hususunda yetki elde etmesi yahut yeni borçluya karşı hak elde etmesi değildir³⁰⁵. Amaç, aynı zamanda asıl borçlunun kurtulmasıdır. Bu da salt alacaklı lehine yapılan bir akitle mümkün olamaz. Alacaklının bu konuda asıl borçluyu ibra etkisi doğuracak rızasını içermedikçe işlemin borcun üstlenilmesi olarak nitelenmesi mümkün olmayacaktır³⁰⁶. Bu sonuca, alacaklının “üçüncü kişi” sayıldığı bir sözleşmeyle ulaşmak mümkün olmaz³⁰⁷.

Ayrıca, borçluya üstlenen arasında yapılan akitle borcun üstlenilmesinin üçüncü kişi (alacaklı) lehine bir akit söz konusu olması Alman kanunkoyucusu tarafından arzu edilseydi, tıpkı §334 BGB’de olduğu gibi tarafların üçüncü kişi lehine akdettikleri sözleşmeden doğan savunmaları üçüncü kişi lehdara (alacaklıya) karşı ileri sürebilmeleri gerekirdi. Oysa, kanunkoyucu, borcun üstlenilmesinde borçluya üstlenen arasındaki akitten doğan savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini açıkça belirtmiştir (§417 Abs.2 BGB)³⁰⁸.

Diğer taraftan, onay yöntemiyle borcun üstlenilmesinde; alacaklının sadece üstlenene karşı bir hak elde etmesi söz konusu değildir. Aynı zamanda alacaklı, asıl borçluya başvurma hakkından mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, burada üçüncü kişi “yararına” bir sözleşmenin varlığından bahsetmek güçleşir³⁰⁹. Nitekim

³⁰⁴ **Albert**, s. 42; **Niggebrügge**, s. 29 ve 50. Nitekim, üstlenen ile asıl borçlu arasındaki sözleşme, alacaklının onayına kadar borcun üstlenilmesi sonucunu doğurmaz ve alacaklıya bir hak bahşetmez (**Dernburg**, §157, s. 435).

³⁰⁵ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 349. Zira bu akit, alacaklıya doğrudan hak kazandırmaya yönelik olarak yapılmaz, alacaklının da onayıyla onun hukuki alanına müdahale eder (bkz. **Oertmann**, s. 334).

³⁰⁶ **Kipp**, s. 347 vd.

³⁰⁷ Aynı yönde bkz. **Saleilles**, Etude, §4, N. 106.

³⁰⁸ **Decher**, Heinrich, Die Wirksamkeit der Schuldübernahme nach § 416 BGB.: insbesondere auch in ihrer Bedeutung bei mehrfacher Grundstücksveräußerung mit wiederholter Schuldübernahme, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Königlichen Universität Greiszwald, Wagner, Höchst a. M., 1912, s. 14; **Kassebeer**, s. 23 vd.; **Rubach**, s. 53 vd.; **Meier**, s. 9; **Niggebrügge**, s. 50-51; **Schmiedeberg**, s. 34.

Borcun üstlenilmesinde üstlenen, asıl borçluya arasındaki ilişkiden doğan def’ileri alacaklıya karşı ileri süremezken; üçüncü kişi lehine taahhütte bulunan kişi, söz konusu taahhüdü içeren sözleşmeden doğan def’ileri lehdara karşı ileri sürebilecektir (Bkz. **Maurer**, s. 211-212; **Pothier**, N. 606 vd.; **Larenz**, AT, §35, s. 606; **Von Blume**, JherJB 39, s. 399; **Siedel**, s. 11; **Albert**, s. 42; **Akyol**, s. 31-32; **Andreu**, N. 266, s. 269 vd.; **Wendt**, s. 13-14; **Niggebrügge**, s. 51).

³⁰⁹ **Kassebeer**, s. 23 vd.; **Rubach**, s. 53; **Riedel**, s. 45. O halde, borcun üstlenilmesi, alacaklının sadece lehine değil, aynı zamanda aleyhinedir (**Wendt**, s. 33; **Niggebrügge**, s. 29).

kanunkoyucunun iradesi de borçluyla üstlenen arasındaki borcun üstlenilmesine ilişkin akdin bir üçüncü kişi lehine sözleşme olmadığı yönündedir³¹⁰.

Öte yandan, *Gaudemet*'ye göre; borcun cüzi intikalinde alacaklının yeni borçluya karşı ileri sürebileceği talebin *causa*'sı eskisinininkinin aynıdır. Oysa, üçüncü kişi lehine yapılan *stipulatio*'da bu söylenemez³¹¹. Üçüncü kişi lehine sözleşmelerde, taahhüt edenin taahhüt edilenle olan ilişkisinin *causa*'sı lehdar ile olan ilişkisindeki ifa taahhüdünün *causa*'sından farklı olabilir³¹².

Bu gerekçelerin ışığında, onay yöntemiyle gerçekleşen borcun üstlenilmesinin bir üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi kanaatimizce yerinde değildir.

2. Sözleşme Yöntemi

Türk ve İsviçre hukuklarında yukarıda açıklanan sözleşme teorisi kabul görmüş ve buna uygun olarak borcun üstlenilmesinin sadece alacaklıyla üstlenen arasında yapılan dış üstlenme sözleşmesiyle gerçekleşeceği (TBK. m.196; İsv. BK. m.176), borçluyla üstlenen arasında yapılan akdin sadece borçlandırıcı etkiyi haiz olduğu (TBK. m.195; İsv. BK. m.175) kabul edilmiştir. Aşağıda sözleşme yönteminin esası olan dış üstlenme sözleşmesiyle borçlunun değişimi açıklanacak ve iç üstlenmenin sözleşme yöntemindeki rolü incelenecektir.

a. Dış Üstlenme Sözleşmesiyle Borçlunun Değişmesi Yöntemi

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, genel olarak benimsenmiş olan usul uyarınca, borcun üstlenilmesi esasen üstlenen ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile gerçekleştirilir (TBK. m.196; İsv. BK. m.176). Borcun üstlenilmesi sonucunu, üstlenen ile alacaklı arasındaki akde bağlayan bu usul, sözleşme teorisine dayanır³¹³.

Sözleşme teorisine (*Vertragstheorie*) dayanan bu görüş uyarınca, tasarrufi etki, ancak üstlenen ile alacaklı arasındaki akit ile gerçekleşir³¹⁴. Buna göre, borcun üstlenilmesi denildiğinde anlaşılması gereken; üstlenenin, alacaklının da rızasıyla (bu yöndeki bir sözleşmeyle) borcu üzerine alması, borçlu hale gelmesidir. Bundan

³¹⁰ **Motive, II**, s. 144; **Staudinger/Rieble**, §417 BGB, N. 20.

³¹¹ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 363 vd.

³¹² **Ahlswede**, s. 10.

³¹³ **Köhler**, s. 35 vd.

³¹⁴ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383.

önce, borçluyla üstlenen arasında yapılan herhangi bir işlemin varlığı zorunlu değildir.

Dış üstlenme sözleşmesinin kurulması, tarafları, hüküm ve sonuçları tezimizin üçüncü bölümünde incelenecektir³¹⁵.

b. Sözleşme Yönteminde İç Üstlenmenin Rolü

İsviçre ve Türk Hukukunda borçluyla üstlenen arasında, borçluyu borcundan kurtarma taahhüdü içeren akit (TBK. m.195; İsv. BK. m.175) bir borçlandırıcı işlem olarak kabul edilmektedir. Borçluyla üstlenen arasında yapılan ve üstlenenin borçluyu borcundan kurtaracağı yönündeki taahhüdünü içeren bu akit, “borcun iç üstlenilmesi” (*interne Schuldübernahme, la reprise de dette interne*) olarak adlandırılmaktadır³¹⁶. Aslında burada gerçek anlamda bir “borcun üstlenilmesi” söz konusu değildir. Üstlenenin bu taahhüdü, alacaklıyla arasında hukuki bir bağ kurmaz³¹⁷, borç ilişkisinin pasif öznesinde bir değişikliğe yol açmaz³¹⁸. Bu anlamda kavram yanıltıcıdır³¹⁹. Zira burada borç henüz üstlenilmemiştir, borçlunun değişimi söz konusu değildir³²⁰. İşte bu sebeple, söz konusu akit sadece borçlular arasında sonuç doğuran bir “iç üstlenme” olarak nitelenmiştir³²¹. Burada asıl borçluyla

³¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm.

³¹⁶ **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 9. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 569-570; **Kassebeer**, s. 33; **Tercier**, §36, N. 1777; **OFK-Schaufelberger**, Peter C./ **Keller**, Katrin (Bearb.), Art. 175-183 OR, in Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Nobel, Peter/ Schwander, Ivo/ Wolf, Stephan (Hrsg.), OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Ebner&Spiegel, 2009, Art. 175 OR, N. 1.

Fransız hukukunda *Gaudemet*, bu akdin bir iç nakil (*transport interne*) olduğunu belirtir (**Gaudemet**, E., Obligations, s. 475).

³¹⁷ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 382. “Alacaklı bu sözleşmeye yabancıdır.” (*res inter alios acta- Berger*, §36, N. 2331; **Favre**, N. 1413, s. 511; BGE 110 II 340, 341; BGE 121 III 256, 258 [www.bger.ch]).

³¹⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 269; **Huguenin**, N. 1372.

³¹⁹ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 5; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 2. bası, çeviren: Ferid Ayiter, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1950, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 3; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, §42, N. 5.

³²⁰ Alacaklı halen daha asıl borçluya karşı olan haklarının korumakta, buna mukabil üstlenene karşı herhangi bir talep hakkı elde etmemektedir (**Gaudemet**, E., Etude, s. 9; **Saymen**, Ferit H., Borçlar Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 259-260; **Tunçomağ**, s. 1125; **Uygur**, Turgut, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Madde 1-236, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 1140; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 175 OR, N. 1).

³²¹ **BaslerKomm/Tschäni**, Rudolf, Art. 175-183 OR, in Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 175 OR, N. 6; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Huguenin**, N. 1379.

kurtarma taahhüdünde bulunan üçüncü kişi (üstlenen) arasında bir iç mesele söz konusudur³²². Nitekim bu nedenle alacaklının rızası aranmaz³²³.

Türk ve İsviçre hukuklarında borcun iç üstlenilmesi (TBK.m.195; İsv. BK. m.175), asıl borca yabancı üçüncü bir şahsın borçlu ile yaptığı bir akitle³²⁴, onu alacaklıya karşı olan borcundan kurtarmayı taahhüt etmesini ifade eder³²⁵. Sadece, bir borçtan kurtarma taahhüdü (*Befreiungsversprechen, Promesse de libération de dette*) söz konusudur³²⁶. Bu akit, sadece asıl borçluyla onu borcundan kurtarmayı

³²² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 3; **Tercier**, §36, N. 1777; **Siedel**, s. 25; **Saymen**, s. 260; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 810; **OFK-Schauvelberger/Keller**, Art. 175 OR, N. 1. Alacaklı bu ilişkinin dışındadır (**Uygur**, s. 1140). Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklıya doğrudan bir hukuki etkisi bulunmamaktadır (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 382; **Gauch**, Peter/ **Schlupe**, Walter R./ **Schmid**, Jörg/ **Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Aufl., 2. Band, Schulthess, Zürich 2008, §34, N. 3567; **BernerKomm/Becker**, Hermann, Kommentar zu Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), begründet von Prof. Dr. m. Gmür, Obligationenrecht, Bd.VI, 1. Abteilung, 5. Lieferung, Verlag Stämpfli, Bern 1941, Art. 175 OR, N. 1; **Saymen**, s. 259; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 8).

³²³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 51; **Berger**, §36, N. 2331; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 5.

³²⁴ Bazı hallerde, iç üstlenmenin sonuçlarının, diğer bir deyişle borçtan kurtarma yükümlülüğünün kanun gereği bir kişiye yüklendiği görülür. Örneğin, vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür (TBK. m.510/f.II). Burada kanun gereği ortaya çıkan bir iç üstlenme söz konusudur. Kanun gereği iç üstlenen konumuna gelen vekâlet veren, vekili borcundan kurtarmakla yükümlüdür. Bunu nasıl gerçekleştireceğine vekâlet veren karar verir. (**Tandoğan**, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-II, 5. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, C. II, s. 587 vd.; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 176-177).

Vekâletsiz iş görme halinde ise, iş sahibinin menfaatinin zorladığı için yapılmış olan işte, zaruri veya faydalı masrafları ve faizleri ifaya ve bunlara ilişkin işi görenin yapmış olduğu taahhütleri ifaya iş sahibi mecburdur (TBK. m.529/f.I; İsv. BK. m.422/f.I). Buna dayanarak işi gören, bu borçlarından kurtarılmasını talep edebilir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 263).

³²⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 571; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 269; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 5; **Eren**, s. 1244; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 666; **Saymen**, s. 259; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet/ **Özdemir**, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara: Yargıtay Yayınları-19, 1987, eBK. m.173, N. 1; **Reisoğlu**, Sefa, Türk Borçlar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 474-475; **Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, N. 243; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1 ve Art. 175 OR, N. 1; **Tercier**, §36, N. 1778; **Von Büren**, s. 346; **Huguenin**, N. 1370 ve 1376; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 403; **Oser/Schönenberger**, Art. 175 OR, N. 1; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 381; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3565 ve 3567; **Keller**, Max/ **Schöbi**, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldnerverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel-Franfurt am Main 1985, s. 74; **Bucher**, AT, s. 581; **Schwenzer**, N. 91.03 vd.; **Kramer**, N. 560; **Siedel**, s. 24 vd.; **Funk**, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Hükümler, C. I, çevirenler: Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek, İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1938, Art. 175 OR, N. 1; **Kassebeer**, s. 33 vd.; **Köhler**, s. 32 vd. Bu nedenle bu akde, ifanın üstlenilmesi (*erfüllungsübernahme*) veya kurtarma taahhüdü (*befreiungsversprechen*) de denilebilir (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 1; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 1; **Saleilles**, Etude, §4, N. 109; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3568; **Eren**, s. 1244).

³²⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 1; **Guhl**, Theo/ **Koller**, Alfred (**Schnyder**, Anton K./ **Druey**, Jean Nicolas), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Schulthess, Zurich 2000, §35, N. 2-3; **Huguenin**, N. 1372; **Von**

taahhüt eden kişi arasında bir borç doğurmakta³²⁷ ve dışarıya karşı, diğer bir deyişle alacaklı veya üçüncü kişiler karşısında bir hüküm ifade etmemektedir³²⁸. Alacaklı bu sözleşme ile üstlenene karşı herhangi bir hak kazanmaz³²⁹; meğer ki, asıl borçluyla üstlenenin yaptıkları sözleşme alacaklıya bir talep hakkı tanımayı hedef tutmuş, yani tam üçüncü kişi (alacaklı) yararına düzenlenmiş olsun³³⁰.

Tuhr/Escher, §99, s. 381; **Furrer**, Andreas/ **Müller-Chen**, Markus, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schultess, Zürich-Basel-Genf 2008, §22, N. 58.

³²⁷ Borcun iç üstlenilmesi, söz konusu borcun doğrudan üstlenene geçmesini sağlamaz. Sadece, üstlenen borçluyu borcundan kurtarma borcu altına girer (**Eren**, s. 1246; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 7; **Feyzioğlu**, s. 666; **Saymen**, s. 259; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 1 ve 6; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 5 ve Art. 175 CO, N. 4; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 76; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 403; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 10; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3565 ve 3567; **Berger**, §36, N. 2335; **Des Gouttes**, René, “Reprise de dette”, FJS 365, 31 Mart 1942, s. 2-3; **Funk**, Art. 175 OR, N. 2; **OFK-Schauflberger/Keller**, Art. 175 OR, N. 4; BGE 46 II 242, 245 vd. [www.bger.ch]).

Borçlu, üstlenenin onu kurtarması gereken borcu kendisi öderse, onun kurtarılma alacağı, zenginleşmenin iadesi ve borca ilişkin diğer zararların tazmini talebine dönüşür. (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 86-88; BGE 79 II 151, 152-153 [www.bger.ch]). Borçtan kurtarma taahhüdüne rağmen ödeme yapmak zorunda kalan borçlu, üstlenenden borcun nominal değerini değil, ama alacaklının tatmininde gerekli olan tüm harcamaları talep edebilir. Örneğin, sulh tutarı ve sulhun sağlanmasında yapılan harcamaları isteyebilecektir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 41; **Tunçomağ**, s. 1126-1127).

³²⁸ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 4; **Huguenin**, N. 1372; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3567; **Eren**, s. 1246; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 8; **Feyzioğlu**, s. 667; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.173, N. 1; BGE 121 III 256, 258 (www.bger.ch). Alacaklı, işbu sözleşmeye dayanarak bir alacak yahut dava hakkı elde etmez (**BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 13; **Oser/Schönenberger**, Art. 175 OR, N. 9; **Bucher**, AT, s. 582; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 62; BGE 46 II 242, 245-246 [www.bger.ch]). Alacaklının hukuki durumuna dokunulmamıştır (**Oftinger**, Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Schultess, Zürich 1969, §18, s. 209; **Funk**, Art. 175 OR, N. 1). Bunun tek istisnası, iç üstlenme sözleşmesinin alacaklı yararına yapılması halidir. Bu durumda, alacaklı, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin kendisi lehine sağladığı haklardan faydalanabilir (**CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 5; **Von Büren**, s. 347; **Bucher**, AT, s. 582; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 13; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383; **Funk**, Art. 175 OR, N. 1; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2, dn. 3; **Kassebeer**, s. 33 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 573, dn. 153; **Tunçomağ**, s. 1125-1126; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.173, N. 1). Ancak, belirtmek gerekir ki, iç üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi yararına yapıldığına dair bir karinenin varlığından bahsedilemez (**BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 13; **Bucher**, AT, s. 582; BGE 88 II 350, 358 vd. [www.bger.ch]; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2, dn. 3; **Hellwig**, Konrad, Die Verträge auf Leistung an Dritte: Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücks. des Handelsgesetzbuchs; Mit einer Einl. über das römische Recht u. einem Anh. über die Erbverträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1899 [http://dlib-pr.mpiet.mpg.de, 31.08.2012], s. 199). İç üstlenme, borçluyu borcundan kurtarma taahhüdü içerir. Kural olarak, alacaklı lehine değil, borçlu lehine bir taahhüttür ve borçluya karşı üstlenenin yükümlü olmasıyla sonuçlanır (**Huguenin**, N. 1378-1379).

³²⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 1 ve 6; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 61; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 8; **Tunçomağ**, s. 1125-1126; BGE 46 II 242, 245 (www.bger.ch). Bu sözleşme ile üstlenen alacaklıya karşı borçlanmış olmaz (**Von Büren**, s. 347).

³³⁰ **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 5; **Berger**, §36, N. 2331; **Bucher**, AT, s. 582; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 13; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2, dn. 3; **Tunçomağ**, s. 1125-1126.

O halde, borcun iç üstlenilmesi, borçluyu borcundan tamamen kurtaracak davranışlarda bulunmanın taahhüt edildiği işlemdir³³¹. Borçluyu borcundan nasıl ve hangi yöntemle kurtaracağını belirlemek, aksine bir sözleşme yoksa üstlenenin takdirindedir³³². Bu borcunu yerine getirmek için üstlenen; şahsen borçlunun ifasını gerektiren bir borç söz konusu değilse, borcu ifa edebilir (TBK. m.83; İsv. BK. m.68), borcu üstlenmek için alacaklıyla anlaşabilir veya borçlunun kurtulmasını sağlayacak herhangi bir yola başvurabilir³³³. Elbette ki alacaklı, borcun ifası haricindeki yolları (örneğin, borcun üstlenilmesi önerisini) reddetme hakkını haizdir³³⁴.

Söz konusu kurtarma taahhüdü yerine getirilmemiş olduğu için alacaklı asıl borçluya karşı başarılı bir takip yürütmüş ve alacağını asıl borçludan elde etmiş ise, TBK.m.112 (İsv. BK. m.97) hükmü uyarınca asıl borçlu zararının tazminini kurtarma taahhüdünde bulunan kişiden isteyebilmelidir. Zira, asıl borçlu alacaklıya karşı ifayı gerçekleştirdiğinde, alacaklının alacağı sona ermiş olduğundan artık üstlenenin kurtarma taahhüdünü ifa etmesi imkânsızlaşır. Taahhütte bulunan kişi, artık (kurtarma borçlusu sıfatıyla, borcun kusurlu imkânsızlığı sebebiyle) tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak elbette ki, taahhütte bulunan, imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu olmadığını ispat ederse tazminat yükümlülüğünden kurtulur³³⁵.

İç üstlenme sözleşmesi, asıl borcun ifası yükümlülüğü doğurmaz. Buna rağmen, Türk hukukunda bir görüşe göre; kurtarma taahhüdünün konusu olan asıl borcun muaccel olması halinde durum değişir. Bu görüş uyarınca, borcun muaccel olması halinde, borçlunun üstleneni derhal ifaya icbar etmesinin mümkün olduğunun kabulü gerekir³³⁶. Kanaatimizce, kurtarma taahhüdünün konusu olan asıl borcun

³³¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 30.

³³² **Köhler**, s. 9.

³³³ **Bucher**, AT, s. 582, dn. 14; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 10; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 381-382; **Schwenzer**, N. 91.07; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 35-36; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2-3; **Berger**, §36, N. 2335. Ayrıca bkz. **Funk**, Art. 175 OR, N. 1; **Oğuzman/Öz**, s. 572-574, dn. 148; **Feyzioğlu**, s. 671; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.173, N. 1; BGE 57 II 315, 322 (www.bger.ch).

³³⁴ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, 175 OR, N. 58 ve 72; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3577.

³³⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 85; **Tercier**, §36, N. 1781. Ayrıca bkz. **Berger**, §36, N. 2336.

³³⁶ **Saymen**, s. 260.

muaccel olması, taahhüdün içeriğinde bir değişikliğe yol açmaz, ifaya icbar imkânını doğurmaz. Zira, halen daha, ifa harici yollardan borçluyu kurtarmak mümkündür³³⁷.

Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü, borcun iç üstlenilmesi (borçtan kurtarma taahhüdü), alacaklının doğrudan hak ve yetki kazandığı ve üstleneni borç altına sokan borcun dış üstlenilmesinden farklıdır. Yine de, borcun dış üstlenilmesi için borçlu ile üstlenen arasında ön hazırlık aşamasını teşkil edebilir³³⁸.

Buna karşın, borcun önceki borçludan üstlenene intikali hususunda yapılan akdin “borcun dış üstlenilmesi” (*externe Schuldübernahme, la reprise de dette externe*) olarak adlandırılmasının sebebi, akdin dışarıya karşı da (örneğin, teminat verenlere karşı) hüküm doğurmasıdır³³⁹.

Kanaatimizce, gerçek anlamıyla “borcun üstlenilmesi” dendiğinde, borcun dış üstlenilmesi, diğer bir deyişle dar anlamda borç ilişkisinde borçlu tarafın (pasif öznenin) değişmesi, yeni bir borçlunun eskisinin yerine geçmesi anlaşılmalıdır. Buna karşın, borcun iç üstlenilmesinde yeni bir borçlunun mevcut bir borcu üstlenmesi yahut mevcut borç ilişkisindeki borçlunun değişmesi söz konusu değildir. Bu anlamda, borcun dış üstlenilmesi gerçek bir üstlenme (*echte, eigentliche Schuldübernahme*) iken, borcun iç üstlenilmesi ise gerçek olmayan bir üstlenmeyi (*unechte, uneigentliche Schuldübernahme*) ifade eder³⁴⁰.

³³⁷ Borçlunun, alacaklıya veya kendisine ifada bulunmak yönünde, üstlenene karşı ileri sürebileceği bir talep hakkı bulunmamaktadır. Borçlu, üstlenenden ödeme yapmasını talep edemez (bkz. BGE 65 II 110, 115 [www.bger.ch]). Zira borçluyu borcundan nasıl kurtaracağını belirlemek, üstlenenin takdirindedir. Borcun muaccel olmasından sonra dahi alacaklının ödeme harici bir yöntemle tatmin edilmesi olanağı bulunduğundan, borçlu muacceliyet sonrasında dahi üstlenenden ödeme yapmasını talep edemeyecektir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 76; **Tunçomağ**, s. 1126; BGE 57 II 315, 322 [www.bger.ch]).

³³⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 8 ve 28; **Berger**, §36, N. 2330; **Siedel**, s. 25; **Oğuzman/Öz**, s. 573. “Borcun iç üstlenilmesi, hazırlayıcı karakteri haizdir.” (**Von Büren**, s. 346)

³³⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 1; **Kassebeer**, s. 36 vd.; **Tercier**, §36, N. 1770; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 176 OR, N. 1.

³⁴⁰ Bu sözleşme uyarınca gerçek olmayan (*unechte*) borç üstlenme, yani bir borçtan kurtarma taahhüdü vardır (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 17; **Berger**, §36, N. 2301 ve 2330; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3567 vd.; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 58; **Feyzioglu**, s. 666). Alman ve İsviçre hukuklarında borçtan kurtarma taahhüdü, borcun iç üstlenilmesi ya da gerçek olmayan (*uneigentliche, unechte*) borç üstlenme yahut ödeme (ifa) taahhüdü, ifanın üstlenilmesi (*erfüllungsübernahme*) olarak adlandırılır (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 18; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 1; **Berger**, §36, N. 2301 ve 2330; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 58). Aynı yönde, **Berger**, §36, N. 2301; **Braunschneider**, s. 340; **Oğuzman/Öz**, s. 569-570.

3. Borcun Üstlenilmesine İlişkin Yöntemlerin ve Görüşlerin Değerlendirilmesi

Türk ve İsviçre hukuklarında sözleşme teorisi kabul edilerek buna dayanan sözleşme yöntemi benimsenmiştir. Buna karşın Alman hukukunda kanunkoyucu, §415 BGB hükmünün gerekçesinde, onay yönteminin tasarruf işlemi teorisine dayandığını kabul etmiştir³⁴¹. Ancak Alman hukuk öğretilerinde, hem kanunkoyucunun bu tercihi hem de onay yönteminin kendisine yöneltilen eleştiriler mevcuttur.

Alman hukuk öğretilerinde özellikle *Redick*, tasarruf işlemi görüşünün yaratabileceği bazı sorunlara işaret etmektedir. Yazara göre, borçlular arasındaki sözleşmeden doğan itiraz ve def'ilerin alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini söyleyen §417 Abs.2 BGB hükmü bu sorunlardan birini teşkil eder³⁴². Zira, hükmü bu şekilde değerlendirdiğimizde; borçluyla üstlenen arasında yapılan ve alacaklının onayına sunulan temel sözleşmede örneğin aldatılarak iradesi sakatlanan üstlenen; irade sakatlığı nedeniyle bu sözleşmeyi iptal ederse, borcun üstlenilmesi sözleşmesi iptal edilmiş olacaktır. Ancak, onaylanan işlem hükümsüz olmasına rağmen bu durumun alacaklıya karşı ileri sürülmesi §417 Abs.2 BGB hükmü gereği mümkün olmayacaktır³⁴³.

Öte yandan, temel işlemdeki bu hükümsüzlük, kısmi hükümsüzlüğün işlemin tamamına sirayet etmesi kuralı (§139 BGB) işletilerek, borcun üstlenilmesinin de hükümsüz olmasına yol açabilir. Diğer bir deyişle kısmi hükümsüzlük kuralı, §417 Abs.2 BGB hükmünün uygulanmasını engelleyecektir³⁴⁴. Bu da hukuki bir çelişkiye yol açacaktır. Zira bir hukuk normu, bu hükümsüzlüğün alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini söylerken (§417 Abs.2 BGB), bir diğer norm tam aksi yönde sonuç doğurmaktadır. Üstelik, sadece sonuçları bakımından birbirleriyle çelişen bu iki norm, aynı konuyu düzenlememekte, bu anlamda aralarında özel hüküm genel hüküm ilişkisi de kurulamamaktadır.

³⁴¹ **Motive, II**, s. 144.

³⁴² Yazar, bunu "itiraz problemi" (*Einwendungsproblem*) olarak adlandırmıştır (**Redick**, s. 19). Benzer bir eleştiride bulunan *Kornder*, tasarruf işlemi teorisinin bu noktada çeşitli sıkıntılara yol açtığını, oysa öneri teorisinde bu sıkıntılarla karşılaşılmadığını açıklamıştır (**Kornder**, s. 81 vd.).

³⁴³ **Redick**, s. 19 vd.; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 29 vd.

³⁴⁴ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 25.

O halde, borçluyla üstlenen arasındaki akit, Alman kanunkoyucusunun arzu ettiği şekilde bir soyut tasarruf işlemi sayılır ise, kısmi hükümsüzlük kuralı (§139 BGB) buradaki “soyutluğu” zedeleyecek, temel işlemdeki bir aksaklık nedeniyle borcun üstlenilmesi sonucunun da hükümsüz olmasına yol açabilecektir³⁴⁵. Alacaklının ilgisi dahi olmayan bir irade sakatlığı nedeniyle yaratmak için onay verdiği işlem hükümsüz olacaktır³⁴⁶.

Halbuki burada, Türk ve İsviçre hukuklarında uygulanan sözleşme teorisi, diğer bir deyişle borçlandırıcı ve tasarrufi iki ayrı sözleşme olduğu kabul edilmiş olsaydı, bu iki çelişkili sonuç gerçekleşmeyecekti. Açıklamak gerekirse, öncelikle, iki farklı işlem söz konusu olacağından, kısmi hükümsüzlük kuralı burada borcun dış üstlenilmesine etki edemeyecektir. Zira, temel işlemin hükümsüzlüğü kısmi hükümsüzlük kuralı işletilerek ikinci bir işleme sirayet edemez. Ayrıca, üstlenen irade sakatlığına uğramışsa borçluyla yaptığı sözleşmeyi (iç üstlenmeyi) sona erdirebilecek ve bunu alacaklıya karşı kural olarak ileri süremeyecektir. Bu ihtimalde, alacaklının haberi veya ilgisi olmayan bir irade sakatlığı sebebiyle işlemin hükümsüzlüğünden etkilenmesi önlenmiş, soyutluk ilkesi korunmuş olacaktır³⁴⁷.

Ayrıca *Redick*, bir malı satın alırken fiyat indirimi karşılığında satıcının borcunu üstlenmeyi kararlaştıran tarafların, aslında bir tasarruf işlemi gerçekleştirme saikiyle hareket etmediklerini ileri sürer. Bu anlamda yazara göre, işleme bağlanan sonuç tarafların ortak iradeleriyle uyuşmaz. Ayrıca yazar, mal satışının bir parçası olarak yapılan bu borç üstlenme anlaşmasından sonra, satılan malın alıcıya (üstlenene) devredilmemesi halinde, karşı edim olarak borç üstlenenin ödemezlik def'ine başvurma şansının kalmadığını; zira, borç üstlenmeyi içeren bu anlaşmanın tasarrufi etkisini doğrudan göstermiş olacağını, bu andan sonra geriye dönerek ödemezlik def'inin ileri sürülmesinin mümkün olamayacağını belirtmektedir³⁴⁸. Yani

³⁴⁵ Meyer, W., s. 38; BGB-RGRK/Weber, §417 BGB, N. 19.

³⁴⁶ Wendt, s. 22-23.

³⁴⁷ Ancak, elbette ki alacaklının hileden veya korkutmadan haberi varsa durum değişir. Alacaklıyla tasarruf işlemini akdeden üstlenen; sadece alacaklı, üçüncü kişinin (asıl borçlunun) hilesini bilerek hareket etmiş ise, borcun üstlenilmesine yönelik tasarrufi sözleşmeyi üçüncü kişinin hilesi sebebiyle iptal edebilecektir. Ancak bu halde, temel işlemdeki bir sakatlığın borcun üstlenilmesine etkisinden değil; doğrudan üçüncü kişinin hilesinden faydalanarak yapılan borç üstlenme işleminin iptalinden bahsetmek gerekir. Kanaatimizce bu durum soyutluk ilkesiyle çelişmez (Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2, b ve III, B, 3, b, cc).

³⁴⁸ Üstlenen ile asıl borçlu arasında akdedilen sözleşmeyle tasarrufi etkinin gerçekleşmesi kabul edilecek olursa üstlenen, asıl borçlunun edimini henüz almadan kendi edimini (borç üstlenmeyi) yerine getirmiş olacak ve bu anlamda ödemezlik def'inden daha baştan mahrum kalmış olacaktır (**Von Blume**, JherJB

satılan malın devri sonradan gerçekleştirilecek olsa da, borcun üstlenilmesi sözleşmenin akdedildiği anda gerçekleşmiş olacağından, bu andan sonra malın devrini talep edebilmek için ödemezlik def'ine başvurulamayacaktır. Yazara göre bu noktalar, hem taraf iradeleriyle uyuşmaması ve hem de ödemezlik def'inden üstleneni mahrum bırakması sebebiyle kanunda kabul edilen onay yönteminin ve tasarruf işlemi teorisinin diğer sorunlu yönleridir³⁴⁹.

Sonuç olarak *Redick*, alacaklılar arasında alacağın devri sözleşmesi yapmakla aynı yapı düşünülerek borçluyla üstlenen arasında bir borcun devri sözleşmesi yapmanın mümkün olmadığını belirtmektedir. Buna göre, borçluyla üstlenen arasında (alacaklının hakkına müdahale ederek) bir tasarrufi etkili borç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Yazar, borçluyla üstlenen arasında yapılan anlaşmaya bu sonucu bağlamaya çalışan §415 BGB hükmünün yürürlükten kaldırılmasını önermektedir³⁵⁰. Bizce, yazarın ileri sürdüğü bu görüş, onay yöntemini eleştirmekte ve Türk ve İsviçre hukuk sisteminde yer alan sözleşme teorisine yaklaşmaktadır. Zira yazar, borçluyla üstlenen arasında tasarrufi etkiyi haiz bir sözleşmeye karşıdır. Yazara göre, tasarrufi etkiyi haiz işlem sadece §414 BGB hükmünde olduğu gibi, alacaklıyla üstlenen arasında yapılmalıdır.

Kanaatimizce onay yöntemine ilişkin ileri sürülen eleştiriler ve sorunlar, üstlenen ile borçlu arasında yapılan işlem ile alacaklının katıldığı tasarrufi etkiyi yaratan “onay” davranışını iki ayrı işlem olarak ele almak, diğer bir deyişle İsviçre ve Türk hukuklarında olduğu gibi borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi birbirinden ayrı değerlendirmekle kendiliğinden çözülecektir³⁵¹. Bu bakımdan kanaatimizce, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde kabul edilen ve iç üstlenme ile dış üstlenmeyi birbirinden ayıran sözleşme teorisini üstün tutmak ve onay yöntemi karşısında tercih etmek gerekir.

39, s. 412; **Meyer, W.**,s. 30 vd. Bkz. **Kornder**, s. 83 vd.; **Lemke**, s. 58). Üstelik soyutluk ilkesi sebebiyle, üstlenen asıl borçlunun kendisine ifade bulunmadığını alacaklıya karşı da ileri süremeyecektir (**Meyer, W.**,s. 32; **Lemke**, s. 58).

³⁴⁹ **Redick**, s. 23 vd.

³⁵⁰ Bkz. **Redick**, s. 109 vd. Yazara göre kurtarıcı etki, tasarruf işlemi teorisinden bağımsız olarak düşünülebilir. Bu görüş uyarınca; borcu üstlenen, alacaklının hiçbir katılımı olmaksızın alacaklı lehine borca katılarak alacaklıya bir dava hakkı tanıyabilir (**Redick**, s. 105). Bundan sonra, alacaklı, gerek üstlenene karşı alacak talebini yöneltme davranışıyla zımnen, gerekse açık beyanıyla asıl borçluyu borcundan kurtarabilir (**Redick**, s. 111).

³⁵¹ Aynı yönde **Lemke**, tasarruf işlemi teorisinin kabulünün çeşitli sorunlara yol açacağını ileri sürerek sözleşme teorisinin kabul edilmesinin yerinde olacağını ileri sürmektedir (**Lemke**, s. 65).

İkinci Bölüm

Borcun Dış Üstlenilmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği, Konusu, Benzeri Hukuki Kurumlardan Ayırt Edilmesi ve Özel Görünüm Biçimleri

Bu bölümde, öncelikle borcun dış üstlenilmesinin tanımı yapılacak ve hukuki niteliği incelenecektir. Bu konuda, çeşitli hukuk sistemlerinde, öğretilerde ileri sürülen görüşler değerlendirilecektir. Ayrıca, hangi borçların borcun üstlenilmesinin konusunu teşkil ettiği; diğer bir deyişle, hangi borçların üstlenilebileceği açıklanacaktır (I).

Ardından, borcun dış üstlenilmesinin benzeri kurumlardan ayırımı ele alınacaktır (II). Son olarak; borcun üstlenilmesinin, alacaklının rızasına başvurulmaksızın gerçekleştiği ya da alacaklının borcun üstlenilmesine rızasının varsayıldığı yahut borcun kanun gereği naklolduğu özel hukuki düzenlemeler açıklanacak ve arz ettikleri özellikler incelenecektir (III).

I. Borcun Dış Üstlenilmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Konusu

A. Tanım

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında borcun dış üstlenilmesi, alacaklının üstlenen ile yaptığı bir sözleşmeyle asıl borçlunun borcundan kurtulması ve yerine üstlenenin geçerek borçlu konuma gelmesidir³⁵². Asıl borçlunun dar anlamda borç ilişkisindeki bağları çözülür, onun yerine üstlenen geçerken borçlu serbest kalır ve borç aynı içerik ve biçimde sürüp gider³⁵³. O halde, borcun üstlenilmesinin iki temel

³⁵² **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 68; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Huguenin**, N. 1385; **Harke**, §15, N. 398; **Kramer**, N. 559; **Kötz**, Hein, Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, §13, N. 1258; **Koziol/Welser**, s. 130; **Ahlswede**, s. 14; **Albert**, s. 2; **Andreu**, N. 76, s. 106; **Benrey**, s. 12; **Kassebeer**, s. 8; **Kocaman**, Arif B., “Yeni Borçlar Kanunu’nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Erzurumluoğlu Armağanı, Emel Badur (Editör), Ankara 2012, s. 538; **Kocaman**, Alacağın Temliki, s. 15; BGE 78 II 318, 321 (www.bger.ch); Yarg. 11HD., E. 1990/1284, K. 1991/6044, T. 14.11.1991 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵³ **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; **Tercier**, §36, N. 1768 vd.; **Albert**, s. 2; **Cosack**, Konrad, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, Jena 1903 (http://dlib-pr.mpier.mpg.de,31.08.2012), §116, s. 396; **Regelsberger**, JherJB 39, s. 463-464; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 5; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6.Schuldübernahme, Vorbem. N.

unsuru söz konusudur. Bu unsurlar, borcun içeriğinin değişmeksizin yeni borçluya cüzi intikali ve elbette ki buna bağlı olarak önceki borçlunun yükümlülüğünden kurtulmasıdır³⁵⁴.

Borç, malvarlığında pasifler arasına yazılması gereken bir unsur, malvarlığının bir ögesi olarak kabul edilmelidir. O halde, malvarlığının aktiflerinin el değiştirebilmesi gibi, borcun da borçlusunun değişmesi mümkündür. Burada bir kişinin malvarlığındaki bir pasifin yeni bir borçluya (üstlenene) intikali söz konusudur³⁵⁵. Yine de burada, bir eşyanın yahut hakkın devrine ilişkin bir düşünce yapısı tam anlamıyla kullanılamaz. Kanaatimizce borcun dış üstlenilmesinde, bir eşyanın yahut hakkın devrinden farklı olarak, dar anlamda borcun borçlusu sıfatının üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi söz konusudur. Sadece borcun pasif tarafında (borcun subjektif içeriğinde) bir değişim mevcuttur. Diğer bir deyişle, borcun pasif öznesinin değişimi için bir işlem yapılması söz konusudur³⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, borcun dış üstlenilmesi denildiğinde kastedilen dar anlamda, münferit bir borcun üstlenilmesidir. Geniş anlamda borç ilişkisinin

1; **Tunçomağ**, s. 1123; **Schneider**, Albert/ **Fick**, Heinrich, Commentaire du Code des Obligations, 4.édition, adaptation fr. par Max - E. Porret, Neuchâtel: 1915-1916, Art. 176 CO, N. 2; **Piltz**, Detlev Jürgens, Bürgerliches Recht, Band 1: AT, SchuldR I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1979, N. 250; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 12. Bkz. **Horn**, s. 18; **Kassebeer**, s. 1 ve 8; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 1; **Köhler**, s. 7; **Schönrock**, §3, s. 7; **Rubach**, s. 45; **Niggebrügge**, s. 25; **Riedel**, s. 8; **Dernburg**, §156, s. 431 vd.; **Uygur**, s. 1144.

³⁵⁴ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 429-430; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2; **Endemann, F.**, §153, s. 680-681; **Benrey**, s. 11; **Davidson**, s. 4; **Schönrock**, §3, s. 7. *Larroumet*, borcun intikalinin iki amacı olduğunu belirtir. Yazara göre, ilk amaç üstleneni alacaklıya karşı bağlamak, ikinci amaç ise asıl borçlunun alacaklıya karşı bağıını çözmektir (Bkz. **Larroumet**, Christian, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse pour le doctorat, Bordeaux 1968).

³⁵⁵ **Von Büren**, s. 341. Ayrıca bkz. **Harke**, §15, N. 399; **Andreu**, N. 85, s. 116 vd.; **Davidson**, s. 3 vd.

³⁵⁶ Dar anlamda borç ilişkisinin pasif öznesi, önceki borçluyu borcundan kurtararak değişir (**Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; **Andreu**, N. 1, s. 1; **Crome**, §202, s. 349; **Kaap**, s. 10 vd.; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 1 ve 5; **Guhl/Koller**, §35, N. 2 ve 8; **Van de Sandt**, Carole, L'Acte de disposition, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg édités par Peter Gauch, Editions Universitaires Fribourg, Suisse 2000, N. 256; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 272; **Eren**, s. 1243; **Kocaman**, Değerlendirme, s. 538; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 2; **Maurer**, s. 303; **Bucher**, AT, s. 580; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3565 ve 3580; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Detert**, s. 81).

(örneğin, sözleşmenin) tarafı olma sıfatı bu işlemde etkilenmemektedir³⁵⁷. Nitekim, sözleşmenin tarafının değişmesi, sözleşmenin devriyle gerçekleşir³⁵⁸.

Artık burada, alacağı ilişkin münferit talep önceki borçluya karşı değil, onun yerine dar anlamda borçlu sıfatını kazanan kişiye karşı yöneltilebilecektir³⁵⁹. İfa edilecek borç, yani alacaklının tatmin edilme biçimi aynı olsa da, alacaklının talebini yönelteceği ve gerektiğinde malvarlığına el atabileceği borçlu, yani sorumlulukla yüklü olan malvarlığı değişmiştir³⁶⁰.

Bu açıklamaların ışığında, borcun dış üstlenilmesi, genel olarak kabul edildiği üzere, dar anlamda borcun içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmaksızın, sadece ilişkideki borçlu tarafın (pasif öznenin) değiştiği, asıl borçlunun borcundan kurtularak yerine yeni borçlunun geçtiği, alacaklıyla üstlenen arasında düzenlenen bir hukuki işlem olarak tanımlanabilir³⁶¹. Aşağıda bu işlemin hukuki niteliği ele alınacaktır.

B. Hukuki Nitelik

1. Genel Olarak

Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde borcun dış üstlenilmesi, borcun içeriği olduğu gibi kalırken borç ilişkisine yabancı üçüncü bir kişinin borçlu durumuna gelmesini ifade eder³⁶². Bir anlamda; borcu üstlenen, dar anlamda borç

³⁵⁷ Esser/Schmidt, §37 II, s. 318; Berger, §36, N. 2299 ve 2311; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 56; Looschelders, §54, N. 1162; Wendt, s. 40 ve 50; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 2. Ayrıca bkz. Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 33.

³⁵⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, B.

³⁵⁹ Berger, §36, N. 2299; Harke, §15, N. 398.

³⁶⁰ Wendt, s. 40 vd. Alacaklının el atabileceği malvarlığı değişmiş, diğer bir deyişle, “-ile sorumlulukta” değişiklik olmuştur (BernerKomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 9). “Alacaklının alacağı aynı kalırken, bunu ileri sürebileceği kişi (borçlu) değişmiştir.” (Unger, Schuldübernahme, s. 10; Benrey, s. 12).

³⁶¹ Aynı yönde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 272; Eren, s. 1243; CommRomand/Probst, Intro. N. 2 ve Art. 176 CO, N. 1 ve 10; Guhl/Koller §35 N. 1; Bucher, AT, s. 580 ve 583; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3580; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 1 ve 9; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 753; Von Tuhr/Escher, §99, s. 381 ve 383; Engel, Pierre, Traité des Obligations en Droit Suisse: Dispositions Générales du CO, 2. édition, Stämpfli, Berne 1997, s. 894; Keller/Schöbi, s. 76; Huguenin, N. 1385; Schwenzler, N. 91.10 vd.; BGE 121 III 256, 258 (www.bger.ch).

³⁶² Buchli, Guido, Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR, Juris-Verlag, Zürich 1953, s. 69-70; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 1. “Borcun nakli eda mükellefiyetinin içeriğinde bir değişiklik husule getirmez. Yalnız şahıs değişir.” (Arsebük, s. 11).

ilişkinde asıl borçlunun yerine dâhil olur ve onun hukuki rolünü üstlenir³⁶³. Burada bir yenileme söz konusu değildir, önceki borç varlığını ve ayniyetini korur³⁶⁴. Bir cüzi halefiyet (*Singularsukzession*) söz konusudur³⁶⁵. Nitekim, “cüzi halefiyet” dendiğinde bir hukuki ilişkinin sadece taraflarının değişimi, diğer bir deyişle subjektif anlamda değişiminin anlaşılması gerekir³⁶⁶. Bu tanım uyarınca, borç varlığını aynen sürdürmeye devam ederken, sadece borçlu değişir³⁶⁷.

Cüzi halefiyet düşüncesine göre, esas borçlunun borcu ile üstlenenin üstlendiği borç aynıdır, aralarında fark yoktur³⁶⁸. Borcun içeriğinin aynı kalması, yani borcun (*Schuld*) devam etmesi söz konusudur. Ne borcun içeriği ne de geniş anlamıyla borç

³⁶³ Herz, s. 61-62; Kipp, s. 350; Kleinecke, s. 4; Palandt/Grüneberg, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; Schönrock, §29, s. 18; Van de Sandt, N. 254; Von Schwerin, Claudius Freiherrn, Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, C.H. Beck, München 1905, s. 69; Oertmann, s. 333; BernerKomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 1; Endemann, F., §153, s. 680-681; Ferrand, Frédérique, Droit privé allemand, Dalloz, Paris 1997, N. 304, s. 319; KurzKommABGB/Neumayr, Matthias, §§1375-1437 ABGB, §§1-54 IPRG in Koziol, Helmut/Bydlinski, Peter/ Bollenberger, Raimund (Hrsg.), Kurzkomentar zum ABGB, 2.Aufl., Springer, Wien-New York 2007, §1404, N. 1 ve §1405-1406, N. 1. Yeni borçlu, eskisinin hukuki durumuna geçmiş, onun yerini almıştır (Harke, §15, N. 399; Kramer, N. 559). Borcun üstlenilmesi, bir kişinin (üstlenenin), başkasının borcunu üzerine alarak onun yerine geçmesidir (Buchli, s. 69).

³⁶⁴ Meier, s. 12. Üstlenen, önceki borçlunun sorumlu olduğu borçtan, aynen sorumludur. Bir anlamda “-den sorumluluk” değişmemiştir (BernerKomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 8).

³⁶⁵ Motive, II, s. 143; Gürgens, s. 261 vd.; BernerKomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 6-10; Von Tuhr/Escher, §99, s. 390; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3564 vd.; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 36; Des Gouttes, FJS 365, s. 2; HKK/Meyer-Pritzl, §§414-418, N. 2 ve 16; Schollmeyer, s. 394-395; Von Gierke, s. 48 vd.; Kaap, s. 10 vd.; Kassebeer, s. 33; Wendt, s. 20, 54 vd.; BGB-RGRK/Weber, Vorbem. §414 BGB, N. 5; MünchenerKomm/Bydlinski, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem. N. 2; Saleilles, Etude, §4, N. 108; Nörr (Scheyhing/Pöggeler), s. 222 vd.; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 1; Köhler, s. 7; Schönrock, §11, s. 10; Riedel, s. 8. Karşıt görüşte olan Seidenath, burada bir borçlandırıcı işlemin bulunduğunu, bir cüzi halefiyetin bulunmadığını ileri sürmektedir (Seidenath, s. 36-37).

³⁶⁶ “Halefiyet (*intikal-succession*), bir hukuki ilişkinin tamamen subjektif değişimidir.” (Savigny, Friedrich Karl von, Traité de Droit Romain, Vol. 3, [çev. M. Ch. Guenoux], 2ième éd., Librairie de Firmin Didot Frères, Imprimeurs de l’Institut de France, Paris 1856, §105, s. 8). “İşlemin özü, hukuki bağa yeni bir kişinin katılması, kişide halefiyettir. (...) Hakkın subjektif anlamda değişmesidir.” (Von Salpius, s. 347). “Halefiyet (*intikal – Succession*) hakkın öznesinin hakkın kendisinde bir değişiklik olmaksızın değişmesidir.” (Von Blume, Novation, s. 78). “Halefiyet, kişilerin bir hukuksal ilişkide birbirinin yerini alma halleri için kullanılan genel bir kavramdır. (...) Halefiyet, kişiler arasında bir yer değiştirme olduğundan, bir şahsi ikame halidir (*persönliche-sübjektive surrogation*). Bu açıdan halefiyet bir ikamedir ve ikamenin kişiler arasında olanıdır.” (Kılıçoğlu, Ahmet M., Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 3 ve 12). Aynı yönde, Gaudemet, E., Etude, s. 13 vd.; Gürgens, s. 223; Saleilles, Essai, §4, N. 74; Münster, s. 1; vd.; Tatovici, s. 18; Schönrock, §32, s. 19; Maurer, s. 319-320; Von Gierke, s. 39, 48 vd.

³⁶⁷ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 53; HKK/Meyer-Pritzl, §§414-418, N. 2; Maurer, s. 5; Detert, s. 67. “Borç (*dette*) canlı olarak bir malvarlığından bir diğerine nakil olmuştur.” (Gaudemet, E., Etude, s. 16). Gaudemet’in burada bir benzetme yaparak, organ ve bitki nakli anlamına da gelen “*transplanter*” fiilini tercih ettiğinin de altını çizmekte fayda vardır.

Von Salpius’a göre ise cüzi halefiyet, hakkın objektif içeriğinin (*contenu objectif, Rechtsinhalt*) başka bir kişiye transferidir (Von Salpius, s. 347 vd.).

³⁶⁸ Bu tercihin önemi borcun fer’ilerinin, özellikle teminat ve savunmaların kaderinin belirlenmesinde ortaya çıkar (Bkz. Gaudemet, E., Etude, s. 16-17).

ilişkisi değişir. Örneğin, borcu doğuran sözleşmenin tarafları değişmez. Sadece münferit borcun borçlusu değişir. Borcun somut karakteri (objektif içeriği), önceki borçlunun borcuyla aynıdır³⁶⁹.

Herz, pasiflerin intikalini ifade etmek için “*Intercession*” sözcüğünü tercih ettiğini belirtmiş ve bunu, başkasını hukuki bağından kurtarmak amacıyla yeni bir bağ kurulması amacını taşıyan³⁷⁰ ve içerik olarak değil, öznesi bakımından yeni bir borçlu ortaya çıkaran bir işlem olarak tanımlamıştır. Yazarın tanımlamasına göre, içerik bakımından yeni bir borç meydana gelmez. Sadece borcun öznesi değişir. Yeni borçlu asıl borçlunun yükümlü olduğu haliyle alacaklıya karşı borçtan sorumlu olur³⁷¹.

Alman hukukunda, BGB’deki anlamında borcun üstlenilmesi, geniş anlamıyla, cüzi intikal yoluyla bir kişinin bir başkasının yerine geçerek onun borcunu üstlenmesi ve bu suretle asıl borçlunun borcundan kurtulmasını ifade eder. Bu açıklama, niteliği bakımından borcun intikaline yol açan (*translative*) ve asıl borçluyu kurtaran (*privative, befreiende*) borç üstlenmeyi işaret eder³⁷².

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde de, yapılan düzenleme, bir ikameyi (*substitution*) yani asıl borçlunun yerine yenisinin geçmesini önerir (PECL Art. 12:101). Bu ikame, sadece borçluyu değiştirir, borçta bir değişikliğe yol açmaz³⁷³.

Unidroit prensipleri ise, borcun üstlenilmesini, Alman hukuk sistemine benzer şekilde cüzi halefiyet mantığı üzerine oturtmuş ve bu şekilde düzenlemiştir. Önceki borçluyla yeni borçlu arasında yapılan akde alacaklının rıza vermesi veya yeni borçlunun alacaklıyla anlaşması şeklinde yapılabileceği düzenlenmiştir (PICC Art. 9.2). Bu hükmün metninde, esasen eşya hukukunda malların devrine ilişkin olarak kullanılan “*assignment*” terimi terk edilerek, borçlara özgü bir deyişle “borcun nakli”

³⁶⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 36-37.

³⁷⁰ Yazarın tanımında kullandığı ifadeler, yenilemeyi çağırırsa da, genel olarak yaptığı açıklamalardan burada borcun cüzi intikalini kastettiği anlaşılmaktadır.

³⁷¹ **Herz**, s. 23-25.

³⁷² **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 402-403. “*Reprise de dette privative, Reprise de dette libératoire directe*” (**CommRomand/Probst**, Art. 183 CO,N. 5).

³⁷³ **Bartels**, Steven E. (**Busch**, Danny/**Hondius**, Ewoud/**Van Kooten**, Hugo/**Schelhaas**, Harriët [eds.]), *The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law: A Commentary II*, 2. Cilt, Kluwer Law International, 2006, s. 133; **Rouhette**, Georges, *Principes du Droit Européen du Contrat, Commissions pour le droit européen du contrat, Président: Ole Lando, Droit Privé Comparé et Européen dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson, Volume 2, Société de Législation Comparée, Paris 2003, s. 487 vd.*

(*transfer of obligation*) terimi tercih edilmiştir³⁷⁴. Burada borç, asıl borçlunun malvarlığından çıkarak yeni borçlunun malvarlığının pasifleri arasına karışır³⁷⁵.

Borcun üstlenilmesinin bir cüzi halefiyet öngördüğünü kabul eden ve genel kabul görmüş olan bu görüşe karşı Alman hukukunda *Strohal*, konuyla ilgili sonraki tüm eserleri etkileyecek ve üzerinde tartışılacak bir eleştiri getirmektedir³⁷⁶. Yazara göre, borcun cüzi intikalinden değil, yeni bir borçlandırıcı işlemin varlığından bahsetmek gerekir³⁷⁷. *Strohal*'a göre borçlunun değişmesi alacaklının el atabileceği malvarlığını da değiştirecektir. Bu anlamda, borcun içeriğinde (*Schuld*) bir değişiklik olmadığı ileri sürülse dahi, borçlunun sorumluluğunda (*Verpflichtung, Haftung*) önemli bir değişiklik meydana gelecektir. Diğer bir deyişle, sorumlu olunan, yani alacaklının el atabileceği malvarlığı değişecektir³⁷⁸. Borçlunun borçlar hukuku anlamındaki sorumluluğunun yerine üstlenenin sorumluluğu geçecek, kişilerin sorumluluğu birbiriyle ikame olacaktır³⁷⁹. Bu durumda, yazara göre, borcun önceki borçlunun borcuyla aynı borç olduğundan bahsedilemez³⁸⁰. Diğer bir deyişle *Strohal*'a göre; borcun üstlenilmesinde, bir borcun intikalinden değil, yeni bir borcun doğumundan bahsetmek gerekir. Zira ifa edilecek edimin içeriği aynıdır, ancak bu borcun kötü ifası ve ifa edilmeme halinde doğacak sorumluluk farklı bir kişinin (üstlenenin) malvarlığına el atmayı gerektirecektir³⁸¹. Yazar bu nedenle, borcun yeni bir temel sebebe dayanması gerektiğini³⁸² ve bunun da borç doğuran bir işlemle olabileceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, üstlenenin malvarlığına el atmak, onun malvarlığında yeni bir yükümlülük doğurmakla mümkündür. Bu da, borçlandırıcı bir işlemle olur.

³⁷⁴ **Mazza**, Francesca, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, edited by Vogenauer, Stefan/Kleinheisterkamp, Jan, Oxford University Press, New York 2009, 9.2.1, N. 2.

³⁷⁵ **Mazza**, PICC Commentary, 9.2.1, N. 3.

³⁷⁶ **Strohal**, Emil, “*Schuldübernahme*”, JherJB, Bd. 57, 1910, s. 231 vd.

³⁷⁷ Bkz. **Strohal**, s. 251 vd. Belirtmek gerekir ki, burada yazar, Roma hukuk öğretisindeki anlamıyla, yenilenin varlığını reddetmiştir (**Strohal**, s. 316). *Strohal*'ın teorisine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Seidenath**, s. 8 vd.

³⁷⁸ Ancak sorumluluğun kapsamı ve miktarı değişmez (**Seidenath**, s. 17).

³⁷⁹ Açıklamalar için bkz. **Seidenath**, s. 8 vd.

³⁸⁰ Sorumluluk değişince, borç da değişmiş olur, yeni bir borç doğar (**Strohal**, s. 274 vd.). Değerlendirme ve eleştiri için bkz. **Knoke**, Paul, “*Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme*”, JherJB, Bd. 60, 1912, s. 407 vd.; **Von Gierke**, s. 40 vd.

³⁸¹ *Strohal*, işlemin üstleneni yükümlülük altına soktuğunu söyler (**Strohal**, s. 251 vd.) Bu durumda artık alacaklı, borçlunun değil, üstlenenin malvarlığına el atabilecektir (**Strohal**, s. 302 vd.). İşte tam da bu nedenle alacaklının rızası olmadan borcun üstlenilmesi gerçekleşemez (**Seidenath**, s. 10-11).

³⁸² **Strohal**, s. 385 vd.

Ayrıca *Strohal*, görüşünü desteklemek için §418 Abs.2 BGB'nin lafzından faydalanır. Bu hüküm uyarınca, üstlenenin iflası halinde, asıl borçluya karşı ileri sürülebilecek olan iflas imtiyazları üstlenene karşı ileri sürülemeyecektir. Yazar bu durumu, sebebi farklı yeni bir borç doğmuş olmasıyla açıklar³⁸³. Buna karşı *Von Gierke*; bunun nedeninin yeni bir borç doğması olmadığını belirtmekte; önceki borçlunun malvarlığından öncelikli tahsil edilmesi caiz olan bir borcun, diğer bir malvarlığından tahsil edilirken bir önceliğinin bulunmamasından kaynaklandığını açıklamaktadır³⁸⁴.

Strohal'ın borcun naklinde cüzi halefiyeti reddeden bu görüşüne karşı *Maurer*; söz konusu görüşün kabul edilmesi halinde, aynı düşünceyle külli halefiyetin de teorik olarak reddedilmesi gerekeceğini, zira bu durumda da halefin malvarlığının selefinkinden farklı olacağını belirtmiştir. Yazara göre *Strohal*'ın görüşü bu gibi sonuçları öngöremediği için hatalıdır³⁸⁵. Nitekim, borcun miras yoluyla intikalinin bir külli halefiyet örneği olarak kabul edilmesi, borcun halefiyet yoluyla intikal edebileceğini gösterir³⁸⁶. *Ahlswede* de benzer şekilde *Strohal*'ın görüşünü eleştirmiş, söz konusu bu görüşün kabulü halinde alacağın temlikinin de yeni bir alacak hakkı doğuran temele dayandırılması gerekeceğini söyleyerek görüşü reddetmiştir. Yazara göre, burada yeni bir yükümlülük yahut hak temeline dayanmak gerektiğinin ileri sürülmesi yanlıştır. Zira, yeni bir yükümlülük yahut hak doğmaz, eski borç yeni borçlu ile devam eder³⁸⁷.

Kanaatimizce, *Strohal*'ın bu eleştirisi yerinde değildir. Zira, bizce, borcun üstlenilmesi ile borcun somut içeriğinde, yani ifa edilecek borcun konusunda hiçbir değişiklik olmamıştır. Sadece alacaklının hedefi değişmiştir³⁸⁸. Artık alacaklı, borcun ifa edilmemesi halinde, önceki borçlunun sorumluluğuna gidemeyecek, onun yerine geçen üstlenenin malvarlığına el atabilecektir. Elbette ki, bu durumda alacak hakkı üstlenmeden etkilenmiş olacak, ancak bu etki sadece borçlunun değişmesi yoluyla

³⁸³ *Strohal*, s. 241 vd.

³⁸⁴ *Von Gierke*, s. 60, dn. 5.

³⁸⁵ *Maurer*, s. 220.

³⁸⁶ *Knoke*, s. 421; *Köhler*, s. 15.

³⁸⁷ *Ahlswede*, s. 16.

³⁸⁸ *Staudinger/Rieble*, §414 BGB, N. 4 ve §415 BGB, N. 42; *Nörr [Scheyhing/Pöggeler]*, s. 223; *Esser/Schmidt*, §37 II, s. 319; *Fikentscher/Heinemann*, §61, N. 755; *Eckert*, N. 1076; *Larenz*, AT, §35, s. 604; *Redick*, s. 13; *Wendt*, s. 46 ve 50; *MünchenerKomm/Bydlinski*, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 4.

gerçekleşmiş olacağından, tanımı gereği burada bir cüzi halefiyetin varlığının kabulü gerekecektir.

Sonuç olarak, borcun dış üstlenilmesi, borcun önceki borçluyu kurtaracak şekilde yeni borçlunun yükümlülük alanına intikalidir. Burada alacaklının alacağı, varlığında ve durumunda değişiklik olmaksızın aynen ayakta kalır; ancak, artık alacaklı önceki borçludan yoksun kalmıştır. Zira önceki borçlu, borcundan kurtulmuştur. Bir borçlu ortadan kaybolmuş, onun yerine aynı koşullarla bir başkası geçmiştir³⁸⁹. Bu nedenle borcun üstlenilmesi, kanaatimizce bir “halefiyet” halidir. Ayrıca bu halefiyet, “cüzi”dir; çünkü malvarlığı bütünüünün bir unsuru (cüz’ü) olan münferit bir borca ilişkindir.

2. Malvarlığına Yaptığı Etki Bakımından Hukuki Niteliği

Borcun dış üstlenilmesi, bir sözleşmeyle gerçekleşir (TBK. m.196; İsv. BK. m.176; §§414-415 BGB; §§1405-1406 ABGB). Bu sözleşmenin hukuki niteliği, malvarlığına yaptığı etki bakımından tartışma konusu olmuştur. Aşağıda bu tartışmalara yer verilecektir.

a. Tasarruf İşlemi Görüşü

Tasarruf işlemi görüşünü savunan yazarlara göre borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi; borcun bir şahıstan bir diğerine geçmesini sağladığı, alacaklının sahip olduğu alacak hakkı üzerinde bir değişiklik meydana getirdiği ve önceki borçluyu borcundan kurtardığı için alacak hakkı üzerinde bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmelidir³⁹⁰. Nitekim tasarruf işlemi, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir

³⁸⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 4; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753.

³⁹⁰ **Saleilles**, Etude, §4, N. 108; **Oğuzman/Öz**, s. 576; **Eren**, 1199; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 6; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 2; **Koller**, §85, N. 5, s. 1412; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 48 ve 79, Art. 176 OR, N. 5; **Bucher**, AT, s. 583; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 389; **Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3581; **Huguenin**, N. 1391; **Eckert**, N. 1076; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 791. Aynı yönde bkz. **Schwenzer**, N. 91.11; **Harke**, §15, N. 399; **Siedel**, s. 25; **Endemann, F.**, §153, s. 683; **Köhler**, §63, s. 173; **Kaap**, s. 17 vd.; **Menzel**, s. 592 vd.; **Crome**, §202, s. 352; **Von Gierke**, s. 54; **Rubach**, s. 45 vd.; **Piltz**, N. 254; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 6; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 4; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 33; **Meier**, s. 31. “*Asıl borçluyu ibra etkisi sebebiyle bir tasarrufî etkiden bahsedilmelidir.*” (**Tercier**, §36, N. 1784). “*Borcun üstlenilmesi, hakkın tarafının değişmesi suretiyle haktan değişikliğe yol açmıştır.*” (**Unger**, Schuldübernahme, s. 12).

hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı devreden, sınırlayan, değiştiren veya sona erdiren işlemlere denir³⁹¹.

Borcun objektif içeriğinde bir değişiklik olmamasına rağmen alacak hakkında ve dolayısıyla alacaklının malvarlığında bir değişiklik olmuştur³⁹². Zira, kanaatimizce, borçlunun değişmesi demek, borcun içeriğinde bir değişikliğe yol açmasa bile, alacak hakkının değerinde ve alacaklının borcun ifa edilmemesi halinde el atabileceği malvarlığında bir değişikliğe yol açacaktır³⁹³.

Alacaklı, hakkı üzerinde tasarrufta bulunarak, borcun pasif öznesinde değişiklik yapmıştır³⁹⁴; önceki borçluya karşı ileri sürebileceği alacağından vazgeçmiş, onu borcundan kurtarmıştır³⁹⁵. O halde, burada bir bakıma borçlunun lehine ibra etkisinin gerçekleşmesi söz konusudur³⁹⁶. Açıklayacak olursak; alacaklı için alacağına kavuşmak önemlidir, kimin ifade bulunduğu önemli olmayabilir. Ancak, gelecekte ifade bulunacağını umduğu üstleneni asıl borçlunun yerine tercih ederken, alacaklı artık söz konusu borç için asıl borçluya başvuramayacağını bilinciyle hareket etmelidir. Kanaatimizce burada alacaklının asıl borçludan vazgeçmek, onu borcundan kurtarmak yönünde bir iradesi mevcuttur. Bu bakımdan, borçlu değişimini, alacaklının alacak hakkının içeriğiyle ilgili yaptığı bir tasarruf olarak açıklamak anlamlıdır.

Ayrıca, alacak hakkının değeri de bu işlemde etkilenen ve değişecektir. Zira borçlunun ifa kabiliyeti ve ifa arzusu alacak hakkının piyasa değeriyle doğrudan ilgilidir³⁹⁷. Örneğin, kredibilitesi yüksek ve muhtemelen icraya başvurmaya gerek

³⁹¹ **Tandoğan**, *Notions Préliminaires*, s. 81; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Barlas**, Nami, *Medeni Hukuk Genel Hükümler*, 18. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 185. “*Tasarruf işlemi, bir kimsenin malvarlığının aktifinde mevcut olan haklarda başkası lehine bir azalmayı, değişmeyi veya kayıtlamayı gerçekleştiren işlemlere denir.*” (**Tekinay**, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 191).

³⁹² **Regelsberger**, *AcP* 67, s. 26; **Demuth**, s. 103.

³⁹³ “*Alacaklının hedefi değişmiştir.*” (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 4 ve §415 BGB, N. 42; **Nörr [Scheyhing/Pöggeler]**, s. 223; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 319; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755; **Eckert**, N. 1076; **Larenz**, AT, §35, s. 604; **Redick**, s. 13; **Wendt**, s. 46 ve 50; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 4).

³⁹⁴ **Maurer**, s. 225.

³⁹⁵ **Regelsberger**, *JherJB* 39, s. 464; **Van de Sandt**, N. 254.

³⁹⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 5; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 72; **Meier**, s. 31. Borçlu artık bu işlemde sonra söz konusu borcu ifa ederse, üçüncü kişinin borcunu ifa etmiş olur (**Berger**, §36, N. 2310).

³⁹⁷ **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 55. “*Herhangi bir alacak hakkının ifade ettiği kıymet, borçlunun eda kabiliyetine bağlı olan bir şeydir. (...) Filhakika eda kabiliyeti ancak bir alacağın ifade ettiği kıymete müessir olabilir.*” (**Arsebük**, s. 10). “*Alacak hakkının ekonomik değerinin, borçlunun kişiliği, ifa*

olmaksızın ödeme yapacak bir borçlunun yerine, muhtemelen borcunu ödeyemeyecek ve alacaklıyı gerekli hukuki yollara başvurmak ve alacağını elde etmek için uğraşmak zorunda bırakacak bir borçlunun geçmesi alacak hakkının değerini düşürecek, borcun içeriğinin aynı kalmasına rağmen, alacağın elde edilmesi zorlaşacaktır. Elbette ki bu bir örnektir ve tam tersi bir durum meydana gelmesi de mümkündür. Ancak her halükarda, yeni borçlunun ifa arzusu ve kabiliyeti önceki borçludan farklı olacaktır. En azından, şüpheli, riskli bir durum meydana gelir.

Öğretide bazı yazarlara göre³⁹⁸, bir borç üzerinde tasarruf işlemi mümkün değildir. Bu görüş uyarınca, burada, bir hak üzerinde tasarruf değil, sadece borçlu değişimi, yani özne değişikliği söz konusudur. Buna göre, dar anlamda borcun karşısındaki alacak hakkı borçlunun değişmesinden etkilenmemektedir³⁹⁹. Yeni bir borçlu eskisinin yerine geçmektedir. Borcun bir malvarlığı unsuru addedilerek devrinin kabulü, söz konusu görüş uyarınca eşyanın doğasına aykırıdır ve mümkün değildir. Bu ise, “*bir çukurun yer değiştiremeyeceği, ancak sadece daha da derinleştirilebileceği*” şeklinde tasvir edilebilir⁴⁰⁰. Kanaatimizce tasarruf işlemi görüşünün bu nedenlerle reddi yersizdir. Açıklamak gerekirse, öncelikle, zaten buradaki işlem, borçlunun borcu üzerinde yaptığı bir işlem değildir. Hatta, borçlu bu işleme katılmamıştır⁴⁰¹. Bu işlem, borcun değil, alacak hakkının üzerinde etki doğurur. Onun değiştirilmesine ilişkindir⁴⁰². Diğer bir deyişle, borcun bir hak olarak düşünülemeyeceği ve bu sebeple üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirilemeyeceğini ileri süren bu görüş, borcun dış üstlenilmesinin yine alacak hakkı üzerinde tasarrufi

kabiliyeti ve dürüstlüğü ile ilgili olduğu reddedilemez bir gerçektir.” (Starck/Roland/Boyer, s. 3, N. 6).

³⁹⁸ **Tandoğan**, Notions Préliminaires, s. 82. Açıklamalar için bkz. **Kornder**, s. 49 vd. Alman hukuk öğretisinde **Krienitz**, borcun bir malvarlığı ögesi olarak kabul edilmesini ve borçlunun borcu üzerinde tasarruf işlemi yapmasının kabulü gerektiğini ileri sürmektedir (**Krienitz**, s. 41 ve 45). Kanaatimizce, borcun üstlenilmesinde borç üzerinde değil, alacak hakkı üzerinde tasarruf işleminin varlığından bahsetmek gerekir. Bu bakımdan, yazarın bu önerisine katılmıyoruz.

³⁹⁹ **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 14.

⁴⁰⁰ Söz konusu benzetme **Bähr** tarafından yapılmış, borcun cüzi intikali düşüncesinin imkânsızlığını açıklamak için kullanılmıştır (**Bähr**, Otto, “*Über die so genannt Verträge zu Gunsten Dritter*”, JherJB, Bd. 6, 1863, s. 172, dn. 34). Bu benzetme halen borçların bir malvarlığı unsuru gibi devredilebileceğini reddeden görüşü savunan yazarların düşüncelerini açıklamak için kitaplarda yer bulmaktadır (Bkz. **Von Büren**, s. 341).

⁴⁰¹ Aynı yönde, **Van de Sandt**, N. 255.

⁴⁰² Aynı yönde, **Regelsberger**, JherJB 39, s. 478.

etki doğurduğunu, alacak hakkının değerini, elde edilebilirliğini etkilediğini ve önceki borçluyu kurtarıcı bir etki gösterdiğini göz ardı etmektedir⁴⁰³.

Unidroit ilkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde de borcun üstlenilmesi bir tasarruf işlemi olarak açıklanır. Unidroit ilkeleri uyarınca “borçların nakli”, malvarlığının pasif öğelerinin asıl borçludan üstleniciye intikalidir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin bakış açısıyla, sözleşme ile yeni borçlu asıl borçlunun yerine geçebilir. Burada tasarrufi bir işlem vardır⁴⁰⁴.

Kanaatimizce, borcun üstlenilmesi sözleşmesi, bir anlamda alacak hakkının “kimyasını değiştirmiş”, hakkı yerine getirmek için başvurulacak kişinin değişmesi yanında, alacak hakkının değerini, elde edilebilirliğini etkilemiş, önceki borçluyu da borcundan kurtarmıştır. Burada alacak hakkı devrolmamış yahut sona ermemiştir, sadece işlemde etkilenerek değişmiştir. İçeriği aynıdır; ancak borçlusu değişmiş, hedefi ve elde edilebilirliği etkilenmiştir. Bu sebeplerle, söz konusu işlemin alacak hakkına etki eden tasarrufi bir etki doğurduğu kanaatindeyiz.

b. Çifte Etkili İşlem Görüşü

Borcun dış üstlenilmesinin tasarrufi etkisinin yanında, aynı zamanda, borcu üstlenen üçüncü kişi de bu işlem yoluyla borç altına girmiş olacağından, söz konusu işlemin onun açısından borçlandırıcı etkisi olduğunu söylemek de mümkündür⁴⁰⁵. Borç doğuran, kişiyi borç altına sokan ve pasiflerini artıran işlemlere borçlandırıcı işlem denir⁴⁰⁶. O halde, pasifleri bu işlem ile artan üstlenen açısından, borçlandırıcı

⁴⁰³ Bkz. **Kornder**, s. 51 vd.

⁴⁰⁴ **Maurer**, s. 319.

⁴⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 576; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 6; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 2; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 6; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3581; **Berger**, §36, N. 2319; **Schwenzer**, N. 91.11; **Eckert**, N. 1076; **Huguenin**, N. 1391; **Larenz**, AT, §35, s. 604; **Looschelders**, §54, N. 1152; **Regelsberger**, AcP 67, s. 32; **Hellwig**, s. 159 vd.; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 1; **Niggebrügge**, s. 32; **Van de Sandt**, N. 254.

⁴⁰⁶ **Tekinay**, Medeni Hukuk, s. 109; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 45; **Tandoğan**, Notions Préliminaires, s. 84 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 185.

bir işlem söz konusudur⁴⁰⁷. Bu sebeple, öğretide borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin “çifte etkisi” olduğundan bahsedilmektedir⁴⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki, burada iki ayrı işlemin iki ayrı etkisi yoktur. Tek bir işlemin iki hukuki etkisinden bahsetmek ve bunların sahip oldukları borçlandırıcı ve tasarrufi etkinin birbirine ayrılmaz şekilde bağlı olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁰⁹.

Aynı yönde *Kassebeer*⁴¹⁰, işlemin borçlanma ve tasarrufi etkilerinin birbirlerinden ayrılamayacağı, bu anlamda tasarrufi etkiden bağımsız ayrı bir borçlandırıcı etkinin bulunamayacağı, buradaki borçlanmanın tasarruf işleminden ayrılamayacak derece işlemin içinde yer aldığını ileri sürer. Yazara göre borcun üstlenilmesinden, birbirinden ayrı ve bağımsız birer borçlanma ve tasarruf işlemlerinin varlığı sonucu çıkartılamaz.

Yine de alışılmış bir borçlandırıcı işlemde farklı olarak burada yeni bir borç doğmamakta, üstlenen zaten kurulmuş olan (var olan) bir borcu üstlenmekte ve bu şekilde borç altına girmektedir⁴¹¹. Oysa yeni bir borç doğması, borçlandırıcı işlemlerin karakteristik özelliğidir⁴¹². Buna dayanan bazı yazarlar⁴¹³, burada üstlenenin yükümlülük altına girmesine rağmen, yeni bir borç doğmadığını ve dolayısıyla burada bir borçlandırıcı etkinin bulunmadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre üstlenenin yükümlülük altına girmesi, sadece bir hukuki halefiyettir.

⁴⁰⁷ **Von Blume**, JherJB 39, s. 390 vd.; **Strohal**, s. 251, 255, 274, 385 vd., 409; **Tercier**, §36, N. 1784. Bkz. **Wendt**, s. 26 vd.; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 5.

⁴⁰⁸ **Strohal**, s. 233 vd.; **Maurer**, s. 220-221; **Eckert**, N. 1076; **Kassebeer**, s. 21; **Davidson**, s. 13; **Eren**, s. 1247; **Feyzioğlu**, s. 685; **Ertaş**, Şeref (**Zevkliler**, Aydın/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre), Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, N. 1398; **Durman**, Okay, İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, XII Levha, İstanbul, Ekim 2009, s. 61; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 2; **Maurer**, s. 220-222; **Strohal**, s. 233 vd.; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 389; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3581; **Berger**, §36, N. 2319; **Looschelders**, §54, N. 1152; **Braunschneider**, s. 341; **Siedel**, s. 25; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 1. Ayrıca bkz. **Gerber**, s. 25 vd.; **Heckelmann**, s. 26 vd.; **Tercier**, §36, N. 1784; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 8; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 2; **Niggebrügge**, s. 32; **Van de Sandt**, N. 747.

⁴⁰⁹ **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 9.

⁴¹⁰ **Kassebeer**, s. 26.

⁴¹¹ **Koller**, §85, N. 5, s. 1412; **Oertmann**, s. 470 vd.

⁴¹² **Koller**, §85, N. 5, s. 1412.

⁴¹³ **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 223; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 5; **Grigoleit**, Hans Cristoph/**Herresthal**, Carsten, “Die Schuldübernahme”, Jura 2002, s. 393-394; **Friederich**, Klaus, Die Stellung des Sicherungsgebers bei der privaten Schuldübernahme nach § 418 Abs.1 BGB, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s. 34.

Bir borçlandırıcı işlem söz konusu değildir. Bu görüş uyarınca⁴¹⁴, bir tasarruf işleminin kanuni sonucu olarak borç intikal etmiştir. Borcun intikali, sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Bu görüş uyarınca, borcun üstlenilmesinin çifte etkisi olduğu ileri sürülemez.

Kanaatimizce, borcun dış üstlenilmesiyle, yeni bir borç (*Schuld, dette*) doğmamış, sadece mevcut borçtan ötürü yeni bir kişinin sorumluluğu (*Haftung, responsabilité*) doğmuştur. Bu demektir ki, üstlenenin malvarlığına bir yükümlülük eklenmiş, yani üstlenenin malvarlığı asıl borçlunun borcuyla aynı içerikte borçlanmıştır. Diğer bir deyişle, üstlenenin malvarlığının pasifleri artmıştır. Bu anlamda, kanaatimizce borcun dış üstlenilmesinin tasarrufi etkisinin yanında, malvarlığına yaptığı etki bakımından, borçlandırıcı bir etkisi olduğundan ve bu anlamda çifte etkisinin bulunduğu bahsedilebilir.

c. Kazandırıcı Etkinin Varlığı Görüşü

Bir görüşe göre, borcun dış üstlenilmesinin kazandırıcı etkisi de mevcuttur⁴¹⁵. Buna göre borcu üstlenen, borcun dış üstlenilmesi yoluyla önceki borçluyu da borcundan kurtarmış olacak ve bu suretle bir pasifinden kurtulan asıl borçlu için işlemin kazandırıcı etkisi de olacaktır⁴¹⁶. Artık alacaklı asıl borçludan borcun ifasını talep edemeyecektir⁴¹⁷. Bu kazandırmanın sebebi, çoğu kez üstlenenin önceden borçluyla arasında akdetmiş olduğu borçtan kurtarma taahhüdünün ifa edilmesidir⁴¹⁸. Ancak, işlemin geçerliliği için böyle bir taahhüdün bulunması yahut söz konusu taahhüdün geçerli olması şart değildir⁴¹⁹. Bağışlama sebebi veya rücu alacağı elde etmek için alacak sebebine de dayanabilir.

Bunun yanında, borcun üstlenilmesi ile alacaklının üstlenene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı elde ettiğini ve bu sebeple bunun bir kazandırıcı işlem

⁴¹⁴ Maurer, s. 222.

⁴¹⁵ Esser ve Schmidt'e göre ise, alacaklının alacak hakkında bir değişiklik meydana getirmesi ve bu değişikliğin üstlenenin pasiflerini artıran bir etki göstermesi sebebiyle borcun üstlenilmesi, alacaklı açısından tasarrufi, üstlenen açısından borçlandırıcı ve asıl borçlu açısından ise borçtan kurtarıcı yani kazandırıcı etkisi olan tek bir işlemdir. Yazarlara göre, işlem üçlü etkiye sahiptir. (Esser/Schmidt, §37 II, s. 319).

⁴¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 577; Feyzioğlu, s. 685-686; CommRomand/Probst, Art. 176 CO, N. 2; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 5.

⁴¹⁷ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 51.

⁴¹⁸ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 59 ve 88.

⁴¹⁹ CommRomand/Probst, Art. 176 CO, N. 5; Von Tuhr/Escher, §99, s. 385.

olduğunu ileri süren bir görüş mevcuttur. Bu görüş, alacaklının üstlenen karşısında yeni bir alacak hakkı elde ettiği düşüncesine dayanır. Buradaki alacak, içerik bakımından aslında önceki borçluya karşı sahip olduğu alacağın aynısı olduğundan, bu görüş yerinde değildir⁴²⁰. Nitekim, sadece borçlu değişmiştir; alacaklının hakkında bir değişiklik olmuş, ancak alacaklı yeni bir hak kazanmamıştır⁴²¹.

Buna karşın, kanaatimizce, asıl borçlu alacaklıya olan borcundan kurtulmuş olsa da, malvarlığındaki pasifler azalmamıştır. Zira, borcun dış üstlenilmesiyle birlikte asıl borçluyu borcundan kurtaran üstlenen, asıl borçluya karşı rücu alacaklısı konumuna gelmiştir⁴²². Asıl borçlu için tek değişen, alacaklı yerine üstlenenin geçmiş olmasıdır. Yoksa, asıl borçlunun malvarlığındaki borç sona ererken onun yerine aynı anda başka bir borç gelmiştir ve asıl borçlunun sorumluluğu azalmamıştır. Bu sebeple kanaatimizce, asıl borçlu bakımından kazandırıcı bir etkiden bahsetmek güçtür.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, dış üstlenme sözleşmesi, borcun cüzi intikalini gerçekleştirir. Bu anlamda, borcun varlığı ve içeriği değişmemiş, bir anlamda borç (*debitum*, *Schuld*, *dette*) aynı kalmıştır. Bu açıdan bakıldığında, değişen sadece borcun borçlusudur. Yeni bir borç doğmamış, sadece bu borcun yükümlüsü değişmiş, asıl borçlu yerine üstlenen geçmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, borcun üstlenilmesi bir cüzi halefiyettir.

Malvarlığına yaptığı etki bakımından ise, etkilenen kişiler açısından konunun ayrı ayrı ele alınması gerekir. Borcun üstlenilmesinin alacaklının malvarlığı üzerinde tasarrufi bir etki doğurup doğurmadığı hukuk öğretisinde tartışılmıştır. Bunu reddeden bir görüşe göre borç üzerinde tasarruf işlemi söz konusu olmaz. Kanaatimizce, borcun üstlenilmesi borç üzerinde bir etki doğurmaz. Bizce, hukuki etki, alacaklının alacak hakkı üzerinde doğmuştur. Alacaklının alacağını elde edebilmek için başvurabileceği borçlu, yerini üstlenene bırakmış; borcun ifa

⁴²⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 50.

⁴²¹ **Meier**, s. 31.

⁴²² **Maurer**, s. 51-53, 232. Üstlenenin rücu etmesinin hukuki dayanağı; aralarındaki bu yönde bir sözleşme, vekâlet (TBK. m.502 vd.; İsv. BK. m.394 vd.; §670 BGB), vekâletsiz işgörmeye (TBK. m.526 vd.; İsv. BK. m.419 vd.; §683-684 BGB; Fr. MK. m.1375) yahut sebepsiz zenginleşme (TBK. m.77 vd.; İsv. BK. m.62 vd.; §812 BGB; Fr. MK. m.1376 vd.) hükümleri olabilir (Bkz. **BGB-RGRK/Weber**, §414 BGB, N. 3).

edilmemesi halinde el atabileceği malvarlığı değişmiştir. Alacaklının artık önceki borçluya alacağını elde etmek için başvurma olanağı kalmamış, önceki borçlu borcundan kurtulmuştur. Burada bir kurtarıcı etki söz konusudur. Bunun yanında borçlunun değişmiş olması, alacaklının alacağını elde etmesi hususundaki riski de etkilemiş, bu anlamda alacağın elde edilebilirliği işlemde etkilenmiştir. Bizce tüm bu nedenlerle, alacak hakkında bir değişiklik gerçekleşmiştir. Alacağın içeriği aynıdır; ancak borçlusu değişmiş, önceki borçlu borcundan kurtulmuş, alacaklının el atabileceği malvarlığı ve borcun elde edilebilirliği işlemde etkilenmiştir. Bu da söz konusu işlemin tasarrufi bir etki doğurduğunu gösterir.

Kanaatimizce işlemin tasarrufi etkisinin yanında borçlandırıcı bir etkisinin olduğundan da bahsetmek gerekir. Zira, her ne kadar yeni bir borç doğmuş olmasa da, üstlenenin malvarlığında pasiflerin artması söz konusudur. Üstlenen bu işlem ile, borç altında girmiş, malvarlığına bir sorumluluk eklenmiştir.

Sonuç olarak, borcun üstlenilmesinin kişilerin malvarlığına yaptığı etkiyi, işlemde etkilenen her bir kişi için ayrı ayrı değerlendirdiğimizde; bizce, işlem ile alacaklının alacak hakkında değişiklik yaratan tasarrufi etki ile üstlenenin pasiflerini artıran borçlandırıcı etki bir arada meydana gelmektedir. Bu anlamda işlemin çifte etkisi olduğunu ileri süren görüşe katılmaktayız.

Buna karşın, borcun üstlenilmesinin asıl borçlunun malvarlığındaki pasiflerin azalmasına yol açmadığı; alacaklıya karşı borcundan kurtulan asıl borçlunun aynı anda üstlenene karşı rücu borcu altına girdiği gerekçesiyle asıl borçlu açısından kazandırıcı etkinin varlığını ileri süren görüşe katılmıyoruz. Bizce işlem, kazandırıcı bir etkiye de sahip değildir.

C. Borcun Dış Üstlenilmesinin Konusu

Dar anlamda borcun bir kişiden diğer bir kişiye borcun dış üstlenilmesi yoluyla intikaline kanunumuz imkân tanımaktadır (TBK. m.196 vd. Aynı yönde bkz. İsv. BK. m.176 vd.; §§414 vd. BGB, §§1405 vd. ABGB). Borcun dış üstlenilmesinin konusu, dar anlamda borcun pasif öznesinin, diğer bir deyişle borçlunun değişmesi ve borcun içeriğinin değişmeksizin üstlenene intikalidir. Bu başlık altında; hangi borçların, borcun dış üstlenilmesine konu olabileceği incelenecektir.

1. Mevcut ve Geçerli Bir Borç Olmalı

Kural olarak, tüm borçlar borcun üstlenilmesine konu olabilir. Elbette ki, üstlenilecek bir borcun doğmuş ve mevcut olması gereklidir⁴²³. Var olmayan borçlar üstlenilemez⁴²⁴. Mevcut olmayan bir borcun dış üstlenilmesine ilişkin yapılan sözleşmeler, konunun imkânsızlığı sebebiyle hükümsüzdür⁴²⁵. Borç zaten ifa edilmiş yahut hiç var olmamış ise, bu durumda borcun üstlenilmesinden bahsedilemez. Zira olmayan bir borcun üstlenilmesi imkânsızdır ve bu sebeple üstlenme hükümsüzdür⁴²⁶. Ayrıca, doğmuş olmakla beraber herhangi bir sebeple (örneğin, işlemin iptali dolayısıyla) sukut eden bir borcun intikali, üstlenilmesi de mümkün değildir⁴²⁷.

Borcun intikal etmesi için, belirlenebilir olması koşuluyla⁴²⁸ gelecekte doğacak bir borç olması yahut zamanaşımına uğraması⁴²⁹, şarta bağlı olması, çekişmeli olması, seçimlik borç veya kısmi borç olması vs. fark etmeyecektir⁴³⁰. Gelecekte doğacak borçlar, doğmaları koşuluna bağlı olarak üstlenilebilirler⁴³¹. Geciktirici şarta bağlı borçlar, şartın gerçekleşmesi koşuluyla borç üstlenme konusu olabilir⁴³².

Meyer'e göre, bozucu şarta bağlı borçların nakli mümkün değildir. Zira, bunun kabulü halinde, borcun üstlenilmesinin geriye etkili olarak sona erme ihtimali

⁴²³ Elbette, belirtmek gerekir ki, gelecekte doğması beklenen borçların (doğmaları şartına bağlı olarak) üstlenilmesi de mümkündür.

⁴²⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 111; **Huguenin**, N. 1375; **Herz**, s. 56-57; **Kassebeer**, s. 9; **Meyer, W.**, s. 16-17; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 41; **Meier**, s. 1; **Niggebrügge**, s. 25; BGE 95 II 37, 40 (www.bger.ch).

⁴²⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 580; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 22. Bkz. **Schwenzer**, N. 91.05; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 3; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175 à 183 OR, N. 111; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 61; BGE 95 II 37, 40 (www.bger.ch).

⁴²⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 39.

⁴²⁷ **Kassebeer**, s. 10; **Niggebrügge**, s. 25. Bkz. BGE 95 II 37, 40 (www.bger.ch).

⁴²⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 163; **Berger**, §36, N. 2313 ve 2332; **Huguenin**, N. 1373; **Köhler**, s. 8.

⁴²⁹ **Engel**, s. 898; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 6; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 3; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 162; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 388; **Huguenin**, N. 1373; **Kassebeer**, s. 10; **Riedel**, s. 16.

⁴³⁰ Bkz. **CommRomand/Probst**, Intro. N. 20; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 155-161; **Herz**, s. 58-59; **Meyer, W.**, s. 16-17; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 14; **Saymen**, s. 268; **Tunçomağ**, s. 1131; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 1; **Feyzioğlu**, s. 677. Herhangi bir borç üstlenilebilir (**Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3592; **Looschelders**, §54, N. 1161; **Schwenzer**, N. 91.05).

⁴³¹ **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.176, N. 6.

⁴³² **Köhler**, s. 8; **Meier**, s. 2; **Kassebeer**, s. 11; **Riedel**, s. 16. Söz konusu şartın gerçekleşmemesi halinde borcun intikali kendiliğinden hükümsüz olacaktır (**Meyer, W.**,s. 16-17).

vardır⁴³³. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira kanaatimizce, bozucu şarta bağlı olan borcu da, o borcun koşulları kapsamında ve aynı koşullara tabi olmak kaydıyla üstlenmek mümkün olmalıdır. Buradaki belirsizlik, zaten alacaklının içinde olduğu belirsizliktir. Borcun üstlenilmesi söz konusu belirsizliği artırmaz.

Belirtmek gerekir ki, müstakbel borçlarla ilgili olarak, doğmuş fakat henüz vadesi gelmemiş borçların nakledilebilirliği tartışmasıdır⁴³⁴. Ancak doğması beklenen borçların nakli için aynı mutlaklıktan bahsedilemez. Beklenen bir hakkın söz konusu olduğu hallerde, geciktirici şarta bağlı olan borçlarda olduğu gibi, bu hakkın ortaya çıkardığı beklenen yükümlülüğün de borcun dış üstlenilmesi hükümlerine kıyasen üstlenilebileceği kabul edilmelidir⁴³⁵. Nitekim, gelecekte doğması beklenen borçların, belirli veya belirlenebilir olması koşuluyla üstlenilmesi kabul edilmektedir⁴³⁶. Kanaatimizce buradaki belirlenebilirlik ölçütü, en azından söz konusu borcun hangi hukuki ilişkiden doğacağını belirli olmasını gerektirir.

Eksik borçların da, mevcut birer borç olmaları sebebiyle üstlenilmeleri mümkündür⁴³⁷. Eksik borçların üstlenilmesi halinde, borcun içeriğinde hiçbir değişiklik olmayacak, üstlenen de yine bir eksik borcun borçlusu konumunda olacaktır. Oysa, eksik borçların yenilenmesi halinde; yenileme, bu eksik borcu eksikliği giderilmiş “tam” bir borca dönüştürür⁴³⁸.

Kambiyo senedine bağlanmış borçlar da üstlenilebilir. Keza, borcun üstlenilebilmesi için, bu borcun varlığı yeterlidir. Soyut olması yahut belirli bir borç ilişkisinden doğmuş olması, yani borcun kaynağı fark etmez. Şu halde, kambiyo

⁴³³ Meyer, W., s. 18.

⁴³⁴ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 156; Riedel, s. 16; Saymen, s. 268.

⁴³⁵ Oğuzman/Öz, s. 580.

⁴³⁶ Eren, s. 1248; Köhler, s. 8; Meier, s. 2. Burada, üstlenen, borcun içerik ve kapsamı bakımından yanılmış olsa da borcun belirlenebilir olması yeterlidir (Staudinger/Rieble, §415 BGB, N. 19). Belirlenemeyen borçlar ise, sadece yazılı ve boşluk bırakılarak (*blanko*) düzenlendiği takdirde yüklenilebilir (ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 163).

⁴³⁷ Eren, s. 1248; Meyer, W., s. 16-17; Palandt/Grüneberg, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; BGB-RGRK/Weber, Vorbem. §414 BGB, N. 14; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 34; Meier, s. 2; Riedel, s. 16. Borcun mevcut ve geçerli olması yeterlidir. Borcun dava edilemez olması yahut bir def’iyle karşılaşma ihtimali borcun üstlenilmesine engel olmaz (Kassebeer, s. 10). Örneğin, kumar ve bahis borçlarının da intikali mümkündür (Akev, Sahir Talat, Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1098, Hukuk Fakültesi Yayınları No.237, Doktora Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1964, s. 389).

⁴³⁸ Bir anlamda söz konusu borcun, eksikliğinin giderilerek güçlendirilmesi söz konusudur (Maurer, s. 80-81).

senedine mündemiç borç da üstlenilebilir⁴³⁹. Ancak bu ihtimalde, senedin lehdarı (alacaklı) ya senedi imha etmeli ya da keşideciye iade etmelidir. Aksi halde, kambiyo senedinin soyut karakteri gereği asıl borçlu (keşideci yahut muhatap) sorumluluktan kurtulmuş olmayacak ve senede dayanan müstakbel takiplerle karşılaşabilecektir. Nitekim, asıl borçlu alacaklıya karşı borcundan kurtulmuyorsa, borç üstlenme söz konusu olmaz.

2. Borç Nakledilebilir Olmalı

Yukarıda ayrıntısıyla açıkladığımız üzere, dar anlamda borç ilişkisinde, borçlunun ve alacaklının kişilikleriyle ayrılmaz bir bağ olduğu düşüncesi terk edilmiş ve alacak hakkının nakledilebileceği, borçlu sıfatının ise üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir⁴⁴⁰. Bu anlamda, borçların cüzi intikali kabul edilmiş olsa da, hangi borçların intikal edebileceği konumuz açısından önem arz etmektedir.

Kural olarak, borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilebilmesi için borcun bir kişiden diğerine intikal etmesinin mümkün olması gerekir. Bu anlamda, sadece el değiştirmesi mümkün olan borçlar dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁴⁴¹. Borç nakledilebilir değilse, iç ve dış üstlenme imkânsızlık nedeniyle hükümsüz olacaktır⁴⁴². Bazı istisnalar hariç, kural olarak tüm borçlar nakledilebilir.

Bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının özel bir menfaati bulunan borçların dahi üstlenilebileceği kabul edilebilir. Zira, alacaklı borcun dış üstlenilmesine rıza gösterdikten sonra, alacaklının menfaatini ileri sürerek bu sözleşmenin kurulmasını ve etki doğurmasını engellemek için bir sebep kalmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, borcun intikaline onay vermekle, borcun kişisel niteliğini yeni borçluya (üstlenene) karşı ileri sürmekten vazgeçmiş olur⁴⁴³.

⁴³⁹ Bu halde alacaklı, borcu üstlenene karşı kıymetli evraka ilişkin bir takip yürütülemeyecek; alacaklının, kıymetli evrakın sağladığı özel imkânlardan vazgeçerek alelade bir alacağa ilişkin takip yürütmesi gerekecektir (Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 35).

⁴⁴⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I.

⁴⁴¹ BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 4; Koller, §85, N. 7, s. 1413; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 163; Berger, §36, N. 2313 ve 2332.

⁴⁴² ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 118. Bkz. BGE 86 II 71, 78.

⁴⁴³ Eren, s. 1248; Tunçomağ, s. 1131-1132; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 13; Feyzioğlu, s. 678; Maurer, s. 226; BGB-RGRK/Weber, Vorbem. §414 BGB, N. 14; Huguenin, N. 1374 ve 1378; CommRomand/Probst, Intro. N. 20; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3569; BernerKomm/Becker, Art. 175 OR, N. 6; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 N. 3; Von Tuhr/Escher,

Ancak elbette ki, üstlenen (yeni borçlu) haricinde bir üçüncü kişi borcu ifa etmek isterse, alacaklı borcun kişisel niteliğini ileri sürerek bu ifayı reddedebilecektir. Örnek verecek olursak; bir ressamın bir kişinin portresini çizme borcunu, alacaklının rızasıyla başka bir ressam üstlenebilir. Ancak, üstlenenden başka ressamların ifada bulunmak istemesi halinde, alacaklı bu ifayı reddedebilecektir.

Benzer şekilde, müteselsil borçların da tek bir kişi tarafından üstlenilmesi her ne kadar alacaklının durumunu ağırlaştıracak olsa da, alacaklı razı olduğu takdirde mümkündür⁴⁴⁴.

İsviçre hukukunda, kamu hukukundan doğan borçların üstlenilmesiyle ilgili genel bir yasak söz konusu değildir. Örneğin, vergi hukukundan doğan borçlar da, devlet (alacaklı) razı olmuşsa üstlenilebilir⁴⁴⁵. Kanaatimizce, kamuya ödenecek de olsa, bu yükümlülük, kişinin malvarlığının bir pasifi, yani bir borç olarak düşünülebilir. Bu ihtimalde, vergi hukukundan doğan borçlar, bizce de borcun üstlenilmesine konu olabilir⁴⁴⁶. Öte yandan, İsviçre hukuk öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, Ceza hukukunu ilgilendiren fiiller dolayısıyla verilen adlî para cezalarının ifası nakledilemez⁴⁴⁷. Zira, ceza hukukuna ilişkin adlî para cezaları,

§99, s. 388; **Tercier**, §36, N. 1785; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 108. Aynı kural, yenileme için de geçerlidir (**Maurer**, s. 57).

Ancak, borçlunun şahsen yerine getirmesinde alacaklının özel bir menfaati bulunduğu hallerde, üçüncü bir kişi borçtan kurtarma taahhüdünde bulunmuşsa; taahhütte bulunan söz konusu üçüncü kişi, alacaklı kabul etmediği sürece borcu ifa edemez veya üstlenemez. O halde, söz konusu üçüncü kişi, borcu üstlenmek konusunda alacaklının rızasını alamadığı takdirde, borçtan kurtarma taahhüdü (borcun iç üstlenilmesi) ifa imkânsızlığına uğrayacaktır (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 3; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 20; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3569).

⁴⁴⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 141.

⁴⁴⁵ BGE 92 III 57, 62 (www.bger.ch); Bkz. **CommRomand/Probst**, Intro. N. 22; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 N. 4; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 110.

Bu konuda Türk hukukunda Vergi Usul Kanunu m.8/f.III hükmünde “*Vergi kanunlariyle kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz.*” denmektedir. Öğretide **Saban**, bu hükmü, vergi mükellefinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceği, mükellefin üçüncü bir kişiyle sözleşme yaparak borcunu devredemeyeceği şeklinde yorumlamaktadır (**Saban**, Nihal, Vergi Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 90 vd. Aynı yönde bkz. **Oktar**, Ateş, Vergi Hukuku, 9. bası, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013, s.86). Oysa zaten borcun borçlusuyla üçüncü kişi arasındaki bir akitle “devri” mümkün değildir. Bizce bu hüküm, borcun alacaklıyla (devletle) yapılacak üstlenme akdiyle üçüncü kişi tarafından üstlenilmesine engel teşkil etmez. Bu bakımdan bu yoruma katılmıyoruz.

⁴⁴⁶ Borcun devredilebilirliği bakımından, borcun kaynağı fark etmez (**Mazza**, PICC Commentary, 9.2.1, N. 8).

⁴⁴⁷ **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 61; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 8; **Reichel**, Hans, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1909, s. 330. Bu anlamda ceza hukukundan doğan borçların ifası, borcun dış üstlenilmesine konu olamaz (**Huguenin**, N. 1373; BGE 92 III 57, 62 [www.bger.ch]). Ayrıca bkz. BGE 79 II 151, 152 (www.bger.ch).

amacı itibariyle üstlenilmeye müsait değildir⁴⁴⁸. Bu konuda, Ceza hukukundan doğan bir yükümlülüğü borç olarak telakki ederek, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi tutmak da mümkün değildir. Türk hukuku bakımından da, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince adlî para cezalarının üçüncü kişilerce üstlenilmesi kabul edilemez. Keza Türk hukukunda ilke olarak, adlî para cezasının ödenmemesi halinde, hükümlü, ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir⁴⁴⁹. Bu sebeple, Türk hukukunda, adlî para cezalarının hükümlünün şahsından ayrılması mümkün değildir.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bazı borçların, özellikle aile hukukundan doğan bazı yükümlülüklerin nakledilemeyeceği öğretide ileri sürülmüştür⁴⁵⁰. Bizce buradaki ölçüt, alacaklı için değil, borçlu için şahsa bağlı olan borçların naklinin mümkün olmamasıdır⁴⁵¹. Örneğin, aile hukukuna ilişkin nafaka yükümlülüğünün üstlenilebileceği kabul edilmektedir⁴⁵². Zira, nafakanın ödenmesi borçlunun şahsına bağlı değildir⁴⁵³. Nitekim, nafakanın amacı, lehine hükmedildiği kişinin faydasındadır, kimin tarafından ödendiği önemli değildir. Aile hukukundan doğan nafaka borcu dışındaki diğer ailevi yükümlülükler (örneğin, sadakat yükümlülüğü) ise devredilemez⁴⁵⁴.

Meier'e göre⁴⁵⁵, güven ve hizmete dayalı ilişkilerin bazıları, borçlunun şahsına o kadar bağlıdır ki, bunlardan doğan borçlar, ilişkinin niteliği değişmeksizin devredilemezler. Yazar, bunlara örnek olarak, bir sanat eseri meydana getirme borcu, eğitim verme ve yetiştirme borçlarını göstermiştir. Yazara göre bunlar, alacaklının rızasıyla dahi nakledilemezler. Kanaatimizce, alacaklı kime isterse ona güven duyabilir ve söz konusu hizmeti ondan almayı seçebilir. Bu bakımdan yazarın bu görüşüne katılmıyoruz⁴⁵⁶.

⁴⁴⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 114; **Huguenin**, N. 1374; **Riedel**, s. 17.

⁴⁴⁹ Türk Ceza Kanunu m.52/f.4; İnfaz Kanunu m.106/f.III.

⁴⁵⁰ **Kassebeer**, s. 12.

⁴⁵¹ Aynı yönde bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 20.

⁴⁵² **Huguenin**, N. 1373; BGE 78 II 318, 326 (www.bger.ch).

⁴⁵³ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 109.

⁴⁵⁴ **Meier**, s. 4; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 112; BGE 78 II 318, 321 (www.bger.ch).

⁴⁵⁵ **Meier**, s. 3.

⁴⁵⁶ Ancak burada, karşı edimi değiştirerek (örneğin, artırarak veya azaltarak) borç üstleniliyorsa, bu ihtimalde karşı edim borcu bakımından bir yenileme söz konusu olabilir.

