

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KILIÇ

TURK HUKUKUNDA BORCUN USTLENILMESI



ÖNSÖZ

Türk hukukunda borcun üstlenilmesi konusunda akademik düzeyde ayrıntılı bir çalışma yapılmamış olması bu konunun seçiminde etkili olmuştur. Eserde Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümler esas alınmış ve sözleşmeden doğan borcun üstlenilmesi ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Özellikle Türk/İsviçre hukukuna temel teşkil eden Alman Hukukundaki kanuni düzenlemeler de incelenerek borcun üstlenilmesi teorisinin hukuki temelleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

İsviçre Hukukunda yer alan düzenlemelerle birlikte ve özellikle Alman Hukuku ile de karşılaştırmalı olarak borcun üstlenilmesi konusunu ele alan bu eserin Türk Hukukuna katkılar sağlayacağına inanıyorum.

Bu eserin basılmasında emeği geçen Yetkin yayınevi yönetici ve çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

Ankara, 2013

Yrd. Doç. Dr. Mehmet KILIÇ

iÇİNDEKİLER

Önsöz	7
İçindekiler	9
Kısaltmalar	13
Bibliyografya	15
G'ır'ış	23

Birinci Bölüm

BORÇ İLİŞKİLERİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ VE GENEL OLARAK BORÇLU TARAFIN DEĞİŞMESİ

§1. BORÇ İLİŞKİLERİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ	31
§2. BORÇLU TARAFIN DEĞİŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE YESELİ MUKA HUKUKT DURUM	.3
I. Roma Hukukunda Borcun Üstlenilmesi	35
II. İngiliz Hukukunda Borcun Üstlenilmesi	37
III. Fransız Hukukunda Borcun Üstlenilmesi	38
IV. Alman Hukukunda Borcun Üstlenilmesi	40
V. Türk/İsviçre Hukukunda Borcun Üstlenilmesi	43
VI. Diğer Hukuk Sistemlerinde Borcun Üstlenilmesi	46

İkinci Bölüm

GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§3. GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ	47
§4. BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	49
I. Alacağın Devri İle Karşılaştırılması	49
II. Yenileme İle Karşılaştırılması	51
III. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme İle Karşılaştırılması	53
IV. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme İle Karşılaştırılması	54
V. Sözleşmenin Devri İle Karşılaştırılması	57
VI. Borca Katılma İle Karşılaştırılması	58

A. Genel olarak borca katılma	58
B. Borcun üstlenilmesi ile karşılaştırılması	60

Üçüncü Bölüm **BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ**

§5. GENEL OLARAK BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ	63
§6. BORCUN İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KONUSU	67
I. Bir Borcun Varlığı	67
A. Genel olarak borç kavramı.	67
B. İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilen borçlar	68
C. İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamayan borçlar ...	70
O. Sözleşmeyle borcun üstlenilmesinin yasaklanması	72
II. Borcun Devredilebilir Olması.....	72
§7. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	
I. İç Üstlenme Sözleşmesinin Şekli.....	73
II. İç Üstlenme Sözleşmesinin İçeriği	74
III. Diğer Şartlar.....	76
§8. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	
I. Genel Olarak	76
II. İç Üstlenme Sözleşmesinin Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler	78
A. Sözleşme (öneri) teorisi	78
B. Temsil teorisi.....	87
C. Onay teorisi	89
D. Çifte işlem teorisi	97
E. Diğer Teoriler	98
F. Teorilerin değerlendirilmesi	100
§9. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	
I. Genel Olarak.....	102
II. Borçlu Bakımından.....	103
III. Borcu Üstlenen Üçüncü Kişi Bakımından	106
IV. Alacaklı Bakımından	108

Dördüncü Bölüm
BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ SÖZLEŞMESİ

§10. GENEL OLARAK BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ	111
I. Dış üstlenme Sözleşmesinin Konusu	113
II. Dış üstlenme Sözleşmesinin Şekli	115
III. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	117
A. Genel olarak.....	117
B. Dış üstlenme sözleşmesinin çifte etkiye sahip olması	118
C. Dış üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği.....	119
D. Dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir işlem olması.	120
E. Dış üstlenme sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olması ...	122
§11. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	
I. Genel Olarak	123
II. Öneri.....	124
A. Genel olarak öneri	124
B. Borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılan öneri	125
C. Borçlu tarafından yapılan öneri	129
D. Önerinin bağlayıcılığı sorunu	132
1. Öneri ile bağlılık süresi.....	132
2. Öneri ile bağlılık süresinin sınırlanması.....	134
a) Alacaklının öneriyi kabul veya red beyanı.	134
b) Alacaklıya kabul için süre verilmesi.....	135
c) İkinci bir dış üstlenme sözleşmesi için öneri yapılması	138
III. Kabul	141
A. Genel olarak kabul.....	141
B. Açık kabul	144
C. Örtülü kabul.....	145
IV. Borçlunun Rızasının Aranıp Aranmayacağı Sorunu.....	148
§12. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI	
I. Genel Olarak	149
II. Borçlunun Borçtan Kurtulması.....	150
III. Diğer Sonuçları	153

A. Bağlı Hakların Durumu.....	154
1. Genel kural.....	154
2. Faiz ve ceza koşulunun durumu.....	157
3. İstisnalar.....	160
a. Borçlunun kişiliğine özgü bağlı haklar	160
b. Rehin ve kefaletler.....	169
B. Savunmaların durumu.....	174
1. Genel olarak.....	174
2. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğan savunmalar	176
a) Üstlenilen borca ilişkin savunmalar.....	176
b) Borçlunun kişisel savunmaları	180
3. Alacaklı ile üstlenen arasındaki ilişkiden doğan savunmalar.....	183
4. İç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmalar	185

§13. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Sona Ermesinin Kanuni Dayanağı	188
11. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Sona Ermesi Konusundaki Düşünceler	189
III. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları	195
A. Borcun varlığını sürdürmesi.....	195
B. Bağlı hakların devam etmesi.	195
1. Genel olarak.....	195
2. Teminatların durumu	196
3. İyiniyetli üçüncü kişilerin durumu	199
C. Zararların tazmini.....	200

§14. BORCUN ÜSTLENİLMESİNDE ÖZEL DURUMLAR

I. Genel Olarak.....	203
II. Rehinli Taşınmazın Devri.....	203
III. Malvarlığının veya İşletmenin Devri.....	206
IV. İşletmelerin Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi.....	211
V. Borcun Üstlenilmesi Sonucunu Doğuran Diğer Özel Durumlar	211

KISALTMALAR

Art.	Artikle
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	Band
BBL	Schweizerisches Bundesblatt.
8GB.	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CC	Code Civile
Çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	Dipnot
E.	Esas
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
m.	madde
MK	743 sayılı Medeni Kanun
N.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	472 I sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

BİBLİYOGRAFYA ¹

- Acemoğlu, Kevork** Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- Akıncı, Şahin** Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış, 6. Baskı, Konya 2012.
Roma Hukuku Dersleri, Beşinci Basım, Konya 2012. (Akıncı, Roma)
- Akyol, Şener** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.
- Albert, Curt** Ein Vergleich zwischen kumulativer Schuldübernahme und dem Verträge zu Gunsten Dritter, Gohingen 1929
- Altaş, Hüseyin** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Altay, Sabah** Borca Katılma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Antalya, O. Gökhan** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: 1, 1. Baskı, İstanbul 2012.
Miras Hukuku, İstanbul 2009. (Antalya, Miras)
- Aral, Fahrettin** Topyekün Temlik, AÜHFD, Yıl, 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 93-141.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan Ayan, Mehmet** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
Borçlar Hukuku genel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 7. Baskı, Konya 2012.
Miras Hukuku, 3. Baskı, Konya 2005. (Ayan, Miras)

Dipnotlarda geçen eserler yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden çok eserine yapılan)Ollamalar kısaltılmış şekilleri, ile parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Aybay, Aydın/
Hacıni, Hüseyin
Ayrancı, Hasan
- Bamberger, Heinz
Georg / Roth, Herbert:
Başpınar, Veysel
- Becker, Hermann
- Berger, Bernhard
Bilgili, Fatih/
Demirkapı, Ertan
Bönninghaus, Achim
- Briner, Alfred
- Brox, Hans/Walker,
Wolf-Dietrich**
- Busche, Jan / Noack,
Ulrich/ Rieble, Volker:**
- Dayınlarlı, Kemal**
- Delbrück, Berthold**
- Demircioğlu, Huriye
Reyhan**
- Deppeler, Fritz**
- Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- Kommentar zum Bürgerlichen **Gesetzbuch**, B.1, §§1-610 CISG, 2. Auflage, München 2007.
- Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Semer Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht B. VI, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941.
- Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Borçlar Hukuku genel Hükümler, 3. Bası, Bursa 2013.
- Schuldrecht Allgemeiner Teil I: Schuldverhältnis: Beteiligte, Inhalt, Erlöschen, Einreden, 2. Auflage, Heidelberg 2011.
- Die Schuldübernahme im schweizerischen Internationalprivatrecht, Aarau 1947.
- Allgemeines Schuldrecht, 35. Auflage, München 2011
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse §§ 397-432, Dreizehnte Bearbeitung, Berlin 1999.
- Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993.
- Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte, Berlin 1853. (<http://dlibpr.mpier.mpg.de>)
- Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.
- Die Schuldübernahme im schweizerischen Grundpfandrecht, Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät der Universität Bern , Bern 1925.

Oeynekli, Adnan	4949 Sayılı Kanunla Değişik icra ve iflas Kanununa Göre Adi ve Rehinli Alacakların Sırası , AÜHFD, C. 54 S. 1, s. 191-204.
Doğan, Gül	Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.
Doğan, Güzide Burcu	Roma Hukukunda Eksik Borç, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bölümü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006,
Dural, Mustafa/Öz, Turgut	Türk Özel Hukuku, Cilt: IV, Miras Hukuku, İstanbul 2009
Dural, Mustafa/Sarı, Suat	Türk Özel Hukuku C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2012.
Eckert, Jörn	Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden 2004
Edis, Seyfullah	Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989.
Emiroğlu, Haluk	Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (<i>mandatum</i>) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, Yıl 2003, C. 52, S. 1, s. 101-111.
Eren, Fikret	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
Erman	Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011. (Eren, Mülkiyet) Erman BGB Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 12. neubearbeitete Auflage, Köln 2008.
Ertaş, Şeref	Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2006.
Esser, Josef/Schmidt, Eike	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 6. Auflage, Heidelberg 1984
Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas:	Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006.
Franko, Nisim	Alacağın Temliki, AÜSBFD, Cilt: 49 Sayı: 1, s. 177-197.
Friederich, Klaus	Die Stellung des Sicherungsgebers bei der privaten Schuldübernahme nach § 418 Abs. 1 BGB, 1. Auflage, Berlin 1996.

Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Emmenegger, Susan Güral, Jale	Schweizerisches Obligationenrecht Band II, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2003.
Hasler, George	Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu Sistemi, Ankara 1953.
Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre Heckelmann, Dieter	Die Schuldübernahme, in der Theorie und im schweizerischen Recht, Zurich 1911. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
Helvig, Konrad	Die Anfechtbarkeit von Schuldübernahmen, München 1966. Die Verträge auf Leistung an Dritte: nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs, mit einer Einleitung über das römische Recht und einem Anhang über die Erbverträge zu Gunsten Dritter, Leipzig 1899, (http://dlib-pr.mpg.de).
Helvacı, İlhan	Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605- MK. m. 618), İstanbul 2002. Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeye Dayalı İpotek Hakkı, İstanbul 2008. (Helvacı, İpotek).
Hirsch, Christoph	Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden 2011
Honsell, Heinrich Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang: Huguenin, Claire Huguenin, Claire	Kurzkommentar, OR 1-529, Basel 2008. Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/ München 2003 Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 2006 Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 2006
İmre, Zahir Erman, Hasan İnan, Ali Naim	Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul 2010. Borçlar Hukuku genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1984.
İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref Albaş, Hakan	İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara 2008.

Joussen, Jacob	Schuldrecht 1 - Allgemeiner Teil (Studienreihe Rechtswissenschaften), Stuttgart 2008.
Karabasan, Mustafa Reşit	Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümlerle İlgili Yasa Maddeleri ve İçtihatlar, Üçüncü Cilt İstanbul 1992.
Kayak, Sevgi Kayıhan, Şaban	Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt İstanbul 2010. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2012.
Keller, Max / Schöbi, Christian	Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel und Frankfurt 1984.
Kılıçoğlu, Ahmet M.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), 14. Bası, Ankara 2011. Borçlunun Alacaklıya İhbarı İle Halefiyetin Doğumu, AÜHFD, Yıl: 1978, C. 35, S. 1-4, s. 339-446. (Kılıçoğlu-Halefiyet)
Kocaman, Arif	Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989.
Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan / Arpacı	Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul 1998.
Köhler, Helmut/ Lorenz, Stephan Kornder, Arno	Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2010. 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.
Kostkiewicz, Jolanta Kren / Nobel, Peter/Schwander, Ivo / Wolf, Stephan Koyuncuoğlu, Tennur	OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 2009.
Krüger, Wolfgang	Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auflage, München 2007.

Larenz, Kari	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil , 14. Auflage, MUnchen 1987.
Looschelders, Dirk	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage , München 2010.
Maurer, Tobias	Schuldübernahme, Tübingen 2010.
Medicus Dieter /	Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 19.
Lorenz, Stephan:	Auflage, München 2010.
Meier, Arnold	Die Schuldübernahme im schweizer. Obligationenrecht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Schafthausen 1919.
Musielak, Hans-Joachim	Grundkurs BGB, 11. Auflage, München 2009.
Nomer, Haluk N.	Borçlar Hukuku genel Hükümler (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış), 12. Bası, İstanbul 2012.
Oğuzman, Kemal /	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-II ,
Öz, Turgut	11. Bası, İstanbul 2013.
Oğuzman, Kemal/	Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.
Seliçi, Özer/ Oktay	
Özdemir, Saibe	
Oser, Hugo / Schö- nenberger, Wilhelm	İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, m. 110-183; Çeviren: Ferit Ayiter, Ankara 1950.
Özdemir, Hayrunnisa	Mirasçılardan Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, EÜHFD., Yıl: 2012, C. XVI, S. 1-2, s. 191-223.
Özwn, Burak	Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.
Paulsen, Jens	Die Rechtsnatur der Schuldemahme, Marburg 1934.
Prütting, Hanns/	8GB Kommentar, 5. Auflage, Köln 2010.
Wegen, Gerhard/	
Weinreich, Gerd	
Rado, Türkan	Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006.
Reisoğlu, Safa	Borçlar Hukuku Geniş Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2011.
Rüflmann, Helmut	Bürgerliches Vermögensrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht, Universität des Saarlandes, 2006/2007.

Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K. Schellhammer, Kurt	Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, C. 1, İstanbul 1958. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Heidelberg 2011 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Tübingen 2005. Das Schuldverhältnis: Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg 2004
Schlechtriem, Peter/ Schmidt-Kessel, Martin Schmidt, Eike	Glaubiger und Schuldner: Mehrheit und Wechsel, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüh- rungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, s. 269-310, Berlin 2008.
Schmidt-Kessel, Martin	Die Konstruktion der Schuldübernahme, Greifswald 1918
Schönrock, Wilhelm	Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Civilgesetzbuch, Basel 1901.
Schurter, Emil	Schweizerisches Obligationenrecht, Allge- meiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
Schwenzer, Ingeborg	Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, DEUHFD, Yıl 2009, C: 11, S: Özel Sayı, s. 1279-1322.
Şener, Oruç Hami	(6098 Sayılı Yeni, "Türk Borçlar Kanunu"na Göre Hazırlanmış) Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa 2012.
Şenyüz, Doğan	Hukuk Mukayesesi, AÜHFD, Yıl 1947, C. 4, S. 1-4, s. 168-261.
Seviğ, Vasfi Raşit	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsge- setz und Nebengesetzen: BGB Band 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432 BGB), 13. Auf- lage, Stuttgart 2010.
Soergel, Theodor	Schuldübernahme, Jena 1910.
Strohal, Emil	Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009.
Tahiroğlu, Bülent	Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.
Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop	Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler,
Tunçomağ, Kenan	

Türkoğlu Özdemir, Gökçe	İstanbul 1976. Roma Medeni Usul Hukukunda Fonnulla Yargılaması, DEUHFD, Yıl 2005, C. 7, S. 1, s. 167-212.
Üçer, Mehmet	Roma Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki, AÜHFD., Yıl 2005, C. 54, S. 3, s. 397-443.
Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel Uygur, Turgut	Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007•
von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold	Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İkinci Cilt, (Madde 61-181), Ankara 1980. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Zürich 1974.
Yon Tuhr, von Andreas	Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C. 1-2, (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
Wendt, Hermann	Die privative Schuldübernahme, Düsseldorf 1966.
Westermann, Harin Peter	Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, Band I, Köln 2008.
Wieland, C.	Kanunu Medenide Ayni Haklar, Kısım 2: Mülkiyetin Gayri Ayni Haklar, (Çeviren: İsmail Hakkı Karafakih), 2. Bası, An.kara 1949.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Auflage Frankfurt 1877
Wörlen, Rainer/ Metzler-Müller, Karin Yalman, Süleyman	Schuldrecht AT, Lernbuch, Strukturen, Übersichten, 10. Auflage, München 2011 Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
Yavuz, Cevdet	Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012.
Yeşiller, Mehmet	Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (<i>Locatio Conductio Rei</i>), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Roma Hukuku) Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2012,
Yücer, İpek	Yenileme (Tecdit), DEUHFD, Yıl 2007, C. 9, S. 1, s. 233-259.

GİRİŞ

Bir borç ilişkisinde borçlunun üstlenmiş olduğu edimi ifade eden borç; alacaklının bu borç ilişkisinden doğan menfaatinin, yani alacağının tam karşılığını oluşturmaktadır'. Borç ilişkisinde borçlu ve alacaklı karşılıklı olarak edimlerini ifa yükümlülüğü altına girmiştir. Bu nedenle kural olarak alacaklı ve borçlu bu ilişkiyi, ilişkinin kurulmasından sona ermesine kadar devam ettirmek ve nihayet ifa ile de sona erdirmek yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük hem borç ilişkisinin hukuki niteliğinin hem de borç ilişkisine hakim olan nisbilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Ancak borç ilişkisinin kurulduğu kişiler arasında devam edip yine bu kişiler arasında sonuçlandırılması kuralının sıkı bir şekilde uygulanması menfaatler dengesine ters düşebileceği gibi ticari ve ekonomik ilişkilerde güven ilkesinin zedelenmesine de yol açabilecektir². Bu nedenle özellikle ticari hayatta ortaya çıkan bazı

Bkz., Eren, s. 2 I vd.; Antalya, s. 7 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 8 vd.; Tunçomağ, s. 27 vd.; Kılıçoğlu, s. 3 vd.; Nomer, s. 7 vd.; Oğuzman/Öz, C: I, s. 3 vd.; Ayan, s. 19; Saymen/Elbir, s. I vd.; Kayıhan, s. 52 vd.; Şenyüz, s. 7 vd.; Bilgili/ Demirkapı, s. 5 vd.; von Tuhr, s. 9 vd.; Hasler, s. 7 vd.; Schurter, s. 4 vd.; Meier, s. 12 vd.; Albert, s. 3 vd.; Esser/Schmidt, s. 613; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. I, s. 267 vd.; Strohal, s. 5 vd.; Schmidt-Kessel, s. 282 vd.

- ² Borcu sadece kişiler arasında özel bir ilişki olarak kabul edip tarafların kişiliğine sıkı bir şekilde bağlı bir hak ve bu nedenle başkasına devrini imkansız gören görüşe **sübjektif teori** denilmektedir. Buna karşılık borcun mülkiyet hakkını konusunu oluşturabilen ve bu nedenle bir eşya gibi devrini mümkün gören teori ise **objektif teori** olarak adlandırılmaktadır. Borcun objektif teoriye göre değerlendirilmesi onun kişisel bir edim olmasına engel olmaz. Borçlu belirtilmeden bir borcun oluşturulması mümkün değil iken, alacaklının en azından geçici bir zaman için belirli olmaması ve vade zamanında talep edebilecek bir kişinin bulunması yeterlidir. Borç, kişiliği önemli olmayan ve bu nedenle borç ilişkisinde bir rol oynamayan bir borçluya ait olabilir. Bu durumda önemli olan borçlunun kişiliği değil, bir borçlunun bulunmasıdır. Mevcut bir borcun borçlusu sonradan ortaya çıkar çıkmaz yeni bir kıymetle meydana çıkmış ve yaratılmış olur. Yeni kıymet bir edimin ifasına güvenmekten ve ifada bulunacak, ifadan sorumlu bir borçlunun bulunmasından doğmak'tadır. Borcun, borçlunun kişiliğinden ayrı bir varlık ve değere sahip olduğunu iddia etmek borcun konusunun, borçlunun kişiliğinden daha fazla önemli olduğunu iddia etmekten başka bir şey değildir. Böylece borç aynı hakka yaklaşmış olur. Buna karşılık sübjektif teori borcu konusu ile açıklamaz. Borcu, borçlunun kişiliği ile ve kişiliğine bağlı bir hukuki durum ile açıklar. Buna göre borç ile borçlu arasında sıkı bir kişisel bağ olduğundan bu borcun borçlusunu yerine herhangi bir başka borçlunun geçirilmesi mümkün değildir. Ayrıca borç sadece borçlunun kişiliğine bağlı, onun kişiliğinden ayrılma bir bağ değildir. Aynı zamanda alacaklının kişiliği de borcun varlığı ve devamı için önemlidir. Çünkü alacaklı, borçlu ve edim birbirinden ayrılamaz. Bu nedenle borç, borçlunun aralarındaki hukuki ilişki dolayısıyla alacaklıya tabi olmasından başka bir şey değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Sevig, s. 175 vd.

ihtiyaçlar ve ekonomik zorunluluklar alacaklı ve borçlu arasında kurulup devam eden borç ilişkisinde herhangi bir değişiklik olmaksızın sadece alacaklı ve borçlu tarafın değişmesine imkan tanıyan hukuki yolların kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur³. Borç ilişkilerinde taraf değişikliklerinin tarihsel gelişimsüreci içerisinde Roma hukukuna kadar dayandığı görülmektedir. Ancak Roma hukukunun ilk dönemlerinde borç kavramı bugünkü modern anlamının aksine alacaklı ve borçluya sıkı sıkıya bağlı bir kişisel bağ olarak görülmüş ve özellikle borç ilişkisi sona ermeden alacaklı ve borçlu sıfatının değişmesi kabul edilmemiştir⁴. Sonradan ortaya çıkan bazı ekonomik ihtiyaçlar ise borç ilişkisinde alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran alacağın devrine imkan tanımış ancak, doğrudan doğruya borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak borcun üstlenilmesi yine kabul edilmemiştir. Buna karşılık borçlu tarafın aradaki borç ilişkisinin tamamen çözülmesi suretiyle değiştirilmesini sağlayan diğer hukuki yollar kabul edilmekle birlikte bugünkü modern anlamda doğrudan doğruya borçlunun değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi kurumu uygulama alanı bulamamıştır). Bunun en önemli nedeni ise, Roma hukukunda borç ile borçlu arasında kişisel bir bağın bulunması ve borcun borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olması nedeniyle borcun doğrudan borçludan ayrılması suretiyle değiştirilmesine izin verilmemiştir⁶. Buna karşılık, alacaklı tarafla borç arasında böyle bir bağın

Borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri esas itibarıyla borç ilişkisi aynı kalmak kaydıyla sadece borçlu veya alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran cüzi halefiyet hallerinden ibaret değildir. Bir borç ilişkisinin olduğu gibi devri anlamına gelen sözleşmenin devri, bütün hukuk sistemlerinde kabul edilen bir hukuki kurumdur. Bkz., **Ayrancı**, s. 31 vd.; **Busche/Noack/Rieble**, J. von Staudinger, § 414, N. 30, s. 275 vd.; **Schmidt-Kessel**, s. 289 vd.; **Medicus/Lorenz**, s. 381 vd.

⁴ **Maurer**, s. 9 vd.; **Schmidt-Kessel**, s. 282 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Wendt**, s. 2; **Paulsen**, s. 9; **Kornder**, s. 67 vd.; **Heckelmann**, s. 5 vd.; **Schurter**, s. 8-9; **Busche/Noack/Rieble**, J. von Staudinger, § 414, N. 1, s. 267; **Hasler**, s. 8 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Medicus/Lorenz**, s. 378-379; **Strohal**, s. 7 vd.

⁵ Bkz., **Maurer**, s. 7 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Wendt**, s. 2; **Paulsen**, s. 9; **Kornder**, s. 67 vd.; **Heckelmann**, s. 5 vd.; **Schurter**, s. 8-9; **Hasler**, s. 8 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Busche/Noack/Rieble**, J. von Staudinger, § 414, N. 1, s. 267; **Strobal**, s. 7 vd.

⁶ Borç kavramı, Roma Hukukunda bağlanmak anlamına gelen *igare* kelimesinden türetilerek *obligatio* olarak adlandırılmıştır. Daha çok bağ veya bağlanmak anlamında kullanıldığı için *Roma Hukukunda* borç kavramı bir hukuki bağa benzetilmek suretiyle tanımlanmıştır. Bu nedenle alacaklı ve borçlunun birbirine borç adı verilen öyle bir bağla bağlıdır ki, bu ilişkiye alacaklı ve borçlu dışında başka bir üçüncü kişinin karışması mümkün değildir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak Roma hukukunda borç ilişkisinde tarafların değişmesi anlamına gelen alacağın devri ve borcun üstlenilmesi gibi hukuki kurumlar hukuki olarak düşünülmemiştir. Ancak, ilerleyen zaman içerisinde borç ilişkisinde, ticari veya ekonomik zorunluluklar nedeniyle, borç ilişkilerinde tarafların değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmış, ekonomik ilişkilerin gelişmesiyle, özellikle tüccarlar için kredi kullanımı yaygınlaşması, tüccarların sattıkları mallara karşılık, alacaklarını derhal nakde çevirme ihtiyacı duymuşlardır. Bunu sağlamak amacıyla da, ilk önce borç ilişkisinde alacaklı tarafın

bulunmaması ve alacağın gerek alacaklı gerekse borçlu tarafın **kişiliğine** bağlı olmaması nedeniyle alacağın bir başkasına devri suretiyle alacaklı tarafın değiştirilmesi ise mümkün görülmüştür⁷.

Bir borç ilişkisinin, doğduğu kişiler arasında devam edip varlığını sürdürmesi ve nihayet bu kişiler arasında da sona ennesi borç ilişkisine hakim olan nisbilik ilkesinin doğal bir sonucudur⁸. Nisbilik ilkesine sıkı sıkıya bağlılık nedeniyle eski dönemlerde bir borç ilişkisinde özellikle borçlu tarafın değiştirilmesine izin verilmemişti. Çünkü o dönemlerde borç, Roma hukukundaki anlayışın etkisi ile alacaklının kişiliği kadar borçlunun da **kişiliğine** bağlı olan ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir hukuki bağ olarak görülmekteydi⁹. Ancak ekonomik ve ticari hayatta ortaya çıkan yeni anlayışlar ve sosyal alandaki gelişmeler borç ilişkisinde borçlu tarafın değiştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyaç nedeniyle tarihsel süreç içerisinde önce alacaklı tarafın ve nihayet daha sonrada borçlu tarafın değişmesini sağlayan hukuki araçlar kabul edilmiştir. Bu araçlar, bu günkü modern anlamda alacaklı ve borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran kurumları birebir karşılamamış olsa da aynı amaca hizmet eden hukuki kurumlar olarak kabul edilmelidir.

Borcun, borçlunun kişiliğine bağlı olan ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir hukuki bağ olarak gören anlayış, 19. yüzyıla kadar devam etmiştir. Nihayet ilk defa Pandekt hukukçuları tarafından, borcun kişiye ayrılmaz biçimde bağlı bir ilişki olduğu düşüncesinin doğru olmadığı bu nedenle borcun da gerekirse borçlunun kişiliğinden ayrılarak bir devir işleminin konusunu oluşturabileceği ileri sürülmüştür¹⁰. Anılan düşünce borcu tam anlamıyla satım sözleşmesine konu olabilen aktif ve pasif malvarlığı değerleri olarak açıklamış ve böylece borç üstlenilmesinin borçlu için pasif bir satıştan başka bir şey olmadığı; başka bir ifade ile borçlunun pasif malvarlığından ayrılıp üstlenenin pasif malvarlığına devredilmesi sonucunu doğuran işlem den başka bir şey olmadığını kabul etmiştir". Bu görüşe Roma Hukukunun katı kurallarını savunan birçok yazar karşı çıkmış ve bu görüşler önemli tepkilere

değişmesi sonucunu doğuran alacağın temliki) oluna başvurmak zorunluluğu doğmuş ve böylece borç ilişkisinin süjelerinde meydana gelebilecek bu tür değişikliklere de cevaz verilmiştir. Bkz., **Üçer**, s. 400 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Rado**, s. 221; **Tahiroğlu**, s. 84 vd.

⁷ **Üçer**, s. 397 vd.; **Akıncı**, Roma Hukuku, s. 75 vd.; **Heckelmann**, s. 5 vd.; **Kornder**, s. 67 vd.; **Schurter**, s. 8 vd.; **Hasler**, s. 8 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Strohal**, s. 8 vd.; **Maurer**, s. 7 vd.

⁸ **Eren**, s. Antalya, s. 16 vd.; **Hasler**, s. 11 vd.; **Larenz**, s. 602; **Schmidt-Kessel**, s. 282 vd.

⁹ **Hasler**, s. 8 vd.; **Larenz**, s. 602; **von Tuhr/Escher**, s. 380; **Üçer**, s. 397 vd.

¹⁰ Bkz., **Schurter**, s. 6 vd.; **Larenz**, s. 602; **Kornder**, s. 11; **Windscheid**, s. 55-163; Borç ilişkisi değişmeksizin sadece borcun sanki ayrı bir mal varlığı değeri gibi bir Uçılncü kişiye devredilebileceğine ilişkin ilk görüş *Delbrück* tarafından ileri sürülmüştür. Geniş bilgi için bkz., **Delbrück**, s. 10 vd.

¹¹ Bkz., **Schurter**, s. 7 vd.; **Delbrück**, s. 10 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Strohal**, s. 23 vd.

yol açmıştır¹². Ancak ileriki dönemlerde yapılan kanunlaştırmalar **ve kabul** edilen modern kanunlarda artık borcun da devredilebilirliği genel **olarak** kabul görmüştür.

Borcun, borç ilişkisinin dışında ayrı bir mal varlığı değeri olarak **devre-**dilebileceğinin kabul edilmesi birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Özellikle borcun devrinin gerek hukuki niteliği gerekse bu devri sağlayacak hukuki işlemlerin kimler arasında hangi şartlarla yapılacağı sorusu bu konuda değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran ve bu yönüyle alacağın devrinin tam karşılığını oluşturan borcun üstlenilmesi borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran bir işlemdir. Borcun üstlenilmesi teorisinin ilk ileri atıldığı dönemlerde borcun üstlenilmesinin aslında alacağın devrinin karşılığını oluşturduğu ifade edilse de aslında bu iki kurumun tam anlamıyla birbirlerinin karşılığını oluşturduğunu söylemek mümkün değildir¹³. Çünkü alacağın devri ile borcun üstlenilmesi her ne kadar birbirlerine benzemiş olsalar da, aralarında gözden kaçırılmaması gereken çok büyük farklar bulunmaktadır. Bu farklardan en önemlisi, alacağın devri ve alacaklının değişimi için borçlunun rızasına ihtiyaç duyulmamasıdır. Gerçekten de bir borç ilişkisinde borçlunun kişiliği alacaklı bakımından büyük önem taşıdığı için alacaklının onayı olmaksızın borcun üstlenilmesi mümkün değildir¹⁴. Bu nedenle borcun üstlenilmesini alacağın devri ile açıklamaya çalışan görüşler de bu konuda herhangi bir başarı elde edememişlerdir.

Borcun üstlenilmesi esas itibariyle taraflar arasındaki olağan borç ilişkisindeki borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran, tamamen tarafların iradesine bağlı olan sözleşme ile gerçekleşmektedir. Borcu üstlenen üçüncü kişi, borçlu ile yaptığı bir sözleşmesi ile borçluyu borçtan kurtarma taahhüdünde bulunur. Daha sonra bu taahhüdün ifası ve yerine getirilmesi için alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapar veya doğrudan borcu ifa eder. Bu şekilde borç ilişkisinde borçlu borcundan kurtulmuş ve böylece borçlu taraf değişmiş olur. Bunun dışında borcun üstlenilmesi bazı durumlarda kanundan veya kanunda yer alan bazı zorunluluklardan da doğabilmektedir. Gerçekten de özellikle ipotekli taşınmazların devrinde borcun üstlenilmesi sıklıkla uy-

¹² Bu tartışmalar için bkz., **Hasler**, s. 8 vd.; **Sevig**, s. 175 vd.; Özellikle, borç ilişkilerinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesini özel ve arn hükümlerle düzenlemeyip, roma hukukunda olduğu gibi yenilme ile borç ilişkisinde borçlu tarafın değiştirilmesi yöntemini benimsemiş olan Fransız hukukunda bu durum daha açık ve net görülmektedir.

¹³ **Kocaman**, s. 15 vd.; **Hasler**, s. 11 vd.; **Joussen**, N. 1306; **Krüger**, § 414, N. 2, s. 2563; **Maurer**, s. 1 vd.; **Schmidt**, s. 68 vd.

¹⁴ **Hasler**, s. 11; **Dayınlarlı**, s. 222 vd.; **Eren**, s. 1238 vd.; **Tekinay/akman/Burcuoğlu**, s. 250 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 774 vd.; **İnan**, s. 393; Borcun üstlenilmesinde alacaklının rızasının oynadığı rol, bu konuda doktrinde değişik teorilerin ileri sürülmesinde etkili olan temel unsur olmuştur.

gulama alanı bulan bir hukuki yoldur. İpotekli taşınmazların devredilmesi taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun sorumluluğunda ve güvencede herhangi bir değişiklik meydana getirmez (TMK. m. 888). Ancak taşınmazı devralan yeni malik borcu üstlendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulmakta; başka bir ifade ile borcun üstlenilmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.

Borcun üstlenilmesinin uygulama alanı bulduğu diğer bir durum işletmelerin devridir¹⁵. Özellikle ticari işletmelerin devrinde de borcun üstlenilmesine ilişkin esaslar uygulanmakta ve bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kişinin alacaklılara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Keza, işletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesinde de aynı esaslar geçerlidir. Yine miras hukukunda da, miras bırakanın sahip olduğu borçlar miras bırakanın ölümüyle birlikte, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın terekenin aktifleriyle birlikte mirasçılara geçmektedir. Aslında burada da doğrudan doğruya kanundan doğan borcun devri söz konusudur.

Borcun üstlenilmesi, uygulamada sıklıkla başvuru alan bir hukuki kurum olmasına karşılık, 19. yüzyılın sonlarına kadar herhangi bir gelişme göstermemiş ve özellikle bu yüzyılın ortalarından itibaren tartışma konusu yapılmıştır¹⁶. Bunun en önemli sebepleri arasında hiç şüphesiz tarihsel nedenler ve özellikle Roma hukukunun konuya bakış açısı yatmaktadır. Roma hukukunda da bu günkü gibi ekonomik ilişkiler bir borç ilişkisinde borç ilişkisi sona erdirilmeksizin borçlu tarafın değişmesini sağlayacak hukuki kurumların kabul edilmesi ihtiyacını doğurmuştur¹⁷. Roma hukukunda borçlu ile borç arasındaki kişisel bağın varlığının kabul edilmesi ve borç ilişkisi sona erdirilmeksizin borcun borçludan ayrılıp başkasına devrinin mümkün görülme-

¹⁵ TBK. m. 202'ye göre, bir malvarlığını veya bir işletmeyi al...1if ve pasifleri ile birli...-ie devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde ya...ımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birli...le müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildinme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir. Bildinme veya ilanla duyurma...ükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz.

¹⁶ Tarihsel gelişim konusunda geniş bilgi için bkz., **Maurer**, s. 7 vd.; **Hasler**, s. 21 vd.; **Paulsen**, s. 9 vd.; **Schurter**, s. 6 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Heckelmann**, s. 5 vd.; Özellikle Modern Kanunlaştırmalardan önceki durum için bkz., **Briner**, s. 28 vd.; **Wendt**, s. 2 vd.; **Kornder**, s. 67 vd.

¹⁷ **Hasler**, s. 8 vd.; **Larenz**, s. 602; **von Tuhr/Escher**, s. 380; **Ü'çer**, s. 400 vd.; **Tunçomağ**, s. 1123 vd.; **Friedrich**, s. 31; **Albert**, s. 2 vd.; **Briner**, s. 28.

mesi bugünkü modern anlamda borcun üstlenilmesi değil, ancak, borcun üstlenilmesi sonucunu doğuracak değişik hukuki kurumlar kabul edilmesine yol açmıştır¹⁸. Bu kurumların hiçbirisi bugünkü modern anlamda **borcun** üstlenilmesini ifade etmediği için, Roma hukukunun etkisinde kalan diğer hukuk sistemlerinde de borcun üstlenilmesi 19. yüzyılın sonlarına kadar herhangi bir gelişme göstermemiştir.

Borcun üstlenilmesi konusunun doktrinde ayrıntılı olarak tartışılması esas itibarıyla ilk defa *Delbrück* tarafından 1853 yılında yayınlanan makale ile başlamıştır¹⁹. Bu dönemden itibaren özellikle Alman hukukunda borcun üstlenilmesinin hukuki niteliği ve konunun Alman Medeni Kanunda nasıl düzenlenmesi gerektiği ayrıntılı olarak tartışılmış, konuyla ilgili çok sayıda teori geliştirilmiştir²⁰. Borcun üstlenilmesi konusunun geniş bir şekilde ele alınmasının asıl nedeni ise ipotekli taşınmazların devrinin gittikçe yaygınlaşması ve taşınmazı devralan yeni malikin ayı zamanda borçtan da sorumlu olmamasının yarattığı hukuki sorunlardır²¹. Bu bakımdan ipotekli taşınmazın bir üçüncü kişiye devri halinde, asıl borçlunun borçtan sorumlu olmaya devam etmesine rağmen, borcun ödenmemesi halinde bir başka kişinin bundan taşınmazı ile sorumlu olması aslında istenmeyen bir durumdur. Ancak istenmeyen bu durumunun ipotek hukuku içerisinde medeni hukuk anlayışı ile yeterince çözüme kavuşturulamaması, bu konunun özel olarak borçlar hukuku tarafından düzenlenmesi zorunluluğunu doğurmuştur. Bu nedenle taşınmaz malikinin aynı zamanda borçtan da sorumlu olmasını sağlamak amacıyla borç ilişkisi sona erdiren doğrudan doğruya borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran "borcun üstlenilmesi" teorisi borçlar hukuku tarafından açıkça kabul edilmiştir²². Bu nedenle ilk olarak 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu'nun BGB § 414-419 arasında özel olarak borcun üstlenilmesine yer verilmiştir. Anılan düzenlemelere paralel olarak 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda da borcun üstlenilmesi ile ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.

¹⁸ von Tuhr/Escher, s. 380; Üçer, s. 400 vd.; Tunçomağ, s. 1123 vd.; Hasler, s. 8 vd.; Friedrich, s. 31; Larenz, s. 602; Briner, s. 28; Heckelmann, s. 5; Wendt, s. 3; Krüger, § 414, N. 1-2, s. 2563; Kornder, s. 67 vd.; Albert, s. 2 vd.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., Hasler, s. 8-21; Maurer, s. 200 vd.; Schurter, s. 3 vd.; Schönrock, s. 8 vd.; Meier, s. 12; Kornder, s. 12 vd.; Wendt, s. 16; Strohal, s. 23 vd.

²⁰ Bu teoriler hakkında geniş bilgi için bkz., Hasler, s. 21 vd.; Meier, s. 13 vd.; Schurter, s. 25 vd.; Kornder, s. 14 vd.; Wendt, s. 21-87; Strohal, s. 184 vd.; Schönrock, s. 29 vd.; Albert, s. 3 vd.; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 415, N. 4, s. 292 vd.

²¹ Schurter, s. 4 vd.; Kornder, s. 30-36; Wendt, s. 8 vd.

²² Bkz., Kornder, s. 30; Schurter, s. 5 vd.; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. 2, s. 267; Fikentscher/Heinemann, s. 367 vd. Bu gelişmelerin daha çok Kara Avrupası hukuk sistemi olarak bilinen Alman/İsviçre hukuklarında ve bu hukuk sistemini benimsemiş diğer hukuk sistemlerinde yaşanmıştır. Borcun üstlenilmesini ayrı ve bağımsız bir hukuki kurum olarak benimsememiş hukuk sistemlerinde örneğin Fransız hukukunda, borçlu tarafın değişmesi Roma hukukunda da mevcut olan yenilme ile yetinilmiştir.

Ancak Alman hukukunda yer alan düzenleme ile İsviçre hukukunda yer alan düzenleme birbirinden oldukça farklıdır. Bunun en önemli nedeni ise borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda Alman hukuk doktrinde yapılan tartışmalardır. 8GB §414 ve 8GB §415 borcun üstlenilmesi- nin iki farklı şekli düzenlerken OR Art. 175 ve OR Art. 176, Alman hukukunda iki farklı şekilde düzenlenen borcun üstlenilmesini tek bir üstlenme olarak hükme bağlamıştır. Gerçekten de, 8GB §414'de borcun üstlenilmesi için borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılacak sözleşmeye alacaklı tarafından onay verilmesi ile gerçekleştirilecek borcun üstlenmesi aynı bir borç üstlenmesi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca BGB §415'de yer alan üçüncü **kişi** ile alacaklı arasında doğrudan yapılan sözleşme ile borcun üstlenilmesi de ayrı bir borç üstlenmesi olarak kabul edilmiştir²³. Oysa, OR Art. 175'de borcun üstlenilmesi için öncelikle borçlu ile borcu üstlenecek üçüncü kişi arasında yapılacak iç üstlenme sözleşmesi düzenlenmiş ve borcu üstlenenin iç üstlenme sözleşmesi ile üstlendiği borçluyu borçtan kurtarma borcunu OR Art. 176'da düzenlenen dış üstlenme sözleşmesi ile ifa edeceğini hükme bağlamıştır. Türk hukukunda da İsviçre hukukundaki düzenleme aynen kabul edilmiştir.

Borcun üstlenilmesi teorisinin kabul edilip ileri sürüldüğü ilk dönemlerde borcun üstlenilmesinin sadece tek bir türü tanınmaktaydı²⁴. Sadece taraflar arasında yapılan sözleşme ile borçlu tarafın değişmesi ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçmesi sonucunu doğuran dar anlamda borcun üstlenilmesi söz konusuydu. Ancak daha sonradan doktrinde hakim görüş tarafından borcun üstlenilmesinin diğer türleri de kapsayan geniş bir anlama sahip olduğunu savunulmuştur. Buna göre borcun üstlenilmesinin esas itibarıyla üç türünün bulunduğu kabul edilmektedir²⁵. Bunlardan ilki, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile üçüncü kişinin borçluyu

²³ **Schurter**, s. 79 vd.; **Kornder**, s. 11 vd.; **Hasler**, s. 13 vd.; **Paulsen**, s. 48; **Deppeler**, s. 2 vd.; **Busche/Noack/Rieble**, J. von Staudinger, § 414, N. 1, s. 267; **Schmidt-Kessel**, s. 282 vd.; **Medicus/Lorenz**, s. 378-379. Kanımızca BGB §414 ve BGB §415'de yer alan düzenlemeleri borcun üstlenilmesinin ayrı türleri olarak ele almak) erine, borcun üstlenilmesinin gerçekleştirilme şekilleri olarak değerlendirmek daha isabetli olur. Çünkü gerek BGB §414 gerekse BGB §415'e göre borcun üstlenilmesi her ikisi de sözleşmeye dayalı, yani tamamen taraf iradeleri ile gerçekleşen üstlenme türüdür.

²⁴ **Hasler**, s. 13 vd. Bu durum daha çok borcun tarafların kişiliğine sıkı şekilde bağlı bir "hukuki bağ" olarak kabul edilip, malvarlığına dahil diğer değerler gibi devir konusu yapılamayacağı görüşünü benimsemiş Roma hukukun etkisiyle borcun üstlenilmesinin dol., 'trinde tartışma konusu yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Çünkü borcun da devredilebileceğine ilişkin görüşlerin ortaya atılması ile birlikte, borcun üstlenilmesinin farklı türlerinin de bulunabileceği ileri sürülmüştür.

²⁵ **Esser/Schmidt**, s. 613 vd.; **Hasler**, s. 13; **Albert**, s. 2 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 381 vd. Doktrinde borcun üstlenilmesi teorisinin savunulmaya başladığı ilk dönemlerde, borcun üstlenilmesinin sadece kümülatif bir üstlenme olduğu, bunun dışında privatif (kurtarıcı) bir borç üstlenilmesinin mümkün olmadığına ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür. Bkz., **Schurter**, s. 14-15.

borcundan kurtarmaya yönelik taahhüdünü içeren ifanın **Ostlenilmesidi**,», ikincisi ise kUmülatif borç üstlenilmesidir²⁷. Kümülatif borç **üstlenilmesindt** üçüncü kişi yapılan bir sözleşme ile borçlunun yanında borçluyla **birlikte** alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmak üzere borç ilişkisine **gjnne** dir. Kümülatif borç üstlenilmesinde borçlunun borcundan kurtulup onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçmesi söz konusu değildir. Borçlunu borçtan sorumluluğu devam etmekte ama onunla birlikte borcu üstlenen de onun yanında borçtan sorumlu olmaktadır. Her ne kadar borcun üstlenilmesi çeşitlerinden birisi olarak kabul edilse de, borca katılmada borçlu tarafın değişmesi söz konusu değildir. Çünkü borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve *katılanın*, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme olup borca katılanın borçlu ile alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğurmaktadır. Nihayet borcun üstlenilmesinin üçüncü türü ise kurtarıcı borç üstlenilmesidir²⁸. Kurtarıcı borç üstlenilmesi ile borçlu borcundan kurtulmakta ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişi geçmektedir. Borçlunun doğrudan doğruya borçtan kurtulup onun yerine borcu.ü t-İenen üçüncü kişinin borçlu sıfatını kazanması sonucunu doğurduğu için, gerçek anlamda borcun üstlenilmesinin dış üstlenme sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²⁹.

²⁶ Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan ve üçüncü kişinin borçluyu, alacaklıya olan borcundan kurtarmayı taahhüt ettiği bu sözleşme borcun iç üstlenilmesi, borç kurtarma vaadi ve) a Alınan Hukukunda BGB §415'de ifade edilen "ifanın üstlenilmesi" olarak adlandırılmaktadır. Bkz., **Fikentscher/Heinemann**, s. 367 vd.; **Schmidt-Kessel**, s. 284 vd.; **Medicus/Lorenz**, s. 380 vd.; **Schmidt**, s. 68 vd.; **Westermann**, s. 1730 vd.

²⁷ Kümülatif borç üstlenilmesi veya diğer adıyla borca katılma ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Türk Hukukuna girmiştir. Borca katılma TBK. m. 20! 'de;"*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., **Altay**, s. 3 vd.; **Şener**, s. 1279 vd.; **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810 vd.; **Eren**, s. 1254; **Fikentscher/Heinemann**, s. 367 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 795 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 608 vd.

²⁸ Kurtarıcı borç üstlenilmesi aslında borcun dış üstlenilmesi olup, gerçek veya asıl borç üstlenilmesi olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Hasler**, s. 13; **Albert**, s. 2; **Eren**, s. 1247; **von Tuhr/Escher**, s. 381; **Honsell**, Art. 176, N. 1, s. 682; **Berger**, s. 803; **Rüßmann**, s. 613; **Schmidt-Kessel**, s. 283 vd.

²⁹ **Eren**, s. 1247; **von Tuhr/Escher**, s. 381; **Honsell**, Art. 176, N. 1, s. 682; **Berger**, s. 803; **Rüßmann**, s. 613; **Hasler**, s. 13; **Albert**, s. 2.

Birinci Bölüm

BORÇ İLİŞKİLERİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ VE GENEL OLARAK BORÇLU TARAFIN DEĞİŞMESİ

§1. BORÇ İLİŞKİLERİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

Bir borç ilişkisinde taraf değişikliği ve dolayısıyla borç ilişkisinin pasif tarafı olan borçlunu değişmesi, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanabileceği gibi, taraflar arasında yapılan bir hukuki işlemde, yani sözleşmeden de kaynaklanabilir. Kanundan kaynaklanan borçlu değişikliklerinde, taraflar arasında herhangi bir hukuki işlem yapılmasına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kanundan dolayı borçlu taraf değişmektedir. Kanundan doğan borçlu değişimi, değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki MK. m. 599 gereğince mirasçılarının miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmalarıdır. Gerçekten de, miras bırakanın ölümüyle birlikte borçları da herhangi bir hukuki işleme gerek kalmaksızın külli halefiyet ilkesi gereğince doğrudan doğruya mirasçılara geçmekte ve artık mirasçılarının bu borçlardan dolayı kişisel sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu durumda miras bırakanın alacaklılarının karşısında, eski borçludan farklı yeni bir borçlu olarak mirasçılar yer almaktadır. Kanundan doğan borçlu tarafın değişmesinin diğer bir şekli ise TBK. m. 202'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm gereğince bir malvarlığını veya bir işletmeyi devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ilanla duyurduğu takdirde, bu tarihten itibaren onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olmaktadır³⁰. Böylece malvarlığı veya ticari işletmeye ait borçlar ayrıca bir sözleşme yapmaya gerek kalmaksızın kanun gereği devralana geçmektedir. Devralanın sorumluluğu, devreden gibi belli bir süre ile sınırlandırılmamış, söz konusu borçlar zamanına uğrayana kadar devam edeceği kabul edilmiştir. TBK. m. 205'de düzenlenen sözleşmenin devri de, kanundan doğan borçlu tarafın değişmesini sağlayan bir hukuki kurum olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de, sözleşmenin devrinde de, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan devir sözleşmesi ile birlikte, sözleşmeden doğan taraf

³⁰ TBK. m. 202 gereğince devredeninin de iki yıl süreyle sorumluluğunun devam ettiğini, bu nedenle ilk yıllık süre içerisinde müteselsil sorumluluğun devam ettiğini göz ardı etmemek gerekir. Devreden ve devralanın sorumluluğu belirli bir süre de olsa ortak olarak devam ettiği için, burada borca katılma gibi bir anlam da ortaya çıkabilir. Bu nedenle devrin kurtarıcı etkisinin bu iki yıllık sürenin sonunda gerçekleşmiş olmasına dikkate alınmalıdır.

olma sıfatı ve buna bağlı bütün haklar ve özellikle borçlar devralana geçmektedir.³¹

Sözleşmeye ve borca katılma ise, eski borçlunun borç **ilişkisinden** ve borçlardan sorumluluğunu tamamen kaldırmamakla birlikte katılanın asıl borçluyla birlikte müteselsil olarak sorumluluğuna yol açtığı için **kısmen** taraf değişikliği olarak değerlendirilebilir³². Sözleşmeye katılma ile **birlikte**, özel bir sözleşme yapılmasına gerek kalmaksızın sözleşmeye katılan **ile** yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu sıfatını kazanmaktadır.

Bir borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi, kanun dışında taraflar arasında akdedilen sözleşme ile de gerçekleştirilebilir. Borç ilişkisinde yapılan sözleşme ile borçlu tarafın değişmesi borcun üstlenilmesi ile mümkündür. Alacağın devrinin kural olarak tam karşıtını oluşturan ve bu yönüyle borç ilişkisinde sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran sözleşmeden doğan borcun üstlenilmesi TBK. m. 195-200 arasında düzenlenmiştir. Alacağın devrinde olduğu gibi borcun üstlenilmesinde de, borç ilişkisi bütün özellik ve hükümleri ile aynı kalmakta fakat sadece borçlu taraf değişmektedir³³. Bu kurumun ifade ettiği anlam açıkça belli olmakla birlikte borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi kavramı 818 sayılı Kanun döneminde doktrinde farklı terimlerle ifade edilmekteydi³⁴. Bunun en önemli nedeni ise, BK. m. 173-181'de borcun nakli başlığı altında birbiriyle ilgili fakat her biri diğerinden farklı kurumlara yer verilmiş olmasıdır. Gerçekten de TBK. m. 195'de, üçüncü kişinin borçlu ile sözleşme

³¹ Sözleşmenin devri de, ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilmiştir. Kanunun kabulünden önce de, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul edilmekle birlikte kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmamıştı. TBK. m. 205'e göre; "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır".

³² Sözleşmeye katılma da, ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kabul edilmiştir. TBK. m. 206'ya göre, "Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında er aldığı tarafla birli"-le, 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 olur. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır".

³³ Bkz. Eren, s. 1244 vd.; Oğuzman/Öz, s. 924 -925; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 268 vd; Kılıçoğlu, s. 534 vd.

³⁴ Örneğin, borcun akli, borcun devri, borcun üstlenilmesi gibi kavramlar kullanılmıştır. Bkz., Oğuzman/Öz, s. 924; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 269.

yaparak borcu bizzat ifa etmesi veya alacaklının nzasıyla borcu üstlenerek borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi (borçtan kurtartanna vaadi) düzenlenmiştir. Bu kurum Kanunda "borcun iç üstlenilmesi"³⁵ kavramı ifade edilmektedir. TBK. m. 196'da ise, üçüncü kişinin alacaklı ile yapmış olduğu bir sözleşme ile borcu üzerine alması ve böylece borçluyu borcundan kurtarması düzenlenmiştir. Bunun için de kanunda "borcun dış üstlenilmesi" terimi kullanılmaktadır³⁶.

Borcun üstlenilmesi başlığı altında düzenlenen diğer kurum, bir mal varlığının veya işletmenin üçüncü bir kişi tarafından devralınması halinde, mal varlığı veya işletmenin borçlarının da devralan üçüncü kişiye intikal etmesidir. Yine bir işletmenin diğer bir işletmeyle birleşmesi de (TBK. m. 203) borcun nakli başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. 818 sayılı Kanun döneminde borcun üstlenilmesiyle ilgili farklı terimler kullanılması, borcun nakli ilişkisinde hukuki işlemlerin taraflarına göre adlandırma yapılmasından kaynaklanmaktaydı³⁷. Esas itibarıyla borcun üstlenilmesinde; alacaklı, borçlu ve borcu üstlenen kişi olmak üzere üç kişi bulunmaktadır. Borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişi, borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile borçluyu borçtan kurtarma taahhüdünde bulunarak; borcu ödeme veya alacaklı ile bir sözleşme yapıp borcu üzerine alma yollarından birisini seçerek borçluyu borcundan kurtarma yükümü altına girmektedir. Bu yükümlülüğe rağmen, borç henüz üstlene geçmediği ve borçlu da henüz borcundan kurtulmadığı için borçtan kurtarma taahhüdü aslında borcun üstlenilmesi için tek başına yeterli değildir. Bu bakımdan, borçtan kurtarma taahhüdü, borcun üstlenilmesi için gerekli olan ama ondan bağımsız münferit bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir³⁸. Üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan ve borcun üstlenilmesi sağlayan sözleşme ise, borcun dış üstlenilmesi kavramı ile ifade edilmektedir. Teknik ve hukuki anlamda, borcun üstlenilmesini sağlayan bu sözleşme ile borç devredilmekte ve böylece borç ilişkisindeki borçlu taraf değişerek onun yerini borcu üstlenen kişi almaktadır değişmektedir. Alacaklı ve üçüncü kişi arasında yapılan bu sözleşme ile borçlu borcunu üçüncü kişiye naklederken, alacaklı da, borcu üstlenmiş olmaktadır. Başka bir ifade ile borçlu

³⁵ Keller/Schöbi, s. 74; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 1, s. 393, Schwenzer, s. 560; Tunçomağ, s. 1125; Eren, s. s. 1243-1244; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 272-273; Becker, Art. 175, N. 1-2, s. 814; Honsel/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 1, s. 848; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 269 vd.; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 587 vd.; Uygur, s. 855.

³⁶ Eren, s. 1247; Kılıçoğlu, s. 788; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 272.

³⁷ Bkz., Ayrancı, s. 33; Oğuzman/Öz, s. 924; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 269.

³⁸ Bkz., 19 HD., T. 28.5.1996, E. 1995/8258, K. 1996/5336: "Borcun naklinin asıl borçluyu, borç ilişkisinden çıkarması için, borçtan kurtarma vaadi yanında ayrıca, borcun dış yüklenilmesinin de gerçekleşmesi gerekir". Aynı şekilde, bkz., AMK, T. 23.12.2005, E. 2004/68, K. 2005/104 (RG., 21.09.2006, S. 26296).

borcunu üçüncü kişiye "devretmekte"; üçüncü kişi ise borcu "üstlenmektedir".

§2. BORÇLU TARAFIN DEĞİŞMESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

Borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri ve özellikle borçlu tarafın değişmesi, tarihsel gelişim seyri içerisinde Roma hukukuna kadar dayanmaktadır³⁹. Roma hukukunda borç, borçlu ile alacaklı arasında tarafların kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir "*hukuki bağ*" olarak görüldüğünden, borcun borçludan ayrılarak bir başkasına devrinin mümkün olmadığı kabul edilmekteydi. Bu nedenle Roma hukukunda borcun üstlenilmesi konusu özel bir hukuki kurum olarak düzenlenmemiştir. Ancak zaman içerisinde ortaya çıkan ekonomik ve hukuki ihtiyaçlar, önce alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran alacağın devrinin daha sonrada borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran bazı hukuki kurumların kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Roma hukukunda borç ilişkilerinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi bağımsız bir kurum olarak kabul edilmemiş ancak, borçlu tarafın değişmesi sonucu doğuran değişik yöntemler uygulanmıştır⁴⁰. Roma hukukunda hakim olan bu anlayış 19. yüzyılın ortalarına kadar sünnüş ve bu dönemden itibaren borcun tarafların kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olduğu anlayışı değişmiş ve borcun da malvarlığına dahil olan diğer unsurlar gibi cüzi halefiyet konusu olabileceği ve böylece bolu ve alacaklıdan bağımsız olarak devredilebileceği anlayışı hakim olmuştur. Bu anlayış ve düşüncelerin etkisiyle⁴¹, 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu da Roma hukukundan beri hakim olan düşünceyi terk edip borç ilişkilerinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesini ayrı ve bağımsız bir kurum olarak kabul edip özel olarak düzenlemiştir. Alma Medeni Kanununu kabulünden sonra 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda da, aynı esas benimsenmiş ve bazı teknik farklılıklar olsa da, borcun tarafların kişiliğinden bağımsız bir varlığa sahip olduğu ve bu nedenle cüzi halefiyet konusu olarak bir başkasına devredilebileceği düşüncesi kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda borcun üstlenilmesi, borç ilişkilerinde taraf değişikliği sonucunu doğuran bağımsız bir kurum olarak yerini almıştır.

³⁹ Maurer, s. 7 vd.; Hasler, s. 21 vd.; Paulsen, s. 9 vd.; Schurter, s. 6 vd.; Albert, s. 2 vd.; Heckelmann, s. 5 vd.; Strohal, s. 23 vd.; Özellikle Modern Kanunlaştırmalardan önceki durum için bkz., Briner, s. 28 vd.; Wendt, s. 2 vd.; Kornder, s. 67 vd.

⁴⁰ Bu yöntemlerin en önemlisi yenilemedir. Bunun dışında borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran vekalet ve temsile ilişkin bazı uygulamalara da rastlanmaktadır.

⁴¹ Hasler, s. 8-21; Maurer, s. 200 vd.; Schurter, s. 3 vd.; Schönrock, s. 8 vd.; Meier, s. 12; Kornder, s. 12 vd.; Wendt, s. 16.

İsviçre Borçlar Kanununu iktibas eden başta Türk Hukuku olmak üzere diğer hukuk sistemlerinde de, aynı esas benimsenmiş ve borcun üstlenmesi ayrı ve bağımsız bir hukuki kurum olarak kabul edilmiştir.

1. Roma Hukukunda Borcun Üstlenilmesi

Roma hukukunda bugünkü modern anlamda borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi kabul edilmemiştir⁴². Bu durum Roma Hukuku'nun borç kavramına bakış açısı ve onun hukuki niteliğini algılama tarzından kaynaklanmaktaydı. Gerçekten de Roma hukukunda, bir borç ilişkisinde özellikle borçlu ile borç arasında çok sıkı bağların bulunduğu, borcun borçlunun kişiliğinden ayrılmaz, münhasır bir özelliğe sahip olduğu düşüncesi hakimdir⁴³. Roma hukukunda borcun borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir unsur olarak kabul edilmesinde aslında çok katı bir şekilde uygulanan cezaların şahsiliği ilkesi yatmaktadır. Çünkü roma hukukunun ilk dönemlerinde alacaklı alacağını borçlunun fiziki olarak vücut varlığı da dahil olmak üzere bütün malvarlığından tahsil edebilme yetkisine sahipti. Örneğin, borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklı borçluyu köle olarak alabiliyor, hatta öldürme yetkisine bile sahip olabiliyordu. Bu sıkı bağıllık nedeniyle, borcun borçlunun şahsından soyutlanarak bir başkasına devredilmesi de kabul edilmemekteydi⁴⁴. Borcun borçlunun kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir unsur olarak görülmesi Roma hukukunda borçlu tarafın borç ilişkisinden ayrılması da mümkün değildi. Ancak bu durum, borç ilişkisinde borçlu tarafın değiştirilmesinin hiç ele alınmadığı anlamına gelmez. Çünkü Roma hukukunda borç ilişkilerinde alacaklı ve özellikle borçlu tarafın değişmesini sağlamak üzere farklı araçlar kullanılmıştır⁴⁵. Bu araçların başında ise, "bir borcun yerine yenisinin geçmesi suretiyle eski borcun sona erdirilmesi" olarak ifade edilen borcun yenilenmesi⁴⁶ (tecdit= *novatio*) gelmektedir. Ancak yenileme, borcun hukuki nitelik itibarıyla kimliği değişmeksizin borçlu tara-

⁴² Bkz., Maurer, s. 7 vd.; Albert, s. 2 vd.; Wendt, s. 2; Paulsen, s. 9; Kornder, s. 67 vd.; Heckelmann, s. 5 vd.; Schurter, s. 8-9; Hasler, s. 8 vd.; Schönrock, s. 8 vd.

⁴³ Heckelmann, s. 5 vd.; Kornder, s. 67 vd.; Schurter, s. 8 vd.; Hasler, s. 8 vd.; Schönrock, s. 8 vd.; Maurer, s. 7 vd. Roma Hukukunda borç kavramı ve hukuki özellikleri hakkında geniş bilgi için bkz., Seviğ, s. 168 vd.

⁴⁴ Bu durum Roma Hukukunda borç ilişkisinin (obligatio), borçluyu alacaklıya hukuki olarak bağlayan ve fizik varlığıyla da sorumlu kılan kişisel bir ilişki anlamına gelecek şekilde (=Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringitur alicuius solvenda rei secundum nostrae civitatis iura) ifade edilmekteydi. Bu konuda yapılan değişik tespitler için bkz., Yeşiller, s. 1 vd. Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz., Maurer, s. 7; Emiroğlu, s. 101 vd.

⁴⁵ Maurer, s. 9 vd.; Albert, s. 2 vd.; Wendt, s. 2; Paulsen, s. 9; Kornder, s. 67 vd.; Heckelmann, s. 5 vd.; Schurter, s. 8-9; Hasler, s. 8 vd.; Schönrock, s. 8 vd.

⁴⁶ Eren, s. 1263 vd.; Maurer, s. 9 vd.; Ayrıca bkz., Yücer, s. 233 vd.

fin değişmesi sonucunu doğuran bir hukuki kurum değildir. Yenileme, mevcut bir borcun yerine yeni bir borcun geçirilmesi ve bu arada borçlunun da değişmesi suretiyle borcu sona erdiren bir hukuki kurumdur. Roma hukukunda borçlunun yenilme yoluyla değişmesi, borç havalesi veya expromissio yöntemlerinden birisine başvuruluyordu. Bu işlemlerin yenilme etkisini gösterip borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurabilmesi için de, alacağın temlikinde olduğu gibi, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan bir *stipulatio* ile eski borcun yenilenmesi yoluna gidiliyordu⁴⁷. Alacaklı, borçlunun borcunu üstlenecek olan üçüncü kişiye *stipulatio* sorusunu sorar ve o da kabul ederse, alacaklı ile borçlu arasındaki borcun sona erip, bunun yerine üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki *stipulatio*dan doğan borç geçmekteydi⁴⁸. Buradan da anlaşıldığı kadarıyla Roma Hukukunda da borcun üstlenilmesi için alacaklının rızası gerekmektedir. Ancak alacaklı borcu üstlenen üçüncü kişiyi eski borçlu kadar güvenilir bulmaz ise bunu kabul etmeyebilir ve bu durumda da borçlunun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçmesi mümkün olmazdı.

Roma hukukunda borcun bu şekilde yenileme yoluyla üstlerulmesi sakinler doğurduğundan eleştirilere uğramıştır. Gerçekten de önceki borcun sona ermesi, bu borca bağlı teminatların ve eski borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu defilerin de sona ermesi sonucunu doğurmaktaydı⁴⁹. Bu ne-

⁴⁷ Stipulatio Roma Hukukunda genel akit tipi olup her türlü anlaşmanın kalını olarak kullanılmıştır. Stipulatio esas itibariyle belirli bir sorunun sorulması ve belirli bircevabın alınması ile doğmaktadır. Stipulatio, borçluyu, alacaklı"a vaad ettiği edimi ifaya borçlandırmaktaydı. Eğer borç belirli bir miktar para yada ?ala ilişkinse ifa edilmemesi halinde alacaklı "condictio" açardı. Eğer borç belirli olmayan bir edimse "actio ex stipulatio in cerci" açardı. Stipulatio sözlü bir akitir. Roma da ki sözlü akit sözleşmenin bütün yönlerini ortaya koymakta) dı. Stipulatio güven ve itimada dayanmakta olup, sözleşmelerin büyük bir kısmı stipulatio ile gerçekleşmekteydi. Stipulatio'nun geçerli olabilmesi için her şeyden önce konusunu belli olması gerekirdi. Konun belirli olmasını sağla) an unsurların birisinde meydana gelen eksik stipulationun geçersiz olması sonucunu doğurmaldır. Stipulationun konusunun mümkün ve kanuna a\kırı olmaması da gerekir. Stipulationun en zayıf tarafı ise bunun ispatının zor hatta bazı durumlarda mümkün olmamasıydı. Çünkü stipulatio tanık huzurunda yapılmıyordu. Bu nedenle stipulationun ispatında yaşanan bu olumsuzluklar nedeniyle ilerleyen dönemlerde) azılı stipulatio şekline geçiş yapılmıştır. Geniş bilgi için bkz., **Tahiroğlu**, s. 132 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Rado**, s. 221; **Tahiroğlu**, s. 84 vd.; **Kornder**, s. 87 vd.; Davalar hakkında bkz. **Akıncı**, Roma, s. 342 vd.

⁴⁸ **Rado**, s. 221; **Kornder**, s. 87 vd.; **Tahiroğlu**, s. 84; **Schurter**, s. 10; **Akıncı**, Roma, s. 349 vd.

⁴⁹ **Rado**, s. 222; **Tahiroğlu**, s. 95; **Schurter**, s. 10; **Wendt**, s. 2-3. Yenileme eski bir hukukî ilişkinin yerini almak üzere yeni bir hukukî ilişki üzerinde anlaşmış olmayı ifade etmektedir. Roma hukukunda yenilme borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmekteydi. Bu anlamıyla yenileme, aynı konuda yeni bir borcun stipulatio yoluyla eski borcun yerini alması şeklinde ifade edilmekteydi. Roma hukukunda yenileme sadece stipulatio ile yapılabilmekle) di. Ancak modern hukuk sistemlerinde yenileme bor borcu kaldmp onun ye-

denle yenilme yoluyla borcun üstlenilmesinin doğurduğu bu sakıncaları ortadan kaldırmak için borcun üstlenilmesinde de vekalet (= *mandatum*) yoluna gidilmiştir⁵⁰. Buna göre, borçlu kendisine karşı açılacak davaya, kendi yerine borcu üstlenen üçüncü kişiyi vekili olarak gönderebiliyordu. Bu durum Roma Hukukunda "*procurator in rem suam*" terimi ile ifade edilmekteydi. Ancak *procurator in rem suam* için de, alacaklının, borçlunun kendi yerine vekil olarak tayin ettiği borcu üstlenen üçüncü kişiyi vekil olarak kabul etmesi gerekirdi⁵¹. Alacaklı ise bunun kabul edip etmemekte tamamen serbesttir. Çünkü, alacaklının bunun kabul etmesi anlamına gelen *litis contestatio* işleminin yapılmasından itibaren alacaklı eski borçluya karşı haklarını kaybetmekte ve bu hakları borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmekteydi⁵².

il. İngiliz Hukukunda Borcun Üstlenilmesi

Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ve özellikle İngiliz hukukunda da, borç ve borç ilişkisi aynı kalmak kaydıyla sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran bağımsız bir borcun üstlenilmesi kurumu kabul edilmiş, hatta tartışma konusu dahi yapılmamıştır. Ancak İngiliz hukukunda da, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi bir borç ilişkisinde borçlu tarafın değiştirilmesine duyulan ihtiyaç bu konuda değişik hukuki yolların kullanılması sonucunu doğurmuştur. Ancak Roma hukukunun İngiliz hukukunda tanınmaması, Roma hukuku kurumlarının uygulanmaması sonucunu doğur-

rine yenisini koymak üzere yapılan her türlü anlaşma olarak kabul edilmektedir. Fakat yenilemenin söz konusu olabilmesi için eski borca mutlaka yeni bir konunun eklenmesi gerekmektedir. Bu şekilde ya eski borcun kapsamında bir değişiklik olmak ya veya taraflardan birisi yani alacaklı veya borçlu değişmektedir. Bu şekilde yenilme için önceden mevcut bir borcun bulunması ve ortaya çıkarılacak yeni borcun da şekil açısından geçerli bir borç olması gerekmektedir. Diğer taraftan yenilmenin kendisinden beklenen sonuçları doğurabilmesi için yenilmede gerçekten yeni bir unsurun bulunması gerekir. Bu yeni unsur borcun kapsamında yer alabileceği gibi, borcun taraflarında da söz konusu olabilmektedir. Yenileme ile vadenin değiştirilmesi, ifa yerinin değiştirilmesi, borca sonradan teminat verilmesi şeklinde borcun kapsamında değişiklik yapılabileceği gibi, eski alacaklının yerini aynı borç için yeni bir alacaklı veya eski borçlunun yerini aynı borç için yeni bir borçlunun alması şeklinde taraflar da değiştirilebilmektedir. Yenileme ile eski borç ortadan kalktığı ve yeni bir borç yaratıldığı için, sona eren eski borca bağlı haklar da sona ermektedir. Roma hukukunun klasik döneminde yenileyici stipulatio önceki borcu kesin olarak sona erdirmekteydi. Justinianus hukuku döneminde ise tarafların eski borç yerine getirmek konusundaki niyetlerini açıkça ortaya koymaları şartı getirildi. Sadece açıkça kararlaştırıldığı hallerde yenilemenin söz konusu olacağı ve aksi takdirde eski borcun sona ermeden devam ederek yeni borçla birleşeceği kabul edilmiştir. Bkz., **Tahiroğlu**, s. 94-95; **Rado**, s. 234 vd.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz., **Türkoğlu Özdemir**, s. 167 vd.; **Emiroğlu**, s. 102 vd.

⁵¹ **Rado**, s. 222; **Maurer**, s. 12-13.

⁵² **Türkoğlu**, s. 168 vd.; **Emiroğlu**, s. 102 vd.

muştur. Bu nedenle özellikle yenileme, borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açan bir hukuki kurum değil, borcu sona erdiren bir neden olarak kabul edilmiştir⁵³. Öte yandan İngiliz hukukunda mahkeme kararlarında da borcun üstlenilmesinin mümkün olmadığı uzunca bir süre kabul görmüştür. Bunun en önemi nedeni ise, büyük ihtimalle hakimler tarafından tecdit yoluyla borçlu değişiminin bilinmemesi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴. İngiliz hukukunda borcun üstlenilmesi, bağımsız bir sözleşme ilişkisinden doğa borcun üstlenilmesi olarak değil daha çok mülkiyetin el değiştirmesi halinde uygulanmaktadır. Ancak İngiltere'de bütün taşınmazların kralın mülkiyeti⁵⁵nde bulunduğu için burada el değiştirmesinden bahsedilen mülkiyet tam aynıha_k olan mülkiyet hakkı değil, derece itibariyle bunun daha altında bulunan_ bir hakkı ifade etmektedir. Tüm taşınmazların malikinin kral olması nedeniyle bu taşınmazlar ömür boyu veya daha da uzun süreli kullanım hakkı ⁵⁶ni⁵⁷a⁵⁸ kira hakları ile özel kişilere tahsis edilmiştir. Bu şekilde kurulan kira ilişkısının sonradan devri ise her zaman mümkündür. İşte kiracının kendi kullanım hakkını bir başkasına devretmesi durumunda kiraya veren kir⁵⁹ bedelini, ⁶⁰ullanım hakkının yeni sahibinden talep etme hakkına sahiptir. işte bu şekilde kiradan kaynaklanan kullanım hakkının devrinin, esas itibariyle dar anlamda bir borç üstlenmesi teşkil ettiği bir kişinin mevcut olan bir borcunun bir başka borçluya aktarıldığı kabul edilmektedir. Çünkü kira sözleşmesinin de⁶¹rinden sonra eski kiracının sorumluluğunun devam etmesi istenmeyen bir durum olarak kabul edildiğinden, kullanım hakkının devri ile birlikte eski kiracı borçtan da kurtulmakta ve devralan kişi aynı zamanda eski kiracının borçlarını da devralmaktadır.

Bu uygulamanın dışında İngiliz hukukunda modern anlamda borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak özel bir hukuki kurum kabul edilmemekle birlikte, son dönemlerde Fransız hukukunda olduğu gibi, yenilme kurumu bir borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak bir kurum olarak kabul edilmiştir.

ili. Frausız Hukukunda Borcun Üstlenilmesi

Fransız hukukunda, Türk/İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi modern anlamda borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak borcun üstlenilmesi kabul edilmemiştir⁵⁵. Bu nedenle Fransız Medeni Kanunu'nda da borcun üstlenilmesine ilişkin herhangi bir genel veya özel bir

⁵³ Bkz., **Maurer**, s. 114 vd.; **Briner**, s. 32-33.

⁵⁴ **Maurer**, s. 115; **Briner**, s. 33.

⁵⁵ Fransız hukukunda borçlu tarafın değiştirilmesi konusunda a⁶²yrıntılı bilgiler için bkz.; **Carbonnier, Jean**: Droit Civil, Band: 4, Les Obligations, 22. Autlage, Paris 2000. s. 322 vd.; **Flour, Yvonne / Aubert, Jean-Luc / Savaux, Eric**: Droit Civil, Les obligations, Le rapport d'obligation, 3. Auflage, Paris 2004, s. 393 vd.; **Briner**, s. 28; **Maurer**, s. 31 vd.;

hükme yer verilmeştir⁵⁶. Ancak Roma hukukunda olduğu gibi, Fransız hukukunda da, bazı ekonomik ve hukuki nedenlerle bir bor ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi ihtiyacı her zaman varlığını korumaktadır. Bu nedenle Fransız hukukunda da bir borç ilişkisinde borçlu tarafın değiştirilmesi için CC. Art. 127 l 'de yer alan ve "*cession de dette*" kavramı ile ifade edilen "yenileme" kullanılmaktadır. Başka bir ifade ile, Fransız hukukunda borç ve borç ilişkisi aynı kalmak kaydıyla sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran bağımsız bir borcun üstlenilmesi kurumu kabul edilmemiştir⁵⁷.

Fransız hukukunda 19. yüzyılın sonlarında özellikle Alman hukukunda borcun üstlenilmesi konusunda ortaya çıkan tartışmalar ve yaşanan gelişmelerin etkisiyle, borç ve borç ilişkisi aynı kalmak kaydıyla sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran bağımsız bir borcun üstlenilmesi kurumunun mümkün olup olamayacağı tartışılmıştır. Bu tartışmaların hepsinin teorik temelleri Alman hukukunda ileri sürülen görüşlere dayanmakla birlikte, Fransız hukukunda bağımsız bir borcun üstlenilmesi kurumu kabul edilmiş, *Cession de dette* olarak ifade edilen kurumun, sadece borçlu ve üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile borcun devri olarak kabul edilmiştir. .Bu durumun aslında *Cession de dette*'yi alacaklı ile alacağı devralan arasında yapılan sözleşme ile gerçekleşen alacağın devrine (*Cession efe creance*) benzetmek için yapılan bir çalışma olduğu kabul edilmektedir.¹⁸ Fransız hukukunda, Alman hukukunun etkisiyle değişik tartışmalar yapılmış olsa da,

⁵⁶ Maurer, s. 31; Briner, s. 28; Carbonnier, s. 322; Flour/Aubert/Savaux, s. 393 vd.

⁵⁷ Özellikle Fransız hukukunda borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak bağımsız bir hukuki kurumun kabul edilmesinin yaratabileceği hukuki sorunlar önceden fark edildiği için bu sorunun çözümü bilinçli olarak Roma Hukukunda da zaten mevcut olan borcun yenilenmesi kurumunda aranmıştır. Bu nedenle borcun üstlenilmesi etkisi yaratabilecek üç tane hukuki kuruma yer verilmiştir. Bunlardan ilki yenileme, ikincisi havale ve nihayet üçüncü ise üçüncü kişi) ararına sözleşmedir. Alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme ile meydana gelen yenileme (CC. 1271) borcun üstlenilmesi ile aynı sonuçları doğurmaktadır. Borçlunun bu işleme katılmasına gerek yol...iur. Borcun üstlenilmesi ile arasındaki en önemli fark ise, bağlı hakların borcu üstlenene geçmemesi ve dolayısıyla borçluya karşı varlığını korumasıdır. Buna karşılık işlemin geçersizliğine yol açan hukuki sebepteki bir eksikliğe ilişkin savunmalar borçlu tarafından da ileri sürülebildiği ölçüde borcu üstlenene geçmel...ie ve borcu üstlenen tarafından da ileri sürülebilmektedir. Havale 1olu, borcun üstlenilmesine en yakın sonuçlar doğuran hukuki kurumdur ve iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki olan delegation parfaite daha çok borca katılmaya benzer hukuki sonuçlar doğurmak iken, delegation imparfaite daha çok yenilemeye benzer etkileri doğurduğundan borcun üstlenilmesine daha da yaklaşmal...iadır. 3. kişi yararına sözleşmede ise, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile, borcu üstlenen alacaklıya ifade bulunma yükümlülüğü altına girmekte ve alacaklı da borcu üstlenen üçüncü kişiden doğrudan ifa talebinde bulunabilmektedir. Ancak uygulamada bu kurum daha çok borca katılmaya yaklaştırılmaktadır. Bkz., Briner, s. 28 vd.

⁵⁸ Bkz., Maurer, s. 31.

yenileme kurumuna bağıllık nedeniyle borçlunun değiştirilmesi zorunlu olarak borcun kendisinin de değişmesine sebep olduğundan borcun özellikleri aynı kalarak borçlu tarafın değiştirilmesinin düşünülmesinin imkansız olduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak Fransız hukukunda⁵⁹, bağımsız bir borcun üstlenilmesi yerine, yenileme ile de borçlu tarafın değiştirilmesinin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle kanunda özel bir borcun üstlenilmesi kurumuna yer verilmemiştir.

IV. Alman Hukukunda Borcun Üstlenilmesi

Alman hukuku buraya kadar incelenen hukuk sistemleri içerisinde borcun üstlenilmesini bağımsız ve tek başına bir kurum olarak kabul eden ilk ve tek hukuk sistemidir⁶⁰. Alman hukukunda borcun üstlenilmesinin bağımsız bir kurumu olarak kabul edilmesi, Alman Medeni Kanununun hazırlık çalışmalarının başlatıldığı 19. yüzyılın sonlarına rastlamaktadır. Alman hukukunda Medeni Kanunun kabulüne kadar, borç ilişkilerinde borçlu tarafın değiştirilmesi için Roma hukukunu etkisi altında yenileme kurumu kullanılmasına rağmen yenileme, 19. yüzyılın sonlarına kadar borcun üstlenilmesi olarak adlandırılmamıştır⁶¹. Alman hukukunda yenileme, orta çağda şehir hukuklarında ipotek konusu taşınmazların el değiştirmesinde uygulanmıştır. Bu dönemdeki uygulamalarda, ipotekli taşınmazı devralan kişiler, aynı zamanda borçtan doğan sorumluluğu da üzerine almış sayılıyor ve böylece borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucu doğuyordu. Hatta bazı şehir hukuklarında, ipotekli taşınmazın el değiştirmesi halinde alacaklının seçim hakkının olduğu, eski borçlu veya taşınmaz malikinden birisini borçlu olarak seçmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Bu durumda alacaklı yeni taşınmaz malikini seçerse, borçlu da borcundan kurtulmakta ve böylece borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucu doğmaktaydı⁶².