Bazı borçlar ise, borç ilişkisindeki ana borçtan ayrı ve bağımsız olarak devre konu olamazlar. Örneğin, sözleşmesel bazı ilişkilerde taraflardan birine yüklenen yan borç niteliğindeki aydınlatma yükümlülüğü bu ilişkideki ana borçtan bağımsız olarak üçüncü kişiye intikal etmez⁴⁵⁷.

II. Borcun Dış Üstlenilmesinin Benzeri Kurumlardan Ayırt Edilmesi

Borcun dış üstlenilmesi, üç hukuk öznesini etkileyen bir hukuki ilişki olarak, diğer bazı üç taraflı hukuki kurumlarla amacı bakımından olmasa da yapısal bir benzerliğe sahiptir. Söz konusu bu kurumlar, borçlunun değişmesini hedef tutmazlar. Ancak bazı açılardan borcun üstlenilmesi kurumuyla benzerlikleri öğretide tartışma konusu olmuştur. Bu başlık altında öncelikle, yapı olarak borcun üstlenilmesine benzese de amacı bakımından borcun üstlenilmesinden ayrılan bu kurumların ayırt edilmesi açıklanacaktır.

Bu kapsamda, yapısal anlamda borcun üstlenilmesine benzeyen bazı üç köşeli ilişkiler ile borcun asıl borçlunun dışında bir kişi tarafından üstlenilerek ödenmesine yol açan ilişkilerin veya borçlunun borcundan kurtulmasıyla sonuçlanan bazı işlemlerin borcun dış üstlenilmesinden hangi noktalarda ayrıldığı açıklanacaktır. Bu anlamda, borcun dış üstlenilmesine yakın görünen hukuki kurumlar tespit edilerek, bunlara nazaran arz ettiği farklar ve benzerlikler ele alınacaktır (A).

Ardından, borçlunun değişmesi sonucunu doğursa da, hem yapısı hem de işlevi bakımından borcun üstlenilmesinden farklılık arz eden sözleşmenin devri (B) ve külli halefiyet kurumları (C) kısaca açıklanacak ve borcun üstlenilmesinden ayırt edilecektir.

A. Yapısı Bakımından Benzeri Kurumlardan Amaç Bakımından Ayırt Edilmesi

Bu başlık altında, borcu sona erdiren yahut yeni bir borçlu için borç doğuran ve bu anlamda borcun üstlenilmesiyle benzerlik arz eden bazı hukuki kurumlar incelenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu kurumlar, borcun nakli amacı gütmeyiz. Aşağıda bu kurumlar açıklanacak ve borcun üstlenilmesine nazaran arz ettikleri farklılıklar ortaya konacaktır.

⁴⁵⁷ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 38.

1. İfanın Üstlenilmesinden Ayırt Edilmesi

İfanın üstlenilmesi (*Erfüllungsübernahme, la reprise de l'exécution d'une obligation*), borçlunun alacaklıya olan borcunu, onun yerine “ifa etmeyi” üstlenmektir⁴⁵⁸. Söz konusu ifanın üstlenilmesi, üstlenen ile borçlu arasında akdedilir ve sadece üstlenen ile borçlu arasında borç doğurur⁴⁵⁹. Asıl borçlu, alacaklıya karşı olan borcundan kurtulmaz. Bir borç intikali söz konusu değildir. Sadece ifa yoluyla borçtan kurtarma taahhüdü söz konusudur. Diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesinin kurtarıcı etkisi burada mevcut değildir⁴⁶⁰.

Örneğin; üstlenen, borçlunun borcunu sona erdirmek amacıyla (*causa solvendi*) alacaklı lehine ifada bulunmayı taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda, üstlenen asıl borçlunun borcunu ifa etmeyi üstlenmiştir⁴⁶¹. Bu sözleşme, ifayı üstlenen ile asıl borçlu arasında tam üçüncü kişi (alacaklı) yararına yapılmış ise alacaklı, üstlenene karşı talep yetkisi elde eder⁴⁶². Burada bir borcun üstlenilmesi değil, bir ifanın

⁴⁵⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 257; BGE 73 II 171, 177-178; BGE 46 II 242, 245; BGE 29 II 312, 318.

⁴⁵⁹ BGE 110 II 340, 341 (www.bger.ch). Bu taahhüt ile, üstlenen borçlunun borcunu alacaklıya karşı üstlenmiş olmaz. Üstlenen burada, söz konusu borcu alacaklıya ifa etmeyi borçluya karşı yükümlenir (**Horn**, s. 18; **Kassebeer**, s. 1-2; **Unger**, Schuldübernahme, s. 14; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 41; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 25; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 13; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 18; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1404, N. 2; **Rubach**, s. 35 vd.; **Saleilles**, Etude, §4, N. 109; **Dernburg**, §156, s. 432-433). O halde burada, tam üçüncü kişi (alacaklı) yararına olarak düzenlenmiş olması istisnası haricinde, alacaklının bir talep hakkı doğmaz (**Siedel**, s. 8 ve 11; **Albert**, s. 6 vd.; **Davidson**, s. 19 vd.; **Detert**, s. 29; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 25; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1404, N. 2). Kural olarak ifayı üstlenen, alacaklıya karşı doğrudan sorumlu olmaz (**BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 2; **Kassebeer**, s. 2; §1404 ABGB).

⁴⁶⁰ **Köhler**, s. 8; **Seidenath**, s. 13; **Riedel**, s. 22 vd.; **Schmiedeberg**, s. 22. Burada sadece bir borçlandırıcı işlem söz konusudur (**Lemke**, s. 41).

⁴⁶¹ **Berger**, §36, N. 2302.

⁴⁶² **Gaudemet, E.**, Etude, s. 320. Bkz. **Blome**, Wilhelm, Die kumulative Schuldübernahme verglichen mit dem Drittgläubigerleistungsvertrag, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen, Göttinger Handelsdr., Göttingen 1931.

Alman hukukunda §329 BGB kuralı, bir kimsenin borçlunun borcunu alacaklıya ifa etmeyi üstlenmesi halinde söz konusu ifa taahhüdünün sadece borçlu yararına olduğunu, şüphe halinde alacaklının taahhüt edene karşı bir talep yetkisi elde etmediğini açıklamaktadır (Açıklamalar için bkz. **Albert**, s. 42 vd.). Türk hukukunda **Akyol**, bu görüşe karşı, şüphe halinde alacaklının da dava hakkının kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, alacaklı hem asıl borçlusunu ve hem de ifa taahhüdünde bulunan üstleneni dava edebilmelidir (**Akyol**, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 30-31). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, İsviçre ve Türk hukukunda da, aksine sözleşme hükmü yoksa veya örf ve adet kuralları aksi yorumu gerektirmiyorsa, üçüncü kişi lehine yapılan taahhüdün “eksik” olduğu, diğer bir deyişle alacaklıya talep yetkisi vermediği kabul edilmiştir (TBK. m.129/f.II; İsv. BK. m.112/f.II. Aynı yönde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 218 vd.; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 271; BGE 88 II 350, 360-361

üstlenilmesi söz konusudur. Alacaklının bu yönde iradesi olmaksızın, yani alacaklı üstlenen ile dış üstlenme sözleşmesi akdetmemişse, ifanın üstlenilmesi asıl borçluyu kurtarıcı etki doğurmaz. Yani bu anlamda burada, bir borcun dış üstlenilmesinden bahsedilemez.

İfanın üstlenilmesi, borçlunun herhangi bir şekilde borçtan kurtulmasını değil de, sadece ifa yoluyla borçtan kurtarma taahhüdünü içermesi sebebiyle borçtan kurtarma taahhüdünden daha dar bir kavramdır⁴⁶³. Yukarıda borcun iç üstlenilmesi bahsi incelenirken belirttiğimiz üzere, ifa taahhüdünden farklı olarak; borçtan kurtarma taahhüdünün hangi şekilde ifa edileceğine taahhütte bulunan kişi karar verecektir⁴⁶⁴. Borçluyu kurtarmanın tek yolu ifa değildir. Alacaklıyla borcun dış üstlenilmesi hususunda anlaşılabilir veya borçluyu kurtarabilecek başka yollara başvurulabilir⁴⁶⁵. Elbette ki alacaklı, borcun ifası haricindeki diğer yolları (örneğin, borcun üstlenilmesi önerisini) reddetme hakkını haizdir⁴⁶⁶. Alacaklı bu öneriyi reddettiği takdirde üstlenen, borcu ifa ederek borçluyu alacaklıya olan borcundan kurtarmakla yükümlü olacaktır. Bu durum, aşağıda inceleyeceğimiz Alman hukukundaki §415 Abs.3 BGB hükmüyle benzeşir.

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde ifanın üstlenilmesi kanunlarda yer almaz. Sözleşme serbestisi uyarınca yapılabilirse de uygulamada pek fazla yer bulamamıştır. Bunun nedeni, borçtan kurtarma taahhüdünün ifanın üstlenilmesini de kapsayacak şekilde daha geniş içerikli bir taahhüt olmasıdır. İç üstlenme sözleşmesi yapılırken, ayrıca ifanın üstlenilmesi kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır.

[www.bger.ch]). Elbette ki, alacaklının da doğrudan talep yetkisine sahip olacağı şekilde, tam üçüncü kişi yararına ifa taahhüdünde bulunmak da mümkündür.

⁴⁶³ Aynı yönde bkz. **Von Blume**, JherJB 40, s. 110-111; **Unger**, Schuldübernahme, s. 32, dn. 57. Ayrıca bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 258.

Ancak başkasının borcunu ifa etmeyi üstlenmek mümkün ise, borçluyu bu borçtan kurtarmayı taahhüt etmek de elbette ki mümkündür (**Terré/Simler/Lequette**, N. 1306). Borcun cüzi intikaline karşı çıkan **Kuntze** de, burada bir ödeme taahhüdünün, önceki borçluyu kurtarmayacak şekilde yapılabileceğini kabul eder (**Kuntze**, s. 324).

⁴⁶⁴ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2, b. Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s. 1126.

⁴⁶⁵ **Bucher**, AT, s. 582, dn. 14; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 10; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 381-382; **Schwenzer**, N. 91.07; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 35-36; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2-3; **Berger**, §36, N. 2335. Ayrıca bkz. **Funk**, Art. 175 OR, N. 1; **Oğuzman/Öz**, s. 572-574, dn. 148; **Feyzioğlu**, s. 671; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.173, N. 1; BGE 57 II 315, 322 (www.bger.ch).

⁴⁶⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, 175 OR, N. 58 ve 72; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3577.

Buna karşın, Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde, ifanın üstlenilmesi kanunda yer almaktadır. Açıklayacak olursak; onay yöntemine göre, borcun üstlenilmesi hususunda üstlenenin borçluyla yaptığı ve alacaklının onayına sundukları sözleşme, §415 BGB ve §1405 ABGB uyarınca alacaklının onayı olmaksızın bir hukuki sonuç doğurmaz⁴⁶⁷. Alacaklının onay vermesinin beklendiği süreçte, yani işlemin akıbeti askıdayken yahut alacaklının borçlunun değişmesini reddetmesi ihtimalinde, üstlenenin asıl borçlunun borcunu alacaklıya ifa etmeyi taahhüt etmiş olduğu, kanuni bir karine olarak kabul edilir (§415 Abs.3 BGB; §1405 Abs.2 ABGB)⁴⁶⁸. Diğer bir deyişle, “ifayı üstlenme” burada taraf iradeleriyle değil, kanun gereği meydana gelir⁴⁶⁹. Bu durumda, alacaklı borcun intikaline rıza göstermemiş olduğundan, üstlenenden borcun ifasını talep edemez, ama borçlu edebilir⁴⁷⁰.

2. Borca Katılmadan Ayırt Edilmesi

Borca yabancı olan üçüncü bir kişinin alacaklıyla yaptığı bir akit ile, önceki borçlunun yanında müteselsilen borçlu olmasına “borca katılma” denir⁴⁷¹. Burada

⁴⁶⁷ Alacaklının onayına kadar işlemin geçerliliği askıdadır (**Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755). Alacaklının onayı olmaksızın asıl borçlu borcundan kurtulmuş olmaz (**Medicus/Lorenz**, §65, N. 795).

⁴⁶⁸ İfanın üstlenilmesinin bir karine olarak kabul edilmesi hâkim görüştür (bkz. **Davidson**, s. 21; **Herz**, s. 42; **Kassebeer**, s. 26, 27 ve 30; **Menzel**, s. 661 vd.; **Unger**, Schuldübernahme, s. 12, dn. 41; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, N. 9; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 26). Ne de olsa, alacaklı borcun üstlenilmesine razı olmasa bile, üçüncü kişi ifada bulunmayı üstlenebilir (**Regelsberger**, AcP 67, s. 30; **Windscheid**, Kritische Ueberschau I, s. 45-46). Bu durumda, üstlenenin bir ödeme yapması halinde, sonradan alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme iddiasıyla iade talebinde bulunması mümkün olmaz (**Gürgens**, s. 297).

⁴⁶⁹ **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 224; **Kötz**, §13, N. 1263; **Gerber**, s. 2; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 5; **Palandt/Grüneberg**, §415 BGB, N. 9; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 43 ve §415 BGB, N. 13; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 8; **Meier**, s. 8; **Riedel**, s. 11 ve 15; **Schmiedeberg**, s. 32 vd.; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 752; **Eckert**, N. 1079; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §415 BGB, N. 7; **Rubach**, s. 50 vd.; **Niggebrügge**, s. 31; **Krienitz**, s. 18 ve 20; **Rocke**, Wilhelm, Die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers beim Auseinanderfall von dinglichem und personlichen schuldner nach dem aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925. Ein beitrag zur hypothekenrechtlichen schuldübernahme des bürgerlichen rechts, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Greifswald, Backe, Pyritz 1927, s. 51.

Üstlenen, alacaklının onay vermesi anına kadar, bu taahhüdüyle mevcut borçluya karşı borçlanır (**Maurer**, s. 222). Buradaki varsayılan taahhüt, sadece asıl borçlu ve üstlenen arasında sonuç doğurur. Alacaklı, üstlenene karşı bir talep yetkisi kazanmaz. Alacaklı böyle bir talepte bulunursa bu zaten onun borcun üstlenilmesine rıza verdiği anlamını taşıyacaktır (**Medicus/Lorenz**, §65, N. 795). *Davidson*'a göre, ifanın üstlenilmesi, borçluyla üstlenen arasında yapılan borcun üstlenilmesine yönelik her sözleşmenin içeriğinde mevcuttur. Zira, alacaklı borcun üstlenilmesine onay vermezse bu gizli içerik yürürlüğe girer (**Davidson**, s. 20).

⁴⁷⁰ **Maurer**, s. 246.

⁴⁷¹ **Oğuzman/Öz**, s. 590-591; **Eren**, s. 1254; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 1; **Tunçomağ**, s. 1124; **Altay**, Sabah, Borca Katılma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s. 37 vd.; **Özen**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar

sadece bir borçlandırıcı işlem söz konusudur⁴⁷². Borca katılan, kendisine yabancı bir borcu, kendisine ait asli bir borca dönüştürür⁴⁷³. Bu şekilde, asıl borçlunun yanına yeni bir borçlu müteselsilen katılmış olur.

Katılınan borcun asli karakteriyle ilgili olarak, *Özen*'e göre, mevcut borca katılma yoluyla müteselsil borç altına girme, devamı ve sona ermesi bakımından ilk borçtan bağımsız olsa da, “doğuş itibariyle fer’i” bir niteliğe sahiptir. Zira, yazara göre, müteselsil borçluluk durumunun ortaya çıkması katılmaya konu olan borcun mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır⁴⁷⁴. Kanaatimizce bu durum, üstlenme sonucu doğması beklenen borcun fer’i niteliği olarak değerlendirilemez. Zira bu husus, doğacak borcun fer’i olmasıyla ilgili değil, borca katılmanın konusuz kalması ve “imkânsızlık” sebebiyle hükümsüz olmasıyla ilgilidir.

Üçüncü kişinin borca katılması halinde; önceki borçlu, borçlu kalmaya devam eder ve onun yanına yeni bir müteselsil borçlu eklenir⁴⁷⁵. Bu anlamda borca katılma,

Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 9; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 478-479; **Ertaş (Zevkliler/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu)**, N. 1403; **Reichel**, s. 1 vd. ve 141; **Von Büren**, s. 348-349; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 6; **Guhl/Koller** §35 N. 19; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3641; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383; **Schwenzer**, N. 91.33; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 281-282; **Berger**, §36, N. 2338-2339; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Huguenin**, N. 1408; **Eckert**, N. 1081-1082; **Oftinger**, §18, s. 209; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Kötz**, §13, N. 1268; **Koziol/Welser**, s. 131; **Siedel**, s. 6; **Kleinecke**, s. 17 vd.; **Piltz**, N. 259 vd.; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 2; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 22; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 12; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 10; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 12 vd.; **Scheyhing/Nörr (Pöggeler)**, s. 254; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 3; **Durman**, s. 60; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 817-818. Ayrıca bkz. **Horn**, s. 19 vd.; **Simon**, Siegfried, Der Schuldbeitritt und die Lehre von der Schuldübernahme, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg, Buchdruckerei Robert Noske, Borna-Leipzig 1913, s. 1 vd.; **Dernburg**, §156, s. 433. Borca katılmanın teminat amacıyla yapılması mümkündür (**Altay**, s. 97 vd.; **Şener**, s. 1281 vd.).

Bu sözleşmeye Roma hukukunda “*adpromissio*” denilmektedir (**Béguelin**, FJS 810, s. 1. Ayrıca bkz. **Juliusberger**, R.A., Beiträge zur Lehre von der kumulativen Schuldübernahme, C. Boldt, Rostock 1916).

⁴⁷² **Eckert**, N. 1081; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Altay**, s. 57 vd. *Simon*, borca katılmayla borcun dış üstlenilmesini karşılaştırdığı eserinde, *Strohhal*'ın teorisinin etkisiyle borcun dış üstlenilmesinin bir cüzi halefiyet hali olup olmadığı konusuna tereddütle yaklaşırsa da, borca katılmanın sadece bir borçlandırıcı işlem olduğundan emindir (**Simon**, s. 26).

⁴⁷³ **Özen**, Kefalet, s. 9; **Niggebrügge**, s. 36. Belirtmek gerekir ki katılan, borcu mutlaka aynı kapsam ve içerikle üstlenmek zorunda değildir. Borcun kapsamı daraltılabilir veya genişletilebilir (Bkz. **BernerKomm/Becker**, Art. 143 OR, N. 11). Ne de olsa alacaklı, hâlâ ilk borçluyu aynı şartlarla elinde tuttuğu için durumu zedelenmeyecektir (**Von Büren**, s. 349).

⁴⁷⁴ **Özen**, Kefalet, s. 10. Aynı yönde bkz. **Heidenheimer**, Leo, Ein Beitrag zur Lehre von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme, Inaugural-dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen Staudenraus, Würzburg 1911, s. 19.

⁴⁷⁵ **Koller**, §75, N. 16, s. 1204, **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 403; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Bucher**, AT, 587; **Berger**, §36, N. 2338; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Eckert**, N. 1081-

İsviçre, Alman ve Fransız hukukçularının deyimiyle, borcun “eksik” üstlenilmesi olarak düşünülebilir⁴⁷⁶. Zira, burada da yeni borçlunun borcu üstlenmesi söz konusuysen, “eksik” olan özellik asıl borçlunun borcundan kurtulmamış olmasıdır. Bu nedenle, Alman ve İsviçre hukuklarında buna kurtarıcı (*privative*) değil, eklenen borç üstlenme (*kumulativen Schuldübernahme, Schuldmitübernahme, reprise de dette cumulative*) denilmektedir⁴⁷⁷. Oysa, borcun dış üstlenilmesi, önceki borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurduğu için buna “borcun kurtarıcı üstlenilmesi” (*privative Schuldübernahme, la reprise de dette privative*) denilmektedir⁴⁷⁸.

1082; **Albert**, s. 8 vd.; **Buka**, s. 1; **Cullman**, Ludwig, Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg, Strassburg 1913, s. 8 vd.; **Von Gierke**, s. 34-35; **Horn**, s. 18; **Kassebeer**, s. 1. Diğer bir deyişle, borca katılma halinde üstlenen, borçlunun yerine geçmez, onun yanında müteselsilen borçlu olur (**Von Büren**, s. 348; **Béguelin**, FJS 810, s. 1; **Stammler**, s. 206; **BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 5; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6.Schuldübernahme, Vorbem. N. 2; **Strohal**, s. 234; **Springer**, Bernhard, Kumulative Schuldübernahme, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, J. Beltz, Langensalza 1930, s. 23 vd.; **Köhler**, s. 9).

⁴⁷⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 140; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 26. “*La cession de dette imparfaite*” (**Saleilles**, De la cession de dettes, s. 11; **Andreu**, N. 73, s. 102; **Delebecque/Pansier**, N. 296). Borçlu ile üstlenen, alacaklıya danışmadan, aralarında yaptıkları üçüncü kişi (alacaklı) lehine bir sözleşmeyle üstlenenin borç dolayısıyla sorumlu olmasını sağlayabilirler. Ancak, bu bir eksik borç intikali (*transmission imparfaite*) teşkil eder. Zira önceki borçlu alacaklının rızası olmaksızın borçtan kurtulmaz (**Ghestin**, Jacques, “*La transmission des obligations en droit positif français*”, La transmission des obligations, Travaux des IXes Journées d’études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S. A., Bruxelles 1980, N. 83).

⁴⁷⁷ Borçlunun yanına yeni bir müteselsil borçlu eklenmesi suretiyle alacaklının durumu güçleneceğinden, **Windscheid** bunu güçlendirici borç üstlenme (*bestärkende Schuldübernahme*) olarak adlandırmıştır (**Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 405-406; Aynı yönde, **Oertmann**, s. 330; **Buka**, s. 1; **Crome**, §203, s. 359; **Kassebeer**, s. 1; **Dernburg**, §156, s. 432; **Von Blume**, JherJB 39, s. 391; **Simon**, s. 4). Benzer şekilde, **Esser ve Schmidt**, güçlendirici borca katılma (*verstärkende Schuldmitübernahme*) sözünü kullanmıştır (**Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321). **Von Gierke** ise, borca katılma işleminin borcu çoğalttığını bu anlamda bir “çoğaltıcı halefiyetin” (*vervielfältigende Sukzession*) söz konusu olduğunu belirtiyor. Buna göre, üstlenen borca cüzi halef olur ama asıl borçlunun borcu sona ermez (**Von Gierke**, s. 34). **Falkenstein** ise, “birlikte borç üstlenme” (*Schuldbeitritt*) ve “mevcut borca katılma” (*Schuldeintritt*) kavramlarını katılımcı borç üstlenmenin alt kavramları olarak önermiştir (**Falkenstein**, Hans, Schuldbeitritt und Schuldeintritt, Unterbegriffe der kumulativen Schuldübernahme, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität, Friedrich, Marburg 1931, s. 17 vd.). Ayrıca bkz. **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 2. **Gaudemet**, katılımcı nakil (*transport cumulatif*) kavramını ileri sürmüştür (**Gaudemet**, E., Obligations, s. 475).

⁴⁷⁸ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 1; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 2; **Tercier**, §36, N. 1773; **Gaudemet**, E., Etude, s. 10; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3565 ve 3582; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383 vd.; **BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 5; **OFK-Schauvelberger/Keller**, Art. 176 OR, N. 2. “*Befreiende Schuldübernahme*” (**Larenz**, AT, §35, s. 602; **Boehmer**, s. 31; **Buka**, s. 1; **Crome**, §202, s. 350; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 1; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **Dernburg**, §156, s. 432). **Esser ve Schmidt** ise borçlunun yükünü kaldıran üstlenme anlamında “*entpflichtende Schuldübernahme*” tanımını kullanmaktadır (**Esser/Schmidt**, §37 II, s. 318). **Gaudemet**, tam nakil (*transport parfait*) veya kurtarıcı nakil (*transport privatif*) kavramlarını ileri sürmüştür (**Gaudemet**, E., Obligations, s. 475). “*La reprise de dette privative ou libératoire*” (**Ferrand**, N. 304, s. 319). “İntikal

Türk hukukunda, önceleri kanunda yer almayan “borca katılma” kavramı, uygulamada sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak karşımıza çıkmaktaydı⁴⁷⁹. Günümüzde, Türk Borçlar Kanununun kabul edilmesiyle birlikte, borca katılma kavramı kanundaki yerini almıştır (TBK.m.201). Kanaatimizce, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca yapılan bu sözleşmeyi kanunda ayrıca düzenlemeye ihtiyaç yoktu. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanununda da, borca katılma ayrıca düzenlenmiş değildir. Ancak, Türk kanunkoyucusu, uygulamada sıkça görülen bu akdi kanunda düzenleme ihtiyacı hissetmiştir.

Her ne kadar TBK. m.201, sadece katılan ile alacaklı arasında yapılan bir akitten bahsetse de katılanın, asıl borçluyla yaptığı bir akit ile “alacaklı yararına” borca katılması da mümkündür⁴⁸⁰. Zira, alacaklı borç altına girmemekte veya haklarında bir değişiklik olmamaktadır. Tam aksine müteselsilen sorumlu olacak ek bir borçlunun katılımıyla, alacağını elde etme imkânı güçlenmektedir⁴⁸¹. O halde bu sözleşme, borca katılanın asıl borçluyla anlaşmasıyla da gerçekleşebilir. Bu durumda, borca katılma akdi, alacaklı lehine kararlaştırılmıştır ve tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme söz konusu olur⁴⁸². Bu halde, elbette ki, alacaklının bu hakkı

ettiren” anlamında “*translativ*” de kullanılmaktadır (Von Gierke, s. 33; Kassebeer, s. 1). “*Translativ*” sözcüğüne, burada alacağın temlikinde olduğu gibi bir devir söz konusu olmadığı için karşı çıkan *Wendt*, sadece “kurtarıcı” anlamında “*befreiende*” borç üstlenmeden bahseder (*Wendt*, s. 62).

⁴⁷⁹ Kanunda, bazı hallerde kanun gereği borca katılmanın düzenlendiği haller mevcuttur. Bunun en bariz örneği, kollektif şirkete yeni giren ortağın, girme tarihinden evvel doğmuş olsa bile, şirketin borçlarından ve taahhütlerinden diğer ortaklarla birlikte müteselsilen ve bütün malvarlığı ile sorumlu olmasıdır (TTK. m.236/f.II; İsv. BK. m.569; §§128 ve 130 HGB).

⁴⁸⁰ Ancak elbette ki, borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı bir borç söz konusu ise, alacaklı üçüncü kişinin ifasını reddetme hakkını elinde tutar.

⁴⁸¹ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 8; **Bucher**, AT, s. 587; **Engel**, s. 902; **Von Tuhr/Escher**, §90, s. 302, dn. 32a; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 279, 281-282 ve 302. **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 77; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Looschelders**, §54, N. 1174; **Kötz**, §13, N. 1272; **Siedel**, s. 6; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 7; **Şener**, s. 1282-1283.

Borca katılmada amaç, alacağa ilişkin kayıp riskinin azalmasıdır. Yoksa alacaklının karşısında borçlunun kredibilitesini artırmak değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 284). Kefalette olduğu gibi, borca katılmada da amaç, alacaklının durumunu güçlendirmektir (**Larenz**, AT, §35, s. 611).

⁴⁸² **Özen**, Kefalet, s. 8 vd.; **Develioğlu**, Hüseyin Murat, “İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. 1, Yıl 3, S. 1, 2004/1, s. 301; **Eren**, s. 1255; **Şener**, s. 1291 vd.; **Bucher**, AT, 587; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 279; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3642; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Berger**, §36, N. 2339; **Schwenzer**, N. 91.35; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 78; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Huguenin**, N. 1410; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Looschelders**, §54, N. 1172; **Kramer**, N. 561; **Kötz**, §13, N. 1268; **Siedel**, s. 6; **Albert**, s. 51 vd.; **Davidson**, s. 17; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 7; **Von Gierke**, s. 38; **Detert**, s. 28; **Piltz**, N. 260; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 2; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 28; **Scheyhing/Nörr (Pöggeler)**, s. 260; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 3; **Rubach**, s. 56;

kullanmak istediğini bildirene kadar asıl borçlu katılanı ibra edebilir ve borcun nitelik ve kapsamını değiştirebilir (TBK. m.129/f.II). Oysa katılanın, doğrudan alacaklıyla anlaşması ihtimalinde böyle bir risk yoktur. Kanımızca Türk kanunkoyucusu bu nedenle, TBK. m.201 hükmünde borca katılmanın taraflarını alacaklı ve katılan olarak belirlemiştir⁴⁸³.

Üçüncü kişi (katılan), alacaklıya karşı söz konusu borcu ifa edeceğini taahhüt eder. Diğer bir deyişle, esas borçlunun hukuki durumu ilke olarak etkilenmez⁴⁸⁴. Zira, mevcut borçlunun borçtan kurtulması söz konusu değildir. Alacaklının alacağına bir değişiklik olmamıştır, onun talep edebileceği alacağın objektif içeriği halen aynıdır. Ancak, talebini yöneltebileceği borçlu sayısı artmıştır⁴⁸⁵.

Borcun dış üstlenilmesinde mevcut bir borç, üstlenen tarafından, önceki borçluyu borcundan kurtararak üstlenilmektedir. Bu anlamda, önceki borçlunun yanında ilave bir borçluluk söz konusu olmadığı için, borçlunun yanında bir borcu üstlenmekten (borca müteselsil borçlu olarak katılmaktan) farklı bir kurum söz

Riedel, s. 27; **Schmiedeberg**, s. 73. Ayrıca bkz. **Blome**, Wilhelm, Die kumulative Schuldübernahme verglichen mit dem Drittgläubigerleistungsvertrag, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen, Göttinger Handelsdr., Göttingen 1931.

Alacaklı lehine (üçüncü kişi yararına) borca katılma sözleşmesinde alacaklının rızasına ihtiyaç yoktur. Zira, alacaklı borç altına girmemekte veya haklarında bir değişiklik olmamaktadır. Tam aksine müteselsilen sorumlu olacak ek bir borçlunun katılımıyla, alacağını elde etme imkânı güçlenmiştir (**CommRomand/Probst**, Intro. N. 8; **Bucher**, AT, s. 587; **Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3642; **Engel**, s. 902; **Schwenzer**, N. 91.35; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 279 ve 302; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Berger**, §36, N. 2338 vd.; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 753; **Eckert**, N. 1082; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 7; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 2; **Şener**, s. 1291 vd.; **Detert**, s. 11). Borca katılma sözleşmesinin alacaklı (üçüncü kişi) yararına düzenlenebileceğine dair bkz. **Albert**, s. 51 vd. Önceki borçlunun yanına eklenen müteselsil borçlunun varlığı teminat verenlerin risklerini artırmayacağı, aksine durumlarını güçlendireceğinden hareketle, onların rızasına başvurmaya gerek olmaz (Bkz. BGE 63 II 14, 15 [www.bger.ch]; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3).

⁴⁸³ Borca katılmanın taraflarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Altay**, s. 43 vd.; **Reichel**, s. 25 vd.; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 2; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; **Tercier**, §36, N. 1775; **Guhl/Koller**, §35, N. 2 ve 19; **Berger**, §36, N. 2339; **OFK-Schauflberger/Keller**, Art. 176 OR, N. 2; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Koziol/Welser**, s. 131; **Albert**, s. 8 vd.; **Schollmeyer**, s. 395; **Stammler**, s. 206; **Funk**, Art. 176 OR, N. 1; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 2; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 2; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 2; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 1; **Rubach**, s. 57; **Riedel**, s. 9; **Kulzinger**, s. 5; **Schmiedeberg**, s. 72; **Feyzioğlu**, s. 669; **Saymen**, s. 262; **Tunçomağ**, s. 1124; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 817; **Şener**, s. 1294 vd.; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 1.

⁴⁸⁴ **Uygur**, s. 1164.

⁴⁸⁵ **Siedel**, s. 28; **Detert**, s. 11.

konusudur⁴⁸⁶. Zira borca katılma, önceki borçluyu borcundan kurtarmaz, borcunu azaltmaz veya borç intikal etmez⁴⁸⁷. İki sözleşmenin hukuki sonuçları arasındaki temel fark; borcun üstlenilmesinde üstlenenin asıl borçlunun “yerine”, buna karşılık borca katılmada onun “yanına” geçmesidir⁴⁸⁸.

Borcun üstlenilmesinin, borca katılma (*kumulativ Schuldübernahme*) amacıyla mı yoksa önceki borçluyu borcundan kurtarmak (*privativ Schuldübernahme*) amacıyla mı yapıldığını anlamak için sözleşmenin içeriğine bakmak ve taraf iradelerini güven prensibi uyarınca yorumlamak gerekir⁴⁸⁹. Borcun üstlenilmesi ve taraf yenilemesindeki kurtarıcı etki sadece tarafların bu konudaki tartışmasız iradeleri tespit edilebiliyorsa gerçekleşir⁴⁹⁰. Zira, alacaklı için bu yorumun sonuçları ağır olabilir: Borcun üstlenilmesi halinde alacaklı, asıl borçluya başvurma hakkını kaybedecektir.

O halde, kanaatimizce borca katılmanın borcun dış üstlenilmesinden ayırt edilmesinde, halin icabından makul bir çıkarım yapılamıyorsa, alacaklının menfaatinin borca katılmadan yana olduğu kabul edilerek, önceki borçlusundan vazgeçmek istemeyeceğini varsaymak yerinde olur⁴⁹¹. Bu bakımdan, asıl borçlunun kurtulmasına ve borcun üstlenene intikaline ilişkin irade şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilemiyorsa, borca katılmanın varlığının kabulü gereklidir⁴⁹². Nitekim, Avusturya kanunkoyucusu, bu düşünceden yola çıkarak, borcun dış üstlenilmesini düzenlediği §1406 BGB hükmünün ikinci fıkrasında, alacaklının üstlenme iradesinin

⁴⁸⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Eren**, s. 1254; **Şener**, s. 1282-1283; **Uygur**, s. 1164; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 47; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Huguenin**, N. 1411; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 2.

⁴⁸⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 272; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 6-7; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Schwenzer**, N. 91.33. Borca katılma, bir cüzi halefiyet hali değildir (**Simon**, s. 29).

⁴⁸⁸ **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 10; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1404, N. 1. Aynı yönde bkz. **Altay**, s. 107 vd.; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 25; **Köhler**, s. 9; **Meier**, s. 18; **Niggebrügge**, s. 34.

⁴⁸⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 291 ve 300; **Huguenin**, N. 1411.

⁴⁹⁰ Buradaki kurtarıcı etkinin tespiti için sözleşmedeki ortak iradenin yorumlanması gereklidir. Yorumun yapılamadığı noktada borcun üstlenilmesine işaret eden bir karine yoktur (**Von Büren**, s. 348; **Maurer**, s. 313).

⁴⁹¹ BGE 46 II 63, 68 (www.bger.ch). Aynı yönde, **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 224; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 322; **Von Büren**, s. 348; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 9; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 44. Borçluyula üstlenenin yaptığı anlaşmanın mahiyetinde şüpheye düşüldüğü takdirde, üçüncü kişi lehine ifa taahhüdü veya borca katılma olduğu sonucuna varmak gerekir (**Kleinecke**, s. 30-31).

⁴⁹² Aynı yönde bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 15; **Rouhette**, s. 488; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 4; **Detert**, s. 28; **Von Blume**, JherJB 39, s. 426; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 5; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 31; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 15; **Kipp**, s. 343.

içeriğinde şüphe halinde, alacaklının üstleneni borçlunun “yerine” değil, borçlunun “yanına” müteselsilen borçlu olarak kabul ettiğinin varsayılması gerektiğini hükme bağlamıştır (§1406 Abs.2 ABGB)⁴⁹³.

Unidroit ilkelerinde ise, borcun üstlenilmesini düzenleyen hükümlerde, ilginç bir sistem göze çarpmaktadır. Bu sistemde alacaklıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Buna göre, alacaklı borcun üstlenilmesine onay verirken, dilerse asıl borçluyu borcundan kurtarabilir veya üstlenenin ifayı gerçekleştirememesi ihtimalinde tali olarak başvurmak üzere onu borçlu olarak “yedekte” tutabilir (PICC. m.9.2.5)⁴⁹⁴. Maurer’e göre bu yanlış bir tercihtir. Bunu tercih etmek sadece alacaklıya bırakılmamalı, tarafların ortak iradesine bırakılmalıdır⁴⁹⁵. Kanaatimizce, onay yöntemini benimsemiş olan Unidroit ilkeleri çerçevesinde, borç üstlenme gerçekleşmiyorsa borca katılmanın gerçekleşmesinin kabulü, Alman hukukundaki ifa üstlenilmesi karinesine (§415 Abs.3 BGB) benzer ve bu bakımdan yerinde bir tercih olarak görülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu düzenlemenin Türk ve İsviçre hukuklarında genel olarak kabul edilen sözleşme yöntemi bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira, alacaklıya yapılan sözleşme önerisinin konusu borcun üstlenilmesi iken, alacaklının bunu borca katılma olarak kabulü ihtimalinde; karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları oluşmayacağından (öneriyle kabul birbirine uygun olmadığından) taraflar arasında herhangi bir sözleşme kurulmamış olacaktır. Dolayısıyla, sözleşme teorisi benimsendiğinde, bu hüküm uygun olmaz.

3. Sözleşmeye Katılmadan Ayırt Edilmesi

TBK.m.206 uyarınca sözleşmeye katılma; *“mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.”*

⁴⁹³ Bkz. **KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 3.

⁴⁹⁴ Bu durumda, asıl borçlu, “ikame borçlu” olarak sorumlu olmayı sürdürür (**Ayoğlu**, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 293, dn. 944). Ayrıca bkz. **Mazza**, PICC Commentary, 9.2.5, N. 1 vd. Aynı kural, sözleşmelerin devri konusunda da aynı şekilde düzenlenmiştir (PICC. m.9.3.5).

⁴⁹⁵ **Maurer**, s. 323.

Kanunun bu tanımı uyarınca sözleşmeye katılma, belirli bir borç ilişkisinde sözleşmenin bir tarafına sonradan eklenen üçüncü bir kişinin katılmasıdır⁴⁹⁶. Bu, sözleşmeye katılanın, sadece yanına katıldığı tarafla değil, aynı zamanda karşı tarafla da bu konuda sözleşme yapmasını gerektirir. Diğer bir deyişle, sözleşmeye katılan ile sözleşmenin mevcut taraflarının, yani her üç tarafın da iradelerinin uyuşmasını gerektirir⁴⁹⁷.

Sözleşmeye katılan, sözleşmenin mevcut tarafıyla aynı hukuki durumdadır; yani aynı haklara sahiptir ve onun borçlarının da müteselsil borçlusu durumuna gelmiştir⁴⁹⁸. Katılan, sözleşmenin tarafı olma sıfatından kaynaklanan tüm hakları kullanabilir. Buna, sözleşmeyi değiştiren yahut sona erdiren yenilik doğuran haklar da dahildir⁴⁹⁹.

Esser ve Schmidt'e göre, şahıs ortaklığına yeni bir ortağın katılması, bir anlamda sözleşmeye katılma örneğidir. Yeni ortak, şirket sözleşmesine katılmış olur, bundan doğan tüm hakları, borçları ve yenilik doğuran hakların sahibi olur⁵⁰⁰.

Sonuç olarak; sözleşmeye katılan, sözleşmenin tarafı haline gelirken; borcu üstlenen, dar anlamda borcun borçlusu yerine geçer⁵⁰¹.

4. Teminat Amaçlı Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

a. Kefalet Sözleşmesi

TBK. m.581 uyarınca “*kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*”. Kefalet sözleşmesinde (*Cautonnement, Bürgschaft*) kefil; esas borca bağlı, fer’i ve tali (*akzessorisch und nachrangig*) bir borç üstlenir⁵⁰². Fer’i olmak,

⁴⁹⁶ Bkz. **Çabri**, Sezer, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, Legal Hukuk Dergisi, S. 106, Ekim 2011, s. 3911-3912.

⁴⁹⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 239 ve 301; **Bucher**, AT, s. 593; **Berger**, §36, N. 2347-2348; **Huguenin**, N. 1430; **Larenz**, AT, §35, s. 619; **Oğuzman/Öz**, s. 603 vd. **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 10; BGE 47 II 416, 420-421(www.bger.ch).

⁴⁹⁸ **Früh**, s. 16-17; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 220-221; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 241; **Berger**, §36, N. 2348; **Huguenin**, N. 1430; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 759; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 10; **Pieper**, s. 217 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 603 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 10; **Çabri**, s. 3911 vd.

⁴⁹⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 240; **Bucher**, AT, s. 593.

⁵⁰⁰ **Esser/Schmidt**, §37 IV, s. 327.

⁵⁰¹ Bkz. **Çabri**, s. 3915-3916.

⁵⁰² **CommRomand/Probst**, Intro. N. 11; **Engel**, s. 903-904; **Saymen**, s. 262; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 11; **Reichel**, s. 81 vd.; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 303;

kefaletin ayırıcı karakteridir⁵⁰³. Borcun üstlenilmesinde ise üstlenen, asıl borçluyu borcundan kurtaracak şekilde borcu üstlenmekte ve borcun asli borçlusu haline gelmektedir. Bu anlamda, borçlunun borcuna kefil olmaktan farklıdır. Zira kefalet, asıl borçluyu borcundan kurtarmaz⁵⁰⁴.

b. Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesinde (*promesse de porte-fort, Garantievertrag*), garanti veren esas borçtan bağımsız olarak asli bir borç üstlenir⁵⁰⁵. Garanti borcu, ne fer'i ne de müteselsil karakter taşır⁵⁰⁶. Garanti verenin borcunun içeriği, asıl borçtan farklı ve bağımsızdır. Oysa ki, borcun üstlenilmesinde, üstlenen asıl borçluyla aynı içerik ve kapsamda borçludur⁵⁰⁷.

Schmid, Jörg/ Stöckli, Hubert, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010, §25, N. 2306 vd.; **Esser, Josef/Weyers, Hans Leo**, Schuldrecht, Bd.II, Besonderer Teil, Teilband I, Verträge, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1998, §40, s. 343 ve 350-351; **Özen**, Kefalet, s. 10 vd.; **Von Büren**, s. 349; **Looschelders**, §54, N. 1175; **Siedel**, s. 7; **Falkenstein**, s. 40-43; **Herz**, s. 28; **Scyboz, Georges**, Le Contrat de Garantie et le Cautionnement, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1972, s. 46; **Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1988, s. 287-288; **Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2006, §31, s. 399; **Medicus**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 13. Auflage, Verlag C.H.Beck, München 2006, §113, N. 521 vd.; **Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, 2. Bd., Besonderer Teil, 13. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994, §60, s. 11 vd. **Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. bası, Ankara 2013, s. 654 vd.; BGE 113 II 434, 436; BGE 26 II 336, 338 (www.bger.ch). Kefalet, alacaklıya borçlunun ödeme yapmaması halinde kefile başvurmak yönünde tali ve alacağa bağlı (fer'i) bir hak bahşeder (**Reisoğlu**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992, s. 2 vd.; **Reisoğlu**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s.22 vd.).

⁵⁰³ **Özen**, Kefalet, s. 79 vd.; **Reichel**, s. 86 vd.

⁵⁰⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 272; **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 807; **Siedel**, s. 11; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 12.

Herz, mecazi bir anlatımla; kefilin, borçlunun "arkasında" tali borçlu olduğunu; borcu üstlenenin ise "ilk sırada" ve borçlunun "yerine" aslı borçlu olarak yükümlülük altına girdiğini ifade etmiştir (**Herz**, s.25). Bu tam anlamıyla doğru bir tanımlama olmaz; zira, müteselsil kefalet halinde, kefaletin talilik unsuru neredeyse kalmaz.

⁵⁰⁵ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 11; **Engel**, s. 436; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 39; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 23; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 14; **Bucher**, BT, s. 289; **Yüce**, Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 57; **Şahin**, Turan, Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 31. Kefaletten farkı için bkz. **Akman**, s. 1672 vd.; BGE 64 II 346, 350 vd.; BGE 113 II 434 (www.bger.ch).

⁵⁰⁶ **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 322; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6.Schuldübernahme, Vorbem. N. 7; **Schmid/Stöckli**, §25, N. 2282; **Esser/Weyers**, §40, s. 359.

Bu bakımdan borca katılmadan ve kefaletten de ayrılır (**Zevkliler/Gökyayla**, s. 658; **Yüce**, s. 75 vd.; **Şahin**, s. 57 vd.; BGE 113 II 434, 436 vd. [www.bger.ch]).

⁵⁰⁷ Benzer şekilde borca katılan da, asıl borçlunun borcundan dolayı aynı içerikte müteselsil borçlu olmuştur (**Siedel**, s. 8).

Diğer bir ayırım ise sebep yönünden kurulabilir. Zira, garanti sözleşmesinde garanti verenin borçlanması sebebi, garanti edilen borcun sebebi ile de aynı değildir⁵⁰⁸. Asıl borcun sebebi her ne olursa olsun, garanti veren teminat amacıyla asli bir borç altına girmiştir. Buna karşın borcun üstlenilmesinde, üstlenilen borcun sebebi asıl borçlu için de üstlenen için de aynıdır.

Borcun dış üstlenilmesinde üstlenen, önceki borçluyu borcundan kurtarır ve onun yerine geçerek borcun asli borçlusuna haline gelir. Bu anlamda, borçlunun borcu için garanti sözleşmesi yapmaktan farklıdır. Zira, garanti veren, borçluyu borcundan kurtarmaz⁵⁰⁹, daha ziyade borcun esas borçlu tarafından ifa edilmemesi dolayısıyla alacaklının uğradığı zararları tazmin etmeyi borçlanır⁵¹⁰. Garanti veren, asıl borcun borçlusunu olmayı arzu etmediği gibi, bir teşebbüsün sonucunu garanti ederken asıl borçlunun yanında da yer almaz. Bu anlamda, yabancı bir edayı ifa etmeyi değil, bir zararı karşılamayı garanti etmektedir⁵¹¹. Oysa borcun üstlenilmesinde, üstlenen borçlunun borcunu (kendisi yeni borçlu sıfatıyla) yerine getirmeyi üstlenir⁵¹².

Gelecekte doğacak borçların üstlenilmesi, müstakbel veya muhtemel bir riskin garanti edilmesinden de farklıdır. Zira, garanti borcunun sebebi ve kapsamı, asıl borcun sebebinden ve kapsamından farklıdır. Garanti borcunun kapsamı bir tazminat borcudur. Buna karşılık borcu üstlenen, asıl borçlu hangi içerik ve kapsamda borçlu ise o içerik ve kapsamda borçlu olur.

5. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeden Ayırt Edilmesi

Roma hukukunda, üçüncü kişinin tarafı olmadığı bir sözleşmeden kaynaklanan bir hak elde etmesi mümkün görünmüyordu⁵¹³. Bu sebeple, üçüncü kişi lehine sözleşme hukuki bir sonuç doğurmuyordu⁵¹⁴. Günümüzde ise üçüncü kişi yararına

⁵⁰⁸ **Reisoğlu**, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 132.

⁵⁰⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Siedel**, s. 11; **Uygur**, s. 1139. Ayrıca bkz. **Şahin**, s. 71.

⁵¹⁰ **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 322.

⁵¹¹ **Reisoğlu**, *Garanti*, s. 131.

⁵¹² **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 277. Bkz. BGE 113 II 434, 435 vd. (www.bger.ch).

⁵¹³ **Ahlswede**, s. 2. Roma hukukunda, *res alios inter acta* ilkesi gereğince, sözleşme tarafı olmayan üçüncü bir kişiye *actio* bahşetmez (**Benrey**, s. 65).

⁵¹⁴ “*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur.*” (**Ulpianus**, D.45,1,38,17). Ayrıca bkz. **Pichonnaz**, N. 1767-1768; **Girard**, s. 478-484.

19. yüzyılda, bir sözleşmenin, tarafı olmayan üçüncü bir kişiye hak kazandırmasını kabul etmeyen bu düşüncüyü savunanlar; üçüncü kişi yararına sözleşmeyi, sözleşmeye katılım veya kabul teorilerine (*Beitrittstheorie*, *Akzeptionstheorie*) dayandırmış ve lehdarın sözleşmenin tarafı haline geleceği

sözleşmeler kabul görmüş ve modern hukuk sistemlerinde tanınmıştır (Bkz. TBK. m.129; İsv. BK. m.112; §§328-335 BGB; §§881-882 ABGB).

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında üçüncü kişi lehine sözleşme; taahhüt edenin, taahhüt edilene, lehdar yararına bir edimi yerine getirmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanır⁵¹⁵. Bu tanımdan anlaşıldığı kadarıyla, bu sözleşmenin konusu; sözleşmeye taraf olmayan bir kişi lehine belirli bir edimin ifasının borçlanılmasıdır⁵¹⁶. Bu sözleşme ile, sözleşmenin tarafı dahi olmayan üçüncü kişi lehine, ya sadece kendisine sunulan edimi kabul yetkisi yahut doğrudan üstlenene karşı ileri sürebileceği bir talep yetkisi bahşedilir⁵¹⁷.

İsviçre, Türk ve Alman hukuklarında kabul edilen sözleşme teorisine uygun olarak, alacaklının üstlenen ile yaptığı akit ile gerçekleşen borcun üstlenilmesi, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurduğundan, öğretide bazı yazarlar tarafından üçüncü kişi (asıl borçlu) yararına “kurtarıcı etkili” bir sözleşme olarak nitelenmektedir⁵¹⁸. Zira, burada asıl borçlu bir fayda elde etmiş, alacaklıya karşı borcundan kurtulmuştur⁵¹⁹.

modeller ileri sürmüşlerdir. Bu teorileri savunan yazarlar, lehdarın kendisini temsilen yapılan sözleşmeye “onay” vererek katıldığını ve yahut kendisine yapılan öneriyi kabul etmek suretiyle sözleşmeyi kurduğunu ileri sürmüşlerdir (Söz konusu yazarlar için bkz. **Albert**, s. 23, dn. 1).

Buna karşı *Bähr*'ın başını çektiği görüşe göre, burada lehdarın temsil edilmesi ve temsil edilen sıfatıyla bu işleme onay vermesi söz konusu olmaz. Aynı şekilde, burada üçüncü kişiye yapılan bir sözleşme önerisi de söz konusu olmaz, ki bu durumda lehdarın öneriyi “kabul” etmesi de söz konusu değildir. O halde, yazara göre; üçüncü kişi (lehdar), sözleşmenin tarafı haline gelmez (**Bähr**, Otto, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München 1883, s. 84).

Bähr'a göre burada alacaklı lehine bir yetkilendirme (*ermächtigen*) söz konusudur. Lehdarın sözleşmenin tarafı durumuna getirilmesi ve bu sıfatla hak sahibi kılınması (*berechtigen*) söz konusu değildir. Yazara göre lehdar, hakkını *actio utilis* ile ileri sürebilir (**Bähr**, Otto “*Über die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol.67, 1884, s. 157-191).

⁵¹⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 218; **Andreu**, N. 37, s. 53; **Niggebrügge**, s. 6 vd.

⁵¹⁶ **Hatemi/Gökyayla**, §28, N. 1; **Eren**, s. 1141.

⁵¹⁷ **Andreu**, N. 37, s. 53; **Riedel**, s. 27; **Larroumet**, Christian, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse de doctorat, Bordeaux IV, 1968, s. 359. Bkz. **Champeau**, Edmond, *La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui en droit romain: la stipulation pour autrui en droit français*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, Paris 1893; **Lambert**, Edouard, *La stipulation pour autrui*, Thèse de doctorat, Paris 1893. “*Üçüncü kişi lehine sözleşme kendi başına ne bir ifadadır ne de tasarrufluk etkisi bulunmaktadır.*” (**Ahlswede**, s. 8).

⁵¹⁸ **Palandt/Grüneberg**, §414 BGB, N. 1; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 1; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 8; **Meier**, s. 31; BGE 60 II 100, 107 (www.bger.ch). Bkz. **Cosack**, §116, s. 398 vd.

Reichel, burada asıl borçlu lehine borçtan kurtarıcı etkili bir işlemin varlığı dolayısıyla “kurtarıcı etkili” (*liberatorischen*) üçüncü kişi lehine sözleşmenin mevcut olduğunu belirtmiştir (**Reichel**, s. 167. Ayrıca bkz. **Wendt**, s. 13-14). Bu görüş uyarınca, üçüncü kişi yararına sözleşmenin mutlaka borçlandırıcı etkili

Buna karşı *Ahlswede*, yaptığı karşılaştırmada her iki kurumun birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵²⁰. Yazara göre, üçüncü kişi lehine sözleşme, tanım gereği lehdarına, onun katılımı olmaksızın, bağımsız ve doğrudan bir alacak hakkı, talep yetkisi kazandırmalıdır⁵²¹. Oysa borcun üstlenilmesinde, üstlenme sözleşmesinden yararlanan durumundaki asıl borçlunun elde ettiği fayda, borcundan kurtulmaktır. Burada asıl borçlu lehine bir hak kazandırma yahut yetkilendirme söz konusu değildir⁵²².

Benzer şekilde *Becker*, borcun üstlenilmesiyle üçüncü kişi lehine sözleşmelerin hukuki özü ve ekonomik amaçları bakımından birbirinden ayrıldığını belirtmiştir. Yazara göre borcun üstlenilmesi; borçlunun değişmesine ve borcun cüzi intikaline yol açarken üçüncü kişi lehine sözleşmelerin amacı, üçüncü kişiye bir talep yetkisi yahut alacak hakkı kazandırmak olabilir⁵²³.

olması gerekmez. Tasarrufi bir etki doğuran üçüncü kişi lehine sözleşme de pekâlâ yapılabilir (Bkz. **Bayer**, Walter, Der Vertrag zugunsten Dritter, Mohr & Siebeck, Tübingen 1995, s. 194-208).

Fransız hukukunda *Andreu*, kurtarıcı etkili üçüncü kişi lehine sözleşmenin (*stipulation pour autrui libératoire*) mümkün olduğunu açıklamaktadır (**Andreu**, N. 38 vd., s. 54 vd.). Alman hukukunda *Riedel*, üçüncü kişi lehine sözleşmenin de borcun üstlenilmesine hizmet edecek şekilde kurgulanabileceğini ileri sürmektedir (**Riedel**, s. 45).

⁵¹⁹ Bu sebeple, teknik anlamı bir kenara bırakılacak olsa bile, üçüncü kişinin “lehine” bir durum yaratmıştır (**Andreu**, N. 38, s. 54). *Lambert*, borcun intikalini, üçüncü kişi lehine sözleşmelerin bir uygulaması olarak görmekteydi. Bu noktada belirtmek gerekir ki yazar, bize göre hatalı görünen bir açıklamayla, borcun naklinin borçlunun değişmesini hedef tuttuğunu ve bu anlamda esas hedefin önceki borçlunun kurtulması olmadığını ısrarla belirtmektedir (**Lambert**, §199-200, s. 221 vd.)

⁵²⁰ **Ahlswede**, Rudolf, Abgrenzung zwischen Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter, Inauguraldissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Fikuart, Hildesheim 1928, s. 23-29.

⁵²¹ **Ahlswede**, s. 23-29; **Gareis**, s. 268-269.

⁵²² *Niggebrügge* ve *Albert*'e göre de, burada asıl borçlunun kurtulması, onun lehine bir ifa yapılması, ona bir edim ifa edilmesi anlamına gelmez. Bu nedenle, yazarlara göre; borcun üstlenilmesi, alacaklıya yeni alacak hakkı kazandırmadığı için bir üçüncü kişi lehine sözleşme olarak değerlendirilemez (**Niggebrügge**, s. 51; **Albert**, s. 39-40). Ayrıca bkz. **Reichel**, s. 166.

Aynı yönde görüş bildiren diğer bazı yazarlara göre ise, üçüncü kişi lehine sözleşme, hakları devretmeye değil; hak meydana getirmeye hizmet etmelidir. Bu görüş uyarınca, üçüncü kişi lehine sözleşme alacak hakkı doğuran (*rechtserzeugend*) ve talep yetkisi kazandıran bir akittir. Buna göre, bir cüzi halefiyet örneği olan ve hak kazandırmak yerine sadece borçlunun değişmesine hizmet eden borçların üstlenilmesinin üçüncü kişi lehine sözleşmeyle gerçekleşmesi mümkün değildir (Bkz. **Von Blume**, JherJB 39, s. 399; **Larenz**, AT, §35, s. 606; **Demuth**, s. 101).

Ekonomik faydaya bakacak olursak borcu üstlenen, doğrudan sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklıya ifada bulunacaktır. Oysa üçüncü kişi lehine sözleşmelerde ifa sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye yapılır (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 270). Ayrıca, ifa talebinde bulunmak yetkisi, taahhüdün yerine getirilmesi talebinde bulunabilecek olan taahhüt edilende de mevcuttur. Oysa borcun üstlenilmesinde, üstlenene karşı ifa talebinde bulunabilecek tek kişi alacaklıdır (**Andreu**, N. 182-183, s. 194-195).

⁵²³ *Berger*'e göre, borcun üstlenilmesi pekâlâ üçüncü kişi lehine sözleşmeyle aynı amaca, yani borcun sona ermesi amacına (*causa solvendi*) hizmet edebilir. Ancak, borcun üstlenilmesinde sözleşmenin akdedildiği anda asıl borçlu borcundan kurtulurken, üçüncü kişi lehine sözleşmelerde borçlandırıcı

Ahlswede, Alman hukukunda üçüncü kişi lehine sözleşmede lehdarın §333 BGB gereğince lehine sunulan hakkı reddetme imkânının bulunduğunu hatırlatarak, borcun üstlenilmesinde asıl borçluya böyle bir imkânın tanınmadığını belirtmektedir⁵²⁴. Bu açıdan bakıldığında, Alman hukukunda borcun üstlenilmesinin hukuki yapı olarak, üçüncü kişi lehine sözleşmelerden farklı olduğunu kabul etmek gerekir⁵²⁵. Nitekim Alman kanunkoyucusuna göre, üçüncü kişi lehine sözleşme ile borcun üstlenilmesi birbirinden ayrı ve farklı kurumlardır⁵²⁶. İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde ise üçüncü kişi lehdara böyle bir red imkânı zaten tanınmamış olduğundan, iki hukuki kurumu birbirinden ayırt etmek için bu ölçüte başvurulamaz.

Kanaatimizce, borcun üstlenilmesi sadece asıl borçluyu borcundan kurtarmak amacıyla yapılan bir akit değildir. Aynı zamanda onun yerine üstlenenin geçmesini amaçlayan, üstleneni borç altına sokan bir işlemdir. Kaldı ki, asıl borçlu, alacaklıya karşı borcundan kurtulmuş olsa da, aynı anda kendisini kurtaran üstlenene karşı rücu borcu altına gireceğinden, ekonomik anlamda işlemin onun “lehine” olduğunu söylemek de güçtür. Sonuç olarak, kanaatimizce, söz konusu iki hukuki kurum birbirinden tamamen ayrıdır⁵²⁷.

Öte yandan, Unidroit ilkelerinin borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerinde, PICC. m.9.2.5 düzenlemesi gereği alacaklının dilerse asıl borçluyu “ikame borçlu” olarak “yedekte” tutmayı tercih etmesi imkânı tanındığından bahsetmiştik⁵²⁸. Bunu önlemek için üstlenenin alacaklıyla akdettiği sözleşmede, borçlunun sorumlu

etkisi olan bir taahhüt söz konusudur. Borçlunun borcundan kurtulması, taahhüt edenin alacaklıya borcu ifa etmesi anında gerçekleşir (**Berger**, §36, N. 2302).

Kaldı ki, yazara göre, borcun üstlenilmesinde alacaklının üstlenene başvurma hakkı kazandığı ileri sürülecek olsa bile, alacaklı sözleşmeye yabancı üçüncü bir kişi değildir (**BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 4).

⁵²⁴ Bkz. **Ahlswede**, s. 23-29; **Niggebrügge**, s. 51; **Maurer**, s. 230. *Grüneberg* de buna dikkat çekmekle birlikte, burada bir kurtarıcı etkili üçüncü kişi lehine sözleşmenin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir (**Palandt/Grüneberg**, §414 BGB, N. 1). §333 BGB'nin burada uygulanmamasının sebebi, hükmün düzenleme amacının üçüncü kişi lehine borçtan kurtarma halini değil, üçüncü kişi lehine borçlanma halini öngörmesidir. Söz konusu hüküm, üçüncü kişi lehdarın alacaklı olmayı reddetme ihtimalini korumak amacıyla düzenlenmiştir. Bu nedenle borcun üstlenilmesi halinde uygulanmayacaktır (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 9).

⁵²⁵ **Benrey**, s. 64. *Boehmer* de benzer şekilde, yaptığı ekonomik incelemenin sonucunda borcun üstlenilmesinin üçüncü kişi lehine sözleşmeden ayrı, kendine has bir kurum olduğuna karar kılmıştır (**Boehmer**, s. 59).

⁵²⁶ **Motive**, II, s. 143-144.

⁵²⁷ Nitekim, *Gaudemet*'nin bu konu hakkında belirttiği üzere, bir hukuki kuruma kendisi için yaratılmamış bir hukuk ilkesi uygulamaya çalışıldığında, teorinin pratik ihtiyaçlara tam olarak uymadığı ve sistemin aksak işlediği görülür (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 349-350).

⁵²⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

tutulamayacağına öngörülmesi halinde, bunun bir anlamda “üçüncü kişi lehine” sözleşme sayılacağı öğretide kabul edilmektedir⁵²⁹.

6. İbradan Ayırt Edilmesi

İbra; alacaklının borçluyla onu borcundan kurtarmak amacıyla yaptığı, dar anlamda borcu sona erdiren bir sözleşmedir (TBK. m.132; İsv. BK. m.115; §397 BGB; Fr. MK. m.1282-1288)⁵³⁰. Bu sözleşmeyle borç tüm fer'ileriyle birlikte sona erer⁵³¹. Hukuki niteliği bakımından ise ibra, alacak hakkını sona erdirdiği için bir tasarruf işlemidir⁵³².

İbra, bu bakımdan alacaklının alacağından karşılıksız olarak vazgeçmesidir⁵³³. Alacaklı tek taraflı olarak alacak hakkından feragat edemez⁵³⁴. Borçlunun rızası aranır⁵³⁵. Ancak, bu rızanın her zaman açıkça ifade edilmesi gerekmez. Öğretide, alacaklının ibra için yönelttiği öneriye borçlu cevap vermese de, işin niteliği gereği borçlunun sessiz kalmasının ibrayı kabul ettiği anlamına geldiği savunulmaktadır⁵³⁶.

Borcun üstlenilmesinde bir üçüncü kişi lehine borçtan ibra sözleşmesinden fazlası mevcuttur. Asıl borçlunun borçtan kurtulmasıyla eş zamanlı olarak üstlenen

⁵²⁹ Ayoğlu, s. 293, dn. 944.

⁵³⁰ İbra, geniş anlamda borç ilişkisini değil, sadece münferit borcu sona erdiren bir sözleşmedir (Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 26 vd.).

Klasik Roma hukukunda, borcun sembolik olarak ifa edilmesi yoluyla borcun sona erdirilmesi yöntemi kullanıldı. Bu yöntem, şekle tabi olarak yapılan *solutio per aes et libram* yöntemiydi (Gai.3.173-175; Kaser/Knütel, §53, N. 18; Girard, s. 756 vd.; Mayer-Maly, s. 182; Robaye, s. 21; Hausmaninger/Selb, s. 314; Buckland, s. 572; Gaudemet, J., s. 291; Honsell, Römisches Recht, s. 107-108). Roma hukukunda *stipulatio* yoluyla yapılıyordu. İbra amacıyla yapılan *stipulatio*, *acceptilatio* olarak adlandırılıyordu (Gai.3.169; Kaser/Knütel, §53, N. 19; Girard, s. 756 vd.; Mayer-Maly, s. 182; Robaye, s. 21; Hausmaninger/Selb, s. 314; Buckland, s. 572; Gaudemet, J., s. 291; Honsell, Römisches Recht, s. 108; Schmidlin/Cannata, s. 82). Bu sözleşme sonucunda borçlu, alacaklıya karşı olan yükümlülüğünden kurtuluyordu (Girard, s. 759).

⁵³¹ Eren, s. 1270; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 989; Berki, s. 237 vd.; Mazeud/Mazeud/Chabas, s. 1233 ve 1236, N. 1195.

⁵³² Berki, Şakir, “Borçların Sukutu”, AÜHFD, 1955, C. 12, S. 1-2, s. 239; Eren, s. 1271; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 987; Turanboy, s. 26 ve 113 vd.

⁵³³ Mazeud/Mazeud/Chabas, s. 1236, N. 1195.

⁵³⁴ Eren, s. 1271; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 986; Kocayusufpaşaoğlu, §11, N. 7, dn. 8.

⁵³⁵ Oysa, borcun üstlenilmesinde borçlunun rızası aranmaz (Bkz. ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 49; Robaye, s. 21). Borçlunun rızasının aranmasına gerek olmaksızın alacaklının tek taraflı irade beyanıyla alacak hakkından feragat edebileceğine dair *Barbeyrac*'ın görüşüne karşılık olarak *Pothier*, burada bir anlamda bağışlama iradesi olduğundan ve bu sebeple sözleşmesel bir ilişkinin ve dolayısıyla borçlunun rızasının aranması gerektiğinden bahseder (Pothier, N. 614).

⁵³⁶ Öneri, karşı tarafa herhangi bir yükümlülük yüklemeksizin sadece onun yararına bir sözleşmeye (bağışlama vaadi veya borçtan ibra gibi) yönelik ise, işin niteliği gereği TBK. m.6 uygulama alanı bulacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, §20, N. 5). Fransız hukukunda aynı yönde bkz. Mazeud/Mazeud/Chabas, s. 1237, N. 1197.

borç altına girer⁵³⁷. Ancak, borcun üstlenilmesi; borçlunun kurtulmasını sağlayacak ibra ve üstlenenin borç altına girmesi sonucunu doğuracak bir soyut borç ikrarı olarak iki ayrı işleme ayrılamaz. Zira, burada bir cüzi intikal sonucunu doğurmak üzere tek bir işlem yapılması söz konusudur⁵³⁸. Diğer bir deyişle, borç hiç sona ermemiş, ibra olmamış, sadece yeni borçluya intikal etmiştir⁵³⁹. Kanaatimizce bu bakımdan, borcun üstlenilmesi bir ibra sözleşmesi değildir.

B. Sözleşmenin Devrinden Ayırt Edilmesi

1. Genel Olarak

a. Sözleşmenin Devrinin Tanımı

Sözleşmenin devri, borç doğuran bir sözleşmenin tarafı olma konumunun tümüyle üçüncü kişiyle değiştirilmesidir⁵⁴⁰. Diğer bir deyişle, sözleşmenin devri ile söz konusu sözleşmeden kaynaklanan geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı olma sıfatı, bundan kaynaklanan tüm hak ve borçlarla birlikte devredilmekte, sözleşmenin bir tarafı değişmektedir⁵⁴¹. Burada sözleşme varlığını ve içeriğini koruyarak, sadece taraf değiştirir⁵⁴². Sözleşmenin devri, İsviçre ve Alman hukuklarında kanunda yer almamakla birlikte, uygulamada kabul görmüş *sui generis* bir akittir⁵⁴³. Türk hukukunda ise bu kurum, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda yer almıştır.

Türk hukukunda, sözleşmenin devri TBK. m.205/f.I hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre, sözleşmenin devri (*Vertragsübernahme, Vertragsübertragung, reprise de contrat*), sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında

⁵³⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I, A ve Üçüncü Bölüm, III, A, 1.

⁵³⁸ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 33.

⁵³⁹ **Harke**, §15, N. 398.

⁵⁴⁰ **Favre**, N. 31, s. 9; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 180; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 30; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 7; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 14; **Pieper**, s. 210 vd. Sözleşmenin tarafı olma sıfatı devrolur (**Flour/Aubert/Flour/Savaux**, N. 396). Bu görüş, özellikle borcun cüzi intikalini kabul etmeyen Fransız hukukunda bu sorunu aşmak için ileri sürülmüştür (**Terré/Simler/Lequette**, N. 1310).

⁵⁴¹ **Früh**, s. 1; **Von Büren**, s. 356; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3547 vd.; **Huguenin**, N. 1423; **Schwenzer**, N. 92.01; **Bucher**, AT, s. 592; **Larenz**, AT, §35, s. 616; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 796; **Looschelders**, §54, N. 1168; **Kötz**, §13, N. 1262 ve 1275; **Siedel**, s. 10; **Bartels**, s. 142; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 30-32; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 2; **Oğuzman/Öz**, s. 598-599; **Ayrancı**, s. 33-34; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 5. Buna sözleşme ilişkisinde halefiyet denir (**Berger**, §36, N. 2341; **Bernasconi**, Sylvio, Die Vertragsübertragung nach italienischem Recht und Konsequenzen für das schweizerische Recht, Juris Druck+Verlag, Zürich 1978, s. 66 vd.). Sözleşmeden doğan tüm hakların ve borçların devri söz konusudur (**Mazza**, PICC Commentary, 9.3.1, N. 6).

⁵⁴² Yenileme söz konusu değildir (**Früh**, s. 18-19; **Fabre-Magnan**, s. 537).

⁵⁴³ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 N. 2; **Bucher**, AT, s. 592; **Bauer**, N. 214 vd., s. 106 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 6. Sözleşme özgürlüğüne dayanarak gerçekleştirilebilir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 228-229; **Berger**, §36, N. 2342-2343).

yapılan ve devredenin bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (Karşılaştırma için bkz. İta.MK. m.1406 vd.⁵⁴⁴). Unidroit ilkelerinde de benzer tanımlamanın yapıldığı göze çarpmaktadır (PICC.m.9.3.1. Aynı yönde bkz. PECL.m.12:201⁵⁴⁵).

b. Sözleşmenin Devrinin Gerçekleştirilmesi

Sözleşmenin devri, kural olarak bir devir sözleşmesiyle meydana getirilir. Ancak, bazı hallerde; sözleşmenin devri, kanun gereği gerçekleşir. Söz konusu bu hallerde, devir kanundaki koşulların yerine gelmesiyle kendiliğinden gerçekleşse de, sonuçları akdi sözleşme devriyle aynıdır. Aşağıda öncelikle akdi sözleşme devri incelenecek, ardından sözleşme ilişkisinin kanunenintikalinin başlıca örneklerine değinilecektir.

aa. Akdi Sözleşme Devri

aaa. Genel Olarak

Sözleşmenin devri için, ilgili üç kişinin de devir sözleşmesine katılımı gereklidir⁵⁴⁶. Bu akde, sözleşmenin mevcut tarafları ile sözleşmeyi üstlenmek isteyen katılır (TBK. m.205/f.I. Ayrıca bkz. PICC.m.9.3.3)⁵⁴⁷. Bu katılımın ne şekilde olacağı, sözleşmenin nasıl kurulacağı konusunda kanunumuz, öğretide öne sürülen⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ Sözleşmenin devrinin kanuni bir düzenlemede kendine yer bulduğu diğer bir örnek, İtalyan hukukunda karşımıza çıkar. Karşılaştırma amacıyla İtalyan hukukundaki bu hükümlere burada kısaca değinmekte fayda görüyoruz. İta. MK. m.1406 uyarınca, sözleşmeden doğan ilişkinin ve henüz ifa edilmemiş yükümlülüklerin bir tarafı, diğer tarafın da rızasıyla değişebilir. Sözleşmeyi devreden, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulur (İta. MK. m.1408/f.I). Sözleşmeyi devralan, devredenine ona karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürerek, yani ödemezlik def'i yoluyla onun yükümlülüklerinden kurtulmasını engelleyebilir (İta. MK. m.1408/f.II). Taraf değişikliği sırasında bu konuda bir çekince konmamışsa, üstlenen, sözleşmenin karşı tarafına karşı, önceki tarafın (devredeninin) sahip olduğu tüm savunmalardan faydalanabilir (İta. MK. m.1409). Devreden, sözleşmenin geçerliliğini tekeffül eder (İta. MK. m.1410/f.I). Görüldüğü üzere, İtalyan hukukunda, sözleşmenin devri, hüküm ve sonuçlarıyla ele alınmıştır. Buna karşın Türk Borçlar Kanununda, sadece sözleşmenin devrinin kuruluşu açıklanmış, hüküm ve sonuçları sözleşme serbestisine bırakılmıştır.

⁵⁴⁵ **Rouhette**, s. 495.

⁵⁴⁶ **Klimke**, Dominik, Die Vertragsübernahme, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, s. 36 vd.; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 191 vd.; **Larenz**, AT, §35, s. 619; **Medicus/Lorenz**, §66, N. 800; **Looschelders**, §54, N. 1170; **Braunschneider**, s. 339 ve 344; **Bauer**, N. 201 vd., s. 99 vd.; **Bernasconi**, s. 54 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 599; **Hatemi/Gökayla**, §43, N. 6; **Ayrancı**, s. 53; BGE 47 II 416, 421 (www.bger.ch). Sözleşmeden çıkan, sözleşmeye katılan ve sözleşmede kalacak olan tarafların hepsinin katıldığı “üç taraflı” bir sözleşmeyle (*dreiseitiger Vertrag*) gerçekleşiyor (**Esser/Schmidt**, §37 IV, s. 324-325).

⁵⁴⁷ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 18; **Berger**, §36, N. 2342-2343; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 759; **Kötz**, §13, N. 1275; **Fabre-Magnan**, s. 536-537. Ayrıca bkz. **Mazza**, PICC Commentary, 9.3.3, N. 1-2.

⁵⁴⁸ Açıklamalar ve tartışmalar için bkz. **Favre**, N. 529 vd., s. 181 vd.; **Klimke**, s. 45 vd.

iki ihtimali de kabul etmiştir. TBK. m.205 uyarınca, hem iki tarafın akdedecekleri bir sözleşmeye üçüncü tarafın onay vermesi (onay yöntemi)⁵⁴⁹ hem de sözleşmenin üç tarafın biraraya gelmesiyle kurulması (üç taraflı sözleşme yöntemi) geçerli yöntemler olarak kabul edilmiştir⁵⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin devrine yönelik olarak yapılan akit, devredilen sözleşme ilişkisinin tâbi olduğu şekil şartına tabidir (TBK. m.205/f.III)⁵⁵¹. Üç tarafın bir araya gelerek düzenlediği “üç taraflı” sözleşmelerde bu geçerlidir. Ancak iki tarafın düzenleyip de üçüncü tarafın onaylaması suretiyle sözleşme devrinde, onayın da bu şekle uyularak verilmesi gerekip gerekmeyeceği sorusu akla gelebilir. Her ne kadar kanun bu soruya cevap vermemiş olsa da, öğretilerde bunun sözleşmenin tabi olduğu şekle uymasının gerekmediği, “*hakların kullanılmasını kolaylaştırıcı yorum ilkesi*” uyarınca ileri sürülmüştür⁵⁵². Bu görüş uyarınca, onayı da bu şekle tabi kılmak, uygulamada çeşitli güçlükler yol açacaktır. Buna karşın, kanaatimizce, şeklin amacından hareket edilerek, şeklin kamu düzenine ilişkin olması yahut kişiyi ikaz işlevi görmesi sebepleriyle, onay için de bu şekle uyulmasını aramak gerekir.

Kanunlarımızda, bazı ihtimaller için TBK. m.205 hükmü karşısında özel hükümler öngörülmüştür. Örneğin; TBK. m.323 uyarınca kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez⁵⁵³. Ancak, işyeri kiralalarında

⁵⁴⁹ Unidroit ilkelerinde açıkça bu rızanın önceden de verilebileceği belirtilmiştir (PICC. m.9.3.4[1]).

⁵⁵⁰ İsviçre hukukunda bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 229. Alman hukukunda bkz. **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 191 vd.

⁵⁵¹ İsviçre hukukunda bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 236.

⁵⁵² **Oğuzman/Öz**, s. 600.

⁵⁵³ Bu hüküm, İsv. BK. m.263 hükmü esas alınarak düzenlenmiştir. Benzer düzenlemeler, Avusturya hukukunda (§12a MRG) ve Fransız hukukunda (Fr. MK. m.1717) da mevcuttur.

İsviçre hukukunda, işyeri kiralalarında kiraya verenin yazılı rızasını almışsa kiracı, kira ilişkisini devredebilir. Burada, bir sözleşme devri söz konusudur (**BaslerKomm/Weber**, Art. 263 OR, N. 1; **Minder**, Matthias, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen [Art. 263 OR], Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz [FusG], Schultess, Zürich-Basel-Genf 2010, N. 335-336, s. 117). Zira, kira ilişkisinin tarafı değişmektedir (**Minder**, N. 785, s. 285; **Permman**, Richard, Kommentar zum Mietrecht, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, Art. 263 OR, N. 15 vd.). Kanunkoyucu, burada, kiraya verenin de rızasını aramak suretiyle, üç tarafın da katıldığı bir sözleşme devri düşüncesine yaklaşmıştır (**Bauer**, N. 436, s. 260).

Türk hukuk öğretisinde **Gümüş**'e göre, burada bir sözleşme devri düzenlenmiştir (**Gümüş**, Mustafa Alper, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 231). Karşıt görüşte olan **Kahveci**'ye göre ise, burada kiracılık haklarının (alacağın) temlikî söz konusudur (**Kahveci**, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, Güncel Yayınevi, İzmir 2005). Bizce de burada sözleşme devri söz konusudur ve buna ilişkin özel bir düzenleme getirilmek istenmiştir.

kiraya veren, haklı bir nedeni olmadıkça rıza vermekten kaçınmaz (TBK. m.323/f.I⁵⁵⁴)⁵⁵⁵. Burada dikkat çeken bir hüküm ise, esasen kiranın devrinde tam bir taraf değişikliği söz konusu olmasına rağmen, işyeri kirası devrinde önceki kiracının, yeni kiracıyla birlikte kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralarla birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır (TBK. m.323/f.III; İsv. BK. m.263/f.IV)⁵⁵⁶. Kanunkoyucu bu düzenleme ile, kiranın devamı konusunda kiracıya sağladığı korumayı, haklı nedeni olmaksızın kiranın devrine karşı çıkamayacak olan kiraya veren lehine yumuşatarak menfaatler dengesini gözetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, öğretide savunulan bir görüşe göre; bazı sözleşmeler, doğası veya özel nitelikleri gereği devre konu olmaz. Örneğin; yayınevının, yayım

Türk hukukunda Yargıtay da sözleşme devrinin söz konusu olduğu görüşündedir. Yargıtay'a göre "(...) kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde 'sözleşmenin yüklenildiği'nin kabulü gerekecektir." (Yarg. 3.HD. T.14.10.2004, E. 2004/9625, K. 2004/10945, [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

Hükmün düzenleme amacına ilişkin olarak *Topuz* ve *Canbolat*'a göre, kiracı kira sözleşmesini vaktinden evvel sona erdirmek isterse, bundan hem kendisinin hem de kiraya verenin zarar görmeyeceği hukuki bir çözüme ihtiyaç vardır. İşte bunun yolu, kira ilişkisinin devridir (**Topuz**, Seçkin/ **Canbolat**, Ferhat, "Kira İlişkisinin Devri-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, 2011, s. 100).

⁵⁵⁴ 4/7/2012 tarihli ve 6353 sayılı kanunun 53. maddesiyle değişik, 31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi uyarınca kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, bu hükmün uygulanması 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelenmiştir.

⁵⁵⁵ Kaynak İsv. BK. m.263 hükmünde, açıkça ve sadece, işyeri kirasının kiracısından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, kaynak kanun maddesinin uygulama alanı, işyeri kiralalarıyla sınırlıdır. İsviçre kanunkoyucusu burada, işyeri kirasının devrini düzenlemekte ve kolaylaştırmaktadır (**Permann**, Art. 263 OR, N. 10; **Bauer**, N. 435, s. 259, dn. 1338; **Minder**, N. 283, s. 98. Bkz. BGE 124 III 108; BGE 118 II 40 [www.bger.ch]). Türk hukukunda ise, her türlü kiranın devri için TBK. m.323 hükmü düzenlenmiş; ancak kiraya verenin rıza vermekten kaçınması hali için işyeri kiralalarında uygulanacak özel bir düzenleme yapılmış ve sadece işyeri kiralalarında kiraya verenin rıza vermekten kaçınmayacağı belirtilmiştir. Diğer kiralarda kiraya veren, haklı bir nedeni olmasa dahi rıza vermekten kaçınabilir.

İsviçre hukukunda, kira ilişkisinin üçüncü kişiye devrine ilişkin olarak sadece işyeri kiralalarına ilişkin özel bir düzenlemenin yapılmasının temelinde, diğer kira konularından farklı olarak, yalnızca işyeri kiralalarında söz konusu olan, konut kiralalarında olmayan bir "malvarlığı bütünü"nü devri düşüncesi vardır. Devreden kiracıya ait korunmaya değer maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerlerinin, bir bütün olarak serbestçe devredilebilmesine imkân sağlanmak istenmiştir. Örneğin; konut kiralardan farklı olarak, işyeri kiralalarında devreden kiracıya ait olan müşteri çevresi ve stoktaki mallar gibi malvarlığı değerleri söz konusu olur (**BaslerKomm/Weber**, Art. 263 OR, N. 2 ve 2a; **Topuz/Canbolat**, s. 99 dn. 4). İsviçre hukukundaki açıklamalar için ayrıca bkz. **Permann**, Art. 263 OR, N. 3 ve 12; **Favre**, Pascal G./ **Tercier**, Pierre, Les contrats spéciaux, 4. Éd., Schultess, 2009, §33, N. 2497 vd.

Bu hüküm, uygulamada daha çok işyeri kiralaları bakımından duyulan bir ihtiyacı karşılamaya yöneliktir (**Gümüş**, Kira, s. 226).

⁵⁵⁶ *Gümüş*'e göre, buradaki müteselsil sorumluluğun, "garanti benzeri" bir işlevi vardır (**Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, s. 371-372; **Gümüş**, Kira, s. 231-232). Kanaatimizce, buradaki sorumluluk değerlendirilirken, ilk iki yıl için adeta "borca katılma" söz konusuymuş gibi düşünülmeli ve sözleşmenin tam anlamıyla devrinin iki yıl sonra gerçekleştiği kabul edilmelidir.

sözleşmesini ilişkinin içeriği sebebiyle devredemeyeceği ileri sürülmüştür⁵⁵⁷. Benzer şekilde, öğretide; avukatlık sözleşmesinde avukatın veya tedavi sözleşmesinde doktorun hukuki durumlarının, vekile duyulan güvenin özel niteliği gereği devre konu olmayacağı ifade edilmektedir. Bu görüş uyarınca, müvekkil veya hastanın onayıyla dahi bu sözleşmelerin devri mümkün değildir⁵⁵⁸. Oysa kanaatimizce, müvekkilin, hastanın yahut eser sahibinin rızasının alınması koşuluyla bu sözleşmelerin de devrinin kabul edilmesinde bir sakınca yoktur⁵⁵⁹. Zira, akdi sözleşme devrinde, ilgili üç tarafın da rızası alınacak; kimse, arzu etmediği yahut güvenmediği bir kişiyle muhatap olmak zorunda kalmayacaktır.

bbb. Devir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sözleşmenin devrinde tasarrufi bir işlemin varlığından bahsedilebilir⁵⁶⁰. Zira, burada sözleşmesel ilişkinin tarafı olma sıfatını üstlenen kişi, aynı zamanda sözleşmeden doğan alacak haklarının sahibi ve borçların sorumlusu haline gelir. Diğer bir deyişle, temel sözleşmeden doğan haklar bu işlemde etkilenir. İşlemin aynı zamanda borçlandırıcı bir etki taşıyıp taşımadığı tartışılabilir.

Bauer'e göre⁵⁶¹, söz konusu işlem ile üstlenilen borçlar temel ilişkiden, yani temeldeki sözleşmeden doğmuşlardır. Sözleşmenin devrine ilişkin yapılan işlemde değil. Bu bakımdan yazar, işlemin sadece tasarrufi bir etkisi bulunduğu bahseder.

Oğuzman ve Öz'e göre ise⁵⁶², işlem hakların devri bakımından tasarrufi bir etki arz etse de, borçların da intikal ettiği düşünülerek borçlandırıcı etkiyi de haiz olduğu, diğer bir deyişle “çifte etkili” olduğu kabul edilmelidir. *Früh* ise⁵⁶³, işlemin bir tarafı değiştiği için tasarrufi etkinin tartışmasız olduğunu; ancak borçlandırıcı etkinin de işlemin borç altına giren tarafının değişmesi, yani borçlu tarafın yerine üstlenenin

⁵⁵⁷ Griffith v. Tower Publishing Co Ltd and Moncrieff [1897] 1 Ch. 21 (**Beale**, Hugh/ **Fauvarque-Cosson**, Bénédicte/ **Rutgers**, Jacobien/ **Tallon**, Denis/ **Vogenaue**r, Stefan, Cases, Materials and Text on Contract Law, 2. Ed., Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2010, s. 1304'den naklen).

⁵⁵⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 601.

⁵⁵⁹ Kaldı ki, Türk hukukunda Avukatlık Kanunu m.171/f.II uyarınca, “Avukata verilen vekâletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir.”

⁵⁶⁰ **Früh**, s. 8 vd.; **Klimke**, s. 72 vd.; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 186 vd.

⁵⁶¹ **Bauer**, N. 207 vd., s. 102 vd. Aynı yönde, **Larenz**, AT, §35, s. 618; **Ayrancı**, s. 64 vd.

⁵⁶² **Oğuzman/Öz**, s. 599.

⁵⁶³ **Früh**, s. 11.

geçmesi halinde söz konusu olabileceğini söylemektedir. Yazara göre bu ihtimalde, kişi hakları ve borçlarıyla bir taraf konumu elde ettiği için burada tasarrufi ve borçlandırıcı etkiyi birbirinden ayırmak mümkün değildir.

Öte yandan, burada yeni bir sözleşme kurulması, diğer bir deyişle sözleşmenin yenilenmesi söz konusu değildir. Var olan sözleşmenin bir tarafı değişir, ancak sözleşme sona ermez, varlığını sürdürür⁵⁶⁴. Diğer bir deyişle, taraflarından birisi değişmiş olsa dahi, sözleşmesel ilişki tüm içeriğiyle devam etmektedir⁵⁶⁵. Sözleşmeye dahil olan taraf, sözleşmenin asıl tarafıyla aynı kişi olmasa da, sözleşmedeki hukuki durumu onunkıyla aynıdır. Ondan ne eksik ne de fazla borçlu ya da alacaklıdır. O halde, sözleşme devri bir cüzi halefiyet işlemidir⁵⁶⁶.

bb. Sözleşme İlişkisinin Kanunen İntikali

Sözleşmenin devrinin taraf iradeleriyle değil de, kanunun özel hükümleri gereğince gerçekleştiği çeşitli haller mevcuttur. Sözleşmenin kanun gereği devrinin başta gelen örneği kira konusu malın devri halinde karşımıza çıkar. Buna göre, kira konusu malın mülkiyetinin herhangi bir hukuksal sebebe dayalı olarak üçüncü kişiye devri halinde devralan, kira sözleşmesinin de tarafı olur (TBK. m.310; İsv. BK. m.261/f.I; §566 Abs.1 BGB)⁵⁶⁷. Kiralanamı iktisap eden, eski kiraya verenin yerine geçerek sözleşmesel ilişkiye *ex lege* girmiş ve taraf olmuş olur⁵⁶⁸. Kanun bu gibi

⁵⁶⁴ Bartels, s. 142.

⁵⁶⁵ Siedel, s. 10.

⁵⁶⁶ Früh, s. 3-8; Klimke, s. 3 vd.; Nörr (Scheyhing/Pöggeler), s. 186 vd. Sözleşmenin devrinde, üstlenen, sözleşmedeki bir tarafın yerine geçerek, onun hukuki pozisyonunu almakta, sözleşmesel ilişkinin içeriğinde ise herhangi bir değişiklik olmamaktadır (Esser/Schmidt, §37 IV, s. 326; Flour/Aubert/Flour/Savaux, N. 396). Ayniyet ve devamlılık unsurları burada rol oynar (Bkz. Ayrancı, s. 56). Bu görüşe karşı, Rieble'ye göre, tıpkı yenilemede olduğu gibi, burada da eski sözleşmeyi sona erdiren ve yerine yeni sözleşme kuran bir işleme ihtiyaç vardır (Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 31).

⁵⁶⁷ Benzer hükümler için bkz. Avusturya'da §2 Abs.1 MRG, İtalya'da İt.MK. m.1599.

Alman hukukunda eski kiraya veren de, mülkiyet geçişine dair kiracıya bildirim yapılmasına kadar müteselsil kefil gibi sorumlu kalmaya devam eder. Bildirim yapılmasından sonra eski kiraya verenin kira ilişkisinden doğan sorumlulukları sona erer (§566 Abs.2 BGB). Schwenger'e göre, İsviçre hukukunda da eski kiraya verenin de belirli bir süre yenisinin yanında müteselsil borçlu olarak kalmasının kabul edilmesi yerinde olurdu (Schwenger, N. 92.02).

⁵⁶⁸ Gümüş, Kira, s. 149; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, s. 331 vd.; Özen, Burak, "Kira Konusunun Devri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 178; Favre/Tercier, §33, N. 2469 vd.; ZürcherKomm/Higi, Art. 263 OR, N. 5; Medicus/Lorenz, §65, N. 797; Looschelders, §54, N. 1169; Bauer, N. 430 vd., s. 252 vd.; Hürlimann-Kaup, Bettina, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Herausgegeben von Körg Schmid im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Band 34, Habilitation, Schultess 2008, N.

durumlarda sosyal bir koruma politikası sergilemektedir⁵⁶⁹. Burada kira sözleşmesinin devam etmesini sağlamak suretiyle kiracı lehine koruyucu bir düzenleme söz konusudur⁵⁷⁰.

Sözleşmenin kanun gereği devrinin bir diğer örneği ise, işyeri devrinde, işyerini devralan üçüncü kişinin işverenin yerine geçerek iş ilişkisinin tarafı olmasıdır. Buna göre, işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (İş Kanunu m.6/f.I; İsv. BK. m.333; §613a BGB; Fransız İş Kanunu L1224-1). Bu ihtimalde, tüm işçi-işveren ilişkilerinde işverenin hukuki durumu ve rolü işyerini devralan kişiye geçer⁵⁷¹. Burada bir kanuni sözleşme devri söz konusudur⁵⁷². Bu hukuki sonucun gerçekleşmesi, işverenin rızasına bağlı değildir⁵⁷³. İşçinin ise bu işleme rızasının olduğu karinedir⁵⁷⁴. Ancak, işçinin bunu reddetme hakkı mevcuttur⁵⁷⁵. İşçi reddetse bile, yasal sürenin sonuna kadar işçi ve işyerini devralan sözleşmeye riayet etmek zorundadır.

İşyeri devrinde, kişisel güven ilişkisinin ön plana çıktığı bazı sözleşmelerin devrinin de imkân dahilinde olup olmadığının dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, işyeri devrinde kiracı sıfatıyla dahil olunan kira ilişkisinin devralana geçip

1007 vd. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Permann**, Art. 261 OR, N. 1. Bkz. BGE 60 II 347-348 (www.bger.ch).

⁵⁶⁹ **Esser/Scmidt**, §37 IV, s. 323.

⁵⁷⁰ “*Satış kira getirir*” ilkesi kiracı lehinedir (**Früh**, s. 14-15). Fransız hukukunda da, benzer şekilde kira konusu malı devralan kişi kiracıyı tahliye edemez (Fr. MK. m.1743). İsviçre hukukunda *Spirig*'e göre, kiracı sadece kiranın devamı hakkında bir talep hakkına sahiptir (bkz. BGE 79 II 382, 386 [www.bger.ch]) ve kiracının rızası olmaksızın devralanın devredene karşı sadece bir borçtan kurtarma taahhüdü söz konusu olabilir. Teknik anlamda devralana ait bir fesih hakkı mevcut değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 245-246).

⁵⁷¹ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 249; **Bauer**, N. 443 vd., s. 267 vd. Açıklamalar için ayrıca bkz. **Güzel**, Ali, İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları no.56, İstanbul 1987, s. 319 vd. Bkz. Yarg. 9.HD., E.1998/19751, K.1999/2083, T.15.2.1999 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Ancak, belirtmek gerekir ki bu devir, önceki borçluyu sorumluluklarından kurtarmaz. O da yeni işverenin yanında borçlu kalmaya devam eder. Devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. (İş Kanunu m.6/f.III; İsv. BK. m.333/f.II ve III; §613a Abs.2 BGB). Devralan ile asıl işverenin müteselsil sorumluluğuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Favre/Tercier**, N. 3892 vd.

⁵⁷² **Favre/Tercier**, §46, N. 3885; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 798.

⁵⁷³ Devir işlemleriyle birlikte kendiliğinden gerçekleşir (**Favre/Tercier**, §46, N. 3882; BGE 132 III 32, 38; BGE 123 III 466, 468 [www.bger.ch]).

⁵⁷⁴ **Favre/Tercier**, §46, N. 3885.

⁵⁷⁵ **Favre/Tercier**, §46, N. 3883 ve 3888.

geçmeyeceği, uzun süreli bir tedarik sözleşmesinde tedarikçi konumunda olan kişinin işyerini devretmesiyle tedarikçi sıfatının da devredilmiş sayılıp sayılmayacağı, avukatın ofisini devretmesi halinde müvekkillerinin durumu, doktorun muayenehanesini devretmesi halinde hastalarının durumu düz mantıkla işyerinin devredilmesi dolayısıyla bu işle ilgili tüm sözleşmesel ilişkilerin de devredileceği düşüncesine dayanılarak çözümlenemez. Bu durumlarda, devredilmek istenen işyerinin peştemaliyesi (müşteri çevresiyle birlikte tüm portföyü) ise, müşterileriyle birlikte işyeri devrinin sonuçları hakkında düşünmekte fayda vardır. Zira bu örneklerde, işyeriyle birlikte, kişisel güven ilişkisinin de devredilmek istenmesi söz konusudur⁵⁷⁶.

Nitekim, *Esser ve Schmidt*, önceki borçluyu sözleşmenin dışına itmek için, sözleşmenin içerdiği kişisel nitelikli borcun alacaklısı durumundaki kişinin rızasına ihtiyaç duyulduğunu belirtir⁵⁷⁷. Kanaatimizce de, bu hallerde alacaklıya söz hakkı tanınmadan söz konusu borç ilişkisine yeni bir borçlunun dahil olması, aralarındaki güven ilişkisinin önemi ve borcun kişisel niteliğinin ön plana çıkması sebebiyle mümkün olmamalıdır. Sonuç olarak, bu durumlarda, sözleşmelerin devrinin işyeri devriyle birlikte değil, sözleşmenin alacaklısı konumundaki kişilerin de katılımıyla yapılacak bir devir sözleşmesiyle mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Sigorta konusu malın mülkiyetinin devri halinde de sigorta sözleşmesinin yeni malike geçeceği Türk hukukunda 6762 sayılı eski Ticaret Kanununda düzenlenmişti. Buna göre; sigortalı malın sahibi herhangi bir surette değişmişse, sigortadan doğan hakların ve borçların yeni malike geçeceği düzenlenmişti (eTK 1303/f.I). Ancak, bu kural 2011 tarihli yasayla değişmiş ve 6102 sayılı TTK. m.1470 hükmünde sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde, aksine sözleşme yoksa, sigorta ilişkisinin sona ereceği düzenlenmiştir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ *Esser/Schmidt*, §37 IV, s. 324.

⁵⁷⁷ *Esser/Schmidt*, §37 IV, s. 325.

⁵⁷⁸ TTK. m.1470 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere, “*Temeldeki bu değişikliğin nedeni ise sigorta uygulamalarıdır. Uygulamada, birçok sigorta genel şartında ya da özel şartlarla 6762 sayılı Kanunun 1303 üncü maddesinde uygulama zaten tersine çevrilmiş durumdadır. Bu nedenle de Tasarının bu maddesi ile uygulamadaki durumun Kanunlaştırılması istenmiştir. Ayrıca, sigortalı şahsındaki değişiklik sigortacı açısından da önem arz edebilir. Menfaat sahibi değişikliği sigortacı yönünden subjektif ya da objektif riziko ağırlaşması niteliğinde olabilir. Riski taşıyan ise sigortacıdır. Bu nedenle ilke olarak menfaat sahibi değişikliklerinde sözleşme ilişkisinin son bulacağı kabul edilirken taraflara da aksine sözleşme yapabilme imkânı tanınmıştır.*”

Buna karşın İsviçre ve Alman hukuklarında, sigorta konusu malın mülkiyetinin devri halinde, bu malı devralan üçüncü kişinin sigorta lehdarı yerine geçerek sigorta ilişkisinin tarafı olması söz konusudur (İsv.Sig.Sözl.K. m.54; §95 VVG)⁵⁷⁹. Primlerle ilgili olarak önceki malik ile yeni malik müteselsil borçlu olacaklardır. Alman hukukunda, sigortacı, mülkiyetin el değiştirmesinden itibaren bir ay içinde sözleşmeyi feshedebilir. İsviçre hukukunda ise yeni malik, sözleşmeye katılmayı 30 gün içinde yazılı bildirimle reddedebilir⁵⁸⁰.

Sözleşmenin kanunen intikali ayrıca, külli halefiyet çerçevesinde, mirasın intikalinde de görülmektedir⁵⁸¹. Burada alelade sözleşme devrinden farklı olarak tüm bir hukuki ilişkiler bütünüdür külliye intikali söz konusudur. Bu bakımdan cüzi sözleşme devrinden ayrılır⁵⁸². Ancak, bu hallerde dahi, kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlerin söz konusu olduğu, kişi ögesinin ön planda olduğu sözleşmelerin kendiliğinden devri söz konusu olmamalıdır⁵⁸³. Mirasbırakın kişisel niteliğinin ön planda olduğu borç ilişkileri, ölümle birlikte mirasçılara geçmezler⁵⁸⁴. Örneğin; portre yaptırmak için ünlü bir ressamla yapılan sözleşme, ressamın ölümü halinde külli halefiyet yoluyla kendiliğinden ressamın mirasçılara naklolmaz.

⁵⁷⁹ Açıklamalar için bkz. **Siedel**, s. 21-22; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem. N. 8; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 200 vd.; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 292-294. *Esser ve Schmidt*'e göre burada, borç ilişkisinin bir bakıma eşya hukuku karakteri varmışçasına "aynıleştirilmesi" (*Verdinglichung*), eşyanın el değiştirmesiyle sözleşmesel ilişkinin de el değiştirmesi sonucuna bağlanması söz konusudur (**Esser/Semidt**, §37 IV, s. 324).

Fransız sigorta kanununda da benzer bir düzenleme mevcuttur (L121-10). Bu hüküm uyarınca, sigorta konusu malın devrinin sigortacıya bildirilmesiyle birlikte eski lehdarın yerine yeni malik geçer ve eski lehdar prim borcu ödemekten kurtulur. Ancak, önceki tarihlerde doğmuş ve muaccel olmuş olan prim borçlarının ödenmesinde müteselsilen borçlu kalmayı sürdürür.

⁵⁸⁰ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 247; **Bauer**, N. 448 vd., s. 273 vd.

⁵⁸¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 243-244; **Looschelders**, §54, N. 1169; **Bauer**, N. 462 vd., s. 282 vd.

⁵⁸² **Früh**, s. 13-14.

⁵⁸³ **Esser/Semidt**, §37 IV, s. 326.

⁵⁸⁴ **Akkanat**, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.138; **Dural**, Mustafa/ **Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 9, §1, N. 63; **Serozan**, Rona/ **Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, 2.bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 63, §1, N. 74; **Steinauer**, Paul-Henri, Le droit des successions, Stämpfli Ed. SA. Berne 2006, s. 155, §8, N. 251.

2. Öğretide Sözleşmenin Devrini Açıklayan Görüşler ve Tartışmalar

Öğretideki bir görüşe göre⁵⁸⁵, sözleşmenin devri, sözleşmeden doğan tüm alacakların ve borçların toplamının devri ve üstlenilmesinden ibarettir. Buna, “Bölünme teorisi” (*Zerlegungstheorie, théorie de décomposition*) denir⁵⁸⁶. Bölünme teorisi, bugün artık terk edilmeye yüz tutmuştur ve genel olarak kabul görmemektedir⁵⁸⁷.

Alman hukukunda bu görüşü eleştiren *Pieper*⁵⁸⁸, alacak hakkının devri ve borcun intikali halinde kişinin alacaklı ve borçlu sıfatlarını kazandığını, ancak sözleşmenin tarafı olma sıfatını bu şekilde elde etmiş olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, sözleşmenin tarafı olmak için alacağın temliki ve borcun üstlenilmesine başvurmak yetersizdir.

Aynı yönde *Siber*'e göre de; sözleşmenin devri, sadece alacağın temliki ve borcun nakliyle mümkün değildir. Zira yazar, haklı olarak dönme ve iptal beyanında bulunma gibi sözleşmenin tarafı olmaya bağlı olan hakların alacağın temliki yahut borcun üstlenilmesi yoluyla bir kişiden diğerine geçmeyeceğini belirtmektedir⁵⁸⁹.

Diğer bir görüş ise, sözleşmenin bir bütün halinde devrinden bahseder. Bu görüşe ise “Birlik teorisi” (*Einheitstheorie, théorie de l'unité*) denilmektedir⁵⁹⁰. Bu

⁵⁸⁵ **Demelius**, Heinrich, “*Die Vertragsübernahme*”, JherJB, Bd. 72, 1922, s. 241 vd. Aynı yönde, **Des Gouttes**, FJS 365, s. 6; **BernerKomm/Becker**, Vorbem. zu Art. 164-174, N. 5 vd.; **Von Büren**, s. 356; **Tandoğan**, Notions Préliminaires, s. 9.

⁵⁸⁶ Açıklamalar için bkz. **Favre**, N. 309 vd., s. 100 vd.; **Bauer**, N. 76 vd., s. 39 vd.; **Fabre-Magnan**, s. 537-538; **Früh**, s. 40 vd.; **Starck/Roland/Boyer**, s. 4, N. 10; **Pieper**, s. 39 vd.; **Bucher**, AT, s. 592. Bu teorinin kabulü halinde, geniş anlamda borç ilişkisinin tarafının değişmesi, ilişkinin içerdiği tüm alacakların devri ve borçların üstlenilmesi ile mümkün olacaktır. Ancak bu ihtimalde, sözleşmenin tarafı olmaya bağlı olan yenilik doğuran hakların akıbeti ve devredilebilirliği tartışma konusu olacaktır (Ayrıntılı inceleme için bkz. **Baath**, s. 29-57; **Ayrancı**, s. 41-50).

⁵⁸⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 231; **Ayrancı**, s. 50. Bölünme teorisinin ayrıntılı eleştirisi için bkz. **Favre**, N. 403 vd., s. 132 vd. Nitekim karmaşık bir bütün olan sözleşmesel ilişkiyi, unsurlarına ayırıp parça parça devretmek ve bu unsurları halefin şahsında birleştirmek, kişilerin ekonomik menfaatleriyle de bağdaşmaz (**Ayrancı**, s. 52). Bu konuda en kısa ve öz eleştiriyi yapan **Brecher**, “*Bütün, parçaların toplamından daha fazlasıdır.*” demiştir (**Brecher**, Fritz, AcP 1964, s. 519 vd. [**Favre**, s. 108, dn. 500'den naklen]).

⁵⁸⁸ **Pieper**, s. 161 vd., 168.

⁵⁸⁹ **Siber**, Heinrich, “*Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*”, JherJB, Bd. 70, 1921, s. 223-299, s. 294 vd. Benzer şekilde **Rouhette** de, sözleşmenin devrinin, alacağın temlikiyle borcun üstlenilmesinin basit bir birleşiminden daha fazlası olduğunu söyleyerek birlik teorisine üstünlük tanınması gerektiğini ileri sürmüştür (**Rouhette**, s. 496).

⁵⁹⁰ Açıklamalar için bkz. **Favre**, N. 327 vd., s. 108 vd.; **Früh**, s. 42 vd.; **Bauer**, N. 136 vd., s. 65 vd.; **Fabre-Magnan**, s. 538; **Pieper**, s. 52 vd. **Ayrancı**, s. 50-53. Bkz. **Baath**, s. 58 vd.; **Starck/Roland/Boyer**, s. 4, N. 10; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 6.

iki teori arasındaki fark, birlik teorisinin sözleşmenin tarafı olmaya bağlı olan yenilik doğuran hakların akıbetini de kapsayacak şekilde düşünülmesindedir⁵⁹¹. Diğer bir deyişle, birlik teorisi uyarınca, sözleşmenin devri salt bir haklar ve borçlar toplamının devrinden ibaret değil, sözleşmeden doğan yenilik doğuran hakların da devrini içerir⁵⁹².

Kanaatimizce, birlik teorisi, sözleşmelerin devri söz konusu olduğunda, geniş anlamda borç ilişkilerinin girift yapısına daha uygun düşecektir⁵⁹³. Nitekim, TBK. m.205/f.I hükmünde de sözleşmenin devri “sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşma” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca, birlik teorisinin Türk hukukunda kabul edildiği görülmektedir. Benzer şekilde, Unidroit ilkelerinde de birlik teorisine üstünlük tanınmıştır (PICC. m.9.3.1)⁵⁹⁴.

O halde, kanaatimizce, sözleşmenin devri, alacaklı veya borçlu sıfatlarının değil; tüm sözleşmenin bir tarafı olma pozisyonunun devri olarak değerlendirilmeli ve birlik teorisine üstünlük tanınmalıdır⁵⁹⁵. Alacağın temlik ve borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler, sözleşmenin devrinde uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmalıdır⁵⁹⁶.

3. Sözleşmenin Devrinin Hukuki Sonuçları

Sözleşmenin devrinde, geniş anlamda borç ilişkisinin bir bütün olarak devri söz konusudur. Taraflardan biri borç ilişkisinden ayrılır ve onun yerine yeni bir taraf geçer. Bu anlamda, söz konusu sözleşmeden ayrılan taraf leh ve aleyhinde doğan tüm

⁵⁹¹ **Huguenin**, N. 1428. Sözleşmenin tarafı olmaya bağlanan yenilik doğuran hakların da intikal ediyor olması, işbu işlemi basitçe bir alacağın temlik ve borcun üstlenilmesi kombinasyonu olmaktan çıkarır (**Looschelders**, §54, N. 1168).

⁵⁹² **Schwenzer**, N. 92.04; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 14. **Bauer**, geniş anlamda borç ilişkisinin bir haklar ve borçlar yığından (*Konglomerat*) daha fazlası ve bunların toplamından da farklı ve karmaşık bir bütün olduğunu belirtmektedir (**Bauer**, N. 150, s. 73). Ayrıca bkz. **Aynès**, s. 64 vd., N. 75 vd.; **Bernasconi**, s. 74 vd.; **Früh**, s. 87 vd.

⁵⁹³ Aynı yönde, **Bauer**, N. 150-152, s. 73-74; **Ayrancı**, s. 52-53; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 181; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 230.

⁵⁹⁴ **Ayoğlu**, s. 295, dn. 951.

⁵⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Pieper**, s. 176 vd.

⁵⁹⁶ Aynı yönde bkz. **Klimke**, s. 20 vd.; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 235.

hak ve borçların ve hatta yenilik doğuran hakların, ilişkiye dahil olan tarafa geçmesini ifade eder⁵⁹⁷.

Sözleşmesel bir ilişki içinde olan tarafların birbirlerine karşı alacak haklarının yanında, borçları, fer'i hakları, yenilik doğuran hakları ve def'i ve itirazları mevcuttur. Bunların tümü, sözleşmeyle birlikte devrolur. Böylelikle amaçlanan; sözleşmeyi üstlenen kişinin, yerine geçtiği kişinin hukuki durumunu olduğu gibi kazanmasıdır⁵⁹⁸.

Sürekli edimli ilişkilerde sözleşme devri halinde, sözleşmeye katılan ilişkide önceden doğmuş borçlardan (ayrıca bunları üstlenmedikçe) sorumlu olmayacak, ilişkiye dahil olduğu andan itibaren doğan borçlardan sorumlu olacaktır⁵⁹⁹.

4. Borcun Üstlenilmesiyle Karşılaştırma

Alacağın temliki ve borcun dış üstlenilmesinde ise söz konusu olan, münferit bir alacağın devri yahut borcun üstlenilmesidir⁶⁰⁰. Burada, alacağı devralan veya borcu üstlenen kişiler, eski alacaklının veya borçlunun geniş anlamda sözleşmesel ilişkideki durumlarını elde etmezler⁶⁰¹. Oysa sözleşmenin devri; sözleşmenin taraflarından birinin, sözleşmesel ilişkideki hukuki durumunun tamamıyla devrini ifade eder⁶⁰². Örneğin; borcun üstlenilmesi halinde, önceki borçlunun sözleşmenin tarafı sıfatıyla sözleşmeyi kurarken uğradığı irade sakatlığı nedeniyle sahip olduğu iptal hakkı, üstlenene geçmezken; sözleşmenin devri halinde devralan "iptal edilebilir" bir sözleşme devralmış olduğundan bu yenilik doğuran hakkı da sözleşmenin tarafı sıfatıyla kullanabilecektir⁶⁰³.

⁵⁹⁷ Eren, s. 1255-1256; Oğuzman/Öz, s. 598-599; Ayrancı, s. 131 vd.; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 32; Merz, §8, s. 81; Berger, §36, N. 2341; Huguenin, N. 1424; Larenz, AT, §35, s. 616 vd.; Bucher, AT, s. 592; Keller/Schöbi, s. 37 vd.; Schwenger, N. 92.01; Looschelders, §54, N. 1168; Siedel, s. 10; Bernasconi, s. 73 vd.; MünchenerKomm/Bydlinski, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 7; Nörr (Scheyhing/Pöggeler), s. 180 vd.; Medicus/Lorenz, §66, N. 796. Sözleşmenin devri, sadece alacaklı ve borçlu pozisyonunun devrinden daha fazlasıdır (Klimke, s. 20 vd.).

⁵⁹⁸ Eren, s. 1256; Larenz, AT, §35, s. 617; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 759; Bucher, AT, s. 592; Medicus/Lorenz, §66, N. 796.

⁵⁹⁹ Esser/Schmidt, §37 IV, s. 326; Larenz, AT, §35, s. 618.

⁶⁰⁰ Berger'e göre burada, tekil bir hak-borç ilişkisinin (*einzelne Recht-Pflicht-Beziehung*) devri söz konusudur (Berger, §36, N. 2307).

⁶⁰¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3593.

⁶⁰² Eren, s. 1256; Berger, §36, N. 2341.

⁶⁰³ Pieper, s. 212.

O halde, sözleşmenin devri, borcun dış üstlenilmesinden farklıdır. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeden doğan münferit bir borcun değil, geniş anlamda borç ilişkisinin devri söz konusudur.

C. Külli Halefiyet Yoluyla Borçlunun Değişmesinden Ayırt Edilmesi

Külli halefiyet (*succession universelle, Universalsukzession*), kanunda belirlenmiş usule ve koşullara uygun olarak, bir malvarlığının tüm aktif ve pasifleriyle hukuki bir bütün olarak *uno actu* başka bir kişiye intikalidir⁶⁰⁴. Bir hukuk öznesinden diğerine genişletilmiş halefiyet, belirli bir sözleşme ya da borç ilişkisinin değil, bütün hak ve borçların devridir. Bu sebeple buna, külli halefiyet denir⁶⁰⁵. Kül halinde intikal, elbette ki bir borcun cüz olarak münferit intikalinden farklıdır⁶⁰⁶. Cüzi halefiyet düşüncesinin ortaya çıkmasından çok önce kabul görmüş bir hukuki intikal türüdür⁶⁰⁷.

Borcun dış üstlenilmesi, bir sözleşme ile gerçekleşen bir cüzi intikal hali olduğu için, bir borcun külli halefiyet sonucu intikalinden farklıdır⁶⁰⁸. Ancak, külli intikal (*halefiyet, succession*) düşüncesi, borcun cüzi intikal yoluyla da transferinin mümkün olduğunu soyut bir mantıkla göstermeye yaramıştır. Borçlunun külli halefiyet ile değişmesinin kabul edilmesi halinde, cüzi halefiyet ile değişebileceğinin de kabulünün gerektiği öğretide savunulmuştur⁶⁰⁹.

Özellikle şu hallerde külli halefiyet yoluyla borçlu değişiminden bahsedilebilir: Tüzel kişiliği sona erenlerin malvarlığının kamuya geçmesi (TMK. m.54; İsv. MK. m.57; §45 BGB)⁶¹⁰, mirasın kazanılması⁶¹¹, ticaret ortaklıklarında birleşme ve

⁶⁰⁴ **CommRomand/Probst**, Intro. N. 19; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, N. 3545; **Koller**, §83, N. 30, s. 1346; **Bauer**, N. 457, s. 279; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 217 vd.; BGE 115 II 415, 418 (www.bger.ch).

⁶⁰⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 217.

⁶⁰⁶ **Huguenin**, N. 1405.

⁶⁰⁷ Bir anlamda, cüzi intikal düşüncesinin öncüsü, ilk adımıdır (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 532).

⁶⁰⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 577.

⁶⁰⁹ Zira, her iki halefiyet halinde de, borcun içeriği değişmeksizin tarafları değişebilmektedir. (Bkz. **Gaudemet, E.**, Etude, s. 33 vd.; **Von Salpius**, s. 347 vd.; **Gide**, s. 237-239). Fransız hukukunda borcun cüzi intikali kabul edilmese bile, külli intikal konusu sorunsuz bir şekilde kabul edilmektedir (**Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 400).

⁶¹⁰ Tüzel kişinin malvarlığı, kanunda veya kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça ya da yetkili organı başka türlü karar vermedikçe, en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna geçer. Bu malvarlığı olanak ölçüsünde daha önce özgülendiği amaç için kullanılır. Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her halde ilgili kamu kuruluşuna geçer (TMK. m.54; İsv.MK. m.57). Ayrıca bkz. BGE 53 II 1, 4 (www.bger.ch).

devralmalar ve tür değiştirme⁶¹² hallerinde külli halefiyet yoluyla borçlu değişecektir.

Mirasın kazanılması halinde mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar (TMK. m.599)⁶¹³.

Ticaret ortaklıklarının birleşmeleri veya devralmalar, önemli birer külli halefiyet örneğidir⁶¹⁴. Tüm aktifler ve pasifler, bir anlamda şirketin tüm varlığı bir şirketten diğerine yahut her iki şirketin varlığı da yeni kurulan şirkete geçer⁶¹⁵. Birleşmeyle, devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde

⁶¹¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 220.

⁶¹² Tür değiştirme halinde yeni şirket, eskisinin devamıdır (TTK. m.180). Bu bakımdan, bir külli halefiyet örneği olarak gösterilebilir. İsviçre hukukunda ise, İsv.Birl.K. m.53 de benzer şekilde, şirketin tür değiştirmesi halinde, hukuki ilişkilerinin değişmeksizin aynen devam edeceğini düzenlemiştir. Alman hukukunda ise, yine aynı şekilde, §§123 vd. UmwG uyarınca tür değiştirme halinde, aktifler ve pasifler bir tüzel kişilikten yeni veya zaten mevcut olan başka bir tüzel kişiye geçer (Bkz. **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 19; **Maurer**, s. 266).

⁶¹³ TMK. m.681 (İsv.MK. m.639) hükmü gereğince mirasçılar, alacaklı bölünmesine veya nakline açık veya örtülü olarak rıza göstermedikçe, tereke borçlarından dolayı taksimden sonra dahi müteselsilen sorumlu kalırlar (Bkz. **CommRomand/Probst**, Art. 183 CO, N. 2; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 95; **Huguenin**, N. 1421; **Schwenzer**, N. 91.31; **Feyzioğlu**, s. 699; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 804-805). Bu durumda, borçların mirasçılar arasındaki iç paylaşımı alacaklıya karşı etki etmez. Borcun miras taksimi ile iç paylaşımı, borcun üstlenilmesi olarak kabul edilebilir (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 183 OR, N. 2; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 805). Bu durumda, alacaklı rıza göstermedikçe bunun borcun dış yüklenilmesi olarak ele alınması mümkün olmaz. Müteselsil borçluluk, paylaşmadan itibaren yahut müeccel borçlarda muacceliyet tarihinden itibaren beş yıl geçmekle sona erer (**Tunçomağ**, s. 1149; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 95). Bu sürenin sona ermesinden sonra alacaklı sadece borcu yüklenen mirasçıya başvurabilecektir (**CommRomand/Probst**, Art. 183 CO, N. 2; **Schwenzer**, N. 91.31). Bu süre kanunda zamanaşımı süresi gibi yazılmışsa da, hâkim görüş uyarınca hak düşürücü süredir (**Koller**, §83, N. 21, s. 1343).

⁶¹⁴ **ZürcherKomm-FusG/Albrecht**, Andreas C., in *Zürcher Kommentar zum Fusionengesetz*, Schultess, Zürich 2004, Vor Art. 3-28 FusG, N. 3 ve 10; **StämpflisHandkomm./Frey**, Martin, Art. 3 in *Stämpflis Handkommentar, Fusionengesetz*, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003, Art. 3 FusG, N. 2; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 7; **Karahan/Keşli**, Ahmet, Dördüncü Bölüm: Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme iç. Karahan, Sami (editör), *Şirketler Hukuku*, Mimoza, 2012, s. 170; BGE 108 Ib 450, 454; BGE 115 II 415, 418 (www.bger.ch).

⁶¹⁵ Yeni kuruluş yoluyla birleşmede iki veya daha fazla ortaklık birleşerek yeni bir ortaklık oluşturur. Devralma yoluyla birleşmede ise bir ortaklık, bir veya daha fazla ortaklığı devralır. Bu yönetime katılma (iltihak) yoluyla birleşme de denir (Bkz. **Erdem**, *Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 46-47; **Bilgili**, Fatih/ **Demirkapı**, Ertan, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 2. bası, Dora, Bursa 2012, s. 317-318; **Karahan/Keşli**, s. 170 vd.). “*Absorptionsfusion*” ve “*Kombinationsfusion*” kavramları için bkz. **StämpflisHandkomm./Frey**, Art. 3 FusG, N. 8; **ZürcherKomm-FusG/Vischer**, Frank, Art. 3 in *Zürcher Kommentar zum Fusionengesetz*, Schultess, Zürich 2004, Art. 3 FusG, s. 59-60; **Pahlı**, Ali, *Anonim Ortaklığın Devralınması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 159.

devralır. Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK. m.136/f.4). Birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer (TTK. m.153/f.1). Şirket bölünmesi söz konusu olduğunda da, şirketin malvarlığı, aktif ve pasifleriyle bölünerek başkaca şirketlere tahsis edilir. Bu durumda, borçlar bu tahsise uygun olarak intikal eder. Bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır. Tescil ile tescil anında envanterde yer alan bütün aktifler ve pasifler devralan şirketlere geçer (TTK. m.179/f.4).

III. Borcun Naklinin Özel Görünüm Biçimleri

Türk ve İsviçre hukuklarında gerek Borçlar Kanunu ve gerekse de çeşitli kanunlarda, alacaklının rızası aranmaksızın yahut alacaklının rızasının varsayılması suretiyle borçlunun değişimine ilişkin hükümler göze çarpmaktadır. Bunlar, ayrı birer hukuki kurum olarak karşımıza çıkmaz. Sadece başkaca işlemlerin kanuni sonuçları arasında yer alır.

Bu başlık altında, alacaklıyla yapılan bir dış borç üstlenmesi akdi söz konusu olmadığı halde, borcun borçludan üçüncü bir kişiye intikal ettiği bu haller ele alınacak ve değerlendirilecektir. Bu haller arasında, bir malvarlığı veya işletmenin devri ile rehinli taşınmaz devrine borcun intikali, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinin borcun üstlenilmesi hususunda kabul ettiği sözleşme teorisinden uzaklaşarak, Alman hukukundaki onay teorisine yaklaşacak şekilde düzenlenmiş olduklarından⁶¹⁶ ayrı başlıklar altında özel olarak incelenmiştir.

Konunun önemi, Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun borç üstlenme hakkında kabul ettiği sözleşme yöntemi yerine, özel bazı durumlar için farklı düzenlemeler yapılmış olmasındandır. Bu nedenle, söz konusu bu durumların incelenmesinde fayda vardır.

⁶¹⁶ Bkz. **Saymen**, s. 262; **Deppeler**, Fritz, Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht, Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque, P. Haupt, Bern 1925, s. 24-28.

Bu örneklerde, hukuk politikası gereği, alacaklının onayının “varsayıldığını” gözlemliyoruz (Bkz. **Redick**, s. 15-18).

A. Malvarlığı veya İşletmenin Devrinde Borçların Nakli

1. Genel Olarak

Kanunlarımızda, bir malvarlığı yahut işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi imkânı tanınmıştır (TBK.m.202, TTK.m.11/f.III)⁶¹⁷. Buna göre, bir işletme veya malvarlığını aktif ve pasifleriyle devralan kişi, alacaklılara karşı gerekli bildirim ihbar veya ilan suretiyle yaptığında, üstlendiği işletme ya da malvarlığında yer alan pasiflerin borçlusu olur⁶¹⁸. Söz konusu bildirimde, borçların da intikal ettiğinin açıkça ifade edilmesi, söze ya da yazıya dökülmesi gerekmesede, bu konuda şüpheye yer bırakmayacak şekilde durum açıklanmış olmalıdır⁶¹⁹. Burada, kanuni şartların gerçekleşmesi halinde, söz konusu malvarlığına veya işletmeye bağlı borçlar kanun gereği devralana intikal ederler⁶²⁰. Borcun intikali, alacaklıların rızasına ihtiyaç duyulmadan, alacaklılara yapılan bildirimden itibaren iki yıl içinde kanun gereği (*ex lege*) sonuç doğurur⁶²¹.

⁶¹⁷ Benzer düzenlemelere İsviçre Hukukunda da rastlanmaktadır (İsv. BK. m.181 ve İsv.Birl.K. m.69-77). Belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukukunda, konuya ilişkin olarak 1 Temmuz 2004 tarihli Birleşmeler Kanunu (*Fusiongesetz – FusG*) özel düzenlemeler getirmiş, İsv. BK. m.181 vd. hükümlerinin uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Bu kanun uyarınca ticaret siciline kayıtlı hukuk öznelerinin malvarlıklarını veya ticari işletmelerini devretmeleri durumunda, bunların hukuki durumlarına veya isimlendirilmelerine bakılmaksızın İsviçre Birleşmeler Kanunu hükümleri uygulanacaktır (İsv. BK. m.181/f.IV). Bu durumda, İsv. BK. m.181 hükmünün uygulama alanına sadece ticaret siciline kaydedilmeyen kişiler girmektedir.

Alman hukuk sisteminde ise, önceden malvarlığı devrinde uygulama alanı bulan §419 BGB hükmü, 1.1.1999 tarihi itibarıyla, yerine herhangi başka bir düzenleme de yapılmaksızın hükümden kaldırılmıştır. Ancak ticari işletme devrine ilişkin §25 HGB hükmü halen uygulanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, malvarlığı ve işletmenin satış yoluyla devri halindebu hükümler, satım sözleşmesi hükümlerine nazaran özel hüküm teşkil ederler (Bkz. BGE 90 II 490, 499 [www.bger.ch]).

⁶¹⁸ Alacaklılara bildirim yapılmadan evvel sadece devreden ile devralan arasında hüküm doğurur (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 38). İhbar ve ilan yapılmaksızın devir, alacaklılara karşı hüküm doğurmaz (Yarg. HGK., E.2007/21-664, K.2007/745, T.17.10.2007; Yarg. 15.HD., E.1995/1063, K.1995/1252, T.6.3.1995 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁶¹⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 13; BGE 79 II 154-155 (www.bger.ch).

⁶²⁰ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 15; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 9; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 87; **Durman**, s. 59; **Acemoğlu**, s. 2. *Gürgens*'e göre, alacaklının devralana karşı talep hakkı elde etmesinin nedeni, tarafların sözleşmedeki iradeleri değil, borçların borçlunun malvarlığına dahil, onun bir parçası olması ve dolayısıyla bu malvarlığının devriyle birlikte birlikte intikal etmesidir. Bu görüşe göre, borçlunu malvarlığındaki aktiflerin devri, bunlara bağlı olan borçların da devri sonucunu meydana getiriyordu (**Gürgens**, s. 255 vd.).

⁶²¹ **Koller**, §86, N. 3, s. 1423-1424; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3629 vd.; **Schwenzer**, N. 91.26.; **Feyzioğlu**, s. 693; **Arcı**, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul: Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 138; **Durman**, s. 123. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 9; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 19; **Koller**, §86, N. 3, s. 1423-1424; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 1 ve 24; **Guhl/Koller**, §35, N. 20 ve 31; **Oser/Schönenberger**, Vorbem. zu Art. 175-83 OR, N. 4; **Keller/Schöbi**, s. 92.

İşletme veya malvarlığı devrinde borcun intikali, sözleşme teorisine değil, kanuna dayanır (BGE 60 II 100, 107 [www.bger.ch]). Alacaklının tarafı olmadığı bir işlemin sonucunda, kanun gereği borçlu

Burada üç köşeli bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkinin içinde, malvarlığı veya işletmeyi devreden borçlunun karşısında, devralan (üstlenen) varken, devir konusu malvarlığı veya işletmenin borçlarının alacaklıları da bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenirler⁶²².

TBK. m.202 (İsv. BK. m.181, İsv.Birl.K. m.69 vd.) uyarınca borçların intikali, TBK. m.196 vd. (İsv. BK. m.176 vd.) hükümlerince borcun dış üstlenilmesine nazaran şartları ve sonuçları bakımından farklılık gösterir. En başta gelen farklılık, malvarlığı veya işletme devri suretiyle borçların intikalinde, borcun üstlenilmesinden farklı olarak alacaklının rızasının aranmamasıdır⁶²³.

Malvarlığı veya işletmenin devrinde, her alacaklıyla ayrı ayrı anlaşmaya gerek kalmaksızın ve hatta alacaklıların rızasını dahi almaksızın pasiflerin (borçların) topluca intikalinin düzenlenmesi, uygulamada kolaylık sağlar⁶²⁴. Bu hüküm olmasaydı, borcun üstlenilmesine ilişkin genel hükümler uyarınca devralan, tüm alacaklıları tek tek bulup, ikna edip borçların intikali için rızalarını almaya çalışacaktı. Bu ihtimalde, malvarlığının veya işletmenin devrinin gerçekleşmesi neredeyse olanaksız olurdu⁶²⁵. Bu sebeple, kanunkoyucu borçların intikalini kolaylaştırmıştır⁶²⁶. O halde, burada esasen alacaklılar lehine değil, daha ziyade önceki borçlunun lehine bir sadeleştirme söz konusudur.

Kanun, bu istisnai düzenleme ile (TBK. m.202; İsv. BK. m.181; İsv.Birl.K. m.69 vd.), bir malvarlığı yahut işletmenin sahibinin değişmesini kolaylaştırırken, işbu malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte, olduğu gibi varlığını

değişir (BGE 79 II 154 [www.bger.ch]; Yarg. 11.HD, E. 1974/3626, K. 1975/1217, T.20.2.1975 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁶²² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 17.

⁶²³ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 2; **Koller**, §83, N. 18, s. 1343 ve §86, N. 2, s. 1423; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 4.; **Oğuzman/Öz**, s. 594; **Feyzioğlu**, s. 693; **Arıcı**, s. 138; **Saymen**, s. 264.

⁶²⁴ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 1. Kanun burada basitleştirilmiş bir usul sunar (**Tercier**, §36, N. 1793).

⁶²⁵ **Bahtiyar**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 34-35.

⁶²⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 3-4; BGE 108 II 107, 111 (www.bger.ch).

sürdürmesini sağlamayı⁶²⁷ ve aynı anda alacaklıları da korumayı, bu suretle bir anlamda menfaatler arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır⁶²⁸.

Üstelik burada, borcun üstlenilmesinden farklı olarak, malvarlığı veya işletmeyi pasifleriyle birlikte devreden kişi de devralanın (yeni borçlunun) yanında iki yıl daha müteselsil olarak borçlu kalmaya devam eder⁶²⁹. Bu şekilde, alacaklıların da menfaatleri göz önünde tutulmuştur⁶³⁰. Nitekim, önceki borçlu ve üstlenen arasında teselsül olması sebebiyle alacaklının durumu, sadece borçluya başvurabildiği önceki haline göre güçlenmiştir; zira müteselsil borçluluğun bir sonucu olarak, alacaklı, bu süre içinde müteselsil borçlulardan herhangi birine başvurabilecektir. Devralan, müteselsil borçlu olmakla, alacaklılara karşı kendi malvarlığının tamamıyla sorumludur⁶³¹.

Ancak bu sürenin sonunda bir borçlu değişiminden bahsedilebilir⁶³². O halde, bu iki yıllık süre zarfında, önce adeta kanuni bir borca katılma (*kumulative Schuldübernahme*) hali düzenlenmiş, yani önceki borçlunun üstlenenin yanında, onunla birlikte bu süre boyunca müteselsilen borçlu olacağı belirtilmiştir⁶³³. Bu süre içinde, malvarlığı veya işletmenin devrinin, alacaklıyla borçlu arasındaki ilişkinin

⁶²⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 21; **Bucher**, AT, s. 589; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 62; **Des Gouttes**, René, “*Entreprise et Patrimoine*”, FJS 70, 31 Ekim 1969, s. 3 vd.; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3625.

⁶²⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 5; **Engel**, s. 905; **Arıcı**, s. 139. Karşılaştırma için bkz. **Barandun**, Nicolà, Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven, Dissertation, Bern 1993, s. 46.

⁶²⁹ İsviçre Hukukunda bu süre 3 yıl olarak değiştirilmiştir (İsv. BK. m.181/f.II ve İsv. Birl.K. m.75/f.I). Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, §35, N. 20; **Keller/Schöbi**, s. 91-92; **Tschäni**, Rudolf, “*Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen*”, GesKR 2007, s. 170-175, s. 173; **Durman**, s. 60. **Becker**, önceden yürürlükte olan iki yıllık sürenin, alacaklıyı basiretli bir şekilde alacağını takip etmeye yönelmek ve sorumluluk durumunun kısa zamanda çözüme kavuşturularak, ticari hayatı hızlandırma korumak adına kısa belirlendiğini belirtmiştir (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 28).

⁶³⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 3; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 1; **Bucher**, AT, 590 vd.; **Tunçomağ**, s. 1145. Bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 2; **Durman**, s. 62 ve 123.

⁶³¹ **Acemoğlu**, s. 125; **Tschäni**, *Vermögensübertragung*, s. 173.

⁶³² **Koller**, §86, N. 1, s. 1423; **Guhl/Koller**, §35, N. 28; **Siedel**, s. 35 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 594; **Saymen**, s. 264.

⁶³³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 6; **Buchli**, s. 72-73; **Larenz**, AT, §35, s. 612-613; **Acemoğlu**, s. 143 vd.; **Ferrand**, N. 306, s. 320-321; **Durman**, s. 60 ve 106-107; BGE 63 II 14, 15 (www.bger.ch). Malvarlığı veya işletme devri, önce borca katılma (*kumulative Schuldübernahme*) ardından kanun gereği ortaya çıkan kurtarıcı (*privative Schuldübernahme*) borç üstlenme sonuçlarını doğurur ve bir araya getirir (**Guhl/Koller**, §35, N. 27-28; **Keller/Schöbi**, s. 91-92; **Siedel**, s. 35 vd.; **Arıcı**, s. 138). Burada bir “borçlu çoğalması” öngörülmüştür (**Pash**, s. 188). Bkz. Yarg. HGK., E. 2001/11-1155, K.2001/1165, T. 26.12.2001 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

içeriğine hiçbir etkisi yoktur⁶³⁴. Borçlunun kurtulması, yani borç üstlenmenin kurtarıcı etkileri bu sürenin sona ermesiyle birlikte kanun gereği kendini gösterecektir⁶³⁵. Belirtmek gerekir ki, müteselsil borçluluk durumu, devredenle devralan arasında düzenlenen devir sözleşmesiyle, yani alacaklının rızası olmaksızın bertaraf edilemez⁶³⁶.

Alman hukukunda ise, malvarlığı ve işletme devrine ilişkin sözleşme, bir “borca katılma” olarak düzenlenmiştir (§419 BGB⁶³⁷ ve §25 HGB)⁶³⁸. Asıl borçlunun borcundan kurtulması, yani kurtarıcı etki, sonradan kanun gereği ortaya çıkar⁶³⁹. Alman hukukunda yürürlükten kaldırılan §419 BGB hükmü, devredilen malvarlığıyla sınırlı sorumluluğu öngörmekteydi⁶⁴⁰. Buna karşın, günümüzde hâlâ

⁶³⁴ Keller/Schöbi, s. 93; ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 18; Acemoğlu, s. 143 vd.

⁶³⁵ BGE 63 II 14, 15 (www.bger.ch). Ancak, belirtmek gerekir ki, burada klasik anlamıyla bir cüzi intikal hali mevcut değildir. Burada borcun üstlenilmesi sözleşmesel değildir ve bunun için herhangi ayrı bir işlem yapılmaz yahut yapılan işlemin bu amaçla herhangi bir dönüşme (çevrilme) anı yoktur (ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 9). Kurtarıcı etki kanun gereği, kendiliğinden ortaya çıkar (Arıcı, s. 138).

⁶³⁶ Acemoğlu, s. 144. Ayrıca bkz. Yarg. 4.HD, E.1960/3748, K.1961/2899, T.3.4.1961 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası].

⁶³⁷ §419 BGB hükmü 1.1.1999 itibariyle hükümden kaldırılmıştır. Bu hükmün bir özelliği ise, devralanın sorumluluğunu devraldığı malvarlığının değeriyle sınırlaması (f.II) ve emredici bir hüküm olmasıydı. Diğer bir deyişle, söz konusu hüküm uyarınca devralan, önceki borçluluğu arasında yapacağı bir sözleşme ile yükümlülüğünü bertaraf edemiyordu (f.III).

⁶³⁸ Bkz. Redick, s. 92 vd.; Von Gierke, s. 61 vd.; HKK/Meyer-Pritzl, §§414-418 BGB, N. 30 vd.; Niggebrügge, s. 35; Siedel, s. 11 vd. Alman hukukunda §25 HGB uyarınca, işletmeyi devralan, devreden yanında borca katılmış sayılır (Siedel, s. 15 vd.). İşletmelerde, işletmenin devam edeceği konusunda anlaşarak işletmeyi devralan, işletmenin borçlarını da devralır (§25 HGB). Devreden de, işletme devam etsin ya da etmesin, 5 yıl boyunca sorumlu kalmaya devam eder (§26 HGB). Bkz. Maurer, s. 266.

⁶³⁹ Von Gierke, s. 65 vd.

⁶⁴⁰ Bu bakımdan, borcun tamamından şahsi sorumluluk öngören İsviçre ve Avusturya düzenlemelerinden farklıydı (Tiedemann, s. 14). İsviçre sisteminde, pasiflerin devredilen aktiflerden karşılanıp karşılanamayacağına da bakılmaz (ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 222; Von Tuhr/Escher, s. 398; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 2; Des Gouttes, FJS 70, s. 13). Hatta pasifleri devreden bunu satım bedeline mahsup etse bile bakılmaz (Des Gouttes, FJS 70, s. 13, dn. 79). Borçların miktarı, aktiflerin değerini aşsa bile, devralan tüm borçlardan şahsen sorumludur (CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 39; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 2; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 2; ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 222; Von Tuhr/Escher, s. 398).

Becker'e göre, eğer kanunkoyucu, devralanın rızasını dahi aramaksızın, doğrudan malvarlığının geçişine bağlı olarak sorumlu olacağını düzenlemiş olsaydı, sorumluluğu sadece bu malvarlığıyla sınırlaması haklı görülebilirdi. Ancak yazar, tarafların sözleşme ile intikal edecek borçları sınırlandırabilecekleri bir sistemde, üstlenenin de rızasıyla sırtlandığı borçlardan olan sorumluluğunu malvarlığıyla sınırlamanın haklı bir açıklaması olamayacağını belirtmektedir (BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 2).

yürürlükte olan §25 HGB hükmü, devredilen tüm borçlardan şahsi sorumluluğu öngörmektedir⁶⁴¹.

Avusturya hukukuna göre; bir malvarlığını devralan kişi, devreden alacaklıya karşı sorumluluğuna halel getirmeksizin, devir anında varlığını bildiği veya bilmesi gereken malvarlığı veya işletmeye ait borçlardan doğrudan kişisel olarak sorumlu olur. Buna karşılık; devralan, malvarlığı veya işletmenin devre konu değer tutarını aşan borçlardan dolayı sorumluluktan beridir (§1409 Abs.1 ABGB).Kısaca, devralanın sorumluluğu üstlendiği malvarlığı değeriyle sınırlıdır. Aşan kısım için, asıl borçlunun (devreden) sorumluluğu devam etmektedir⁶⁴². Belirtmek gerekir ki, §1409 ABGB hükmü emredicidir. Devralanın sorumluluğunu sınırlamaya yönelik devreden ile arasında yapmış olduğu anlaşmalar alacaklıya karşı ileri sürülemez (§1409 Abs.3 ABGB)⁶⁴³.

Fransız hukukunda peştemaliye devrine ilişkin hükümlerde, ticari işletmeye ait borçların nakli düzenlenmemiştir (Fr.Tic.K. L141⁶⁴⁴). Borçların intikali, genel hükümlere tabidir.

Konuyla ilgili ilginç bir örnek de İtalyan hukukunda karşımıza çıkar. Bu nedenle bu örneğe değinmekte fayda vardır. İtalyan Medeni Kanununun 6. bölümü borcun üstlenilmesine ilişkindir; ancak malvarlığı veya işletme devrine ilişkin bir hüküm içermez. Oysa, 8. bölüm altında işyeri devrine ilişkin İta. MK. m.2560/f.I hükmünde devreden, devrolan işyerine bağlı ve devirden önce var olan borçtan sorumlu olduğu; ancak sonradan alacaklının rızasıyla bu yükümlülüğünden kurtulacağından bahsetmektedir. Buna göre, alacaklının rızasını alıncaya (borçtan ibra anlaşması yapıncaya) kadar müteselsil borçluluk söz konusudur (İta. MK. m.2560).

⁶⁴¹ §25 HGB hükmüne göre üstlenen, kişisel ve sınırsız sorumlu olur (Siedel, s. 17; Topuz, s. 35). Aynı hüküm Avusturya Hukukunda da mevcuttur (§25 HGB).

⁶⁴² Siedel, s. 30 vd.

⁶⁴³ Siedel, s. 32.

⁶⁴⁴ Önceden Fransız hukukunda buna ilişkin 1909 tarihli özel bir kanun vardı (Bkz. *Loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce*, 17.3.1909). Günümüzde bu kanunun yerini Fransız Ticaret Kanununun 1. kitabı, 4. başlığının 1. bölümündeki düzenlemeler (L141) almıştır.

2. Malvarlığı ve İşletme Devri Sayılan ve Sayılmayan Haller

a. Malvarlığı Devri

Malvarlığı, kişinin parasal değeri olan hak ve yükümlülüklerinin, maddi ve gayri maddi mallarının ve değerlerin toplamıdır⁶⁴⁵. Ekonomik açıdan bakıldığında malvarlığı, bir hukuk süjesinin sahip olduğu iktisadi gücün tamamını ifade eder⁶⁴⁶. Malvarlığı devri (*Transfert de patrimoine, Vermögensübertragung*) denildiğinde, bir kişinin tüm malvarlığının devri şart değildir, malvarlığının sadece bir bölümünün devri de mümkündür⁶⁴⁷.

Nitekim, İsviçre Borçlar Kanununun kabul edilmesi sırasında, “bütün” malvarlığının devri sözü, kanun tasarısında yer almasına rağmen, kanuna alınmamıştır. Bu sebeple, sadece “malvarlığının devri” denilmesinden, tüm malvarlığının değil, bir kısmının da devredilmesinin yeterli olduğu çıkarılabilir⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 71; **Barandun**, s. 27; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 22; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 1-3; **Engel**, s. 905; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 7; **Paslı**, s. 177. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 690-691; **Tunçomağ**, s. 1137; **Uygur**, s. 1168; **Aksoy-Dursun**, Sanem, Eşya Kavramı, XII Levha, İstanbul 2012, s. 58-59.

Durman'a göre, “bir kişinin hukuki bir bütünlük oluşturmak üzere sahip olabileceği, para ile ölçülebilen mal ve hak ile sorumlu olabileceği borçların tamamına malvarlığı denir.” (**Durman**, s. 7).

Ayiter, “malvarlığı” kelimesine “mal” sözcüğünü içermesi dolayısıyla itiraz etmektedir. Yazara göre, mamelek mallardan değil, haklardan meydana gelir. Bir kişinin maliki olduğu her şeyi, onun servetini ifade eder. Yazar, bu nedenle, “varlık” kelimesini önermektedir (**Ayiter**, Nüşin, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s.3, dn.1).

Malvarlığı devri, söz konusu malvarlığına ait tüm aktifleri kapsayabilir: Taşınurlar, taşınmazlar, aynı haklar, alacaklar, fikri haklar, patent (**Keller/Schöbi**, s. 89; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3628; **Barandun**, s. 32-33; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 2-3); müşteri portföyü (“*kundschaft*” [**Keller/Schöbi**, s. 89]), imalat sırrı, örnek, model, marka (**Barandun**, s. 34); araçlar, kıymetli evrak, stoklar, büro materyali (**Des Gouttes**, FJS 70, s. 2-3, **Barandun**, s. 32-33) vs. Fırsatların ve fiili faydaların aktiflere dahil olması, onun arasında sayılması beklenmez (**Barandun**, s. 36). Devreden ticari defterlerine kayıtlı olması, bir malın işletme malvarlığına dahil olduğunun belirtisini oluşturur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 97). Elbette ki, bir malvarlığı ya da işletmenin devri kişilik haklarını içermez (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 98).

⁶⁴⁶ Malvarlığı, şahsa ait para ile ölçülebilen hakların ve hukuki münasebetlerin bütünüdür (**Acemoğlu**, s. 9-10).

⁶⁴⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 24. Sözleşme serbestisi uyarınca, devreden ile iktisap eden, aktiflerin devrini kısıtlayabilirler ve alacağını talep eden alacaklıların aktiflerin miktarı üzerinden tatmin edileceğini kararlaştırabilirler (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 226; **Guhl/Koller**, §35, N. 21; **Engel**, s. 905; Ayrıca bkz. **Des Gouttes**, FJS 70, s. 15-16. “*Yeter ki söz konusu malvarlığı, aynı amaç ve ortak yönetim altında toplansın*” (**Schneider/Fick**, İsv. BK. m.181, N. 15).

⁶⁴⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 72; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 5. “*İsv. BK. m.181 kapsamında külli halefiyet yoktur.*” (**ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Piera, Art. 69-75 in *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, Schultess, Zürich 2004, Vor Art. 69-77 FusG, N. 32).

Sözleşmede bir malvarlığının en önemli unsurları sayılıyorsa⁶⁴⁹ ve hatta özel belirli malların devrinde bunlar birlikte bir bütün malvarlığı oluşturuyor veya onun asli unsurunu teşkil ediyorsa⁶⁵⁰, (eğer, bu sözkonusu malvarlığı kısmı, hukuken veya fiilen ayrı, özel bir malvarlığı teşkil ediyorsa⁶⁵¹ veya bu malvarlığının bağımsız bir bütünlüğü varsa⁶⁵²) yine burada malvarlığı devri vardır⁶⁵³. Ancak organik bir bütünlük arz etmeksizin, salt münferit aktif veya pasif devrinde, bunların cüzi intikaline ilişkin genel kurallar uygulanmalıdır⁶⁵⁴.

Örnek vermek gerekirse; malvarlığının devrine ilişkin düzenlemeler, belirli bir malvarlığının bütünden ayrılarak bağlı işletme meydana getirilmesinde, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, işletmenin bütününe değil de bir bölümünün (bir kısım malvarlığının) devrinde uygulanabilir⁶⁵⁵. Aynı zamanda şirket birleşmelerinin, bölünmelerinin ve tür değiştirmesinin işlemlerinde tamamlayıcı rol oynayabilir⁶⁵⁶.

b. İşletme Devri

İşletme, herhangi bir ticari faaliyetin işleyişine ilişkin hukuki ilişkilerin bütünüdür. İçinde maddi⁶⁵⁷ ve gayri maddi⁶⁵⁸ unsurların bir arada düzenlendiği

⁶⁴⁹ Von Tuhr/Escher, §99, s. 395; Siedel, s. 35.

⁶⁵⁰ Acemoğlu, s. 31; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 5; Funk, Art. 181 OR, N. 1; Velidedeoğlu/Özdemir, eBK. m.179, N. 1.

⁶⁵¹ “Diğerlerinden ayrılmış, özel bir malvarlığı unsuru” (isoliertes Sondervermögen) (Bucher, AT, s. 589, dn. 61). Özel malvarlığına örnek olarak, iflas masası, mirasta tereke malları, yatırım ortaklığı portföyü, yatırım fonları, konut finansmanı fonu, varlık finansmanı fonu vs. gösterilebilir (Durman, s. 9 vd.)

⁶⁵² Von Tuhr/Escher, §99, s. 395; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 8; Durman, s. 61 ve 67; Barandun, s. 30.

Kendi içinde organik bir bütünlük (*organisch in sich geschlossenes*) arz eden malvarlığının devri bu madde kapsamındadır (Guhl/Koller, §35, N. 21; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3626; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 85; Von Büren, s. 352; OFK-Schauvelberger/Keller, Art. 181 OR, N. 4). Kanaatimizce, “organik bütünlük” ile kast edilen, malvarlığının belirli bir bölümünün diğer malvarlığı unsurlarından ayrı ve bağımsız; ancak kendi aralarında ekonomik anlamda birbirine bağlı olmalarıdır. Bu ekonomik bağ, onları alelade bir yığın olmaktan çıkararak, devredilebilir bir bütünlük haline getirir.

⁶⁵³ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 73.

⁶⁵⁴ Guhl/Koller, §35, N. 21.

⁶⁵⁵ Bkz. ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 224.

⁶⁵⁶ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 16.

⁶⁵⁷ “Bir ticari işletmenin faaliyetine tahsis edilen şeyler, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işletmeye dahil unsurlar olarak kabul edilir.” (Yarg. 11.HD, E. 1974/3626, K. 1975/1217, T.20.2.1975 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁶⁵⁸ Peştemaliye, diğer bir deyişle bir ticaret yerinin itibar ve müşteri ilişkileri gibi manevi değerleri bu kapsamda düşünülebilir (Bkz. Keller/Schöbi, s. 89).

(organize olduğu) ve ekonomik ve ticari bir amaca yönelen bir bütündür⁶⁵⁹. Bu anlamda, sadece devredenin ticari faaliyetine ait mallar bütünü veya herhangi bir organizasyon içinde yer almayan ve yahut dış dünyayla ilgisi olmayan yalın bir mal deposundan ibaret değildir. Ticari işletmeler ise, TTK. m.11/f.I hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre ticari işletme, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.*”

Ancak “işletme” olarak adlandırılan faaliyet, mal ve kişilerden meydana gelen bu bütün, hiçbir zaman tek başına bir aynî hakka konu olmaz. İşletme, ekonomik bir birlik teşkil etse de, üzerinde mülkiyet kurulabilecek hukuki bir bütün değildir⁶⁶⁰. O halde, işletme devri, hukuki bir bütünün değil; yukarıda tanımı yapılan karmaşık yapının unsurlarıyla devridir⁶⁶¹.

Hâkim görüşe göre, TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) hükmünün uygulama alanına her türlü işletme girer⁶⁶². Hükümde, herhangi bir sınırlama getirilmemiştir⁶⁶³. Bir görüşe göre işletme devri, borca batık işletmelerin yeniden yapılandırılmasında da uygulanır⁶⁶⁴.

⁶⁵⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 76; **Uygun**, s. 1168 vd.; **Durman**, s. 23 vd., 100 ve 109; **Barandun**, s. 30; **Aksoy-Dursun**, s. 66. İşletme, bir mesleğin ya da ticari faaliyetin icrasına ilişkin hukuki ilişkilerin bütününe denir (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 23; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 76; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 9). İşletme, ticari bir amaca ulaşmak için maddi ve gayrimaddi unsurları bir araya getirir (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 23; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 76; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 2-3). “İşletme, her şeyden önce, sermaye, emek ve müteşebbis unsurları birliğinin, belirli bir organizasyon biçiminde faaliyet göstermesini ifade eden iktisadi bir kavramdır.” (**Acemoğlu**, s. 16). “Devir taahhüdü ile ticari işletmenin bir iktisadi bütün ve organizasyon olarak devralanın hâkimiyetine sokulması üstlenilir.” (**Arıcı**, s. 67). **Tunçomağ**’a göre işletme de bir malvarlığıdır. “Bir kimsenin hak ve borçlarından meydana gelmiş bir bütündür. Fakat bu, söz konusu kişinin bütün malvarlığı içinde ayrı, özel bir bölüm teşkil eder ve sahip bulunduğu ayrı amaç sayesinde bağımsız bir gelişmeye mazhar olur.” (**Tunçomağ**, s. 1138).

⁶⁶⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 77.

⁶⁶¹ Mutlaka işletmenin tüm unsurlarıyla devredilmesi gerekmez. İşletmenin organik olarak bir bütün teşkil eden unsurlarının, kendi içinde bütünlüğü olan parçalarının devri yeterlidir (**Von Büren**, s. 352, **Engel**, s. 905; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 78).

Münferit bazı aktiflerin devirden ayrık tutulması, işletme devrinde pasiflerin intikalini engellemez (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 79; BGE 79 II 289, 290-291 [www.bger.ch]).

⁶⁶² **Arıcı**, s. 31; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 9; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 24;

⁶⁶³ Ancak belirtmek gerekir ki, ticaret ortaklıklarının birleşme ve devralınması TTK. m.136-158 ve Kooperatifler Kanunu m.84 kapsamında düzenlenmiştir. O halde, ticaret ortaklığının devri ile işletmenin devri birbirinden farklı yerlerde düzenlenmiştir.

⁶⁶⁴ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 24; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 2; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 4; **Durman**, s. 74.

İşletmelerin devrinin gerçekleşebilmesi için, devir konusu işletmenin hukuki varlığı henüz sona ermemiş olmalı, işletme varlığını sürdürmelidir⁶⁶⁵. Faaliyetin durmuş olması, hukuki anlamda işletmenin sona erdiği anlamına gelmez⁶⁶⁶. Nitekim devir sonrasında da işletme varlığını devam ettirir, sadece işletmeyi işleten kişi değişmiştir⁶⁶⁷. Bu anlamda, burada işletme devrolmasına rağmen varlığını sürdürür.

c. Malvarlığı veya İşletme Devri Sayılmayan Durumlar

TBK. m.202’de düzenlenen husus bir malvarlığı ve işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmesidir. TBK. m.203’de ise bir işletmenin diğer bir işletmeyle birleşmesi düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununda düzenlenen ticari şirketlerin birleşme ve devralınması (TTK. m.136) Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde yer alan ticari işletmelerin devrinden farklıdır⁶⁶⁸. Şirketlerin birleşmesinde, sadece ticari işletme değil, onun sahibi konumundaki tüzel kişi tacir de birleşmeden etkilenir, tüzel kişiliğini, varlığını kaybeder⁶⁶⁹. Ticari işletme devrinde ise, tüzel kişilik kaybı söz konusu değildir⁶⁷⁰.

Malvarlığı veya işletme unsurlarının ayrı ayrı (münferit) iktisabı halinde, yani söz konusu unsurlar arasında bir birliktelik yoksa, malvarlığı veya işletme devrinde

⁶⁶⁵ **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 10; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 6-7.

⁶⁶⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 88. Nitekim, aynı sebeplerle, faaliyeti durdurmuş bir anonim şirket de, makul bir ekonomik yaklaşımla ekonomik faaliyetlerinin yeniden canlanma imkânı oldukça, sona ermez (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 10).

⁶⁶⁷ **Durman**, s. 99.

⁶⁶⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 43; BGE 87 I 301, 304 (www.bger.ch). Bkz. **Acemoğlu**, s. 69-70; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395, dn. 111. Bir şirket diğerini devraldığı takdirde, artık müteselsil borçluluk değil, devralan şirketin münhasır borçlu olduğu kabul edilmelidir (**Guhl/Koller**, §35, N. 34). Anonim şirket birleşmelerinde alacaklının korunma ihtiyacına İsv. BK. m.748-749 cevap verecektir (**Keller/Schöbi**, s. 94).

⁶⁶⁹ **Bilgili/Demirkapı**, s. 38. İsviçre sisteminde, şirketlerin birleşmesine ilişkin yapılan, birleşmeye ilişkin gerekli işlemlerin ve devirlerin yapılmasına ilişkin karşılıklı borç doğuran bir birleşme sözleşmesini (**Tschäni**, Rudolf, “*Der Fusionsvertrag*”, SZW 2004, s. 197-202, s. 198 vd.) takiben, genel kurul onayı alınmalı ve işlem ticaret siciline tescil edilmelidir. Kanunda, birleşme yahut tür değiştirmeye niyetlenen şirketlerin, bir ara bilanço düzenlemesi, birleşme sözleşmesi yapması veya tür değiştirme planı düzenlemesi, yönetim kurulunun bu hususta bir rapor düzenlemesi, ortakların haklarının korunması açısından özel yetkili denetçilerin de ayrı bir rapor düzenlemesi, ortaklara bildirimde bulunulması ve onların denetimine olanak tanınması, işyeri temsilcileri ile müzakere yapılması, genel kurul onayının alınması ve sonra işlemin ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir. Bunlardan, sözleşme akdedilmesi, genel kurul onayının alınması ve ticaret siciline yapılan tescil zorunlu unsurlardır. Tescil, burada kurucudur (Bkz. **Durman**, s. 72).

⁶⁷⁰ **Pashı**, s. 177.

borçların da intikalini düzenleyen TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) hükmü uygulama alanı bulmaz⁶⁷¹.

Bundan başka, kural olarak, bir aktifi (mal veya alacağı) iktisap eden kişiler, kendiliğinden bu aktifle geçmişi bakımından ilgili olan pasiflerin de borçlusuna haline gelmez⁶⁷². Örneğin, bir krediyle iktisap edilen malı satın alan kişi, söz konusu kredinin de borçlusuna olmaz.

TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) hükmüne başvurabilmek için devreden ile devralanın pasiflerin nakli hakkında anlaşmasından daha fazlası gereklidir. Çünkü böyle bir anlaşma, TBK. m.195 (İsv. BK. m.175) anlamında borcun iç yüklenilmesi olmaktan öteye geçmeyecektir⁶⁷³.

Bir anonim şirketin paylarının bir kısmının yahut tamamının satımı, TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) hükmü kapsamı dışındadır. Zira pay satımı, işletmenin aktif ve pasiflerinin devri anlamına gelmez⁶⁷⁴.

Bir görüşe göre, borçlar nakledilmeden sadece aktiflerin devri dahi hukuken geçerlidir⁶⁷⁵. Belirtmek gerekir ki, böyle bir devir, sonradan alacaklıların açacakları tasarrufun iptali davasına konu olabilir (İİK. m.277 vd., SchKG. m.285 vd.). Elbette sadece aktiflerin devredildiği bu örnekte, bir malvarlığı veya ticari işletmenin devrinden bahsetmek mümkün olmaz⁶⁷⁶. Bu ihtimalde, sadece münferit malların

⁶⁷¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 32 ve 74.

⁶⁷² **Von Büren**, s. 352

⁶⁷³ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 12; **Acemoğlu**, s. 34; **Durman**, s. 124. Tarafların malvarlığı ya da işletmenin sadece pasiflerinin devri hakkında anlaşmaları (İİK. m.277 vd., SchKG. m.285 vd. çekincesiyle birlikte) caizdir.

⁶⁷⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 47; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 4; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 3 ve 10; BGE 86 II 89, 91 (www.bger.ch).

⁶⁷⁵ **Funk**, Art. 181 OR, N. 1. İktisaplar konusunu oluşturan aktif ve pasiflerin birlikteliği, değiştirilemez değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 92).

Karşıt görüşte olan *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop*'a göre, bu mümkün olmamalıdır (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 281, dn. 2). Benzer bir görüşte olan *Öz*'e göre, aktifler, pasiflerin teminatını oluşturduklarından, sadece aktiflerin devri mümkün değildir (**Öz**, Turgut, “*Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi*”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 114).

⁶⁷⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 12. Sadece aktiflerin devri, bu hüküm anlamında bir malvarlığı yahut işletmenin devri sayılmaz (**Von Büren**, s. 353; **Engel**, s. 905-906. Karşıt görüş için bkz. **Bucher**, AT, s. 589; **Tunçomağ**, s. 1138). Karşıt bir kararında ise Yargıtay, bayilik ile birlikte sıvılandırılmış petrol gazı tüplerinin devrine ait ilişkinin, salt tüplerin satışı olarak düşünülmemeyeceği, bunun işletmenin devri anlamına geldiğine hükmetmiştir. Karşı oy yazısında ise, 11.HD hâkimi Yavuz Okçuoğlu, “*İpragaz bayiliği bir ticari işletme olarak kabul edilse dahi olayda Borçlar Kanununun 179. maddesi anlamında bir işletmenin devri söz konusu değildir. Bu işletmenin devrinin kabulü için tüm*

veya hakların iktisabı söz konusudur⁶⁷⁷. Borçlar intikal etmez⁶⁷⁸. Türk hukukunda bunun bir örneği Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik'de görülür⁶⁷⁹. Yönetmeliğin 25 vd. maddelerinde ticari ve iktisadi bir bütünlük içinde yer alan aktiflerin devrinde, bunlara ilişkin geçmiş dönem borçlarının ihale bedelinden ödenmesi veya ihale alıcısına ödetilmesi konusunda Kurulun yetkili olduğu; kurulun bu konudaki kararının satış şartnamesi ve ilanda belirtileceği açıklanmaktadır. O halde, kurulun kararıyla, sadece aktiflerin devri mümkün görünmektedir.

3. Malvarlığı ve İşletme Devrinde Naklolun Borçlar

a. Genel Kural

Malvarlığı ve işletme devri, devredilen malvarlığına veya işletmeye (ve onun işletme faaliyetine⁶⁸⁰) ilişkin olarak doğmuş olan tüm nakledilebilen borçları içerir⁶⁸¹. Bu borçlar zamanaşımına uğramış ya da şarta bağlanmış olabilir⁶⁸². Hatta, devralanın varlığından haberdar olmadığı borçları da kapsar⁶⁸³. Ayrıca söz konusu borçların o sırada talep edilebilir olmaları da gerekmez. Sadece üstlenmeye ilişkin

işletmenin bütün mal, borç ve alacakları ile birlikte devredilmesi gereklidir.” demiştir (bkz. Yarg. HGK., E.1982/11-938, K.1984/388, T.11.4.1984 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁶⁷⁷ **Von Büren**, s. 353.

⁶⁷⁸ Aynı yönde bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 91; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 25; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395, dn. 112; **Von Büren**, s. 353.

⁶⁷⁹ 21 Kasım 2006 Tarih ve 26353 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁸⁰ İşletmenin yan faaliyetleriyle birlikte devrinde pasiflerin devri, işletmenin yan faaliyetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerini de içerir. Sadece asıl işletme faaliyetinin devredilmesi halinde, bunun etkisi, yan faaliyetlerin borçlarına kadar genişlemez. Kısaca, hangi işletme ne kapsamda devredildiyse, onun borçları da o kapsamda devrolur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 112).

⁶⁸¹ **Arıcı**, s. 195 vd.; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 8; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 13; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 109; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 28; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 24; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398.

Bir borcun devredilen işletmeye aidiyeti hakkında en önemli belirti, işletme defterine kayıttır (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398, dn. 128; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 15).

Sigorta prim borçları da devredilebilir (BGE 119 V 389, 399 [www.bger.ch]).

⁶⁸² **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 28; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 8.

⁶⁸³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 111; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 12, dn. 71; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 24; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 8; **Tercier**, §36, N. 1799; **Oğuzman/Öz**, s. 595; **Arıcı**, s. 193; **Durman**, s. 117-118 ve 131; **Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. bası, Mimoza, Konya 2012, s. 37-38; **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 17. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012, s. 45; **Bilgili/Demirkapı**, s. 40; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 480. *Acemoğlu*'na göre, devralanın sorumluluğu kanuni bir sonuçtur ve bunun için devralanın ne iradesi ne de bilgi sahibi olması gereklidir (**Acemoğlu**, s. 131-133). Bkz. BGE 54 II 460, 462; BGE 60 II 100, 104-105 (www.bger.ch).

sözleşme kurulurken var olmaları yeterlidir⁶⁸⁴. Hatta, devir sözleşmesi kurulduktan sonra; fakat alacaklılara yapılan bildirimden önce doğan borçlar da aynı şekilde devralana (üstlenene) intikal edecektir⁶⁸⁵. Doğmuş, fakat henüz muaccel olmamış borçlar da devir kapsamındadır⁶⁸⁶. Buna karşılık, devir sonrasında doğacak borçlar devre konu teşkil etmez⁶⁸⁷.

Malvarlığı veya işletme devrinde, alacaklar gibi borçlar da fer'ileriyle⁶⁸⁸, ifa tarzıyla⁶⁸⁹ (örneğin, ifa yeri ve zamanı) ve önceki borçlunun şahsına bağlı olmayan tüm itiraz ve def'ileriyle⁶⁹⁰ birlikte devrolurlar.

Malvarlığı veya işletmeyi devralan (üstlenen), devreden ile (asıl borçluyla) aynı savunmalara sahiptir⁶⁹¹. Bunun yanında üstlenen, devredenle yaptığı sözleşmenin geçersizliğine ilişkin tüm itiraz ve def'ileri alacaklıya karşı da ileri sürebilir⁶⁹².

İşletmeyi aktif ve pasifleriyle devralan kişi, devreden (önceki borçlu) tarafından imzalanmış kambiyo senetlerinin temelinde yatan ilişkideki borçtan sorumluluğu da üstlenmiş olur⁶⁹³. Bu halde, kambiyo senedinde adı yazmasa, imzası bulunmasa da temel borcun borçlusu olmuştur⁶⁹⁴. Ancak elbette ki, devralanın adı kambiyo senedinde yer almadığından, senet hamili (alacaklı) ona karşı kambiyo senedine dayanan bir takip yürütemeyecektir.

⁶⁸⁴ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 28; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 15; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR N. 113.

⁶⁸⁵ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 28; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 114.

⁶⁸⁶ **Koller**, §86, N. 4, s. 1424.

⁶⁸⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 28; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 114; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 27; Aynı yönde, **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 15.

⁶⁸⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 29; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 24; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 13; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 115; **Acemoğlu**, s. 133 vd.

⁶⁸⁹ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 29; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 25; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 101. İfa yeri değişmez (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 81).

⁶⁹⁰ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 29; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 13.

⁶⁹¹ **Engel**, s. 908.

⁶⁹² **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 29; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 16; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3631; **Schwenzer**, N. 91.27; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 301; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 18; **Von Büren**, s. 354; BGE 60 II 100,107 (www.bger.ch).

⁶⁹³ BGE 19 I 259, 262; BGE 34 I 839-840 (www.bger.ch).

⁶⁹⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 217.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, malvarlığı veya işletme devrinde, içeriği bakımından borçludan başkası tarafından ifa edilemeyecek olan, diğer bir deyişle kişisel olduğu için alacaklının onayı olmaksızın “nakledilemez” olan borçlar, bu nitelikleri gereği devir işlemi dışında kalırlar⁶⁹⁵. Bunun sebebi, işletme ya da malvarlığı devrinde alacaklının rızasına başvurulmamasındadır. Oysa, münferit bir borcun üstlenilmesinde, alacaklının da rıza vermesiyle bu borçların da intikal edebileceği kabul edilmişti. Örneğin; işletmelerin devrinde, işletmeyle değil de borçlunun kişiliğiyle bağlı olan rekabet yasağından kaynaklanan yükümlülükler, işletmeyi devralana (üstlenene) geçmez. Zira alacaklının sadece rekabet yasaklısı olan devredene (önceki borçluya) karşı, işletmesini devretmesinden sonra kendisiyle rekabet etmemesini talep yetkisi mevcuttur⁶⁹⁶. Ancak, öğretilerde karşıt görüşte olan bazı yazarlara göre, aksine sözleşme hükmü bulunmadıkça, rekabet etme yasağı kişiye değil, işletmeye ilişkindir ve bu nedenle, üstlenene karşı da ileri sürülebilir⁶⁹⁷. Kanaatimizce, rekabet etme yasağı, bir yapmama (rekabet etmeme) borcu olarak kimi borçlu gösteriyorsa onun şahsi borcu olarak sayılmalıdır. Ancak, sözleşme serbestisi uyarınca, borcun borçlusu, işletmenin sahibi sıfatını taşıyan kişi olarak belirlenmişse ya da sözleşmeden bu şekilde anlaşılıyorsa işletmenin sahibinin değişmesiyle borçlu da değişmiş olur.

b. Devir Sözleşmelerinde Bazı Borçların Kapsam Dışında Bırakılmasının Sonuçları

Yukarıda, malvarlığı veya ticari işletme halinde hangi borçların devir kapsamında naklolacağına ilişkin genel esaslar incelenmiştir. Bu başlık altında ise, devreden ile devralanın, malvarlığı veya işletmelerin devri amacıyla yaptıkları sözleşmede bazı borçları nakil kapsamı dışında bırakıp bırakamayacakları

⁶⁹⁵ Arıcı, s. 198; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 123; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 8; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 123; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 4; **Acemoğlu**, s. 130.

⁶⁹⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 124; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 8; **Von Tuhr/Escher**, s. 398, dn. 129. Bu hak, önceki borçluya karşı İsv. BK. m.181/f.2 uyarınca iki yıl boyunca ileri sürülebilir.

Zira, ticari işletmeyi devralan müşterilerini de göz önünde bulundurarak devir ilişkisine girmiştir. Devreden, yeni bir işletme tesis ettiğinde, zaten mevcut bireysel ilişkilerini kullanarak bütün mevcut müşterileri kendine çekerek, bir anlamda ticari işletme devrini “sabote edebilir”. Bu nedenle, devralanın korunması gerekliliği ortaya çıkar. *Öcal*'a göre bu nedenle, devreden rekabet etmeme borcu devam etmelidir (**Öcal**, Akar, “*Ticari İşletmesini Devreden Rekabet Yapmama Borcu*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000).

⁶⁹⁷ Rekabet etme yasağı da, kişiye değil işletmeye ilişkin bir borç olarak üstlenene geçecektir (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 30; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 13; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 24; BGE 54 II 460, 462 c.2, JdT 1929 I 272 [www.bger.ch]).

araştırılacaktır. Bu yönde hükümler içeren bir devir sözleşmesinin mevcudiyeti halinde, bunun hangi hukuki sonuçlara yol açacağı, son yıllarda konuyla ilgili birbirine benzer kanun değişiklikleri yapmış olan İsviçre ve Türk hukuk sistemleri incelenerek değerlendirilecektir.

aa. İsviçre Hukukunda Bazı Borçların Devir Kapsamı Dışında Bırakılması Hususunda Kısmi Külli Halefiyet Örneği

İsviçre hukuk sisteminde, malvarlığı devrine ilişkin eski İsv. BK. m.181 hükmü, yeterli bir usul sunmuyordu. Bu hüküm, alacaklıların rızasına gerek duymayan özel bir borç intikali halini düzenliyor, ancak aktiflerin devri konusunda suskun kalıyordu⁶⁹⁸. Bu halde, aktiflerin tek bir işlemle devri mümkün değildi. Malvarlığının aktifleri, kendilerine has devir yöntem ve şekillerine riayet edilerek ayrı ayrı devredilebiliyordu⁶⁹⁹. Bu nedenle, eleştirileri karşılayacak şekilde, malvarlığının *uno actu* devri, ticaret siciline kayıtlı işletmelerin yaptıkları devirler bakımından İsv.Birl.K. m.69 vd. uyarınca düzenlenmiştir⁷⁰⁰. Burada, tüm aktif ve pasiflerin topluca devri gerekli veya zorunlu olmasa da mümkündür. Bir anlamda, bir

⁶⁹⁸ **Tschäni**, Vermögensübertragung, s. 170. İsv. BK. m.181 anlamında devir sözleşmesi, sadece borçlandırıcı etki doğurur (**Tiedemann**, s. 8 ve 10).

İsv. BK. m.181 uyarınca borçların intikalinin temelinde, malvarlığı veya işletmeyi devreden aktifleri ve pasifleri iktisap edene geçirmeyi borçlandığı bir sözleşme yatmaktadır. Burada, borçlandırıcı bir kurtarma taahhüdü, bir anlamda iç üstlenme söz konusudur (**Keller/Schöbi**, s. 90; **Tercier**, §36, N. 1796; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 12; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 1, dn. 2; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 1; **Durman**, s. 67 ve 105-106). Buna göre, işletme veya malvarlığını devralan, gerekli duyuruları yaparak söz konusu malvarlığı veya işletmeye ait borçlardan kurtaracağını borçluya taahhüt eder (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395-396; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 1).

⁶⁹⁹ **Feyzioglu**, s. 691; **Durman**, s. 66.

⁷⁰⁰ **StämpflisHandkomm./Frick**, Joachim G., Art. 69-72 in Stämpflis Handkommentar, Fusionengesetz, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003, Art. 69 FusG, N. 1; **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Vor Art. 69-77 FusG, N. 1 ve Art. 69 FusG, N. 3; **Tschäni**, Vermögensübertragung, s. 171-172.

Birleşme ve Devralmalar Kanunu İsv. BK. m.181'in 2 ve 4. bendini yeniden düzenlemiştir. İkinci bentteki müteselsil borçluluğa ilişkin süre uzatılmış ve dördüncü bentte ise ticaret siciline kayıtlı ticaret şirketlerine, kooperatiflere, dernek ve vakıflara veya tek şahıs şirketlerine ait malvarlığı veya işletmelerin devrinde Birleşmeler kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Artık, Birleşme Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, İsv.Birl.K. m.69 vd. hükümlerince yapılacak malvarlığı devri ile İsv. BK. m.181 uyarınca yapılan işletme devri farklılaştı. Buna göre, ticaret siciline kayıtlı ticaret şirketlerine, kooperatiflere, dernek ve vakıflara veya tek şahıs şirketlerine ait malvarlığı veya işletmelerin devrinde Birleşmeler kanunu hükümleri uygulanacaktır. İsv. BK. m.181 artık sadece ticaret siciline kayıtlı olmayan işletmelere (örneğin, adi şirket), gerçek kişilere uygulanabilecektir. Bu bir emredici kuraldır ve aksi kararlaştırılmaz (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 5-6).

İsviçre hukukunda, ticaret siciline kayıtlı olmayan işletme devirleri İsv. BK. m.181 hükmünde yer alan basit usule tabi iken Birleşmeler Kanunu (FusG) m.69 vd. uyarınca, ticaret siciline kayıtlı işletmeler için daha karmaşık bir yol öngörülmüştür. İsv.Birl.K. m.73/f.II hükmünde, İsv. BK. m.181'den farklı olarak aktiflerin, tek bir işlem ile, ayrıca kendilerine has devir usulüne uyulma ihtiyacı olmaksızın devredilebileceği düzenlenmiştir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 4; **Huguenin**, N. 1419; **Tercier**, §36, N. 1802 vd.).

“*kısmi külli halefiyet*” (*partielle Universalsukzession*) söz konusudur⁷⁰¹. Halefiyet kısmidir zira envanter kapsamıyla sınırlıdır⁷⁰². Envanterde yer alan aktifler ve pasifler, devir işleminin devralan lehine ticaret siciline kaydedilmesiyle birlikte başkaca bir devir işlemine gerek dahi duymadan intikal ederler⁷⁰³. Bazı aktifler veya pasifler envanter kapsamı dışında bırakılabilir.

İsviçre sistemini açıklamak gerekirse, ticaret siciline kayıtlı işletmelerin malvarlığı devrinde, öncelikle taraflar arasında borçlandırıcı bir devir sözleşmesi akdedilir⁷⁰⁴. Devir sözleşmesi yazılı şekle tabidir (İsv.Birl.K. m.70/f.II)⁷⁰⁵. Bu sözleşme, ticaret siciline kayıt için başvurma borcu doğurur⁷⁰⁶. Ancak, borç doğurmanın yanında ek olarak tasarrufi bir etki de vardır. Şöyle ki, envanterde yer alan ve intikali sadece bir sözleşmeyle gerçekleştirilecek hakların devri de bu sözleşmeyle kendiliğinden gerçekleşmiş olur⁷⁰⁷.

Sözleşmenin yanında bir envanter hazırlanır ve bu envanter devrin kapsamını belirler (İsv.Birl.K. m.71-72)⁷⁰⁸. Sonradan bu devir sözleşmesi ve envanter, ticaret

⁷⁰¹ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 V 4337-4530, s. 4361 vd., 4462 vd. Ayrıca bkz. **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 69 FusG, N. 1; **StämpflisHandkomm./Passadelis**, Nicolas, Art. 73 in *Stämpflis Handkommentar, Fusionengesetz*, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003, Art. 73 FusG, N. 8; **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Vor Art. 69-77 FusG, N. 4; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 14; **Tschäni**, *Vermögensübertragung*, s. 172; **Beretta**, Piera, “*Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionengesetzes*”, SJZ 98, Schultess 2002, SJZ 98, s. 249 ve 251 vd.; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 4; **Durman**, s. 74; **Topuz**, s. 24.

⁷⁰² **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 69 FusG, N. 2; **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Vor Art. 69-77 FusG, N. 37.

Benzer şekilde, Amerikan hukukunda, toplu (*Bulk*) malvarlığı naklinde, devralanın sorumluluğuna ilişkin özel hükümler mevcuttur (Art. 6 UCC). Toplu transfer, bir işletmenin malvarlığının büyük bir kısmının veya bir envanterde yer alan tüm malların topluca devralınması anlamına gelir (**Krebs**, Fred, *Das bulk transfer Recht in den Vereinigten Staaten: Dargestellt auf Grund des Uniform Commercial Code*, P.G. Keller, Winterthur 1960, s. 50 ve 125). Burada, aksine düzenleme yoksa, devralanın devreden borçlarından sorumluluğu, satın alınan malların değerinin veya satım bedelinin miktarı kadardır (**Krebs**, s. 119-120).

⁷⁰³ **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 69 FusG, N. 2; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 2. Taşınmazlar için sonradan ilgili oldukları tapu siciline açıklayıcı bir tescil yapılmalı, taşınmazların dolaysız zilyetliğinin devri ise gerçekleştirilmelidir (**StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 69 FusG, N. 2). Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmelerinin devri konusunda İsv. BK. m.333 uygulanır (İsv.Birl.K. m.76/f.I).

⁷⁰⁴ **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 70 FusG, N. 3.

⁷⁰⁵ **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 70 FusG, N. 11; **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 70 FusG, N. 15.

⁷⁰⁶ **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 70 FusG, N. 27.

⁷⁰⁷ **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 70 FusG, N. 28.

⁷⁰⁸ **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 70 FusG, N. 4. Envanter dışında kalan tüm malvarlığı değerleri ve borçlar devrin dışında kalır (Bkz. **Durman**, s. 77). Envanter devrolan aktif ve pasifleri şüpheye yer bırakmayacak şekilde göstermelidir (**ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 71 FusG, N. 4 vd.).

siciline tescil edilmelidir. Tescil için yapılan başvuru tasarruf işlemini teşkil eder⁷⁰⁹. Tescil, devrin kurucu unsurudur (İsv.Birl.K. m.73)⁷¹⁰. Devir anının tespitinde yevmiye defterine kayıt esas alınır⁷¹¹. Bu yöntemle amaçlanan, aleniyet ve şeffaflığın sağlanmasıdır⁷¹².

Görüldüğü üzere, bu sistemde alacaklılar, borçların intikali hakkında söz sahibi değildir. Özellikle bu nedenle, alacaklıların korunması gerekir. Bu amaçla, asıl borçluların, pasiflerin geçişinin aleniyet kazanmasından sonra dahi 3 yıl boyunca müteselsilen borçlu kalmaya devam edeceği düzenlenmiştir (İsv.Birl.K. m.75)⁷¹³.

Alacaklıların alacaklarını elde edememesi halinde el atabilecekleri malvarlığının (sadece envanterde yer alan malvarlığı değerleri bakımından da olsa) külli halefiyet yöntemiyle bütünlüğü bozulmadan korunması ve ayrıca önceki borçlunun da şahsi sorumluluğunun müteselsilen devamının da sağlanmasıyla alacaklılar korunmaktadır⁷¹⁴. Diğer bir deyişle alacaklı, önceki borçluya başvurma hakkını koruduğundan, yeni borçlunun ifa kabiliyetsizliğinden korunmuş olur.

Sonuç olarak, İsviçre hukukunda ticaret siciline kayıtlı olan işletmelerin ve bunlara ait malvarlığının devri bakımından bazı borçlar, envanter kapsamı dışında bırakılmak suretiyle devir kapsamı dışında bırakılabilir.

bb. Türk Hukukundaki Durumun Değerlendirilmesi

TBK. m.202/f.I hükmü uyarınca, “*bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımını yapılan*

⁷⁰⁹ **StämpflisHandkomm./Frick**, Art. 70 FusG, N. 3.

⁷¹⁰ **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 73 FusG, N. 7 ve 22. Dikkat edildiği üzere burada genel kurul kararı aranmamıştır. Zira malvarlığı devri, “devreden şirketin amaçlarının kapsamını daraltmadıkça veya tasfiyesine sebep olmadıkça” genel kurul kararı alınması gerekmez (**Durman**, s. 75).

⁷¹¹ **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 73 FusG, N. 23.

⁷¹² **StämpflisHandkomm./Passadelis**, Art. 73 FusG, N. 1, **Tschäni**, Vermögenübertragung, s. 172. Ticaret siciline kayıt aleniyeti sağlar (**ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Vor Art. 69-77 FusG, N. 5 ve Art. 73 FusG, N. 1).

⁷¹³ Burada, müteselsil borçluluk süresi bakımından yine 3 yıllık bir süre öngören İsv. BK. m.181/f.II hükmüyle paralellik kurulmuştur. Sürenin niteliği her ne kadar kanunda “zamanaşımı” olarak yazılmış olsa da, tıpkı İsv. BK. m.181’de olduğu gibi amaca uygun yorum yöntemiyle hak düşürücü süre olarak kabul edilmelidir. Aksi halde, zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesi halinde işleyen bu sürenin kesilmesi asıl borçlunun sorumluluk süresini uzatabilecek ve sorunlara yol açacaktır (**ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 75 FusG, N. 8).

⁷¹⁴ **ZürcherKomm-FusG/Beretta**, Art. 75 FusG, N. 1.

gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.”

Aynı madde uyarınca, *“iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.”* (f.II). *“Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.”* (f.IV).

Ayrıca, bu hüküm uyarınca, *“borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir.”* (f.III).

Belirtmek gerekir ki TBK. m.202 hükmü, malvarlığının ve işletmelerin devrinde borçların naklini düzenlemektedir. Burada sadece, malvarlığının veya ticari işletmenin devrinde pasiflerin intikali hakkında özel bir düzenleme söz konusudur⁷¹⁵. Bu hüküm, malvarlığı yahut işletmelerin aktiflerinin devriyle ilgilenmez⁷¹⁶.

Bir ticari işletmenin malvarlığının devriyle ilgilenen esas düzenleme Türk Ticaret Kanununda bulunur⁷¹⁷. TTK. m.11/f.3 hükmü uyarınca, *“Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.”*

O halde, ticari işletme devrine ilişkin olarak bu iki hükmün birlikte okunması ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Buna göre, Türk hukukunda işletmenin

⁷¹⁵ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 1 ve 3; **Engel**, s. 905; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 38; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3635; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 281, dn. 1b.

⁷¹⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 4; **Guhl/ Koller**, §35, N. 31; **Tercier**, §36, N. 1801.

⁷¹⁷ Bu konuda hüküm yeterince açık olmamakla birlikte öğretide hükmün ticari işletmenin “aktif ve pasifleriyle” devrini kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir (**Öz**, s.99).

Ancak, Türk Borçlar Kanununda “borçların intikali” düzenlenmiş olduğundan ayrıca borçlara ilişkin Ticaret Kanununda bir hüküm vaz edilmiş olması çelişkili ve eleştiriye müsaittir. Bizce, Türk Ticaret Kanununun malvarlığı veya işletmenin aktiflerinin intikalini düzenlemesi ve borçların intikali konusunu Türk Borçlar Kanununa bırakması yerinde olurdu.

devrini hedefleyen sözleşmeler, tasarrufi bir etki doğurarak ve başka herhangi bir merasime ihtiyaç duymaksızın, aksi öngörülmedikçe tüm aktiflerin devrini sağlamaktadır (TTK. m.11/f.III)⁷¹⁸. Burada bir ticari işletmenin aktiflerinin *uno actu* intikali “aksi öngörülmedikçe” külliye gerçekleşir⁷¹⁹. Bizce, bu hükmün emredici olmadığı aşikârdır. Buna göre, bazı aktifleri devir kapsamı dışında bırakmak mümkündür.

Malvarlığı veya ticari işletmelerin devrinde borçların nakliyle ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu açıkça veya zımnen emredici bir düzenleme yapmamıştır⁷²⁰. Bu

⁷¹⁸ 2011 yılında kanunlaşan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ve İsviçre Birleşmeler Kanununun yasalaşmasından önce, devir sözleşmesinin hukuki etkileri farklı kabul ediliyordu. eBK. m.179 ve İsv. BK. m.181’in önceki hali uyarınca, malvarlığı veya işletmenin devrine ilişkin yapılan sözleşme borçlandırıcıydı, hiçbir aynı etki doğurmazdı (Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 176; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 26 ve 37; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3628; **Bucher**, AT, s. 589; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 4-5). Devir anlaşması uyarınca, devreden devralana aktiflerin mülkiyetini geçirme borcu altına girerdi (Bkz. **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 37; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3628). Devir taahhüdünün ifası, herbir aktifin kendisi için öngörülen usule uyularak devri yoluyla olurdu. Devredilen aktifler için cüzi intikal prensibi işlerdi (**Oğuzman/Öz**, s. 593; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 281; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 1-2; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 1 ve 26; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 131; **Koller**, §83, N. 20, s. 1343; **Barandun**, s. 60 ve 71; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 22; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, N. 3628; **Bucher**, AT, s. 590; **Engel**, s. 906-907; BGE 126 III 375, 378; BGE 115 II 415, 418; BGE 108 Ib 440, 447; BGE 109 II 99, 101 [www.bger.ch]; SJZ 61 [1965] Nr.150, s. 326 vd.; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 4-5).

Oysa günümüz Türk Hukukunda, TTK. m.11/f.III gereğince, işletmenin içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu olan tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılması gerekmez. Aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletme aktifleri ve pasifleriyle beraber yazılı bir sözleşmeyle devredilebilir, bu sözleşme ticaret siciline tescil ve ilan edilir (**Arkan**, s. 42; **Kendigelen**, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha, İstanbul 2012, s.60; **Bahtiyar**, Mehmet, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun Ticari İşletmenin Devri Hakkında Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, S. 106, Ekim 2011, s. 3894; **Topuz**, Murat, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)” iç. “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, Yıl: 2012, s. 21 vd.). Ticari işletme rehni sözleşmesinin noter huzurunda ve re’sen yapılması gerektiğini düzenleyen kanunkoyucunun; daha ağır sonuçlar doğuracak olan ticari işletme devrinde yazılı şekli yeterli görmüş olması bir çelişkidir (**Kendigelen**, s.61; **Bahtiyar**, Ticari İşletme Devri, s. 3895; **Topuz**, s. 71).

İsviçre hukukunda ise envanter kapsamında olan ticaret siciline tescil edilen aktifler başka bir merasime ihtiyaç duyulmaksızın devrolurlar (Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 3, b, aa.).

⁷¹⁹ Aktiflerin *uno actu* geçişi, bir tescilsiz kazanım hali öngördüğü için tescile güven ilkesi gibi bazı temel ilkelerle çelişebilir. Örneğin, sadece yazılı anlaşmayla taşınmaz el değiştirdiğinde, bu değişiklik tapu sicilinde görünmeyecek, dolayısıyla iyiniyetle aynı hak iktisap edecek üçüncü kişilerin bu kazanımını koruyan TMK. m.1023’ün uygulanmasıyla devralanın güvenliğini sağlamak zorlaşacaktır (**Karahan**, s. 37. Ayrıca bkz. **Bahtiyar**, Ticari İşletme Hukuku, s. 36-37; **Bahtiyar**, Ticari İşletme Devri, s. 3902; **Topuz**, s. 45 vd.). *Topuz*’a göre, bu sorunun önlenmesi için ticaret siciline yapılacak kurucu tescil ile tapu siciline yapılacak açıklayıcı tescilin aynı anda yapılması sağlanarak bu sorunun önüne geçilmelidir (**Topuz**, s. 73).

“Aksi kararlaştırılmamışsa işletme devri, işletmeye dahil markanın devrini de kapsar.” (Yarg. 11.HD.,E.1999/1896, K.1999/6794, T.14.9.1999 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁷²⁰ Hükmün ifadesinin, bazı açılardan yetersiz kaldığı ve eleştiriye açık olduğu öğretilde belirtilmektedir (**Öz**, s. 103 vd.).

bakımdan, malvarlığı ve işletme devrinde borçların naklini araştırmak için TBK. m.202 hükmünü incelemek gerekir.

Bir görüşe göre, TBK. m.202 uyarınca, devreden (asıl borçlunun) lehine bir düzenleme ile, borçların tek tek cüz olarak değil, topluca intikal etmesi olanağı yaratılmıştır. Bu bir imkân olarak sunulmuştur, emredici bir hüküm değildir⁷²¹. Bu anlamda, külli halefiyet düşüncesine yaklaşılsa da, borçların külliyen devri emredici değildir⁷²². Bu görüş uyarınca, üstlenilen borçlar, ilgili duyuruların yapılması koşuluyla sınırlanabilir⁷²³.

Buna karşı bazı yazarlar ise, ticari işletmelerin aktiflerinin; pasiflerinin ve dolayısıyla alacaklıların doğal güvencesini teşkil ettiğine (teminat teorisine) vurgu yaparak, aktiflerin devri halinde pasiflerin de külliyen devri gerektiği sonucuna varmışlardır⁷²⁴. Bu yazarlara göre, devralanın bu yönde iradesi olmasa ve hatta aksi yönde irade gösterse bile, devir şartlarının gerçekleşmesi koşuluyla, pasiflerin devri gerçekleşecektir⁷²⁵. Bu görüş uyarınca, pasiflerin bir kısmının dahi devir kapsamı

⁷²¹ Bu görüşte olan yazarlara göre, ticari işletmelerin devrinde borçların da intikal etmesini düzenleyen TBK. m.202 hükmü emredici değildir. Sadece devir ilişkisinin taraflarına borçların topyekûn intikali ve elbette üstlenilmesi imkânını vermektedir (Bkz. **Arıcı**, s. 30-31; **Ayiter**, s. 49; **Ülkü**, Murat Fatih/**Karaaslan**, Erol, “Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ticari işletmenin devri ve Türk hukukunda bir bilinmeyen: B.Y.md.179”, Manisa Barosu Dergisi, S. 70, 1999, s. 47-67, s. 52). Ayrıca teminat teorisinin eleştirisi için bkz. **Arıcı**, s. 144-156.

Feyzioğlu, Tekinay ve Acemoğlu, alacaklıya bildirilmek koşuluyla, borçların naklini, sadece taraflar arasında düzenlenecek bir envanterde yer alan borçlara hasretmek imkânı olduğunu açıklar (**Feyzioğlu**, s. 695-696; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 281; **Acemoğlu**, s. 40). *Reisoğlu*'na göre, bazı aktiflerin veya pasiflerin ayrık tutulmuş olması, malvarlığı veya işletme devrini engellemez (**Reisoğlu**, Borçlar, s. 480). *Arıcı* da, aynı görüştedir. Yazara göre, “ihbar veya ilanda üstlenilen eski borçlar sınırlandırılabilir. Böylece, devir sözleşmesinde eski borçlarla ilgili sınırlandırmalar, devralan tarafından alacaklılara karşı ileri sürülebilir.” (**Arıcı**, s. 185).

⁷²² **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3546; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 22. Külli halefiyet düşüncesine bir yaklaşım olsa da, burada bir külli halefiyet söz konusu değildir (**Bucher**, AT, s. 581 vd.). Külli halefiyet de söz konusu değildir (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 22; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 88).

⁷²³ **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 3; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.181, N. 16; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 281; **Durman**, s. 65. *Saymen*'e göre, devralan bu sınırlamalara rağmen, tüm borçlardan iç ilişkide devredene (asıl borçluya) karşı sorumludur. Ancak, alacaklıya karşı sorumluluğu sınırlanmıştır (**Saymen**, s. 264). Bkz. BGE 60 II 100, 104 vd. (www.bger.ch).

⁷²⁴ Bu yazarlara göre, aksi yönde yorum yapıldığı takdirde alacaklılar bundan zarar göreceklerdir. Teminat teorisine dayanarak TBK. m.202/f.I (eBK. m.179) hükmünün emredici olduğunu ileri süren yazarlar için bkz. **Acemoğlu**, s. 34 vd.; **Durman**, s. 133-134; **Karahan**, s. 34; **Arkan**, s. 42; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, N. 58, s. 42.

Bu konuda, *Aydın, Kaplan ve Şen-Kalyon*, ancak başkaca bir teminat gösterildiği takdirde bazı borçların kapsam dışında bırakılabileceğini ileri sürmektedir. (**Aydın, Sema/ Kaplan**, Hasan Ali/ **Şen Kalyon**, Arzu, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Yıl: 2013, S. 1-2, s.232).

⁷²⁵ **Durman**, s. 128; Yarg. 9.HD. E.2004/5530, K.2004/21060, T.30.09.2004, **YKD.**, C. 31, S. 1, Ocak 2005, S. 1, s. 44-45.

dışında bırakılması mümkün değildir⁷²⁶. Yargıtay da bu görüştedir⁷²⁷. Buna göre, devralanın bazı borçlardan sorumlu olmayacağına dair devreden ile yaptığı anlaşma, sadece iç ilişkide hüküm doğurur, alacaklılara karşı ileri sürülemez⁷²⁸.

Aynı görüşte olan *Oser* ve *Schönenberger*, pasiflerin geçişinin taraf iradelerinden değil, kanundan kaynaklandığını ve bu sebeple kanunun gayesinin de göz önünde tutularak, pasiflerin devrini engelleyen anlaşmaların hükümsüz olması gerektiğini ileri sürmüştür⁷²⁹. *Durman* da, aynı şekilde, pasiflerin devrini dışarıda bırakarak sadece aktifleri devretmenin kanunun amacına aykırı olması sebebiyle mümkün olmadığını belirtmektedir⁷³⁰. Zira, bu bakış açısını savunan yazarlara göre, sadece aktiflerin devredilmesini öngören bir sözleşme TBK. m.202 hükmü karşısında hükümsüzdür⁷³¹.

Bu görüşün taşıdığı endişe, aktifler devredilirken pasiflerin naklolmaması halinde, söz konusu borçların doğal güvencelerinden yoksun kalacak olmasıdır. Nitekim, sadece aktiflerin devri halinde, devredilmeyen pasiflerin alacaklıları, devralana başvuramayacaklardır. Oysa Kanunlarımız, özellikle bu ihtimale karşı bir güvenlik sübabı öngörmüştür: Alacaklıların, sadece aktiflerin devredilmiş olması sebebiyle zarara uğramaları halinde, İİK. m.277 vd. (özellikle İİK. m.280/f.III; İsviçre hukukunda Art. 285 SchKG vd.) uyarınca tasarrufun iptali için başvurmaları mümkündür⁷³². Tasarrufun iptali imkânı gerekli korumayı sağlayacaktır⁷³³. Buna

⁷²⁶ Bu görüş uyarınca, malvarlığı veya işletme devrinde borçlar, bir “kül” olarak intikal ederler (**Durman**, s. 133-134 ve 136; **Arkan**, s. 45). *Feyzioğlu*’na göre, malvarlığının devrinde, kişinin malvarlığının tamamının devrine gerek yoktur. Bir bütün teşkil eden mütakil bir malvarlığı parçası da devredilebilir. Ancak, bu müstakil parçanın devrinde, aktiflerle pasiflerin birlikte devri şarttır. Yazara göre, işletmelerin devrinde de bu koşul geçerlidir. (**Feyzioğlu**, s. 691-692).

⁷²⁷ Yargıtay da, TBK. m.202 (eBK. m.179-180) hükümleri” *buyurucu nitelikte oldukları için sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde uygulama dışı bırakılamaz.*” demek suretiyle aynı görüşte olduğunu belirtmiştir (bkz. Yarg. 13.HD. E.9457, K.11059, T.8.21.1994, **YKD.**, C. 21, S. 7, 1995, s. 1085-1086). Nitekim, farklı bir kararında da Yargıtay, “*Her iki şirket arasında yapılan devir sözleşmesinde, davacının devir eden şirketin yine işletme ile ilgili borçlarından sorumlu tutulmayacağına dair bir koşulda bulunmamaktadır. Böyle bir koşul olsa dahi, bunun davalıyı bağlamayacağı da düşünülmelidir.*” demektedir (Yarg. HGK., E.2000/4-849, K.2000/881, T.10.5.2000 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁷²⁸ **Arkan**, s. 45-46; **Karahan**, s. 38; **Bahtiyar**, Ticari İşletme Hukuku, s. 39; **Bilgili/Demirkapı**, s. 40-41.

⁷²⁹ Bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 3 ve 19.

⁷³⁰ **Durman**, s. 120.

⁷³¹ **Arkan**, s. 42.

⁷³² İİK. m.280/f.I uyarınca, “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.” Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, “Ticari işletmenin

karşın *Acemoğlu*, tasarrufun iptali davasının yeterli ve etkili bir koruma sağlamayacağı düşüncesinden hareketle, sadece aktiflerin devrinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürer. Yazara göre alacaklıların korunması, ancak pasiflerin de aktiflerle birlikte devrinin emredici kuralı olarak kabulü halinde mümkündür⁷³⁴.

Kanaatimizce, ne TTK. m.11/f.III ne de TBK. m.202 hükmü borçların naklinde emredici bir külli halefiyet öngörmüştür. Bize göre, kanun hükümlerinin lafzından ve yorumundan bu sonuca ulaşmak mümkün değildir. O halde, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde bazı borçların devir kapsamının dışında tutulması, bunun devir sözleşmesinde kabul edilmesi şartıyla mümkün olmalıdır⁷³⁵. Hatta, üstlenilen borçtan sorumluluğun toplam miktarını da bir bölümüyle sınırlamak dahi caiz olmalıdır⁷³⁶.

Ancak, *Acemoğlu*'nun eleştirisine hak verecek olursak, yani “tasarrufun iptali davasının alacaklıları korumak hususunda yeterli bir güvence sağlamadığı” kabul edilecek olursa; bu ihtimalde, yorum yoluyla TBK. m.202 hükmüne emredici nitelik tanımak doğru olmaz. Eğer İcra ve İflas Kanunundaki hükmün yeterli güvenceyi sağlamadığı düşünülüyorsa, öncelikle yapılması gereken bu hükmün daha iyi işleminin sağlanması ve gerekiyorsa bunun için bir düzenleme yapılmasıdır. Malvarlığı ve işletmenin devrinde borçların külliyen intikaline emredici nitelik tanımak; yorum yoluyla olmaz. Bizce, külli halefiyetin emredici olması, mevcut

veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur.”. Bkz. Yarg. 15.HD., E.1985/635, K.1985/2736, T.17.9.1985 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İngiliz sisteminde ise bu koruma, kötüniyetli bir şekilde alacaklıların durumunu kötüleştirilmesi halinde alacaklıların iptal hakkı şeklinde karşımıza çıkar (Law of Property Act 1925). Fransız sisteminde ise, tasarrufun iptali (*action paulienne*) yoluna, borçlunun tasarrufu ile alacaklı objektif anlamda zarara girmiş ise, diğer bir deyişle borçlunun ödeme kabiliyeti azalmışsa ve borçlu zarar verme kastıyla hareket etmekteyse başvurulabilir (Fr. MK. m.1167).

⁷³³ **Bucher**, AT, s. 589; **Siedel**, s. 36; **Funk**, Art. 181 OR, N. 1. Bkz. **Durman**, s. 65 ve 143 vd.

⁷³⁴ **Acemoğlu**, s. 36 vd.

⁷³⁵ Aynı yönde bkz. **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 27; **Bucher**, AT, s. 589; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 3 vd.; **Arıcı**, s. 185 vd.; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.181, N. 16. Malvarlığı veya işletmenin aktif veya pasifleriyle devri, devreden (asıl borçlu) ile devralanın (üstlenenin) anlaşmasına dayandığından, onlar anlaşarak, pasiflerin intikalinin içeriğini belirlemede özgür olmalıdırlar (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 118). Pasifleri üstlenen, her borcu külliyen üstlenmek zorunda olmamalıdır: Sadece belirli pasifleri üstlenmek caiz olmalıdır (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 15; **Guhl/Koller**, §35, N. 21; **Keller/Schöbi**, s. 91; **Bucher**, AT, s. 589; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 13. Bkz. BGE 20 I 435, 443 [www.bger.ch]).

⁷³⁶ Şu şartla ki, tam olarak hangi münferit borcun ve hangi miktarda buna dâhil olduğu kesin olarak belirlenmelidir (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 26; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 119). Örneğin, bir işletmeyi doğrulanmış bilanço (defter) değerlerine dayanarak devralan kişi, sadece bilançonun içerdiği borçlara göre sorumlu olur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 120).

kanun hükümlerinin buna yönelik değiştirilmesi kaydıyla son çare olarak düşünülebilir. Bu yola başvurulması halinde; yani kanunkoyucunun mevcut hükümleri değiştirerek malvarlığı ve işletmenin devrinde borçların nakli hususunda külli halefiyet sistemini kabul etmesi ihtimalinde; devir sözleşmesinde nakil kapsamı dışında tutulan, yani intikal etmeyeceği belirtilen borçlar da kanunkoyucunun bu tercihi sebebiyle devralana (üstlenene) intikal edecektir. Bu halde, bazı borçların ayrı tutulmasına ilişkin yapılan söz konusu anlaşma, devreden ile devreden için ilişkisinde (rücu ilişkisinde) etkili, alacaklıya karşı etkisiz olmalıdır⁷³⁷. Kanaatimizce, menfaatler dengesi bu şekilde sağlanabilir.

cc. Kapsam Dışında Bırakılan Borçların Alacaklıya Bildirilmesi

aaa. Bildirimin Önemi

Eğer taraflar pasiflerin sadece bir kısmının intikali konusunda anlaşmışlar ise, bu durumu, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça ve vurgulayarak alacaklılara bildirmelidirler⁷³⁸. Aksi halde, tüm borçların devralana geçtiği karine olarak kabul edilir⁷³⁹.

Uyuşmazlık halinde, hangi borçların devir kapsamı dışında bırakıldığına ilişkin ispat külfeti üstlenene aittir⁷⁴⁰. O halde alacaklıların bu konuda bilgilendirilmemesi hali de devralanın aleyhine yorumlanacaktır⁷⁴¹. Bu karinenin aksini ispatlamak için alacaklılara yapılan ihbarda üstlenme bilançosuna yahut üstlenilen borçlar listesine

⁷³⁷ Alman hukukunda yürürlükten kalkan §419 BGB hükmü hakkında da, bu şekilde yorum yapıyordu (Siedel, s. 14).

⁷³⁸ Zira, iç ilişkideki sınırlamalar, duyuru yapılmaksızın alacaklıya karşı ileri sürülemezler (Von Tuhr/Escher, s. 398; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 14; Feyzioglu, s. 695-696; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 281; BGE 60 II 100, 104-105; BGE 79 II 289, 291 [www.bger.ch]; SJZ 20 [1923/24], s. 226). Aksinin ileri sürülmesi, alacaklıyı iç ilişkiyi incelemek zorunda bırakırdı (Keller/Schöbi, s. 91).

⁷³⁹ BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 3 vd., 24; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 14; CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 27; Bucher, AT, s. 589; Saymen, s. 264; BGE 34 I 309, 314; BGE 60 II 100, 104; BGE 79 II 289, 291 (www.bger.ch). Devir işleminde ayrı tutulan pasiflerin de bildirimde açıklanması gerekir, yoksa üstlenen aleyhine yorum yapılarak bu pasiflerin sorumluluğu da üstlenene yüklenir. Zira, malvarlığı veya işletme devrinde, pasiflerin intikalinde tek istisna, sadece bildirimde açıkça ayrı tutulmuş olan borçlardır (BGE 60 II 100, 105 [www.bger.ch]). Kapsam dışında tutma iradesi, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konmalıdır (BGE 79 II 154, 155 [www.bger.ch]).

⁷⁴⁰ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 121 ve 156; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 15; CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 27; SJZ 58 [1962] Nr. 89, s. 104.

⁷⁴¹ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 27; BGE 79 II 289, 291-292 (www.bger.ch); BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 19.

basit bir atıf yapılmış olması yeterli olmayacaktır⁷⁴². Örneğin, bildirimde işletmenin aktif ve pasiflerinin bilançoya uygun olarak devredileceği söylenmiş olsa bile, yine de tüm pasifler, hatta bilançoda yer almayanlar bile devredilmiş olacaktır⁷⁴³.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, bildirim yapıldıktan sonra ayrı tutulan pasiflere ekleme yapılamaz, sonradan çekince konamaz⁷⁴⁴.

bbb. Devir Sözleşmesiyle Bildirim Arasında Fark Olması İhtimalinde Uygulama

Yukarıda belirttiğimiz üzere, devir sözleşmesi ile birlikte istisna tutulanlar haricinde tüm pasifler karine olarak malvarlığı veya işletmeyi devralana geçer⁷⁴⁵. Ancak, alacaklıları da bilgilendirmek koşuluyla bazı pasifler ayrı tutulabilir. Bildirimin önemi şurada ortaya çıkar: Devreden ile devralan arasındaki sözleşme (borcun iç üstlenilmesi) içeriği alacaklılara bildirilmemiş yahut eksik bildirilmiş ise, pasiflerin sınırlandırılmasının bildirilmeyen kısmı (bildirilmeyen sınırlama) alacaklılara karşı hukuki bir etki doğurmaz. Alacaklı sanki böyle bir sınırlama yokmuş gibi söz konusu borç için devralana başvurabilir⁷⁴⁶. O halde, alacaklılara

⁷⁴² **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 27; BGE 79 II 289, 292; BGE 60 II 100, 104 vd. (www.bger.ch); **Guhl/Koller** §35 N. 24. Karşıt görüş için bkz. **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 4; SJZ 58 [1962] Nr. 89, s. 104. Bu konuda *Acemoğlu*, ticari bilanço ile tasfiye bilançosu ayırımına giderek, tasfiye bilançosuna atıf yapılması halinde, devralanın ticari işletmenin tüm borçlarından sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Zira, yazara göre, tasfiye bilançosunun, ticari işletmenin o günkü tüm hak ve borçlarını aksettirdiği yönünde bir karine mevcuttur (**Acemoğlu**, s. 119).

⁷⁴³ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14; BGE 60 II 100, 104 vd.; BGE 79 II 289, 292; BGE 129 III 167, 170 (www.bger.ch). Farklı bir görüş için bkz. SJZ 58 [1962] Nr. 89, s. 104. Uygulamada, işletmelerin son tarihli değil de, önceki tarihli (belirli bir tarih verilerek belirlenmiş) bilançolarına göre devredildiğinin açıklanması yetersizdir. Güven teorisine göre alacaklılar, devrin tüm borçları kapsadığını ve iyiniyetle işletmenin son bilançoya göre devralındığını düşünmekte haklıdırlar (**Guhl/Koller**, §35, N. 24; BGE 60 II 100, 104-105; BGE 79 II 289, 292 [www.bger.ch]. Bkz. **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 181 OR, N. 7).

⁷⁴⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 149; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 19; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14.

⁷⁴⁵ Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 3, b, aa ve bb.

⁷⁴⁶ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 27; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 4; BGE 60 II 100, 104 vd. (www.bger.ch); **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 203; **Von Büren**, s. 353; **Bucher**, AT, s. 589-590; **Engel**, s. 907; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.181, N. 27; **Uygur**, s. 1174. Alacaklıların, sözleşmeye katılmayan üçüncü kişi olarak meşru menfaatleri korunmalıdır. Bu nedenle, devir sözleşmesinin içeriğinden farklı bir duyurunun yapılmış olması ihtimalinde, işbu farklılık hukuki etki göstermez (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 108). Üstlenme (devir), işletmeyi iktisap edenin alacaklılara yaptığı ihbar kapsamında hüküm doğurur (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398). Başka türlü karar verilmesi halinde alacaklının, yüklenicisiyle borçlu arasındaki iç ilişkiyi araştırması, incelemesi gerekirdi. Ancak bu gerekmemelidir. Zira, sonuçta onun için iç ilişki değil, kendisine yapılan bildirim esastır (**Keller/Schöbi**, s. 90-91). Alacaklılara yapılan ihbar veya ilanda görünmemesine rağmen, devir sözleşmesinde çekince ve sınırlamaların olması halinde, örneğin bilançoya atıf yapılması halinde, üstlenen alacaklıya karşı işbu sınırlamalara dayanamaz

yapılacak olan bildirim ile devir sözleşmesinin birbirine uygun olmaması halinde, ne olacağı sorunu önem kazanır. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına⁷⁴⁷ ve öğretideki bazı yazarlara göre⁷⁴⁸, ihbar ile devir sözleşmesinin içeriği arasında aykırılık olduğu takdirde, ihbarın içeriği esas alınır. İhbarda, devirden hariç tutulan borçlar, açıkça ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir⁷⁴⁹. Ancak, sözleşmede yer almayan bir kısıtlamanın ihbarda yanlışlıkla yer alması ihtimalinde, ihbardaki bu beyana itibar edilmemesi gerekecektir⁷⁵⁰. Esasen, ihbarın içerdiği sınırlamalar, alacaklıların güven teorisi uyarınca bu beyana yüklemeleri gereken anlam tespit edilerek saptanır⁷⁵¹.

Kanaatimizce, devir sözleşmesi devredenle devralan arasındaki ilişkiyi ilgilendirir ve alacaklıya karşı ileri sürülemez. Bu durumda sözleşmede yer almasına rağmen, duyurunun içeriğinden anlaşılamayan sınırlamalar alacaklıya karşı ileri sürülemez. Benzer şekilde, duyuruda yer almasına rağmen, devir sözleşmesinde

(**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 197 ve 200; **SJZ 74** [1978] Nr. 63, s. 317). Bildirim, devir sözleşmesiyle üstlenilen borcun kapsamıyla örtüşmez, daha dar kapsamlı kalırsa, o halde, duyuru kapsamı dışında kalan (devredilmemiş görünen) borçlar için sadece önceki borçlu alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam eder. Borçlu açısından, üstlenene karşı sadece aralarındaki iç anlaşmadan (devir sözleşmesi içeriğinden) kaynaklanan bir kurtarıma talebinde bulunma imkânı vardır. Zira, bildirim iç devir anlaşmasına göre daha dar ve eksik ise, o halde devreden ile üstlenen arasındaki ilişkide, yerine getirilmemiş bir kurtarma vaadi, yani borca aykırılık söz konusudur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 204 ve 218; **Guhl/Koller**, §35, N. 25).

⁷⁴⁷ BGE 60 II 100, 104 vd. (www.bger.ch). İlanda ayrı, ihbarda ayrı bildirimde bulunulması halinde, münferit ihbar dikkate alınmalıdır (BGE 79 II 289, 294-295 [www.bger.ch]).

⁷⁴⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 205; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 16; **Barandun**, s. 93; **Bucher**, AT, s. 590. Alacaklı için ihbar belirleyicidir (**Feyzioğlu**, s. 695). Alacaklının dürüstlük kuralı çerçevesinde ihbara vereceği anlam esas alınmalıdır (**Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3630).

⁷⁴⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 199; BGE 60 II 100, 104-105; BGE 79 II 289, 291-293 (www.bger.ch). Aksi halde, tereddüt halinde malvarlığı ve işletmenin tüm borçları intikal eder (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 198; **Bucher**, AT, s. 589, dn. 65; **SJZ 74** [1978] Nr.63, s. 316; **SJZ 20** [1923/24], s. 226; BGE 60 II 100, 105; BGE 79 II 289, 291-293[www.bger.ch]).