Delbrück tarafından yenilemenin mevcut bir borcu, içermiş olduğu bütün savunma ve itirazlarla sona erdirdiği ve özellikle borcun şartları ve kapsamını değiştirerek yeni bir borç meydana getirdiği için borcun üstlenilmesini

⁵⁹ İspanyol, Portekiz, Şili ve Arjantin gibi ülkelerin Medeni Kanunları Fransız Medeni Kanunu'nun etkisi altında kalmış olan kanunlar olduğundan Fransız hukukunda olduğu gibi özel bir borcun üstlenilmesi kurumuna yer vermemişlerdir. Örneğin 1916 tarihli Breçilya Medeni Kanunu, tam olarak (aynen) Fransız Huk."1.lkunda yer alan borcun yenilenmesi hükümlerini model almış ve takip etmiştir. Bkz., **Briner**, s. 30.

⁶⁰ Bkz., **Maurer**, s. 191 vd.; **Wendt**, s. 20 vd.; **Kornder**, s. 14; **Albert**, s. 2 vd.; **Es-ser/Schmidt**, s. 613 vd.; **Busche/Noack/Rieble**, J. von Staudinger, § 414, N. 1 vd, s. 267 vd; **Strohal**, s. 5 vd.; **Schmidt-Kessel**, s. 282 vd.; **Larenz**, s. 602 vd.

⁶¹ **Maurer**, s. 191 vd.; **Schurter**, s. 6 vd.; **Larenz**, s. 602; **Kornder**, s. 11; **Wendt**, s. 20 vd.

⁶² **Maurer**, s. 192-193.

gerçekleştiremeyeceği ileri sürülmüştür⁶³. Bu görüş diğer Alman hukukçuları arasında geniş yankı bulmuş ve Medeni Kanunda, borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak ve yenilmeden tamamen farklı borcun üstlenilmesi modelinin konulması temel düşünce olarak ortaya atılmıştır. Alman hukukunda borcun üstlenilmesinin Roma hukuku ve diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak yenileme ile gerçekleştirilmesi yerine özel ve bağımsız bir borcun üstlenilmesi kurumunun kabul edilmesinin temelinde yatan asıl düşünce, Alman hukukunun borç kavramına vermiş olduğu anlamdır. Gerçekten de Alman hukukunda borç kavramı Roma hukukunun aksine, alacaklının veya borçlunun kişiliğine bağlı olmadığı için alacaklı ve borçlunun kişiliği borç açısından önemli değildir⁶⁴. Borç, kişinin malvarlığı değerlerine dahil olan pasif bir değer olup, mal varlığına dahil olan diğer değerler gibi her zaman hukuki işlemlerin konusunu ve bu arada devir işleminin de konusunu oluşturabilir⁶⁵.

Delbrück'ün, Alman Medeni Kanununa temel oluşturan bu görüşlerine göre, taraflar arasında mevcut olan borç ilişkisinin kapsamında yer alan dar anlamdaki borçların içeriği değişmeksizin bir başkasına devredilmesi mümkündür⁶⁶. Bu durumda, borç ilişkisinde yer alan sadece tek bir borç içeriği değişmeksizin bir üçüncü kişiye devredildiği için taraflar arasındaki borç ilişkisi aynen varlığını korumaktadır⁶⁷. Ayrıca bu şekilde borcun üstlenilmesi yenilemeye oranla, gerek borçlu, gerek üstlenen gerekse alacaklı bakımından menfaatler dengesine daha uygundur. Çünkü, yenilinede, eski borç tamamen ortadan kalktığı ve onun yerine tamamen yeni bir borç meydana getirildiği için, o borca ilişkin her türlü savunma ve itirazlar ile bağlı haklarda sona ermektedir. Oysa cüzi halefiyet esasının geçerli olduğu borcun üstlenilmesinde ise, muhtevasına uygun düştüğü ölçüde gerek savunma ve itirazlar, gerekse bağlı haklar sona ermemekte, taraflar arasında ileri sürülebilmektedir. Bu görüşler daha sonraki tarihte Alman hukukunda hakim görüş olarak kabul edilip BGB'de bağımsız bir hukuki kurum olarak yerini almış ve nihayet BGB §414 vd. da bütün özellik ve sonuçları ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Alman hukukunda borcun üstlenilmesi farklı şekillerde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki BGB §414'de düzenlenmiş olan üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile gerçekleşen borcun üstlenilmesidir⁶⁸.

⁶³ Bkz., **Hasler**, s. 8-21; **Maurer**, s. 200 vd.; **Schurter**, s. 3 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Meier**, s. 12; **Kornder**, s. 12 vd.; **Wendt**, s. 16

⁶⁴ **Wendt**, s. 3 vd.;

⁶⁵ **Delbrück**, s. 18 vd.; **Maurer**, s. 193 vd.;

⁶⁶ Bkz., **Schurter**, s. 7 vd.; **Delbrück**, s. 10 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd

⁶⁷ Bkz., **Delbrück**, s. 20 vd.; **Maurer**, s. 200 vd.;

⁶⁸ BGB § 414'e göre; "Bir borç, üçüncü kişi ve alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme yoluyla, üçüncü kişinin evvelki borçlunun yerine geçeceği şekilde gerçekleştirilir"

Buna göre, bir borç, üçüncü kişinin evvelki borçlunun yerine geçeceği şekilde alacaklı ile yapacağı bir sözleşme yoluyla nakledilebilir. Borcun üstlenilmesinin ikinci şekli "borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile gerçekleştirilen borcun üstlenilmesi" olarak §415'de düzenlenmiştir⁶⁹. Buna göre, borcun üstlenilmesi üçüncü kişi tarafından borçluyla birlikte kararlaştırılırsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Onay, borçlu veya üçüncü kişinin alacaklıya borcu üstlenmesi konusunda bildirim yaparsa gerçekleşebilir. Ayrıca bu sözleşmeye alacaklı tarafından onay verilene kadar tarafların yaptıkları sözleşmeyi değiştirmeleri veya tamamen ortadan kaldırmaları mümkündür. Alacaklı tarafından söz konusu onay yapılmaz veya reddedilecek olursa borcun üstlenilmesi de gerçekleşmemiş sayılır. Borçlu veya üçüncü kişi, süre tayin ederek alacaklıdan onay talebinde bulunmuşlarsa, onay ancak bu süre sonuna kadar verilebilir; süre içerisinde onay verilmezse bu onayın reddi sayılır. Alacaklı onayını bildirmediği süreçte, tereddüt halinde borcu üstlenen, alacaklının borçluya yönelttiği ifa talebini yerine getirmekle yükümlü olur. Aynısı, alacaklının onayını vermediği durumda da geçerlidir.

8GB §4 16'da, ipotekli taşınmazların el değiştirmesi halinde borcun üstlenilmesine ilişkin özel düzenlemelere⁷⁰, BGB §417'de ise borcun üstlenilmesinin sonuçlarıyla ilgili olarak, borcu üstlenen tarafından kullanılabilecek itiraz ve savunmalara yer verilmiştir⁷¹. BGB §418'de de, borcun üstlenilme-

⁶⁹ 8GB § 414'e göre; "(1) Borç nakli, üçüncü kişi ile borçlu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Ona), ancak borçlu veya üçüncü şahıs tarafından alacaklıya yapılacak borç nakli bildirisinden sonra gerçekleşebilir. Taraflar, alacaklı onayını verene kadar borç naklini değiştirebilir veya iptal edebilirler. (2) Onay verilmemişse, borç nakli gerçekleşmemiş sayılır. Borçlu veya üçüncü kişi, süre tayin ederek alacaklıdan onay beyanı istemişlerse, onay ancak bu süre sonuna kadar verilebilir; onay beyan edilmemişse, bu onayın reddi sayılır. (3) Alacaklı onayını bildirmediği süreçte, tereddüt halinde borcun nakli müteahhidi borçluya karşı alacaklının zamanında alacak talebini yerine getirmekle yükümlüdür. Aynısı, alacaklının onayını vermediği durumda da geçerlidir".

⁷⁰ 8GB §416'a göre; "(1) Taşınmazın alıcısının satıcı ile yaptığı sözleşme (olu) la satıcının taşınmaz üzerinde bulunan ipotek borcunu devralırsa, alacaklı kişi ancak satıcının bildirisi üzerine borç naklini onaylayabilir. Bildiri üzerinden altı ay süre geçmişse ve alacaklı daha önceden satıcıya red beyanında bulunmamışsa onay verilmiş sayılır. § 415/2 hükümleri burada uygulanamaz. (2) Satıcı ancak alıcının taşınmaz maliki olarak tapuya tescili yapıldıktan sonra bildirimde bulunabilir. Bu bildiri yazılı şekle tabi olup, atıcını bildirimden aldıktan sonra altı ay içerisinde red beyanını sunmadığı takdirde borcu üstlenmiş sayılacağı açıkça yer almalıdır. (3) Taşınmaz satıcısı alıcının isteği üzerine alacaklıya borç nakli bildirmek zorundadır. Alacaklının onayını vermemişse, satıcı bunu alıcıya bildirmek zorundadır".

⁷¹ BGB §417'ye göre (1) Borcu üstlenen alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğacak itirazları, alacaklıya yöneltebilir. Borcu üstlenen, borçlunun hakkı olan bir alacak talebini, bunun alacaklıya olan borcu ile takas edemez. (2) Borcu üstlenen borçlu ile kendi arasındaki borç nakline dayanan hukuki ilişkiden doğacak itirazları alacaklıya yöneltemez".

sinin özellikle bu borcu teminat altına alan haklarla borca bağlı haklar üzerindeki etkileri hükme bağlanmıştır⁷².

V. Türk/İsviçre Hukukunda Borcun Üstlenilmesi

İsviçre hukukunda borcun üstlenilmesi Alman hukukunda olduğu uygulamada ve doktrinde uzun tartışma konusu yapılmamıştır. Bunun en büyük nedeni ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlandığı dönemlerde, Alman Medeni Kanununda borcun üstlenilmesinin zaten bağımsız bir hukuki kurum olarak kabul edilmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile, borcun mal varlığına dahil olan diğer unsurlar gibi doğrudan devir işleminin konusunu oluşturabileceği doktrinde ve uygulamada zaten kabul edilmişti. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda, borcun üstlenilmesi bağımsız bir hukuki kurum olarak kabul edilmemiş, o tarihlerde diğer hukuk sistemlerinde de etkili olan Roma hukukunun etkisiyle yenileme kurumu borç ilişkilerinde taraf değişikliklerinde aynen uygulanmıştır⁷³. Ancak 1911 yılında Borçlar Kanununda yapılan revizyonda, 1900 tarihli Alman Medeni Kanununda borcun üstlenilmesi ile ilgili yer alan hükümler çok az farklarla aynen alınmıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu'na borcun üstlenilmesi bağımsız bir hukuki kurum olarak alınmasa da, aslında gerek Borçlar Kanunu gerekse Medeni Kanun'da borcun üstlenilmesinde olduğu gibi tamamen cüzi halefiyet ilkesi kapsamında borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak bazı özel hükümler bulunmaktaydı⁷⁴. Ancak borcun üstlenilmesinin bu özel durumlar için öngörülen uygulama şeklinin dışında genel bir hükümle düzenlenmesi ihtiyacı nedeniyle alacağın devrinden hemen sonra (OR Art. 175 vd.) borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun kabul edildiği dönemde, borcun üstlenilmesi tasarımıyla kullanılabilecek değişik tasarımlar bulunmaktaydı. Ancak mümkün olduğunca, eski teoriler ve özellikle üçüncü kişi lehine sözleşme teorisi hiç dikkate alınmamıştır⁷⁵. Bu nedenle İsviçre kanun koyucusunun tercih etmek duru-

⁷² BGB §418'e göre; "(1) Borcun üstlenilmesi halinde alacak için mevcut olan kefalet ve rehin hakları sona erer. Alacak için mevcut olan ipotek veya gemi ipoteği için de aynı hükümler geçerlidir. Buna karşılık kefil veya ipotek konusu taşınmazın maliki borcun üstlenilmesi sırasında bu üstlenmeyi onaylarsa bu hükümler uygulanmaz. (2) İflasta imtiyaza sahip olan bir alacağa karşılık gelen borcun üstlenilmesi halinde, imtiyazlar üstlenene karşı ileri sürülemez".

⁷³ Eski OR § 142, bkz., **Hasler**, s. 49 vd.

⁷⁴ Örneğin mirasçılardan miras bırakanın borçlarından dolayı ki.illi halefiyet ilkesi gereğince sorumlu olması, ipotekli taşınmazın devri halinde taşınmazı devralan kişinin aynı zamanda borçtan da sorumlu olmayı kabul etmesi veya bir malvarlığı ya da işletmenin devri gibi hallerde özel olarak borcun üstlenilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

⁷⁵ **Hasler**, s. 50 vd. Gerçektende Türk/İsviçre hukukunun borcun üstlenilmesini kabule ederken Alman hukukundan etkilenmekle birlikte Alman hukukundaki düzenlemeleri de

munda olduğu onay teorisi ve sözleşme teorisi olmak üzere iki teori bulunmaktaydı. Kanunun kabul edilmesi sürecinde hazırlanan taslaklar için yapılan görüşmelerde onay teorisinin amaca daha uygun olduğu ileri sürülse de, diğer bazı görüşmelerde de sözleşme teorisine yaklaşılmıştır. Borçlar Kanunu'nun hazırlanan ilk taslağında önemli ölçüde sözleşme teorisine dayanan bir esas kabul edilmiş ise de, komisyonlarda yapılan görüşmelerde Alman Medeni Kanunundaki esaslara dayalı büyük ölçüde onay teorisini esas alan bir düzenleme kabul edildi⁷⁶.

3 Mart 1905 tarihli taslakta⁷⁷, 8GB §414 ve devamı hükümlere benzer şekilde, hem üçüncü kişi ve borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile kararlaştırılan borç üstlenilmesi (Art. 1204/⁸, hem de üçüncü kişi ile alacaklı arasında borçludan habersiz olarak yapılan sözleşme ile (Art. 1207/⁹ borcun üstlenilmesi düzenlenmiştir⁸⁰. Sözleşme teorisine göre borcun üstlenilebilmesi için, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında mutlaka bir sözleşmenin yapılmasını şart koşturmaktadır. Bu nedenle ilk Kanun taslağında böyle bir sözleşme öngörülmediğinden, sözleşme teorisi yerine onay teorisi kabul edilmişti⁸¹. Çünkü ilk taslakta, üstlenenin asıl borçlu ile yaptığı sözleşmeyle borçluyu borçtan kurtarma sorumluluğunu ve alacaklının onaylaması şartıyla da borçlunun yerine geçip alacaklının borçlusu olma sorumluluğunu üstleneceğini hükme bağlamıştı. Ancak bununla borçlu tarafın değişmesi sonucu hemen doğmadığından ayrıca alacaklı ile de bir sözleşmenin yapılması gerekmektedir. Böyle bir sözleşmenin kurulabilmesi için de borçlu

a, nen iktibas etmemiştir. Bu , önü, le borcun üstlenilmesi teorisi bakımından Türk/İsviçre hukuku sistemi, kendi;e özgü bir sistem olarak da kabul edilebilir.

⁷⁶ **Hasler**, s. 49 vd.; **Schurter**, s. 3 vd.; **Meier**, s. 5 vd.

⁷⁷ Bu taslak aynen kabul edilmiş ve 22 Mart 1905 tarihinde İsviçre Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır. Bkz., BBL., 57. Jahrgang 11., Nr. 13, 22 Marz 1905.

⁷⁸ 22 Mart 1905 tarihli, OR Art. 1204'te; "Kim bir borçluya onun borcunu üstlenmeyi vaat ederse, onu borçtan kurtarmayı ve alacaklının onaylaması halinde kendisini onun yerine alacaklının borçlusu) apmayı taahhüt eder. Borçlu borç üstlenilmesi sözleşmesinin temelindeki alacaklı) a karşı sorumluluklarını yerine getirmedikçe, alacaklı borçlu tarafından bu sorumlulukları yerine getirilmesine zorlanamaz" hükmüne yer verilmişti. Bkz. BBL., 57. Jahrgang il., Nr. 13, 22 Marz 1905.

⁷⁹ 22 Mart 1905 tarihli OR. Aıt. 1207'de; "Herhangi bir kişi, alacaklıyla sözleşmeyle başka birinin borcunu şimdiye kadarki borçlunun yerine geçecek şekilde üstlenebilir" hükmüne yer verilmişti. Bkz. BBL., 57. Jahrgang 11., Nr. 13, 22 Marz 1905.

⁸⁰ **Hasler**, s. 51; Ayrıca bkz. BBL., 57. Jahrgang il., Nr. 13, 22 Marz 1905.

⁸¹ Nitekim 22 Mart 1905 tarihli Or. Art. 1205'de; "Borç üstlenilmesi sözleşmesinden başka bir mana anlaşılmadıkça, alacaklı, borçlu ve üstlenenin müşterek teklifleri üzerine üstleneni şimdiye kadarki borçlunun yerine kendi borçlusu olarak kabul edebilir. Üstlenenin borçlu olarak kabulüyle, başka bir anlaşma mevcut değilse, şimdiye kadarki borçlu tüm sorumluluklarından serbest bırakılır. Borcun borçlu tarafından yeni bir devri gerçekleşirse, bu durumda alacaklı -başka bir şey kararlaştırılmazsa ayrılan üstlenenin kabulüne artık yetkili değildir" hükmüne yer verilmişti

ve borcu üstlenenin birlikte ileri sürecekleri bir öneriye (kollektif teklif) ihtiyaç duyulmaktadır. Bu önerinin kabulü ile borçlu borcundan kurtulmakta ve böylece borcun üstlenilmesi gerçekleşmektedir (Art. 1205). Artık bu sözleşme yeni bir sözleşme olup, borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan sözleşmeden tamamen farklı bir niteliği olduğundan onay teorisinin kabul edilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü böyle bir düzenleme, borçlu ve borcu üstlenenin biri ikte ileri sürecekleri bir öneriyi öngördüğünden bu kollektif teklif teorisi olarak kabul edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1905 tarihli taslağında kabul edilen bu düzenleme aslında sözleşme teorisine çok yakındır. 1905 tarihli taslağın komisyonlarda görüşülmesi sırasında bir adım daha ileri gidilmiş ve görüşmelerde onay teorisine kaymalar olmuştur⁸². Nitekim 1 Haziran 1909 tarihli taslak metinde onay teorisi açıkça kabul edilmiş ve alacaklıya, borcu üstleneni borçlu olarak kabul etmesi için yapılacak önerinin yerini, borçlu ve borcu üstlenen tarafından iç üstlenme sözleşmesinin ihbar edilmesi" almıştır. Böylece borcun üstlenilmesi borçlu ile üstlenen arasında yapılan sözleşme ile gerçekleşeceği için alacaklının "kabulünün" Alman Hukuku'nda geçerli olan sözleşmeye onay verilmesinden başka bir şey olmadığı ileri sürülmektedir⁸³.

İsviçre Borçlar Kanunu hazırlık görüşmelerinin son aşamasında 3. taslak metin oluşturulmuş ve bu zamana kadar yapılan tartışmalarda ileri sürülen görüşlerden farklı olarak Alman Hukukuna dayanılmaktan vazgeçilmiş, onay ve kollektif önerileri de tekrar dikkate alınmamış ve tamamen kendine özgü, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte bir sistem benimsenmiştir. Bu sistemde borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı esas alınarak borcun üstlenilmesinin ancak ve ancak bu iki kişi arasında yapılacak sözleşme ile gerçekleşmesi kabul edildi. Böylece sözleşme teorisi üzerine kurulu, amaçlara daha uygun, uygulamadaki ihtiyaçlara cevap verebilecek bir düzenleme yapılarak 1911 yılında kabul edildi. Türk hukukunda da, 818 sayılı Borçlar Kanunu kabul edilirken 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda yer alan borcun üstlenilmesine ilişkin hükümler aynen alınmış ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da (TBK. m. 195-204) aynı esaslar herhangi bir değişiklik yapılmaksızın benimsenmiştir.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. **Hasler**, s.51 vd.

⁸³ **Hasler**, s. 52 vd.; Buna karşılık, İsviçre hukukunda kabule dilen bu düzenleme bir zorbalık olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de *Wendt'e* göre; "Diğer taraftan öneri teorisi anlamında sadece alacaklı ile sözleşme yapılmasını kabul eden İsviçre borçlar hukukunun düzenlemesi, zorbalık olarak anılır, çünkü o, eski borçlunun kurucu etkisini kabul etmez, ancak ihbarı üstlenenin icabı olarak düşünülür ve hatta bir vade koyulmasını öngörür" bkz., **Wendt**, s. 26 ve özellikle dn. 7.

VI. Diğer Hukuk Sistemlerinde Borcun Üstlenilmesi

Diğer hukuk sistemlerinde ve özellikle İtalya'nın son zamanlarda değişikliğe uğramış Medeni Kanununda borcun üstlenilmesine yaklaşıma görülmektedir. İtalyan hukukunda alacaklı değişimi ile borcun üstlenilmesinden açıkça bahsedilmemekle birlikte İtalyan Medeni Kanunu'nun "*novazione sogettiva*" başlıklı 1235. maddesinde "*De/la delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*" başlıklı ve 1268-1276. Maddelerin yer aldığı bölüme atıf yapılmaktadır. Atıf yapılan işlemlerden olan *delegazione* ve *dell'espromissione* borcun yenilenmesini meydana getirmektedirler. Ama bu işlemlerin her birinde sözleşme ile halefiyet ekleme imkanı tanınmıştır. Yeni olarak *dell'accollo*'ya ilişkin 1273. madde konulmuştur. *De/la delegazione* alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasında aktedilen bir sözleşmedir. *Dell'espromissione* ise üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki sözleşmeyle kurulan borcun üstlenilmesini ifade etmektedir. Kanunda yer alan bu durumların hepsinde borca katılmanın varlığı kabul edilmekte ve asıl borçlunun borcundan kurtulması için açıkça bir anlaşmanın varlığı gerekmektedir. Bu düzenleme taraflara bağlı haklar ile savunmaları da devredip devretmeme konusunda sözleşmeye hüküm koyma yetkisi tanımaktadır. Ancak bunun için mutlaka sözleşmede hüküm yer alması gerekir. Kanun koyucu, sözleşmede hüküm bulunması şartıyla bu hakkı tanımaktadır. Borca teminat veren kişilerin ise, onay vermemeleri halinde teminat borcundan kurtulacakları kabul edilmektedir⁸⁴.

1928 yılında değiştirilmiş olan Meksika Medeni Kanunu'nun 2051-2057 maddeleri arasında "*cesion de deudas*"ı kabul etmiştir. Bu kurumda İtalyan hukukunun tam tersine İsviçre Borçlar Kanunu 'na bir yakınlık görülmektedir. Anılan kuruma ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerde borcun devrine ilişkin sözleşmenin asıl borçlu ile üstlenen arasında mı yoksa üstlenen ile alacaklı arasında mı kurulacağı açıkça söylenmemiştir. Bu nedenle uygulamada her ikisinin de borcun devri sonucunu doğuracağı kabule dilmektedir. Ancak borcun üçüncü kişiye devredilebilmesi için her durum ve koşulda alacaklının onay vermesi gerektiği kabule dilmektedir (m. 2051). Alacaklının yapılan ifayı kabul etmesi onay sayılmaktadır (m. 2052). Alacaklıya ona için verilen süre içerisinde onayın verilmemesi halinde bu isteğin reddedildiği kabul edilmektedir (m. 2054). Üstlenen kişinin ödeme gücünün olmaması durumunda alacaklı asıl borçluya aksi kararlaştırılmadığı sürece hak ileri sürememektedir (m. 2053). Bağlı hakların devri ve savunmalar m. 2055 - 2056 da düzenlenmiştir. Burada yer alan hükümler Türk/İsviçre hukukundaki düzenlemelere uymaktadır⁸⁵.

⁸⁴ Bkz., **Birner**, s. 30-31.

⁸⁵ Bkz., **Briner**, s. 32.

İkinci Bölüm

GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ VE BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§3. GENEL OLARAK BORCUN ÜSTLENİLMESİ

Borcun üstlenilmesi, bir borç ilişkisinde bu ilişki aynen kalmak kaydıyla, sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran ve bu yönüyle de borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açan bir hukuki kurumdur⁸⁶. TBK. m. 195 vd. nda borcun üstlenilmesi konusunda yer alan hükümler olağan bir borç ilişkisinde sözleşmeye dayalı olarak borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerdir⁸⁷. Bu nedenle bazı özel kanunlarda düzenlenen ve kanundan doğan borcun üstlenilmesini konu edinen borç üstlenilmeleri kendi özel hükümlerine tabi hukuki kurumlardır.

Bir borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi esas itibariyle iki aşamada gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki borcu üstlenen üçüncü kişi ile borçlu arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesidir⁸⁸. Buna göre, borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmektedir (TBK. m. 195/1). Borçlu iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yüküm-

⁸⁶ Eren, s. 1247 vd.; Kılıçoğlu, s. 788 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Schwenger, s. 561; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 8, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75-76; Berger, s. 808; Becker, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; Oser/Schönenberger, s. 1017; von Tuhr/Escher, s. 382; Hasler, s. 11 vd.; Meier, s. 1 vd.; Heckelmann, s. 1 vd.; Schurter, s. 6 vd.; Honsell, Art. 175, N. 1, s. 679; Oğuzman/Öz, C. II, s. 585 vd.; Akıncı, s. 283 vd.; Tunçomağ, s. 1123 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 268 vd.; von Tuhr, s. 882 vd. Reisoğlu, s. 469 vd.; Medicus/Lorenz, s. 378-379; Esser/Schmidt, s. 613 vd.; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. 1 vd, s. 267 vd.; Strohal, s. 5 vd.; Schmidt-Kessel, s. 282 vd.; Larenz, s. 602 vd.

⁸⁷ Kanundan dolayı borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran özellikle külli halefiyet halleri burada düzenlenmemiş olup, ilgili özel kanunlarında yer almaktadır. Bkz., von Tuhr, s. 882 vd.; Eren, s. 1247 vd.; Kılıçoğlu, s. 788 vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 585 vd.; Tunçomağ, s. 1123 vd.; Reisoğlu, s. 469-470.

⁸⁸ Keller/Schöbi, s. 74; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 1, s. 393, Eren, s. 1243-1244; Schwenger, s. 560; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 272-273; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 1, s. 848; Becker, Art. 175, N. 1-2, s. 814; Esser/Schmidt, s. 613 vd.; Busche/Nonck/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. 1 vd, s. 267 vd.; Strohal, s. 5 vd.; Schmidt-Kessel, s. 282 vd.; Larenz, s. 602 vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 587 vd.; Akıncı, s. 283; Tunçomağ, s. 1125 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 269 vd.; von Tuhr, s. 883 vd. Reisoğlu, s. 470-471.

lülüğünü yerine getinmesini isteyemez. Ayrıca, borçlu, borcundan kurtarılmamışsa, borcu üstlenen üçüncü kişiden güvence isteyebilmektedir. Borcun üstlenilmesinin ikinci aşaması ise borcun dış üstlenilmesi ile gerçekleşmektedir⁸⁹. Buna göre, borçlunun yerine yeni bir borçlunun geçmesi ve böylece borçlunun borcundan kurtulması borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılacak sözleşme ile mümkündür. İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi de borcu üstlenen ile alacaklı arasında kurulacak dış üstlenme sözleşmesine ilişkin öneri anlamına gelir. Alacaklının kabulü ise açık veya örtülü olabilir. Alacaklının herhangi bir çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul etmesi veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza göstermesi borcun üstlenilmesini kabul ettiği anlamına gelmektedir (**TBK. m. 196**). Diğer taraftan borcun üstlenilmesine ilişkin önerinin alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilmesine rağmen, üstlenen veya önceki borçlunun kabul için bir süre koyması her zaman mümkündür. Alacaklı bu sürenin bitimine kadar kabul beyanında bulunmaz veya susarsa, öneri reddedilmiş sayılır. Ayrıca, önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin olarak alacaklıya öneride bulunulursa, ilk öneride bulunan kişi de önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır (**TBK. m. 197**).

Borcun üstlenilmesinin en önemli sonucu, üstlenmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurmaya başladığı andan itibaren borçlunun borcundan kurtulması ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişi borçlu sıfatını kazanmasıdır⁹⁰. Borcun üstlenilmesi sonucunda alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır. Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder (**TBK. m. 198**)⁹¹. Üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı

⁸⁹ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 275; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 1-2, s. 851; Schwenger, s. 561-562; Keller/Schöbi, s. 76-77; von Tuhr/Escher, s. 383-384; Oser/Schönenberger, s. 1019; Becker, Art. 176, N. 1, s. 819; Eren, s. 1247; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 592 vd.; Akıncı, s. 284-285; Tunçomağ, s. 1127 vd.; von Tuhr, s. 885 vd. Reisoğlu, s. 471-472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 272 vd.; Esser/Schmidt, s. 613 vd.; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. 1 vd, s. 267 vd; Strohal, s. 5 vd.; Schmidt-Kessel, s. 282 vd.; Larenz, s. 602 vd.

⁹⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 278; Schwenger, s. 563; BGE 121 ili 256; Honsell, A11. 176, N. 7; s. 683; Becker, Art. 178, N. 1, s. 824; Eren, s. 1250; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 598 vd.; Akıncı, s. 284-285; Tunçomağ, s. 1132 vd.; von Tuhr, s. 892 vd. Berger, s. 802; von Tuhr/Escher, s. 389; Keller/Schöbi, s. 80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 276 vd.

⁹¹ von Tuhr/Escher, s. 393; Becker, Art. 178, N. 6, s. 826; Oser/Schönenberger, s. 1029; Hasler, s. 92; Eren, s. 1251; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 600 vd.; Akıncı, s. 284-285;

yeni borçluya geçer ve dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça yeni borçlu alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunamaz. Ayrıca yeni borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez (TBK. m. 199).

Alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan dış üstlenme sözleşmesinin sonradan geçersiz hale gelmesi halinde iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürmektedir. Ayrıca borcu üstlenen, üstlenme sözleşmesinin geçersiz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklene-meyeceğini ispat etmedikçe alacaklının önceden sağlanmış güvenceyi yitir-mesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararları tazminle yükümlüdür⁹².

§4. BENZER HUKUKİ KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

/ . Alacağın Devri İle Karşılaştırılması

Borcun üstlenilmesinin, bir borç ilişkisinde, borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurduğu için uygulamada ve doktrinde alacağın devrinin karşılığını oluşturduğu ileri sürülmüş⁹³ olsa da, aslında tam olarak karşılığını oluşturduğunu söylemek mümkün değildir⁹⁴. Gerçekten de, her şeyden önce borcun üstlenilmesi borç ve borç ilişkisi aynı kalmak üzere sadece borçlu taraf değişmesi sonucunu doğurmakta iken, alacağın devri alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğurmaktadır⁹⁵. Aynı şekilde alacağın devri alacaklı ve alacağı devralan üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşmekte olup, borçlunun katılması veya rızası aranmamaktadır. Buna karşılık borcun üstlenilmesi ise sadece alacaklının rızası ile mümkündür. Çünkü borç ilişkisi alacaklının borçluya güvenine dayanan bir ilişkidir. Alacaklı, borç ilişkisi kurulduktan sonra, hiç tanımadığı ya da düşünmediği bir borçluyla bu ilişkiyi devam ettirmek istemez. Bu nedenle, borcun üstlenilmesi sadece

Tunçomağ, s. 1133 vd.; **von Tuhr**, s. 896-897; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 277.

⁹² Burada TBK. m. 112'deki genel hüküm uygulanmazdır. Yani, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

⁹³ **Berger**, s. 800; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 272; **Schwenzer**, s. 559; **Tunçomağ**, s. 1123 vd.; **Schmidt**, s. 68 vd.

⁹⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz., **Kocaman**, s. 15 vd.; **Hasler**, s. 11 vd.; **Joussen**, N. 1306; **Krüger**, § 414, N. 2, s. 2563; **Maurer**, s. 1 vd.; **Schmidt**, s. 68 vd.

⁹⁵ Bkz., **Dayınlı**, s. 222 vd.; **Eren**, s. 1238 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu**, s. 250 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 774 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 562 vd.; **Akıncı**, s. 281 vd.; **Tunçomağ**, s. 1097 vd.; **von Tuhr**, s. 851 vd..

alacaklının yeni borçluyu kabul etmesini ve onunla borcun üstlenilmesi sözleşmesini yapmasını zorunlu kılmaktadır.

Alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi arasında devir sözleşmesinin yapılması ile birlikte alacak devredilmekte ve böylece alacaklı tarafın değişmesi sonucu doğmaktadır (TBK. m. 183)⁹⁶. Buna karşılık, borcun üstlenilmesinde borçlu ile borcu üstlenecek üçüncü kişi arasında borcun üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması borçlu tarafın değişmesi için yeterli değildir. Bunun için ayrıca üçüncü kişi ile alacaklı arasında bir sözleşmenin yapılması gerekir ki, borcun üstlenilmesi ve borçlunun borcundan kurtulması ancak bu sözleşme ile mümkündür (TBK. m. 196/I). Alacağın devri ile borcun üstlenilmesi arasındaki diğer önemli bir farklılık da, alacak veya borcun kapsamı ile ilgilidir. Gerçekten de, alacaklı alacağın bir kısmını devredip, kalan kısım için alacaklı sıfatını taşımaya devam edebilirken, borçlunun borcunun bir kısmının üstlenilmesi ve kalan kısım için borçlu sıfatının devam etmesi kabul edilmemektedir⁹⁷. Başka bir ifade ile alacağın kısmi devri mümkün iken, borcun kısmi üstlenilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan alacağın devri sözleşme ile yasaklanabilirken, borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklanamayacağı kabul edilmektedir⁹⁸. Alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi arasında yapılacak olan devir sözleşmesi adi yazılı şekle tabi iken (TBK. m. 184), borcun üstlenilmesi sözleşmesi kural olarak şekle bağlı değildir. Ancak iç üstlenme sözleşmesinin ivazsız olarak yapılması halinde bir bağışlama sözü verme söz konusu olduğundan bu sözleşmenin de adi yazılı şekilde yapılmaktadır. Üstlenilen borca ilişkin sözleşme şekle tabi bir sözleşme olsa bile, dış üstlenme sözleşmesi şekle tabi olmaksızın yapılabilmektedir.

Alacağın devredilmesinin bir sonucu olarak borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürme

⁹⁶ **Tunçomağ**, s. 1097 vd; **Becker**, Art. 178, N. 1, s. 824; **Dayınlarh**, s. 222 vd.; **von Tuhr**, s. 851 vd.; **Eren**, s. 1238 vd.; **Tekinay/akman/Burcuoğlu**, s. 250 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 774 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 562 vd.; **Akıncı**, s. 281 vd.

⁹⁷ **Bkz.**, **Meier**, s. 2; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **Wendt**, s. 33; **Berger**, s. 804; **Keller/Schöbi**, s. 75; **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Tunçomağ**, s. 1124 ve 1183 vd.; Ayrıca bkz., 4. HD., T. 11.02.1980, E. 1979/10289, K. 1980/01626.

⁹⁸ **Bkz.**, **Hasler**, s. 75; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020; Her ne kadar doktrinde borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklanamayacağı ileri sürülmüş olsada, üstlenmenin yasaklanmasının aslında bu kuralın muhtebası ile uyumlu olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Örneğin, alacaklı (A) ile borçlu (B) arasındaki bir borç ilişkisinde (Ü)'nün (B)'nin (A)'ya olan borcunu üstlenmek istediğini ancak (A) ile (B) arasında da borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklandığını varsayalım. Bu durumda (Ü)'nün zaten tek taraflı bir irade ile borcu üstlenmesi mümkün değildir. Önce (B) ile iç üstlenme sözleşmesi, sonrada (A) ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak suretiyle, alacaklı ve borçlunun rızaları ile ancak bu borcu üstlenebileceği düşünülürse, üstlenmeye rıza gösteren (A) ve (B)'nin artık önceden kararlaştırdıkları üstlenme yasağından vazgeçtikleri anlamına gelecektir.

hakkına sahiptir. Ayrıca alacağın devri ile birlikte, devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçmektedir (TBK. m. 189). Borcun üstlenilmesinde ise, üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, yeni borçluya geçmekle birlikte kural olarak borcu üstlenen alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunamaz (TBK. m. 199). Ayrıca, borçlu değişmiş olsa bile, alacaklının borçlunun kişiliğine özgü olanlar dışındaki bağlı hakları saklı kalır. Bununla birlikte borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam eder. Alacağın devrinde devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik haklarının da devralana geçeceğine ilişkin kanuni hüküm bulunmasına rağmen, borcun üstlenilmesinde öncelik haklarına ilişkin hüküm bulunmaması bu konuda değişik yorumların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Alacağın devri, bir borcun ifası, bir alacağın tahsili, veya bağışlanması ya da teminat amaçlı olarak gerçekleştirilebilmektedir. Buna karşılık borcun üstlenilmesi bir borcun ifası veya bağışlama amacı ile yapıldığından özellikle teminat amaçlı üstlenme söz konusu değildir.

11. Yenileme İle Karşılaştırılması

Bir borcun yerine yeni bir borcun geçmesi suretiyle eski borcun sona ermesi şeklinde ifade edilen yenileme (*tecdit=novatio*), borç ilişkisinde sadece borcun değişmesi sonucunu doğuran bir hukuki kurumdur⁹⁹. Başka bir ifade ile eski borç sona ermekte bunun yerini yeni bir borç almaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle, yenileme kural olarak bir borç ilişkisinde taraflarda değil, sadece borç ilişkisinin konusunu oluşturan "*borçta*" değişiklik meydana getirmektedir¹⁰¹. Ancak, istisnaen yenilme sözleşmesi ile borç ilişkisinin borçlusu veya alacaklısı yerine yeni bir kişinin konulması da mümkündür¹⁰². Yenileme

⁹⁹ Bkz., Yücer, s. 234 vd.; Schurter, s. 81 vd.; Wendt, s. 55 vd.; Paulsen, s. 10 vd.; Tunçomağ, s. 1124; Koyuncuoğlu, s. 49 vd.; Hasler, s. 13 vd.; Kornder, s. 70 vd.; Heckelmann, s. 17; Schönrock, s. 8; Friedrich, s. 33 vd.; Deppeler, s. 20; von Tuhr, s. 653 vd.; Eren, s. 1263 vd.; Kihçoğlu, s. 814 vd.; Akıncı, s. 295; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 989 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 559 vd.

¹⁰⁰ Wendt, s. 55 vd.; Paulsen, s. 10 vd.; Eren, s. 1263; von Tuhr/Escher, s. 381 vd.; Yücer, s. 234 vd.; Schurter, s. 81 vd.; Tunçomağ, s. 1124; Koyuncuoğlu, s. 49 vd.; Hasler, s. 13 vd.; Kornder, s. 70 vd.; Heckelmann, s. 17; Schönrock, s. 8; Friedrich, s. 33 vd.; Deppeler, s. 20; von Tuhr, s. 653 vd.; Kihçoğlu, s. 814 vd.; Akıncı, s. 295; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 989 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 559 vd.

¹⁰¹ Bu "gerçek yenileme" veya "objektif yenileme" kavramı ile de anılmaktadır. Bkz., Tunçomağ, s. 1183.

¹⁰² Bu durum "kişisel yenileme" veya "sübjektif yenileme" kavramları ile de anılmaktadır. Bkz., Tunçomağ, s. 1183. Wendt, s. 55 vd.; Paulsen, s. 10 vd.

aslında dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olmasına rağmen, Alman hukukunda geniş anlamda borcu, yani borç ilişkisini sona erdiren bir neden olarak kabul edilmektedir. Hatta Fransız hukukunda yenileme, mevcut borcun tarafları arasında eski borç ilişkisi yerine bir yenisinin geçirilmesi veya borcun taraflarından birinin borçtan kurtarılıp, bir yenisinin borç ilişkisine katılması olarak kabul edilmektedir (CC Art. 1271). Bu durum yenilemeyi borç ilişkisinde taraf değişiklikleri sonucunu doğuran alacağın devri ve borcun üstlenilmesine yaklaştırmış olsa da yenilme, alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran alacağın devrinden ve borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesinden tamamen farklıdır. Çünkü taraf değişikliği şeklinde gerçekleştirilen yenilemede mevcut borç sona ermekte ve eski borçlu ile yeni alacaklı veya eski alacaklı ile yeni borçlu arasında yeni bir borç doğmaktadır¹⁰³. Fakat doktrinde ve özellikle Alman Hukukunda bazı yazarlar borcun üstlenilmesinin hukuki niteliğini açıklarken, bu kurumu tamamen yenilmenin bir değişik şekli gibi izah etmek suretiyle, yenileme teorisi adı verilen bir teoriyi savunmuşlardır¹⁰⁴.

Yenilemenin en önemli unsuru, taraflar arasında yapılan yenileme sözleşmesi soncunda eski borcun sona ermesi ve eski borçtan tamamen bağımsız ve hukuken geçerli yeni bir borcun meydana getirilmesidir¹⁰⁵. Yeni borç meydana getirilirken tarafların değişip değişmemesinin bir önemi yoktur; önemli olan eski borcun sona ermesi ve bunun yerine yeni bir borcun meydana getirilmesidir. Oysa borcun üstlenilmesinde, taraflar arasındaki dar veya geniş anlamda borç aynı kalarak herhangi bir değişikliğe uğramaksızın sadece borçlu tarafın değişmesi sonucu doğmaktadır. Bu bakımdan yenileme ve borcun üstlenilmesi, birbirinden tamamen ayrı ve farklı amaçlara hizmet eden hukuki kurumlardır. Borcu üstlenen kişinin hukuki konumu borçlunun üstlenilen borcuna uygundur. Borcun varlığı ve içeriği borcun üstlenilmesi ile değişmez aynı kalır¹⁰⁶. Bu durumda borcun üstlenilmesi borcun yenilen-

¹⁰³ **Tunçomağ**, s. 1183; **Paulsen**, s. 10 vd; **Wendt**, s. 56-57; **Yücer**, s. 236; **Meier**, s. 12; **Berger**, s. 805 vd.; Ayrıca bkz., BGE 107 il 479.

^{104.1} Bu teori özellikle *Sohm* tarafından ortaya atılmış ve *Strohal* tarafından savunulmuştur. Bu konuda geniş bilgi için bkz., **Heckelmann**, s. 17 vd.; **Paulsen**, s. 10 vd.; **Wendt**, s. 56-57; **Meier**, s. 12; Bu teoride ileri sürülen görüşler doğrultusunda özellikle Roma hukukunun etkisi altında borcun üstlenilmesinin altında bir pasif yenileme (= *Passivnovation*) olduğu ileri sürülmüştür. Bkz., **Hasler**, s. 72-73. Hatta, alacaklı ve üstlenen arasında yukarıda açıklanan nitelikte bir yenileme sözleşmesi olmadan sadece borcun üstlenilmesi sözleşmesi aracılığıyla bir borç üstlenilmesinin imkansız olduğu ifade edilmiştir. Bkz., **Kornder**, s. 70.

¹⁰⁵ Borcun üstlenilmesinde bir yenilemenin değil, borca halefiyetin söz konusu olduğu hakkında görüşler için bkz., **Kornder**, s. 74, 81 vd.

¹⁰⁶ Bkz., BGE 121111 256.

mesinden ayrılmaktadır¹⁰⁷. Havale yapan ile kendisine havale yapılan arasındaki ilişkinin içeriğinde yapılan değişiklikler, onun karakterine bir müdahale oluşturmadığı için, yenileme etkisi yoktur¹⁰⁸. Aynı şekilde bir müteselsil borçlunun borç yükümlülüğünden çıkarılması durumunda ve borç yükümlülüğünün tek basına diğer müteselsil borçlu tarafından üstlenilmesi durumunda da yine yenilenmeden bahsedilmez¹⁰⁹.

III. Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme İle Karşılaştırılması

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede borçlu, alacaklıya kendi edimini değil, bir üçüncü kişinin edimini taahhüt etmekte, üçüncü kişinin edimini ifa etmemesinin riskini, yani, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zarar giderme yükümlülüğünü üstlenmektedir (TBK. m. 128)¹¹⁰. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede borçlu, kendisine ait bir borcu başkasına ifa ettirmeyip, üçüncü kişinin belirli bir davranışta bulunacağını veya bir verme borcunu ifa edeceği garantisini verip taahhütte bulunmaktadır¹¹¹. Bu nedenle üçüncü kişinin fiilin, üstlenmede borçlunun borcu, üçüncü kişinin kendi edimini ifa etmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olup, borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bu sözleşmenin en önemli özelliği ise, sözleşme ile üstlenilen edimin ifasının borçlu tarafından değil de, borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilecek olmasıdır. Başka bir ifade ile, borçlu alacaklıya karşı üçüncü bir kişinin bir davranışta bulunacağına ilişkin bir taahhütte bulunmaktadır. Buna karşılık, kendisine taahhütte bulunulan kişi, taahhütte bulunan ile aralarındaki sözleşmeye dayanarak üçüncü kişiden ediminin ifası için talepte bulunamaz¹¹². Ancak üçüncü kişinin edimini ifa etmemesi halinde, taahhütte bulunan taraf, taahhütte bulunulandan bu yüzden uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır. Çünkü TBK. m. 128 gereğince üçüncü kişinin fiilini üstlenen kişinin borcu, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı tazmin etmekten ibaret olup, gerçekleşmeyen davranışı taahhüt edilene karşı ifa etmek değildir. Bu nedenle doktrinde, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin, garanti sözleş-

¹⁰⁷ *Schurter'e* göre yenileme, mevcut bir borcu yok etmeye, borcun üstlenilmesi ise mevcut bir borcu yaşatmaya hizmet eden hukuki kurumlardır. Bu nedenle yenilemenin, borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi sonucunu doğurması hukuken imkansızdır. Bkz., **Schurter**, s. 81 vd.

¹⁰⁸ Bkz., BGE 107/11 479.

¹⁰⁹ Bkz., BGE 60 II 332; **Berger**, s. 805.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Kayak**, s. 23 vd.; **Eren**, s. 1533 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 228 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 403 vd.

¹¹¹ Bkz., **Eren**, s. 1153-1154; **Tekinay/Akınan/Burcuoğlu/Altop**, s. 228; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 405; **Kavak**, s. 40 vd.

¹¹² **Eren**, s. 1158; **Kılıçoğlu**, s. 784-785.

mesinin özel bir şeklini oluşturduğu savunulmaktadır¹¹³. Üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle, taahhütte bulunan, diğer tarafa ödediği tazminatı aralarındaki hukuki ilişki gereğince şartları varsa vekaletsiz işgörme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince rücu eder.

Borcun üstlenilmesi ise, borçlunun borcunu, onun yerine geçen üçüncü bir kişi üstlenmekte, böylece kendisi borçtan kurtulmak suretiyle taraf değişikliği gerçekleşmektedir. Borcun üstlenilmesi gerçekleştikten sonra, borçlu taraf değiştiği ve dolayısıyla borçlu borcundan kurtulduğu için borcu üstlenen kişi borcu gereği gibi ifa etmediğinde, alacaklının borçluya başvurusu mümkün değildir¹¹⁴. Alacaklı borcun üstlenilmesiyle birlikte borçlunun sorumluluğuna son vererek onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin borçlu olmasını kabul etmektedir. Başka bir ifade ile alacaklı, üçüncü kişi tarafından borcun üstlenilmesini kabul etmekle, üçüncü kişinin hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde borçluya karşı bir hak ileri süremeyeceğini bilmektedir. Buna karşılık, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ilişkin sözleşme, taahhüt edilenle taahhüt eden arasında yapılan ve bir üçüncü kişinin belirli bir davranışta bulunacağı taahhüdünü içeren bir sözleşme olduğu için, borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi gibi bir soncun doğması da mümkün değildir. Başka bir ifade ile, borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşmede üçüncü kişi, borçlunun borç ilişkisinden çıkarılarak onun yerine kendisinin geçmesini ve dolayısıyla alacaklı karşısında borçlu olarak sadece kendisinin yer almasını amaçlamaktadır. Borcu üstlenen üçüncü kişi borçlunun yerine geçip onun borcunun ifasını borçlanırken, üçüncü kişinin fiilini üstlenen, üçüncü kişi için taahhüt edilen davranışın gerçekleşmemesi halinde kendi borcunu ifa etmektedir¹¹⁵.

IV. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme İle Karşılaştırılması

TBK. m. 1 29'a göre, kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Kanunda yer alan bu hükümden de anlaşılacağı üzere, bir borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya değil de, bir üçüncü kişiye ifa ile yükümlü olduğu hallerde, üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilmek-

¹¹³ Bkz., **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 406 vd.; **Akıncı**, s. 259 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 784-785; Garanti sözleşmesi Türk Borçlar Kanununda düzenlenen bir sözleşme değildir. Kendine özgü yapısı olan bu sözleşme) e TBK. m. 128'de düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Bkz., **Eren**, s. 1154 vd..

¹¹⁴ **Becker**, Art. 178, N. 1, s. 824;

¹¹⁵ Üçüncü kişinin fiilini üstlenme TBK. m. 1 28'de; "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle) Ukümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir" şeklinde düzenlenmiştir.

tedir¹¹⁶. Başka bir ifade ile alacaklı (vaad ettiren) ile borçlu (vaad eden) arasında, sözleşmenin tarafı olmayan bir UçUncU kişi yararına bir edimin ifası kararlaştırılmaktadır. Bu sözleşmede vaad eden, vaad ettirene borç ilişkisinden doğan borcunu üçüncü kişiye ifa etmeyi taahhüt etmektedir. Üçüncü **kişi** yararına sözleşme ile i.lçi.lncU kişiye, vaad eden tarafından yapılacak ifayı sadece kabul yetkisi yanında ayrıca ifayı borçludan talep edebilme yetkisi de verilebilmektedir. Üçüncü kişiye, ifayı borçludan talep edebilme **yetkisinin** verildiği hallerde ise tam üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusudur¹¹¹.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin en önemli özelliği, alacaklı ve borçlu arasında yapılan sözleşme ile üçüncü kişi lehine bir menfaatin kararlaştırılmasıdır¹¹⁸. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bu menfaatin mutlaka malvarlığına ilişkin bir menfaat olması gerekmez¹¹⁹. Bu menfaat üçüncü kişinin malvarlığının aktifini arttırma yönünde gerçekleşebileceği gibi, malvarlığının pasifinin azaltılması yönünde de gerçekleşebilmektedir. Üçüncü **kişi** yararına sözleşmenin bu özelliği nedeniyle, borcun üstlenilmesinin hukuki niteliği itibariyle üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğu düşüncesine dayalı bir teori de savunulmuştur¹²⁰. Üçüncü kişi yararına sözleşme ile borcun üstlenilmesi arasında bir bağlantı kurulması, borcun üstlenilmesinin borçlu bakımından kurtarıcı bir etki yaratmasına dayandırılmaktadır. Gerçekten de borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile borçlu borcundan kurtulmakta ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişi geçmektedir. İşte bu noktada borçlunun borcundan kurtarılması onun yararına bir menfaatin sağlanması söz konusu olduğundan, borcu üstlenenle alacaklı arasındaki sözleşme, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak kabul edilmiştir. Ancak borcun üstlenilmesi tamamen farklı bir hukuki kurum olup, üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklanamaz. Öncelikle borcun üstlenilmesi ve üçüncü kişi yararına sözleşme farklı amaçlara hizmet eden birbirlerinden bağımsız iki ayrı kurumdur. Bu nedenle bu iki kurumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan, özellikle tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin konusunu oluşturan edimin ifasını

¹¹⁶ Bkz., **Akyol**, s. 9 vd.; **Eren**, s. 1141-1142; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 218 vd.; **von Tuhr**, s. 716 vd.; **Akıncı**, s. 260 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 436 vd.

¹¹⁷ Bkz., **Eren**, s. 1146; **Akyol**, s. 10-11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 218 vd.; **von Tuhr**, s. 716 vd.; **Akıncı**, s. 260 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 436 vd.

¹¹⁸ Üçüncü kişi yararına sözleşme TBK. m. 1 29'da; "Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdi..1en sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez" şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹⁹ Bu tartışmalar için bkz., **Akyol**, s. 12 vd.

¹¹⁰ Bkz., **Wendt**, s. 13-33.

talep edebilme hak ve yetkisine sahiptir¹²¹. Oysa borcun üstlenilmesi için alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, borçlunun yerini borcu üstlenen alır ve borçlu sadece borcundan kurtulur. Buna karşılık herhangi bir hak veya yetkiye sahip olmaz.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin alacak hakkını kazanmasına rağmen, borç ilişkisinde taraf sıfatına sahip olmaması ve vaad ettirenin "alacaklı taraf" olmaya devam etmesi nedeniyle alacak hakkı dışında doğan diğer bütün hakların vaad ettirene ait olduğu kabul edilmektedir¹²². Oysa borcun üstlenilmesinde borçlunun kişiliğine bağlı olanlar dışındaki her türlü savunma hakları ile bağlı haklar, borcu üstlenene geçmektedir. Ayrıca, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede borcun ifası hem üçüncü kişi, hem de vaad ettiren tarafından talep edilebilmektedir. Bu talebe rağmen borçlu tarafından üçüncü kişiye ifade bulunulmazsa hem vaad ettiren hem de üçüncü kişi bu yüzden uğradıkları zararların tazminini gerek birlikte gerekse birbirinden bağımsız olarak talep edebilirler. Buna karşılık, borcun üstlenilmesinde üstlenen üçüncü kişi tarafından borcun ifası sadece alacaklı tarafından talep edilebilir ve ifanın gerçekleşmemesi halinde sadece alacaklı uğradığı zararların tazminini talep edebilir. Tüm bu nedenlerle, borcun üstlenilmesi ile üçüncü kişi yararına sözleşmenin birbirinden ayrı ve bağımsız kurumlar olduğu söylenebilir¹²³.

¹²¹ Eren, s. 1146; Akyol, s. 10-11.

¹²² Bu haklar özellikle yenilik doğuran haklar ile savunmalar ve itirazlardan oluşmak."tadır. Bkz., Eren, s. 1149.

¹²³ Borcun üstlenilmesi ile üçüncü kişi yararına sözleşme arasında bir bağ kurup, hatta borcun üstlenilmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklayan görüşler esas itibariyle ipotekli taşınmazın devri halinde borcun da alıcı tarafından üstlenilmesi için üçüncü kişi yararına sözleşmenin şart olduğunu kabul etmektedirler. Çünkü bu düşünceye göre ipotekli taşınmazın devri halinde ipoteğin teminat altına aldığı borcun üstlenilmesi, öncelikle üçüncü kişi lehine sözleşme ile mümkündür. Bundan dolayı alacaklı, üstlenene karşı kendi hakkı dolayısıyla değil, aksine borçlu ile borcu üstlenen arasındaki sözleşmeden dolayı ifayı talep etme hakkına sahiptir. Bu durum borcun üstlenilmesinin üçüncü kişi yararına bir sözleşme olduğunu göstermektedir. Borcu üstlenen alacaklıya karşı kendisinin borçlu ile aralarındaki sözleşmeden doğan bütün savunma ve itirazlarını ileri sürbilmektedir. Ancak alacaklı lehine borçlu sözleşmesi ile henüz borçtan kurtuluşu gerçekleşmez. Alacaklı daha ziyade önceden olduğu gibi kendisi ile sözleşmesi bulunana müracaat edebilir ve ilaveten borçlu sözleşmesinden doğan hakkı sebebiyle üstlenene müracaat edebilir. Eğer alacaklı, borçlunun talebi üzerine üstleneni yeni borçlu olarak kabul ettiğini beyan etseydi ve bu beyana borçlunun borçtan kurtulması bağlanmış olsaydı, üçüncü kişi lehine sözleşme yardımı ile de eski borçlu lehine borçtan kurtarılma etkisi meydana getirilmiş olurdu. Ancak alacaklıya bu işleme onay verip vermediği her zaman sorulmaz. Buna karşılık, borçlu ile borcu üstlenen arasında alacaklı yararına yapılan sözleşmede borcun devri etkisi bulunduğu için alacaklının katılması veya en azından fikrinin alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz., Wendt, s. 13-14.

V. Söz/eşmenin Devri ile Karşılaştırılması

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (TBK. m. 205)¹²⁴. Sözleşmenin devrinde, bir borç ilişkisindeki münferit bir borcun borçlusunun değişmesi değil, borç ilişkisinde borçlu veya alacaklı tarafın tamamen değişmesi söz konusudur. Başka bir ifade ile borcun üstlenilmesinde borç ilişkisindeki sadece borçlu taraf değişmekte iken, sözleşmenin devrinde borç ilişkisindeki borçlu taraf değişmekte ve sözleşmeden doğan bütün hak ve yükümlülükler yeni borçlu ile devam etmektedir¹²⁵. Sözleşmeyi devralan kişi, sadece sözleşmeyi devreden kişinin taraf sıfatını kazanmayıp, aynı zamanda sözleşmede yerine geçtiği kişinin hukuki statüsünü de kazanmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin devri suretiyle sözleşmeye giren kişi, sözleşmeden ayrılan tarafın sahip olduğu hak ve borçlara sahip olur. Oysa borcun üstlenilmesinde üçüncü kişi sadece borcu üstlenmekte ve alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisi varlığını korumaktadır¹²⁶. Örneğin A'nın dairesini 1 yılına K'ya kiralaması halinde, bir aylık kira bedelinin Ü tarafından üstlenilmesi halinde borcun üstlenilmesi, buna karşılık kira-

¹²⁴ Geniş bilgi için bkz., **Ayrancı**, s. 33 vd.; **Berger**, s. 811 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 616 vd.; **Kııçoğlu**, s. 801 vd.; **Eren**, s. 1255; **Schwenzer**, s. 569 vd.; **Larenz**, s. 616 vd.; **Hirsch**, N. 1229.

¹²⁵ **Eren**, s. 1255-1256; **Ayrancı**, s. 116 vd.; **Musielak**, s. 517 vd.

¹²⁶ Sözleşmenin devri, borç ilişkisinin tümünün aktarılmasını içerdiğinden tek parçalı (mütecanis) bir hukuki işlemdir ve birçok sayıda alacak devri ve borç üstlenilmesine bölünmemesi gerekir. Ayrılan ve kalan sözleşme tarafı için bu işlem tüm borç ilişkisini kapsayan bir tasarruf işlemi, buna karşılık sözleşmeye giren taraf için ise bir taahhüt işlemidir. Tüm tarafların hukuki durumunu ilgilendirdiği için hem devralan, hem devreden hem de sözleşmede kalan tarafından sözleşmenin devrine rıza gösterilmesi gerekir. Sözleşmenin devri genellikle sözleşmeden ayrılan taraf ile sözleşme) i devralan arasında kararlaştırılmış olsa da, bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin sözleşmede kalan **kişi** tarafından da onaylanması gerekir. Çünkü bu kişi sözleşmeden ayrılan kişiye karşı olan haklarından vazgeçmektedir. Borcun üstlenilmesinden farklı olarak sözleşmenin devrinde aynı zamanda bir ifanın yüklenilmesi söz konusu değildir. Çünkü sözleşmeyi devralan ancak sözleşmeden doğan hakları kendisine geçtikten sonra herhangi bir taahhüdü üstlenmek i:edir. Devir sözleşmesinin geçerli hale gelmesi ile sözleşmeden ayrılan tarafın tüm hukuki konumu sözleşmeye sonradan giren devralana geçer. Özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin devrinde genellikle devirden sonra doğacak hakların devredilmesi amaçlanmaktadır. Devralanın sözleşmeden ayrılan a ait geriye dönük taahhütlerini de o dönem için üstlenip üstlenmeyeceği (örneğin birikmiş kira borçları) bir yorum sorunudur ve tereddüt haline genellikle bunların üstlenilmeyeceği kabul edilmektedir. Sözleşmenin devri kapsamına alınmayan yükümlülükler, sözleşmeyi devreden üzerinde kalır. Başka bir ifade ile sözleşmeden ayrılan taraf her durumda daima borç ilişkisinden kaynaklanan tüm yükümlülüklerden muaf olmuş olmaz. Örneğin sözleşmeyi devrederek ayrılan tarafa ait önceden doğmuş bir tazminat hakkı devrin kapsamı dışında tutulabilir. Bkz., **Larenz**, s. 618.

cı tarafı❖ kira sözleşmesinden doğan her türlü hak ve borçları ile kiracılık sıfatını U'ye devretmesi halinde ise sözleşmenin devri söz konusudur.

VI. Borca Katılma İle Karşılaştırılması

A. Genel olarak borca katılma

Borca katılma sözleşmenin devri gibi Türk hukukunda ilk defa 6098 sayılı Kanunla kabul edilen bir hukuki kurumdur. TBK. m. 20 l 'de yer alan düzenlemeye göre, borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir²⁷. Borca katılma sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurmasıyla birlikte, borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Böylece alacaklı, sadece borçluya karşı ileri sürebileceği talep hakkını, borçluyla birlikte aynı zamanda borca katılana karşı da ileri sürebilme hakkını kazanmaktadır¹²⁸. Borca katılma ile birlikte, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiye tamamen yabancı bir üçüncü kişi, borçlunun yanında ikinci bir borçlu olarak ve asıl borçlu sıfatıyla borç ilişkisine dahil olmaktadır. Başka bir ifade ile borca katılmada borçlu taraf değişmemekte, eski borçlunun hukuki durumunda veya statüsünde bir değişiklik meydana gelmeksizin, sadece borçlu yanında bir üçüncü kişi asıl borçlu sıfatıyla müteselsilen sorumlu olacak şekilde borç ilişkisine girmektedir¹²⁹.

Doktrinde, *Berger* tarafından borca katılmanın iki şekilde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir¹³⁰. Bunlardan ilki, borca katılacak olan üçüncü **kişi** ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşme ile gerçekleşmesidir. Katılan alacaklıya belli bir borç için borçlunun yanında, borçluyla birlikte sorumlu olacağına ilişkin bir taahhütte bulunmaktadır. Borçlu ile alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisi, üçüncü bir kişinin de borçlu olarak katılması ile genişler. Ancak bunun dışında gerek borç ilişkisinde, gerekse taraflar ve bunların hukuki statülerinde herhangi bir değişiklik olmaz. Borca katılma sözleşmesi ile birlikte, bu sonuç kendiliğinden doğar ve borçlunun iradesine bile gerek yoktur.

¹²⁷ Borca katılma konusunda geniş bilgi için bkz., **Altay**, s. 3 vd.; **Şener**, s. 1279 vd.; **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810 vd.; **Eren**, s. 1254; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 608 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 795 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 414-415, N. 12, s. 683; **Musielak**, s. 516 vd.

¹²⁸ **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 414-415, N. 12, s. 683. Bunun en önemli nedeni ise, borca katılan kişinin alacaklıya karşı, borçlu ile birlikte müteselsilen sorumluluğu üstlenmiş olmasıdır. Kaldı ki, borca katılmayı düzenleyen TBK. m. 201'de, " *katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme....*" Hükümü yer almaktadır.

¹²⁹ BGE 129 III 701; **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810.

¹³⁰ **Berger**, s.810.

Berger'e göre borca katılmanın ikinci şekli borçlu ile borca katılacak olan üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu durumda katılan kişi borçluya, borcun ifasını alacaklıya onun yararına **gerçekleştireceğini** vaat etmektedir. Borçlu ve borca katılan alacaklının her **ikisinden** de, borcun ifasını serbestçe talep edebileceğini aralarında kararlaştırmaktadırlar. Borca katılmanın bu şekilde gerçekleşebilmesi için de alacaklının sözleşmeye katılması veya onay vermesine gerek yoktur. Borca katılma için gerek borçlunun gerekse alacaklının onay vermesi veya sözleşmeye katılmasının aranmaması eleştirilmektedir. Gerçekte de, bu görüşe göre¹³², borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulan nisbi bir ilişkidir. Bu ilişkinin, taraflarından birisinin tek taraflı iradesi ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle borca katılmanın da, sadece alacaklının iradesi ile gerçekleştirilememesi başka bir ifade ile alacaklı, borçlu ve borca katılan üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nedenle borçlunun katılımı ve hatta bilgisi olmaksızın alacaklının borca katılan kişi ile bir anlaşma yaparak, borca bu kişiyi de müteselsilen borçlu olarak dahil etmesi hem ilisbilik ilkesine hem de borca aykırılık teşkil eder. Kaldı ki, borca katılan üçüncü kişi edimi ifa eder ve alacaklı da bunu kabul ederse, artık asıl borçlunun edimini ifa etmesi imkansız hale gelmiş olur. Sonuç olarak, alacaklı kendi kusurlu davranışı ile borçlu bakımından edimin ifasını imkansız hale getirmek suretiyle borca aykırı davranmış olur. Ancak kanımızca bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü borca katılmada üçüncü kişi dar anlamda borç ilişkisinde sadece tek bir borç için borçlunun yanında yer almakta, borç ilişkisinin tamamı için borçlunun yanında yer almamaktadır. Başka bir ifade ile borca katılma sadece tek bir borç için borçlu yanında yer almayı amaçladığı ve sözleşmeye katılmayı amaçlamadığı için, bunun nisbilik ilkesine veya borca aykırılık şeklinde değerlendirilmesi isabetli değildir. Ayrıca, alacağın temliki veya borcun üstlenilmesinde de, borçlunun katılımına gerek kalmaksızın gerek alacaklı ile alacağı devralan üçüncü kişi, gerekse borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılan sözleşmelerle taraf değişiklikleri gerçekleşebilmektedir. Nisbilik ilkesine aykırı sonuç doğurduğu söylenemeyecek bu tür taraf değişiklikleri için kabul edilen esasların borca katılma için de kabul edilmesinde hukuken bir mahsur görülmemelidir¹³³.

Borca katılmanın geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için her şeyden önce geçerli bir borcun bulunması gerekir. Borcun mevcut olmadığı veya geçersiz olduğu hallerde borca katılmada geçersiz olur¹³⁴. Borca katıl-

¹³¹ **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 811.

¹³² Bu görüş için bkz., **Kılıçoğlu**, s. 795-796.

¹³³ Aynı yönde bkz., **Oğuzman/Öz**, s. 610.

¹³⁴ **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810.

ma kural olarak özel bir sekil şartına bağılı değildir¹³⁵. Ancak hukuki niteliğı itibariyle teminat fonksiyonu amacını taşıması nedeniyle kefalet sözleşmesinde şekil için aranan şaılların burada hatırlanması gerekir. Gerçekten de TBK m. 603'de yer alan, "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve   in rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğeri sözleşmelere de uygulanır" hükmünün aynı zamanda teminat amacı güden borca katılma için de uygulanması gerekir¹³⁶. Borca katılma ile eski borçlu ve borca katılan **TBK.** m. 162 vd. anlamında müşterek borçlu durumundadırlar. Bu nedenle alacaklı alacağını müşterek borçluluk hükümleri gereğince asıl borçlu veya borca katılan  an talep etme hak ve yetkisine sahiptir. Ayrıca borçlunun, borca katılma anında alacaklıya karşı sahip olduğı her türlü itiraz ve savunmalar borca katılan tarafından da aynen kullanılabilir¹³⁷. Borca katılmada katılanın sorumlu olacağı borcun kapsamı, borcun katılma anındaki durumuna göre belirlenir. Başka bir ifade ile borca katılan, sadece borcun katılma anındaki durumu ile alacaklıya karşı sorumlu olur.

B. Borcun üstlenilmesi ile karşılaştırılması

Borca katılmanın gerçekleşmesi ile birlikte, borçlu borcundan kurtulmamakta, bilakis borcu sıfatıyla bütün sorumluluğı aynen devam etmektedir¹³⁸. Sadece borca katılan üçüncü kişı, borçlu ile birlikte borçlunun yanında aynen borçlu gibi müteselsilen sorumluluk altına girmektedir. Başka bir ifade ile katılma işleminin gerçekleşmesi ile birlikte, alacaklı karşında tek bir borçlu yerine müteselsilen sorumlu iki borçlu ortaya çıkmaktadır. İşte borcun üstlenilmesi ile borca katılma arasındaki temel fark bu noktada ortaya çıkmaktadır¹³⁹. Gerçekten de, borcun üstlenilmesinde borç aynı kalma üzere borçlu taraf borcundan tamamen borcundan kurtulmakta ve onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişı geçmekte iken, borca katılmada borçlunun borç ilişkisinden çıkması gibi bir durum söz konusu değildir. Borç ilişkisinde borçlu aynı kalmakta, sadece onunla birlikte müteselsilen sorumlu olacak üçüncü kişı borç ilişkisine borçlu olarak girmektedir. Bu durum alacaklının borçlu dışında, borçlu ile aynı ve eşit düzeyde sorumluluğına sahip üçüncü bir kişıye de başvurma hakkını kazandırması borca katılmanın aynı zamanda

¹³⁵ Oğuzman/üz, s. 609; Schwenger, s. 568; Altay, s. 138 vd.

¹³⁶ Bkz., Oğuzman/üz, s. 609.

¹³⁷ Schwenger, s. 568; Schmidt, s. 68 vd.; Westermann, s. 1727 vd.; Berger, s. 810-811.

¹³⁸ Oğuzman/Öz, s. 609; Schwenger, s. 568; Altay, s. 138 vd.; Schmidt, s. 68 vd.; Westermann, s. 1727 vd.

¹³⁹ von Tuhr/Escher, s. 383; Schmidt, s. 68 vd.; Westermann, s. 1727 vd.; Berger, s. 810; Schwenger, s. 567.

teminat fonksiyonuna sahip bir hukuki kurum olduğunu göstermektedir¹⁴⁰. Borcun üstlenilmesi ise, bu tür bir teminat amacı gütmeksizin veya teminat fonksiyonuna sahip olmaksızın sadece borçlu tarafın değişmesi amacına hizmet eden bir hukuki kurumdur. Diğer taraftan, borca katılma TBK. m. 201 gereğince, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Başka bir ifade ile borca katılmanın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için borçlunun bu sözleşmeye katılması şartı aranmamaktadır.

¹⁴⁰ Bkz., Şener, s. 1281 vd.; Schmidt, s. 68 vd.; Westermann, s. 1727 vd.

İkinci Bölüm

BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ

§5. GENEL OLARAK BORCUN İÇ ÜSTLENİLMESİ

Bir borç ilişkisinde, borçlunun borcunu üçüncü bir kişiye devretmek suretiyle borcundan kurtulabilmesi için her şeyden önce, üçüncü kişi ile aralarında borcun iç üstlenilmesi işleminin gerçekleştirilmesi gerekir¹⁴¹. Borcun iç üstlenilmesi işlemi ise, TBK. m. 195'de düzenlenen borcun iç üstlenmesi sözleşmesinin yapılması ile mümkündür¹⁴². Gerçekten de TBK. m. 195'l'de, "borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur..." hükmüne yer verilerek, iç üstlenmenin borçlu ile üçüncü bir kişi arasında yapılacak iç üstlenme sözleşmesi ile gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir¹⁴³. O halde, borcun iç üstlenmesi

¹⁴¹ Keller/Schöbi, s. 74; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 1, s. 393, Schwenzer, s. 560; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 272-273; Eren, s. 1243-1244; Becker, Art. 175, N. 1-2, s. 814; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 1, s. 848; Tunçomağ, s. 1125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 269 vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 587 vd.; Kılıçoğlu, s. 785 vd.; Hasler, s. 58 vd.; Schurter, s. 21 vd.; Meier, s. 7 vd.; Esser/Schmidt, s. 613 vd.; Busche/Noack/Rieble, J. von Staudinger, § 414, N. 1 vd, s. 267 vd; Strohal, s. 5 vd.; Schmidt-Kessel, s. 282 vd.; Larenz, s. 602 vd. İç üstlenme sözleşmesi kavramı dok.irinde ağırlıklı Türk/İsviçre hukukçuları tarafından kullanılmaktadır. OR. Art. 175'de de, BGB § 415'de de borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşme" düzenlenmiş olsa da, Alman hukukunda borcun iç üstlenilmesi kavramı tercih edilmemektedir. Bu daha çok ifanın üstlenilmesi adı ile anılmaktadır. Bunun en önemli sebepleri arasında ise BGB § 415'de borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye alacaklı tarafından onay verilmemesi halinde bunun ifa üstlenilmesi olarak kabul edileceğinin düzenlenmesi yatmaktadır. Bkz., Schlechtriem/Schmidt-Kessel, s. 369, N. 813; Brox/Walker, N. 10, s. 379-380.

¹⁴² Dok.irinde, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan sözleşme ile borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan borç üstlenilmesinin daha fazla sorun ve tartışma yaratmadığı asıl sorun ve tartışmaların Delbrück'ün de kabul ettiği gibi borçlu sözleşmesi adıyla anılan iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bu sorun nedeniyle iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklamaya çalışan çok sayıda teori geliştirilmiştir. Bkz., Kornder, s. 11 vd.

¹⁴³ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273-274; von Tuhr/Escher, s. 384 vd.; Schwenzer, s. 560-561; Berger, s. 800-801; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 3, s. 393; Keller/Schöbi, s. 74-75; Tunçomağ, s. 1125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 269 vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 587 vd.; Becker, Art. 175, N. 1-3, s. 814; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 1-2, s. 848; Uygur, s. 855. Benzer düzenleme BGB § 415'de yer almaktadır. Anılan düzenleme; "Borç nakli, üçüncü kişi ile borç-

sözleşmesi ile üçüncü kişi, borçluyu borcundan kurtarmamakta, sadece borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmektedir. Böylece, borçlu ile üçüncü kişi arasında akdedilen iç üstlenme sözleşmesi, alacaklıya karşı herhangi bir hüküm doğurmadığı gibi, borçlunun alacaklıya karşı olan yükümlülüğünde de bir değişiklik yaratmaz¹⁴⁴. Bu nedenle, borcun iç üstlenme sözleşmesi doktrinde "ifanın devri" veya "ifanın üstlenilmesi" (=Erfallungsübernahme)¹⁴⁵ veya "borçtan kurtanna vaadi" (=Befreiungsversprechen) kavramı ile de ifade edilmektedir¹⁴⁶. Üçüncü kişinin borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile borçluya karşı üstlenmiş olduğu borçtan kurtarma vaadi, ancak borcun bizzat ifası ya da alacaklının rızasıyla borcun üstlenilmesi suretiyle yerine getirilmektedir (TBK. m. 196). Dolayısıyla üçüncü kişi TBK. m. 196 gereğince alacaklıyla dış üstlenme sözleşmesi yaptığında, bu sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı andan itibaren borçlu konumuna geçecek ve böylece borçlu da borcundan kurtulmuş olacaktır¹⁴⁷. Doktrinde borcun üstlenilebilmesi için iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmiş olsa da, kanımızca en azından Türk hukuku bakımından bunu söylemek mümkün değildir¹⁴⁸. Ger-

lu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır" hükmünü içermektedir.

¹⁴⁴ **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 3-4, s. 393; **von Tuhr/Escher**, s. 384 vd.; **Berger**, s. 801; **Keller/Schöbi**, s. 75; **Tunçomağ**, s. 1125; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 269 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 587 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Schwenzer**, s. 560-561; **Becker**, Art. 175, N. 4, s. 81:1; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 1-2, s. 848; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 414-415, N. 18, s. 684.

¹⁴⁵ **Brox/Walker**, N. 10, s. 379-380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 369, N. 813; **Hasler**, s. 58 vd.; **Medicus/Lorenz**, s. 380 vd.; **İnan**, s. 393. İfanın üstlenilmesi kavramı daha çok Alman hukukunda tercih edilen bir kavramdır. İfanın üstlenilmesi Alman Hukukunda BGB § 329'da ayrıca düzenlenmiş olsa da, BGB § 415'de borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye alacaklı tarafından onay verilmemesi halinde bunun ifa üstlenilmesi olarak kabul edileceğinin düzenlenmesi yer almaktadır.

¹⁴⁶ Bkz., BGE 92 II 57; BGE 118 V 229; BGE 110 II 342.

¹⁴⁷ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Schwenzer**, s. 563; BGE 121 II 256; **Honsell**, Art. 176, N. 7, s. 683; **Becker**, Art. 178, N. 1, s. 824; **Berger**, s. 802; **von Tuhr/Escher**, s. 389; **Keller/Schöbi**, s. 80.

¹⁴⁸ Aynı yönde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 785-786. Gerçekten de yazara göre, "Borcun üstlenilmesi öncelikle borçlunun istek ve iradesini gerektirir. Borçlunun iradesi ve isteği dışında borç ilişkisinden uzaklaştırılıp onun yerine bir başkasının geçirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde alacaklı da borçlunun iradesi olmadan onun yerine borç ilişkisini bir başkasıyla devam ettirmesi de mümkün değildir. Alacaklı, borçlunun iradesi olmaksızın onun yerine borç ilişkisini bir başkası ile devam ettirirse, borca aykırı davranmış olur. Bu durumda borçlunun borcunu ifa etmesini imkansız hale getirmesinden dolayı TBK. m. 112 gereğince sorumlu olur". Bkz., **Kılıçoğlu**, s. 785; Farklı görüşler için bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1021; **Becker**, Art. 176, N. 3, s. 819; **Tunçomağ**, s. 1127; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 5, s. 852.

çekten de, TBK. m. 196'da borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle gerçekleşeceği düzenlenirken, aslında bundan iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasına gerek olmadığı anlamının çıkarılmaması gerekir. Eğer öyle olsaydı iç üstlenme sözleşmesini düzenleyen TBK. m. 195 hükmüne gerek kalmazdı. Üte yandan, kanımızca, borcun üstlenilebilmesi için iç üstlenme sözleşmesine gerek olmadığı düşüncesi Alman hukuku bakımından savunulabilir. Gerçekten de, Alman hukukunda BGB § 414 ve § 415'de borcun üstlenilmesinin iki ayrı yolu düzenlenmiştir. Bunlardan ilişki BGB § 414'de yer alan alacaklı ile borçlu arasında akdedilen sözleşmedir. Gerçekten de Alman kanun koyucusu bu konuda duraksamaya yer bırakmayacak şekilde BGB § 414'de alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile borcun üstlenilebileceğini ve buna borçlunun katılımına gerek olmadığını açıkça düzenlemiştir. Buna karşılık TBK. m. 196 TBK. m. 195'de yer alan iç üstlenme sözleşmesinin sanki devamı ve onun tamamlayıcısı gibi bir hüküm koymak suretiyle iç üstlenme sözleşmesinin borçlu değişimi için yeterli olmadığı; ayrıca birde dış üstlenme sözleşmesinin yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Yoksa bu, iç üstlenen sözleşmesi yapılmaksızın dış üstlenme sözleşmesinin yapılabileceği şeklinde yorumlanamayacak açıklıkta bir düzenlemedir.

İç üstlenme sözleşmesinin öncelikli olarak benzer kurumlardan farklarının ortaya konularak ayırt edilmesi gerekir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi her şeyden önce sözleşmenin üstlenilmesinden (devrinden) farklıdır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin amacı sadece tek bir borç için borçluyu borcundan kurtarılması taahhüdünden ibaret olup hak ve yükümlülüklerden oluşan tüm bir sözleşme ilişkisinin üstlenilmesinin taahhüt edilmesi söz konusu değildir¹⁴⁹. Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir sözleşmedir¹⁵⁰. Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir (TBK. m. 205). Sözleşmenin üstlenilmesi alacaklı, borçlu ve sözleşmeyi üstlenen arasında gerçekleşen bir sözleşme olup, alacaklının ifanın yüklenilmesini doğrudan doğruya sözleşmeyi üstlenenden talep edebilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda da taraflar arasında duruma göre borcun iç ve dış üstlenilmesi gerekse üçüncü kişi lehine sözleşmenin de söz konusu olabileceği kabul

¹⁴⁹ Bkz., Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 8, s. 394; Ayrancı, s. 116 vd.

¹⁵⁰ Ayrancı, s. 33 vd.; Berger, s. 811 vd.; Oğuzman/Öz, s. 616 vd.; Kihçoğlu, s. 801 vd.

edilmektedir¹⁵¹. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi borçlu ile borcu üstlenilecek olan üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme olduğu için, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden de farklıdır (TBK. m. 196)¹⁵². Gerçekten de dış üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi, ya iç üstlenme sözleşmesi ile borçluya karşı üstlendiği borçtan kurtarma vaadini yerine getirmek üzere alacaklıyla bir sözleşme yapmakta veya doğrudan doğruya alacaklıya ödemede bulunarak üstlenmiş olduğu vaadi bizzat yerine getirmektedir¹⁵³.

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, özellikle üçüncü kişinin fiilini üstlenme veya üçüncü kişi yararına sözleşmeden de farklıdır. Gerçekten de, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilmektedir (TBK. m. 128). Yine, üçüncü kişi yararına sözleşmede de kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez (TBK. m. 129). Netice itibarıyla, borcun üstlenilmesi ve önceki borcunun borcundan kurtularak onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçebilmesi için üçüncü kişinin borçtan kurtarmaya yönelik vaadini içeren borçlu ile aralarında iç üstlenme sözleşmesinin yapılması gerekir¹⁵⁴.

¹⁵¹ **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 8, s. 394; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 2, s. 848; Karş., **Oser/Schönenberger**, s. 1016 vd.

¹⁵² Bkz., **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273 vd.; **Schurter**, s. 46 vd.; Üstlenen ve borçlu arasında yapılan sözleşme, genel olarak *borcun iç üstlenilmesi* olarak adlandırılmaktadır, bkz., **Meier**, s. 7 vd.; **Hasler**, s. 58 vd. Alman Hukukunda ise ifanın üstlenilmesi kavramı kullanılmaktadır. Bkz., **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 369, N. 813; **Brox/Walker**, N. 10, s. 379-380.

¹⁵³ **Meier**, s. 7-8; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 1 vd. s. 394 vd.; **Becker**, Art. 176, N. 1 vd. s. 819 vd.; **Eren**, s. 1246; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 270; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 590 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 787; **Hasler**, s. 58 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 1 vd., s. 851 vd.; **Schurter**, s. 38 vd.; **Tunçomağ**, s. 1126; **Keller/Schöbi**, s. 76 vd. **Uygun**, s. 855.

¹⁵⁴ Doktrinde, borcunun borcundan kurtularak onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçmesini sağlayan dış üstlenme sözleşmesinin yapılabilmesi için ayrıca birde iç üstlenme sözleşmesine gerek olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz., **Hasler**, s. 76 vd.

§6. BORCUN İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

/ . Bir Borcun Varlığı

A. Genel olarak borç kavramı

Borcun iç üstlenme sözleşmesi için her şeyden önce hukuki anlamda bir borcun bulunması gerekir¹⁵⁵. Hukuki anlamda borç olarak kabul edilmeyen yükümlülükler, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturmaz¹⁵⁶. Borcun çekişmeli olması, icra takibine konu olması, dava konusu olması veya senede bağlanmış ya da teminat altına alınmış bir borç olmasının üstlenilme bakımından hiçbir önemi yoktur¹⁵⁷. Başka bir ifade ile üstlenilme anında borçlunun alacaklıya karşı hukuki anlamda borç sayılabilecek bir yükümlülüğünün bulunması şart ve yeterlidir. Bu nedenle, hiç meydana gelmemiş veya meydana gelmesine rağmen borcun üstlenilmesi anında ifa veya ifa ikameleri ile ortadan kalkmış borçlar iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturmaz¹⁵⁸. Bir kişinin ileride doğabilecek bütün borçlarının topyekun iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturamayacağını ise, alacağın devrinde ileri sürülen görüşlere paralel şekilde değerlendirmek mümkündür. Buna göre, bir kişinin belirli bir kişiyle mevcut borç ilişkilerinden doğan bütün borçlarının veya belirli türdeki borçlarının tamamını bir başkasına devretmesi; yani iç üstlenme sözleşmesine konu yapması mümkündür. Çünkü böyle bir durumda iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturacak borçlar belirli veya belirlenebilir durumdadır¹⁵⁹. Buna karşılık, bir kişinin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü borçlarının üstlenilmesinin kişilik haklarının özellikle ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlama anlamına geleceğinden kabul edilmemektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Borç kavramı ve bunun taşıdığı teorik anlam için, Bkz., **Sevig**, s. 262 vd.; **Antalya**, s. 7 vd.; **Eren**, s. 21 vd.; **Akıncı**, s. 19 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 3 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 5 vd.; **Tunçomağ**, s. 27 vd.; **von Tuhr**, s. 9 vd.

¹⁵⁶ **Meier**, s. 1; **Keller/Schöbi**, s. 75; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Wendt**, s. 34 vd.; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020; **Schwenzer**, s. 559-560; **Eren**, s. 1245.

¹⁵⁷ Bkz., **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 2-3, s. 848; **Kostkiewicz/obel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Keller/Schöbi**, s. 75; **Schwenzer**, s. 560; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Berger**, s. 804; **Meier**, s. 1-2; **Wendt**, s. 34 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020.

¹⁵⁸ **Keller/Schöbi**, s. 75; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 2-3, s. 848; **Wendt**, s. 34 vd.; **Berger**, s. 804; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Meier**, s. 1-2; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816.

¹⁵⁹ Bkz., **Eren**, s. 1235; **Keller/Schöbi**, s. 60; **von Tuhr/Escher**, s. 350.

¹⁶⁰ **Keller/Schöbi**, s. 60; **von Tuhr/Escher**, s. 350; **Eren**, s. 1235; Karş., **Aral**, s. 9,3 d.

B. İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan borçlar

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturacak borcun şarta bağlı bir borç olması veya henüz mevcut olmamakla birlikte ileride doğacak bir borç olması da mümkündür¹⁶¹. Aslında, borcun üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olan borçlar oluşturmaktadır. Ancak, iç üstlenme sözleşmesi sözleşmenin konusunu oluşturacak borcun meydana gelmesinden önce de akdedilebileceği için, ileride doğacak olan borçların iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür¹⁶². Özellikle hukuki anlamda sözleşmenin kurulduğu, buna karşılık karşılıklı edim ve borçların ifasını içeren hukuki sonuçların ileriki bir tarihte olduğu hukuki ilişkiler bu şekildedir. Örneğin ürün kirası sözleşmesi ile bir ormanın kiralanması halinde, ormandaki yabani hayvanların vereceği zararlardan doğacak borçların üstlenilmesinde bu durum söz konusudur¹⁶³. Ancak bu durumda, ileride doğacak borcun kimin hakimiyet alanında doğacağı tartışması da söz konusu olabilir.

İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturacak borçların dava ve takip edilebilir borçlar olması şart değildir. Gerçekten de, eksik borç olarak ifade edilen ve dava edilemeyecek olan bu borçlar, esas itibari ile hukuken mevcut ve geçerli olarak doğan ama sadece sorumluluğun ve dolayısıyla dava ve takip hakkının bulunmadığı borçlardır¹⁶⁴. Bu nedenle, değişik kanunlarda değişik şekillerde düzenlenen eksik borçları konu edinen iç üstlenme sözleşmelerinin yapılmasında hukuken bir sakınca yoktur¹⁶⁵. Buna göre kumar ve bahisten doğan borçlar (TBK. m. 604/I), evlenmeden kaçınma hali için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı (TMK. m. 119/11), ahlaki bir ödevin yerine getirilmesinden doğan borçlar (TBK. m. 78/II), evlenme simsarlığından doğan borçlar (TBK. m. 524) ve nihayet zamanaşımına uğramış borçlar iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹⁶⁶. Bir eksik borcun iç

¹⁶¹ Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 388; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273; Berger, s. 804; Schwenger, s. 560; Ayrıca bkz., Wendt, s. 33 vd.; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 2, s. 393.

¹⁶² Bkz., Wendt, s. 33 vd.; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 2, s. 393; Berger, s. 804; Schwenger, s. 560; Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 388; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273.

¹⁶³ Bkz., Meier, s. 2.

¹⁶⁴ Eren, s. 88 vd; Hatemi/Gökyayla, s. 20 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 23 vd.; Tunçomağ, s. 41 vd.; Kılıçoğlu, s. 31 vd.; Reisoğlu, s. 36 vd.; Ayrıca bkz., Doğan, s. 40 vd.;

¹⁶⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273; Beckcr, Art. 175, N. 6, s. 815-816; Wendt, s. 33; Berger, s. 804; Meier, s. 2; Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 388; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 2, s. 393; Honsell/ Vogt/ Wicgand, Art. 175, N. 3, s. 848; Karşıgörüş için bkz., Eren, s. 1245.

¹⁶⁶ Wendt, s. 33, Berger, s. 804; Meier, s. 2; Honsell/Vogt/Wicgand, Art. 175, N. 3, s. 848; Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 388; Beckcr, Art. 175, N. 6, s. 815-816;

üstlenme sözleşmesinin konusunu oluştunması halinde de, yine borcu üstlenen kişiden de dava ve talep edilemez, bu kişiye karşı da ifa davası açılmaz. Çünkü borcun üstlenilmesinde, borcun içeriğinde kapsamında veya türünde bir değişiklik olmamakta, sadece borçlu taraf değişmektedir.

Borçlar ancak bir bütün olarak üstlenilebileceğinden, bir borcun kısmi olarak üstlenilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bir borcun kısmi olarak üstlenilmesi o borcun bölünebilir nitelikteki borç olmasına bağlıdır¹⁶⁷. Örneğin para borçları hukuki niteliği itibarıyla bölünebilir borçlar olduğundan para borcunun kısmi olarak üstlenilmesi mümkün iken, kiralananın tahliye borcu bölünemez bir borçtur ve bunun kısmi olarak üstlenilmesi mümkün değildir¹⁶⁸.

Seçimlik borçlar seçim hakkının alacaklı veya borçluya ait olmasına bakılmaksızın iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler¹⁶⁹. Gerçekten de seçim hakkını özellikle alacaklıya ait olduğu durumlarda, borcun iç üstlenmesi alacaklı bakımından bir zarara neden olmaz. Keza, seçim hakkı borçluda olsa bile, alacaklının TBK. m. 196 gereği onayı şart olduğundan bu durum alacaklının borcun iç üstlenilmesi nedeniyle bir zararının doğmasına yol açmaz.

Diğer borçlarda olduğu gibi müteselsil borçlar da iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilir¹⁷⁰. Müteselsil borçlarda, borçlulardan birisinin borcunun üstlenilmesi, diğer müteselsil borçluların sorumluluklarında bir değişiklik yaratmayacağı için iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bu durumda diğer borçluların onayının alınmasına da gerek yoktur.

Kamu hukukundan doğan borçların özellikle vergi borçlarının da borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir¹¹¹__

Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 273; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; Karşı görüş için bkz., **Eren**, s. 1245.

¹⁶⁷ **Meier**, s. 2; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **Wendt**, s. 33; **Berger**, s. 804; **Keller/Schöbi**, s. 75; **von Tuhr/Escher**, s. 388.

¹⁶⁸ 6. HD., T. 28.06.2004, E. 2004/4905, **K.** 2004/5293; 4. HD., T. 11.02.1980, E. 1979/10289, K. 1980/01626

¹⁶⁹ **Wendt**, s. 33, **Berger**, s. 804; **Meier**, s. 3; **Keller/Schöbi**, s. 75; **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 273.

¹⁷⁰ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Keller/Schöbi**, s. 75; **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Wendt**, s. 33, **Berger**, s. 804; **Meier**, s. 3.

¹⁷¹ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848 **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 273; BGE 92 III 57; BGE 92 III 62; **Keller/Schöbi**, s. 75.

C. İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturmamayan borçlar

Borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun üstlenilmesi, borçların bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunluluğunun olmadığı ilkesinin bir sonucudur¹⁷². Gerçekten de borç ile borçlu arasında şahsi bağların bulunduğu ve bu nedenle borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunluluğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde borcun üstlenilmesi de kabul edilmemiştir¹⁷³. Bu nedenle borcun üstlenilmesi için her şeyden önce, borcun kim tarafından ifa edileceğinin tespit edilmesi gerekir. TBK. m. 83, borcun kim tarafından ifa edileceğine ilişkin genel bir kural koymuş ve borçların bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı esasını kabul etmiştir. Bu esasa göre, kural olarak bütün borçlar borçlu dışında üçüncü kişiler tarafından ifa edilebilir¹⁷⁴. Çünkü alacaklı için önemli olan husus, borcun ifası olup, bunun kim tarafından yapıldığının önem taşımamasıdır. Bu kuralın istisnasını ise borcun bizzat borçlu tarafından ifa zorunluluğu (şahsen ifa zorunluluğu) oluşturmaktadır. •

Borçlanılan edimin borçlu tarafından şahsen ifa edilmesi zorunluluğu, borçlunun kişiliğinin alacaklı için önem taşıdığı borç ilişkilerinde söz konusudur. Gerçekten de, borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmasa da borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunması söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile borçlunu üstlenmiş olduğu edim bir şahsi edim olabilir. İşte, TBK. m. 83 gereğince borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu durumlarda borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekir. İşte bu şekilde borcun şahsen ifasının zorunlu olduğu borçlar, borcun iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturmazlar¹⁷⁵. Çünkü bu tür borç ilişkilerinde, alacaklı ile borçlu arasındaki şahsi bir güvene dayanan ilişki bulunmaktadır¹⁷⁶. Bu ne-

¹⁷² Krüger, § 414, N. 1-2, s. 2563; Friederich, s. 31 vd.; Brox/Walker, s. 175-176; Albert, s. 2-3; Paulsen, s. 9 vd.; Meier, s. 2 vd.; Heckelmann, s. 5 vd.; Berger, s. 800; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 272; von Tuhr/Escher, s. 380 vd.; Schwenzer, s. 559; KeHer/Schöbi, s. 73 vd.

¹⁷³ Albert, s. 2-3; Paulsen, s. 9 vd.; Meier, s. 2 vd.; Heckelmann, s. 5 vd.; Hasler, s. 72 vd.; Schurter, s. 8-9.

¹⁷⁴ Bkz., Eren, s. 924 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 19 vd.; Tunçomağ, s. 725 vd.; Kılıçoğlu, s. 541-542; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 258 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 766 vd.

¹⁷⁵ Keller/Schöbi, s. 75; Becker, A11. 175, N. 6, s. 815-816; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 3, s. 848; von Tuhr/Escher, s. 388; Meier, s. 3 vd.; Berger, s. 804; Aksi yönde bkz., Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273; Schwenzer, s. 560.

¹⁷⁶ Buna karşılık, borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olduğu durumlarda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin geçerli olacağı ancak alacaklının borcu üstlenen tarafından gerçekleştirilen ifayı kabul etmemesi durumunda bu sözleşmenin geçerli olamayacağı da savunulmaktadır. Bkz., HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 3, s. 848; von Tuhr/Escher, s. 388.

denle borcun borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından ifası, borcun doğasına aykırılık teşkil edecektir. Örneğin, borçlunun kişisel yetenek ve becerilerinin önemli olduğu işgörmeye sözleşmelerinde borçlu kararlaştırılan işgörmeye edimini bizzat ifa ile yükümlü olduğundan bu borcun iç üstlenme sözleşmesine konu edilmesi mümkün değildir. Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi zorunluluğunun kanundan veya taraflar arasında kararlaştırılmak suretiyle sözleşmeden doğması arasında bir fark yoktur¹⁷⁷. Her durumda, borçlunun borcu bizzat ifası gerektiğinden bu borçlar iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamaz.

Şahsen ifa zorunluluğu bulunan borçların iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı kuralı mutlak bir kural değildir. Çünkü kanundan veya sözleşmeden dolayı şahsen ifası zorunlu olan borçların alacaklını.1:1 kabulü ile her zaman bir üçüncü kişi tarafından ifası kararlaştırılabilir¹⁷⁸. Örneğin, TBK. m. 506 gereğince vekil, vekalet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir¹⁷⁹. O halde, borçlunun şahsına mutlak surette bağlı olduğu için şahsen ifası zorunlu olan ve alacaklının rızasıyla dahi borcun muhteviyatı değiştirilmeden üçüncü kişi tarafından ifası mümkün olmayan borçlar iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamazlar. Mutlak surette şahsen ifa kuralının geçerli olduğu ve bu nedenle iç üstlenilme sözleşmesinin konusunu oluşturamayacak diğer borçlar ise, aile hukukundan doğan borçlardır¹⁸⁰. Örneğin T:rvfK. m. 352 gereğince ana ve babanın velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme yükümlülük ve hakkının bir başkası tarafından üstlenilmesi mümkün değildir.

İç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamayan diğer bir borç geçersiz borçlardır¹⁸¹. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile her ne kadar borçlu borcundan kurutulamamış olsa da, iç üstlenme sözleşmesinin oluşturacak borçların hukuken geçerli borçlar olması gerekir. Bu nedenle hukuken geçersiz (batıl) borçlar, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluştura-

¹⁷⁷ **Meier**, s. 3 vd.; **Berger**, s. 804; **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **HonseWVogt/ Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Keller/Schöbi**, s. 75.

¹⁷⁸ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Schwenzer**, s. 560; **von Tuhr/Escher**, s. 388.

¹⁷⁹ Böyle bir durumda yeni bir sözleşmenin mi yoksa borcun üstlenilmesinin mi söz konusu olduğu tartışmalıdır. Bu konuda karar verebilmek için taraflar arası hukuki ilişkinin yorumlanması gerekir. Bkz. **Meier**, s. 3 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 403 vd.; **Yavuz**, s. 547 vd.

¹⁸⁰ Ancak nafaka borcunu bunun dışında tutmak gerektiği konusunda bkz., **Berger**, s. 804.

¹⁸¹ **Becker**, Art. 175, N. 6, s. 815-816; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, . 3, s. 848; **Keller/Schöbi**, s. 75; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Berger**, s. 804; Ayrıca bkz., BGE 95 il 37.

maz¹⁸². Para cezalarından doğan borçlar ise, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gereğince iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamaz¹⁸³. Aynı şekilde manevi tazminat borçlarının da iç üstlenime sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁴.

D. Sözleşmeyle borcun üstlenilmesinin yasaklanması

Yukarıda değinilen ve iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturamayan borçlu; dışında kalan her türlü borç iç üstlenme sözleşmesinin konusu oluşturabilir. Her borcun iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi alacaklı ile borçlu arasında yapılacak bir anlaşma ile alacağın devrinin aksine, ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmektedir¹⁸⁵. Çünkü bir borcun üstlenilebilir olmasının ortadan kaldırılması sadece alacaklının çıkarına olurdu ki zaten onun onayı olmadan hiçbir borç üstlenilmesi gerçekleştirilemez. Ancak alacaklı ve borçlu, böyle bir konuda karşılıklı olarak anlaşmaları halinde, bu sadece iç ilişkide tarafları bağlar ve bu durum üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹⁸⁶. Bu nedenle yapılan böyle bir anlaşma, borcun üstlenilebilir olmasında bir değişikliğe neden olmaz¹⁸⁷.

il. Borcun Devredilebilir Olması

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturan borçların diğer bir özelliği de devre elverişli, yani devredilebilir borçlar olmasıdır¹⁸⁸. Borcun

¹⁸² Keller/Schöbi, s. 75; Berger, s. 804; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, 2, s. 393; Becker, Art. 175, N. 6, s. 815-816; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, 3, s. 848.

¹⁸³ BGE 79 II 151-152; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 3, s. 848; Schwenger, s. 560; Keller/Schöbi, s. 75.

¹⁸⁴ Bkz., Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 3, s. 848; BGE 79 II 152.

¹⁸⁵ Borcun devrinin taraflar arasında yapılan bir anlaşma ile yasaklanmasının mümkün olmayacağı hakkında bk.z., Oser/Schönenberger, s. 1019-1020; Hasler, s. 75.

¹⁸⁶ Bu nedenle, özel bir kanun hükmü ile yasaklanmadığı sürece her türlü borcun üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği söylenebilir. Bkz., von Tuhr/Escher, s. 308; Eren, s. 1247 vd.; Keller/Schöbi, s. 77; HonsellNogt/Wiegand, Art. 176, N. 4, s. 82; Oser/Schönenberger, s. 1019-1020; Krüger, § 414, N. 1, s. 2573.

¹⁸⁷ Her ne kadar doktrinde borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklanamayacağı ileri sürülmüş olsada, üstlenmenin yasaklanmasının aslında bu kuralın muhtebası ile uyumlu olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Örneğin, alacaklı (A) ile borçlu (B) arasındaki bir borç ilişkisinde (Ü)'nün (B)'nin (A)'ya olan borcunu üstlenmek istediğini ancak (A) ile (B) arasında da borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklandığını varsayalım. Bu durumda (Ü)'nün zaten tek taraflı bir irade ile borcu üstlenmesi mümkün değildir. Ünce (B) ile iç üstlenme sözleşmesi, sonrada (A) ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak suretiyle, alacaklı ve borçlunun rızaları ile ancak bu borcu üstlenebileceği düşünülürse, üstlenmeye rıza gösteren (A) ve (B)'nin artık önceden kararlaştırdıkları üstlenme yasağından vazgeçtikleri anlamına gelecektir.

¹⁸⁸ Keller/Schöbi, s. 75; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 3, s. 848; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 273; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf,

üstlenilmesinin yapısı gereği devre elverişli olmayan borçlar iç üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturmazlar. Doktrinde hakim fikir, kural olarak bütün borçların devredilebileceğini genel olarak kabul etmiş olsa da, mahiyetleri gereği devri mümkün olmayan borçlar da şüphesiz söz konusu olabilir. Aslında bu durum daha çok devredilebilen veya devredilemeyen haklardan kaynaklanan borçlarla ilgilidir. Örneğin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bir başkasına devri mümkün değildir¹⁸⁹. Aynı şekilde intifa ve oturma gibi kişiye bağlı ve devredilemeyen haklardan kaynaklanan borçların söz konusu olduğu hallerde bunların devri de mümkün değildir.

§7. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

L İç Üstlenme Sözleşmesinin Şekli

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir¹⁹⁰. Hatta üstlenilecek borcun doğumuna neden olan sözleşme, şekle tabi olsa bile, iç üstlenme sözleşmesinin şekle tabi olmadan yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁹¹. Örneğin bir taşınmaz satım sözleşmesinden doğan mülkiyeti devir veya satım bedelinin ödenmesi borcu üstlenilecek olsa bile, bu borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşme herhangi bir şekle tabi olmaksızın serbestçe akdedilebilir. Çünkü borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde üçüncü kişi, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki temel ilişkiyi, yani hukuki sebebi değil, sadece borçlunun borcunu üstlenmektedir. İç üstlenme sözleşmesinin yukarıda açıklanan nedenlerle şekle tabi olmaması bu sözleşmenin ivazlı olarak yapılması halinde söz konusudur. Gerçekten de üçüncü kişi bir ivaz karşılığında borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapıyor ise, bu sözleşme herhangi bir şekle tabi

Art. 175, N. 2, s. 393; **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Honsell**, Art. 175, . 2, s. 679-680; **İnan**, s. 395.

¹⁸⁹ **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Honsell**, Art. 175, N. 2, s. 679-680; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Hasler**, s. 75; **Kostkiewicz/NobeV Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **HonseUNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848; **Keller/Schöbi**, s. 75.

¹⁹⁰ **Keller/Schöbi**, s. 74; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, . 5, s. 848; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Kostkiewicz/NobeV Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 3, s. 393; **Eren**, s. 1245; **Kılıçoğlu**, s. 786; **Berger**, s. 804; **Oser/ Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, . 4, s. 2575; **Bönninghaus**, s. 30 vd.; **Uygur**, s. 855.

¹⁹¹ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Kostkiewicz/NobeV Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 3, s. 393; **Eren**, s. 1245; **Kılıçoğlu**, s. 786; **Berger**, s. 804; **Oser/ Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 74; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, N. 4, s. 2575; **Bönninghaus**, s. 30 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Meier**, s. 8.

olmaksızın serbestçe yapılabilecektir. Buna karşılık, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki iç üstlenme sözleşmesi ivazsız olarak yani bir bağışlama şeklinde kararlaştırılmış ise, bu durumda iç üstlenme sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla bir bağışlama sözü verme niteliğinde olacağından TBK. m. 288'de öngörülen şekilde yapılması şartı aranmaktadır'n. Gerçekten de borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile üçüncü kişi borçluyu doğrudan doğruya borcundan kurtarmamakta, sadece borcundan kurtarmayı vaat etmektedir. Bu nedenle, üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesi ile borçtan kurtarmayı ivazsız olarak vaat etmesi ileride ifa edilecek bir bağışlama sözü verme olarak kabul edildiğinden, ivazsız iç üstlenme sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir¹⁹³.

Diğer taraftan, bazı durumlarda kanunda öngörülen şekil şartı, borcun niteliği gereği onun bir unsuru olarak emredilmiş olabilir. Örneğin taşınmaz satım sözleşmesinde gerek taşınmaz mülkiyetinin devri, gerekse satım bedelinin ödenmesi borçlarının niteliği gereği sözleşme için öngörülen şeklin bir unsuru niteliğindedir. Bu durumlarda borcun iç üstlenme sözleşmesinin söz konusu şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁹⁴. Gerçekten de örneğin üçüncü kişi iç üstlenme sözleşmesi ile bir taşınmazın mülkiyetini devretme borcunu üstlenmesi halinde, devir işleminin yapılabilmesi için tapu sicil memuru tarafından TST. m. 16 gereğince resmi senedin düzenlenmesi gerekmektedir¹⁹⁵. Bu nedenle, tescil işleminin hukuki sebebini oluşturacak olan iç üstlenme sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekir.

il. İç Üstlenme Sözleşmesinin İçeriği

TBK. m. 195 gereğince, iç üstlenme sözleşmesi borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan ve borcu üstlenen üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarma vaadini içeren bir sözleşmedir¹⁹⁶. Taraflar bu sözleşmenin

¹⁹² **Berger**, s. 804; **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 74; **Meier**, s. 8 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, N. 4, s. 2575; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 3, s. 393; **Bönninghaus**, s. 30; **Eren**, s. 1245.

¹⁹³ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, N. 4, s. 2575; **Bönninghaus**, s. 30 vd; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Eren**, s. 1245; **Kılıçoğlu**, s. 786; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 3, s. 393; **Berger**, s. 804; **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 74; **Meier**, s. 8.

¹⁹⁴ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Schwenzer**, s. 560; **Eren**, s. 1245; **Keller/Schöbi**, s. 74; **Meier**, s. 8 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848.

¹⁹⁵ Geniş bilgi için bkz., **Unal/Başpınar**, s. 275 vd.; **Eren**, Mülkiyet, s. 201 vd.

¹⁹⁶ **Keller/Schöbi**, s. 74; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 1, s. 393, **Schwenzer**, s. 560; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 272-273; **Eren**, s. 1243-

içeriğini diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Nitekim borcun üstlenilmesinin asıl hukuki sebebi de bu içeriğe göre tayin edilir. Bu nedenle taraflar iç üstlenme sözleşmesini bir ivaz karşılığında yapabilecekleri gibi, ivazsız olarak da yapabilirler¹⁹⁷. Sözleşme ivaz karşılığında yapılmış ise, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olur ki, bu durumda sözleşmeye tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler doğrudan uygulanır. İç üstlenme sözleşmesinin ivazlı olarak akdedilmesi halinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin özellikle ifa sırası, ifa zamanı, ödemezlik defii ve temerrüt gibi özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada özellik arzeden durum ise, TBK. m. 97'de düzenlenmiş olan ödemezlik define ilişkin olarak TBK. m. 195'de yer alan hükümdür. TBK. m. 97'ye göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası talebinde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Aksi takdirde, borcun ifası talebinde bulunan kişi, karşı tarafın ödemezlik defii ile karşılaşır. Bu sonuç, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırası için yer alan düzenlemelerin doğal bir sonucudur¹⁹⁸.

Taraflar iç üstlenme sözleşmesini ivazsız olarak da kararlaştırabilirler. Bu durumda, üçüncü kişi borçluyu borçtan kurtarmayı vaad ettiği, onu borçtan kurtarma taahhüdünde bulunduğu ve karşılığında da bir şey almadığı için iç üstlene sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme değil, aksine tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur. Bu durum üstlenen tarafından karşılık alınmaksızın borçluyu borcundan kurtarma amacıyla yapıldığı için, iç üstlenme sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla bir bağışlama sözü verme niteliğine sahip olur¹⁹⁹.

1244; Becker, Art. 175, N. 1-2, s. 814; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 1, s. 848; **Tunçomağ**, s. 1125; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 269 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 587 vd; **Kılıçoğlu**, s. 785 vd.; **Hasler**, s. 58 vd.; **Schurter**, s. 21 vd.; **Meier**, s. 7 vd.; **Hasler**, s. 58-59; **Schurter**, s. 22-23.

¹⁹⁷ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Kostkiewicz/NobeUSchwaoder/Wolf**, Art. 175, N. 3, s. 393; **Eren**, s. 1245; **Kılıçoğlu**, s. 786; **Berger**, s. 804; **Oser/ Schöneberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Scböbi**, s. 74; **HonsellV Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, N. 4, s. 2575; **Bönninghaus**, s. 30 vd; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Meier**, s. 8.

¹⁹⁸ Buna karşılık TBK. m. 195/II'de, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçların ifasının sırasıyla ilgili olarak; "Borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez" hükmüne yer verilmiştir. Aslında bu hüküm TBK. m. 97'de yer alan düzenlemenin özel bir şekli olup bunun istisnasını teşkil etmez. Bkz., **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 270.

¹⁹⁹ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Aıl. 175, N. 5, s. 848; **Bamberg/Roth**, s. § 415, N. 16, s. 1795; **Krüger**, § 414, N. 4, s. 2575; **Bönninghaus**, s. 30 vd; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Schwenzer**, s. 560; **Eren**, s. 1245; **Kılıçoğlu**, s. 786; **Gauch/Schluep/Schmid/ Emmenegger**, s. 274; **Meier**, s. 8; **Kostkiewicz/NobeVSwander/Wolf**, Art. 175, N.

Borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi, iç üstlenme sözleşmesinde, borcu üstlenenin borçluyu hangi şekilde borcundan kurtaracağını da serbestçe kararlaştırabilirler. Gerçi kanun koyucu bu konuda TSK. m. 195/I'de borcu üstlenen için örnek olarak iki yol göstermiş olsa da, borcu üstlenen bunlarla bağlı değildir²⁰⁰. Bu nedenle borcu üstlenen alacaklı ile bir sözleşme yapmak veya borcu bizzat ifa etmek ya da aksi kararlaştırılmadığı takdirde borcu soğutma²⁰¹ erdiren diğer herhangi bir hukuki işlemle borçluyu borçtan kurtarma vaadını ifa etme hakkına sahiptir.

ili. Diğer Şartlar

Borç doğuran bir sözleşme olan iç üstlenme sözleşmesinin kurulup geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, sözleşmenin tarafları olan borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişinin her şeyden önce fiil ehliyetine sahip olması gerekir²⁰¹. Ayrıca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini (öneri ve kabul) açıklamaları şart ve yeterlidir. Alacaklı iç üstlenme sözleşmesinin tarafı olmadığı için sözleşmeye katılmasına gerek olmadığı gibi, bu konuda bir rızasının olmasına veya bundan haberdar olmasına veya bunun izin vermesine de gerek yoktur. Çünkü bu sözleşme sadece borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında kurulup hüküm ve sonuç doğuran bir "içsel hukuki ilişki" niteliğindedir.

§8. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1 Genel Olarak

İç üstlenme sözleşmesi, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan ve üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarma sözü verdiği bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile üçüncü kişi borçluyu borcundan kurtarmamakta, borcundan kurtarmak için bir vaatte bulunmaktadır. Bu nedenle borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi aynı zamanda "*borçtan kurtarma vaadi*" adıyla da anılmaktadır²⁰². Ancak üçüncü kişi tarafından verilen bu vaat borçlunun derhal bor-

3, s. 393; **Berger**, s. 804; **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 74; **Tekioay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 270

²⁰⁰ Gerçekten de borcu üstlenen üçüncü kişi borçluyu TBK. m. 195 gereğince iki yoldan birisini seçmek sureti) le borcundan kurtarabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan üçüncü kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma) ükümlülüğü altına girmiş olur. Bkz., **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 269-270.

²⁰¹ Bkz., **Eren**, s. 1244; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 587-588; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 269 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 786-787; **Berger**, s. 804; **Oser/Schönenberger**, s. 1016; **Becker**, Art. 175, N. 9, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 74-75.

²⁰² **Honsell/Vogt/Wiegand**, Alt. 175, N. 4, s. 848; **Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Berger**, s. 808; **von Tuhr/Escher**, s. 381; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 4, s. 393; **Uygur**, s. 855.

cundan kurtulması sonucunu doğurmaz. Borçlu bu vaadini, ya borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla TBK. m. 196 gereğince borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapıp borcu bizzat üstlenerek (TBK. m. 195/I) yerine getirmiş olur²⁰³. Ayrıca borcu üstlenen borcu sona erdiren diğer hukuki yollardan birisine başvurmak suretiyle de bu vaadini yerine getirebilir. Gerçekten de, TBK. m. 131 vd. maddelerinde yer alan borcu sona erdiren nedenlerden birisi ile de borcunu ifa edebilir. Türk/İsviçre hukukunda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin üçüncü kişi ile borçlu arasında yapılan ve borçluyu borcundan kurtarmayan ama sadece borçlunun borcundan kurtarılması taahhüdünü içeren bağımsız bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²⁰⁴. Oysa tarihsel gelişim seyri içerisinde özellikle borcun üstlenilmesi teorisinin kabul edildiği ilk dönemlerden itibaren özellikle Alman hukukunda borcun iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan değişik teoriler ileri sürülmüş ve bu teoriler Türk/İsviçre hukukunda da varlığını korumuştur.

Alman hukukunda borcun iç üstlenilmesinin hukuki niteliği konusunda çok sayıda teori ileri sürülmesinin temelinde yatan gerekçe, borcunun üstlenilmesinin kanuni olarak düzenlenme şeklidir. 8GB § 415'e göre, borcun devri, üçüncü kişi ile borçlu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Onay, ancak borçlu veya üçüncü şahıs tarafından alacaklıya yapılacak borç nakli bildirisinden sonra gerçekleşebilir. Taraflar, alacaklı onayını verene kadar borç naklini değiştirebilir veya iptal edebilirler. Onay verilmediği takdirde borç nakli gerçekleşmemiş sayılır. Borçlu veya üçüncü kişi, süre tayin ederek alacaklıdan onay beyanı istemişlerse, onay ancak bu süre sonuna kadar verilebilir; onay beyan edilmemişse, bu onayın reddi sayılır. Alacaklı onayını bildirmediği sürece, tereddüt halinde borcun nakli müteahhidi borçluya karşı alacaklının zamanında alacak

²⁰³ Bunun için mutlaka bir iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde hakim fikir, yapılmasına gerek olmadığını savunmal-"tadır. Ancak bunun aksini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüş için bkz., **Kılıçoğlu**, s. 785-786.

²⁰⁴ Bkz., **Hasler**, s. 58 vd.; **Schurter**, s. 6 vd.; **Meier**, s. 5 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 5, s. 848-849; **Berger**, s. 808; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 4-5, s. 393; **Schwenzer**, s. 560 vd. Türk/İsviçre hukukunda borcun üstlenilmesi konusunda değişik teori ve görüşlerin ileri sürülmemesinin tarihsel nedenleri de bulunmaktadır. Gerçekten de, İsviçre Borçlar Kanununun 191 I yılında kabulünden önce 1900 yılında Alman Medeni Kanunu kabule dilerek yürürlüğe konulmuştur. Borcun da diğer varlıklar gibi malvarlığına dahil olan bir değer ve dolayısıyla "devre elverişli bir değer" olabileceği savunulan makalenin Delbrück tarafından 1853 yılında yayınlanmasından kanunun kabul edildiği 1900 yılına kadar bütün yönleriyle sürekli tartışılmış bir konudur. Bu konuda hakim görüşler ona çıktığı ve bunlar da Alman Medeni Kanununa yansıtıldığı için İsviçre kanun koyucusu bu konuyu tartışmaya gerek kalmaksızın hazır olarak bulmuştur. Bu nedenle Akman hukukundaki tartışmalarla elde edilen sonuçların olduğu gibi alınması bu konuda değişik görüş ve teorilerin ortaya çıkmasını da engel olmuştur.

talebini yerine getirmekle yükü olur. Aynısı, alacaklının onayını vermediği durumda da geçerlidir. 8GB § 414 ise, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini karşılamaktadır. Gerçekten de anılan maddede yer alan hüküm, bir borcun üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme yoluyla, üçüncü kişinin evvelki borçlunun yerine geçeceği şekilde gerçekleşebileceği düzenlemesini içenmektedir. Bu düzenlemelerden hareketle doktrinde borcun üstlenilmesi konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür²⁰⁵. Bu görüşler esas itibarıyla borçlu ve üçüncü kişi arasındaki sözleşme ile borç üstlenmesinin mümkün olup olamayacağı noktasında farklılıklar göstermektedir. Özellikle borçlu ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin yeterli olmadığı, ayrıca üçüncü kişi ile alacaklı arasında da bir sözleşmenin yapılması şartının arandığı hallerde, ilk sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olacağı konusunda farklı görüşler ve buna bağlı farklı teoriler ileri sürülmüştür²⁰⁶.

il İç Üstlenme Sözleşmesinin Hukuki Niteliğini Açıklayan Teoriler

A. Sözleşme (öneri) teorisi

Sözleşme teorisine göre²⁰⁷, borcun iç üstlenilmesinin hukuki niteliğinin ortaya konulmasında üzerinde durulması gereken asıl ilişki *alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi* arasındaki hukuki ilişkidir²⁰⁸. Gerçekten de borcun üst-

¹⁷⁰ Bu görüş ve teoriler için bkz., **Paulsen**, s. 19 vd.; **Hasler**, s. 21 vd.; **Kornder**, s. 14_v d. ve s. 88 vd.; **Meier**, s. 12 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Wendt**, s. 21 vd.; **Heckelmann**, s. 9 vd.; **Schurter**, s. 7 vd.; **Deppeler**, s. 24 vd.; **Schönrock**, s. 14 vd.; **Maurer**, s. 219 vd.; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480 vd.; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd.; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, s. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

²⁰⁶ İlk defa *Gürgens* tarafından ileri sürülen *Regelsberger* ve diğerleri tarafından desteklenen ve borçlunun mu borcu üstlenenin mi yoksa her ikisinin birden mi tasarrufta bulunan olarak görüldüğü ya da borç üstlenilmesine sadece tasarruf karakteri mi verildiği yoksa bunun yanında bir sorumluluk sözleşmesinin de var olduğunun varsayılmasına göre değişik varyasyonları ile *tasarruf teorisi*; bunun yanında *Menzel* tarafından ilk defa ileri sürülen, *Seuffert* tarafından savunulan ve asıl olarak v. *Blume*, *Boehmer* ve *Hellwig* tarafından temsil edilen *arz teorisi* veya *sözleşme teorisi*; ayrıca *Strohal*'in *temsil teorisi*, *Sohm*'un *denileme teorisi* ve *Leonhard*'in *çifte işlem teorisi* bu konuda kabul edilen belli başlı teorilerdir. Bkz., **Kornder**, s. 12.

²⁰⁷ Sözleşme teorisi esas olarak borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki sözleşmeyi ön plana çıkarmakta, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesini ikinci plana itmektedir. Ancak bu teori, iç üstlenme sözleşmesini alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak olan dış üstlenme sözleşmesinin önerisi olarak kabul edildiğinden bu teori *öneri* veya *arz teorisi* olarak da adlandırılmaktadır.

²⁰⁸ **Meier**, s. 14-15; **Paulsen**, s. 23; **Heckelmann**, s. 8; **Wendt**, s. 23 vd.; **Albert**, s. 5 vd.; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd.; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, N.

lenilmesi için her şeyden önce mutlaka alacaklı ile bir sözleşme yapılmalıdır. Bu nedenle borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi sadece borçlu değişimine hazırlık çalışması niteliğinde olup alacaklıyla yapılacak sözleşmeye göre önemsizdir²⁰⁹. Sözleşme teorisini savunan yazarlara göre, borcun üstlenilmesini sağlayacak sözleşmenin borçlu, borcu üstlenen üçüncü kişi ve nihayet alacaklının katılımıyla gerçekleştirilmesi gerekir. Aslında borcun üstlenilmesinde ilk önce borçlu ile borcu üstlenecek üçüncü kişi birlikte alacaklıya yönelik *ortak bir öneriyi* konu alan bir sözleşme yapmaktadırlar²¹⁰. Başka bir ifade ile borçlu ile borcu üstlenecek üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi sanki alacaklıya sunulan bir öneri niteliğindedir. Bu ortak öneri beyanının alacaklı tarafından kabul edilmesi halinde ve ancak bununla borcun üstlenilmesi gerçekleştirilmiş olur²¹¹. Ancak her halükarda borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişinin önceden kendi aralarında her ne kadar borçluyu borçtan kurtarma gibi taraflar arasında etki doğurmasa bile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapmış olmaları şarttır²¹².

Sözleşme teorisini savunan yazarlar, alacaklıyı ve borcu üstlenen üçüncü kişiyi bir borç üstlenilmesinin gerçekleştirilmesinde yegane önemli kişiler olarak göstermektedirler²¹³. Onlara göre alacaklıya karşı da geçerli olacak bir borç üstlenilmesinin meydana gelebilmesi için alacaklının da katılımı şarttır. Alacaklının herhangi bir katılımı olmaksızın borçlu ile borcu üstlenecek

12-13, s. 380 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

²⁰⁹ Bkz., **Kornder**, s. 14; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Paulsen**, s. 22 vd; **Joussen**, N. 1323 vd.; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; Öneri teorisinin açıklanmasında "kollektif öneri" görüşü adı verilen bir görüş ileri sürülmüştür. Bu nedenle arz teorisinin ilk halinin "kollektif öneri teorisi" olduğu kabul edilmektedir. Bkz., **Meier**, s. 14-15; **Albert**, s. 5 vd.; **Wendt**, s. 23 vd.; **Heckelmann**, s. 8.

²¹⁰ Borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından alacaklıya yöneltilen bu öneri nedeniyle dok.'trinde "*kollektif öneri teorisi*" adıyla anılan diğer bir teori de savunulmuştur. Kollektif öneri teorisi konusunda geniş bilgi için bkz., **Hasler**, s. ,

²¹¹ **Paulsen**, s. 23; **Meier**, s. 14-15; **Heckelmann**, s. 8; **Wendt**, s. 23 vd.; **Albert**, s. 5 vd.; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

²¹² Gerçekten de böyle bir sözleşmenin yapılmadan, borcu üstlenen üçüncü kişinin sadece alacaklı ile yapacağı sözleşme ile borçlunun borcunu üstlenip onu borcundan kurtarması BGB § 414 hükümlerine tabi olur. Bu durumda da öneri veya sözleşme teorisi geçerli olmaz. Bkz., **Paulsen**, s. 23; **Kornder**, s. 14; **Meier**, s. 14-15; **Heckelmann**, s. 8; **Wendt**, s. 23 vd.; **Albert**, s. 5 vd.

²¹³ **Paulsen**, s. 23; **Meier**, s. 14-15; **Heckelmann**, s. 8; **Wendt**, s. 23 vd.; **Albert**, s. 5 vd.

üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme sadece bir vaatten öte gitmeyeceği için borç üstlenilmesi alacaklı ve üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile gerçekleşebilir. Gerçekten de, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşme, üstlenenin borçluyu borcundan kurtarma vaadinden başka bir şey değildir²¹⁴. Kurtarma vaadini içeren bu sözleşme, daha sonra yapılacak borç üstlenilmesine bir hazırlıktır²¹⁵. Bu nedenle iç üstlenme sözleşmesine sadece borçlu ile üçüncü kişi arasında iç ilişkide bir önem atfedilmelidir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi borçlu ile üçüncü kişinin sadece kendi aralarında hüküm ve sonuç doğurduğundan alacaklıya karşı bir sonuç doğmaz. Bu nedenle sözleşme teorisi, borçtan kurtarma vaadini içeren bu sözleşmeyi bir "içsel borç üstlenilmesi" olarak kabul etmektedir. Gerçek anlamda bir borç üstlenilmesi ise sadece alacaklı ile üstlenen üçüncü kişi arasında kurulacak bir sözleşme ile yani "*dış borç üstlenilmesi*" ile mümkün olabilir²¹⁶.

Borcun dış üstlenilmesi ise alacaklıya yöneltilmiş bir önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesiyle mümkündür. İşte bu öneri aslında borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi ile gerçekleşmektedir. Başka bir ifade ile iç üstlenme sözleşmesi, borcun devri sonucunu doğurmayan ancak; borcun devri için gerekli olan sözleşmenin kurulmasını sağlayan bir öneri niteliğindedir. Başka bir ifade ile iç üstlenme sözleşmesi, alacaklıya karşı yapılacak ve öneri olarak adlandırılacak irade beyanının kapsam ve muhtevasını oluşturmaktadır. Borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasında yapılmış iç üstlenme sözleşme-

²¹⁴ Heckelmann, s. 8; Wendt, s. 23 vd.; Albert, s. 5 vd.; Paulsen, s. 23; Meier, s. 14-15; Soergel, § 414-415, N. 2, s. 480; Eckert, N. 1078, s. 314 vd; Erman, § 415, N. 1, s. 1732; Looschelders, N. 1156, s. 406; Jousen, N. 1323 vd.; Köhler/Lorenz, s. 320 vd.; Brox/Walker, N. 12-13, s. 380; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, s. 368, N. 809; Krüger, § 415, N. 2, s. 2576. Nitekim Türk/İsviçre hukukunda da savunulan görüş budur. Başka bir ifade ile borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme üstlenenin borçlu[❖]u borçtan kurtarmayı sadece *vaatettiği* bir sözleşme niteliğindedir. Bkz., Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 273-274; von Tuhr/Escher, s. 384 vd.; Schwenzer, s. 560-561; Berger, s. 800-801; Kostkiewicz/NobeUSchwander/Wolf, Art. 175, N. 3, s. 393; Keller/Schöbi, s. 74-75; Tunçomağ, s. 1125; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 269 vd.; Oğuzman/Öz, C. il, s. 587 vd.; Becker, Art. 175, N. 1-3, s. 814; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 1-2, s. 848.

²¹⁵ Bkz., Kornder, s. 14; Krüger, § 415, N. 2, s. 2576; Paulsen, s. 22 vd; Jousen, N. 1323 vd.; Brox/Walker, N. 12-13, s. 380; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, s. 368, N. 809; Soergel, § 414-415, N. 2, s. 480; Eckert, N. 1078, s. 314 vd; Erman, § 415, N. 1, s. 1732; Looschelders, N. 1156, s. 406; Köhler/Lorenz, s. 320 vd.;

²¹⁶ Albert, s. 5 vd.; Meier, s. 14-15; Paulsen, s. 23; Wendt, s. 23 vd.; Heckelmann, s. 8; Soergel, § 414-415, N. 2, s. 480; Eckert, N. 1078, s. 314 vd; Erman, § 415, N. 1, s. 1732; Looschelders, N. 1156, s. 406; Jousen, N. 1323 vd.; Köhler/Lorenz, s. 320 vd.; Brox/Walker, N. 12-13, s. 380; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, s. 368, N. 809; Krüger, § 415, N. 2, s. 2576.

sinin alacaklıya bildiriminin hem üstlenen üçüncü kişi hem de borçlu tarafından yapılması mümkündür. Sözleşmenin kurulabilmesi için öneri olarak düşünülen bu bildirimin, borcu üstlenenden değil de borçlu tarafından yapılması halinde borçlunun borcu üstlenen üçüncü kişinin temsilcisi olarak hareket ettiğinin kabulü gerekir²¹⁷. Hatta burada borçlunun, borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından zımni olarak verilen bir temsil yetkisinin varlığına dayanarak temsilci sıfatı ile hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁸.

Sözleşme teorisi ilk ortaya atıldığı dönemde doktrindeki hakim fikir olarak kabul edilmiş olsa da, değişik yönlerden eleştirilere uğramıştır. Özellikle karmaşık bir hukuki ilişki öngörmesi ve kural olarak iki kişi arasında yapılabilecek bir sözleşmeye üç kişinin katılması zorunluluğunu araması nedeniyle hukuk ekonomisine ters düştüğü düşüncesiyle eleştirilmiştir²¹⁹. Teori, borcun üstlenilmesini borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında iç üstlenme sözleşmesi ve daha sonrada borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında bir dış üstlenme sözleşmesi yapılmak suretiyle parçalara ayırmış olması nedeniyle de eleştirilere maruz kalmıştır²²⁰. Bu eleştirilerden ilkinde göre, iç ve dış borç üstlenilmesi ayırımında asıl borçlu ve üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye sadece ifa üstlenilmesi manası verilebileceği düşünülse de, bu kesinlikle taraf iradelerini tam olarak ifade etmez. Çünkü uygulamada, tarafların ve özellikle borcu üstlenen üçüncü kişinin amacı alacaklıyı vadesinde tatmin etmek değil, aksine asıl borçluyu alacaklının da onaylaması şartıyla borcundan kurtararak onun yerine borç ilişkisine dahil olmaktır²²¹. Örneğin bir taşınmaz satımında alıcı taşınmaz üzerinde kurulmuş bulunan ipotek borçlarını satıcı ile anlaşarak üstlenirse (BGB § 4 I 6, ZGB Art. 832, TMK. m. 888), alıcının iradesi satıcıya sadece alacaklıyı vadesinde tatmin etme sözü vermeyip, aksine taşınmaz satıcısının yerine ipotek borçlusu olarak geçmeye yönelik olacaktır. Aynı şekilde borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmelerde genel olarak en başta bir ifa üstlenilmesi değil,

²¹⁷ **Paulsen**, s. 24; **Meier**, s. 15 vd.; **Heckelmann**, s. 23; **Albert**, s. 5; **Wendt**, s. 28; **Deppeler**, s. 56-57.

²¹⁸ **Albert**, s. 5; **Paulsen**, s. 24; **Wendt**, s. 28; **Heckelmann**, s. 23; **Meier**, s. 15 vd.; **Deppeler**, s. 56-57; Doktrinde Hellwig tarafından, borçlunun üstlenen üçüncü kişi adına borç üstlenilmesine yönelik teklifi alacaklıya iletmek üzere kanun tarafından yetkilendirildiği savunulmaktadır. Bkz., **Paulsen**, s. 24 vd.

²¹⁹ **Meier**, s. 14-15; **Albert**, s. 5 vd.; **Paulsen**, s. 23; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Wendt**, s. 23 vd.; **Heckelmann**, s. 8-9; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480; **Brox/Walker**, s. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd.; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Looschelders**, s. 1156, s. 406; **Joussen**, N. 1323 vd.

²²⁰ **Paulsen**, s. 24; **Wendt**, s. 25 vd.; **Heckelmann**, s. 9-10 ve 36 vd.;

²²¹ **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Wendt**, s. 25 vd.; **Heckelmann**, s. 36 vd.;; **Soergel**, § 414-415, N. 2, s. 480; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Eckert**, N. 1078, s. 314 vd.; **Paulsen**, s. 24;

bir borcun üstlenilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Bu nedenle, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde iki seçenek ortaya çıkabilir. Taraflar iç üstlenme sözleşmesini, alacaklının onayının alınması için alacaklıya ihbar etmeyip borç üstlenilmesine çevrilemeyecek basit bir ifa üstlenilmesi amacıyla yapmış olabilirler. Veya iç üstlenme sözleşmesi baştan beri borcun üstlenilmesi amacıyla akdedilmiş olabilir²²². Bu nedenle borcun üstlenilmesinin, ilk önce iç üstlenme sözleşmesi yapılmak suretiyle ifanın üstlenilmesi olarak kararlştırılıp daha sonra bunun üzerine bir dış üstlenme sözleşmesi yamak su;_e-
tyle borcun üstlenilmesinin bölünüp parçalara ayrılması mümkün degil-
dir²²³. Kaldı ki, kanunda yer alan düzenleme, borçlu ve üstlenen arasın-
yapılan sözleşmenin şüphe halinde üstlenenin alacaklıyı vaktinde tatmin
etme sorumluluğunu içerdiğini ifade etmektedir. Gerçekten de, BGB §
415/3'te yer alan, *"alacaklı onayını bildirmediği sürece, tereddüt halinde
borcu üstlenen üçüncü kişi borçluya karşı alacaklının zamanında alacak
talebini yerine getirmekle yükümlü olur"* düzenlemesinden bu sonuç çıkmak-
tadır. Nitekim TBK. m. 195/1 (OR Art. 175)'de yer alan *"Borçlu ile iç üst-
lenme sözleşmesi yapan üçüncü kişinin borcu bizzat ifa ederek veya alacak-
lının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü
altına girmiş olacağı"* şeklindeki düzenleme de bunu doğrulamaktadır. Bu
nedenle borçlu ile üçüncü kişi arasında akdedilen iç üstlenme sözleşmesi
sadece bir ifa üstlenilmesi olarak kabul edilemez. Taraflar her ne kadar iç
üstlenme sözleşmesi akdetmiş olsalar da, daha çok üstlenen üçüncü kişinin
borçlunun yerine geçmek durumunda olduğu bir *"borç üstlenilmesi"* amaç-
lanmaktadır. Alacaklı, borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeye
onay vermekten kaçınırsa, asıl hedeflenen üstlenme meydana gelmediği için
en azından gerçekleşmemiş onaydan bağımsız olarak daha zayıf etki doğur-
duğu varsayılan *ifa üstlenilmesinin* anlaşılması gerektiğinin kabulü daha
isabetli olur²²⁴.

Sözleşme teorisine göre borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi iç üstlenme sözleşmesi yaparken aslında borçlunun borçtan kurtulmasını istediklerini, ancak bunun alacaklı ile bir dış üstlenme sözleşmesinin yapılması ile gerçek-
leşebileceğini bilmektedirler. Ayrıca, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki iç
üstlenme sözleşmesi alacaklıya yönelik sadece borç üstlenilmesi için bir
öneriye ilişkin anlaşma olduğundan bir nevi sözleşme yapma vaadi
(=*pactum de contrahendo*) niteliğindedir. Borç üstlenilmesinin sonuç do-

²²² Hecklmann, s. 8; Albert, s. 5 vd.; Meier, s. 14-15; Paulsen, s. 23; Wendt, s. 23 vd.;

²²³ Meier, s. 14 vd.; Hecklmann, s. 9-10, özellikle bkz., s. 37 vd.; Albert, s. 5 vd.;
Paulsen, s. 23; Wendt, s. 25 vd.;

²²⁴ Bkz., Hecklmann, s. 53 vd.; Paulsen, s. 25 vd.; Medicus/Lorenz, s. 380 vd.; Her ne
kadar 8GB § 415/3'de, ifanın üstlenilmesinde bahsedilmiş olsa da, aslında bunun üçüncü
kişi lehine sözleşme olarak yorumlanması gereken ifa üstlenilmesi şeklinde kabul edil-
mesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz., Hecklmann, s. 15-16.

ğ❖❖ması alacaklının katılımını zorunlu kıldığından borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi borçlunun değişimi için hiçbir amaca hizmet etmeyen etkisiz ve ümitsiz bir vaatten başka bir şey olamaz²²⁵. Ancak teorisinin b; görüşü de sözleşmelerin akdedildikleri sırada mevcut olan eksikliklerinin daha sonradan giderilmesi suretiyle geçerlilik kazandığı²²⁶ diğer kanuni düzenlemeler dikkate alındığında tutarlılığını kaybetmesi nedeniyle karşı çıkılmaktadır. Örneğin sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını almadan yapmış olduğu borç altına sokan hukuki işlemler, ancak yasal temsilcinin daha sonradan vereceği onay (icazet) ile geçerli olur (8GB § 108, TMK. m. 16, ZGB Art. 19). Bu bakımdan borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine alacaklı tarafından sonradan verilen onayı da, sınırlı ehliyetsizlerin işlemleri gibi değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²²⁷. Başka bir ifade ile bu teori, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin, geçerliliği üçüncü kişinin onayına bağlı bir hukuki işlem şeklinde ifade etmenin hukukten hiçbir mahsuru olmayacağını kabul etmektedir. Bu bakımdan, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşme olsa olsa alacaklının onayına bağlı askıda geçersiz bir sözleşme niteliğinde olacağından, hiçbir amaca hizmet etmeyen, etkisiz ve ümitsiz bir vaat olarak değerlendiril-

²²⁵ Bu görüş esas itibarıyla *Heck* tarafından savunulmaktadır. Gerçekten de öneri teorisinde geliştirilen düşüncelerin en önemli savunucularından olan *Heck*, BGB § 415 de ❖er alan hükümleri de aynen BGB § 414'de yer alan alacaklı ile sözleşme yapma şeklinde değerlendirmektedir. Ona göre eski borçlu ve üstlenenin BGB § 415'e göre yaptıkları anlaşmanın içeriğinde borçlunun borçtan kurtulması iradesinin mevcut olduğunu ancak bunun BGB § 414'e göre bir alacaklı sözleşmesinin yapılması suretiyle gerçekleştirilebileceğini bildiklerini kabul etmektedir. Borçlular (borçlu ile borcu üstlenen) arasındaki BGB § 415'e göre sözleşme, alacaklıya yönelik sadece borç üstlenilmesi için bir öneri hakkında bir uzlaşma bir anlaşmadır. *Heck'e* göre bir borç üstlenilmesinin geçerliliği için daima alacaklının katılımı gerekli olduğundan, borçlular arasında yapılan borç üstlenilmesi, hiçbir menfaate hizmet etmeyen, etkisiz bir denemeden başka hiçbir şey ❖ olmaz. Ancak bu görüş, eksiklikle sakatlığın söz konusu olduğu durumlar örnek gösterilmek sureti❖le eleştirilmektedir. Örneğin sınırlı ehliyetsizlerin yapmış olduğu bir sözleşme ancak yasal temsilcilerinin onayı ile geçerli duruma gelebilir. BGB § 415'de yer alan borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşme de benzer şekilde açıklanabilir. Kaldı ki, burada söz konusu borç üstlenilmesi durumunu, geçerlilikleri üçüncü kişilerin onayına bağlı olan genel hukuki işlemler kategorisinde değerlendirmek tereddüt gerektiren bir durum değildir. Borçlu ve borcu üstlenen arasında gerçekleştirilen borç üstlenilmesi, doğrusu önce alacaklıya karşı "geçersizdir"; ancak *Heck'in* belirttiği gibi ümitsiz değildir. Onun geçerliliği, kanun tarafından alacaklının onayına bağlı kılınmıştır. Borç üstlenilmesi için alacaklı tarafından onayın verilmesi ile birlikte, artık gerçek anlamda üstlenme gerçekleşir ve artık birtUn taraflar için bağlayıcı bir hal alır. Bkz., **Paulsen**, s. 25 vd; **Kornder**, s. 31-32.

²²⁶ Örneğin, eksiklikle sakat olan ve bu nedenle askıda geçersizlik veya tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabi olan bir hukuki işleme sonradan verilen icazet ve) a onay ile geçerlilik kazandırılması bu şekilde değerlendirilebilir.

²²⁷ **Paulsen**, s. 25; Ayrıca bkz., **Wenclt**, s. 24 vd.; **Kornder**, s. 31-32;

riilmemesi gerekir. Çünkü iç üstlenme sözleşmesinin geçerliliği, kanun tarafından alacaklının onayına bağlı kılınmıştır. Gerçek anlamda borcun üstlenilmesi ve bunun hüküm ve sonuçları onayın verilmesi ile bütün taraflar için geçerli hale gelir. Kaldı ki, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcinin rızasını 1- maksızın yapmış olduğu borç altına sokan hukuki işlemler de, yasal temsilcinin onayına kadar sınırlı ehliyetsizi bağlamamaktadır.

Sözleşme teorisinin borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin alacaklıya ihbar edilmesini alacaklıya yöneltilmiş bir "öneri" ve bunun da alacaklı tarafından onaylanmasını da "kabul" sayan görüşü de önemli eleştirilere maruz kalmıştır²²⁸. Gerçekten de, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirimi amacıyla yapılan ihbar, sözleşmelerin kuruluşu için kanunda öngörülen "öneri" ve "kabul" kavramlarına ilişkin esaslardan tamamen farklı bir hukuki kurumdur. Eleştiri ileri süren yazarlar, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi için öngörülen alacaklıya yönelik ihbarın genel anlamda bir sözleşmenin kurulması için aranan öneri ve kabulden farklı olduğu ilgili hükümlerin karşılaştırılmasından da anlaşılabilirliğini kabul etmektedirler²²⁹. Buna göre, bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere kabul için süre belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren kişi bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır. Kabul bu süre içinde kendisine ulaşmazsa öneren önerisiyle bağlantıdan kurtulur (TBK. m. 3). Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri, hemen kabul edilmezse; öneride bulunan kişi önerisiyle bağlantıdan kurtulmaktadır. Ayrıca, kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar önereni bağlamaktadır (TBK. m. 5). Buna karşılık borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ihbarında bağlantı süresi ihbarın alacaklıya ulaştığı andan itibaren, başlamaktadır. Aynı şekilde, borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi, alacaklı tarafından onay verilene kadar borç üstlenilmesini değiştirene veya ortadan kaldırma hakkına sahiptirler²³⁰. Ayrıca her ne kadar borçlu ve üstlenen üçüncü kişi onay vermek üzere alacaklı için bir süre belirleme hakkına sahip iseler de, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklı tarafından onayı bir süreye bağlı olmadan gerçekleşebilmektedir²³¹. Eğer bir süre verilmiş olsa bile alacaklının

²²⁸ Bu eleştiriler için bkz., **Wendt**, s. 25 vd.; **Albert**, s. 6-7; **Paulsen**, s. 25, d.; **Heckelmann**, s. 36 vd.;

²²⁹ **Wendt**, s. 25 vd.; **Albert**, s. 6-7; **Paulsen**, s. 25-26; **Heckelmann**, s. 36 vd.;

²³⁰ Gerçekten de, 8GB § 415 1/3'e göre borçlu ve üstlenen üçüncü kişi ihbarın gerçekleşmesinden sonra da aralarında yaptıkları sözleşmeyi alacaklı tarafından ona) verilene kadar serbestçe değiştirebilmekte veya tamamen iptal edebilmektedirler.

²³¹ **Paulsen**, s. 27; Bu konuda geniş bilgi için bkz., **Looschelders**, s. 1156, s. 406; **Köhler/Lorcnz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessl**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

borçlu veya üstlenen üçüncü kişi iç üstlenme sözleşmesini iptal etmedikçe onayını açıklamak için belirli bir süre ile sınırlandırılmamış bir hakka sahip olduğu kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile alacaklının onayı hiçbir şekilde sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneriye yönelik süre sınırlamasına bağlanmamıştır²³². Bu durumda, borcun iç üstlenme sözleşmesinin alacaklı tarafından onaylanmasının kabul ile eşit tutulamayacağı görüşünü haklı çıkartmaktadır. Sonuç olarak, sözleşme teorisi gereğince borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklıya ihbarı sözleşmenin kurulması için gerekli olan *öneri* ve bu ihbarın alacaklı tarafından onaylanması da sözleşmenin kurulması için gerekli olan *kabul* olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür²³³. Öte yandan, ihbar, teorik olarak geçerliliği taraf iradeleri dikkate alınmadan kanun gücüyle geçerli olan bir irade açıklaması iken, sözleşmenin kurulması için öngörülen öneri teknik ve hukuki anlamda bir irade beyanıdır. Yani iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarı, bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan öneriden farklı bir irade açıklaması olarak görülmelidir. Borcun üstlenilmesinin gerçekleştirilebilmesi için alacaklıya yapılan ihbarı öneri ve alacaklının onayını da sözleşmenin kurulabilmesi için kabul sayan bu teori, kanunda da açıkça "*öneri*" ve "*kabul*" ifadeleri yerine özellikle "*onay*" kav-

²³² 8GB § 415'te yer alan alacaklı) a ihbarın sözleşmenin 1-.urulması için gerekli olan bir öneri olarak kabul edilemeyeceği, sözleşmelerin kurulması için gerekli olan öneri ve **ka-**bule ilişkin düzenlemelerin yer aldığı hükümlerden de anlaşılmaktadır. Buna göre **bir** sözleşmenin kurulması için öneride bulunan kişi, önerisini geri almadığı ,e)a 1..arşı taraf-ça da reddedilmediği sürece bu öneri ile bağlıdır. Buna karşılık BGB § 415.de)er aJan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbar edilmesi alacaklı ile sözleşmenin kurulması için bir öneri olarak kabule dilecek olursa buradan her iki borçlunun en azından mal...-ul ama sınırlı da olsa belirli bir süre bu önerileri ile bağlı oldukları sonucu orta?a çıkmaktadır. Oysa BGB § 415'de iç üstlenme sözleşmesinin alacaklı tarafından ona?anmasına kadar borçlu ve üstlenenin iç üstlenme sözleşmesini değiştirebileceği , e) a gerekirse bu sözleşmeyi iptal edebilecekleri hükmüne ?er verilmiştir. Dola)ıSı)la 8GB § 415.in alacaklıyla kurulacak sözleşme için öneri olarak görülen bu ihbann herhangi bir bağla)ıcı etkisi yoktur. BGB § 415'te talep edilen ihbar, hukuken sözleşme için bir öneri olarak görüle--mez. Bkz., **Paulsen**, s. 26.

²³³ Genel olarak bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan kabul be)anına ilişkin genel hükümlerde yer alan düzenlemelere u) maması nedeni) le, borçlu ve borcu üstlenen üçün-cü kişi tarafından alacaklı) a) apılanı ihbarın alacaklı tarafından ona)!anması da *lcabul de--*ğildir. Bu nedenle öneri teorisinin ihbarı öneri, ona?ı ise lı.abul sa) an bu görüşünün ka-nunda) er alan düzenlemelerle de bağdaşmadığı bunlara tezat ıeşli.il eniği ileri sürülmek-tedir. Bkz., **Wendt**, s. 25 vd.; **Paulsen**, s. 26.

m Türk/İsviçre hukukunda kanun koyucu muhtemelen bu ihbarın gönderilmesi, i e bunun alacaklı tarafından onaylanmasının ne anlama geldiğinin açıkça düzenlenmemesinin)a-ratacağı tartışmalar düşünülerek TBK. m. 196'da, "İç üstlenme! sözleşmesinin, üstlenen ve) a onun izni ile borçlu tarafından alacaklı) a bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir" hükmüne ?er ,ermek sureti)le bu konudaki herhangi bir tai11şma) aşanmasına izin , ermemiştir.

ramı kullanılmış olması nedeniyle de eleştirilmektedir²³⁵. Buna karşılık sözleşme teorisini savunan yazarlar bu eleştiriye karşı, kanunda geçen *onay* kavramının aslında ticari ilişkilerde genellikle teklif edilen bir sözleşmenin kabulünden başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir²³⁶. Ancak kanun²³⁷ ifade tarzı olarak özellikle "*onay*" ifadesini seçmesi, bu ifadenin sözleşme²³⁸ kurulması için aranan teknik ve hukuki anlamdaki kabul olarak görülmesinin mümkün olamayacağını kabul etmek gerekir. Onay, daha çok geçerli olan ancak değişik nedenlerden dolayı henüz hukuki sonuç doğurmayan irade beyanlarının, etkili hale getirilmesi için kullanılan teknik bir kavramdır. Eğer kanunda teknik bir kavram olan "*onay*" kavramı, sözleşmenin kabulü olarak kullanılmak istenseydi, o zaman kanun koyucu "*kabul*" ifadesi kullanmaktan çekinmezdi²³⁷.

Sözleşme teorisi tarafından savunulan görüşlerin diğer bir eleştiri noktası ise, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarını yapan kişi bakımından ortaya çıkınmaktadır²³⁸. Bu ihbarın borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılması ve bunun da alacaklı tarafından onaylanması alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında "borcun dış üstlenilmesi" sözleşmesinin kurulmasını ve bu sözleşmenin de alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurması beklenen bir durumdur. Ancak, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarının borçlu tarafından yapılması bu teori bakımından bazı açıklanamaz sorunlar doğurmaktadır. Başka bir ifade ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin borçlu tarafından alacaklıya ihbarının alacaklı tarafından kabulü ve bununla da alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında dış üstlenme sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi şeklimdeki teori görüşü eleştirilmektedir. Ancak buna karşı da, borçlunun; borcun iç üstlenilmesi sözleşmesini alacaklıya ihbar etmek suretiyle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin önerisini alacaklıya sunmak ve buna karşılık alacaklının sözleşmeyi kabulünü de sözleşmeyi üstlenen adına kabul etme konusunda yetkili

²³⁵ Bkz., **Paulsen**, s. 25-26; **Albert**, s. 6-7; **Heckelmann**, s. 36 vd. Teori tarafından bu eleştiriye karşılık, borçlunun borcu üstlenen kişinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği savunması yapılmaktadır.

²³⁶ Bu yazarlar için bkz., **Paulsen**, s. 26; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

²³⁷ **Heck**, özellikle ticari ilişkilerde "*onay*" kavramının, üçüncü bir kişi tarafından yapılan önerinin kabulünden başka bir anlama gelmediğini ve bu nedenle her iki kavramın içerik olarak aynı anlama geldiğini, kanun koyucunun da kavramları seçmesinde özel bir amacı olmadığını kabul etmektedir. Bkz., **Heckelmann**, s. 36.

²³⁸ **Heckelmann**, s. 37 vd.; **Albert**, s. 6-7; **Meier**, s. 14 vd.; **Wendt**, s. 25 vd.; **Paulsen**, s. 27.

kılındığı düşüncesi ileri sürülmüştür²³⁹. Ancak borcu üstlenen üçüncü kişinin borçluyu borç üstlenilmesi önerisini alacaklıya göndermek ve alacaklının kabul beyanının da kabul etmek için yetkili kıldığı düşüncesi de, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişinin aralarında yaptığı anlaşmaya tamamen yabancı olan ve aslında taraf iradelerine uymayan bir içerik kazandırıldığı gerekçesi ile reddedilmiştir. Netice itibarıyla, borçlunun, borcu üstlenen adına alacaklıya teklif vermeye yetkilendirilmiş olduğu düşüncesi sadece varsayımdan öteye gidememiştir²⁴⁰.

B. Temsil teorisi

Temsil teorisi de, öneri teorisine benzer şekilde, borç üstlenilmesini alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşmeye (*dış üstlenme sözleşmesine*) bağlamaktadır²⁴¹. Bu teori, borçluyu alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak kabul etmekte, sadece borç üstlenilmesinin alacaklı tarafından şahsen değil, onun adına borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeyle gerçekleştirildiğini savunmaktadır²⁴². Yapılan bu sözleşmeye alacaklı tarafından verilecek onay ise, borçlunun yetkisiz temsilci olarak yaptığı sözleşmeye temsil olunan tarafından sonradan verilen onayı (icazeti) ifade etmektedir. Borçlunun görevinin alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak davranması olduğunu kabul eden temsil teorisi, borcun üstlenilmesine ve temsile ilişkin genel hükümler ile özellikle yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeler bakımından değerlendirildiğinde eleştirilere maruz kalmaktadır²⁴³.

Öncelikle, iç üstlenme sözleşmesine alacaklı tarafından verilen onay ile yetkisiz temsilde, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemlere sonradan temsil olunan tarafından verilen onay hukuki açıdan birbirinden farklılıklar taşımaktadır²⁴⁴. Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu bir işleme, temsil olu-

²³⁹ Bu durumda borçlunun borcu üstlenen adına onun temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği, e bu nedenle temsilci tarafından önerinin ileri sürülüp, ine temsilci tarafından kabul beyanına muhatap olunabileceği) önünde görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler için b1'L.. **Paulsen**, s. 27; **Heckelmann**, s. 36, d.; **Albert**, s. 6-7; **Meier**, s. 1, 4d.; **Wendt**, s. 25, e ayrıca bk.z. s. 87-89.

²⁴⁰ **Wendt**, s. 25 vd.; **Paulsen**, s. 27; **Heckelmann**, s. 3, 6d.; **Albert**, s. 6-7; **Meier**, s. 1, 4d.

²⁴¹ **Wendt**, s. 26 vd.; **Paulsen**, s. 28; **Heckelmann**, s. 2, 3d.; **Meier**, s. 1, 5d.; **Korndorfer**, s. 88-89.

²⁴² **Heckelmann**, s. 23 vd.; **Paulsen**, s. 28; **Korndorfer**, s. 88-89; **Meier**, s. 1, 5d.; **Wendt**, s. 28 vd.

²⁴³ Asıl borçlunun görevinin, alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak davranması olduğunu kabul eden *Sirohal*'in bu görüşü; BGB § 415'in temsilciliğe ilişkin diğer özel hükümlerin ve özellikle yetkisiz temsile ilişkin hükümlerle karşılaştırılarak eleştirilmiştir. Bkz., **Paulsen**, s. 28-29.

^{1.1.1} *Sirohal*, borcun iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarı üzerine alacaklı tarafından buna verilen onay teknik anlamda bir kabul anlamı taşıyacağı düşüncesinden hareketle temsil teorisini geliştirmiştir. Bu nedenle *Sirohal*'a göre Alman Medeni Kanununun

ramı kullanılmış olması nedeniyle de eleştirilmektedir²³⁵. Buna karşılık SÖ" L. !eşme teorisini savunan yazarlar bu eleştiriye karşı, kanunda geçen onay kavramının aslında ticari ilişkilerde genellikle teklif edilen bir sözleşmenin kabulünden başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir²³⁶. Ancak kanun'un ifade tarzı olarak özellikle "onay" ifadesini seçmesi, bu ifadenin sözleşme'nin kurulması için aranan teknik ve hukuki anlamdaki kabul olarak görülmesinin mümkün olamayacağını kabul etmek gerekir. Onay, daha çok geçerli olan ancak değişik nedenlerden dolayı henüz hukuki sonuç doğurmayan irade beyanlarının, etkili hale getirilmesi için kullanılan teknik bir kavramdır. Eğer kanunda teknik bir kavram olan "onay" kavramı, sözleşme'nin kabulü olarak kullanılmak istenseydi, o zaman kanun koyucu "kabul" ifadesi kullanmaktan çekinmezdi²³⁷.

. Sözleşme teorisi tarafından savunulan görüşlerin diğer bir eleştiri noktası ise, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarını yapan kişi bakımından ortaya çıkmaktadır²³⁸. Bu ihbarın borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılması ve bunun da alacaklı tarafından onaylanması alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında "borcun dış üstlenilmesi" sözleşmesinin kurulmasını ve bu sözleşmenin de alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurması beklenen bir durumdur. Ancak, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarının borçlu tarafından yapılması bu teori bakımından bazı açıklanamaz sorunlar doğurmaktadır. Başka bir ifade ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin borçlu tarafından alacaklıya ihbarının alacaklı tarafından kabulü ve bununla da alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında dış üstlenme sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesi şeklimdeki teori görüşü eleştirilmektedir. Ancak buna karşı da, borcunun; borcun iç üstlenilmesi sözleşmesini alacaklıya ihbar etmek suretiyle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin önerisini alacaklıya sunmak ve buna karşılık alacaklının sözleşmeyi kabulünü de sözleşmeyi üstlenen adına kabul etme konusunda yetkili

²³⁵ Bkz., **Paulsen**, s. 25-26; **Albert**, s. 6-7; **Heckelmann**, s. 36 vd. Teori tarafından bu eleştiriye karşılık, borcunun borcu üstlenen kişinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği savunması yapılmaktadır.

²³⁶ Bu yazarlar için bkz., **Paulsen**, s. 26; **Looschelders**, N. 1156, s. 406; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Brox/Walker**, N. 12-13, s. 380; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Krüger**, § 415, N. 2, s. 2576; **Joussen**, N. 1323 vd.

²³⁷ *Heck*, özellikle ticari ilişkilerde "onay" kavramının, üçüncü bir kişi tarafından yapılan önerinin kabulünden başka bir anlama gelmediğini ve bu nedenle her iki kavramın içerik olarak aynı anlama geldiğini, kanun koyucunun da kavramları seçmesinde özel bir amacı olmadığını kabuletmektedir. Bkz., **Heckelmann**, s. 36.

²³⁸ **Heckelmann**, s. 37 vd.; **Albert**, s. 6-7; **Meier**, s. 14 vd.; **Wendt**, s. 25 vd.; **Paulsen**, s. 27.

kılındığı düşüncesi ileri sürülmüştür²³⁹. Ancak borcu üstlenen OçOncO ki,inin borçluyu borç üstlenilmesi önerisini alacaklıya göndermek ve aJacaklımın kabul beyanının da kabul etmek için yetkili kıldığıJ düşüncesi de. borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişinin aralarında yaptığı anlaşmaya tamamen yabancı olan ve aslında taraf iradelerine uymayan bir içerik kazandıldığı **gen:k-çesi** ile reddedilmiştir. Netice itibariyle, borçlunun, borcu üstlenen adına alacaklıya teklif vermeye yetkilendirilmiş olduğu düşüncesi sadece varsayımından öteye gidememiştir²⁴⁰.

B. Temsil teorisi

Temsil teorisi de, öneri teorisine benzer şekilde, borç üstlenilmesini alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşmeye (*dış üstlenme sözleşmesine*) bağlamaktadır²⁴¹. Bu teori, borçluyu alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak kabul etmekte, sadece borç üstlenilmesinin alacaklı tarafından şahsen değil, onun adına borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşmeyle gerçekleştirildiğini savunmaktadır²⁴². Yapılan bu sözleşmeye alacaklı tarafından verilecek onay ise, borçlunun yetkisiz temsilci olarak yaptığı sözleşmeye temsil olunan tarafından sonradan verilen onayı (icazeti) ifade etmektedir. Borçlunun görevinin alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak davranması olduğunu kabul eden temsil teorisi, borcun üstlenilmesine ve temsile ilişkin genel hükümler ile özellikle yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeler bakımından değerlendirildiğinde eleştirilere maruz kalmaktadır²⁴³.

Öncelikle, iç üstlenme sözleşmesine alacaklı tarafından verilen onay ile yetkisiz temsilde, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemlere sonradan temsil olunan tarafından verilen onay hukuki açıdan birbirinden farklılıklar taşımaktadır²⁴⁴. Yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu bir işleme, temsil olu-

²³⁹ Bu^d durumda borçlunun borcu üstlenen adına onun temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği ve bu nedenle temsilci tarafından önerinin ileri sürülüp yine temsilci tarafından kabul be^danına muhatap olunabileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler için bkz.. Paulsen, s. 27; Heckelmann, s. 36 vd.; Albert, s. 6-7; Meier, s. 14 vd.; Wendt, s. 25 ve ayrıca bkz. s. 87-89.

²⁴⁰ Wendt, s. 25 vd.; Paulsen, s. 27; Heckelmann, s. 36 vd.; Albert, s. 6-7; Meier, s. 14 vd.

²⁴¹ Wendt, s. 26 vd.; Paulsen, s. 28; Heckelmann, s. 23 vd.; Meier, s. 15 vd.; Koroder, s. 88-89.

²⁴² Heckelmann, s. 23 vd.; Paulsen, s. 28; Kornder, s. 88-89; Meier, s. 15 vd.; Weodt, s. 28 vd.

²⁴³ Asıl borçlunun görevinin, alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak davranma olduğunu kabul eden Strohal'in bu görüşü; 8GB § 41S'in hükümlerinin temsilciliğe ilişkin diğer özel hükümlerin ve özellikle yetkisiz temsile ilişkin hükümlerle karşılaştırılarak eleştirilmiştir. Bkz., Paulsen, s. 28-29.