Borcun intikalinin kapsamı için, devreden ile yapılan iç sözleşmeyi aşan bir bildirimde bulunulmuşsa, bu halde de bildirim içeriği dikkate alınacak ve alacaklı üstlenenin devraldığı bildirilen bu fazladan pasifler için üstlenene başvurabilecektir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 205; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397-398, dn. 125a; karşıt görüş için bkz. **Engel**, s. 908; **Von Büren**, s. 353). Fazladan ödeme yapmak zorunda kalan üstlenen ise, ödediği bu fazladan kısım sebebiyle devredene (asıl borçluya) rücu edebilecektir (**Guhl/Koller**, §35, N. 25). Kasten yanlış ihbarda bulunan, verdiği zarardan TBK. m.49/f.II (İsv. BK. m.41/f.II) uyarınca sorumlu olmalıdır (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397, dn. 126).

⁷⁵⁰ **Engel**, ihbarın devir sözleşmesinde belirtilenden daha dar kapsamlı yapılması halinde ihbara, geniş kapsamlı olması halinde sözleşmeye itibar etmek gerektiğini belirtmektedir (**Engel**, s. 908). Ayrıca bkz. **Von Büren**, s. 353.

⁷⁵¹ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 33; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3630. Duyurunun bir hukuki işlem olarak yorumlanması da güven prensibine tabidir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 192; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 8, dn. 47; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 4; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14; BGE 79 II 289, 291-293 (www.bger.ch); **SJZ 74** [1978] Nr. 63, s. 316).

bulunmayan sınırlamalar da, aslında böyle bir sınırlama mevcut olmadığı için dikkate alınmamalıdır.

B. Rehinli Taşınmazın Devrinde Borcun Üstlenilmesi

İsviçre-Türk hukuk sistemleri, borcun üstlenilmesi kurumunda borcun cüzi intikalini esasen sözleşme teorisi (*Vertragstheorie*) çerçevesinde düzenlemiştir. Bunun anlamı, borcun üstlenilebilmesi için tasarruf yetkisi sahibi alacaklıyla, borcu üstlenenin aralarında akdedecekleri bir sözleşme ile borcun intikal etmesidir. Ancak, rehinli taşınmazın devri konusunda bu ilkedен çeşitli sebeplerle uzaklaşıldığı ve onay teorisinin (*Genehmigungstheorie*) kabul edildiği görülmektedir⁷⁵². Onay teorisi uyarınca, üstlenen esasen alacaklı ile bir sözleşme akdetmez; borçlu ile anlaşır ve alacaklının bu akdi onaylamasıyla borcun intikali gerçekleşir⁷⁵³. Bu başlık altında, rehinli taşınmazın devrinde şahsi borcun üstlenilmesine ilişkin kanunda yer alan özel düzenlemeler ele alınacak ve açıklanmaya çalışılacaktır.

1. İpotek veya İpotekli Borç Senediyle Yüklü Taşınmazın Devrinde Borcun Dış Üstlenilmesinin Arz Ettiği Özellikler

Üzerinde ipotek hakkı (*Grundpfandverschreibung, hypothèque*) veya ipotekli borç senedi (*Schuldbrief, cédule hypothécaire*) bulunan bir taşınmazı borçlu malik devrettiğinde, kural olarak yeni malik taşınmazı ipotek veya ipotekli borç senedi yüküyle kazanır, fakat söz konusu kişisel borcun borçlusu durumuna gelmez. Devreden kişi ise, kural olarak borçlu kalmaya devam eder (TMK. m.888/f.I ve 902, İsv. MK. m.832 ve 846)⁷⁵⁴. O halde, devralan o taşınmazı kazanması üzerine kural

⁷⁵² **Deppeler**, s. 24-28; **Piotet**, Denis, “*Histoire et actualité de la double codification à l'exemple de la nature de reprise de dette hypothécaire*”, *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts- Festschrift für Heinz Rey*, éditeurs: Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch, Dieter Zobl, Schultess 2003, s. 74; **Köhler**, s. 23.

⁷⁵³ **Deppeler**, s. 41-48.

⁷⁵⁴ İpotekli taşınmazın devri halinde, borçlunun kişisel sorumluluğunda bir değişiklik olmaz. Temel borç ilişkisine göre şimdiye kadar borçlu olan kişinin sorumluluğu devam eder (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 949; **Gürsoy**, Kemal Tahir/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, §82, s. 1107; **Saymen**, Ferit H./ **Elbir**, Halid K., Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar, Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 620; **Köprülü/Kaneti**, s. 269; **Öğütçü**, A.Tahir/ **Doğrusöz**, M. Edip, Rehin Hukuku, Ulucan Matbaası, Ankara 1982, s. 201; **Karahacıoğlu**, Ali Haydar/ **Doğrusöz**, M. Edip/ **Altın**, Mehmet, Türk Hukukunda Rehin, Üçbilek Matbaası, Ankara 1996, s. 158).

olarak sadece aynî yükten sorumlu tutulur ve sadece borç ödenmediği takdirde taşınmazın satılmasına katlanma yükümlülüğü altına girmiş olur⁷⁵⁵.

Ancak çoğu zaman, taşınmazı devralan yeni malik satış bedelinden değeri düşülmek üzere şahsi borcu da üzerine almak ister⁷⁵⁶. Bunu hem bedelde indirim sağlamak, hem de iktisap ettiği taşınmazın başkasının borcunu temin etmesini ve başkasının borcu için satılmasını önlemek amaçlarıyla arzu edebilir⁷⁵⁷. Bunun için alacaklıyla anlaşmasına gerek yoktur. Devreden eski malik (asıl borçlu) ile anlaşması yeterlidir⁷⁵⁸. Asıl borçluya yapılan bu iç üstlenmenin alacaklıya karşı hüküm doğurması için, söz konusu iç üstlenmenin tapu memuru önünde yapılan resmi

⁷⁵⁵ **Steinauer**, Paul-Henri, Les Droits Réels, Tome III, 2ième éd., Editions Stämpfli+Cie SA, Berne 1996, §90, N. 2819; **Akipek/Akıntürk**, s. 789. Yeni malik, taşınmaz “ile sorumlu” olur. Bu bir sınırlı “aynî” sorumluluktur (**Tekinay**, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 114). “*Yeni malikin sorumluluğu, taşınmazın değeri ile sınırlıdır.*” (**Gürsoy/Eren/Cansel**, §82, s. 1107; **Altay**, Sümer/ **Eskiocak**, Ali, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, N. 340, s. 257). Yani, alacaklı, taşınmazın satışından alacağını istifa edecektir (**Saymen/Elbir**, s. 620). Bkz. BGE 101 II 329, 330-331 (www.bger.ch). Türk hukuk düzeninde taşınmaz ile sorumluluk ve kişisel sorumluluk birbirinden ayrıdır. İpotekli bir taşınmazın devri aksi kararlaştırılmış olmadıkça borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez (Yarg. 14.HD. E.10087, K.11028, T.6.10.2008 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁷⁵⁶ Bir taşınmazı satın alan kişi, sıklıkla taşınmazın satım bedelinden düşülmek üzere, devreden söz konusu taşınmaz ile güvence altına alınmış olan borcunu da üstlenmek üzere anlaşma yapabilir (**Regelsberger**, JherJB 39, s. 483; **Benrey**, s. 143 vd.; **Crome**, §204, s. 359; **Redick**, s. 17 vd.; **BGB-RGRK/Weber**, §416 BGB, N. 11 ve 15; **Schmiedeberg**, s. 19). Borcun üstlenilmesi, para borcunun ifası yerine sunulan bir edim olabilir. Sadece ifanın üstlenilmesi söz konusuysa, bu ifa uğruna edim olacaktır (**Davidson**, s. 22 vd., 41).

⁷⁵⁷ **Steinauer**, Droits Réels, §90, N. 2822; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §416 BGB, N. 1. İpotekle yüklü taşınmazı iktisap eden, zaten aynî teminatın sorumluluğu ile yüklü olur. Hem bu sorumluluktan kurtulabilmek için hem de satın alma bedelinde indirimde gidebilmek için şahsi borcu üstlenmek ve ödemek de ister. Bu sebeple, ipotekle güvence altına alınmış şahsi borç da taşınmazı iktisap edene geçer (**Maurer**, s. 191. Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. **Von Blume**, JherJB 39, s. 421 vd., JherJB 40, s. 123 vd.; **Regelsberger**, JherJB 39, s. 483 vd.). Ayrıca bu düzenleme, aynî ve şahsi yükümlülüğü aynı kişide (taşınmazı devralan kişide) toplamak ve bu şekilde asıl borçluyu borcundan kurtarmak amacına hizmet eder (**Rocke**, s. 57; **Kulzinger**, s. 8; **Schmiedeberg**, s. 56).

Örneğin, bankadan bir taşınmaz satın almak için kredi alan bir kişi, bu kredi borcunun teminatı olarak söz konusu taşınmazı ipotek etmiş olabilir. Sonradan bu taşınmazın üçüncü bir kişiye satışında, taşınmazı devralan kişi, taşınmazı ipotek yüküyle almanın yanında, kredi borcunun kalan kısmını da üstlenmeyi seçebilir. Bu durumda, devralan, taşınmazın maliki olarak hem ipotek yükünü hem de şahsi borç yükünü sırtlanabilir. Fransız hukukundan bir örnek vermek gerekirse, *Crédit Foncier*'ye karşı olan kredi borçlarının nakli, İnşaat ve İkamet Kanununda (*Code de la construction et de l'habitation*) L311-8 CCH maddesinde tanınmıştır. Buna göre taşınmazın devrinde, *Crédit Foncier* karşısında ipotek borçlusu konumunda olan önceki borçlu borcundan kurtulur, taşınmazı devralan yeni borçlu konumuna geçer. Bunun, borçlunun değişimi sonucunu doğuran kanuni bir yenileme olduğu söylenmektedir (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1248, N. 1211). Aynı kural Fr. MK. m.1601-4 hükmünde taşınmaz satışı için öngörülmüştür.

⁷⁵⁸ **Tunçomağ**, s. 1150. Bu bakımdan, borcun dış üstlenilmesine ilişkin genel hükümlerden ayrılr (**Helvacı**, İlhan, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, XII Levha, İstanbul 2008, s. 327-328). Bkz. BGE 60 II 100, 111 (www.bger.ch); **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 183 OR, N. 24 vd. “*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.*” (Yarg. 3.HD, E. 2005/240, K.2005/435, T.31.1.2005 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

senette ifade edilmiş olması⁷⁵⁹ ve tapu memurunun durumu alacaklıya bildirmesi gerekir (TMK. m.890; İsv. MK. m.834). Eğer alacaklı, bu bildirimden itibaren bir yıl⁷⁶⁰ içerisinde asıl borçluya, kendisini borçlu olarak muhafaza etmek istediğini bildirmezse, asıl borçlu borcundan kurtulur, yerine taşınmazı devralan geçer (TMK. m.888/f.II; İsv. MK. m.832/f.II; §416 BGB)⁷⁶¹. İpoteğe ilişkin bu hükümler, ipotekli borç senedi için de geçerlidir (TMK. m.902)⁷⁶².

Belirtmek gerekir ki, bu hükümler, sadece rehinli taşınmaz devrine özel olarak düzenlenmiştir⁷⁶³. Taşınır rehninde uygulama alanı bulmazlar. Örneğin, ulaşım araçları ipoteğinde borcun intikali, borcun üstlenilmesine ilişkin genel hükümlere tabidir⁷⁶⁴.

Aşağıda, alacaklıya yapılacak bildirim, alacaklının sessiz kalmasının hukuki sonucu, borcun üstlenilmesi kurumuyulaolan yakın ilişkisiaçıklanacaktır.

a. İç Üstlenmenin Alacaklıya Bildirilmesi

İsviçre ve Türk hukukunda tapu memuru, TMK. m.1019/f.I (İsv. MK. m.969/f.I) gereğince ipotek konusu taşınmazın el değiştirdiğini ipotek alacaklısına bildirmek zorundadır. Eğer yeni malik, devreden eski malik ile borcu iç üstlenmek için anlaşmış ise, bunun da TMK. m.890/f.I (İsv. MK. m.834/f.I) uyarınca, tapu memuru tarafından alacaklıya bildirilmesi gerekir⁷⁶⁵. Diğer bir deyişle, öncelikle, ipotekli taşınmazı devreden ile devralanın, devredene ait şahsi borcun da intikali konusunda anlaşmış olması (iç üstlenme) gereklidir⁷⁶⁶. Ardından iç üstlenme alacaklıya bildirilmelidir.

⁷⁵⁹ **Tekinay**, Sınırlı Aynî Haklar, s. 115; **Köprülü/Kaneti**, s. 269; **Steinauer**, Droits Réels, §90, N. 2822b.

⁷⁶⁰ Bu süre, Alman hukuk sisteminde §416 BGB hükmünde 6 ay olarak belirlenmiştir.

⁷⁶¹ **Saymen/Elbir**, s. 621; **Öğütçü/Doğrusöz**, s. 202; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 158-159.

Alacaklı da, iki ayrı kişiyle muhatap olmaktansa, tek bir borçlu ile muhatap olmayı isteyebilir (**Köprülü/Kaneti**, s. 268-269).

⁷⁶² **CommRomand/Probst**, Art. 183 CO, N. 4; **Steinauer**, Droits Réels, §90, N. 2821; **Akipek/Akıntürk**, s. 790; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 973.

⁷⁶³ **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 7 vd.; **Kulzinger**, s. 15.

⁷⁶⁴ **Tek**, Gülen Sinem, Ulaşım Araçlarının İpoteği, XII Levha, İstanbul 2012, s. 228 vd.

⁷⁶⁵ Bkz. **Akipek/Akıntürk**, s. 790; **Gürsoy/Eren/Cansel**, §82, s. 1108; **Köprülü/Kaneti**, s. 270; **Feyzioğlu**, s. 700; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 950; **Öğütçü/Doğrusöz**, s. 202; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 159. Karşılaştırmalı hukukta bir değerlendirme için ayrıca bkz. **Steinauer**, Droits Réels, §90, N. 2823; **Deppeler**, s. 53 vd.; **Köhler**, s. 46 vd.

⁷⁶⁶ **Köprülü/Kaneti**, s. 269-270; **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 19 vd.; **Kulzinger**, s. 30 vd.

Söz konusu bildirim, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdetmek için öneri mahiyeti mi taşıdığı yoksa sadece alacaklının onayı için bir bildirim mi olduğu kanunun metninden ve gerekçesinden anlaşılamamaktadır. TMK. m.888/f.II hükmü uyarınca “*Yeni malik borcu yüklendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur.*” Burada, yeni malikin borcu üstlenmesinden; sanki asıl borçluyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdetmiş gibi bahsedilmektedir. Ayrıca, alacaklıya düşen, sanki sözleşmeyi kabul etmek değildir de; asıl borçluya başvurma imkânını kendinde saklayıp saklamayacağı konusunda karar vermektir. Kaldı ki, TMK. m.890/f.II hükmü uyarınca “*Alacaklıya tanınan hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir yıllık beyan süresi, tapu idaresince yapılan bildirim tebliği tarihinden işlemeye başlar.*” Demek ki, tarafların alacaklıya bir öneride bulunması da söz konusu değildir. Sadece, tapu memurunun durumu bildirmesi söz konusudur. Kanaatimizce, burada, kanunkoyucu sözleşme yönteminden uzaklaşmış ve onay yöntemine yaklaşmıştır⁷⁶⁷.

Bu bildirimi yapan tapu memurunun oynadığı role ilişkin olarak öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Öğretilerdeki bir görüşe göre, tapu sicil müdürü de bu durumda alıcının kanuni temsilcisi gibi işlev görür, alacaklıya bu sıfatla bildirimde bulunur⁷⁶⁸. Bu bildirim, kanun uyarınca alıcının (üstlenenin) yaptığı borç üstlenme teklifi gibi sonuç doğurur.

Bu görüş karşısında *Helvacı*, burada bir tapu memurunun temsilci olarak kabul edilmesi halinde, önerinin kabulü veya reddi beyanının kendisine de yöneltilebilmesi gerektiğini, oysa kanunen bunun söz konusu olmadığını belirtmiş ve tapu memurunun alıcının kanuni temsilcisi sayılarak öneride bulunması görüşünü reddetmiştir⁷⁶⁹. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu da, alacaklının borcun intikaline ilişkin red beyanının borçluya yöneltilmesi gerektiğini belirtir (İsv. MK. m.832/f.II). Ancak, Türk Medeni Kanununda bu konuda bir açıklık yoktur. Öğretilerde *Tekinay*,

⁷⁶⁷

⁷⁶⁸ Von Büren, s. 356; Deppeler, s. 53 vd.; BGE 50 II 518, 521 (www.bger.ch).

⁷⁶⁹ Helvacı, s. 329.

alacaklının söz konusu beyanını kendisine bildirimde bulunan tapu memuruna da yöneltebileceğini kabul eder⁷⁷⁰.

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, burada tapu memurunun yaptığı bildirim bir irade beyanı olmadığı, tapu memurunun re'sen yerine getirdiği kanuni bir görev olduğu gerekçesiyle, burada tapu memurunun yeni maliki temsilen öneride bulunduğu düşüncesini reddeder⁷⁷¹.

Alman hukukunda ise bu bildirim tapu memurunun ya da devralanın değil, borçlunun (devreden) alacaklıya yapması gereklidir (§416 BGB)⁷⁷². Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak uygulamada oluşabilecek bazı sorunları önleyecektir. Şöyle ki, alacaklının cevap verebileceği sürenin başlangıcı bu bildirimle olacaktır. Üstelik, alacaklı cevap vermediği takdirde kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda, bildirim yapıp yapılmadığı ve yapıldıysa ne zaman yapıldığı konusu önem arz eder. Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak, bu tartışmayı henüz oluşmadan önleyecek ve bu bakımdan uygulamada kolaylık sağlayacaktır.

Bildirim ne zaman yapılması gerektiği hususuna gelince; İsviçre ve Türk hukukunda bu konuda bir hüküm olmamakla birlikte, “yeni malikin” borcu üstlenmesinin bildirimden bahsedildiği ve görevin de tapu memuruna verildiği düşünülecek olursa, bildirim devralanın tapuya malik olarak kaydedildikten sonra yapılması kanunkoyucunun mantığına uygundur⁷⁷³.

Kulzinger'e göre ise, devralanın malik olarak tapu kütüğüne kaydedilmiş olması bildirim değil, “onayın” hüküm doğurmasının, diğer bir deyişle borcun üstlenilmesi sonucunun doğmasının geçerlilik şartıdır. Bu bakımdan, yazara göre; tapu kütüğüne kayıttan önce bildirim yapılmış olabilir, yeter ki onay sonradan

⁷⁷⁰ **Tekinay**, Sınırlı Aynî Haklar, s. 115. Alman hukukunda beyan muhatabın devreden (borçlu) olması gerektiği yönünde bkz. **MünchenerKomm/Bydlinski**, §416 BGB, N. 9.

⁷⁷¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 950; **Gürsoy/Eren/Cansel**, §82, s. 1109. Bkz. **Köprülü/Kaneti**, s. 271; **Öğütçü/Doğrusöz**, s. 202; **Karahacıoğlu/Doğrusöz/Altın**, s. 159.

⁷⁷² **BGB-RGRK/Weber**, §416 BGB, N. 19; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §416 BGB, N. 5 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§416, N. 3. Alman kanunkoyucusu bakımından, devralanın (üstlenenin) yaptığı bildirim hukuki bir etki doğurmayacaktır (**Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 24; **Kulzinger**, s. 27 vd.; **Schmiedeberg**, s. 57).

⁷⁷³ Aynı yönde bkz. **Schmiedeberg**, s. 61-62.

verilsin⁷⁷⁴. Bizce de, sonradan taşınmazın devri gerçekleşmişse, bildirim kayıttan önce yapılmasında bir sakınca yoktur.

Türk ve İsviçre hukuklarında bildirim kanunda belirli bir şekle bağlanmış değildir. Ancak, Alman hukukunda, söz konusu bildirim alacaklıya yazılı olarak yapılmalıdır (§416 Abs.2 BGB). Ayrıca, bildirim, alacaklı süresi içinde işlemi reddetmediği takdirde üstlenenin borçlunun yerine geçeceği, yani borcun intikal edeceği bilgisini içermelidir⁷⁷⁵. §415 BGB'deki bildirimde şekil şartı öngörmemiş olan kanunkoyucunun burada yazılı şekil şartı koyması, alacaklıyı sessiz kalması halinde borcun üstlenilmesi sonucunun doğacağı hususunda yeterince ikaz edebilmek, diğer bir ifadeyle alacaklıyı korumak içindir⁷⁷⁶. Ayrıca elbette ki bu şekil şartı, ispat konusundaki sorunları da ortadan kaldıracaktır. Bu nedenlerle bizce, Alman hukukundaki çözümün İsviçre ve Türk hukukunda da benimsenerek bu bildirim yazılı yapılması gerekliliğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

b. Yapılan Bildirimin Sonuçları

Kural olarak, alacaklının rızası olmaksızın borcun üstlenilmesi gerçekleşmez⁷⁷⁷. Bu nedenle, onay yönteminin geçerli olduğu sistemlerde dahi alacaklının onayı aranmıştır⁷⁷⁸. Ancak, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, ipotekle yüklü taşınmazların devri hususunda alacaklının rızasının aranması konusunda, borcun dış üstlenilmesine ilişkin genel hükümlerden ayrılarak özel hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, ipotekle yüklenmiş taşınmaz devredildiğinde yeni malik şahsi borcu da üstlenmiş ise, alacaklı önceki borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak bildirmediği takdirde, borçlu borcundan kurtulur. Bu ihtimalde, alacaklının sessiz kalması halinde, açık bir irade beyanına da ihtiyaç duyulmaksızın borç üstlenilmiş olur⁷⁷⁹. Aynı düzenleme, Alman hukukunda da, §416 BGB hükmünde öngörülmüştür; ancak, bu hükümde alacaklıya verilen süre

⁷⁷⁴ **Kulzinger**, s. 32 vd.

⁷⁷⁵ **Kulzinger**, s. 35; **Schmiedeberg**, s. 57.

⁷⁷⁶ **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 30-31; **Kulzinger**, s. 37; **Schmiedeberg**, s. 58.

⁷⁷⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, A, 1, a.

⁷⁷⁸ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 1.

⁷⁷⁹ **Köprülü/Kaneti**, s. 272; **Tunçomağ**, s. 1150; **Feyzioğlu**, s. 700; **Altay/Eskiocak**, N. 340 ve 348, s. 257-258 ve 264; **Helvacı**, s. 326 vd.; **Köhler**, s. 46 vd.; **Von Büren**, s. 356; **Huguenin**, N. 1422; BGE 121 III 256, 258-259 (www.bger.ch); **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 183 OR, N. 4; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3652; **Schwenzer**, N. 91.32; **Koller**, §83, N. 15, s. 1341; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 8. Ayrıca bkz. **Saleilles**, Etude, §4, N. 110. Bu ihtimalde alacaklı, davranış yoluyla borcun naklini kabul etmiş olur (BGE 44 II 127, 129 [www.bger.ch]).

6 aydır⁷⁸⁰. Bu kural, Avusturya hukukunda da §1408 ABGB hükmünde yer bulmuştur⁷⁸¹.

Bu düzenlemede, alacaklının açık kabul beyanına ihtiyaç duyulmamasının mantığı, ipoteğin güçlü ve yeterli bir güvence teşkil etmesi sebebiyle, alacaklı için şahsi borcun borçlusunun kim olduğunun pek bir önemi kalmamış olmasıdır⁷⁸². Nitekim, borçlu kim olursa olsun, alacaklı ipotekli taşınmaza el atabilir. Bu nedenle, alacaklının ayrıca korunması gerekliliği azalmıştır. 18. yüzyılda hâkim olan düşünceye uygun olarak, ipoteğin aynî karakteri, borçluyla olan şahsi bağdan daha ön planda tutulmuş, daha önemli görülmüştür⁷⁸³. Bu düşünceden yola çıkılarak söz konusu düzenleme yapılmıştır.

Kanun, burada alacaklının rızasını aramak yerine, belirli süre içinde aksi yönde irade beyanında bulunmadığı takdirde bu rızayı varsayar⁷⁸⁴. Kanuni bir onay faraziyesi mevcuttur (*Annahmefiktion, Genehmigungsfiktion*)⁷⁸⁵. Diğer bir deyişle, alacaklının onayını aramaktan vazgeçilmiş değildir. Sadece alacaklının susmasına “onay” sonucu kanunen bağlanmış, yani susan alacaklının borcun üstlenilmesine rıza gösterdiği varsayılmıştır⁷⁸⁶. Alacaklının bu sonucun doğmasını engellemek için

⁷⁸⁰ Rehinli taşınmazın devrinde borcun intikali, Alman hukuk sistemine ilk olarak Prusya hukuku ve Bayern hukuku yollarıyla girmiştir (Açıklamalar için bkz. **Redick**, s. 29-52). Sonradan §416 BGB hükmünde yasaya girmiştir. Alman hukukunda rehinli taşınmazın devrine ilişkin §416 BGB hükmü hakkında açıklamalar için bkz. **Jauernig/Stürner**, §416 BGB, N. 1; **Kassebeer**, s. 49 vd.; **Palandt/Grüneberg**, §416 BGB, N. 1 vd.; **Köhler**, s. 22 vd.; **Larenz**, AT, §35, s. 604; **BGB-RGRK/Weber**, §416 BGB, N. 2-3.

⁷⁸¹ Bkz. **Koziol/Welser**, s. 134; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1408, N. 1.

⁷⁸² **Koller**, §83, N. 15, s. 1341-1342.

⁷⁸³ **Wendt**, s. 8; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 756; **Meyer, W.**, s. 56 vd. Bugünkü anlayışın aksine, şahsi yükümlülük, aynî yükümlülüğün fer’isi (*Akzessorium der dinglichen Haftung*) olarak görülüyordu. Aynî sorumluluk, şahsi sorumluluğa nazaran ön plandaydı (**Maurer**, s. 192; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 478).

⁷⁸⁴ Alacaklının rızasını almak yerine kanuni bir varsayıma dayandırmak, rehinli taşınmazın devrinde borcun üstlenilmesinin (§416 BGB) bir özelliğidir. Bu, §§415 ve 416 BGB hükümleri uyarınca gerçekleşen borç üstlenme yapılarının temel farkıdır (**Redick**, s. 14; **Schmiedeberg**, s. 40).

Türk ve İsviçre hukuk sistemleri de; borcun üstlenilmesi konusunda sözleşme teorisini kabul etmiş olsalar da, bu noktada onay teorisine yaklaşımlardır.

⁷⁸⁵ **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 234; **Koller**, §83, N. 15, s. 1341-1342; **Guhl/ Koller**, §35, N. 33; **Deppeler**, s. 50-53; **Friederich**, s. 47-48; **Harke**, §15, N. 400; **Braunschneider**, s. 343; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §416 BGB, N. 2; **BGB-RGRK/Weber**, §416 BGB, N. 17; **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 5. Bkz. **Decher**, s. 17 vd.; **Kassebeer**, s. 49 vd.; **Piotet**, s. 77 vd.; **Köhler**, s. 46 vd.; **Rocke**, s. 57; **Kulzinger**, s. 24 vd.; **Schmiedeberg**, s. 56. “Kanun, burada alacaklının susmasına zımnî rıza sonucunu bağlamıştır.” (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 951; **Gürsoy/Eren/Cansel**, §82, s. 1110; **Altay/Eskiocak**, N. 340, s. 258. Ayrıca bkz. **Akıpek/Akıntürk**, s. 790; **Helvacı**, s. 327; BGE 40 II 591, 594 [www.bger.ch]).

⁷⁸⁶ Kanuni faraziye, belirli bir olaya kanunun kesin sonuç bağlamış olmasına denir. Bir diğer deyişle, aksi ispatlanamayan, kesin bir kanuni karine (varsayım) söz konusudur (**Oğuzman/Barlas**, s. 333).

yapması gereken işbu süre içinde asıl borçluya başvurma hakkını saklı tuttuğunu beyan etmektedir⁷⁸⁷. Bu beyan, mutlaka devredene yöneltilmelidir. Zira, söz konusu beyan, devredenin şahsi borcundan kurtulmasını engelleyen beyandır ve devredenin bu beyana muhatap olmakta, yani borcun üstlenilmediğini ilk olarak öğrenmekte menfaati vardır⁷⁸⁸. Nitekim taşınmazı devreden, şahsi borcundan kurtulmamış ise, ekonomik durumunu buna göre ayarlamak zorunda kalacaktır.

Buradaki bir yıllık süre hak düşürücü süredir⁷⁸⁹. Tapu idaresince alacaklıya yapılan bildirim tarihinden başlar (TMK. m.890)⁷⁹⁰. *Kulzinger*'e göre, kendisine bildirim yapılmasının öncesinde alacaklı, peşinen kabul beyanında bulursa bile bu geçerli olmaz⁷⁹¹. Ancak kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapmakta fayda vardır: Alacaklı, gelecekte gerçekleşecek her türlü borç üstlenmeyi global olarak kabul etmiş ise, bu geçersiz olacaktır. Oysa alacaklı, tapu idaresinin kendisine bildirim yapmasından evvel üstlenenin veya asıl borçlunun kendisine durumu bildirmesi suretiyle borcun üstlenilmesinden haberdar olmuş ise; bu ihtimalde kanaatimizce, alacaklının tapu idaresinin bildiriminden önce yapacağı peşin kabul beyanı geçerli olmalıdır.

Bir yıllık hak düşümü süresinin tanınmasındaki amaç, alacaklıya, borcu üstlenmek isteyen kişinin durumu hakkında bir yıl boyunca bilgi edinme imkânı sağlamaktır⁷⁹². Bu süre taraflarca değiştirilemez, değiştirilmesi halinde taraflar

§416 BGB uyarınca ipotekle yüklü taşınmazın mülkiyeti devredildiğinde devreden, ipotekle teminat altına alınmış borcun alacaklısına bildirimde bulunur. Alacaklı bildirimden itibaren 6 ay içinde reddetmediği takdirde borcun taşınmazın yeni malikine intikalini kabul ettiği varsayılır (Bkz. **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 318; **Looschelders**, §54, N. 1158; **Kötz**, §13, N. 1264; **Oertmann**, s. 336 vd.; **Endemann, F.**, §153, s. 682-683; **Kohler**, §63, s. 174-175; **Heilfron**, §39, s. 396 vd.; **Crome**, §204, s. 360 vd.; **Decher**, s. 17 vd.; **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 1 vd.; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 789. Ayrıca bkz. **Buka**, Erdmann, Die Schuldübernahme des §416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock, Noske, Borna-Leipzig 1915, s. 39 vd.).

⁷⁸⁷ “Alacaklı reddederse, onay faraziyesi işlemeyecektir.” (**Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 39).

⁷⁸⁸ **Kulzinger**, s. 40 vd. *Schmiedeberg*, hem onayın hem de reddin devredene (asıl borçluya) yöneltilmesi gerektiği görüşündedir (**Schmiedeberg**, s. 64-65). *Kulzinger*'e göre, alacaklı işleme onay vermek isterse, bu beyanın devreden veya devralandan herhangi birine yapılması yeterlidir (**Kulzinger**, s. 40 vd.).

⁷⁸⁹ **Akipek/Akıntürk**, s. 790; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 951; **Gürsoy/Eren/Cansel**, §82, s. 1110; **Altay/Eskiocak**, N. 340, s. 258.

⁷⁹⁰ Süre, bildirimden itibaren işlemeye başlar (**Von Büren**, s. 356; **Braunschneider**, s. 343; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §416 BGB, N. 9; BGE 40 II 591, 594 ve 596 [www.bger.ch]).

⁷⁹¹ **Kulzinger**, s. 26.

⁷⁹² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 951.

kanuni onay faraziyesinden yararlanamazlar⁷⁹³. Avusturya hukukunda da aynı yönde düzenleme mevcuttur (§1408 ABGB)⁷⁹⁴.

c. Borcun Dış Üstlenilmesinin Genel Hükümleriyle Karşılaştırılması

İpotek ve ipotekli borç senediyle yüklü taşınmazın devri hallerinde gerçekleşen borç üstlenme; kuruluşu bakımından farklılık arz etse de, hukuki sonuçları bakımından TBK. m.195 vd. (İsv. BK. m.175 vd.) hükümlerinde düzenlenen borcun üstlenilmesiyle benzeşir. Sonuç itibariyle, rehinli taşınmazı borcuyla birlikte devreden, borcundan kurtulmuş, kendisi yerine devralan (üstlenen) borçlu duruma gelmiş, diğer bir deyişle, borcun dış üstlenilmesinin sonuçları gerçekleşmiş olur⁷⁹⁵.

Borcun üstlenilmesiyle arasındaki fark, devir sözleşmesinden, yani borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmeden doğan def'ilerin alacaklıya karşı ileri sürülebilecek olmasındadır. Bu bağlamda, borcun üstlenilmesinde yer alan TBK. m.199/f.III (İsv. BK. m.179/f.III) kuralı burada işlemin yapısı gereği uygulanamayacaktır⁷⁹⁶. Zira burada, sözleşme yönteminin uygulanması söz konusu değildir. Yani, birbirinden ayrı iç ve dış üstlenme sözleşmeleri yoktur. Borçluyla üstlenen arasında yapılan borcun üstlenilmesine dair akde alacaklının onay vermesi söz konusudur. Borcun üstlenilmesi bakımından bir tek işlem söz konusudur ve dolayısıyla, bu işlemin hükümsüzlüğü borç üstlenme sonucunu da etkileyecektir. Bu durum, borcun üstlenilmesi hakkında genel olarak sözleşme yöntemini kabul etmiş olan Türk ve İsviçre hukuklarında onay yöntemine en çok yaklaşılacak örneklerdir.

Nitekim, Alman hukukunda kabul edildiği üzere, burada onay yönteminin (§415 BGB hükmünün) bir uygulaması söz konusudur⁷⁹⁷. Buna göre, rehinli

⁷⁹³ Schmiedeberg, s. 63.

⁷⁹⁴ Açıklamalar için bkz. Köhler, s. 56.

⁷⁹⁵ Regelsberger, AcP 67, s. 29.

⁷⁹⁶ Deppler, s. 66.

⁷⁹⁷ Aynı yönde, Decher, s. 14 vd.; NK-BGB/Kreße/Eckardt, §416 BGB, N. 1; Detert, s. 89 vd.; Redick, s. 14; BGB-RGRK/Weber, §416 BGB, N. 7 vd.; MünchenerKomm/Bydlinski, §416 BGB, N. 2-3; Staudinger/Rieble, §416 BGB, N. 2; Rocke, s. 59. Von Blume'ye göre burada gerçek anlamıyla bir borcun üstlenilmesi söz konusu değildir. Yazara göre, taşınmaz rehniyle şahsi borç birbirine bağlıdır ve kanunen birlikte intikal ederler. Tarafların rızası dikkate alınmamıştır. Rızai bir borç üstlenme yoktur, şahsi borcun ipotekle birlikte geçmesi kanun gereğidir. Bu bakımdan yazar, burada §415 BGB hükmünün özel bir uygulamasının söz konusu olduğunu reddeder (Von Blume, JherJB 39, s. 419 ve JherJB 40, s. 125).

Alman hukukunda, işlemin niteliği bakımından Redick, burada, alacaklının rızasını almak yerine bu rızayı "varsayan" kanunkoyucunun bir faraziyeye dayanarak hak üzerinde değişiklik yapmasını, yani alacaklının rızası olmaksızın borçluyu değiştirmesini, tasarruf işlemi teorisinden uzaklaştırıldığı şeklinde

taşınmazı iktisap eden, henüz borcun üstlenilmesi işlemi askıdayken, yani alacaklının onayını beklerken, devredene karşı ifayı üstlenmiş gibi sorumlu olacaktır⁷⁹⁸. Bunun yanında, §415 Abs.1 BGB hükmü burada da geçerli olacak ve borçlu ve üstlenen, alacaklının onayına kadar sözleşmelerinde değişiklik yapabilecek yahut ondan dönebileceklerdir⁷⁹⁹. Kanaatimizce, Türk ve İsviçre hukuklarında da bu sonucun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira, burada alacaklıya yapılan bir “öneri” değil, bildirimdir. Ancak, elbette ki, devreden ile devralan; alacaklının cevap süresi henüz dolmamışken devir sözleşmesinde bir değişiklik yaparlar ise, bu durumda yeni bir bildirimde bulunmaları gerekecek ve süreler yeniden başlayacaktır⁸⁰⁰.

2. Rehinle Yüklü Taşınmazların Kanuni Yollardan Cebren Satışı Durumu

İpotekli taşınmazın cebri icra yoluyla satılması halinde ise durum farklıdır. Esasen cebri icra yoluyla satılan taşınmaz, tüm yüklerinden arındırılmış olarak devralana geçer. Söz konusu taşınmazın, cebri icra yoluyla satışında, üzerindeki rehinle birlikte devri sadece bu durum satış şartnamesinde belirtilmiş ise mümkündür. Şartnamede bu durumun belirtilmiş olması ihtimalinde, rehinle teminat altına alınmış olan borç, devreden ile devralan arasında ayrıca bir iç üstlenme akdi aranmaksızın, kanundan ötürü yeni malike intikal eder⁸⁰¹. Ancak şartnamede yer alan bu intikal, alacaklının bir yıl içinde buna rıza göstermediğini yazılı olarak asıl borçluya bildirmemiş olması şartına da bağlıdır (İİK. m.125/f.I ve II⁸⁰²; İsv.İİK.

yorumlamaktadır. *Redick*, satım bedelinden indirim yapmak amacıyla devreden ile devralan arasında yapılan akdin, tek bir tasarrufi etki doğurmayacağını, aslında devralanın (üstlenenin) üçüncü kişi (alacaklı) lehine borca katıldığını, alacaklının sonradan asıl borçluyu kurtaracak şekilde işlem yapabileceğini belirtiyor. Yazara göre burada üçüncü kişi lehine sözleşmelerin bir uygulaması söz konusudur (**Redick**, s. 88 vd.). Kanaatimizce, kanunda, hak sahibinin hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kullanması kısıtlanmamış, işlemi reddetme hakkı alacaklıya tanınmıştır. Bizce burada sadece, alacaklının sessiz kalmasına “onay” anlamı yüklenerek yaratılan bir yorum faraziyesi söz konusudur. Bu bakımdan, işlemin hukuki niteliği hakkında borcun üstlenilmesine ilişkin tartışmalar (Bkz. İkinci Bölüm, I, B), herhangi bir değişiklik olmaksızın burada da geçerlidir.

⁷⁹⁸ **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §416 BGB, N. 4; **BGB-RGRK/Weber**, §416 BGB, N. 7; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §416 BGB, N. 10; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§416, N. 4; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 237 ve 251.

⁷⁹⁹ **Staudinger/Rieble**, §416 BGB, N. 47.

⁸⁰⁰ **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 237.

⁸⁰¹ Cebri icra yoluyla taşınmazı devralan, bu yönde iradesi olmaksızın borçlu olur (**Koller**, §83, N. 22, s. 1344). Ayrıca bkz. BGE 57 II 322

⁸⁰² İİK. m.125 uyarınca, “*Artırma şartnamesinde taşınmazın, üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyliyeceği tasrih olunur (f.I).*”

m.135/f.I). O halde, Türk ve İsviçre hukuklarında, rehinli taşınmazın cebren satılmasında kural olarak ne rehin ne de rehinle teminat altına alınmış olan borç devrolur. Ancak, rehinin de şartnamede gösterilmesi ve devre konu olması halinde, bu taşınmazın temin ettiği şahsi borçlar da devralana naklolur⁸⁰³. Ancak kanunkoyucu, TMK. m.888 ve 890 ile çelişkiye düşmemek, alacaklının tasarruf yetkisini zedelememek ve alacaklıyı korumak amaçlarıyla, alacaklının borçlu değişimini bir yıl içinde beyanda bulunarak engelleyebileceğini belirtmiştir. Bizce burada da, onay yöntemine benzer şekilde, alacaklının rızası (aksi yönde beyanda bulunmamışsa) varsayılarak, borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olur.

Borcun için teminat olarak taşınmazını rehin vermiş olan borçlunun iflas etmesi halinde, İİK. m.244 hükmünün yollamasıyla yine İİK. m.125 hükümleri uygulanır (Aynı yönde bkz. İsv.İİK. m.259).

Alman hukukunda da §53 ZVG uyarınca cebri icra yoluyla ipotekli bir taşınmazı devralan kişi, devredenipotekle güvence altına alınmış olan şahsi borcunu da üstlenmiş olur⁸⁰⁴.

3. İrat Senediyle Yüklü Taşınmazın Devri Halinde Borcun Nakli

Taşınmaz, irat senedi (*lettre de rente, Gült*) şeklinde rehnolmuşsa, taşınmazı satın alan kişi, onun değerini aşmamak koşuluyla borcu da üzerine almış olur (TMK. m.907, İsv. MK. m.851)⁸⁰⁵. İrat senedinde, tedavül fonksiyonu ön plandadır. Müstakil bir şahsi borç söz konusu değildir⁸⁰⁶. İrat senedinde, borçlu ve malik daima aynı kişidir⁸⁰⁷. İşte bu nedenle, irat senediyle bağlanmış bir taşınmazın devri doğrudan borcun intikali ve önceki borçlunun borcundan kurtulması sonucunu

İpotek ve ipotekli borç senediyle temin edilmiş olupta bu suretle müşteriye devrolunan borçtan asıl borçlunun kurtulması alacaklının müracaat hakkının mahfuz olduğunu ihalden itibaren bir sene içinde kendisine bildirmemiş olmasına bağlıdır (f.II)."

⁸⁰³ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 169; BGE 44 II 127, 130; BGE 47 III 141, 145-147 (www.bger.ch). Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, §35, N. 15.

⁸⁰⁴ Bkz. **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 37 vd. ve §416 BGB, N. 4; **Kulzinger**, s. 22-23 ve 46; **Schmitt**, Eugen, Die Schuldübernahme des Erstehers bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen und staatswissenschaftlichen Doktorwürde bei der juristischen und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Würzburg, Buchdruckerei Oskar Gross, München 1919, s. 9 vd.; **Schmiedeberg**, s. 78 vd.

⁸⁰⁵ **Tunçomağ**, s. 1149; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 15. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 975.

⁸⁰⁶ **Feyzioğlu**, s. 701; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 973-974.

⁸⁰⁷ **Steinauer**, Droits Réels, §90, N. 2821, §94, N. 2938, §98, N. 3016g; **Akipek**, Jale/ **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 821.

doğurur⁸⁰⁸. Yüklü taşınmazı edinen kimse irat senedinin borçlusu olur ve eski malik başka işleme gerek kalmaksızın borcundan kurtulur⁸⁰⁹. Bu, taşınmazın devri sözleşmesine kanunun bağladığı bir sonuçtur ve başka bir işleme yahut onaya gerek olmaksızın kendiliğinden (*ipso iure*) gerçekleşir⁸¹⁰.

C. Kanun Gereği Gerçekleşen Borcun Nakli Örnekleri

Kanunun bir borçluyu borcundan kurtarıp yerine yeni bir borçluyu onun rızasını almadan koyması yahut onu alacaklıya zorla kabul ettirmesi özel hukuk alanında kural olarak düşünülemez⁸¹¹. Bundan dolayı, borcun kanunen intikali genel bir esas olarak kabul edilemez. Bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Aşağıda bu istisnalar ele alınacaktır.

1. Anonim Şirketin Tüzel Kişilik Kazanmasından Önce Doğan Borçların Şirkete İntikali

Türk hukukunda, TTK. m.355/f.II uyarınca, “*ileride kurulacak anonim şirket adına yapıldığı alacaklılara açıkça bildirilmiş olması ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütlerin şirket tarafından kabul olunması koşuluyla, tescilden önce henüz kurulmamış şirket adına yapılan işlem ve taahhütlerden sadece şirket sorumlu olur.*”⁸¹². Buna göre, henüz şirketin bir hukuki kişiliği bulunmadığı için başkasının hukuk alanında doğmuş olan borçlar, söz konusu koşulların yerine gelmiş olması kaydıyla kanunen ve kendiliğinden yeni kurulan anonim şirkete naklolacaktır.

Benzer bir hükme, İsviçre hukukunda da rastlamaktayız. İsv. BK. m.645/f.II hükmüne göre, açıkça anonim şirket adına yapılan işlemlerden ötürü, şirketin tescilinden itibaren anonim şirketin kendisi şahsen sorumlu hale gelir⁸¹³.

Alman hukukunda da, aynı şekilde, şirket kurulmadan önce, gelecekte kurulacak olan şirket için yüklenilen borçları (önceki borçlunun yerine geçecek

⁸⁰⁸ Oser/Schönenberger, Art. 183 OR, N. 3.

⁸⁰⁹ Tapu memuru, kendiliğinden malikin el değiştirmiş olduğunu alacaklıya bildirir ve bunu kendiliğinden irat senedi üzerine yazar (Akipek/Akıntürk, s. 821; Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim, Sınırlı Aynî Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972-1973, s. 269).

⁸¹⁰ Deppeler, s. 49-50; Feyzioğlu, s. 701; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 975.

⁸¹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, A.

⁸¹² Türk hukukunda, limited ortaklıklar bakımından aynı hüküm TTK.m.588/f.IV’de düzenlenmiştir.

⁸¹³ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 267.

şekilde) şirket üstlenirse, borcun naklinin geçerliliği için alacaklının rızasına ihtiyaç olmaz (§41 Abs.2 AktG)⁸¹⁴. Bunun için ön koşul, borcun nakli sözleşmesinin şirketin kurulmasından itibaren üç ay içinde yapılmış olması ve şirket alacaklıları veya borçlunun katılmış olmasıdır⁸¹⁵.

Henüz şirketin tescili yapılmamış iken, şirketin hukuki bir kişiliği olmadığından, onun adına bir başka kişi işlem yapar ve borçlanır⁸¹⁶. Bu aşamada, yani sözleşmeyle tescil arasındaki dönemde adi ortaklık temeline dayalı bir ön şirket (*Vorgesellschaft*)⁸¹⁷ kurulmuş ve bu ön şirket işlemler yaparak borçlanmış ise; herhangi bir işleme gerek kalmadan şirketin tesciliyle birlikte borçlar, kurulan anonim şirkete geçer. Burada alacaklının rızasının aranmasından vazgeçilmesinin nedeni, bunun bir borcun nakli olarak değil de “temsil” olarak görülmesinden kaynaklanır. Henüz var olmayan bir tüzel kişi adına işlem yapmak, yetkisiz temsil olarak görülür. Tüzel kişi, sonradan işleme icazet vermekle hukuki sonuçların kendi hukuk alanında doğmasını sağlayabilir⁸¹⁸.

Ancak, temsile dayanan çözüm tarzı her durumda kabul edilmiş değildir. Kendi tüzel kişiliği olan ve sonradan asıl şirketin kurulması amacı taşıyan bir ön kuruluş şirketi (*Vorgründungsgesellschaft*)⁸¹⁹ mevcut ise; bu ön kuruluş şirketinin borçları, alacaklının da rızasıyla (borcun üstlenilmesi yöntemiyle) asıl şirket kurulduğunda ona intikal etmelidir. Ancak alacaklılar; işlemin, şirketin kurulması ve işleme onay vermesi geciktirici şartına bağlı olarak yapıldığını biliyorlarsa; bu ihtimalde, şirketin ön kuruluş şirketinin onun adına yaptığı işleme, kurulması sonrasında onay vermesi

⁸¹⁴ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 16.

⁸¹⁵ **Maurer**, s. 263.

⁸¹⁶ Alman hukukunda, henüz var olmayan bu şirket için işlem yapmak, yetkisiz temsil olarak görülür. Sonradan kurulan ve tüzel kişilik kazanan şirket, işlemlere onay vererek hukuki sonuçların kendi üzerinde doğmasını sağlayabilir.

⁸¹⁷ Kurulacak şirketin ana sözleşmesinin imzalanmasından başlayarak, şirketin ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen süreç içinde kurucular arasında mevcut ilişkiye “ön şirket” denir (**Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 140 vd.).

⁸¹⁸ **Maurer**, s. 263.

⁸¹⁹ Birden fazla kişi, ileride belirli bir ortaklık kurmak amacıyla biraraya gelirler ve bu yolda birlikte çaba göstermeyi ve belirli katılma paylarını yerine getirmeyi birbirlerine karşı üstlenirlerse ve bu yönde gelecekte kurulacak şirketten bağımsız, kendi başına bir tüzel kişiliğe sahip bir şirket kurarlarsa buna “ön kuruluş şirketi” denir (**Barlas**, s. 135 vd.).

borcun nakli için yeterli olur⁸²⁰. Zira alacaklı, ön kuruluş şirketiyle işlem yaparken zaten bunu bilerek rızasını vermiştir.

Buna karşın, hem ön şirketlerde hem de ön kuruluş şirketlerinde; eğer şirket adına işlem yapıldığı açıklanmadan bu işlem yapılmış ise, bu borç ancak borcun üstlenilmesine ilişkin genel kurallara uyularak nakledilebilir. Ayrım, alacaklının işlem esnasında, şirket adına işlem yapıldığını bilip bilmemesine göre yapılır⁸²¹.

2. Bedeli Tamamen Ödenmemiş Nama Yazılı Pay Devrinde Borcun Nakli

Bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı bir payı iktisap eden kimse; pay defterine kaydedilince şirkete karşı geri kalan pay bedelini ödemekle yükümlü olur. Payını devreden kimse ise, iktisap edenin pay defterine kaydedilmesiyle borçlarından kurtulmuş olur (TTK. m.501/f.I ve III; İsv. BK. m.687/f.I ve III)⁸²². Bu sonuç, kanun gereği gerçekleşir. Payı iktisap edenlerin bu yönde bir borçtan kurtarma taahhütleri veya borcun üstlenilmesine dair bir irade beyanları mevcut değildir⁸²³.

3. Rehinli Tereke Malının İntikalinde Borcun Nakli

Miras paylaşımında kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu da üstlenmiş olur (TMK. m.655). Ancak bu, sadece mirasçılar arasında iç ilişkiyle ilgilidir. Yoksa mirasçılardan alacaklılara karşı müteselsil sorumluluğu devam eder⁸²⁴.

⁸²⁰ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 15; **Maurer**, s. 264.

⁸²¹ **Maurer**, s. 265.

⁸²² Bkz. BGE 90 II 164, 170 (www.bger.ch).

⁸²³ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 166.

⁸²⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 168.

Üçüncü Bölüm

Borcun Dış Üstlenilmesinin Tarafları, Kurulması, Hüküm ve Sonuçları ve Hükümsüzlüğünün Etkisi

Bu bölümde, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kimler arasında ve nasıl kurulduğu; bu işlemin hangi hukuki sonuçları meydana getirdiği ve işlemin hükümsüz olmasının sonuçları incelenecektir.

Bu kapsamda öncelikle, borcun dış üstlenilmesinin tarafları ele alınacak (I); ardından, sözleşmenin kurulması açıklanacaktır (II). Daha sonra sözleşmenin hüküm ve sonuçları ele alınacaktır (III). Son olarak, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçlarına değinilecektir (IV).

I. Borcun Dış Üstlenilmesi Sözleşmesinin Tarafları

Borcun dış üstlenilmesi, yani borçlunun değişmesi, üç kişinin hukuk alanında etki yaratır. Bunlar; asıl borçlu, üstlenen (yeni borçlu) ve asıl borçlusunu kaybeden ve onun yerine yeni borçluyla muhatap olacak olan alacaklıdır⁸²⁵. Ancak, bunların hepsinin borcun üstlenilmesine dair yapılan sözleşmeye katılmasına gerek yoktur. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, alacaklıyla üstlenen arasında akdedilir. Asıl borçlunun rızası aranmaz. Bu durum, konu hakkındaki tartışmalarla birlikte bu başlık altında değerlendirilecektir.

A. Alacaklı ve Üstlenen Arasındaki Sözleşme

TBK. m.196/f.I uyarınca, borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur (Aynı yönde, İsv. BK. m.176;§414 BGB §1406 ABGB)⁸²⁶. Bu akit uyarınca, alacaklı ile

⁸²⁵ Andreu, N. 1, s. 1.

⁸²⁶ Bkz. Oğuzman/Öz, s. 576; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 272; Eren, s. 1248; Feyzioğlu, s. 673-674; Windscheid/Kipp, Pandekten II, §338, s. 403; Kassebeer, s. 16; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 5; Koller, §85, N. 1, s. 1411; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 46

üstlenen, borçlunun borcundan kurtulacağına ve onun yerine üstlenenin geçeceğine dair aralarında anlaşılır⁸²⁷.

Bunun sebebi, alacaklının asıl borçluyu kaybetmesi ve üstlenenin de borç altına girmesinde yatar. Bu durumda, hem alacaklı hem de üstlenen bu işleme katılmalıdır (12:101 PECL)⁸²⁸.

1. Alacaklının Rızası

a. Genel Olarak

Borcun dış üstlenilmesinin hukuki niteliği incelenirken, işlemin bir tasarruf işlemi olduğu sonucuna varılmıştır⁸²⁹. Bu anlamda, elbette ki, alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisi olan alacaklının rızası olmaksızın, sadece borçluların anlaşmasıyla borçlunun değişmesi söz konusu olamayacaktır⁸³⁰. Alacaklı, önceki borçludan vazgeçtiği, bir anlamda onu borcundan kurtardığı için, alacaklının rızasının alınması zorunludur⁸³¹.

Nitekim, borcun üstlenilmesi, alacaklının malvarlığının aktiflerini (alacak hakkını) ilgilendiren ve onun malvarlığı alanında (*Vermögenssphäre*) yapılan bir

ve 96, Art. 176 OR, N. 2; **Berger**, §36, N. 2300 ve 2312; **Huguenin**, N. 1385; **Oftinger**, §18, s. 209; **Arsebük**, s. 13; **Deppeler**, s. 25; **Von Blume**, Novation, s. 118; **Unger**, Schuldübernahme, s. 11.

⁸²⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 43.

⁸²⁸ **Maurer**, s. 308.

⁸²⁹ Bkz. İkinci Bölüm, I, B.

⁸³⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 56 ve Art. 176 OR, N. 30; **Huguenin**, N. 1387; **Hausmaninger/Selb**, s. 304; **Larenz**, AT, §35, s. 602-603; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 1-2; **Lemke**, s. 26-27; **Keller/Schöbi**, s. 76 ve 90. Bu bakımdan, borçlunun borcunu üstlenene devretmesi, yani borçlular arası bir sözleşme ile “borcun devredilmesi” tasarruf yetkisi alacaklıda olduğu için mümkün olmayacaktır. O halde, alacağın devrinde, alacaklılar arasında yapılan bir sözleşme ile alacağın devredilmesi söz konusuysen, borcun üstlenilmesinde borçluların aralarında anlaşması borcun bir kişiden diğerine intikali için yeterli olmayacaktır (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1298, N. 1281). Nitekim, hakkın taraflarında değişikliğe yol açan bu işlemin alacaklının rızasıyla yapılması gerekir (**Unger**, Schuldübernahme, s. 12; **Unger**, JherJB 10, s. 90). Bu nedenle, **Benrey**, borcun cüzi intikaline ilişkin akdin alacaklıyla üstlenen arasında düzenlenmesi gerektiğini belirtmiş ve bu anlamda, “borcun devri” (*la cession de dette*) yerine, “borcun üstlenilmesi” (*la reprise de dette*) kavramının kullanımının daha yerinde olacağını belirtmiştir (**Benrey**, s. 15). “Borçların intikali” (*La transmission de dettes*) ve “Borcun Devri” (*la cession de dette*) kavramlarının da Fransız hukukunda birçok yazar tarafından kullanıldığı görülmektedir (bkz. **Delebecque/Pansier**, N. 294).

⁸³¹ **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 6; **Ghestin/Billiau/Loiseau**, N. 862, s. 910; **Wendt**, s. 45. Alacaklının borçluyu kurtarma iradesi, bir bakıma ondan vazgeçme iradesi olmalıdır (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 43). Borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşebilmesi için, alacaklının asıl borçlu lehine ibra etkisi oluşturacak olan rızası belirleyici unsurdur (**Von Büren**, s. 342).

işlem olduğundan, alacaklının katılımı mecburidir⁸³². Alacaklının bu işlemin dışında bırakılması ne *de lege lata* mümkündür, ne de *de lege ferenda* arzu edilebilir⁸³³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ekonomik açıdan bakıldığında, borçlunun değişmesi alacaklı için bir risktir ve dolayısıyla böyle bir değişim alacaklının menfaatini yakından ilgilendirmektedir⁸³⁴. Bu bakımdan borçlunun kim olduğu, alacaklı için son derece önemlidir⁸³⁵. Zira, bir alacak hakkının ekonomik değeri borçlunun ifa kabiliyeti (*Zahlungsfähigkeit, Bonität*) ve ifa etme arzusu ile alakalıdır⁸³⁶.

Keza, parasal değeri olan alacak hakkının değeri, onun paraya çevrilme (ifa edilme) olasılığına göre belirlenebilir. Borçlunun değişmesi, alacak hakkının değerinde bir azalmaya neden olabilir⁸³⁷. Ne de olsa her borçlunun güvenilirliği ve ödeme kabiliyeti aynı değildir. Bu nedenle, borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesine alacaklının rıza göstermesi gerekir⁸³⁸, borçlunun değişmesi alacaklıya dayatılamaz⁸³⁹.

⁸³² **Regelsberger**, AcP 67, s. 26; **Gürgens**, s. 231 ve 271 vd.; **Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 45; **Wendt**, s. 19; **Meier**, s. 23. Bkz. **Dernburg**, §157, s. 433. Bkz. Yarg. HGK., E.2012/19-53, K.2012/262, T.30.3.2012; Yarg. 4.HD, 14.5.1957, E. 1957/1318, K. 1957/3106; Yarg. 19.HD., E.2005/8774, K.2006/5232, T. 12.5.2006; Yarg. 19.HD., E.2010/4505, K.2010/13386, T.25.11.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸³³ **Andreu**, N. 124 vd., s. 143 vd.

⁸³⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 30; **Eren**, s. 1243. Alacağın temlikinde borçlu için kime ödeme yapacağı fark etmez ve borçlunun durumunu değiştirmez. Buna karşın, borcun üstlenilmesinde alacaklının alacağını kimden tahsil edeceği, borçlunun ödeme kabiliyeti bulunup bulunmadığı önem taşır (**Guhl/Koller**, §35, N. 2; **Ayoğlu**, s. 293, dn. 942). Borçlunun değişmesi, alacaklının menfaatini etkiler (**Medicus/Lorenz**, §65, N. 788).

⁸³⁵ **Salleilles**, Essai, §4, N. 81; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 3; **Meier**, s. 23. Borçlunun kişiliği ve ifa etme kabiliyeti, alacaklı için büyük önem arz eder (**Toulet**, s. 226).

⁸³⁶ **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 3; **Maurer**, s. 5 ve 262; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 380; **Guhl/Koller**, §35, N. 2; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 318; Berger, §36, N. 2300; **Bucher**, AT, s. 580; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **Eren**, s. 1243; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 55; **Braunschneider**, s. 340; **Riedel**, s. 9. Alacak hakkının ekonomik değeri borçlunun kişiliğine ve ödeme kabiliyetine, kısaca kredibilitésine bağlıdır (**Maurer**, s. 151 ve 262). “*Alacaklının bir gölge için avını bırakmaması yararınadır, zira borçlusunun ödeme kabiliyeti onun menfaatinidir.*” (**Engel**, s. 897). “*Herhangi bir alacak hakkının ifade ettiği kıymet, borçlunun eda kabiliyetine bağlı olan bir şeydir. (...) Filhakika eda kabiliyeti ancak bir alacağın ifade ettiği kıymete müessir olabilir.*” (**Arsebük**, s. 10). Borcu üstlenecek kişinin ifa kabiliyetinin bulunup bulunmaması riskine karşı, borcun üstlenilmesi, alacaklının rızasına bağlanmıştır (**Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 1; **Van Ommeslaghe**, N. 55). Ne de olsa alacaklı, asıl borçluya karşı talep yöneltme imkânından mahrum kalacaktır (**Wendt**, s. 19).

⁸³⁷ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 5.

⁸³⁸ **Eren**, s. 1243 ve 1248; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 810; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 402; **Windscheid**, Kritische Übersicht I, s. 32; **Kipp**, s. 350; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 1; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 3; **Maurer**, s. 5 ve 303; **Unger**, Schuldübernahme, s. 12; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**,

Bunun yanında, belirtmek gerekir ki, alacaklı (*creditor*), esasen borçlunun (*debitor*) ödeme kabiliyetine ve niyetine dair bir güven taşımaktadır⁸⁴⁰. Alacaklı, sözleşmeden kaynaklanan borçlarda, borçluya duyduğu bu güven sebebiyle borçluyla hukuki bir ilişki içine girmeyi seçmiş olabilir. Bu nedenle, borcun bir borçludan diğerine intikali için alacaklının rızasının aranması *de lege ferenda* uygun görülmüştür.

Ayrıca, burada alacaklının katılımı sadece asıl borçluyu ibra amacıyla, diğer bir deyişle tasarrufi etkinin gerçekleşmesi amacıyla değildir; aynı zamanda yeni borçluyu seçmek, güvenilir bir yeni borçluya borcu nakletmek amacıyla⁸⁴¹.

b. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de çeşitli hukuk sistemlerinde, borçlunun değişmesi için alacaklının katılımının zorunlu tutulduğunu görmekteyiz. Nitekim, İsviçre hukuk sisteminde alacaklının katılımı gereklidir (İsv. MK. m.176). Alman hukuk sisteminde de hem § 414 hem § 415 BGB hükümlerinde alacaklının katılımı zorunlu kılınmıştır⁸⁴². Benzer şekilde Avusturya sisteminde de alacaklının katılımı

Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 165 ve Art. 176 OR, N. 30; **Kaser/Knütel**, §55, N. 9, s. 341; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 35; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755; **Albert**, s. 3; **Benrey**, s. 14 vd.; **Davidson**, s. 4; **Deppeler**, s. 25; **Von Gierke**, s. 52; **Krienitz**, s. 18; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **Saleilles**, Etude, §4, N. 106-107. *Gide*'e göre, borcun cüzi intikalinin kabulünü ve kanunlarda düzenlenmesini alacağın temlikine nazaran geciktiren husus, borçlular arasındaki bir akitle "borç devri"nin mümkün olmayışı, alacaklının da rızasını gerektiren farklı ve karmaşık yapısıdır (**Gide**, s. 434-438). Sadece borçlular arasında yapılan bir sözleşmeyle, asıl borçlunun borcundan kurtulması söz konusu değildir, zira bu konuda söz sahibi olan alacaklının katılımı söz konusu olmadan borçlunun borcundan kurtulması mümkün değildir (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 321).

⁸³⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 5; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 3; **Koller**, §83, N. 10, s. 1340; **Engel**, s. 897; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 318; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 1; **Riedel**, s. 10; **Malinvaud**, s. 551 ve 560, N. 765 ve 778; **Terré/Simler/Lequette**, N. 1423; **Uygur**, s. 1137-1138. Alacaklının rızası olmaksızın ona yeni bir borçlu dayatılamaz (**Maurer**, s. 32; **Delebecque/Pansier**, N. 295; **Buffeland-Lanore/Larribau-Terneyre**, N. 399; **Mazza**, PICC Commentary, 9.2.3, N. 1). Burada alacaklının rızası olmazsa olmazdır (**Kötz**, §13, N. 1258).

⁸⁴⁰ Nitekim, alacaklı (*creditor*) sözcüğü, güvenmek anlamına gelen *credere* fiilinden türemiştir. (**Zimmermann**, s. 1; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 156).

⁸⁴¹ Aynı yönde **Maurer**, s. 310. Borçlunun borçlusunun kimliğinin alacaklı için önemsiz olduğu varsayılmaz. Bu anlamda, borçlunun değişmesi için mutlak surette alacaklının da rızası gereklidir (**Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, s. 1298, N. 1281). Alacaklının menfaatiyle borçlunun kimliği arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Zira, alacağın değeri, borçlu tarafından ödenebilirliğine bağlıdır (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 30). Yeni borçlu, eskisine nazaran tercihe şayan olmayabilir; ifa kabiliyetindeki yetersizlik sebebiyle alacaklının durumunu kötüleştirebilir. Bu nedenle alacaklının rızasının alınması şarttır (**Ferrand**, N. 305, s. 319).

⁸⁴² **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 399 vd.; **Saleilles**, Etude, §4, N. 106-107; **Larenz**, AT, §35, s. 602; **NK-BGB/KreBe/Eckardt**, §414 BGB, N. 1; **Ferrand**, N. 305, s. 319 vd.; **BGB-RGRK/Weber**, §414 BGB, N. 1 ve §415 BGB, N. 7.

olmazsa olmazdır (§§1405-1406 ABGB)⁸⁴³. Hollanda hukuk sisteminde de alacaklının rızası olmaksızın asıl borçlu borcundan kurtulamaz (Art. 6:155 BW)⁸⁴⁴. Fransız hukukunda borçluyu değiştirmek amacıyla yapılan yenileme işleminde de alacaklının rızası gerekir (Fr. MK. m.1274-1275; Aynı şekilde İsp. MK. m.1205 ve İta. MK. m.1272). Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Unidroit İlkelerinde de alacaklının katılımı zorunludur (PICC 9.2.1 ve 3; PECL 12:101)⁸⁴⁵.

İngiliz hukukunda da bir borçlunun borcunu alacaklının rızası olmaksızın devretmesi olanağı kabul edilmemiştir⁸⁴⁶. Borçluyla üstlenen bu yönde bir sözleşme akdettikleri takdirde, söz konusu akit sadece taraflarını bağlayacak ve alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir⁸⁴⁷.

c. Alacaklının Rızası Olmaksızın Borçlu Değişimi

Yukarıda belirttiğimiz sebeplerle, kural olarak, alacaklının rızası olmaksızın borçlunun değişmesi mümkün değildir. Ancak, istisnai olarak kanunlarımızda alacaklının rızası aranmaksızın borçlunun değiştiği haller mevcuttur. Bunlar, kanun gereği gerçekleşen borç nakilleridir.

Örneğin, malvarlığı ve işletmenin devrine ilişkin sözleşmelerde de alacaklının rızası aranmamaktadır⁸⁴⁸. Devir sözleşmesi, işletme ve malvarlığını devreden ile devralan arasında akdedilir. Alacaklının katılımı yahut alacaklıyla ayrıca bir sözleşme yapılması gerekli değildir⁸⁴⁹. Bunun anlamı, işletme veya malvarlığının pasiflerinin borçlusu (devreden) sözkonusu işletme veya malvarlığını pasifleriyle birlikte devrederken bu borçların alacaklılarının onayının aranmamasıdır.

⁸⁴³ **Koziol/Welser**, s. 130. Avusturya sisteminde de tıpkı Alman sisteminde olduğu gibi üstlenen ile borçlu arasında yapılan akde, alacaklının rıza vermesiyle borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesi de mümkündür (**Siedel**, s. 23).

⁸⁴⁴ Art. 6:155 BW uyarınca, yeni borçlu asıl borçluyla yaptığı bir sözleşmeyle borcu devralır. Ancak bunun alacaklıya karşı etki göstermesi için alacaklının rıza vermesi gereklidir. Alacaklının rızası olmaksızın kendisine borçlu değişimi dayatılamaz (**Bartels**, s. 131 ve 134).

⁸⁴⁵ **Mazza**, PICC Commentary, 9.2.3, N. 1. Borçlunun değişmesi için alacaklının rızasına ihtiyaç vardır. Ancak, ifa taahhüdü borçluyla taahhüt eden arasında, alacaklı lehine akdedilebilir (PICC. m.9.2.6). PECL. m.12:101'de de alacaklının katılımı zorunludur (**Rouhette**, s. 487).

⁸⁴⁶ *Tolhurst v. Associated Portland Cement Manufacturers (1900) Ltd.* [1902] (**Cheshire/Fifoot/Furmstone**, s. 509'dan naklen).

⁸⁴⁷ *British Waggon Co v. Lea [1880]* (**Cheshire/Fifoot/Furmstone**, s. 510'dan naklen).

⁸⁴⁸ Bkz. İkinci Bölüm, III, A.

⁸⁴⁹ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396-397, dn. 120; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3627 vd.; **Guhl/Koller**, §35, N. 22; **Siedel**, s. 35 vd.; **Arici**, s. 138; BGE 49 II 248, 251; BGE 60 II 100, 107; BGE 79 II 154 (www.bger.ch).

Alacaklının rızasının aranmadığı borçlu değişimi hallerinde alacaklının korunması amacıyla asıl borçlunun bir süre daha müteselsil sorumluluğunun devam etmesi düzenlenmiştir⁸⁵⁰. Amaç, işleme katılmayan alacaklının, borcunu nakleden asıl borçludan tahsil imkânı tanımak suretiyle korunmasıdır. Ancak bu sayede, alacaklının rızasını almaya gerek kalmayabilir⁸⁵¹.

Külli halefiyet örneğinde ise, borçlunun değişmesi alacaklıya zarar vermeyecektir. Zira, külli halefiyet halinde borçlar, onlara doğal bir güvence teşkil eden alacaklar ile birlikte intikal eder.

Kanaatimizce kanunkoyucu; alacaklının hukuk alanına etki ederek, borçlunun değişmesinde onun rızasını aramaktan vazgeçse bile, menfaatler dengesini gözeterek alacaklıyı korumaktadır. Bu nedenle ve bu sayede, borcun nakli sadece istisnai hallerde alacaklının rızası olmaksızın gerçekleşebilir.

2. Üstlenenin Rızası

Mevcut bir borcun, asıl borçlusundan başka bir kişiye geçmesi, diğer bir deyişle borçlunun değişmesi için yeni borçlunun borcu üstlenme iradesi göstermesi gerekmektedir. Zira, borçlar hukukunun genel ilkelerine göre hiç kimse kendi rızası olmaksızın borç altına sokulamaz⁸⁵². Burada asıl borçlunun borcunu üzerine alacak olan üstlenenin rızası bu nedenle gereklidir⁸⁵³. O halde, kanundaki istisnai haller saklı kalmak üzere, borçlunun değişmesi için yeni borçlunun söz konusu borcu üzerine almak konusunda rızasına ihtiyaç vardır.

⁸⁵⁰ Örneğin, malvarlığı ve işletme devrinde devredenin devralanla birlikte iki yıl boyunca müteselsilen sorumlu kalmaya devam edeceği kanunda düzenlenmiştir (TBK. m.202). İsviçre hukukunda bu süre üç yıldır (İsv. BK. m.181/f.II ve İsv. Birl.K. m.75/f.I).

Her ne kadar borcun üstlenilmesi örneği olmasa da, aynı düşünce tarzı sözleşmenin kanunen devrinde de söz konusu olur. Örneğin, işyeri devrinde önceki işveren, devralan yeni işverenle birlikte işçiye karşı iki yıl boyunca müteselsilen borçlu kalmayı sürdürür (İş Kanunu m.6/f.III; İsv. BK. m.333/f.II ve III; §613a Abs.2 BGB).

⁸⁵¹ **Maurer**, s. 267; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396-397, dn. 120; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633; **Von Büren**, s. 352 vd.; **Engel**, s. 905; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 3.

Alacaklının rızasını olmaksızın borçluyu değiştirmek, yani borcun üstlenilmesinin genel kurallarından ayrılarak farklı bir düzenleme yapmak isteyen kanunkoyucu, bu ihtimalde alacaklıyı koruma gereksinimi hissetmelidir. Alacaklının katılımı olmaksızın borcun naklinde menfaatler dengesinin sağlanabilmesi için bu gereklidir (Bkz. **Keller/Schöbi**, s. 91-92; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 33).

⁸⁵² Bir borcun sorumluluğu keyfi olarak başkasına yüklenemez (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 30). Üçüncü kişi aleyhine sözleşme yapılamaz (**Niggebrügge**, s. 25).

⁸⁵³ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 3; **Kötz**, §13, N. 1258; **Andreu**, N. 121, s. 141-142; **Wendt**, s. 42-43. Üstlendiği borç ölçüsünde risk altına girecek olan üstlenenin rızasını almak mantık icabıdır (**Ferrand**, N. 305, s. 319).

B. Borçlunun Rızasının Aranmaması

1. Kural

Borcun dış üstlenilmesinin geçerliliği için asıl borçlunun bu sözleşmeye katılması yahut buna onay vermesi gerekmez⁸⁵⁴. Hatta, asıl borçlunun söz konusu dış üstlenme sözleşmesine karşı çıkması ve borçtan kurtarılmayı reddetmesi de mümkün değildir⁸⁵⁵. Bu sözleşme bir anlamda, sözleşmeye katılmayan asıl borçlu lehine düzenlenmiştir. Asıl borçlu, tarafı olmadığı bir sözleşmeyle borcundan kurtulmuştur⁸⁵⁶.

İsviçre ve Türk hukukunda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinde asıl borçlunun katılımı yahut rızası aranmaz (TBK. m.196; İsv. BK. m.176). Sözleşme teorisinin kabul edildiği bu sistemlerde, borcun üstlenilmesinin tek yöntemi üstlenen ve alacaklının bu konuda sözleşme akdetmeleridir.

Oysa Alman ve Avusturya hukuklarında, onay yöntemi bir alternatif olarak tercih edilmiş ve borcun üstlenilmesi için borçlunun da katılımının mümkün olduğu

⁸⁵⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 576; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 272; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 12; **Arsebük**, s. 13; **Ertaş (Zevkliler/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu)**, N. 1391; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 17; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 5; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 1; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 3; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 7; **Keller/Schöbi**, s. 76; **Bucher**, AT, s. 583; **Engel**, s. 897; **Hasler**, Georg, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, Inaugural-Dissertation, Aktien-Buchdruckerei, Zurich 1911, s. 74; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 69; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 403; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Jauernig/Stürner**, Abschnitt 6. Schuldübernahme, Vorbem. N. 1; **Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3580; **Schwenzer**, N. 91.13; **Koller**, §85, N. 10, s. 1413; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2; **Berger**, §36, N. 2300, 2314 ve 2328; **Kötz**, §13, N. 1263; **Siedel**, s. 9; **Von Gierke**, s. 53; **Wendt**, s. 21 ve 47; **Von Blume**, Novation, s. 118 vd.; **Hellwig**, s. 161; **Funk**, Art. 176 OR, N. 1; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §414 BGB, N. 1; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 1. Ayrıca bkz. **Heckelmann**, s. 32 vd; **Kassebeer**, s. 37; **Unger**, Schuldübernahme, s. 12; **BGB-RGRK/Weber**, §414 BGB, N. 1-2; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 8; **Köhler**, s. 16; **Meier**, s. 30; **Lemke**, s. 26; **Schmiedeberg**, s. 25.

⁸⁵⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 17; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 3; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384, dn. 33; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 7; **Schwenzer**, N. 91.13; **Gauch/Schluap/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3580 ve 3596; **Keller/Schöbi**, s. 76-77; **Bucher**, AT, s. 583; **Huguenin**, N. 1389; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 5; **Engel**, s. 897; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Hellwig**, s. 161; **Hasler**, s. 74; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 2; **Berger**, §36, N. 2314; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 12.

Hatta, asıl borçlunun borcun üstlenilmesinden haberdar olması dahi gerekmez (**Kötz**, §13, N. 1263; **Köhler**, s. 17).

⁸⁵⁶ **Koziol/Welser**, s. 130.

bir sistem ortaya konmuştur⁸⁵⁷. Ancak bu hukuk düzenlerinde dahi borçlunun katılımı zorunlu değil, ihtiyaridir⁸⁵⁸.

Unidroit ilkelerinde ise, PICC. m.9.2.1 [b] hükmünde asıl borçlunun rızası aranmaz⁸⁵⁹. Ancak, ihtiyari bir metod olarak onay yöntemi burada da kabul görmüştür (PICC 9.2.1 [a])⁸⁶⁰.

Oysa Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde, PECL. m.12:101 düzenlemesinde asıl borçlunun da borçtan kurtulmak için katılımının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Buna göre borçlunun rızası alınmaksızın “ikame” gerçekleşmeyecek, borçlu borcundan kurtulamayacaktır. Zira borçlunun borcunu şahsen ifa etmekte menfaati vardır⁸⁶¹. Kanaatimizce, asıl borçlunun borcun üstlenilmesi işlemine katılmasının zorunlu olarak aranması, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin karşılaştırmalı hukukta diğer düzenlemeler karşısında bir eksiğidir⁸⁶².

2. Borçlunun Rızasının Aranması Gerekip Gerekmediğine İlişkin Tartışma

Borçlunun iradesinin aranmasının gerekip gerekmediği; Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında tartışma konusudur. Tartışma konusu olan husus, bağışlamada kendisine bağışlama yapılan tarafın, ibrada ise borçtan kurtulan asıl borçlunun rızasını arayan kanunkoyucunun (TBK. m.132, 285 vd.; İsv. BK. m.115, 239 vd.;

⁸⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 1.

⁸⁵⁸ Karşılaştırma için bkz. Fr. MK. m.1274; İsp. MK. m.1205; İta. MK. m.1272. Fr. MK. m.1274 uyarınca, önceki borçlunun katılımı olmaksızın, yeni borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir akitle borçluyu değiştiren yenileme mümkündür (Toulet, s. 280; Siedel, s. 28). Roma hukukunda bu *expromissio* olarak adlandırılmıştır (Maurer, s. 50; Mazeaud/Mazeaud/Chabas, s. 1251, N. 1219). O halde, Fransız hukukunda, borçlunun değişmesi amacıyla yapılan yenileme için de asıl borçlunun rızası zorunlu değildir (Girard, s. 743).

Aynı şekilde Alman hukuk sisteminde, §414 BGB uyarınca üstlenen ile alacaklı anlaşarak borcun üstlenilmesini gerçekleştirebilirler. Burada da asıl borçlunun rızası ya da katılımı aranmaz. Aynı şekilde Avusturya hukuk sisteminde bkz. §1406 ABGB.

⁸⁵⁹ Mazza, PICC Commentary, 9.2.1, N. 9. Ayrıca, asıl borçlunun rızasının aranmaması bakımından Roma hukukundaki *expromissio* kurumuyla sonuçları bakımından olmasa da sadece yapısal bir benzerlik kurulabilir (Strohal, s. 235; Saleilles, Etude, §4, N. 106).

⁸⁶⁰ Aynı şekilde Alman hukuk sisteminde, asıl borçlunun katılımı zorunlu olmasa da, asıl borçlu ile üstlenenin yaptığı akde alacaklının rıza vermesi de bir borç üstlenme modeli olarak ortaya çıkmış ve kabul görmüştür (§415 BGB; Kassebeer, s. 17 vd.) Burada, *Windscheid*'in ileri sürdüğü yapının kabul edildiği görülmektedir (Windscheid/Kipp, Pandekten II, §338, s. 403). Onay yönteminde, borçlunun katılımı, füzuli değil kurucu unsur olarak görülmüş ve bir borç üstlenme yöntemi olarak Alman sisteminde kabul edilmiştir (Von Gierke, s. 53-54).

⁸⁶¹ Bartels, s. 133.

⁸⁶² Aynı yönde bkz. Maurer, s. 323.

§§397, 516 BGB)⁸⁶³, borcun üstlenilmesinde borçtan kurtulan asıl borçlunun rızasına gereksinim duymamış ve hatta onu önemsememiş olması noktasındadır⁸⁶⁴. Asıl borçlu, kendi katılımı olmaksızın borç bağından kurtulmaktadır⁸⁶⁵.

Bunun hukuken mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Zira, üçüncü kişinin lehine bir borçtan kurtarıcı anlaşma yapılmasının, yani borçlunun rızası olmaksızın onu borçtan ibra etmenin önünde teorik engeller mevcuttur. Alman hukukunda, borçlunun rızası olmaksızın, üçüncü kişi lehine ibra mümkün değildir (§397 Abs.1 BGB)⁸⁶⁶.

Türk hukuk öğretisinde *Kılıçoğlu*, borcun üstlenilmesinin öncelikle borçlunun istek ve iradesini gerektirdiği kanaatindedir. Yazara göre, “*borçlunun istek ve iradesi dışında borç ilişkisinden uzaklaştırılıp, onun yerine bir başkasının geçmesi mümkün değildir.*”⁸⁶⁷.

Alman öğretisindeki bir görüş uyarınca⁸⁶⁸, asıl borçlu; alacaklının üstlenen ile yaptığı sözleşmenin kendi lehine sağladığı borçtan kurtulma sonucunu reddedebilir (§333 BGB⁸⁶⁹) ve bu durumda üstlenenle birlikte müteselsilen alacaklıya karşı sorumlu kalmaya devam eder. Bu görüş, üçüncü kişi yararına sözleşmelerde lehdara kendi lehine olan durumu red imkânı veren §333 BGB hükmünün uygulanmasına dayanır⁸⁷⁰.

Bu görüş karşısında Alman hukuk öğretisindeki bazı yazarlar⁸⁷¹, burada §333 BGB hükmünün kıyasen dahi uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmektedirler. Zira, burada üçüncü kişi lehine sözleşmelerde olması gerektiği gibi lehdarın (asıl

⁸⁶³ Bkz. BGE 78 II 318, 326 (www.bger.ch).

⁸⁶⁴ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 21; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 788.

⁸⁶⁵ **Larenz**, AT, §35, s. 604.

⁸⁶⁶ Bkz. **Koller**, §85, N. 10, s. 1413-1414; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 1; **Maurer**, s. 229; **Looschelders**, §54, N. 1153; **Bayer**, s. 198-199; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 22.

⁸⁶⁷ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 807.

⁸⁶⁸ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 3; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 1; **Larenz**, AT, §35, s. 603; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 755.

⁸⁶⁹ Belirtmek gerekir ki, §333 BGB hükmü Alman hukukuna özgüdür. Türk ve İsviçre hukuklarında üçüncü kişi, kendi lehine yapılan kazandırmayı reddedemez. Sadece ondan yararlanmamayı yahut onu talep etmemeyi seçebilir.

⁸⁷⁰ Fransız Hukukunda da, borçlunun rızası olmaksızın ibra edilmesi mümkün değildir (Fr. MK. m.1282). Bkz. **Andreu**, N. 123, s. 142-143.

⁸⁷¹ **Medicus/Lorenz**, §10, N. 61; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 238; **Maurer**, s. 231.

borçlunun) bir talep yetkisi elde etmesi değil, bir borcundan kurtulması söz konusudur.

Aynı yönde, İsviçre ve Alman öğretilerinde birçok yazar ise⁸⁷², şahsen ifanın zorunlu olmadığını, üçüncü kişinin ifasının mümkün olduğuna (TBK. m.83; İsv. BK. m.68; §267 BGB; Fr. MK. m.1236) atf yaparak; borçlu tarafından şahsen ve bizzat ifanın zorunlu olmadığı hallerde; nasıl ki onun rızası alınmadan üçüncü kişi geçerli bir ifade bulunabilir ve borçluyu borcundan kurtarabilir ise; aynı durumda, üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarmak için ödeme dışında bir diğer yöntem olan borcun üstlenilmesini kullanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre, borçlu itiraz etse ve alacaklıya kendisi ödeme yapmak istese dahi, alacaklı asıl borçlu tarafından yapılan bu ifayı reddedebilecektir.

İsviçre hukukunda *Koller*'e göre⁸⁷³, bu konuda şu ayrımı yapmak gerekir: Borçlunun rızası olmaksızın üçüncü kişi tarafından ifanın geçerli olduğu borçlar, borçlunun rızası olmadan üstlenilebilmelidir. Yazara göre, özellikle para borçlarının intikali, borçlunun rızasına bağlı değildir. Bu durumda, borçlunun borçtan kurtarılmayı reddetme hakkı yoktur.

Bununla beraber belirtmek gerekir ki; asıl borçlu, kendisini borçtan kurtaran üstlenene karşı yükümlü olabilir ve rücu talebine muhatap olabilir⁸⁷⁴. Buna dayanarak *Koller*; borçlunun sonradan rücu talebine muhatap olmamayı seçebileceğini; bu bakımdan, borçtan kurtarılmayı kabul etmek, bir anlamda buna katlanmak zorunda olmadığını belirtmiştir⁸⁷⁵. Bizce bu görüşün Türk ve İsviçre

⁸⁷² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 17; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384, dn. 33; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 7; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3580 ve 3596; **Keller/Schöbi**, s. 77; **Hasler**, s. 74; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 10; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §414 BGB, N. 6; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 2; **Kassebeer**, s. 16-17; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 3; **Meyer, W.**, s. 15-16; **Köhler**, s. 17. Aynı yönde, **Harke**, §15, N. 399; **Braunschneider**, s. 340-341; **Albert**, s. 3; **Palandt/Grüneberg**, §415 BGB, N. 5; **Reichel**, s. 331 vd. Yine de burada üçüncü kişi borcu ödemek yerine üstlendiği için, her iki kurumu birbiriyle karıştırmamak gerekir (**NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 2). Elbette ki, burada artık §267 BGB uygulamasının yeri yoktur. Sadece borcun üstlenilmesinin *ratio legis*'ini tartışmak amacıyla bu hükme gönderme yapılmıştır (Bkz. **Nörr [Scheyhing/Pöggeler]**, s. 238).

⁸⁷³ **Koller**, §85, N. 10, s. 1414.

⁸⁷⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 1, b.

⁸⁷⁵ **Koller**, §85, N. 10, s. 1414. Borçlunun üçüncü kişinin ifasına katlanmak zorunda olması yahut borcun üstlenilmesine rızası bulunduğu varsayımıyla ilgili olarak, içtihatlar arasında da tek tük istisnalar da mevcuttur. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, rücu veya başka bir hukuki süreç ile karşı karşıya kalmaktan çekinen borçlunun, icra takibinde, üçüncü kişinin ifasına karşı çıkabileceğini söylemiştir (BGE 72 III 6, 8-9 [www.bger.ch]). İsviçre Federal Mahkemesinin diğer bir içtihadında ise, borcun üstlenilmesine borçlunun rızası olduğu farz edilebileceği; ancak, işverenlerin beklenmedik

hukukları açısından uygulanma olanağı yoktur. Zira öncelikle, bu konuda borçlunun rızasının aranması gerektiğine dair bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanında, belirtmek gerekir ki; kendisine rücu edilecekse eğer, asıl borçlu için bu durum alacaklının değişmesinden farklı bir durum arz etmez⁸⁷⁶. Nitekim, *Maurer*'in bizim de katıldığımız görüşüne göre bu halde, alacaklının değişmesi için nasıl ki borçlunun rızası aranmıyorsa, buna paralel olarak burada da asıl alacaklının yerini rücu alacaklısının alması durumunda borçlunun rızası yine aranmayacaktır⁸⁷⁷.

İngiliz hukukunda ise, 1999 tarihli Third Parties Act ile üçüncü kişinin sorumluluğunu sınırlayacak veya kaldıracak sözleşme yapmak mümkündür. Bu sayede, borçluyu kurtaracak şekilde alacaklıyla üstlenenin anlaşmasında bir sakınca yoktur⁸⁷⁸.

Kanaatimizce, alacaklının mevcut borçluyu borçtan kurtaran bir açıklamada bulunuyor olması, diğer bir deyişle işlemin asıl borçluyu kurtarma, yani (teknik anlamıyla olmasa da) ibra işlevi barındırması, borcun üstlenilmesi sözleşmesine borçlunun da katılacağı anlamına gelmez⁸⁷⁹. Zira, ibrada sadece sübjektif anlamda borçlunun borcu değil; aynı zamanda dar anlamıyla borcun objektif içeriği de sona ermektedir (TBK. m.132; İsv. BK. m.115; §397 BGB). Oysa borcun üstlenilmesi halinde, borcun içeriği bir değişikliğe uğramaz. Sadece borçlu, borcun öznesi olmaktan yani borcun yükümlüsü olmaktan kurtulur.

şekilde müdahale ederek, üzerinde haciz veya herhangi bir hukuki kısıtlama bulunmamasına rağmen işçinin ücretini işçiye ödemek yerine onun borcunu kapatacak şekilde icra dairesine ödemeleri halinde borçlunun rızasının varlığını farz etmenin mümkün olmayacağı belirtilmiştir (BGE 76 III 81, 84 [www.bger.ch]). Ayrıca bkz. BGE 83 III 99, 102-103 (www.bger.ch).

⁸⁷⁶ Borçlu alacaklıya karşı olan yükümlülüğünden kurtulmuş olsa da, halen aralarındaki ilişkinin nitelik ve içeriğine bağlı olarak üstlenenin rücu talebine muhatap olabilir. Üstlenen, aralarındaki sözleşmeye, böyle bir sözleşmenin bulunmaması halinde sebepsiz zenginleşme veya vekeletsiz işgörme hükümlerine dayanarak borçtan kurtulmasını sağladığı asıl borçluya karşı rücu talebi yöneltebilecektir. Bu taleple karşılaşan borçlu için aslında tek değişen, ifade bulunacağı alacaklının değişmiş olmasıdır (**Maurer**, s. 51 ve 189).

⁸⁷⁷ **Maurer**, s. 146, 148. Bu açıdan bakıldığında, borçtan kurtulma menfaati, aslında rücu talebinin muhatabı olmakla dengelenmiştir (**Maurer**, s. 151).

⁸⁷⁸ Gerçi konu hakkında tartışmalar mevcuttur. Bazı mahkeme kararları, borçlu rıza göstermedikçe üçüncü kişinin ifasının borcu sona erdirmeyeceği yönündedir. Örneğin, *Bowen in Flacke v. Scottish Imperial Insurance Company* kararında, “kendi rızası hilafına bir kişiye borç yüklenemez ve ona menfaat kazandırılmaz.” denmiştir (*Bowen in Flacke v. Scottish Imperial Insurance Company* (1887) LR 34 ChD 234, 248 [**Maurer**, s. 143’den alıntı]). Oysa, hayat tecrübesine göre, borçlunun kendi kurtuluşu için doğal bir karine olarak rızası mevcuttur. O halde, aksini kanıtlamak da ona düşer (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 25).

Türk hukuk öğretisinde *Eren*’e göre, “Üçüncü kişi yararına borçtan kurtarma (ibra) her zaman caizdir.” (**Eren**, s. 1248).

⁸⁷⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 74.

Bunun yanında, kanaatimizce, üçüncü kişinin ifasıyla borçtan kurtulması mümkün olan borçlunun, üçüncü kişinin söz konusu borcu üstlenmesiyle de borçtan kurtulması mümkün olmalı; aynı gerekçeyle borçlunun, bu şekilde borcundan kurtarılmaya karşı gelmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁸⁸⁰. Hatırlatmak gerekir ki, ibrada borçlunun rızasının aranmasının sebebi, borçlunun ödeme isteğinin onun rızası alınmaksızın engellenmesinin onurunu ve haysiyetini zedeleyebilecek olmasıdır. Oysa, üçüncü kişinin ifasıyla borcun itfası hukuken kabul edilmiştir. Zira bu durumda, borçlunun onurunu kırarak bir durum söz konusu değildir. Alacaklıya olan borç ödenmiştir. Alacaklının “merhametiyle” veya “feragatiyle⁸⁸¹” kurtulma söz konusu değildir. Ayrıca borçlu, halen daha, kendisine üstlenenin yönelteceği bir rücu talebinin muhatabı olabilir.

Sonuç olarak; kanaatimizce, yukarıda belirtilen gerekçelerin de ışığında, üçüncü kişinin, rızasına ihtiyaç duymaksızın borçluyu borçtan kurtaracak şekilde; yani kurtarıcı işlevi haiz bir sözleşme ile borcu üstlenmesi mümkündür ve bu durum kanunkoyucunun ibra ve bağışlamada kullandığı düşünce sistemiyle çelişmemektedir⁸⁸².

II. Sözleşmenin Kurulması

Bu başlık altında, sözleşmenin kurucu unsurları açıklanacak ve akdin kurulmasında genel hükümlerden ayrılan özellikler incelenecektir (A). Daha sonra, sözleşmenin geçerlilik şartları ele alınacak ve borcun üstlenilmesinin hüküm doğurma anı tespit edilecektir (B).

A. Sözleşmenin Kurucu Unsurları ve Sözleşmenin Kurulmasında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması, borcun önceki borçludan üstlenene geçmesi hususunda tarafların, yani alacaklı ile üstlenenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını gerektirir⁸⁸³. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin, borcu üstlenme konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları içermesi gereklidir. Ancak, açık irade beyanı gerekli değildir. Borcun üstlenilmesinin kabulü

⁸⁸⁰ Aynı yönde, **Schwenzer**, N. 91.13; **Harke**, §15, N. 398.

⁸⁸¹ Alacak hakkından tek taraflı feragat hukuken mümkün değildir.

⁸⁸² Aynı yönde, **Keller/Schöbi**, s. 77; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 17.

⁸⁸³ **Oğuzman/Öz**, s. 576; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8.

için örtülü beyan da yeterlidir⁸⁸⁴. Burada, irade veya iradeyi gösteren davranışlar yorumlanırken dikkat edilmesi gereken mesele, yanlış yorum halinde, alacaklının asıl borçluya başvurma ihtimalini kaybedecek olmasındadır. Bu sebeple, sözleşmenin niteliğinin tespiti için taraf iradelerinin yorumunda, borçlunun kurtulması ve üstlenenin onun yerine borçlanması hakkında sözleşme yapıldığı konusunda şüpheye yer olmamalıdır⁸⁸⁵. Alacaklının ve üstlenenin rızalarının açıkça ifade edilmesi gerekmesede, anlamlarının açık olması gereklidir⁸⁸⁶.

Sonuç olarak, borcu üstlenenin mevcut borçlunun yerine geçmek iradesini yeterli derecede açıklaması ve alacaklının da bunu şüpheye yer bırakmayacak surette kabulü gerekli ve yeterlidir⁸⁸⁷.

Bu konuda, sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel hükümlerin uygulanması esas olsa da, gerek kanunumuzda gerekse de İsviçre Borçlar Kanununda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasında öneri ve kabule ilişkin bazı özel hükümlere yer verilmiştir. Aşağıda söz konusu özellikler açıklanacaktır.

1. Önerinin Yapılmasında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için öneri, çoğu kez görüldüğü üzere üstlenen tarafından yapılabileceği gibi, onun izniyle (temsil yetkisi verilmişse temsilci veya sadece iradenin taşıyıcısı olarak haberci sıfatıyla) asıl borçlu tarafından yapılabilir⁸⁸⁸. Öneriyi hangisi yaparsa yapsın muhatabı alacaklı olmalıdır; önerinin alacaklıya ulaşması gereklidir⁸⁸⁹. Alacaklının kendisinin de üstlenene öneride bulunmasına bir engel yoktur⁸⁹⁰.

⁸⁸⁴ **BGB-RGRK/Weber**, §414 BGB, N. 6.

⁸⁸⁵ **Maurer**, s. 314; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §414 BGB, N. 3; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 44; **Rouhette**, s. 488.

⁸⁸⁶ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 45 ve 52. Öğretide, malvarlığı ve işletmelerin devri amacıyla yapılan devir sözleşmelerinde borçların intikali için, pasiflerin devrine ilişkin irade beyanının da şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılması, sözleşmeden bu iradenin anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395-396; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14; **Buchli**, s. 25).

⁸⁸⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 4; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384; **Bucher**, AT, s. 584.

⁸⁸⁸ Bu ihtimade borçlu, üstlenenin yetkili temsilcisi (BGE 74 II 149, 151 [www.bger.ch]; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3585; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 385; **Berger**, §36, N. 2315) veya habercisidir (BGE 46 II 242, 246 [www.bger.ch]; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 7; **Von Büren**, s. 342; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 66; **Berger**, §36, N. 2315; **Feyzioğlu**, s. 675).

⁸⁸⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 69; BGE 46 II 63, 66 (www.bger.ch). Belirtmek gerekir ki, tasarruf yetkisine sahip olan alacaklıya öneride bulunulması gerekir. Örneğin alacağı temlikli

Esasen, özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, öneri genel hükümlere göre değerlendirilmelidir. Ancak, Türk ve İsviçre hukuklarında, iç üstlenme sözleşmesi yapıldıktan sonra bunun alacaklıya bildirilmesine kanun, özel bir anlam yüklemiştir⁸⁹¹.

Türk ve İsviçre hukuklarında, borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşme, borçlandırıcı bir işlem kabul edilir. Bu sözleşmenin konusu olan borçtan kurtarma taahhüdünü gerçekleştirmek amacıyla, alacaklıya borcun üstlenilmesinin önerilmesi hayatın olağan akışına uygundur. Kanunkoyucu bu düşünceden yola çıkarak TBK. m.196/f.II (İsv. BK. m.176/f.II) hükmünü düzenlemiştir. Buna göre, iç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin örtülü bir öneri anlamına gelir⁸⁹². Burada bir öneri karinesi söz konusudur⁸⁹³. Bunun sebebi, borçtan kurtarmaya yönelik bir taahhüdün varlığının alacaklıya bildirilmesinin, çoğu kere işbu taahhüdün ifası için yapılan borcun dış üstlenilmesi önerisi olarak yorumlanması gerektiği şeklindeki düşüncedir. Bunun aksini iddia eden, yaptığı bildirim ile borcu üstlenmek haricinde başkaca bir amaç güttüğünü makul delillerle ortaya koymalı; yani somut olayın şartlarında yaptığı bildirimden güven ilkesi çerçevesinde başkaca bir yorumu gerektirdiğini ispat etmelidir⁸⁹⁴.

gerçekleşmiş olmasına rağmen önceki alacaklıya öneri yapıldıysa, bu halde söz konusu öneri sonuç doğurmazdır (BGE 40 II 591, 597 [www.bger.ch]).

⁸⁹⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 274; **Eren**, s. 1249; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 16; **Saymen**, s. 266; **Tunçomağ**, s. 1128; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 2; **Uygun**, s. 1146; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 384; **Bucher**, AT, s. 583; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3584; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 63 vd.; **Berger**, §36, N. 2315; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 71; **Huguenin**, N. 1388; **Funk**, Art. 176 OR, N. 2.

⁸⁹¹ Bkz. BGE 54 II 278, 280 (www.bger.ch).

⁸⁹² Bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3585; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 5; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 385; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 57; **Berger**, §36, N. 2314-2315; **Huguenin**, N. 1389; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 71; **Siedel**, s. 25; **Funk**, Art. 176 OR, N. 2; **Oğuzman/Öz**, s. 578; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 16; **Feyzioglu**, s. 675; **Saymen**, s. 266; **Tunçomağ**, s. 1127-1128; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 811; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 2; **Uygun**, s. 1145-1146. Bu konudaki eleştiri için bkz. **Arsebük**, s. 13; **Ertaş (Zevkililer/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu)**, N. 1392.

⁸⁹³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 273; **Eren**, s. 1249; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 55; **Von Büren**, s. 342. Kanuni karineyle kastedilen, kanunun ispat edilen bir olguyu, aksi ispat oluncaya kadar ispatı gerekli bir hususun delili olarak varsaymış olmasıdır. Bu varsayım aksi ispatlanarak çürütülebilir (Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 334).

⁸⁹⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 274; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 62.

Bununla birlikte, yetkili olmayan veya sonradan yetkisi geri alınan asıl borçlunun yapacağı bildirim, öneri karinesini doğurmaz⁸⁹⁵. Asıl borçlunun kanunen yetkilendirilmesi söz konusu değildir⁸⁹⁶. Zira, alacaklıya karşı borç altına girecek olan üstlenendir. Bu nedenle, onun yetki vermediği hallerde, alacaklının kabulü sözleşmeyi kurmaz⁸⁹⁷.

Bu bildirimün davranış yoluyla yapılması da mümkündür⁸⁹⁸. Ancak, bunun yorumlanmasında dikkatli olmak gerekir. Örneğin, faiz ödemesi veya kısmi ödemede bulunan üçüncü kişinin bu davranışı, sadece eğer bu husustaki iradesi aşikâr ise borcun üstlenilmesi hususunda bir öneri olarak ele alınabilir. Zira bu ödeme, basitçe borçlunun temsilcisi sıfatıyla da yapılıyor olabilir⁸⁹⁹; yahut borçlunun haberi dahi olmaksızın, borcunun üçüncü kişi (üstlenen) tarafından ifası söz konusu olabilir⁹⁰⁰.

2. Önerinin Kabulünde Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler

a. Genel Olarak Türk İsviçre Hukukundaki Durum

TBK. m.196/f.III (İsv. BK. m.176/f.III) uyarınca; alacaklı, kendisine yapılan öneriyi açık veya örtülü olarak kabul edebilir. Esasen, susma halinde bunun kabul beyanı yerine geçmeyeceği hukukun genel ilkelerinin bir sonucudur⁹⁰¹. Özellikle, önerinin geçerliliği için bir süre tayin edilmişse, alacaklıdan bir cevap beklendiği sonucuna varmak gerekir. Bu durumda, susmanın yorum yoluyla kabul anlamına geldiği sonucu çıkarılamaz⁹⁰². Ancak, süresiz önerinin söz konusu olduğu bazı hallerde, halin icabından açıkça anlaşılabiliriyorsa; alacaklının makul süre boyunca susmasına borcun üstlenilmesini kabul anlamı yüklemek, güven prensibi uyarınca mümkündür⁹⁰³.

⁸⁹⁵ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **Feyzioğlu**, s. 675; BGE 46 II 242, 246 (www.bger.ch).

⁸⁹⁶ **Koller**, §85, N. 14, s. 1415; BGE 46 II 242, 246 (www.bger.ch).

⁸⁹⁷ **Meier**, s. 19.

⁸⁹⁸ **Berger**, §36, N. 2314.

⁸⁹⁹ BGE 54 II 278, 280-281 (www.bger.ch).

⁹⁰⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 59.

⁹⁰¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 44.

⁹⁰² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 47.

⁹⁰³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 91; **Feyzioğlu**, s. 676. Örneğin, ödeme gücü zayıf borçluların yerine ödeme gücü olan bankanın veya aşırı borçlanmış borçlunun yerine onun itibarlı babasının borcu üstlenmesi hallerinde halin icabından işlemin reddedilmemesi beklenir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 7). Bkz. Yarg. 3.HD.,E.1961/11127, K.1962/9211, T.29.11.1962 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bazı hallerde ise, alacaklının kendisine yapılan öneriden sonraki bazı davranışlarının borcun üstlenilmesini kabul anlamı taşıdığı düşünülebilir. Örneğin; alacaklı, üstlenenin kısmi ifasını⁹⁰⁴ hiçbir çekince ileri sürmeksizin kabul eder⁹⁰⁵ veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, davranış yoluyla (*konkludentes Verhalten*) borcun üstlenilmesini kabul etmiş sayılır⁹⁰⁶. Bunun için, alacaklının bu kısmi ifanın borcun üstlenilmesi anlamında yapıldığını halin icabından anlayabilmesi gerekir⁹⁰⁷. Elbette ki, üstlenenin borçlunun temsilcisi sıfatıyla yaptığı davranışların alacaklı nezdinde kabul görmesi yahut basitçe bir üçüncü kişinin ifasının kabulü, borcun üstlenilmesinin davranış yoluyla kabulü sayılmaz⁹⁰⁸.

Benzer şekilde, alacaklının borcu üstlenmek isteyen kişiden ifa talep etmesi, borcun üstlenilmesini örtülü şekilde kabul ettiğini gösterecektir⁹⁰⁹. Alacaklının, kabul sayılabilecek başka davranışlarına örnek olarak, üstlenene temerrüt ihtarı göndermesi, mehil vermesi, ifa yeri tayin etmesi, dava açması yahut icra takibi başlatması gösterilebilir⁹¹⁰.

⁹⁰⁴ Öneren, kabul beyanından önce borcun tamamını ödemişse, üçüncü kişinin ifasıyla borç sona ermiş olacağından, borcun dış üstlenilmesinden veya önerinin kabulünden bahsedilemeyecektir (Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 276).

⁹⁰⁵ **Eren**, s. 1249; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 17; **Yılmaz**, Halil, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 188; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 61; **Huguenin**, N. 1389. Bu herhangi bir ödeme olabilir. Örneğin, kısmi ödeme, faiz veya taksit ödemesi de olabilir (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **Feyzioğlu**, s. 676).

⁹⁰⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 7; **Koller**, §85, N. 19, s. 1416; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 83 ve 95 vd.; **Guhl/Koller** §35 N. 12; BGE 46 II 63, 66; BGE 110 II 360, 366; BGE 88 II 350, 360-361; BGE 54 II 278, 280 (www.bger.ch); **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 7; **Schwenzer**, N. 91.15; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 385; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 3-4; **Berger**, §36, N. 2318; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 71; **Feyzioğlu**, s. 676; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 812; **Uygur**, s. 1146. “*Borcunun ibrası hakkında açık bir beyana ihtiyaç yoktur.*” (**KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 2). Borcun üstlenilmesinin davranış yoluyla kabulü mümkündür (**Köhler**, s. 37-38). Bkz. BGE 44 II 127, 129 (www.bger.ch).