²⁴⁴ Strohal, borcun iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbarı üzerine alacaklı tarafından buna verilen onay teknik anlamda bir kabul anlamı taşıyamayacağı düşüncesinden hareketle temsil teorisini geliştirmiştir. Bu nedenle Strohal'a göre Alman Medeni Kanununun

nandan onay vermesi talep edilecek olursa, talep sonucunda onay beyanı da sadece yetkisiz temsilciye karşı yöneltilebilecektir. Bu durumda, borçlunun alacaklının yetkisiz temsilcisi olarak yaptığı sözleşmeye onay vermesi talep etmesi durumunda, onaya ilişkin irade beyanının da sadece borçluya yöneltilmesi gerekmektedir²⁴⁵. Oysa borcun üstlenilmesinde, borcu üstlenen üçüncü kişinin mi yoksa borçlunun mu alacaklıdan onay talebinde bulunduğu önemli değildir. Başka bir ifade ile onay talebinin borcu üstlenen üçüncü kişiden veya borçludan gelmesi, farklı hukuki sonuçlar doğurmaz. Alacaklı tarafından iç üstlenme sözleşmesine verilecek onay borçlu veya üçüncü kişiye yöneltilebilir²⁴⁶. Yetkisiz temsilcinin işlemine sonradan verilen onay ile iç üstlenme sözleşmesine alacaklı tarafından verilen onayın aynı olmadığını gösteren diğer bir durum da, iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya ihbardır. Yetkisiz temsilde temsil olunan herhangi bir ihbar veya ihtara gerek kalmaksızın askıda geçersiz olan işleme doğrudan doğruya onay verilirken borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine alacaklı tarafından onay verilmesi için önceden alacaklıya ihbarı şarttır²⁴⁷. İhbar şartından tarafların önceden vazgeçmeleri de mümkün değildir. Fakat iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasından veya ihbardan önce alacaklı tarafından izin verilmesi her zaman mümkün ise de, bu durumda sözleşme yapılmadan önce yakında yapılacak olan sözleşme hakkında yine alacaklıya ihbarda bulunulması gerekmektedir. Diğer taraftan, borcun iç üstlenme sözleşmesine alacaklı tarafından onay verilene kadar, borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinin içeriğinde değişiklik yapabilme veya iç üstlenme sözleşmesini tamamen ortadan kaldırabilme hakkına sahip olmasının da temsil ilişkisi ile açıklanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir²⁴⁸. Gerçekten de, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı bir sözleşmeye, temsil olunan tarafından icazet verilene kadar ortadan kaldırma yetkisine sahip değildir. Bu bakımdan borcun üstlenilmesi temsil ile açıklanamaz.

Sonuç olarak temsil teorisi, borçlunun, iç üstlenme sözleşmesinin kurulmasına alacaklı için katıldığı ve bu nedenle alacaklının menfaatlerini koru-

kullandığı dil dikkate alındığında BGB § 415'de geçen "ona" kabul anlamına gelme imkanı olmayan bir ifadedir. Bkz., **Schönrock**, s. 38.

²⁴⁵ **Paulsen**, s. 29; **Meier**, s. 15 vd.; **Kornder**, s. 88-89; **Wendt**, s. 26 vd.

²⁴⁶ Bkz., **Meier**, s. 15 vd.; **Wendt**, s. 26 vd.; **Paulsen**, s. 28; **Heckelmann**, s. 23 vd.; **Kornder**, s. 88-89.

²⁴⁷ 8GB § 415/1'de "Borç nakli, üçüncü kişi ile borçlu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Onay, ancak borçlu veya üçüncü şahıs tarafından alacaklıya yapılacak borç nakli bildirisinden sonra gerçekleşebilir" düzenlemesi yer almaktadır.

²⁴⁸ 8GB § 415/1'in son cümlesinde, "Taraflar, alacaklı onayını verene kadar borç naklini değiştirebilir veya iptal edebilirler" düzenlemesine yer verilmiştir. Geniş bilgi için bkz., **Kornder**, s. 88-89; **Paulsen**, s. 28; **Heckelmann**, s. 23 vd.; **Meier**, s. 15 vd.;

yan bir yetkisiz temsilci olduğunu savunmaktadır. Ancak, bu görüş borçlunun burada sadece alacaklının temsilcisi olarak hareket etmek zorunda olması, ama aynı zamanda sözleşmeyi borcu üstlenen ile anlaşmak suretiyle sonradan değiştirebilmesi ve ayrıca sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi gibi asıl borç ilişkisinin taraflarının sahip olduğu haklara sahip olması gibi çelişkilere yol açtığı ileri sürülmektedir²⁴⁹. Asıl borçlunun iç üstlenme sözleşmesini alacaklının temsilcisi olarak kabulü halinde iç üstlenme sözleşmesinin borçlu açısından doğurduğu hukuki sonuçlar açısından da açıklanamaz sonuçlar doğmaktadır. Gerçekten de, eğer borçlu alacaklının temsilcisi olarak **hareket** ediyor ise, sadece borçtan kurtarma vaadi olarak kabul edilebilen iç üstlenme sözleşmesinin borçlu açısından doğuracağı hukuki sonuçlar söz konusu olmaz. Borçlu açısından bu hukuki sonuçların ortaya çıkabilmesi için borçlunun iç üstlenme sözleşmesine temsilci sıfatıyla değil, bizzat taraf olarak katılması gerekir. Bu nedenle borcun iç üstlenme sözleşmesinin sadece yetkisiz temsil ile açıklanması veya bir temsilcilik ilişkisi ile borcun iç üstlenilmesinin alacaklıyı ilgilendiren etkilerinin meydana getirmesinin mümkün olmayacağı gerekçesi ile bu teori eleştirilebilir. Kaldı ki, borçlu ile üçüncü kişinin tamamen özgür iradeleri ile yaptıkları bağımsız bir sözleşme niteliğindeki iç üstlenme sözleşmesinin temsil teorisi ile açıklanması da çelişkiler yaratmaktadır²⁵⁰. *Kanımızca*, temsil teorisine bir eleştiri de, yapılan hukuki işlemlerin sonuçları bakımından da getirilebilir. Gerçekten de, yetkisiz temilde temsil olunan tarafından yetkisiz temsilcinin işlemlerine onay verilmediği takdirde yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme artık geçersiz olmaktadır. Oysa 8GB § 415 gereğince, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin alacaklı tarafından onaylanmaması halinde bunun ifa üstlenilmesi olarak varlığını koruyacağı kanunda açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle hukuki nitelikleri ve özellikleri birbirinden farklı olarak kanunda düzenlenen iki kurumu bir diğeri ile açıklamak kanun koyucunu amaçları ile de bağdaşmaz.

C. Onay teorisi

Onay teorisine göre, borçlu ve üçüncü kişi arasında borçlunun borç ilişkisinden ayrılması ve onun yerine üçüncü kişinin borcu üstlenen kişi olarak eski borç ilişkisine gennesini konu edinen iç üstlenme sözleşmesi, borcun üstlenilebilmesi için hazırlık amaçlı bir sözleşme değil, aksine bu borç üstlenilmesi işleminin bizzat kendisini oluşturmaktadır²⁵¹. Onay teorisi, iç üst-

²⁴⁹ Paulsen, s. 30; Heckelmann, s. 23 vd.; Kornder, s. 88-89.

²⁵⁰ Meier, s. 15 vd.; Wendt, s. 26 vd.; Paulsen, s. 31;

²⁵¹ Bkz., Heckelmann, s. 39 vd.; Schönrock, § 21, s. 15; Meier, s. 13; Paulsen, s. 21 vd.; Albert, s. 3-4; Wendt, s. 17 vd.; Dcppelcr, s. 36; Socrgcl, § 414-415, N. 2-3, s. 480; Jousen, N. 1322 vd.; Krüger, § 415, N. 1 vd., s. 2576; Eckert, N. 1078-1079, s. 314;

lenme sözleşmesini bu sözleşmenin taraflarının hukuki alanlarının dışına çıkan, alacaklının hukuki alanına müdahale eden bir tasarrufun söz konusu olduğu görüşünden hareket etmektedir²⁵². Gerçekten de, onay teorisine göre, borç ilişkisi alacaklı ve borçlu arasında gerçekleşen, bu nedenle sadece bir tarafın tasarrufla bulunması mümkün olmayan iki taraflı bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle borç ilişkisinin unsurlarından sadece birisinde meydana gelen değişiklik, tüm hukuki ilişkiyi etkileyerek ilişkinin değişmesine neden olacağı için özellikle taraf değişikliği sonucunu doğuran bir işlemin mutlaka her iki tarafın katılımı veya iradesi ile gerçekleşmesi gerekir²⁵³. Çünkü hukuki durumu değişen veya hukuki durumuna müdahalede bulunulan kişinin de bu değişikliğe katılması veya en azından bu değişikliğe onay vermesi halinde geçerli bir değişiklik olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık alacağın devri de, borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açan bir kurum olsa da, sadece taraflardan birisi olan alacaklının iradesi ile gerçekleşmektedir. Aslında burada taraflar arasındaki menfaatler dengesine herhangi bir zarar vermezsiniz, taraflardan birisi olan borçlunun işleme onay vermesinden feragat edilebilirken, borç ilişkisinin pasif unsurunu oluşturan borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuran borcun devrinde feragat mümkün değildir²⁵⁴. Bu nedenle, borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucu esas itibarıyla borçlu borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan ve bu iki tarafın izinde uyumu ile kurulan sözleşme ile gerçekleştiğinde anlam kazanmaktadır²⁵⁵. Alacaklının

Erman, § 415, N. 1, s. 1732; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Looschelders**, N. 1155, s. 406; **Brox/Walker**, N. 11, s. 380; **Friedrich**, s. 42 vd.;

²⁵² Geniş bilgi için bkz., **Meier**, s. 13; **Paulsen**, s. 21 vd.; **Albert**, s. 3-4; **Wendt**, s. 17 vd.; **Deppeler**, s. 36; **Soergel**, § 414-415, N. 2-3, s. 480; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Looschelders**, N. 1155-1156, s. 406; **Brox/Walker**, N. 11-12, s. 380; **Joussen**, N. 1322 vd.; **Krüger**, § 415, N. 1 vd., s. 276; **Eckert**, N. 1078-1079, s. 314; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732. Ayrıca bu nedenle uygulamada ve doktrinde onay teorisi aynı zamanda tasarruf teorisi olarak da anılmaktadır. Bkz., **Paulsen**, s. 7;

²⁵³ Bkz., **Hasler**, s. 29 vd.; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Looschelders**, N. 1155-1156, s. 406; **Brox/Walker**, N. 11-12, s. 380; **Joussen**, N. 1322 vd.; **Krüger**, § 415, N. 1 vd., s. 2576; **Eckert**, N. 1078-1079, s. 314; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; **Meier**, s. 13; **Paulsen**, s. 21 vd.; **Albert**, s. 3-4; **Wendt**, s. 17 vd.; **Deppeler**, s. 36; **Soergel**, § 414-415, N. 2-3, s. 480.

²⁵⁴ **Hasler**, s. 30 vd.; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Looschelders**, N. 1155-1156, s. 406; **Wendt**, s. 17 vd.; **Deppeler**, s. 36; **Soergel**, § 414-415, N. 2-3, s. 480.

²⁵⁵ Tasarruf veya onay teorisi esas itibarıyla, Gürgenstarafından tasarlanmış ve ilk defa onun tarafından savunulmuş bir teoridir. Buna göre, borcun borçlu tarafından devredilmesi ile birlikte alacaklı yeni bir borçlu ile karşı karşıya kalmaktadır. Alacaklının hakkına böyle bir müdahale, sadece alacaklının da bu değişime etki ettiği durumda veya en azından böyle bir değişikliğe onay verdiği durumda sonuç doğurur. Asıl borç üstlenmesi borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan ve üstlenenin borçlunun yerine geçmeyi

bu sözleşmeye katılımı ise, borçlu ile üstlenen arasında kurulup tamamlanmış borcun devri sözleşmesine sonradan vereceği onay ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle borcun üstlenilmesi için, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında bir sözleşme veya hukuki ilişkinin gerektiği düşüncesi yanlıştır. Alacaklı ile borcu üstlenen arasında bir sözleşme, ancak alacaklı tarafından yeni bir alacak hakkının kazanılması durumunda söz konusu olabilir²⁵⁶. Başka bir ifade ile, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile, sadece borçlu taraf değiştirilmekte, borç aynı ve sabit kalmaktadır. Bu nedenle alacaklının alacak hakkında bir değişiklik meydana gelmediğinden alacaklının fiili olarak sözleşme tarafı olmasına da gerek yoktur. Bu bakımdan, üstlenmenin hukuki sebebini de, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki oluşturmaktadır. Kaldı ki, borcun devrinden sadece borçlu ve borcu devralan üçüncü kişi etkilenmekte, alacaklının alacak hakkının niteliğinde veya içeriğinde bir değişiklik meydana gelmemekte, o sadece bu sözleşmeye bir onay vermektedir²⁵⁷. Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme, esas itibarıyla alacaklının malvarlığına ilişkin bir müdahaleyi amaçlamaktadır. Bu müdahale ile alacaklının malvarlığının aktifleri arasında yer alan alacak hakkının muhatabı olan borçlu değiştirilerek onun karşısına yeni bir borçlu konulmaktadır. Alacaklının katılımına gerek olmaksızın gerçekleştirilen bu müdahale ile amaçlanan sonuçların doğması için de, alacak hakkı sahibi olan alacaklının bu işleme onay vermesi gerekir²⁵⁸.

Bu teori BGB § 415 ve devamında yer alan hüküm ve düzenlemelerinde bu teoriyi desteklediğini ve bu nedenle, kanunda yer alan bu düzenlemelerin aksinin ileri sürülüp eleştirilmesinin de anlamsız olacağını savunsa da bu

kararlaştırdıkları sözleşmede mevcuttur. Bu nedenle, alacaklının, bu şekilde 1-..l.rulan borçlu sözleşmesine etkisinin ne şekilde gerçekleşeceği de belirlenmiş olur. Bu etki, sadece borcun üstlenilmesi sözleşmesine onay şeklinde olabileceği için boru üstlenen üçüncü kişi ile alacaklı arasında bir sözleşmeye gerek yoktur. Bu görüşler aynen Windscheid tarafından da desteklenmiştir. Bkz., **Paulsen**, s. 7; **Hasler**, s. 29-30.

²⁵⁶ **Hasler**, s. 29; **Kornder**, s. 52 vd.; **Schönrock**, s. 15-16;

²⁵⁷ Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında aktedilen sözleşmeye alacaklı tarafından onayın verilmesi, alacaklının artık borçluya karşı olan borçlarından vazgeçtiğini ona karşı aralarındaki sözleşmeden doğan hakları artık kullanma) acağını göstermektedir. Bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 383.

²⁵⁸ Bu teoriyi savunan azarlar, borcun üstlenilmesini malvarlığına dahil olan değişik değerlerin, örneği bir eşyanın satılması ile aynı kefeye koymal-..ladır. Bu nedenle borçlu da malvarlığının pasifinde yer alan bir borcu alacaklının katılımına gerek olmaksızın bir başkasına devredebilmektedir. Bkz., **Hasler**, s. 29 vd.; **Deppeler**, s. 36; **Soergel**, § 414-415, N. 2-3, s. 480; **Köhler/Lorenz**, s. 320 vd.; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368, N. 809; **Looschelders**, N. 1155-1156, s. 406; **Brox/Walker**, N. 11-12, s. 380; **Joussen**, N. 1322 vd.; **Krüger**, § 415, N. 1 vd., s. 2576; **Eckert**, N. 1078-1079, s. 314; **Erman**, § 415, N. 1, s. 1732; .; **Meier**, s. 13; **Paulsen**, s. 21 vd.; **Albert**, s. 3-4; **Wendt**, s. 17 vd.

m
t_?oriyi savunan yazarlar arasında, bazı eleştirilere de maruz kalmıştır . Orneğin, *Hellwig* bu teoriye uygun olarak BGB § 415'de alacaklı tarafından verilmesi gereken onayın, aslında gerçek anlamda bir onay olmadığı, bunun sadece onay için borçlu ve üstlenen tarafından yapılan ihbarda yer alan önerinin kabulünden başka bir şey olmadığını bu nedenle aslında BGB § 415 ve devamındaki hükümlerin onay değil, sözleşme teorisi olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür²⁶⁰.

Teori, iç üstlenme sözleşmesini doğrudan doğruya alacaklının mal varlığı alanına bir müdahale olarak görmektedir. Çünkü borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişinin üzerinde anlaştıkları hukuki etki ortaya çıktığı zaman alacaklı, borçlu üzerinde sahip olduğu haklarını kaybetmektedir. Bu durum ise, alacaklının hukuki alanına borçlu tarafından gerçekleştirilen bu müdahale ve alacaklının hakkı üzerinde bir tasarruf olarak değerlendirilmektedir²⁶¹. Onay teorisi, özellikle Alman hukukunda doktrinde en fazla taraftar toplayan hakim düşünce niteliğindedir²⁶². Teoriye göre, bir borç ilişkisinde borcun borçlu tarafından devri ile alacaklı yeni bir borçlu ile karşı karşıya gelmektedir. Alacaklının hakkına böyle bir müdahale, sadece alacaklının da bu değişime etki ettiği durumda veya en azından onayını verdiği durumda geçerlidir. Esas itibarıyla üstlenenin borçlunun borcunu üstleneceği ve onun yerine geçeceği iç üstlenme sözleşmesi başlıbaşına sözleşmenin üstlenilmesini içermektedir. Burada üzerinde durulması gereken konu, iç üstlenme sözleşmesine alacaklının etkisini nasıl ortaya çıkacağıdır. İşte bu etki de BGB § 415'de açıkça düzenlenmiş bulunan "alacaklı onayı" ile gerçekleşecektir. Başka bir ifade ile burada asıl önemli olan unsur borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki iç üstlenme sözleşmesini ifade eden "*borçlu sözleşmesi*" olup, sonradan gerekli olan "*alacaklı onayı*" ise yan ve ikinci planda kalan bir unsurdur.

²⁵⁹ Bu konuda en önemli eleştiri *Hellwig* tarafından yapılmıştır. Geniş bilgi için bkz., *Hellwig*, s. 159 vd.

²⁶⁰ *Hellwig*, s. 160 vd.; Ayrıca aynı yönde bkz., *Hasler*, s. 29 vd.

²⁶¹ Borcun üstlenilmesi teorisinin ileri sürüldüğü ilk dönemlerden itibaren borçlu ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan sözleşmenin aslında "*alacaklının sahip olduğu hakları üzerinde bir tasarruf*" olduğu düşüncesi, onay teorisinin aynı zamanda "tasarruf teorisi" olarak anılmasına da yol açmıştır. Bkz., *Paulsen*, s. 21 vd.; *Schönrock*, § 21, s. 15; *Heckelmann*, s. 39 vd.; *Meier*, s. 13; *Albert*, s. 3-4; *Wendt*, s. 17 vd.; *Deppeler*, s. 36; *Soergel*, § 414-415, N. 2-3, s. 480; *Köhler/Lorenz*, s. 320 vd.

²⁶² 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu'nun kabul edildiği döneme kadar yapılan tartışmalarda diğer teorilerde zaman zaman hakim teori olarak ön plana çıkmış olsa da, Medeni Kanunun borcun üstlenilmesi konusunda kabul ettiği düzenlemelerin bu teoriye uygun olduğu; hatta kanunun özellikle bu teoriyi kabul ettiği ileri sürülmektedir. Bkz., *Heckelmann*, s. 39 vd.; *Schönrock*, § 21, s. 15; *Meier*, s. 13; *Paulsen*, s. 21 vd.; *Albert*, s. 3-4; *Wendt*, s. 17 vd.; *Deppeler*, s. 36; *Soergel*, § 414-415, N. 2-3, s. 480; *Joussen*, N. 1322 vd.; *Krüger*, § 415, N. 1 vd., s. 2576; *Eckert*, N. 1078-1079, s. 314; *Ermann*, § 415, N. 1, s. 1732; *Köhler/Lorenz*, s. 320 vd.; *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, s. 368, N. 809.

Burada aranan sadece bir onay olup, borcu üstlenen ile alacaklı arasında bir hukuki işlem gerekli değildir. Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki sözleşme, "alacaklının mal varlığı alanına bir müdahale" amacını güttüğü için sadece hak sahibinin yani alacaklının onayı ile beklenen amaç gerçekleşmiş olur²⁶³.

Onay teorisinin başlangıçta savunmuş olduğu görüşlerin temel esasları aynı kalarak sonradan ortaya çıkan tartışmalar ve eleştirilere karşı, teoriyi başarılı bir şekilde savunmayı amaçlayan bazı değişiklikler de yapılmıştır. Bu teori, diğer teorilere nazaran borçluya çok daha güçlü bir konum sağladığından borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki anlaşma borç üstlenilmesinin kendisi olarak kabul edilmiş, fakat geçerliliği için alacaklının onayı şartı aranmıştır²⁶⁴. Borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki bu sözleşme, artık sadece arz teorisinin ileri sürdüğü gibi hazırlık amaçlı *bir* sözleşme olmadığı gibi, taraflar da başka kişilerin temsilcileri olarak değil, bizzat kendi adlarına hareket etmektedirler. Onay teorisine göre, borcun üstlenilmesi ile birlikte, alacaklının borcundan dolayı borçluyu sorumlu tutma hakkı elinden alınmalıdır²⁶⁵.

Onay teorisine göre borcun iç üstlenilmesinde aslında yetkisiz bir kişinin tasarrufu söz konusudur ve iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğinin de bu tasarruf işleminde aranması gerekir²⁶⁶. En genel anlamıyla tasarruf kavramı mevcut bir hakkın doğrudan devredildiği, değiştirildiği, sorumluluk altına sokulduğu veya kaldırıldığı bir hukuk işlemi ifade etmektedir²⁶⁷. Tasarruf kavramının en önemli özelliği onun bir hak üzerinde doğrudan *bir* etki yapması veya hakkın içeriğinde bir değişiklik yaratmasıdır. Alacaklı ile borçlu arasındaki borç üzerinde bir tasarruf niteliğindeki borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde de bu değişiklik söz konusudur. Böylece, tasarruf işlemi ile hakkı etkilenen kişi bir nevi menfaat kaybına uğramasına rağmen, sonuç olarak eski durumundan daha iyi bir menfaat konumuna ulaşması da her zaman söz konusu olabilir. Başka bir ifade ile hak sahibinin aleyhine ortaya

²⁶³ Paulsen, s. 7; Hasler, s. 29-30; 29; Kornder, s. 52 vd.; Schönrock, s. 15-16.

²⁶⁴ Bkz., Paulsen, s. 21 vd.; Albert, s. 3-4; Wendt, s. 17 vd.; Meier, s. 13; Deppeler, s. 36; Soergel, § 414-415, N. 2-3, s. 480; Paulsen, s. 21 vd.; Köhler/Lorenz, s. 320 vd.; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, s. 368, N. 809; Looschelders, N. 1155-1156, s. 406; Brox/Walker, N. 11-12, s. 380; Jousen, N. 1322 vd.; Krüger, § 415, N. 1 vd., s. 2576; Eckert, N. 1078-1079, s. 314; Erman, § 415, N. 1, s. 1732.

²⁶⁵ Bu nedenle borcun üstlenilmesi sadece taraflar arasında borçtan doğan "sorumluluğun değiştirilmesi" veya "sorumluluğun yön değiştirmesi" değil, aynı zamanda alacaklının malvarlığına müdahale şeklinde kendisini gösteren bir "ayni etki" de söz konusudur. İşte anılan bu ayni etkinin doğabilmesi için, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşme her durumda alacaklının onayına ihtiyaç duyan bir hukuki işlemdir. Bkz., Hasler, s. 30 vd.

²⁶⁶ Paulsen, s. 35; Wendt, s. 17 vd.; Meier, s. 13; Deppeler, s. 36;

²⁶⁷ Tasarruf kavramı konusunda geniş bilgi için bkz., Eren, s. 173 vd.; Paulsen, s. 35-36.

çıkan menfaat kayıplarına yönelik etkilerin daha iyi bir menfaat konurunu ulaşmasını sağlayacak hak kazanmalarına bağlı tasarruf işlemleri de olabilir; işte bu tür tasarruf işlemleri bir nevi hak değişikliğini ifade ettiğinden *„eM.t.. ger tasarruf“* olarak adlandırılmaktadır²⁶⁸. Aslında onay teorisi **içerisinde** borcun iç üstlenilmesinin de esas itibarıyla böyle bir eşdeğer tasarruf **işletni** olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır²⁶⁹. Çünkü borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde borçlu, borcu üstlenen üçüncü kişi ile üstlenen Üçüncü kişinin kendi yerine borçlu sıfatına sahip olması için anlaşmaktadırlar. Bu anlaşma, eski borçlusunu kaybettiği için aslında alacaklı için bir kayıp ve dolayısıyla alacaklının hukuki konumuna dokunan etkisi nedeniyle bir tasarruftur. Öte yandan borcu üstlenen üçüncü kişinin belki de borçluya göre daha iyi durumda olan ödeme gücü nedeniyle alacaklının menfaatine bir sonuç da doğabilmektedir²⁷⁰.

Borcun iç üstlenilmesinin alacaklı haklarında bir tasarruf etkisi yararması dar anlamda borcun geniş anlamdaki borç ilişkisinin bağımsız bir unsuru olduğu ve bu nedenle alacağın devrinde olduğu gibi "satılabileceği=devredilebileceği" düşüncesine dayanmaktadır. Ancak onay teorisi tarafından savunulan bu düşünce, borcun bağımsız bir mal varlığı değeri oluşturmadığı ve bu nedenle de satım sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı eleştirileri ile reddedilmektedir²⁷¹. Ayrıca, bir tasarrufun konusunu sadece haklar oluşturabileceğinden terminolojik olarak bir borcun tasarrufun konusunu oluşturması mümkün görülmemektedir. Yani bir borç, alacaklının alacak hakkını ifade etmesiyle söz konusu olabilir. Bu nedenle, borcun iç üstlenilmesi ile yapılan tasarrufun konusunun asıl borçlunun bağımsız mal varlığı olarak düşünülen borcunun değil, aksine onun borcuna karşılık gelen alacaklının alacak hakkı olduğu kabul edilmektedir²⁷². Bu alacak hakkı, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması ile alacaklının eski borçluyu kaybedip bunun karşılığında yeni bir borçlu kazanması suretiyle bir içerik değişikliğine uğrayacaktır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile eski borçlu borcundan kurtarılmalı; buna karşılık alacaklı da, eski borçluya karşı yöneltilecek talep haklarının sona ermesi nedeniyle uğrayacağı zararın bu taleplerin borcu üst-

²⁶⁸ Borcun iç üstlenilmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerden birisi de *„eşdeğer tasarruf teorisi“* olarak adlandırılmakta ve *Strohal* tarafından savunulmaktadır. Geniş bilgi için bkz., **Paulsen**, s. 36 vd.; **Heckelmann**, s. 31; **Wendt**, s. 30 vd.; **Soergel**, N. 2, s. 475; **Meier**, s. 31-32; **Friedrich**, s. 32; **von Thur/Escher**, s. 389;

²⁶⁹ Bkz., **Soergel**, N. 2, s. 475; **Meier**, s. 31-32; **Friedrich**, s. 32; **von Thur/Escher**, s. 389; **Heckelmann**, s. 31; **Wendt**, s. 30 vd..

²⁷⁰ **Schönrock**, § 59, s. 32; **Hasler**, s. 32 vd. **Maurer**, s. 209 vd.; **Paulsen**, s. 36, **Albert**, s. 4 vd.

²⁷¹ **Meier**, s. 13; **Paulsen**, s. 34; **Schönrock**, § 59, s. 32; **Albert**, s. 4 vd.; **Wendt**, s. 33 vd.;

²⁷² Bkz., **Paulsen**, s. 36, **Albert**, s. 4 vd.; **Schönrock**, § 59, s. 32; **Hasler**, s. 32 vd. **Maurer**, s. 209 vd.

lenen üçüncü kişiye karşı yöneltilmesi ile tekrar dengelenmelidir²⁷³. Böyle bir çift etki, yani, alacaklı tarafından alacak hakkının yöneltileceği muhatabın kaybedilmesi fakat buna karşılık yeni bir muhatabın ortaya çıkması *bu* konuda savunulan "*eşdeğerlik teorisi*"nin ana ilkesidir²⁷⁴. Ancak bu **eşdeğer** tasarrufun etkisi hemen değil alacaklı tarafından borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi onayladıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, geçerliliği hak sahibinin onayına bağlı olan hukuki işlemlerin genellikle yetkisiz temsilciler aracılığı ile yapılan işlemler olduğu düşünülürse, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin etkilerinin alacaklının onayından sonra ortaya çıktığından burada da Yetkisiz temsile ilişkin esasların dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁵. Kural olarak borçlunun alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili değildir ve aynı şekilde üçüncü kişinin de buna yetkisi yoktur. Ancak hukuk düzeni böyle bir yetkiye sahip olmayan (yetkisiz) kişilerin başkalarına ait haklar üzerinde tasarruf işlemlerini kendi adlarına gerçekleştirmeyi kabul etmektedir. Yetkisiz kişinin böyle bir tasarrufunun geçerliliği ise hak sahibinin onaylaması şartına bağlıdır. Çünkü tasarruf kavramı, üzerinde tasarrufta bulunan hakkın tasarruf edene ait olmasını gerektirmez. Kişi üzerinde tasarrufta bulunduğu şeyin maliki olmasa bile yapılan işlem yetkisiz kişinin işlemi, yani yetkisiz temsil olarak değerlendirilir. Yetkisiz temsille yapılan işlemin geçerli olabilmesi için temsil olunan tarafından yetkisiz kişinin tasarrufunun onaylanması şart ve yeterlidir.

Onay teorisini savunan yazarlar tarafından, borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan borç üstlenilmesi sözleşmesinin, bu ilişkiye yabancı bir hak olarak alacaklının hakkı üzerinde bir tasarruf içerdiği açıkça

²⁷³ **Schönrock**, § 59, s. 32; **Hasler**, s. 32 vd. **Maurer**, s. 209 vd.; **Paulsen**, s. 36, **Albert**, s. 4 vd.

²⁷⁴ Eşdeğerlik teorisi aslında yine borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğini bir başka açıdan ifade etmeye çalışan teoridir. Buna göre, iç üstlenme sözleşmesi, tasarrufun getirdiği yükümlülükler ile yine bu tasarrufun getirdiği menfaatleri bünyesinde, tek ve bölünmez bir işlemde toplamak suretiyle dengelemiştir. Borçluya karşı hakların kaybı üstlenene karşı hakların kazanılması sadece birbirlerini ortadan kaldırmazlar, aynı zamanda birbirlerinden bağımsız olarak tek başlarına da ortaya çıkamazlar. Başka bir ifade ile, borçlunun borçtan kurtulması, alacaklının borcu üstlenene karşı yeni bir borçlu kazanması bir birine eşdeğer olan iki ayrı tasarruf işlemi ile değil, sadece tek bir iç üstlenme sözleşmesi ile gerçekleşir. Başka bir ifade ile, önce borçlu ile üstlenen arasında iç üstlenme sözleşmesi yapıp borcu üstlenmeye ve sonra da alacaklı ile sözleşme yapıp borçluyu borcundan kurtarmaya gerek yoktur. Çünkü bu tür eş değer tasarrufların hepsi iç üstlenme sözleşmesinin bünyesinde zaten mevcuttur. Alacaklının bu eşdeğer tasarruf ikinci yan unsur olarak "onay" vermesi şart ve yeterlidir. Bkz., **Wendt**, s. 30-31; **Friedrich**, s. 32; **Heckelmann**, s. 32; **Paulsen**, s. 36 vd.; **Kornder**, s. 64 vd.; **Schurter**, s. 42; **Meier**, s. 31 vd.

²⁷⁵ **Maurer**, s. 209 vd.; **Albert**, s. 4 vd.; **Schönrock**, § 59, s. 32; **Hasler**, s. 32 vd.; **Wendt**, s. 30-31; **Friedrich**, s. 32; **Heckelmann**, s. 32; **Paulsen**, s. 36 vd.; **Kornder**, s. 64 vd.; **Schurter**, s. 42; **Meier**, s.31 vd.

ifade edilmemekte; iç üstlenme sözleşmesinin taraflarının **ilişkiye yabancı** bir hakka yetkileri olmadan bir müdahalede, yani bir tasarrufta bulundukla.. rından bahsedilmektedir²⁷⁶. Bu nedenle onay teorisi alacaklının **hakkı 0-ı,e..** rinde doğrudan doğruya yetkisiz bir üçüncü kişinin tasarrufta bulunmadığı ama yetkisiz bir üçüncü kişi tarafından tasarrufta bulunulmuş gibi bir **hukuki** durumun mevcut olduğunu ileri sürmektedir²⁷⁷. Çünkü borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin içeriği dikkate alındığında bu işlem aslında bir yetkisiz temsilci işlemi değildir. Bu nedenle borçlunun alacaklının hakkı üzerinde **yetkisiz** bir kişi olarak işlemde bulunduğunu ve yapılan işlemin de yetkisiz bir tasarruf olduğunu kabul etmeye gerek yoktur. Aynı şekilde borcu üstlenen üçüncü kişinin beyanı da alacaklının hakkı üzerinde bir tasarruf değildir. Buna karşılık borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yetkisiz üçüncü kişinin tasarrufuna benzer ve buna ilişkin bazı özellikler taşıyor olsa da; borcun üstlenilmesinde yetkisiz bir üçüncü kişinin tasarrufundan bahsedilemez. Ama bu kurumların birbirine benzemesinden dolayı, yetkisiz tasarruf işlemine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir.

Onay teorisi borcun iç üstlenilmesinin alacaklının hakkı üzerinde bir tasarruf niteliği taşıdığını savunmakla birlikte, bu tasarruf işleminin borçlu mu yoksa borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından mı gerçekleştirildiği konusu net olarak ortaya konulmuş değildir²⁷⁸. Ancak, bu teoriye göre, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla alacaklının borçluya karşı sahip olduğu alacak hakkı üzerinde bir tasarrufu ifade ettiğinden, artık bu tasarru-

²⁷⁶ Bkz., **Paulsen**, s.37 ve orada anılan yazarlar. Aslında doktrinde savunulan temsil teorisi de tam bu noktada ortaya çıkmakla, ..ıdır. Genel olarak temsil teorisini savunan yazarlar, borcu üstlenen üçüncü kişi ile borçlu arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi ile borçlunun alacaklının "*temsilcisi sıfatıyla*" alacaklının borçlu üzerindeki hakkı üzerinde tasarrufta bulunduğunu savunmakla, ..ıadırlar. Bkz., **Heckelmann**, s. 23 vd.; **Paulsen**, s. 28; **Kornder**, s. 88-89; **Meier**, s. 15 vd.; **Wendt**, s. 28 vd.; işte tasarruf (onay) teorisini savunan yazarlar da, temsil teorisi ile aralarındaki sınırı bu noktada belirlemekte ve borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde borçlunun alacaklının temsilcisi sıfatı ile değil, yetkisiz temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini kabul etmektedirler. Ancak 8GB § 415'deki ona) kavramı ile yetkisiz temsilcinin işlemine temsil olunan tarafından sonradan verilen icazetin (=onayın) aynı şeyler olmadığının bilinmesi nedeniyle, burada yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya değil, ama kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini savunmakla, ..ıadırlar. Hatta burada yetkisiz temsilin dahi olmadığı, ancak sanki yetkisiz temsil varmış gibi yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz., **Paulsen**, s. 37.

²⁷⁷ **Paulsen**, s.37 vd.; Hatta doktrinde borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanırken "*temsil teorisi*" adı verilen bir teori de geliştirilmiş bulunmaktadır.

²⁷⁸ Genel anlamda onay teorisi kanun koyucu tarafından BGB § 415 de yer alan borçlu sözleşmesi yoluyla borç üstlenilmesi konusundaki düzenlemelerin yanlış anlaşıldığı gerekçesiyle hem hukuki açıdan, hem de hukuk politikası açısından isabetsiz bir teori olması nedeniyle de eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz., **Wendt**, s. 21 vd.; **Paulsen**, s. 37 vd.; **Heckelmann**, s. 23 vd.;

fun borçlu veya borcu üstlenen üçüncü kişiden hangisinin bu **tasarrufta** bulunduğu bir önemi yoktur. Önemli olan bu tasarrufun her durumda bir yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Çünkü borç ilişkisini alacaklının rızası olmadan değiştirme ve alacaklının alacak hakkı üzerinde tasan-ufla bulunma hakkı, ne borçluya ne de üçüncü kişiye aittir. Buna rağmen yapılan bir tasarruf da yetkisiz tasarruf olacağı için, bütün yetkisiz tasarruflar gibi geçerliliği hak sahibinin onayına bağlıdır²⁷⁹.

D. Çifte işlem teorisi

Bu teoriye göre, borcun üstlenilmesi süreci esas itibariyle iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, borcun üstlenilmesi iradesini içeren ve BGB § 4 I 5 'e göre üstlenen ile borçlu arasında alacaklının hakkı üzerinde yetkisiz temsilciler sıfatıyla yaptıkları hukuki işlem; ikincisi ise borcu üstlenenin alacaklının borçlusu olmak iradesini içeren borçlandırıcı işlem²⁸⁰. Bu teoriyi savunan Leonhard borç üstlenilmesinin hukuki niteliğinin bu işlemin çifte karaktere sahip olduğu düşüncesi ile açıklamıştır. Borçlu ve üstlenen tarafından yapılan iç üstlenme sözleşmesi ve bununla üstlenenin alacaklıya karşı borç altına girmesi bu teorinin temel düşüncesini oluşturmaktadır. Borcu üstlenen asıl borçlunun borcunu ödeme sorumluluğunu yüklenmekte ve aynı zamanda alacaklının alacağı üzerinde de bir tasarrufta bulunmaktadır. Bu nedenle teori, borcun üstlenilmesi işlemindeki hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerini ön plana çıkartmaktadır²⁸¹.

Çifte işlem teorisine karşı bu teorinin tek bir borcun üstlenilmesi işleminin uygun olmayan bir yöntemle parçalayarak ikiye ayırmış olması nedeniyle eleştirilere uğramıştır. Bu eleştiriler, borcun üstlenilmesi olarak ifade edilen tek bir işlemin mevcut olduğunu, bunun parçalara ayrılmasının ise hukuken mümkün olmadığını, bu nedenle çifte işlem teorisinin aslında tutarsız bir teori olduğunu ifade etmiştir. Ancak çifte işlem teorisine göre, borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinden oluşan birleşik bir hukuki işlemde bu işlemin ayrı ve münferit hukuki unsurlarının tespit edilmesi gereklidir. Çünkü bu parçalar, farklı hukuki işlemlere tabi tutulmaktadırlar. Hatta böyle bir ayırım borcun üstlenilmesinin hukuki niteliğinin ortaya konulmasında büyük önem taşımaktadır²⁸². Teoriye göre, bu konuda doktrinde hakim teori olarak kabul edilen tasarruf teorisi yetersiz kalmaktadır. Gerçekten de özellikle borcun üstlenilmesi ile birlikte borcu üstlenenin kanun gereğince iç üstlenme söz-

²⁷⁹ Bkz., **Paulsen**, s. 39-40; **Wendt**, s. 30-31; **Friedrich**, s. 32-33; **Heckelmann**, s. 32;; **Kornder**, s. 64 vd.; **Schurter**, s. 42; **Meier**, s. 31 vd;

²⁸⁰ **Paulsen**, s. 22; **Wendt**, s. 31 vd.; **Kornder**, s. 89 vd.; **Heckelmann**, s. 26 vd.; **Maurer**, s. 240 vd.

²⁸¹ **Heckelmann**, s. 26 vd.; **Paulsen**, s. 41 vd.; **Wendt**, s. 32 vd.; **Kornder**, s. 90 vd.

²⁸² **Wendt**, s. 32 vd.; **Kornder**, s. 89-90; **Paulsen**, s. 42 vd.; **Heckelmann**, s. 27 vd.

leşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Borçlu, üstlenen ile yapmış olduğu iç üstlenme sözleşmeden kaynaklanan edimini borcu üstlenene ifa etmemiş olsa bile, borcu üstlenen bundan doğan savunmasını alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Ancak doktrindeki hakim teori, menfaatler dengesine aykırı sonuçlar doğurabilecek bu uygunsuzluğu ortadan kaldıracak durumda değildir. Başka bir ifade ile borcun üstlenilmesinin borçlu tarafından üstlenene iç üstlenmeden doğan kendi borcunu ifada bulunulduktan sonra geçerli sayılması şeklindeki yorum, hakim teoriye uygun değildir. Çünkü tasarruf teorisi, borç üstlenilmesinde sadece borçlunun değişmesi ve onun yerine üstlenenin geçmesi sonucunu doğuran işlemin sadece tasarruf yönünü görmektedir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile her halükarda bu sonuç gerçekleşmeli; iç üstlenme sözleşmesi bu sonucun doğmasını engellememelidir.

Bu durum borcu üstlenenin menfaatlerine uygun düşmemektedir. Ancak çifte işlem teorisi üstlenenin de menfaatlerini korumakta ve dış üstlenme sözleşmesini bir nevi iç üstlenmeden doğan borçların karşılıklı olarak ifa edilmiş olması şartına bağlı bir sözleşme gibi görülmesi gerektiğini savunmaktadır. Teoriye göre, eğer borcu üstlenen, dış üstlenme sözleşmesi yapmış ise, artık bununla iç üstlenme sözleşmesinden doğan karşılığı aldığı andan itibaren borcu üstlendiğini ifade etmek istemektedir. Yani üstlenen, alacaklıya karşı sorumluluğunun geçerliliğini iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcun ifasına bağlı kılınmıştır. Borcu üstlenen, alacaklı tarafından kendisine ifa talebinde bulunulduğunda, borçlunun kendisine iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmediği gerekçesi ile ifadan kaçınması da BGB § 417/II'ye (TBK. m. 199/III, OR. Art. 1 79/III) aykırı olan ödemelik definin ileri sürülmesi değildir. Aksine böyle bir kaçınma ile borcu üstlenen, dış üstlenme sözleşmesine eklenen "*geciktirici koşula*" dayanmaktadır²⁸³.

E. Diğer teoriler

Alman Medeni Kanunu'nun gerek kabulünden önce gerekse kabulünden sonra BGB § 414 ve BGB § 415'e göre gerçekleştirilen borcun üstlenilmesine ilişkin çok sayıda görüş ve teori ortaya atılmıştır. Bunlar içerisinde iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan teorilerden önemli olanlar yukarıda görülmüştür. Bu teoriler dışında da, çoğu bu teorilerin alt  alı şeklinde ortaya çıkan diğer birçok teori de ileri sürülmüş bulunmaktadır. İşte bu teorilerden biri de üçüncü kişi lehine sözleşme teorisidir. Buna göre, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasına katılmayan alacaklıya, onun bilgisi ve iradesi olmadan doğrudan doğruya bir menfaat tanınmış olması

²⁸³ Hckelmann, s. 27 vd.; Kornder, s. 90 vd.; Wendt, s. 31-32; Paulsen, s. 54 vd.

düşüncesinden hareketle, iç üstlenme sö.dçşmcisinin aslında hukukı *nittig*i itibariyle üçüncü kişi lehine bir sözleşme olduğu ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile üçüncü kişi lehine sözleşme birbirlerine çok yakın iki kurumdur. Buna göre, borçlu ve üstlenen arasında yapılan borç üstlenilmesi, alacaklı lehine bir sözleşmedir, Çünkü bu türlü bir borç üstlenilmesinde hem alacaklı ve asıl borçlu arasında hem de asıl borçlu ve üstlenen arasında sebebe bağlı bir ilişki bulunmaktadır. özellikle üstlenen ifa için herhangi bir neden olmaksızın alacaklıya karşı bir ifa sorumluluğu üstlendiğinden üçüncü kişi lehine bir sözleşmenin bütün unsurlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Alacaklı, bu sözleşme nedeniyle borç üstlenene karşı, asıl borçluya karşı başlangıçtaki hakkına eşit bir alacak hakkı elde etmektedir. Borçlu ve üstlenen arasında yapılan sözleşme ile alacaklının bir taraftan üstlenene karşı bir hak kazanarak menfaat sağlamasına rağmen asıl borçluya karşı hakkını kaybederek de aslında bir nevi zarar uğradığını da söylemek mümkündür. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi esas itibariyle borçluya da bir menfaat sağlamaktadır. Ancak borçlu burada sözleşmenin tarafıdır ve üçüncü kişi değildir. Buna karşılık üçüncü kişi olarak düşünülebilecek tek kişi olan alacaklı, borçlu değişimi ile sadece menfaat sağlamış olmaz. İstisnai de olsa eski borçlunun yerine üstlenenin yeni borçlu olarak geçmesi, alacaklının bir zararına yol açabilir. Bu nedenle borcun üstlenilmesine ilişkin bütün sürecin sadece üçüncü kişi lehine sözleşme ile açıklanması isabetli bir çözüm tarzı olmaz²⁸⁵.

Doktrinde borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile ilgili olarak ileri sürülen diğer bir teori eşdeğerlik teorisidir²⁸⁶. Bu teori aslında tasarruf teorisinin özel bir görünümü olmakla birlikte bazı yönlerden bu teoriden ayrılmaktadır. Buna göre, tasarruf yükü, bir tek ve bölünmez bir işlemde dengelenmiştir. Borcu üstlenene karşı alacak hakkını kazanılması ve borçluya karşı alacağın kaybı birbirini ortadan kaldırmazlar. Aynı zamanda birbirlerinden de bağımsız olarak da tek başlarına ortaya çıkamazlar. Tasarruf işlemi niteliğini alacaklı üstlenir ve bunun (dış üstlenme sözleşmesinin) geçerliliği bir borçlandırıcı işlem olan iç üstlenme sözleşmesine bağlıdır. Borçlandırıcı işlemdeki bir eksiklik tasarruf işlemi niteliğindeki dış üstlenme sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurur²⁸⁷. Doktrinde ileri sürülen bir diğer teori yenileme

²⁸⁴ Bkz., **Paulsen**, s. 32 vd.; **Wendt**, s. 32 vd.;

²⁸⁵ **Paulsen**, s. 32-33; **Wendt**, s. 32. Nitekim alacaklının eski borçluya olan talep hakkını kaybetmesi bile onu zarara maruz kalacağı anlamına gelebileceği için sırf bu nedenle bile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin üçüncü kişi lehine sözleşme ile açıklanması mümkün değildir. Bkz., **Wendt**, s. 33.

²⁸⁶ Bkz., **Wendt**, s. 30 vd.

²⁸⁷ **Heckelmann**, s. 30 vd.; **Wendt**, s. 31 vd.; **Paulsen**, s. 32 vd.

teorisidir²⁸⁸. Bu teorinin temel düşüncesi BGB § 415'e göre borç üstlenilmesinin üstlenen ve alacaklı arasında borçlandırıcı işlem niteliğine sahip bir sözleşmesi olduğudur. Bu sözleşme ile içeriği ana borcun unsurlarına göre belirlenen yeni bir borç oluşturulur (*Novation=yenileme*)²⁸⁹. Bu düşünceye göre tasarruf işlemleri sadece aktif değere sahip varlıklar' üzerinede kurulabilir. Başka bir ifade ile bu varlıklar, mal varlığının sadece aktif unsurlarıdır, yani malvarlığının pasiflerini oluşturan borçları değildir. Bu nedenle borçlar üzerinde tasarruf işlemi niteliğine sahip bir sözleşmenin yapılmasında mümkün değildir. Böylece, borcu üstlenenin, alacaklıya karşı borcu zenne almak şeklinde ortaya çıkan iradesi, bir borç alma, borç altına girme; yani borçlandırıcı işlem iradesidir. Bu bakımdan borcun dış üstlenme sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir borçlandırıcı işlemdir. Ancak bu sadece yeni bir borç için gerçekleşebilir²⁹⁰. Başka bir ifade ile yapılan bu sözleşme ile eski borç aynen varlığını korumamakta; yeni bir borç meydana getirilmektedir.

F. Teorilerin değerlendirilmesi;

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi konusunda ileri sürülen teori ve görüşlerin değerlendirilerek bir sonuca ulaşılabilmesi için her şeyden önce, borcun üstlenilmesinin ifade ettiği anlamın ortaya konulması gerekir. Borcun üstlenilmesi esas itibarıyla, borçlu, borcu üstlenen ve alacaklı arasında cereyan eden bir takım hukuki ilişkiler sonucunda borcu üstlenenin borcunun yerine geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki kurumdur. Temelde üç taraflı bir hukuki ilişki bulunduğundan borcun üstlenilmesine ilişkin hukuki değerlendirme"rin de üç köşeli ilişki açısından ele alınması isabetli olur. Bu nedenle konuyla ilgili kabul edilen teorilerin özellikle borçlu-borcu üstlenen üçüncü kişi, alacaklı-borcu üstlenen üçüncü ve nihayet alacaklı-borçlu arasındaki ilişkiler bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki ilişkiler incelendiğinde, ilk akla gelen soru, borcun üstlenilmesi için bu ilişkinin varlığının gerekip gerekmediğidir. Başka bir ifade ile, borcun üstlenilebilmesi için iç üstlenme sözleşmesi gerekir mi? Doktrinde borcun üstlenilmesi için iç üstlenme sözleşmesine gerek olmadığı; alacaklı ile borçlu arasında aktedilecek bir sözleşmenin borcun üstlenilmesi için yeterli olduğu savunulsa da kanımızca bu türlü bir çözüm tarzı uygulamada değişik sorunlara yol açabileceği için isabetli değildir. Çünkü borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulan, sadece

²⁸⁸ Bu teori borcun üstlenilmesi teorisinin ortaya atıldığı döneme kadar, borç ilişkilerinde taraf değişikliğini sağlamak üzere roma hukukunun etkisiyle başvuru yenileme düşüncesine dayanmaktadır. Bu teori aslında borcun üstlenilmesinin de yenilemenin değişik bir türü olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

²⁸⁹ Bkz., Heckelmann, s. 17 vd.;

²⁹⁰ Heckelmann, s. 18 vd.

alacaklı ile borçlu arasında hüküm ve sonuç doğuran ve bu yönüyle de alacaklı ve borçlunun müdahalesi, en azından rızalan olmadan taraf değişikliğinin gerçekleşmesi mümkün olmayan bir ilişkidir. Bu durum aslında tüm teoriler bakımından da genel anlamda kabul görmektedir. Kanımızca, hukuki niteliği ve statüsü hangi şekilde açıklanırsa açıklansın, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında borcun üstlenileceğine ilişkin sözleşme olmaksızın, sadece alacaklının tek taraflı iradesiyle borçlu tarafın değişmesini kabul etmek borçlar hukukuna hakim olan nispiyet ilkesine aykırılık teşkil edebilecek niteliktedir. İşte bu düşünceden hareketle, borcun üstlenilmesini sadece alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşmede arayan teorilerde bile, borcun iç üstlenme sözleşmesine bir anlam yüklenmiş durumdadır. Borcu üstlenen ile alacaklı arasındaki ilişkiler bakımından değerlendirildiğinde ise, borcun üstlenene devredilip, borçlunun borcundan kurtulması için mutlaka alacaklının rızası şarttır. Bu rıza borcu üstlenen ile yapılacak bir sözleşme ile gerçekleştirebileceği gibi, borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılacak bir borçlu sözleşmesine onay veya icazet verme şeklinde de gerçekleştirilebilir. Başka bir ifade ile iç üstlenme sözleşmesi ister yapılsın ister yapılmıy; iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği veya statüsü nasıl kabul edilirse edilsin, alacaklının iradesi olmaksızın borçlunun borcundan kurtulması mümkün değildir. Nitekim gerek Alman hukukunda gerekse Türk/İsviçre hukukunda alacaklının iradesi olmaksızın borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki iç üstlenme sözleşmesi borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurmayan ya bir vaad, ya da sadece ifanın üstlenilmesi sonucunu doğuran bir ilişki olarak kalmaktadır. Bu nedenle doktrinde ileri sürülen hemen hemen tüm teorilerde, borcun üstlenilmesi ve bu şekilde borçlunun borcundan kurtulabilmesi için alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında da bir sözleşmenin yapılması gerektiği; en azından alacaklının onay şeklinde bir irade açıklamasında bulunması gerektiği kabul edilmiştir.

Kanımızca, yukarıda temel esasları açıklanan teoriler konusunda bir değerlendirme yapmak için, öncelikle ilgili kanuni düzenlemeleri de dikkate almakta büyük fayda vardır. Gerçekten de, Alman hukukunda borcun üstlenmesine ilişkin değişik teorilerin ortaya çıkmasına yol açan düzenlemeler BGB § 414 ve BGB § 415'de yer alan hükümlerdir. Anılan hükümler incelendiğinde, borcun üstlenilmesinin esas itibarıyla iki şekilde gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, BGB § 414'de alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile borcun üstlenilmesi birinci şekli; BGB § 415'de ise borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile borcun üstlenilmesi ikinci şekli oluşturmaktadır. Başka bir ifade ile BGB § 414 ile BGB § 415 birbirinden bağımsız ve iki ayrı borcun üstlenilmesi şeklini düzenlemektedir. Buna karşılık Türk/İsviçre hukukunda ise, TBK. m. 195 (OR. Art. 175) açıkça borcun iç üstlenilmesi sözleşmesini dü-

zenlemiş ve bununla borçlunun borcundan kurtulmadığı, üstlenenin sadece borçluyu borcundan kurtarma vaadinde bulunduğu bunu ise ya alacaklı ile yapacağı dış üstlenme sözleşmesi ile ya da bizzat ifa ile gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TBK. m. 196 (OR. Art. 176)'da ise, iç üstlenme sözleşmesi yapan borçlunun borcundan kurtulabilmesi için mutlaka alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında dış üstlenme sözleşmesinin yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Böylece kanun koyucu TBK. m. 195 (OR. Art. 175) ile TBK. m. 196 (OR. Art. 176) arasında bir bağlantı kurmuş; dış üstlenme sözleşmesini iç üstlenme sözleşmesinin devamı niteliğinde kabul etmiştir.

§9. İÇ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak

İç üstlenme sözleşmesi borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında kurulan bir sözleşme olduğu için, bu sözleşmenin hüküm ve sonuçları da esas itibarıyla sözleşmenin tarafları olan "*borçlu*" ile "*borcu üstlenen*" arasında gerçekleşecektir²⁹¹. Başka bir ifade ile bu sözleşme sadece borçlu ile borcu üstlenen arasında hüküm ve sonuç doğuracak; alacaklı bakımından hiç bir hüküm ve sonuç doğuramayacaktır²⁹². Bu nedenle alacaklının bu sözleşmeye katılması veya rıza göstermesine gerek olmadığı gibi, böyle bir sözleşmenin yapılmasından haberdar olmasına da gerek yoktur. Çünkü bu sözleşme, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan ve üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarmayı vaat ettiği bağımsız bir sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle genel sözleşme teorisi bakımından iç üstlenme sözleşmesinin sözleşmenin tarafları dışında bir üçüncü kişi açısından sonuç doğurması kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle, borcun iç üstlenme sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını borçlu bakımından, borcu üstlenen üçüncü kişi bakımından ve alacaklı bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

²⁹¹ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 6, s. 849; Berger, s. 808 vd.; Gauch/ Schluep/ Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Schwenger, s. 560; Kostkiewicz/Nobel/ Schwander/ Wolf, Art. 175, N. 4-5, s. 393; von Tuhr/Escher, s. 383; Honsell, Art. 175, N. 5-6, s. 680-681; Becker, Art. 175, N. 10, s. 816; Keller/Schöbi, s. 75-76; Hasler, s. 66 'd.: Schurter, s. 46 vd.;

²⁹² BGE 110 il 340; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Honsell/Nogt/Wiegand, Art. 175, N. 6, s. 849; Berger, s. 808 vd.; Schurter, s. 46vd.; Schwenger, s. 560-561; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 5, s. 393; Keller/Schöbi, s. 75-76; Hasler, s. 66 vd.; Honsell, Art. 175, N. 5-6, s. 680-681; Becker, Art. 175, N. 10, s. 816; von Tuhr/Escher, s. 383.

il. Borçlu Bakımından

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması ile birlikte, borçlu borcu üstlenen üçüncü kişiden kendisini borçtan kurtannasını talep edebilir²⁹³. Borçlunun sahip olduğu bu hak, borçlu ile üstlenen kişi arasındaki iç üstlenme sözleşmesinin kurulması ile doğmaktadır. Ancak, iç üstlenme sözleşmesi ile üstlenilen borcun muaccel olmasından önce borçlunun borcu üstlenen kişiden alacaklıya ifada bulunmasını talep edemeyeceği kabul **edilmektedir**²⁹⁴. Başka bir ifade ile borçlunun alacaklıya olan borcu muaccel olmadan üstlenen üçüncü kişiden ifa talebinde bulunması mümkün değildir. Borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi daha sonradan yapacakları yeni bir anlaşma **ile iç** üstlenme sözleşmesinin içeriğini değiştirebilirler, ilk sözleşmeden tamamen farklı yeni bir sözleşme yapabilirler veya iç üstlenme sözleşmesini tamamen ortadan kaldırabilirler. İç üstlenme sözleşmesi sadece borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurduğundan alacaklının iç üstlenme sözleşmesine yönelik bu şekildeki tasarruflara itiraz etmesi mümkün değildir. Ancak bu kuralın bir istinası bulunmaktadır. Bu istisna ise iç üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olacak şekilde alacaklı yararına düzenlenmiş olmasıdır²⁹⁵. Çünkü böyle bir durumda kanuni şartların gerçekleşmesi üzerine borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi iç üstlenme sözleşmesinin nitelik ve kapsamında artık bir değişiklik yapamazlar.

Borcun iç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi herhangi bir karşılık almaksızın borçluyu borçtan kurtarma vaadinde bulunuyor ise bir bağışlama sözü verme ve dolayısıyla tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur²⁹⁶. Bu durumda iç üstlenme sözleşmesinin borçlu bakımından hüküm ve sonuçlarını tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlere göre belirlemek gerekir.

²⁹³ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Schwenger, s. 561; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, N. 8, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75-76; Hasler, s. 66d.; Berger, s. 808; Oser/Schönenberger, s. 1017; Becker, Art. 175, . 10-11, s. 816-817; von Tuhr/Escher, s. 382; Schurter, s. 46 vd.

²⁹⁴ Schwenger, s. 561; HonsellNogt/Wiegand, Art. 175, . 8, s. 849; Gauch/ Schluep/ Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Keller/Schöbi, s. 75-76; Oser/Schönenberger, s. 1017; Becker, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; Berger, s. 808.

²⁹⁵ TBK. m. 129/II'de; "Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi. borcun nitelik l'e kapsamını da değiştiremez" hükmüne yer verilmiştir.

²⁹⁶ von Tuhr/Escher, s. 383; Karş., Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Alolf, Art. 175, . 6, s. 393; Berger, s. 809;; Keller/Schöbi, s. 75; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 274.

Borcun iç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi bir ivaz karşılığında borçluyu borçtan kurtarma vaadinde bulunuyor ise karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusudur. Bu durumda iç üstlenme sözleşmesinin borçlu bakımından sonuçlarını karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlere göre belirlemek gerekir. Buna göre iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcun ifası talebinde bulunan taraf sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir. Başka bir ifade ile borçlu borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı muacceliyet kazanmış borcunu yerine getirmediği süreçte, borcu üstlenen kişiden borçtan kurtarılmasını talep edemez (TBK. m. 97)² . Aksi takdirde ödemezlik defi ile karşı karşıya kalır. Tarafların TBK. m. 97 gereğince ödemezlik define bulunma haklarının varlığına rağmen kanun koyucu TBK. m. 195/II'de özel bir hüküm öngörmüştür. Anılan hükme göre, *"Borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez"*. Aslında bu hüküm TBK. m. 97'de yer alan ödemezlik defini tekrar eden hükümden başka bir şey değildir. TBK. m. 195/II, borcu üstlenen üçüncü kişiyi borçlunun üstlenmiş olduğu edimi ifa etmeden borcu bizzat ifa etme veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenme yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Ancak bunun tam tersi de her zaman mümkün olabilir. Başka bir ifade ile borçlu iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmesine rağmen, borcu üstlenen üçüncü kişi borcu bizzat ifa veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenme yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. Bu nedenle kanun koyucu borçluyu böyle bir durum karşısında korumak amacıyla borcu üstlenen üçüncü kişiden bir güvence isteme hakkı tanımıştır. Borcu üstlenen üçüncü kişinin güvence göstermemesi ise borca aykırılık teşkil eder.

Borçlunun, borcu üstlenen üçüncü kişinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle hakkı tehlikeye düşerse edimin ifası güvence altına alınmaya kadar kendi edimini ifadan kaçınma hakkı vardır. Böyle bir durumda borçlu, borcu üstlenen üçüncü kişiye uygun bir süre tayin ederek bu süre içerisinde güvence verilmesini talep edebilir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi halinde borçlunun teminat talebinde bulunma hakkı karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde genel bir hak olarak TBK. m. 98'de düzenlenmekle birlikte kanun koyucu TBK. m. 195/III'de bu konuyla ilgili özel bir hüküm öngörmüştür. Anılan hükme göre; *"Borçlu, borcundan*

²⁹⁷ **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 8, s. 849; **Schwenzer**, s. 561; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **von Tuhr/Escher**, s. 382; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 6, s. 393; **Berger**, s. 808;

kurtarılmamışsa, diğer taraftan güvence isteyebilir"²⁹⁸. Aslında bu hüküm de TBK. m. 98'de yer alan ifa güçsüzlüğünü tekrar eden hükümden başka bir şey değildi-2⁹⁹. Burada yer alan güvence hükmü, borcu üstlenen üçüncü **kişi** nin borçluyu borçtan kurtarma vaadini yerine getinmemesinin bir yaptırım şeklinde anlamak gerekir.

Borçlu, borcu üstlenen üçüncü kişiye iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmesine rağmen üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarmada temerrüde düşmesi halinde ise TBK. m. 123 vd. hükümlerin uygulanması gerekir. Buna göre borçlu borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hakimden isteyebilir. Ancak, üçüncü kişinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa veya üstlenen üçüncü kişinin temerrüdü sonucunda borcun ifası borçlu için yararsız kalmışsa ya da borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek yoktur. Temerrüde düşen üçüncü kişi verilen süre içinde, borçtan kurtarma borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise borçlu, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Borçlu, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borcu üstlenen üçüncü kişi, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse borçlu, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (TBK. m. 125).

Borcun ifası borcu üstlenen üçüncü kişinin sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa, borç sona erer. İmkansızlık sebebiyle borçtan kurtulan üçüncü kişi, borçludan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmiş olan edimi isteme hakkını kaybeder (TBK. m. 136). Borcun ifası borcu üstlenen üçüncü kişinin sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşırsa üçüncü kişi, borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulur.

²⁹⁸ von Tuhr/Escher burada geçen güvencenin aslında bir alacağı güvence altına alan rehin ve) a kefalet gibi şahsi teminat araçları değil de bir garanti olduğunu ifade etmelidir. Bkz., von Tuhr/Escher, s. 382; Uygur, s. 856.

²⁹⁹ TBK. m. 98'de; "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi a da halı.ı.ındalı.i haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikec düşerse bu taraf, lı.arşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Halı.ı.ı tehlikee düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir" hükmüne) er verilmiştir.

Ancak, bu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer. Borç kısmen imkansızlaştığında borcu üstlenen üçüncü kişi kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Üstlenen üçüncü kişinin böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda ise tam imkansızlık hükümleri uygulanır (TBK. m. 137).

II I. Borcu Üstlenen Üçüncü Kişi Bakımından

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi ile borcu üstlenen üçüncü kişi, borçluya karşı onu iç üstlenme sözleşmesine uygun olarak borcundan kurtarmakla yükümlü olur (TBK. m. 195/1)³⁰⁰. Borcu üstlenen üçüncü kişinin, borçluyu hangi şeklide borcundan kurtaracağı konusunda ise kanun koyucu üçüncü kişiye seçim hakkı tanımıştır³⁰¹. Gerçekten de TBK. m. 195'e göre üçüncü kişi "*borcu bizzat ifa etmek*" veya "*alacaklının rızasıyla borcu üstlenme/ç*" suretiyle borçluyu borcundan kurtarabilir³⁰². Ancak hangi şekilde gerçekleşmiş olursa olsun, borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinden doğan asli borcu, borçluyu borcundan kurtannaktır. Bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişi bu borcunu sadece ifa yoluyla değil, diğer başka yollarla da yerine getirebilir³⁰³. Yani borcu üstlenen üçüncü kişi, borçluyu, TBK. m. 131 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan ibra, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi veya takas gibi borcu sona erdiren nedenlerden birisinin gerçekleşmesi ile de borçtan kurtarabilir³⁰⁴. Bu nedenle üstlenen üçüncü kişi

³⁰⁰ **Becker**, Art. 175, N. 10, s. 816; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 6, s. 849; **Oser/Schönenberger**, s. 1017; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 5, s. 393; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Schwenzer**, s. 561; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **Hasler**, s. 66 vd.;

³⁰¹ Doktrinde, **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf** tarafından savunulan görüşe göre, borcu üstlenen üçüncü kişi ancak iki şekilde hareket edebilir. Ya ifanın üstlenilmesi suretiyle alacaklıya ifanın yapılacağına taahhüt edilmesi veya alacaklının onayı ile borç ilişkisine dahil olması, yani borcun dış üstlenilmesi şeklinde hareket edebilir. Bkz., **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 5, s. 393.

³⁰² **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 6, s. 849; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 5, s. 393; **Becker**, Art. 175, N. 10, s. 816; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **von Tuhr/Escher**, s. 382; **Oser/Schönenberger**, s. 1017; **Schwenzer**, s. 561;

³⁰³ **Delbrück** tarafından borç üstlenilmesi teorisi ilk defa ortaya atıldığında "borcun üstlenilmesi ifadır" kuralı benimsenmişti. Bu kurala dayanılarak borcun iç üstlenme sözleşmesi ile birlikte borçlunun da borcunu ifa etmiş sayılacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Geniş bilgi için bkz., **Delbrück**, s. 45; **Schurter**, s. 46-47; **Hasler**, s. 68; **Kornder**, s. 32-33.

³⁰⁴ Bkz., **Keller/Schöbi**, s. 76; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 7, s. 849; **Becker**, Art. 175, N. 10, s. 816; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 5-6, s. 393; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **Eren**, s. 1246; **Schwenzer**, s. 561; **Oser/Schönenberger**, s. 1018; **von Tuhr/Escher**, s. 382.

bu yollardan birisini seçmekte serbest olduğu için borçlu, borcu üstlenen üçüncü kişiyi kendi tercihiyle zorlayamaz. Ancak doktrinde borcu üstlenen üçüncü kişinin, borçluyu ifa suretiyle borcundan kurtarmayı tercih etmesi ile ifa dışındaki diğer yollarla borçtan kurtarması arasında bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre üçüncü kişinin bizzat ifa yolunu tercih etmesi halinde, alacaklı borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından sunulan ifayı kabul etmek zorunda olup, bu ifayı reddedemez³⁰⁵. Borcu üstlenen üçüncü kişinin, borçluyu ifa dışında diğer yollarla borçtan kurtarmak istemesi hallerinde ise, alacaklının bunu kabul etme zorunluluğu yoktur. Alacaklı isterse bunu reddedebilir³⁰⁶.

Borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu bu borcunu yerine getirmemesi halinde borçluya karşı ortaya çıkacak sorumluluğunun kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde ise, iç üstlenme sözleşmesinin ivazlı olup olmamasına göre bir ayrım yapmak gerekir. Borcu üstlenen üçüncü kişi, borçluyu borçtan kurtanna vaadini herhangi bir karşılık almaksızın ivazsız olarak gerçekleştirmişse tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre, iç üstlenme sözleşmesinin borçlusu olan borcu üstlenen üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtannaya yönelik vaadini zamanında yerine getirmemesi halinde sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilmelidir (TBK. m. 114). Ayrıca ivazsız iç üstlenme sözleşmesinde borcun ifa edilmemesi halinde üstlenen üçüncü kişi borçluya karşı ağır kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumlu olacak; kusurunun bulunmaması halinde ise sorumluluğu ortadan kalkacak, başka bir ifade ile üçüncü kişi ayrıca garanti sözü vermedikçe borç nedeniyle ayıptan ve zapttan dolayı sorumluluğu doğmayacaktır (TBK. m. 294)³⁰⁷.

İç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişinin herhangi bir karşılık almaksızın borçluyu borçtan kurtanna vaadinde bulunduğu hallerde bağışlama sözü vermeye ilişkin hükümler gereğince, üçüncü kişi TBK. m. 296'da yer alan durumlarda borçtan kurtarma vaadini geri alabilir. Buna göre³⁰⁸, üçüncü

³⁰⁵ Becker, Art. 175, N. IO, s. 816; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 7, s. 849; Keller/Schöbi, s. 76; Eren, s. 1246; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 6-7, s. 393; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 274-275; Schwenger, s. 561; Oser/Schönenberger, s. 1018.

³⁰⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 274-275; Bkz., Keller/Schöbi, s. 76; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 7, s. 849; Becker, Art. 175, N. 10, s. 816; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 175, N. 5-6, s. 393; Eren, s. 1246.

³⁰⁷ Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir. Bağışlayan, bağışlanılan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olur (TBK. m. 294).

³⁰⁸ TBK. m. 296'da, bağışlama sözü vermenin elden bağışlanılan bir malın geri verilmesinin istenebileceği durumlarda da sona ereceği düzenlenmiştir. Elden bağışlayanın geri alınacağı durumlar ise TBK. m. 295'de şu şekilde sayılmıştır: "1.) Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse 2.) Bağışlanan, bağışlayana veya

kişinin mali durumunun sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse veya UçOncUkişi borçtan kurtarma vaadinde bulunduktan sonra kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş ya da bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa borçtan kurtarma vaadini geri alabilir. Diğer taraftan borcu üstlenen üçüncü kişinin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü de ortadan kalkar³⁰⁹.

Borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi' halinde, borçlu ile arasındaki ilişkilerin ne olacağı konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, *kanımızca*, iç üstlenme sözleşmesi genel hükümlere tabi olacak ve borcu üstlenen üçüncü kişinin borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlere göre sorumluluğu olacaktır. Alman hukukunda ise borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan sözleşmeye alacaklı tarafından onay verilmesi nedeniyle borçlunu borcundan kurtulamaması halinde aradaki ilişkinin ifanın üstlenilmesi şeklinde devam edeceği kabul edilmektedir.

IV. Alacaklı Bakımından

Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında akdedilen iç üstlenme sözleşmesi kural olarak alacaklıyı etkilemez³¹⁰. İç üstlenme sözleşmesi sadece borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurduğundan alacaklının iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir talep hakkı söz konusu değildir³¹¹. Alacaklı iç üstlenme sözleşmesinin tamamen dışında kaldığı için iç üstlenme sözleşmesinde taraflarca yapılacak değişikliklere veya iç üstlenme sözleşmesinin tamamen ortadan kaldırılmasına hiçbir şekilde müdahale edemez. Ancak bunun bir istisnası vardır. Bu istisna, iç üstlenme sözleşmesinin TBK. m. 129 gereğince üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde düzenlenmiş olmasıdır³¹². Gerçekten de anılan hükme göre, kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isle-

onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa 3.) Bağışlanan, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemişse"

³⁰⁹ Bkz., Yavuz, s.; Ayal/Ayrancı, s.

³¹⁰ Hasler, s. 66-67; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 6, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 383. Borcun üstlenilmesi sözleşmesi esas borçlu ile borcu üstlenen arasında sonuç doğurur. Böyle bir durumda esas borçludan alacaklı olan kimse borcu üstlenen kişiye karşı alacağının ödenmesi için dava açamaz. (13 HD., T. 08.04.1991, E. 964, K. 4081), (Karahasan, s. 1435-1436).

³¹¹ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 6, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75; von Tuhr/Escher, s. 383;

³¹² Becker, Art. 175, N. 13, s. 817; Eren, s.

yebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar **dış tarafların amacına** veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını **isteyebilirler. Bu** durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı **kullanmak istedikleri-** ni borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra **edemeyeceği gibi, bor-** cun nitelik ve kapsamını da değiştiremez. Ancak bu şartın **gerçekleşmesi için** iç üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde düzenlen- diğinin sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Yoksa iç üstlenme sözl- mesinin her durumda alacaklı yararına sözleşme şeklinde düzenlendiğinin kabulü mümkün değildir³¹³. Başka bir ifade ile borcun iç üstlenme sözleşme- sinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak düzenlendiğine ilişkin bir karine mevcut değildir. Bu bakımdan borcun iç üstlenme sözleşmesi akdedildikten sonra, alacaklının doğrudan doğruya üçüncü kişiden borcun ifası talebinde bulunması da mümkün değildir. Bu nedenle alacaklının, borcu üstlenen• üçüncü kişi ile borcun dış üstlenme sözleşmesi yapması halinde dış üstlenme sözleşmesinden doğan edimin ifasını talep edebilme kapsamında üçüncü kişiden ifa talebinde bulunabilecektir.

³¹³ Bccker, Art. 175, N. 13, s. 817;

BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ SÖZLEŞMESİ

§10. GENEL OLARAK BORCUN DIŞ ÜSTLENİLMESİ

Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi, sadece borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında sonuç doğurduğu ve alacaklıyı etkilemediği için borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurmaz³¹⁴. Borç ilişkisinde borçlu tarafın değişebilmesi için mutlaka alacaklı tarafından borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine yönelik bir irade açıklamasında bulunulması şarttır³¹⁵. Alacaklı tarafından açıklanan bu irade, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması suretiyle borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi ve dolayısıyla borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurmaktadır³¹⁶. Borcun dış üstlenilmesi ve borçlunun borcundan kurtulması TBK. m. 196'da, "borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesindeki borçluya yönelik vadinin alacaklı tarafından bir nevi kabul edilmesi ile gerçekleşir. Bu nedenle gerçek anlamda borcun üstlenilmesi suretiyle borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan sözleşme borcun dış üstlenilmesi sözleşmesidir³¹⁷. Çünkü borcun dış üstlenilmesi suretiyle borçlu borcundan kurtulmakta ve böylece borç, borcu üstlenen üçüncü

³¹⁴ Eren, s. 1247 vd.; Kılıçoğlu, s. 788 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Schwenger, s. 561; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 8, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75-76; Berger, s. 808; Becker, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; Oser/Schönenberger, s. 1017; von Tuhr/Escher, s. 382; Hasler, s. 73 vd.; Schurter, s. 37 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 272 vd.; Oğuzman/Öz, C. il, s. 588 vd.; Kılıçoğlu, s. 786-787; Tunçomağ, s. 1132;

³¹⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 275; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 1-2, s. 851; Schwenger, s. 561-562; Keller/Schöbi, s. 76-77; Hasler, s. 73 vd.; Schurter, s. 37 vd.; von Tuhr/Escher, s. 383-384; Oğuzman/Öz, C. il, s. 589; Oser/Schönenberger, s. 1019; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 272 vd.; Tunçomağ, s. 1132 vd.; Becker, Art. 176, N. 1, s. 819; Kılıçoğlu, s. 788 vd.;

³¹⁶ Schwenger, s. 561; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 8, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75-76; Berger, s. 808; Becker, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; Oğuzman/Öz, C. il, s. 598 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 276 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1017; von Tuhr/Escher, s. 382; Eren, s. 1247 vd.; Kılıçoğlu, s. 791.

³¹⁷ Bkz., Eren, s. 1247; Tunçomağ, s. 1132; von Tuhr/Escher, s. 383; Keller/Schöbi, s. 79; Oğuzman/Öz, C. il, s. 592-593; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 272-273 vd.; Kılıçoğlu, s. 788 vd.;;

kişiy e geçmektedir³¹⁸. Bu nedenle borcun dış üstlenmesi borçluyu borcundan kurtarıp sorumluluğunu kaldırdığı için dış üstlenme sözleşmesinin "kaldırıcı niteliğe sahip olduğu söylenebilir³¹⁹. Bu yönüyle borcun dış üstlenilmesi "kümülatif borç yüklenmesi" olarak ifade edilen borca katılmadan farklılıklar göstermektedir³²⁰. Çünkü borca katılmada borcu üstlenen üçüncü kişi, alacaklı ile yapmış olduğu bir sözleşme ile o zaman kadar borçlu olan kişinin yanında müteselsil borçlu olarak borcu birlikte üstlenmektedir³²¹. Bu nedenle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin "ortadan kaldırıcı" bir etkiye mi yoksa "kümülatif" bir etkiye mi sahip olduğunun tespit edilemediği durumlarda, bunun taraf i ra d e l e r i n i n yorumlanması ile tespit edilmesi gere k' Jr³²².

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan genel hükümlere aynen dış üstlenme sözleşmesi için de geçerlidir (TBK. m. 1 vd.). Yani, sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle bir öneri ve nihayet bu önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesi gerekir. Dış üstlenme sözleşmesi borcu üstlenen üçüncü kişi bakımından bir taahhüt niteliğinde iken, alacaklı bakımından, eski borçlunun borçtan kurtarılmış olması yönüyle bir tasarruf ve yeni bir borçltJnun kazanılmış olması bakımından da bir kazandırıcı işlem niteliğindedir³²³. Bu nedenle fiil ehliyetinden başka tarafların tasarruf yetkisine de sahip olmaları

³¹⁸ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Schwenzer**, s. 563; BGE 121 III 256; **Honsell**, Art. 176, N. 7, s. 683; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 276 vd.; **Becker**, Art. 178, N. 1, s. 824; **Berger**, s. 802; **von Tuhr/Escher**, s. 389; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 598; **Keller/Schöbi**, s. 80; **Tunçomağ**, s. 1132; **Kılıçoğlu**, s. 791

³¹⁹ Doktrinde ise borcun dış üstlenilmesini özellikle borca katılmadan ayırmak için "kurtarıcı borç üstlenilmesi" kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Hasler**, s. 53 vd.; **Albert**, s. 2 vd.; **Schurter**, s. 24 vd.; **Paulsen**, s. 10-11; **Wendt**, s. 7 vd.; **Komder**, s. 30 vd.; **Schönrock**, s. 7-8;

³²⁰ Borca katılma konusunda geniş bilgi için bkz., **Altay**, s. 3 vd.; **Şener**, s. 1279 vd.; **Schwenzer**, s. 567; **Berger**, s. 810 vd.; **Eren**, s. 1254; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 608 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 795 vd.

³²¹ TSK. m. 201 'e göre; "Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar".

³²² **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 2, s. 394; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 276. Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, dış üstlenme sözleşmesi ile borca katılma tamamen farklı amaçlara hizmet eden, birbirlerinden farklı hüküm ve sonuçlar doğuran iki bağımsız hukuki kurumdur. Alacaklı ile sözleşme yapan üçüncü kişinin borca katılma veya borcu üstlenme konusundaki iradesinin olağan koşullarda tespit edilememesi gibi bir durumun yaşanmaması gerekir. Ancak taraf iradeleri yorumlanırken de, borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinden doğan bir borcu yerine getirip getirmediğinin de araştırılması gerekir.

³²³ Bu nedenle doktrinde dış üstlenme sözleşmesi çifte etkiye sahip bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 389; **Eren**, s. 1247,

gerekir. Dış üstlenme sözleşmesi ile borçlu borcundan kurtarılmış olmakla birlikte, borçlunun bu sözleşmeye katılması söz konusu değildir. Bu nedenle borçlunun kendi lehine hüküm ve sonuç doğurarak borçtan kurtarılmasını sağlayan dış üstlenme sözleşmesini reddetmesi de mümkün değildir³²⁴.

1. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Konusu

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu kural olarak borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesindeki "borç" oluşturmaktadır³²⁵. Burada geçen borç kavramı geniş kapsamlı olarak değerlendirildiğinden her türlü borcun, özel hükümlerle yasaklanmadığı sürece dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilir³²⁶. Çünkü alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında dış üstlenme sözleşmesinin kurulması, alacaklının, borcun bizzat borçlu tarafından yapılmasından feragat ettiği anlamına gelmektedir³²⁷. Bu nedenle özellikle borçlunun şahsına bağlı borçların bile dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı, aslında borçlu tarafından şahsen ifası gereken borcun borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından da ifa edilebileceğini kabul etmektedir. Aslında bu şekilde borcun bir nevi şahsa bağıllık özelliğinde bir değişiklik meydana gelmekte ve alacaklı borçlunun şahsen ifasından vazgeçerek bir üçüncü kişinin ifasını kabul etmektedir. Bu nedenle, alacaklı tarafından kabul edildiği takdirde, diğer herhangi bir hukuki engelin bulunmaması halinde her türlü borcun dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür.

Aile hukukundan doğan nafaka yükümlülükleri de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturabilir³²⁸. Buna karşılık kamu hukukundan doğan özellikle vergi borçlarının ise iç üstlenme sözleşmesinin konusu-

³²⁴ Bkz., **Schwenzer**, s. 562; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 275; Hatta borçlunun borcu üstlenen üçüncü kişi ile bir iç üstlenme sözleşmesi yapmamış olsa bile anılan borca ilişkin dış üstlenme sözleşmesini reddedemeyeceği ileri sürülmektedir, Bkz., **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 275. Buna karşılık dış üstlenme sözleşmesini iç üstlenme sözleşmesinin bir devamı gibi görüp ön aşama olarak kabul eden , iç üstlenme sözleşmesi yapılmadan borcun üstlenilmesinin mümkün olamayacağını savunan görüşler de bulunmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 589; **Kıhçoğlu**, s. 786.