⁹⁰⁷ BGE 54 II 278, 280 (www.bger.ch). Aksi halde, faiz ödemesi yahut kısmi ödeme yapmak, salt bir üçüncü kişi ifasıdır ve bu ifanın alacaklı tarafından kabulü borcun üstlenilmesi yönünde bir önerinin kabulü sayılmaz (**Meier**, s. 27).

⁹⁰⁸ **Berger**, §36, N. 2318; BGE 54 II 278, 280 vd. **Rieble**'ye göre, alacaklının üstlenenin kısmi ifasını kabul etmiş olması, borcun üstlenilmesine rıza verdiği anlamını taşımamaktadır. Zira, burada üçüncü kişinin ifasının kabulü de söz konusu olabilir (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 46). “*Kredi borcunun bazı taksitlerini bir başka kişinin ödemesi her zaman borcun nakli sonucunu doğurmaz.*” (Yarg. 19.HD.,E. 2003/6888, K. 2004/3333, T. 25.3.2004 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁹⁰⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 N. 8; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 7; **Guhl/Koller** §35 N. 12; **BernerKomm/Becker**, Art. 176 OR, N. 7; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 385-386.

⁹¹⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 578-579; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 84-87; **Berger**, §36, N. 2318. Bkz. **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 51.

Bu konuda yorum yapılırken dikkat edilmelidir. Alacaklının üstlenene yönelen her davranışının kabul anlamına geldiğini varsaymamak gerekir⁹¹¹. Zira, üstlenenin önceki borçluya nazaran ifa kabiliyetinin düşük olması ihtimalinde, alacaklı bundan zarar görebilecektir⁹¹². O halde, kabulün varsayımı önemli sonuçlar doğuracak olduğundan, alacaklının davranışlarına kabul anlamı yüklemek, ancak üstlenme teklifinin açıkça anlaşılabilir olduğu hallerde geçerlidir⁹¹³. Alacaklının davranışından rızasının önceki borçlunun borçlu kalması yönünde olduğu anlaşılabiliriyorsa böyle bir yorum yapılamaz⁹¹⁴. Alacaklı, ifayı mevcut borçlunun temsilcisinin yaptığını zannettiğini ispatlayabilir⁹¹⁵. Özellikle, alacaklının kendisine yapılan öneriyi, hal ve şartlara göre borca katılma önerisi olarak değerlendirebileceği, asıl borçlunun kurtulması yönünde bir iradesinin bulunmadığı görülüyor ise, asıl borçlu borcundan kurtulmaz⁹¹⁶.

Alacaklının borcun üstlenilmesini kabul etmesi için, borçtan kurtarma taahhüdünden haberdar olması gerekmez. Kaldı ki, borçtan kurtarma taahhüdünün varlığı, borcun üstlenilmesi için bir önkoşul değildir⁹¹⁷. Sadece hazırlayıcı karakteri olabilir.

Üstlenenin kim olduğunu biliyor ise, alacaklının rızasını önceden vermesi mümkün ve geçerlidir (Aynı yönde bkz. PECL. m.12:101 [2] ve PICC. m.9.2.4)⁹¹⁸. Ancak, alacaklının gelecekteki her borçlu değişimini önceden kabul ettiğine dair verdiği peşin rıza, alacaklının gelecek iktisadi ilişkilerini olduğu gibi ambargo altına alacağından ve kişi özgürlüklerine aşırı dokunacağından TMK. m.23 (İsv. MK.

⁹¹¹ Örneğin, hacizli malın üçüncü kişiye satışına muvafakat, borcun nakli ve dolayısıyla davacının borç ilişkisinden çıkması sonucunu doğurmaz (Yarg. 19.HD.,E. 1995/8258, K. 1996/5336, T.28.5.1996 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁹¹² **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 8; **Engel**, s. 897; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 55.

⁹¹³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 93; **Von Büren**, s. 342; BGE 46 II 242, 246; 54 II 278, 280-281 (www.bger.ch).

⁹¹⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 108.

⁹¹⁵ BGE 54 II 278, 280-281 (www.bger.ch).

⁹¹⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 110; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3590; **Keller/Schöbi**, s. 79; **Von Büren**, s. 343; **Bucher**, AT, s. 584-585; BGE 46 II 63, 68; BGE 49 II 208, 217-218 (www.bger.ch).

⁹¹⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 75.

⁹¹⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 90.

m.27) hükmüne aykırıdır ve caiz değildir⁹¹⁹. Diğer bir deyişle alacaklı, üstlenenin kim olduğunu bilmeden global bir rıza vermişse, kanımızca bu rıza geçersizdir.

Belirtmek gerekir ki, öneride bulunan kim olursa olsun, kabul beyanının muhatabı borcu üstlenen olacaktır⁹²⁰. Zira, borcun üstlenilmesi sözleşmesinde alacaklının muhatabı odur.

b. Onay Yönteminde Borçlular Arasında Yapılan Sözleşmeye Alacaklının Onayı

Alman ve Avusturya hukuklarında, borçlular arasında yapılan sözleşme, alacaklının onayına sunulur. Alacaklının onay vermesiyle işbu sözleşme hüküm doğuracaktır (§415 BGB; §1405 ABGB). Burada bir önerinin kabulü değil, tasarruf yetkisi eksik olan bir kişinin yapmış olduğu (yetkisiz yapılan) bir işleme alacaklının onay vermesi söz konusudur⁹²¹.

Bu konuda bir görüşe göre⁹²², alacaklının önceden rızasını vermesi geçerlidir. Alacaklının rızası şekle bağlı değildir. Bağlayıcı öneriden farklı olarak alacaklı; önceden verdiği rızayı, borçlu ve üstlenen arasında sözleşme akdedilinceye ve bu kendisine bildirilinceye kadar geri alabilir⁹²³. Öğretideki bir başka görüşe göre ise, alacaklı rızasını sonradan vermelidir. Önceden verilen rıza geçersizdir⁹²⁴. Kanaatimizce, rızanın içeriği ve kapsamı belirli ise ve alacaklının kişi hak ve özgürlüklerine zarar vermiyor ise, akde önceden rıza vermek geçerli olmalıdır.

Alacaklı, kendisine bildirim yapılması dışında bir yolla borçlu ve üstlenen arasındaki sözleşmeyi öğrenmiş ve öyle onay vermişse; bu onay, borcun üstlenilmesi sonucunu doğurmaz. Zira bildirim yapılmamışken taraflar, borcun üstlenilmesine ilişkin yaptıkları sözleşmeyi değiştirebilir veya bundan vazgeçebilirlerdi. O halde,

⁹¹⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 59.

⁹²⁰ **Eren**, s. 1249; **CommRomand/Probst**, Art. 177 CO, N. 3, **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 386; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 16; **Tunçomağ**, s. 1131. Bu konuda asıl borçlunun, beyanı geçerli olarak kabul edebilmek için yetkisi yoktur (**Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3589).

⁹²¹ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 1.

⁹²² **Maurer**, s. 250; **Larenz**, AT, §35, s. 605. Bu durum, tasarruf işlemi teorisinin bir sonucu olarak §183 BGB gereğince mümkündür (**Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 86; **Von Gierke**, s. 55, dn. 1; **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 10).

⁹²³ **Maurer**, s. 249; **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 86.

⁹²⁴ **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 405.

onayın, borcun üstlenilmesi sonucunu doğurması için alacaklıya bildirim yapılmış olması gereklidir⁹²⁵.

Maurer'e göre⁹²⁶, bildirim gerekliliğinden *de lege ferenda* vazgeçilebilir. Zira, uygulamada, borçluyla üstlenen anlaştıktan sonra sözleşme değişikliği veya bu sözleşmeden vazgeçme, geri adım atılması görülmemektedir. Bu görüşe göre, bildirim gerekliliği bu açıdan fuzuli kalmaktadır. Bu sebeple yazara göre; borcun üstlenilmesi için bir ek koşul olarak bildirim gerekliliğinde ısrar etmekte fayda yoktur.

Onay, bir yenilik doğuran hak olduğu ve ilke olarak yenilik doğuran haklar şarta bağlanmadığı halde, alacaklı rıza vermeyi belirli koşulların gerçekleşmesi şartına bağlayabilir⁹²⁷. Nitekim Alman hukukunda, Türk hukukunda da aynı şekilde kabul edildiği üzere, yenilik doğuran işlemler; muhatabın durumunda bir belirsizlik yaratmayacak ve onun için tehlike arz etmeyecek ise şarta bağlanabilirler⁹²⁸.

§ 415 Abs.2 BGB uyarınca, onay için süre tayin edilebilir. Bu ihtimalde, süresi içinde alacaklı tarafından onay verilmediği takdirde, alacaklının bunu reddettiği ve dolayısıyla borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşmediği kabul edilir⁹²⁹. Bu süre boyunca işlem askıda olacağından borçlunun durumunda belirsizlik olacaktır. §415 Abs.3 BGB hükmü, belirsizlik halinde ifayı üstlenmenin sonuçlarını doğurmak suretiyle asıl borçluyu korumaktadır⁹³⁰. Bu yüzden asıl borçlunun onayın şarta veya süreye tabi kılınmaksızın yapılmasını arzu etmek hususunda geçerli bir hukuki gerekçesi olamaz⁹³¹.

⁹²⁵ **Maurer**, s. 249.

⁹²⁶ **Maurer**, s. 254-255 ve 321.

⁹²⁷ **Maurer**, s. 252.

⁹²⁸ **Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 259.

⁹²⁹ **Larenz**, AT, §35, s. 604; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 789; **Kötz**, §13, N. 1263.

⁹³⁰ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 1 ve İkinci Bölüm II, A, 1.

⁹³¹ **Maurer**, s. 253.

3. Önerinin Bağlayıcılık Süresi ve Sözleşmenin Kurulması Hakkında Genel Hükümlerden Ayrılan Özellikler

a. Süresiz Öneri Yapılması Halinde

aa. Önerinin Sınırsız Bağlayıcılığı

Genel esaslar uyarınca, süre konulmadan yapılan öneri; hazırlar arasında hemen, hazır olmayanlar arasında ise zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar kabul edilmediği takdirde öneren, önerisiyle bağlı olmaktan kurtulur (TBK. m.4/f.I ve 5/f.I; İsv. BK. m.4 ve 5). Oysa, TBK. m.197 ve İsv. BK. m.177/f.I uyarınca borcun üstlenilmesine ilişkin öneri, alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Bu bağlılık, kural olarak borcun sona ermesine kadar devam eder. Diğer bir deyişle, burada önerinin bağlayıcılık süresi uygulanmaz. Bu özel hüküm uyarınca öneri, süresiz olarak bağlar⁹³². Onay yönteminde mevcut bulunan, bildirim onay anına kadar keyfi geri alınması imkânı burada söz konusu değildir⁹³³. Burada tam aksine, öneri geri alınmadığı gibi, önereni sınırsız süreyle bağlar.

bb. İstisnası

Dikkat etmek gerekir ki, önereni sınırları belli olmayacak kadar uzun süre bağlı tutmaya elverişli görünen bu hüküm, ancak dürüstlük kuralına göre sınırlanacaktır⁹³⁴. Zira, halin şartlarına göre dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak kadar uzun bir süre sustuktan sonra gelen kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlamaz⁹³⁵. Diğer bir deyişle, karşı tarafın aradan çok uzun süre geçmiş olmasına rağmen öneriye cevap vermemesi, dürüstlük kuralı uyarınca önerinin reddi şeklinde yorumlanabilir⁹³⁶. Nitekim, her hakkın kullanımında olduğu gibi, burada da kişinin, kanunun kendisine

⁹³² Des Gouttes, FJS 365, s. 3; Berger, §36, N. 2316; Huguenin, N. 1388; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 71; Von Büren, s. 343; OFK-Schaufelberger/Keller, Art. 177 OR, N. 1; Funk, Art. 177 OR, N. 1; Kassebeer, s. 39-40; Meier, s. 19; Feyzioğlu, s. 676-677; Arsebük, s. 13; Saymen, s. 267; Velidedeoglu/Özdemir, eBK. m.175, N. 1; Schneider/Fick, İsv. BK. m.177, N. 2; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 811; Uygur, s. 1148; Reisoğlu, Borçlar, s. 476.

⁹³³ ZürcherKomm/Spirig, Art. 177 OR, N. 18.

⁹³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 274; Saymen, s. 268; Tunçomağ, s. 1130. Zira hukuk sistemi dürüstlük kuralına aykırı davrananın hakkını korumayacaktır (TMK. m.2; İsv.MK. m.2).

⁹³⁵ Oğuzman/Öz, s. 579; Tunçomağ, s. 1130; CommRomand/Probst, Art. 177 CO, N. 2; Engel, s. 898; Schwenzer, N. 91.16; Von Tuhr/Escher, §99, s. 386; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3587; Des Gouttes, FJS 365, s. 2.

⁹³⁶ Eren, s. 1249; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 16; BaslerKomm/Tschäni, Art. 177 N. 2; ZürcherKomm/Spirig, Art. 177 OR, N. 21; Benzer şekilde, Von Tuhr ve Escher'e göre belirli bir sürenin sonunda halen icap kabul edilmemiş ise, üstlenen icabının zimnen reddedildiğini düşünebilir (Von Tuhr/Escher, §99, s. 386. Ayrıca bkz. Furrer/Müller-Chen, §22, N. 71).

sunduğu bir imkânı kötüye kullanmasını kanun korumayacak, onun arzu ettiği sonuca ulaşmasını engelleyecektir (TMK. m.2/f.II; İsv. MK. m.2/f.II).

b. Süreli Öneri Yapılması Halinde

aa. Genel Olarak

Genel esaslar uyarınca, kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren, bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır. Kabul, bu süre içinde kendisine ulaşmazsa; genel hükümler uyarınca öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur (TBK. m.3; İsv. BK. m.3). Başka bir deyişle öneri, süresi içinde kabul edilmediği takdirde, örtülü olarak reddedilmiş sayılır⁹³⁷. TBK. m.197/f.I hükmü de benzer şekilde, süresi içinde kabul edilmeyen önerinin reddedilmiş sayılacağını söylemektedir⁹³⁸.

Alman hukukunda da borçluyla üstlenenin yaptığı sözleşmeye alacaklının onay vermesi için süre sınırı konulabilir. Hatta bu süre sınırı, alacaklıya yapılan bildirimden sonra dahi tayin edilebilir⁹³⁹.

bb. Asıl borçlunun Süre Tayin Etme Yetkisi

Önerinin sınırsız bağlayıcılığını sınırlayabilmek için TBK. m.197 (İsv. BK. m.177) uyarınca, hem önceki borçlu hem de üstlenen alacaklıya kabul için bir süre tayin edebilirler⁹⁴⁰. Burada asıl borçlunun kabul için süre tayin etme yetkisine kendiliğinden sahip olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre⁹⁴¹; ayrı ayrı süre tayin edilmesi ihtimalinin yaratacağı sorunları bertaraf etmek amacıyla, asıl borçlu ancak üstlenenin izin veya onayıyla hareket ettiği zaman kabul için süre tayin etme imkânına sahip olmalıdır. Öğretideki benzer bir diğer görüşe göre ise⁹⁴², üstlenenin izni ile asıl borçlu iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmiş ve öneri bu şekilde asıl borçlunun bildirim suretiyle yapılmışsa; ancak bu

⁹³⁷ Eren, s. 1249.

⁹³⁸ Aynı yönde, **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 177 OR, N. 3; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3588; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 386; **Berger**, §36, N. 2316.

⁹³⁹ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 80.

⁹⁴⁰ Aynı yönde, **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 177 N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 177 CO, N. 3; **Schwenzer**, N. 91.16; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3589; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 386; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 71; **Meier**, s. 24; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 16; **Feyzioğlu**, s. 677; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.175, N. 2. Üstelik süre tayini, icaptan sonraki bir tarihte dahi yapılabilir (**BernerKomm/Becker**, Art. 177 OR, N. 2).

⁹⁴¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 275.

⁹⁴² **Oğuzman/Öz**, s. 579.

ihtimalde, asıl borçlunun önerinin bağlayıcı olacağı süreyi tayin etmesi kabul edilebilir.

Hüküm, sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen önceki borçluya kabul için süre tayin etme yetkisi vermiştir. Burada sözleşmeye yabancı üçüncü kişinin (asıl borçlunun) sözleşmeyi etkileyebileceği, istisnai bir yetki söz konusudur⁹⁴³. Kanaatimizce, kanunkoyucu söz konusu hüküm ile, asıl borçluyu uzun sürebilecek bir belirsizlikten korumayı amaçlamaktadır. Nitekim, genel hükümlerden ayrılarak, sözleşme dışındaki bir kişinin süre tayin etmesinin gerekçesi, borçlunun alacaklıya ifade bulunması gerekip gerekmediğini bilmesinde açık bir menfaatinin olmasıdır. Kanunkoyucu bu haklı menfaati korumuştur⁹⁴⁴. O halde, bizce, asıl borçlunun; kendi lehine olan bu düzenlemeye dayanarak söz konusu süreyi tayin ederken, üstlenenden yahut alacaklıdan yetki almaya ihtiyacı yoktur⁹⁴⁵.

cc. İki Ayrı Sürenin Tayin Edilmiş Olması Halinde İtibar Edilecek Süre

Hem asıl borçlunun hem de üstlenenin ayrı ayrı süreler tayin etmeleri ihtimalinde, üstlenenin tayin ettiği sürenin dikkate alınması gerektiği öğretide ağırlıklı ifade edilmektedir⁹⁴⁶. Zira sözleşme alacaklı ile üstlenen arasında kurulacağından, icabın bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde önceliğin sözleşmenin tarafı olmayan asıl borçludan ziyade, sözleşmenin tarafı olan üstlenenin tercihine verilmesi daha akla yatkındır⁹⁴⁷.

Spirig'e göre, eğer süre tayini aynı anda yapılmamış ise, önce belirlenen süreyle birlikte süre tayini hakkı kullanılmış ve tüketilmiş olur. Üstlenen, sözleşmesel pozisyonunu kullanarak borçlu tarafından alacaklıya verilen süreyi

⁹⁴³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 28.

⁹⁴⁴ **Koller**, §85, N. 16, s. 1415-1416; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 30.

⁹⁴⁵ Aynı görüşte bkz. **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 177 OR, N. 3; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 386; **Guhl/Koller**, §35, N. 11. Zira süre tayininde asıl borçlunun da menfaati vardır (**BernerKomm/Becker**, Art. 177 OR, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 177 OR, N. 3). Karşıt görüş için bkz. **Eren**, s. 1249.

⁹⁴⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 579; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 177 OR, N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 177 CO, N. 3; **BernerKomm/Becker**, Art. 177 OR, N. 4; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 386; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 3. Zira, üstlenenin süre tayin etmesi asıl, borçlununki talidir (**Oser/Schönenberger**, Art. 177 OR, N. 5).

⁹⁴⁷ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 177 OR, N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 177 CO, N. 3. Asıl borçlunun süre tayin etme yetkisi talidir. Esas olan, sözleşmenin tarafı olan üstlenenin tayin ettiği süredir (**Funk**, Art. 177 OR, N. 2; **Tunçomağ**, s. 1131; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.175, N. 2).

uzatılabilir⁹⁴⁸. Buna mukabil üstlenen, ne kendisi tarafından ne de borçlu tarafından tayin edilen süreyi sonradan kısaltabilir⁹⁴⁹.

Alman hukuk öğretisinde, onay yönteminde alacaklıya süre tanınması incelenirken ileri sürülen görüşler konuya ışık tutabilir ve belki de kıyasen İsviçre Türk hukukunda süreli öneri için uygulanabilirler. Bu nedenle bu görüşlere değinmekte fayda görüyoruz.

Windscheid ve *Kipp*, kısa mehil süresinin dikkate alınması gerektiğini belirtmekte, bu sürenin bitmesiyle artık onay verme imkânının kalmadığını söylemektedir⁹⁵⁰. Aynı yönde *Rieble*'ye göre, hem borçlu hem de üstlenenin birbiriyle yarışan süreler öngörmüş olmaları halinde, kısa olan sürenin sona ermesiyle birlikte alacaklı onay verme yetkisini kaybedecektir⁹⁵¹. *Romeick* ve *Hasler* ise, makul süreye üstünlük vermekte, her iki süre de makul ise, kısa olanı tercih etmektedir⁹⁵². Bu görüşlere karşılık *Schmiedeberg*, uzun olan sürenin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁵³.

Kanaatimizce, sürenin kısalığı veya uzunluğu yahut makul olup olmamasından ziyade, borcu üstlenenin menfaatine bakmak gerekir. Bize göre, iki ayrı sürenin belirlenmiş olması ihtimalinde, dış üstlenmenin tarafı olan üstlenenin belirlediği süre dikkate alınmalıdır. Kaldı ki üstlenen, asıl borçlunun haberi dahi olmadan alacaklıya öneride bulunabildiğine göre onun süre tayin etmesi esastır. Asıl borçluya süre tayin etme yetkisi verilmiş olması, üstlenenin süre tayin etmediği hallerde oluşacak belirsizlik durumunu gidermek amacıyla. O halde, üstlenen alacaklıya belirli bir süre vermiş ise, artık asıl borçlunun ayrıca belirlediği süre dikkate alınmaz.

c. Birden Çok Öneri Yapılmışsa

Borçlar hukukunun genel esasları uyarınca, bir kişiye aynı konuda birden fazla öneri yapılmış ve bu öneriler bağlayıcılığını sürdürüyorsa, bu kişi öneriler arasından

⁹⁴⁸ **BernerKomm/Becker**, Art. 177 OR, N. 4. Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 48.

⁹⁴⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 177 OR, N. 41; **BernerKomm/Becker**, Art. 177 OR, N. 4.

⁹⁵⁰ **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 404. Aynı yönde **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.177, N. 1; **Kassebeer**, s. 40; **BGB-RGRK/Weber**, §415 BGB, N. 29.

⁹⁵¹ **Staudinger/Rieble**, §415 BGB, N. 83.

⁹⁵² **Von Romeick**, Carl Rudolph, “*Fristbestimmung*”, Deutsche Juristen-Zeitung, Jg.6, 1901, s. 493-495 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 23.09.2012), s. 495; **Hasler**, s. 80.

⁹⁵³ **Schmiedeberg**, s. 30.

dilediğini seçerek onunla sözleşme kurabilecektir⁹⁵⁴. Ancak, TBK. m.197/f.II ve İsv. BK. m.177/f.II hükümleri uyarınca, önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin olarak borcu üstlenmek isteyen ikinci üstlenen, alacaklıya öneride bulunursa, ilk öneride bulunan (ilk üstlenen), önerisi ile bağlı olmaktan *ipso iure* kurtulur⁹⁵⁵. Bundan dolayı ne asıl borçlu ne de ilk öneren sorumlu tutulabilir⁹⁵⁶.

Dikkat edilirse, burada ilk önereni önerisiyle bağlı olmaktan kurtaran, ikinci önerenin borçluyla iç üstlenme konusunda anlaşıldıktan sonra alacaklıya öneride bulunmuş olmasıdır. Aksi halde, borcun iç yüklenilmesi olmaksızın alacaklıya borcun üstlenilmesi hususunda ikinci bir öneri yapılmış olması ilk önereni önerisiyle bağlı kalmaktan kurtarmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, iki öneri arasından dilediğini kabul edebilecektir⁹⁵⁷.

Burada, özel hüküm gereği, ilk öneren önerisiyle bağlılıktan kurtulacağı için, alacaklı öneriler arasında seçim hakkına sahip değildir⁹⁵⁸. Bu anlamda, kanunkoyucu genel hükümlerden ayrılmıştır. Kanaatimizce bunun sebebi, öneride bulunanın üzerindeki belirsizlik durumunu ortadan kaldırmaktır.

Borcu üstlenmek için önce öneride bulunan kişinin önerisinden kurtulması için, borcu ödeme kabiliyeti olmayan bir üçüncü kişi (müstakbel ifaya niyeti olmaksızın, sadece ilk önereni bağlılıktan kurtarmak amacıyla) alacaklıya öneride bulunursa; söz konusu öneri, hem dürüstlük kuralına aykırı olacak hem de bu üçüncü kişinin gerçek bir üstlenme iradesi olmadığından bahsedilebilecektir⁹⁵⁹.

⁹⁵⁴ Arsebük, s. 14; Saymen, s. 268.

⁹⁵⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3591; Engel, s. 898; BernerKomm/Becker, Art. 177 OR, N. 7; Von Tuhr/Escher, §99, s. 386; Guhl/Koller, §35, N. 10; Berger, §36, N. 2317; Huguenin, N. 1388; Von Büren, s. 343; OFK-Schauvelberger/Keller, Art. 177 OR, N. 2; Funk, Art. 177 OR, N. 3; Meier, s. 20 vd.; Kassebeer, s. 41; Oğuzman/Öz, s. 580; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 18; Feyzioğlu, s. 677; Tunçomağ, s. 1128; Velidedeoğlu/Özdemir, eBK. m.175, N. 3.

⁹⁵⁶ BaslerKomm/Tschäni, Art. 177 OR, N. 4.

⁹⁵⁷ BaslerKomm/Tschäni, Art. 177 OR, N. 4; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3591.

⁹⁵⁸ Eren, s. 1250.

⁹⁵⁹ Söz konusu üçüncü kişi, üstlenme iradesinin ciddiyetini göstermek amacıyla, asıl borçluyla önceden muvazaalı bir borçtan kurtarma anlaşması yapmış olabilir. Bu durumda, zaten dürüstlük kuralına dahi başvurmayaya gerek olmaksızın muvazaa sebebiyle iç üstlenme işlemi hükümsüz olacak ve kanunun koşulları yerine gelmemiş, dolayısıyla ilk önerenin kurtulması gerçekleşmemiş olacaktır (bkz. ZürcherKomm/Spirig, Art. 177 OR, N. 61).

B. Sözleşmenin Geçerlilik Şartları ve Hüküm Doğurma Anı

1. Genel Olarak Geçerlilik Şartları

a. Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçerlilik Şartlarına Tabi Olması

Borcun dış üstlenilmesi, bir sözleşme olması sebebiyle, genel olarak tüm sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik şartlarına tabidir. Tarafların sözleşme yapma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip olması (TMK. m.15; İsv. MK. m.18; §105 BGB), muvazaanın bulunmaması (TBK. m.19; İsv. BK. m.18; §117 BGB), kanuna ve hukuka aykırılık arz etmemesi, konusunun ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık arz etmemesi, imkânsız olmaması (TBK. m.27; İsv. BK. m.19-20; §§134 ve 138 BGB) ve irade sakatlığının bulunmaması (TBK. m.30 vd.; İsv. BK. m.23 vd.; §§118 vd. BGB) gerekir. Bu konuda İsviçre-Türk hukuk sisteminde veya Alman hukukunda bir tartışma yoktur.

b. Tasarruf Yetkisinin Mevcudiyeti

Borcun dış üstlenilmesi, alacaklı bakımından bir tasarruf işlemi olduğu için alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması da aranır⁹⁶⁰. Tasarruf yetkisi eksikliğinin sonucu işlemin kesin hükümsüz olmasıdır.

Eğer alacaklının alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi (örneğin, intifa hakkı veya alacak rehni ile) sınırlanmış ise, bu takdirde borcun üstlenilmesi, sadece alacaklının tasarruf yetkisini sınırlayan bu hakkın sahiplerinin (intifa veya rehin hakkı sahibinin) rızası ile mümkün olabilir⁹⁶¹. İflas sebebiyle tasarruf yetkisi sınırlaması, iç veya dış borç üstlenmeye engeldir⁹⁶².

c. Borcun Nakli Anında Geçerli Bir Borcun Varlığı

Üstlenilecek borcun varlığı da, sözleşmenin konusunun varlığı bakımından önemlidir. Bu anlamda, eğer üstlenilecek bir borç yoksa, sözleşme konusuz kalır ve

⁹⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 580; Eren, s. 1248; Feyzioğlu, s. 678; Saymen, s. 271; Tunçomağ, s. 1131; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 6; CommRomand/Probst, Art. 175 CO, N. 9; Koller, §85, N. 7, s. 1413; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 102; Von Tuhr/Escher, §99, s. 388-389; Bucher, AT, s. 583; Keller/Schöbi, s. 77; Huguenin, N. 1387; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3581; Schwenger, N. 91.17; Engel, s. 898; BernerKomm/Becker, Art. 176 OR, N. 2; Funk, Art. 176 OR, N. 1; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 71; Esser/Schmidt, §37 II, s. 319; Velidedeoğlu/Özdemir, eBK. m.174, N. 1; Uygur, s. 1144-1145.

⁹⁶¹ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 103.

⁹⁶² ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 104.

var olmayan bir borcu üstlenmenin imkânsızlığı nedeniyle baştan itibaren hükümsüz olur (TBK. m.27; İsv. BK. m.20)⁹⁶³.

Ayrıca belirtmek gerekirse, gelecekte doğacak borçların üstlenilmesi de doğacak borcun belirlenebilir olması koşuluyla ve geçerli olarak doğması şartına bağlı olarak mümkündür⁹⁶⁴.

d. Şekli

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, kanunen bir şekle tabi değildir⁹⁶⁵. TBK. m.13 hükmünde, kanunen şekle tâbi sözleşmelerin değiştirilmesinde de yine bu şekle uyulması gerektiğinin düzenlenmiş olması; borcun üstlenilmesinde de üstlenilen borcu doğuran sözleşmenin şekline uyulmasının gerekip gerekmediği sorusunu akla getirebilir. Borcun üstlenilmesi, borçlunun değişmesi sonucunu doğurur, yeni bir borç doğmasına sebep olmaz. Bu anlamda geniş anlamda borç ilişkisinde (sözleşmede) bir değişikliğe yol açmaz. Bu düşünceden yola çıkan bir görüşe göre, bunun sözleşmenin tadili olarak değerlendirilmemesi ve borcun üstlenilmesi

⁹⁶³ Bkz. İkinci Bölüm, I, C, 1. Aynı sonuca, yenileme açısından da varılabilir (**Delebecque/Pansier**, N. 498).

⁹⁶⁴ Bkz. İkinci Bölüm, I, C, 1.

⁹⁶⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 274; **Eren**, s. 1250; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 15; **Feyzioğlu**, s. 679; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.174, N. 1; **Uygur**, s. 1145; **Ertaş (Zevkliler/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu)**, N. 1394; **Tercier**, §36, N. 1783; **Bucher**, AT, s. 584; **Von Büren**, s. 342 ve 347; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 121; **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 403; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 59; **Guhl/Koller**, §35, N. 9; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3579; **Engel**, s. 897; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176, N. 7; **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 4; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 387; **Huguenin**, N. 1390; **Schwenzer**, N. 91.14; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 4; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 4; **Berger**, §36, N. 2312; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 176 OR, N. 3; **Looschelders**, §54, N. 1154; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 4; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 1; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §414 BGB, N. 4; **Funk**, Art. 176 OR, N. 1; **Detert**, s. 66; **Kassebeer**, s. 12; **Piltz**, N. 250; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 17. Alman hukukunda ayrıntılı inceleme için bkz. **Kaap**, s. 21 vd. Aynı şekilde Unidroit ilkeleri bakımından da, borcun üstlenilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir (PICC. m.9.2.1).

Borca katılma da tıpkı borcun üstlenilmesi gibi herhangi bir şekil şartına tabi değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 296; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 9; **Siedel**, s. 6; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 8; **Funk**, Art. 176 OR, N. 1; **Piltz**, N. 260; **Rubach**, s. 59; **Schmiedeberg**, s. 72).

Şayet borç, niteliği gereği borçluyu ikaz fonksiyonu taşıyan bir şekil şartına tabi ise, bu şartın borca katılma sözleşmesi için de geçerli olacağı öğretilmektedir (**CommRomand/Probst**, Intro. N. 10; **Schwenzer**, N. 91.36). Katıldığımız bu görüşün bir sonucu olarak; örneğin, gerçek kişilerce güvence vermek amacıyla yapılan teminat amaçlı borca katılma, TBK. m.603 gereğince, kefaletin şekil şartlarına uygun olarak yapılmalı ve eşin rızası da aranmalıdır (TBK. m.583 ve 584; **Hatemi/Gökyayla**, §43, N. 3; **Oğuzman/Öz**, s. 591-592).

sözleşmesinin şeklinin bundan etkilenmemesi gerekir⁹⁶⁶. Buna göre, üstlenilen borcu doğuran sözleşmenin kanuni bir şekil şartına tabi olması, borcun üstlenilmesi için aynı şekli uygulama mecburiyeti doğurmaz. Zira, borcun üstlenilmesi yeni bir borç doğurmaz; mevcut ve halihazırda doğmuş bir borcun tarafında değişikliğe yol açar. Bu görüş uyarınca, örnek vermek gerekirse, bağışlama taahhüdünden doğan borcun üstlenilmesi, şekle tabi değildir. Zira, burada üstlenen, kendisi bir bağışlama taahhüdünde bulunmamaktadır. Taahhüdü, sadece bundan doğan borcu üstlenmek noktasındadır. Benzer şekilde, kefalet borcunun üstlenilmesi de kefalet borcu altına girmek için öngörülen şekil şartlarına tabi değildir⁹⁶⁷.

Karşıt görüşte olan *Özen*'e göre, kefalet sözleşmesinden doğan borcun üstlenilmesinde, üstleneni de tıpkı kefil gibi uyararak; diğer bir deyişle, ikaz işlevini yerine getirmek için TBK. m.583 ve 584 hükümlerinde aranan şekil şartlarına uymak gereklidir⁹⁶⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yönde verdiği bir kararında, “*Üstlenilen borç, bir aval ya da kefalet borcu ise, üstlenmenin de bunların şekline uyması gerekir. Aksi halde üstlenme hükümsüz olur.*” demiştir⁹⁶⁹.

Kanaatimizce; bir işlemin şekle tabi kılınmasındaki amaç, borç altına giren kişiyi ikaz etmek ise; söz konusu borcu üstlenen kişiyi de ikaz etmek ve bu konuda kanunun dolanılmasını engellemek amacıyla borcun üstlenilmesi işlemi de o şekle tabi olmalıdır. Örneğin, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu üstlenmek isteyen kişi de, tıpkı kefil gibi, sorumluluğun üst sınırını el yazısıyla yazmalı, gerçek kişi kefil söz konusuysa (kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla) eşinin rızası aranmalıdır. Bu şekilde, kanuni korumanın dolanılmasının da önünde geçilmiş olacaktır.

Ayrıca öğretide; ifası, doğası gereği özel bir şekle tabi olan bir sözleşmeyle gerçekleştirilmesi gereken bir borcun üstlenilmesi söz konusu olduğunda, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin de aynı şekle uyması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁷⁰. Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunun üstlenilmesi halinde, buna ilişkin dış

⁹⁶⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 126; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 18; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 60.

⁹⁶⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 127.

⁹⁶⁸ **Özen**, Kefalet, s.226-228.

⁹⁶⁹ BGE 110 II 340, 342 (www.bger.ch).

⁹⁷⁰ Eğer borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi bir taşınmazın mülkiyetinin devrini içeriyorsa, bunun taşınmazların devrine ilişkin şekil şartlarına uygun düzenlenmesi gerekir (**Uygur**, s. 1145).

üstlenme sözleşmesinin, taşınmaz devrine ilişkin resmi şekle uyularak yapılması gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁹⁷¹.

Öte yandan, borçtan kurtarma taahhüdü (borcun iç üstlenilmesi) karşılıksız olarak yapılmış ise; diğer bir deyişle, bağışlama taahhüdünde bulunulmuş ise, TBK.m.288 (İsv. BK. m.243) hükmüne uygun olarak yazılı şekilde yapılmadığı takdirde hükümsüz olur⁹⁷². Buna karşın, önceden bir bağışlama taahhüdü olmaksızın, borcun dış üstlenilmesi karşılıksız olarak gerçekleştirilirse, bir bağışlamadan bahsedilebilir. Bu durumda, sadece bağışlama söz konusu olur ve yazılı şekil şartı aranmaz⁹⁷³.

Alman hukuk sisteminde mevcut olan onay yönteminde, §415 BGB hükmü uyarınca, borçlular arasındaki sözleşmeye alacaklının onay vermesi de herhangi bir şekle bağlanmamıştır⁹⁷⁴. O halde, alacaklının onayına işaret eden herhangi bir davranışı; örneğin, üstlenene alacak davası açması da borcun üstlenilmesinin gerçekleşmesi için yeterlidir⁹⁷⁵.

2. Sebebe Bağlılık veya Soyutluk Meselesi

Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde borcun üstlenilmesinin sebebe bağlı olup olmadıklarının incelenmesinde, hukuk sistemleri arasında karşılaştırma kolaylığı sağlaması bakımından, Roma ve Fransız hukuk sistemlerinde yer alan “*causa*” ve İngiliz hukuk sisteminde bulunan “*consideration*” kavramlarına da değinmekte fayda görüyoruz. Bu bakımdan aşağıda, sebebe bağlılık meselesi, farklı hukuk sistemlerinde karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

⁹⁷¹ **Oğuzman/Öz**, s. 582; **Feyzioğlu**, s. 679; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 7; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 387; **Looschelders**, §54, N. 1154.

⁹⁷² **Tercier**, §36, N. 1778; **Von Büren**, s. 347; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 130; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 383; **Berger**, §36, N. 2329 ve 2334; **Huguenin**, N. 1377; **Oser/Schönenberger**, Art. 175 OR, N. 7; **Bucher**, AT, s. 581, dn. 7-8; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 60; **Funk**, Art. 175 OR, N. 1; **Köhler**, s. 33; **Oğuzman/Öz**, s. 572; **Feyzioğlu**, s. 671; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.173, N. 1; **Uygur**, s. 1138; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 6; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 808; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 475; **Nomer**, N. 243; BGE 92 III 57, 62 (www.bger.ch).

⁹⁷³ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 387; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 4; **Bucher**, AT, s. 581 ve s. 584, dn. 24; **Haslers**, 78; **Guhl/Koller**, §35, N. 8; **Keller/Schöbi**, s. 74-75; **Von Büren**, s. 342; **Reichel**, s. 197; **Strohal**, s. 393-394; BGE 79 II 151, 153 (www.bger.ch).

⁹⁷⁴ **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 318.

⁹⁷⁵ **Windscheid/Kipp**, Pandekten II, §338, s. 400, dn. 5; **Gürgens**, s. 275-276; **Menzel**, s. 47. Pasif havalenin kabulü hakkında lehte ve aleyhte görüşler için bkz. **Delbrück**, s. 58.

a. Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modelini Kabul Eden Hukuk Sistemlerinde Meselenin Değerlendirilmesi

Roma hukukunda *stipulatio*, herhangi bir sebep göstermeye gerek olmaksızın soyut olarak da yapılabilir⁹⁷⁶. Bu bakımdan, bir kişiyi borcundan kurtarmak amacıyla yapılan yenileyici etkili bir *stipulatio*'nun geçerliliği temel ilişkiden bağımsız olduğu için, herhangi bir temel işleme atıf yapılmadan da geçerli olarak kurulabilir. Ancak bu ihtimalde, yani önceki borca atıf yapılmamışsa; önceki borç sona ermez, diğer bir deyişle yenileme etkisi meydana gelmez⁹⁷⁷. O halde, borç altına girmek hususunda yapılan *stipulatio* işlemi, temel borç gösterilmeksizin yapılmış da olsa geçerlidir. Ancak, önceki borcun sona ermesinde, yani yenileme etkisinin ortaya çıkmasında bir sebebe bağlılık (*Kausalität, causalité*) söz konusudur. Zira yenilemede, yenilenecek olan asıl borca atıf yapılması gerekir⁹⁷⁸. Yenilemede, eski borcun sona ermesi, yeni borcun doğmasının sebebini teşkil eder⁹⁷⁹. Karşıt görüşe göre ise⁹⁸⁰, üçüncü kişinin borcunu üstlenmek için yenileyici bir *stipulatio* yaparken, aslında kişinin borçlanma sebebi alacaklıya karşı yaptığı kendi taahhüdüdür. Buna göre, yeni bir borç doğmuştur ve bunun yeni bir sebebi vardır⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ Roma hukukunda *stipulatio*, soyut bir karaktere sahiptir (Bkz. **Von Liebe**, Friedrich, Die Stipulation und das einfache Versprechen, Eine civilistische Abhandlung, Meyer, 1840). Roma hukukunda *causa, stipulatio*'nun geçerliliği için gerekli değildir. Ancak, ortaçağda, bir *pacta*'nın dava edilebilir olması için, *pacta vestitum* olması ve *causa*'sının bulunması gerektiği ileri sürülüyordu. *Causa*'sı olmayan *pacta nudum* dava edilemiyordu. Sonraları hukukun gelişmesiyle, her türlü sözleşmeye dava yolu açılmış ve *causa* bu anlamdaki önemini yitirmiştir. (**Zimmermann**, s. 550 vd.; **Maurer**, s. 28). *Causa* kavramının Roma hukuk öğretisinden günümüze, Avrupa hukukunda gelişimi ve önemi için bkz. **Ranieri**, Filippo, Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien (Springers Handbücher der Rechtswissenschaft) (German Edition), 3. Aufl., Springer Verlag, Wien 2009, s. 1045 vd.

⁹⁷⁷ **Hausmaninger/Selb**, s. 306; **Kaser/Knütel**, §54, N. 2, s. 335-336; **Maurer**, s. 14-15.

⁹⁷⁸ **Maurer**, s. 14; **Schmidlin/Cannata**, s. 70-71; **Kaser/Knütel**, §54, N. 2, s. 335-336; **Robaye**, s. 65; **Guarino**, s. 280. Yenileme için önceden yenilenecek bir borç olmalıdır. Bu sebeple, yenileme sebebe bağlıdır (**Zimmermann**, s. 93).

⁹⁷⁹ **Malinvaud**, s. 563, N. 781; **Maurer**, s. 305. *Novatio* ve *delegatio*'nun *causa*'sı eski borcun itfası ve yeni borcun doğmasıdır (**Maurer**, s. 58 ve 95). *Tongsir*'e göre, yenilemenin sebebi, asıl borçluyla üstlenen arasındaki ilişkide yatar. Ancak, bu ilişkiden doğan defiler alacaklıya karşı ileri sürülemez, zira üstlenenin asıl borçluyla olan ilişkisi yenilemenin sebebi (*causa*) değil sadece bir saik (*motif*) teşkil eder. Yazara göre yenilemenin sebebi, önceki borcu sona erdirmektir. Bu anlamda, yenilemenin geçerliliği öndeden bir borcun varlığına bağlıdır ve sebebe bağlıdır (**Tongsir**, s. 198-199).

⁹⁸⁰ **Gaudemet, E.** Etude, s. 107-108. Ayrıca bkz. **Merkel**, s. 71-80.

⁹⁸¹ Bu bakımdan, zaten temeldeki borcu sona erdiren ve yeni bir borç doğuran yenileme işleminin soyut bir *stipulatio* ile yapılması mümkün olmuştur (Bkz. **Gide**, s. 9-10 ve 17-32).

Fransız hukukunda ise *causa*'sı olmayan sözleşmelerin geçersiz olacağı genel bir kural olarak düzenlenmiştir (Fr. MK. m.1131)⁹⁸². *Domat*, kendini sebepsiz yere borçlu durumunda bulan kişinin söz konusu borcunun geçersiz olacağını açıklamaktadır⁹⁸³. Aynı görüşü destekleyen *Pothier* ise, “*Bütün taahhütlerin dürüst bir nedeni olmalıdır.*” demektedir⁹⁸⁴. Bu nedenle, Fransız hukukunda borçlunun değişmesi için *expromission* (Fr. MK. m.1271 vd.) veya havale (Fr. MK. m.1275) yoluyla yapılacak olan taraf yenilemesinin *causa*'sını araştırmak gerekir⁹⁸⁵.

Bu noktada değinmekte yarar gördüğümüz bir husus ise, “hukuki sebep”ten ne anlaşılması gerektiğiyle ilgilidir. “*Causa (cause)*” teriminin Fransız hukukundaki kullanımı ile Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerindeki anlamı birbirlerinden

⁹⁸² İngiliz hukukunda ise, karşımıza “*causa*” yerine “*consideration*” kavramı çıkmaktadır. Bu hukuk sisteminde, her türlü taahhüdün ve dolayısıyla sözleşmelerin geçerliliği için gerekli temel unsurlardan birisi, işlemin tarafları arasında zorunlu objektif ve karşılıklı bir fedakârlığın (*consideration*) mevcudiyetidir (Kavram için bkz. **Maurer**, s. 154 vd.) Kavramın *causa*'yla karşılaştırılması ve konuyla ilgili kararlar için bkz. **Zimmermann**, s. 554 vd.; **Beale**, Hugh/ **Kötz**, Hein/ **Hartkamp**, Arthur/ **Tallon**, Dennis (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford 2002, §1.3.3, s. 127-154.

Consideration, tarafların niyetlerinin ciddiyetini ortaya koyarak sözleşmenin geçerliliğini sağlayan unsurdur. Sözleşmelerin geçerliliği için “sözleşme kurma niyeti” ciddi ve geçerli olmalıdır. Bunu da İngiliz hukukunda bazen sadece *consideration*, bazen ise onun yanında ayrıca şekil şartının yerine getirilmesi açıklığa kavuşturur (**Anson**, William R., *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract*, 8. Ed., Clarendon Press, Oxford 1895, s. 43 vd.). Bu bakımdan *consideration*, taahhüdün geçerliliğinin bir önşartıdır. (**Bucher**, *Common Law, Eugen, England and The Continent, Distinguishing The Peculiarities of The English Common Law of Contract*, (çev. Tony Weir), Dike Law Books, Zurich-St.Gallen 2009, s. 42). *Consideration* olmaksızın yapılan taahhütler bağlayıcı değildir, ileri sürülemez (**Zimmermann**, s. 506; **Charman**, Mary, *Contract Law*, 4. Ed., Willan Publishing, 2007, s. 46).

Consideration, maddi değeri olan bir karşı edim, karşı taahhüt, fiil yahut taahhüt alıcısının herhangi bir karşı fedakârlığı olabilir (**Fromholzer**, Ferdinand, *Consideration*, Mohr Siebeck, Tübingen 1997, s. 8). Karşı tarafın verdiği, katlandığı veya üstlendiği bir katlanma, zarar, sorumluluk da olabilir (Currie v. Misa, 1875 [**Cartwright**, John, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 120'den naklen]).

⁹⁸³ **Domat**, Jean, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Tome I, 2ième éd., Chez Pierre Abouin, Pierre Emery, Charles Clouzier, Paris 1697, Partie I, Des Conventions En Général, titre 1, sect. 1. N. 5 vd., s. 65.

⁹⁸⁴ **Pothier**, N. 42.

⁹⁸⁵ İngiliz hukukunda borçluların değişmesi amacıyla yapılan yenileme akdinde *consideration* kavramına başvurmanın gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. *Siedel*, alacaklı açısından bakıldığında, asıl borçluya başvurma hakkından fedakârlık etmesi karşısında yeni alacağa sahip olmasını ve üstlenenin de borçlunun kurtulması karşılığında borç altına girmesini birer *consideration* olarak değerlendirmektedir (**Siedel**, s. 27). Benzer şekilde, *Lyth v. Ault and Wood* kararında da, alacaklının bir veya daha fazla borçlu edinmek karşılığında diğer borçluyu ibra etmesinin, iyi bir *consideration* teşkil edeceği belirtilmiştir (**Cheshire/Fifoot/Furmstone**, s. 510).

Maurer'in katıldığımız görüşü uyarınca yenilemede, borcun sona ermesi ve onun yerine yenisinin doğması, *consideration* kavramından bağımsız olarak açıklanmalıdır (**Maurer**, s. 189). Zira bu ikisi arasında bir “karşılıklılık” bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, asıl borçlunun kurtulması ile yenisinin borçlanması birbiri karşısında fedakârlık yahut ivaz teşkil etmez. Sadece bir borcun sona ermesi diğerinin doğmasının konusunu veya hukuki sebebini teşkil eder. Yazara göre, burada bir karşılıklı fedakârlıktan ziyade, tarafların borçlunun değişimi amacı üzerinde anlaşmaları söz konusudur (**Maurer**, s. 306).

farklıdır. Fransız hukukunda bu kavram, “işlemin ortak amacı” anlamında kullanılırken, Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında bu terim kazandırma sebebini ifade eder⁹⁸⁶.

Bu açıdan bakıldığında, Fransız hukuk sisteminde; borçlunun değişmesi amacıyla yapılan yenilemenin hukuki sebebi, yenilenecek olan borcun varlığıdır. Fransız hukukunda böyle bir borcun bulunmaması halinde işlem, sebepten yoksun kalacağından hükümsüz olacaktır. Oysa Türk-İsviçre ve Alman hukuk düzenlerinde üstlenilecek bir borcun bulunmaması, sebepten yoksunluk değil; olsa olsa üstlenmenin imkânsızlığı sebebiyle işlemin kesin hükümsüzlüğüne yol açacaktır.

b. Borcun Üstlenilmesi Modelini Kabul Eden Hukuk Sistemlerinde Temel Hukuki İşleme Bağlı Olup Olmama Meselesi

aa. Konunun Alman Hukukundaki Onay Yöntemine Göre Borcun Dış Üstlenilmesinde Ele Alınması

Alman hukukunda bir görüşe göre, §415 BGB uyarınca borçlular arasında yapılan işleme alacaklının onay vermesiyle gerçekleşen borcun üstlenilmesi, iki ayrı işlemden oluşmaz. Burada tek bir hukuki işlem (*einheitliches Geschäft*) söz konusudur. Bu anlamda, burada sebebe bağlılık tartışması söz konusu olmaz, zira burada borçlular arasında yapılan akdin hükümsüz olması halinde onay da geçersiz olacaktır⁹⁸⁷. *Schönrock* ise, §417 Abs.2 BGB hükmünün sadece §414 BGB uyarınca yapılan borcun üstlenilmesi bakımından uygulama alanı bulacağını, buna mukabil §415 BGB hükmüne uygun olarak yapılan borcun üstlenilmesinde uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, sadece üstlenen ile alacaklı arasında yapılan borcun üstlenilmesinin soyut olduğu kabul edilebilir. Onay

⁹⁸⁶ **Hatemi/Gökyayla**, §2, N. 52. Ayrıca bkz. **Tekinay**, Medeni Hukuk, s. 111 vd. “Kazandırıcı işlemler belli bir amaçla yapılır. Bu amaca kazandırma sebebi (*causa*) denilir. Bundan maksat, kazandırmanın hukuki sebebidir; yoksa kazandırmayı yapanın bunu yapmakla ulaşmak istediği hedef ve buna temel olan iç hesap ve niyet (*saik*) kastedilmemektedir.” (**Oğuzman/Barlas**, s. 189). Bir işlemin yapılması hususunda tarafların saiklerini etkileyen, varılmak istenen ekonomik amaç, diğer bir deyişle işlemin ekonomik varlık nedenine *causa* denir. Sözleşme amacı (*causa finalis*) ile saikini (*causa impulsiva*) birbiriyle karıştırmamak gereklidir. Hukuki anlamda önem taşıyan sözleşmenin varmak istediği amaç, yani *causa finalis*’tir (**Maurer**, s. 28; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 243). Elbette ki hukuki anlamıyla *causa*, hukuki işlem yapılırken gözetilen hukuki açıdan önem arz eden amaç veya menfaattir (**Tekinay**, Medeni Hukuk, s. 111). *Tandoğan*’a göre, hukuken araştırılması gereken *causa*, işlemin objektif ve derhal ulaşılması hedeflenen amacdır. Kişinin saiki değildir (**Tandoğan**, Notions Préliminaires, s. 88-89). *Herz*’e göre *causa*, sözleşmelerin somut borç temeli (*materiellen Verpflichtungsgrund*) olarak ifade edilebilir (**Herz**, s. 23). Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Zimmermann**, s. 549 vd.; **Ranieri**, s. 1045 vd.

⁹⁸⁷ **Medicus/Lorenz**, §65, N. 792.

yöntemine göre gerçekleştirilen borç üstlenme ise sebepten soyut değildir⁹⁸⁸. Zira, bu düşünce uyarınca, borçluyla üstlenen arasında yapılan akit ile alacaklının onayı tek bir işlemin içinde yer aldığından, bunların birbirinden soyutlanması mümkün olmayacaktır.

Ancak burada, borçluyla üstlenen arasında yapılan ve borcun üstlenilmesini amaçlayan (ve bunun için alacaklının onayına ihtiyaç duyan) işlem, örneğin bir satış sözleşmesinin bir parçasını teşkil ediyor olabilir. Bu örnekte, söz konusu satış sözleşmesinden doğan defi ve itirazların, alacaklının onay verdiği borcun üstlenilmesi işlemine etki edecek şekilde alacaklıya karşı ileri sürülmesi, soyutluk ilkesi uyarınca (§417 Abs.2 BGB gereğince) mümkün olmamalıdır. Buna rağmen, sadece borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmede yer alan hükümsüzlüğün, kısmi hükümsüzlüğün akdin tamamına sirayet etmesi (§139 BGB) kuralı sebebiyle onaylanan borcun üstlenilmesi işlemi de etkilemesi söz konusu olabilir. Bu halde, örneğin, temeldeki satış sözleşmesinin hükümsüzlüğü borcun üstlenilmesinin de hükümsüz olmasına yol açabilir⁹⁸⁹.

Kanaatimizce onay yönteminde; alacaklının borçlu ile üstlenen arasındaki akdin özelliklerini ve içeriğini bilmesi neredeyse mümkün değildir. Ayrıca, bu alacaklıdan beklenmemelidir. O halde, alacaklının bu temel ilişkiden kaynaklanan defi ve itirazlara muhatap olmamasının kabulü yerinde bir kanuni tercihtir.

bb. Konunun Sözleşme Yöntemi Uyarınca Borcun Dış Üstlenilmesinde Ele Alınması

Bir hukuki işlem, hukuki sebebinden ayrılıp ondan soyutlanarak tamamen bağımsız bir varlık kazanabilir. Hukuki sebebini içermeyen, ondan tamamen ayrılmış, dolayısıyla sebepten bağımsız hale gelmiş kazandırıcı işlemlere soyut işlem denir⁹⁹⁰. Bir işlemin soyut olması; onun hukuki bir amacı olmadığı, *causa*'sı bulunmadığı anlamına gelmez. Sadece söz konusu işlem, geçerliliği bakımından *causa*'dan ayrılmıştır ve temel işlemin geçerliliğinden soyuttur⁹⁹¹.

⁹⁸⁸ Schönrock, §57-58, s. 31.

⁹⁸⁹ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3.

⁹⁹⁰ Bkz. Eren, s. 188.

⁹⁹¹ Tandoğan, Notions Préliminaires, s. 92-93.

Belirtmek gerekir ki borcun üstlenilmesi, üstlenenin asıl borçluyla olan ilişkisine bağlı değildir⁹⁹². Özellikle TBK. m.199/f.III'de (Aynı yönde bkz. İsv. BK. m.179/f.III; §417 Abs.2 BGB) belirtildiği üzere üstlenen, borçluyla olan ilişkisinden doğan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Bu demektir ki borcun dış üstlenilmesi, temelinde bir borçtan kurtarma vadinin bulunmasına yahut bu taahhüdün geçerliliğine bağlı değildir⁹⁹³. Bu anlamda, borcun üstlenilmesi sebepten soyut ve temel işleminden bağımsızdır⁹⁹⁴.

Aynı şekilde, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri uyarınca da, üstlenen, asıl borçluyla arasındaki ilişkidən doğan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez (PECL. m.12:102 [1]). Burada da soyutluk ilkesinin mevcudiyeti gözümüze çarpar⁹⁹⁵.

Aksi görüşte olan *Tongsir*, borçluyla üstlenen arasındaki temel ilişkidən doğan savunmaların alacaklıya karşı ileri sürülememesini düzenleyen bu hükme dayanarak borcun üstlenilmesi işleminin soyut bir işlem olduğuna hükmedilemeyeceğini, zira borçluyla üstlenen arasındaki ilişkinin borcun üstlenilmesi için sadece bir saik teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, borcun üstlenilmesinin hukuki sebebi,

⁹⁹² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 7; **Crome**, §202, s. 351.

⁹⁹³ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Berger**, §36, N. 2314 ve 2328; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Larenz**, AT, §35, s. 608; **Looschelders**, §54, N. 1167; **Favre**, N. 1413, s. 511; **Horn**, s. 59; **Meier**, s. 11.

⁹⁹⁴ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 8; **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 7; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 320; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 89; **Guhl/Koller** §35 N. 17; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 390, dn. 76, s. 392 ve s. 397, dn. 127; **Eckert**, N. 1076; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 792; **Harke**, §15, N. 401; **Kötz**, §13, N. 1266; **Braunschneider**, s. 342; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §414 BGB, N. 5 ve §417 BGB, N. 1; **Jauernig/Stürner**, Anmerkungen zu den §§ 414, 415 BGB, N. 4; **Ahlswede**, s. 20; **Oertmann**, s. 341; **Endemann, F.**, §153, s. 683; **Albert**, s. 6; **Von Blume**, Novation, s. 100-101; **Oser/Schönenberger**, Art. 176 OR, N. 3 ve Art. 179 OR, N. 9; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7; **Herz**, s. 69 vd.; **Kaap**, s. 17 vd.; **Kassebeer**, s. 13 vd.; **Friederich**, s. 38 vd.; **Piltz**, N. 254 ve 258; **Meyer, W.**, s. 33 vd.; **Palandt/Grüneberg**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Überblick, N. 1; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 10 ve §417 BGB, N. 2 ve 18; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 5 ve §417 BGB, N. 11; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 11 ve §417 BGB, N. 19; **Larenz**, AT, §35, s. 608; **Looschelders**, §54, N. 1167; **Seidenath**, s. 31 vd.; **Köhler**, s. 26; **Meier**, s. 11; **Niggebrügge**, s. 26; **Riedel**, s. 10 ve 17 vd.; **Schmiedeberg**, s. 33; **Oğuzman/Öz**, s. 577 ve 581; **Tunçomağ**, s. 1136; **Feyzioglu**, s. 687; **Saymen**, s. 273. Açıklamalar için bkz. **Wendt**, s. 63 vd. *Bucher*'e göre, borcun dış üstlenilmesinin soyut sayılmasının mantığını bu nedenlerle açıklamak tartışılabilir (**Bucher**, AT, s. 586, dn. 38). *Wendt*'e göre, kanunkoyucunun tercihi açıkça soyutluk ilkesinden yanadır. Ancak bu ilkenin tercih edilmesi eleştirilebilir (**Wendt**, s. 67).

Hellwig, borçlunun üstlenen ile yaptığı temel sözleşmenin içeriğinde yer alan (örneğin, satım sözleşmesinde bedelden mahsup işlevi gören) borcun üstlenilmesindeki sakatlığın yahut eksikliğinin, sonradan alacaklıya karşı ileri sürülememesinin onay yöntemi için adil olmadığını söylüyor. Zira, onay yönteminde, alacaklı işlemi onaylarken sözleşmeden haberdar olmuş ve sonra bu sözleşmeyi onaylamış olmaktadır. Bu bakımdan, neye onay verdiğini bilen alacaklının soyutluk perdesi arkasında korunmaya ihtiyacı yoktur (**Hellwig**, s. 172-173). Bir ekleme yapmak gerekirse, bizce, neye onay verdiğini bilmeyen alacaklının da korunmayı hak ettiği söylenemez.

⁹⁹⁵ **Bartels**, s. 138.

üstlenilecek bir borcun mevcudiyeti ve geçerliliğinde yatar. *Tongsir*'e göre, işlemin geçerliliği, borcun mevcut ve geçerli olmasına bağlıdır. Bu bakımdan yazar, borcun üstlenilmesinin sebebe bağlı bir işlem olduğunu ileri sürer⁹⁹⁶.

Benzer bir görüşte olan *Meier*'e göre ise⁹⁹⁷, borcun üstlenilmesi sebebe bağlı bir işlemdir. Zira, üstlenen sadece borçlunun mevcut bir borcu varsa onu üstlenebilir. Diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesinin geçerliliği, temelinde mevcut bir borcun var olmasına bağlıdır. Ayrıca, borçlunun kurtulması da üstlenenin onun yerine borçlanmasına bağlıdır.

Kanaatimizce, üstlenilecek bir borcun mevcut olmaması halinde üstlenmenin hükümsüz olması, sebebe bağlılık nedeniyle değil, üstlenmenin konusunun imkânsız olması nedeniyledir. Bu durumda sadece, üstlenilecek bir borcun var olmaması sebebiyle üstlenmenin imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Ayrıca *Meier*'in belirttiği gibi, borçlunun kurtulmasının üstlenenin onu yerine geçmesine bağlı olması, bizce sebebe bağlı olmasından değil, cüzi halefiyetin söz konusu olmasındandır. Bu bakımdan, *Tongsir* ve *Meier*'in ileri sürdükleri gerekçelerin kanaatimizce işlemin sebebe bağlı ya da soyut olmasıyla ilgisi yoktur⁹⁹⁸.

Borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin sona ermesi, borcun üstlenilmesinin hukuki etkilerini de sona erdirir. Bu durumu, temel işleme bağlılık olarak değerlendiren *Spirig*'e göre bu, borcun üstlenilmesinin illî (*kausal*) olduğunu göstermektedir⁹⁹⁹. Oysa kanaatimizce burada; yapılan tasarrufi etkili sözleşmenin geçersizliği sebebiyle, işlemin sonucunda ortaya çıkması gereken tasarrufi etkinin de geçersiz sayılmasından başkaca bir durum yoktur. O halde bu durum, işlemin sebebe bağlılığını göstermez.

Yukarıda belirttiğimiz gibi borçtan kurtarma taahhüdünün geçersizliği, borcun üstlenilmesi sonrası alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir. O halde, soyutluk

⁹⁹⁶ *Tongsir*, s. 199-200.

⁹⁹⁷ *Meier*, s. 5. Aynı yönde *Koller*, borcun dış üstlenilmesi için de sebebe bağlılık prensibinin geçerli olduğunu belirtir. Yazara göre, borcun üstlenilmesinin sebebi (örneğin, bağışlama) geçerli olmalıdır (*Koller*, §85, N. 7, s. 1413).

⁹⁹⁸ Nitekim *Meier* de, açıklamalarının devamında, borcun üstlenilmesinin geçerliliğinin iç üstlenmenin varlığına bağlı olmadığını belirtmiştir (*Meier*, s. 6-7).

⁹⁹⁹ *ZürcherKomm/Spirig*, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 90 ve Art. 180 OR, N. 6.

ilkesinin alacaklı yararına kabul edildiği söylenebilir¹⁰⁰⁰. Ancak bazı hallerde, önceden akdedilmiş olan bir borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifası amacıyla dış üstlenme yapılmış olabilir¹⁰⁰¹. Ancak, borcun dış üstlenilmesinin geçerliliği, önceden bu şekilde yapılmış bir borçlandırıcı akdin varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir¹⁰⁰². Borcun dış üstlenilmesinin geçerli bir sebebe dayanması gerekmediğinden, hukuki bir sebepten yoksun olmak söz konusu sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁰⁰³.

Ancak, istisnai bazı hallerde, iç üstlenmedeki hükümsüzlük sebebinin dış üstlenmenin geçerliliğini etkilemesi mümkündür. Örneğin, borçluyla üstlenen arasında yapılan akdin hile sebebiyle geçersiz olduğunu bilerek üstlenen ile sözleşme yapan alacaklı, üçüncü kişinin hilesini bilerek sözleşme yapmış olacağından; üstlenenin, alacaklıyla akdettiği borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini üçüncü kişinin hilesine dayanarak iptal etmesi mümkündür¹⁰⁰⁴.

Öğretide bazı yazarlar, malvarlığı veya işletme devrinde borcun intikalinin sebebe bağlı olduğunu savunmaktadırlar¹⁰⁰⁵. Bunun sebebi, borcun intikali sonucunun, yani tasarrufi etkinin, devir sözleşmesinin varlığına ve geçerliliğine bağlı olması olarak gösterilir¹⁰⁰⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce, burada borçların nakli (tasarrufi etki), kanuni şartların gerçekleşmesiyle kanun tarafından yaratılmaktadır. Dolayısıyla, buradaki tartışmanın sebebe bağlılık ile ilgisi yoktur. Buradaki mesele, borçlandırıcı ve tasarrufi iki ayrı işlemin neden sonuç ilişkisi

¹⁰⁰⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 82; **Looschelders**, §54, N. 1167; **Harke**, §15, N. 401.

¹⁰⁰¹ Belirtmek gerekir ki, iç üstlenme akdinde borçluyu borçtan kurtarmayı taahhüt eden üçüncü kişi, bu taahhüdünü dış üstlenme haricinde çeşitli yollarla da yerine getirebilir. Örneğin, borçlunun borcunu bizzat ifa edebilir, alacaklıyla yenileme anlaşması yahut takas yapabilir veya alacaklının borçluyu ibra etmesini sağlayabilir (Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 270; **Eren**, s. 1246; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 175 OR, N. 7; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 35, 36 ve 54; **Bucher**, AT, s. 582, dn. 13-14 ve 16; **BernerKomm/Becker**, Art. 175 OR, N. 10; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 382; **Schwenzer**, N. 91.07; **CommRomand/Probst**, Art. 175 CO, N. 4; **Oser/Schönenberger**, Art. 175 OR, N. 10).

¹⁰⁰² **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 176 OR, N. 5; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 87-88. Bir anlamda borçlandırıcı etki, borcun üstlenilmesinin “içine işlemiştir.” (**Looschelders**, §54, N. 1167).

¹⁰⁰³ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 273. Karşıt görüş için bkz. **Koller**, §85, N. 7, s. 1413.

¹⁰⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3 ve Üçüncü Bölüm, III, B, 3, b, cc.

¹⁰⁰⁵ **Durman**, s. 67 ve 116; **Arıcı**, s. 179, dn. 279; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 282-283. **Acemoğlu**'na göre, burada soyutluğun kabulü, taraf olmadığı bir sözleşmeden doğacak olan risklere karşı alacaklıyı korumaya çalışan kanunun ruhuyla çelişir (**Acemoğlu**, s. 64).

¹⁰⁰⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 28.

kapsamında birbirine bağılı olması değildir, zira burada borcun nakli için ayrıca yapılan bir tasarruf işlemi yoktur. Burada, kanuni şartların yerine gelmesiyle *ipso iure* ortaya çıkan bir borç intikali söz konusudur. Bu nedenlerle, işlemin sebebe bağılılığı burada söz konusu olmaz.

Kanaatimizce, soyutluk tartışmasını, işlemin iki ayrı etkisini ele alarak yapmak gerekir. Üstlenenin borç altına girmesinin, yani borçlandırıcı etkinin temelinde, üstlenenin asıl borçluyla olan hukuki ve ekonomik ilişkisi yatar. Oysa bu ilişki, alacaklıya yabancıdır (*Res inter alios acta*). Yukarıda belirttiğimiz üzere, üstlenenin asıl borçluyla arasındaki ilişkiden doğan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürememesinin temel sebebi budur¹⁰⁰⁷. Buna karşın, alacaklının önceki borçluyu kurtaracak şekilde rıza vermesinin, yani tasarrufi etkinin meydana gelmesinin bir sebebi olmak zorunda değildir. Diğer bir deyişle, alacaklının kendi serbest iradesi dışında zorlayıcı bir sebebi olmayan bu işlem, sadece sebepsiz ya da herhangi bir sebepten bağımsızdır. Yoksa mevcut bir sebepten soyut değildir¹⁰⁰⁸.

3. Hükümlerini Doğurduğu An

a. Genel Olarak Borcun Üstlenilmesinde Durum

Borcun üstlenilmesi, hükümlerini bu konuda yapılan sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğurmaya başlar¹⁰⁰⁹.

Bu konuda öğretide bir görüşe göre, üstlenmenin geriye etkili olarak kurgulanması mümkündür¹⁰¹⁰. *Von Blume*, burada yeni borçlunun, hukuki ilişkiye (dar anlamda borca) girmesinin, borcun üstlenilmesi anında değil, geriye etkili olarak hakkın kurulması anında gerçekleşmiş gibi varsayılması gerektiğini söyler¹⁰¹¹. Karşıt görüşe göre ise¹⁰¹², borcun üstlenilmesinin geçmişe etkisi yoktur. Hatta etkisi, (hazırlayıcı karakterine rağmen) kurtarma taahhüdünden itibaren dahi başlamaz. Kanaatimizce, her işlemde olduğu gibi, kural olarak borcun üstlenilmesinde de, işlemin hukuki etkisi işlemin geçerli olarak kurulmasından itibaren başlamalıdır.

¹⁰⁰⁷ **Van de Sandt**, N. 748.

¹⁰⁰⁸ Aynı yönde, **Van de Sandt**, N. 749.

¹⁰⁰⁹ **Uygur**, s. 1144.

¹⁰¹⁰ *Oser* ve *Schönenberger*'e göre, malvarlığı ve işletmenin devrinde geriye etki, duyuruda belirtilmek koşuluyla kararlaştırılabilir (**Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 10). Karşıt görüşteki *Von Tuhr* ve *Escher*'e göre, geriye etki kararlaştırılmaz (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 389).

¹⁰¹¹ **Von Blume**, Novation, s. 79.

¹⁰¹² **ZürcherKomm/Spirig**, 176 OR, N. 37 ve 177 OR, N. 43.

Alman hukukundaki onay yöntemine göre borcun üstlenilmesi gerçekleştirilmekte ise, borçlular arasında yapılan sözleşmeye alacaklının onay vermesiyle birlikte borcun üstlenilmesi gerçekleşir (§415 BGB) ve borçluyla üstlenen arasında sözleşmenin kurulduğu andan itibaren (geçmişe etkili olarak) hükümlerini doğurmaya başlar¹⁰¹³. Hukuki belirsizliği gidermek ve işlemin askıda bekleyeceği süreyi belirlemek amacıyla onay, asıl borçlu yahut üstlenen tarafından süreye bağlanabilir¹⁰¹⁴.

Rehinli taşınmazın devrinde ise, onay teorisine yaklaşan bir düzenleme söz konusu olduğundan, borcun üstlenilmesi alacaklının onayı (yahut faraziyenin işlemesi) üzerine geçmişe etkili olarak, yani iç üstlenmeyi içeren sözleşmenin kurulduğu (taşınmazın devrinin taahhüt edildiği) andan itibaren hüküm ifade edecektir¹⁰¹⁵.

Öte yandan, borcun üstlenilmesi sözleşmesi geciktirici şarta bağlı akdedilmiş olabilir¹⁰¹⁶. Bu durumda üstlenme, hükümlerini şartın gerçekleşmesiyle birlikte doğurmaya başlayacaktır. Örneğin, alacaklının henüz sahip olmadığı bir alacakla ilgili olarak, gelecekte tasarruf yetkisi elde etmesi şartına bağlı olarak yapılmış bir borç üstlenme söz konusu olabilir¹⁰¹⁷. Bunun yanında, henüz var olmayan bir borç gelecekte doğması koşuluyla üstlenilebilir¹⁰¹⁸.

Belirtmek gerekir ki, borcun üstlenilmesinin hükümlerini doğurması için borçluya bildirim zorunlu değildir. Ancak, bazı hallerde böyle bir bildirim yapılması amaca uygun olabilir. Özellikle borcun vadesi yaklaşmaktaysa ve önceden hazırlık olarak borçtan kurtarma taahhüdü yapılmışsa, borçluyu belirsizlikte bırakmamak için borcun üstlenilmesinin gerçekleştiği kendisine bildirilebilir. Borçluya bildirimde bulunmak, onu ifa hazırlıklarına gereksiz yere başlamaktan

¹⁰¹³ Windscheid/Kipp, Pandekten II, §338, s. 403-404; Gaudemet, E., Etude, s. 471; Looschelders, §54, N. 1159; Kötz, §13, N. 1263; Braunschneider, s. 342-343; Ahlswede, s. 17; Detert, s. 52-53. Bkz. Gerber, s. 13 vd.; BGB-RGRK/Weber, §415 BGB, N. 12; MünchenerKomm/Bydlinski, §415 BGB, N. 17; Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller, §§414-415, N. 6. Ayrıca bkz. Kornder, s. 85 vd.; Niggebrügge, s. 33; Krienitz, s. 12.

¹⁰¹⁴ Windscheid/Kipp, Pandekten II, §338, s. 404; Kötz, §13, N. 1263; Ahlswede, s. 20.

¹⁰¹⁵ Steinauer, Droits Réels, §90, N. 2823a; Staudinger/Rieble, §416 BGB, N. 50; Kulzinger, s. 25; BGE 57 II 315, 318 vd. (www.bger.ch).

¹⁰¹⁶ ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 134.

¹⁰¹⁷ Borcun üstlenilmesi, bir alacaklının henüz sahip olmadığı veya gelecekteki alacağına ilişkin ise, sonradan alacaklı bu alacağı elde ettiğinde geçerli olacaktır (ZürcherKomm/Spirig, 176 OR, N. 36).

¹⁰¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I, C, 1.

alıkoyabilir; bu anlamda onu sadece borcu ifadan değil, ifaya hazırlık hareketlerine başlamaktan da kurtarabilir¹⁰¹⁹. Kanaatimizce, öncesinde bir iç üstlenme sözleşmesi mevcut ise; borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini borcun vadesi gelmeden asıl borçluya bildirmek; onda yaratılan güven sebebiyle, dürüstlük kuralı uyarınca, kurtarma taahhüdünde bulunan kişinin bir yükümlülüğü haline gelmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranarak asıl borçlu nezdinde bir zarara yol açtığı takdirde kurtarma taahhüdünde bulunan, asıl borçlunun bu zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak, borcun üstlenilmesi öncesinde böyle bir kurtarma taahhüdü yoksa, bildirim yükümlülüğü de söz konusu olmaz.

Buna karşın, belirtmek gerekir ki; böyle bir bildirim yapılmadığı takdirde, borcun üstlenildiğini bilmeyen asıl borçlu, artık alacaklıya borçlu olmadığı halde ifade bulunabilecektir. Bu durumda, alacağın temlikinde bildirim yapılmadan evvel önceki alacaklıya iyiniyetle yapılan ifanın borçluyu borcundan kurtarması (TBK. m.186) kuralına kıyasen asıl alacaklıya iyiniyetle ifade bulunan asıl borçlu, borcundan kurtulduğunu ileri sürerek üstlenenin rücu talebine karşı kendini savunabilecektir.

Unidroit ilkeleri uyarınca alacaklının rızasını önceden vermiş olması mümkündür. Bu durumda, borcun üstlenilmesinin hüküm doğurma anı, sonradan borçluyla üstlenen arasında üstlenme sözleşmesinin akdedilme anı değil, bu akdin alacaklıya bildirilmesi yahut bildirimde gerek bırakmayacak şekilde alacaklının üstlenmeyi öğrenmesi anıdır (PICC. m.9.2.4)¹⁰²⁰.

b. Malvarlığı veya İşletme Devrinde Borçların İntikali Anı Hakkındaki Özel Düzenleme

TBK. m.202 (İsv. BK. m.181, İsv.Birl.K. m.75) uyarınca borçların intikali için bazı kanuni şartların yerine getirilmesi gereklidir. Öncelikle, işletme veya malvarlığı devrine ilişkin devreden ile devralan arasında bir sözleşme akdedilmelidir¹⁰²¹. Türk

¹⁰¹⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, 176 OR, N. 111.

¹⁰²⁰ Bu ana kadar işlem askıdadır (**Mazza**, PICC Commentary, 9.2.4, N. 3). Aynı kural, sözleşmelerin devri konusunda da aynı şekilde düzenlenmiştir (PICC. m.9.3.4[2]).

¹⁰²¹ İsviçre ve Türk hukuklarında TBK. m.202 ve İsv. BK. m.181 hükümleri uyarınca, malvarlığı veya işletmenin devrinin taahhüdü, diğer bir deyişle devir sözleşmesi kural olarak özel bir şekle tabi tutulmamıştır (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 126; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 21; **Guhl/Koller**, §35, N. 21; **Engel**, s. 906; **Bucher**, AT, s. 590; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395; **Funk**, Art. 181 OR, N. 1; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 24; **Saymen**, s. 263).

hukukunda ticari işletme devirlerinde, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması ve ticaret siciline kaydedilmesi gereklidir (TTK. m.11/f.III)¹⁰²². Borçların nakli için son gereklilik ise, söz konusu devir işleminin gerekli şekilde duyurulmasıdır (TBK. m.202; İsv. BK. m.181; İsv.Birl.K. m.73/f.II)¹⁰²³. Aşağıda, bu sistem ele alınacak ve borçların nakil anı tespit edilecektir.

aa. Duyurunun Önemi

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, devir sözleşmesi ve devrin duyurulması, borcun intikalinin gerçekleşmesi için eşit önemdedirler¹⁰²⁴. Sadece devir sözleşmesinin akdedilmiş olması, borçların intikali için yeterli değildir; malvarlığı veya işletmeyi devreden (borçlu) ile devralan (üstlenen) arasındaki iç anlaşma, duyuru ile dışarıya karşı etki doğurur¹⁰²⁵. Gerekli bildirim yapılmamış olması, arzu

Şu durumlar müstesnadır: (i) Taşınmazlar söz konusu olduğunda resmi tescil (TMK. m.705 ve TBK. m.237; İsv.MK. m.657 ve İsv. BK. m. 216; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 387 ve 395; **Keller/Schöbi**, s. 90; **Bucher**, AT, s. 590; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 12; **Barandun**, s. 50), (ii) Bağışlama taahhüdü söz konusu ise yazılı şekil (TBK. m.288; İsv. BK. m. 243; **Engel**, s. 906; **Bucher**, AT, s. 590, dn. 67; **Barandun**, S. 49), (iii) Ölünceye kadar bakma akdinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması (TBK. m.612. Bkz.İsv. BK. m.522; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 395; **Bucher**, AT, s. 590, dn. 67; **Engel**, s. 906; **Barandun**, s. 49) gereklidir.

¹⁰²² İsviçre hukukunda ise, Birleşmeler Kanununun uygulandığı ticari işletme devirlerinde, devir sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması (İsv.Birl.K. m.70/f.II) ve ticaret siciline kaydedilmesi (İsv.Birl.K. m.73/f.II) gereklidir.

¹⁰²³ Bkz. **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 10; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 20; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 1; **Tercier**, §36, N. 1795 vd.; **Engel**, s. 905; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 4; **Von Büren**, s. 353; **Schwenzer**, N. 91.25; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396; **Guhl/Koller**, §35, N. 20 vd.; **Huguenin**, N. 1418; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 86; **Funk**, Art. 181 OR, N. 1-2; **Oğuzman/Öz**, s. 594 ve 596; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 25; **Feyzioglu**, s. 693-694; **Saymen**, s. 262 vd.; **Uygur**, s. 1173 vd.; **Durman**, s. 110 vd.; BGE 49 II 248, 250-251 (www.bger.ch).

Belirtmek gerekir ki, duyuru yapıldığında, malvarlığı veya işletmeyi devralanın tek taraflı bir açıklaması söz konusu olduğu için, bundan dolayı devralan için yükümlülükler doğar fakat kendisi hak elde etmez. (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 187; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 21). Zira, bir kişinin tek taraflı beyanıyla üçüncü kişiler üzerinde haklar elde etmesi (bu konuda önceden aralarında bir hukuki ilişki yoksa veya yenilik doğuran bir hakka sahip değilse) mümkün değildir. Bir kimse kendi lehine hak ihdas edemez, ancak yükümlülük altına girebilir (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 21).

¹⁰²⁴ **Tunçomağ**, s. 1141; **Durman**, s. 110 vd.; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 1; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 4; **Keller/Schöbi**, s. 90; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 10; BGE 49 II 248, 250-251; BGE 60 II 100, 107 (www.bger.ch). Bir Luzern mahkeme kararı, devir sözleşmesini aşacak şekilde sadece alacaklılara yapılan bildirim önemli ve yeterli olduğunu söylemiş, bu anlamda sözleşmeden ziyade, alacaklılara yapılan bildirim önemli olduğunu belirtmiştir (SJZ 74 [1978] Nr. 63, s. 316-317). Biz bu düşünceye temkinli yaklaşmak gerektiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce bir kimse, devir sözleşmesini aşacak şekilde duyuruda bulundu diye, duyurudaki kadar borç altına girmiş olmaz. Sadece, bu duyuru sebebiyle zarar gören alacaklılar varsa, onların zararına ihmali sebebiyle yol açmış olduğundan, haksız fiil sebebiyle söz konusu zararları giderme yükümlülüğü doğabilir (Aynı yönde, **Durman**, s. 111).

¹⁰²⁵ **Guhl/Koller**, §35, N. 22; **Engel**, s. 907; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3629 vd.; BGE 60 II 100, 103-104; BGE 75 II 302 (www.bger.ch); **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 10 ve 13. Malvarlığı veya işletme devrine ilişkin devir sözleşmesinin akdedilmiş olmasına rağmen, henüz

edilen hukuki sonucun meydana gelmesini engeller. Borçlar intikal etmez. Bu durumda, sadece bir iç borç yüklenilmesiyle yetinilmiş olur¹⁰²⁶. Diğer bir deyişle, duyurunun hiç yapılmamış olması yahut yapılan duyurunun geçersiz olması ihtimallerinde, devir işlemi alacaklılara ve üçüncü kişilere karşı etki göstermeyecektir¹⁰²⁷.

Örneğin, bir ticari işletmenin faaliyetinin fiilen devralan tarafından sürdürülmesi veya yeterli açıklamayı içermeyen bir bildirim yapılması duyurunun yapıldığı anlamına gelmez¹⁰²⁸. Devralanın, devredenin halefiymiş gibi davranması borçların intikali için yeterli değildir¹⁰²⁹. Diğer bir deyişle, devralanın bildirim yapmaksızın dışarıya karşı kendini hakların ve borçların halefi olarak göstermesi, borçları da üstlenmesi sonucunu doğurmaya yetmez. Duyuru olmaksızın devralanın sorumluluğu başlamayacaktır¹⁰³⁰.

duyuru yapılmamışsa, alacaklının malvarlığı veya işletmeyi devralana (üstlenene) karşı hiçbir talep hakkı yoktur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 185; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 16; **Von Büren**, s. 353; **Bucher**, AT, s. 590; **Engel**, s. 907; BGE 49 II 248, 250-251 [www.bger.ch]). Duyurunun yapılmaması halinde söz konusu madde kapsamında bir malvarlığı ve işletmenin pasiflerinin devrinden bahsedilemez (**Des Gouttes**, FJS 70, s. 8). Belirtmek gerekir ki, alacaklılara ihbar yapılmış veya devir konusunda kamuya aleni ilan yapılmış olsa bile, taraflar münferit bir alacaklıyla farklı bir anlaşma yapabilirler (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 225; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 19). Alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisi olan alacaklıyla yapılan borcun üstlenilmesine ilişkin bir sözleşme, bu anlamda malvarlığı veya işletme devrine istisna oluşturabilir.

Becker'e göre, duyuru yapılmamış olsa bile, alacaklının diğer yollarla devir sözleşmesinden haberdar olması, müteselsil sorumluluğun başlangıcı için yeterlidir (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 17). *Acemoğlu*'na göre bu görüş, hem kanunun açık hükmüne aykırıdır, hem de ihbarın yapılmasını devredene dahi bırakmayıp devralana yükleyen sisteme uymaz (**Acemoğlu**, s. 116).

¹⁰²⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 138 ve 178; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 19. Duyuru olmaksızın, devir sözleşmesi sadece borçlandırıcı etkiye sahiptir (**Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 24; **Durman**, s. 106).

¹⁰²⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 31; **Guhl/Koller**, §35, N. 22; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 137-138.

¹⁰²⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 31; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 9; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 137-138; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 5.

¹⁰²⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 137.

¹⁰³⁰ *Acemoğlu*'nun görüşüne göre, devralanın sorumluluğunun başlangıcı, devir sözleşmesinin duyurulmasından değil, söz konusu bu sözleşmenin (devrin) ifasının ihbarından başlaması daha uygun bir çözüm olacaktır. Diğer bir deyişle, ihbar edilmesi gereken sözleşme değil, bunun ifası olmalıdır. Zira, yazara göre, henüz aktifler devredilmemiş olduğundan, alacaklının el atabileceği malvarlığı unsurlarında bir kaybı olmayacak, devir sözleşmesinin taraflarının ise, henüz ifa aşamasına geçilmediğinden, durumlarında herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, yazarın önermiş olduğu çözüm, değişikliklerden önceki haliyle kanunun amaç ve sistemiyle örtüşmektedir. Ancak, kanunkoyucu, yapılan kanun değişikliklerinde bu düşüncüyü dikkate almamıştır (**Acemoğlu**, s. 45 vd., 140-141; **Arıcı**, s. 180 vd.). Ayrıca bkz. **Barandun**, s. 57 ve 103; **Ülkü/Karaaslan**, s. 48-49.

Yargıtay, devralanın sorumluluğunun başlangıcını "devir anı" olarak kabul etmektedir (Bkz. Yarg. 13.HD. 08.12.1994, 9457/11059, **YKD.**, 1995, S. 7, s. 1083).

Bunun yanında, alacaklılara bildirim yapılması, devrin içeriğinin taraflarca anlaşılmasına yaradığı gibi, iyiniyetli üçüncü kişilerin de güven prensibi çerçevesinde devrin varlığını anlamasına yarar¹⁰³¹.

bb. Duyurunun Kim Tarafından Yapılması Gerektiği Hususu

Duyurunun, devralan (üstlenen) tarafından yapılması gerekir¹⁰³². Devralan, bildirimde gecikmişse; devreden (asıl borçlu), aralarındaki devir sözleşmesine dayanarak bu konuda dava açabilir ve sözleşmenin ifasını talep edebilir. Ne de olsa, malvarlığı yahut işletmeyi devralan (üstlenen), alacaklıya, devredenle (borçluyula) yaptığı sözleşmenin içeriğine uygun bir bildirim yapmakla yükümlüdür¹⁰³³. Aksi halde, taahhüdünden kaynaklanan borca aykırılık söz konusu olur¹⁰³⁴. Mahkeme kararı devralanın yapmaktan kaçındığı bireysel irade açıklaması yerine geçer ve duyurunun doğuracağı sonuçları meydana getirir (Bkz. İsviçre Medeni Usul Kanunu m.344)¹⁰³⁵. Bu şekilde, işletme ya da malvarlığını devreden (önceki borçlu), borçların intikali için gerekli bildirim yapılmasını sağlayabilir.

Buradaki bildirim borcu esasında, devir sözleşmesi gereğince devralanın üstlenmiş olduğu borçların intikalini sağlayacak davranışlarda bulunma borcunun ifası için gerekli olan davranışların yapılmasına ilişkindir. Söz konusu davranışlarda

Karşıt görüşe göre, borcun intikaline ilişkin devir sözleşmesinin duyurulması yeterlidir (Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 183; **Von Tuhr/Escher**, s. 395-397; **Feyzioğlu**, s. 694; **Tunçomağ**, s. 1141; **Eren**, s. 1253; **Guhl/Koller**, §35, N. 20 vd.). Zira, malvarlığı veya işletme devrinde borçların intikalini düzenleyen TBK. m.202 ve İsv. BK. m.181 hükümleri, eşya hukuku anlamında malların ve hakların devriyle yahut tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesiyle ilgilenmez (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 15). Kaldı ki, aktiflerin devrinin tamamlanması ise borcun üstlenene intikali için bir önkoşul teşkil etmez (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 174-175 ve 223; **Koller**, §86, N. 12, s. 1426; BGE 79 II 289, 290 vd. [www.bger.ch]; SJZ 74 [1978] Nr. 63, s. 316).

Kanaatimizce, günümüzde bu tartışma önemini yitirmiştir, zira artık aktiflerin devrinde tasarrufi etki devir sözleşmesiyle gerçekleşecektir (TTK. m.11/f.III). Bu bakımdan, devir sözleşmesinin duyurulması, devralanın sorumluluğunun başlangıcı için yeterli olacaktır.

¹⁰³¹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14.

¹⁰³² **Guhl/Koller**, §35, N. 26; **Arıcı**, s. 192.

¹⁰³³ **Acemoğlu**, s. 121 vd. Duyuru, üstlenenin temsilcisi sıfatıyla devreden (borçlu) tarafından da yapılabilir (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 32; BGE 75 II 302, 304 (www.bger.ch); **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396-397; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 8; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 142; **Engel**, s. 906; **Guhl/Koller**, §35, N. 26). Müteselsil borçluluğun varlığı halinde ise duyuru, diğerlerinin durumunu ağırlaştırmadığından müteselsil borçlulardan biri tarafından da yapılabilir (BGE 75 II 302, 304 [www.bger.ch]).

¹⁰³⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 143; **Arıcı**, s. 192.

¹⁰³⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 139 ve 143; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 34; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 31; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 13.

bulunmaması, devralanın pasifleri üstlenme taahhüdünü yerine getirmemesi anlamı taşıyacaktır¹⁰³⁶.

cc. Duyurunun İçeriği

Duyuru, alacaklıların artık devralanın, devredenine yerine geçtiğini anlamasına imkân verecek şekilde yapılmalıdır¹⁰³⁷. Borçların intikal ettiğinin açıkça belirtilmesine gerek yoktur¹⁰³⁸. Buna karşılık, beyanın yeterli açıklıkta olması gerekir. Duyurunun içeriğinde, borçların intikal etmiş olduğu hususunda en ufak bir şüpheye yer olmamalıdır¹⁰³⁹. Söz konusu duyurunun, üstlenenin aktifleri ve pasifleriyle malvarlığı veya ticari işletmeyi devraldığı açıklamasını içermesi gerekir¹⁰⁴⁰. Duyurunun içeriğinin yorumunda güven prensibine başvurulmalıdır¹⁰⁴¹.

Örneğin, bir işletme sahibinin sût barını devrettiğine dair duyurusu, yeterince açık olmadığı, sadece bir aktifin devri anlamına da gelebileceği gerekçesiyle, borçların devri sonucunu doğurmaya yetmemektedir¹⁰⁴². Bu konuda oluşabilecek her türlü tereddütün sonuçlarına, kanun gereği devri bildirmek zorunda olan üstlenen katlanır¹⁰⁴³. Diğer bir örnekte ise, bir işletme sahibinin günlük gazetelere verdiği bir ilanla, işi durdurduğunu ve tüm alacaklıların kendisine karşı talepte bulunmaya çağırıldığını ilan etmesi ve bundan böyle işletmeyi karısının işleteceğini beyan etmesi halinde; burada karısının, kocanın yerine geçerek işletmeyi tümüyle devraldığına yönelik bir açıklaması yoktur¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁶ Bkz. **Des Gouttes**, FJS 70, s. 11.

¹⁰³⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 32; **Guhl/Koller** §35 N. 23; BGE 79 II 154-155 (www.bger.ch); **Engel**, s. 906; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 145; **Arıcı**, s. 184.

¹⁰³⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 32; **Guhl/Koller**, §35, N. 23; **Engel**, s. 906; **Durman**, s. 115; **Acemoğlu**, s. 116; **Arıcı**, s. 184; BGE 79 II 154, 155; BGE 75 II 302 (www.bger.ch). Aynı yönde bkz. **Von Büren**, s. 353. Açıkça hangi pasiflerin devredildiğini söylenmesine gerek yoktur (**BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 18).

¹⁰³⁹ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 32; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 146; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396, dn. 112a; **Engel**, s. 906; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 18; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 14; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 9, dn. 55.

¹⁰⁴⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 145; **Arıcı**, s. 183; **Keller/Schöbi**, s. 90; **Guhl/Koller**, §35, N. 23; **Acemoğlu**, s. 115; **Ülkü/Karaaslan**, s. 54. Alacaklının dürüstlük kuralı uyarınca beyandan, işletmenin pasifleri de içerecek şekilde tümüyle devrolduğunu anlayabilecek olması gereklidir (BGE 75 II 302 [www.bger.ch]).

¹⁰⁴¹ **Des Gouttes**, FJS 70, s. 8, dn. 47; BGE 79 II 289, 292 (www.bger.ch).

¹⁰⁴² BGE 79 II 154, 155 (www.bger.ch).

¹⁰⁴³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 147; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 19; BGE 79 II 289, 292-293 (www.bger.ch).

¹⁰⁴⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 155.

dd. Duyurunun Yapılışı

Duyurunun alacaklılara; bireysel bildirim (ihbar) yahut gazeteye verilecek bir ilan yoluyla yapılması mümkündür¹⁰⁴⁵.

TBK. m.202 uyarınca ilanın, ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde¹⁰⁴⁶, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanması gereklidir¹⁰⁴⁷. Kamuya yapılan ilan ile tüm alacaklıların haberdar olduğu karinesi doğar¹⁰⁴⁸. İlanın varması yahut öğrenilmesi aranmaz¹⁰⁴⁹. Aleni olarak kamuya ilan edilmesi yeterlidir¹⁰⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, burada önemli olan, aleniyetin oluşmasını sağlayacak yöntemin uygulanmasıdır¹⁰⁵¹. Kanaatimizce bu nedenle; kanunkoyucu, kamuya yapılan ilanın hangi yollarla yapılması gerektiğine dair bir sınırlama getirmiştir.

Bireysel bildirim (ihbar) ise, herhangi bir özel şekle bağlı değildir¹⁰⁵². İhbar, varması gerekli bir bilgi açıklamasıdır¹⁰⁵³. Devralanın bu açıklamayla bir hukuki sonuç doğurmayı istemiş olması gerekmez¹⁰⁵⁴. Sadece bilgilendirme amacı yeterlidir.

¹⁰⁴⁵ Bildirim, alacaklılara özel olarak yapılacak ihbar yahut kamuya yapılacak aleni ilan yoluyla olur (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 31; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 136; **Schwenzer**, N. 91.25; **Von Büren**, s. 353; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 8; **Funk**, Art. 181 OR, N. 2; **Tunçomağ**, s. 1140-1141).

¹⁰⁴⁶ Bu husus, eski kanun döneminde açıklığa kavuşturulamamış olsa da, durumun ticaret siciline tescili ve ticaret sicil gazetesinde ilanının gerekliliği öğretide bazı yazarlar tarafından savunulmaktaydı (**Arıcı**, s. 189-190).

¹⁰⁴⁷ Bkz. BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch).

¹⁰⁴⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 596; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 36; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 189; **Guhl/Koller**, §35, N. 26; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch).

¹⁰⁴⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 172. İlanın etki doğurması için alacaklıların söz konusu ilanı görmeleri, okumaları beklenmez (**Durman**, s. 112).

¹⁰⁵⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 168; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 8; **Buchli**, s. 34 vd.; **Von Büren**, s. 353; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 9; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch).

¹⁰⁵¹ Örneğin, afiş, bu kapsamda yer almamıştır. Bunun sebebi, ilanın kamuya ulaşılabilirliği, sadece yerel görüşe açık bir afişte bulunmaz. Radyo ve televizyon ilanları ise rastlantısal olmaları sebebiyle kolaylıkla erişilebilir değildir. Bu bakımdan, ilanın hangi yollarla yapılması gerektiği özellikle belirlenmiş, rastlantıya bırakılmak istenmemiştir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 167).

¹⁰⁵² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 162; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 13; **Keller/Schöbi**, s. 90; **Bucher**, AT, s. 590; **Engel**, s. 907; **Barandun**, s. 88; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 32; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch).

¹⁰⁵³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 161; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 17; **Keller/Schöbi**, s. 90; **Engel**, s. 907. İhbar, sadece bilgilendirme mahiyetinde bir tasavvur açıklamasıdır (**Acemoğlu**, s. 109-111; **Tunçomağ**, s. 1140).

¹⁰⁵⁴ **Arıcı**, s. 191.

Hukuki sonuçlar bu açıklamadan değil, kanundan kaynaklanır. Bu sebeple ihbar, hukuki işlem benzeri fiildir¹⁰⁵⁵.

İlandan farklı olarak ihbar, tüm alacaklıların öğrenmesi karinesini yaratmaz¹⁰⁵⁶. Sadece bir tek alacaklıya karşı ihbarda bulunmak, sadece söz konusu alacaklıya karşı hukuki etki doğurur, ama devredilen malvarlığı veya işletmenin tüm alacaklılarına karşı etki doğurmaz¹⁰⁵⁷. Alacaklının okuyup okumadığı önem arz etmez¹⁰⁵⁸. Beyanın alacaklıya ulaşmış olması yeterlidir¹⁰⁵⁹.

İhbar, sözleşme yapma teklifi (öneri) içermez¹⁰⁶⁰. Hüküm doğurması için alacaklıların kabulü gerekmez¹⁰⁶¹.

Öte yandan, ihbarın ticari adetlere uygun yapılması gerekmez¹⁰⁶². Tacirler arasında olsa bile, bir temerrüt ihtarı veya sözleşmeyi fesih yahut sözleşmeden dönme ihbarı söz konusu olmadığından TTK. m.18/f.III'de aranan özel şekil şartlarına tabi değildir¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁵ Keller/Schöbi, s. 90; ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 158.

¹⁰⁵⁶ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 35; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch).

¹⁰⁵⁷ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 188.

¹⁰⁵⁸ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 35; Engel, s. 907.

¹⁰⁵⁹ Von Tuhr/Escher, §99, s. 397; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 8; Buchli, s. 35; Von Büren, s. 353; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch). Varmasıyla sonuç doğurur (CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 35; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 17).

¹⁰⁶⁰ Von Tuhr/Escher, §99, s. 397; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 20; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 13. Alacaklının ne zımnen ne de açıkça ihbarı kabul etmesine gerek vardır (ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 159; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 13; Von Tuhr/Escher, §99, s. 397; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 8; Guhl/Koller, §35, N. 22; Keller/Schöbi, s. 90 vd.; Von Büren, s. 352; Engel, s. 907; Buchli, s. 34 vd.; BGE 129 III 167, 168 vd. [www.bger.ch]).

¹⁰⁶¹ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 35; BGE 79 II 154-155 (www.bger.ch); BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 20; Oser/Schönenberger, Art. 181 OR, N. 8; ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 159; Von Tuhr/Escher, §99, s. 397; Feyzioglu, s. 693. Öğretide devrin ihbarının "öneri" niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür (Barandun, s. 74 vd.). Karşıt görüşte olan Acemoğlu ve Arıcı'ya göre, yapılan duyurunun öneri olarak nitelenmesi mümkün değildir (Acemoğlu, s. 108-109; Arıcı, s. 132).

¹⁰⁶² ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 163; Engel, s. 907; BGE 75 II 302 vd. (www.bger.ch).

¹⁰⁶³ Arıcı, s. 187-188; Ülkü/Karaaslan, s. 54, dn. 41.TTK. m.18/f.III: "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır."

ee. Borçların İntikal Anı

Duyuru (ihbar veya ilan) ile hemen bir borçlu değişimi yahut asıl borçlunun borcundan kurtulması söz konusu olmaz. Asıl borçlu, iki yıl boyunca¹⁰⁶⁴ üstlenenin yanında, müteselsilen borçlu kalmaya devam eder ve sonrasında borcundan kurtulur¹⁰⁶⁵. Bu durumda, borcun üstlenilmesi öncelikle borca katılmaya (*reprise de dette cumulative*) benzer şekilde müteselsil borçluluk yaratır¹⁰⁶⁶, önceki borçlunun borçtan kurtulması ise iki yıl sonra gerçekleşir¹⁰⁶⁷. İki yıllık sürenin sonunda bu

¹⁰⁶⁴ İsviçre Hukukunda Birleşmeler kanununun (FusG) yürürlüğe girmesiyle müteselsil borçluluk süresi iki yıldan üç yıla çıkartıldı. Müteselsil borçluluk süresinin genişletilmesi, alacaklının korunmasını sağlamlaştırmak ve farklı düzenlemeleri birbirine uydurmak amacıyla yapılmıştır (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 17). Nitekim, İsv. Birl.K. m.26/f.II uyarınca şirketlerin birleşmesinin hüküm doğurduğu andan itibaren üç yıl içinde paydaşların şirkete karşı kişisel borçları zamanaşımına uğrar. İsv.Birl.K. m.75/f.I uyarınca, malvarlığı devrinden önce doğan borçlar için önceki borçluların yeni borçlu yanında üç yıl boyunca müteselsil sorumlu olacakları öngörülmüştür. İsv.Birl.K. m.69 vd. hükümleri üç yıllık sürenin ilan ve ihbardan itibaren başlayacağını söylemektedir. Alman hukukunda ise, 5 yıllık sürenin başlangıcı, ticari işletmenin devam edip etmediğine göre farklı şekilde düzenlenir. Devam ediyorsa işletmenin yeni sahibinin ticaret siciline kayıt anından, etmiyorsa bildirim veya alacağın muacceliyeti anından başlar (§26 HGB).

¹⁰⁶⁵ **Tercier**, §36, N. 1800; **Von Büren**, s. 354; **Funk**, Art. 181 OR, N. 3; **Oğuzman/Öz**, s. 596-597; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 25; **Feyzioglu**, s. 694-695; **Uygur**, s. 1175 vd.; **Karahan**, s. 38; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 2; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 27.

¹⁰⁶⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 215; **Tercier**, §36, N. 1800; **Guhl/Koller**, §35, N. 20; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 92; **Buchli**, s. 72 vd.; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 40; **Engel**, s. 908; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 399; **Acemoğlu** s. 104 vd. Bir işletmenin diğer bir işletme ile birleşmesi yahut tür değiştirmesi hallerinde, borcun intikali doğrudan gerçekleşir. Eski işletmenin müteselsil sorumlu kalması, işlemin doğası gereği söz konusu olmaz (**Oğuzman/Öz**, s. 598; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 27. Karşıt görüş için bkz. **Feyzioglu**, s. 697).

Bu anlamda, kendi katılımı olmayan bir devir işlemiyle alacaklının durumu güçlenmiştir. Zira müteselsilen hem önceki borçluya hem de üstlenene başvurabilecektir (**Keller/Schöbi**, s. 92; **Bucher**, AT, s. 591; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 233). Bu kanuni bir teselsüldür. Ne tarafların ne de üçüncü kişilerin rızasına dayanır (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 237). İki yıl boyunca sürecek müteselsil borç ilişkisi kapsamında, alacaklı borçlular arasında tercih yapma hakkına sahiptir. Onlardan sadece birine başvurmak zorunda değildir. Önceki borçlunun sorumluluğu tali değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 7 ve 19). Devreden (asıl borçlunun) müteselsil sorumluluğu mevcut borçlarla sınırlıdır, müstakbel borçlara kadar uzanmaz (**Koller**, §86, N. 4, s. 1424; SJZ [1919/20] Heft 18, Nr.175, s. 289). Diğer bir deyişle, malvarlığının yeni maliki yeni borçlar altına girdiğinde, bu borçlardan yalnızca kendisi sorumlu olacaktır. Ancak, bazı istisnalar olabilir. Örneğin, devreden İş Kanunu m.6/f.I ve III (İsv. BK. m.333/f.I ve III) gereği, iş sözleşmesinden gelecekte doğacak ücret borçlarından da sorumlu olmaya devam edecektir (**Koller**, §86, N. 4, s. 1424).

¹⁰⁶⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 40; **Guhl/Koller**, §35,N. 20; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398 vd.; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633; **Schwenzer**, N. 91.28; **OFK-Schauvelberger/Keller**, Art. 181 OR, N. 9; **Buchli**, s. 81 vd.; **Acemoğlu**, s. 146 vd.; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 2; BGE 63 II 14, 15 (www.bger.ch). Buradaki iki yıllık müteselsil borçluluk süresinin, malvarlığı veya işletme devrinde söz sahibi olmayan alacaklının asıl borçluya başvurma imkânını koruması bakımından alacaklının menfaatine düzenlenmiş olmasının yanında (**Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633), sürenin kısa tutulması devreden de sorumluluktan mümkün olduğunda kısa zamanda kurtularak durumunun açıklığa kavuşmasını sağladığı, bu anlamda hem alacaklının hem de devreden asıl borçlunun menfaatlerini koruduğu belirtilmektedir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 241-242). Dikkatli ve özenli bir alacaklının bu sürede müteselsil borçlulardan arzu ettiği birine başvurmasını beklemek makuldür (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 243; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 28). Belirtmek gerekir ki, bu hükme ilişkin kurallar emredici değildir. Alacaklı ve devreden anlaşarak iki yıllık süreyi

sonuç kendiliğinden (*ipso iure*) meydana gelir, ayrıca bir işleme ihtiyaç duyulmaz¹⁰⁶⁸. Bu süre bir hak düşürücü süredir¹⁰⁶⁹. Zira, kanunda belirlenen sürenin sona ermesiyle alacaklının önceki borçluya karşı sahip olduğu talep hakları kesinlikle çöker. Bu bir hak kaybına işaret eder ve bu da kanunda belirtilen sürenin bir hak düşürücü süre olduğunu gösterir¹⁰⁷⁰. Alacak hakkı için kanunun hak düşürücü süre

ortadan kaldırabilir, kısaltabilir yahut uzatabilirler (**CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 42; **Engel**, s. 909; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3634; BGE 117 II 68, 69-70 [www.bger.ch]. Karşıt görüş için bkz. **Bucher**, AT, s. 589). Sürenin kısaltılması konusunda yaptıkları anlaşma, devreden borcunun ibrasıdır (**Siedel**, s. 36; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3634; **Engel**, s. 909; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 399; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 281; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 14; **Keller/Schöbi**, s. 93; **Acemoğlu**, s. 150-151; **Durman**, s. 124; BGE 126 III 375, 378; BGE 117 II 68, 70 [www.bger.ch]). Elbette ki, borçlunun ibra edildiği varsayılmaz, karine olarak kabul edilemez. Alacaklının, açıkça anlaşılan beyanına ihtiyaç vardır (BGE 92 II 243, 249 [www.bger.ch]).

Belirtmek gerekir ki, kanunda, asıl borçlunun ticaret sicilinden silinerek kişiliğinin sona ermesi sebebiyle, iki yıl boyunca sürmesi öngörülen müteselsil borçluluğun imkânsızlaşması halinde ne olacağı sorusuna cevap yoktur (Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 21; BGE 57 II 528, 531 [www.bger.ch]). Bizce bu halde, iflas etmiş bir borçlunun yanında müteselsil borçlu olarak yeni bir borçluya başvurma imkânı elde etmiş olan alacaklının daha fazla korunmaya ihtiyacı yoktur. O halde, alacaklının önceki borçluya başvurusunun da sağlanması suretiyle korunması amacıyla getirilen müteselsil borçluluk, devreden iflası sonrasında iflas masasında devam edecek ve tahsilat yapılamadan söz konusu tüzel kişilik sona erse de, alacaklı halen devralana başvurma imkânına sahip olacaktır. Kanaatimizce, söz konusu bu durumda cevaplanması gereken bir sorun yoktur.

¹⁰⁶⁸ **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 87. Malvarlığı veya işletmenin devri, müteselsil sorumluluğun sona ermesiyle birlikte, münferit bir borcun üstlenilmesiyle aynı kurtarıcı etkiyi kendiliğinden meydana getirir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 14, 274 ve 289; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 18; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 91-92; **Guhl/Koller**, §35, N. 28-31; BGE 63 II 14, 16 [www.bger.ch]).

¹⁰⁶⁹ **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 40; **Engel**, s. 908; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3634; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 399; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 244; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 28; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 181 OR, N. 9; **Guhl/Koller**, §35, N. 28; **Von Büren**, s. 354; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 17; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 14, dn. 81; **Buchli**, s. 83, dn. 81; **Bucher**, AT, s. 591, dn. 79; **Arkan**, s. 46; **Karahan**, s. 38; BGE 108 II 107, 109-110 (www.bger.ch). Burada bir hak düşürücü süre söz konusu olduğundan, sürenin kesilmesi, durması söz konusu olmayacak (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 260), sürenin işleyişi, borcun ikrarı ile kesilmeyecektir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 261; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 29. Bkz. BGE 110 II 387, 389-390 [www.bger.ch]). Burada belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi bir içtihadında, hak düşürücü sürenin kesilmesi için mutlaka dava açılması gerektiğini, ifa için yapılan ihbarın da süreyi keseceğini belirtmiştir (BGE 108 II 107, 110-111 [www.bger.ch]).

Ancak, belirtmek gerekir ki, buradaki müteselsil borçluluk süresinin (hak düşürücü sürenin) yanında, alacağın bağlı olduğu olağan zamanaşımı süresi de işlemeye devam eder (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 276; BGE 108 II 107, 110-111 [www.bger.ch]).

¹⁰⁷⁰ **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3634; **Acemoğlu**, s. 148 vd.; **Arıcı**, s. 200; **Saymen**, s. 264; **Tunçomağ**, s. 1147; **Eren**, s. 1254; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 28; **Von Tuhr/Escher**, s. 399; **Guhl/Koller**, §35, N. 28; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 244; **Von Büren**, s. 354; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 17; **Barandun**, s. 97, dn. 64; BGE 108 II 107, 109-110; BGE 61 II 148, 154 (www.bger.ch). Ancak, burada bir hakkın ileri sürülmesinde zaman sınırı söz konusu olmasına rağmen, bir yenilik doğuran bir hak söz konusu değildir. Bu durum, zamanaşımını akla getirebilir. Yine de süresi içinde alacak hakkının ileri sürülmemesi, burada hakkı sona erdirmektedir. Bu hak düşürücü süreye işaret eder (**Bucher**, AT, s. 591, dn. 79). Burada bir yenilik doğuran hak olmadığından ve alacak söz konusu olduğundan, bu alacağı hak düşürücü süreye tabi tutmak tartışılabilir (**Bucher**, s. 591, dn. 79). Bundan yola çıkan *Spiro* ise, bunu zamanaşımı olarak adlandırmamak için herhangi bir sebep olmadığını ve böyle adlandırmanın herhangi bir haksız sonuca yol açmayacağı düşüncesindedir (**Spiro**, Karl, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-

taayin etmiş olması istisnaidir. Kanaatimizce bunun nedeni, kanun gereği kurulmuş olan müteselsil borçluluk durumunun kanunen sona ermesinin istenmesi; borcun üstlenilmesi sonucuna ulaşmak için asıl borçluya karşı olan alacak hakkının düşmesinin arzu edilmesidir. Bu nedenle, kanunkoyucu, asıl borçluya bir def'i imkânı sağlamakla yetinmek istememiş ve hak düşürücü sürenin sonunda onun alacaklıya olan borcundan kurtulmasını düzenlemiştir.

Bu süre, muaccel borçlar için, "bildirme veya duyuru" tarihinden¹⁰⁷¹; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar (TBK. m.202/f.II)¹⁰⁷². Eğer alacağın muacceliyeti ihbara tabi ise, ihbarın yapılabileceği tarihten itibaren süre işleyecektir¹⁰⁷³. "Bildirme veya duyuru tarihi" ile kastedilen, ihbarın varması¹⁰⁷⁴ veya ilanın yayımlanması anıdır¹⁰⁷⁵. İlanın, ne zaman münferit alacaklı tarafından görüldüğü yahut öğrenildiği önemli deđildir¹⁰⁷⁶.

Verwirkungs- und Fatalefristen: Die Verjährung der Forderungen, Bd.I, Stämpfli Verlag, Bern 1975, §319, s. 760-761 [Arıcı, s. 200, dn. 403'den naklen].

İsv.Birl.K. m.75 uyarınca, müteselsil sorumluluk, devir işleminin ticaret siciline kaydı ile başlar. Bu süre, TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) hükmündeki süreden farklı olarak zamanaşımı süresidir (Durman, s. 81).

¹⁰⁷¹ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 255; Acemoğlu, s. 146-147; Funk, Art. 181 OR, N. 3; Fezyioğlu, s. 695; Durman, s. 80.

¹⁰⁷² ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 256; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 92; Von Büren, s. 354; Funk, Art. 181 OR, N. 3; Oğuzman/Öz, s. 597; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 25; Fezyioğlu, s. 695; Acemoğlu, s. 147-148; Saymen, s. 262 vd.; Durman, s. 80.

¹⁰⁷³ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 40; Engel, s. 908; Von Büren, s. 354; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 17; ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 257; Guhl/Koller, §35, N. 28; Bucher, AT, s. 591, dn. 78; BGE 63 II 14, 16 (www.bger.ch).

¹⁰⁷⁴ Varması gerekli ihbar, ilgili alacaklıya ulaşmadıkça süre başlamaz (ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 250; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 17. Karşıt görüş için bkz. Des Gouttes, FJS 70, s. 14: "Sürenin başlangıcı gönderme anıdır"). İhbar, alacaklının öğrenme alanına girdiği yani ona vardığı anda etkisini gösterir (Keller/Schöbi, s. 90). Gaipler arasında varmanın ne vakit gerçekleşmiş sayılacağı hakkında iki temel görüş vardır. Bunlardan ilki uyarınca "beyan, karşı tarafla öyle bir alan (saha, mekan) ilişkisi içine girmiş olmalıdır ki, bundan böyle, hayat tecrübelerine ve normal şartlara göre onu öğrenmek sadece muhatapın (karşı tarafın) elinde olmalıdır." İkinci görüş ise, "beyanın karşı tarafa o tarzda yakın bir duruma gelmesini arıyor ki, artık muhatap normal şartlar altında onu öğrenmek iktidarını kazanmış olsun ve söz konusu öğrenme bizzat onun tarafından alınan tedbirler veya iş hayatının adetleri uyarınca ondan beklenebilsin." (Kocayusufpaşaoğlu, §15, N. 8). Bizce burada önemli olan, beyanın muhatapının rahatça öğrenebileceği şekilde, onun bilgi alanına girmiş olmasıdır.

¹⁰⁷⁵ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 190 ve 249; BaslerKomm/Tschäni, Art. 181 OR, N. 13; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 16; Engel, s. 907; Saymen, s. 262 vd.; Tunçomağ, s. 1147; BGE 49 II 248, 250-251 (www.bger.ch). Öğretide bazı yazarlara göre, alacaklının ilan veya ihbardan önce devirden başka türlü haberi olmuşsa, süre öğrenme anından başlar (ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 251; BernerKomm/Becker, Art. 181 OR, N. 17). Buna karşı bazı yazarlar ise, kanun ihbar şartını öngördüğüne göre, ihbar dışında bir yolla devrin öğrenilmesinin kanuni şartları yerine getirmeyeceğini, dolayısıyla müteselsil borçluluk süresini başlatmayacağını belirtiyorlar (Durman, s. 113-114; Acemoğlu, s. 116). Bizce ihbarın yapılmasında "varma anı"nın esas alınmasının sebebi beyanda bulunana muhatapın dikkatsizliğine ya da kasten bilgi edinmekten kaçınmasına karşı korumaktır. Eğer varma anından önce bir şekilde beyanın içeriği muhatap tarafından öğrenilmişse, ayrıca kamu düzenini ilgilendiren bir durum olmadıkça, beyan hükümlerini erken öğrenme anından

Belirtmek gerekir ki, malvarlığı veya işletmenin devri karşılığında devralanın ödemeyi borçlandığı karşı edimin ifasının gerçekleşip gerçekleşmediği, borçların intikali anının tespitinde dikkate alınmaz¹⁰⁷⁷. Ayrıca, borçların nakli için devralanın herhangi bir faaliyete girişmiş olması; örneğin, işletmeyi işletmeye fiilen başlamış olması da gerekli değildir¹⁰⁷⁸.

Borca katılma sözleşmesinde borçlunun üstlenen ile akdettiği sözleşmenin kurulmasıyla müteselsil borçluluk gerçekleştiği halde, malvarlığı ve işletmenin devrine ilişkin yapılan akdin bu sonucu duyurunun yapılmasıyla doğurmasının sebebi; kanaatimizce, alacaklının korunması düşüncesidir. Müteselsil borçluluk süresi, alacaklıya yapılan duyuruyla başladığında; alacaklının devreden asıl borçluya başvurması için yeterli süre tanınmış olacaktır. Aksi takdirde, sürenin duyurudan değil, sözleşmenin kurulmasından itibaren başladığı kabul edilecek olsaydı; duyurunun geç yapılması tehlikesi ortaya çıkacak ve bunun sonucu olarak, devirden haberi olmayan alacaklının, iki yıllık süreyi kaçırarak asıl borçluya başvurma hakkını kaybetmesi riski söz konusu olacaktır. Bu nedenle, sürenin alacaklıya yapılan duyurudan başlamasını öngören kanunkoyucunun tercihi kanaatimizce yerindedir.

III. Hüküm ve Sonuçları

Bu başlık altında, borcun dış üstlenilmesinin hüküm ve sonuçları açıklanacaktır. Öncelikle borcun üstlenilmesinin aslî sonucu olan borçlunun değişmesi açıklanacak (A); ardından, borcun üstlenilmesinin borcun içeriğine olan etkisi incelenecektir (B).

Bundan sonra, borcun üstlenilmesinin hem borca hem de üstlenme ilişkisine yabancı olan, diğer bir deyişle üçüncü kişi konumundaki teminat verenler bakımından doğurduğu sonuçlar ele alınacaktır (C).

itibaren doğurabilir. Ancak, bunun ne zaman gerçekleştiğinin ispatı güçtür. Bunun varma anından önce öğrenildiğinin ispat edilememesi halinde, söz konusu süre varma anından itibaren başlayacaktır.

¹⁰⁷⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 191; BGE 75 II 302, 303 (www.bger.ch); **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 396; **Des Gouttes**, FJS 70, s. 9. İlanda süre, ilanın yapıldığı, ilk aleni yayın yapıldığı andan itibaren başlar. İlan, tüm alacaklılara karşı etki gösterir, onların öğrenmelerini beklemez. Onlar, hiç öğrenmeseler de etki gösterir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 253-254).

¹⁰⁷⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 8.

¹⁰⁷⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 211.

A. Borcun Borçlusunun Değişmesi

1. Maddi Hukuk Anlamında Borçlu Değişimi

a. Asıl Borçlunun Borçtan Kurtulması ve Yerine Üstlenenin Borç Altına Girmesi

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin asli sonucu, dar anlamda borcun pasif öznesinin, yani borçlusunun değişmesidir¹⁰⁷⁹. Borç, varlığını sürdürmeye devam ederken asıl borçlu borcundan kurtulur ve onun yerine üstlenen, borçlu duruma geçer¹⁰⁸⁰. Alacaklı, asıl borçluya başvurma imkânını kaybederken, yeni borçluya başvurma imkânı kazanır¹⁰⁸¹. Bu iki sonuç birbirine bağlıdır, diğer bir deyişle eş zamanlıdır ve birbirinden ayıramaz¹⁰⁸². Burada, cüzi halefiyet prensibinin bir sonucu olarak, borçlu değişmiş olmasına rağmen, borç önceki haliyle devam eder¹⁰⁸³. Üstlenen, borcu önceki borçlunun üstlenme anında sorumlu olduğu içerik ve ölçüde, onun yerine geçerek yüklenir¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁷⁹ Eren, s. 1243; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 1; ZürcherKomm/Spirig, 176 OR, N. 3; Oser/Schönenberger, Art. 176 OR, N. 11; Maurer, s. 303; Gaudemet, E., Etude, s. 512; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 72; Larenz, AT, §35, s. 603; Buchli, s. 70; BernerKomm/Becker, Art. 178 OR, N. 1; Rubach, s. 55; Uygur, s. 1150; BGE 121 III 256, 258 (www.bger.ch).

¹⁰⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 582; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 272; Eren, s. 1247; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 19; Saymen, s. 271; Uygur, s. 1144 ve 1150; BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 1 ve 9; Koller, §85, N. 20, s. 1416; ZürcherKomm/Spirig, 176 OR, N. 13 ve 34; Maurer, s. 5 ve 280; Bucher, AT, s. 580 ve 583; Von Tuhr/Escher, §99, s. 381 ve 383; Engel, s. 894; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3580 ve 3596; Keller/Schöbi, s. 76; Schwenzler, N. 91.06 ve 91.18-19; Von Büren, s. 343; BGE 121 II 256, 258 (www.bger.ch); CommRomand/Probst, Intro. N. 2 ve Art. 176 CO, N. 1 ve 10; Guhl/Koller §35 N. 1 ve 8; Larenz, AT, §35, s. 603; Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 1; Staudinger/Rieble, §414 BGB, N. 80; Esser/Schmidt, §37 II, s. 319; Larenz, AT, §35, s. 606; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 757; Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller, §414-415, N. 11; Looschelders, §54, N. 1162; Siedel, s. 9; Rubach, s. 55. Bu hukuki etki yenilemede de aynı şekilde görülür (Delebecque/Pansier, N. 512). Bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 812 vd.

¹⁰⁸¹ Braunschneider, s. 341; Detert, s. 81.

¹⁰⁸² BaslerKomm/Tschäni, Art. 176 OR, N. 9; CommRomand/Probst, Art. 176 CO, N. 12-13; Maurer, s. 5 ve 303; Engel, s. 899; Von Tuhr/Escher, §99, s. 383 ve 389; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3596; Braunschneider, s. 341; Wendt, s. 51. Borcun üstlenilmesinin iki etkisi de ayrılmaz şekilde birbirine bağlıdır: Üstlenen borç altına giremezse, borçlunun borcu da sona ermez. Borcun naklinin kurtarıcı etkisi olmazsa, bunun karşısında üstlenen de borç altına girmez. Bunların birbirinin karşılığı, adeta madalyonun iki yüzü olduğu söylenebilir (ZürcherKomm/Spirig, Art. 176 OR, N. 48 ve Art. 180 OR, N. 4). Yenileme yoluyla borçlunun değişiminde de, aynı etki tek bir işlemle ortaya çıkar (Delebecque/Pansier, N. 512).

¹⁰⁸³ Koller, §85, N. 2, s. 1412; Maurer, s. 5; Von Büren, s. 343.

¹⁰⁸⁴ Larenz, AT, §35, s. 606; Piltz, N. 253; BGB-RGRK/Weber, Vorbem. §414 BGB, N. 16; Tunçomağ, s. 1132 vd. “Değişen, borçlu sıfatıdır, yoksa borcun içeriği değişmemektedir.” (Hatemi/Gökyayla, §42, N. 19).

Borcun dış üstlenilmesi anından sonra alacaklı, asıl borçluya karşı söz konusu borçla ilgili herhangi bir talep yöneltemeyecektir¹⁰⁸⁵. Borcu üstlenenin borcu ihlal etmesi, ödeme güçlüğü içine düşmesi veya benzeri herhangi bir sebepten dolayı alacaklının asıl borçluya yönelik bir başvuruda bulunması yahut rücu talebi yöneltmesi mümkün değildir. Zira asıl borçlu, alacaklıya karşı yükümlülüğünden tamamen ve kesin olarak kurtulmuştur ve artık söz konusu borç dolayısıyla alacaklının muhatabı olmayacaktır¹⁰⁸⁶.

Benzer şekilde, asıl borçluya karşı elde ettiği ilam ile alacaklı, üstlenene karşı ilamlı icra yoluna gidemez. İcra emrinin etkisi, borcun üstlenilmesi sonrasına kadar uzanmaz. Zira, alacaklının önceki borçluya karşı elde ettiği ilam, yeni borçluya karşı ileri sürülemez. İlam, sadece taraflarını ve onların külli haleflerini bağlar (HMK. m.303/f.III)¹⁰⁸⁷.

Unidroit ilkelerine bakıldığında, borcun üstlenilmesine ilişkin olarak öngörülen düzenlemenin Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerine nazaran temel bir farkı göze çarpmaktadır. PICC. m.9.2.5 hükmüne göre, borcun üstlenilmesine rıza gösteren alacaklı, asıl borçluyu ibra edip etmemekte serbesttir. Onu ibra etmek yerine, “ikame borçlu” olarak da tutmayı seçebilir. Bu ihtimalde alacaklı, öncelikle üstlenene başvuracak ve onun ifayı gerçekleştirilememesi halinde, tali olarak asıl borçluya başvuracaktır¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ **Des Gouttes**, FJS 365, s. 5. Asıl borçlunun kurtulması katidir. Alacaklı, borcun nakline razı olmakla artık asıl borçluya başvuramaz. Geri dönüş, sadece borcun üstlenilmesi sözleşmesinden dönülmesi yahut sözleşmenin iptali halinde mümkün olur (**Maurer**, s. 280). Alacaklının el atabileceği malvarlığı değişmiş, artık borç asıl borçlunun değil, yenisini malvarlığından ifa edilecektir (**Von Büren**, s. 343).

¹⁰⁸⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 582; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 5.

¹⁰⁸⁷ **Kuru**, Baki/ **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, §18, s. 211; **Maurer**, s. 227-228; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 207; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 5. Bunun başlıca sebebi, Medeni Usul Hukukunun amacının taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözmek olmasıdır. Ayrıca, dava malzemesini de taraflar getirdiği için, kişinin tarafı olmadığı davanın sonuçlarından etkilenmesini önlemek gerekir (**Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kâmil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, §40, s. 557). Külli halefiyet halinde ise halef, kendiliğinden davada taraf haline gelir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 227. Bkz. **Brenner**, Monika, Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Bundesprivatrechts, Difo-Druck, Bamberg 1992, s. 29-30).

¹⁰⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

b. Üstlenenin Asıl Borçluya Rücu Hakkı

Asıl borçlu; alacaklıya karşı olan borcundan kurtulmakla beraber, üstlenen ile arasındaki ilişkinin nitelik ve içeriğine bağlı olarak üstlenenin yönelteceği rücu talebine muhatap olabilir¹⁰⁸⁹.

Üstlenen ve asıl borçlunun aralarında, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan bir rücu ilişkisi kurulmuş olabilir. Bu ihtimalde, üstlenen, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak, borcundan kurtardığı asıl borçluya rücu talebinde bulunabilecektir.

Elbette asıl borçluyla üstlenen arasında sözleşmesel bir rücu ilişkisi kurulmuşsa, öncelikle buna itibar edilmesi gerekecektir. Bunun dışında, Türk hukukunda, borcun iç üstlenilmesi gibi temel bir ilişkiye dayanmaksızın borcu üstlenen kişinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK. m.77 vd.; İsv. BK. m.62 vd.; §812 BGB; Fr. MK. m.1376 vd.) dayanarak borçluya rücu talebinde bulunabileceği kabul edilir¹⁰⁹⁰. Kanaatimizce, vekâletsiz işgörme hükümlerine (TBK. m.526 vd.; İsv. BK. m.419 vd.; §683-684 BGB; Fr. MK. m.1375) de başvurulmasında bir sakınca yoktur¹⁰⁹¹.

Ancak bu durumda, dikkat edilmesi gereken bir husus ise şudur: Asıl borçlunun rızası dahi aranmadan yerine geçen üstlenenin ona yönelteceği talebin içeriği asıl borcun içeriğiyle aynı olmalıdır. Diğer bir deyişle, alacaklı yerine üstlenene ifada bulunmak zorunda kalan asıl borçlunun hukuki durumu, alacağın

¹⁰⁸⁹ **Maurer**, s. 166-168 ve 232 vd. Belirtmek gerekir ki, üstlenenin önceki borçluya rücu hakkının olup olmadığı, aralarındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 175 OR, N. 83).

¹⁰⁹⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 577. Karşıt görüşte olan *Saymen*'e göre, burada üstlenenin asıl borçluya karşı yönelteceği bir rücu talebi mümkün değildir (**Saymen**, s. 271). Ancak yazarın açıklamalarından anladığımız kadarıyla, burada kastettiği, bir kanuni halefiyetin söz konusu olamayacağıdır. Yazar, diğer rücu ihtimallerini değerlendirmemiştir.

¹⁰⁹¹ Alman hukukunda, Söz konusu rücu talebinin hukuki dayanağı; §670 BGB uyarınca vekâlet, §683-684 BGB uyarınca vekâletsiz işgörme yahut §812 BGB uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümleri olabilir. §670 ve 683 BGB vekilin veya vekâletsiz işgörenin masraflarının tazmini borcunu müvekkile yükler. §684 ve 812 BGB ise, vekâletsiz işgörme yahut sebepsiz zenginleşme halinde elde edilen zenginleşmenin iadesini düzenler. Üstlenilen borç para borcu değilse, §818 Abs.2 BGB uyarınca, rücu talebi borçlunun kurtulduğu borcun (zenginleşmenin) değerine ilişkindir. Bu durumda, borçlu için sadece alacaklının değişmesi değil, aynı zamanda borcun konusunun değişmesi de söz konusu olur. Bunu önlemek için, rücu içeriği üstlenilen borcun içeriğiyle aynı olmalıdır. O halde, üstlenenin tek talebi, asıl borçlunun edimini aynen talep etmek olmalıdır (**Maurer**, s. 236).

temlikli hükümlerine kıyasen ağırlaşmamalıdır¹⁰⁹². Zira onun rızası alınmaksızın ifade bulunacağı alacaklı değişmiştir.

2. Usul Hukuku Anlamında Borçlunun Değişmesi

Devam etmekte olan davada davalıya ait borç da üstlenilebilir¹⁰⁹³. Borçluya karşı sürmekte olan derdest bir dava varken borcun üstlenilmesi halinde, dava temelsiz kalacaktır¹⁰⁹⁴. Bu davaya devam edilip bir hüküm verilse dahi, bu ihtimalde verilen kararın üçüncü kişilere etkisi olmayacak, bu anlamda söz konusu hüküm üstlenene karşı hükümsüz olacaktır¹⁰⁹⁵.

Usuli anlamda, HMK. m.125, İsviçre Medeni Usul Kanunu m.83 veya Alman hukukunda §265, 325 veya 727 ZPO anlamında bir taraf değişikliği yahut halefiyet söz konusu değildir¹⁰⁹⁶. Zira, bu hükümlerin uygulanabilmesi için dava konusu malın veya alacağın devri söz konusu olmalıdır. Bu hükümler, dava konusunun devri halinde borçlunun usuli durumunu korumak amacıyla davanın yeni alacaklı ile sürmesine yöneliktir. Borcun üstlenilmesinde uygulanmazlar¹⁰⁹⁷.

Nitekim borcun üstlenilmesi, üstlenenin asıl borçlunun yerine geçmesi anlamında bir halefiyet olsa da dava konusunun devri değildir. Bu nedenle, üstlenenin borçlu yerine geçerek davayı sürdürmesi mümkün değildir¹⁰⁹⁸. Alacaklı, borcun üstlenilmesine rıza göstermekle, sürmekte olan davanın derdestliğinden veya hakkında icra takibi olan borçludan vazgeçmiştir¹⁰⁹⁹.

Hakkında daha önce hüküm verilmiş yahut icrasına geçilmiş bir borcun üstlenilmesi de mümkündür. Bizce bu ihtimalde alacaklı; borcun üstlenilmesine rıza vermekle, borçluya karşı elde ettiği kesin hükme başvurma imkânından ve icradan

¹⁰⁹² Bkz. **Maurer**, s. 236.

¹⁰⁹³ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 206. Bkz. **Brenner**, s. 31-32.

¹⁰⁹⁴ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 85.

¹⁰⁹⁵ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 86.

¹⁰⁹⁶ **Maurer**, s. 227-228; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 15; **MünchenerKomm/Bydlinski**, Abschnitt 6, Schuldübernahme, Vorbem, N. 6.

¹⁰⁹⁷ Ancak, malvarlığı veya ticari işletmenin aktiflerine ilişkin sürmekte olan bir davada, malvarlığı ve işletme aktif ve pasifleriyle devrolmuş ise, dava konusunun devri nedeniyle taraf değişikliği gerçekleşebilir (Bkz. BGE 106 II 346, 348 [www.bger.ch]).

¹⁰⁹⁸ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 85.

¹⁰⁹⁹ Alacaklının burada ayrıca korunması söz konusu olmaz, zira borcun üstlenilmesi onun rızasıyla gerçekleşmiştir (**Wendt**, s. 60-61; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 86).

vazgeçmiştir¹¹⁰⁰. Karşıt görüşte olan *Kuru*¹¹⁰¹, borcu üstlenenin asıl borçlunun yerini almasından hareketle, alacaklının sürmekte olan takibe, kaldığı yerden yeni borçluya karşı devam etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, icrada alacaklının el atabileceği malvarlığı değişmiş olduğundan, yani alacaklının artık asıl borçlu yerine üstlenenin malvarlığına el atması gerektiğinden, icranın kaldığı yerden devam etmesi mümkün olmamalıdır. İcra, yeni borçluya karşı baştan başlayarak yürütülmelidir.

Borcun üstlenilmesinin gerçekleşmiş olmasına rağmen borçluya karşı takibe girişen alacaklıya karşı borçtan kurtulmuş olduğunu ispat yükü asıl borçludadır¹¹⁰².

B. Borcun İçeriğine Etkisi

Borcun üstlenilmesi kurumunun, borçlunun değişmesine yol açan diğer hukuki kurumlardan farkı ele alınırken görüldüğü üzere, borcun üstlenilmesinin onu üstün kılan özelliği, borçlunun değişmesine rağmen objektif içeriğinin bundan etkilenmemiş olmasıdır. Aşağıda, kurumun bu özelliği ve bunun sonuçları ele alınacaktır.

1. İlke

Kural olarak, borcun üstlenilmesiyle dar anlamda borcun pasif öznesi, yani borçlusu (sübjektif içerik) değişmekte; ancak objektif anlamda içeriği değişmemekte, alacak kanundaki istisnalar dışında aynı kalmaktadır¹¹⁰³. Buna “borcun içeriğinde özdeşlik (aynıyet) ilkesi” (*Prinzip der Identität der Schuld, principe d’identité*) denir¹¹⁰⁴. Borcun üstlenilmesi, bu anlamda bir cüzi halefiyet hali sayılır¹¹⁰⁵. Eski

¹¹⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 86 vd.

¹¹⁰¹ **Kuru**, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004, §14, s. 148. *Karşılı* da, borcun üstlenilmesi halinde asıl borçlunun borcundan tamamen kurtulacağını ve yerine üstlenenin geçeceğini söylerken, “*Takibin tarafları da buna göre belirlenecektir.*” demiştir (**Karşılı**, Abdürrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, Yenilenmiş 1. bası, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 65). Bu cümleden anladığımız kadarıyla yazar, *Kuru*’yla benzer görüştedir.

¹¹⁰² **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 91.

¹¹⁰³ **Koller**, §85, N. 2, s. 1412; **Maurer**, s. 5 ve 303; **Detert**, s. 67-78; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 518; **Berger**, §36, N. 2320; **Larenz**, AT, §35, s. 603 ve 606; **Von Büren**, s. 343; **Koziol/Welser**, s. 130; **Bartels**, s. 140; **Heilfron**, §39, s. 394; **Andreu**, N. 85 vd., s. 116 vd.; **Buchli**, s. 69-70; **Crome**, §203, s. 356 vd.; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §414 BGB, N. 7; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§414-415, N. 1; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1405-1406, N. 6; **Saleilles**, Etude, §4, N. 108; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 222 vd.; **Van de Sandt**, N. 256; **Rouhette**, s. 492; **Schmiedeberg**, s. 68; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 19; **Feyzioğlu**, s. 680 vd.; **Uygun**, s. 1144.

¹¹⁰⁴ **Tercier**, §36, N. 1768 ve 1787; **Eren**, s. 1251. Aynı yönde, **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 2; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3597; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 73; **Kramer**, N. 559; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 5;

borç ne sona erer ne de yeniden kurulur; daha ziyade varlığını ve içeriğini olduğu gibi değişmeden sürdürür¹¹⁰⁶. Diğer bir deyişle, eski borç tüm özellikleri ve kanunda açıkça belirtilmiş istisnalar dışında fer'ileriyle birlikte ayakta kalır¹¹⁰⁷.

Kısaca, yeni borçlu, borcu olduğu haliyle, aynı içerik ve kapsamda üstlenmiştir¹¹⁰⁸. Alacaklının hukuki durumunda bu anlamda kural olarak bir iyileşme olmaz¹¹⁰⁹. O halde, kural olarak borcun üstlenilmesi ile dar anlamda borca ilişkin olarak tek değişen borçludur¹¹¹⁰.

Buna karşın, borca katılma halinde katılan, alacaklıya karşı önceki borçluyla birlikte müteselsilen borçlu olur¹¹¹¹. Borcun kendisinden veya alacaklıyla olan hukuki ilişkisinden kaynaklanan ortak def'ileri ileri sürebilir. Önceki borçlunun şahsi def'ilerinden ise faydalanamaz¹¹¹². Bunun dışında, borca katılma halinde, asıl borçlu borçlu kalmaya devam ettiği için, onun lehine verilen teminatlar da aynen varlığını sürdürür¹¹¹³.

TBK. m.202 (İsv. BK. m.181) uyarınca, malvarlığı veya işletme devrinde borcun intikalinin hukuki sonuçları, münferit bir borcun üstlenilmesi sözleşmesinin sonuçlarıyla özdeştir¹¹¹⁴. Müteselsil borçluluk süresinin sona ermesiyle birlikte bu sonuçlar kendiliğinden meydana gelir¹¹¹⁵.

Motive, II, s. 142; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 1. "Ayniyet" ile kastedilen, selef ve halefin aynı içerikteki borca sahip olmasıdır (Konuyla ilgili bkz. **Ayrancı**, s. 58 vd.). Bir borcun içeriği ve varlığı değişmeksizin öznesi değişebilir (**Von Gierke**, s. 33 ve 49).

¹¹⁰⁵ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1.

¹¹⁰⁶ **Koller**, §85, N. 20, s. 1416; **Maurer**, s. 303; **Berger**, §36, N. 2320; **Benrey**, s. 12; **Tunçomağ**, s. 1132 vd. Ne de olsa, borcun içeriği, öznesinden bağımsızdır (**Von Gierke**, s. 49).

¹¹⁰⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 38; **Meier**, s. 33-34.

¹¹⁰⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 11; **Engel**, s. 899; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3596-3597; **Looschelders**, §54, N. 1165; **Schollmeyer**, s. 396; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 5 ve 8. Üstlenen, asıl borçlu hangi halde borçlu idiyse, aynı içerik ve kapsamda borçlu olur (**Medicus/Lorenz**, §65, N. 793).

¹¹⁰⁹ **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 320; **Kötz**, §13, N. 1265.

¹¹¹⁰ **CommRomand/Probst**, Art. 176 CO, N. 11; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3596-3597; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 390; **Benrey**, s. 12.

¹¹¹¹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

¹¹¹² **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 298; **Engel**, s. 904; **CommRomand/Probst**, Intro. N. 13.

¹¹¹³ Bkz. **Özen**, Kefalet, s. 90.

¹¹¹⁴ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 18; **Buchli**, s. 74.

¹¹¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 3, b. Asıl borçlu yükümlü kalmayı sürdürdükçe, alacağa bağlı fer'i haklar varlığını sürdürür. Teselsül süresinin sona ermesiyle birlikte borcun borçlunun şahsına bağlı olmayan fer'ileri üstlenene intikal eder (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 295; **Von Tuhr/Escher**, §99, s.

2. Borcun Fer'ileri ve Yan Borçlar Bakımından Etkisi

a. Genel Olarak

Borcun dış üstlenilmesi, kural olarak borcun bünyesinde (objektif içeriğinde) bir değişiklik yapmaz¹¹¹⁶. Bu borç, asıl borçlu açısından ne durumda ise, yeni borçlu için de (kanundaki istisnalar haricinde) aynı durumda devam eder¹¹¹⁷. Diğer bir deyişle, kural olarak borcun fer'ileri de borcun kendisiyle birlikte intikal eder (TBK. m.198/f.I; İsv. BK.178/f.I; §1407 ABGB)¹¹¹⁸. Bu sebeple, üstlenilen borcun alacaklısı, alacağına bağlı olan hakları yeni borçluya karşı da ileri sürebilecektir¹¹¹⁹. Ancak alacaklı, asıl borçlunun kişiliğine bağlı olan hakları, yeni borçluya karşı ileri süremeyecektir¹¹²⁰.

Borcun fer'ilerinden bahsedilirken esasen alacağa bağlı (fer'i) haklar¹¹²¹, seçimlik haklar¹¹²² ve dar anlamda borca ilişkin yenilik doğuran haklardan¹¹²³ bahsedilmektedir. Fer'i haklara örnek olarak; işlemiş ve işleyecek faizler¹¹²⁴, kötü ifa veya ifa etmeme halinde ortaya çıkan sözleşme cezası¹¹²⁵, borca aykırılık sebebiyle

399; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3633-3634; **Von Büren**, s. 354; **Bucher**, AT, s. 591; **Engel**, s. 908; **Keller/Schöbi**, s. 92).

¹¹¹⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 582; **Maurer**, s. 283; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 518; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Benrey**, s. 139 vd.; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2; **OFK-Schauelberger/Keller**, Art. 178 OR, N. 1; **Rouhette**, s. 492.

¹¹¹⁷ Örneğin, borcun konusu olan edim, edimin ifa yeri ve ifa zamanı değişmeyecektir (**Koller**, §85, N. 20, s. 1417; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 49; **Maurer**, s. 283 vd.).

¹¹¹⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 2; **Gaudemet, E.**, Etude, s. 524; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 19; **Oser/Schönenberger**, Art. 178 OR, N. 3; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 319; **Koziol/Welser**, s. 130; **Heilfron**, §39, s. 395; **Albert**, s. 2; **Funk**, Art. 178 OR, N. 1; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 55; **Köhler**, s. 39 vd.; **Meier**, s. 37; **Riedel**, s. 20; **Meyer, J.**, s. 59; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 20; **Feyzioğlu**, s. 680; **Velidedeolu/Özdemir**, eBK. m.176, N. 1.

¹¹¹⁹ **Eren**, s. 1250-1251; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 176 OR, N. 31 ve Art. 178 OR, N. 16; **Keller/Schöbi**, s. 80; **Huguenin**, N. 1392.

¹¹²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, B, 2, b.

¹¹²¹ Alacağın temlikinde olduğu gibi borcun üstlenilmesinde de, asıl hakkın fer'ilerinin, bir kişiden diğerine geçen alacağı takip etmesi (ona refakat etmesi) söz konusudur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 4).

¹¹²² **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1; **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 3; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3599.

¹¹²³ **Engel**, s. 900; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 22; **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 3; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1.

¹¹²⁴ Faizin fer'i niteliğiyle ilgili olarak bkz. **Helvacı**, Mehmet, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.50 vd.

Elbette ki, üstlenmeden itibaren ortaya çıkan faiz, üstlenenin yükümlülüğündedir. Zira, üstlenen bu andan itibaren anaparanın ve ondan kaynaklanan faizlerin tartışmasız olarak borçlusudur (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 25; **Tunçomağ**, s. 1133).

¹¹²⁵ Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen dönme cezası değil, borcun ifa edilmemesi veya eksik yahut geç ifa edilmesi halleri için öngörülen ceza koşuludur.

ödenecek tazminatlar¹¹²⁶, rekabet yasağı, rehin ve kefalet verilebilir¹¹²⁷. Seçimlik haklar için ise, tahkim şartı örnek oluşturabilir. Yenilik doğuran haklar bakımından ise, takas beyanında bulunma veya opsiyon hakları örnek teşkil edebilir.

b. Genel Kuralın İstisnaları

Borcun üstlenilmesinin bir cüzi halefiyet hali sayılması dolayısıyla içeriğinin değişmeden yeni borçluya intikal edeceğine dair genel kurala yukarıda değinmiştik¹¹²⁸. Bu genel kural uyarınca, borç tüm fer'ileriyle birlikte intikal edecektir.

Kanunlarımızda bu genel kurala iki istisna kabul edilmiştir. Buna göre, sözleşme veya hakkın niteliği gereği borçlunun şahsına bağlı olan ve ondan ayrılamayan haklar ile, kefilin ve rehin tesis eden üçüncü kişinin sorumlulukları bu ilkedden ayrık tutulmuştur.

İlk istisna, ayrılamaz şekilde kişiye bağlı olan hakların sonraki borçluya (sözleşme veya hakkın niteliği gereği¹¹²⁹) geçememesidir. Bu haklar kişiye o kadar sıkı bağlıdır ki zaten ondan başka kimseye geçmeyecek, önceki borçlunun borcundan kurtulmasıyla bu haklar da yok olacaklardır¹¹³⁰. Borçluların tabii veya

Sözleşme cezası, borçlunun borcunu kusuruyla ifa edememesi veya eksik yahut geç ifa etmesi şartlarının gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak; alacaklının, zararı ispat koşuluna bağlı olmaksızın, önceden aralarında kararlaştırdıkları bir edayı talep edebileceği sözleşmesel bir yaptırımdır. Tüm sözleşmeyi değil, sadece ilgili borcun ifa edilememesi halini ilgilendirir. Sözleşme cezasının fer'i niteliği için bkz. **Erdem**, Mehmet, *La clause pénale, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit*, Ankara 2006, s. 84 vd.; **Günay**, Cevdet İlhan, *Cezai Şart*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 28. Asıl borç üçüncü bir kişiye intikal ettiğinde, dar anlamda borcun fer'isi olan sözleşme cezası da borçla birlikte bu kişiye geçer (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 32; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Günay**, s. 100). Bu henüz muaccel olmamış sözleşme cezaları için tartışmasız geçerlidir (**Des Gouttes**, FJS 365, s. 6).

¹¹²⁶ Götürü tazminat, sözleşme cezası olmayıp, alacaklıyı zararını ispatlamak yükünden kurtaran bir zarar tespiti sözleşmesidir. Kişiyi sözleşmenin şartlarını yerine getirmeye sevk etmek gibi bir amacı yoktur. Borca aykırılık halinde, ödenecek tazminatı tespit eder. Borçlu aksini ispat etmedikçe zararın belirlenen meblağ kadar olduğunu anlaşmayla belirler. Bu bakımdan sözleşme cezasından ayrılır (Bkz. **Sarı**, Suat, *"Götürü Tazminat Kavramı Üzerine"*, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul Üniversitesi, XII Levha, s.299-304). Bu nedenle, "sözleşme cezası" başlığı altında değil; ödenecek tazminatlar arasında sayılması gerekir.

¹¹²⁷ Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 582; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 23. Fer'i hakların neler olduğuna dair TBK. m.131/f.I hükmünde *"Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur."* denmiştir.

¹¹²⁸ Bkz. İkinci Bölüm, I, B ve Üçüncü Bölüm, III, B, 1.

¹¹²⁹ **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 4; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 4; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3601; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 56 vd.

¹¹³⁰ **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 4; **Koller**, §85, N. 26, s. 1418; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 17 ve 58; **Keller/Schöbi**, s. 81; **Oser/Schönenberger**, Art. 178 OR, N. 4; **Berger**, §36, N.

mesleki vasıfları ile de ilgili olabilir. Böyle bir bağıllık, fer'i hakkın özel doğasından da kaynaklanıyor olabilir. Örneğin, tacirler için öngörülen temerrüt faizi işleyişi veya borçlunun kişiliği veya görevi gereği özel yetkili mahkemelere başvurma gerekliliği tamamen borçlunun kişiliğiyle ilgilidir ve yeni borçluya etki etmeyecektir¹¹³¹.

Diğer bir örnekte ise, alacaklı önceki borçlunun şahsına karşı haiz olduğu takas hakkını yeni borçluya karşı kullanamayacaktır¹¹³². Benzer şekilde, asıl borçlunun şahsı dolayısıyla zamanaşımını durduran sebepler¹¹³³, yeni borçlu döneminde devam etmez.

Bazı hallerde, borçlunun kimliğinden ayrılmaz derecede sıkı bağlantı, özel bir anlaşma sebebiyle de var olabilir. Nasıl ki borcun üstlenilmesi, taraf iradeleriyle, kısmi bir borç ile sınırlanmış olabiliyor ise, fer'i hakların ayırık tutulması da mümkündür¹¹³⁴.

İkinci istisna ise, üçüncü kişiler tarafından verilen aynî veya şahsi teminatlar ile ilgilidir. Buna aşağıda, teminat verenlerin durumları incelenirken değinilecektir¹¹³⁵.

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin tarafı olmaya bağlı haklar dar anlamda borcun üstlenilmesinden etkilenmezler. Zira üstlenen geniş anlamda

2325; **Huguenin**, N. 1393; **Siedel**, s. 26; **Meier**, s. 37; **Feyzioglu**, s. 681. Bkz. **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.176, N. 1; **Uygur**, s. 1151.

¹¹³¹ **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 4. Borçlunun tacir kimliği dolayısıyla fer'i hakkın doğasında bir değişiklik söz konusuysa, diğer bir deyişle önceki borçlunun tacir olması dolayısıyla yükümlülüğü, üstlenen tacir değilse ona geçmeyecektir. Örneğin, tacir olmayan bir üstlenen, bir tacirin borcunu İsv. BK. m.104/f.III uyarınca işlemiş temerrüt faiziyle birlikte üstlenirse, o takdirde gelecekteki temerrüt faizi için, eğer aykırı sözleşme düzenlenmemişse, buna ilişkin gerekli (tacir olma) vasfında eksiklik olduğuna dayanabilir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 61). Zira kendisi tacir değil, işlemiş faiz değişmez ama gelecekteki faizler için ticari faiz uygulanmamalıdır.

Aksi ihtimalde ise, tacir üstlenen, tacir olmayan bir kişinin alade borcunu üstlendiğinde, tacir üstlenene karşı artık ticari faizin uygulanması mı gerekecektir? Kanaatimizce, bu soruya da olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira, üstlenen borcu kural olarak olduğu gibi üstlenir. Üstlenenin tacir olması, borç için uygulanacak faizi ticari faize dönüştürmez.

Tacirler veya işçiler için öngörülen, ticaret veya iş mahkemesine başvuru zorunluluğu, tacir ya da işçi değilse üstlenen için söz konusu olmaz (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 71; **Keller/Schöbi**, s. 81).

¹¹³² **BGB-RGRK/Weber**, §417 BGB, N. 9; **Rouhette**, s. 493; **Niggebrügge**, s. 33; **Ostermeyer**, s. 119; **Dernburg**, §158, s. 436. Alman hukukunda §417 Abs.1 BGB'de açıkça belirtilen bu hükme aslında ihtiyaç yoktur. Zira müteakabiliyet olmaması sebebiyle zaten kendiliğinden takas koşulları oluşmamış olacaktır (**Meyer, W.**, s. 35).

¹¹³³ Zamanaşımını durduran sebepler TBK. m.153 hükmünde sayılmıştır.

¹¹³⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 60.

¹¹³⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, C.

borç ilişkisine taraf olmamakta, sadece dar anlamda borç ilişkisinin öznesi haline gelmekte, yani sadece münferit borcu üstlenmektedir¹¹³⁶.

Yetki anlaşması, objektif karakterli ise ve sadece belli bir kişi (borçlu) temel alınarak yapılmamışsa, borcun kaderini takip ederek üstlenene geçer¹¹³⁷.

c. İşlemiş Faizlerin ve Muaccel Olmuş Sözleşme Cezasının Akıbeti Hakkında Tartışma

Borcun dış üstlenilmesinden önce işlemiş ve muaccel hale gelmiş faizlerin, gerçekleşmiş olan cezai şart dolayısıyla ortaya çıkan sözleşme cezasının ve sözleşmenin ihlalden doğan tazminat taleplerinin asıl borçla birlikte üstlenene geçip geçmeyeceği tartışmalıdır.

Öğretide ağırlıkta olan görüşe göre¹¹³⁸, borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça bu borçların da asıl borçluya geçtiği kabul edilmelidir. Zira, bu görüşü savunan yazarlara göre; asıl borçluya ait borçların veya sorumluluğun yine asıl borçlunun üzerinde kalması, borcun dış üstlenilmesi kurumunun amacına ve mahiyetine aykırı düşmektedir.

Diğer bir görüş ise¹¹³⁹, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça bu borçların yeni borçluya geçmeyeceğini savunmaktadır. Buna göre; muaccel hale gelmiş sözleşme cezası ve faizler, fer'i karakterlerini kaybeder ve bu sebeple bu konuda ayrıca zikredilmemişler ise yeni borçluya intikal etmezler¹¹⁴⁰. İşlemiş faize ilişkin olarak bu görüşe karşı çıkan yazarlar, faizin vadesi gelmekle hukuki olarak fer'i niteliğini kaybetmeyeceği ve bu sebeple asıl alacağın kaderini takip edeceğini ileri sürerler¹¹⁴¹.

¹¹³⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1. Üstlenen, sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı olan dönme veya iptal beyanında bulunma gibi haklardan faydalanamayacaktır (**Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 84).

¹¹³⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 72.

¹¹³⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 582-583; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 276-277; **Eren**, s. 1250-1251; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 20; **Saymen**, s. 269; **Tunçomağ**, s. 1133; **Uygur**, s. 1152; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 477; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 38; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 392 vd.; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3599; **Keller/Schöbi**, s. 80; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2; **Keller/Schöbi**, s. 80; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 20, 26 vd. Karşıt görüş için bkz. **Unger**, Schuldübernahme, s. 30, dn. 51.

¹¹³⁹ **Tunçomağ**, s. 1133; **Oser/Schönenberger**, Art. 178 OR, N. 3.

¹¹⁴⁰ **Des Gouttes**, FJS 365, s. 6, dn. 25; **Köhler**, s. 40; **Meier**, s. 38; **Riedel**, s. 21; **Meyer, J.**, s. 64; **Koller**, §85, N. 27, s. 1418.

¹¹⁴¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 20; **Tercier**, §36, N. 1787; **Saymen**, s. 269; **Uygur**, s. 1152.

Bir görüşe göre ise¹¹⁴²; üstlenenin önceden doğmuş faiz borcundan haberi yoksa, söz konusu borçtan sorumlu olmaz.

Elbette ki, bu alacakların asıl alacaktan ayrılarak ayrıca talep yahut devredilmiş olmaları ihtimal dahilindedir. Bu halde, zaten asıl borçtan kaderleri ayrılmış olan bu borçların, asıl borçla birlikte üstlenilmesi tartışma konusu olmaz. Burada tartışma konusu olan, işlemiş faizler ile doğmuş sözleşme cezalarının asıl alacağa bağlılıklarını henüz yitirmemişler ise, üstlenme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleridir. Kanaatimizce, burada dış üstlenmeye ilişkin anlaşmadaki taraf iradelerini dikkate almak ve yorumlamak gerekir¹¹⁴³. Aksi taraf iradelerinden anlaşılmadıkça, üstlenenin amacının asıl borçluyu bu ilişkiden doğan borcun tamamından tüm fer'ileriyle birlikte kurtarmak olduğu düşünülmelidir. Bu durumda, iradeler güven ilkesi çerçevesinde aksi yönde yorumlanmadıkça, asıl borçlu döneminde doğmuş olan sözleşme cezası ve faizlerin de üstlenildiğinin ve intikalinin kabulü gerekecektir¹¹⁴⁴.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, alacaklı ve üstlenenin ilke olarak, fer'i hakların ana alacağın kaderine tabi olmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu şekilde bir anlaşmayla, borcun sadece bir kısmı da üstlenilebilir. Alacaklı, kendisine ait hakkın bölünmesi konusunda (bölünebilir bir borç söz konusu ise) üstleneninle anlaşabilir. Bazı fer'i hakların intikalini ayırık tutabilir. Bu anlaşmada, borçluya söz hakkı vermeye ihtiyaç duyulmamasının sebebi, borçlunun yükümlülüğünün aynen kalmış olması, yani hukuki durumunun ağırlaşmamış olmasıdır¹¹⁴⁵.

Kanaatimizce, borçludan borcun varlığına ve içeriğine ilişkin bilgi almak ve üstlendiği borcun kendisini ne gibi sorumluluklar altına sokacağını araştırmak üstlenenin sorumluluğundadır. Bu durumda, borcu üstlenmesi halinde muhtemelen karşı karşıya kalacağı riskleri bertaraf etmek onun işidir. Borç üstlenme öncesinde muaccel olan sözleşme cezasından ve faizlerden sorumluluğunu ayırık tutmak, yani kapsam dışında bırakmak üstlenene kalmıştır. Bu nedenle, bu iradeyi göstermeyen

¹¹⁴² *Gürgens*'e göre, eğer üstlenenin faizden haberi yoksa söz konusu faiz borcu intikal etmeyecektir (*Gürgens*, s. 290-291).

¹¹⁴³ Aynı yönde, bkz. **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2.

¹¹⁴⁴ Doğmuş olan sözleşme cezasının asıl borcun ibrası ile sona erip ermeyeceğini tartışırken *Erdem* de benzer bir görüş ileri sürmüştür, taraf iradelerinin asıl borçluyu tüm borcundan kurtarmak yönünde olması yahut bu şekilde yorumlanabilecek olması halinde doğmuş sözleşme cezasının da asıl borçluyu tamamen kurtaracak şekilde sona ermesi gerektiğini ifade etmiştir (*Erdem*, Clause Pénale, s. 188).

¹¹⁴⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 21.

üstlenenin, borçluyu borcundan tamamen kurtarmayı hedef tuttuğu ve dolayısıyla muaccel sözleşme cezalarını ve faizleri de üstlendiğinin kabulü gereklidir¹¹⁴⁶. Aynı gerekçeyle, borcun üstlenilmesinden önce, asıl borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle oluşan tazminatların da üstlenene intikal etmesi gerektiği kabul edilebilir¹¹⁴⁷.

d. Rüçhan Haklarına İlişkin Tartışma

Rüçhan haklarının da, fer'i haklar içinde anlaşılması gerekir¹¹⁴⁸. Ancak bunların, fer'i haklar gibi üstlenene geçip geçmeyeceği tartışma konusudur¹¹⁴⁹.

Öğretide¹¹⁵⁰, önceki borçlunun şahsına karşı alacaklının sahip olduğu imtiyazların yeni borçluya karşı ileri sürülemeyeceği, alacaklının borcun üstlenilmesine razı olduğu anda bunların sona ereceği öne sürülmektedir. Buna göre, borçlunun şahsına bağlı rüçhan hakları¹¹⁵¹, özellikle İİK. m.206 (İsv.İİK. m.219) hükmünde düzenlenen iflas imtiyazları¹¹⁵² son bulur, üstlenene geçmez. Diğer bir deyişle, imtiyazlı olan söz konusu alacağın alacaklısı, borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesinden sonra bu imtiyazlardan yararlanamayacaktır¹¹⁵³. Zira

¹¹⁴⁶ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 34; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2; **Engel**, s. 900; **Keller/Schöbi**, s. 80. Üstlenenin, borcu üstlenirken, söz konusu borç hakkında gerekli araştırmayı yapmış olduğunu ve yeterli derecede bilgi sahibi olduğu farz olunur (**Saymen**, s. 269).

¹¹⁴⁷ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 36.

¹¹⁴⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 44. Roma hukukunda ise imtiyazlar, alacağın veya alacağa ilişkin davanın bir niteliğidir. Bir fer'i hak olarak değerlendirilmezler (Bkz. **Gaudemet, E.**, Etude, s. 81, dn. 1).

¹¹⁴⁹ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 63; **Eren**, s. 1251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 277; **Oğuzman/Öz**, s. 583; **Saymen**, s. 269-270; **Tunçomağ**, s. 1134; **Feyzioğlu**, s. 681; **Arsebük**, s. 12; **Uygur**, s. 1151; **Koller**, §85, N. 28, s. 1418; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 4; **Tercier**, §36, N. 1787; **Berger**, §36, N. 2325; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Huguenin**, N. 1393; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 794; **NK-BGB/Kreffe/Eckardt**, §418 BGB, N. 6; **Funk**, Art. 178 OR, N. 1; **Von Blume**, Novation, s. 128; **Hasler**, s. 94; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Siedel**, s. 10; **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Von Büren**, s. 345; **Oertmann**, s. 342; **Heilfron**, §39, s. 396; **Cosack**, §116, s. 397; **Detert**, s. 87-88; **Benrey**, s. 141; **Buchli**, s. 75; **Crome**, §203, s. 358; **Riedel**, s. 21; **Von Gierke**, s. 60; **Herz**, s. 78-79; **OFK-Schauelberger/Keller**, Art. 178 OR, N. 3; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§418, N. 4; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 250; **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 27; **Köhler**, s. 28; **Meier**, s. 39-40; **Meyer, J.**, s. 57 vd.

¹¹⁵⁰ **Eren**, s. 1251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 277; **Koller**, §85, N. 28, s. 1418; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 4.

¹¹⁵¹ Bazı özel kanunlarda, alacağın imtiyazlı veya rüçhanlı olduğu belirtilmiştir. Bunlara örnek olarak, Kat Mülkiyeti Kanunu m.22/f.III ve Avukatlık Kanunu m.166/f.II ve IV gösterilebilir.

¹¹⁵² Alacaklar kanunda dört sıra halinde sayılmış olup, bunlardan ilk üçü imtiyazlı, son sıradakiler ise imtiyazsız alacaklardır. Üst sıradaki alacaklar ödenmeden alt sıradaki alacaklılara ödeme yapılamaz (**Sungurtekin-Özkan**, Meral [**Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet], İcra ve İflas Hukuku, 10. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012s. 719 vd.; **Kuru**, İcra ve İflas, §91, s. 1070 vd.).

¹¹⁵³ Borçlunun şahsına ondan ayrılamayacak kadar bağlı olan haklara örnek olarak, iflastaki rüçhan hakları yeni borçluya geçmeyecektir (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 2; **ZürcherKomm/Spirig**, Art.

bunlar, borçlunun kişisel durumundan veya alacaklıyla ilişkisinin özelliğinden doğan imtiyazlardır.

Bu görüş uyarınca, bütün iflas imtiyazları, hâkim görüş uyarınca borçlunun kişiliğiyle ayrılamaz şekilde bağlı görülür ve borcun üstlenilmesiyle birlikte sona erer¹¹⁵⁴. Diğer bir deyişle, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu iflas imtiyazları (İİK. m.206; İsv.İİK. m.219), üstlenenin iflası halinde uygulama alanı bulmaz¹¹⁵⁵. Alman hukukunda bu görüş kanunen kabul edilmiştir (§418 Abs.2 BGB)¹¹⁵⁶.

Fransız hukukunda ise, yenilemenin gerçekleşmesiyle birlikte imtiyazların sona ereceği, ancak bu konuda sözleşmede aksine düzenleme yapılabileceği, alacaklının çekince verebileceği düzenlenmiştir (Fr. MK. m.1278)¹¹⁵⁷. Oysa burada, yenilemenin eski borcu sona erdirirken, onu tüm nitelikleriyle söndürüyor olması gerekirdi. Örneğin, sona eren borç bir ticari borç olabilir yahut işçi alacağı olabilir. Ancak, yenilemeyle birlikte eski borca ait bu özelliklerin ve dolayısıyla bunlara bağlanan imtiyazların sona ermesi gerekirdi. Fransız kanunkoyucusu bu düzenlemeyle, cüzi halefiyete yakın sonuçlar elde etmek istemiştir¹¹⁵⁸.

Alman hukuk öğretisinde, imtiyazların borcun üstlenilmesiyle sona ermesi düşüncesine karşı çıkan *Von Blume*; alacaklının kanun gereği sahip olduğu bir imtiyazın sona ermesinin geçerli bir gerekçesinin bulunmadığını ve imtiyazların üstlenene karşı ileri sürülemeyeceğini savunmanın anlaşılmaz olduğunu ileri

178 OR, N. 56 vd.; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 393-393; **Keller/Schöbi**, s. 81; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3602).

Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, malvarlığı ve işletme devrinde iflas imtiyazlarının devralana geçeceğini, devredilebilir olduğunu belirtmiştir (BGE 119 V 389, 399-400 [www.bger.ch]).

¹¹⁵⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 66; **Tercier**, §36, N. 1787; **Berger**, §36, N. 2325; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Huguenin**, N. 1393; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 794; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §418 BGB, N. 6; **Funk**, Art. 178 OR, N. 1; **Arsebük**, s. 12; **Uygur**, s. 1151.

¹¹⁵⁵ **Larenz**, AT, §35, s. 610; **Von Büren**, s. 345; **Oertmann**, s. 342; **Heilfron**, §39, s. 396; **Cosack**, §116, s. 397; **Detert**, s. 87-88; **Benrey**, s. 141; **Buchli**, s. 75; **Crome**, §203, s. 358; **Riedel**, s. 21; **Oğuzman/Öz**, s. 583; **Saymen**, s. 269-270; **Tunçomağ**, s. 1134; **Feyzioğlu**, s. 681; **Von Gierke**, s. 60; **Herz**, s. 78-79; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 178 OR, N. 3; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§418, N. 4; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 250; **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 27; **Köhler**, s. 28; **Meier**, s. 39-40; **Meyer, J.**, s. 57 vd.

¹¹⁵⁶ Alman hukukunda, §418/II BGB hükmüne göre, üstlenenin iflası halinde, alacağa bağlı rüçhan hakları, yürütülecek olan iflas usulünde üstlenenin malvarlığı üzerinde ileri sürülemez (Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 70; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Siedel**, s. 10).

¹¹⁵⁷ **Terré/Simler/Lequette**, N. 1438.

¹¹⁵⁸ **Gaudemet, E.**, Etude, s. 259-263.

sürmektedir¹¹⁵⁹. Bu görüşe göre, iflas imtiyazları borçlunun şahsına değil, alacağa bağlıdır¹¹⁶⁰. Zira, imtiyaz hakkının, alacağın özel doğasında temeli vardır; değişen borçlunun kimliğinde değil¹¹⁶¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanunda aksi yönde bir düzenleme bulunmadığına göre, cüzi halefiyet prensibi gereği söz konusu imtiyazların devamı gerekir¹¹⁶².

Konuyla ilgili olarak, alacağın temlikiyle kıyas yapılması, mesele hakkında karar vermek için yeterli değildir. Zira, alacağın temliki ile borcun üstlenilmesinde ilişki bütünüyle farklıdır. İmtiyazlı bir alacağın (örneğin, işçi ücreti) öncelik sırasıyla birlikte temlik edilebilir olması, alacaklının değişmiş olmasına rağmen sorumlu olan borçlunun, yani borcun ödenmemesi halinde el atılabilecek malvarlığının değişmemiş olmasındandır. Bu öncelikli alacak ile yükümlü olan malvarlığına karşı, alacaklı kim olursa olsun öncelikli bir alacağa sahip olacaktır. Nitekim, alacaklının kimliğinden bağımsız olarak borçlu zaten bunu ödemekle mükelleftir¹¹⁶³.

Kanaatimizce iflas imtiyazları, borçlunun malvarlığından tahsil edileceği için imtiyazlıdır. Söz konusu imtiyaz, o malvarlığının iflası halinde yürürlüğe girecektir¹¹⁶⁴. Oysa, borçlunun değişimi, sorumluluğun yüklendiği malvarlığında değişikliğe yol açar. Artık, borç borçlunun malvarlığından değil; üstlenenin malvarlığından ifa edilecektir. O halde, başka bir kişinin (üstlenenin) malvarlığına el atmayı gerektiren bir sorumluluk için söz konusu imtiyazın bir geçerliliği yoktur.

Bu görüşü desteklemek için çeşitli gerekçeler gösterilebilir. Bizce, borcun üstlenilmesini kabul eden alacaklıya, üstlenenin iflasında bir rüçhan hakkı tanımak için hiçbir sebep yoktur. Burada artık bir işçi yahut hekim değil, ancak yeni borçlunun ödeme kabiliyetine güvenmiş olan alacaklı söz konusudur¹¹⁶⁵.

Hatta üstlenen açısından bakıldığında, imtiyazların geçişini haklı gösterecek daha az sebep buluyoruz. Üstlenenin rüçhan hakkına konu olan imtiyazlı bir borcu

¹¹⁵⁹ **Von Blume**, Novation, s. 128. Aynı yönde bkz. **Hasler**, s. 94.

¹¹⁶⁰ Bkz. BGE 49 III 201, 202 (www.bger.ch).

¹¹⁶¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 65.

¹¹⁶² **Köhler**, s. 54. *Gaudemet*'ye göre, imtiyazlar, borcun objektif içeriğinde bir değişiklik olmadan intikal etmesinin doğal sonucu olarak, yeni borçlu için de geçerli olmalıdır (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 527-528).

¹¹⁶³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 64.

¹¹⁶⁴ Aynı yönde bkz. **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 4.

¹¹⁶⁵ Aynı yönde bkz. **Tunçomağ**, s. 1134. Kaldı ki, borcun *causa*'sı değişiktir, imtiyazlar önceki *causa*'ya dayanmaktadır. Örneğin, borcu üstlenen bir işveren sıfatıyla borçlanmamaktadır. Zira üstlenen, işverenin kendisi değil, bir üçüncü kişidir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 69).

üstlenmesi halinde, imtiyazların alacaklı lehine devamı söz konusu olsaydı; üstlenen, bu yabancı borcu üstlenmekle kendi öz alacaklılarının durumunu ağırlaştırmış olacaktı. Bizce, bu durumu kabul etmek için hiçbir haklı gerekçe yoktur. Aksine üstlenenin diğer alacaklılarını korumak için bu rüçhan haklarının üstlenene karşı ileri sürülmesinin kabul edilmemesi gerekir¹¹⁶⁶. Zira imtiyazlı bir alacaklı iflasa girecek olursa, önceki imtiyazsız alacaklıların durumu kötüleşecektir. Oysa, yeni ve imtiyazlı bir alacaklının öncelikli olarak sıraya girerek üstlenenin kendi öz alacaklılarını ikinci planda bırakmasına müsaade edilmemelidir.

Malvarlığı ve işletme devrinde rüçhan haklarına ne olacağı ise başka bir tartışmanın konusudur. *Von Büren*'e göre, malvarlığı veya işletme devrinde, münferit bir borcun üstlenilmesinden farklı olarak *causa* değişmez. Üstlenen (malvarlığı veya işletmeyi devralan), önceki borçlunun hukuki konumuna olduğu gibi yerleşir. Kısaca, önceki borçluya ilişkin rüçhan hakları, *causa*'nın aynı kalması sebebiyle üstlenene karşı da ileri sürülebilir¹¹⁶⁷. Kanaatimizce, alacaklıyı katılmamış olduğu bir işlemde (malvarlığı veya işletme devrinden) ötürü, sahip olduğu imtiyazlardan mahrum etmek kabul edilmemelidir¹¹⁶⁸. Bu nedenle bizce, malvarlığı ve işletme devrinde, imtiyazlar varlığını sürdürmelidir.

3. Savunmalar Bakımından Etkisi

Aksine bir sözleşme yapılmadıysa, borcun üstlenilmesi halinde dar anlamda borç ilişkisinin objektif içeriği aynı kalır ve kural olarak dar anlamda borç ilişkisine dair savunmalar asıl borçludan borcu üstlenene geçer (TBK. m.199/f.I; İsv. BK. m.179/f.I, §417 Abs.1 BGB, §1407 Abs.1 ABGB, PECL 12:102[4] ve PICC 9.2.7[1])¹¹⁶⁹. Bu hükümler, borcun geçişini cüzi halefiyet düşüncesine uygun olarak düzenlemeyi ve alacaklının hukuki durumunu zedelememeyi amaçlamıştır¹¹⁷⁰. Diğer bir deyişle, borçlunun değişmesine rağmen borcun içeriği aynen varlığını sürdürür¹¹⁷¹. Bu bakımdan, tarafların birbirlerine karşı sahip oldukları savunmaların,

¹¹⁶⁶ Aynı yönde bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 67; **Palandt/Grüneberg**, §418 BGB, N. 2.

¹¹⁶⁷ **Von Büren**, s. 354; **CommRomand/Probst**, Art. 181 CO, N. 30. Ayrıca bkz. BGE 119 V 389, 399-400 (www.bger.ch)

¹¹⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Acemoğlu**, s. 135.

¹¹⁶⁹ **Mazza**, PICC Commentary, 9.2.7, N. 1 vd. Borcun üstlenilmesi halinde, savunma imkânlarının akıbeti hakkında sözleşme serbestisi caridir (BGE 58 II 18, 20 [www.bger.ch]).

¹¹⁷⁰ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 2.

¹¹⁷¹ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 3 ve ayrıca cüzi halefiyete ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1.

bu genel kural uyarınca varlıklarını sürdürüp sürdürmeyeceği meselesi bu başlık altında ele alınacaktır.

a. Asıl borçlunun Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunmalar Bakımından

Yukarıda açıkladığımız üzere, borcun üstlenilmesi sözleşmesi ile borcu üstlenen, asıl borçlunun yerine geçerek borçlu sıfatını kazanır. Borcun objektif içeriği değişmez, borç aynı kalmaya devam eder¹¹⁷². Borcun içeriğinin aynen devam etmesinin doğal sonucu olarak, borç ilişkisinden doğan ve dar anlamda borca ilişkin olan savunmalar yeni borçluya geçer¹¹⁷³.

Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen borcun üstlenilmesi anında asıl borçlunun sahip olduğu savunmaların üstlenene geçmesidir. Yoksa, önceki borçlunun feragat ettiği def'iler ayrı tutulur ve yeni borçluya (üstlenene) geçmez¹¹⁷⁴.

aa. Genel Olarak Borca İlişkin Savunmaların İleri Sürülmesi

Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde, borcu üstlenen yeni borçlu; asıl borçlunun, borcun üstlenilmesi anında¹¹⁷⁵ alacaklıya karşı sahip olduğu savunmaları¹¹⁷⁶, yani itiraz (*Objection, Einwendung*) ve def'ileri (*Exception, Einreden*) alacaklının talebine karşı ileri sürebilecektir¹¹⁷⁷. Zira, TBK. m.199/f.I

¹¹⁷² Bkz. İkinci Bölüm, I, B ve Üçüncü Bölüm, III, B, 1.

¹¹⁷³ Eren, s. 1251; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 21; BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 2 ve 4; CommRomand/Probst, Art. 179 CO, N. 2; Maurer, s. 284 ve 307; Von Tuhr/Escher, §99, s. 390 vd.; Keller/Schöbi, s. 82 vd.; Bucher, AT, s. 585; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3606 vd.; Schwenger, N. 91.21; Esser/Schmidt, §37 II, s. 320; Siedel, s. 10 ve 26.

¹¹⁷⁴ BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 5; MünchenerKomm/Bydlinski, §417 BGB, N. 6.

¹¹⁷⁵ ZürcherKomm/Spirig, Art. 179 OR, N. 66; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 757; Looschelders, §54, N. 1165; Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller, §§417, N. 3; NK-BGB/Kreße/Eckardt, §417 BGB, N. 2; BGB-RGRK/Weber, §417 BGB, N. 6; Staudinger/Rieble, §417 BGB, N. 23; Köhler, s. 24 vd.

¹¹⁷⁶ Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda eBK. m.177 hükmü, sadece “def’i” sözcüğünü kullanmış olsa da öğreti ve içtihatlarda bundan “def’i ve itirazların” anlaşılması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir (Oğuzman/Öz, s. 585; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 277 vd.; Eren, s. 1251; Tunçomağ, s. 1134; Velidedeoğlu/Özdemir, eBK. m.177, N. 1; BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 1; Von Tuhr/Escher, §99, s. 390 vd.; Meier, s. 46; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3606).

¹¹⁷⁷ BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 2; Berger, §36, N. 2321; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 75; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 757; Huguenin, N. 1398; Larenz, AT, §35, s. 606; Looschelders, §54, N. 1165; Kötz, §13, N. 1265; Braunschneider, s. 344; Koziol/Welser, s. 130; Siedel, s. 10; Andreu, N. 237 vd., s. 243 vd.; Funk, Art. 179 OR, N. 1-2; Jauernig/Stürner, §417 BGB, N. 1; MünchenerKomm/Bydlinski, §417 BGB, N. 1 ve 4; Staudinger/Rieble, §417 BGB, N. 2; Köhler, s.

uyarınca, üstlenilen borca (borcun sebebine, doğumuna, varlığına veya konusuna) ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, yeni borçluya geçer (İsv. BK. m.179/f.I, §417 Abs.1 BGB, §1407 ABGB)¹¹⁷⁸. Diğer bir deyişle, dar anlamda borç ilişkisinden doğan savunmalar, borcun yeni borçlusu olan üstlenen tarafından da dermeyan edilebilir¹¹⁷⁹. Kanaatimizce, burada anlaşılması gereken, dar anlamda borcun tarafı olmaya bağlı olan def'iler ile borca ilişkin itirazların ileri sürülebileceğidir.

Yenileme yoluyla borçlunun değişmesi modeliyle kıyaslayacak olursak; yenileme sonucu doğan borç, eskisinden bağımsızdır. Kural olarak, asıl borçlunun sahip olduğu savunmalar, eski borçla birlikte sona ererler. Zira, önceki borçtan bağımsız yeni bir borç doğmuştur¹¹⁸⁰.

Borcun üstlenilmesinde, üstlenenle borçlunun yer değiştirmiş olması, üstlenenin mutlaka borçluyla eşit ya da daha iyi bir duruma gelmesine sebep olmayabilir. Nitekim, belirtmek gerekir ki, dış üstlenme sözleşmesinden aksi

24 vd.; **Kassebeer**, s. 55 vd.; **Schönrock**, §30, s. 18; **Riedel**, s. 19; **Oğuzman/Öz**, s. 585; **Feyzioğlu**, s. 686; **Arsebük**, s. 11; **Tunçomağ**, s. 1134; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.177, N. 1-2.

¹¹⁷⁸ Bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 31; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 2; **Tercier**, §36, N. 1789; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 179 OR, N. 1; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 320; **Kötz**, §13, N. 1265; **Braunschneider**, s. 344; **Siedel**, s. 10; **Endemann, F.**, §153, s. 683; **Funk**, Art. 179 OR, N. 1-2; **Wendt**, s. 77; **Meyer, W.**, s. 35; **Dernburg**, §158, s. 436; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§417, N. 1; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1407, N. 1.

¹¹⁷⁹ Bkz. **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 390 vd.; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 2; **Oser/Schönenberger**, Art. 179 OR, N. 6; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3606 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 84; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7; **Von Büren**, s. 344; **Palandt/Grüneberg**, §417 BGB, N. 1; **BGB-RGRK/Weber**, §417 BGB, N. 4. **Andreu**, bunu “borcu doğuran hukuki işlem den kaynaklanan savunmalar” (*les moyens de défense endogènes*) olarak betimlemiştir (**Andreu**, N. 244, s. 247). **Saymen** de, “borç münasebetinden doğan def'ilerin” borcun intikalinden sonra da kullanılabilceğini belirtmiştir (**Saymen**, s. 272).

¹¹⁸⁰ **Maurer**, s. 78-82; **Albert**, s. 2; **Andreu**, N. 254 vd., s. 256 vd.

Aynı şekilde, yenileyici etkili havalede de, yenileme etkisi sebebiyle, def'iler sona erer (**Maurer**, s. 98; **Delebecque/Pansier**, N. 319 vd.). Sadece belirsiz havale söz konusuysa def'iler devam eder. Belirsiz havale, belirli bir miktar yahu belirli bir edimin ifası belirtilmeden, sadece başkasının borcunu üstlenmek üzere verilen talimattır. Buradaki belirsizlik, borcun içeriğinin talimatta belirtilmemiş olmasıdır (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 102.).

Gaudemet'e göre belirsiz havale üzerine yenileyici etkili *stipulatio* yapılması da mümkün ve geçerlidir (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 102 vd.). **Gide**, belirsiz havalede, borcun içeriğinin açıkça belirtilerek talimat verilmesi yerine, önceki borca atıf yapılarak talimat verilmesi sebebiyle, bunun sonucunda yapılan *stipulatio*'nun atıf yapılan borcun geçerliliğine ilişkin itirazlardan etkileneceğini söylemektedir (**Gide**, s. 253 vd. Aynı yönde, **Von Salpius**, s. 357 vd.).

Fransız hukukunda yenilemeyle birlikte, sona eren borca ilişkin def'i ve itirazlar da sona erecek, bir daha kullanılmayacak şekilde “öleceklerdir”. Ancak, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, borcun üstlenilmesiyle benzer sonuçlar doğuracak şekilde borçlunun değişimi amacı güden bir sözleşmenin akdedilmesi mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, sadece önceki borcun zaten hükümsüz olduğu savunması her iki modelde de, yani hem borcun üstlenilmesi hem de yenileme yoluyla borçlunun değişmesinde ileri sürülebilecektir (**Neumayer**, s. 234).

anlaşılmadıkça yeni borçlu (üstlenen), alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel, yani kendi şahsi hal veya ilişkisinden doğan savunmalarda bulunamaz (TBK. m.199/f.II; İsv. BK. m.179/f.II)¹¹⁸¹. Diğer bir deyişle, aksine anlaşma olmadıkça, borcu üstlenmiş olan yeni borçlu, dar anlamda borcun objektif içeriğinden kaynaklanmayan, sadece asıl borçlunun şahsına ait savunmalardan faydalanamayacaktır¹¹⁸². Bununla kast edilen, dar anlamda borcun tarafı olmaya bağlı olmayan, önceki borçlunun kişiliğine bağlı savunmaların üstlenen tarafından kullanılmayacağıdır¹¹⁸³. Nitekim, borç aynıdır, ancak borçlu değişmiştir.

Örneğin, önceki borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu takas hakkını ve def'ini, yeni borçlu kullanamayacaktır¹¹⁸⁴. Bu örnek, Alman hukukunda kanunda açıkça belirtilmesine rağmen (§417 Abs.1 BGB), İsviçre ve Türk hukukunda düzenleme gereği duyulmamıştır. Ancak aynı sonuca yorum yoluyla tartışmasız ulaşılabilmektedir. Çünkü üstlenen, önceki borçlunun alacağı üzerinde tasarruf edemez¹¹⁸⁵. Ayrıca, takas için aranan karşılıklılık unsuru da eksiktir¹¹⁸⁶.

¹¹⁸¹ Aynı şekilde, malvarlığı veya işletme devrinde de, devralan (üstlenen), devredenın sahip olduğu kişisel savunmalar hariç tüm itiraz ve def'ileri aynen kullanabilir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 298).

¹¹⁸² **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 5; **Guhl/Koller**, §35, N. 17; **Schwenzer**, N. 91.21; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 391; **Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3609; **Berger**, §36, N. 2322; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 75; **Oser/Schönenberger**, Art. 179 OR, N. 7; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 3; **Keller/Schöbi**, s. 84; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7; **Huguenin**, N. 1399; BGE 73 II 171, 178 (www.bger.ch); **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 62; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 179 OR, N. 2; **Andreu**, N. 246 vd., s. 249 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 587; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 22; **Saymen**, s. 273; **Tunçomağ**, s. 1135; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 813; **Uygur**, s. 1157. Şahsi savunmalar borcun üstlenilmesi ile birlikte yeni borçluya geçmez, çünkü asıl borçluya sıkı sıkıya bağlıdır (**Maurer**, s. 286). Şahsi savunmalardan, üstlenilen borcun içeriğine değil, ama borçlunun diğer ilişki ve durumuna ilişkin olan savunmalar anlaşılmalıdır (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 72).

¹¹⁸³ Aynı yönde; **Tercier**, §36, N. 1790; **Bucher**, AT, s. 585; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 2; **Von Büren**, s. 344; **Benrey**, s. 137.

¹¹⁸⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 587; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 22; **Saymen**, s. 273; **Develioğlu**, Hüseyin Murat, Takas, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 90 vd.; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 5; **Koller**, §85, N. 43, s. 1420; **Guhl/Koller**, §35, N. 17; **Berger**, §36, N. 2322; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 75; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Huguenin**, N. 1399; **Von Büren**, s. 344; **Larenz**, AT, §35, s. 606; **Siedel**, s. 10; **Endemann**, F., §153, s. 683; **Benrey**, s. 137; **Buchli**, s. 77; **Crome**, §203, s. 359; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§417, N. 3; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §417 BGB, N. 2; **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 83; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §417 BGB, N. 7; **Köhler**, s. 25; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.179, N. 5. Asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu takas savunmasını yeni borçlu dermeyan edemez (**Eren**, s. 1252; **Meier**, s. 48-49).

¹¹⁸⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 75.

¹¹⁸⁶ **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 83; **Köhler**, s. 25 ve 43; **Develioğlu**, Takas, s. 90 vd. Karşılıklılık unsuru için bkz. **Aral**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Savaş Yayınları, Ankara 1994, s. 18 vd.

Bundan başka, bağışlama taahhüdünde borçlunun değişmesi halinde, önceki borçlunun kendisine veya yakınlarına karşı işlenen ağır suç sebebiyle sahip olduğu bağışlama taahhüdünden dönme hakkını (TBK. m.295; İsv. BK. m.249-250), üstlenen ileri süremez¹¹⁸⁷. Öte yandan üstlenen, borçlunun dava yerine (yetkili mahkeme olduğunu ileri sürerek) dayanamaz¹¹⁸⁸. Ayrıca, önceki borçlunun şahsından kaynaklanan bir cebri icra engeli varsa, yeni borçlu bu icra engeline dayanamaz¹¹⁸⁹.

Benzer şekilde, önceki borçlunun uğradığı irade sakatlığı sebebiyle kanunen sahip olduğu iptal hakkını üstlenen (yeni borçlu) dermeyer edemez¹¹⁹⁰. İrade sakatlığı sebebiyle iptal hakkının üçüncü kişi üstlenen tarafından kullanılmasının sebebi, irade beyanının kişisel niteliğine dayanır¹¹⁹¹. İrade sakatlığı sebebiyle akdin iptalinin mümkün olduğunu reddeden düşüncenin bir diğer dayanağı ise, üstlenenin dar anlamda borç ilişkisinin tarafı olmasına rağmen akdin tarafı haline gelmemesidir¹¹⁹².

Aynı sebepten dolayı, sadece dar anlamda borcun tarafı olan borçlunun, geniş anlamda ilişkiyi, yani sözleşmeyi sona erdirecek bir beyanla sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır¹¹⁹³. Örneğin, bir satım sözleşmesinde semen borcunu üstlenen, sözleşmenin tarafları arasındaki ayıplı ifa halinde, sözleşme ilişkisinin

¹¹⁸⁷ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 5; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 76.

¹¹⁸⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 77.

¹¹⁸⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 78. Eski Medeni Kanunumuzda eşler arasında cebri icra yasağı öngörülüyordu. Bu durum, kadın erkek arasındaki eşitliğe aykırı görülerek 4721 sayılı Medeni Kanunda yer almamıştır.

¹¹⁹⁰ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 5; **Larenz**, AT, §35, s. 606; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 9; **Keller/Schöbi**, s. 83; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 91. Sömürü veya irade sakatlığı iddiası asıl borçlunun şahsi savunmasıdır (Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 278). Karşıt görüşte olan *Von Tuhr* ve *Escher*, asıl borçlunun henüz akde icazet vermemiş olması ve iptal süresinin sona ermemiş olması koşuluyla, üstlenenin iptal beyanında bulunmasını kabul etmektedir (**Von Tuhr/Escher**, §99, s. 390, dn. 79). Ayrıca bkz. **Bucher**, AT, 586.

Alacaklının, asıl borçluyla üstlenen arasındaki akitte var olan irade sakatlığını biliyor olması yahut bilebilecek durumda olması ihtimallerinde, üstlenenin alacaklıya karşı iptal beyanını yöneltmesinin mümkün olup olmadığı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da tartışılmıştır. Mahkeme, alacaklının irade sakatlığını bildiği halde kötüniyetle İsv. BK.m.179/f.III hükmünün arkasına saklanmaya çalışması halinde; kanunun kötüniyeti korumayacağı gerekçesiyle, üstlenenin iptal beyanından faydalanabileceği görüşündedir (Bkz. BGE 60 II 100, 108; BGE 58 II 18, 20-21 [www.bger.ch]).

¹¹⁹¹ Kanunkoyucunun hata yapanın, hileye uğrayanın veya korkutulanın sükût ile icazet vermesi imkânını tanımış olması boşuna değildir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 73).

¹¹⁹² Aynı yönde bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 39.

¹¹⁹³ Zira, dönme beyanı sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı bir yenilik doğuran haktır. Oysa, dar anlamda borcu üstlenen, geniş anlamda borç ilişkisini tarafı haline gelmemekte, yani sözleşmeye taraf olmamaktadır.

tarafı olmadığı için sözleşmeden dönemez, ancak alacaklının ifa talebi karşısında semen borcunun indirilmesi def'ini kullanabilir¹¹⁹⁴. *Becker* ise¹¹⁹⁵, üstlenenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden dönebilmesini, sadece dönme beyanının aynı zamanda borçlu tarafından da ileri sürülmüş olması halinde kabul etmektedir.

Önceki borçlu, sahip olduğu def'ilerden geçerli bir şekilde feragat etmiş ise, borcu üstlenen de bu def'ileri hiç elde edememiş olacağından, bunlardan faydalanamayacaktır¹¹⁹⁶. Örneğin; eğer borçlu, iradesinin sakatlanması sebebiyle düzelebilir hükümsüz olan sözleşmeye onay vermiş yahut iptal süresini sessiz kalarak geçirmiş ise, sözleşme baştan itibaren hüküm doğurur ve itiraz olanağı kalmaz¹¹⁹⁷. Bir görüşe göre de, bu süre henüz dolmamışken, irade sakatlığının varlığını bildiği halde borcu üstlenmesi, üstlenenin sakat sözleşmeye onay vermesi anlamına gelir¹¹⁹⁸.

Öte yandan, borcun içeriğine ilişkin olarak, önceki borçlunun lehine kesinleşmiş bir karar söz konusu ise, bundan doğan savunmalar üstlenene aittir; çünkü üstlenen, üstlenmiş olduğu borcun objektif içeriğine ilişkin tüm savunmalarını ileri sürebilir¹¹⁹⁹.

Belirtmek gerekir ki bu hükümler emredici değildir ve aksine sözleşme akdedilebilir¹²⁰⁰.

bb. Borcun Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesi

aaa. Borcun Önceden Hükümsüz Olması Halinde

Üstlenen (yeni borçlu), borcun üstlenildiği tarihte hükümsüz olduğu veya asıl borçlu döneminde ifa, takas, ibra, sonradan imkânsızlaşma gibi sebeplerle sona ermiş

¹¹⁹⁴ **Larenz**, AT, §35, s. 606.

¹¹⁹⁵ Zira üstlenenin sözleşmeden dönmesi kabul edilecek olsaydı, asıl borçlunun evvelden aldığı ivazı iadesi gerekecekti (**BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 9). Ayrıca bkz. **Von Büren**, s. 344.

¹¹⁹⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 5; **Tercier**, §36, N. 1791; **Keller/Schöbi**, s. 83; **Meier**, s. 47-48; **Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3611; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 63; **Huguenin**, N. 1399.

¹¹⁹⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 40.

¹¹⁹⁸ **Keller/Schöbi**, s. 83.

¹¹⁹⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 60.

¹²⁰⁰ **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 11.

olduğu itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilir¹²⁰¹. Zira bu halde, borcun üstlenilmesi sözleşmesi de konusunun baştan imkânsız olması sebebiyle hükümsüz olacağından¹²⁰², yeni borçlunun doğrudan sahip olduğu bir itiraz söz konusu olacaktır. Ne de olsa, var olmayan bir borcun üstlenilmesi de imkânsız olacaktır¹²⁰³.

bbb. Borcun Sonradan Hükümsüz Olması Halinde

Üstlenilen borcun sonradan sona ermesi de, üstlenene doğrudan sahip olduğu bir itiraz imkânı bahşeder. Burada üzerinde durulması gereken bir husus ise, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeden dönme veya sonradan ortaya çıkan kusursuz imkânsızlık nedeniyle sözleşmesel ilişkinin sona ermesi hallerinde ne olacağı sorundur.

Bilindiği üzere, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen akitlerde, borçlu temerrüdü halinde; kanun, alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı vermektedir. Alacaklının bu seçimlik hakkı kullanarak sözleşmeden dönmesi halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler (TBK. m.125/f.III). Asıl borçlu, borcun üstlenilmesinden sonra da sözleşmedeki pozisyonunu koruduğu için, dönme beyanında bulunma hakkını elinde tutmayı sürdürmektedir. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; A ile B arasındaki satım sözleşmesinde, B'nin A'ya olan semen borcunu Ü üstlenmiş olsa da halen daha A'nın B'ye karşı satılan malı teslim borcu devam etmektedir. A bu borcunu ifada temerrüde düştüğü takdirde, B sözleşmeden dönebilecektir¹²⁰⁴. Benzer şekilde, A'nın satılan malı teslim borcu kusursuz olarak imkânsızlaşmış olsaydı; A'nın Ü'den semen borcunu talep etme imkânı da kalmayacak, A üçüncü kişinin üstlenmiş olduğu

¹²⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 585; Feyzioğlu, s. 686; Tunçomağ, s. 1135; BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 4; CommRomand/Probst, Art. 179 CO, N. 2; BernerKomm/Becker, Art. 179 OR, N. 10; Von Tuhr/Escher, §99, s. 390 vd.; Uygur, s. 1157; Meier, s. 47; ZürcherKomm/Spirig, Art. 179 OR, N. 66.

¹²⁰² Bkz. İkinci Bölüm, I, C, 1.

¹²⁰³ ZürcherKomm/Spirig, Art. 179 OR, N. 61; Huguenin, N. 1375; Staudinger/Rieble, §417 BGB, N. 1; BGE 95 II 37, 40 (www.bger.ch). “Doğmayan bir borcun üstlenilmesi de mümkün değildir.” (Hatemi/Gökyayla, §42, N. 21). Yenilemede de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Sona erdirmek amacıyla yola çıkılan önceki borcun hükümsüz olduğunun yahut var olmadığının anlaşılması halinde, yenileme geçerli bir sebebe dayanmaz. Yenilenecek borç (*idem debitum*) hükümsüz olduğu için yenileme de geçersiz olur (Maurer, s. 79).

¹²⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, yeni borçlu sözleşmeden dönme beyanında bulunamaz. Zira sözleşmeden dönme imkânı, sadece sözleşmenin taraflarına ait olan bir yenilik doğuran haktır. “Kaynaklandığı sözleşme ilişkisinin sökülmez, koparılmaz bir eki, uzantısı olarak, bu ilişkide yan (taraf) olma sıfatına çivilenmiştir.” (Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 451 vd.).

bu borcu talep etme hakkını kaybedecektir (TBK. m.136/f.II). Bu iki örnekte de, alacaklı, alacak hakkına dayanan talep yetkisini kaybetmiş olacak, yeni borçlu kanunun kendisine tanıdığı bu imkândan faydalanarak ödeme yapmaktan kaçınabilecektir¹²⁰⁵.

Kanaatimizce üstlenen, dönme veya kusursuz imkânsızlık nedenlerine dayanarak üstlendiği borcu yerine getirmekten kaçınabilir. Kendisine bu konuda yöneltilen talebe karşı kesin ve sürekli bir def'i elde eder¹²⁰⁶.

cc. Asıl borçlunun Alacaklıyla Olan İlişkisinden Doğan Ödemezlik Def'i, Aciz Def'i ve Zamanaşımı Def'ilerinin İleri Sürülmesi

Üstlenen (yeni borçlu), asıl borçlunun sahip olduğu ödemezlik def'ini, aciz def'ini ve zamanaşımı def'ini alacaklıya karşı kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın kökeninde, borcu üstlenenin, sözleşmesel ilişkinin tarafı haline gelmemesi, sadece dar anlamda borcun borçlusuna haline gelmesi yatar. Aşağıda bu mesele ele alınacaktır.

aaa. Ödemezlik def'i

Asıl borçluyla aralarındaki sözleşmesel ilişkide alacaklı, kendisine ait karşı edim borcunu yerine getirmeksizin borcu üstlenenden ifa talebinde bulunduğu takdirde, üstlenenin alacaklıya karşı ödemezlik def'inden (TBK. m.97, İsv. BK. m.82; §320 BGB) faydalanıp faydalanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre¹²⁰⁷, üstlenenin ödemezlik def'ini ileri sürmesine bir engel bulunmamaktadır.

¹²⁰⁵ Asıl borçlu sahip olduğu yenilik doğuran haklardan birisini kullanırsa, bundan ortaya çıkan itirazları borcu üstlenen kullanabilir (**Maurer**, s. 287).

¹²⁰⁶ “Sözleşmeden dönme anına dek yerine getirilmemiş olan sözleşme yükümleri, dönme beyanı sonrasında, bu yükümlerin yerine getirilmesinden kaçınma hakkı (defi hakkı) ile kayıtlanmış sayılacaklardır.” (**Serozan**, s. 505).

¹²⁰⁷ Ödemezlik def'inin borcu üstlenen tarafından ileri sürülebileceğini ileri süren yazarlar için bkz. **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 247; **Keller/Schöbi**, s. 83; **Engel**, s. 899; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 390-391; **Koller**, §85, N. 41, s. 1420; **Maurer**, s. 286; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7; **Benrey**, s. 136; **Berger**, §36, N. 2321; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3608. Tartışma için ayrıca bkz. **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 5; **Schwenzer**, N. 91.21; **Staudinger/Rieble**, §417 BGB, N. 12; **Oğuzman/Öz**, s. 586; **Saymen**, s. 272; **Uygur**, s. 1157. *Simmen*'e göre borcun üstlenilmesi, sinallagmayı ortadan kaldırmamakta; bu bakımdan, ödemezlik def'inin kullanılmasına engel teşkil etmemektedir (**Simmen**, Robert, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags [OR 82] unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräusserungsverträgen, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Stämpfli, Bern 1981).

Karşıt görüşte olan yazarlara göre ise; borcu üstlenen, iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin tarafı haline gelmez. Bunun doğal sonucu olarak, sözleşmenin karşılıklı borç yüklemesinden (sinallagmadan) kaynaklanan def'ilerden faydalanamamalıdır. Üstlenen, bu nedenle, ödemezlik def'ini ileri süremez¹²⁰⁸.

Kanaatimizce, konuyu sadece bir ifa sırası meselesi olarak ele almakta fayda vardır. Nitekim, ödemezlik def'i, ifa sırasını düzenleyen bir kuraldan ileri gelir (TBK. m.97). Bizce, borcun üstlenilmesi borcun objektif içeriğinde bir değişikliğe yol açmayacağından, borcun ifa yeri ve zamanı ve hatta sırası da değişmeyecektir. O halde, asıl borçlunun da kullanabileceği ödemezlik def'i, ifa sırasıyla ilgili bir kural olarak aynı şekilde uygulanmaya devam etmeli ve üstlenen, arzu ettiği takdirde ifa zamanının tespitiyle ilgili olarak bu savunmaya başvurabilmelidir.

Bu şekilde düşündüğümüzde, alacaklının durumunda bir değişiklik olmayacaktır. Alacaklı, borcun üstlenilmesinden önce de kendi edimini ifa etmeyi teklif etmeden borçludan ifa talebinde bulunamaz, böyle bir talep ödemezlik def'i ile karşılaşır. Bizce bu durumu değiştirmek için bir sebep yoktur. Kanaatimizce, üstlenen, kendisine ifa talebinde bulunan alacaklıya karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilir. Örneğin, önce A'nın sonra B'nin ifada bulunmasını gerektiren bir satım sözleşmesinde; A karşı edimini B'ye ifa etmeden bir talepte bulunursa, B'nin borcunu üstlenen Ü, A'ya karşı ödemezlik def'ini ileri sürebilir.

Aynı şekilde, bizce; üstlenenin, üstlendiği borcu ifa etmemesi halinde, karşı tarafın asıl borçluya karşı ödemezlik def'inden faydalanma olanağı ortadan kalkmış olmaz. Örneğin, A ile B arasında yapılan bir satım sözleşmesinde, önce B parayı ödeyecek, ardından A malı gönderecek ise; B'nin para borcunu üstlenen Ü, bu borcu ifa etmediği takdirde, A ödemezlik def'inden faydalanarak malı göndermekten kaçınabilir.

bbb. Aciz def'i

TBK. m.98/f.I uyarınca, *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından*

¹²⁰⁸ BernerKomm/Becker, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 3; ZürcherKomm/Spirig, Art. 179 OR, N. 41; Huguenin, N. 1400; Bucher, AT, 585.

kaçınabilir.” (İsv. BK. m.83). Bu hüküm, arzu edilen güvence verilmezse, hakkı tehlikeye düşen tarafa sözleşmeden dönme imkânını da sunmaktadır (f.II). Karşı edim borçlusunun ifa güçlüğüne (aczine) karşı borçluyu korumak için öngörülen bu def’i ve dönme imkânının üstlenen tarafından da kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Öğretide, borcu üstlenenin, asıl borçlunun sahip olduğu aciz def’inden de faydalanabileceği ileri sürülür¹²⁰⁹. Karşıt görüşte olan *Spirig*’e göre, borcu üstlenen, sözleşmenin tarafı haline gelmiş olmadığından, aciz def’inden de faydalanamamalıdır¹²¹⁰.

Kanaatimizce, aciz def’i, karşı edimi güvence altına almayı amaçlamaktadır. Üstlenen, sözleşmenin tarafı haline gelmediğinden ve dolayısıyla bu sözleşmeden bir karşı edim beklentisi kural olarak bulunmadığından, bu def’i kullanması veya buna dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün olmamalıdır.

ccc. Zamaşımı def’i

Zamaşımı def’inin ileri sürülmesi hususunda, henüz zamaşımı gerçekleşmemiş bir borcun üstlenilmesinin, aynı zamanda borcun ikrarı anlamını taşıdığı ve bu sebeple zamaşımını keseceği (TBK. m.154/b.1; İsv. BK. m.135/b.1) ve yeni bir zamaşımı süresinin başlayacağı öğretide genel kabul görmektedir¹²¹¹. Karşıt görüşte olan *Rieble*’ye göre ise, borcun üstlenilmesinin borç ikrarı sayılarak zamaşımının kesilmesinin kabulü mümkün değildir. Zamaşımı, üstlenmeden önceki haliyle akmayı sürdürür¹²¹².

Zamaşımı gerçekleşmiş ve bu anlamda zamaşımı def’i doğmuş borçlar açısından ise, üstlenenin zamaşımının varlığını bilerek hareket etmesinin, TBK. m.154/b.1 (İsv. BK. m.135) anlamında borç ikrarı sayılıp sayılmayacağı ve

¹²⁰⁹ **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 4; **Engel**, s. 899; **Berger**, §36, N. 2321.

¹²¹⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 42.

¹²¹¹ **Oğuzman/Öz**, s. 586; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **Erdem**, Mehmet, Özel Hukukta Zamaşımı, XII Levha, İstanbul 2010, s. 281; **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 4; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 4; **Tercier**, §36, N. 1789; **Bucher**, AT, s. 585; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3607; **Keller/Schöbi**, s. 83; **Schwenzer**, N. 91.21; **Guhl/Koller** §35 N. 16; **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 320 ve Art. 179 OR, N. 55; **Berger**, §36, N. 2321; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 75. Benzer şekilde, henüz zamaşımına uğramamış bir borç yenilendiğinde, yenileme ile borç ikrar edilmiş olduğundan, yeni bir zamaşımı süresi işlemeye başlar (**Maurer**, s. 81).

¹²¹² **Staudinger/Rieble**, §414 BGB, N. 82, §417 BGB, N. 4.

zamanaşımı def'inden feragat teşkil edip etmeyeceği incelenmelidir¹²¹³. Diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesi, aynı zamanda üstlenenin bir def'inden feragat ettiği anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmalıdır. Bir görüşe göre¹²¹⁴, zamanaşımına uğradığını bildiği bir borcu üstlenen kişinin zamanaşımı def'inden feragat ettiği düşünülebilir.

Karşıt görüş uyarınca ise, zamanaşımına uğramış bir borcun üstlenilmesi, zamanaşımı def'inden feragat edildiği anlamını taşımaz. Zira, kural olarak borç def'ileriyle birlikte olduğu gibi intikal eder¹²¹⁵. Bu görüş uyarınca, zamanaşımına uğramış bir borcu üstlenen, söz konusu borcu ödemekten kaçınabilir¹²¹⁶. Zira bu görüşe göre; borcun üstlenilmesinde, zamanaşımı def'inden vazgeçme iradesinin varlığı konusunda bir karinenin varlığından bahsedilemez. Aksine, borcu üstlenen kural olarak hukuki kayıplarla karşılaşmak niyetinde değildir¹²¹⁷. Asıl borçlunun borçlandığı kapsamda borçlu olmayı arzu eder. Daha ötesinde borçlanmayı istediği kabul edilemez. Bu sebeple, borcun üstlenilmesi ile borcun ikrar edildiği ve zamanaşımının kesildiğinin de kabul edilmemesi gerekir¹²¹⁸.

Erdem'e göre¹²¹⁹ ikrar, ancak işlemekte olan zamanaşımını keser. Buna karşın, zamanaşımı bir kez tamamlandıktan sonra yapılan ikrarın söz konusu zamanaşımı def'i üzerinde bir etkisi yoktur.

Kanaatimizce, henüz zamanaşımı dolmamış bir borcun üstlenilmesi borç ikrarı sayılabilir ve dolayısıyla zamanaşımını kesebilir. Ancak, daha önce zamanaşımına uğramış bir borcu üstlenen kimsenin iradesi bu yönde olmadıkça, üstlenen borcun

¹²¹³ Bkz. **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 4; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 10.

¹²¹⁴ **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 4; **CommRomand/Pichonnaz**, Pascal, Art. 127-142 CO, dans Thévénoz, Luc/ Werro, Franz (éditeurs), Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, éditeurs:, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Genève 2003, CO Art. 140, N. 6; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 64; **Engel**, s. 899; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 391; **Schwenzer**, N. 91.21; **Meier**, s. 48; **Erdem**, Zamanaşımı, s. 283. Bkz. **Uygur**, s. 1157.

¹²¹⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 319; **Staudinger/Rieble**, §417 BGB, N. 4. Bkz. **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7.

Zamanaşımına uğramış bir borç üstlenildiğinde, üstlenenin borcu da zamanaşımına uğramıştır (**Von Büren**, s. 343). Nasıl ki eksik borçların “eksik” olma niteliği üstlenilmekle değişmez ise, zamanaşımına uğramış bir borç da üstlenilmekle zamanaşımı definden arınmayacaktır (**Meier**, s. 33).

¹²¹⁶ **Koller**, §85, N. 39, s. 1419-1420; **Von Büren**, s. 344; **Meier**, s. 47.

¹²¹⁷ **Koller**, §85, N. 40, s. 1420; **Cosack**, §116, s. 397-398.

¹²¹⁸ **Koller**, §85, N. 40, s. 1420; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 247-248.

¹²¹⁹ **Erdem**, Zamanaşımı, s. 283; Yarg. HGK. 23.2.2000, 15-71/116; Yarg. 9.HD., T.25.2.2010, E.43452, K.4873; Yarg. 9.HD., T.11.6.2009, E.3775, K.16587 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Karşıt görüş için bkz. **Staudinger/Rieble**, §417 BGB, N. 4.

zamanaşımına uğradığını bilerek üstlenmiş dahi olsa, zamanaşımı def'inden feragat ettiği anlamı çıkarılamamalıdır. Zira, borcu üstlenenin iradesinden aksi anlaşılmadıkça, borcu olduğu gibi, tüm def'i ve itirazlarıyla üstlendiğinin kabulü gerekir.

Malvarlığı veya işletmelerin pasifleriyle devrinde ise, bütünüyle ya da kısmen zamanaşımı def'inden kendiliğinden feragat öngörülmemiştir. Çünkü burada, üstlenenin malvarlığı veya işletme bünyesindeki münferit borçların varlığı ve durumları hakkındaki bilgisi eksik olabilir¹²²⁰. Üstlenen, malvarlığı veya işletmenin borçlarının varlığını tek tek bilmeyebilir. Dolayısıyla, bunların üzerindeki def'ilerden feragat ettiği anlamının böyle bir durumda kabul edilmesi kanaatimizce makul olmaz.

b. Üstlenenin Asıl Borçluyla Olan İlişkisinden Doğan Savunmalar Bakımından

aa. İlke Olarak Borcun Dış Üstlenilmesinin İç Üstlenmeden Soyut Olması

TBK. m.199/f.III uyarınca üstlenen, asıl borçluya karşı aralarındaki iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan itiraz ve def'ilerini alacaklıya karşı ileri süremez¹²²¹ (İsv. BK. m.179/f.III; Aynı yönde bkz. §417 Abs.2 BGB ve PECL. m.12:102). Zira, kanunkoyucu, sadece dar anlamda borç ilişkisinin tarafı olmaya bağlı olan itiraz ve def'ilerin aynen üstlenene geçmesi gerektiğini, bunun dışında kalan savunmaların ise bu cüzi halefiyetin kapsamı dışında kalacağını düzenlemek istemiştir¹²²². Kaldı ki, iç

¹²²⁰ ZürcherKomm/Spirig, Art. 181 OR, N. 279.