³²⁵ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 3, s. 852; **Eren**, s. 1248;

³²⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Eren**, s. 1247 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 77; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 4, s. 852; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020; **Krüger**, § 414, N. 1, s. 2573; **Uygur**, s. 858.

³²⁷ Bkz., **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 2-3, s. 848; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Keller/Schöbi**, s. 75-77; **Schwenzer**, s. 560; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Berger**, s. 804; **Mcier**, s. 1-2; **Wendt**, s. 34 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020.

³²⁸ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 4, s. 852; **Keller/Schöbi**, s. 77; **Albert**, s. 31; **Berger**, s. 804. A) rica bkz., BGE 78 11326.

nu oluşturunla birlikte borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı kabul edilmektedir³²⁹. Dava konusu olan borçların da dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda borcu üstlenen üçüncü kişinin nasıl ve hangi sıfatla davaya dahil edileceği ise HMK. m. 125 hükmüne göre belirlenir³³⁰. Buna göre, dava konusu olan borcun üstlenilmesi halinde alacaklı isterse borçluya olan davasından vazgeçerek, borcu üstlenen kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde alacaklı davayı kazanırsa, borçlu ve borcu üstlenen yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olmaktadır. Buna karşılık alacaklı isterse, davasını borçlu hakkında tazminat davasına dönüştürür ve bu şekilde borçluya karşı dava devam eder. Bu durumda borcu üstlenen üçüncü kişinin akıbetinin ne olacağı ise kanunda düzenlenmemiştir. Kanımızca, burada da açılmış ve devam etmekte olan bir davada borçlunun borcunun devredilmesi yine her durumda alacaklının rızasına bırakılmıştır.

TBK. m. 183'de, alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanabileceği açıkça hükme bağlanmış iken, borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerde bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Acaba, taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile borcun devrini yasaklayabilecekler midir?. Bu konu doktrinde *Hasler* ve *Oser/Schönenberger*³³¹ tarafından ele alınmış ve borcun üstlenilmesinin sözleşme ile yasaklanamayacağı ileri sürülmüştür. Gerçekten de anılan yazarlara göre, taraflar arasında gerek borcun üstlenilmesinin gerçekleştirilmesinde gerekse borcun üstlenilmesinin yasaklanmasında, her durumda zaten taraf iradeleri ön plandadır. Buna rağmen borcun üstlenilmesinin taraflar arasında mevcut bir yasaklamaya rağmen kabul edilmesi, bu yasaklamanın zımnen kaldırıldığı anlamına gelir³³². Bununla birlikte, borcun üstlenilmesinin gerçekten mümkün olmaması, kanundan kaynaklanabileceği

³²⁹ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 3, s. 848 **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 2, s. 393; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 273; **Hasler**, s. 75 vd; **Keller/Schöbi**, s. 75; Ayrıca bkz., BGE 92 III 57; BGE 92 I 11 62.

³³⁰ Dava konusunun devri HMK. m. 125'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; "(1) Davanın açılmasından sonra, davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse, davacı aşağıdaki yetkilerden birini kullanabilir: a) İsterse, devreden tarafla olan davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder. Bu takdirde davacı davayı kazanırsa, dava konusunu devreden ve devralan yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur. b) İsterse, davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. (2) Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder.

³³¹ **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020; **Hasler**, s. 75 vd.

³³² Özel bir kanun hükmü ile açıkça yasaklanmadığı sürece her türlü borcun üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Geniş bilgi için bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 388; **Eren**, s. 1247 vd.; **Keller/Schöbi**, s. 77; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 4, s. 852; **Oser/Schönenberger**, s. 1019-1020; **Krüger**, § 414, N. 1, s. 2573;

?ibi, ?u konuda verilen taahhüdün niteliğinden de kaynaklanabilir. Başka bir ifade ile borcun üstlenilmesinin yasaklanmasına ilişkin taahhüt, zımni olarak ortadan kaldırılamayacak bir taahhüt olabiiir³³³.

il. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Şekli

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasında sözleşmelere **ilişkin** ?ne_l hükümler geçerli olduğundan sözleşmenin şekli bakımından **şekle** ilişkin genel kurallar geçerlidir. Kanunda da özel bir şekil şartı getirilmedi- ?inden dış üstlenme sözleşmesi de özel bir şekil şartına tabi değildir³³⁴. Dış üstlenme sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte tarafların kendi aralarında sözleşme geçerlilik şartı olan bir şekle tabi tutup bu şekilde yapmaları da her zaman mümkündür³³⁵. Tarafların kararlaştırılan bu **şekle** uymamaları halinde sözleşme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır.

Üçüncü kişi tarafından üstlenilen borcun ifasının özel bir şekil şartına tabi olduğu durumlarda dış üstlenme sözleşmesinin de ifanın tabi olduğu bu

³³³ Örneğin buna ilişkin bir düzenleme 4857 sayılı İş Kanununda) er almar-"tadır. Gerçer-"ten de anılan kanunun 2. maddesinin son fıkrasında, "İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez" hükmüne yer verilmiştir. Aslında buda işveren ile aralarında bir hizmet akdi bulunan iş- çinin, iş akdinden kaynaklanan iş görme borcunun, işletmenin ve işin gereği ile teknolo- jik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen işlerden olması halinde bunu bir başkasına dev- retmesi yani taşeron devretmesi hukuken mümkün değildir. Bkz., 9 HD., T. 27.0.2006, E. 2005/26361, K. 2006/7460.

³³⁴ **Schwenzer**, s. 562; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 275; **Honsell/ Vogt/ Wiegand**, Art. 176, N. 7, s. 853; **von Tuhr/Escher**, s. 387; **Oser/Schöoeoberger**, s. 1020; **Brox/Walker**, N. 8, s. 378; **Joussen**, N. 1316; **Krüger**, § 414, N. 6, s. 2564; **Westermann**, s. 1725; **von Tuhr**, s. 890; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 274; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 598; **Eren**, s. 1250. İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlanma aş- amasında da borcun üstlenilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemekteydi Ancak, Borçlar Kanunu'nun 1905 yılında hazırlanan taslağının Uzmanlar Komisyonundaki gö- rüşmeleri sırasında kefalet ve temlike dayanılarak borcun devri için de en geniş ölçüde yazılı şekil şartı getirilmesi talep edildi. Hem borcu üstlenen üçüncü kişi ile borçlunun aralarında yaptıkları iç üstlenme sözleşme için hem de bu sözleşmenin alacaklıya ihbarı için şekil şartı talep edildi. Ancak böyle bir şekil zorunluluğunun, borcun üstlenilmesi kurumunu hantallığa sürükleyeceği düşüncesi ile reddedilmiştir. Bkz., **Hasler**, s. 76-77. Borcun nakli kural olarak hiçbir biçime bağlı değildir. Ne var ki nakle konu olan borç bir taşınmazın ferağı ise "resmi şekilde" yapılması zorunludur. (15 HD., T. 07.02.1985, E. 4380, K. 385), (**Karabasan**, s. 1437-1438).

³³⁵ Geçerlilik şartı olan şekil konusunda bkz., **Antalya**, s. 326 vd.; **Eren**, s. 269 vd.; **Akıncı**, s. 83 vd.; **Tunçomağ**, s. 219 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1 00 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 161 vd; **Kılıçoğlu**, s. 100 vd.; **Altaş**, s. 69 vd.; Şekle aykırı olarak yapılan bir sözleşmenin olumsuz sonuçlar ve bu sonuçların diizeltilemis konusunda bkz., **Altaş**, s. 93 vd.;

şekle uygun olarak yapılması gerekir³³⁶. Örneğin taşınmaz satım sözleşmesinden doğan borçların dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması durumunda, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu, bağış sözü veren borçlunun bu borcunun oluşturması durumunda da aynı kural geçerlidir. Gerçekten de, bağış sözü vermenin üçüncü kişi tarafından üstlenilmesinde, TBK. m. 288 sadece bağış sözü vermeyi şekle tabi kılmakta, bunun bir üçüncü kişiye devri için bir şekil şartı aramamaktadır³³⁷. Başka bir ifade ile bağış sözü vermeyi ifa eden üçüncü kişinin bağışlayan sıfatına sahip olmaması nedeniyle bağışlama sözü vermeden doğan borcu üstlenen üçüncü kişi de bu nedenle bağış sözü veren olamaz. Aynı şekilde bir elden bağışlamanın üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi halinde de bir bağış sözü verme değil borçlunun derhal borçtan kurtarılması söz konusu olduğundan yine şekle tabi değildir³³⁸. Buna karşılık, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin konusunu bir taşınmazın devri veya taşınmazlar üzerinde bir sınırlı ayni hakkın kurulması oluşturuyorsa, mutlaka bir resmi senedin varlığı şart olduğundan dış üstlenme sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir³³⁹.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile sadece bir sözleşmenin değişikliğe uğraması söz konusu ise TBK. m. 13 gereğince dış üstlenme sözleşmesinin de değişikliğe uğrayan sözleşme için öngörülen şekle uygun olarak yapılmalıdır³⁴⁰. Kanımızca borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin şekli konusunda üzerinde durulması gereken asıl konu, dış üstlenme sözleşmesi ile borçlunun borcundan kurtulup onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin

³³⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 7, s. 853; von Tuhr/Escher, s. 387; Üser/Schönenberger, s. 1020; Joussen, N. 1316; Schwenger, s. 562; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 275; Oğuzman/Öz, C. il, s. 598; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 274.

³³⁷ Üstlenen ve alacaklı borçlu) u karşılıksız olarak borçtan kurtarmak amacıyla; yani bir bağış yapmak amacıyla dış üstlenme sözleşmesi yapabilirler. Bağışlama kanunda herhangi bir şekle bağlı olmadığından taraflar için bu sözleşmede şekil zorunluluğu söz konusu değildir. Hatta, asıl borçluya bir bağışlama vaadinde bulunulsa dahi bu sonuç değişmez. Kaldı ki, üstlenen ile alacaklı arasında yapılan sözleşme bir bağış vaadideğildi_r. Ayrıca bir bağış vaadinin bizzat kendisinin üstlenilmesi halinde de yine, bizzat işlemin kendisi ile bunun üstlenilmesinin aynı şeyler olmadığı gerekçesi ile) ine şekil şartının aranmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz., hasler, s. 77-78.

³³⁸ Oser/Schönenberger, s. 1020; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 7, s. 853; von Tuhr/Escher, s. 387; Brox/Walker, N. 8, s. 378; Oğuzman/Öz, C. il, s. 598; Eren, s. 1250; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 274; Hasler, s. 76 vd.

³³⁹ von Tuhr, s. 890. Oğuzman/Öz, C. 11, s. 598; Hasler, s. 77 vd.; von Tuhr/Escher, s. 387.

³⁴⁰ von Tuhr/Escher, s. 387; TBK. m. 13: "Kanunda yazılı şekilde) apılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de) azılı şekle u) ulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle (çelişme) en tamamlayıcı) an hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural,) azılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da u)gulanır".

geçmesinin TBK. m. 13 anlamında sözleşmenin değiştirilmesi olarak kabul edilip edilemeyeceği konusudur. Gerçekten de eğer dış üstlenme sözleşmesi ile gerçekleştirilen borçlu değişimi aynı zamanda alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede bir değişiklik olarak kabul edilecek olursa, bu takdirde bütün dış üstlenme sözleşmelerinin borcun doğumuna ilişkin sözleşmenin bağlı olduğu şekilde yapılması gerekecektir. Buna karşılık, borcun dış üstlenilmesi taraflar arasındaki sözleşmede bir değişiklik olarak kabul edilmez ise, bu takdirde TBK. m. 13 gereğince bir şekil zorunluluğu aranmayacaktır. *Kanımızca*, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, her ne kadar borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğursa da, bu değişiklik TBK. m. 13 anlamında alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede bir değişiklik olarak kabul edilmemelidir. Çünkü dış üstlenme sözleşmesi taraflar arasındaki borç ilişkisi ve borcun nitelik ve içeriği aynı kalmak suretiyle sadece pasif süje olan borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borcun dış üstlenilmesi TBK. m. 13 anlamında sözleşmede bir değişikliği öngörmediği için herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Buna karşılık doktrinde, Özen tarafından, kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturması halinde, dış üstlenme sözleşmesinin de kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴¹. Gerçekten de yazara göre, taşınmaz mülkiyetinin devri borcunu konu edinen dış üstlenme sözleşmeleri resmi şekilde yapılmasını savunan görüşler gereğince, kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun devrini konu edinen dış üstlenme sözleşmelerinin de kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması gerekir³⁴².

/İL Dış Üstlenme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

A. Genel olarak

Borçlunun borcundan kurtulması ve borcu üstlenen üçüncü kişinin onun yerine borç ilişkisine girmesi sonucunu doğuran borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti için iki önemli konunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunlardan ilki dış üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği itibari ile bir tasarruf işlemi niteliğinde olup olmadığı; ikinci konu ise, bu sözleşmesinin sebebe bağlı bir işlem mi yoksa soyut bir işlem mi

³⁴¹ Bkz., Özen, s. 185-186.

³⁴² Dış üstlenme sözleşmesinin tabi olduğu şekil bakımından hatırlanması gereken diğer bir konu da TBK. m. 132'de düzenlenmiş bulunan ibra konusudur. Gerçekten de, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin de aynen ibra gibi borçluyu borcundan kuitaran bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, şekil zorunluluğunun gerekmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Anılan TBK. m. 132'de; "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" hükmüne yer verilmiştir.

olduğu konularıdır. Doktrinde dış üstlenme sözleşmesinin özellikle alacaklı bakımından bir tasarruf işlemi olduğu konusunda görüş birliği bulunmak³⁴⁵ dır". Gerçekten de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile alacaklı, borçluya karşı sahip olduğu hakkı üzerinde bir değişiklik gerçekleştirdiği için bu bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Buna karşılık dış üstlenme sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir³⁴⁶. Bu değişik görüşlerin en önemli nedeni ise, Alman hukukunda genel olarak tasarruf işlemlerinin soyut, Türk/İsviçre hukuk sistemlerinde ise sebebe bağlı işlem olarak kabul edilmiş olmasıdır. Bu düşüncenin etkisiyle Alman hukukunda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi soyut bir hukuki işlem olarak kabul edilmesine karşılık, Türk/İsviçre hukukunda da borcun üstlenilmesi sonucunu doğuran dış üstlenme sözleşmesinin buna yol açan geçerli bir sebebin varlığına bağlı olmaması nedeniyle sebepten bağımsız (soyut) bir işlem olarak kabul edilmektedir³⁴⁵.

B. Dış üstlenme sözleşmesinin çifte etkiye sahip olması

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi esas itibariyle çifte etkiye sahip bir hukuki işlemdir³⁴⁶. Gerçekten de, borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklı ile olan ilişkisi bakımından bu sözleşme bir taahhüt işlemi (borçlandırıcı işlem)

³⁴⁵ Keller/Schöbi, s. 77; Eren, s. 1247-1248; Becker, Art. 176, s. 1-2, s. 819; von Tuhr/Escher, s. 389; Hasler, s. 72 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 275; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 6, s. 852; Schwenger, s. 561; Karş., Brox/Walker, N. 11-12, s. 380; Erman, § 414, N. 2, s. 1730; Jousen, N. 1318; Krüger, § 414, N. 1, s. 2563; Honsell, Art. 176, N. 5, s. 683; Oğuzman/Öz, C. il, s. 593.

³⁴⁶ Doktrinde ileri sürülen bu görüşler için bkz., Brox/Walker, N. 15, s. 381; Eckert, N. 1080, s. 315; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Erman, § 414, N. 1, s. 1730; Jousen, N. 1306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 817, s. 371; Krüger, § 414, N. 2, s. 2574 ve ayrıca § 417, N. 1, s. 2583; Heckelmann, s. 64 vd.; Friederich, s. 38; Wendt, s. 63; Paulsen, s. 49 vd.

³⁴⁵ Oğuzman/Öz, C. il, s. 593; von Tuhr/Escher, s. 392. Borcu üstlenen üçüncü kişi, üstlenme) e temel olan hukuk ilişkisinden (iç üstlenmeden) dolayı borçlu) a karşı sahip olduğu savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez. Bu hüküm esas itibariyle borcun iç üstlenilmesini içermektedir. Ancak, iç üstlenme sözleşmesi borcun üstlenilmesini gerçekleştiremediği için alacaklı ile borcu üstlenen arasındaki sözleşme) i de etkilememelidir. Bu nedenle borcun üstlenilmesi tüm sebeplerden tamamen soyutlanmıştır. Örneğin, borcu üstlenen üçüncü kişi alacaklıya karşı iç üstlenme sözleşmesinin irade sakatlıkları altında yapıldığını ileri süremez. Bkz., Hasler, s. 100 vd.

J-H, Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 275; Keller/Schöbi, s. 77; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 6, s. 852; Schwenger, s. 561; Karş., Brox/Walker, N.11-12, s. 380; Erman, § 414, N. 2, s. 1730; Jousen, N. 1318; Krüger, § 414, N. 1, s. 2563; Honsell, Art. 176, N. 5, s. 683; Eren, s. 1248; Maurer, s. 240; Bu çifte etkinin nasıl sağlanacağı konusundaki görüşler için bkz., Heckelmann, s. 39 vd. Hatta bu konuda borcun üstlenilmesini açıklamak üzere çifte işlem teorisi adı) la bir teori de kabule dilmektedir. Bu teori hakkında geniş bilgi için bkz., Paulsen, s. 40 vd.; Wendt, s. 31 vd.; Korndor, s. 89 vd.

niteliğindedir. Çünkü üçüncü kişi, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte borçludan üstlenmiş olduğu borcu alacaklıya ifa yükümlülüğü altına girmektedir⁴⁷. Dış üstlenme sözleşmesinin yapılması ile borcu üstlenen üçüncü kişinin malvarlığının aktifi veya oradaki herhangi bir değeri doğrudan doğruya etkilenmesi. Ayrıca borcu üstlenen üçüncü kişi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılması ile borçlunun borcunu derhal ifa etme yükümlülüğü altında da değildir. O ancak vadesi geldiğinde ifa ile yükümlüdür. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi arasında **ilişki** bakımından değerlendirildiğinde ise dış üstlenme sözleşmesinin borçlu bakımından aynı zamanda bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, borcu üstlenen üçüncü kişi iç üstlenme sözleşmesi ile borçluya karşı taahhütte bulunduğu borçtan kurtarma vaadini, yani borçlandırıcı taahhüt işleminin ifasını TBK. m. 196/1 gereğince alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak suretiyle yerine getirmektedir. Bu durumda, borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklı ile yapmış olduğu dış üstlenme sözleşmesi üçüncü kişi bakımından bir tasarruf işlemi niteliğine sahiptir. Çünkü üçüncü kişi dış üstlenme sözleşmesini yapmak suretiyle iç üstlenme sözleşmesi ile vaat ettiği edimi ifa etmekte olup borç için bizzat ödemede bulunması şartı aranmaz. Borcu ifa etmek suretiyle iç üstlenme sözleşmesinden doğan taahhüdünü yerine getirme imkanına sahip olsa da, esas itibarıyla dış üstlenmesi sözleşmesinin yapılmasıyla iç üstlenmeden doğan taahhütlerini ifa etmiş sayılacaktır. Dış üstlenme sözleşmesi ile alacaklı, borçludan olan alacağı üzerinde bir tasarrufta bulunduğu ve dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte borçluyu borcundan kurtardığı için dış üstlenme sözleşmesi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Alacaklının aynı zamanda bu alacağını borcu üstlenen üçüncü kişiden talep edebilme hak ve yetkisine sahip olması nedeniyle de bir kazandırıcı işlemdir⁴⁸.

C. Dış üstlenme sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi esas itibarıyla borçlar hukuku genel hükümlerine tabi bağımsız bir sözleşmedir. Ancak, alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılan bu sözleşme borçlunun borcundan kurtulması sonucunu doğurduğu için üçüncü kişi yararına (borçlu yararına) bir sözleşme olduğu da düşünülebilir. Çünkü bu sözleşme ile borçlu doğrudan doğruya bir yarar

³⁴⁷ Erman, § 414, N. 2, s. 1730; Krüger, § 414, N. 1, s. 2563; Jousen, N. 1306; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Keller/Schöbi, s. 77; Honsell/Nogt/Wiegand, Art. 176, N. 6, s. 852; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 275; Schwenger, s. 561.

³⁴⁸ Krüger, § 414, N. 4, s. 2563; Honsell, Art. 176, N. 5, s. 683; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 275; Keller/Schöbi, s. 77; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 6, s. 852; Schwenger, s. 561; Karş., Brox/Walker, N. 11-12, s. 380; Erman, § 414, N. 2, s. 1730; Jousen, N. 1318;

sağlamakta ve borcundan kurtulmaktadır³⁹ ÜçÜncÜ kişi yararına sözleşme-
de kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye ÜçÜncÜ kişi yararına bir
edim yUkümlUIUğU koydunnakta ve edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini
istemektedir (TBK. m. 129). Dış üstlenme sözleşmesi de bu açıdan değer-
lendirildiğinde alacaklı ile borçlu arasında yapılan dış üstlenme sözleşme-
sinde, taraflardan birinin edimini bir üçüncü kişiye ifa etmesi gibi bir durum
söz konusu değildir. Borcu üstlenen üçüncü kişi, esas itibariyle iç üstlenme
sözleşmesinden doğan kendi borcunu alacaklıya ifa etmektedir. Bu ifa, en
genel anlamıyla borçlunun yararına bir sözleşme gibi görünse de, **TBK. m.**
129 anlamında üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak değerlendirilmesi
mümkün değildir³⁵⁰.

Aslında dış üstlenme sözleşmesi alacaklı bakımından bir menfaat sağla-
maz. Alacaklı, borcu üstlenene karşı olan talep hakkını borçlunun borçtan
kurtulması suretiyle kaybolan alacağının telafisi olarak kazanmaktadır. Baş-
ka bir ifade ile mevcut olan borcun kapsamı ve niteliği değişmeksizin sadece
borçlusunun değişmesi nedeniyle alacaklı bakımından doğrudan doğruya bir
menfaat sağlaması da söz konusu değildir. Buna karşılık borç üstlenilmesi,
bir anlamda borçlunun lehine bir sözleşme unsuru içinektedir. Çünkü borç-
lu, üstlenen ve alacaklı arasında yapılan borç üstlenilmesi sözleşmesinden
doğrudan yarar sağlar. O serbest kalır. Bu yönüyle borun dış üstlenilmesi
alacağın devrinin tam tersini oluşturmaktadır³⁵¹.

D. Dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir işlem olması

Dış üstlenme sözleşmesinin soyut mu, yoksa sebebe bağlı bir hukuki iş-
lem mi olduğu konusunda doktrinde değişik gerekçelerle farklı görüşler ileri
sürülmektedir³⁵². Görüş farklılıklarının temelinde yatan sebep ise, esas itibariy-
le Alman hukuku ile Türk/İsviçre hukuk sistemlerinde tasarıTuf işlemlerinin
soyut veya sebebe bağlı olmaları konusunda kabul edilen genel ilkedir. Ger-
çekten de, Alman hukukunda tasarruf işlemleri bakımından genel olarak
soyutluk ilkesi kabul edildiğinden, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin de

J-N **Brox/Walker**, N. 15, s. 381; **Eckert**, N. 1080, s. 315; **Honsell**, Art. 176, N. 7, s. 683;
Erman, § 414, N. 1, s. 1730; **Joussen**, N. 1306; **Huguenin**, s. 298. Hatta bu konuda bor-
cun üstlenilmesini üçüncü kişi için yararına sözleşme ile açıklayan özel bir teori de kabul
edilmiştir. Bkz., **Wendt**, s. 13 ve 32 vd.; **Kornder**, s. 90 vd.;

³⁵⁰ AÖrca bkz., § 4, iV.

³⁵¹ **Joussen**, N. 1306; **Krüger**, § 414, N. 2, s. 2563; **Wörlen/Metzler-Müller**, s. 166.

³⁵² Bu tartışmalar ve farklı görüşler için bkz., **Meier**, s. 5 vd.; **Wendt**, s. 63 vd.;
Brox/Walker, N. 15, s. 381; **Eckert**, N. 1080, s. 315; **Honsell**, Art. 176, N. 7, s. 683;
Erman, § 414, N. 1, s. 1730; **Joussen**, N. 1306; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, N. 817,
s. 371; **Krüger**, § 414, N. 2, s. 2574 ve AÖrca § 417, N. 1, s. 2583; **Heckelmann**, s. 64
vd.; **Friederich**, s. 38; **Paulsen**, s. 49 vd.; **Hasler**, s. 100 vd.; **Priltting/Wegcn/**
Weinreich, § 417, N. 4, s. 685; **Schmidt**, s. 68 vd.; **Westermann**, s. 1725 vd.

bir tasarruf işlemi olması nedeniyle soyut bir işlem ve dolayısıyla **işlemin** hukuki sebebinden tamamen bağımsız olduğu kabul edilmektedir⁵³. Bu görüşe göre, dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir hukuki işlem olduğu sonucuna nadirdeğerlendirmelerle ulaşmak mümkündür. İlk olarak dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir hukuki işlem olduğu kanunda yer alan açık düzenlemelerden anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesinin soyutluğu kaynağını doğrudan doğruya kanundan almaktadır. Gerçekten de BGB § 417/II'ye göre, borcu üstlenen üçüncü kişi, borçlu ile yapmış olduğu borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez (TBK. m. 199/III). Bu durum, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki sebebi olarak kabul edilebilen iç üstlenme sözleşmesinden tamamen bağımsız ve dolayısıyla da soyut bir hukuki işlem olduğunu göstermektedir. Dış üstlenilme sözleşmesi, konusunu oluşturan borcun doğumunu sağlayan borç ilişkisinin bir unsuru olmaktan çıkmış, ondan soyutlanmış ve tamamen bağımsız bir nitelik kazanmıştır⁵⁴. Bu nedenle, dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan borcun doğumuna neden olan temel borç ilişkisi geçersiz olsa bile borcu üstlenen bu geçersizliği ileri süremez ve alacaklı ile yapmış olduğu dış üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa ile yükümlüdür.

Öte yandan BGB § 417/II' de üçüncü kişinin dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan borcun doğumuna neden olan temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmaları ileri süremeyeceği kanunda düzenlenmemiş olsaydı bile, bu sözleşmenin soyut bir işlem olduğu sonucuna BGB'nin kabul ettiği soyutluk ilkesi gereğince yine ulaşılabilirdi. Gerçekten de, BGB genel olarak tasarruf işlemlerinin soyutluğu ilkesini benimsemiştir. Dış üstlenme sözleşmesi de hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemi olduğu kabul edildiğine göre, artık bunun soyut işlem olmadığının ileri sürülmesi de mümkün değildir⁵⁵.

⁵³ Brox/Walker, N. 15, s. 381; Eckert, N. 1080, s. 315; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Erman, § 414, N. 1, s. 1730; Jousen, N. 1306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 817, s. 371; Krüger, § 414, N. 2, s. 2574 ve ayrıca § 417, N. 1, s. 2583; Prütting/Wegen/Weinreich, § 417, N. 4, s. 685; Heckelmann, s. 64 vd.; Friederich, s. 38; Wendt, s. 63; Paulsen, s. 49 vd.; Schmidt, s. 68-60; Westermann, s. 1725-1726; Musielak, s. 515 vd.

³⁵⁻¹ Bkz., Schönrock, § 53-54, s. 30 vd.; Wendt, s. 64; Paulsen, s. 49 vd.; Heckelmann, s. 64 vd.; Meier, s. 5 vd.; Brox/Walker, N. 15, s. 381; Eckert, N. 1080, s. 315; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Erman, § 414, N. 1, s. 1730; Jousen, N. 1306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 817, s. 371; Krüger, § 414, N. 2, s. 2574 ve ayrıca § 417, N. 1, s. 2583; Heckelmann, s. 64 vd.; Friederich, s. 38; Prütting/Wegen/Weinreich, § 417, N. 4, s. 685.

³⁵⁵ Heckelmann, s. 64 vd.; Paulsen, s. 49 vd.; Brox/Walker, N. 15, s. 381; Eckert, N. 1080, s. 315; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Erman, § 414, N. 1, s. 1730; Jousen, N. 1306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 817, s. 371; Krüger, § 414, N. 2, s. 2574 ve

E. Dış Üstlenme sözleşmesinin bağımsız bir sözleşme olması

Dış üstlenme sözleşmesi esas itibarıyla iç üstlenme sözleşmesinden³⁵⁶ ayrı ve kendine özgü hüküm ve sonuçları olan ayrı bir sözleşme³⁵⁷dir. Ancak borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesi ile borçlu³⁵⁸ olduğu taahhüt ettiği borç nedeniyle sorumluluk al³⁵⁹ı³⁶⁰na girdi³⁶¹ düşün³⁶²ul³⁶³ecek olursa ilk bakışta bu borcun, dış üstlenme sözleşmesinin³⁶⁴ hukuki sebebi³⁶⁵ni oluşturduğu izlenimi yaratabilir. Bu bakımdan dış üstlenme sözleş³⁶⁶mesini de³⁶⁷ dış borcun hukuki varlığına bağlı ve bu nedenle de sebebe³⁶⁸ bağlı bir³⁶⁹ işlem olarak kabul etmek gerekebilir. Ancak dış üstlenme sözleş³⁷⁰mesinin s³⁷¹ebebe bağlı olduğunu bu şekilde kesin olarak sonuca b³⁷²il³⁷³amanın da isabetli oldu³⁷⁴ğu söylenemez. Çünkü dış üstlenme sözleş³⁷⁵mesinin soyut veya sebebe³⁷⁶ bağlı olup olmaması, iç üstlenme sözleşmesinin³⁷⁷ t³⁷⁸ay³⁷⁹ı³⁸⁰ sebebe³⁸¹ bağlı³⁸² olup olmamasına göre de değişebilir. Aslında³⁸³ bu g³⁸⁴erçek borcun üstlen³⁸⁵il³⁸⁶mesinin hukuki n³⁸⁷iteliğini açıklayan teorilerden olan *elid<: gertasar: uf*³⁸⁸ : *porisi_ne* de uygundur³⁸⁹. Buna göre borcun dış üstlenilmesi sözleş³⁹⁰mesi ile üstlenilen sorumluluğun borçluyu borçtan kurtardığı oranda sebebe³⁹¹bağlı; dış üstlen³⁹²me sözleşmesinin kurulmasının üçüncü kişiyi borçlu veya alacaklı³⁹³ karşı bir borç altına sokup sokmamasından bağımsız olarak gerçekleştiği oranda da soyut bir işlem olarak kabul edilmesi a³⁹⁴er³⁹⁵kir³⁹⁶. Ayrıca, borcun dış üstlenilmesi sözleş³⁹⁷mesi borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından fa³⁹⁸ık³⁹⁹ı⁴⁰⁰ ma⁴⁰¹çlar⁴⁰²la⁴⁰³ gerçekleştirilmiş olabilir. Örneğin borcu üstlenen üçüncü k⁴⁰⁴ış⁴⁰⁵ının borcu ifaya hazır olduğunu varsayalım. Burada üstlenenin hareket sa⁴⁰⁶ık⁴⁰⁷ı borçluya yönelmiş bağışlama olabilir. Bu durumda üstlenen ile borçlu arasında bu amaca hizmet eden bir iç üstlenme sözleşmesine gerek olmayabilir. Buna karşılık borcun dış üstlenilmesi ifa amacıyla da yapılabilir. Gerçek⁴⁰⁸ten de, borcu üstlenen üçüncü kişi bununla borçluya karşı olan bir borcunu ifa⁴⁰⁹ et⁴¹⁰mek istiyorsa, alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmadan önce borçlu ile ona karşı olan borcu için alacaklıya karşı borçtan kurtulmayı ifa kabul ettiğ⁴¹¹ine dair bir iç üstlenme sözleşmesi yapması gerekir⁴¹². Eğer üstlenen, böyle bir iç üstlenme sözleşmesi yapmaksızın borçlunun borcunu üstlenirse, borç⁴¹³lu, alacaklıya karşı olan borcundan ku⁴¹⁴l⁴¹⁵ulur ama borcu üstlenen üçüncü kişi

a)rica § 417, N. 1, s. 2583; **Priitling/Wegen/Weinreich**, § 417, N. 4, s. 685; **Friedrich**, s. 38; **Wendt**, s. 63.

³⁵⁶ **Schwenzer**, s. 561; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 175, N. 8, s. 849; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **Berger**, s. 808; **Becker**, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 598 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 276 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1017; von **Tuhr/Escher**, s. 382; **Eren**, s. 1247 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 791.

³⁵⁷ Bkz., **Soergel**, N. 2, s. 475; **Meier**, s. 31-32; **Friedrich**, s. 32; von **Thur/Escher**, s. 389; **Heckelmann**, s.31; **Wendt**, s. 30 vd.; **Priitling/Wegen/Weinreich**, § 417, N. 4, s. 685.

³⁵⁸ **Meier**, s. 6-7; **Soergel**, N. 2, s. 475; **Friedrich**, s. 32; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 417, N. 4, s. 685; von **Thur/Escher**, s. 389; **Heckelmann**, s. 31; **Wendt**, s. 30 vd.

³⁵⁹ Bkz., **Meier**, s. 7.

borçluya karşı olan borcundan kurtulmaz. Bu durumda Üstlenilen sadece borçunun sebepsiz zenginleşmesinden dolayı bir hak ileri sürebilir. Bu nedenle borcun iç üstlenilmesi, borcun dış Üstlenilmesi için sebebe bağlı işlem olarak onun meydana gelmesinde etkili olmaz³⁶⁰. Ancak üstlenen, borcun iç üstlenilmesi hiç meydana gelmemiş ya da sonradan hükümsüz olmuş olsa bile alacaklıdan sebepsiz zenginleşmeden dolayı üstlenilen borçtan kurtulmayı talep edebilir. İşte tüm bu nedenlerle, borcun dış üstlenilmesi, özellikle iç üstlenme sözleşmesinden tamamen ayrı ve bağımsız bir sözleşme olduğu sonucuna varılmaktadır.

§11. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

L Genel Olarak

Dış üstlenme sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle sözleşmelerin kurulmasına ilişkin genel esaslara tabi bir sözleşmedir³⁶¹. Her şeyden önce gerek borcu üstlenen üçüncü kişinin gerekse alacaklının dış üstlenme sözleşmesi için fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Ayrıca her sözleşme gibi bu sözleşmenin de kurulabilmesi için TBK. m. 1 gereğince, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun öneri ve kabullerini içeren irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Ancak kanun koyucu TBK. m. 196 vd. maddelerinde, sözleşmelerin kurulması için aranan öneri ve kabule ilişkin genel esaslardan ayrılıp, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi için bazı özel hükümlere yer vermiştir. Bu hükümlerin ilki öneride bulunan kişiyle ilgilidir. Gerçekten de bir sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli önerinin sözleşmenin taraflarınca açıklanması gerekirken, dış üstlenme sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli olan önerinin sözleşme dışında kalan borçlu tarafından da açıklanabileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, öneride bulunan kişinin önerisi ile bağlılık süresi ve kabul edecek muhatabın kabul süresi ile ilgili olarak da genel hükümlerden ayrılan bazı özel hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, TBK. m. 3 vd'nda öneride bulunanın bu önerisiyle bağlılık süresi bakımından getirilen düzenlemelerden ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı şekilde, birden fazla öneride bulunanın söz konusu olduğu durumlarda, muhatabın sahip olduğu, öneriler-

³⁶⁰ Brox/Walker, N. 15, s. 381; Eckert, N. 1080, s. 315; Honsell, Art. 176, N. 7, s. 683; Erman, § 414, N. 1, s. 1730; Jousen, N. 1306; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, N. 817, s. 371; Krüger, § 414, N. 2, s. 2574 ve ayrıca § 417, N. 1, s. 2583; Heckelmann, s. 64 vd.; Friederich, s. 38; Wendt, s. 63; Prütting/Wegen/Weinreich, § 417, N. 4, s. 685; Paulsen, s. 49 vd.

³⁶¹ Meier, s. 17 vd.; Eren, s. 1248; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276; Schwenzer, s. 562; Berger, s. 803 vd.; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 176, N. 3, s. 395; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 5, s. 852; Oser/Schönenberger, s. 1019; von Tuhr/Escher, s. 384; Becker, Art. 176, N. 4, s. 820; Keller/Schöbi, s. 77; Schwenzer, s. 562; Honsell, Art. 176, N. 4, s. 682;

den dilediğini seçme yetkisi TBK. m. 196 ile kaldırılmıştır. Nihayet, öneride bulunanın öneriyle bağlılık süresini belirleme yetkisi aynı zamanda borçluya da verilmiştir. Başka bir ifade ile borçlu da alacaklıya kabul için belirli bir üre tayin edebilmektedir.

il. Öneri

A. Genel olarak öneri

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulabilmesi için her şeyden önce bu sözleşmeyi kurmaya yönelik bir nevi teklif anlamına gelen bir öneriye ihtiyaç vardır³⁶². Önerinin TBK. m. 196 gereğince kural olarak borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılması gerekir. Ancak bu kural mutlak bir kural değildir. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin alacaklı tarafından veya kanuni şartların gerçekleşmesi halinde borçlu tarafından açıklanması da mümkündür³⁶³. Önerinin alacaklı tarafından yapılması alacaklının borçluya bir bağışta bulunmak istemesi gibi çok istisnai durumların varlığı halinde gerçekleşir. Alacaklı tarafından borcu üstlenene yöneltilen öneriyi içeren irade beyanı açıkça ileri sürülebileceği gibi, genel hukuk esaslarına ve hayatın olağan akışına göre öneri sonucunu doğurmaya yönelik davranışlardan anlaşılacak şekilde örtülü olarak da ileri sürebilir³⁶⁴.

Borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılan öneri, içerik itibarıyla açık olmalı, yani üstlenen kişinin borçlunun borcunu devralma iradesinin varlığı anlaşılmalıdır. Özellikle borçlunun yanında kendisinin de borçtan sorumluluğu sonucunu doğuran borca katılmaya yönelik irade açıklamasından ayırt edilecek içerikte yapılması gerekir³⁶⁵. Aksi takdirde bu öneri, borcun dış üstlenilmesi değil, borca katılma sonucunu doğurmaya yönelik bir öneri olarak kabul edilebilir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin asıl borçlunun yerine geçerek onu borcundan kurtanna arzusuna sahip olması gerekir. Borcu üst-

³⁶² Keller/Schöbi, s. 78; Becker, Art. 176, N. 4, s. 820; von Tuhr/Escher, s. 384; Oser/Schönenberger, s. 1021; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 8, s. 853; Berger, s. 803 vd.; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 176, N. 3, s. 395;

³⁶³ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 7, s. 853; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276; Becker, Art. 176, N. 4, s. 820; Oser/Schönenberger, s. 1021; von Tuhr/Escher, s. 384; Honsell, Art. 176, N. 6, s. 683; Berger, s. 804;

³⁶⁴ Meier, s. 17; Eren, s. 1249; von Tuhr/Escher, s. 384-385; Oser/Schönenberger, s. 1021; Becker, Aİl. 176, N. 5, s. 820; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Honsell/Vogt/Wiegand, Aİl. 176, N. 8, s. 853.

³⁶⁵ von Tuhr/Escher, s. 384; Meier, s. 18; Bu nedenle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin "ortadan kaldırıcı" bir etkiye mi yoksa "kümi'latif" bir etkiye mi sahip olduğunun tespit edilemediği durumlarda, bunun taraf iradelerinin yorumlanması ile tespit edilmesi gerekir. Bkz., Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 176, N. 2, s. 394; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276.

lenen üçüncü kişinin önerisinden borçtan kurtanna iradesi açıkça anlaşılmıyorsa, üçüncü kişinin bu konuda şüpheli olduğu sonucu ortaya çıkar.

B. Borcu üstlenen Üçüncü Kişi tarafından yapılan öneri

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında akdedileceği için önerinin kural olarak borcu üstlenen üçüncü kişi veya duruma göre alacaklı tarafından yapılması gerekir. Borcun dış üstlenilmesinin hukuki niteliğini açıklayan bir kısım teorilerde borçlunun da öneride bulunma hakkının varlığı kabul edilmiş olsa da, borçlunun kural olarak öneride bulunma hakkı yoktur³⁶⁶. Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1905 yılı tasarısında, önerinin hem borcu üstlenen üçüncü kişi hem de borçlu tarafından müşterek olarak yapılması gerektiği düzenlenmişti³⁶⁷. Ancak kamın koyucu borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulabilmesi için borçlu tarafından doğrudan doğruya öneride bulunulmasını benimsemediğinden borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi borçlunun iradesine aykırı olarak da kurulabilmektedir³⁶⁸. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması için öneride bulunacak kişinin borcu üstlenen üçüncü kişi olduğu borç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması saikinden de kolayca anlaşılabilir. Çünkü üstlenen, alacaklıya derhal ifada bulunmak suretiyle tatmin etmek istemiyorsa bunu alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmak suretiyle gerçekleştirebilir³⁶⁹. Bu durumda söz konusu sözleşmenin kurulması önerisi de doğal olarak borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılmalıdır.

³⁶⁶ Buna karşılık, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki niteliğinin açıklanmasında ileri sürülen teorilerden olan öneri teorisi içerisinde yer alan "kollektif öneri teorisi", öneride bulunma yetkisinin hem borcu üstlenen üçüncü kişi, hem de borçluya ait olduğunu savunmaktadır. Hatta aynı teori içerisinde öneride bulunma yetkisinin sadece borçluya ait olduğunu ifade eden görüşler de ileri sürülmüştür. Bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1021; **Meier**, s. 14-15; **Albert**, s. 5 vd.; **Wendt**, s. 23 vd.; **Heckelmann**, s. 8.

³⁶⁷ Bkz., BBI. J905 II, J. Tasarının 1205. maddesinde; "Borç üstlenilmesi sözleşmesinden başka bir mana anlaşılmadıkça, alacaklı, borçlu ve üstlenenin müşterek teklifleri üzerine üstleneni şimdiye kadarki borçlunun yerine kendi borçlusu olarak kabul edebilir" hükme yer almaktaydı.

³⁶⁸ **Honsell**, Art. 176, N. 4, s. 682; **Schwenzer**, s. 562. Hatta borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında borcun iç üstlenme sözleşmesinin kurulması şart değildir. Bu nedenle borçlunun alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında kurulan dış üstlenme sözleşmesini reddedemeyeceği, bunu geri çeviremeyeceği kabul edilmelidir. Geniş bilgi için bkz., **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 275; **Hasler**, s. 77 vd.

³⁶⁹ **Meier**, s. 18; Ayrıca bkz., **Honsell/Nogt/Wiegand**, Art. 175, N. 6, s. 849; **Becker**, Art. 175, N. 10, s. 816; **Schwenzer**, s. 561; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 5, s. 393; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274; **von Tuhr/Escher**, s. 382; **Oser/Schönenberger**, s. 1017;

Borcu üstlenen ilçilnil kişi tarafından yapılacak öneri açık veya örtül, olabilir-⁷⁰. Borcu üstlenen tarafından gerçekleştirilen fii I ve davranışların örtülü bir öneri olarak kabul edilmesi durum ve koşullardan bu fiil ve davranışlardan üstlenen kişinin borçlunun yerine geçerek borcu üstlenmek istediğinin anlaşılması gerekir. Buna karşılık, öneri aracı olarak kullanılan söz, yazı veya iradeyi gösteren davranışlardan, herhangi bir tereddüde kapılmak, sıızın iradenin anlamının çıkarılabildiği hallerde ise açık öneri vardır. Burada doğrudan doğruya beyan araçlarından, beyanın anlamı ve muhtevası çıkarılabilmekte, ayrıca beyanın ne anlama geldiğini anlamak için durum ve şartlara bakılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

Borcu üstlenen kişinin borçlunun borcunu, borçluyu borçtan kurtarmak üzere kendisinin ifa edeceğini alacaklıya taahhüt etmesi açık öneridir. Buna karşılık, genel hukuk esaslarına ve hayatın olağan akışına göre öneri sonucunu doğurmaya yönelik davranışlardan da kişinin öneride bulunduğu anlaşılabilir, eğerki örtülü öneri söz konusudur. Ancak örtülü öneri konusunda genel bir kural koymak mümkün değildir. Her bir olayı somut özelliklerine göre değerlendirmek gerekirse de, esas itibarıyla alacaklının borcu üstlenen üçüncü kişiyi artık kendisi için tek borçlu olarak gördüğünü şüpheyi yer bırakmadan belirttiği her fiil veya davranışta öneri iradesinin varlığını kabul etmek gerekir³⁷¹. Bu nedenle özellikle örtülü öneri değişik şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin üstlenilen borcun bir mühendislik ücreti olması halinde bu borcu içeren keşif özetinin alacaklıya sunulması halinde örtülü önerinin varlığı kabul edilmektedir³⁷². Buna karşılık borcu üstlenen üçüncü kişinin borçlunun taksitlerini veya borcunun faizlerini ödemesi ise öneri olarak kabul edilmektedir³⁷³. Çünkü böyle bir ödeme, borcun dış üstlenilmesi değil, ifanın üstlenilmesi veya borcun üçüncü kişi tarafından ifası olabilir. Bu nedenle, üstlenen kişinin, borçlunun taksitlerini veya borcunun faizlerini ödemesinin borçlu yerine geçme iradesi şeklinde yorumlanmayacağı kabul edilmektedir.³⁷⁴ Buna karşılık doktrinde *Heckelmann* tarafından, borcun dış üstlenil-

³⁷⁰ **Meier**, s. 17; **Eren**, s. 1249; **von Tuhr/Escher**, s. 384-385; **Oser/Schönenberger**, s. 1021; **Becker**, Art. 176, N. 5, s. 820; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 276-277; **Honsell/Nogt/Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853.

³⁷¹ Bkz., **Schönrock**, § 24, s. 16; **von Tuhr/Escher**, s. 385; **Berger**, s. 804.

³⁷² **Becker**, Art. 176, N. 5, s. 820;

³⁷³ **Honsell**, Art. 76, N. 6, s. 683; **Meier**, s. 19; **Deppeler**, s. 45-46; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 5, s. 393; BGE 46 il 66; **Becker**, Art. 176, N. 5, s. 820; **Schönrock**, § 24, s. 16; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853.

³⁷⁴ **Schönrock**, § 24, s. 16; **Becker**, Art. 176, N. 5, s. 820; **Meier**, s. 27; Buna karşılık, alacaklının çekincesiz olarak borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılan taksit veya faiz ödemesini kabul etmesi halinde ise, dış üstlenme sözleşmesinin kabulüne ilişkin bir karinenin kabul edilebileceği savunulmaktadır. Bkz., **Honsell**, Art. 76, N. 6, s. 683; **Deppeler**, s. 45-46; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 5, s. 393; BGE 46 il 66.

mesinin tamamen ekonomik bir işlem olması nedeniyle üstlenen tarafından yapılan bir taksit ödemesinin sözleşmesinin kurulması için yeterli olacağı, başka bir ifade ile bunun bir öneri olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır;^{1s}.

Kanuna göre borcu üstlenen üçüncü kişinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak öneride bulunmasını sağlayan iki yol vardır. Bunlardan ilki, borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklıya kendisini önceki borçlunun borcunu üstlenme iradesini açıklamasıdır (TBK. m. 196/1). Bu iradenin açıklanması dışındaki diğer davranışlar ise örtülü öneri olarak yorumlanmadıkça kural olarak dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamaya yönelik öneri olarak kabul edilemez.

Borcu üstlenen üçüncü kişinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamak üzere gerekli öneri için öngörülen ikinci yol ise, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin TBK. m. 196/11 gereğince alacaklıya bildirilmesidir³⁷⁶. Aslında bu durum kanun koyunun borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında kalan ve iç ilişki niteliğindeki iç üstlenme sözleşmesinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamak üzere alacaklıya bildirilmesi gereken bir iradeyi de içerdiği karinesine dayanmaktadır³⁷⁷. Bu karinenin çürütülmesi ise, böyle bir iradenin alacaklıya açıklanmak üzere mevcut olmadığının veya borcu üstlenen üçüncü kişinin başka bir amaçla iç üstlenme sözleşmesini yaptığının ispatı ile mümkün olur. Bunun ispatı için özel bir ispat şekline de gerek yoktur. Borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından bu karine çürütülecek olursa, alacaklı tarafından bu öneri kabul edilmiş olsa bile sözleşme kurulmuş olmaz.

Borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak bir öneri olarak kabul edilmesi tarihsel nedenlere BGB § 415'de yer alan hükme dayanmaktadır³⁷⁸. Gerçekten de anılan maddede, üçüncü kişi ile borçlu ara-

³⁷⁵ Bkz., **Heckelmann**, s. 43.

³⁷⁶ TBK. m. 196/11, "İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir" hükmünü içermeyi... "tedir. OR Art. 176/II; "Üstlenenin önerisi, onun veya onun vekaleti ile önceki borçlunun borcun üstlenilmesini alacaklıya ihbar etmesi ile gerçekleşir". ZGB § 415/1 ise; "Borç nakli, üçüncü kişi ile borçlu arasında birli,.."te kararlaştırılırsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlı olur. Onaylama, ancak borçlu veya üçüncü kişinin alacaklıya borcu üstlenmesi konusunda bildirim yaparsa gerçekleşebilir. Onaylanana kadar taraflar sözleşmeyi değiştirebilirler veya feshedebilirler" hükmünü içermektedir.

³⁷⁷ Bu görüş için bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1022;

³⁷⁸ Bkz., **Kornder**, s. 16 vd.; **Schönrock**, § 15, s. 12; **Paulsen**, s. 27 vd.; **Heckelmann**, s. 24 vd.; **Meier**, s. 3 vd.; **Wendt**, s. 52 vd.; **Soergel**, § 414-415, N. 1 vd., s. 479-480; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, s. 368-369, N. 810; **Köhler/Lorenz**, s. 321-322; **Brox/Walker**, N. 9-10, s. 378 vd.;

sında kararlaştırılan borcun üstlenilmesinin geçerliliği alacaklının onayına bırakılmış ve bu onayın da borçlu veya üçüncü şahıs tarafından yapılacak bildirimden sonra gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede yer alan "*borcun üstlenilmesinin onay için alacaklıya sunulması*" düzenlemesinden hareketle, İsviçre Hukukunda da borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlene sözleşmesini alacaklıya bildirmesi bir öneri olarak kabul edilmiştir. **Ancak** buradaki bildirimin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilecek öneri olarak kabul edilebilmesi için "*dış üstlenme sözleşmesini kurma/*" amacıyla yapılması gerekir³⁷⁹.

Borcun üstleneni üçüncü kişinin, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin dışında başka bir amaçla bildirimde bulunması halinde bunun öneri olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin bu bildirim sadece ifanın üstlenilmesinin bildirilmesi veya üçüncü kişi tarafından yapılacak ifaya ilişkin bir bildirim olabilir. Bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesini mutlak şekilde bir öneri olarak değil ama "kural olarak öneri" saymak, başka bir ifade ile "aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri" saymak daha isabetli olacaktır³⁸⁰. Bu durumda ise üstlenen üçüncü kişi alacaklıya yönelttiği bu bildirimin öneri olmadığını ispatlama hakkına sahiptir. Buna karşılık doktrinde *von Tuhr/Escher* tarafından bu düşüncenin aksi savunulmaktadır³⁸¹. Gerçekten de anılan yazarlara göre, TBK. m. 196 gereğince alacaklı ile bir anlaşma olmaksızın borcun üstlenilmesi mümkün olamaz. Bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılan bildirimin içeriği ancak ve ancak borcu üstlenen üçüncü kişi ile borçlu arasındaki görüşmeler (müzakereler) olabilir. Borcu üstlenen üçüncü kişi bu görüşmeler sonucunda borçluya borcu üstlenme sözü vermiştir (TBK. m. 195). Bu durum gelecekte borcu yüklenecek olan üçüncü kişi tarafından alacaklıya bildirilmişse artık bunun borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bir müracaat, yani bir öneri olarak kabul edilmek gerekir. TBK. m. 196'da düzenlenmiş bulunan bildirimin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak öneriden başka bir anlam taşımamaktadır. Hatta bu bildirim doğru olmasa veya iç üstlenme sözleşmesi geçerli olmasa dahi bunun öneri olarak geçerliliğini kabul etmek gerekir. Çünkü alacaklı TBK. m. 196/II'ye dayanarak bu bildirimi bir öneri olarak görüp bunun doğru olup olmadığını incelemeksizin kabul edebilir³⁸². Dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak öneri bizzat borcu

³⁷⁹ Honsell, Art. 76, N. 6, s. 683; Albert, s. 18; von Tuhr/Escher, s. 384; Meier, s. 18 vd.;

³⁸⁰ Bkz., Meier, s. 19; Honsell, Art. 76, N. 6, s. 683; Albert, s. 18; HonsellNogt/Wiegand, Art. 176, N. 8, s. 853; von Tuhr/Escher, s. 385;

³⁸¹ von Tuhr/Escher, s. 385.

³⁸² von Tuhr/Escher, s. 385.

üstlenen üçüncü kişi tarafından yapabileceği gibi, üstlenen **kişinin vermiş** olduğu temsil yetkisine dayanarak temsilcisi aracılığı ile de yapılabilir¹⁸³.

C. Borçlu tarafından yapılan öneri

Kanun koyucu sadece borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından değil, aynı zamanda borçlu tarafından da iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesini öneri olarak kabul etmiştir. O halde, borçlu tarafından dış üstlenme sözleşmesinin kurulması için öneride bulunması, alacaklıya karşı bir irade açıklamasında bulunması ile değil sadece iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi suretiyle mümkündür. Borçlu tarafından yapılacak bu bildirimin hukuki niteliği Alman Medeni Kanunu'nun aksine, Türk/İsviçre kanun koyucusu tarafından açıkça düzenlendiği için konuya ilişkin tartışmaların önü de kapanmıştır. Gerçekten de, BGB § 415'de, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinin onaylanmak üzere borçlu tarafından da alacaklıya bildirilebileceği düzenlenmiş ama bu bildirimin hangi sıfatla yapılacağına ilişkin hükme yer verilmemiştir³⁸⁴. Oysa TBK: m. 196' da (OR. Art. 176) iç üstlenme sözleşmesinin borçlu tarafından ancak "*borcu üstlenen üçüncü kişinin izni ile*" alacaklıya bildirilmesi halinde dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına geleceği düzenlenmiştir. Bu nedenle iç üstlenme sözleşmesinin borçlu tarafından alacaklıya her bildiriminde değil, sadece borcu üstlenenin izniyle bildirilmesi halinde bu bildirim öneri olarak kabul edilmektedir³⁸⁵.

Borcu üstlenen üçüncü kişinin izniyle iç üstlenme sözleşmesinin borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, borçlunun borcu üstlenen üçüncü kişinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği anlamına gelir³⁸⁶. Temsile ilişkin genel hükümler gereğince üçüncü kişi, borçluya vermiş olduğu temsil yetkisini her zaman geri alabilir. Borçlu tarafından üstlenenin izniyle yapılan bildirimin mutlak anlamda dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayan bir öneri

³⁸³ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 22 Mart 1905 tarihli metninde borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin alacaklı) a bildirilmesinin, dış üstlenme sözleşmesinin kurulması için bir öneri sayılacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemişti.

³⁸⁴ Gerçekten de BGB § 415'de; "Borç nakli, üçüncü kişi ile borçlu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Onay, ancak borçlu veya üçüncü şahıs tarafından alacaklıya yapılacak borç nakli bildirisinden sonra gerçekleşebilir" hükmü yer alırken TBK. m. 196'da; "İç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen veya onun izni ile borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına ilişkin öneri anlamına gelir" hükmüne yer verilmiştir. Böylece Türk Hukuku bakımından borçlu tarafından iç üstlenme sözleşmesinin öneri niteliğinde alacaklıya bildirilmesi, ancak üstlenenin vereceği izinle gerçekleşeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

³⁸⁵ **Berger**, s. 804; **Schwenzer**, s. 562; **von Tuhr/Escher**, s. 385; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 4, s. 395;

³⁸⁶ **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853; **Berger**, s. 804; **Schwenzer**, s. 562; **von Tuhr/Escher**, s. 385; Bkz., BGE 46 il 242; BGE 75 il 303;

·o) ılıp nyılmması gerektiği ise tartışmalıdır. Alman hukukunda bazı yazarlar borçlunun iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmesi ile borcun dış üstlenilmesinin gerçekleşeceği ve bunun için ayrıca üstlenenin izninin dahi aranmayacağını savunmaktadır³⁸⁷. Böyle bir durumda borcu üstlenen üçüncü kişi kendisini kayıtsız şartsız olarak borçluya teslim etmek zorundadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, üçüncü kişi borcun iç üstlenilmesi sözleşmesini yapmakla aslında kendisinin borçlu tarafından alacaklının borçlusu yapılabileceğini de kabul etmiş durumdadır. Başka bir ifade ile borcu üstlenen üçüncü kişi borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapmakla tamamen kaçınılmaz bir şekilde kendisini borçlunun keyfine terk etmiştir. Ancak tarafların, borçlunun borcun iç üstlenme sözleşmesinden doğan edimini borcu üstlenen üçüncü kişiye ifa etmedikçe, iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi koşuluyla kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda ise borcun üstlenilmesi koşullu bir hukuki işlem niteliğini kazanır. *Kanımızca*, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılmış olması borcu üstlenen üçüncü kişinin kendisini borçlunun keyfine terk etmiş olması sonucunu doğurmaz. Çünkü iç üstlenme sözleşmesi ile üçüncü kişi, borçluyu borcundan kurtarma konusunda bir vaatte bulunmaktadır. Bunu da büyük ihtimalle bir iavaz karşılığında gerçekleştireceği için dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasında üçüncü kişinin de bir menfaati vardır. Üçüncü kişinin bu menfaati tatmin edilmedikçe borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin de kurulamaması gerekir. Aksi takdirde, iç üstlenme sözleşmesinin yapılması doğrudan doğruya borçlunun borçtan kurtulması anlamına gelir ki, böyle bir sonucun kabul edilmesi de mümkün değildir³⁸⁸.

TBK. m. 196/11'de, üstlenenin izni ile yapılacak bildirimden bahsetmiş, bu iznin hukuki niteliği konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Kanunda açıkça düzenlenmemesine rağmen doktrinde, üstlenen tarafından verilen izin

³⁸⁷ Schönrock, § 61, s. 33; Paulsen, s. 29 vd.; Kornder, s. 37 vd.; Wendt, s. 44 vd.; Heckelmann, s. 37-38; Arz teorisi alacaklıya yönelik onay talebini sözleşme için bir öneri ve alacaklı tarafından bunun onaylanmasını da bu önerinin kabulü olarak görmektedir. Çünkü bu teori bir borçlu değişiliğinin sadece alacaklı ve üstlenen arasındaki bir sözleşme ile gerçekleşebileceği düşüncesindedirler. Buna karşılık üstlenen değil de borçlu tarafından alacaklıya sonradan bir bildirimde bulunulursa bunun da dış üstlenme sözleşmesinin kurulması için bir öneri olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü bu teoriye göre borçlu, üstlenenin yerine alacaklıya öneri sunmak için kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Yani borçlu böyle bir öneride bulunma yetkisini borcu üstlenen üçüncü kişiden değil doğrudan doğruya kanundan almaktadır. Bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişinin bu bildirim için haberdar olup olmamasının bir önemi yoktur. Bkz., Albert, s. 5 vd.

³⁸⁸ Bkz., Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 274 vd.; Schwenger, s. 561; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 175, N. 8, s. 849; Keller/Schöbi, s. 75-76; Berger, s. 808; Oser/Schönenberger, s. 1017; Becker, Art. 175, N. 10-11, s. 816-817; von Tuhr/ Escher, s. 382.

borçluya temsil yetkisi verilmesi olarak kabul edilmektedir (TBK..m. 40f¹⁹. Borçlunun, üstlenenin kendisine böyle bir temsil yetkisi venneksizin iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesi halinde bunun bir yetkisiz temsil mi yoksa öneri sayılmaması mı gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Doktrinde *Honsell/Vogt/Wiegand* tarafından borçlunun üstlenen üçüncü kişi tarafından yetkilendirilmediği durumlarda alacaklı tarafından kabul edilebilecek bir önerinin de mevcut olamayacağı savunulmaktadır³⁹⁰. *Berger* ise benzer şekilde, borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından söz konusu yetkinin en geç borçlu tarafından alacaklıya bildirimin yapıldığı sırada verilmiş olmasının zorunluluğunu ifade edip üstü kapalı olarak yetki verilmediği hallerde önerinin mevcut olmayacağını kabul etmektedir³⁹¹. *von Tuhr/Escher*, BGB § 415'deki düzenlemeden hareketle borçluya borcu üstlenen tarafından böyle bir yetki verilmemiş olsa bile borçlunun iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmek suretiyle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasını sağlayabileceğini kabul etmektedir³⁹². Alman hukukunda borcun üstlenilmesini izah eden teorilerden olan temsil teorisinde de zaten borçlunun bir nevi yetkisiz temsilci olduğu düşüncesi kabul edildiğinden, borçlunun üstlenenden yetki alıp almaması önemli bir sorun olarak görülmemektedir³⁹³.

Kanımızca, TBK. m. 196/II'de düzenlenen izin kavramına özel bir anlam yüklemenin hukuken hiçbir gerekçesi yoktur. Kanun koyucu da buradaki izin kavramı ile esas itibariyle borcu üstlenen tarafından borçluya, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamaya yönelik bir yetki vermesi halinde iç üstlenme sözleşmesinin bildirilmesini öneri olarak kabul etmiştir. Bu nedenle her halükarda, borçlu tarafından dış üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesinin öneri olarak kabul edilebilmesi borçlunun vereceği yetkiye dayanmaktadır. Bu nedenle borçlunun böyle bir yetkisi olmaksızın iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmesi halinde, bunu geçersiz bir öneri saymak menfaatler dengesine aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle borçlunun, borcu üstlenen kişinin izni olmaksızın iç üstlenme sözleşmesini alacaklıya bildirmesi halinde yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması daha isabetli olur. Kanun koyucu izin ifadesini kullanmakla borçlunun dış üstlenme sözleşmesini mutlaka kurmak iradesine sahip olduğunun varsayı-

³⁸⁹ *Honsell/Vogt/Wiegand*, Art. 176, N. 8, s. 853; *Berger*, s. 804; *Schweizer*, s. 62; *von Tuhr/Escher*, s. 385; Bkz., BGE 46 il 242; BGE 75 il 303; *Kornder*, s. 39, 42; *Albert*, s. 5 vd.; *Meier*, s. 25 vd.; *Wendt*, s. 29 vd.; *Heckelmann*, s. 23 vd.; Bunun kanundan doğan bir temsil yetkisi olduğu konusunda bkz. *Albert*, s. 5 vd.

³⁹⁰ Bu görüş için bkz., *Honsell/Vogt/Wiegand*, Art. 176, N. 8, s. 853; BGE 46 il 66; Aynı yönde bkz., *Meier*, s. 19 vd.

³⁹¹ Bkz., *Berger*, s. 804.

³⁹² Bkz., *von Tuhr/Escher*, s. 385.

³⁹³ Geniş bilgi için bkz., *Heckelmann*, s. 23 vd.; *Paulsen*, s. 28; *Meier*, s. 15 vd.; *Wendt*, s. 28 vd.

ması gerektiğini kabul etmek gerekir. Yani üstlenen UçUncU **kişinin** bilgili olmaksızın dış üstlenme sözleşmesinin kurulması zaten mümkün olmadığını, bu konuda yetkisiz temsile ilişkin hükümlerin uygulanması daha **isabctti** olacaktır.

D. Önerinin bağlayıcılığı sorunu

1. Öneri ile bağlılık süresi

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kural olarak genel hükümlere tabi olmakla birlikte, kanun koyucu özellikle önerinin bağlayıcılığı bakımından genel $\text{?}^{\text{rd}}\text{e}$ ayrılan bazı esaslar kabul etmiştir. TBK. m. 3'e göre, kabul için $\text{?}^{\text{rd}}\text{e}$ belirleyerek bir sözleşme yapılmasını öneren kişi bu sürenin sona ermesine kadar önerisiyle bağlıdır. Buna karşılık öneride bulunan $\text{?}^{\text{rd}}\text{e}$ kişilerin $\text{?}^{\text{rd}}\text{e}$ için herhangi bir süre belirlememiş ise bu durumda TBK. m. 5 de on-
görülen esaslara göre hesaplanan sürelerin sonuna kadar önerisiyle bağlıdır. Bu süreler geçtikten sonra, öneride bulunan kişi artık önerisiyle bağlı olmaktan kurtulmaktadır.

TBK. m. 197'de, borcun üstlenilmesine ilişkin önerinin alacaklı tarafından her zaman kabul edilebileceği hükmüne yer verilmek suretiyle, öneride bulunanın, alacaklı tarafından bu öneri kabul edilene kadar önerisiyle bağlı kalacağı esası kabul edilmiştir. O halde borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması için öneride bulunan üstlenen alacaklı tarafından bu öneri kabul edilene kadar önerisiyle bağlı kalacaktır³⁹⁵. Ancak borcu üstlenen üçüncü kişiyi bu şekilde süresiz olarak alacaklının keyfine terk ederek uzun süre belirsizlik içerisinde bırakmak hem taraflar arasındaki menfaatler dengesine hem de dürüstlük kurallarına aykırı düşer. Bu nedenle, doktrinde *von Tuhr/Escher* tarafından dürüstlük kuralları gereğince borcu üstlenenin kendi önerisinin reddedildiğini zımni olarak kabul edebileceği kadar uzun bir sürenin geçmiş olması halinde bu süreden sonra yapılacak bir kabulün mümkün olamayacağı savunulmaktadır³⁹⁶. Alacaklı tarafından yıllarca kabul gönne-

³⁹⁵ TBK. m. 5'e göre, "Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapıla öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenileceği ana kadar, önereni bağlar". Bkz., Eren, s. 252 vd.; Antalya, s. 183 vd.; Kılıçoğlu, s. 63 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 87 vd.; Akıncı, s. 66 vd.; Oğuzman/üz, C. 1, s. 56 vd.; Tunçomağ, s. 191 vd;

³⁹⁶ von Tuhr/Escher, s. 386; Oser-Schönenberger, s. 1024; HonsellNogt/Wiegand, Art. 177, N. 2-3, s. 855; Eren, s. 1249; Oğuzman/Öz, C. il, s. 595-596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 273-274; Becker, Art. 177, N. 3-4, s. 822-823; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Schwenger, s. 562-563; Kılıçoğlu, s. 789-790;

³⁹⁶ Bkz., von Tuhr/Escher, s. 386; Ayrıca bkz., Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Becker, Aıl. 177, N. 3-4, s. 822-823; Schwenger, s. 562-563; HonsellNogt/

miş ve bu nedenle de borcu üstlenen tarafından da ifa edilememiş borcu üstlenme önerisinin borçlunun ilerleyen zaman içerisinde mal varlığının kötüleşmesi sonrasında alacaklı tarafından kabul gönnesi hukuka uygun değildir.

Diğer taraftan, yukarıda da belirtildiği gibi borcun üstlenilmesi önerisinin mutlaka borcu üstlenen veya onun venniş olduğu yetkiye dayanarak borçlu tarafından ileri sürülmesi şart değildir. Borcun dış üstlenilmesi için öneri alacaklı tarafından da yapılabilir. Böyle bir durumda borcu üstlenen üçüncü kişinin bu öneriyi kabul edebileceği ve alacaklının önerisi ile bağlı kalacağı süre kanunda bir hüküm bulunmadığına göre genel hükümlere tabi olmalıdır. Başka bir ifade ile alacaklı, kabul süresi belirtmeksizin bir öneride bulunduğu takdirde bu öneri zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar alacaklıyı bağlayacaktır. Bu nedenle, alacaklıya karşı öneri yöneltildiğinde alacaklının kabulüne kadar belirsiz bir zaman için öneriyle bağlılığı kabul ederken, alacaklı tarafından öneri yapıldığında sınırlı bir süre için öneriyle bağlılığı kabul etmek kanun amaçlarına aykırılık teşkil edecektir³⁹⁷. Bu nedenle kanun koyucu öneride bulunanın önerisi ile bağlılık süresinin sınırsız bir süre devam etmesi ve özellikle alacaklının isteklerine bağlı kalmasını menfaatler dengesine uygun görmediği için bağlılık süresinin sınırlanmasını sağlayan değişik yollar kabul etmiştir.

Önerinin bağlayıcılığı konusunda üzerinde durulması gereken önemli bir konu da, öneride bulunan kişinin sonradan önerisini geri alıp alamayacağı konusudur. Bu konuda doktrinde TBK. m. 197/1 hükmünün lafzından hareketle, öneride bulunan kişinin bu önerisini artık geri alamayacağını ileri süren görüşler bulunmaktadır³⁹⁸. Ancak bu görüş eleştirilmektedir. Gerçekten de, kanun koyucunun asıl amacı bu değildir. Çünkü TBK. m. 197/I hükmü, TBK. m. 5'in aksine öneri ile bağlı olmaktan değil, sadece alacaklı tarafından önerinin kabul edilebilmesinden bahsetmektedir. Bu nedenle öneride bulunanın sonradan önerisini geri almasında hukuken bir sakınca olmadığı gibi alacaklının zararına bir durum da söz konusu olmaz. Çünkü öneride bulunan önerisini geri alsa ve böylece dış üstlene sözleşmesi kurulmamış olsa bile alacaklının karşısında borçlu hala borçtan sorumlu olarak durmaya devam etmektedir³⁹⁹.

Wiegand, Art. 177, N. 2-3, s. 855; Eren, s. 1249; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 595-596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 273-274; Kihçoğlu, s. 789-790.

³⁹⁷ Aynı yönde bkz., Oser-Schönenberger, s. 1024;

³⁹⁸ Bu görüşler için bkz., Meier, s. 20 vd.;

³⁹⁹ Meier, s. 20; Hasler, s.

2. Öneri ile bağılılık süresinin sınırlanması

a) Alacaklının öneriyi kabul veya red beyanı

TBK. m. 196'da yer alan önerinin alacaklı tarafından her zaman kabul edileceğine ilişkin düzenlemeden, öneride bulunanın alacaklının kabul beyanına kadar önerisi ile bağılı olduğu sonucu çıkmaktadır⁴⁰⁰. O halde öneride bulunanın, bu önerisinin alacaklı tarafından reddedilmesine veya alacaklı tarafından kabul edilmesine kadar önerisi ile bağılılığı devam edecek; alacaklı tarafından yapılan irade açıklaması ile bu bağılılığı sona erecektir. Ancak burada önerinin hazırlar arasında yapılıp yapılmamasına göre bir ayrım yapmak gerekir. TBK. m. 4'e göre, kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağılılıktan kurtulmaktadır. Oysa TBK. m. 196'nın getirdiği düzenleme bu konuda alacaklıya daha geniş yetkiler tanımakta ve hazırlar arasında yapılan öneri de alacaklı bunu hemen kabul etmese bile önerinin bağlayıcılığının devam edebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁴⁰¹. Çünkü kanunda yer alan bu hüküm, öneride bulunan üçüncü kişiyi, belirsiz ve tamamen alacaklının keyfine göre uzunca bir süre önerisi ile bağılı tutmaya oldukça elverişlidir. Bu nedenle doktrinde, bu sürenin dürüstlük kuralları gereğince sınırlanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰². Buna göre alacaklının öneriyi olumlu veya olumsuz cevap vermemesini, öneriyi kabul etmeme, yani bir *ret* olarak değerlendirmeye yetecek kadar geçen süre kadar öneride bulunanın önerisiyle bağılı, artık bu süreden sonra da öneri ile bağılı olmadığını kabul etmek gerekir⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Gauch/Schhiep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Schwenger, s. 562-563; von Tuhr/Escher, s. 386-387; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 274; Kılıçoğlu, 789; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 177, N. 2-3, s. 855; Tunçomağ, s. 1128; Oğuzman/üz, C. 11, s. 595-596;

⁴⁰¹ Bu öneri tarzı için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 274;

⁴⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 274; von Tuhr/Escher, s. 386; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 177, N. 2-3, s. 855; Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Schwenger, s. 562-563; Tunçomağ, s. 1128; Eren, s. 1249; Oğuzman/Öz, C. il. s. 595-596.

⁴⁰³ Bkz., von Tuhr/Escher, s. 386; Gerçekten de anılan yazara göre; dürüstlük ilkesine da) alı olarak borcu üstlenenin kendi önerisinin kabul edilmediğini zımni olarak kabul edebileceği kadar uzun bir süre geçmiş ise, bu süreden sonra) yapılacak bir kabul mümkün olmamalıdır. Örneğin alacaklı tarafından 100 gün kabul görmemiş ve bu nedenle de üstlenen tarafından kabul edilmemiş olan bir üstlenme önerisinin borçlunun ilerlemeden zaman içerisinde varlıklarını ka) betmesi sonrasında alacaklının bu defa bu öneriyi kabul ettiğini açıklaması hukuken caiz değildir.

b) Alacaklıya kabul için süre verilmesi

Öneri ile bağlılığın sınırlandırıldığı yollardan diğer bir yol alacaklının bu öneriyi kabul edip etmeyeceği konusundaki iradesini açıklamak üzere belirli bir sürenin tayin edilmesidir. Gerçekten de TBK. m. 197'ye göre, borcu üstlenen üçüncü kişi öneride bulunduktan sonra kabul için bir süre koyabilir. Alacaklı bu sürenin bitimine kadar susar ve öneriyi kabul ettiğini açıklamaz ise öneri reddedilmiş sayılır⁴⁰⁴. Böylece öneride bulunan belirlenen sürenin dolması ile öneri ile bağlılıktan da kurtulmuş olur. Diğer taraftan TBK. m. 197, genel hükümlerden ayrı olarak, borcu üstlenene, aradan belirli bir süre geçtikten sonra gerekirse alacaklıya bir süre tayin etme ve bu sürenin sonunda da alacaklının sessiz kalması halinde öneriyi reddedilmiş sayma hakkı tanımaktadır⁴⁰⁵.

Kanun koyucu kabul için süre tayin etme yetkisini TBK. m. 197'de, sadece borcu üstlenen kişiye değil, aynı zamanda borçluya da vermiş bulunmaktadır⁴⁰⁶. Borçlu da alacaklının öneriyi kabul edip etmeyeceği konusundaki iradesini açıklamak üzere alacaklı için süre tayin edebilir. Söz konusu kabul süresinin borçlu tarafından verilmesi durumunda, alacaklının kabul beyanının sözleşmenin kendisi ile yapılacağı borcu üstlenene yöneltilmesi gerekir. Bu beyanın borçluya yöneltilmesi halinde dış üstlenme sözleşmesi kurulmuş olmaz. Ancak burada borçlunun da alacaklıya böyle bir süre verme yetkisinin bulunmasının hukuki gerekçesi tartışmalıdır. Gerçekte de doktrinde bazı yazarlar⁴⁰⁷, borçluya, borcu üstlenen tarafından bir yetki verilmemiş olsa bile, alacaklıya süre verebileceğini kabul etmektedirler. Bu yazarlara göre, borçlu tarafından iç üstlenme sözleşmesinin borcu üstlenenin izni ile alacaklıya bildirilmesi öneri sayıldığına göre, borçlunun süre belirleme hakkı için yeniden izin almasına gerek yoktur. Buna karşılık *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*⁴⁰⁸ tarafından borçlu tarafından süre belirlenmesinde de

⁴⁰⁴ Berger, s. 804-805; Schwenzer, s. 562-563; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; von Tuhr/Escher, s. 386; Oğuzman/Öz, C. il, s. 595-596; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 274; Kılıçoğlu, s. 789; Becker, Art. 177, N. 3-4, s. 822-823; Eren, s. 1249; Hasler, s. 84 vd.

⁴⁰⁵ Bkz., von Tuhr/Escher, s. 386. Kural olarak TSK. m. 3'e göre öneri ile bağlılık süresi kural olarak öneri ile birlikte belirlenmelidir. Ancak burada kanun koyucu genel hükümlerden ayrı olarak öneri beyanının açılmasından belirli bir süre geçtikten sonra da süre verilebileceğini kabul etmiştir. Bkz., Oğuzman/Öz, C. 11, s. 595-596.

⁴⁰⁶ Honsell, Art. 177, N. 1, s. 684; Hasler, s. 84 vd.; von Tuhr/Escher, s. 386; Berger, s. 804-805; Schwenzer, s. 562-563; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Eren, s. 1249; Oğuzman/Öz, C. il, s. 595-596; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 274; Kılıçoğlu, s. 789; Becker, Art. 177, N. 3-4, s. 822-823;

⁴⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 596; von Tuhr/Escher, s. 386; Becker, Art. 177, N. 3, s. 822; Eren, s. 1249; Hasler, s. 80;

⁴⁰⁸ B1-z.. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 274. Yazarlara göre, borçlu ancak borcu üstlenen üçüncü kişinin muvafakati ve) a müsaadesi ile liareli-eli elliği zaman süre ta

borçluya yetki verilmesi şartını aramaktadır. *Kanımızca*, iç üstlenme sözleşmesinin yapılmasından sonra, borcun üstlenilmesinin tamamlanıp tamamlanmaması konusunda şüpheli bir durumun uzun süre devam etmemesinde menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle borçlunun, borcu üstlenen kişi ile aralarında yapılmış bulunan iç üstlenme sözleşmesine dayanarak bu şüpheli durumu biran önce sona erdirmek için, kendisine bu konuda yetki verilmemiş olsa bile süre belirleme yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir⁴⁰⁹.

Gerek borçlu gerekse borcu üstlenenden birisinin belirlemiş olduğu sürenin dolması ile öneri ile bağlılık sona erer-tio_Borçlu ve borcu üstlenen her ikisi de süre belirlemiş ve sürelerden birisi uzun diğer kısa ise borcu üstlenen tarafından verilen sürenin esas alınması daha isabetli olacaktır-t¹¹. Buna karşılık doktrinde bir görüş; borçluya tanınan süre tayin etme yetkisinin borcu üstlenen tanınan süre tayin etme yetkisine göre daima ikincil nitelikte olduğunu, bu nedenle her halükarda borcu üstlenen tarafından yapılan süre belirlmesine uyulması gerektiğini savunmaktadır⁴¹². Kanunda bu konuda açık

edebilmelidir. Aksi taktide borcu üstlenen üçüncü kişinin irade be) anına ilişkin kanuni sonuçları borçlunun değiştirebileceği kabul edilmiş olur ki bu da doğru bir çözüm tarzı sayılamaz. Kaldı ki alacaklı) a hem borçlunun hem de borcu üstlenen üçüncü kişinin a) n a, rı süre belirlemiş olmasından doğabilecek anormalliği bertaraf etmek için de bu) orum ı) rız daha) aralıdır. A) nı) öne bkz., **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, ' 8, s. 853.

⁴⁰⁹ Bkz., **Becker**, Art. 177, N. 3, s. 822; **Hasler**, s. 80.

-tio Gerel-. borçlu, genel-se borcu üstlenen tarafından alacaklı) a bir süre \ erildiğinde, bu süreler geçtikten sonra alacaklı tarafından açıklanan kabul be) anı artık borcun dış üstlenilmesiz sözleşmesinin kurulması anlamına gelmez. Ancak me, cut durum ve koşullara göre alacal-.lının geciken kabul be) anı) eni bir öneri olarak kabul edilebilir: Ancak bunun için de alacal-.lının be) anının)eni bir öneri olarak kabul edilebilecek kadar açık olması genel-.ir. Bö) le bir durumda alacal-.lı öneride bulunan; borcu üstlenen ise kabul eden taraf haline gelir. Alacaklı) a üstlenen tarafından bir öneride bulunulmadan önce, alacaklının borçlu değişimini 1-.abul ettiği diğer bir durum ise, alacaklının durum , e koşullara göre, borcu üstlenenden önce, doğrudan öneri de bulunmasıdır. Çünkü, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağla) an öneri, borcu üstlenen üçüncü kişiden gelebileceği gibi, alacaklıdan da gelebilmektedir. Bkz., **Hasler**, s. 84 vd.