¹²²¹ Bkz. BGE 58 II 18, 19-20 (www.bger.ch); Tercier, §36, N. 1790; Keller/Schöbi, s. 84; Engel, s. 900; Schwenger, N. 91.22; BernerKomm/Becker, Art. 179 OR, N. 5; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3613 vd.; Von Tuhr/Escher, §99, s. 391; Des Gouttes, FJS 365, s. 7; Von Büren, s. 343-344; ZürcherKomm/Spirig, Art. 179 OR, N. 4 ve 83; Guhl/Koller, §35, N. 17; Esser/Schmidt, §37 II, s. 320; NK-BGB/Kreße/Eckardt, §417 BGB, N. 3; Huguenin, N. 1403; OFK-Schaufelberger/Keller, Art. 179 OR, N. 3; Furrer/Müller-Chen, §22, N. 75; Larenz, AT, §35, s. 607; Looschelders, §54, N. 1167; Wendt, s. 80 vd.; Benrey, s. 139; Meyer, W., s. 34; MünchenerKomm/Bydlinski, §417 BGB, N. 11; Staudinger/Rieble, §415 BGB, N. 27 ve §417 BGB, N. 19; Köhler, s. 26 ve 44; Meier, s. 50; Dernburg, §158, s. 436; Rouhette, s. 492; Oğuzman/Öz, s. 588; Feyzioğlu, s. 687; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 22; Saymen, s. 273; Tunçomağ, s. 1135; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 813; Uygur, s. 1158.

¹²²² Aynı yönde bkz. BaslerKomm/Tschäni, Art. 179 OR, N. 2.

üstlenme, alacaklının taraf olmadığı ve hukuken onu etkilemeyen bir sözleşmedir¹²²³. Buna göre borcun dış üstlenilmesi, iç üstlenmeden soyuttur¹²²⁴.

Aynı şekilde, Alman hukukunda da, §417 Abs.2 BGB uyarınca üstlenen, asıl borçluyla olan ilişkisinden doğan def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez. Normun amacı, alacaklının üstlenene karşı alacak hakkının, borcun üstlenilmesinin öncesindeki üstlenen ve asıl borçlu arasındaki ilişkideki eksikliklerden etkilenmemesidir¹²²⁵. Buna göre, üstlenen asıl borçluyla olan ilişkisinden bağımsız olarak alacaklıya karşı borçlanmıştır¹²²⁶.

O halde, borcun üstlenilmesinde üstlenen kural olarak, iç üstlenme sözleşmesinin gerçekleşmesine ilişkin üstlenenin borçluyla ilişkisinden kaynaklanan hiçbir savunmayı ileri süremez¹²²⁷. Bunun sebebi, alacaklının hiç tarafı olmadığı bir ilişkiden doğan savunmalara muhatap olarak hukuki durumunun zedelenmesinin önlenmesi düşüncesidir¹²²⁸.

Örnek vermek gerekirse, üstlenenin borcu üstlenmesi karşılığında önceki borçlunun ifa etmesi gereken bir karşı edim mevcutsa; diğer bir deyişle borçtan kurtarma taahhüdü tam iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı edimleri havi bir akit olarak yapılmışsa ve asıl borçlu henüz karşı edimi ifa etmemiş ise; üstlenen bu gerekçeye dayanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse; asıl borçlu, üstlenene bir edimi ifa etmedi diye; üstlenen, üstlendiği borcu alacaklıya ifadan kaçınamayacaktır.

Diğer bir örnekte ise; üstlenen, asıl borçluya karşı yaptığı borçtan kurtarma taahhüdünün hükümsüz olduğunu ileri sürerek alacaklıya karşı yüklendiği borcu

¹²²³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 7; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 5; **Von Büren**, s. 344; **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 7; **Engel**, s. 900; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3567 vd.; **Rouhette**, s. 493; BGE 121 III 256, 258; BGE 110 II 340, 341 (www.bger.ch).

¹²²⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

¹²²⁵ Gerçi her halükarda söz konusu eksiklik, borcun nakli akdine sinmiştir (§415 BGB) ve onun geçerliliğini etkilememektedir (**Maurer**, s. 261).

¹²²⁶ **Maurer**, s. 262.

¹²²⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 300; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 391 vd.; **Engel**, s. 900; **Keller/Schöbi**, s. 84, **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 8 ve Art. 181 OR, N. 16; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7, dn. 31.

¹²²⁸ **Larenz**, AT, §35, s. 608. Buna def'ilerin sınırlanması (*Beschränkung der Einreden*) ilkesi denir (**Guhl/Koller** §35 N. 16).

ödemekten kaçınamayacaktır. Zira borcun dış üstlenilmesinin geçerliliği önceden geçerli bir şekilde akdedilmiş bir iç üstlenilmenin varlığına bağlı değildir¹²²⁹.

Bu durumda, geçersiz bir iç üstlenmeye binaen borcu dış üstlenen kişi, bunu alacaklıya karşı ileri süremez. Buna mukabil, borçluyu sebepsiz yere borcundan kurtararak zenginleşmesine yol açmış olduğundan, sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebinde bulunabilecektir¹²³⁰.

Özetle; üstlenenin alacaklıya karşı kullanabileceği savunmalar, kendi şahsi def'ileri ile borç ilişkisinden doğan def'ilerdir. Buna karşılık, borçlunun şahsi def'ileri ile iç üstlenmeden (borçtan kurtarma taahhüdünden) kaynaklanan def'ileri kullanamaz¹²³¹.

bb. Malvarlığı veya İşletme Devrindeki Farklılık

Malvarlığı veya işletme devri suretiyle borçların intikalinin, borcun üstlenilmesinden farklı olduğu bir nokta da, devralanın devredenle arasında yaptığı sözleşmeye ilişkin tüm itiraz ve def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmesidir¹²³². Zira burada, alacaklıya karşı etki doğuran sözleşme devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmedir. Zaten, alacaklıyla sözleşme yapılmış olmadığından¹²³³, üstlenen, asıl borçluyla yaptığı sözleşmenin hükümsüzlüğünü alacaklıya karşı ileri sürebilir¹²³⁴.

¹²²⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 8; **Oğuzman/Öz**, s. 588; **Meier**, s. 51. Bu durumda, üstlenen, eğer iç üstlenme sözleşmesinin geçerli olduğunu düşünerek alacaklıya bir ödeme yaptıysa, borcundan sebepsiz yere kurtarmış olduğu borçluya karşı, sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebiyle başvurabilecektir (**Berger**, §36, N. 2337; **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Riedel**, s. 10).

¹²³⁰ **Köhler**, s. 44; **Meier**, s. 51.

¹²³¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 8; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 793.

¹²³² **Von Büren**, s. 354; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 16; **Guhl/Koller**, §35, N. 27; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 93; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 18; **Oğuzman/Öz**, s. 594-595; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 26; **Durman**, s. 68 ve 135 vd.; BGE 60 II 100, 105 vd. (www.bger.ch).

¹²³³ Alacaklı, borcun kanunen geçişinde yetkiden yoksundur ve işletme veya malvarlığının devrinde yer almaz. (**BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 7; **Keller/Schöbi**, s. 90 vd.; BGE 60 II 100, 107 [www.bger.ch]).

¹²³⁴ **Von Büren**, s. 354; **Guhl/Koller**, §35, N. 27; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 18; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 15; **Buchli**, s. 27-28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 283. Üstlenenin alacaklıya karşı, asıl borçluyla yaptığı sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürebilmesinin kabul edilmesi, devir sözleşmesinin tarafı olmayan alacaklı karşısında, sözleşmenin tarafı olan üstleneni geçersiz sözleşme yüzünden devralmadığı borçları ödemekten kurtarır. Bu anlamda, üstlenenin menfaati, alacaklının menfaati karşısında korunmaya değerdir (**ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 301; **Keller/Schöbi**, s. 93; BGE 60 II 100, 108 [www.bger.ch]).

Ancak üstlenen (devralan), devredene karşı sahip olduğu, aralarındaki devir sözleşmesinden kaynaklanan ödemezlik def'ini alacaklıya karşı kullanamaz¹²³⁵. Diğer bir deyişle, devreden devir sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını ifa etmemiş dahi olsa, devralanın buna dayanarak alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınması mümkün değildir¹²³⁶.

cc. İstisnai Olarak Borcun İç Üstlenilmesinin Dış Üstlenmeyi Etkilemesi

Yukarıda belirttiğimiz üzere borcun dış üstlenilmesinde kural, iç üstlenmeden doğan def'i ve itirazların; dış üstlenme sözleşmesiyle ilgili olarak alacaklıya karşı ileri sürülememesidir. Buna soyutluk kuralı denilmektedir. Ancak, bu kuralın bazı istisnaları vardır.

İlk istisna dürüstlük kuralından kaynaklanır. Buna göre; alacaklının borcun iç üstlenilmesinde mevcut hükümsüzlük sebebini bilmesi ve buna rağmen borcun dış üstlenilmesini kabul etmesi halinde; sonradan soyutluk kuralına dayanarak işlemin hükümsüzlüğünün kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia etmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu durumda, alacaklının soyutluk ilkesine başvurarak kendini iç üstlenmeden doğan def'i ve itirazlardan sakınmasını dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle kanun korumayacaktır¹²³⁷. Bu ihtimalde borcu üstlenen, borçluyla arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilmelidir¹²³⁸.

Diğer bir istisna ise, iç üstlenme sözleşmesinin geçersizliğinin, bazı hallerde, dolaylı olarak dış üstlenme sözleşmesini etkilemesidir. Örneğin, üstlenen geçerli olduğunu zannettiği iç üstlenme sözleşmesine dayanarak alacaklıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapmış olabilir. Bu ihtimalde, dış üstlenme sözleşmesi, iç üstlenmenin geçersizliğinden doğrudan etkilenmeyecek, sadece saikte esaslı hata (irade sakatlığı) sebebiyle üstlenen tarafından iptal edilebilecektir. Diğer bir örnekte ise, asıl borçlunun hilesiyle; üstlenende iç üstlenme sözleşmesinin geçerli olduğu kanısı oluşturulmuş ise ve alacaklı asıl borçlunun (üçüncü kişinin) bu hilesini biliyor

¹²³⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 303; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 398.

¹²³⁶ Aksi görüş için bkz. **Acemoğlu**, s. 140-141.

¹²³⁷ **Guhl/Koller** §35 N. 17; BGE 60 II 100, 108; BGE 58 II 18, 21(www.bger.ch).

¹²³⁸ **CommRomand/Probst**, Art. 179 CO, N. 8; **Engel**, s. 900; **Tercier**, §36, N. 1790; BGE 60 II 100, 108; BGE 58 II 18, 21 (www.bger.ch); **Bucher**, AT, s. 585-586; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 6; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3615; **Keller/Schöbi**, s. 84.

veya bilmesi gerekiyor ise; bu halde üstlenen, alacaklıyla arasındaki borcun dış üstlenilmesine yönelik sözleşmeyi “üçüncü kişinin aldatması” nedeniyle aldatmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde iptal edebilecektir (TBK. m.36/f.II ve 39/f.I; İsv. BK. m.28/f.II ve 31/f.I; §123 Abs.2 BGB)¹²³⁹. Kısaca, dış üstlenme sözleşmesi yapıldığı sırada iç üstlenmedeki geçersizlik sebebinin bilen yahut bilmesi gereken alacaklı, üstlenenin geçerli olduğunu zannettiği iç üstlenmeye dayanarak yaptığı öneriyi kabul ederse; karşısındakini bilerek hataya düşürmüş, diğer bir deyişle, üstleneni aldatmış olur. Bu ihtimalde; üstlenen, aldatma hükümlerine dayanarak alacaklıyla arasındaki dış üstlenme sözleşmesini iptal edebilecektir¹²⁴⁰.

Kanaatimizce, bu şekilde iptal beyanında bulunulması, iç üstlenmeye ilişkin bir savunmanın alacaklıya karşı ileri sürülmesi değildir. Doğrudan dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasında üstlenenin şahsen uğradığı irade sakatlığını ileri sürerek söz konusu sözleşmeyi iptal etmesi anlamı taşır. Dış üstlenme sözleşmesini üçüncü kişinin hileli fiili (iç üstlenme) dolayısıyla akdeden üstlenen; üçüncü kişinin (önceki borçlunun) hilesinden sözleşmenin karşı tarafının (alacaklının) haberi varsa, hileye uğradığı gerekçesiyle dış üstlenme sözleşmesini elbette ki iptal edebilmelidir.

Buna karşın, alacaklı iç üstlenmenin geçersizliğini bilmiyor yahut bilmesi de gerekmiyorsa üstlenen, bu hükümlere dayanarak sözleşmeyi iptal edemez. Keza bu halde, üçüncü kişinin hilesinden haberi yoktur. Örneğin; üstlenen, asıl borçlunun yanlış beyanı sebebiyle ve alacaklının haberi olmaksızın, borcun rehinle güvence altına alındığı konusunda yanlış fikirlere sahip olmuş ve aldanmış ise, orada sadece esaslı olmayan bir saik hatası vardır ki bu da üstlenene irade sakatlığı sebebiyle alacaklıya karşı hata hükümlerine dayanarak dış üstlenme sözleşmesini iptal etme

¹²³⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Harke**, §15, N. 401; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §417 BGB, N. 4; **BGB-RGRK/Weber**, §417 BGB, N. 13 vd.; **Palandt/Grüneberg**, §417 BGB, N. 3; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 241-242; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §417 BGB, N. 14 vd.; **HKK/Meyer-Pritzl**, §§414-418 BGB, N. 25; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§417, N. 5; **Kassebeer**, s. 17; **Meyer, W.**, s. 34. Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3 ve Üçüncü Bölüm, II, B, 2.

¹²⁴⁰ Üstlenenin borçluyla olan münasebetinde düştüğü saik hatası, borçlu tarafından yaratılmış ve üstlenme sözleşmesinin yapıldığı sırada alacaklı tarafından bilinmekte ise, üçüncü kişinin (borçlunun) aldatması sebebiyle üstlenen, alacaklıyla akdettiği borcun üstlenilmesi sözleşmesini iptal edebilir (**Wendt**, s. 78; **Looschelders**, §54, N. 1166; **Oğuzman/Öz**, s. 588; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **Harke**, §15, N. 401).

yetkisi vermez¹²⁴¹. Zira, üstlenenin önceki borçluyla olan münasebetine ilişkin aldanması, saikte hatadır ve esaslı değildir¹²⁴².

Ayrıca, Alman hukukunda soyutluk ilkesinin işlemediği istisnai bir hal olarak karşımıza çıkan bir mesele de, onay yönteminde soyutluk ilkesinin kısmi hükümsüzlük kuralıyla çatışmasıdır. Bu açıdan, yukarıda ayrıntısıyla yer verilmiş bulunan bu meseleye burada kısaca tekrar değinme gereği duyulmuştur¹²⁴³. Daha önce açıklandığı üzere, soyutluk ilkesi uyarınca borçluyla üstlenen arasındaki sözleşmedeki hükümsüzlüğün, §417 Abs.2 BGB hükmü uyarınca alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi gerekir. Buna karşın, kısmi hükümsüzlük (§139 BGB) kuralı gereği, bu sözleşmedeki diğer hususlardan kaynaklanan hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamını etkilemesi ve hükümsüz kılması da istisnai bir durum olarak karşımıza çıkabilecektir¹²⁴⁴. Bunun anlamı, onaya sunulan sözleşmedeki bir hükümsüzlüğün tüm borcun üstlenilmesi işleminin geçerliliğini etkileyerek alacaklıya karşı da ileri sürülebilmesidir. Bu ihtimalde, kısmi hükümsüzlük kuralı, alacaklının onayladığı borcun üstlenilmesi işlemini de geçersiz kılacak ve soyutluk ilkesi zedelenecektir.

c. Üstlenenin Doğrudan Alacaklıyla Arasındaki İlişkiden Doğan Savunmalar Bakımından

Borcun üstlenilmesiyle ilgisi olmayan, alacaklıyla aralarındaki başka bir şahsi ilişkiden doğan savunmaları, üstlenen alacaklıya karşı ileri sürebilir¹²⁴⁵. Borcun üstlenilmesiyle ilgili olarak ise; üstlenen, alacaklıyla arasında akdettikleri borcun üstlenilmesi sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları ve itirazları da alacaklıya

¹²⁴¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 92.

¹²⁴² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 23.

¹²⁴³ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 3 ve Üçüncü Bölüm, II, B, 2, b, aa.

¹²⁴⁴ **Heckelmann**, s. 79 vd.; **Palandt/Grüneberg**, §417 BGB, N. 4; **BGB-RGRK/Weber**, Vorbem. §414 BGB, N. 12 ve §417 BGB, N. 19; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §417 BGB, N. 11-12 ve 15; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 244; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§417, N. 4.

§139 BGB anlamında, sözleşmenin yan yana duran ama birbirinden bağımsız hükümler içermesi halinde, kısmi hükümsüzlük, hukuki işlemin bütünlük arz etmesi halinde tam hükümsüzlük (hükümsüzlüğün işlemin tamamına sirayet etmesi) söz konusu olacaktır (Bkz. **Kırkbeşoğlu**, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 91 vd.)

¹²⁴⁵ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 392; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3619; **Guhl/Koller**, §35, N. 17; **Keller/Schöbi**, s. 82; **Von Büren**, s. 344; **BernerKomm/Becker**, Art. 179 OR, N. 4; **Oser/Schönenberger**, Art. 179 OR, N. 4; **Hasler**, s. 96; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 179 OR, N. 23; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 320; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 793; **Heilfron**, §39, s. 394-395; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.179, N. 6; **BGB-RGRK/Weber**, §417 BGB, N. 21; **Meier**, s. 49; **Saymen**, s. 273; **Tunçomağ**, s. 1134-1135.

karşı ileri sürebilecektir¹²⁴⁶. Örneğin, borcun dış üstlenilmesine ilişkin akdettikleri sözleşmenin hükümsüzlüğünü, üstlenen, sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklıya karşı elbette ileri sürebilmelidir¹²⁴⁷.

Alacaklı açısından bakıldığında ise, üstlenenin ifa kabiliyeti hakkında saik hatasına düşmüş olabilir. Ancak, alacaklının, üstlenme sözleşmesini akdettikten sonra, üstlenenin ödeme kabiliyetini beğenmeyerek bu konuda herhangi bir itiraz ileri sürmesi kabul edilemez. Bu saik hatası esaslı olmadıkça yahut bu konuda aldatılmamışsa; alacaklının, borcun dış üstlenilmesine dair taraf olduğu sözleşmeyi iptal etmesi mümkün değildir. Kaldı ki, alacaklı üstlenmeyi kabul ederken, üstlenenin ekonomik durumuyla ilgili olarak bilgi toplamalıdır. Zira alacaklı, üstlenenin ifa kabiliyeti hakkındaki riski üstlenme sözleşmesine rıza vererek kabul etmiştir¹²⁴⁸.

d. Üstlenenin Rücu Talebi Karşısında Asıl Borçlunun Sahip Olduğu Savunmalar

Yukarıda belirttiğimiz üzere üstlenen, borcun üstlenilmesini takiben asıl borçluya karşı bir rücu imkânı elde eder¹²⁴⁹. Bu halde, asıl borçlu açısından sadece ifada bulunacağı alacaklı değişmiş olacaktır. Artık alacaklıya değil, rücu alacaklısı sıfatıyla üstlenene karşı borçlu durumdadır. O halde, alacağın devrinin borçluyu koruyucu hükümlerinden kıyasen yararlanması mümkün olmalıdır¹²⁵⁰.

Alacağın devri hükümleri uyarınca, alacaklının değişmesinden başka, borcun içeriğinde başka değişim olmayacak, borçlunun durumu ağırlaşmayacaktır. Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir (TBK. m.188/f.I; İsv. BK. m.169/f.I; §404 BGB). Bu hükme kıyasen,

¹²⁴⁶ **BGB-RGRK/Weber**, §417 BGB, N. 11; **Staudinger/Rieble**, §417 BGB, N. 7; **Guhl/Koller**, §35, N. 17; **Huguenin**, N. 1402; **Larenz**, AT, §35, s. 607; **Von Büren**, s. 344; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 179 OR, N. 6; **Heilfron**, §39, s. 394-395; **Feyzioğlu**, s. 685; **Uygur**, s. 1158-1159; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.179, N. 9; **Detert**, s. 79; **Wendt**, s. 77 vd.

¹²⁴⁷ **Köhler**, s. 26-27.

¹²⁴⁸ **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 387-388; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 24.

¹²⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 1, b.

¹²⁵⁰ **Maurer**, s. 234 ve 308-309.

üstlenen, asıl borçluya rücu talebinde bulunduğu takdirde, asıl borçlu esas alacaklısına karşı sahip olduğu tüm savunmaları, üstlenene karşı da ileri sürebilir¹²⁵¹.

TBK. m.186 (İsv. BK. m.167; §407 BGB) hükmüne kıyasen, durumdan haberi olmadan, iyiniyetle üstlenen yerine alacaklıya ödeme yapan asıl borçlu, üstlenene karşı olan rücu borcundan kurtulur. Asıl alacaklıya ödeme yaparak borcundan kurtulan borçlu, üstlenen daha sonra kendisine rücu talebiyle başvurduğunda, yaptığı ödemeye borçtan kurtulmuş olduğunu ileri sürerek itiraz edebilir¹²⁵².

Bunların yanında, asıl alacaklıya karşı borçlunun sahip olduğu takas hakkının, rücu alacaklısı olan üstlenene karşı da (karşılıklılık esası olmamasına rağmen) kullanılması, TBK. m.188/f.II (İsv. BK. m.169/f.II; §406 BGB) hükmüne kıyasen düşünülebilir¹²⁵³.

4. Yenilik Doğuran Haklar ve Seçimlik Haklar Bakımından Etkisi

Genel olarak kabul edildiği üzere sadece fer'i haklar değil, asıl borçlunun borçlu sıfatıyla sahip olduğu yenilik doğuran haklar da TBK. m.199 ve İsv. BK. m.178 hükmü kapsamında naklolur¹²⁵⁴. Bu bakımdan, dar anlamda borcun pasif öznesi, yani borçlusu sıfatıyla asıl borçlunun kullanabileceği yenilik doğuran ve seçimlik haklar¹²⁵⁵, üstlenen tarafından da kullanılabilir¹²⁵⁶. Seçimlik haklara örnek olarak, seçimlik cezai şart yahut seçimlik edimlerden birini tercih etme hakkı verilebilir¹²⁵⁷. Usul hukuku anlamında; tahkim şartı, yeni borçluya naklolur¹²⁵⁸. Aynı şekilde, yetki anlaşmaları da esasen bir tarafı kayırmaması ve özünde tarafsız olması koşuluyla naklolur¹²⁵⁹. Münferit alacağa bağlı yenilik doğuran haklara örnek olarak, muacceliyet bildiriminde bulunabilme gösterilebilir¹²⁶⁰.

¹²⁵¹ Bu durum, üstlenene zarar vermez. Zira, o da § 417 BGB uyarınca, üstlendiği borca ilişkin asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu tüm savunmalardan alacaklıya karşı faydalanabilecektir (**Maurer**, s. 234).

¹²⁵² **Maurer**, s. 235.

¹²⁵³ **Maurer**, s. 235.

¹²⁵⁴ Yenilik doğuran hakların intikali meselesinin ayrıntılı incelemesi için bkz. **Buz**, s. 267 vd.

¹²⁵⁵ Seçimlik haklar, yenilik doğuran hakların bir örneğidir (**Merz**, §13, s. 136).

¹²⁵⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 52; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 319; **Larenz**, AT, §35, s. 606; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 178 OR, N. 2; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §417 BGB, N. 5.

¹²⁵⁷ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 1.

¹²⁵⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 50; **Tercier**, §36, N. 1787.

¹²⁵⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 50.

¹²⁶⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 582.

Buna karşılık üstlenen, borcu üstlenerek sadece münferit borcun borçlusu haline gelir. Söz konusu borcu doğuran hukuki ilişkinin tarafı olmaz¹²⁶¹. O halde, dar anlamda borçlu sıfatına bağlı olmayıp da geniş anlamda borç ilişkisinin tarafı olma sıfatına bağlı olan yenilik doğuran haklar, yeni borçluya geçmeyecektir¹²⁶². Zira, borcun dış üstlenilmesiyle, üstlenilen bu borcu doğuran temel ilişkinin tarafları değişmiş olmayacaktır.

Örneğin; sözleşmeden doğan bir borcu üstlenen, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yenilik doğuran hakları kullanamaz. Bunları halen sözleşmenin tarafı olan asıl borçlu ve alacaklı kullanır¹²⁶³. Açıklamak gerekirse; yeni borçlu, alacaklının asıl borçluyla arasındaki iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir edimini ifade gecikmiş olması sebebiyle alacaklıyı borçlu temerrüdüne düşüremez, sözleşmeden dönemez; yahut asıl borçlunun sözleşmeyi kurarken uğradığı irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi iptal edemez¹²⁶⁴. Zira borcu üstlenen, asıl borçluyla alacaklı arasındaki sözleşmenin tarafı durumuna gelmez.

Buna karşın sözleşmenin devrinde, geniş anlamda sözleşmesel borç ilişkisinin tarafı olma durumu, tüm hakları ve borçlarıyla ve hatta taraf olma sıfatına bağlı olan yenilik doğuran haklarla birlikte intikal eder¹²⁶⁵. Ancak burada, sözleşmenin devrinde bazı yenilik doğuran hakların devir kapsamı dışında kalabileceği ileri sürülmektedir. Öğretide, devredilen sözleşmenin kurulması safhasında devredeninin maruz kaldığı bir irade sakatlığından doğan iptal hakkını, devralanın kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır¹²⁶⁶. Bir görüşe göre¹²⁶⁷, sözleşmenin devri esnasında taraflardan herhangi biri, irade sakatlığının varlığından haberdar ise; sözleşmenin devrine rızasını beyan etmekle, zımni olarak iptal hakkından feragat etmiş sayılır. Ancak sorun, tarafların iptal sebebini oluşturan irade sakatlığı halini bilmemeleri halinde ortaya çıkar. Devredeninin maruz kaldığı irade sakatlığından haberi olmaksızın sözleşmeyi devralan kişi sonradan öğrendiği sakatlığa dayanarak sözleşmeyi iptal

¹²⁶¹ Maurer, s. 286; Looschelders, §54, N. 1162.

¹²⁶² ZürcherKomm/Spirig, Art. 176 OR, N. 16; Maurer, s. 320; Looschelders, §54, N. 1162; BGB-RGRK/Weber, §417 BGB, N. 7; MünchenerKomm/Bydlinski, §417 BGB, N. 5.

¹²⁶³ Asıl borçlu veya alacaklının sözleşmenin tarafı olma sıfatına bağlı olarak sahip oldukları, sözleşmeyi etkileyen yenilik doğuran hakları olduğu gibi varlığını sürdürür ve intikal etmez (Koller, §85, N. 32, s. 1418; Larenz, AT, §35, s. 606; Looschelders, §54, N. 1162).

¹²⁶⁴ Koller, §85, N. 43, s. 1420; Maurer, s. 286.

¹²⁶⁵ Bkz. İkinci Bölüm, II, B.

¹²⁶⁶ Bkz. Ayrancı, s. 134 vd.

¹²⁶⁷ Ayrancı, s. 135.

edebilecek midir? *Ayrancı*'ya göre¹²⁶⁸, iptal hakkının şahsa sıkı suretle bağlı bir hak olması ve bunun sonucunda hakkın sadece irade sakatlığı mağduru tarafından kullanılabilir olması söz konusu değildir. Yazara göre, iptal hakkının tüm sözleşme ilişkisiyle birlikte üstlenene geçmesi en doğru çözümdür. Kanaatimizce, sözleşmenin bir tarafın irade sakatlığı sebebiyle iptal edilebilirliği söz konusu olduğunda, iptal kararını vermek ve beyanda bulunmak yetkisi, iradesi sakatlanan tarafa tanınmalı; sözleşmenin devriyle birlikte bu imkân üçüncü kişilere geçmemelidir.

C. Teminat Verenler Bakımından Etkisi

Borcun üstlenilmesinin, borçlunun değişmesine yol açan diğer sistemlere nazaran üstünlüğü, borçlunun değişmesine rağmen borcun olduğu gibi devam etmesi hususundadır. Bu ilke, mutlak olarak uygulanacak olsaydı; borcun içerdiği tüm teminatlarla birlikte devam etmesi gerekirdi¹²⁶⁹. Ancak kanunkoyucu, borcun üstlenilmesi işlemiyle sadece alacaklının değil; teminat verenlerin de hukuki durumlarının etkilendiğini göz önüne alarak tarafların ve teminat verenlerin menfaatlerini dengelemeye çalışmış ve cüzi halefiyet ilkesinden bazı noktalarda sapmıştır¹²⁷⁰. Bu nedenle, borcun üstlenilmesi halinde teminat verenlerin durumunun özel olarak ele alınması gerekliliği hâsıl olmuştur. Bu başlık altında işbu inceleme yapılacaktır.

1. Kefalet ve Rehin Hakkı Üzerindeki Etkisi

a. Kefalet ve Rehin Haklarının Borcun Üstlenilmesiyle Birlikte Sona Ermesi ve İstisnası

aa. Kefalet ve Rehin Haklarının Düşmesi

Cüzi halefiyet düşüncesinden kaynaklanan borcun ayniyeti, yani objektif içeriğinin aynı kalması ilkesine kanunkoyucu bir istisna da teminatlar bakımından getirmiştir. Buna göre, borç için verilen kefalet ve rehin; kefilin veya rehin verenin bu konuda yazılı rıza vermesi halinde borcun üstlenilmesinden etkilenmeksizin devam eder; aksi halde, borcun dış üstlenilmesi anlaşmasının akdedilmesiyle kural

¹²⁶⁸ *Ayrancı*, s. 136 vd.

¹²⁶⁹ *Kassebeer*, s. 59 vd.

¹²⁷⁰ *Friederich*, s. 23.

olarak sona erer (TBK. m.198/f.II; İsv. BK. m.178/f.II; §418 Abs.1 BGB, §1407 Abs.2 ABGB)¹²⁷¹.

Bu hüküm, fark edileceği üzere, sadece içerik ve varlıkları bakımından alacağına bağlı olan fer'i teminatlar için öngörülmüştür¹²⁷². Hükümün amacı, fer'i teminat veren üçüncü kişileri borçlunun değişiminin yaratacağı olumsuz etkilerden korumaktır¹²⁷³. Zira, fer'i teminat verenler, üstlenene değil; asıl borçlu lehine, asıl borçlunun kişiliğine, ödeme gücüne ve ödeme niyetine itimat ederek ve onu korumak amacıyla teminat vermişlerdir¹²⁷⁴. Üstlendikleri riziko; borçlunun kimliğiyle, güvenilirliğiyle ve ödeme gücüyle bağlantılıdır. Borçlunun değişmesi, teminat verenlerin üstlendikleri rizikoyu da değiştirir¹²⁷⁵. Zira üstlenen, asıl borçluyla aynı ödeme gücüne sahip olmayabilir¹²⁷⁶. Borçlu borcundan kurtulunca teminat amacı hallolmuş ve bu teminatlar sona ermiştir¹²⁷⁷. Bir bakıma alacaklı, borcun üstlenilmesini kabul ederek fer'i teminatlardan feragat etmiştir¹²⁷⁸.

Kanunkoyucu, teminatların düşmesini düzenlerken alacaklının güvence ihtiyacından ziyade, teminat verenlerin korunma ihtiyacına öncelik tanımıştır¹²⁷⁹. Ancak elbette ki; teminat verenler, borcun üstlenilmesine rıza göstererek kanunun bu korumasından feragat edebilirler. O halde kefalet ve rehin hakları, teminat verenlerin

¹²⁷¹ **CommRomand/Probst**, Art. 178 CO, N. 5; **Engel** 901; **Schwenzer** N. 91.19; **Siedel**, s. 26.

¹²⁷² **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 320; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Larenz**, AT, §35, s. 609; **Looschelders**, §54, N. 1163; **NK-BGB/KreBe/Eckardt**, §418 BGB, N. 4; **Friederich**, s. 24; **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 8. Fer'i olmayan teminatlar için de hüküm uygulanabileceğine ilişkin bkz. **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 250.

¹²⁷³ **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 1; **Albert**, s. 2; **Andreu**, N. 200 vd., s. 212 vd.

¹²⁷⁴ **Salleilles**, Etude, §4, N. 108; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 5; **Esser/Schmidt**, §37 II, s. 321; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74; **Fikentscher/Heinemann**, §61, N. 757; **Benrey**, s. 140; **Detert**, s. 82; **Von Blume**, Novation, s. 129 vd.; **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 2; **Köhler**, s. 27 vd.; **Schönrock**, §33-35, s. 19-20; **Meyer, J.**, s. 17; **Özen**, Kefalet, s. 90. Borçlunun değişmesi, alacaklının olduğu kadar kefilin ve rehin verenin de hukuki ve ekonomik durumlarını etkilemektedir (**Meier**, s. 41-42).

¹²⁷⁵ **Medicus/Lorenz**, §65, N. 794; **Siedel**, s. 10; **Friederich**, s. 64; **Tercier**, §36, N. 1787; **BGB-RGRK/Weber**, §418 BGB, N. 1; **MünchenerKomm/Bydlinski**, §418 BGB, N. 1; **Scyboz**, s. 74; **KurzKommABGB/Neumayr**, §1407, N. 2; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 814.

¹²⁷⁶ **Jauernig/Stürner**, §418 BGB, N. 1.

¹²⁷⁷ İşbu teminatların fer'i olması sebebiyle, teminat amacı sona erdiği için söz konusu teminatlar da sona ermiştir. Bu durum, borcun ayniyeti ilkesine zıt düşmez. Zira, fer'i teminatların sona ermesi, borcun üstlenilmesinin bir sonucu değildir. Teminatın amacının sona ermesinin doğal bir sonucudur (**Maurer**, s. 288).

¹²⁷⁸ **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 3.

¹²⁷⁹ **Harke**, §15, N. 402. Bu kişiler, ilk borçluya karşı duydukları güveni yeni borçluya karşı taşıyamazlar, bu nedenle rehin veya kefaletin devam etmesini sakıncalı bulabilirler (**Uygur**, s. 1153). Kanun bu korunma ihtiyacını karşılamıştır.

rıza vermesi koşuluyla varlığını sürdürür (TBK. m.198/f.II; İsv. BK. m.178/f.II, §418 Abs.1 BGB, §1407 Abs.2 ABGB)¹²⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde ve Unidroit İlkelerinde ise; teminatın fer'i olup olmamasına bakılmaksızın teminat verenin aksi yönde rızası olmadıkça söz konusu teminat düşer (PECL. m.12:102 [3]; PICC. m.9.2.8 [2])¹²⁸¹.

Bu konuda, borca katılma kurumuyla bir kıyaslama yapılırsa, mevcut borçlu lehine teminat veren üçüncü kişilerin durumları borca katılmadan etkilenmez¹²⁸². Zira, borca katılma, mevcut borçlunun yanına müteselsil bir borçlu daha eklediği için, teminat verenlerin durumu değişmeyecek, aksine durumları güçlenecektir. Bu sebeple, teminat verenlerin rızaları aranmaksızın teminatlar varlığını sürdürür¹²⁸³.

Bu karşılaştırmanın önemi, iki yıl boyunca borca katılmanın tüm sonuçlarını doğuran malvarlığı veya işletme devri bakımındandır. Malvarlığı veya işletme devrinde, devreden (asıl borçlu) iki yıl boyunca borcundan kurtulmuş olmadığından, onun için kefil olan veya rehin veren de bu süre zarfında teminat yüklerinden kurtulamayacaktır¹²⁸⁴. Zira bu durumda, borca katılmaya benzer bir durum ortaya çıkacak, kefilin durumu ağırlaşmayıp aksine borçlular arasına müteselsil bir borçlu daha eklenmiş olacağından iyileşecektir¹²⁸⁵. Ancak, iki yıllık hak düşürücü sürenin sona ermesinde, kanun gereği ortaya çıkan etki uyarınca asıl borçlu borcundan kurtulurken tıpkı borcun üstlenilmesinde olduğu gibi teminatlar kural olarak sona

¹²⁸⁰ Maurer, s. 289 ve 318; Esser/Schmidt, §37 II, s. 320; Fikentscher/Heinemann, §61, N. 757; Looschelders, §54, N. 1163-1164; Medicus/Lorenz, §65, N. 794; Braunschneider, s. 344; Koziol/Welser, s. 130; Siedel, s. 23; Oertmann, s. 342; Kohler, §63, s. 175; Heilfron, §39, s. 396; NK-BGB/Kreße/Eckardt, §418 BGB, N. 5; Funk, Art. 178 OR, N. 2; Özen, Kefalet, s. 90; Saymen, s. 270; Tunçomağ, s. 1133; Velidedeoğlu/Özdemir, eBK. m.176, N. 2; Hatemi/Gökyayla, §42, N. 20; Feyzioğlu, s. 682; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 814; Uygur, s. 1152-1153; Detert, s. 82 vd.

¹²⁸¹ Bkz. Rouhette, s. 493. Unidroit ilkelerinde, alacaklının asıl borçluyu ibra etmeme hakkı da düşünülerek, eğer asıl borçlu ibra olmuşsa ve teminat verenler aksi yönde irade beyanında bulunmamışlar ise, teminatların sona ereceği hükme bağlanmıştır (Mazza, PICC Commentary, 9.2.8, N. 6).

¹²⁸² Guhl/Koller, §35, N. 19; Engel, s. 904; Özen, Kefalet, s. 90 vd.; Bucher, AT, 587-588.

¹²⁸³ CommRomand/Probst, Intro. N. 17. Önceki borçlunun yanına eklenen müteselsil borçlunun varlığı onların risklerini artırmayacağı için teminat verenlerin de rızasına başvurulmayacaktır (BGE 63 II 14, 15 (www.bger.ch); BaslerKomm/Tschäni, Art. 178 OR, N. 3).

¹²⁸⁴ Oğuzman/Öz, s. 597. Asıl borçlu, borçla yükümlü olmayı sürdürdüğü sürece, kefalet ve rehin devam eder (Von Büren, s. 354; Özen, Kefalet, s. 91; Durman, s. 138). Sadece kefalet bakımından bkz. Des Gouttes, FJS 70, s. 13, dn. 79.

¹²⁸⁵ CommRomand/Probst, Art. 181 CO, N. 41; BGE 63 II 14, 15 (www.bger.ch). Aynı yönde bkz. Von Büren, s. 354.

ereceklerdir. Buna engel olmak için, rehin veren veya kefilin borçlunun değişmesine rıza vermek istemeleri halinde bu rızanın iki yıllık müteselsil borçluluk süresi dolmadan, yani en geç borçlunun kurtulması anında verilmesi gerekir¹²⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin devri dolayısıyla borçlunun değişmesinde de fer'i teminatlar kıyasen sona erer¹²⁸⁷.

bb. Teminat Verenlerin Rızasıyla Yaratılan İstisna

Kanunkoyucu, üstlenilen borç için asıl borçlu döneminde verilmiş olan kefalet ve rehinlerin, ancak kefil veya rehin veren kişinin borcun üstlenilmesine yazılı rıza¹²⁸⁸ vermeleri halinde yeni borçlu döneminde de devam edeceğini düzenlemiştir (TBK. m.198/f.II; İsv. BK. m.178/f.II, §418 Abs.1 BGB, §1407 Abs.2 ABGB). Aşağıda, söz konusu düzenlemenin amacı ve unsurları incelenecektir.

aaa. Hükmün Amacı

Elbette ki bu düzenlemenin temel sebebi; borcun yeni bir borçlu tarafından üstlenilmesinin, kefilin ve rehin verenin durumunu etkileyecek olmasıdır. Zira, kendisi için teminat verilen önceki borçlunun ve yerine geçen borçlunun güvenilirliği (kredibilitesi) farklı olabilir¹²⁸⁹. Bu güveni ve rizikoyu takdir edecek olan yine teminat verenin kendisidir¹²⁹⁰. Bu durumda, kendi rızaları olmaksızın ekonomik risklerinin değişmesine seyirci kalmaları onlardan beklenemez. Elbette ki teminat verenler, bu riski kabul edebilir ve borcun nakline rağmen teminatın devam etmesine razı olabilirler.

¹²⁸⁶ BGE 63 II 14, 15-16 (www.bger.ch).

¹²⁸⁷ Looschelders, §54, N. 1170.

¹²⁸⁸ Eski Borçlar Kanunumuzda bu rıza herhangi bir şekilde bağlanmış değildi. Ancak, kefaletin şekline ilişkin hükümler ile borcun nakli hükümlerinin amacı göz önünde tutularak, eBK.12 uyarınca, borcun nakline ilişkin kefilin rızasının yazılı olarak verilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi (Bkz. Oğuzman/Öz, s. 584. Karşıt görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 277; Huguenin, N. 1393). Yeni TBK. m.198/f.II'nin düzenlemesiyle bu tartışma ortadan kalkmıştır.

Borcun üstlenilmesinde, yeni bir kefalet kurulmamakta, buna ilişkin yeni bir borç doğmamaktadır. Bu bakımdan, kefaletin kuruluşuna ilişkin şekil şartının borcun üstlenilmesine verilen rıza için de aranması gerekmez (Bkz. BGE 60 II 332, 334 [www.bger.ch]). Malvarlığı ve işletme devrinde ise, zaten iki yıl boyu müteselsil borçluluk söz konusu olduğundan, bu süre içinde kefalet devam eder (BGE 63 II 14, 15 [www.bger.ch]).

¹²⁸⁹ BaslerKomm/Tschäni, Art. 178 OR, N. 3; Uygur, s. 1153. "Rızanın aranması, kişilerin ancak güven duydukları kimselere teminat vermelerinin doğal bir sonucudur." (Hatemi/Gökyayla, §42, N. 20).

¹²⁹⁰ BaslerKomm/Tschäni, Art. 178 OR, N. 3; CommRomand/Probst, Art. 178 CO, N. 4; Bucher, AT, s. 586; BernerKomm/Becker, Art. 178 OR, N. 5; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, §34, N. 3603; Engel, s. 901; Von Tuhr/Escher, §99, s. 393; Feyzioglu, s. 682. "Teminat verenlerin rızasının varlığı varsayılmaz." (Larenz, AT, §35, s. 609).

Açıklamak gerekirse; bu düzenlemenin temeli, bir teminatın kural olarak borçlunun kişiliği ve ödeme kabiliyeti dikkate alınarak tesis edilmesinde yatar. Borcun üstlenilmesiyle borçlu yerine başka bir borçlu geçecek, önceki sorumlu malvarlığı yerine de başka bir malvarlığı ikame olacaktır. Eğer üstlenenin ödeme kabiliyeti veya ödeme arzusu borçluya nazaran daha az ise, kefilin ve rehin verenin riski artar ve durumu ağırlaşır¹²⁹¹. Oysa mantık olarak alacaklı; kendi serbest iradesiyle yaptığı bir hukuki işlem yoluyla, kefilin veya üçüncü kişi rehin sahiplerinin hukuki durumunu ağırlaştırmamalıdır¹²⁹².

Böylelikle kanunkoyucu, ödeme gücünden, şahsi itibarından ve güvenilirliğinden emin olduğu bir kişi için kefil olan veya onun için rehin veren kimselerin, hiçbir söz hakkına sahip olmaksızın tanımadıkları bir üçüncü kişinin borcunu güvence altına alır hale düşmelerini ve bu şekilde önceden öngörülemez bir riskin altına girmelerini önlemek istemiştir¹²⁹³. Nitekim, teminat verenlerin bu teminatları, borçlunun şahsına ve ödeme kabiliyetine güvenerek verdikleri düşünülecek olursa; tanımadıkları yeni borçluya aynı ölçüde güven duymamaları olağandır¹²⁹⁴. Kanunumuz; kefile ve rehin verene, borcun üstlenilmesinden sonra teminatın devam etmesi için rıza vermek ya da sessiz kalarak bunu reddetmek yönünde bir seçim hakkı bahsetmiştir¹²⁹⁵.

bbb. Hükümün Unsurları

Kefaletin ve rehnin borcun üstlenilmesi sonrasında da devamını sağlayan rızanın yazılı olarak verilmesi gerektiği, en geç borcun üstlenilmesi anına kadar böyle bir rıza verilmediği takdirde, teminatın devamının reddedilmiş sayılacağı hükümde belirtilmiştir (TBK. m.198/f.II)¹²⁹⁶. Bu rızanın şekli ve verilme anı, kanaatimizce tartışmaya değer bazı soru işaretleri sunmaktadır.

¹²⁹¹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 75; **Berger**, §36, N. 2325; **Scyboz**, s. 74.

¹²⁹² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 76.

¹²⁹³ **Oğuzman/Öz**, s. 583-584; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 277; **Saymen**, s. 270.

¹²⁹⁴ **Eren**, s. 1251.

¹²⁹⁵ **MünchenerKomm/Bydlinski**, §418 BGB, N. 1; **Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller**, §§418, N. 3; **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 16 vd.; **Köhler**, s. 28; **Meier**, s. 43; **Develioğlu**, Hüseyin Murat, *Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement*, Stämpfli Editions, Berne 2006, N. 985, s. 424. “*Sadece teminat veren bu beyanda bulunmaya yetkilidir.*” (**Maurer**, s. 295).

¹²⁹⁶ Belirtmek gerekir ki, bu kişilerin borcun dış üstlenilmesine rıza göstermemeleri sadece kendileri açısından sonuç doğuracaktır. Diğer bir deyişle, onların rızası, borcun dış üstlenilmesinin geçerliliği için değil, kendi sorumluluklarının devamı için aranır (Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 584).

İlk olarak, rızanın şeklini tartışmakta fayda görüyoruz. Zira TBK m.198/f.II hükmü yazılı rızanın aranması gerektiğini hükme bağlamıştır¹²⁹⁷. Buna karşın, öğretide Reisoğlu¹²⁹⁸, eski borçlunun yerine geçen üstlenenin ödeme kabiliyetinin az olması ihtimalinde, bu değişikliğin kefilin durumunu ağırlaştıracağından hareketle TBK. m.583/f.III hükmünün uygulama alanı bulacağı görüşündedir. Zira bu hüküm uyarınca, “*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.*”. Bu nedenle yazar, kefaletin tabi olduğu nitelikli şekil şartlarının (örneğin, el yazısının ve eşin rızasının) bu yazılı rıza bakımından da uygulanması gerektiği kanaatinde.

Kanaatimizce, borçlunun değişimi sebebiyle ortaya çıkabilecek muhtemel risk artışında kefilin rızasını aramak son derece mantıklı ve yerindedir. Ne de olsa, kefilin alacaklıya ödeme yapmak durumunda kalması halinde, rücu edeceği borçlu değişmektedir. Yeni borçlunun ödeme kabiliyeti, bu bakımdan kefilin rızasına başvurmayı haklı kılar. Ancak bu rızanın kefaletin şekil şartlarına tabi olup olmaması farklı bir meseledir. Bizce, TBK. m.583/f.III hükmüne başvurmayı gerektirecek şekilde, kefilin hukuki durumunda bir ağırlaşma yoktur¹²⁹⁹. Zira, kefilin ne sorumlu olduğu üst sınır (kefalet miktarı) değişmiştir ne de kefilin sahip olduğu def’ilerde bir değişiklik vardır. Örneğin, kefil adi kefalette kendisine tanınan peşin dava def’ine sahip olmaya devam eder. Üstelik, yeni bir kefalet akdi de kurulmadığından, şeklin

Eğer borçlunun değişimine rıza göstermemişse, kefil kurtulur (**BaslerKomm/Pestalozzi**, Cristoph M., Art. 492-512 OR in Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 492 OR, N. 16 ve Art. 509, N. 6). Zira kefalet, kefilin rızası olmadan borçlunun kişiliğinden ayrılmaz.

¹²⁹⁷ Belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda, eBK. m.176/f.II’de şekle ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da, İsv. BK. m.178 hükmünde rızanın şekline ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır (Aynı şekilde Alman hukukunda bkz. §418 Abs.1 BGB). Bu nedenle, İsviçre hukukunda, rehin verenlerin rızası bakımından şekil serbestisinin geçerli olacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak, İsviçre hukuk öğretisinde, kefilin rızasının İsv. BK. m.493/f.V gereğince yazılı şekle tabi olduğu hakim görüş tarafından kabul edilmektedir (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3; **Berger**, §36, N. 2325; **Von Büren**, s. 345; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 12; **Giovanoli**, Silvio, Art. 492-515 OR in Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband Die Bürgschaft, Spie und Wette, 2. Aufl., Bern, 1978, Art. 493, N.45; **Scyboz**, s. 88; **Bucher**, BT, s. 308; **Özen**, Kefalet, s. 95; **Reisoğlu**, Kefalet [1992], s. 246).

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde konuyu değerlendiren *Reisoğlu*’na göre, asıl borçlunun kişiliğinin, kefalet senedinde asıl borcun ferdileştirilmesinin esaslı bir unsurunu oluşturması ve kefilin koruma amacından hareketle söz konusu rızanın yazılı olarak verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır (**Reisoğlu**, Kefalet [1992], s. 246).

Aynı yönde §766 BGB hükmündeki şekil şartlarına uyulması gerektiğiyle ilgili bkz. **BGB-RGRK/Weber**, §418 BGB, N. 8.

¹²⁹⁸ **Reisoğlu**, Kefalet (2013), s.307-308.

¹²⁹⁹ Bizce, riskin artmış olması, kefilin sorumluluğunun artması yahut ağırlaşması anlamına gelmez.

ikaz işlevine ihtiyaç yoktur. Zira, kefalet ilk defa kurulurken kefil zaten ikaz edilmiştir¹³⁰⁰. Kaldı ki, kanunkoyucu, konuya ilişkin TBK. m.198/f.II hükmünde yazılı rızayı aramakla yetinmiştir. Bütün bu sebeplerle, bizce, kefilin rızasını adi yazılı şekilde vermesi, borcun üstlenilmesinde kefaletin devamı için gerekli ve yeterlidir¹³⁰¹.

Rızanın verilmesi anı bakımından ise TBK. m.198 hükmü bir açıklık getirmemiştir. Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde genel olarak kabul edildiği üzere bu rıza, borcun intikalinden önce veya en geç borcun üstlenilmesi anında verilmediği takdirde teminat sona erer¹³⁰². Rızanın verilme zamanı, emredici değildir. Taraflar aksine sözleşme düzenleyebilirler¹³⁰³.

Bu görüşe göre, sonradan verilen rıza ise, sona eren kefalet veya rehnin tekrar hayata dönmesini sağlamaz, daha ziyade yeni bir teminat kurmaya yarar¹³⁰⁴. Teminat bir kez sona erdi mi, artık alacaklı ile anlaşıp yeniden kurulabilir. Ama bu arada başka öncelikli haklar araya girebilir; örneğin, alacaklı ipotekte sırasını kaybedebilir¹³⁰⁵. Borcun üstlenilmesinden sonra verilen rızanın, kefalet veya rehnin

¹³⁰⁰ Alman hukuk öğretisinde *Friederich*'e göre, kefaletin şekil şartına tabi olması, kefilin ikaz işlevi görür. Kefil zaten asıl borçluya kefil olurken bir kez ikaz edilmiştir. Kefalet tekrar kurulmadığına, yeniden borçlanılmadığına göre, kefilin de tekrar ikaz edilmesine gerek yoktur. Bu bakımdan, borcun üstlenilmesine verilen rızanın kefaletin şekil şartına tabi olması gerekmez (**Friederich**, s. 99-100. Aynı yönde bkz. **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 19; **Köhler**, s. 41. Ayrıca bkz. **Meier**, s. 43).

¹³⁰¹ Karşıt görüşte olan *Giovanoli*'ye göre kefalet akdinde asıl borçlunun kişiliği o kadar önemlidir ki, borcun naklinde kefaletin şekil şartları aynen uygulanmalıdır. Hatta yazar, eşin rızasının dahi aranması gerektiğini söylemektedir (**BernerKomm/Giovanoli**, Art. 493 OR, N.45).

¹³⁰² **Des Gouttes**, FJS 365, s. 6; **Guhl/Koller** §35 N. 14; **Berger**, §36, N. 2325; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 13; **Friederich**, s. 64; **BGB-RGRK/Weber**, §418 BGB, N. 7; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 250; **Develioğlu**, *Garanties*, N. 985, s. 424, dn. 1911; BGE 60 II 332, 333; BGE 67 II 128, 130 (www.bger.ch).

Borcun üstlenilmesi anında verilen rızanın geçersiz olduğu, söz konusu rızanın mutlaka borcun üstlenilmesinden önce verilmesi gerektiği hakkındaki karşıt görüş için bkz. **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 393; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 90. Teminat verenler rıza vermezse, borcun üstlenilmesiyle birlikte sorumluluk kendiliğinden düşer. Zira teminat verenin borcun intikalinden haberi olmayabilir. Eğer kanunkoyucu sorumluluğun kendiliğinden düşmesini kabul etmeseydi ve teminat verenlerin cevabına kadar sorumluluk sürseydi kanunun arzu etmediği şey (sorumluluğun sürmesi) söz konusu olurdu. Bu sebeple kanun, teminat verenlerin sessiz kalmasına sonuç bağlamıştır (**Maurer**, s. 297).

¹³⁰³ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 4; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 2. Karşıt görüş için bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 21.

¹³⁰⁴ **Koller**, §85, N. 21, s. 1417; **Maurer**, s. 297; BGE 60 II 332, 333-334 (www.bger.ch). *Reisoğlu* ise, sonradan verilen icazetin geçmişe etkili olarak etki doğuracağını ileri sürmüştür (**Reisoğlu**, *Kefalet* [1992], s. 246).

¹³⁰⁵ **Maurer**, s. 298.

yeni bir temele dayalı olarak yeniden kurulması için verildiği kabul edilir¹³⁰⁶. Elbette ki, rehin veya kefaletin yeni baştan ve kanuni şekle uyularak kurulması gerekmektedir. Karşıt görüşte olan bazı yazarlar ise, üstlenmeden sonra da rızanın verilebileceği, bu konuda icazetin mümkün olduğu görüşündedirler¹³⁰⁷.

Alman hukukunda ise, onay yöntemiyle yapılan borcun üstlenilmesi akdinde (§415 BGB), alacaklı borcun üstlenilmesine onay verinceye kadar teminat veren rızasını açıklayabilir¹³⁰⁸.

Rızanın içeriği değerlendirilecek olursa; rızanın özellikle kefalet veya rehinle ilgili olması veya bu konuda açık bir ifade barındırması gerekmez. Ancak, genel olarak borcun üstlenilmesine rıza verilmesi yeterlidir¹³⁰⁹. Bu bir irade açıklamasıdır ve arzu edilen sonuç açıklamaya bağlandığından hukuki bir işlemdir¹³¹⁰. Rıza verilmemiş ise, söz konusu kefalet ve rehin ilişkisi dış üstlenmenin hüküm doğurduğu anda kendiliğinden sona erecek¹³¹¹; bir ipotek söz konusu ise, tapu sicilindeki tescil kendiliğinden yolsuz hale gelmiş olacaktır¹³¹².

Kanun bu konuda tek taraflı açıklamayı yeterli görmektedir. Teminat verenlerin bu konuda alacaklıyla tekrar sözleşme yapmaları gibi bir gereklilik öngörmemiştir. Zira alacaklı, her halükarda borcun üstlenilmesi hususundaki akde katılmaktadır. O yüzden teminatların devamına ilişkin beyana katılmasına gerek yoktur. Teminat verenler rızalarını sadece alacaklıya değil, yeni borçluya karşı da açıklayabilirler¹³¹³. Nitekim bu durum, kanaatimizce normun koruma amacına da uygundur.

¹³⁰⁶ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 93; BGE 60 II 332, 333-334; BGE 67 II 128, 130 (www.bger.ch).

¹³⁰⁷ Bkz. **Reisoğlu**, Kefalet [2013], s. 308; **Saymen**, s. 270; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.176, N. 2; **Schneider/Fick**, İsv. BK. m.178, N. 3.

¹³⁰⁸ Alacaklı icazetini, teminat verenin borcun üstlenilmesine rıza vermesi şartına bağlayamaz. Ama bunun verilmesini bekleyebilir. Yani hukuk güvenliği bakımından şarta bağlı icazet olmaz. Şarta bağlı icazet mümkün olsaydı, şart gerçekleşinceye kadar borcun nakli hüküm ifade etmeyecek, yani borcun naklinin hüküm ifade etmesi teminat verenin rıza göstermesine bağlı olacaktır (**Maurer**, s. 295).

¹³⁰⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 96.

¹³¹⁰ **Maurer**, s. 294.

¹³¹¹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3; BGE 60 II 332, 333 vd. (www.bger.ch).

¹³¹² **Oğuzman/Öz**, s. 584.

¹³¹³ Asıl borçlu bu beyanı almaya yetkili değildir. Zira artık teminat ile ilgisi kalmamıştır (**Maurer**, s. 293-294).

Kefilin bu hususta, gelecekte kim üstlenirse üstlensin yapılacak her borç üstlenme için önceden genel olarak verdiği her türlü rıza geçersizdir¹³¹⁴. Böyle bir global ve peşin rıza, TMK. m.23 ve TBK. m.27 (İsv.MK. m.27 ve İsv. BK. m.20) uyarınca, kişilik haklarına aykırılık nedeniyle hükümsüz olur¹³¹⁵. Zira, kefilin henüz bilmediği, bilmesine de imkân olmayan bir durum ve kişiyle ilgili olarak taahhüt altına girmesi kabul olunamaz¹³¹⁶. Nitekim, kefilin hukuki durumu, gelecekte borcu üstlenecek olan herhangi bir üstlenenin düşük ödeme kabiliyeti yüzünden zedelenebilir¹³¹⁷.

Eğer müteselsil borçlu, başkasıyla birlikte taşıdığı borç yükünü tek başına üstleniyorsa; kefilin de rızası gereklidir¹³¹⁸. Zira, ifa sonrasında müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkideki rücu imkânı müteselsil borçluluğun ortadan kalkmasıyla kaybolacaktır. Bu anlamda, müteselsil borçlu olan üstlenen, tek başına borçlu haline gelmekle, önceki borçlunun ödeme kabiliyetine ve belki de rücu imkânına güvenerek kefalet vermiş olan kefilin riski ağırlaşacaktır¹³¹⁹. Önceki borçlu, müteselsil kefil idiyse işbu rıza aranmaz¹³²⁰.

cc. Taraf Yenilemesi Yoluyla Borçlunun Değişmesi Modelinde Teminatların Akıbeti ve Karşılaştırma

Teminatlara ilişkin hukuki sonuçlar, borcun üstlenilmesinin cüzi intikal veya yenileme olarak tanımlanmasından bağımsızdır. Yenilme yoluyla borçlunun değişmesinde teminatlar, kural olarak borçlunun değişmesiyle sona ererler¹³²¹. Buna karşılık bir cüzi halefiyet öngören borcun üstlenilmesinde, teminat verenlerin rıza

¹³¹⁴ **Eren**, s. 1251; **Özen**, Kefalet, s. 95; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3; **Huguenin**, N. 1395; **Bucher**, AT, s. 586. Aynı yönde, BGE 63 II 409, 412-413 (www.bger.ch). Rızanın önceden verilmesi mümkündür. Ancak, bu rızanın sonradan yapılacak tüm borç üstlenme işlemleri için verilmiş olması halinde, rıza hükümsüz olacaktır (BGE 67 II 128, 130 [www.bger.ch]).

¹³¹⁵ BGE 67 II 128, 131 (www.bger.ch).

¹³¹⁶ **Reisoğlu**, Kefalet (1992), s. 246-247.

¹³¹⁷ **Bucher**, AT, s. 586; BGE 63 II 409, 413 (www.bger.ch).

¹³¹⁸ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 83; BGE 60 II 332, 333 (www.bger.ch).

¹³¹⁹ Bu ihtimalde de, kefilin hukuki durumu, sorumlu olduğu üst sınır, sahip olduğu def'iler değişmez. Sadece, rücu edebileceği kişi veya kişiler değişir. Bu nedenle, kefilin bu konuda da rızasının aranması gereklidir.

¹³²⁰ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 84.

¹³²¹ **Maurer**, s. 317.

vermeleri halinde, yeniden kurulmaya ihtiyaç duyulmaksızın ve aynı teminatlarda sıra kaybı yaşamaksızın teminatların devam etmesi mümkündür¹³²².

Yenileme ile, kural olarak borca bağlı teminatlar sona erer¹³²³. Zira, burada eski ve yeni borç arasında borcun devam etmemesi (devamsızlık) esası hâkimdir¹³²⁴. Nitekim, Fransız hukukunda da borçlunun değişmesi için yenileme modeli öngörülmüş olduğundan, kural olarak fer'i teminatlar hatta müteselsil borçluların sorumlulukları sona ererler (Fr. MK. m.1278-1281). Buna karşın, yeni borçlunun ifasını temin etmek için rehinle yüklü malın malikinin rızasıyla söz konusu teminat devam edebilir (Fr. MK. m.1279/f.II). Teminatı veren asıl borçlu olsa da rıza yine de gereklidir¹³²⁵.

Kişisel teminatlar bakımından ise, yenileme ile kefil (*Bürge, caution*) borcundan kurtulur. Zira kefalet, borcun fer'isi olduğu için önceki borçla birlikte sona erer¹³²⁶. Bunun yanında, teminat amacıyla müteselsil borçlu olanlar da yine aynı şekilde borçtan kurtulurlar¹³²⁷.

Yenileme halinde; teminatların düşmesi, kanunda düzenlenmiş olsa da aksine anlaşma yapmak sözleşme serbestisi uyarınca mümkündür. Özellikle, aynı teminatlar bakımından teminatın sırasının korunması için sorumluluğun devam edebilmesi önemlidir¹³²⁸. Nitekim, yenilemenin eski borcu sona erdiren etkisine rağmen, Fransız hukukunda, alacaklının ipotek ve imtiyazları korumasının mümkün olduğu, bunun için ipotekli taşınmazların maliklerinin rızasını alması gerektiği de belirtilerek kabul edilmiştir (Fr. MK. m.1278-1279). Aslında bu hüküm, yenilemenin eski borcu sona

¹³²² Maurer, s. 320.

¹³²³ Maurer, 18 ve 22; Delebecque/Pansier, N. 512 vd. Bkz.BGE 107 II 479, 482 (www.bger.ch).

Belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda da kural olarak yenileme ile tüm kişisel ve aynı teminatlar düşer (Maurer, s. 181). Yenileme halinde, taşınmaz rehni (*mortgage*) kendiliğinden düşer. Malı sattırma yetkisi (*Legal interest*) kendiliğinden rehin veren malike döner. Oysa, taşınır rehinde (*pledge*) zilyetliği yeniden elde etmek için, malın geri verilmesi talebi (*equity of redemption*) gereklidir. Borç yenilenince, yeniden kurulsu bile taşınmaz rehinde (*mortgage*) sıra korunmaz (Maurer, s. 184-186).

¹³²⁴ Maurer, s. 89.

¹³²⁵ Maurer, s. 84.

¹³²⁶ Maurer, s. 86; Delebecque/Pansier, N. 515.

¹³²⁷ Delebecque/Pansier, N. 515.

¹³²⁸ Maurer, s. 87.

erdiren etkisiyle bağdaşmamakta, bir anlamda hayatın gereklilikleri sebebiyle borcun cüzi intikaline benzer sonuçlar elde edebilmek amaçlanmaktadır¹³²⁹.

b. Yazılı Rıza Aranmaksızın Teminatın Varlığını Sürdürdüğü Haller

aa. Teminat Veren Borçlu veya Üstlenen Olması

Teminat veren kim olduğuna bakılmaksızın teminatların toptan sona ermesini savunmak, normun koruma amacıyla tam olarak bağdaşmayabilir. Bu yüzden, hâkim görüş taraftarlarının ileri sürdüğü üzere, bazı teminatların, teminat verenin rızasına bakılmaksızın devam etmesi gerektiği düşünülebilir¹³³⁰.

Öğretide, sadece asıl borç ilişkisine yabancı, üçüncü kişilerin tesis ettiği rehin veya kefaletin cüzi intikal prensibine aykırı olarak sona ereceği belirtilmektedir¹³³¹. Diğer bir deyişle, söz konusu rehni tesis etmiş olan bir üçüncü kişi değil de borcun üstlenilmesinden haberdar olan asıl borçlu yahut üstlenenin kendisi ise, rehin borçla birlikte geçer¹³³².

Üstlenenin verdiği rehin borcun üstlenilmesinden sonra dahi devam etmesinin sebebi, üstlenenin zaten borcun üstlenilmesi işlemine katılarak buna rıza vermiş olmasındandır¹³³³. Diğer bir deyişle üstlenen, borçlu değiştiğinde, tanımadığı bir kişi lehine teminatını sürdürmek zorunda kalmamakta, kendi lehine teminatını sürdürmektedir. Bunun için ayrıca rıza vermesi aranmaz. Borçlunun vermiş olduğu

¹³²⁹ Burada Fransız hukukundaki yenilemenin genişlemesi, bir anlamda cüzi intikale yakınlaşması söz konusudur (**Gaudemet, E.**, Etude, s. 259-262).

¹³³⁰ **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 249. Bu, *de lege ferenda* var olması gereken bir istisnadır (**Maurer**, s. 304). **Friederich** burada, önceden borçtan kurtarma vaadine, alacaklı lehine rıza gösteren teminat verenin bu rızasının sonradan borcun dış üstlenilmesi için de geçerli sayılabileceği örneğini veriyor (**Friederich**, s. 114).

¹³³¹ **Köhler**, s. 41.

¹³³² **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3; **Feyzioğlu**, s. 683; **Uygur**, s. 1153; **Detert**, s. 82 vd.; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 39; **Koller**, §85, N. 21, s. 1417; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 393; **Von Büren**, s. 345; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 815; **Medicus/Lorenz**, §65, N. 794; **Funk**, Art. 178 OR, N. 2. “Rehin veren borçlunun kendisi olması halinde, tereddütsüz rehin devam eder.” (**Andreu**, N. 215, s. 225).

Alman hukukunda karşıt görüşte olan **Rieble** ise, burada da, riskin aynı şekilde değişimi söz konusu olduğundan herhangi bir istisnaya gerek olmaksızın teminatların sona ermesine ilişkin §418 BGB hükmünün uygulama alanı bulacağını belirtmiştir (**Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 23 vd.).

¹³³³ Borcu üstlenen, borç üstlenme işlemine katılmakla zaten teminatın devamına ilişkin zımni olarak rızasını vermiştir (**Maurer**, s. 299).

rehnin devamı ise, teminat yükü borçlunun sırtında olunca, üçüncü bir kişinin zarar görmesi endişesinin olmamasındandır¹³³⁴.

Bu düşünce Unidroit ilkelerinde de kendine yer bulmuştur. Şöyle ki, Unidroit ilkelerinde de teminat veren üstlenenin kendisi ise, teminatın sona ermeyeceği düzenlenmiştir (PICC. m.9.2.8[2]).

Benzer şekilde, öğretide savunulduğu üzere¹³³⁵, hapis hakkının borçluya yahut üstlenene karşı mevcut olması ihtimalinde, borcun üstlenilmesiyle bu hak sona ermez, borcun üstlenilmesi bu hakkı etkilemez. Zira, bu ihtimalde, hapis hakkı üçüncü kişi tarafından tesis edilmemiştir. Dolayısıyla, bu görüş uyarınca, üçüncü kişilerin etkilenmesi söz konusu olmadığından, borçluya ya da üstlenene karşı sahip olunan hapis hakkının devam etmesi gereklidir¹³³⁶.

Bundan başka; teminatın konusunu oluşturan eşya, borcun üstlenilmesi ile üstlenene geçiyorsa; işbu teminatın sona ermesi kanunkoyucunun mantığıyla bağdaşmayacaktır¹³³⁷. Nitekim, artık teminat konusu eşyanın maliki, yeni borçlunun kendisi olacaktır. Bunun sonucu olarak, mülkiyeti kaybetme riskinin idaresi de malikin tanımadığı bir üçüncü kişinin değil, kendi elinde olacaktır. Aynı düzenlemeyi Unidroit ilkelerinde de bulmak mümkündür. Buna göre, eğer borcun üstlenilmesi sözleşmesinin bir parçası veya sonucu olarak, rehin konusu mal da üstlenenin mülkiyetine geçmiş ise, bu takdirde söz konusu mal üzerindeki rehin devam edecektir (PICC. m.9.2.8[3])¹³³⁸. Örneğin; asıl borçlu B, alacaklısı A'ya güvence olarak evini göstermiş olabilir. Sonradan, borcunu üstlenmesi karşılığında Ü'ye evini düşük bir ücretle satmış ise, Ü de alacaklı A ile anlaşarak borcu üstlenmiş ise, üstlenici Ü, hem borcu (akit gereği) hem de ipoteği (taşınmazı devralmış olduğu için) üstlenmiş olur¹³³⁹.

Kanaatimizce, borç için rehin veren üstlenenin, borcu üstlenmesinden sonra rehinin devamı hususunda rıza vermediğini belirterek rehin hakkının sona erdiğini

¹³³⁴ Benrey, s. 141.

¹³³⁵ Koller, §85, N. 30, s. 1418; Von Tuhr/Escher, §99, s. 393.

¹³³⁶ ZürcherKomm/Spirig, Art. 178 OR, N. 79; Von Tuhr/Escher, §99, s. 393.

¹³³⁷ Maurer, s. 318.

¹³³⁸ Mazza, PICC Commentary, 9.2.8, N. 5.

¹³³⁹ Maurer, s. 323. İktisap eden şahsi borcu da üstlenmişse, taşınmaz üzerindeki ipotek ile de zaten yükümlüdür. Bu teminat, amaçsal yorum ile devam eder (Maurer, s. 301-302).

ileri sürmesi, kanunkoyucunun mantığıyla bağdaşmayacaktır. Zira kanunkoyucu, söz konusu hükümde, rehin vereni tanımadığı yeni borçlunun güvenilirliğinin düşük olmasına karşı korumak istemiştir. Oysa üstlenenin, kendi verdiği rehin için aynı korumaya ihtiyaç duyduğunu, kendisine güvenmediğini ileri sürerek rehlin düşmesini sağlaması ne hükmün amacına ne de dürüstlük kuralına uygun olur. O halde bizce, üstlenenin borcun üstlenilmesine rıza göstermesinin aranmaması; diğer bir deyişle üstlenenin verdiği rehlin devam etmesi, kanunun ruhuna uygundur.

Buna karşın, asıl borçlunun borcu güvence altına almak için verdiği rehlin devam etmesi için bu rızanın aranmayacağını söylemek her koşulda doğru olmayabilir¹³⁴⁰. Kanaatimizce, daha önce asıl borçluyla üstlenen arasında akdedilen borcun iç üstlenilmesine dayanarak, alacaklıyla dış üstlenme sözleşmesi yapılmışsa, bu ihtimalde asıl borçlunun rızasını aramaksızın rehlin devam edeceğini söylemek akla yatkındır. Zira bu durumda, asıl borçlu, üstleneni alacaklının karşısına çıkarmış ve borcu üstlenmesi için ön ayak olmuştur. Artık onun ifa gücüne güvenmediğini ileri sürerek teminatın devamından kendini sakınmasını haklı görmek mümkün değildir.

Oysa, asıl borçlunun herhangi bir müdahalesi olmaksızın üçüncü bir kişinin alacaklıyla anlaşarak borcu üstlenmesi de mümkündür. Bu halde, asıl borçlunun bu durumdan haberi olsa dahi, üçüncü kişi üstleneni tanıması, ona güvenmesi kendisinden beklenmemelidir. Bu ihtimalde, borcu güvence altına almak için verdiği rehlin devamı için asıl borçlunun rızasının aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Özetleyecek olursak; bizce, teminatı veren üstlenenin kendisi ise, hiç şüphesiz teminatın devamı gerekir. Oysa teminatı veren asıl borçlu ise; teminatın devamı, sadece onun üstlenen ile iç üstlenme sözleşmesi yapmış olması halinde, üstleneni tanıması ve üstlenmeden haberdar olması sebebiyle mümkün olmalıdır. Aksi halde, söz konusu teminatın devamı için ayrıca asıl borçlunun rızasını aramak gerekecektir.

¹³⁴⁰ Aynı yönde, **Maurer**, s. 300.

bb. Kanuni Rehinlerin Akıbeti Meselesi

Öğretideki hâkim görüş uyarınca, kanuni rehinler ve hapis hakkı borcun üstlenilmesiyle sona ermezler¹³⁴¹. Zira alacaklı bu hakları kişinin rızası aranmaksızın kanun gereği kazanmıştır ve yine teminat verenin rızası aranmaksızın işbu teminatlar varlığını sürdürmelidir¹³⁴².

Aksi görüşte olan *Weber* ise, kurulma sebebi kanuni de olsa, teminat verenlerin borçlunun değişimi sebebiyle karşılaşılabilecekleri risk artışından korunması gerektiğini belirtmiştir¹³⁴³. Aynı yönde *Bydlinski*, kanunen de kurulmuş olsa; teminat verenlerin borçlunun değişmesinden aynı şekilde etkilendiğini vurgulayarak bu kişilerin de borçlu değişimi karşısında teminatların devamı hakkında söz hakkı sahibi olmaları gerektiğini ileri sürmüştür¹³⁴⁴. *Eren*'e göre, benzer şekilde, borcun üstlenilmesinde teminatların devamı için rehin verenin rızasının aranmasına ilişkin kuralın; üzerinde hapis hakkı kullanılan üçüncü kişiye ait mallar hakkında da uygulanması gerekecektir¹³⁴⁵. *Rieble*'ye göre ise¹³⁴⁶; alacaklı, borcun üstlenilmesine rıza vermekle kanuni teminatlara ihtiyaç duymadığını belirtmiş olur ve bu nedenle kanuni teminatlar da sona erer. Aynı yönde *Medicus*'a göre de¹³⁴⁷, borçlunun değişmesi

¹³⁴¹ Alman hukukunda borcun üstlenilmesiyle sona erecek teminatlar rızaen tesis edilmiş (*bestellt*) teminatlar olarak kanun lafzında belirtilmiştir (§418 BGB). Bkz. **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 15; **Köhler**, s. 41; **Meier**, s. 44; **Riedel**, s. 20; **Meyer, J.**, s. 37.

Bu görüş uyarınca, kanuni hapis hakları (örneğin, TMK. m.950; İsv.MK. m.895; TBK. m.336, 337, 338, 443 ve 541) ve kanuni rehin hakları (örneğin, TMK. m.893, İsv.MK. m.837), komisyoncunun (İsv. BK. m.434), taşıyanın (İsv. BK. m.451) ve taşıma komisyoncusunun (İsv. BK. m.439) sahip oldukları alıkoyma hakları borcun üstlenilmesinden etkilenmezler (**Des Gouttes**, FJS 365, s. 6).

¹³⁴² **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 3; **Huguenin**, N. 1394; **Oser/Schönenberger**, Art. 178 OR, N. 9; **Schwenzer**, N. 91.19; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 9; **NK-BGB/Kreße/Eckardt**, §418 BGB, N. 3; **Maurer**, s. 293; **Looschelders**, §54, N. 1163; **Larenz**, AT, §35, s. 609, dn. 16. **Palandt/Grüneberg**, §418 BGB, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 79 ve 81. Bkz. **Funk**, Art. 178 OR, N. 2; **Feyzioglu**, s. 683; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.176, N. 2; **Uygur**, s. 1153; **Friederich**, s. 24; **Detert**, s. 86-87; **Kassebeer**, s. 59 vd.; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 178 OR, N. 4; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 249.

Çetiner'e göre, hapis hakkı bir def'dir. Bu bakımdan yazar, alacağın temlikıyla hapis hakkının intikal edip etmeyeceği meselesini bu şekilde değerlendirmiştir (Bkz. **Çetiner**, Bilgehan, Hapis Hakkı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 157 vd.).

¹³⁴³ Kıyasen uygulama için, normun amacına bakmak gerekir. Başka bir deyişle, kanunun hükmü, teminat vereni, borçlu değişiminin yaratması muhtemel risk karşısında koruyorsa, o halde söz konusu teminat kanunen kurulmuş dahi olsa, teminat veren, teminat yükünden normun amacı sebebiyle kurtulur (**BGB-RGRK/Weber**, §418 BGB, N. 2).

¹³⁴⁴ **MünchenerKomm/Bydlinski**, §418 BGB, N. 2.

¹³⁴⁵ **Eren**, s. 1251.

¹³⁴⁶ **Staudinger/Rieble**, §418 BGB N. 15.

¹³⁴⁷ **Medicus/Lorenz**, §65, N. 794.

halinde tıpkı iradi teminatlarda olduğu gibi, kanuni teminatların da sona ermesi gerekir.

Sarı'ya göre; alıkoyma hakkı, hakkın konusu olan eşyayı paraya çevirme yetkisi vermeyip, sadece iadedden kaçınma yetkisi verdiği için; bu hakkın etkisi sadece alıkonulan eşya üzerinde hak sahibi olan borçlu üzerinedir. Yazara göre, borçlunun değişmesiyle birlikte alıkoyma hakkı sona erer¹³⁴⁸.

İnşaatçı ipoteği de kanun gereği elde edilen hakkın tapu siciline hak sahibinin rızasıyla tescil edilen bir rehindir. İnşaatçı ipoteğinde; rehnedilen malın malikinin, malının rehin yüküyle kayıtlanmasına rıza gösterip göstermeyeceği meselesi yoktur¹³⁴⁹. Burada alacaklı ipoteği kurmak konusunda kanunen yetkilendirilmiştir¹³⁵⁰. Zira, bu rehnin kurulmasında söz hakkı verilmeyen malik, taşınmazın devri sırasında rehnin devamı konusunda da söz hakkı sahibi olmaz¹³⁵¹.

Kanaatimizce, kanunkoyucu kanuni teminatları kurarken nasıl yükümlülük altına girenin iradesine başvurmadıysa teminatın devamı bakımından da onun iradesi aranmaz.

cc. İflas veya Aciz Halindeki Borçlunun Borcunun Üstlenilmesi Halinde Durum

İsviçre hukukunda kabul edilen bir görüşe göre; iflas halindeki borçlunun yerine yeni bir borçlunun borcu üstlenmesi halinde, üçüncü kişilerin verdikleri kefalet veya rehin baki kalır¹³⁵². Diğer bir deyişle; önceki borçlunun iflas usulünde, önceki borçluya karşı yürütülen cebri açık artırmada, kefaletin borçla birlikte geçmesi için kefilin rızası aranmaz. Kanımızca bunun sebebi, zaten iflas halinde bulunan bir borçlu yerine başka bir borçlunun geçmesinin, teminat verenlerin ekonomik riskini daha da kötüye götüremeyecek olmasıdır.

¹³⁴⁸ **Sarı**, Suat, Alıkoyma Hakkı, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s. 86-87.

¹³⁴⁹ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 81.

¹³⁵⁰ Malikin konuya dahil olduğu tek nokta borcun varlığının tespiti bakımındandır. TMK. m.895/f.III hükmü uyarınca, “*Tescilin yapılması için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır.*”. Ancak bu hüküm, malikin ipoteğin doğumu ve tescili bakımından söz hakkı sahibi olduğunu göstermez. Zira, borcun varlığını o kabul etmediği takdirde; alacaklı, kanun gereği mahkemeye başvurup hakkının varlığını tespit ettirerek, tapuda tescil için tek başına başvuruda bulunabilir.

¹³⁵¹ Aynı yönde bkz. **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 10.

¹³⁵² **Guhl/Koller** §35 N. 15; **BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 7. Ayrıca bkz. **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 178 OR, N. 99; BGE 47 III 141, 146 c.2 (www.bger.ch).

Türk hukukunda bu konuda kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda, kanaatimizce, kefilin rızasını aramaktan vazgeçmek için bir sebep bulunmamaktadır. Durumun kendi lehine olup olmadığını, borçlu değişimine razı olup olmadığını yine kefilin kendisinin değerlendirmesi ve halin şartlarına göre, rızasını verip vermeyeceğine kendisinin karar vermesi gereklidir.

dd. Borçlunun Kanun Gereği veya Külli Halefiyet Sonucu Değişmesi

Borçlu değişimi, rızai bir sözleşmeye dayanmıyor, kanun gereği gerçekleşiyor ise; bu halde, alacaklının dahi rızasını aramaksızın gerçekleşen bu durum için teminat verenlerin de rızasına başvurulmayacaktır¹³⁵³.

2. Diğer Teminatlar Bakımından Etkisi

Borçlunun kişiliği önemsenmeden verilen teminatlar için borçlunun değişmesinin bir önemi yoktur. Zira risk borçlu dikkate alınmadan üstlenilmiştir. Bu bakımdan bunların sona ermesi için bir sebep yoktur¹³⁵⁴. Nitekim, kanunkoyucu da bunu öngörerek, borcun üstlenilmesinde sadece fer'i teminat örnekleri olan rehin ve kefaletin sona ereceğini düzenlemiş; asli teminatların sona ermesini düzenlememiştir.

Ancak, esasen fer'i teminatların sona ermesini düzenleyen bu hükmün, koruma amacına uygun bir yorumla, kıyasen fer'i olmayan bazı teminatlar için de uygulanabileceği kanaatindeyiz¹³⁵⁵.

Örneğin; kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde garanti veren de tıpkı kefil gibi riskini, borçlunun ödeme kabiliyetine göre hesaplamaktadır¹³⁵⁶. Kefalet benzeri garanti, asli ve bağımsız olmasına rağmen borçlu lehine verilen bir teminattır¹³⁵⁷. Garanti verenin temel borç ilişkisindeki borçlunun ödeme kabiliyetini dikkate almadığı söylenemez. Hem yüklendiği sorumluluk bakımından hem de olası rücu menfaati bakımından garanti veren, borçlunun ödeme kabiliyetini göz önünde tutarak garanti vermiştir. Bu sözleşmede garanti veren için de borçlunun kişiliği ve ödeme

¹³⁵³ Borcun üstlenilmesinin kefile olan etkisi kapsamında bkz. **Özen**, Kefalet, s. 89 vd.

¹³⁵⁴ **Salleilles**, Etude, §4, N. 108; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74.

¹³⁵⁵ Aynı yönde, **Friederich**, s. 232; **Nörr (Scheyhing/Pöggeler)**, s. 250.

¹³⁵⁶ **Maurer**, s. 181; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 74. Karşıt görüşte olan *Becker*'e göre, garanti teminatı, kefaletle bir tutulamaz (**BernerKomm/Becker**, Art. 178 OR, N. 10).

¹³⁵⁷ Kefalet benzeri garantinin "*intuitu personae*" karakteri kefalet kurumuyla benzeşir (**Andreu**, N. 200, s. 212).

kabiliyeti önem taşımaktadır. O halde, borçlunun değişmesi onun durumunu da aynı şekilde etkileyeceğinden; borçlunun değişmesi halinde, kefalet benzeri garantinin de kıyasen sona ermesi gerektiği kanaatindeyiz¹³⁵⁸. Bu ihtimalde, garantinin devam etmesini arzu eden garanti verenin buna tek taraflı rıza vermesi değil; alacaklıyla anlaşarak teminat sözleşmesini değiştirmesi, yeni borçlunun borcu için garanti taahhüdünde bulunması gereklidir¹³⁵⁹.

Ancak, konuya rücu menfaati bakımından bakıldığında daha farklı bir tabloyla karşılaşılır. Kefalet benzeri de olsa, garanti sözleşmelerinde kefalet ilişkisinde yer alan kanuni halefiyet düzeni bulunmamakta; bu nedenle garanti veren genellikle lehine garanti verdiği borçluya rücu talebini yöneltebilmek için onunla bir kontrgaranti sözleşmesi akdetmektedir. Garantörün karşısında rücu talebinin muhatabı olarak kontrgarantör bulunur. Bu kişi, asıl borcun borçlusunun değişmesinden etkilenmez. Bu ihtimalde, garanti verenin borcun üstlenilmesi işleminden rücu menfaati bakımından olumsuz etkilendiği söylenemez. Oysa kefil, borcu ifa etmek zorunda kalırsa borcun o andaki borçlusuna kanuni halefiyet düzeni nedeniyle rücu edecektir. Kefilin rücu talebinin muhatabı borcun üstlenilmesi ile değişir ve kefilin menfaati olumsuz etkilenebilir. O halde bu ihtimalde, garanti verenin korunmaya kefil kadar ihtiyaç duyduğundan bahsedilmesi güçtür. Ancak bu ihtimal elbette ki, garanti verenin kendisini bir kontrgaranti sözleşmesiyle sağlama almış olması ihtimalinde geçerlidir. Aksi halde, garanti verenin böyle bir akdî rücu sistemiyle kendisini güvence altına almaması halinde, korunma ihtiyacı kefilin bile fazladır. Bu nedenle kanaatimizce, kefalet benzeri garantinin de garanti verenin rızası olmadıkça borcun üstlenilmesiyle birlikte sona ermesinin kabulü yerinde olacaktır.

Bunun yanında aynı sebeplerle, borçlunun kişiliği ve ödeme kabiliyeti dikkate alınarak yapılan teminat amaçlı borca katılma ve teminaten verilen inançlı temliklerin de kıyasen sona ermesi gerektiği kanaatindeyiz¹³⁶⁰. Zira bu teminatlarda da risk, borçlunun ödeme kabiliyetine bağlıdır. Örneğin, müteselsil borçlular borca katılırken birbirlerinin ödeme kabiliyetlerini dikkate alarak sorumluluk altına girerler. Müteselsil borçlulardan birinin değişmesi, diğerlerinin de durumlarını

¹³⁵⁸ Aynı yönde, **Maurer**, s. 87 ve 289; **Schwenzer**, N. 91.19; **Andreu**, N. 200 vd., s. 212 vd.; **Friederich**, s. 142 vd. Karşıt görüşte olan *Develioğlu*, garanti sözleşmesinin bağımsız ve asli karakterinden yola çıkarak, borçlu değişse dahi garantörün borcunun devam etmesi gerektiğini belirtmektedir (**Develioğlu**, *Garanties*, N. 988-989, s. 425).

¹³⁵⁹ **Staudinger/Rieble**, §418 BGB, N. 32.

¹³⁶⁰ Aynı yönde, **Maurer**, s. 290-291; **Friederich**, s. 146 vd.

etkileyecektir. Bu sebeple, müteselsil borçlulardan birisi değiştiğinde, diğer borçluların da borcunun sona ermesinin kabulü yerinde olur¹³⁶¹.

IV. Borcun Dış Üstlenilmesinin Hükümsüzlüğünün Etkisi

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, baştan itibaren hükümsüz olduğu takdirde, baştan itibaren hükümlerini doğurmaya başlamayacağı için önceki borçlu borcundan kurtulmuş olmayacak ve üstlenen de borçlu duruma hiç gelmemiş olacaktır. Bu konuda dikkat çeken ve kanunun düzenlediği husus, sözleşmenin sonradan ortaya çıkan bir sebeple geçmişe yönelik olarak hükümsüz hale gelmesi veya iptal edilmesidir¹³⁶². Ayrıca öğretide, bozucu şart için de bunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zira bozucu şartın doğal sonucu, önceki hale dönülmesidir¹³⁶³. Aşağıda, bu hallerin sonuçları değerlendirilecektir.

A. Borcun Varlığını Sürdürmesi

1. Türk-İsviçre Hukuk Sistemlerinde Durum

a. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukuklarında, TBK. m.200/f.I (İsv. BK. m.180) hükmü uyarınca, dış üstlenme sözleşmesi sonradan ortaya çıkan bir sebeple baştan itibaren hükümsüz hâle gelirse, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürür¹³⁶⁴. O halde bu hüküm, borcun

¹³⁶¹ Maurer, s. 86.

¹³⁶² Eski düzenlemede, sadece sözleşmenin iptalinden bahsedilmesine rağmen, öğretide bunun sözleşmenin baştan hükümsüz hale gelmesine yol açan diğer durumlarda (örneğin; borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme -BK.106-108, kusursuz imkânsızlık -BK.117, akdi dönme şartının kullanılması) da uygulanabileceği çoğunluk tarafından kabul ediliyordu (**BaslerKomm/Tschäni**, Art. 178 OR, N. 2; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 2; **Keller/Schöbi**, s. 85; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 21-22; **Guhl/Koller**, §35, N. 18; **Des Gouttes**, FJS 365, s. 7-8; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 76. Karşıt görüş için 180 OR hükmünün sözleşmeden dönme yahut ikale halinde uygulama alanı bulmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Koller**, §85, N. 46, s. 1421.).

¹³⁶³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 22.

¹³⁶⁴ Eski hükümde “borcun avdet etmesi”nden bahsediliyordu. Bu yanlış bir açıklama idi. Zira, dış üstlenme sözleşmesi iptal edilirse, baştan itibaren hükümlerini doğurmayacak, yani borçlunun borçlu olmaktan hiç çıkmamış, hiç değişmemiş sayılması gerekecekti (Hükümsüzlük teorisi [*théorie de l'invalidité, Ungültigkeitstheorie*] için bkz. BGE 114 II 131, 142-143 (www.bger.ch); **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3616-3617). Bu anlamda, borcun yeniden doğması değil, asıl borçlunun baştan itibaren borcundan kurtulmamış olması gerekecekti. Öğreti ve içtihatlar, önceki düzenlemenin bu şekilde anlaşılması gerektiğini zaten belirtmektedirler (Bkz. **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 2; **Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3616-3617; **Schwenzer**, N. 91.20; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 394-395). Bu anlamda, Türk ve İsviçre hukuklarında yer alan bu düzenleme, bizce yerinde olmuştur. Alman hukukunda ise, konuyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

üstlenilmesi sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüz olması halinde uygulama alanı bulur¹³⁶⁵. Burada, işlem baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacağından, baştaki hukuki durum zaten bozulmamış sayılacaktır¹³⁶⁶. Diğer bir söyleyişle, burada önceki hukuki duruma (*status quo ante*) dönüş söz konusudur¹³⁶⁷.

O halde borç, tüm fer'ileriyle birlikte aynen dış üstlenme sözleşmesinin yapıldığı tarihte hangi durumda idiye, o duruma dönecektir¹³⁶⁸. Bunun anlamı, asıl borçlunun borcun üstlenilmesi anındaki haliyle ve aynı çerçevede sorumlu olmasıdır¹³⁶⁹.

Örneğin, bozucu şartın gerçekleşmesi¹³⁷⁰; sözleşmeden dönme¹³⁷¹ veya irade sakatlığı sebebiyle iptal beyanında bulunulması¹³⁷² üstlenme sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kaldıracaktır¹³⁷³.

Öğretide hâkim görüşe göre bu hüküm, “lüzumsuz” bir düzenlemedir. Zira, hükümsüzlüğün sonuçları borçlar hukukunun genel hükümlerinden çıkarılabilir¹³⁷⁴. Kanaatimizce, asıl borçlunun durumunun düzenlenmesinin yanında, söz konusu

¹³⁶⁵ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 2; **Siedel**, s. 26.

¹³⁶⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 589; **Feyzioğlu**, s. 683-684, 688 vd.; **Meier**, s. 54.

¹³⁶⁷ **Köhler**, s. 45 vd.

¹³⁶⁸ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 6; **Bucher**, AT, s. 586; **BernerKomm/Becker**, Art. 180 OR, N. 3; **Guhl/Koller** §35 N. 18; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 32 vd.; **Huguenin**, N. 1385; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 5; **Uygur**, s. 1161-1162.

¹³⁶⁹ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 3.

¹³⁷⁰ Bkz. **Sirmen**, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992, s. 156 vd.

¹³⁷¹ Bkz. **Serozan**, s. 502 vd.

¹³⁷² Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, §43, N. 22 vd. Bu konudaki teoriler, işlemin tek tarafı kısmi bağlamazlığı (*Theorie der schwebenden Teilwirksamkeit*) ve kanunumuzun kabul ettiği icazet teorisidir (*Ungültigkeits- oder Genehmigungstheorie*) (**Koller**, §14, N. 269-270, s. 307).

¹³⁷³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 9; **Guhl/Koller**, §35, N. 18; **Berger**, §36, N. 2308; **Huguenin**, N. 1396. Bu hallerde, sözleşmenin yarattığı tasarrufi etki toptan yok olur (**Maurer**, s. 281).

¹³⁷⁴ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 1; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 1; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 394-395; **Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3616 vd.; **Engel**, s. 901; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 7. Karşıt görüş için bkz. **Keller/Schöbi**, s. 85; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 4; **Koller**, §85, N. 48, s. 1421-1422. Ayrıca bkz. **Tunçomağ**, s. 1136-1137. “*Bu hükmün tatbik sahası yoktur.*” (**Funk**, Art. 180 OR, N. 1; **Velidedeoğlu/Özdemir**, eBK. m.178, N. 1).

Öğretide kabul edildiği üzere, geriye dönük (baştan itibaren) hükümsüzlüğün kabulü halinde söz konusu hükmün uygulanmasına gerek kalmadan, genel hükümler uyarınca sorun çözülebilecektir. O halde bu hükmün ne amaçla düzenlendiği tartışılabilir. Bazı yazarlara göre, bu hüküm ancak hükümsüzlüğün etkisini ileriye yönelik doğurduğu hallerde, diğer bir deyişle ileriye yönelik olarak hukuki ilişkinin sona erdiği kabul edilecek olursa anlamlı olacaktır (**Feyzioğlu**, s. 684; **Schwenzer**, N. 91.20). İleriye yönelik iptal teorisi (*Anfechtungstheorie*) için bkz. **Koller**, §14, N. 271, s. 308.

hüküm, iyiniyetli üçüncü kişilerin durumlarını da ele almakta olduğundan işlevsiz olduğu söylenemez. Zira genel hükümler, baştaki hukuki durumun hiç bozulmamış gibi devam edeceğini belirlerken iyiniyetli üçüncü kişileri korumamaktadır. Bu nedenle, TBK. m.200 (İsv. BK. m.180) hükmünün yersiz olmadığı kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükme rağmen, eski borcun bütün fer'ileriyle birlikte devamının sağlanması her durumda kendiliğinden gerçekleşmez. Fer'i hakların eski haline dönmesi için ilave işlem gerektiren durumlar olabilir. Örneğin; taşınmaz rehninin tapu siciline yeniden tescili, taşınır mal rehninde malın rehin alacaklısının zilyetliğine yeniden geçirilmesi ve hayvan rehninde hayvan sicili protokolüne yeniden kayıt yapılması gerekebilir. Bunların eksik olması halinde borcun üstlenilmesinin hükümsüzlüğü, sadece bu hakların yeniden kurulması için alacaklıya bir talep hakkı tesis eder¹³⁷⁵. Bu ihtimalde, onun sadece teminatın tekrar kurulmasını istemeye yönelik şahsi bir hakkının varlığından bahsedilebilir¹³⁷⁶.

b. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Korunması

Önceki durumu yeniden kurmayı amaçlayan TBK. m.200 (İsv. BK. m.180) hükümleri uyarınca teminatlar da aynen kurulmalıdır¹³⁷⁷. Ancak burada kanunkoyucu, iyiniyetli kişiler tarafından kazanılmış hakları saklı tutmuştur¹³⁷⁸. *Oğuzman ve Öz*'e göre bununla kastedilen; dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüzlük sebebini bilmeyen yahut bilmesi gerekmeyen ve borcun dış üstlenilmesine rıza vermemiş olan kefil ve rehin verenin, dış üstlenme ile birlikte kefaletten ve rehinden kurtulduklarına dair iyiniyetli inancahlarının korunmasıdır. Zira onlar, kişisel veya aynı bir sorumluluklarının kalmadığına inanmakta haklılardır¹³⁷⁹. Buna karşın bizce bu yorum, baştan itibaren (*ex tunc*) hükümsüzlük düşüncesiyle çelişir. Kanaatimizce, baştaki durum yeniden kurulurken, bu teminatlar da teminat verenin iyiniyetine bakılmaksızın yeniden geçerli olmalıdır. Kanaatimizce, kanunda iyiniyeti korunan kişiler kefil ve rehin veren değildir.

¹³⁷⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 35.

¹³⁷⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **Berger**, §36, N. 2308.

¹³⁷⁷ **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 6; **Bucher**, AT, s. 586-587; **BernerKomm/Becker**, Art. 180 OR, N. 3; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 5; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 35.

¹³⁷⁸ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 3; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 6; **Keller/Schöbi**, s. 86; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 5; **Guhl/Koller** §35 N. 18; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 180 OR, N. 1; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 37; **Berger**, §36, N. 2309; **Meier**, s. 55; **Hatemi/Gökyayla**, §42, N. 23; **Feyzioğlu**, s. 688; **Uygur**, s. 1161-1162.

¹³⁷⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 590.

Kanunda iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunmasından bahsedildiğine göre, burada kazanılan ve kanunen iyiniyet korumasına alınan hakların ne olduğunun araştırılması gerekir. Kanaatimizce, burada kast edilen, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması ile sonradan hükümsüz olması arasında bir aynî hak kazanmış yahut tapu kütüğüne şerh edilmiş şahsi bir hak kazanmış olan iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasıdır. Buna karşın, bu kişiler, hükümsüzlüğü biliyor yahut bilmeleri gerekiyorsa, diğer bir deyişle iyiniyetli değilse, bu korumadan faydalanamayacaklardır.

Örneğin, teslim şartlı taşınır rehninin söz konusu olması halinde, borcun üstlenilmesi sebebiyle rehin hakkının sona erdiğini düşünerek taşınırı geri veren alacaklı, borcun üstlenilmesinin hükümsüzlüğü nedeniyle rehin geçerliliğini koruduğunu öğrenince malın zilyetliğini talep edebilir. Ancak ara dönemde üçüncü bir şahıs rehne konu mal üzerinde iyiniyetle mülkiyet hakkı yahut sınırlı bir aynî hak kazanmış ise bu kazanımı korunur¹³⁸⁰. Zira, rehin konusu mal üzerinde sonradan hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin de iktisaplarının korunması gerekir¹³⁸¹.

Bundan başka, temlik olmuş müstakbel semereleri ve özellikle devredilen faiz alacağını iktisap eden üçüncü kişilerin de iyiniyetleri korunacaktır¹³⁸².

c. Malvarlığı veya İşletme Devrinde Sözleşmenin Hükümsüzlüğü Meselesi

Malvarlığı veya işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde, duyurunun da geçersiz kabul edilmesi ve arzu edilen hukuki sonuçları doğurmaması, yani alacaklıların devralana karşı herhangi bir talep hakkının doğmaması ve borçlunun borçlu kalmaya devam etmesi gerekir¹³⁸³. Buna karşın, bu yoruma göre

¹³⁸⁰ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 3; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 38-39; **Berger**, §36, N. 2308.

¹³⁸¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 3; **Berger**, §36, N. 2308-2309.

¹³⁸² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 41.

¹³⁸³ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 177 ve 183; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 16; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397; **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 15; **Keller/Schöbi**, s. 91; BGE 60 II 100, 107 (www.bger.ch); **Bucher**, AT, s. 590; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 18; **Buchli**, s. 27; Karşıt görüşte olan **Acemoğlu**, hukuki görünüşe de önem vermek gerektiğini, ayrıca borçlandırıcı temel işlem hükümsüz dahi olsa, buna dayanarak gerçekleştirilen soyut tasarruf işlemlerinin alacaklının el atabileceği malvarlığında azalmaya yol açabileceğini belirterek, devralanın sonradan sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini ileri sürmektedir (**Acemoğlu**, s. 135-139). Bu görüş, hukuken geçersiz olan bir sözleşmenin yarattığı hukuki görünüşe destek verdiği ve hukuken hükümsüz olan bir sözleşmenin hukuki etkilerini doğurmasına olanak

hukuken geçerli olmayan, sonuç doğurmayan bir duyuruya güvenen alacaklının hukuki bir kayıpla karşılaşma riski ortaya çıkar. Ancak, alacaklının halen önceki borçluya başvurma hakkını elinde tuttuğu unutulmamalıdır. Kaldı ki devir işlemine katılmamış olan alacaklı, aslında kendi katılımı olmadan hukuki ilişki içine girmiş olduğu borçluyu kaybetmekle aslında gerçek anlamda bir kayba uğramış olmaz¹³⁸⁴. Bu anlamda, kanaatimizce, alacaklı mevcut hukuki durumundan bir şey kaybetmiş olmayacak, duyurunun geçersizliği sebebiyle önceki haline nazaran hukuki veya ekonomik bir kayıpla karşılaşmayacaktır. O halde, alacaklının güvenini koruyarak devralanın geçersiz bir devir sözleşmesinden kaynaklanan bir borcu ifa etmesini beklemek kanaatimizce doğru olmaz. Sonuç olarak, bizce, devir sözleşmesi hükümsüz ise, alacaklıya duyuru yapılmış olsa da, devralan borcu üstlenmiş sayılmaz.

İki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte kurtarıcı etki gerçekleştikten sonra hükümsüzlüğün ortaya çıkması halinde ne olacağı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre alacaklı, iki yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra bile, geçersiz bir sözleşmeye dayanan devir işleminin hükümsüzlüğünü önceki borçluya karşı ileri sürebilir. Böylelikle, iki yıllık süre geçmiş olsa bile, hükümsüzlük sebebiyle önceki borçlunun sorumlu olmaktan hiç kurtulmamış olduğu anlaşılır; diğer bir deyişle, borçlunun sorumlu olduğu ilk duruma dönülür¹³⁸⁵. Devralana (üstlenene) karşı alacaklıların hiçbir hakkı doğmamış olur¹³⁸⁶. *Bucher* ise, üstlenenin borcun üstlenilmesi akdinin geçersizliğine dayanmasına olanak verilmesi halinde bunun işlem güvenliğini olumsuz etkileyebileceğini söylemektedir¹³⁸⁷. Bu görüş uyarınca, kurtarıcı etki gerçekleştikten sonra hükümsüzlüğün ileri sürülmesine *de lege ferenda* müsaade edilmemelidir. Kanaatimizce, tasarrufi işlemin hükümsüzlüğü, elbette ki tasarrufi sonuçların meydana gelmesine mani olacaktır. Bizce, hukuk güvenliğinin mevcudiyeti, bu sonuçların da hükümsüz olmasını gerektirir.

tanıdığı için dikkatli değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, bu görüşün bir kural değil, istisnai bir “hakkın kötüye kullanılması” durumu olarak ele alınması gerekir.

¹³⁸⁴ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 184; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 397.

¹³⁸⁵ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 181 OR, N. 286; **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 181 OR, N. 16.

¹³⁸⁶ BGE 60 II 100, 107; BGE 129 III 167, 168-169 (www.bger.ch).

¹³⁸⁷ **Bucher**, AT, s. 590, dn. 75. Aynı görüşte, **Koller**, §86, N. 14, s. 1428.

O halde kanaatimizce, malvarlığı ve işletme devrinde de devir sözleşmesinin hükümsüzlüğü halinde baştaki duruma geri dönülür. Buna tek istisna, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazandıkları hakların korunmasıdır¹³⁸⁸.

2. Taraf Yenilemesi Yöntemini Kabul Eden Fransız Hukukunda Durum

Fransız hukukunda, yenilemenin temel koşullarından birisi olan yeni borcun doğması, işlemin geçerlilik koşuludur. Yeni borç bir sebeple doğmazsa; bu durumda geçmişe etkili olarak asıl borç hiç sona ermemiş gibi baştan itibaren geçerliliğini korumuş olur¹³⁸⁹.

Ayrıca, Fransız hukukunda; belirli şartlar altında, önceki borçluya karşı olan taleplerin yeniden canlanması söz konusudur. Üstlenenin ödeme aczi, asıl borçlu tarafından borcun yenilenmesi anında biliniyorsa veya bariz ise, üstlenenin ifada bulunmaması üzerine borç avdet eder ve alacaklı asıl borçluya ifa talebi yöneltebilir (Fr. MK. m.1276; Aynı yönde, İspanyol hukukunda, İsp. MK. m.1206).

B. Tazminatlar

TBK. m.200/f.I (İsv. BK. m.180) uyarınca; borcu üstlenen, üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hâle gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklı, önceden sahip olduğu güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararın giderilmesini üstlenenden isteyebilir¹³⁹⁰.

Her ne kadar kanunda, “sözleşmesinin hükümsüz hâle gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında” kendisine kusur yüklenemeyeceğinin ispatı şart koşulmuş olsa da burada, hem hükümsüzlük konusunda hem de alacaklının uğradığı zarar hakkında kusursuzluğun ispatına gerek olmayabilir. Zira üstlenen, sadece sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan kusurlu bir davranışı olmadığını ispat ettiği takdirde, alacaklının zararıyla arasında zaten bir illiyet bağı kalmayacak ve

¹³⁸⁸ Aynı yönde, **BernerKomm/Becker**, Art. 181 OR, N. 34; **Oser/Schönenberger**, Art. 181 OR, N. 18; **Keller/Schöbi**, s. 93.