⁴¹¹ Doktrinde bazı)azarlar hem borçlu tarafından, hem de borcu üstlenen tarafından süre verilmesi halinde. ilk süre veren kişinin vermiş olduğu sürenin dikkate alınması gerekli.tiğini savunmaktadırlar. Bu)azarlara göre, taraflar arasındaki hukuki durumu asıl belirle-) enin, ilk öneridir. Buna 1-.arşılık a) nı)azarlar, borcu üstlenen ve borçlu arasında bir zaman farklı bulunmaksızın a) nı anda süre verilmesi halinde ise, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasına daha elverişli olduğu için, daha uzun olan sürenin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedirler. Buna karşılık diğer bir kısım)azarlar da. daha kısa sürenin dikkate alınması gerektiğini savunurlarken, diğer bir kısım)azarlar da, hukuken u)gun olan mal-.ul sürenin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşler ,e anılan)azarlar için bkz., **Becker**, Art. 177, N. 3-4. s. 822-823. A) rıca bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 386; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 177, N. 3, s. 855; **Hasler**, s. 80 vd.

⁴¹² Bu görüş i) çin bkz., **Tunçomağ**, s. 1131. *Honse/Vogt/Wiegauc* ise. sözleşmesinin borcu üstlenen ile alacal-.lı arasında kurulması nedeni) le her durumda borcu üstlenen tarafından

bir düzenleme bulunmadığından, borcu üstlenen üçüncü **kişi ve** borçlunun her ikisinin de süre belirlemesi halinde değişik ihtimaller söz konusu olduğundan konuya ilişkin olarak da farklı yazarlar tarafından farklı görüşler ileri sürülmektedir⁴¹³. Öncelikle, hem borçlu hem de borcu üstlenen üçüncü **kişi** tarafından alacaklıya kabul için bir süre tayin edilmiş ise bu durumda zaman bakımından ilk önce süre tayin eden kişinin belirlemiş olduğu sürenin tercih edilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır⁴¹⁴. Taraflar arasındaki hukuki durumu ilk önce süre veren irade açıklaması belirlemektedir. Kabul için borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi aynı anda süre tayin etmişse tercih hakkının daha uzun sürenin lehine kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Çünkü en uzun süre borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin geçerliliği için daha elverişlidir.

Meier, haklı olarak bu görüşü eleştirmektedir⁴¹⁵. Gerçekten de anılan yaza göre, eğer daha uzun olan süre dikkate alınırsa, alacaklının, öncelikle kısa vadeyi kabul etmeyerek borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini reddettiği, ama aynı zamanda süresi daha uzun olan öneriyi ise kabul ederek borcun dış üstlenilmesi sözleşmesin hala gerçekleştirebilme imkanına sahip olduğu gibi haksız bir sonuç ortaya çıkar. Daha kısa süreli öneri reddedildiği için önerisi ile bağılıktan kurtulmuş olan üstlenen, bu çözüm tarzı ile önerisi ile tekrar bağılı hale gelir ki bunun da haklı bir çözüm tarzı olduğu düşünülemez. Bu nedenle daha çok ilk sürenin sona ermesi ile borcu üstlenen üçüncü kişinin de önerisi ile bağılı olmaktan kurtulabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Böylece, eğer alacaklı kısa sürenin dolmasından sonra ve daha uzun sürenin sona ermesinden önce öneriyi kabul ederse artık bu irade açıklaması bir kabul değil, borcu üstlenene yöneltilmiş yeni bir öneri olarak kabul etmek gerem. Bu yeni öneriyi kabul edip etmeme yetkisi ise borcu üstlenene aittir. O halde, üstlenen ve borçlu alacaklıya kabul için farklı süreler belirlemişse öneri ile bağılılık bakımından önemli olan kısa sürenin dolmuş olmasıdır. Ancak bunun ön şartı ise kısa sürenin alacaklıya kabul beyanını açıklayabilmek için yeterli zamanı verecek kadar uzun olmasıdır⁴¹⁶.

Oser-Schönenberger ise her durumda borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından tayin edilen sürenin esas alınması gerektiğini çünkü dış üstlenme sözleşmesinin esas itibariyle borcu üstlenen üçüncü kişinin iradesi ile gerçekle-

verilen sürenin dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. **HonselWogt/Wiegand**, Art. 177, N. 3, s. 854.

⁴¹³ Bu görüşler için bkz., **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 823 vd.; Ayrıca bkz., **Hasler**, s. 80 ve orada anılan yazarlar.

⁴¹⁴ **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 822-823; **Hnsler**, s. 80.

⁴¹⁵ Bkz., **Meier**, s. 25-26;

⁴¹⁶ **Meier**, s. 26; Benzer düşünce de olan görüşler için bkz., **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 822

şebileceğini, bu nedenle öneride bulunan sıfatı ile dilediği süreyi **koyabileceğini** savunmaktadır¹¹¹.

Becker ise, bu sorunun borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin hukuki niteliğinden hareketle çözülebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, borcun üstlenilmesinde esas itibarıyla sözleşme teorisi hakimdir. Bu nedenle borç üzerinde tasarruf yetkisi bulunan taraflar ise sadece alacaklı ve borcu üstlenen üçüncü kişiden ibarettir. Bu bakımdan kanunun süre belirleme içinkendisine bir yetki tanıdığında borçlu sadece borcu üstlenen üçüncü kişinin temsilcisi olarak hareket edebilir. Başka bir ifade ile borçlu sadece borcu üstlenenin temsilcisi sıfatıyla süre tayin edebilir, bunun dışında bağımsız bir süre tayin etme yetkisi bulunmamaktadır⁴¹⁸. Yazara göre, borçlunun yetkisi borcu üstlenen üçüncü kişinin yetkisi karşısında o kadar gerilemiştir ki, borçlu anık özel bir yetkisi bulunmaksızın borcun üstlenilmesi için bir öneride bulunma ve bununla birlikte kabul için de bir süre belirleme imkanına sahip değildir. Borçlu ve borcu üstlenen aynı anda farklı süreler tayin etmişler ise, borcu üstlenen üçüncü kişinin belirlemiş olduğu süre dikkate alınmalıdır⁴¹⁹. Buna karşılık borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi farklı zamanlarda süre belirlemişler ise ilk önce belirlenen süre ile "süre belirleme hakkı" kullanılmış sayılmalıdır.

Borcun üstlenmesi üçüncü kişinin süre belirlemeksizin öneride bulunması halinde, alacaklının öneriyi kabul etmesine kadar önerisi ile bağlı kalacak ve bu süre içerisinde alacaklının onayı olmaksızın önerisinden vazgeçemeyecektir. Ancak, doktrinde kanun koyucunun TBK. m. 197'de öngördüğü hükmün bu sonucu amaçlamadığı, kanun hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁴²⁰. Gerçekten de, TBK. m. 197/I, TBK. m. 4 ve 5'in aksine önerenin öneriyle bağlılık süresinden değil, sadece alacaklının öneriyi kabul etme ihtimalini düzenlemektedir. Bu nedenle borcu üstlenen önerisini geri alsa bile, borçlu borcundan henüz kurtulmadığı ve alacaklıya borcunu ödeme yükümlülüğü devam ettiği için alacaklının menfaatleri bundan bir zarar görmeyecektir.

c) İkinci bir dış üstlenme sözleşmesi için öneri yapılması

Öneride bulunanın önerisi ile bağlılık süresine getirilen diğer bir sınırlama ve aynı zamanda dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasını sağlayan öneri ve kabulün genel hükümlerden ayrılan diğer bir özelliği aynı borç için ikinci bir dış üstlenme sözleşmesi önerisinin yapılmasıdır (TBK. m.

m. Bkz., Oser-Schönenberger, s. 1015.

15 B e c k e r, Art. 177, N. 4, s. 822-823;

43Q

A) nı)önde bkz., von Tuhr/Escher, s. 386; Becker, Art. 177, N. 4, s. 823.

.110 Meier, s. 20,

197/II)⁴²¹. Buna göre, önerinin alacaklı tarafından kabul edilmesinden önce yeni bir iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve bu ikinci üstlenmeye ilişkin olarak alacaklıya öneride bulunulursa, artık bu durumda ilk öneride bulunan borcun dış üstlenilmesi için ilk öneride bulunan önerisi ile bağlı olmaktan kurtulmaktadır. Başka bir ifade ile böyle bir durumda alacaklının seçim hakkı ortadan kaldırılmış ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin ancak ve ancak ikinci olarak öneride bulunan ile yapılması kabul edilmiştir.

Kanun koyucu tarafından böyle bir düzenlemenin yapılmasındaki amaç, kanun hükmünde yer alan ifadelerden de kolayca anlaşılmaktadır. Gerçekten de, birden fazla kişinin yapmış olduğu iç üstlenme sözleşmesine dayanarak alacaklıya dış üstlenme sözleşmesi önerisinde bulunsalardı, bunların hepsinin alacaklı karşısında yan yana önerileri ile bağlı kalmaları ve alacaklının tercihini kullanmasını beklemeleri gibi bir durum ortaya çıkardı. Hiç şüphesiz bu durum öneride bulunan üstlenenler için sürekli bir belirsizlik ve güvensizlik ortamı yaratırdı⁴²². Karşısında bir üstlenenler topluluğu olan alacaklı, bunlardan ödeme gücü en iyi olanı seçebilirdi. Kabul için belirli bir süre belirlemeyen ve bu şekilde süresiz öneride bulunan borcu üstlenenlerden her biri, alacaklının keyfine göre kendilerinden birine kabul cevabını vermesini beklerdi. Bu nedenle TBK. m. 197/II'de yer alan borcun tekrar üstlenilmesine ilişkin hükümler oldukça isabetli hükümler olup, bununla, alacaklıya üstlenenin önerisini kabul etmekte sağlanan büyük önceliğe denge unsuru getirilmiştir⁴²³.

Aynı borcun üstlenilmesini sağlamak amacı ile ikinci bir dış üstlenme sözleşmesi önerisinin sunulması halinde ilk önerinin bağlayıcılığını yitireceği kuralı *Hasler* tarafından eleştirilmektedir⁴²⁴. Gerçekten de yazara göre, borcun iç üstlenmesi sözleşmesi yapan üçüncü kişinin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulabilmesi için önerisini sunduktan sonra, alacaklının kabulü henüz gerçekleşmeden bu önerisinden dönmek istemesi halinde bu kural olarak imkansızdır. Bu nedenle kanun koyucu, borcu üstlenen üçüncü kişinin aynı amaca ulaşmasını sağlayacak başka bir yol tanımıştır. Bu yol, üstlenen dışında başka bir üçüncü kişi, alacaklıya borcun dış üstlenilmesi konusunda bir önerinin sunulmasıdır. Böyle bir durumda TBK. m. 197/II

⁴²¹ **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 823; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 596; **Tunçomağ**, s. 1128; **Hasler**, s. 103 vd.; **Meier**, s. 20 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 789; **von Tuhr**, s. 889; **Eren**, s. 12,0; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 177, N. 4, s. 855; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu**, **top**, s. 275. **Schurter**, s. 48; Alman Medeni Kanununda açıkça düzenlenmemekle birlikte bu hukuk sisteminde de benzer bir hukuki durum tartışılmaktadır. Alman hukukundaki durum ve tartışmalar için bkz., **Kornder**, s. 77 vd.

⁴²² **Hasler**, s. 103 vd.; **Meier**, s. 21 vd.; **Kornder**, s. 78 vd.

⁴²³ **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 823; **Schurter**, s. 48; **Hasler**, s. 103 vd.; **Meier**, s. 21 vd.; **Kornder**, s. 78 vd.

⁴²⁴ Bkz., **Hasler**, s. 103 vd.

gereğince belki de ödeme gücü yerinde olan ilk dış üstlenme önerisinde bulunan kişi bu önerisi ilgilisinden kurtulmakta ve dolayısıyla öneri onadarkalkmaktadır. Çünkü ikinci üstlenen alacaklıya borcun üstlenilmesi konusunda önerisini sunduğu andan itibaren artık alacaklı ilk üstleneni kaçırtma imkanını kaybetmektedir.

Bu düzenleme özellikle pratik düşüncelerle kabul edilmiş ve alacaklıya, kendisine öneri sunan birden çok üstlenen arasında serbest seçme imkanı vererek, onun avantajlı bir duruma gelmesi önlenmiştir. Yazar'a göre, bu düzenleme haklı bir düzenleme olmayıp amacını aşan bir düzenlemedir.²⁵ Çünkü bu düzenleme ile sadece alacaklının avantajlı duruma gelmesi engellenmiş olmaz; bilakis daha da ileri gidilerek onun durumu kötüleştirilmekte olur. Alacaklının borcu ilk üstlenen tarafından verilen öneriyi kabul etme hakkı elinden alınmak suretiyle, onun konumuna hukuki olmayan bir yolla zarar verilmektedir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin önerisini geri alma hakkı verilmemişken⁴¹⁶, bu düzenleme ile başka bir yoldan bu duruma kolayca izin verilmektedir. Özellikle borcu ikinci üstlenenin ödeme gücüne sahip olmadığı hallerde alacaklı bu öneriyi kabul etmeyebilir ve ilk üstlenene karşı kabul hakkını da kaybettiği için tekrar asıl borçluya başvurmaktan başka imkanı kalmayabilir.

İkinci olarak⁴²⁷, kanunda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapan üçüncü kişi veya kişilere alacaklıya kabul için belirli bir süre belirleme yetkisi de verilmiştir. Bu nedenle, her bir öneride bulunan bu süreyi belirlemek suretiyle önerisiyle bağlı olmaktan zaten kurtulabilmektedir. Diğer taraftan, üstlenenin alacaklıya bir öneri sunmasından sonra, bu öneri henüz kabul edilmeden alacaklıya dış üstlenme sözleşmesi için yeni bir öneride bulunursa, bunların her biri, kendisinden öncekine karşı sorumludur. İkinci veya daha sonraki üstlenenlerin asıl borçluya karşı doğrudan bir sorumlulukları söz konusu değildir. Çünkü asıl borçlu ile borcu sonradan ikinci defa üstlenenler arasında bir hukuki ilişki söz konusu değildir. Asıl borçlu, sadece iç üstlenme söz-

J2S **Hasler**, s. 104, d.. Yaar tarafından ileri sürülen görüşler aşağıda ana hatları ile naklen özetlenmiştir.

416 <> Yazar tarafından her ne kadar dış üstlenme sözleşmesinin kurulması için öneride bulunan iç üstlenme sözleşmesi yapan üçüncü kişinin bu önerisinin geri alması gibi bir halının bulunmadığı kabul edilmiş olsa da, buna tam anlamıyla atılmamıştır. Çünkü ilki borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi hukuken niteliği itibarıyla, istisnai durumlar dışında genel hükümlere tabi bir sözleşmedir. Bu nedenle TBK. m. 10 hükmü burada da uygulanma alanı bulur. Buna göre, önerinin Geri alma açılması, diğer tarafa öneriden önce, eğer a 3) nı anda ulaşmış ise daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça öneriden önce öğrenilmiş olursa, öneri kabul edilmiş sayılır. Önerinin geri alınması konusunda blz.. Annot: ilya; Eren, s. A) rica doktrinde diğer bir görüş tarafından da TBK. m. 197'de öner alan hükmün önerinin geri alınması açığı şeklinde bir yorumla amaçlamadığı ileri sürülmelidir. Blz., **teicr**, s. 20 , d.

417 **Hasler**, s. 10,5d.

leşmesi yaptığı kendi üstlenenine karşı borcundan kurtarılmayı dava ve talep etme hakkına sahiptir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin bu şekilde birden fazla kişi tarafından yapılması halinde aslında alacaklının konumu değiştirilmiş olmaz. Alacaklı asıl borçluya karşı hakkını kaybetmediği gibi, ilk üstlenen tarafından kendisine sunulan öneriyi kabul etme hakkını da kaybetmiş olmaz. Buna karşılık ikinci olarak borcu üstlenen kişi tarafından dış üstlenme sözleşmesi için öneride bulunduğu andan itibaren alacaklı, ilk üstlenenin önerisini kabul etme hakkını kaybetmektedir.

Bunun dışında, borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapıp, üstlenen tarafından alacaklıya öneri sunulmasına rağmen bu öneri henüz kabul edilmeden bu defa borçlu tarafından bir üçüncü kişiyle daha iç üstlenme sözleşmesi yapılır ve ikinci üstlenen tarafından alacaklıya öneri sunulduğunda da aynı sonuçlar geçerli olur⁴²⁸. Bu durumda borcun üstlenilmesi için ilk defa iç üstlenme sözleşmesi yapan ilk üstlenen alacaklıya karşı değil; ama sadece borçluya karşı borçtan kurtarma vaadinden dolayı sorumlu olmaya devam eder. İkinci üstlenen ile alacaklı arasında dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, ilk üstlenen de borçluya karşı sorumluluğundan kurtulmuş olur⁴²⁹. Nihayet, ikinci öneri ile ilk öneride bulunanın önerisi ile bağlılıktan kurtulması, ilk öneren ile borçlu arasında mutlaka bir iç üstlenme sözleşmesinin yapılması şartına bağlı olduğu kabul edilmektedir⁴³⁰. Başka bir ifade ile iç üstlenme sözleşmesi yapılmaksızın doğrudan alacaklıya öneride bulunan hallerde bu kural uygulanmaz

ili. Kabul

A. Genel olarak kabul

Kanun koyucu borcun dış üstlenilmesine yönelik önerinin alacaklı bakımından etkili olması için değişik ihtimalleri kabul ettiği gibi etkili bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması için de değişik ihtimalleri göz önünde bulundurmuştur⁴³¹. Ancak her durumda burada asıl önemli olan husus, borç-

m **Becker**, Art. 176, N. 4, s. 823; **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 596; **Tunçomağ**, s. 1128; **Hasler**, s. 103 vd.; **Meier**, s. 20 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 789; **von Tuhr**, s. 889; **Eren**, s. 1250; **HonselVvogt/Wiegand**, Art. 177, N. 4, s. 855; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 275. **Schurter**, s. 48.

⁴²⁹ Bkz., **Hasler**, s. 106 vd. Bu durumda ikinci öneride bulunan kişinin, bir öncel.i öneride bulunana göre ekonomik yönden daha za♣ıf ve) a) etersiz olduğu ,hana ilk öneride bulunan kişinin ekonomik durumu ikinci) c göre daha i) i olduğu durumlarda bile, il.inci defa önerinin) apıldığı andan ilibaren illi. öneride bulunan önerisi ile bağlı olmalı.tan l..urtulacal..tır. Bu durumda alacalı.lı)a hiçbir şel-ilde seçim hakkı tanınmadığı gibi bu şekilde gelişen oln) lara müdahale etme halı.kı bile tanınmamalı.tadır.

⁴³⁰ Bkz., **Schurter**, s.

⁴³¹ **Becker**, Art. 176, N. 4-5, s. 820;

lunun borç ilişkisinden çıkarılıp onun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin kabul edilmesinde en fazla menfaati olan alacaklının iradesinin bulunmasıdır.⁴³² Çünkü borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesinden en çok etkilenen kişi hiç şüphesiz alacaklıdır. Örneğin ekonomik yönden zayıf bir borçlunun yerine ekonomik yönden güçlü bir kişinin borç ilişkisine girmesi ya da ekonomik yönden güçlü bir kişinin yerine ödeme gücü şüpheli bir kişinin geçmesi alacaklı için önemsiz olamaz. Borcun ekonomik değeri borçlunun kişiliğine ve mali durumuna bağlı olduğundan ödeme gücü iyi olan bir borçlunun yerine ödeme gücü olmayan bir borçlunun geçmesi alacaklının alacak değerini kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır. Buna karşılık alacağın devrinde ise, borçlu bakımından herhangi bir risk söz konusu olmayacağından borçlunun rızası aranmamaktadır. Bu nedenle Türk/İsviçre ve Alman kanun koyucuları, borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak bir hukuki işlemin mutlaka borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak bir sözleşme ile veya borçlu ile üstlenen arasında yapılan sözleşmeye alacaklının vereceği onay ile gerçekleşmesi şartını aramıştır⁴³³. Böylece, gerek Türk/İsviçre hukukunda gerekse Alınan hukukunda alacaklının katılımı veya onayı olmaksızın borçlu tarafın değişmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Tüm bu gerekçelerle, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayan alacaklının kabul beyanı için genel hükümlerden ayrılan özel düzenlemeler yapılmıştır•n.1.

Alacaklı, borcu üstlenen üçüncü kişi veya borçlu tarafından kendisine yöneltilen öneriyi borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapmak istediği takdirde kabul etmesi gerekir. Kabul ile birlikte dış üstlenme sözleşmesi de kurulmuş olur. Bu nedenle dış üstlenme sözleşmesinin kurulabilmesi için her şeyden önce alacaklıya yöneltilen bir önerinin bulunması gerekir. Böyle bir öneri olmaksızın alacaklının kabul beyanını açıklaması dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamaz⁴³⁵. İstisnai olarak önerinin alacaklı tarafından

⁴³² **Tunçomağ**, s. 1097 vd.; **Becker**, Art. 178, N. 1, s. 824; **Dayınlarlı**, s. 222 vd.; **von Tuhr**, s. 851 vd.; **Eren**, s. 1238 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu**, s. 250 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 774 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 562 vd.; **Akıncı**, s. 281 vd.

⁴³³ Alman Hukukunda BGB § 415'de düzenlenmiş bulunan onay, Türk/İsviçre hukukunda borcun dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağla) an kabul olarak değerlendirilmelidir. Çünkü Türk/İsviçre hukuklarında borcun iç üstlenme sözleşmesinin alacaklı) a bildirilmesi öneri, bu öneri) e ilişkin alacaklı be) anı ise kabul olarak kabul edilmelidir. B1-z.. **Hasler**, s. 82.

m Genel hükümlerden ayrılan bu farklı özellikler esas itibarıyla "1) Alacaklı tarafından kabul be) anının her zaman) a) lılabilmesi 2) Kabulün açılı: ve) a örtülü olarak...) a) lılabilmesi. 3) Kabul için hem üstlenenin hem de borçlunun süre ta) in edilebilmesi" şeklinde sıralanabilir.

rn B1-z., **Hasler**, s. 83 d.; **Mcier**, s. 23 vd.; Burada inceleme konusu sözleşme) e da) alı borcun üstlenilmesi olduğu için, doğrudan doğru) a kanundan ka) nalı:lanan borcun üstle-

yapılmış olması halinde ise dış üstlenme sözleşmesi üstlenenin kabulüne ilişkin irade açıklaması ile kurulur. Önerinin kabulünde de kural olarak genel hükümler geçerlidir⁴³⁶. Borçlu tarafın değişmesinin özellikle borcu üstlenenin ödeme gücünün daha zayıf olma ve bu nedenle alacaklının zarara uğrama riskinin bulunduğu hallerde, alacaklı tarafından açıkça kabul beyanı açıklanmadıkça alacaklının fiil ve davranışlarından dış üstlenme sözleşmesinin kabulü sonucunun çıkarılmaması gerekir. Bu nedenle alacaklı tarafından ortaya konuları her davranış genel hükümlere göre kabul olarak değerlendirilse bile, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması için verilecek önerinin "*kabulü*" olarak kabul edilemeyecek durumlarda olabilir⁴³⁷. Öneride olduğu gibi kabul beyanı da açık veya örtülü bir şekilde gerçekleşebilir. Bu durum kabule ilişkin genel hükümlerden anlaşılabilmesi gibi kanunda yer alan açık düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Gerçekten de TBK. m. 196/III'de, "*Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir*" düzenlemesine yer verilmiştir. Aslında kanun koyucu TBK. m. 6'da yer alan hükmü burada tekrarlamıştır.

TBK. m. 3 gereğince öneride bulunan kişi kabul için bir süre belirlemişse muhatapın da bu süre içerisinde öneriyi kabul etmesi ve kabul beyanının da bu süre içerisinde öneride bulunana ulaştırması gerekir. Dolayısıyla, öneride bulunan da bu sürenin sona ermesine kadar önerisi ile bağlıdır⁴³⁸. Dış üstlenme sözleşmesinin kurulabilmesi için yapılan öneride de aynı kural geçerli olup, alacaklının bu süre içerisinde dış üstlenme sözleşmesini kabul etmesi gerekecektir. Bu sürenin bitmesine kadar alacaklı susarsa öneri reddedilmiş sayılır. TBK. m. 5'de hazır olmayanlar arasında kurulacak bir sözleşme için süre belirlenmeksizin öneride bulunulması halinde öneride bulunan kişinin zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar önerisi ile bağlı kalacağı yani, karşı

nilmesini sağlayan durumlar buraya dahil edilemez. Anılan hallerde öneri ve) a kabul olmaksızın doğrudan doğru a kanundan dolayı borcun devri gerçekleşmez-tedir.

³⁶ Becker, Art. 176, N. 5, s. 820; Oser/Schönenberger, s. 1022; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 176, N. 4, s. 395; von Tuhr/Escher, s. 385; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 8, s. 853; Keller/Schöbi, s. 79; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 276-277; Schwenger, s. 562-563; Hasler, s. 81 vd.; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 594; Tunçomağ, s. 1128 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 275-276; Eren, s. 1249-1250; Becker, Art. 176, N. 4, s. 819-820. Kılıçoğlu, s. 790.

⁴³⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 176, N. 8, s. 853; Becker, Art. 176, N. 7-8, s. 820-821; Hasler, s. 81 vd.

⁴³⁸ Geniş bilgi için bkz., Eren, s. 250 vd.; Akıncı, s. 71 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 91 vd.; Kılıçoğlu, s. 63 vd.; Oğuzman/Öz, C. 1, s. 60 vd. Muhatap tarafından kabul be anının öneri süresi geçtikten sonra ulaşması halinde bunun muhatap tarafı d an yapılan yeni bir öneri sa) ılıp sayılmayacağı konusunda far"-lı görÜşler bulunmakla 1 lı te. bu gibi durumlarda somut ola) ın özelliklerine ve özellikle öneride bulunan kişinin sözleşme kurma iradesinin mevcut olup olumadı nı araştırmak gerekir.

tarafında bu süre içerisinde kabul etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak bu hüküm borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasında uygun olma alanı bulmaz. Çünkü kanun koyucu, özellikle dış üstlenme sözleşmesinin kurulabilmesi için alacaklı tarafından gerçekleştirilecek kabul bakımından genel kuraldan ayrılarak borcun dış üstlenilmesine ilişkin önerinin alacaklı tarafından her zaman kabul edilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir.³⁹ Böylece kanun koyucu üstlenenin süre belirtmeksizin yapmış olduğu öneriyi kanunda öngörülen süre sonunda geçersiz kılan TBK. m. 5 hükmünü uygulama dışı bırakıp alacaklı tarafından süresiz olarak kabul edilebileceği düzenlemesini getirmek suretiyle alacaklıya daha geniş bir özgürlük alanı bırakmıştır.

B. Açık kabul

Borcu üstlenen kişinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasına ilişkin önerisinin alacaklı tarafından kabul edildiğine ilişkin irade beyanı açık kabuldür. Açık kabul, usulüne uygun şekilde yapılan önerinin, alacaklı tarafından kabul edildiğini gösteren açık irade beyanıdır⁴⁰. Kabul beyanı, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasına yönelik önerinin alacaklı tarafından yapılması halinde borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapan üçüncü kişi tarafından da açıklanabilir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi yoluyla yapılan öneride, alacaklının kabul beyanını yine borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapan üçüncü kişiye yöneltmesi gerekir⁴¹. Bu nedenle alacaklı tarafından borçluya yöneltilen kabul beyanı dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamaz.

³⁹ Benzer bir düzenleme 8GB § 415'de de yer almalıdır. Ancak.. anılan hüküm kabul olarak değil, sözleşme) e verilen onay olarak kabul edilmektedir. Anılan hüküm, (1) Borç sahibi, üçüncü kişi ile borçlu arasında kararlaştırılmışsa, bunun geçerliliği alacaklının onayına bağlıdır. Onay, ancak borçlu ve) a üçüncü şahıs tarafından alacaklı) yapılacak borç nakli bildirilmesinden sonra gerçekleşebilir. Taraflar, alacaklı onayına, ere ne kadar borç naklini değiştirebilir ve) a iptal edebilirler. (2) Onay, erilmediği takdirde borç nal-li gerçekleşmemiş sa) ılır. Borçlu ve) a üçüncü 1- işi, süre ta) in ederek alacaklı. lid) ona) be)anı istemişlerse, ona) ancak bu süre sonuna kadar , erilebilir: ona) be)an edil-memişse, bu ona) reddi sa) ılır.

⁴⁰ **Becker**, Art. 176, N. 5, s. 820; **Oscr/Schönenberger**, s. 1022; **Kostkiewicz/Noel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 4, s. 395; von Türr/Escher, s. 385; Honsell/Vogt/ \\ it-gand, Art. 176, N. 8, s. 853; Keller/Schöbi, s. 79; Gauch/ chlucp/ Schmid/ Emme-negger, s. 276-277; chwenzcr, s. 562-563; Hasler, s. 81 vd.; Oğuzman/Öz, C. il. s. 594; Tunçomağ, s. 1128 ,d.; Tckinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 275-276: eren. s. 1249-1250; Becker, Art. 176, . 4, s. 819-820. Kılıçoğlu, . 790;

⁴¹ Becker, Aıl. 177, 3-4. s. 822-823: von Türr/Escher, s. 386-387: O ır/ Schöncnbcrgcr, s. 10'25.

C. Örtülü kabul

Kanunda da açıkça düzenlendiği gibi, kabul beyanı örtülü olarak da gerçekleşebilir. Örtülü irade beyanı, genel olarak mevcut durum ve koşullardan yorum yoluyla böyle bir sonucun anlaşılabilir olduğu hallerde söz konusu olmakla birlikte kanun koyucu TBK. m. 196/III'de, alacaklının örtülü kabulü anlamına gelebilecek iki ayrı örnek vermiştir. Bunlardan ilki, alacaklının herhangi bir çekince ileri sürmeksizin üstlenenin tarafından yapılan ifayı kabul etmesi; ikincisi ise üstlenen tarafından borçlu sıfatı ile yapılan herhangi bir işleme alacaklı tarafından rıza gösterilmesidir.

Borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından yapılan ödemelerin veya borçluya atfedilebilecek değişik fiil ve davranışların alacaklı tarafından kayıtsız şartsız kabul edilmesinin örtülü kabul mü yoksa bir kabul karinesi mi olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁴⁴². Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, burada bir yorumlayıcı hukuk kuralının bulunduğunu benimseyerek alacaklıya öneride bulunan üçüncü kişinin bu önerisi ile birlikte veya daha sonradan borcun tamamını ifa etmesi halinde, önerinin kabulünden veya borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceğini savunmaktadır⁴⁴³. Yazarlara göre bu ifanın kısmi olması veya bir faiz borcuna ilişkin bulunması halinde alacaklının yapılan öneriyi kabul etmiş olmasından söz edilebilir. Ancak bu durumda bile, söz konusu kısmi ödemeler veya faiz ödemesinin de "kabul" sayılıp dış üstlenme sözleşmesini kurabilmesi için önerinin borçlunun borcunun tamamından kurtarılması konusundaki iradeyi mutlaka içermemesi ve alacaklının da bu konuda herhangi bir çekince ileri sürmeden bu ifayı kabul etmesi gerekir⁴⁴⁴. Nihayet bu şartlara ek olarak borcu üstlenen üçüncü kişinin bizzat kendi adına hareket ederek anılan ifayı veya borçlu işlemlerini gerçekleştirmesi gerekir. Borcu üstlenenin özellikle

⁴⁴² Bu görüşler için B.J.Z., **Oscr/Schönenberger**, s. 1022; **Hasler**, s. 81, d. *Has/er* tarafından borcu üstlenen üçüncü kişinin, faiz ve taahhüt ödemelerinin bir öneri olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunun olumsuz cevaplandırılması gerektiği savunulmaktadır. Yazara göre TBK. m. 196 da öneri alan düzenleme kapalı bir devredir. 2. fıkrada öneri alan istisna (iç üstlenme sözleşmesinin, üstlenen ve alacaklının izni ile borçlu tarafından yapılacak bildirilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin) yapılmasına ilişkin öneri anlamına geleceği) J.uralı genişletilerek diğer durumlar için de yorumlanmamalıdır. Borcu üstlenen tarafından alacaklıya bir öneride bulunulduğunda bunun ihtiyatlı açıldığı en önemli unsur "belirliliği" unsurudur. Buradaki belirlilik unsuru faiz ve taksit ödenmesinde, üstlenenin hukuki sonuç doğurma) amaçlı davranışında bir öneri görülmemelidir. Öneri (özellikle) etersizdir. Bu nedenle açıklanan yorum tarzına mutlaka bağlı kalınmalıdır. Bkz., **Hasler**, s. 81-82.

⁴⁴³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 276

⁴⁴⁴ Yazarlara göre, üçüncü kişinin alacaklıya olan borcu için yaptığı kısmi tahakkük alacaklı tarafından ona tahakkük edilmesi, öneride bulunan üçüncü kişinin ifa süresinin uzatılması için yaptığı talebin alacaklı tarafından kabul edilmesi, seçimlik borçlarda üçüncü kişi tarafından seçim hakkının kullanılmasına alacaklı tarafından muvafakat edilmesinin kabul anlamına gelmektedir. Bkz., **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 276.

borçlunun temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği. durumlarda, yukarıdaki şarlar gerçekleşse bile bu kabul anlamına gelmez⁴⁴. O halde, borcun iç üstlenilm si sözleşmesi yapan üçüncü kişinin ifasının bu nitelik ve özelliğe sahip 0: maması halinde dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak "kabur olarak kabul edilemeyecektir.

*Hasler*⁴⁴⁶, iç üstlenme sözleşmesi yapan üçüncü kişinin faiz veya taksit ödemesini kabul eden alacaklının, borcun kalan kısmı için önceden sorumlu olan borçlunun yerine, ifada bulunan üçüncü kişiyi borçlu olarak kabul etmek istediği ihtimalinin oldukça yüksek olduğunu ileri sürmektedir. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapan üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen bir ifanın veya borçlu sıfatı ile yapılan herhangi bir işlemin alacaklı tarafından kabul edilmesinde taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı taktirde dış üstlenme sözleşmesinin kabulünün varlığını kabul etmek gerekir. Ancak alacaklı da, üstlenen tarafından gerçekleştirilen bir ifanın veya yapılan işlemin kabulünde bir çekince göstermek şartıyla söz konusu etkileri ortadan kaldırma hakkına her zaman sahiptir. Hatta alacaklı tarafından bir çekince gösterilmemiş olsa bile borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklı tarafından istenmediğinin mevcut durum ve koşullardan kesin olarak anlaşılabildiği hallerde, alacaklı tarafından kabulün gerçekleşmediğini ve böylece dış üstlenme sözleşmesinin kurulmadığını kabul etmek gerekir⁴⁴⁷. Doktrinde bir kısım yazar alacaklının herhangi bir kayıt şart veya çekince göstermeksizin borcu üstlenenin kısmi ödeme, faiz veya taksit ödemesini kabul etmesi ya da borçla ilgili başka bir işlemini kabul etmesi halinde bunun kabule ilişkin bir karine olduğunu ileri sürmektedirler⁴⁴⁸. *Kanımızca*, kanunda yer alan açık düzenleme nedeniyle artık bunun bir karine olduğunu kabul etmek kanun koyucunun amacıyla da uyusmaz. Alacaklının, üstlenen tarafından yapılan ödeme veya borçlu işlemlerini kabul etmesinden sonra, burada bir kabul beyanının mev-

.1.1⁵ **von Tuhr/Escher**, s. 385; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 276.

-w, Bkz., **Hasler**, s. 82-83.

.1.1.11 Taksit ve faiz ödemelerinin alacaklı tarafından çekince gösterilmeksizin kabul edilmesinin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasını sağlayan kabul anlamına gelmediği diğer bir durum borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından bir öneride bulunulmaması halidir. Gerçekten de bu son durumda, alacaklı) a üstlenen tarafından bir öneri sunulmamasına rağmen.) apılan kısmi ödeme veya diğer borçlu işlemlerinin çekincesiz olarak alacaklı tarafından 1-.abul edilmesi dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamaz. Çünkü alacaklı) a) öneltilmiş bir öneri be) anı olmaksızın, alacaklının kendi kendine açıl-.la)acağı 1-.abul be)anı "kabul" anlamına gelmez.

.1.1.18 **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 277; **von Tuhr/Escher**, s. 385; **Oserl Schöncnberger**, s. 1022; **HonsellNogt/Wicgand**, Art. 176, N. 8. s. 853. Al-.si)önde bkz., **Schwenzcr**, s. 562; **Hasler**, s. 82 vd.

cut olmadığını ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir⁴⁴⁹.

Doktrinde, *Honsell/Vogt/Wiegand* ve *Schwenzer* tarafından borcu üstlenen tarafından yapılan kısmi ödemelerin alacaklı tarafından bir çekince gösterilmeksizin kabul edilmesinin bunların alacaklı tarafından örtülü olarak kabul edildiğine ilişkin bir karine olduğu ileri sürülmektedir⁴⁵⁰. Çünkü bu durumlarda, her ne kadar alacaklı tarafından yapılan ödemeler kabule dilmiş olsa da aslında burada alacaklının borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasını sağlamak üzere değil, alalede üçüncü kişinin ifasını kabul etme şeklinde bir iradeye sahip olabilir⁴⁵¹. Keza alacaklı bunlarında ötesinde üçüncü kişi tarafından yapılan bu ifayı borçlunun temsilcisi sıfatıyla **hareket** edildiğini düşünerek de kabul etmiş olabilir. Tüm bu nedenlerle, borçlu tarafın değişmesinin özellikle borcu üstlenenin ödeme gücünün daha zayıf olma ve bu nedenle alacaklının zarara uğrama riskinin bulunduğu hallerde, alacaklı tarafından açıkça kabul beyanı açıklanmadıkça alacaklının fiil ve davranışlarından dış üstlenme sözleşmesinin kabulü sonucunun çıkarılmaması gerekir.

Borcu üstlenen tarafından faiz veya taksit ödemesinin ya da herhangi bir borçlu işleminin alacaklı tarafından kabul edilmesinin dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayan bir "*kabul*" olarak kabul dilebilmesi bu işlemlerin aynı zamanda borçlu adına değil üstlenen kişinin bizzat kendi adına yapmış olması gerekir⁴⁵². Aksi takdirde bu borcun dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasına ilişkin kabulün değil, üçüncü kişi tarafından yapılan ifanın kabulü anlamına gelir. Ayrıca, alacaklının yapılan ödemeleri kabul etmesine rağmen, kendi fiil ve davranışları ile eski borçluyu muhafaza etme arzu ve iradesini taşıdığı anlaşılabiliriyorsa kabule ilişkin karinenin işlemesi de mümkün olmaz. Başka bir ifade ile bu gibi bir durumda artık dış üstlenme sözleşmesinin kurulduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, alacaklının dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayacak "*kabul*" beyanının açıkça ifade edilmesi şarttır.

⁴⁴⁹ Üstlenen tarafından ödenen faizler ve taksitlerin alacaklı tarafından 1-abul edilmesinin borcun dış üstlenme sözleşmesi için sunulan önerinin kabulü anlamına gelip gelmediği Alman Hukuku için daima şüpheli olmuştur. İlk dönemlerde bu durum bir "*kabur*" olarak kabul edilmezken, son dönemlerde aılık bu soru)olumlu cevap verilmesi gerektiği öünde görüşler ileri sürülmektedir. Bkz., **Haslcr**, s. 82 vd.

⁴⁵⁰ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853; **Schwenzer**, s. 562;

⁴⁵¹ **Bckcr**, Art. 176, N. 5, s. 820; **Oscr/Schöncnberger**, s. 1022; **Kostkiewicz/ Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 176, N. 4, s. 395; **von Tuhr/Escher**, s. 385; **HonsellNogt/ Wiegand**, Art. 176, N. 8, s. 853; **Keller/Schöbi**, s. 79; **Gauch/Schhiep/ Schmid/Emmcnegger**, s. 276-277; **Schwenzer**, s. 562-563; **Haslcr**, s. 81 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 594; **Tunçomağ**, s. 1128 vd.; **Tckinny/Akmnn/Burcuoğlu/Altop**, s. 275-276; **eren**, s. 1249-1250; **Bckcr**, Art. 176, N. 4, s. 819-820. **Kılçoğlu**, s. 790.

⁴⁵² **voritühr/Escher**, s. 385; **Gnuch/Schlucp/Schmid/Enmmenegger**, s. 276-277.

iv. Borç/11111111Rızasuun Aranıp Aranmayacağı Sorunu

.. Borçun-İş üstlenme :özellikşmesi a_ alacaklı ile üstlenen arasında gerçekleştirilen bir sözleşme olduğu için, bu sözleşmenin kurulup, geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için borçlunun rızasına gerek yoktur. Zaten, TBK. m. 196'da da bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. Buna karşılık borcu üstlenen üçüncü kişinin borçlu ile bir iç üstlenme sözleşmesi yapmaksızın veya tamamen borçlunu iradesi ve bilgisi dışında alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yaparak veya borcu doğrudan doğruya ifa ederek borcu üstlenip üstlenemeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş borçlunun iradesi ve bilgisi dışında da borcun üstlenilmesinin gerçekleşebileceğini savunmaktadır⁴⁴. Borcun üstlenilebilmesi için borçlunun nza. sına gerek olmadığını savunan yazarlar borçlunun rızası olmaksızın üçüncü kişi tarafından ifanın geçerli olduğu borçların borçlunun rızası olmadan üstlenilebileceğini hatta alacaklı bakımından benzer sonuçlar doğuran alacağın devrinde de borçlunun rızasının aranmadığını ileri sürmektedirler⁴⁵⁴.

Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise, borçlu ile üstlenen arasında önceden bir iç üstlenme sözleşmesi yapılmadan dış üstlenme sözleşmesinin mümkün olamayacağını; başka bir ifade ile borçlunun rızası ve bilgisi dışında dış üstlenme sözleşmesinin yapılamayacağını savunmaktadırlar⁴⁵⁵. Bu yazarlar daha çok, borcun üstlenilmesinin bir nevi ibra niteliğinde olduğu ve bu nedenle borçlunun rızası olmaksızın lehine bir ibra işleminin gerçekleştirilemeyeceğini savunmaktadırlar. Borçlunun rızası olmaksızın borcun üstlenilmesinin mümkün olmadığını savunan *Kılıçoğlu'na* göre; borcun üstlenilmesi öncelikli olarak borçlunun istek ve rızasını gerektirir. Borçlunun isteği ve iradesi dışında borç ilişkisinden uzaklaştırılıp onun yerine bir başkasının geçmesi mümkün değildir. Alacaklı borçlunun iradesi olmadan onun yerine borç ilişkisini bir başkası ile devam ettirirse borca aykırı davranmış olur. Bu durumda borçlunun borcunu ifa etmesini imkansız hale getirmekten dolayı TBK. ın. 112 gereğince sorumlu olur⁴⁵⁶.

¹⁵³ Oser/Schöncnberger, s. 1021; Bccker, Art. 176, N. 3, s. 819; Tunçomağ, s. 1127; HonsclVVogt/Wiegand, Art. 176, N. 5, s. 852; Uygur, s. 857.

⁴⁵ Dol.,trinde Siber tarafından bir hukuki işlemin tasarruf işlemi niteliği borçlandırıcı işlem eti-isi ile a) rılmaz şekilde birleştiği için birbirinden a_ rılamaz. Bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişi borçlandırıcı işlemle bir sorumluluk (borç) üstlenmedikçe asıl borçlunun borçtan kurtuluşu gerçel-leşemez. Bu nedenle borcun dış üstlenilmesi de hukul-i niteliği itibari) le tamamen sebebe bağlı bir işlemdir. Başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesi için mutlaka üstlenenin önceden (iç üstlenme sözleşmesi ile) bir sorumluluk, bir borç alması gerekl-ir. 81-.z., Mcier, s. 51'den naklen.

⁴⁵⁵ Oğuzman/Öz bu konuda kesin bir sonuca varmamakla birlikte, borcun iç üstlenme sözleşmesini borcun üstlenilmesinin ön aşaması olarak 1.,abul etmel,.tedir. Bkz., Oğuzman/Öz, C. il, s. 589.

¹ Bl.,z., Kılıçoğlu, s. 785.

§12. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI

/ . Genel Olarak

Dış üstlenme sözleşmesinin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması ile birlikte gerek alacaklı, gerek üstlenen ve gerekse borçlu bakımından önemli sonuçlar ortaya çıkar⁴⁵⁷. Dış üstlenme sözleşmesinin ilk ve en önemli sonucu borçlunun yerine borcu üstlenen üçüncü kişinin geçmesi suretiyle borçlu tarafın değişmesi ve böylece borçlunun borcundan kurtulmasıdır⁴⁵⁸. Dış üstlenme sözleşmesi ile sadece borçlu taraf değiştiği için sözleşmenin konusunu oluşturan borcun içerik ve niteliğinde bir değişiklik meydana gelmez. Borcun içerik ve niteliğinde bir değişikliğin meydana gelmemesi "borç içeriğinde ayniyet ilkesi" olarak ifade edilmektedir⁴⁵⁹. Başka bir ifade ile borçlu ile alacaklı arasında önceden kurulmuş olan borç ilişkisi bütün özellik ve hükümleri ile varlığını korumakta, sadece borcu ifa edecek borçlu değişmektedir. Çünkü borcun dış üstlenilmesinde borç ilişkisinde sadece borçlu taraf değiştiği için borcun kapsam ve nitelik olarak değişmesi sonucunu doğuran "yenileme" söz konusu değildir. Buna karşılık borcun dış üstlenilmesi borcun ikrarı anlamına geldiğinden zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Borcun dış üstlenilmesinin sonuçları hal, ..kında bkz., **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278 vd; **Eren**, s. 1250 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 178, . 1 , d. s. 856; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 598 vd.; **Tunçomağ**, s. 1132,d.; **Becker**, Art. 178. . I. s. 824 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 276 vd.; von Tuhr, s. 893 ,d.; Oser/Schönenberger, s. 1027 vd.; Berger, s. 802 vd.; Schwenzer, s. 563 , d; Lareoz, s. 609 vd.; Keller/Schöbi, s. 80 vd.; Uygur, s. 860-861.

⁴⁵⁸ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 278; Schwenzer, s. 563; Honsell, Art. 176. N. 7, s. 683; Becker, Art. 178, N. 1, s. 824; Berger, s. 802; von Tuhr/Escher, s. 389; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 276 vd.; von Tuhr, s. 893 , d.; Oser/Schönenberger, s. 1027 vd.; Keller/Schöbi, s. 80; Uygur, s. 860-861; BGE 121111 256:

⁴⁵⁹ Bkz., Eren, s. 1251; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 278; Oser/Schönenberger, s. 1027; von Tuhr/Escher, s. 390; Uygur, s. 860-861. Uygulama, e doktrinde, borcun üstlenilmesi konusu incelenirken daha çok borç ilişkisinin devri: yani sözleşmenin devri ile karıştırılmaktadır. Üstlenilen borcun üstlenilmesi ile sadece dar anlamda borç devredilmekte, birden fazla borçtan oluşan geniş anlamda borç ilişkisi devredilmediği için, laranar arasındaki birden fazla borçtan sadece biri devredilmekte, diğer arşılıklı hak ve ilkömlülükler ile diğer borçlara nen varlığını ı...orumalı...tadır. Aksinin ı...abulü, borcun üstlenilmesi değil, borç ilişkisinin devri anlamına gelir.

⁴⁶⁰ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Berger**, s. 806. Borcu üstlenen ile alacaklı arasında dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurması ile birlikte aslında üstlenen, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ifa etmektedir. Bu nedenle borcun dış üstlenme sözleşmesi aynı zamanda borcun ifası anlamına geldiğinden, borcun ifasına ilişkin hükümler burada cin a nen geçerlidir.

il. Borçlunun Borçtan Kurtulması

Borcun dış üstlenme sözleşmesinin en önemli sonucu ve bu arada am borcu üstlenen yeni borçlunun önceki borçlunun yerine geçmesi ve bö)le: c_eki borçlunun bor_undan kurtulmasıdır. Borcun dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ve hüküm ve sonuç doğurmaya başlaması ile birlikte borçlu borcundan kurtulmakta ve onun yerini borcu üstlenen almaktadır. Bu sonuç borcun üstlenilmesinin çift etkili bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin kurulmasıyla birlikte aynı anda ortaya çıkar⁴⁶¹. Gerçekten de ilk etki olarak üçüncü kişi borcu üstlenmekte ve bunun sonucu olarak da eski borçlunun borcundan kurtulması şeklinde ikinci etki ortaya çıkmaktadır⁴⁶². Borcu üstlenen üçüncü kişi taraf iradelerine bağlı kalmaksızın kanundan dolayı (*ipso iure*) üstlenme anındaki şekil ve içerik ile borcu üstlenmektedir. Bu nedenle borcun üstlenilmesi ile birlikte alacaklının bu borç nedeniyle borçluya karşı kullanabileceği bütün hak ve yetkiler de kural olarak ortadan kalkmaktadır⁴⁶³. Buna karşılık taraflar arasındaki borç ilişkisi nedeniyle borçlu ve alacaklı arasındaki hukuki ilişkiler aynen varlığını korur. **Başkabir** ifade ile borcun dış üstlenilmesi borçlu tarafın değişmesinin dışında başka hiçbir etkiye sahip değildir⁴⁶⁴. Bu nedenle, borcun üstlenilmesi gerek borcun kapsam ve içeriğinde gerekse borca bağlı olan haklarda hiçbir değişiklik meydana getirmez ve bunlar aynen varlığını korumaya devam eder (TSK. m.

⁴⁶¹ von Tuhr/Escher, s. 389; Eren, s. 1247; Esser/Schmidt, s. 615; Hasler, s. 8, 6d. churter, s. 44, d.; Albert, s. 2, 4 d.; Honsell/Nogt/Wiegand, Art. 176. 6 s. 851; Maurer, s. 240 vd. Borcu üstlenen ile alacalı arasında)apılan sözleşme, sözleşme c u)gun bir taraf değişimi sağlamadığı; a) nı zamanda bir borçlandırıcı işlem niteliğinesahip olduğu düşüncesini temel esas olarak benimsen)en çifte işlem teorisi kabul edilmiştir. Anca!- halı.im teori olan tasarruf (ona) teorisi taraftarlarınca üstlenenin bö)le bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olmadığını açıl-ça reddedilmiştir. B1-z., **lleckelmnnn**, s. 26; **Paulsen**, s. 40 vd.

⁴⁰² Borcun dış üstlenilmesine çifte etli-i ,eren özelli!- bu işlemin hem taahhüt hem de tasarruf işlemi niteliğine sahip olmasıdır. Buna göre borcu üstlenen kişi borcu üstlenmel..le ü. 1-ünlü olup bu jülü.ömlülük alacalı.lı) a borcu üstlenene başvurma hal-lı.ı vermel-tedir. A) nı zamanda alacal-lı bu işlemle borçlu) u borçtan kurtarmakta ve bir nevi borçlu)u ibra etmeli.tedir. Bu nedenle hem taahhüt hem de borçlandırıcı işlem niteliğine sahip olan borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin al-dedilebilmesi için ıaranarın fiil ehli)etinc sahipol• malan genel.ir. A)rica !-endi alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunduğu için alacal..lının a)nı lam:ında tasarruf)eti-isine sahip olması gerekir. B1-z., **Gauch/ chluçp/ chmid/ Emmcnegger**, s. 275-276; **Tunçomnğ**, s. 1132.

^{41>1} Albert, s. 2, 4d.; llon ellNogt/Wiegnnd, Art. 176. 6 s. 852; 1ıurcr, s. 240 ,d, llckcr, Art. 178. . 1, s. 824; von Tuhr/Eschler, s. 389; Eren, s. 1247; Esscr/ chmidt, s. 615; lluslcr, s. 86 vd.: chırtcr, s. 44 vd.;

1,1 Bckcr, Art. 178, . 1. s. 824; ygur, s. 860-861.

)98)⁴⁶⁵. Kanun koyucu bu hakların kim tarafından kullanılacağı konusunda bir ayırım yapmaksızın ilke olarak bunların hiçbir değişikliğe uğramaksızın aynen varlığını koruyacaklarını kabul etmiştir.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin borç ilişkisinde sadece borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğunması ve bunun dışında borç ilişkisinin aynen varlığını koruması aslında borç ilişkilerinde cüz'i halefiyetin mümkün olup olamayacağı konusu ile ilgilidir⁴⁶⁶. Acaba, bir borç ilişkisinin unsurlarından olan alacağın veya borcun hukuki nitelik ve kimliğini kaybetmeksizin bir üçüncü kişiye devri mümkün müdür? Başka bir ifade ile özellikle bir borcun borçlunun malvarlığından çıkıp herhangi bir şekilde niteliğini (kimliğini) değiştirmeksizin bir başkasının malvarlığına girmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Roma Hukukunda borç ilişkilerine cüz'i halefiyet tanınmamıştır. Roma Hukukuna göre borç ilişkisi, taraflar arasında onları birbirlerine sıkıca bağlayan, sözleşme ilişkisi dışında **kişisel** özelliklerinde etkili olduğu bir hukuk bağı oluştunnaktaydı. Bu hukuki bağ, sadece içeriği değiştirilemeyen bir bağ değil; aynı zamanda bütün hukuki nitelik ve özellikleri ile değişmeksizin aynen kalan bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle borç ilişkisinde aktif ve pasif tarafın değişmesi mümkün olmadığından bunların devri de mümkün değildir. Bu, borç ilişkisinde bir üçüncü kişinin alacaklı veya borçlunun yerine geçmesinin söz konusu olduğu "yenileme" kurumunu bundan ayırmak gerekir. Çünkü yenilemede borç ilişkisindeki borç aynen kalıp sadece tarafların değişmesi değil, dar anlamda borç ilişkisinin ve bu arada borcun sona erdirilip, onun yerine yenisinin kabule dilmesi söz konusudur. Bu hukuki kurumun zaten borç ilişkisinde cüz'i halefiyet olarak kabul edilmesi de hukuken mümkün değildir. Bu nedenle Roma Hukukunun etkisi altında gelişen müşterek hukukta da borç ilişkilerinde cüz'i halefiyetin kabul edilmemesi gayet normal olarak karşılanmıştır. Ancak Delbrück'ün bu konuda yayınladığı makalesinde savunduğu düşünceleri ile birlikte, borç ilişkilerinde artık cüz'i halefiyetin varlığının kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. İşte, bu düşüncelerin savunulduğu ilk dönemlerden itibaren borcun üstlenilmesi ile birlikte bir borç ilişkisinin külli halefiyete yol açacak şekilde devrinin yanında, borç ilişkisi ve borç aynı kalmak şartıyla sadece borçlunun değişmesi de kabul edilmiştir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Gerçeği-.ten de bunlara) nen varlığın koruma) a devam etmekle birlii-.te sadece bu hakların) eni borçlu tarafından alacaklıa karşı ileri sürölüp sürülemeyeceği tartışma konusu) açıklabilir.

⁴⁶⁶ Borç ilişkisinde cüz'i halefiyet 1-onusunda bl.-z., **Haslcr**, s. 7 vd.; **Schurter**, s. 8 vd.; **Paulsen**, s. 11 vd.; **Wenclt**, s. 6 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Uygur**, s. 860-861.

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Haslcr**, s. 8-21; **Maurer**, s. 200 vd.; **Schurter**, s. 3 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Meier**, s. 12; **Korncler**, s. 12 vd.; **Wenclt**, s. 16; **Uygur**, s. 860-861.

Dış üstlenme sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı andan itibaren eski borçlu serbest kalır. Başka bir ifade ile artık alacaklı eski borçlunun malvarlığından takas yoluyla dahi alacağını tahsil etme yoluna başvuramaz. Bu durumun kanundan dolayı doğrudan doğruya gerçekleşeceği için tarafların ve özellikle borçlunun bu konuda olumlu veya olumsuz özet bir davranışta bulunmasına veya herhangi bir irade açıklamasına gerek yoktur⁴⁶⁸. Çünkü üstlenen ve üçüncü kişi arasında gerçekleşen dış üstlenme sözleşmesi borçlunun haberi olmaksızın hatta iradesine aykırı bir şekilde de gerçekleşebilmektedir⁴⁶⁹. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurmasıyla birlikte, borcu üstlenen üçüncü kişi asıl borçluyu borcundan kurtarma sorumluluğunu yerine getirmiş olur⁴⁷⁰. Böylelikle, dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan borç, borçlunun malvarlığından çıkarak borcu üstlenen üçüncü kişinin malvarlığına girmiş olur. Başka bir ifade ile borç ilişkisinde cüz'i halefiyet sonucu gerçekleşmiş olur⁴⁷¹.

İç üstlenme sözleşmesi borçluyu borçtan kurtarmaya yönelik bir taahhüt niteliğinde iken, borcun dış üstlenilmesi, bu taahhüdünün ifası niteliğindedir⁴⁷². Buna karşılık borçlunun, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra, alacaklıya borcunu ifa etmesi de her zaman mümkündür. Bu durum borçlunun, alacaklının borcu üstlenene karşı olan hakkına müdahale anlamına gelmektedir. Borçlu tarafından ifa halinde doğal olarak borcu üstlenen üçüncü kişi de "borçluyu borcundan kurtarma borcundan" kurtulmuş olur. Borçlu borcu üstlenene karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talepte bulunabilir.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması ile birlikte borçlunun alacaklı ile olan ilişkileri bakımından esas itibarıyla bu borç dışında bir değişiklik meydana gelmez. Çünkü alacaklı ile borçlu arasında geniş anlamda

⁴⁶⁸ Başlıca bir ifade ile borçlunun borcundan kurtulması için roma hukukundaki gibi *Exnexuation* işlemine gerek yoktur. Bkz., **Hasler**, s. 86.

⁴⁶⁹ Bkz.. **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 176, N. 5, s. 852; **Hasler**, s. 85 vd.; **Tunçomağ**, s. 1127; **Becker**, Art. 176, N. 3, s. 819; **Oser/Schönenberger**, s. 1021.

⁴⁷⁰ **Hasler**, s. 86 vd.; **Uygur**, s. 860-861.

⁴⁷¹ **Hasler**, s. 7 vd.; **Schurter**, s. 8 vd.; **Paulsen**, s. 11 vd.; **Wendt**, s. 6 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.

⁴⁷² **Hasler**, s. 88. Gerçekten de kanunun koyduğu, TBK. m. 195'de borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan üçüncü kişinin borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yaparak borçluyu borcundan kurtarabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak kanunda yer alan bu düzenleme dar yorumlanmamalıdır. Başka bir ifade ile borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi) aparı üçüncü kişi dış üstlenme sözleşmesi dışında borcun ifası anlamına gelen diğer hukuki yollardan birine başvurmak sureti) ile de bu borcunu ifa edebilir. Bu nedenle dış üstlenme sözleşmesinin yapılması da iç üstlenme sözleşmesinin ifası niteliğindedir.

borç ilişkisi borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile sona *ermeim*. Dış üstlenme sözleşmesi, borç ilişkisi kapsamında yer alan birden fazla edim veya borçtan sadece birisi için söz konusu olup, taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdiren bir sebep değildir. Bu bakımdan borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasından itibaren alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiler mevcut hukuki ilişkiler çerçevesinde devam eder. Kaldı ki, borçlu veya borcu üstlenen tarafından borcun dış üstlenilmesi için yapılan önerinin alacaklı tarafından reddedilmesi halinde, borçlu ve alacaklı arasındaki mevcut ilişki aynen varlığını koruyacağı gibi borçlu ile üstlenen üçüncü kişi arasındaki iç üstlenme sözleşmesinden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükler de aynen varlığını koruyacaktır. Bundan sonra borcu üstlenenin asıl sorumluluğu borçluyu borcundan kurtarmaya yönelik olup bunu ya alacaklıya ifada bulunmak suretiyle veya dış üstlenme sözleşmesinin kurulması için yeni bir öneri vermek suretiyle yerine getirecektir. Başka bir ifade ile alacaklı tarafından önerinin reddedilmiş olması borçlunun durumunu daha da kötüleştiremez.

1/1. Diğer Sonuçları

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin en önemli sonucu borçlu tarafın değişmesi ve böylece borçlunun borcundan kurtulmasıdır. Kanun koyucu bu ana etki dışında borcun dış üstlenilmesi ile birlikte bir kısım yan etkilerin de meydana geleceğini açıkça düzenlemiştir. Bu etkiler, alacaklı, borçlu ve borcu üstlenen üçüncü kişi bakımından ortaya çıkan sonuçlardır. İşte bu etkilerden ilki **TBK. m. 198'de** düzenlenmiş bulunan bağlı haklarla (*fer'i haklar*) ilgili olup ikincisi ise **TBK. m. 199'da** düzenlenmiş olan savunmalarla (*defiler*) ilgilidir.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasından sonra bu borç bakımından alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki sona erdiği için alacaklının borçluya karşı herhangi bir hak veya talep ileri sürmesi mümkün değildir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin herhangi bir sebeple borcu ihlal etmesi, ödeme güçlüğü içine düşmesi veya herhangi bir sebeple borcu ifa etmemesi halinde, alacaklının borçluya başvurması mümkün değildir. Ayrıca borcun üstlenilmesi kural olarak borcun içerik ve niteliğinde de bir değişikliğe yol açmaz. Borç borcun üstlenildiği andaki durum ve içeriği ile borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından üstlenildiği için, borçlu tamamen borç ilişkisinden ayrılmıştır.

m **Haslcr**, s. 8-21; **Maurcr**, s. 200 vd.; **Schurter**, s. 3 vd.; **Schönrock**, s. 8 vd.; **Meicr**, s. 12; **Kornder**, s. 12 vd.; **Wendt**, s. 16.

A. Bağlı Hakların Durumu

1. Genel kural

Türk/İsviçre hukukunda borcun üstlenilmesi ile birlikte bağlı hakların kural olarak bir değişikliğe uğramayarak aynen varlığını koruyacağı açıkça hükme bağlanmış olmakla birlikte, Alman hukukunda bu konuda herhangi bir hükme yer verilmemiştir⁴⁷⁴. Alman hukukunda bu konunun kanunda açıkça düzenlenmemesi, her bir bağlı hakkın özelliğine göre hareket edilerek çözüme kavuşturulması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁷⁵. Başka bir ifade ile bağlı hakların borcun dış üstlenilmesinden etkilenip etkilenmeyeceğine her bir bağlı hakkın özelliğine göre karar vermek gerekir.

TBK. m. 198'de (OR. Art. 178), bağlı (*yan, fer 'i*)⁴⁷⁶ hakların borçlu tarafın değişmesinden etkilenmeyeceği ana kuralı kabul edilmekle birlikte, bağlı hakların kapsamına nelerin girdiği konusunda ayrıntılı bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle ilk olarak bağlı haklar kavramının kapsam ve sınırlarının belirlenmesi ve ona göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Bağlı haklar esas itibarıyla borç ilişkisinden doğan alacak hakkının amacına hizmet eden, ancak bu haktan ayrı, özel niteliklere sahip olan ve bu yönüyle de alacak hakkının bir parçası olmayan haklardır⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ TBK. m. 198 (OR. Art. 178) hükmüne benzer bir hüküm Alman Medeni Kanunu'nun ilk taslağında yer almaktaydı (8GB § 317). Ancak bu hüküm kanunun ikinci taslağında yer almamış ve kanun metninden çıkartılmıştır. Bkz., **Meier**, s. 37; **Westermann**, s. 1735 - 1736.

⁴⁷⁵ Bkz., **Meier**, s. 37 vd.; **Musielak**, s. 515 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 417, N. 1-2, s. 685; **Westermann**, s. 1735 - 1736

⁴⁷⁶ Bu haklar 818 sayılı Kanunda "*müteferri haklar*" kavramı ile ifade edilmiş ve uygulama ve doktrinde de daha çok "*yan haklar*" veya "*fer'i haklar*" kavramı kullanılmıştır.

⁴⁷⁷ Bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 992; **Eren**, s. 29; **Kıhçoğlu**, s. 19 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 14; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 599 vd.; **Tunçomağ**, s. 1133 vd.; **Dural/Sarı**, s. 173 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Westermann**, s. 1735 - 1736; **İnan**, s. 397-398; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 417, N. 1-2, s. 685; YHGK, T. 02.02.2005, E. 2004/10-771, K. 2005/24; YHGK, T. 01.03.2006, E. 2005/10-755, K. 2006/32 : "Bir borç ilişkisi, asıl hakla birlikte bazı fer'i hakları da içerir. Borç ilişkisinin içerdiği asıl hak, alacak hakkı; fer'i haklar ise, cezai şart, faiz, kefalet, rehin, hapis hakkı gibi haklardır. Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerli olup, asıl alacak ile birlikte doğar; varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler. Borcu sona erdiren en önemli neden, tarafların kendilerine yüklenen edimleri ifa etmeleridir. Genel olarak ifa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir. Kural, asıl borç sona erdiğinde, bu borca bağlı fer'i borçlarında sona ereceğidir. Bu sonuç ek bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir".

Bağlı haklar sadece asıl hakka bağlı olarak bir değeri ifade eder. Aslında tek başına bir anlam ve öneme sahip değildirler ve varlık ve geçerlilikleri asıl hakkın varlık ve geçerliliğine bağlıdır. Borç ilişkisinden doğan bağlı haklar, esas itibariyle alacak hakkını genişleten ve alacak hakkını garanti altına alan haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır-ı⁷⁸. Alacak hakkını genişleten bağlı haklar faiz, ceza koşulu ve gecikme tazminatı iken, alacak hakkını garanti altına alan bağlı hakların kefalet ve rehin hakları olduğu kabul edilmektedir. Ancak doktrinde ileri sürülen görüşlerden, TBK. m. 198' de kullanılan bağlı hakların "*alacak hakkını genişleten*" ve "*alacak hakkını garanti altına alan*" haklarla sınırlı olmadığı ve bu ayrıma ginenen diğer bazı hakların da mevcut olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bağlı haklar kavramını alacak hakkını genişleten, alacak hakkını garanti altına alan bağlı haklar ile bu ayrıma girmeyen diğer bağlı haklar şeklinde yorumlamak daha isabetli olacaktır. O halde, TBK. m. 198'de yer alan bağlı haklar kavramını genel olarak faiz, ceza koşulu, gecikme tazminatı, kefalet ve rehin hakları ile bu ayrıma girmeyen diğer bağlı haklar şeklinde anlamak gerekir⁴⁷⁹. Nitekim doktrinde farklı yazarlar tarafından bağlı haklar kavramının daha geniş kapsama sahip olduğu ve bağlı hakların bunlardan ibaret olamayacağı yenilik doğuran haklar ile rüçhan hakları gibi diğer bir kısım hakların da bağlı haklardan olduğunu ileri sürmektedirler⁴⁸⁰. Ancak yenilik doğuran hakların bağlı haklar kapsamında olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü yenilik doğuran haklar ve diğer rüçhan hakları borç ilişkisinden doğan bağlı haklar değil, esas itibariyle borç ilişkisinden doğan ikincil, yani tali haklardır. Tali haklar, yararlanma haklarının karşısını oluşturan düzenleme haklarına dahil olup yararlanma haklarını etkileyen, onları kuran, değiştiren, devreden veya ortadan kaldıran haklardır⁴⁸¹. Kanımızca, hukuki niteliği itibari ile bağlı hak

⁴⁷⁸ Oser/Schönenberger, s. 992; Eren, s. 29; Kihçoğlu, s. 19 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 14; Oğuzman/Öz, C. il, s. 599 vd.; HonsellNogt/Wiegand, Art. 178, N. 1-2, s. 856; Dural/Sarı, s. 173 vd.; Tunçomağ, s. 1133 vd.; Musielak, s. 515 vd.; Prütting/Wegen/Weinreich, § 417, N. 1-2, s. 685.

⁴⁷⁹ Bağlı haklar kavramından sadece teknik ve hukuki anlamda fer'i hakları anlamak, Türk Borçlar Kanununda yer alan borcun üstlenilmesine ilişkin hükümlerin içerik ve amaçlarını dar yorumlayarak sınırlamak anlamına gelir. Çünkü borcun üstlenilmesinin en önemli sonucu olan borcun herhangi bir değişikliğe uğramaksızın bir başkasının malvarlığına devri, bu borca bağlı sadece fer'i haklar değil, bu borca bağlı olan bütün hak ve yükümlülüklerin de borcu üstlenene geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, TBK. m. 198'de) er alan bağlı haklar kavramını sadece fer'i haklarla sınırlamamak, daha geniş yorumlamak gerekir.

⁴⁸⁰ Bu görüş için bkz., Franko, s. 177 vd.; Karş., Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 278; Ayrıca bkz., Oser/Schönenberger, s. 992; Becker, Art. 170, N. 2; Honsell, Art. 178, N. 1, s. 685; HonsellNogt/Wiegand, Art. 178, N. 1-2, s. 856. Prütting/Wegen/Weinreich, § 417, N. 1-2, s. 685.

⁴⁸¹ Bkz., Eren, s. 29, Oser/Schönenberger, s. 992; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 14; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 599 vd.; Tunçomağ, s. 1133 vd.; Kihçoğlu, s. 19 vd.;

olarak kabul edilemeyen bir kısım hakların, bağlı hak sayılması yerine, TBK. m. 198'de yer alan hükmün bağlı haklar dışında diğer bir kısım hakları da kapsadığı şeklinde yorumlanması daha isabetli olacaktır⁴⁸².

Sonuç olarak, TBK. m. 198'de yer alan "*Borçlu değişmiş olsa bilebağlı hakları saklı kalır*" şeklindeki hükümden bağlı hakların kapsamına alacağı genişleten ve garanti altına alan bağlı haklar ile bu ayrıma girmeyen diğer bağlı hakların girdiğini, ancak fer'i haklar dışında diğer bir kısım hakların da kastedildiğini kabul etmek gerekir⁴⁸³. Bu bakımdan borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden etkilenmeyen ve varlığını devam ettiren hakların tamamının TBK. m. 198'de yer alan bağlı hak kapsamına dahil edilmesine gerek yoktur. Bağlı hak olmasa bile kanun veya sözleşme gereğince aradaki borç ilişkisinden doğan ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile sona ermeyip varlığını devam ettiren diğer haklar da olabilir. Bu nedenle belirli bir alacağa bağlı olması halinde rehin hakları ve kefaletler, hapis hakkı, henüz muaccel olmamış faizler ile maktu tazminatlar ve gelecekte elde edilecek semereler üzerindeki dava haklarının dış üstlenme sözleşmesinden etkilenmeyeceği ve aynen devam edeceği kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Bunun dışında, rekabet yasağı, kişisel bir alacağın önceden tapu siciline şerh verilmesini, taahhüt edilen teminatın yerine getirilmesini ve hesap verilmesini isteme hakları da sona ermeyip varlığını korumaktadır⁴⁸⁵. Ayrıca bir alacak veya onun teminat miktarları ile ilgili doğru tespit yapılmaması nedeniyle görevlilere karşı açılacak dava haklarının, ispat araçlarının teslimini talep hakkının, tapu sicilindeki yolsuz tescilin düzeltilmesini talep hakkı ile mülkiyeti muhafaza kaydının da devam edecek haklar arasında yer aldığı kabul edilmektedir⁴⁸⁶.

Nihayet, yenilik doğuran haklar⁴⁸⁷ ile bir kısım rüçhan hakları da borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile sona ermeyip varlığını devam ettirmektedir. Aynı şekilde yetkili mahkeme ve tahkim şartı da varlığını devam ettiren

Honsell, Art. 178, N. 1, s. 685; **Dural/Sarı**, s. 175 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 278;

⁴⁸² Bkz., **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **Hasler**, s. 89 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 278;

⁴⁸³ **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **Hasler**, s. 89 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856.

⁴⁸⁴ **Oser/Schönenberger**, s. 992; Ayrıca bkz., **Becker**, Art. 170, N. 2; **Meier**, s. 38 vd.; **Yon Tuhr/Escher**, s. 392; **Keller/ Schöbi**, s. 80.

⁴⁸⁵ **Becker**, Art. 170, N. 2;

⁴⁸⁶ **Becker**, Art. 170, N. 2;

⁴⁸⁷ Doktrinde bazı yazarlar takas hakkını borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile varlığını koruyan yenilik doğuran haklar kapsamında ele alırken, bazı yazarlar takasın aslında bir deri olduğu düşüncesinden hareketle TBK. m. 199'da yer alan defiler kapsamında ele almaktadır. Bkz., **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 599 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856;

bağlı haklar olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁸. TBK. m. 198'de yer alan hOkOm burada düzenlenen bağlı hakların alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişki-den doğan yan hakların kime geçeceği veya kim tarafından kullanılacağına ilişkin bir ayırım yapmaksızın genel bir düzenleme öngönnüştür. Bu hüküm bağlı hakların kime geçeceğini değil dış üstlenilmesi sözleşmesinden etkilenip etkilenmeyeceğini göstermektedir. Kanunda bağlı hakların kim tarafından kullanılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından bu sorunun yorum yoluyla çözülmesi gerekir. Bağlı hakların borcun üstlenme sözleşmesinden etkilenmeyip aynen varlığını koruyacağı kuralı emredici bir hukuk kuralı olmadığı için sözleşme ile aksinin kararlaştırılması her zaman milmkündür⁴⁸⁹. Başka bir ifade ile taraflar aralarında yapacakları sözleşmede borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile bağlı haklar veya diğer hakların kısmen veya tmmamen artık kullanılamayacağını yani sona ereceğini kararlaştırabilirler. üte yandan, TBK. m. 198 sadece alacaklının değil aynı zamanda borçlunun sahip olduğu bağlı hakları da düzenleme altına almış ve bu konuda bir ayırım yapmaksızın sayılan istisnalar dışında bağlı hakların borcun üstlenilmesinden etkilenmeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle, cüz'i halefiyet ilkesinin bir sonucu olarak borcun esas itibariyle bütün bağlı hakları ile birlikte borcu üstlenene geçtiği söylenebilir.

2. Faiz ve ceza koşulunun durumu

Borcun bir parçası olarak borçtan ayrılamadığı için borçla birlikte borcu üstlenene geçen ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin etki etmediği borca bağlı hakların ilkinin faiz oluşturmaktadır⁴⁹⁰. Faizin kapsamına kanuni faizle birlikte, sözleşmeyle kararlaştırılan faiz ve gecikme faizi de dahildir. Faiz, hukuki niteliği itibariyle, alacaklının borçludan talep edebileceği borca bağlı bir hak olduğu için, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasından sonra alacaklı tarafından borcu üstlenen üçüncü kişiden talep edilebilir. Baş-

⁴⁸⁸ **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Soergel**, § 414-419, N. 2, s. 475 vd.; Borcu üstlenen üçüncü kişi, borçlunun oluşturduğu şekli ile borcu aynen üstlenmektedir. Örneğin işlemiş gecikme faizi, ifa yeri, ifa zamanı, ifa şekli ve nihayet tahkim şartı ile birliği ile borç olduğu gibi borcu üstlenene devrolunmalı..1 adıdır. Bkz., **Soergel**, § 414-419, N. 2, s. 475 vd.

⁴⁸⁹ Bkz., **Becker**, Art. 178, N. 2, s. 824. Bu konuda gerek TBK. m. 198'de gerekse OR. Art. 178'de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, borçlar kanununda yer alan hükümlerin genel özelliği itibariyle yedek hukuk kuralı niteliğinde olması bu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılabileceği sonucuna ulaşmak her zaman mümkündür. •

⁴⁹⁰ **Meier**, s. 38 vd.; **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Hasler**, s. 95 vd.; **Schurter**, s. 38 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Heckelmann**, s. 43 vd.; **Schönrock**, s. 37 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 392 vd.; **Schwenzer**, s. 563 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 178, N. 3, s. 396;

ka bir ifade ile borca bağı olan faiz talebinde bulunma hakkı alacaklıya⁴⁹¹ çen ve alacaklı tarafından kullanılacak olan bir bağı haktır⁴⁹¹.

Dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasından önce işlemiş faizlerle yine sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmiş ceza koşulunun, üstlenme sözleşmesi ile birlikte borcu üstlenene geçip geçmeyeceği konusu tartışmalıdır⁴⁹². **Oser/Schönenberger**, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulduğu anda, üstlenilen asıl borcun yanında ayrı bir varlığa sahip olan bağı hakların asıl borçluda kalacağı ve bu nedenle borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır⁴⁹³. Yazara göre muaccel olmuş faizler ile yine muaccel olmuş ceza koşulu ile karlar borçluda kaldığı için borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyen bağı haklar kapsamına girmektedir. Ayrıca, ceza koşulu ve faizin muaccel olması halinde de alacaklının asıl alaktan bağımsız bir alacağının doğduğunu ve bu nedenle borçtan ayrı bağımsız bir varlık kazanan bu gibi hakların borçluda kalacağını savunmaktadır⁴⁹⁴.

von Tuhr/Escher, ise borcun üstlenilmesinden sonra işleyen faizin üstlenene ait bir borç olduğunu, çünkü üstlenme tarihinden itibaren kendisinin sermaye alacağının borçlusu olduğunu buna karşılık borcun dış üstlenilmesine kadar işlemiş faizlerin ise üstlenilen borca dahil olduğunu ileri sürmektedir. Adı geçen yazar, bu sonuca TBK. m. 189/II'de yer alan alacağın devrine ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile ulaşılabileceği gibi⁴⁹⁵, borcun dış üstlenilmesini kabul eden alacaklının genel olarak eski borçlu ile bundan sonra bir ilişkisi olmasını istemeyeceği düşüncesinden de ulaşılabileceğini

⁴⁹¹ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Heckelmann**, s. 43 vd.; **Schönrock**, s. 37 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 392 vd.; **Schwenzer**, s. 563 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 178, N. 3, s. 396; **Meier**, s. 38 vd.; **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Hasler**, s. 95 vd.; **Schurter**, s. 38 vd.

⁴⁹² Bu tartışmalar için bkz., **Honsell**, Art. 178, N. 1, s. 685; **HonsellNogt/Wiegaod**, Art. 178, N. 1-2, s. 856; **Hasler**, s. 95 vd.; **Schurter**, s. 38 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Heckelmann**, s. 43 vd.; **Schönrock**, s. 37 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 178, N. 3, s. 396; **von Tuhr/Escher**, s. 392 vd.; **Meier**, s. 38 vd.; **Schwenzer**, s. 563 vd.

⁴⁹³ **Oser/Schönenberger**, s. 1027-1028;

⁴⁹⁴ Yazara göre, borcun ayrılmaz bir parçası niteliğinde olan ve bağı hak olarak borçla birlikte intikal eden haklar ise, rehin, kefalet, rekabet yasağı, tahkim kaydı ve temerrüdün neticeleridir. Bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1028; Aynı yönde bkz., **Becker**, Art.178, N. 2, s. 824.

⁴⁹⁵ TBK. m. 189 şu hükmü içermektedir: "Alacağın devri ile devredenin kişiliğine_öğü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağı haklar da devralana geçer. Ası I alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır". Özellikle *Honse/I/Vogt/Wiegand* da, borcun üstlenilmesinde bağı hakların hukuki akıbetini açıklarken alacağın devrine ilişkin hükümlere atf yapmalla, bu hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz., **Honsell/Vogt/Wiegaod**, Art. 178, N. 1-2, s. 856.

savunmaktadır⁴⁹⁶. Ayrıca, borçludan yüklenilecek borcun miktarı ve bu borca bağlı haklar konusunda bilgi almak ve gerektiğinde bunları **Üstlenme** 51rasında hariç bırakmak borcu Üstlenen sorumluluğunda bulunmaktadır. Bu durum borçlu tarafından sözleşme ihlali nedeni ile doğan tazminat **veya** borcun üstlenilmesinden önce gerçekleşmiş bir ceza koşulu için de geçerlidir.