¹³⁸⁹ **Terré/Simler/Lequette**, N. 1420.

¹³⁹⁰ Bkz. **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 4; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 7; **Guhl/Koller** §35 N. 18; **BernerKomm/Becker**, Art. 180 OR, N. 4; **Bucher**, AT, s. 587; **Schwenzer**, N. 91.20; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 55 vd.; **Berger**, §36, N. 2327; **Meier**, s. 56; **Huguenin**, N. 1397; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 76; **Feyzioğlu**, s. 684.

sorumluluktan kurtulacaktır. Bu bakımdan kanunda kullanılan “ve” sözcüğünün “veya” olarak anlaşılması gerekir¹³⁹¹.

Alacaklının önceki borçluya karşı yeniden canlanan taleplerinin yanında tazminat isteyebilmesi, elbette sadece önceki duruma, eski hale getirme anlamındadır; yoksa bir ilave kazanç elde etmeyi amaçlamaz¹³⁹². Burada amaç, kazanç sağlamak değil; eski hale getirmektir. Eğer eski halin sağlanmasında, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları korunurken alacaklı aleyhine bir hak kaybı olduysa, yani eski hale tam anlamıyla dönülemiyorsa bu zararın tazmini gerekir.

Burada tazmini istenecek zarar, olumsuz zarardır (*negative Vertragsinteresse*)¹³⁹³; yani borcun üstlenilmesi sözleşmesinin hükümsüzlüğü sonucunda alacaklının malvarlığının durumu ile alacaklının bu sözleşmeye hiç girişmeseydi malvarlığının olacağı durum arasındaki farktır¹³⁹⁴. Diğer bir deyişle, tazmin edilecek zarar; alacaklının, üçüncü kişilere tanınan iyiniyet koruması nedeniyle başta sahip olduğu bazı teminatları kaybetmesi; bizzat kendisinin yeni borçlunun ödeme gücüne güvenerek devam etmekte olan teminatları kaldırması; artık borçtan kurtulduğunu zannettiği asıl borçluyu temerrüde düşürmekte ve takip etmekte gecikmiş olması ve benzeri sebeplerle uğramış olduğu zararlardır¹³⁹⁵.

Üstlenenin bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için hükümsüzlüğe yol açan sebebin oluşmasında ve zararın meydana gelmesinde kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat edememiş olması gerekir¹³⁹⁶. Diğer bir deyişle, burada

¹³⁹¹ Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 816.

¹³⁹² **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 46.

¹³⁹³ **Koller**, §85, N. 50, s. 1422; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 50; **BernerKomm/Becker**, Art. 180 OR, N. 4; **Keller/Schöbi**, s. 87; **Bucher**, AT, s. 587; **Von Tuhr/Escher**, §99, s. 388; **Berger**, §36, N. 2327; **Schwenzer**, N. 91.20; **OFK-Schaufelberger/Keller**, Art. 180 OR, N. 2; **Furrer/Müller-Chen**, §22, N. 76; **Eren**, s. 1252; **Feyzioğlu**, s. 688; **Uygur**, s. 1162. Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu ya da kurulacağı yönünde uyandırılan güvenin ihlali yüzünden malvarlığı kayıpları meydana gelmişse, olumsuz zararın tazmini gerekir (**Ergüne**, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 152 vd.). Olumsuz zarar, gerçekleşeceğine güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması ya da kurulmasına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan zarardır (**Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, 6. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 65).

¹³⁹⁴ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 4; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 50; **Keller/Schöbi**, s. 87. Ayrıca bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, §34, N. 3616 vd; **Berger**, §36, N. 2327. Olumsuz zarar, sözleşme yapılmamış yahut sözleşme görüşmelerine girilmemiş olsaydı uğranılmayacak olan zarardır (**Karahasan**, s. 65).

¹³⁹⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 590.

¹³⁹⁶ **BaslerKomm/Tschäni**, Art. 180 OR, N. 4; **CommRomand/Probst**, Art. 180 CO, N. 7; **Bucher**, AT, s. 587; **Oser/Schönenberger**, Art. 180 OR, N. 6; **BernerKomm/Becker**, Art. 180 OR, N. 5; **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 62; **Berger**, §36, N. 2327; **Huguenin**, N. 1397.

üstlenen aleyhine bir kusur karinesi vardır¹³⁹⁷. Üstlenenin sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir¹³⁹⁸.

Örneğin, alacaklının kendi kusuruyla hataya düşmüş olması sebebiyle sözleşmeyi iptal etmiş olması halinde; üstlenen, kendisi tazminat sorumluluğundan kurtulacak ve hatta TBK. m.35 (İsv. BK. m.26) gereğince alacaklıdan tazminat isteyebilecektir¹³⁹⁹.

¹³⁹⁷ **ZürcherKomm/Spirig**, Art. 180 OR, N. 63.

¹³⁹⁸ **Eren**, s. 1252.

¹³⁹⁹ Hatta, hakkaniyet gerektirdiği takdirde, hâkim daha fazla bir tazminata da hükmedilebilir (TBK. m.35/f.II; İsv. BK. m.26/f.II). Bkz.**Koller**, §85, N. 50, s. 1422.

SONUÇ

Roma hukukunda borç kavramı, sadece alacaklıyla borçlu arasındaki bir hukuki bağı (*vinculum iuris*) ifade etmekteydi. Bu ilişki, o kadar kişisel görülüyordu ki, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki bağ tamamen kopup yok olmadan ilişkinin taraflarının yerini üçüncü bir kişiye bırakması mümkün görülüyordu. Bu nedenle, alacaklının ve borçlunun yerlerini başka kişilere bırakmaları, ancak söz konusu borcun sona ermesi ve yerine yeni bir borç kurulmasıyla, diğer bir deyişle yenileme yoluyla mümkündü.

19. yüzyıl Alman hukukunda, Pandekt hukukçularının çalışmaları sonucunda borç kavramı farklı değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu yeni bakış açısı uyarınca, geniş anlamda borç ilişkisinden, örneğin bir sözleşmeden münferit borç ve alacaklar doğabilir. Bunlar, ekonomik bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, alacaklının ve borçlunun malvarlıklarında artı veya eksi bir değer teşkil ederler. Alacak hakkı, alacaklının bir aktifi; dar anlamda borç ise borçlunun bir pasifi olarak değerlendirilmeye başlanır.

Zaman içinde borcun sadece hukuki bir bağdan ibaret olmadığı, aynı zamanda borçlunun malvarlığında yer alan bir pasif değer olduğu görüşü kabul edilmiştir. Bunun önemi şuradadır: Buna göre borç, diğer malvarlığı unsurları gibi bir kişiden diğerine intikal edebilir. Bu düşünceden yola çıkarak, borcun dış üstlenilmesi kavramı Alman hukukunda uzun tartışmaların sonunda kabul görmüştür. Bu kavram, sonradan İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde ve Avusturya hukukunda benimsenmiş ve ilgili kanunlarda yerini almıştır.

Aynı dönemde konu Fransız hukukunda da tartışılmış ancak kabul görmemiştir. İyi bir karşı örnek teşkil ettiği için burada ileri sürülen görüşlerin de incelenmesinde fayda görmekteyiz. Fransız hukukunda borcun üstlenilmesinin reddedilmesinin başlıca nedenleri; borcun sebebinden (onu doğuran temel ilişkiden) ayrılamayacağı, ondan ayrı olarak varlığını sürdüremeyeceği düşüncesi ve elbette

borcun bir malvarlığı unsuru olarak görülmemesidir. Bu nedenle, tıpkı Roma Hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da borçlunun değişmesi, taraf yenilemesi yöntemiyle gerçekleştirilmektedir. Fransız hukukunda konu halen tartışmalıdır. Bu görüşler karşısında; borçlu değişiminin sadece borcun öznesini ilgilendirdiği, yani subjektif içeriğe ilişkin olduğu; borcun objektif içeriğinde bir değişiklik olmadığı, diğer bir deyişle borcun, özünde değişmediği ve dolayısıyla sebebinden hiçbir zaman ayrılmadığı ileri sürülebilir. Kaldı ki, Fransız hukuk sisteminde alacağın temliki kabul edilirken, borcun intikalinin reddi anlamsızdır. Bu nedenle, borcun naklinin *de lege ferenda* kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Borcun dış üstlenilmesinde, dar anlamda borcun borçlusunu sıfatının üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesi söz konusudur. Dar anlamda borcun borçlusunu, üstlenen ile yer değiştirmiştir; asıl borçlu borcundan kurtulmuş ve onun yerine üstlenen borçlu konuma gelmiştir. Borcun üstlenilmesi ile borcun somut içeriğinde, yani ifa edilecek borcun konusunda hiçbir değişiklik olmamıştır. Sadece, alacaklının hedefi değişmiştir. Artık alacaklı, borcun ifa edilmemesi halinde, önceki borçlunun sorumluluğuna gidemeyecek, onun yerine geçen üstlenenin malvarlığına el atabilecektir. İfa edilecek borç aynı olsa da alacaklının talebini yönelteceği ve gerektiğinde malvarlığına el atabileceği borçlu değişmiştir.

Tarihsel inceleme yapılırken görüldüğü üzere; dünyada borçlunun değişmesi hususunda iki ana model söz konusudur: Bunlardan ilki, taraf yenilemesi; diğeri ise borcun dış üstlenilmesi modelidir. Taraf yenilemesi halinde asıl borç sona erer. Yerine, konusu aynı fakat borçlusunu farklı yeni bir borç kurulur. Ancak, eski borcun sona ermesiyle birlikte, borcun tüm fer'ileri, savunmaları ve teminatları da sona erer. Oysa, borcun dış üstlenilmesi modelinde, borç sona ermez, sadece borçlu değişir. Borç, kanunda sayılan belirli istisnalar haricinde varlığını olduğu gibi sürdürür. Borcun üstlenilmesi, borcun fer'ilerinin sona ermesine gerek olmaksızın ve içeriği değişmeksizin borçlunun değişmesine olanak tanımaktadır. Borcun fer'ileri, borca ilişkin savunmalar kural olarak üstlenene geçer. Teminatların da aynen sürmesi mümkündür. Bu bakımdan, kanaatimizce, borcun dış üstlenilmesi taraf yenilemesi modeline nazaran daha üstün imkânlar sunmaktadır.

Borcun dış üstlenilmesini kabul eden ülkeler bunu iki yöntemle uygulamaktadırlar: Bunlardan ilki, Alman ve Avusturya hukuklarında kabul edilen "Onay" yöntemidir. Bu yöntemde, üstlenen ve borçlu aralarında borcun

üstlenilmesine dair anlaşılır. Bu anlaşma alacaklıya bildirilir eve alacaklının onay vermesiyle birlikte borcun dış üstlenilmesi gerçekleşir. İkinci yöntem ise, “Sözleşme” yöntemidir. Bu yöntem; Türk ve İsviçre hukuklarında esas olarak, Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde ise onay yönteminin yanında ikincil olarak kabul edilmiştir. Bu yöntem uyarınca, üstlenen doğrudan alacaklıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini yapar. Burada, borçlunun işleme katılımı gerekmez.

Borcun üstlenilmesi modelinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde uygulanan bu iki yöntem karşılaştırıldığında, sözleşme yönteminin onay yöntemine nazaran bazı üstünlükleri olduğu görülür. Zira, Alman hukuk öğretisinde açıklandığı üzere, onay yönteminin kendine has bazı sorunları vardır. Örneğin, borçluyla üstlenen arasındaki iç ilişkinin herhangi bir sebepten hükümsüzlüğü, alacaklının onay verdiği borç üstlenme işlemine kısmi hükümsüzlük kuralı gereği sirayet edebilir. Bu halde, iç ilişkideki hükümsüzlük borcun üstlenilmesini olumsuz etkileyecek ve soyutluk ilkesi zedelenmiş olacaktır. Bunun yanında, onay yönteminde, borçluyla üstlenenin iç ilişkileriyle, borç üstlenme sonucunun bir arada oluşması nedeniyle üstlenenin ödemezlik def'inden faydalanması güçleşecektir. Örneğin, satın aldığı mal karşılığında, para ödemek yerine satıcının bir borcunu üstlenen kişi, mal kendisine ifa edilmedi diye ödemezlik def'ine başvuramayacaktır. Zira, borç üstlenme zaten sözleşmeye alacaklı onay verdiği anda geçerli olmuştur. Oysa, iç üstlenme ve dış üstlenme sözleşmelerinin iki ayrı işlem olarak birbirinden ayrılmaları, yani sözleşme yönteminin kabul edilmesi bu sorunları kendiliğinden çözecektir.

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında genel olarak kabul edildiği üzere borcun dış üstlenilmesi; dar anlamda borcun içeriğinde kanunda belirtilen istisnalar haricinde herhangi bir değişikliğe yol açmaksızın, sadece ilişkideki borçlu tarafın (pasif öznenin) değiştiği, asıl borçlunun borcundan kurtularak yerine yeni borçlunun geçtiği bir cüzi halefiyet halidir. Kısaca, borcun içeriği değişmeksizin asıl borçlunun borcundan kurtularak yerine üstlenenin geçmesidir. Borcun üstlenilmesinde, borcun varlığı ve içeriği kural olarak değişmemiş; bir anlamda borç (*debitum, Schuld, dette*) aynı kalmıştır. Değişen sadece borcun borçlusudur. Üstlenen, borcu önceki borçlunun üstlenme anında sorumlu olduğu içerik ve ölçüde, onun yerine geçerek yüklenmiştir.

Borcun üstlenilmesinin malvarlığına yaptığı etki bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler; tasarruf işlemi görüşü, çifte etkili işlem

görüşü ve kazandırıcı işlem görüşüdür. Kanaatimizce, bu görüşleri, işlemden etkilenen taraflar açısından ayrı ayrı incelemek gerekir. Bizce burada alacaklı açısından tasarrufî bir işlem söz konusudur. Zira, alacaklının başvuracağı borçlu değişince, alacaklının el atabileceği malvarlığı da değişir. Borçlunun değişmesiyle alacaklı, borcu ifa kabiliyeti ve ifa niyeti bakımından farklı bir kişiyle muhatap olacak, alacağını ondan tatmin etmeye çalışacaktır. Bu nedenle, alacağın elde edilebilirliği de değişmiş olur. Ayrıca alacaklı, artık asıl borçluya başvurma imkânından mahrum kalmıştır. Asıl borçlu borcundan kurtulmuştur. Diğer bir deyişle, asıl borçluyu borcundan kurtarmak ve alacaklının başvuracağı borçluyu değiştirmek suretiyle alacak hakkını etkilemiş, alacaklının malvarlığına bu bakımdan bir etki yapmıştır. Tasarruf işlemi görüşü karşısında; borcun bir hak olarak düşünülmemeyeceği ve bu sebeple üzerinde tasarruf işlemi gerçekleştirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bizce tasarruf işleminin varlığını reddeden bu görüşe katılmıyoruz. Keza, kanaatimizce bu karşı görüş, borcun dış üstlenilmesinin yine alacak hakkı üzerinde tasarrufî etki doğurduğunu, alacak hakkının değerini, elde edilebilirliğini etkilediğini ve önceki borçluyu kurtarıcı bir etki gösterdiğini göz ardı etmektedir.

Üstlenen açısından bakıldığında ise, borçlandırıcı bir işlemin söz konusu olduğu görülür. Borcun dış üstlenilmesiyle, yeni bir borç (*Schuld*) doğmamış, sadece mevcut borçtan ötürü üstlenenin sorumluluğu (*Haftung*) doğmuştur. Bu demektir ki, üstlenenin malvarlığına bir yükümlülük eklenmiş, yani üstlenenin malvarlığı asıl borçlunun borcuyla aynı içerikte borçlanmıştır. Her ne kadar bu işlem ile yeni bir borç doğmamış olsa da, üstlenen borçlanmış, malvarlığındaki pasifler artmıştır. Bu nedenle, kanaatimizce borcun dış üstlenilmesinin tasarrufî etkisinin yanında, malvarlığına yaptığı etki bakımından, borçlandırıcı bir etkisinin de olduğundan bahsedilebilir.

Asıl borçlu, alacaklıya karşı borcundan kurtulmuş olsa da, borcun üstlenilmesi işlemiyle aynı anda üstlenene karşı (aralarındaki sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz işgörmeden kaynaklanan) rücu borcu altına girmiştir. Bu bakımdan, asıl borçlunun malvarlığındaki pasifler azalmamıştır. Dolayısıyla, asıl borçlu açısından bir kazandırıcı işlemden bahsetmek bizce güçtür. Sonuç olarak, kanaatimizce, işlemin tasarrufî ve borçlandırıcı etkileri (çifte etkisi) mevcuttur.

Borcun üstlenilmesinin konusu “dar anlamda” borçtur. Bazı istisnalar hariç, kural olarak tüm borçlar nakledilebilir. Bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati bulunan borçların dahi üstlenilebileceği kabul edilebilir. Zira, alacaklı borcun dış üstlenilmesine rıza gösterdikten sonra, alacaklının menfaatini ileri sürerek bu sözleşmenin kurulmasını ve etki doğurmasını engellemek için bir sebep kalmayacaktır. Bu ihtimalde alacaklı, borcun intikaline onay vermekle, borcun kişisel niteliğini üstlenene karşı ileri sürmekten vazgeçmiş olur. Ayrıca, borcun intikal etmesi için, belirlenebilir olması koşuluyla, gelecekte doğacak bir borç olması veya zamanaşımına uğramış olması, şarta bağlı olması veya eksik borç olması fark etmez. Kanaatimizce buradaki belirlenebilirlik ölçütü, söz konusu borcun hangi hukuki ilişkiden doğacağına belirli olmasıdır.

Buna karşılık, bazı borçlar nitelikleri itibariyle nakledilemezler. Örneğin, ceza hukukuna ilişkin para cezaları, amacı itibariyle üstlenilmeye müsait değildir. Zira, para cezaları, ifa edilmedikleri takdirde hapis cezasına çevrilirler. Bu nedenle, bu cezalar şahsa ayrılmaz şekilde bağlıdır. Bundan başka, şahsa aşırı derecede bağlı olan bazı borçların, özellikle aile hukukundan doğan bazı yükümlülüklerin de nakledilemeyeceği öğretide ileri sürülmüştür. Bizce buradaki kıstas, alacaklı için değil, borçlu için şahsa bağlı olan borçların naklinin mümkün olmamasıdır. Buna karşın, aile hukukuna ilişkin nafaka yükümlülüğünün üstlenilebileceği kabul edilmektedir. Zira bunun ifası tam anlamıyla borçlunun şahsına bağlı değildir; nafakanın kimin tarafından ödendiği önemli değildir. Bazı borçlar ise, temelindeki borç ilişkisinden ayrı ve bağımsız olarak devre konu olamazlar. Örneğin, sözleşmesel bazı ilişkilerde taraflardan birine yüklenen aydınlatma yükümlülüğü bu ilişkiden bağımsız olarak üçüncü kişiye intikal etmez.

Borcun dış üstlenilmesi, yukarıda da belirttiğimiz üzere, alacaklıyla üstlenen arasındaki bir sözleşmeyle gerçekleşir. Borcun üstlenilmesinde alacaklının rızası gereklidir; çünkü onun hukuki ve ekonomik alanına bir müdahale söz konusudur. Borcun belki içeriği değişmemiştir ama ifa edilmemesi halinde alacaklının el atabileceği malvarlığı değişmiştir. Alacaklı güven duyduğu ve ifa etme kabiliyeti ve arzusundan emin olduğu bir borçlu yerine başka bir borçlunun geçmesine seyirci bırakılmamalı, onun da rızası aranmalıdır. Üstlenenin rızasının aranmasının sebebi ise, temel bir hukuk ilkesidir: Buna göre, hiç kimse üçüncü kişilerin yaptığı bir

sözleşme ile borç altına sokulamaz. Bu, medeni hukukun genel prensiplerinden biridir.

Buna karşılık, borcun üstlenilmesinde borçlunun rızası aranmaz. İbra sözleşmesinde borçlunun rızasını arayan kanunkoyucu, tıpkı üçüncü kişinin borcu ifa ederek borçluyu kurtarmasında olduğu gibi burada da borçtan kurtulmak hususunda onun rızasını arama gereği duymamıştır. Unidroit ilkelerinde de durum böyledir. Ancak, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde, PECL. m.12:101 düzenlemesinde asıl borçlunun da borçtan kurtulmak için rızasının aranmasının gerekli olduğu belirtilmektedir. Bizce, borcun üstlenilmesinde borçlunun rızasının aranması yerinde değildir. Zira kanaatimizce alacaklı, ifa kabiliyeti daha üst düzeyde olan bir üstlenenle anlaşırken yahut doğrudan ifayı elde etme olanağı bulmuşken borçlunun rızasını beklemek zorunda bırakılmamalıdır.

Unidroit ilkelerinde ise, borcun üstlenilmesini düzenleyen hükümlerde, ilginç bir sistem göze çarpmaktadır. Bu sistemde alacaklıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Buna göre alacaklı borcun üstlenilmesine onay verirken, dilerse asıl borçluyu borcundan kurtarabilir veya üstlenenin ifayı gerçekleştirememesi ihtimalinde tali olarak başvurmak üzere onu borçlu olarak “yedekte” tutabilir (PICC. m.9.2.5). Kanaatimizce, bu onay yöntemi için makul bir tercih olabilirse de, sözleşme yönteminin benimsendiği hallerde uygulanamaz. Zira, kendisine borcun üstlenilmesi sözleşmesi hususunda öneride bulunan alacaklı, önerinin içeriğiyle çelişen bir kabul beyanında bulunursa, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmadığından, böyle bir sözleşme kurulmamış olacaktır.

Borcun nakli, sadece istisnai hallerde alacaklının rızası olmaksızın gerçekleşebilir. Bu istisnaların, uygulamada en çok karşımıza çıkan halleri malvarlığı veya işletme devrinde borçların intikali ile ipotekli taşınmaz devrinde borcun üstlenilmesidir.

Malvarlığı veya işletme devrinde kanunkoyucu, devredene, malvarlığı veya işletmeyi kül halinde devretme olanağı tanımıştır. Buna göre, devreden ile devralan anlaşarak, tek tek borcun üstlenilmesi işlemi yapmaya gerek duymaksızın (yani alacaklıların rızasını aramaksızın) malvarlığı veya işletmeyi tüm borçlarıyla birlikte devredebilirler (TBK.m.202; TTK.m.11). Hiç rızasına başvurulmadan muhatabı değiştirilen alacaklıyı da korumak amacıyla, söz konusu devir sözleşmesinin

alacaklılara bildirilmesi gerekmektedir. Bildirimden itibaren iki yıl boyunca devreden; devralanın yanında müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder. Kanun bu şekilde alacaklıları borçlunun değişmesi karşısında korumuş olur.

Konu hakkında, Türk hukukundaki düzenlemelere (TTK. m.11/f.III, TBK. m.202) bakıldığında, malvarlığı veya işletmeyi devreden asıl borçlunun borçlardan külliyen kurtulması imkânının tanındığı, ancak bunun emredici bir hüküm olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, İsviçre hukukunda da envanter kapsamıyla sınırlı “kısmi külli halefiyet” söz konusudur. Buna göre, devreden ile devralanın alacaklılara durumun eksiksiz bildirilmesi koşuluyla bazı borçları devir kapsamı dışında bırakmaları mümkündür.

Buna karşın öğretide, hükmün bu şekilde yorumlanmasının alacaklının durumunu tehlikeye sokacağı düşüncesiyle, borçların külli intikalinin emredici olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bizce tasarrufun iptaline ilişkin İİK. m.277 vd. (özellikle İİK. m.280/f.III; İsviçre hukukunda Art. 285 SchKG vd.) hükümleri bu tehlikeyi bertaraf amacıyla düzenlenmiştir ve iyi uygulandığı takdirde görevini yerine getirebilecektir. Ancak, kanun sistematığının sunduğu bu çözüm, yeterince iyi kullanılmadığından, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap vermemektedir. Bu nedenle, borçların külli intikalinin Borçlar Kanununun 202. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile emredici hükme kavuşturulması çözüm olarak düşünülebilir. Bu ihtimalde, malvarlığı veya işletmeyi devreden (asıl borçlunun) devralanla (üstlenenle) yaptığı sözleşmede bazı borçları devir kapsamı dışında bırakması halinde, bunun sadece iç ilişkide, yani rücu talebinde etkili olması, diğer bir deyişle alacaklılara karşı ileri sürülememesi söz konusu olacaktır.

Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında alacaklının rızasının aranması kuralının “yumuşatıldığı” bir örnek ise, rehinli taşınmaz devrinde karşımıza çıkar. Çoğu zaman, taşınmazı devralan yeni malik satış bedelinden değeri düşülmek üzere şahsi borcu da üzerine almak ister. Bunu hem bedelde indirim sağlamak, hem de iktisap ettiği taşınmazın başkasının borcunu temin etmesini ve başkasının borcu için satılmasını önlemek amaçlarıyla arzu edebilir. Bunun için alacaklıyla anlaşmasına gerek yoktur. Devreden eski malik (asıl borçlu) ile anlaşması yeterlidir. Asıl borçluyla yapılan bu iç üstlenmenin alacaklıya karşı hüküm doğurması için, söz konusu iç üstlenmenin tapu memuru önünde yapılan resmi senette ifade edilmiş olması ve tapu memurunun durumu alacaklıya bildirmesi gerekir (TMK. m.890; İsv.

MK. m.834). Eğer alacaklı, bu bildirimden itibaren bir yıl içerisinde asıl borçluya, kendisini borçlu olarak muhafaza etmek istediğini bildirmezse, asıl borçlu borcundan kurtulur, yerine taşınmazı devralan geçer (TMK. m.888; İsv. MK. m.832). Alman hukukunda bu süre altı aydır (§416 BGB).

Söz konusu bildirim, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdetmek için öneri mahiyeti mi taşıdığı yoksa sadece alacaklının onayı için bir bildirim mi olduğu kanunun metninden ve gerekçesinden anlaşılamamaktadır. TMK. m.888/f.II hükmü uyarınca “*Yeni malik borcu yüklendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur.*” Burada, yeni malikin borcu üstlenmesinden; sanki asıl borçluya borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi akdetmiş gibi bahsedilmektedir. Ayrıca, alacaklıya düşen, sanki sözleşmeyi kabul etmek değildir de; asıl borçluya başvurma imkânını kendinde saklayıp saklamayacağı konusunda karar vermektir. Kaldı ki, TMK. m.890/f.II hükmü uyarınca “*Alacaklıya tanınan hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir yıllık beyan süresi, tapu idaresince yapılan bildirim tebliği tarihinden işlemeye başlar.*” Demek ki, tarafların alacaklıya bir öneride bulunması da söz konusu değildir. Sadece, tapu memurunun durumu bildirmesi söz konusudur. Kanaatimizce, burada, kanunkoyucu sözleşme yönteminden uzaklaşmıştır. Bizce, burada onay yönteminin özel bir uygulaması söz konusudur. Kanun, alacaklının rızasını aramak yerine, belirli süre içinde aksi yönde irade beyanında bulunmadığı takdirde varsayar. Bizce burada sadece, alacaklının sessiz kalmasına “onay” anlamı yüklenerek yaratılan bir yorum faraziyesi söz konusudur. Bizce, böyle bir faraziyenin kabulü ve kanunkoyucunun, alacaklının rızasını aramaktan vazgeçmesi, alacaklının zaten aynı talepte bulunması imkânı varken ayrıca rızasının aranmasına üstünlük tanınmasına ihtiyaç kalmamasıyla açıklanabilir.

Alman hukukunda bu faraziyenin işlemesi için geçmesi gereken altı aylık süre ipotekli taşınmazı devreden alacaklıya yapacağı bildirimden itibaren başlar. Oysa İsviçre ve Türk hukuklarındaki bir yıllık süre, tapu memurunun alacaklıya durumu bildirmesinden itibaren başlar. Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak uygulamada oluşabilecek bazı sorunları önleyecektir. Şöyle ki, alacaklının cevap verebileceği sürenin başlangıcı bu bildirimle olacaktır. Üstelik, alacaklı cevap vermediği takdirde borun üstlenilmesi sonucuna onay vermiş sayılacaktır. Bu durumda, bildirim yapıp yapılmadığı ve yapıldıysa ne zaman

yapıldığı konusu önem arz eder. Kanaatimizce, bu bildirim yapılmasını tapu memuruna bırakmak, bu tartışmayı henüz oluşmadan önleyecek ve bu bakımdan uygulamada kolaylık sağlayacaktır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, burada tapu memurunun yaptığı bildirim bir irade beyanı değildir, bir bilgilendirme içerir. Bu bildirim, tapu memurunun re'sen yerine getirdiği kanuni bir görevdir. Bu bakımdan, öğretide ileri sürülen tapu memurunun devralanın temsilcisi sıfatıyla bildirimde bulunduğu düşüncesine katılmıyoruz.

Alacaklının rızasının aranmadığı bir diğer hal ise, borcun kanun gereği intikal ettiği durumlardır. Bunlar, anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanmasından önce doğan borçların şirkete intikali, bedeli tamamen ödenmemiş ödenmemiş nama yazılı pay devrinde borcun intikali ve rehinli tereke malının intikalinde borcun nakli halleridir. Ayrıca elbette ki, külli halefiyet hallerinde de borçlar kendiliğinden intikal eder.

Yukarıda sayılan bu örneklerin haricinde borcun üstlenilmesi alacaklı ve üstlenenin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleşecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasında, kanunkoyucu genel hükümlerden ayrılan bazı özellikler kabul etmiştir. Kanunkoyucunun bu tercihinin sebebi, öğretide araştırılabilir. Bizce; borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapıldıktan sonra, durumun alacaklıya bildirilmesinin bir dış üstlenme sözleşmesi yapmak hususunda öneri sayılması, Alman hukukunda kabul edilen onay yöntemiyle paralellik gösterir. Ancak, temel farkları, önerinin önereni bağlayıcı olmasıdır. Oysa Alman hukukunda onay yönteminde, onaya sunulan sözleşmeyi taraflar değiştirebilir, alacaklıya yapılan bildiri geri çekebilirler.

Ayrıca, dış üstlenme konusunda yapılan önerinin önereni süre sınırı olmaksızın bağlaması, tarafların istedikleri zaman süre tayin etme yetkisiyle dengelenmiştir. Asıl borçlunun ve üstlenenin ayrı süreler tayin etmeleri halinde, bize göre, dış üstlenmenin tarafı olan üstlenenin belirlediği süre dikkate alınmalıdır. Asıl borçluya süre tayin etme yetkisi verilmiş olması, üstlenenin süre tayin etmediği hallerde oluşacak belirsizlik durumunu gidermek amacıyla. O halde, üstlenen alacaklıya belirli bir süre vermiş ise, artık asıl borçlunun ayrıca belirlediği süre dikkate alınmaz.

Öğretide, borcun üstlenilmesi işlemine ilişkin olarak, işlemin soyut olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Nitekim, üstlenen sadece borçlunun mevcut

bir borcu varsa, yahut belirli veya belirlenebilir olması koşuluyla gelecekte bir borcu doğacaksa onu üstlenebilir. Diğer bir deyişle, borcun üstlenilmesinin geçerliliği, temelinde mevcut bir borcun var olmasına veya doğacak olmasına bağlıdır. Ayrıca, borçlunun kurtulması da üstlenenin onun yerine borçlanmasına bağlıdır. Kanaatimizce, bu “bağlılıklardan”, işlemin sebebe bağlı olduğu anlamı çıkarmak mümkün değildir. Zira, üstlenilecek bir borcun mevcut olmaması halinde üstlenmenin hükümsüz olması, işlemin sebebe bağlı olması nedeniyle değil, üstlenmenin konusunun imkânsız olması nedeniyledir. Ne de olsa, konusu imkânsız olan işlem kesin hükümsüzdür. Borçlunun kurtulmasının üstlenenin onu yerine geçmesine bağlı olması da cüzi halefiyetin bir gereğidir.

Bizce, borcun dış ve iç üstlenilmesi işlemleri hiçbir şekilde birbirlerine zorunlu bir bağlılık içinde değildir. Örneğin, iç üstlenme sözleşmesi, bir dış üstlenme sözleşmesi akdetmek borcu doğurmaz. Bu bakımdan bir ön sözleşme değildir. Sadece asıl borçluyu kurtarma taahhüdü içerir. Taahhütte bulunan, kendi belirleyeceği bir yöntemle asıl borçluyu borcundan kurtarmalıdır. Asıl borçlu, borcu üstlenmesi yahut ifa etmesi yönünde taahhüt edeni zorlayamaz. Hatta, taahhüde konu olan borç muaccel olsa bile, bizce asıl borçlunun taahhüt edeni herhangi bir surette borcu üstlenmeye icbar etmesi mümkün değildir.

Borcun dış üstlenilmesinin temelinde bir iç üstlenme sözleşmesinin bulunması, yahut başka bir sebebin varlığı gerekli değildir. Nitekim, alacaklının önceki borçluyu kurtaracak şekilde rıza vermesinin, yani tasarrufi etkinin meydana gelmesinin bir sebebi olmak zorunda değildir. Diğer bir deyişle, alacaklının kendi serbest iradesi dışında zorlayıcı bir sebebi olmayan bu işlem, basitçe söylemek gerekirse sebepsiz ya da herhangi bir sebepten bağımsızdır.

Kanaatimizce, borcun üstlenilmesinin temel işleminden tamamen bağımsız ve soyut olduğunun kabulü mantıklıdır. Zira, alacaklının yabancı olduğu bir ilişkinin, borçlu ile üstlenen arasındaki akdin özelliklerini ve içeriğini bilmesi neredeyse mümkün değildir. Ayrıca, bu alacaklıdan beklenmemelidir. O halde, alacaklının bu temel ilişkiden kaynaklanan defî ve itirazlara muhatap olmamasının kabulü yerinde bir kanuni tercihtir.

Borcun üstlenilmesinin hukuki sonuçları her ne kadar kanunda düzenlenmiş de olsa, bazı soru işaretlerine değinmeyi gerektirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir

ki, bu sözleşmenin aslî sonucu, dar anlamda borcun pasif öznesinin, yani borçlusunun değişmesidir. Sözleşmenin niteliğinin tespiti için taraf iradelerinin yorumunda, borçlunun kurtulması ve üstlenenin onun yerine borçlanması hakkında sözleşme yapıldığı konusunda şüpheye yer olmamalıdır. Şüphe halinde, borcun üstlenilmesi sonucuna ulaşmak mümkün olmazsa, borca katılmanın varlığını kabul etmek gerekecektir. Sözleşmenin bir diğer sonucu ise, asıl borçluyu alacaklıya olan borcundan kurtaran üstlenenin; asıl borçluya karşı, aralarındaki sözleşmeden veya sebepsiz zenginleşmeden yahut vekâletsiz işgörmeden kaynaklanan bir rücu talebinde bulunma imkânı elde etmesidir. Ayrıca, asıl borçluya karşı yürütülen icra takipleri duracak ve üstlenene karşı yeni baştan başlayacaktır.

Borcun dış üstlenilmesinin hüküm ve sonuçları değerlendirilirken, bunun bir cüzi halefiyet hali olduğu hiç unutulmamalıdır. Buna göre, kural olarak borcun fer'ileri, dar anlamda borca ilişkin yenilik doğuran haklar, borca ilişkin savunmalar aynen üstlenene intikal eder. Buna karşın borçlunun kişisel savunmaları, üstlenene geçmez.

Borcun fer'ilerinin intikali hususunda tartışmalı bir husus, işlemiş faizlerin ve sözleşme cezasının akıbetinin ne olacağıdır. Bunun için taraf iradelerine bakmak gereklidir. Ancak, taraf iradelerinden bir sonuca ulaşamadığı takdirde, yani tarafların konuya ilişkin bir düzenleme yapmadıkları hallerde ne olacaktır? Bizce, borcun varlığına ve içeriğine ilişkin bilgi almak ve üstlendiği borcun kendisini ne gibi sorumluluklar altına sokacağını araştırmak üstlenenin sorumluluğundadır. Borcu üstlenmesi halinde muhtemelen karşı karşıya kalacağı riskleri bertaraf etmek onun işidir. Borç üstlenme öncesinde muaccel olan sözleşme cezasından ve faizlerden sorumluluğunu ayırık tutmak, yani kapsam dışında bırakmak üstlenene kalmıştır. Bu nedenle, bu iradeyi göstermeyen üstlenenin, borçluyu borcundan tamamen kurtarmayı hedef tuttuğu ve dolayısıyla muaccel sözleşme cezalarını ve faizleri de üstlendiğinin kabulü gereklidir.

Def'ilere ilişkin bir tartışma ise, ödemezlik def'i, aciz def'i ve zamanaşımı def'inin akıbetlerine ilişkindir. Bizce, bu değerlendirmede ölçüt, def'inin sözleşmenin tarafı olmaya mı yoksa dar anlamda borcun borçlusu sıfatına mı bağlandığıdır. Ödemezlik def'i, ifa sırasını düzenleyen bir kuraldan ileri gelir (TBK. m.97). Bizce, borcun üstlenilmesi borcun objektif içeriğinde bir değişikliğe yol açmayacağından, borcun ifa yeri ve zamanı ve hatta sırası da değişmeyecektir. Bizce

üstlenen, arzu ettiği takdirde ödemezlik def'ini kullanabilecektir. Bu şekilde düşündüğümüzde, alacaklının durumunda bir değişiklik olmayacaktır. Alacaklı, borcun üstlenilmesinden önce de kendi edimini ifa etmeyi teklif etmeden borçludan ifa talebinde bulunamaz, böyle bir talep ödemezlik def'i ile karşılaşır. Bizce bu durumu değiştirmek için bir sebep yoktur. Buna karşılık, aciz def'i, karşı edimi güvence altına almayı amaçlamaktadır. Kanaatimizce, üstlenenin de sözleşmeden bir karşı edim beklentisi bulunmadığından, bu def'i kullanması veya buna dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün olmamalıdır.

Borcun üstlenilmesinin zamanaşımı def'inden feragat edildiği anlamına geldiği öğretide ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, henüz zamanaşımı dolmamış bir borcun üstlenilmesi borç ikrarı sayılabilir ve dolayısıyla zamanaşımını kesebilir. Ancak, çoktan zamanaşımına uğramış bir borcu üstlenen kimsenin iradesi bu şekilde yorumlanmadıkça, zamanaşımı def'inden feragat ettiği anlamı çıkarılamamalıdır. Zira, borcu üstlenenin iradesi aksini belirtmedikçe, borcu olduğu gibi, tüm def'i ve itirazlarıyla üstlendiğinin kabulü gerekir.

İflas imtiyazlarının borcun üstlenilmesinden sonra devam edip etmeyeceği de öğretide tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce iflas imtiyazları, borçlunun malvarlığından tahsil edileceği için imtiyazlıdır. Söz konusu imtiyaz, o malvarlığının iflası halinde yürürlüğe girecektir. Oysa, borçlunun değişimi, sorumluluğun yüklendiği malvarlığında değişikliğe yol açar. Artık, borç borçlunun malvarlığından değil; üstlenenin malvarlığından ifa edilecektir. O halde, başka bir kişinin (üstlenenin) malvarlığına el atmayı gerektiren bir sorumluluk için söz konusu imtiyazın bir geçerliliği yoktur. Bu görüşü desteklemek için çeşitli gerekçeler verilebilir. Bizce, borcun üstlenilmesini kabul eden alacaklıya, üstlenenin iflasında bir rüçhan hakkı tanımak için hiçbir sebep yoktur. Burada artık bir işçi yahut hekim değil, ancak yeni borçlunun ödeme kabiliyetine güvenmiş olan alelade bir alacaklı söz konusudur. Kaldı ki, üstlenenin, yabancı bir borcu üstlenerek kendi malvarlığında üçüncü kişi lehine yeni bir imtiyaz yaratması kendi öz alacaklılarının durumunu ağırlaştırmış olacağından buna izin vermemek gerekir.

Kanunkoyucu, cüzi halefiyete bir istisna da teminat verenlerin durumuyla ilgili olarak tanımıştır. Sadece kefil ve rehin verenin, borcun üstlenilmesine yazılı rıza vermeleri halinde işbu teminatların devam edeceğini; aksi halde kefilin ve rehin verenin sorumluluktan kurtulacaklarını düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemenin

amacı, teminat verenleri, borçlunun değişiminin yaratacağı olumsuz etkilerden korumaktır. Zira teminat verenler, üstlenene değil; asıl borçlu lehine, asıl borçlunun kişiliğine, ödeme gücüne ve ödeme niyetine güvenerek ve sadece onu korumak amacıyla teminat vermişlerdir. Üstlendikleri ekonomik risk; borçlunun kimliğiyle, güvenilirliğiyle ve ödeme gücüyle bağlantılıdır. Borçlunun değişmesi, teminat verenlerin üstlendikleri riski de değiştirir. Kanaatimizce, teminatın devam etmesi hususunda verilecek bu rıza; kefilin hukuki durumunda, yani sorumluluğunun sınırı yahut başvurabileceği def'ilerde bir değişiklik yaratmadığından, kefalet sözleşmesinde kefilin durumunu ağırlaştırıran bir değişiklik yaratmaz ve kefaletin nitelikli şekil şartlarına tabi olmaz.

Belirtmek gerekir ki, cüzi halefiyet için konulmuş olan bu istisnayı (teminatların sona ermesini) genişletmek her durumda doğru olmayabilir. Teminat verenin kim olduğuna bakılmaksızın teminatların toptan sona ermesini savunmak, normun koruma amacıyla tam olarak bağdaşmayabilir. Bu yüzden, hâkim görüşün ileri sürdüğü üzere, bazı teminatların, teminat verenin rızasına bakılmaksızın devam etmesi gerektiği düşünülebilir.

Kanaatimizce, borç için rehin veren üstlenenin, borcu üstlenmesinden sonra rehlin devamı hususunda rıza vermediğini belirterek rehin hakkının sona erdiğini ileri sürmesi, kanunkoyucunun mantığıyla bağdaşmayacaktır. Zira kanunkoyucu, söz konusu hükümde, rehin vereni tanımadığı yeni borçlunun güvenilirliğinin düşük olmasına karşı korumak istemiştir. Oysa üstlenenin, kendi verdiği rehin için aynı korumaya ihtiyaç duyduğunu, kendisine güvenmediğini ileri sürerek rehlin düşmesini sağlaması ne hükmün amacına ne de dürüstlük kuralına uygun olur. O halde bizce, üstlenenin borcun üstlenilmesine rıza göstermesinin aranmaması; diğer bir deyişle üstlenenin verdiği rehlin devam etmesi, kanunun ruhuna uygundur.

Buna karşın, asıl borçlunun borcu için verdiği rehlin devam etmesi, kendi rızasının da işleme iç üstlenme yoluyla karışmış olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, hiç tanımadığı bir üçüncü kişinin borcu üstlenmesi halinde, rehin veren asıl borçlunun rehlin devamı hususunda rızasına başvurmak gerekecektir. O halde, bizce, teminatı veren üstlenenin kendisi ise, hiç şüphesiz teminatın devamı gerekir. Oysa teminatı veren asıl borçlu ise; teminatın devamı, sadece onun üstlenen ile iç üstlenme sözleşmesi yapması halinde mümkün olmalıdır. Aksi halde, söz konusu teminatın devamı için ayrıca rızasını almak gerekecektir.

Kanunen kurulan teminatlarla ilgili olarak öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Öğretilerdeki hâkim görüş uyarınca, kanuni rehinler ve hapis hakkı borcun üstlenilmesiyle sona ermezler. Zira alacaklı bu hakları kişinin rızası aranmaksızın kanun gereği kazanmıştır ve yine teminat verenin rızası aranmaksızın işbu teminatlar varlığını sürdürmelidir. Diğer görüş ise, teminat rızai de olsa kanuni de olsa yükümlüsünün borçlu değişiminden aynı şekilde etkileneceğini ve bu nedenle borçlu değişimine rıza vermedikçe teminatın düşmesi gerektiğini savunmaktadır. Bizce kanunkoyucu kanuni teminatları kurarken nasıl yükümlülük altına gireni iradesine başvurmadıysa teminatın devamı bakımından da onun iradesi aranmaz.

İsviçre hukukunda kabul edilen bir görüşe göre; iflas halindeki borçlunun yerine yeni bir borçlunun borcu üstlenmesi halinde, üçüncü kişilerin verdikleri kefalet veya rehin baki kalır. Diğer bir deyişle; önceki borçlunun iflas usulünde, önceki borçluya karşı yürütülen cebri açık artırmada, kefaletin borçla birlikte geçmesi için kefilin rızası aranmaz. Kanımızca bunun sebebi, zaten iflas halinde bulunan bir borçlu yerine başka bir borçlunun geçmesinin, teminat verenlerin ekonomik riskini daha da kötüye götüremeyecek olmasıdır. Türk hukukunda ise, kanunda bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, bu konuda genel kuraldan ayrılmak için kanaatimizce bir sebep yoktur. Teminat veren, durumun kendi lehine olup olmadığını kendi başına değerlendirip karar vermelidir.

Borçlunun kişiliği önemsenmeden verilen teminatlar için borçlunun değişmesinin bir önemi yoktur. Zira risk borçlu dikkate alınmadan üstlenilmiştir. Bu bakımdan bunların sona ermesi için bir sebep yoktur. Nitekim, kanunkoyucu da bunu öngörerek, borcun üstlenilmesinde sadece fer'i teminat örnekleri olan rehin ve kefaletin sona ereceğini düzenlemiştir; asli teminatların sona ermesini düzenlememiştir. Ancak, esasen fer'i teminatların sona ermesini düzenleyen bu hükmün, koruma amacına uygun bir yorumla, kıyasen fer'i olmayan bazı teminatlar için de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Örneğin; kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde garantör de tıpkı kefil gibi riskini, borçlunun ödeme kabiliyetine göre hesaplamaktadır. Kefalet benzeri garanti, asli ve bağımsız olmasına rağmen borçlu lehine verilen bir teminattır. Garanti verenin temel borç ilişkisindeki borçlunun ödeme kabiliyetini dikkate almadığı söylenemez. O halde, borçlunun değişmesi, onun durumunu da aynı şekilde etkileyeceğinden, borçlunun değişmesi halinde, kefalet benzeri garantinin de kıyasen sona ermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide, borcun üstlenilmesinin hükümsüzlüğü halini düzenleyen TBK. m.200 (İsv. BK. m.180) hükmünün yersiz olduğu, zira baştan itibaren hükümsüz olan işlemin zaten genel hükümler uyarınca baştaki duruma geri döneceği söylenmektedir. Ancak bizce, baştaki duruma geri dönülürken, yani *status quo* yeniden kurulurken iyiniyetli üçüncü kişilerin durumlarının korunacağını düzenleyen söz konusu hüküm, bu yönüyle kanunda kalmalıdır. Sözleşmenin kurulması ve geçersiz hal gelmesi arasındaki dönemde; örneğin, borç için verilen ve borcun üstlenilmesi ile sona erdiği düşünülen rehnin konusu olan mal üzerinde yeni bir aynî hak elde eden üçüncü kişiler ile, bu mal üzerinde tapuya şerh edilmiş (etkisi kuvvetlendirilmiş) bir şahsi hak elde eden kişilerin bu kazanımları korunacaktır.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork, **Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

AHLERS, Bernhard, **Die römisch-rechtliche Novation und die Schuldumwandlung nach dem B.G.B.**, Inaugural-dissertation der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen, Krick, Münster i.W. 1931.

AHLWEDE, Rudolf, **Abgrenzung zwischen Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Fiquart, Hildesheim 1928.

AKEV, Sahir Talat, **Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1098, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 237, Doktora Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1964.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.

AKKANAT, Halil, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

AKMAN, Sermet, "*Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler*", **Hüseyin Ülgen'e Armağan**, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.1669-1678.

AKSOY-DURSUN, Sanem, **Eşya Kavramı**, XII Levha, İstanbul 2012.

AKYOL, Şener, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, Kâmil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.

ALBERT, Curt, **Ein Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und dem Vertrage zu Gunsten Dritter**, Göttinger Handelsdruckerei, Göttingen 1929.

ALBRECHT, Andreas C., Vor Art. 3-28 *in* **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Schultess, Zürich 2004. [anılış: ZürcherKomm-FusG/Albrecht]

ALTAY, Sabah, **Borca Katılma**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010.

ALTAY, Sümer/ ESKİOCAK, Ali, **Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

ANDREU, Lionel, **Du Changement de débiteur**, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 92, Dalloz, Paris 2010.

ANSON, William R., **Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract**, 8th Ed., Clarendon Press, Oxford 1895.

ANTALYA, O. Gökhan, **6098 sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Beta, İstanbul 2012.

APATHY, Peter, **Animus novandi: das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag**, Springer Verlag, Wien-New York 1975.

ARAL, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Savaş Yayınları, Ankara 1994.

ARICI, Mehmet Fatih, **Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 17. bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012.

ARNAULT, Ferdinand-Louis-Barthélemy, **De la novation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Thunot et C., Paris 1861.

ARNET, Ruth, “*Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 23.9.2003, i.S. X.AG c.A.; BGE 129 III 702, Berufung*” **AJP/PJA (Aktuelle Juristische Praxis)**, Dike Verlag, Yıl: 2004, S.7, s. 883-888.

ARSEBÜK, Esat, “*Alacağın Temliki ve Borcun Nakli*”, **AÜHFD**, 1954, C.11, S.1-2, s. 4-14.

AYDIN, Sema/ KAPLAN, Hasan Ali/ ŞEN KALYON, Arzu, “*Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Yıl: 2013, S. 1-2, s.232

AYİTER, Nûşin, **Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

AYNES, Laurent, **La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes**, Economica, Paris 1984.

AYOĞLU, Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

AYRANCI, Hasan, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Kitabevi, Ankara 2003.

BAATH, Rolf, **Der Eintritt in ein gegenseitiges Schuldverhältnis: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Schuldverhältnis, von der Zession, Schuldübernahme und Übertragbarkeit der Gestaltungsrechte**, Inaugural-dissertation, Bibliothèque de l’Université Neuchâtel, 1931.

BÄHR, Otto, “*Über die so genannt Verträge zu Gunsten Dritter*”, **JherJB**, Bd. 6, 1863, s.131-186. [anılış: Bähr, JherJB 6]

BÄHR, Otto, “*Über die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 67, 1884, s.157-191. [anılış: Bähr, AcP 67]

BÄHR, Otto, **Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen**, München 1883.
[anılış: Bähr, Urteile des Reichsgerichts]

BÄHR, Otto, **Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich**, R. Oldenbourg, München 1888. [anılış: Bähr, Zur Beurtheilung des Entwurfs]

BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 12. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012. [anılış: Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku]

BAHTİYAR, Mehmet, “*Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun Ticari İşletmenin Devri Hakkında Getirdikleri*”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 106, Ekim 2011, 3889-3910. [anılış: Bahtiyar, Ticari İşletmenin Devri]

BARANDUN, Nicolà, **Die Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven**, Dissertation, Bern 1993.

BARLAS, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

BARTELS, Steven E. (BUSCH, Danny/ HONDIUS, Ewoud/ Van KOOTEN, Hugo/ SCHELHAAS, Harriët [eds.]), **The Principles of European Contract Law (Part III) and Dutch Law: A Commentary II**, 2. Cilt, Kluwer Law International, 2006.

BAUER, Cristoph, **Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, unter besonderer berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes**, Dike Verlag, Zürich-St.Gallen 2010.

BAYER, Walter, **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Mohr & Siebeck, Tübingen 1995.

BEALE, Hugh/ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte/ RUTGERS, Jacobien/ TALLON, Denis/ VOGENAUER, Stefan, **Cases, Materials and Text on Contract Law**, 2th Ed., Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon 2010.

BEALE, Hugh/ KÖTZ, Hein/ HARTKAMP, Arthur/ TALLON, Dennis (eds.), **Cases, Materials and Text on Contract Law**, Hart Publishing, Oxford 2002.

BECKER Hermann, **Kommentar zu Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar)**, begründet von Prof. Dr. m. Gmür, **Obligationenrecht**, Bd.VI, 1. Abteilung, 5. Lieferung, Verlag Stämpfli, Bern 1941. [anılış: BernerKomm/Becker]

BEGUELIN, Edouard, “*Extinction des Obligations V, Novation 1: Généralités*”, **FJS** 809, 30 Eylül 1944. [anılış: Béguelin, FJS 809]

BEGUELIN, Edouard, “*Extinction des Obligations V, Novation 2: Espèces*”, **FJS** 810, 30 Eylül 1944. [anılış: Béguelin, FJS 810]

BEGUELIN, Edouard, “*L’Obligation*”, **FJS** 88, 15 Kasım 1941. [anılış: Béguelin, FJS 88]

BENREY, Joseph J., **De la cession de dettes**, Richter, Geneve 1910.

BERETTA, Piera, “*Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes*”, **SJZ** 98, Schultess 2002, s. 249-256.

BERETTA, Piera, Art. 69-75 in **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Schultess, Zürich 2004. [anılış: ZürcherKomm-FusG/Beretta]

BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 43. Cilt, American Philosophical Society, 1953.

BERGER, Bernhard, **Allgemeines Schuldrecht**, Stämpfli Verlag, Bern 2008.

BERKİ, Şakir, “*Borçların Sukûtu*”, **AÜHFD**, 1955, C. 12, S.1-2, s. 216-267.

BERNASCONI, Sylvio, **Die Vertragsübertragung nach italienischem Recht und Konsequenzen für das schweizerische Recht**, Juris Druck+Verlag, Zürich 1978.

BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, Dora, Bursa 2012.

BLOME, Wilhelm, **Die kumulative Schuldübernahme verglichen mit dem Drittgläubigerleistungsvertrag**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der

juristischen Doktorwunde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen, Göttinger Handelsdr., Göttingen 1931.

BOEHMER, Gustav, **Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme**, J. Abel, Greifswald 1907.

BOLZE, Ch., “*Réflexions sur la cession de dette en droit privé français*”, **Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, professeur honoraire à l'Université de Lausanne**, Payot, Lausanne 1985, s. 11-20.

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 V 4337-4530 (www.admin.ch, 13.10.2012). [anılış: Botschaft FusG]

BRAUNSCHNEIDER, Hartmut, **Das Skript, Schuldrecht AT**, 3. Aufl., Achso Verlag in der Bund Verlag, Köln 2002.

BREGI, Jean François, **Droit Romain: Les Obligations**, Ellipses, Paris 2006.

BRENNER, Monika, **Der Parteiwechsel im Zivilprozess als Folge des Bundesprivatrechts**, Difo-Druck, Bamberg 1992.

BUCHER, Eugen, **England and The Continent, Distinguishing The Peculiarities of The English Common Law of Contract**, (çev. Tony Weir), Dike Law Books, Zurich-St.Gallen 2009. [anılış: Bucher, Common Law]

BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 1988. [anılış: Bucher, AT].

BUCHER, Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 3. Aufl., Schulthess, Zürich 1988. [anılış: Bucher, BT].

BUCHLI, Guido, **Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR**, Juris-Verlag, Zürich 1953.

BUCKLAND, W. W., **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, 3th Ed., revised by Peter Stein, Cambridge University Press, London 1963.

BUFFELAND-LANORE, Yvaine/ LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, **Droit Civil, Les Obligations**, 12ième éd., Dalloz, Paris 2010.

BUKA, Erdmann, **Die Schuldübernahme des §416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock, Noske, Borna-Leipzig 1915.

BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

BYDLINSKI, Peter, *in* SÄCKER, Franz Jürgen/ RIXECKER, Roland/ OETKER, Hartmut (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Bd. 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§241-432, Redakteur: Wolfgang Krüger, 6. Aufl., Verlag C.H.Beck, München 2012. [anılış: MünchenerKomm/Bydlinski]

CARTWRIGHT, John, **Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.

CHAMPEAU, Edmond, **La stipulation pour autrui et le principe qu'on ne peut acquérir de droits par autrui en droit romain: la stipulation pour autrui en droit français**, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, Paris 1893.

CHARMAN, Mary, **Contract Law**, 4th Ed., Willan Publishing, 2007.

CHESHIRE, Geoffrey Chevalier / FIFOOT, Cecil Herbert Stuart/ FURMSTON, M. P., **Cheshire, Fifoot And Furmston's Law of Contract**, 11th Ed., Butterworth, London 1986.

COLIN, Ambroise/ CAPITANT, H., **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**, 6ième Édition, Librairie Dalloz, Paris 1931.

COSACK, Konrad, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Band 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen**, Jena 1903. (<http://dlib-pr.mpij.de>, 31.08.2012).

CROME, Carl, **System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse**, Mohr & Siebeck, Tübingen und Leipzig 1902.

CULLMANN, Ludwig, **Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg, Strassburg 1913.

ÇABRİ, Sezer, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Sözleşmeye Katılma”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 106, Ekim 2011, s. 3911-3932.

ÇETİNER, Bilgehan, **Hapis Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

D'AUFERVILLE, Georges, **De la novation**, Thèse pour le doctorat, Université de France, Faculté de Droit de Lyon, Imprimerie Générale de Lyon, Lyon 1882.

DANZ, Erich, “*Die delegatio nominis und delegatio debiti eine Forderungs und Schuldüberweisung*”, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Bd. 19, 1881, s. 69-130. [anılış: Danz, Die delegatio nominis und delegatio debiti]

DANZ, Erich, **Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht**, Leipzig 1886. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 22.10.2012). [anılış: Danz, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter]

DAVIDSON, Karl August, **Schuldübernahme als Zahlung**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Königlichen Universität zu Breslau, Kindt & Meinardus, Goblentz 1897.

DECHER, Heinrich, **Die Wirksamkeit der Schuldübernahme nach § 416 BGB.: insbesondere auch in ihrer Bedeutung bei mehrfacher Grundstücksveräußerung mit wiederholter Schuldübernahme**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Königlichen Universität Greiszwald, Wagner, Höchst a. M. 1912.

DEDEK, Helge/ SCHERMAIER, Martin J., “*Obligation (Greek and Roman)*”, **Encyclopedia of Ancient History** (<http://ssrn.com/abstract=1807242>, 13.04.2012).

DELBRÜCK, Berthold, **Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte**, Berlin 1853.

DELEBECQUE, Philippe/ PANSIER, Frédéric-Jérôme, **Droit des Obligations, Régime Général**, 4ième éd., LexisNexis, Litec, Paris 2007.

DEMELIUS, Heinrich, “*Die Vertragsübernahme*”, **JherJB**, Bd. 72, 1922, s. 241–292.

DEMUTH, Peter, **Garantievertrag und privative Schuldübernahme in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte**, Dissertations Drückerei, Hamburg 1966.

DEPPELER, Fritz, **Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht**, Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät der Universität Bern zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque, P. Haupt, Bern 1925.

DERNBURG, Heinrich, **Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens**, 4. Aufl., Bd.1: Allgemeine Lehren, Bearb. von Arthur Engelmann, Halle 1909. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 29.01.2013).

DEROUSSIN, David, **Histoire du Droit des Obligations**, Economica, Paris 2007.

DES GOUTTES, René, “*Entreprise et Patrimoine*”, **FJS** 70, 31 Ekim 1969. [anılış: Des Gouttes, FJS 70]

DES GOUTTES, René, “*Reprise de dette*”, **FJS** 365, 31 Mart 1942. [anılış: Des Gouttes, FJS 365]

DETERT, Fritz, **Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach dem B. G. B. §§ 414 ff. a) zwischen Schuldner und Übernehmer, b) zwischen Gläubiger und Übernehmer**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock, Grimme'sche Buchdruckerei, Bückeburg 1908.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, “*İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, C.1, Yıl 3, S.1, 2004/1, s. 293-322. [anılış: Develioğlu, Borca Katılma]

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement**, Stämpfli Editions, Berne 2006. [anılış: Develioğlu, Garanties]

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, **Takas**, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. [anılış: Develioğlu, Takas]

Di MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, 5. bası, çev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Yayınları no.573, Hukuk Fakültesi no.124, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1959.

DOMAT, Jean, **Les Loix Civiles dans leur ordre naturel**, Tome I, 2ième éd., Chez Pierre Abouin, Pierre Emery, Charles Clouzier, Paris 1697.

DUPLESSIS, Antoine, **Etude sur la novation et la délégation**, Thèse pour le doctorat, Imprimerie de J. Claye, Paris 1869.

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

DURMAN, Okay, **İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, XII Levha, İstanbul, Ekim 2009.

DÜREN, Akın, **Klasik Roma Hukukunda Delegatio**, Sevinç Matbaası, Ankara 1968.

ECKERT, Jörn, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2005.

ENDEMANN, Friedrich, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Band 1: Einleitung; allgemeiner Theil; Recht der Schuldverhältnisse**, Berlin 1899. (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 31.08.2012) [anılış: Endemann, F.]

ENDEMANN, Wolfgang, **Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht**, N.G. Elwert Verlag, Marburg 1959. [anılış: Endemann, W.]

ENGEL, Pierre, **Traité des Obligations en Droit Suisse: Dispositions Générales du CO**, 2. édition, Stämpfli, Berne 1997.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Bundesgerichtsentscheide), www.bger.ch, 05.02.2013.

ERDEM, Ercüment, **Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.

ERDEM, Mehmet, **La Clause Pénale**, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel pour l'obtention du grade de docteur en droit, Ankara 2006. [anılış: Erdem, Clause Pénale]

ERDEM, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, XII Levha, İstanbul 2010. [anılış: Erdem, Zamanaşımı]

EREN, Fikret, **6098 sayılı Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

ESSER, Josef/ SCHMIDT, Eike, **Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil**, Teilband II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2000.

ESSER, Josef/ WEYERS, Hans Leo, **Schuldrecht**, Bd.II, Besonderer Teil, Teilband I, Verträge, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1998.

FABRE-MAGNAN, Muriel, **Droit des Obligations/1-Contrat et Engagement Unilatéral**, 2ième éd., Thémis Droit, Presses Universitaires de France, Paris 2010.

FALCONE, Giuseppe, **Obligatio est iuris vinculum**, Annali del Dipartimento di Storia del Diritto, Università degli Studi di Palermo, Monografie-2, G. Giappichelli Editore, Torino 2003.

FALKENSTEIN, Hans, **Schuldbeitritt und Schuldeintritt, Unterbegriffe der kumulativen Schuldübernahme**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität, Friedrich, Marburg 1931.

FAVRE, Pascal G., **Le transfert conventionnel de contrat, Analyse théorique et pratique**, Schulthess, Zurich-Bâle-Genève 2005.

FAVRE, Pascal G./TERCIER, Pierre, **Les contrats spéciaux**, 4. Éd., Schultess, 2009.

FERRAND, Frédérique, **Droit privé allemand**, Dalloz, Paris 1997.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 2. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas, **Schuldrecht**, 10. Aufl., Walter de Gruyter, 2006.

FLOUR, Jacques/ AUBERT, Jean Luc/ FLOUR, Yvonne/ SAVAUX, Eric, **Les obligations, 3. Le rapport d'obligation**, 4ième éd., Dalloz, Paris 2006.

FÖRSTER, Franz, **Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts**, Band I, Verlag von Georg Reimer, Berlin 1865.

FREY, Martin, Art. 3 *in* **Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz**, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003. [anılış: StämpflisHandkomm./Frey]

FRICK, Joachim G., Art. 69-72 *in* **Stämpflis Handkommentar, Fusionsgesetz**, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003. [anılış: StämpflisHandkomm./Frick]

FRIEDERICH, Klaus, **Die Stellung des Sicherungsgebers bei der privaten Schuldübernahme nach § 418 Abs. 1 BGB**, Duncker & Humblot, Berlin 1996.

FROMHOLZER, Ferdinand, **Consideration**, Mohr Siebeck, Tübingen 1997.

FRÜH, Peter, **Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht**, H. R. Sauerländer, Aarau 1945.

FUNK, Fritz, **Borçlar Kanunu Şerhi, Umumi Hükümler**, C.I, çevirenler: Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1938.

FURRER, Andreas/ MÜLLER-CHEN, Markus, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schultess, Zürich-Basel-Genf 2008.

GAIUS, **Institutiones** (<http://www.thelatinlibrary.com/gaius>, 24.04.2012)

GAREIS, Karl, **Die Verträge zu Gunsten Dritter**, Würzburg 1873. (<http://dlib-pr.mpij.de>, 4.5.2012).

GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan, **Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 9. Aufl., 2. Band, Schulthess, Zürich 2008. [anılış: Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger]

GAUDEMET, Eugène, **Etude sur le transport de dettes à titre particulier**, A. Rousseau, 1898 basisının aynen tekrar basımı, Nabu Press, 2012. [anılış: Gaudemet, E., Etude]

GAUDEMET, Eugène, **Théorie générale des obligations**, 1937 basisının yeniden basımı, Dalloz, Paris 2004. [anılış: Gaudemet, E., Obligations]

GAUDEMET, Jean, **Droit privé romain**, 2ième éd., Coll. Domat, Paris 2000.

GAZZANIGA, Jean-Louis, **Introduction historique au droit des obligations**, Presses Universitaires de France, Paris 1992.

GERBER, Hans, **Die Schuldübernahme als Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps Universität zu Marburg, Noske, Borna-Leipzig 1930.

GERNHUBER, Joachim, **Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis**, Mohr-Siebeck, Tübingen 1989.

GHESTIN, Jacques, “*La transmission des obligations en droit positif français*”, **La transmission des obligations**, Travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S.A., Bruxelles 1980.

GHESTIN, Jacques/ BILLIAU, Marc/ LOISEAU, Grégoire, **Traité de droit civil, Le régime de créances et des dettes**, Librairie Générale du Droit et du Jurisprudence, Paris 2005.

GIDE, Paul, **Études sur la novation et le transport des créances dans le droit romain**, L. Larose, Paris 1879.

GIOVANOLI, Silvio, Art. 492-515 OR *in* **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 7. Teilband, Die Bürgschaft, Spie und Wette, 2. Aufl., Bern, 1978. [anılış: BernerKomm/Giovanoli]

GIRARD, Paul Frédéric, **Manuel élémentaire de droit romain**, 8ième éd. (édition revue et mise à jour par Félix Senn; réédition présentée par Jean-Philippe Lévy), Dalloz, Paris 2003.

GRIGOLEIT, Hans Cristoph/ HERRESTHAL, Carsten, “*Die Schuldübernahme*”, **Jura** 2002, s. 393-401.

GRÜNEBERG, Christian, §§414-419 BGB, *in* PALANDT, Otto (Hrsg.), **Beck’sche Kurz-Kommentare, Bürgerliches Gesetzbuch**, Bd. 7, 69. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010. [anılış: Palandt/Grüneberg]

GUARINO, Antonio, **Istituzioni di Dritto Romano**, Editore Jovene, Napoli 2006.

GUHL, Theo/ KOLLER, Alfred/ SCHNYDER, Anton K./ DRUEY, Jean Nicolas, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts**, 9. Aufl., Schulthess, Zurich 2000.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. [anılış: Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler]

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)**, 2. bası Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. [anılış: Gümüş, Kira]

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Cezai Şart**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

GÜRGENS, Heinrich, “*Die Singularsukzession in die Schuld*”, **JherJB**, Bd. 8, 1866, s. 221-308.

GÜRSES, Davut, “*Türk Borçlar Kanununa Göre Havale*”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 459-484.

GÜRSOY, Kemal Tahir/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

GÜZEL, Ali, **İşverenin Değişmesi – İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları no. 56, İstanbul 1987.

HARKE, Jan Dirk, **Allgemeines Schuldrecht**, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 2010.

HASLER, Georg, **Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht**, Inaugural-Dissertation, Aktien-Buchdruckerei, Zurich 1911.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

HAUSMANİNGER, Herbert/ SELB, Walter, **Römisches Privatrecht**, 9. Aufl., Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar 2001.

HECKELMANN, Dieter, **Die Anfechtbarkeit von Schuldübernahmen**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Druck. Ch. Schön, München 1966.

HEIDENHEIMER, Leo, **Ein Beitrag zur Lehre von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme**, Inaugural-dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen Staudenraus, Würzburg 1911.

HEIL, Richard, **Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Successionsbegriffes**, Inaugural-Dissertation, Druck von Junge und Sohn, Erlangen 1903.

HEILFRON, Eduard, **Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. neu bearb. Aufl., Band 2: Recht der Schuldverhältnisse**, Berlin 1909. (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 31.08.2012).

HELLWIG, Konrad, **Die Verträge auf Leistung an Dritte: Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücks. des Handelsgesetzbuchs; Mit einer Einl. über das römische Recht u. einem Anh. über die Erbverträge zu Gunsten Dritter**, Leipzig 1899 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012).

HELVACI, İlhan, **Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı**, XII Levha, İstanbul 2008.

HELVACI, Mehmet, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

HERZ, Carl, **Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme**, Druck von P. Schettlers Erben, Cöthen 1901.

HEUSLER, Andreas, **Institutionen des Deutschen Privatrechts**, Band 2, Leipzig 1886 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 12.5.2012).

HIGI, Peter, “*Die Miete*”, Art. 253-265 OR in GAUCH, Peter (Hrsg.), **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht**, Bd. V/2b, 3. Aufl. 1994. [anlış: ZürcherKomm/Higi].

HONSELL, Heinrich, **Römisches Recht**, 6. Aufl., Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2006. [anlış: Honsell, Römisches Recht]

HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 8. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2006. [anlış: Honsell, BT]

HORN, Richard, **Schuldübernahme: Eine Studie nach Österreichischem und Deutschem Civilrecht**, Wien 1902 basisının tekrar basımı, Nabu Press, 2010.

HUGUENIN, Claire, **Obligationenrecht – Allgemeiner Teil**, 3. überarbeitete Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2008.

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, **Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht**, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Herausgegeben von Körg Schmid im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, Band 34, Habilitation, Schulthess 2008.

IMHOF, Edgar, **Obligation und subjektives Recht, Eine analytische Untersuchung als Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts**, Marcel Alexander Niggli ve Marc Amstutz (Hrsg.) Grundlegendes Recht 4, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2003.

IMMENHAUSER, Martin, **Das Dogma von Vertrag und Delikt: Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung**, Böhlau Verlag, Köln-Weimar 2006.

JEULAND, Emmanuel, **Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation**, préf. L. Cadet, LGDJ, 1999.

JULIUSBERGER, R. A., **Beiträge zur Lehre von der kumulativen Schuldübernahme**, C. Boldt, Rostock 1916.

JUSTINIANUS, **Digesta** (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian>, 24.04.2012)

JUSTINIANUS, **Institutiones** (<http://www.thelatinlibrary.com/justinian>, 24.04.2012)

KAAP, Walter, **Die Form der Schuldübernahme**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaften der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock H. Pöppinghaus, Bochum-Langendreer 1937.

KAHVECİ, Nalan, **Alt Kira ve Kiranın Devri**, Güncel Yayınevi, İzmir 2005.

KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku**, 3. bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 461, Olgaç Matbaası, Ankara 1982.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ DOĞRUSÖZ, M. Edip/ ALTIN, Mehmet, **Türk Hukukunda Rehin**, Üçbilek Matbaası, Ankara 1996.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 23. Bası, Mimoza, Konya 2012.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, **Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat**, 6. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

KARAMAN, Başak, **Roma Hukukunda Rehin Akti**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

KARSLI, Abdürrahim, **İcra Hukuku Ders Kitabı**, Yenilenmiş 1. bası, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2010.

KASER, Max, “*Zu Novation und Delegation*”, **Satura Roberto Feenstrasesagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumni collegis amicis oblata**, ediderunt: J. A. Ankum, J. E. Spruit, F. B. J. Wubbe, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg 1985, s. 141-155.

KASER, Max/ HACKL, Karl, **Das Römische Zivilprozessrecht**, Verlag C. H. Beck, 1996.

KASER, Max/KNÜTEL, Rolf, **Römisches Privatrecht**, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2003.

KASSEBEER, Werner, **Die private Schuldübernahme nach deutschem, schweizerischem und österreichischem Recht: (Eine rechtsvergleichende Darstellung)**, Bener & Hausknecht, Bielefeld 1935.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, 22.11.2012.

KELLER, Max/ SCHÖBİ, Christian, **Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldnerverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung**, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel-Franfurt am Main 1985.

KENDİGELEN, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. bası, XII Levha, İstanbul 2012.

KEŞLİ, Ahmet, Dördüncü Bölüm: Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme iç.
KARAHAN, Sami (editör), **Şirketler Hukuku**, Mimoza, 2012. [anılış: Karahan/Keşli]

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012. [anılış: Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku]

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979. [anılış: Kılıçoğlu, Halefiyet]

KIPP, Theodor, “*Zur Lehre von der Schuldübernahme*”, **JherJB**, 1896, Bd. 36, s. 336-365.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

KLEINECKE, Gustav, **Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis**, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, R. Noske, Borna-Leipzig 1907.

KLIMKE, Dominik, **Die Vertragsübernahme**, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

KNOKE, Paul, “*Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme*”, **JherJB**, Bd. 60, 1912, s. 407-466.

KOCAMAN, Arif B., “*Yeni Borçlar Kanunu’nun Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Erzurumluoğlu Armağanı**, Emel Badur (Editör), Ankara 2012, s. 529-548. [anılış: Kocaman, Değerlendirme]

KOCAMAN, Arif B., **Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın no. 227, Olgaç Matbaası, Ankara 1989. [Kocaman, Alacağın Temliki]

KOCAMAN, Arif B., **Türk Borçlar Hukukunda Havale**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001. [anılış: Kocaman, Havale]

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir), **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, C. I, 4. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008. [anılış: Kocayusufpaşaoğlu]

KOCH, Christian Friedrich, **Die Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte durch Universal- und Singularsuccession, oder von der Vererbung der Forderungen, von der Cession, Assignment und Novation**

(Delegation und Expromission), Breslau 1837. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012).

KOHLER, Josef, **Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band 2, Vermögensrecht; 1: Schuldrecht**, Berlin 1906. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012).

KOLLER, Alfred, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009.

KORNDER, Arno, **Die Rechtsnatur der privativen Schuldübernahme nach § 415 BGB**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps Universität zu Marburg, Limburger Vereinsdruckerei, Limburg-Lahn 1936.

KOSCHAKER, Paul/ AYİTER, Kudret, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no. 284, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.

KOYUNCUOĞLU, Tennur, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

KOZIOL, Halmut/ WELSER, Rudolf, **Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht**, 13. Aufl., Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 2007.

KÖHLER, Rudolf, **Die Formen der translativen Schuldübernahme**, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Bibliographisches Institut, Leipzig 1929.

KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, **Sınırlı Aynî Haklar**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972-1973.

KÖTZ, Hein, **Vertragsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

KRAMER, Ernst A., **Grundkurs, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.

KREBS, Fred, **Das bulk transfer Recht in den Vereinigten Staaten: Dargestellt auf Grund des Uniform Commercial Code**, P.G. Keller, Winterthur 1960.

KREBE, Bernhard/ ECKARDT, Bernd, §§241-610 BGB, in DAUNER-LIEB, Barbara/ LANGEN, Werner (Hrsg.), **NomosKommentar, BGB Schuldrecht**, Bd. 2/1, 2. Aufl., Nomos, Deutscher Anwalt Verein, 2012. [anılış: NK-BGB/Krebe/Eckardt]

KRIENITZ, Ernst, **Zur Schuldübernahme nach § 415 BGB**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Wertfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Druck von Julius Abel, Greifswald 1910.

KULZINGER, Adolf, **Die Schuldübernahme bei der Grundstücksveräußerung**, Inaugural Dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen, Lassleben, Kallmünz 1930.

KUNTZE, Johannes Emil, **Die Obligation und die Singularsukzession des Römischen und heutigen Rechtes**, Hermann Mendelssohn, Leipzig 1856.

KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004. [anılış: Kuru, İcra ve İflas]

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 23. bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

LAMBERT, Edouard, **La stipulation pour autrui**, Thèse pour le doctorat, Giard et Brière, Paris 1893.

LAMBRINI, Paola, **La Novazione, Pensiero classico e disciplina giustiniana**, Cedam, Padova 2006.

LAPP, Charles, **Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier**, Thèse, Imprimantes réunies, Strasbourg 1951.

LARENZ, Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, 2. Bd., Besonderer Teil**, 13. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994. [anılış: Larenz, BT]

LARENZ, Karl, **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil**, 14. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987. [anılış: Larenz, AT]

LARROUMET, Christian, **Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé**, Thèse pour le doctorat, Bordeaux 1968.

LE CHARPENTIER, Gustave, **De la novation et de la délégation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Vinchon et Charles de Mourges, Paris 1855.

LEMKE, Otto, **Die rechtliche Natur der Schuldübernahme nach heutigem bürgerlichen Recht**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Ruprechts-Karls-Universität zu Heidelberg, Druckerei des Verlag Sporn (B. Bruckhardt), Berlin 1909.

LEROUX, Charles, **Novation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Charles de Mourges frères et successeurs de Vinchon, Paris 1861.

LOOSCHELDERS, Dirk, **Schuldrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München 2007.

MAIRA LAMAS, Octavio, **La cession de contrat en droit comparé**, Thèse, Paris, 1960.

MALAURIE, Philippe/ AYNES, Laurent/ STOFFEL-MUNCK, Philippe, **Droit civil, Les obligations**, 5ième éd., Defrénois, Lextenso éditions, Paris 2010.

MALINVAUD, Philippe, **Droit des obligations**, 10. éd., LexisNexis, Paris 2007.

MAURER, Tobias, **Die Schuldübernahme, Französisches, Englisches und Deutsches Recht in Europäischer Perspektive**, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

MAYER, Marum Samuel, **Die litis contestatio, geschichtlich dargestellt**, Metzler, Stuttgart 1830.

MAYER-MALY, Theo, **Römisches Recht**, 2. Aufl., Springer Verlag, Wien-New York 1999.

MAZEAUD, Henri et Léon /MAZEAUD, Jean /CHABAS, François, **Leçons de droit civil, Tome II, Vol. 1, Obligations, théorie générale**, 8ième éd., Editions Montchrestien, Paris 1991.

MAZZA, Francesca, **Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)**, edited by VOGENAUER, Stefan/KLEINHEISTERKAMP, Jan, Oxford University Press, New York 2009. [anılış: Mazza, PICC Commentary]

MEDICUS, Dieter, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, Ein Studienbuch, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2006.

MEDICUS, Dieter/ LORENZ, Stephan, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, Ein Studienbuch, 19. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2010.

MEIER, Arnold, **Die Schuldübernahme im schweizerisches Obligationenrecht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, H. Meier&Cie AG, Schaffhausen 1919.

MENZEL, Adolf, **Zur Lehre von der Schuldübernahme**, Separatabdruck aus Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, XI. Band, Wien 1884.

MERKEL, Rudolf, **Der römisch-rechtliche begriff der Novatio und dessen anwendbarkeit im heutigen gemeinen recht**, K. J. Trübner, 1892.

MERZ, Hans, **Schweizerisches Privatrecht, Sechster Band: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erster Teilband**, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1984.

MEYER, Joseph, **Der Einfluss der Schuldübernahme auf die für die Forderung bestehenden Nebenrechte**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Noske, Borna-Leipzig 1910. [anılış: Meyer, J.]

MEYER, Wilhelm, **Die befreiende Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuches**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen

juristischen Fakultät der Grossherzoglich Badischen Ruprecht-Karls-Universität, Pilsz, Berlin 1911. [anılış: Meyer, W.]

MEYER-PRITZL, Rudolf, *in* SCHMOECKEL, Mathias/ RÜCKERT, Joachim/ ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.), **Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 2. Teilband: §§ 305-432**, (Redaktion: Reinhard Zimmermann), Mohr Siebeck, Tübingen 2007. [anılış: HKK/Meyer-Pritzl]

MEYLAN, Philippe, **La réforme Justinienne de la novation, son sens et sa portée (c. VIII, 41.8)**, apud custodiam librariam Pont. Instituti utriusque iuris, Romae 1935.

MINDER, Matthias, **Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses von Art. 263 OR zum Fusionsgesetz (FusG)**, Schultess, Zürich-Basel-Genf 2010.

MOINIER, André, **De la novation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Vinchon, Fils et Successeurs de Mme Vième Ballard, Paris 1855.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von F. Guttentag, 1888. [anılış: Motive, II]

MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich, **Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte: Nach den Grundsätzen des römischen Rechts**, 3. Aufl., Greifswald, 1836. (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 13.10.2012).

MUTHER, Theodor, **Zur Lehre von der Römischen Actio, dem Heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsukzession in Obligationen, eine Kritik der Windscheid'schen Buchs: "Die Actio Des Römischen Civilrechts, Vom Standpunkte Des Heutigen Rechts"**, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen 1857.

MÜLLER, Hans-Friedrich, §§414-419 BGB, *in* PRÜTTING, Hanns/ WEGEN, Gerhard/ WEINREICH, Gerd (Hrsg.), **BGB Kommentar**, 4. Aufl., Luchterhand, Köln 2009 [anılış: Prütting/Wegen/Weinreich BGBKomm/Müller].

MÜNSTER, Rudolf, **Über die Singular-Succession in Schulden**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Georg August Universität zu Göttingen, Universitäts Buchdruckerei von Carl Georgi, Bonn 1893.

NEGRE, Pierre, **Des conditions d'existence et de validité de la novation en droit romain**, Imprimerie universitaire de Provence, Aix-en Provence 1925.

NELSON, Hein L. W./ MANTHE, Ulrich, **Gai Institutiones, III 88-181, Die Kontraktobligationen, Text und Kommentar**, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, Bd. 35, Studia Gaiana VIII, Duncker&Humblot, Berlin 1999.

NEUMAYER, K. H., “*La transmission des obligations en droit comparé*”, **La transmission des obligations**, Travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S. A., Bruxelles 1980.

NEUMAYR, Matthias, §§1375-1437 ABGB, §§1-54 IPRG *in* KOZIOL, Helmut/ BYDLINSKI, Peter/ BOLLENBERGER, Raimund (Hrsg.), **Kurzkomentar zum ABGB**, 2. Aufl., Springer, Wien-New York 2007. [anılış: KurzKommABGB/Neumayr]

NIGGEBRÜGGE, Gottfried, **Vertrag zugunsten Dritter und Schuldübernahme: (Wesen und Abgrenzung beider Rechtsgebilde)**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg August Universität zu Göttingen, 1931.

NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

NÖRR, Knut Wolfgang/ SCHEYHING, Robert/ PÖGGELER, Wolfgang, **Sukzessionen: Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme**, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.

OERTMANN, Paul, **Recht der Schuldverhältnisse**, 3. und 4. umgearb. Aufl., Heymann, Berlin 1910 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 31.08.2012).

OFTINGER, Karl, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Schultess, Zürich 1969.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk Genel Hükümler**, 18. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 9. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 15. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

OKTAR, Ateş, **Vergi Hukuku**, 9. bası, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2013.

OSER, Hugo/ SCHÖNENBERGER, Wilhelm, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 2. bası, çeviren: Ferid Ayiter, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1950.

OSMONT, Charles, **Novation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Charles de Mourges frères et successeurs de Vinchon, Imprimeurs de la faculté de droit, Paris 1857.

OSTERMEYER, Max, **Blätter aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch**, Berlin 1897 (<http://dlib-pr.mpg.de>, 29.01.2013).

ÖCAL, Akar, “*Ticari İşletmesini Devredenin Rekabet Yapmama Borcu*”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

ÖĞÜTÇÜ, A. Tahir/ DOĞRUSÖZ, M. Edip, **Rehin Hukuku**, Ulucan Matbaası, Ankara 1982.

ÖZ, Turgut, “*Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi*”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 95-120.

ÖZAKMAN, Cumhur H., “*Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü*”, **İÜHFİM**, C. 41, S. 1-2, İstanbul 1975.

ÖZEN, Burak, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. [anılış: Özen, Kefalet]

ÖZEN, Burak, “*Kira Konusunun Devri*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 137-179. [anılış: Özen, Kira Konusunun Devri]

PASLI, Ali, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

PASSADELIS, Nicolas, Art. 73 *in* **Stämplis Handkommentar, Fusionsgesetz**, Baker&McKenzie (Hrsg.), Stämpfli, Bern 2003. [anılış: StämpfliHandkomm./Passadelis]

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

PERMANN, Richard, **Kommentar zum Mietrecht**, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.

PESTALOZZI, Cristoph M., Art. 492-512 OR *in* HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.), **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, 4. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2007. [anılış: BaslerKomm/Pestalozzi]

PICHONNAZ, Pascal, Art. 127-142 CO, *dans* THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz (éditeurs), **Commentaire Romand, Code des Obligations**, vol. I, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, éditeurs:, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Genève 2003. [anılış: CommRomand/Pichonnaz]

PICHONNAZ, Pascal, **Les fondements romains du droit privé**, Schultess, Editions Romandes, Genève-Zurich-Bâle 2008.

PIEPER, Helmut, **Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertragsverhältnis**, G. Grote'sche Verlagbuchhandlung, Köln und Berlin, 1963.

PILTZ, Detlev Jürgens, **Bürgerliches Recht**, Band 1: AT, SchuldR I, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1979.

PIOTET, Denis, “*Histoire et actualité de la double codification à l’exemple de la nature de reprise de dette hypothécaire*”, **Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts- Festschrift für Heinz Rey**, éditeurs: Heinrich Honsell/ Wolfgang Portmann/ Roger Zäch/ Dieter Zobl, Schultess, 2003.

POPA, Ervin Apostol, **Les notions de "Debitum" (Schuld) et "Obligatio" (Haftung) et leur application en droit français moderne**, E. Muller, Paris 1935.

POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

POTHIER, Robert Joseph, **Traité des obligations**, 1821 tarihli basının yeniden aynen basımı, Ed. Dalloz, Paris 2011.

PROBST, Thomas, Art. 175-183 CO, *dans* THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz (éditeurs), **Commentaire Romand, Code des Obligations**, vol. I, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Genève 2003. [anılış: CommRomand/Probst]

RADO, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri**, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

RANIERI, Filippo, **Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien** (Springers Handbücher der Rechtswissenschaft) (German Edition), 3. Aufl., Springer Verlag, Wien 2009.

REDICK, Jutta, **Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei §§ 415, 416 BGB**, Duncker & Humblot, Berlin 1991.

REDLICH, Ludwig, **Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation**, Inaugural-Dissertation welche nebst den beigefügten Thesen mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Königlichen Universität Breslau, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau 1893.

REGELSBERGER, Ferdinand, “*Die Schuldübernahme und die §§414-416 BGB*”, **JherJb**, 1898, Bd. 39, s. 463-486. [anılış: Regelsberger, JherJB 39]

REGELSBERGER, Ferdinand, “*Über die Verträge zu gunsten Dritter und über die Schuldübernahme*”, **Archiv für die civilistische Praxis**, Vol. 67, 1884, s.1-40. [anılış: Regelsberger, AcP 67]

REICHEL, Hans, **Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme)**, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1909.

REİSOĞLU, Sefa, **Türk Borçlar Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2012. [anılış: Reisoğlu, Borçlar]

REİSOĞLU, Seza, **Garanti Mukavelesi**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963. [anılış: Reisoğlu, Garanti]

REİSOĞLU, Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992. [anılış: Reisoğlu, Kefalet (1992)]

REİSOĞLU, Seza, **Türk Kefalet Hukuku**, Ankara, 2013. [anılış: Reisoğlu, Kefalet (2013)]

RENAUT, Marie-Hélène, **Histoire du droit des obligations**, Ellipses éd., Paris 2008.

RIEBLE, Volker, §§397-432 BGB, *in* von STAUDINGER, Julius (Hrsg.), **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse**, Dreizehnte Bearbeitung, Sellier – De Gruyter, Berlin 1999. [anılış: Staudinger/Rieble]

RIEDEL, Kurt, **Schuldübernahme und Vertrag zugunsten Dritter**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms Universität zu Breslau, Breslauer Genossenschaft-Buchdruckerei, Breslau 1929.

ROBAYE, René, **Le droit romain**, Vol. II, Collection Pédasup, Bruylant, 2ième édition, Louvain la Neuve-Bruxelles, 2002.

ROCKE, Wilhelm, **Die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers beim Auseinanderfall von dinglichem und persönlichen schuldner nach dem aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925. Ein beitrag zur hypothekenrechtlichen schuldübernahme des bürgerlichen rechts**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung

der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Greifswald, Backe, Pyritz 1927.

ROUHETTE, Georges, **Principes du droit européen du contrat**, Commissions pour le droit européen du contrat, Président: Ole Lando, Droit Privé Comparé et Européen dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson, Volume 2, Société de Législation Comparée, Paris 2003.

RÖMER, Robert, **Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht**, H. Laupp, 1863.

RUBACH, Rudolf, **Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme und von dem Versprechen der Leistung an einen Dritten**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde mit der Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Vereinigten Friedrichs Universität Halle-Mittenberg, Kaemmerer, Halle a. d. Saale 1914.

SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, 5. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.

SALEILLES, Raymond, De la cession de dettes, **Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international**, S. 4, A. Rousseau, 1890. [anılış: Saleilles, De la cession de dettes].

SALEILLES, Raymond, **Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand**, Librairie Cotillon, Paris 1890. [anılış: Saleilles, Essai]

SALEILLES, Raymond, **Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand**, 3ième éd., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1914. [anılış: Saleilles, Etude]

SALKOWSKI, Carl, **Zur lehre von der novation nach römischem recht: Ein beitrag zum römischen obligationenrecht**, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig 1866.

SARI, Suat, "*Götürü Tazminat Kavramı Üzerine*", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli**

Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul Üniversitesi, XII Levha, s.299-304.

SARI, Suat, **Alıkoyma Hakkı**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, **Traité de droit romain**, Vol. 3, (çev. M. Ch. Guenoux), 2ième éd., Librairie de Firmin Didot Frères, Imprimeurs de l'Institut de France, Paris 1856.

SAYMEN, Ferit H., **Borçlar Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler**, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halid K., **Türk Eşya Hukuku**, Aynî Haklar, Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

SCHAUFELBERGER, Peter C./ KELLER, Katrin (Bearb.), Art. 175-183 OR, *in* KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ NOBEL, Peter/ SCHWANDER, Ivo/ WOLF, Stephan (Hrsg.), **OR Kommentar: Schweizerisches Obligationenrecht**, Hrsg., 2. Aufl., Orell Füssli Verlag, Ebner&Spiegel, 2009. [anılış: OFK-Schaufelberger/Keller]

SCHMID, Jörg/ STÖCKLI, Hubert, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, Schultess, Zürich-Basel-Genf 2010.

SCHMIDLIN, Bruno/ CANNATA, Carlo Augustino, **Le droit privé romain**, Vol. II, Collection Juridique Romande, Payot Lausanne 1991.

SCHMIEDEBERG, Hans Hermann, **Hypothekenübernahme und Schuldübernahme mit besonderer Berücksichtigung der kumulativen Schuldübernahme**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Greifswald Druck von Julius Abel, Königliche Universität zu Greifswald, 1914.

SCHMITT, Eugen, **Die Schuldübernahme des Erstehers bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen und staatswissenschaftlichen Doktorwürde bei der juristischen und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Würzburg, Buchdruckerei Oskar Gross, München 1919.

SCHNEIDER, Albert/ FICK, Heinrich, **Commentaire du Code des Obligations**, 4.édition, adaptation fr. par Max - E. PORRET, Neuchâtel 1915-1916.

SCHOLLMEYER, Friedrich, **Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 1: Allgemeiner Theil des Rechts der Schuldverhältnisse (§§ 241 - 432)**, München 1900. (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 23.09.2012).

SCHÖNROCK, Wilhelm, **Die Konstruktion der Schuldübernahme**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Königlichen Universität Greifswald, Adler, Greifswald 1918.

SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, 2. Aufl. (Wolfgang Ernst tarafından indeks eklenmiş), Scientia Verlag, Aalen 1992.

Schweizerische Juristen Zeitung – Revue Suisse de Jurisprudence, Bd. 20, 58, 61 ve 74.

SCHWENZER, Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009.

SCYBOZ, Georges, **Le contrat de garantie et le cautionnement**, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1972.

SEIDENATH, Wolfgang, **Die rechtliche Natur der Schuldübernahme unter bes. Berücks. d. Lehre Strohals**, Inaugural-dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders Universität zu Erlangen, Tageblatt-Haus, Coburg 1936.

SERIAUX, Alain, **Droit des obligations**, 2ième éd., Presses Universitaires de France, Paris 1998.

SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkey, **Miras Hukuku**, 2.bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

SIBER, Heinrich, "*Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*", **JherJB**, Bd. 70, 1921, s. 223-299.

SIEDEL, Beate, **Kollisionsrechtliche Anknüpfung vertraglicher und gesetzlicher Schuldübernahme**, Shaker, Aachen 1995.

SIMMEN, Robert, **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82) unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik bei den Veräußerungsverträgen**, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Stämpfli, Bern 1981.

SIMON, Siegfried, **Der Schuldbeitritt und die Lehre von der Schuldübernahme**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg, Buchdruckerei Robert Noske, Borna-Leipzig 1913.

SIRMEN, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1992.

SOHM, Rudolph, *in* **Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht: Heinrich Degenkolb zum fünfzigjährigen Doktor Jubiläum im Auftrag der Leipziger Juristenfakultät**, dargebracht von R. Sohm, E. Hölder, E. Strohal, Duncker & Humblot, Leipzig 1905.

SOHM, Rudolph, **The Institutes, A Textbook of The History and System of Roman Private Law**, (çev. James Crawford Ledley), 3th Ed., Oxford Clarendon Press, London 1907. [anılış: Sohm, Institutes]

SPIRIG, Eugen, Art. 175-183 OR, “*Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme*”, *in* GAUCH, Peter (Hrsg.), **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht**, Band V/1k, Lieferung 1, 3. Aufl. 1994. [anılış: ZürcherKomm/Spirig].

SPRINGER, Bernhard, **Kumulative Schuldübernahme**, Inaugural-dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, J. Beltz, Langensalza 1930.

STAEHELIN, Bernhard, **Die Novation: Ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht**, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1948.

STAMMLER, Rudolf, **Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**, Guttentag, Berlin 1897. (<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de>, 23.09.2012).

STARCK, Boris/ ROLAND, Henri/ BOYER, Laurent, **Droit civil, Les obligations**, 3. Régime Général, 6ième éd., Litec, Paris 1999.

STEINAUER, Paul-Henri, **Le droit des successions**, Stämpfli Ed. SA. Berne 2006. (anılış: Steinauer, Succession)

STEINAUER, Paul-Henri, **Les Droits Réels**, Tome III, 2ième éd., Editions Stämpfli+Cie SA, Berne 1996. (anılış: Steinauer, Droits Réels)

STIEVEZ, Gustave, **De la novation**, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Imprimerie de E. Donnaud, Paris 1867.

STROHAL, Emil, “*Schuldübernahme*”, **JherJB**, Bd. 57, 1910, s. 231-492.

STÜRNER, Rolf, §§362-432 BGB, in JAUERNIG, Othmar (Hrsg.), **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, Verlag C. H. Beck, München 2004. [anılış: Jauernig/ Stürner]

ŞAHİN, Turan, **Üçüncü Kişinin Edimini Taahhüt**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

ŞENER, Oruç Hami, “*Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Yıl: 2009, Özel sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan II, İzmir 2010, s. 1279-1321.

TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2005.

TALAMANCA, Mario, **Istituzioni di Diritto Romano**, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1990.

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. I-II, 5. Tıpkı bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. [anılış: Tandoğan, Borçlar Hukuku]

TANDOĞAN, Haluk, **Notions préliminaires à la théorie générale des obligations**, Mémoires Publiées par la Faculté de Droit Genève, Georg – Librairie de L'université Genève, Genève 1972. [anılış: Tandoğan, Notions Préliminaires]

TATOVICI, Constantin T., **De l'évolution de la novation**, Imprimerie Bonvalot-Jouve, Paris 1908.

TEK, Gülen Sinem, **Ulaşım Araçlarının İpoteği**, XII Levha, İstanbul 2012.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, “*Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?*” **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 32, S. 11-12. [anılış: Tekinay, İBD 32]

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992. [anılış: Tekinay, Medeni Hukuk]

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994. [anılış: Tekinay, Sınırlı Aynî Haklar]

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bası, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre, **Droit des Obligations**, 4. édition, Schulthess, Zurich 2009.

TERRE, François/ SIMLER, Philippe/ LEQUETTE, Yves, **Droit Civil, Les Obligations**, 10ième éd., Dalloz, Paris 2009.

TIEDEMANN, Stephan, **Die Haftung aus Vermögensübernahme im internationalen Recht**, Mohr & Siebeck, Tübingen 1995.

TOLKMITT, Wolf-Dietrich, **Die Theorie der Novation im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts**, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, 1968.

TONGSİR, Ferih Bedî, **Les actes juridiques concrets et les actes Juridiques abstraits en droit privé suisse**, Thèse présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève pour obtenir le grade de docteur en droit, Istanbul Imprimerie 1951.

TOPUZ, Murat, “*Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)*” iç. “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, Yıl: 2012, s. 19-80.

TOPUZ, Seçkin/ CANBOLAT, Ferhat, “*Kira İlişkinin Devri-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi-*“, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, 2011, s. 97-135.

TOULET, Valérie, **Droit Civil, Les Obligations**, éditions Paradigme, Orléans 2005.

TSCHÄNI, Rudolf, Art. 175-183 OR, in HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.), **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, 4. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2007. [anılış: BaslerKomm/Tschäni]

TSCHÄNİ, Rudolf, “*Der Fusionsvertrag*”, **SZW** 2004, s. 197-202. [anılış: Tschäni, Der Fusionsvertrag]

TSCHÄNİ, Rudolf, “*Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen*”, **GesKR** 2007, s. 170-175. [anılış: Tschäni, Vermögensübertragung]

TUNÇOMAĞ, Kenan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 6. bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1976.

TURANBOY, K. Nuri, **İbra Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

UNGER, Josef, “*Die Verträge zu Gunsten Dritter*”, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.**, Bd. 10, 1871, s. 1-109. [anılış: Unger, JherJB 10]

UNGER, Josef, **Schuldübernahme: Fragment Aus Einem System Des Österreichischen Obligationenrechts**, Alfred Hälder, Wien 1889. [anılış: Unger, Schuldübernahme]

UYGUR, Turgut, **6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi**, C. I, Madde 1-236, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

ÜÇER, Mehmet, “*Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki*”, **AÜHFD**, 2005, C. 54, S. 3, s. 397-443.

ÜLKÜ, Murat Fatih/ KARAASLAN, Erol, “*Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla ticari işletmenin devri ve Türk hukukunda bir bilinmeyen: B.Y.md.179*”, **Manisa Barosu Dergisi**, S. 70, 1999, s. 47-67.

VAN DE SANDT, Carole, **L’Acte de disposition**, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg édités par Peter Gauch, Editions Universitaires Fribourg, Suisse 2000.

Van OMMESLAGHE, P., “*La transmission des obligations en droit positif belge*” dans **La transmission des obligations**, Travaux des IXes Journées d’études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, XII, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain, Etablissement Emile Bruylant, S. A., Bruxelles 1980.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ ÖZDEMİR, Refet, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)**, Yargıtay Yayınları-19, Ankara 1987.

VISCHER, Frank, Art. 3 in **Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz**, Schultess, Zürich 2004. [anılış: ZürcherKomm-FusG/Vischer]

Von BLUME, Wilhelm, “*Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB, Zur Lehre von der Schuldübernahme*”, **JherJB**, Bd. 39, 1898, s. 390-462. [anılış: Von Blume, JherJB 39]

Von BLUME, Wilhelm, “*Zur Schuldübernahmefrage*”, **JherJB**, Bd. 40, 1898, s. 109-126. [anılış: Von Blume, JherJB 40]

Von BLUME, Wilhelm, **Novation, Delegation und Schuldübertragung: Abhandlungen aus dem römischen Rechte**, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1895. [anılış: Von Blume, Novation]

Von BRINZ, Alois, **Lehrbuch der Pandekten**, 2. Aufl. Bd. 2, 1, Erlangen 1879 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 17.4.2012).

Von BÜREN, Bruno, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Schultess, Zürich 1964.

Von GIERKE, Otto, Schuldnachfolge und Haftung, insbesondere Vermögensübernahme, **Festschrift** der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, Berlin 1911, s. 33-80.

Von JHERING, Rudolf, *“Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte”*, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, Bd. 2, 1858, s. 67-180.

Von LIEBE, Friedrich, **Die Stipulation und das einfache Versprechen, Eine civilistische Abhandlung**, Meyer, 1840.

Von ROMEICK, Carl Rudolph, *“Fristbestimmung”*, **Deutsche Juristen-Zeitung**, Jg. 6, 1901, s. 493-495 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, 23.09.2012).

Von SALPIUS, Botho, **Novation und Delegation nach römischem Recht : Ein civilistischer Versuch**, Berlin 1864.

Von SCHWERIN, Claudius Freiherrn, **Über den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht**, C. H. Beck, München 1905.

Von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 3. Aufl. + Supplement, Bd. II, Schultess, Zurich 1984. (www.swisslex.ch, 31.08.2012)

WATSON, Alan, **The Law of Obligations in the Later Roman Republic**, Oxford University Press, 1965.

WEBER, Reinhold, §§414-610 BGB, **in Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (RGRK)**, 12. Aufl., Bd. II, 2. Teil, Walter de Gruyter, Berlin-New York 1978. [anliş: BGB-RGRK/Weber].

WEBER, Roger, Art. 253-274 OR, **in HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II**, 5. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011. [anliş: BaslerKomm/Weber]

WENDT, Hermann, **Die private Schuldübernahme**, Druck und Einband: R. Stehle, Düsseldorf 1966.

WINDSCHEID, Bernhard, “*Die Singularsukzession in Obligationen*”, **Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Bd. I, München 1853. [anılış: Windscheid, Kritische Übersicht I]

WINDSCHEID, Bernhard/ KIPP, Theodor, **Lehrbuch des Pandektenrechts**, 9. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Vol.2, (1906 tarihli basının yeniden basımı) Scientia Verlag, Aalen 1984 [anılış: Windscheid/Kipp, Pandekten II].

WOLF, Rudolf, **Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft?: unter Berücksichtigung der Schriftform**, Inaugural-Dissertation verfasst und der Hohen Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät Kgl.Bayer Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Stürtz, Würzburg 1908.

Yargıtay Kararları Dergisi

YILMAZ, Halil, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

YÜCE, Melek Bilgin, **Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

YÜCER, İpek, “*Yenileme (Tecdit)*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2007, s. 233-259.

ZAMBRANO, Virginia, art. 1268-1276 *in Commentario al Codice Civile*, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, Milano 2009. [anılış: Commentario CC/Zambrano]

ZAUN, “*Zur Lehre von der so genannten fingierten Cession, der Stellvertretung, den so genannten Verträgen zu Gunsten Dritter, und der Schuldübernahme*”, **Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses und des Criminalrechts**, Neue Folge, Bd. 1, s. 11-69 ve 113-152 (<http://dlib-zs.mpiet.mpg.de>, 18.09.2012).

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/ CUMALIOĞLU, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, Ana İlkeler, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. bası, Ankara 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition**, Juta & Co, Ltd., Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990.

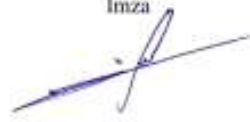





ÖZGEÇMİŞ

Zafer Kahraman, 1980 yılında İstanbul'da doğdu. 1999 yılında Galatasaray Lisesi'nden mezun olan Kahraman, 2005 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Bundan sonra yine Galatasaray Üniversitesi'nde yüksek lisans yaptı ve 2007 yılında mezun oldu. Kahraman, "Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık" konulu yüksek lisans tez çalışmasıyla 2008 yılı Çağa Hukuk Ödülünü kazandı. Çok iyi düzeyde Fransızca ve İngilizce, orta düzeyde ise Almanca bilmektedir. Kahraman, halen Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite	GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü	SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Adı Soyadı	ZAFER KAHRAMAN
Tez Başlığı	KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN DIŞ ÖSTLENİLMESİ (BORCUN NAKLI)
Savunma Tarihi	2 TEMMUZ 2013
Danışmanı	PROF.DR. H. CUMHUR ÖZAKMAN

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	İmza
Prof. Dr. H. Cümhur ÖZAKMAN	
Prof. Dr. Atilla ALTOP	
Prof. Dr. Gülçin ELÇİN-GRASSINGER	
Doç. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	
Doç. Dr. Mehmet ERDEM	
	
	Enstitü Müdürü
	Prof. Dr. Sibel YAMAK