Meier ise, işlemiş faizler ile gerçekleşmiş ceza koşulundan borcu üstlenenin ya hiç sorumlu olmaması veya en azından borcu üstlendiği sırada bildiği veya bilmesi gereken işlemiş faizler ile gerçekleşmiş ceza koşulundan sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır⁴⁹⁷. Borcu üstlenen üçüncü **kişi**nin üstlenilen borç için herhangi bir faizin işleyip işlemediğini veya ceza koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırıp bilgi alması aynı zamanda kendi menfaatinedir. Ayrıca borcu üstlenen üçüncü kişi, borcun üstlenilmesinden sonra alacaklıya karşı olan sorumluluğunun genişlemesine kayıtsız kalmaz. Bu nedenle üstlenenin konuya ilişkin taleplerine rağmen faiz sorumluluğu kendisine bildirilmemiş veya gizlenmiş ise faiz ve ceza koşulu nedeniyle alacaklıya karşı sorumluluğu sona ermemekle birlikte eski borçluya rücu hakkının varlığını kabul etmek gerekir⁴⁹⁸. Kaldı ki, üstlenilen borcun içerik ve kapsamı konusunda alacaklıya herhangi bir sınırlama bildirilmediği sürece alacaklının borcu üstlenen üçüncü kişinin üstlenilen borca bağlı haklardan haberi olmasa bile bu hakları üstlenen kişiden her zaman talep edebilir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin sadece bilgisi dahilinde olan faiz ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin görüş ise eleştirilmektedir. Çünkü üstlenenin kasten olmasa bile ihmali ile işlemiş faiz veya gerçekleşmiş ceza koşulunu borcu üstlenmeden önce öğrenmediği durumlar alacaklının zarara uğramasına yol açabilir. Bu durum ise borcun üstlenilmesi ile alacaklı aleyhine bir durum yaratılamayacağı kuralına aykırılık teşkil etmektedir

Kanımızca, borcun üstlenilmesinin asıl amacı, borçlunun alacaklıya karşı olan borcundan kurtulması ve onun yerine alacaklının karşısına yeni bir borçlu olarak borcu üstlenen üçüncü kişinin çıkarılmasıdır. Cüz'i halefiyetin bir olağan sonucu olan bu durum karşısında borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu alacak hakkının (borçlunun borcunun) bir kısmından borçlunun, bir kısmından ise borcu üstlenenin sorumlu olması borcun kısmi olarak üstlenilemeyeceği fikriyle de çelişmektedir. Kaldı ki, faiz ve ceza koşulu gerçekten de alacağına bağlı ondan ayrılması mümkün olmayan bağlı haklardır. Bu nedenle alacağına bağlı bu hakların borçtan ayrılması mümkün değildir. Alacaklı borçla birlikte bu borca bağlı faiz ve ceza koşulunu da borcu üstlenene karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Ancak gerek bu borcu gerekse borca bağlı faiz

⁴⁹⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 392;

⁴⁹⁷ **Meier**, s. 37; Ayrıca aynı yönde bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 392; **Hasler**, s. 95 vd.

⁴⁹⁸ Bu görüşler için bkz., **Becker**, Art. 178, N. 2, s. 824

ve ceza koşulunu üstlenenden talep edip etmeme konusundaki tercih her zaman alacaklıya aittir⁴⁹⁹.

3. istisnalar

TBK. m. 198'e göre borcun üstlenilmesi anından itibaren borç, bütün bağlı haklar ile birlikte borcu üstlenene geçmektedir⁵⁰⁰. Ancak kanun koyucu anılan maddede, bu kurala iki önemli istisna getirmiştir. Bu iki istisnadan birisinin varlığı halinde bağlı haklar ve diğer haklar varlığını sürdüremediğinden sona ermekte, ileri sürülememektedir. Başka bir ifade ile TBK. m. 198 hükmü, borçlunun kişiliğine özgü bağlı haklar ile rehin ve kefalet dışında kalan bütün yan hakları kapsamaktadır⁵⁰¹. Bağlı hakların borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden etkilenmeyeceği kuralına getirilen istisnalar esas itibariyle bağlı hakların hukuki niteliği itibariyle devredilememesinden veya borçlunun kişiliğine duyulan güven nedeniyle bu borç için teminat veren kişilerin menfaatlerinin korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁵⁰². Bu bakımdan istisnalar başlığı altında borçlunun kişiliğine bağlı haklar ile borç için verilen teminatlardan olan rehin hakkı ve kefalet konusu ele alınacaktır.

a. Borçlunun kişiliğine özgü bağlı haklar

TBK. m. 198'de bağlı hakların borcun üstlenilmesinden etkilenmeyeceği kuralına getirilen ilk istisna, alacaklının *"borçlunun kişiliğine bağlı olan hakları"*dır. Bağlı haklar üstlenilen borçtan ayrılabilirdiği ve bağımsız bir borç haline geldiği takdirde eski borçluda kalır ve borcu üstlenen üçüncü kişiye

⁴⁹⁹ A, nı , önde benzer gerekçeler için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 276-277;

⁵⁰⁰ Oser/Schönenberger, s. 1027 vd.; Becker, Art. 178, N. 1 vd., s. 824; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 599 vd.; Tunçomağ, s. 1132 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 276 vd.; von Tuhr, s: 883; Honsell, Art. 178, N. 1, s. 685; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 1-2, s. 856; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 278; Eren, s. 1250 vd.; Kılıçoğlu, s. 790 vd.; Hasler, s. 86 vd.; Meier, s. 38 vd.; Schwenger, s. 563 vd.;

⁵⁰¹ von Tuhr, s: 883; Honsell, Art. 178, N. 1, s. 685; Eren, s. 1250 vd.; Kılıçoğlu, s. 790 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1027; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 599 vd.; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 1-2, s. 856; Gauch/Schluep/ Schnid/Ernmenegger, s. 278; Hasler, s. 86 vd.; Meier, s. 38 vd.; Schwenger, s. 563 vd.; Becker, Art. 178, N. 1 vd., s. 824; Tunçomağ, s. 1132 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 276 vd.

⁵⁰² Bkz., Hasler, s. 89 vd. Gerçekten de, bir borç ilişkisinden doğan alacak için gerek şahsi teminat olarak kefil olan üçüncü kişiler; gerekse aynı teminat olarak rehin veren kişiler, bu işlemlerini her ne kadar alacaklı ile gerçekleştirmiş olsalar da aslında burada borçlu lehine hareket etmekte, borçlunun güvenilirliğini artırılmaktadır. Başka bir ifade ile kefalet ve rehin borçlunun kişiliğine dayalı olarak tesis edilen teminat işlemleridir. Bu nedenle borçlunun kişiliğinin değişmesi halinde, söz konusu teminat veren kişilerin bu teminatlarını yeni borçlu için devam ettirip ettirmeyecekleri konusunda rızalarını alınması menfaatler dengesine daha uygun düşecektir.

karşı ileri sürülemez⁵⁰³. Bu haklar borçlunun kişiliğine bağlı olduğu kadar üstlenilen borca da bağlı olmaları halinde tamamen ortadan kalkar ve artık eski borçluya veya borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez⁵⁰⁴. O halde, alacaklı, borçlunun kişiliğine özgü olan bağlı haklarını borcu üstlenen yeni borçluya karşı ileri süremez. Başka bir ifade ile alacaklı, borçlunun kişiliğine özgü olan bağlı hakları borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile birlikte artık borcu üstlenene karşı ileri sürme hakkını kaybetmekte; **başka** bir ifade ile bu haklar sona ermektedir⁵⁰⁵.

Kanunda, borçlunun kişiliğine özgü bağlı hakların nelerden ibaret olduğuna ve bunlarla borçlu arasındaki özel bağın nasıl meydana geldiğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle borçlu ile anılan haklar arasındaki özel bağ bu hakkın hukuki niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmeden de kaynaklanabilir⁵⁰⁶. *Hasler'e* göre, Borçlunun kişiliği ile ayrılmaz bir şekilde bağlı haklar, borcu üstlenen üçüncü kişiye geçmez. Başka bir ifade ile üstlenilen borç ile birlikte bunların devredilmesi mümkün değildir. TBK. m. 198 anlamında devredilemezlik, bu hakların kendi özel hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu haklar ile borçlu arasında sıkı ve hiçbir zaman çözülmez bir bağ bulunmaktadır⁵⁰⁷.

Borçlunun kişiliğine özgü olduğu için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden etkilenen ve dolayısıyla borcu üstlenen kişiye karşı ileri sürülemeyen bağlı hakların neler olduğu konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁰⁸. Bu nedenle doktrinde, BGB § 41S'de yer alan hükümden hareketle,

⁵⁰³ Borçlunun kişiliğine bağlı olan ve ayni zamanda üstlenilen borçtan ayrılabilen bu bağlı haklar borçluda kalır ve borcu üstlenene karşı ileri sürülemez. Bu durumda söz konusu hakların borcun üstlenilmesinden sonrada borçluya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak söz konusu bağlı haklar her ne kadar borcu üstlenene karşı ileri sürülemezse bile borçluya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Her ne kadar borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi halen varlığını korumuş olsa bile, borç sona ermiştir. Borç sona ermesine rağmen borca bağlı ferî hakların borçlu bakımından devam ettiğini ileri sürmek de mümkün değildir. Bu, borç ilişkilerinde cüzi halefiyetin de olağan bir sonucudur.

⁵⁰⁴ Bkz., *Oser/Schönenberger*, s. 1028; *von Tuhr*, s. 883; *Honsell*, Art. 178, N. 1, s. 685; *Eren*, s. 1250 vd.; *Kılıçoğlu*, s. 790 vd.; *Oğuzman/Öz*, C. 11, s. 599 vd.; *Honsell/Vogt/Wiegand*, Art. 178, N. 1-2, s. 856; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, s. 278; *Hasler*, s. 86 vd.; *Meier*, s. 38 vd.; *Schwenzer*, s. 563 vd.; *Becker*, Art. 178, N. 1 vd., s. 824; *Tunçomağ*, s. 1132 vd.; *Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 276 vd.

⁵⁰⁵ *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, s. 278; *Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 276 vd.; *Schwenzer*, s. 563 vd.; *Becker*, Art. 178, N. 1 vd., s. 824; *Hasler*, s. 86 vd.

⁵⁰⁶ Bkz., *Becker*, Art. 178, N. 4, s. 825; *Hasler*, s. 86 vd.; *Oser/Schönenberger*, s. 1028 vd.

⁵⁰⁷ Bkz., *Hasler*, s. 93 vd.

⁵⁰⁸ *Tekinay/alcman/Burcuoğlu/Altop* tarafından buna örnek olarak eşler arasındaki cebri icra yasağından dolayı eşlerin takipsiz hacze katılmaları örnek olarak gösterilmektedir. Gerçekten de alacaklının borçlunun eşi olduğu durumlarda borçlu aleyhine yapılan herhangi

İcra ve iflas Kanunundan kaynaklanan imtiyazla¹⁰⁹ın borçlunun kişiliğint özgü bağlı haklardan olup olmadığı tartışılmaktadır¹⁰⁹. Ancak doktrinde hakim fikir, icra ve iflas imtiyazlarının borçlunun kişiliğine özgü olduğu için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinden etkilenen ve dolayısıyla borcu üstlenen kişiye karşı ileri sürülemeyen bağlı haklardan olduğu ve bu imtiyazların yeni borçluya karşı da ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir⁵¹⁰. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen imtiyazlar aslında borçlunun kişiliğinden değil esas itibariyle alacaklının kişiliğinden kaynaklanan imtiyazlardır. Bu ned_enle borçlunun kişiliğine özgü bağlı haklar olarak kabul edilmemesi gerekir" ¹. Ancak doktrinde aksini savunan yazarlar daha çok Alman hukukunun etkisi altında kalan yazarlardır⁵¹². Çünkü Alman Hukukunda borcun üstlenilmesinin sonuçlarının düzenlendiği 8GB § 418'de, borcun üstlenilmesi ile birlikte, üstlenilen borçla ilgili kefalet ve rehin gibi teminat hakları ile özellikle alacağa bağlı imtiyaz haklarının da ortadan kalkacağı ve bunların alacağ_ılı tarafından yeni borçluya karşı ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır¹³.

bir icra takibine ve) a açılan iflasa takipsiz katılabilir. Buna karşılık eşler arasındaki b_ırç bir üçüncü kişi tarafından üstlenilecek olursa, borcu üstlenen üçüncü kişi) e karşı ¹ b_ö) le bir haktan fa) dalanımaması mümkün değildir. Aynı şekilde alacaklı borçlunu_ıhı_z_ı metinde çalışan bir hizmetçi ise zamanaşımı durmaktadır. Fakat bu borç üçüncü bir_kı_şı tarafından üstlenildiği takdirde, alacaklı için artık böyle bir imkan söz konusu değildir. Bkz., Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop, s. 277.

⁵⁰⁹ Bu tartışmalar için bkz., Hasler, s. 93 vd. BGB § 418'de yer alan hüküm nedeni_1_2 Alman Hukukunda icra ve iflas imtiyazlarının borcu üstlenene karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Türk/İsviçre hukukunda bu konuda kanunda bi_ı düzenleme) er almadığından, Alman Hukukçularının bu konudaki görüşlerini aynen Türk Hukuku içinde kabul etmek isabetli olmaz.

⁵¹⁰ von Tuhr/Escher, s. 394; Tunçomağ, s. 1134; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 178, N. 3, s. 396; Schwenger, s. 563; Keller/Schöbi, s. 81; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 2, s. 856; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 200; Eren, s. 1251.

⁵¹¹ İcra İflas Kanunundan doğan imtiyazların borçlunun kişiliğine bağlı olmayan diğer bağ hakları gibi borcun üstlenilmesinden etkilenme_ıceceği ve dolayısı_ıla alacaklı tarafından borcu üstlenene karşı da ileri sürülebileceği görüşü Hasler tarafından savunulmak.1_ıd;- Bkz., Hasler, s. 94 vd.; Ayrıca Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop tarafından_açıkç_a a¹ e edilmemekle birlikte, borçlunun kişiliğine bağlı olduğu için borcun üstlenilmesi sonucunda üstlenene geçmeyecek haklar arasında icra iflas imtiyazları sayılmamakt_ıdır. _ı_ı durum icra ve iflas imtiyazlarının borçlunun kişiliğine bağlı haklardan kabuledilmediği anlamına gelmektedir. Bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 277. Ö C

⁵¹² Keller/Schöbi, s. 81; Honsell/Nogt/Wiegand, Art. 178, N. 2, s. 856; Oğuzman_ı_z_ı il, s. 200; Eren, s. 1251; von Tuhr/Escher, s. 394; Tunçomağ, s. 1134; Kostkiewicz Nobel/Schwander/Wolf, Art. 178, N. 3, s. 396; Schwenger, s. 563.

⁵¹³ B.G.B. § 418/II'de yer alan düzenleme, borcu üstlenen kişinin iflas etmesi halinde, üstlenilen borcun alacaklısının, önceki borçluya karşı sahip olduğu imtiyazı kullanamayacağını emretmektedir. Türk/İsviçre hukuk doktrininde de, bağlı hakların aynen varlığını koru) açağı kuralının istisnası olarak icra iflas imtiyazları gösterilmekte ve Alman huk_ı- kundaki bu kural aynen kabul edilmektedir. Doktrinde, imtiyazların sona ermesi gerekli.'tı-

Doktrinde Alman Hukukunda BGB § 418'de yer alan h0km0n. borcu üstlenen kişinin sorumluluğunun esas itibariyle asıl borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişki dışında başka bir sebepten kaynaklandığı **düşüncesine** dayandığı savunulmaktadır⁵¹⁴. Ayrıca, borcu üstlenen kişinin iflası **halinde**, bu kişinin mevcut üstlenilen borcun alacaklısı dışındaki alacaklılarının korunması bakımından bu imtiyazların devam etmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile üstlenilen borcun alacaklısının alacak haklarının, borcu üstlenen kişinin malvarlığı ile karşılanamayacağı düşüncesinden hareketle, icra ve iflas imtiyazlarının yeni borçluya karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir⁵¹⁵. İcra ve İflas Kanunundan kaynaklanan imtiyazların aslında borçlunun kişiliğine bağlı olduğu ve bu nedenle borcun üstlenilmesi ile artık üstlenen karşı ileri sürülemeyeceğini savunan yazarların⁵¹⁶ buna gerekçe gösterdikleri diğer bir husus da, borcu üstlenen üçüncü.l kişinin diğer alacaklılarının menfaatleridir. Gerçekten de, bu yazarlara göre, eğer *alacaklı* borçluya karşı İcra ve İflas Kanunundan doğan imtiyazları borcu üstlenene karşı da kullanma hakkına sahip olursa, bu durum borcu üstlenenin diğer imtiyazsız alacaklılarının zararına olacaktır. Ayrıca, bu yazarlara göre, alacaklı borcun üstlenilmesine rıza gösterirken borcu üstlenene karşı artık bir işçi veya nafaka alacaklısı sıfatı ile hareket etmemekte; normal bir alacağın (paranın) alacaklısı sıfatı ile hareket etmektedir⁵¹⁷. Bu nedenle borcu üstle-

ğini savunan yazarlar, esas itibariyle üstlenenin alacaklısının kanunun zorla❖ıcı gücü❖Je kurulan sıralamasına, imtiyazlı bir başka borcu üstlenmek suretiyle gerçekleştireceği bir hukuki işlem aracılığıyla müdahale edemeyeceği düşüncesinden hareket etmeJ...'tedirler. Ancak bu görüş eleştirilmekte ve borcun üstlenilmesi ile birliJ...'te iflas imtiyazlarının son bulmayacağı; alacaklının bu imtiyazları borcu üstlenene karşı da ileri sürebileceği kabul edilmeJ...'tedir. Çünkü imtiyazlı alacakları diğer alacaklıların önüne geçirmek her zaman borçlunun elindedir. Yani, borçlunun birden fazla adi alacağı varken, bir üçüncü kişiye iflas halinde imtiyaza sahip olan yeni bir borç meydana getirmesi her zaman mümkündür. İşte imtiyazlı alacakları diğer alacaklıların önüne geçirmek her zaman borçlunun elinde olduğu için, imtiyazlı alacakların üstlenilmesi halinde de bu imtiyazların aynen varlığını koruması gerekir. Çünkü, imtiyazlar devredilemez olarak görülmesi gereken ve borçlunun kişiliği ile bağlı olan bir bağlı hak değildir. Çünkü icra iflas imtiyazları, borçlunun kişiliği için değil, aksine alacaklının kişiliği ve itibarı için ortaya çıkar. Bu nedenle örneğin işçi alacakları 1. Sırada yer almaJ...'ıdır. Çünkü alacaklı bir işçidir. Burada borçlu olan işverenin kişiliği önemli değildir. Bu nedenle bu borcun borçlunun kişiliği ile a❖Tılmaz bir şekilde bağlı olduğunu iddia edemeyiz. Bkz., **Hasler**, s. 93-94.

⁵¹⁴ **Soergel**, § 418, N. 5, s. 488; **Erman**,§ 418, N. 5, s. 1737; **Becker**, Art. 178, N.4, s. 825; **Brox/Walker**, N. 17-18, s. 382; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, N. 814, s. 369-370.

⁵¹⁵ Bkz., **Brox/Walker**, N. 18, s. 382; **Schlechtriem/Schmidt-Kessel**, N. 814, s. 369-370; **Soergel**, § 418, N. 5, s. 488; **Erman**,§ 418, N. 5, s. 1737;

⁵¹⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 394; **Tunçomağ**, s. 1134; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 178, N. 3, s. 396; **Schwenzer**, s. 563; **Keller/Schöbi**, s. 81; **Honsel/Vogt/Wiegand**, Art. 178, N. 2, s. 856; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 200; **Eren**, s. 1251.

⁵¹⁷ Her ne kadar alacaklının bir para alacaklısı olarak dış üstlenme sözleşmesine rıza göstermiş olduğu iddia edilmiş olsa da, bu fikre katılmak kanımızca isabetli değildir. Çünkü

nen kişinin. diğer alacaklılarının katılımı olmaksızın onların durumunu ağı, hı, umrn veya onların menfaatlerini zarara sokma gibi bir hakkının bulunma dıgı ileri silrılmekteydi-5¹³.

Becker'e göre⁵¹⁹, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi borç ilişkisindeki borçlardan sadece birisi için borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurma,, nedeniyle alacaklı ile borçlu arasındaki mevcut borç ilişkisi devam **etmek** dir. Bu nedenle icra ve iflastaki imtiyazlı alacaklar sorunu, borçlunun borçlu olan malvarlığının kendine özgü bir kılığa sokulması sorunudur. Borçla sorumlu olan bütün bir malvarlığının üstlenen tarafından topyekun devralınması durumunda eski borçlunun malvarlığı için kurulan veya mevcut olan sorumlulukların aynen devam etmesi bu işlemin niteliğinin gereğidir. Buna karşılık, borçla sorumlu olan malvarlığı devredilmeksizin sadece belirli bir borcun devredilmesi halinde ise, söz konusu imtiyazların konuluş sebeplerine bakmak gerekir. İmtiyazlar borçlu tarafından ifa edilecek edimin çeşidinden kaynaklanabileceği gibi, alacaklının alacağının imtiyaz olarak teminata bağlanmasında kamu yararının bulunmasından veya belirli bir kredinin verilmesi için yapılan fiili ya da hukuki zorlamalardan da kaynaklanabilmektedir.110_ Bu nedenle alacaklı yaptığı sözleşme (dış üstlenme sözleşmesi) ve kendi isteği ile yeni borçluyu kabul etmiş ise, sayılan tüm bu özel nedenler önemini yitirecek veya büsbütün ortadan kalkacaktır. Ayrıca, alacaklı borcu üstlenen kişinin ödeme kabiliyetini yanlış olarak takdir etme tehlikesine düşmemek için kural olarak kendisi için açık bir iyileşme gördüğü takdirde borcun üstlenilmesine muvafakat edecektir. Kaldı ki, kanun koyucu tüm bunları düşünmemiş değildir. Bu bakımdan imtiyazları borcu üzerine alan kişinin zararına genişletilmesini gerektirecek hukuki bir sebep bulunmamaktadır.

Oser/Schönenherger'e göre⁵²¹, borçlunun kişiliğine bağlı olan hakların neler olduğunu tespit etmek zordur. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu 'nun kabulünden önce uzmanlar komisyonunda bu madde görüşülürken özellikle iflastaki imtiyazların dikkate alınması gerektiği belirtilmiş olsa da, kanunun borçlunun değil, alacaklının imtiyazlı haklarından bahsetmektedir. Bu ne-

borcun üstlenilmesinde önemli olan borcun herhangi bir şekilde değişmeksizin aynen varlığını korumak suretiyle bir başkasına devridir. U nedenle borcun üstlenilmesinde alacaklı aynı alacaklıdır; keza alacağı da yine aynı alacaktır. Başka bir ifade ile borcun üstlenilmesi alacağın (borcun) nitelik ve niceliğinde herhangi bir değişiklik yaratmaz. Ksini iddia etmek borcun üstlenilmesinin yenileme ile karıştırılması anlamına gelir. Aksi yönde görüş için bkz., **Tunçomağ**, s. 1134.

⁵¹⁸ **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 178, N. 3, s. 396; **von Tuhr/Escher**, s. 394; **Schwenzer**, s. 563; **Keller/Schöbi**, s. 81; **HonseHNogt/Wiegand**, Art. 178, N. 2, s. 856;

⁵¹⁹ **Becker**, Art. 178, N.4, s.825;

⁵²⁰ **Becker**, Art. 178, N.4, s.825;

⁵²¹ **Oser/Schönenberger**, s. 1028;

İle borçlunun haklarını bir imtiyaz olarak değil savunma olarak kabul etmek gerekir. Alacaklı imtiyazlarının söz konusu olduğu **hallerde ise, icra** "iflas Kanununda söz konusu olan imtiyazlar borçlunun **değil**, alacaklının "işiliğinden veya hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanmaktadır"¹¹. Bu nedenle de, aksi yöndeki görüşlerin hukuken bir dayanağı olmadığından söz konusu imtiyazların yeni borçluya karşı da ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

von Tuhr/Escher ise⁵²³, alacağın devri için öngörülen bağlı haklar ile imtiyazlara ilişkin düzenlemelerin borcun üstlenilmesinde düzenlenmediğini, ancak imtiyazların da bağlı hakların tanımı içerisinde kabul edilmesi **gerek**liğini savunmaktadır. Söz konusu imtiyazlar İcra ve İflas Kanununda öngörülen imtiyazlar olup, bunların borcun üstlenilmesinden etkilenip etkilenmediğinin tespit edilmesi gerekir. Başka bir ifade ile bu imtiyazların borçlunun kişiliği ile ayrılmaz bir şekilde bağlı olup olmadığı ve bu nedenle de borç yüklenmesinde alacaklı bakımından kayba uğrayıp uğramadığı veya borcu üstlenenin iflas etmesi halinde alacaklı için geçerli olup olmayacağının tespiti gerekir. Bu sorunun çözümü için, alacağın devrine ilişkin hükümler burada da kıyas yolu ile uygulanabileceği akla gelebilir ve bu yapıldığında da alacağın devrinde olduğu gibi söz konusu imtiyazların da alacaklıya geçmesi gerekir. Ancak, bu benzerlik kesin değildir. Çünkü alacağın devri ve borcun üstlenilmesi birbirinden tamamen farklı kurumlardır. Diğer taraftan borçlunun malvarlığı özel bir nedenden dolayı imtiyazlı bir alacak ile yükümlü kılınmış olup bu borcun eski alacaklıya mı yoksa devralana mı ifa edileceği bakımından bir öneme sahip değildir. Buna karşılık borcu üstlenen kişinin iflası halinde borcun üstlenilmesine muvafakat eden alacaklıya bir imtiyaz tanınması için geçerli ve haklı bir neden bulunmamaktadır. Çünkü bu alacaklı, herhangi bir imtiyazlı alacaklı sıfatı ile değil, belirli bir miktar borcun alacaklısı sıfatı ile hareket etmiş ve ödeme kabiliyeti daha uygun olan bir borçlu bulmak amacı ile hareket edip borcun üstlenilmesine rıza göstermiştir. Ayrıca imtiyazın borç ile birlikte üstlenen karşı ileri sürülebilmesi, borcu üstlenen bakımından da haklı görülemez. Kaldı ki, üstlenilen borcun alacaklısının imtiyazlı olması nedeniyle borcu üstlenen kişinin diğer kişisel alacaklılarının durumlarının kötüleştirilmesi için de geçerli ve haklı bir neden bulunmamaktadır. Tüm bu nedenlerle, iflas halinde bütün imtiyazların borçlunun kişiliğinden ayrılamaz nitelikte saymak ve borcun üstlenilmesi ile sona erdiğini ve artık borcu üstlenene karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmek gerekir⁵²⁴.

⁵²² Oser/Schönenberger, s. 1028;

⁵²³ von Tuhr/Escher, s. 394;

⁵²⁴ Bkz., von Tuhr/Escher, s. 394;

Heckelmann. alacaklının borçluya karşı sahip olduğu icra iflas imtiyaz. larının borcun üstlenilmesinden sonra devam etmemesini, borcu üstlenen Uçunc0 kişinin diğer imtiyazsız alacaklılarının koruması gerekçesi ile açıklamaktadır. Yazara göre, nasıl ki rehin verenlerle kefil olanların menfaatlerinin korunması bakımından teminatlarının devamı için rıza şartı aranıyorsa, icra iflas imtiyazları için de aynı menfaatlerin korunması düşüncesinden hareket edilmesi gerekir⁵²⁵.

Kanımızca, bu konuda kesin bir yargıya varmadan önce, gerek İcra İflas Kanununda gerekse diğer kanunlarda düzenlenen söz konusu imtiyazlı alacaklar veya diğer bir kısım imtiyazların niteliklerinin ayrı ayrı değerlendirilip ona göre bir karara varılması daha isabetli olacaktır⁵²⁶. İmtiyazlı alacaklar İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesi ile bir kısım özel kanunlarda düzenlenmiştir⁵²⁷. İİK. m. 206'da teminatlolu olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacakların iflas masası mallarının satış tutarından kanunda belirtilen sıra ile öncelik hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm gereğince öncelik hakkına sahip olarak birinci sırada yer alan alacaklar işçilerin iş ilişkisine dayanan alacakları⁵²⁸ ile işverenlerin işçiler tarafından kurulan bir kısım tüzel kişiliklere olan borçları⁵²⁹ ve nihayet nafaka alacaklarıdır⁵³⁰. Kanun koyucu ikinci sıradaki imtiyazlı alacaklıları ise velayet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacaklarından oluşmaktadır⁵³¹. Nihayet üçüncü sırada ise özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar yer almaktadır.

İİK. m. 206 gereğince, işçi alacakları borçlunun iflası halinde ve hacizde daima birinci sırada yer almaktadır. İşçi alacaklarına bu şekilde ilk sırada imtiyaz tanınmasını asıl amacı sosyal yönden zayıf olan işçinin korunmasının sağlanmasıdır⁵³². Bu nedenle, imtiyazın asıl hukuki nedeni borçlunun

⁵²⁵ Heckelmann, s. 21-22.

⁵²⁶ Bkz., Becker, Art. 178, N.4, s. 825; Meier, s. 44 vd.; Hasler, s. 93 vd.

⁵²⁷ Geniş bilgi için bkz., Deynekli, s. 191 vd.;

⁵²⁸ "İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları".

⁵²⁹ "İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması ve) bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları"

⁵³⁰ "İflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları".

⁵³¹ Velayet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacakları; ancak bu alacaklar, iflas, vesayet veya velayetin devam ettiği müddet yahut bunların bitmesini takip eden yıl içinde açılırsa imtiyazlı alacak olarak kabul olunur. Bir davanın veya takibin devam ettiği müddet hesaba katılmaz.

⁵³² Bkz., Meier, s. 40-41; Oser/Schönenberger, s. 1028; Schurter, s. 39 vd.

kişiliği değil, sosyal yönden zayıf olan işçinin kendisi, yani alacaklıdır. Bu nedenle borcun üstlenilmesi sözleşmesinin bu imtiyazı ortadan kaldırması için herhangi bir haklı sebep bulunmamaktadır⁵³³. Başka bir ifade ile işçi alacaklarında alacağı imtiyaz tanınması borçlunun malvarlığından veya kişiliğinin önemli olmasından değil, doğrudan doğruya sosyal düşüncelerle alacaklının, yani işçinin kişiliğinin önemli olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle işçi alacağının borçlu veya borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından ödenmesinin bir önemi yoktur. Burada asıl önemli olan alacaklının söz konusu alacağının mutlaka borçlunun malvarlığından ödenmesi değil, salt alacağın ödenmesi olduğundan borçlunun kişiliğinin de bir önemi yoktur.

İİK. m. 206 gereğince birinci sırada yer alan diğer bir imtiyazlı alacak nafaka alacaklarıdır. Gerçekten de anılan maddeye göre, iflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları da imtiyazlı alacak olarak birinci sırada yer almaktadır. Nafaka alacaklarına imtiyaz tanınması da yine işçi alacaklarında olduğu gibi borçlunun malvarlığından veya kişiliğinin önemli olmasından değil, doğrudan doğruya sosyal düşüncelerle alacaklının, yani nafaka alacaklısının kişiliğinin önemli olmasından kaynaklanmaktadır. Nafaka alacaklarında önemli olan, nafaka ihtiyacı olan veya kendisine nafaka ödenmesi gereken kişidir. Bu nedenle nafaka borçlusunun bir önemi yoktur. Kaldı ki, nafaka alacaklarından doğan borçların bile üstlenilmesi mümkün olduğundan borçlunun değişmesi nafaka alacaklısının kişisel özelliklerinde bir değişiklik yaratmayacağı için, nafaka borcunun üstlenilmesinde de imtiyazın sona erdiğini kabul etmek hukuken uygun değildir.

İkinci sırada yer alan imtiyazlı alacak, velayet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacaklardır. Velayet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan tüm alacakları; ancak bu alacaklar, iflas, vesayet veya velayetin devam ettiği sürece veya bunların bitmesini takip eden yıl içinde açılması halinde imtiyazlı alacak olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucunun bu şekildeki alacaklar için imtiyaz tanınmasındaki asıl amaç da, yine borçlunun kişiliğinden değil alacaklının alacağının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla işçi alacakları ve nafaka alacaklarında olduğu gibi, bu tür alacakların da borçlu veya borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından ödenmesinin bir önemi yoktur. Burada asıl önemli olan alacaklının kişisel veya herhangi bir özel niteliğinden dolayı korunmaya muhtaç olması ve bu itibarla söz konusu alacağının ödenmesi olduğundan borçlunun kişiliğinin bir önemi yoktur. Bu bakımdan söz konusu borçların üstlenilmesinde de imtiyazın sona erdiğini kabul etmek hukuken uygun değildir.

⁵³³ Oser/Schönenberger, s. J028; Schurter, s. 39; Meier, s. 40-41; Hasler, s. 94 vd;

ilK. nı. 206 gereğince, üçüncü sırada yer alan alacaklar, İcra ve inas Kanunu dışında özel kanunlarla düzenlenmiş bulunan imtiyazlı alacaklardır. Özel kanunlarda düzenlenen bazı alacakların diğer alacaklara göre imtiyazlı olduğu belirtilmiş olsa da, İcra ve İflas Kanunu bakımından bu alacaklar daima üçüncü sırada yer alacaklardır. Özel kanunlarda düzenlenen imtiyazların da hukuki niteliği incelendiğinde aslında bunların da, borçlunun **kişiliği**-ne değil esas itibariyle alacağa ve alacağın özelliğine bağlandığı görülmektedir. Bu nedenle özel kanunlarda düzenlenmiş olan bu imtiyazların da, esas itibariyle borçlunun kişiliğine bağlı olmayan imtiyazlar olması nedeniyle, alacaklı tarafından borcu üstlenen üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi gerekir.

Kanımızca borcu üstlenen kişiye karşı yapılan icra takibinde alacağın, eski borçluya karşı yapılan icra takibinde sahip olduğu aynı sıraya sahip olması gerekir. Çünkü burada söz konusu olan imtiyaz, aslında borçluya değil alacağa ve alacağın hukuki niteliğine bağlı olduğu için _borçlunun değişmesi bu türlü imtiyazlar üzerinde de bir etki yaratmamalıdır-⁵³⁴.

Yukarıda açıklanan imtiyazlar dışında borçlunun kişiliğine bağlı olan ve bu nedenle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile ortadan kalkan imtiyazlar konusunda ise, kanunda bir düzenleme bulunmadığından doktrinde ağırlıkla icra iflas imtiyazları üzerinde durulmakta; başka bir örnek üzerinde durulmamaktadır⁵³⁵. Borcun dış üstlenme sözleşmesi ile birlikte, alacaklının İcra ve İflas Kanunundan doğan imtiyazlarının sona ermeyeceği ve borcu üstlenene karşı da ileri sürebileceğini savunan yazarlar, normal bir borçlunun iflası halinde imtiyazlı alacakların ön sıraya geleceği, buna karşılık imtiyazsız alacakların ise ikinci planda kalabileceğini ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, borcu üstlenen kişinin iflası halinde de, üstlenilen borcun imtiyazlı olması halinde bunun da öncelikli olarak ileri sürülmesinde bir sakınca görülmemelidir⁵³⁶. Kaldı ki Türk/İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerine göre de bu sonuca ulaşmak gerekir. Çünkü sadece borçlunun kişiliğine özgü ve ondan ayrılmaz bir şekilde bağlı olan hakların sona ermesi kanunda yer alan

⁵³⁴ A) nı yönde bkz., **Schurter**, s. 39; **Oser/Schönenberger**, s. 1028; **Hasler**, s. 93-94; **Meier**, s. 41 vd.

⁵³⁵ Tacirler arasında temerrüt faizi talep hakkı, borçlunun kişisel nitelikleri dikkate alınarak alacak talebini bir özel yetkili mahkemede (örneğin ticaret veya iş mahkemesinde) dava ve talep etme hakkı da borçlunun kişiliğine bağlı haklar olarak kabul edilmelidir. Bkz., **Keller/Schöbi**, s. 81..Ayrıca eşler arasında cebri icra yasağından kaynaklanan takibe katılma hakkı ve zamanaşımın durmasının ancak belirli alacaklılara karşı söz konusu olması gibi durumlar bunlara ek olarak ifade edilebilir. Bkz. **Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 277

⁵³⁶ **Oser/Schönenberger**, s. 1028; **Hasler**, s. 93-94; **Meier**, s. 41 vd. **Schurter**, s. 39.

düzenlemenin bir sonucudur⁵³⁷. Bununla birlikte, borcu üstlenen UçOncü kişinin hiçbir ihtiyacı ve zorunluluğu yokken üstlenilen borç için bir imtiyaz yaratmak suretiyle diğer alacaklılarının açıkça zararına hareket ettiği durumlar söz konusu olabilir. İmtiyazlı bir alacak oluştunnak her zaman borçlunun iradesine bağlı olduğu için, bu gibi durumlarda bile, imtiyazın devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir.

b. Rehin ve kefaletler

Borcun dış üstlenilmesi ile üstlenilen borç için verilen teminatların kural olarak sona ermeden varlığını koruması gerekir. Çünkü alacaklının borçlu karşısındaki mevcut konumunu dış üstlenme sözleşmesini yaparak daha kötü bir duruma sokması düşünülemez⁵³⁸. Aksi takdirde her borç üstlenilmesi alacaklının borçlu karşısındaki durumunun kötüleşmesi sonucunu doğurur ki, bu durum borcun üstlenilmesinin alacaklı tarafından hiçbir zaman kabul edilmemesi sonucunu doğururdu. Bu nedenle, üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların da kural olarak sona ermeden varlıklarını korumaları temel kural olarak düşünülebilir⁵³⁹. Buna karşılık TBK. m. 198ff'de, borcun üstlenilmesi ile birlikte bu borç için verilen rehin ve kefaletlerin⁵⁴⁰ kural olarak sona ereceği açıkça hükme bağlanmıştır⁵⁴¹. Üstlenilen borç için verilen rehin ve kefaletlerin, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile birlikte sona ermesi ve alacaklıya intikal etmemesinin gerekçeleri dikkate alındığında bunun aslında isabetli bir çözüm tarzı olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de, borçlunun borcu için alacaklıya gerek rehin, gerekse kefalet yoluyla teminat veren kişiler, bunu alacaklı için değil, borçlu için yapmakta; başka bir ifade ile borçlu ile olan kişisel ilişkileri nedeniyle yapmaktadır. Dolayısıyla, rehin veya kefalet yoluyla teminat veren kişiler için alacak veya alacaklının kişiliği önem

⁵³⁷ Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu tarafından icra iflas imtiyazlarının borcu üstlenene karşı ileri sürülemeyeceği 8GB § 418'in etkisiyle kabule dilmiş olsa da, Alman Medeni Kanunu kabul edilmeden önce Alman hukukçuları tarafından da, icra iflas imtiyazlarının borcu üstlenen karşı da ileri sürülebileceği kabule dilmeliydi. Bkz., **Heckelmann**, s. 21 vd.

⁵³⁸ von Tuhr/Escher, s. 393; Oser/Schönenberger, s. 1029; Hasler, s. 90 vd.; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 856-857; Prütting/Wegen/Weinreich, § 418, N. 1-3, s. 686.

⁵³⁹ von Tuhr/Escher, s. 393; Prütting/Wegen/Weinreich, § 418, N. 1-3, s. 686; Meier, s. 41 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1029; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 856-857.

⁵⁴⁰ TBK. m. 198/11'de, er alan kefaletin teknik ve hukuki anlamda kefalet olarak anlaşılması gerekir. Kefalet dışındaki kalan diğer garanti taahhütleri bu kapsama dahil değildir. Bkz., **Becker**, Art. 178, N. 10, s. 827.

⁵⁴¹ Oser/Schönenberger, s. 1029; Becker, Art. 178, N. 5, s. 826; Meier, s. 41 vd.; Hasler, s. 90 vd.; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 856-857; Prütting/Wegen/Weinreich, § 418, N. 1-3, s. 686.

taşınamaktadır^{5.H}. Onlar için önemli olan borçlunun borcunu ödememesi durumunda borçluya destek olmak ve bu şekilde borçlunun alacaklı karşısındaki durumunu güçlendirmek suretiyle kredi sağlamaktır. Bu itibarla borcun üstlenilmesi sonucunda, borçlu taraf değiştiği için, borca rehin veya kefalet yoluyla teminat verenler yeni borçlu için aynı teminatı vermek istememeleri gayet doğaldır¹³. Kaldı ki, borcu üstlenen kişinin ödeme gücünün borçluya göre daha kötü olması, rehin veya kefalet yoluyla teminat verenlerin durumlarını daha da kötüleştirebilecektir^{5.1.1}. Çünkü borcu üstlenenin borcu ödeyememesi halinde alacaklı kefile veya rehne başvurmak suretiyle alacağını tahsil edebilmektedir.

Doktrinde, TBK. m. 198'de yer alan kefalet kavramından TSK. m. 581 vd. maddelerinde düzenlenen teknik anlamda kefaletin anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir^{5.15}. Kefalet sözleşmesi dışında kalan ve şahsi teminat amacı güden diğer teminatların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de kanunda düzenlenmemiştir. *Kanımızca*, burada geçen kefalet kavramını dar anlamda değil, kefalet sözleşmesi ile benzer amaçları güden diğer teminat sözleşmelerini de içine alacak şekilde geniş bir bakış açısıyla yorumlamak gerekir. Çünkü, gerek kefalet sözleşmesinde, gerekse diğer teminat sözleşmelerinde teminat veren kişiler borçlunun menfaatlerini düşünererek ve onun kişiliğine duydukları güven nedeniyle teminat vermektedirler. Aynı kişiler, borcu üstlenen kişi için de aynı menfaat düşünceleri ve kişisel güven duyguları içinde aynı teminatların devam etmesini her zaman isteyebilirler. Bu gibi durumlarda kefaletle aynı amacı güden ve aynı fonksiyona sahip diğer teminat sözleşmelerini ayırmanın hukuki bir gerekçesi yoktur. Bu nedenle kefalet dışında diğer teminat sözleşmelerini de aynı kapsamda değerlendirmek daha isabetli olur^{5.16}.

TBK. m. 198/II'de rehin veya kefalet yoluyla verilen teminatların sona ereceği konusunda getirilen kural mutlak bir kural olmayıp kanun koyucu

⁵⁻¹¹ **Becker**, An. 178, . 5, s. 826; **HonsellNogt/Viegand**, An. 178, . 3, s. 856-857; **Meier**, s. 41 \d.; **Oser/Schönenberger**, s. 1029; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 418, 1-3. s. 686.

⁵⁻¹² **Oser/Schönenberger**, s. 1029; **Honsell/Vogt/Wiegand**. A11. 178. . 3, s. 856-857; **Hasler**, s. 90 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 418, N. 1-3, s. 686; **Becker**, An. 178, N. 5, s. 826; **Meier**, s. 41-42;

⁵⁻¹⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 393; **Becker**, Art. 178, . 5, s. 826; **HonsellNogt/Viegand**^d, An. 178. N. 3. s. 856-857; **Oser/Schöncnberger**, s. 1029;

^{qs} Bu görüş için bkz., **Becker**, An. 178, N. 10, s. 827.

⁵⁴⁰ ÖLellil,le fBK. m. 603'de yer alan; "Kefaletin şel,iline, !,efil olma ehli◆ etine ve eşin rızasına iliş, in hükümler, gerçei, i, işilerce, i, işisel güvence , erilmesine iliş, in olaraı.. baş- 1-.a ad altında) apılan diğer sözleşmelere de u) gulanır" hül,mü diğer kişisel teminat sözleşmeleri ile 1,.efalei birbirine oldu..ça) aı..laştırmış olduğu da dikl,.ate alındığında bu düşünce nin tutarlılığı anmaı..tadır.

tarafından bu kurala bir istisna getirilmiştir". Anılan istisna. rehin ve, a kefalet yoluyla teminat verenlerin, borcun üstlenilmesinden sonra **da yeni** borçluya karşı bu teminatlarının devam edeceğine ilişkin yazılı rıza göstermeleridir^{5,8}. Buna göre, üstlenilen borç için rehin veya kefalet yoluyla teminat veren üçüncü kişilerin borcun üstlenilmesine yazılı rıza **f.östermelen** halinde rehin veya kefalet devam edecek ve varlığını koruyacak .ıq; **aksi WC-** dirde, borçlunun kişiliğine bağlı diğer haklar gibi borcun üstlenilmesi ile birlikte bu teminatlar da kendiliğinden sona erecektir.

TBK. m. 198/II'de yer alan bu hüküm rehin ve kefaletin hukuki **nitelik-** lerine de uygun düşmektedir. Gerçekten de üçüncü kişi borçlunun borcu için kendi malını rehin olarak verir veya kefil olursa onun ödeme gOcünQ veya şahsi itibarını göz önünde tutarak hareket etmiş sayılır. Öyleyse **kefaleti** borçlunu yerine geçen kimsenin de borcuna bağlamak sözü edilen üçüncü kişiyi önceden düşünmediği bir tehlikeye maruz bırakmak olurdu. İşte TBK. m. 198/II hükmü buna mahal bırakmamaktadır. Borç için malını rehin veren veya kefil olan üçüncü kişi borcun nakline rağmen rehin veya kefaletin devamına razı olursa alacaklı bu hakları kaybetmez. Gerçekten de TBK. m. 198/II'de, borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumluluklarının ancak bu kişilerin borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde devam edeceği düzenlenmesine yer verilmiştir. Bu dü-

m Doktrinde bu hükmün 8GB § 418 ile de uyumlu olduğu kabul edilmektedir. voo Tuhr/Escher, s. 393; Becker, Art. 178, N. 6, s. 826; Oser/Schönenberger, s. 1029; Hasler, s. 92; HonsellNogt/Wiegand, Art. 178, . 3, s. 856-857; Borcun naklinde ipotek veren üçüncü kişinin rızası alınmamışsa bu durumda ipotek borcu düşmüş olur. (11 HD., T. 14.03.1986, E. 582, K. 1072), (Karahasan, s. 1440).

548 TBK. m. 198/II'de rehin ve kefalet konusunda özel bir hükme)er verilmesinin özel nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenlerin en önemlisi ise teminatların kural olarak borçlunun kişiliği ve ödeme gücü dikkate alınarak verilmesidir. A) rıza borcun üstlenilmesi ile birli.1e borçlunun) erine yeni bir borçlu geçerken o analı.adar borçtan sorumlu olan malvarlığının)erine de borcu üstlenen üçüncü kişinin (aslında kefil ile rehin verenin sorumlu olmadığı) malvarlığı geçmektedir. Diğer taraftan borcun üstlenilmesinin rehin veren ve kefil olan lı.işiler için) aratacağı değişiklik, borcun ödenmemesi nedeni) le teminatlara başvurulması sırasında orta) a çıkmaktadır. Bu nedenle kefil olanlar ve rehin verenler için de borçlunun kişiliği ve kimliği bü) ük öneme sahiptir. TBK. m. 198/11, esas itibari) le alacaklı ile borçlu arasındaki borcu teminat altına almak amacı) la kendi eş) ası üzerinde rehin tesis eden üçüncü kişinin bulunmasını, başka bir ifade ile rehin ,eren kişinin borçlu dışında bir üçüncü kişi olması şartını aramıştır. O halde alacağı teminat altına almak için rehin veren üçüncü kişinin rızası rehinin devamının a) rılmaz bir unsurudur. Alacaklının borcu üstlenen üçüncü kişi)i kabul etmesi ancak bu şartla mümkün olabilir. Bkz., **Becker**, Art. 178, N. 5-8, s. 826-827.

549 818 sa)ılı Borçlar Kanununda rehin ve) a kefalet)olu) la teminat verenler tarafından verilecek rızanın şekli bakımından herhangi bir dilzı.:ılemcyc)er,crilrnemişti. TBK. m. t98/11') i lı.arşıla) an BK. rn. 176/11, şu ilkınıl içermekte) di: "Oıınunla beraber borcu temin için bir rehin tesis etmiş olan üçüncü şahsın ve lı.efilin mesuli)etleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder". ı) rıza blı.z., Becker, Art. 178, N. 5, s. 826;

zenlemede geçen "*içinci kişi*" kavramından hareketle üstlenilen borç için kefil olan veya rehin verenler bakımından ikili bir ayırım yapılması **gerekir**. Rehlin veren kişinin borçlu veya borcu üstlenen kişi olması ve kefil olan üçüncü kişinin aynı zamanda borcu üstlenen kişi olmasına göre farklı sonuçlar doğmaktadır. Kanunda rehin veren üçüncü kişi kavramı kullanıldığı için, borçlu veya borcu üstlenen kişinin "*üçüncü kişi sayılmayacağı*" kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Öte yandan, Kanunda kefalet ve rehlin devam edebilmesi için kefil ile rehnedenin rıza göstermesinden bahsedilmiştir. Ancak rehnedenin maliki olduğu taşınmaz bir başkasına devretmesi halinde, rehin verenin değil, üzerinde rehin kurulu taşınır veya taşınmazın mevcut malikinin rızasının alınması gerekir⁵⁵¹. Bu nedenle TBK. m. 198/II'de yer alan düzenleme borçlu veya borcu üstlenen kişinin dışında bu borç için rehin veren kişiler için uygulanmalıdır. Çünkü rehlin borçlu veya borcu üstlenen kişi tarafından verilmesi durumunda bu kişilerin borcun üstlenilmesine rıza gösterdikleri karinesi geçerlidir⁵⁵².

TBK. m. 198/II'de yer alan, "*..rehlin veren üçüncü kişinin sorumluluğu borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza gösterme/eri halinde devam eder*" düzenlemesinden de, rehlin üçüncü kişiler dışında kalan kişilerce verilmesi halinde bu kişilerin rıza göstermeleri halinde borcun üstlenilmesinden etkilenmeyerek varlığını devam ettireceği anlaşılmaktadır⁵⁵³. Özellikle rehlin borcu üstlenen tarafından verilmiş olması durumunda, üstlenenin borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulması için yaptığı öneride zorunlu olarak rehin hakkının varlığının devamına da onay vermiş olduğu kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Aynı şekilde rehlin borçlu tarafından verilmiş olduğu durumlarda da, borçlunun borcu üstlenen ile iç üstlenme sözleşmesini yapması veya dış üstlenme sözleşmesi için alacaklıya öneride bulunması hallerinde de rehlin sorumluluğunun devamına rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık borçlunun, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine katılmadığı hallerde de borçlunun verdiği rehin devam etmelidir. Çünkü bu durumda borçlu, devredilen borçtan kişisel olarak değil, sadece aynı olarak sorumlu olacağından rehin hakkının devam etmesinin borçlu bakımından dezavantajlı bir durumu söz konusu olamaz⁵⁵⁵. Rehlin konusu taşınır veya taşınmaz malın mülkiyetinin borcu üstlenen kişiye ait olduğu ve bu kişinin rehinden doğan sorumlu-

⁵⁵⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 857; Hasler, s. 91; Becker, Art. 178, . 8-9, s. 827; Meier, s. 44;

⁵⁵¹ Bkz., Becker, Art. 178, N.11, s. 827;

⁵⁵² Bkz., Becker, Art. 178, . 8, s. 827; von Tuhr/Escher, s. 393; Oser/Schönenberger, s. 1029; Meier, s. 44; Hasler, s. 91; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 856-857

⁵⁵³ von Tuhr/Escher, s. 393; Hasler, s. 91; Becker, Art. 178, . 8, s. 827; Meier, s. 44;

⁵⁵⁴ Bkz., Hasler, s. 91 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 277;

⁵⁵⁵ Bkz., Hasler, s. 91 vd;

luğunun devam etmesi yönünde hiçbir ihtirazı kayıt ileri sOnnedığı **takdirde** bunun örtülü bir muvafakat olduğu kabul edilmektedir.

Gerek kefil gerekse rehin konusu taşınmaz malikinin nz.asının TBK. m. 198/II gereğince yazılı şekilde yapılması **gerekir. Ancak 8 J 8 sayılı Borçlar Kanunu'nun** 176. maddesinin II. fıkrasında herhangi bir **şekil şartı aranmak-**sızın sadece kefil ve rehin verenin rıza göstennelerinin **yeterli olacağı kabul** edilmişti⁵⁵⁶. Kefil veya rehin verenin yazılı rızası borcun **dış üstlenilmesi** sözleşmesinin yapılmasından önce veya en geç onunla **birlikte veril!**11elidir. Sonradan rıza beyanının geçerli olmayacağı kabul **edilmektedir**5s . Kefil veya rehin verenin ileride ortaya çıkacak borç üstlenmelerine **karşı önceden** (peşinen) verilen rızanın geçerli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Çünkü böyle bir durumda rehin veren, borcu üstlenecek kişinin ekonomik durumunu ve kişisel ilişkilerini dikkate almadan peşinen karar venniş olur ki, bu durum TMK. m. 23 vd. hükümlerinde yer alan kişilik haklarına **ve nihayet** TBK. m. 27'ye aykırılık teşkil edebilir⁵⁵⁸.

Üstlenilen borç için verilen rehin hakkının sona ermesi sadece sözleşme-ye dayalı rehin hakları için geçerlidir. Bu nedenle TBK. m. 198'de yer alan hüküm kanuni rehin hakları için geçerli değildir. Bu, "*üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler*" ifadesinde açıkça sözleşme ile kurulan rehin haklarına işaret eden TBK. m. 198/II'nin lafzından anlaşılmaktadır⁵⁵⁹. Bu nedenle tescile tabi kanuni ipotek ve hapis hakkı gibi doğrudan doğruya kanundan doğan rehin haklarının TBK. m. 198 kapsamına gınneyeceği kabul edilmektedir⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ BK. m. 176/II'de, "Bununla beraber borcu temin için bir rehin tesis etmiş olan üçüncü şahsın ve kefilin mesuli) etleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder" hükmü yer almakta) dı.

m BGE 60 il 333. **Becker**, A11. 178, N. 13, s. 828; **Hasler**, s. 92

⁵⁵⁸ Geniş bilgi için bkz., BGE, 67 11 130. Buna karşılık borcu üstlenenin ticari ilişkilerde hakim olan genel ilkelere göre bö) le bir borç için)eter derecede ödeme gücüne sahip olması açık veya örtülü olarak anlaşılabili) orsa, belirli bir ekonomik ihti)aca cevap teşkil edebilen böyle bir genel bir rızanın artık geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Ü) uşmazlık halinde, aksinin ispatı ise her zaman mümkündür.

⁵⁵⁹ **Hasler**, s. 91 vd.;

⁵⁶⁰ **Hasler**, s. 91; **Becker**, Art. 178, N. 9, s. 827. Kanuni rehin ve)a hapis hakkı ile yüklü eş)a) ı kanunen rehin ve)a hapis hakkı doğumuna yol açan duruma getiren kişi kural olarak eş) anın maliki olan üçüncü kişi değildir. Bunu daha çok malikin kendisine eş)asını teslim ettiği borçlu) apmaktadır. Başka bir ifade ile borçlu borcunu ifa etmediğinde. alacaklı kanundan doğan rehin hakkını kullanabilmektedir. Bu nedenle rehinle) ül-lü eş)a-nın maliki rehin alacaklısına karşı rehin tesis eden üçüncü kişi sıfatı ile orta)a çıkan kişi ile bir tutulama) acağı için TBK. m. 198/11 hükmünün kanuni rehin haklarında u) gulanma) acağı kabul edilmektedir. Bkz., **Becker**, Art. 178, . 9, s. 827.

B. Savunmalann durumu

1. Genci olarak

Borcun üstlenilmesi, bir borcun üstlenilme anındaki bütün kapsam ve içeriği ile devredilmesi sonucunu doğurduğu için bağlı haklarla birlikte savunmalar da bu devre dahil olmaktadır. Nitekim bu durum TBK. m. 199'da; *"üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, yeni borçluya geçer"* hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Borcu üstlenen üçüncü kişi sadece borcun dış üstlenilmesi sırasında borçlunun alacaklıya karşı yükümlü olduğu sorumluluk oranında taahhüt ve yükümlülük altına girdiği için bu oranda savunmaları da alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olmalıdır⁵⁶¹. Burada geçen savunmalar sadece teknik anlamda savunmaları değil, aynı zamanda itirazları⁵⁶² da kapsamaktadır⁵⁶³. Bu nedenle borcu üstlenen, borçlunun alacaklı ile olan ilişkisinden hiçbir borcun doğmadığını veya mevcut olan borcun aslında üstlenme anında ortadan kalkmış olduğunu gösteren her türlü itirazı ileri sürebilir⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 390; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 179, . 2, s. 858; **Berger**, s. 805-806; **Hasler**, s. 96 \d.; **Schwenzer**, s. 564-565; **Eren**, s. 1251-1252; **von Tuhr**, s. 893-894; **Becker**, Art. 179, . 1-2, s. 829. Borcu üstlenen üçüncü lı.ışinin dış üstlenme sözleşmesi ile alacaklı) alı.arşı girdiği taahhüt, borç ilişkisiinden ayrılan borçlunun taahhüdü ile nitelik ,e içerili. olaral-aıdır. Borcun üstlenilmesi enilemenin aksine borçlu lı.ışinin değişmesinden başka hiçbir etki) e sahip değildir. Borcun üstlenilmesi bir derecee kadar borçlu ile alacaklı arasındalı.i borç ilişkisindeki borçlunun taahhüdünün (kural olarak) halefi) eti şeklinde anlaşılabilir. Başlı.a bir ifade ile alacağı devredenin hukulı.i statüsüne alacağı de, ralanın halefi) eti gibi bir durum orta) a çılı.malı.tadır. Borcun üstlenilmesi borcun üstlenildiği andaki mevcut durumunu lı.apsamalı.ta ve borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi her zaman) e-ni \c bağımsız so)ut bir taahhüt olaralı. kabul edildiğinden, borçlunun sahip olduğu sa-,unmalarııı da a)nen üstlenen geçmesi gerekir. Bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 390 vd.

m TürliJs, içre llukulu.unda TBK. m. 199'da (OR. Art. 179) er alan hUl-mün başlığı Defiler (=Einreden) illı.en, Alman Medeni Kanununda benzer hüli.mün) er aldığı 8GB § 417'de itirazlar (=Einwendungen) kavramı kullanılmıştır.

⁵⁶³ Blı.z., **von Tuhr/Escher**, s. 390; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 179, N. 1, s. 858; **Berger**, s. 806; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 277, d.; **Schwenzer**, s. 564-565; **Tunçomağ**, s. 1134; **Eren**, s. 1251-1252; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 601 vd.; **von Tuhr**, s. 893-894; **Kılıçoğlu**, s. 790 vd; **Becker**, Art. 179, . 1-2, s. 829; **Hasler**, s. 96 , d.; **Kostkiewicz/Nobel/ Schwander/ Wolf**, Art. 179, . 1. s. 397; **Oscr/Schönenberger**, s. 1031 , d. A) rıca bkz., **Meier**, s. 46 vd.

◆◆ **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 601 vd.; **von Tulu**, s. 893-894; **Kılıçoğlu**, s. 790 \d; **Becker**, Art. 179, . 1-2, s. 829; **Hasler**, s. 96 , d.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 179, . 1, s. 397; **Oser/ chönenberger**, s. 1031 vd.; **Tuhr/Escher**, s. 390; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 179, • 1. s. 858; **Berger**, s. 806; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 277 vd.; **Schwenzer**, s. 564-565; **Tunçomağ**, s. 1134; **Eren**, s. 1251-1252.

TBK. m. 199'da esas itibariyle üç türlü savunma; a) her bir borçlunun borcu üstlenene geçmekte ve borcu üstlenene bu savunmaları herhangi bir şarta bağlı olmaksızın alacaklıya karşı ileri sürebilmektedir⁶⁵. Borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel savunmalar bakımından tamamlayıcı bir hukuk kuralı öngörmüş ve taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı takdirde borcu üstlenene geçmeyeceği hükme bağlamıştır⁶⁶. İhtiyat borçlu ile üstlenen arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmalar konusunda kanun koyucu mutlak bir kural öngörmüş ve borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremeyeceğini hükme bağlamıştır⁶⁷. Borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasındaki dış üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaların durumu hakkında kanunda açık hüküm bulunmamakla birlikte⁶⁸, dış üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliği gereği bu ilişkiden doğan savunmaların herhangi bir sınırlama olmaksızın ileri sürülebilmesini kabul etmek gerekir⁶⁹. TBK. m. 199'da

⁶⁵ Becker, Art. 179, § 2, s. 829; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 279. HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 1, s. 858; Berger, s. 806; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 277 vd.; Schwenger, s. 564-565; Tunçomağ, s. 113-t; Ereo, s. 1251-1252; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 179, § 1, s. 397; Oser/ Schönerberger, s. 1031 , d.; Tuhr/Escher, s. 390; Oğuzman/Öz, C. il. s. 601 ,d.; von Tuhr, s. 893-894; Kılıçoğlu, s. 790 vd; Becker, Art. 179, § 1-2. s. 829; Hasler, s. 96 ,d.

⁶⁶ Gerçekten de TBK. m. 199/11°'e göre, "Dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça iç borçlu, alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmalarda bulunamaz".

m Bu durum borcun dış üstlenme sözleşmesinin sonuç bir hüküm olması ve bu işlem olmasının hukuki gerekçesi olarak ileri sürülmektedir. BJ..z., Berger, s. 806; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 277 vd.; Schwenger, s. 564-565; Tunçomağ, s. 1134; Eren, s. 1251-1252; Kostkiewicz/ Nobel/Schwander/Wolf, Art. 179, § 1, s. 397; Oser/ Schönerberger, s. 1031 vd.; von Tuhr/Escher, s. 390; Oğuzman/Öz, C. il. s. 601 , d.; von Tuhr, s. 893-894; Kılıçoğlu, s. 790,d; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, § 1, s. 858; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 1. s. 858; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 179, N. 1. s. 858; Becker, Art. 179, N. 1-2, s. 829; Hasler, s. 96 ,d.; Gauch/ Schluep/ Schmid/Emmenegger, s. 279;

⁶⁸ Borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel savunmaları borcun üstlenilmesinden sonra üstlenilen borçla ilgili olarak alacaklıya karşı her zaman ileri sürebilir. Çünkü borcun üstlenilmesi sonucunda halefi (devralan) la yabancı bir borç onun kendi borcu olmuştur. Bu nedenle bu savunmaların varlığı tartışılmazdır. Bu nedenle Borçlar Kanununda bu durumun düzenlenmesine gerek görülmemiştir. 81-t., Hasler, s. 96 ,d.;

so<1 Kostkiewicz/Nobel/ Schwander/Wolf, Art. 179, § 1. s. 397; Oser/ Schönerberger, s. 1031 ,d.; von Tuhr/Escher, s. 390; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 601 ,d.; von Tuhr, s. 893-

öngörülen savunmalar taranar arasındaki ilişkiye göre aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

2. Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden doğan savunmalar

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkilerden doğan savunmalar üzerindeki etkisi TBK. m. 199/II'de açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan hükme göre, *dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça borcu üstlenen, alacaklıya karşı önceki borçlunun ileri sürebileceği kişisel savunmaları ileri süremez*. Kanun koyucu burada alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan esas itibariyle iki türlü savunma düzenlemiştir. Bunlardan ilki, borcun doğumuna, varlığına veya konusuna ilişkin savunmalar olup bu savunmalar TBK. m. 199/I'de "*borca ilişkin savunmalar*" şeklinde özel olarak düzenlenmiştir⁵⁷⁰. Alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan savunmaların ikincisi ise borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel savunmalardır. Kanun koyucu bu konuda tamamlayıcı bir hukuk kuralı öngörmek suretiyle, borcu üstlenenin borçlunun alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu kişisel savunmaları dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça alacaklıya karşı ileri süremeyeceğini kabul etmiştir (TBK. m. 199/11)⁵⁷¹. O halde borcu üstlenen, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan ve borçlunun kişiliğinden kaynaklanmayan her türlü savunmayı ileri sürme hakkına sahiptir. Keza, alacaklı için de aynı durum söz konusudur. Başka bir ifade ile alacaklı da borçlunun kişiliğinden kaynaklanan savunmalar dışındaki her türlü savunmayı borcu üstlenene karşı ileri sürme hakkına sahiptir⁵⁷².

a) Üstlenilen borca ilişkin savunmalar

Üstlenilen borca ilişkin savunmalar esas itibariyle taraflardan herhangi birisine bağlı olmayan, doğrudan doğruya borçla ilgili, borca bağlı olan savunmalardır⁵⁷³. Bu nedenle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, bunlar üze-

894; Kılıçoğlu, s. 790 vd; Becker, Art. 179, I . 1-2, s. 829; Hasler, s. 96 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 279; Honsell/Nogt/Wiegand, Art. 179, N. 1, s. 858.

⁵⁷⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 277-278.

⁵⁷¹ Oser/Schönenberger, s. 132.

⁵⁷² Üstlenenin borçlu) la olan ilişkisinden dola)ı alacaklı) a karşı hangi savunmaları ileri sürebileceği doktrinde çok önemli tartışmalara sahne olmuştur. Örneğin Delbrück borçlunun alacaklı) a karşı sahip olduğu bütün savunmaların borcu üstlenene geleceğini savunmaktadır. Bkz., Meier, s. 45; Hasler, s. 97 vd.

⁵⁷³ Borcu üstlenenin, alacaklının borçlu) la olan ilişkisinden dola)ı alacaklı) a karşı hangi savunmaları ileri sürebileceği doktrinde sürekli tartışma konusu olmuştur. Delbrück, borçlunun alacaklı) a karşı sahip olduğu ve) argılama) etkisi ile ilgili olanlar dışındaki bütün savunmaların üstlenene geçeceğini ileri sürerken diğer) azarlar bu savunmaların

rinde bir etki yaratmayacağı için bu savunmalar borcun üstlenilmesinden sonra da gerek üstlenen gerekse alacaklı tarafından ileri sürülebilir. TBK. m. 199/1'de, üstlenilen borca ilişkin savunmalar konusunda **gend lcu**-ral konulmuş ve bu savunmaları ileri sürme hakkının borcu üstlenene geçeceği açıkça hükme bağlanmıştı⁵⁷⁴.

Borca ilişkin savunmalar arasında en başta itirazlar yer alır,-s. Buna göre, borcu üstlenen üçüncü kişi, borcun hiç doğmadığını veya mevcut olan borcun, dış üstlenme sırasında ortadan kalktığını gösteren itirazları (olaylan J ileri sürebilir. Örneğin dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturan borcun ifa, takas veya ibra gibi bir nedenle ortadan kalkmış bulunduğu veya borcun doğumuna yol açan özleşmenin mutlak butlan nedeniyle geçersiz ve bu nedenle borcun hiç doğmamış olduğu ileri sürülebilir⁵⁷⁶. Ancak borcun doğmamış veya sona ermiş olduğuna ilişkin itiraz ileri sürülürken, doğmamış veya sona ermiş bir borcu konu edinen dış üstlenme sözleşmesinin esas itibarıyla geçersiz olduğuna da dikkat etmek gerekir⁵⁷⁷. Diğer taraftan borcun doğmamış olması, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin geçersizliğinden kaynaklanabileceği gibi, bu borcun bağlanmış olduğu bozucu şartın gerçekleşmesinden veya borcun üstlenilmesinden önce ifa, takas ya da ibra gibi bir nedenle de sona ermesinden de kaynaklanabilir⁵⁷⁸.

sadece bir kısmının borcu üstlenene geçeceğini ileri sürmektedir. Bu noktada, üstlenene geçecek savunmalarla üstlenene geçmeyen savunmalar arasına bir sınır koymak için **değişik**ollar denenmiştir. Örneğin hakkı ortadan kaldıran ve hakkı kazandıran savunmalar şeklinde yapılan a) rım bunlardan birisidir. Bkz., **Meier**, s. 45 vd.

⁵⁷⁴ Benzer bir hüküm BGB § 417'de yer almaktadır. Anılan hükme göre; ..(1) Borcu üstlenen, alacaklı ile evvelki borçlu arasındaki ilişkiden doğacak itirazları. alacaklıya) yöneltebilir. Borcu üstlenen, evvelki borcunun hakkı olan bir alacak talebini, bunun alacaklı olan borçları ile takas edemez. (2) Borcu üstlenen, e., elki borçlu ile kendi arasındaki borç nakline dayanan hukuki ilişkiden doğacak itirazları alacaklıya yöneltemer.

⁵⁷⁵ **Tunçomağ**, s. 1135; **von Tuhr**/Escher, s. 390; **Becker**, Art. 179, 1. 2, s. 829; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 179, N. 2-3, s. 858 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1032; **Eren**, s. 1251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **Kılıçoğlu**, s. 790; **von Tuhr**, s. 893;

⁵⁷⁶ Bkz., **Becker**, Art. 179, N. 3-4, s. 829 vd.; **Tunçomağ**, s. 1134 ,d.; **Eren**, s. 1251-1252; **von Tuhr**, s. 893-894; **Kılıçoğlu**, s. 790 vd; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 179, N. 2-3, s. 858 vd.; **Berger**, s. 806, d.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 277 vd.; **Schwenzer**, s. 564-565; **Kostkiewicz/Nobel/Schwanler/Wolf**, Art. 179, N. 2-3, s. 397; **Hasler**, s. 96 \d.; **Oser/Schönenberger**, s. 1031 , d.; **von Tuhr**/Escher, s. 390 , d.; **Oğuzman/Öz**, C. il. s. 601 vd.;

⁵⁷⁷ Geçersiz veya doğmamış bir borcun üstlenilmesini konu edinen dış üstlenme sözleşmesi geçersiz olsa da, bu geçersizlik eski borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir itiraz teşkil ettiği için TBK. m. 199/1'in kapsamına gireceği kabul edilmektedir. Bkz.. **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 602-603; **Eren**, s. 1251; **von Tuhr**/Escher, s. 390;

⁵⁷⁸ **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 602-603; **Eren**, s. 1251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 278; **Tunçomağ**, s. 1135; **von Tuhr**/Escher, s. 390; **Becker**, Art. 179. . 8, s. 830 \d.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi kurulduktan sonra, alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisindeki borcun sonradan imkansız hale **gelmesi** a) alacaklı ile borçlu arasındaki iki tarafa borç yükleyen asıl **sözleşme** ilişkisinde temerrüt nedeniyle sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönme halinde de borç sonradan sona ermiş olacaktır. İşte bu gibi bir durumda da, borcu üstlenen üçüncü kişi alacaklıya karşı borçtan kurtulduğunu her zaman ileri sürebilir. Buna karşılık, borcun üstlenilmesinden sonra herhangi bir nedenle sona ermiş olması halinde, borcun sona erdiğine ilişkin itiraz, üstlenene borçludan geçen bir itiraz değildir. Bu itiraz borcu üstlenen üçüncü kişinin doğrudan doğruya sahip olduğu itirazdır. Bu nedenle, yapılan açıklamaların borcun üstlenilmesinden önce borçluya ait olan ve fakat borçlu tarafından kullanılmamış itirazlar (savunmalar) olarak kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, borcun üstlenilmesi doğrudan doğruya önceden zamanaşımına uğramış bir borcun tanınması anlamına gelmez. Bu nedenle borçlunun talimatıyla veya borcu üstlenenin bilerek zamanaşımına uğramış bir borcu üstlendiği takdirde üstlenilen borcun zamanaşımına uğramış olduğuna ilişkin zamanaşımı savunmasını ileri sürebilir ise de, bunun zamanaşımından feragat anlamına gelip gelmediğinin de araştırılması gerekir⁵⁷⁹. **Kanımızca**, borcu üstlenen tarafından borcun zamanaşımına uğradığı bilinerek borcun üstlenildiği hallerde, artık burada zaman aşımından feragat karinesinin varlığının ve bunun aksinin de üstlenen tarafından her zaman ispatlanabileceğinin kabul edilmesi daha isabetli olacaktır⁵⁸⁰. Öte yandan, borcun üstlenilmesi aynı zamanda borcun ikrarı anlamına geldiğinden bu zaman aşımını kesen bir sebeptir. Bu nedenle, borcun üstlenilmesinden önce işlemeye başlamış olan zaman aşımı borcun üstlenilmesi ile zaman aşımı kesilir⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ von Tuhr/Escher, s. 390-391; Schwenger, s. 564; Becker, Art. 179, 10, s. 830 'd.: von Tuhr/Escher, borcu üstlenen tarafından borcun zamanaşımına uğradığı bilinerek. a) alacaklı ile borçlu arasındaki iki tarafa borç yükleyen asıl sözleşme ilişkisinde temerrüt nedeniyle sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönme halinde de borç sonradan sona ermiş olacaktır. İşte bu gibi bir durumda da, borcu üstlenen üçüncü kişi alacaklıya karşı borçtan kurtulduğunu her zaman ileri sürebilir. Buna karşılık, borcun üstlenilmesinden sonra herhangi bir nedenle sona ermiş olması halinde, borcun sona erdiğine ilişkin itiraz, üstlenene borçludan geçen bir itiraz değildir. Bu itiraz borcu üstlenen üçüncü kişinin doğrudan doğruya sahip olduğu itirazdır. Bu nedenle, yapılan açıklamaların borcun üstlenilmesinden önce borçluya ait olan ve fakat borçlu tarafından kullanılmamış itirazlar (savunmalar) olarak kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, borcun üstlenilmesi doğrudan doğruya önceden zamanaşımına uğramış bir borcun tanınması anlamına gelmez. Bu nedenle borçlunun talimatıyla veya borcu üstlenenin bilerek zamanaşımına uğramış bir borcu üstlendiği takdirde üstlenilen borcun zamanaşımına uğramış olduğuna ilişkin zamanaşımı savunmasını ileri sürebilir ise de, bunun zamanaşımından feragat anlamına gelip gelmediğinin de araştırılması gerekir⁵⁷⁹. **Kanımızca**, borcu üstlenen tarafından borcun zamanaşımına uğradığı bilinerek borcun üstlenildiği hallerde, artık burada zaman aşımından feragat karinesinin varlığının ve bunun aksinin de üstlenen tarafından her zaman ispatlanabileceğinin kabul edilmesi daha isabetli olacaktır⁵⁸⁰. Öte yandan, borcun üstlenilmesi aynı zamanda borcun ikrarı anlamına geldiğinden bu zaman aşımını kesen bir sebeptir. Bu nedenle, borcun üstlenilmesinden önce işlemeye başlamış olan zaman aşımı borcun üstlenilmesi ile zaman aşımı kesilir⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Meiere göre, borcu üstlenen üçüncü kişi, sefeli olan borçlu ile a) ölçüde sorumluluğa sahiptir. Burada sadece bir borçlu değişimliliği gerçekleşmiş falat, **borç ilişkisinin maddi, şekli mrlığı aynı kalmıştır**. Alacaklının asıl borçludan olan alacağı şarta bağlı, e) a) desesi henüz dolmamış bir borç ise bu üstlenene de a) ölçüde sorumluluğa sahiptir. Eğer alacaklı ve borçlu arasında eksiltilen bir borç mevcut idi ise, borcun üstlenilmesi ile de bunun 1-aral-terisi değişimliliği gerçekleşir. Örneğin borçlu) a) alacaklının talebi zaman aşımına uğramışsa alacaklının talep hakkı üstlenene karşı da zaman aşımına uğramıştır. Çünkü alacaklı) eni bir alacaklı. değil başlangıçtan beri me, cut olan a) alacaklıdır. 81-z., **Meier**, s. 33, d.

❖ **Gnuch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 278; **Berger**, s. 806. Borcu üstlenen ile alacaklı arasında dış üstlenme sözleşmesinin 1-urulması ve hüküm, e sonuçlarını doğurması ile birlikte aslında üstlenen, iç üstlenme sözleşmesinden 1-a) naklanan borcunu ifa etmelidir. Bu nedenle borcun dış üstlenme sözleşmesi a) zamanda borcun ifası anlamına gelmektedir. Alacaklı bakımından ise dış üstlenme sözleşmesi borcun 1-abulü anlamına geldiği için bu zaman aşımını keser.

Üstlenilen borca ilişkin savunmalar arasında üzerinde durulması **gercker** en önemli savunma borcun doğumu bakımından geçerli olan irade bozuklu¹ları halidir. Çünkü doktrinde üzerinde en çok durulan konu alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin irade bozuklukları nedeniyle borcu OstJencn tarafından iptal edilip edilemeyeceği konusudur. Buna göre, konuyu üç bakımdan ayrı ayrı incelemek gerekir. Bunlardan ilki, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan dış üstlenme sözleşmesinin irade sakatlıkları nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesidir. Bu savunma, borcu OstJencn ile alacaklı arasındaki dış üstlenme sözleşmesinden kaynaklandığı için bunun üstlenen tarafından ileri sürülmesi her zaman mümkündür. İkinci duru² borçlu ile alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisinin irade bozukluktan nedeniyle geçersizliğinin borcu üstlenen tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği ile ilgilidir. Nihayet üçüncü durum ise, irade bozukluğu etkisi altında yapılan iç üstlenme sözleşmesindeki bu durumun, borcu üstlenen tarafından alacaklıya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği konusudur.

Borcu üstlenen üçüncü kişi, borçlu ile alacaklı arasındaki asıl borç ilişkisinin irade bozukluğu nedeniyle geçersiz olduğunu alacaklıya karşı ileri sürüp süremeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. *Oğuzman/Öz*, borcun dayanağını oluşturan sözleşmenin, irade bozukluğu sebebiyle borçlu tarafından iptal edilme hakkının ve bu arada iki tarafa borç yükleyen sözleşmede sözleşmeden dönme hakkının borcu üstlenene geçmeyeceğini kabul etmektedir⁵⁸². Buna karşılık doktrinde diğer bazı yazarlar⁵⁸³ ise bunun tam aksini iddia ederek sözleşmenin irade bozukluğu nedeniyle geçersizliğini ileri sürme hakkının borcu üstlenene geçeceğini savunmaktadır. *Becker* tarafından, borcu üstlenen kişinin, hile ile elde edilmiş bir borç vaadini yerine getirmekten kaçınabileceği kabul edilmekle birlikte, bu hakkın kullanılmasının sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme gibi borç ilişkisini tamamen sona erdirmeye sonucunu doğurabildiği durumlarda borcu üstlenen kişinin hukuki gücünün buna yetmeyeceğini savunulmaktadır⁵⁸⁴.

⁵⁸² Bkz., *Oğuzman/Öz*, C. il, s. 605;

⁵⁸³ *Tel'inay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 278; *Becker*, Art. 179, t. 8, s. 830; *Tunçomağ*, s. 1135; *von Tuhr/Escher*, s. 390. Gerçekten de yazara göre borçlunun sözleşme)e son•radan onay vermesi ve)a irade bozukluğu halleri için öngörülen hak düşürücü sürenin geçmiş olması hallerinde geçersizliği ileri sürme hakkı ortadan kalkmal•ıdır. Çünkü bö)le bir durumda artık irade bozukluğu gerekçesine dayalı olarak sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez ve sözleşme geçerli olur. Bö)lece, borcu üstlenen de borcun doğumuna yol açan borç ilişkisinin irade bozukluğu gerekçesi ile geçersizliğini sürme hakkını ka)betmiş olur. Bkz., *von Tuhr/Escher*, s. 390.

m *Berger*, s. 806 vd.; *Becker*, Art. 179, N. 8, s. 830; BGE 60 il 100; BGE 58 il 21; Çünkü bu durumda borcu üstlenen borçlunun sözleşme gereğince aldığı sözleşme konusunu iade ile yükümlü tutamaz. Bu nedenle borcu üstlenenin borçla ilgili sadece borçlunun da ileri sürmüş olması halinde nispi butlan nedenlerine dayanabileceği kabul edilmektedir. Bkz., *Becker*, Art. 179, N. 9, s. 830.

Kanımızca irade bozukluğuallerinin üstlenen tarafından da ileri sürülemez. Bu konuyu değişik seçeneklere göre incelemek gerekir. Bu göre iade sakatlığının ileri sürülebilmesi için kanunda öngörülen hakda sure geçmiş veya borcun iç üstlenilmesi sırasında borçlu tarafından sözleşmeye onay verilmiş ise, artık borcu üstlenen tarafından irade bozukluğu nedeniyle geçersizlik ileri sürülemez. Buna karşılık borcun üstlenilmesi sırasında irade bozukluğu nedeniyle geçersizliği ileri sürme için öngörülen hak düşürücü süre henüz dolmamış veya borçlu tarafından geçersiz sözleşmeye onat verilmemiş ise, u taktirde üstlenen tarafından da geçersizliğin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir.

Borcu üstlenen üçüncü kişi, irade bozukluğu etkisi altında yapılan iç üstlenme sözleşmesindeki geçersizliği ise, alacaklıya karşı ileri süremez. Çünkü TBK. m. 199/III, borcu üstlenen üçüncü kişinin iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürme hakkını açık bir şekilde yasaklamıştır⁵⁸⁶. Üstlenilen borca ilişkin savunmalar borcu üstlenen üçüncü kişi tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebileceği gibi, alacaklı da borca ilişkin olmak şartıyla borçlu bu karşı sahip olduğu savunmaları borcu üstlenene karşı her zaman ileri sürme hakkına sahiptir.

b) Borçlunun kişisel savunmaları

Kişisel savunmalar, borç ilişkisinden veya alacak ya da borcun niteliğinden değil de, borçlunun kişisel durumundan kaynaklanan savunmalardır⁸⁷. Bu savunmalar doğrudan doğruya borçlu ve borçlunun kişiliğine bağlı oldukları için, borçludan ayrılması ve bir başkasına devredilmesi veya borçlu dışında bir başkası tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu nedenle borçlunun kişisel savunmaları borcu üstlenene geçmez ve üstlenen tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemez. Aynı şekilde borçlunun kişiliğine bağlı olduğu için sadece borçluya karşı ileri sürülebilecek savunmalar da borcu üstlenene karşı ileri sürülemez. O halde, borçlunun kişiliğine bağlı olan savunmalar borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile ortadan kalkacağı için ne

⁵⁸⁵ Tekioay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 278; Bkz., Oğuzman/Öz, C. II, s. 605, dn. 219. von Tuhr/Escher'in bu konudaki düşüncesinin aksi yorumundan da aynı sonuç orta)a çıkmaktadır. Bkz., von Tuhr/Escher, s. 390, dn. 79; Keller/Schöbi, s. 83.

⁵⁸⁶ Becker, Art. 179, N. 5, s. 829.

⁵⁸⁷ von Tuhr/Escher, s. 391; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 5, s. 858-859; Berger, s. 806; Schurter, s. 41 vd.; Hasler, s. 97 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 280; Oser/Schönenberger, s. 1031-1032; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 278; Becker, Art. 179, N. 3, s. 829; Oğuzman/Öz, C. il, s. 604; von Tuhr, s. 894-89; Kılıçoğlu, s. 791; Eren, s. 1252; Tunçomağ, s. 1135; Oser/Schönenberger, s. 1031-1032;

⁵⁸⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 179, N. 5, s. 859; Tunçomağ, s. 1135; Berger, s. 806; Schurter, s. 41 vd.; Hasler, s. 97 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 280.

alacaklı tarafından üstlenene karşı ne de üstlenen tarafından **alacaklıya k.a.ı**¹ ileri sürülemez⁵⁸⁹.

Borçlunun kişisel savunmaları veya borçlunun kişiliğine bağlı **savunma**ların neler olduğu konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde örnekleri verilen savunmaların kişisel savunma olmaları nedeniyle borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi ile sona ereceği ve artık ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Borçlunun kişiliğine bağlı olduğu için ileri sürülemeyecek savunmalardan ilki, takas savunmasıdır¹. Buna **göre**, borcu üstlenen borçlunun alacaklıdan olan karşılık alacağı için takas savunmasında bulunamaz. Aynı şekilde alacaklı da borçluya karşı sahip olduğu takas hakkını borcu üstlenene karşı kullanamaz. Çünkü alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan takas savunması, borçlunun kişiliğine bağlı bir savunma olduğu için borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alacaklı borçluya karşı olan bu hakkını kaybeder⁵⁹². Sonuç olarak, gerek alacaklı, gerekse borcu üstlenen borçlunun kişiliğine bağlı olan takas hakkını birbirlerine karşı ileri süremezler. Hatta doktrinde bazı yazarlar⁵⁹³ borcu üzerine alan kişi veya alacaklının borçlunun rızasıyla dahi, takası ileri süremeyeceklerini kabul etmektedir⁵⁹⁴. Çünkü bu alacakların TBK. m.

⁵⁸⁹ **Gauch/Schlup/Schmid/Emmenegger**, s. 280; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 277-278; **Becker**, Art. 179, . 3, s. 829; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 604; **von Tuhr**, s. 894-895; **Kılıçoğlu**, s. 791; **Eren**, s. 1252; **Tunçomağ**, s. 1135; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032; **von Tuhr/Escher**, s. 391; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 179, N. 5, s. 858-859; **Berger**, s. 806; **Schurter**, s. 41 vd.; **Hasler**, s. 97 vd.

⁵⁹⁰ Bu konudaki değişik örnekler için bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 391 vd.; **Tunçomağ**, s. 1135; **Hasler**, s. 97-98.

⁵⁹¹ **von Tuhr/Escher**, s. 391; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 179, . 5, s. 858-859; **Berger**, s. 806; **Schurter**, s. 41 vd.; **Hasler**, s. 97 vd.; **Gauch/Schlup/Schmid/Emmenegger**, s. 280; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 277-278; **Becker**, Art. 179, N. 3, s. 829; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 604; **von Tuhr**, s. 894-895; **Kılıçoğlu**, s. 791; **Eren**, s. 1252; **Tunçomağ**, s. 1135; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032.

⁵⁹² Bu sonuç TBK. m. 139 vd. da düzenlenmiş olan takasa ilişkin genel hükümlere de uygundur. Bk.z., **Aral**, s. 17 vd.; **Eren**, s. 1274 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 1012 vd.; **Tunçomağ**, s. 1202 vd.; **von Tuhr**, s. 666 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 829 vd.; **Oğuzman/Öz**, C. 1, s. 585 vd.; **Akinci**, s. 297 vd.

⁵⁹³ Her ne kadar borçlu tarafından kendi alacağı için borcu üstlenen, alacaklıyla takas mahsup izin veya yetkisi verilmiş olsa bile, takasın şartlarından olan alacakların karşılıklı olması şartının gerçekleşmeyeceği için üstlenenin takas savunmasını ileri süremeyeceği kabul edilmektedir. Bk.z., **von Tuhr/Escher**, s.391 vd.; **Berger**, s. 806 vd.; **Schurter**, s. 40-41; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 179, N. 5, s. 858-859; **Heckelmann**, s. 45 vd.

⁵⁹⁴ Buna karşılık doktrinde *Bec/rer* tarafından bunun aksi ileri sürülmektedir. Gerçekten de yazara göre, bir ticari işletmenin yeni baştan ihyası halinde borcu üzerine alan kişi bu şekilde eski borçlunun karşılık bir alacağını takas için kullanmak hakkının kendisine verilmesini şart koşabilir. Burada (TBK. m. 199, OR. Art. 179) yorumlayıcı bir hukuk kuralı

139 gereğince karşılıklı alacaklar olmadığı gibi, borçlunun alacağı nedeniyle yapılan bir takas işleminin esas itibarıyla borcun üstlenilmesinin amaçlarına da aykırı düşmektedir⁹¹. Borcun üstlenilmesindeki asıl amaç, borcun, borcu üstlenen kişinin malvarlığından ifa edilmesidir. Bu nedenle borçluya ait takas savunmasının ileri sürülmesi demek, borcu üstlenenin malvarlığından ödenmesi gereken borcun yine borçlunun malvarlığından ödenmesi anlamına geleceğinden bu savunmanın borcu üstlenen tarafından ileri sürülememesi gayet isabetlidir.

Borçlunun kişiliğine bağlı olduğu için ileri sürülemeyecek savunmalardan bir diğeri ise TBK. m. 296'de yer alan bağışlama sözü vermenin geri alınmasına ilişkin savunmalardır⁵⁹⁶. Gerçekten de, anılan maddeye göre, bağışlama sözü veren borçlunun bu borcunu üstlenen üçünü kişi, bununla bağışlama sözü veren olmadığı için alacaklının kendisine yönelik ağır bir suç işlemesi nedeniyle veya mali durumunun sonradan değişmesi nedeniyle bağışlama sözü vermeyi geri alması mümkün değildir⁵⁹⁷. Çünkü TBK. m. 296'da yer alan bu türlü savunmalar bağışlayama sözü vermiş olması nedeniyle sadece borçluya ait olan savunmalardır. Buna karşılık doktrinde, bağışlama sözü verenin bu borcunu üstlenen üçüncü kişinin TBK. m. 295'in 3. bendinde yer alan hüküm gereğince, yüklemenin yerine getirilmemesi halinde bağışlamayı yerine getirmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir. Çünkü burada bağışlama sözü vermeden farklı bir durum bulunmaktadır. Buna karşılık borcun üstlenilmesi sırasında borçlu, alacaklının kendisine veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ya da ailesinden birine karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmış ve bu nedenle bağışlamayı geri alma hakkını kazanmış olabilir. İşte borçlunun bağışlamayı geri alma hakkını kazandıktan sonra bunu henüz kullanmadan borcun

söz konusu olduğu için işin mahiyetine göre tarafların kanundan farklı bir amaç güden irade beyanlarına da riayet etmek gerekir. Bkz., **Becker**, Art. 179. N. 11, s. 830

⁵⁹⁵ **von Tuhr/Escher**, s. 391; **Berger**, s. 806 vd.; **Schurter**, s. 40-41; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 280; **Honsell/Vogt/Wiegand**, A11. 179, N. 5, s. 858-859; **Heckelmann**, s. 45 vd.;

⁵⁹⁶ **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 280; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032; **von Tuhr/Escher**, s. 391; **HonsellNogt/Wiegand**, A11. 179, N. 5, s. 858-859; **Berger**, s. 806; **Schurter**, s. 41 vd.; **Hasler**, s. 97 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 277-278; **Becker**, Art. 179, N. 3, s. 829; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 604; **von Tuhr**, s. 894-895; **Kılıçoğlu**, s. 791; **Eren**, s. 1252; **Tunçomağ**, s. 1135; **Oser/Schönenberger**, s. 1031-1032.

⁵⁹⁷ Gerçekten de TBK. m. 296'ya göre, "Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir, 1. Elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa 2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse. 3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırmışsa. Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar".

dış üstlenilmesi sözleşmesinin gerçekleşmesi halinde, borcu üstlenenin ek artık bu savunmayı ileri sürebileceği *von Tuhr/Escher* tarafından kabul edilmektedir⁵⁹⁸. Aynı yazar, bağışlama sözü veren borçlunun mali durumun sonradan bu sözü yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmesi gerekçesine dayalı olarak bağışlamayı geri almasını **ise, üstlenenin borçluya karşı bir geri alma hakkına sahip olduğu** taktirde savunmadan yararlanabileceğini kabul etmektedir.

Borcun dış üstlenme sözleşmesi ile borçlunun kişisel savunmalannın sona ereceği ve bu savunmaların gerek alacaklı tarafından üstlenene karşı, gerekse üstlenen tarafından alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceği kuralı emredici bir hüküm değil, yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sözleşme ile söz konusu savunmaların alacaklı **veya** borcu üstlenen tarafından da ileri sürülebileceği kararlaştırılabilirdi⁵⁹⁹. Taraflar arasında kişisel savunmaların borcu üstlenen tarafından da ileri sürülebileceği kararlaştırılmışsa, artık borcu üstlenen de alacaklıya karşı kişisel savunmaları da ileri sürebilir. Borcu üstlenen üçüncü kişinin borçluya ait savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilmesi için buna alacaklı tarafından nza gösterilmesi veya onay verilmesi gerektiği *Hasler* tarafından ileri sürülmektedir⁶⁰⁰.

3. Alacaklı ile üstlenen arasındaki ilişkiden doğan savunmalar

Gerek Türk hukukunda TBK. m. 199'da, gerekse İsviçre hukukunda OR. Art. 179'da alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkilerden kaynaklanan savunmalar konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki ilişkiden doğan savunmaları, bu ilişkinin meydana gelme anına göre ikiye ayırarak incelenmektedir⁶⁰¹. Bunlardan ilki, alacaklı ile borcu üstlenen arasında, dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmadan önceki ilişkiden doğan savunmalar; ikincisi ise dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasından sonra bu sözleşme nedeniyle doğan savunmalardır⁶⁰². Alacaklı ile borcu üstlenen arasında, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapılmadan önceki ilişkiden doğan savunmalar, dış üstlenme sözleşmesinden etkilenmezler ve gerek üstlenen gerekse alacaklı tarafından karşılıklı olarak ileri sürülebilirler. Çünkü dış

⁵⁹⁸ *von Tuhr/Escher*, s. 391, dn. 86.

⁵⁹⁹ *von Tuhr/Escher*, s. 391; *Tunçomağ*, s. 1135; *Hasler*, s. 98 vd.;

⁶⁰⁰ Bkz., *Hasler*, s. 98-99.

⁶⁰¹ Bkz., *Meier*, s. 49-50. BGE 58 il 18

⁶⁰² Bkz., *Gauch/Schhiep/Schmid/Emmenegger*, s. 281; *Honsell/Vogt/Wiegand*, Art. 179, N. 6, s. 859; *Meier*, s. 49-50; *Honsell*, Art. 179, N. 4, s. 687; *Oscr/Schönenberger*, s.1031-1032; *Becker*, Art. 179, N. 4, s. 829; *Tunçomağ*, s. 1134;

üstlenme sözleşmesi alacaklı ile üstlenen arasında önceden var olan ilişkilere her hangi bir şekilde etki etmez. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi üstlenen ile alacaklı arasındaki mevcut ilişki dışında tamamen bağımsız ve yeni bir hukuki ilişki yaratır.

İkinci grupta yer alan savunmalar ise, borcu üstlenen veya alacaklının dış üstlenme sözleşmesi nedeniyle kazandığı savunmalardır. Örneğin borcu üstlenenin alacaklıdan olan mevcut alacağı ile borcun üstlenilmesi nedeniyle alacaklıya karşı borçlandığı edimi takas etme imkanına sahiptir. Başka bir ifade ile borcu üstlenen dış üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları veya hak ve taleplerini karşılıklı olarak ileri sürebilirler⁶⁰³. Bu nedenle borcu üstlenen her şeyden önce, borcun ifa tarihi olarak sonraki bir tarihin kararlaştırılmış olması halinde erteleme savunmasında bulunabileceği gibi, alacaklıya karşı sahip olduğu alacaklar için de takas savunmasında bulunabilir⁶⁰⁴. Ancak burada borcu üstlenen, sadece şahsi alacağı için takas savunmasında bulunabilir. Çünkü dış üstlenme sözleşmesinde alacaklı ile borcu üstlenen arasında ayrı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan bir borcun varlığı söz konusudur. Borcu üstlenen, borçlunun alacaklıdan olan karşılık alacağı için takas savunmasında bulunamayacağı gibi; alacaklı da borçluya karşı sahip olduğu takas hakkını borcu üstlenene karşı kullanamaz. Alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan takas savunması, borçlunun kişiliğine bağlı *bir* savunma olarak kabul edildiği için borcun üstlenilmesi sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte artık bu hak da sona ermiştir⁶⁰⁵.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bağımız bir sözleşme olduğu için, bu sözleşmenin kurulmasını sağlayan önerinin sunulmasından itibaren taraflar bu sözleşmeye ilişkin her türlü savunmaları karşılıklı olarak ileri sürebilirler. Hatta iç üstlenme sözleşmesi yapıldıktan sonra, tarafların dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlamak üzere karşılıklı müzakere aşamasında da kusurlarından sorumludurlar⁶⁰⁶. Başka bir ifade ile taraflar olağan bir sözleşme ilişkisi nedeniyle sahip olabilecekleri her türlü

⁶⁰³ Becker, Art. 179, N. 4, s. 829; Tunçomağ, s. 1 I34; Oser/Schönenberger, s. 1031-1032; Meier, s. 49-50; Berger, s. 806; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 281; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 6, s. 859; Honsell, Art. 179, N. 4, s. 687; Schwenger, s. 565.

⁶⁰⁴1 Tunçomağ, s. 1134-1135; Oser/Schönenberger, s.1031-1032; Meier, s. 49-50; Berger, s. 806; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 281; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 6, s. 859; Honsell, Art. 179, N. 4, s. 687;

⁶⁰⁵ Bkz., von Tuhr/Escher, s. 391; Heckelmaon, s. 45 vd. Berger, s. 806 vd.; Schurter, s. 40-41; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 280; HonsellNogt/Wiegand, Art. 179, N. 5, s. 858-859.

⁶⁰⁶ Sözleşme öncesi müzakerelerden doğan sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.,

savunma ve itirazları, dış üstlenme sözleşmesi nedeniyle de ileri sürmelerinde bir engel yoktur⁶⁰⁷ _

4. İç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmalar

Borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasındaki ilişkiden, başka bir ifade ile borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmalar sadece üstlenen ile borçlu arasında söz konusu olacağı için alacaklı bu ilişkiye yabancıdır⁶⁰⁸. Bu nedenle borcu üstlenen, alacaklıya karşı, borçlu ile aralarındaki iç ilişkiden kaynaklanan savunmaları ileri süremez. Bu sonuç TBK. m. 199/III'de (OR. Art. 199/111) yer alan düzenlemeden açıkça anlaşılabileceği gibi, iç üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğinden de kolayca anlaşılabilmektedir. Gerçekten de anılan maddede bu konu "**Yeni borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez**" şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan iç üstlenme sözleşmesi alacaklının dışında, borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşme olduğu için, bu sözleşme alacaklının hukuki statüsünde hiçbir değişikliğe yol açmaz. Bu nedenle gerek alacaklının borcu üstlenene karşı, gerekse borcu üstlenenin alacaklıya karşı iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaları karşılıklı olarak ileri sürmeleri mümkün değildir⁶⁰⁹. Örneğin borçlunun borcu üstlenen üçüncü kişiyi, üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturacak borç konusunda yanlış bilgilendirmiş ise, üstlenen tarafından bunun alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, borcu üstlenenin borçlu tarafından kendisine ifa edilecek bir ihtar karşılığında alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yapmasına rağmen, bu ihtarın borçlu tarafından kendisine ifa edilmediği gerekçesi ile alacaklıya karşı üstlendiği borcun ifasından kaçınmaz⁶¹⁰. Başka bir ifade ile borcu üstlenen

⁶⁰⁷ Borun dış üstlenme sözleşmesinin konusunu bir bağışlama sözü vermenin oluşturduğu durumlar dışında taraflar arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olacağı için, bu sözleşmeye iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Borcun dış üstlenme sözleşmesini konusunu, borçlunun bir bağışlama sözü vermesinin oluşturduğu durumlarda ise tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

⁶⁰⁸ BGE 110 il 340; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 274 vd.; **HonseU/Vogt/Wiegand**, Art. 175, N. 6, s. 849; **Berger**, s. 808 vd.; **Schurter**, s. 46 vd.; **Schwenzer**, s. 560-561; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 175, N. 5, s. 393; **Keller/Schöbi**, s. 75-76; **Hasler**, s. 66 vd.; **Honsell**, Art. 175, N. 5-6, s. 680-681; **Becker**, Art. 175, s. 10, s. 816; **von Tuhr/Escher**, s. 383.

⁶⁰⁹ **Becker**, Art. 179, N. 5, s. 829; **Oser/Schönenberger**, s. 1033; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 278; **von Tuhr/Escher**, s. 391-392; **Hasler**, s. 100 vd.; **Meier**, s. 50 vd.

⁶¹⁰ **von Tuhr/Escher**, s. 391-392; **Hasler**, s. 100 vd.; **Meier**, s. 50 vd.; **Becker**, Art. 179, N. 5, s. 829; **Oser/Schönenberger**, s. 1033; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 278; **von Tuhr/Escher**, s. 391-392; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 605-606;

alacaklıya karşı ödemezlik savunmasında (=exceptio non adimplēt/et/contracius) bulunamaz⁶¹¹. Aynı şekilde borcu üstlenen kişinin kendisini borcun üstlenilmesi konusunda borçluya karşı yükümlü zannettiği için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yaptığı takdirde, sonradan bu kendi hatasını alacaklıya karşı ileri süremez. Başka bir ifade ile borcu üstlenen üçüncü **kişi**, borçlu ile olan ilişkilerinden kaynaklanan hiçbir savunmayı alacaklıya karşı ileri süremez⁶¹².

Borçlu ile borcu üstlenen arasındaki iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaların, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin tarafları arasında ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu doktrinde büyük tartışmalara yol açmıştır⁶¹³. Örneğin, bir satım sözleşmesinde, borçlu ile üstlenen arasında yapılan iç üstlenme sözleşmesi ile borcu üstlenen borçlunun satım bedelini ödeme borcunu üstlenmiş olsun. Borcu üstlenen, alacaklı ile dış üstlenme sözleşmesi yaptığı andan itibaren borçluya karşı borcunu ifa etmiş sayılacaktır. Acaba böyle bir dış üstlenme sözleşmesi yapıldıktan sonra, borcu üstlenen üçüncü kişi, borçlu ile aralarındaki iç üstlenme sözleşmesinden (veya satış sözleşmesinden) doğan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilir mi? Örneğin borcu üstlenenin, alacaklının borçluya teslim ettiği malların ayıplı veya kusurlu olması nedeniyle bunu geri çevirip ödemezlik savunmasında bulunabilir mi? Bu konuda doktrinde hakim fikir, bu savunmaların borcu üstlenen tarafından ileri sürülemeyeceğini savunmaktadır. Nitekim Alman hukuku da BGB § 417'de bu düşünceye katılarak, dış üstlenme sözleşmesine soyut bir nitelik kazandırmıştır. Çünkü bu düşüncenin temelinde yatan asıl gerekçe, borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğuracak dış üstlenme sözleşmesi, sebebinden bağımsız olmalıdır; çünkü soyutluk borcun üstlenilmesi teorisinin uygulanabilirliğinin gerekli ön şartıdır⁶¹⁴. Kaldı ki, tarafların menfaatleri bu çözüm tarzının kabulünü zorunlu kılmakta ve özellikle alacaklı, borcu üstlenenin borcu üstlenmesini ancak bu şartla kabul etmektedir. Aksi takdirde, alacaklı kendisine tamamen yabancı olan bir başka sözleşmeye dayalı olarak dış üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine zorlama veya iç ilişkiye dahil etmek, hakkaniyete de aykırılık teşkil eder. Buna karşılık doktrinde bir görüş⁶¹⁵ hukuki işlemin tasarruf işlemi niteliği borçlandırıcı işlem etkisinden

⁶¹¹ **Tunçomağ**, s. 895; **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 605-606; **von Tuhr**, s. 895-896; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 179, N. 8, s. 859; **Oser/Schönenberger**, s. 1033-1034. **Eren**, s. 1252; **Hasler**, s. 100 vd.; **Meier**, s. 50 vd.

⁶¹² TBK. m. 199/III'de getirilen bu hüküm, borcun dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir hukuki işlem olmasının hukuki gerekçesi olarak kabul edilmek."tedir

⁶¹³ Bu tartışmalar özellikle dış üstlenme sözleşmesinin soyut bir işlem olduğu ve iç üstlenme sözleşmesinin dış üstlenme sözleşmesinin hukuk sebebini oluşturup oluşturamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmalar için bkz., **Meier**, s. 50 vd.

⁶¹⁴ **Meier**, s. 49-50 vd.; **Hasler**, s. 99 vd.

⁶¹⁵ Siber tarafından savunulan bu görüş için bkz. **Meier**, s. 51.

ayrılmaz şekilde birleştiği için bu iki etkinin birbirinden ayrılma4'J mOmKOn değildir. Bu nedenle borcu üstlenen UçUncU kişi borçlandırıcı, işlemle hlr sorumluluk (borç) üstlenmedikçe asıl borçlunun borçtan kurtulma,, da gerçekleştirilemez. Borçlunun borçtan kurtulmasını **gerçekleştiren d1 ü, 21enme** sözleşmesi de bu yönüyle tamamen sebebe bağlı bir işlemdir. Başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesi için mutlaka üstlenenin önceden (iç o, tı 2mc sözleşmesi ile) bir sorumluluk veya bir borç ile yüklenmiş olması **gerekir**.

Meier'e göre⁶¹⁶, alacaklının alacak hakkı üzerinde tasarruf işlemi olarak borçlunun değişmesi diğer bütün tasarruf işlemleri gibi soyuttur. Aslında 21 tasarrufun hukuki sebebi, her zaman asıl borçlu ile borcu üstlenen arasındaki hukuki ilişkiye dayanmaktadır. Borcu üstlenenin borçlu değişimi **ile ulaşmak** istediği ekonomik amaç çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bununla **Üstlen**en, kendisinin önceden borçluya karşı üstlendiği bir borcu ifa edebilir veya ona bir bağış yapabilir ya da ona bir kredi sağlama amacı güdüyor olabilir. Ancak borçlunun bu amacı ne olursa olsun, borçlunun değişmesi işlemi böyle bir amaç belirlenmesinin varlığından bağımsızdır. Örneğin, üstlenenin borçlunun değişimi işlemi yapmak için geçerli bir borçlandırıcı işleminin varlığı veya yokluğu borçlu değişiminin hukuki varlığı için bir önemi yoktur. Borçlu değişimi işlemi, sebebinden (*causa*) ayrılmış, bağımsızlaştırılmış bir tasarruf işlemidir ve bu nedenle hukuki sebebinin sakatlığından da etkilenmez. Bu sonucun dayanağı, borcun dış üstlenilmesinin temelini oluşturan iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaların ileri sürülemeyeceğini emreden BGB § 417/II (OR. Art. 179/III, TBK. m. 199/III) hükmünde anlamını bulmaktadır.

Türk/İsviçre hukukunda da, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi aslında bu hukuki ilişkinin bir nevi temelini ve sebebini oluşturan iç üstlenme sözleşmesinden tamamen bağımsız ve soyut bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir⁶¹⁷. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu hazırlanırken ilk dönemde soyutluğun kabul edilmesi konusunda bazı tereddütler yaşanmıştır⁶¹⁸. Gerçekten de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 22 Mart 1905 tarihli metninin 1209. maddesinde, borcu üstlenenin borçluya karşı sahip olduğu, borç üstlenilmesinin

⁶¹⁶ Bkz., **Meier**, s. 50-51.

⁶¹⁷ Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin soyut bir işlem mi yoksa sebebe bağlı bir işlem mi olduğu konusunda ortaya atılan tartışmalar esas itibarıyla bu sözleşmenin bir tasarruf işlemi mi yoksa borçlandırıcı bir işlem mi olduğu esasına dayanmaktadır. Önceden de çoğu defa değinildiği üzere Alman hukukunda tasarruf işlemlerinin b..-ural olarak soyutluğu kabul edildiğinden, dış üstlenme sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olarak kabulü, aynı zamanda bu işlemin mantıken soyut bir işlem olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Bkz., **Meier**, s. 50 vd.

⁶¹⁸ Alacaklı ve üstlenen arasında yapılan borç üstlenilmesinde, üstlenen ve önceki borçlu arasında yapılan anlaşmaya eğer açıkça bir atıf yapılmışsa, bu sözleşmeden doğan savunmaları da alacaklıya karşı ileri sürebileceği kabule dilmektedir. Bkz. **Meier**, s. 51.

temelindeki hukuk ilişkisinden doğan defileri, sadece onların üstlenme sözleşmesinin varlığına yönelik olmaları durumunda alacaklıya karşı ileri süre. bileceği hükme bağlanmıştır.

Başka bir ifade ile iç üstlenme sözleşmesinden doğarı savunmaların üstlenilen tarafından ileri sürülemeyeceği kabul edilmekle birlikte; buna bir istisna ve kısıtlama getirilerek bu savunmaların dış üstlenme sözleşmesinin varlığına yönelik olması halinde ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme dar kapsamlı ve hatta gereksiz bir düzenleme olarak kabul edildiği için bundan vazgeçildi. Bunun sonucu olarak OR. Art. 179/III'de, istisnasız iç üstlenme sözleşmesinden doğan savunmaların ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir⁶¹⁹. Dış üstlenme sözleşmesi her şeyden önce alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan savunmaları etkiler. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi bizzat borç devrini sağlamadığı için, borcun devrini sağlayan dış üstlenme sözleşmesi de eski ve yeni borçlular arasındaki iç ilişkiden etkilenmemelidir. Örneğin borcu üstlenilen, iç üstlenme sözleşmesini tehdidin etkisi ile veya hata ile yaptığını ve bu nedenle sözleşmeyi iptal ettiğini alacaklıya karşı ileri süremez⁶²⁰. İç üstlenme sözleşmesinin geçersizliğine rağmen bunu ileri süremediği için dış üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek zorunda kalan borcu üstlenilen üçüncü kişi, daha sonradan alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabileceği gibi, eski borçluya başvurma hakkı da her zaman saklıdır⁶²¹.

§13. DIŞ ÜSTLENME SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. Dış Üstlenme Sözleşmesinin Sona Ermesinin Kanuni Dayanağı

Türk hukukunda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ennesi TBK. m. 200'de (OR. Art. 180) "*sözleşmenin hükümsüzlüğü*" başlığı altında düzenlenmiştir⁶²². Burada sadece dış üstlenme sözleşmesinin sona ennesi değil; aynı zamanda sona ermenin sonuçları da açıkça hükme bağlanmıştır.

⁶¹⁹ Bkz. **Hasler**, s. 100 vd.; **Meier**, s. 50 vd.

⁶²⁰ Hasler'e göre bu düşüncenin tam olarak doğru olduğunu kabul etmenin isabetli olmayacağı ileri sürülmektedir. Çünkü borcu üstlenilen iç üstlenilme sözleşmesini hata ile yaptığında, dış üstlenme sözleşmesini de bu hatalı işlemin bir devamı olarak gerçekleştirmiş olacaktır. Hatta, hata için bu söylenenleri borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin varlığını ilgilendiren ama iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan diğer savunmalar için de geçerli kabul etmek gerekir. Bkz., **Hasler**, s. 100.

⁶²¹ Ayrıca üstlenilen, borcundan kurtulmak suretiyle haksız bir zenginleşme elde ettiği için üstlenilen eski borçluya karşı da sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurabilir. Bkz., **Meier**, s. 51; **Hasler**, s. 100 vd.

⁶²² Alma Medeni Kanununda borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sonradan geçersiz hale gelmesi ve bunun sonuçları konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

tır⁶²³. Buna göre dış üstlenme sözleşmesi hükümsüz hale gelirse. iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağJı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürmektedir. Ayrıca borcu üstlenen üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında **kendisi** ne bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklı, önceden sağlanmış güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararın giderilmesini üstlenenden isteyebilir⁶²⁴. Kanunda yer alan bu hükümleri ayrıntılı olarak incelemeyen önce, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen farklı görüşler **üzerinde** dunnak gerekir.

il Dış Üstlenme Sözleşmesinin Sona Ermesi Konusundaki Düşünce/er

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ennesini esas itibariyle iki şekilde ele alınabilir. Bunlardan ilki dış üstlenme sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren; yani baştan itibaren geçersiz olmasıdır⁶²⁵. Bu durumda sözleşme kurulmuş olsa bile hüküm ve sonuçlarını hiç doğunnayacağı için, üstlenen borcu üstlenmiş olamayacak ve dolayısıyla borçlu da borcundan kurtulamayacaktır. Bu durumda hukuki sonuç doğurmamış bir üstlenmenin yeni sonuçlarından bahsetmek de mümkün değildir. Bir sözleşmenin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasına fiil ehliyetinden kaynaklanabileceği gibi şekle aykırılık, hukuka ve ahlaka aykırılık, önceki imkansızlık gibi sebeplerden de kaynaklanabilir⁶²⁶. Bu bakımdan borcun dış üstlenme söz-

⁶²³ Oğuzman/Öz, C. il, s. 606 vd.; Tunçomağ, s. 1136 vd.; von Tuhr, s. 897; Kılıçoğlu, s. 793 vd.; Becker, Art. 180, N. 1-2, s. 831; Hasler, s. 107 vd.; Eren, s. 1252; Kostkiewicz/NobeUSchwander/Wolf, Art. 180, N. 1, s. 398; Oser/Schönenberger, s. 1035 vd.; von Tuhr/Escher, s. 394; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 279-280; HonsellNogt/Wiegand, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 279; Schwenger, s. 564; Berger, s. 802; Keller/Schöbi, s. 85 vd.

⁶²⁴ B u düzenlemede dikkati çeken husus, madde başlığında "sözleşmenin hiikiimsüzlüğü" ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Oysa 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun aynı hülcümü karşıla-
an 178. maddesinin "akdin iptali" başlığını taşımak."taydı. Buna karşılık, Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun aynı hülcümü karşılayan 180. maddesinde ise "sözleşmenin sona erdirilmesi" kavramı kullanılmıştır. Bkz., Hasler, s. 107 vd.; Eren, s. 1252; Kostkiewicz/NobeUSchwander/Wolf, Art. 180, N. 1, s. 398; HonsellNogt/Wiegand, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861; Oser/Schönenberger, s. 1035 vd.; von Tuhr/Escher, s. 394; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 279-280; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altóp, s. 279; Keller/Schöbi, s. 85 vd.; Schwenger, s. 564; Berger, s. 802.

⁶¹⁵ Bir sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasının taşıdığı anlam için bkz., Eren, s. 333 vd.; Tunçomağ, s. 171 vd.; Antalya, s. 96 vd.; Başpınar, s. 23 vd.; Kılıçoğlu, s. 84 vd.; Edis, s. 161 vd.

⁶²⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz., Eren, s. 334 vd.; Başpınar, s. 25 vd.; Kılıçoğlu, s. 84 vd.; Edis, s. 161 vd.

leşmesinin sona ermesi konusu incelerken baştan itibaren geçersizlik sonucunu doğuran bu gibi durumlar inceleme konusu yapılmamalıdır⁶²⁷.

Borcun dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesinde incelenmesi gereken asıl husus ikinci durumdur. İkinci durum, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulup, geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladıktan sonra, sonradan ortaya çıkan bir nedenle, geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak sona ermesi durumudur. İşte bu ikinci durumda, dış üstlenme sözleşmesi kurulmuş, geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmuş, borç üstlenilmiş ve nihayet borçlu borcundan kurtulmuş, onun yerine artık borcu üstlenen kişi yeni borçlu olarak geçmiştir. İşte bu sonuçlar doğduktan sonra, sonradan ortaya çıkan bir nedenle dış üstlenme sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak olursa bunun sonuçlarının ne olacağı önem taşımaktadır⁶²⁸.

*von Tuhr/Escher*⁶²⁹, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulup hüküm ve sonuçlarını meydana getirmeye başlamasından sonra artık bunun geçersizliği nedeniyle "iptal" edilmesini mümkün görmemektedir. Çünkü iptal, bir sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılmaz. Baştan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşme iptal edildiğinde bu geçmişe etkili sonuçlar doğurmaz⁶³⁰. Ayrıca bu gibi durumlarda borcu üstlenen artık borçlu sıfatını kazanmış; borç devredilmiştir. Bunun sona erdirilmesi sadece eski borçlu ile alacaklı arasında yeni bir borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılması şartı ile mümkündür. Ancak bu durumda d, borçludan devrolunan bağlı haklar tekrar canlanmaz. Borçlunun borcunun bütün bağlı haklar ile birlikte yeniden canlanabilmesi için borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladıktan sonra, sonradan ortaya çıkan bir neden yüzünden geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olması ha-

⁶²⁷ Gerçekten de baştan itibaren geçersizlik hallerinde dış üstlenme sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmayacağı için, borç üstlenilmemiş ve dolayısıyla da borçlu borcundan kurtulmamış olacağı için alacaklı bakımından bir hak kaybı meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla baştan itibaren geçersiz olan bir sözleşmenin sonuçları da meydana gelmeyecektir.

⁶²⁸ Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladıktan sonra her hangi bir nedenle geçersiz hale gelmesi durumunda borçlunun borcunun tekrar canlanıp canlanmayacağı sorusu ve ayrıca bu sona ermenin diğer sonuçlarının nelerden ibaret olduğu önem taşımaktadır. Doktrine de Uzerinde en çok tartışılan konulardan birisi de bu sona ermenin sonuçları olmuştur. Bu tartışmalar ve farklı görüşler için bkz., *Meier*, s. 35 vd.; *Hasler*, s. 100-101; *Oğuzman/Öz*, C. il, s. 606 vd.; *Tunçomağ*, s. 1136 vd.; *von Tuhr*, s. 897; *Kılıçoğlu*, s. 793 vd.; *Becker*, Art. 180, N. 1-2, s. 831; *Hasler*, s. 107 vd.; *Eren*, s. 1252; *Schwenzer*, s. 564; *Berger*, s. 802; *Kostkiewicz/ Nobcl/ Schwander/Wolf*, Art. 180, N. 1, s. 398; *Oser/Schönenberger*, s. 1035 vd.; *von Tuhr/Escher*, s. 394; *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, s. 279-280; *Keller/Schöbi*, s. 85 vd.; *Honsel/VVogt/Wiegand*, Art. 180, N. J-2, s. 860-861; *Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altıparmak*, s. 279.

⁶²⁹ Bkz., *von Tuhr/Escher*, s. 394 vd.; Aynı yönde bkz., *Kılıçoğlu*, s. 793.

⁶³⁰ Yazar, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi bir sözleşmenin; iptal edilene kadar geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurduğu düşüncesinden hareket etmektedir.

inde TBK. m. 200 (OR. Art. 180) hükümleri uygulanabilmelidir⁶³¹. Özellikle irade bozukluğu etkisi altında yapılan *bir* sözleşme batıl bir sözleşme gibiden baştan itibaren geçersiz bir sözleşme değildir. İrade bozukluğu etkisi altında olan taraf isterse sonradan icazet vererek veya 1 yıllık hak düşürücü süresi içerisinde iptal iradesini kullanmayarak sözleşmeyi ayakta tutabilir. O halde bunun dışında borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin iptalını de mümkün görmemek gerekir. Bu nedenle TBK. m. 200 (OR. Art. 180) uygulama alanı olmayan ve kanunen gereksiz bir düzenlemedir⁶³².

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi yapıldıktan sonra kural olarak taraflardan hiç birisine, diğer tarafın onayı olmaksızın tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı tanınmamıştır⁶³³. Ancak taraflar karşılıklı anlaşma ile bu sözleşmeyi ortadan kaldırabilirler ki, bu da zaten borçlar hukukunun genel hükümlerine uygundur. Burada bahsedilen taraflar kavramından "alacaklı" ile "borcu üstlenen" anlaşılmalıdır. Çünkü borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi, borcunun katılımına gerek kalmadan; hatta onun iradesine karşı olarak da yapılabildiğine göre, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona erdirilmesinde de onun varlığına gerek yoktur⁶³⁴. Yani borçlu, alacaklı ve üstlenenin bir sözleşme yapmak suretiyle herhangi bir ödemede bulunmaksızın borçlu olmaktan çıkabileceği gibi, alacaklı ve üstlenenin bu sözleşmeyi sona erdirmek suretiyle tekrar borç ilişkisine dahil olabileceğini her zaman göze almalıdır.

Öte yandan, *Hasler'e* göre⁶³⁵, borçlu, borcu üstlenene karşı, borcun dış üstlenilmesinden dolayı borçtan kurtarılmayı talep etme hakkına sahip olup, borcu devretme hakkına sahip değildir. Bu nedenle borcunun gerçekleşmiş bir borç üstlenilmesinin devam ettirilmesini talep etme gibi bir hakkı da bulunmamaktadır. Borcu üstlenen sonradan başka bir kurtarma şeklini daha uygun bulursa, bu durumda alacaklının da bunu onaylaması şartıyla bu şeklin seçilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Oysa borcun üstlenilmesi sözleşmesinin gerçekleşip hüküm ve sonuç doğurmaya başlaması ile artık borçlu borcundan kurtulmuştur. O artık alacaklının borçlusu değildir. Bu nedenle

⁶³¹ Anılan yazarın bu sonuca ulaşmasında kanunda yer alan düzenleme etkili olmaktadır. Gerçekten de BK. m. 178, "dış üstlenme sözleşmesinin iptali" başlığını taşımakta ve sözleşmenin iptal edilebilmesine ilişkin esasları düzenlemektedir. Bu düşüncede etkili olan diğer bir husus da sözleşmenin iptalinin geçmişe etkili sonuçlar doğurup doğurmayacağını kesin olarak tespit edilememesidir.

⁶³² Bkz., von Tuhr/Escher, s. 394-395; Aynı yönde bkz., Kılıçoğlu, s. 793.

⁶³³ Meier, s. 35 vd; Hasler, s. 100-101.

⁶³⁴ Meier, s. 36; Hasler, s. 101;

⁶³⁵ Bkz., Hasler, s. 102 vd. Yazara göre, dış üstlenme sözleşmesinin irade bozuklukları etkisi altında yapılması halinde borcu üstlenenin bunu iptal edebilmesi, dış üstlenme sözleşmesinin mutlaka taraflar arasında karşılıklı anlaşma ile sona ereceği kuralının istisnası olarak, kabul edilmektedir. Bkz., Hasler, s. 107.

alacaklı ve üstlenen, borcun üstlenilmesinden her zaman karşılıklı anlaşma ile vazgeçebilirler⁶³⁶. Ancak böyle bir vazgeçme, eski borçlunun onayı veya izni olmaksızın onun alacaklıya karşı sorumluluğunun canlanması sonucunu doğurmaz. Başka bir ifade ile, alacaklı ve üstlenen arasında yapılan bir anlaşma ile dış üstlenme sözleşmesinin sona erdirilmesi, eski borçluyu tekrar borçlu haline getirmez⁶³⁷.

Doktrinde esas itibarıyla tarafların karşılıklı anlaşma ile dış üstlenme sözleşmesini sona erdirmeleri halinde alacaklının borçtan feragat etmiş sayılacağı ve dolayısıyla eski borçlunu tekrar borçlu haline gelmeyeceği ileri sürülmektedir⁶³⁸. Bu nedenle TBK. m. 200'de ve OR. Art. 180'de yer alan düzenlemeler de borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sonradan tek taraflı olarak sona erdirilmesi halinde uygulanmalıdır. Çünkü burada borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi alacaklının iradesine rağmen ortadan kaldırılmaktadır. Iradesine aykırı bir şekilde ortadan kalkan borcun üstlenilmesi yüzünden alacaklının bir zarara uğramaması, alacağını kaybetmemesi gerekir. Özellikle borcu üstlenenin kendi irade bozukluğuna dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, alacaklının da hakkını kaybettiğini kabul etmek hakkaniyete aykırılık teşkil eder⁶³⁹. Bu nedenle alacaklının böyle bir durum karşısında korunması gerekir. Bunu sağlayacak en kolay yol ise, eski borçlunun alacaklıya karşı olan sorumluluğunun sanki borç hiç üstlenilmemiş gibi tekrar canlanmasıdır. İşte borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ermesi halinde hakkaniyete aykırı bir durumun yaratılmaması için bu sona ermenin sonuçları önem taşımaktadır. Çünkü üstlenen, önceki borçlunun yerine geçmiş, borcu alacaklıya karşı üstlenmiş ve alacaklı da eski borçluyu serbest bırakmıştır; yani eski borçlunun borçtan kurtuluşu gerçekleşmiştir. Bu nedenle iki kişinin, bir sözleşme yaparak üçüncü bir kişiyi onun rızası olmaksızın borç altına sokmaları ne kadar mümkün değilse aynı kişilerin bu defa bir sözleşmeyi sona erdirmek suretiyle üçüncü bir kişiyi onun rızası olmaksızın borç altına sokmalarının da o kadar mümkün olmaması gerekir. İşte bu düşünceden hareketle, doktrinde *Meier* tarafından dış üstlenme sözleşmesinin

⁶³⁶ Von Tuhr/Escher ise bu görüşün tam aksini savunmakta ve bunun mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bkz., **von Tuhr/Escher**, s. 394 vd.; Aynı yönde bkz., **Kılıçoğlu**, s. 793.

⁶³⁷ Hasler'e göre, alacaklı borcu üstlenerek yeni borçlu haline gelen kişiyi, yani borçlusunu azlederse, bu azıl alacaklının alacağından tamamen feragat ettiği anlamına gelir. Budurum borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin taraflar arasında karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesinde de geçerlidir. Bkz., **Hasler**, s. 107. Farklı görüşler için bkz., von **Tuhr/Escher**, s. 394; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280; **HonseUNogt/Wiegand**, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 279; **Schwenzer**, s. 564; **Berger**, s. 802.

⁶³⁸ **Meier**, s. 35 vd; **Hasler**, s. 100-101.

⁶³⁹ Bkz., **Hasler**, s. 107.

sona ermesi halinde eski borçlunun sorumluluğunun, **sadece eski borçlunun** bunu kabul etmesi şartı ile canlanabileceği savunulmaktadır⁶⁴⁰.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir konu, **gerek TBK. m. 200'de; gerekse OR.Art. 180'de** öngörülen, sözleşmenin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğunnaya başlamasından sonra geçmişe etkili olarak sona ermesi sonucunu doğuran durumların nelerden ibaret olduğudur. Kanun koyucu TBK. m. 200'de, *hükümsüzlük* kavramını kullanarak bu konudaki belirsizliği biraz daha arttırmıştır. Çünkü hükümsüzlük kapsamına sözleşmenin baştan itibaren geçersizliği anlamına gelen butlan ile birlikte eksiklik ve iptal edilebilirlik de girmektedir⁶⁴¹. O halde bizim burada borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğunnaya başladıktan sonra, geçmişe etkili olarak sona ermesine yol açan durumları tespit etmemiz gerekir. Bir sözleşmenin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğunnaya başlamasından sonra, bu sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucunu doğuran durum iptal edilebilirlik (=Anfechtung, Anfechtbarkeit) yaptırımıdır. Gerçekten de iptal edilebilirlik durumunda, sözleşme kurulmuş meydana gelmiştir. Ancak iptale tabi bir sözleşme, batıl bir sözleşmenin aksine, başlangıçtan itibaren geçerli olup, hüküm ve sonuçlarını doğunnaktadır. Ancak iptal hakkı olan taraf dilerse baştan itibaren geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuran bu sözleşmeyi kanunda kendisi için tanına süre içerisinde geçmişe etkili olacak şekilde sona erdine hakkına sahiptir. Başka bir ifade ile burada "*askıda geçerli*" olan bir sözleşme söz konusudur⁶⁴². İşte tüm bu nedenlerle, doktrinde dış üstlenme sözleşmesinin iptal edilebilirliğinin irade bozuklukları halinde söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁶⁴³.

⁶⁴⁰ **Meier**, s. 35; Hatta borçlunun borcunun yeniden canlanabilmesi, sadece başlangıçtaki taraf sıfatının yeniden değiştirilmesi ile, yani yeni bir borç üstlenilmesi sözleşmesinin yapılması ile gerçekleşebilir. Başka bir ifade ile borcu üstlenen üçüncü kişi borçlu; borçlu ise artık üçüncü kişidir. Bu durumda eski borçlu borcu üstlenendir ve üstlenende eski borçludur. Yani bu durumda alacaklı ile eski borçlu, (şimdiki borcu üstlenen) arasında dış üstlenme sözleşmesi yapılmak suretiyle borcun tekrar üstlenilmesi gerekir.

⁶⁴¹ Bu ayrımlar için bkz., **Eren**, s. 332 vd.; **Tunçomağ**, s. 171 vd.; **Antalya**, s. 96 vd.; **Başpınar**, s. 23 vd.; **Kıhçoğlu**, s. 84 vd.; **Edis**, s. 161 vd.

⁶⁴² **Eren**, s. 343 vd.; **Güral**, s. 100 vd. Buna karşılık doktrinde irade bozukluğu nedeniyle sözleşmenin iptalinde, yapılan sözleşmenin baştan itibaren iradesi bozuk olan tarafı bağlamayacağı ve bu kişinin iptal beyanının sadece TBK. m. 39'daki bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi ile sözleşmenin iradesi bozuk olan kişi için de bağlayıcılık kazanmasına engel olma anlamı taşıdığı ileri sürülmektedir. Başka bir ifade ile irade bozukluğu etkisi altında yapılan sözleşmeler askıda geçerli değil, "*askıda geçersizlik!*" yaptırımına tabidir. Bkz., **Tunçomağ**, s. 1136.

⁶⁴³ Bkz., **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 606 vd.; **Tunçomağ**, s. 1136 vd.; **von Tuhr**, s. 897; **Kıhçoğlu**, s. 793 vd.; **Becker**, Art. 180, N. 1-2, s. 831; **Hasler**, s. 107 vd.; **Eren**, s. 1252; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 180, N. 1, s. 398; **Schwenzer**, s. 564; **Berger**, s. 802; **Keller/Schöbi**, s. 85 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1035 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 394 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280;

Bö) lece, dış üstlenme sözleşme inin kurulup geçerli olarak hüküm ve sonuç-hınnı doğunnaya başladıktan sonra üstlenen veya alacaklı tarafından irade bozukluğu nedeniyle iptal edilmesi halinde TBK. m. 200 anlamında bir hüküm üzlük söz konusu olmaktadır⁶⁴⁴. irade bozukluğu gibi bozucu şarta bağlı bir sözleşmeden doğan borcun üstlenilmesinden sonra, bozucu şartına gerçekleşmesi de, dış üstlenme sözleşmesini geçmişe etkili olarak ortadan kaldınlmasına yol açan diğer bir durumdur.

Bir sözleşmesinin kurulup geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamasından sonra geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasına yol açabilecek diğer bir durum sözleşmeden dönmedir. Gerçekten de alacaklı, borcu üstlenenin borcunu ifade temerrüde düşmesi durumunda TBK. m. 125 gereğince sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. İşte alacaklının temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmesi halinde de TBK. m. 200 hükümlerinin geçerli olacağını ileri süren görüşler bulunmaktadır⁶⁴⁵. Ancak borcu üstlenenin, alacaklıya karşı dış üstlenme sözleşmesinden doğan borcunu ifade temerrüde düşmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisinden doğan borcun ifasında temerrüde düşülmesi anlamına gelir. Bu nedenle böyle bir durumda temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme de, dış üstlenme sözleşmesinden değil, asıl borç ilişkisinden dönme anlamına gelir. Bu nedenle temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmenin sonuçlarının burada tartışılmaması gerektiğini düşünen görüşler de bulunmaktadır⁶⁴⁶. Kanımızca, TBK. m. 200 (OR. Art. 180) dış üstlenme sözleşmesinin baştan itibaren geçersizliği sonucunu doğuran butlan (ve yokluk) hallerinde değil, dış üstlenme sözleşmesinin başta geçerli olarak kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmakla birlikte sonradan geçersiz olduğu iptal edilebilirlik hallerinde uygulanmalıdır. Sözleşmenin başta geçerli olarak kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmakla birlikte sonradan geçersiz hale geldiği durumlar ise, irade bozukluğu, aşırı yararlanma (gabin), sonraki imkansızlık, bozucu şartın gerçekleşmesi ve sözleşmeden dönme olarak kabule dileyebilir.

Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 279.

⁶⁴⁴ Buna karşılık **Oğuzman/Öz** tarafından sözleşmenin irade bozukluğu nedeni ile iptali **iki**e ayrılmak.1adır. Yazara göre üstlenen tarafından sözleşmenin iptalinde, sözleşmenin zaten baştan itibaren geçersiz olduğu; buna karşılık alacaklı tarafından iptal edildiğinde ise iptale kadar geçerli olan sözleşmenin iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak sona erdiği kabul edilmektedir. Bkz., **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 607, dn. 227.

⁶⁴⁵ Bkz., **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 279; **Kılıçoğlu**, s. 794; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Aıt. 180, N. 1, s. 860; **Tunçomağ**, s. 1137.

⁶⁴⁶ **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 607, dn. 225; Bozucu şartın gerçekleşmesi ve sonraki imkansızlık hallerinde de bu hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz., **Honsell**, Art. 180, N. 2, s. 698

A. Borcun varlığını sürdürmesi

Borcun üstlenilmesinin sonradan geçersiz olmasının gerekli sonucu, borcu üstlenenin serbest kalması ve önceki borçlunun sorumluluğunun tüm **bağlı** haklarıyla birlikte canlanmasıdır. O halde, TBK. m. 200 gereğince borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte, borç herhangi bir değişikliğe uğramaksızın aynı kalmak üzere eski borçlu yeniden borçlu sıfatını kazanmaktadır⁶⁴⁷. Başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi halinde bir borç sona erip onun yerine yeni bir borç doğmamaktadır. Sadece mevcut borcun borçlusu değişmekte, bu defa üstlenenin yerini eski borçlunun alması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. TBK. m. 200 anlamında borcun dış üstlenilmesinin söz konusu olduğu hallerde dış üstlenme sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona erdiği için, hukuki durumun dış üstlenme sözleşmesi hiç yapılmadığı bir duruma getirilmesi gerekir. Böyle bir durumda ise, dış üstlenme sözleşmesi ile üstlenenin yerini eski borçlu almış olmaz; keza sanki üstlenen borcu hiç üstlenmemiş gibi bir durum ortaya çıkar. Başka bir ifade ile, borç hiç üstlenilmediği için borçlu taraf da hiç değişmemiş olur⁶⁴⁸.

B. Bağlı hakların devam etmesi

1. Genel olarak

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ermesinin olağan sonucu sadece borcun borçlu ile olan varlığını sürdürmesi değil, aynı zamanda bu borcun hiç üstlenilmemiş gibi bağlı haklarla birlikte varlığını sürdürmesidir. Aslında genel hükümlerden de ulaşılabilecek bu sonucu kanun koyucu **TBK. m: 200**'de açıkça tekrarlamıştır. Buna göre borç, bütün bağlı haklarla birlikte varlığını sürdürecektir⁶⁴⁹. Alacaklı, borçlu ve üstlenen arasındaki iç ilişkilerden kaynaklanan ve üçüncü kişilerin dahil olmadığı veya üçüncü kişileri

⁶⁴⁷ **Oser/Schönenberger**, s. 1035-1036; **Tunçomağ**, s. 1136; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 180, N. 3, s. 861; **Becker**, Art. 180, N. 3, s. 831; **Kıhçoğlu**, s. 793; **von Tuhr**, s. 898-899; **Eren**, s. 1152; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 607; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 279; **Hasler**, s. 107 vd.

⁶⁴⁸ **Meier**, s. 54-55; **Hasler**, s. 107. Ayrıca bkz., **Oğuzman/Öz**, C. 11, s. 607.

⁶⁴⁹ **Hasler**, s. 107 vd.; **Eren**, s. 1252; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 180, N. 1, s. 398; **Schwenzer**, s. 564; **Berger**, s. 802; **Keller/Schöbi**, s. 85 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1035 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 394 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280; **Honsell/Vogt/Wiegand**, A11. 180, N. 1-2, s. 860-861; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 279; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 606 vd.; **Tunçomağ**, s. 1136 vd.; **von Tuhr**, s. 897; **Kıhçoğlu**, s. 793 vd.; **Becker**, Art. 180, N. 1-2, s. 831; **Meier**, s. 54-55.

ilgilendinneyen bağı haklarda bir sorun bulunmamaktadır. Bu haklar istisnasız aynen varlığını koruyacaktır. Bağlı haklar, alacak hakkını genişleten faiz, ceza koşulu ve gecikme tazminatı gibi alacak hakkını genişleten bağı haklar ile alacak hakkını garanti altına kefalet ve rehinlerle diğer bağı haklardan oluşmaktadır. Bu arada, borcun dış üstlenilmesi ile sona eren borçlunu kişiliğine bağı savunmaların da bu kapsama dahil olduğunu belirtmek gerekir. Sayılan bu hakların tekrar varlığını korumasında herhangi bir hukuki sorun bulunmamaktadır. Çünkü bu haklar kural olarak alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle üzerinde durulması gereken asıl konu, taraflar dışında üçüncü kişilerin ilişkilerinden veya üçüncü kişilerden kaynaklanan bağı hakların durumunun ne olacağı konusudur. Bu son durumun kapsamına giren haklar ise üçüncü kişiler tarafından verilen teminatlardır.

2. Teminatların durumu

Gerçekten de dış üstlenme sözleşmesinin kurulup hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması ile birlikte, bu işleme kefil olan veya rehin veren kişiler tarafından rıza gösterilmediğinde bu tür teminatlar da sona ermektedir.⁶⁵⁰ Bunların sona ermesinin asıl nedeni, bu teminatı veren kişilerin esas itibarıyla borçlunun kişiliğine karşı duydukları güvendir. Teminat veren bu kişiler, borcun üstlenen kişiye karşı aynı güveni duymamaları ve bu nedenle üstlenmeye rıza göstermemeleri durumunda rehin ve kefaletler de sona ermiş olacaktır. O halde borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte, borç hiç devredilmemiş gibi bir sonuç ortaya çıkacağı için acaba sona ermiş olan teminatların durumu ne olacaktır? Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi sona erdiğinde borç ve borca bağı haklar otomatikman aynen varlığını korumuş olsa da, özellikle kefalet ve rehin için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Çünkü bu tür teminat araçlarının diğer bağı haklardan farklı olarak yeniden kurulması gerekir.⁶⁵¹

Öncelikle dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi sonucunda üstlenmenin konusunu oluşturan borç (alacak) için kurulmuş bulunan taşınır rehni sona ermiş ise, rehin konusu taşınırın zilyetliğinin tekrar alacaklıya devre-

⁶⁵⁰ von Tuhr/Escher, s. 393; Becker, Art. 178, N. 6, s. 826; Oser/Schönenberger, s. 1029; Hasler, s. 92; HonsellNogt/Wiegand, Art. 178, N. 3, s. 856-857.

⁶⁵¹ Doktrinde Meier tarafından, taşınmaz rehninin tapuda terkin edilmesi ve) a taşınır rehninde taşınırın alacaklının zilyetliğinden çıkmış olması halinde, dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesinin bu teminatların yeniden kurulmasını talep etme hakkını doğurduğu şeklindeki bir anlayışa katılmanın mümkün olmadığı savunulmaktadır. Çünkü böyle bir anlayış TBK. m. 200 (OR. Art. 180) hükmünün lafzına bir tezat oluşturur. Kanun ko) ucu bu teminatların eski hale getirilmesinde iyiniyetli üçüncü kişilerin hak kazanması dışında başka bir istisna tanımamıştır. Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişi) e karşı rehin hakkının varlığı ileri sürülemez. Bkz., Meier, s. 55.

dilmesi gerekir⁶⁵². Aksi takdirde taşınır rehni tekrar kurulmuş olma.l. Çünkü borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin sona cnesi sonucunda her ne kadar borç bütün bağı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürür ise de, bu durum taşınır rehminin kendiliğinden kurulması sonucunu doğunnaz⁶⁵³. Ancak dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesine rağmen rehin konusu taşınırın zilyetliğinin hala. alacaklıda bulunması halinde zilyetliğin teslimsiz nakli yoluyla taşınır rehni kurulmuş olacağı düşünülebilir⁶⁵⁴.

Taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olan borcun (alacağın) üstlenilmesine taşınmaz maliki tarafından rıza gösterilmediğinde, taşınmaz rehni sona ere. Her ne kadar taraflar arasında akdedilen rehin sözleşmesi bu **şekil**-de kendiliğinden sona erdiği için taşınmaz rehni de sona enmiş olsa da, tapudaki buna ilişkin tescil halen varlığını koruyacaktır. Hukuken bulunmasa bile şeklen varlığını koruyan bu tescilin de terkin edilmesi gerekir. İşte dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra tapuda yapılan terkin ile taşınmaz rehni sona erdiğinden, dış üstlenme sözleşmesi sona erdiğinde bu rehmin tekrar varlığını koruyabilmesi buna ilişkin yeniden tescil işleminin yapılmasına bağlıdır⁶⁵⁵. Rehin konusu taşınmaz malikin talebi üzerine böyle bir tescil işlemi yapılmaksızın, taşınmaz rehmin kendiliğinden kurulması mümkün değildir⁶⁵⁶. Bu nedenle doktrinde de hakim fikir, rehin haklarının varlığını koruyabilmesi için mutlaka yeniden kurulmasının şart olduğunu savunmaktadır⁶⁵⁷. Borcun dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ile birlikte buna

⁶⁵² **Becker**, Art. 180, N. 3, s. 83I; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 180, N. 3, s. 861;

⁶⁵³ Gerçekten de dış üstlenme sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması ile birlikte rıza gösterilmeyen teminatlar da kendiliğinden sona ermektedir. Çünkü özellikle taşınır rehminin kurulmasını sağlayan rehin sözleşmesi tarafların anlaşması ile her zaman ortadan kaldırılabilceği gibi bu şekilde kanundan dolayı da ortadan kalkabilmektedir. Bu nedenle dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ile ortadan kalkan taşınır rehminin yeniden kurulması gerekir. Bkz., **Cansel**, s. 39 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 777 vd.

⁶⁵⁴ Bkz., **Ünal/Başpınar**, s. 152 vd.; **Ertaş**, s. 85 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 67 vd. Taşınır rehminin kurulması hakkında geniş bilgi için bkz., **Cansel**, s. 101.

⁶⁵⁵ Ancak **Meier**, artık böyle bir durumda tapudaki mevcut kaydın artık doğruluğunu kaybettiği, başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesine rıza gösterilmemesi nedeniyle yapılan terkinin yolsuz terkin haline geldiği ve bu durumda da alacaklının yolsuz terkinin düzeltilmesi için bir dava (TMK. m. 1025) açma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz., **Meier**, s. 55.

⁶⁵⁶ Kurulacak bu rehmin önceki rehin ile aynı dereceden olması gerekir. Aksi takdirde alacaklı bir zarara uğrayabilir. Buna karşılık dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesinden sonra aynı derece üzerinde bir başkası lehine rehmin kurulmuş olması halinde ise iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması gerekir.

⁶⁵⁷ Bkz., **Berger**, s. 802; **Hasler**, s. 108-109; **Eren**, s. 1252; **Kostkiewicz/NobeU Schwander/Wolf**, A11. 180, N. 1, s. 398; **Schwenzcr**, s. 564; **Keller/Schöbi**, s. 85 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1035 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 394 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmencgger**, s. 279-280; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 606 vd.;

rıza gösterilmediği için sona eren taşınmaz rehni için tapuda henüz bir **terkin** işlemi yapılmadan dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi durumunda nasıl davranılacağı konusu doktrinde ele alınmamıştır. *Kanımızca* taşınmaz rehni dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ile birlikte sona erince buna ilişkin tescil de yolsuz tescile dönüşür. Dış üstlenme sözleşmesinin sonradan geçersiz hale gelmesi durumunda ise bu tescilin kentliğinden tekrar geçerli bir tescile dönüştüğünü kabul etmek gerekir. Çünkü, yolsuz tescile yol açan hukuki eksiklik sonradan tamamlanmış ve taşınmaz rehnini sona erdiren durum ortadan kalkmıştır. Bu durumda yolsuz tescilin geçerli bir tescile dönüşmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Dış üstlenme sözleşmesinin kurulması ile birlikte sona eren kefaletlerin, dış üstlenme sözleşmesinin sonradan geçersiz olması durumunda akıbetinin ne olacağı ve nasıl davranılacağı konusu da doktrinde ele alınmamıştır. *Kanımızca* kefalet sözleşmesi de şekle tabi bir sözleşme olduğu için sona eren kefalet sözleşmesinin de kendiliğinden geçerli hale gelmesi hukuken mümkün değildir. Bu nedenle, kefalet sözleşmesi sona eren kefillerin, alacaklı ile yeniden bir kefalet sözleşmesi yapmaları gerekir⁶⁵⁸.

Dış üstlenme sözleşmesine rıza göstennedikleri için teminatları sona eren kefil olanlarla rehin verenlerin, dış üstlenme sözleşmesinin geçersiz olması halinde tekrar kefalet sözleşmesi yapmaya veya rehin vermeye yanaşmamaları halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde de bu konuda bir çözüm tan kabul edilmiş değildir. Gerçekten de böyle bir durumda alacaklının kefil olunması veya rehin verilmesi için önceki üçüncü kişilere karşı bir talepte bulunması de mümkün değildir. *Kanımızca* böyle bir durumda, alacaklının borçludan dış üstlenme sözleşmesi kurulmadan önceki teminatları talep hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir⁶⁵⁹. Borçludan talep edilecek teminatlar aynı

Tunçomağ, s. 1136 vd.; **von Tuhr**, s. 897; **Kılıçoğlu**, s. 793 vd; **Becker**, Art. 180, N. 1-2, s. 831; **Meier**, s. 54-55.

⁶⁵⁸ Gerçekten de doktrinde *Oser/Schönenberger* tarafından, dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi halinde bu teminatların kendiliğinden canlanmasının mümkün olamayacağı sadece alacaklının borçludan (eski borçludan) bu teminatları talep etme hakkına sahip olabileceği kabul edilmektedir. Bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1035 vd. aynı yönde bkz., **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; Ayrıca bkz., **Schwenzer**, s. 564; **Keller/Schöbi**, s. 85 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf**, Art. 180, N. 1, s. 398; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 180, N. 1-2, s. 860-861.

⁶⁵⁹ Bkz., **Oser/Schönenberger**, s. 1035 vd.; **Becker**, Art. 180, N. 1-2, s. 831. Karş. **Meier**, s. 54-55.

kişilerce önceden verilen teminatlar olmasa bile, bunlara eşdeğer teminatlar olabilir⁶⁶⁰.

Borca kefalet veya rehin yoluyla teminat gösteren üçüncü kişilerin, borcun dış üstlenme sözleşmesine yazılı rıza vermiş olmaları halinde sorumlulukları devam edeceği için, bu sorumlulukları dış üstlenme **sözleşmesinin** sona ermesinden etkilenmeyecektir⁶⁶¹.

3. İyiniyetli üçüncü kişilerin durumu

TBK. m. 200/1'de, dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi durumunda, borcun ve bağlı hakların iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması şartıyla varlığını sürdüreceği hükme bağlanmıştır. Öncelikle burada iyiniyetli üçüncü kişiler kavramından alacaklı, borçlu ve üstlenen ile bu borç ilişkisinde teminat verenler dışında kalan kişilerin anlaşılması gerekir⁶⁶². Çünkü kanun koyucunu TBK. m. 200'de ifade ettiği "iyiniyetli üçüncü kişiler" kavramı ile rehin veren veya kefil olanları değil; onun dışında kalan kişileri kastetmiştir. Aksi taktirde bu şekildeki bir kabul tarzı, dış üstlenme sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olduğu düşüncesi ile çelişecektir. Çünkü dış üstlenme sözleşmesi sona erdiğinde borç hiç üstlenilmemiş gibi bir durum yaratılacağı için, kefil olan veya rehin verenlerin iyiniyetli olup olmamalarına bakılmaksızın bunların da aynen varlığını korumaları gerekmektedir. Bu nedenle TBK. m. 200'de adı geçen iyiniyetli üçüncü kişiler, özellikle, rehin hakkının sona ermesinden sonra rehin konusu eşya üzerinde iyiniyetli olarak hak kazanan kişilerdir⁶⁶³. Borcun dış üstlenilmesi sözleşme-

⁶⁶⁰ Alacaklının bu teminatları kaybetmesinde özellikle dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesinde kusuru bulunan üstlenenin uğranılan zararlardan sorumlu olacağı TBK. m. 200/II'de açıkça hükme bağlanmıştır.

⁶⁶¹ TBK. m. 200 (OR. Art. 180) hükmünde borcun bütün ferileri ile birlik'te varlığını koruyacağı kuralı, aslında sona eren teminatlar yüzünden kefiller ile rehin konusu eşya malikinin bir açıdan menfaatlerine dokunduğu söylenebilir. Gerçek'ten de, dış üstlenme sözleşmesini fırsat bilip rıza göstermediği içim kefaleti sona eren kefil veya eşyası rehinden kurtulan malik, kendisi)·le ilgili olmayan bir nedenden dolayı dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi ile birlik'te tekrar teminat veren kişi konumuna gelmektedir. Ancak bu kişiler artık veniden varlık kazanan kefalet ve rehine menfaatlerine dokunduğu gerekçesi ile herha◆gi bir itiraz da bulunamazlar. Çünkü bu kişiler, dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi ile, bu sözleşme yapılmadan önce teminat verdikleri kişiler için bir yükümlülük altına girmektedirler. Bkz., **Meier**, s. 54 vd. Aynı yönde bkz., **Hasler**, s. 108.

⁶⁶² **Oğuzman/Öz**, "teminatları sona eren kefil olanlarla rehin verenlerin dış üstlenme sözleşmesinin herhangi bir nedenle geçersiz olduğunu bilmemeleri ve üstlenmeye de rıza göstermemeleri halinde sağladıkları teminatların sona erdiğine inanmak'ta haklı olduklarını; TBK. m. 200/1'in onların bu güvenini koruyarak dış üstlenme sözleşmesi sona erip baştan itibaren geçersiz olmasına rağmen alacaklının artık bunlara başvuramayacağını düzenlediğini" savunmak'tadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 607.

⁶⁶³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **von Tuhr**, s. 898-899; **Kıhçoğlu**, s. 793-794; **Becker**, Art. 180, N. 3, s. 831; **Hasler**, s. 107 vd.; **Kostkiewicz/Nobel/ Schwander/**

sinin sona ermesi durumunda, rehin hakkını konusu olan eşya üzerinde iyiniyetli olarak hak kazanan kişilerin bu kazanımları korunmaktadır. Bu taktirde, TBK. m. 200 gereğince öngörülen bağlı hakların varlığını korumalarına ilişkin hüküm de uygulanmaz. Burada kazanılan hak mülkiyet hakkı olabileceği gibi sınırlı aynı hak da olabilir. Örneğin rehin konusu taşının bir başkasına devri veya bu taşınır üzerinde yeni bir rehin hakkının kurulması halinde durum böyledir. Aynı şekilde rehin konusu taşınmazın devri veya sonradan tüm boş derecelerin dolması halinde de iyn niyetli üçüncü kişilerin bu kazanımları korunmaktadır⁶⁶⁴.

Öte yanan, bağlı haklar kapsamına giren bütün hakların iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanıldığı diğer bütün durumlarda da aynı kuralın benim• senmesi gerekir. Ayrıca, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine yazılı rıza göstermeyen kefillerin de kefaletleri kanundan dolayı sona ermektedir. Dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesi halinde yine kanundan dolayı kefaletlerin de varlığını koruyacağı; başka bir ifade ile kefaletlerin hiç sona ermemiş gibi bir durumun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.

Üçüncü kişilerin kötüniyetli olmaları halinde ise rehin hakkının zaten var olduğunu, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın zaten varlığını koruduğunu kabul etmek gerekir. Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunu iddia eden alacaklının, üçüncü kişinin dış üstlenme sözleşmesinin geçersizliğinden ve eşya üzerinde de rehin bulunduğundan haberdar olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁶⁵.

C. Zararların tazmini

TBK. m. 200/II (OR. Art. 180/II) gereğince alacaklı, önceden sağlanmış güvenceyi yitirmesi yüzünden veya başka herhangi bir sebeple uğradığı zararları borcu üstlenenden talep etme hakkına sahiptir. Ancak kanun koyucu üstleneni söz konusu zararlardan mutlak şekilde sorumlu tutmamıştır. Üstlenenin sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmek suretiyle bu zararları tazmin yükümlülüğünden kurtulabileceğini hükme bağlamıştır⁶⁶⁶. Üstle•

Wolf, Art. 180, N. 1-2, s. 398; **Oser/Schönenberger**, s. 1036-1037 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 394-395; **Gauch/Schhiep/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280; **Schwenzer**, s. 564; **Berger**, s. 802; **Keller/Schöbi**, s. 85; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 180, N. 3, s. 861.

⁶⁶⁴ **Oğuzman/Öz**, C. il, s. 606-607; **Tunçomağ**, s. 1136-1137; **von Tuhr**, s. 898-899; **Kılıçoğlu**, s. 793-794; **Becker**, Art. 180, N. 3, s. 831; **Hasler**, s. 107 vd.; **Eren**, s. 1252; **KostkiewiczJNobel/Schwander/Wolf**, Art. 180, N. 1-2, s. 398; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **Oser/Schönenberger**, s. 1036-1037 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 394-395; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 279-280; **Schwenzer**, s. 564; ; **Berger**, s. 802; **Keller/Schöbi**, s. 85; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 180, N. 3, s. 861.

⁶⁶⁵ Bkz., **Meier**, s. 55 vd.

⁶⁶⁶ **Hasler**, s. 109; **Eren**, s. 1252; **KostkiewiczJNobel/Schwander/Wolf**, Art. 180, N. 2, s. 399; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 279; **Oser/Schönenberger**, s. 1037 vd.; von

nenin tazminle yükümlü olduğu zararlar menfi zararlar. Başka bir ifade ile, sözleşmenin geçerli olacağına duyulan güvene rağmen, sözleşmenin geçersiz olmasından kaynaklanan zararlar bu kapsama girmektedir⁶⁶⁸. Bu zararlar, dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesinden sonraki malvarlığı ile alacaklının böyle bir dış üstlenme sözleşmesini hiç kurmamış olsaydı malvarlığının durumu arasındaki farkı ifade etmektedir⁶⁶⁸.

Borcu üstlenen üçüncü kişinin alacaklının uğradığı bu zararları tazminle sorumlu olabilmesi için, dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesine yol açan sebebin ve zararın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat edememiş olması gerekir. Üstlenen bunları ispat edecek olursa artık tazminat sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. TBK. m. 200'de, borcu üstlenenin tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için iki konuda kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre üstlenen, "üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde ve alacaklının zarara uğramasında kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir. Ancak kanunda geçen üstlenen sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinde kusurunun olmadığını ispatlaması halinde, zararın meydana gelmesinde kusurunun olmadığını ispatlamasına gerek olmayabilir. Çünkü sona ermede kusursuz olan üstlenenin, zararın meydana gelmesinde kusurlu olması düşünülemez. Bu nedenle, kanunda geçen "ve" yerine "veya" ifadesinin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁶⁹. Başka bir ifade ile üstlenen "üstlenen üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde veya alacaklının zarara uğramasında kusurunun bulunmadığını" ispat etmesi halinde, zararlardan da sorumlu olmayacaktır. Kanımızca, Mehaz İsviçre Borçlar Kanununa uygun olarak kabul edilen bu hüküm isabetlidir. Çünkü, kanun koyucu burada alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramasına razı olmamış ve her hangi bir şekilde üstlenenden kaynaklanabilecek nedenlerle zarara uğramasını engellemek istemiştir. Bu nedenle üstlenenin hem üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesinde hem de

Tuhr/Escher, s. 395; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 279-280; Schwenger, s. 564; Berger, s. 802; Keller/Schöbi, s. 85; HonsellNogt/Wiegand, Art. 180, N. 4, s. 861; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 606-607; Tunçomağ, s. 1136-1137; von Tuhr, s. 898-899; Kılıçoğlu, s. 793-794; Becker, Art. 180, N. 3, s. 831.

⁶⁶⁷ Menfi zarar kavramı için bkz., Eren, s. 1123 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 969 vd.

⁶⁶⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 180, N. 4, s. 861; Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf, Art. 180, N. 2, s. 399; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 279; Oser/Schönenberger, s. 1037 vd.; von Tuhr/Escher, s. 395; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 279-280; Schwenger, s. 564; ; Berger, s. 802; Keller/Schöbi, s. 85; HonsellNogt/Wiegand, Art. 180, N. 4, s. 861; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 606-607; Tunçomağ, s. 1136-1137; von Tuhr, s. 898-899; Kılıçoğlu, s. 793-794; Becker, Art. 180, N. 3, s. 831.

⁶⁶⁹ Bkz., Kılıçoğlu, s. 794. Aksi görüş için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 279; Oğuzman/Öz, C. 11, s. 608. Hasler, s. 109; Meier, s. 55 vd.

alacaklının zarara uğramasında kusurunun bulunmadığını ispatlaması **gere-**
kir⁶⁷⁰.

Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin üstlenen dışında örneğin alacaklının veya eski borçlunun kusuru ile sona ermesi halinde, alacaklı uğramış olduğu zararlar nedeniyle borcu üstlenen başvuramaz. Borcun dış üstlenilmesi sözleşmesinin borcu üstlenenin kusurundan kaynaklanması halinde ise, alacaklının uğradığı zararların tazmininde yine üstlenenin kusuruna dayanması gerekir. Başka bir ifade ile dış üstlenme sözleşmesi üstlenenin kusuru ile sona ermesine rağmen, alacaklının uğradığı zararlarda üstlenenin bir kusuru olmayabilir. Bu durumda zararların tazmini için yine üstlenen başvuramaz. Alacaklının üstlenenden uğradığı zararları talep edebilmesi için, bu zararların üstlenenin kusuru ile meydana gelmiş olması gerekir. Buna karşılık doktrine, *Becker* tarafından borcu üstlenenin kusurunun varlığı halinde tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağının *culpa in contrahendo* olduğu ileri sürülmektedir⁶⁷¹.

Kanun koyucu tarafından alacaklı lehine böyle bir tazminat talebinin düzenlenmesinin asıl nedeni, alacaklının durumunun, dış üstlenme sözleşmesinin hiç yapılmamış olduğu gibi bir durumu yaratmaktır. Başka bir ifade ile söz konusu tazminat talebinin alacaklıya fazladan bir kar veya kazanç sağlaması mümkün değildir. Dış üstlenme sözleşmesinin sona ermesine rağmen alacaklı herhangi bir zarara uğramamışsa, örneğin iyiniyetli üçüncü kişiler teminatlar üzerinde bir hak kazanmaları söz konusu değilse, alacaklı aynen teminatlarına kavuşmuşsa artık tazminat talebi de söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, alacaklı, özellikle teminatlar üzerinde bir üçüncü kişinin iyiniyetle hak kazanmış olması ve bu arada borçlunun da mali durumunun kötüleşmesi yüzünden alacağını tam olarak tahsil edememesi nedeniyle bir zarara uğramışsa, kanun koyucu tarafından tazmini amaçlanan zarar işte bu zarardır. Buna karşılık, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesi alacaklının açık kusuru veya alacaklıya yükletilebilecek bir kusur yüzünden sona ermişse artık üstlenene başvuramayacağı gibi, aksine bir zarar varsa üstlenenin alacaklıya başvurması söz konusu olabilecektir.

Öte yandan, TBK. m. 200'de yer alan hükümler tamamlayıcı hukuk kurallı niteliğinde olduğu için, taraflar arasında aksinin kararlaştırılması her zaman mümkündür⁶⁷².

⁶⁷⁰ **Hasler**, s. 109; **Meier**, s. 55 vd.

⁶⁷¹ Bkz., **Becker**, A11. 180, N. 5, s. 831. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu konusunda geniş bilgi için bkz., **Yalman**, s. 57 vd.; **Antalya**, s. 133 vd.;

⁶⁷² **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 180, N. 4, s. 861

§14. BORCUN ÜSTLENİLMESİNDE ÖZEL DURUMLAR

1. Genel Olarak

Türk-İsviçre hukuk isteminde borcun üstlenilmesinde esas itibariyle alacaklı ile borcu üstlenen arasında bir sözleşmesinin yapılması şartı aranmaktadır. Gerçek anlamda borcun üstlenilmesi bu sözleşme ile gerçekleşen üstlenmedir. Bu tür üstlenme ise TBK. m. 195-200 arasında ayrıntılı olarak düzenlenirken, İsviçre Hukukunda da OR. Art. 175-180 arasında düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada borcun üstlenilmesi kavramından anlaşılan da bu maddelerde düzenlenen sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesidir⁶⁷³. Ancak kanun koyucu bazı özel nedenlerden dolayı, bu tür sözleşmeye dayalı borç üstlenilmesinin dışında ayrıca birde kanundan doğan özel borç üstlenilmesi (devri) durumlarını da özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Kanundan doğan bu tür özel borç üstlenilmesi hallerinde, taraflar arasında yukarıda incelenen iç üstlenme ve dış üstlenme sözleşmesi gibi hukuki ilişkiler gerçekleşmemektedir. Borç, kanunda öngörülen bu özel durumların varlığı halinde aranan diğer şartların da gerçekleşmesi üzerine bir üçüncü kişiye devredilmektedir. Bu devir kanundan dolayı gerçekleştiği için borcun iç ve dış üstlenilmesi sözleşmesine ilişkin hükümler burada uygulanmaz. Bunlar, özel olarak borcun devrinin düzenlendiği ilgili kanun hükümlerine tabidir. Buna karşılık kanun koyucu bazen borç üstlenilmesinin özel durumlarında da borcun dış üstlenilmesi sözleşmesine de atıflarda bulunmuştur⁶⁷⁴.

iL Rehinli Taşınmazın Devri

Türk/İsviçre hukuk sisteminde, bir alacağın taşınmaz rehni ile güvence altına alınması esas itibariyle ipotek, ipotekli borç senedi ve nihayet irat senedi olmak üzere üç şekilde gerçekleştirilmektedir⁶⁷⁵. Bunlardan irat senedinde sorumluluk aynı esasa dayandığı için rehin konusu taşınmazın devredilmesi halinde, yeni malik aynı zamanda irat senedinden doğan borcun da borçlusu sıfatını kazanmaktadır. Başka bir ifade ile irat senedi bir taşınmaz yükü niteliğinde olduğu için eşyaya bağlı borç doğurur ve bu borcun eşyadan bağımsız bir şekilde devri mümkün değildir. Bu nedenle rehinli taşınmazın devrinin borcun üstlenilmesi bakımından taşıdığı önem, esas itibariyle şahsi sorumluluğun kabul edildiği ipotek ve ipotekli borç senedi bakımından ele

⁶⁷³ Gerçek.i en doktrinde de gerçek anlamda borcun üstlenilmesinin alacaklı ile borçlu arasında kurulan dış üstlenme sözleşmesi ile gerçekleştiği kabul edilme...iedir. Bkz.,

⁶⁷⁴ Bu nedenle burada, TBK. m. 195-200'de yer alan sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesi dışında kalan ve borcun devri sonucunu doğuran diğer özel durumlar kısaca ele alınacak, ayrıntıları üzerinde durulmayacaktır.

⁶⁷⁵ Bkz., **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 679 vd.; **Ertaş**, s. 505; **Hasler**, s. 110 vd.; **Wieland**, s. 654 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 281 vd.; **Wörten/Metzler-Müller**, s. 167.

:ılınıp inccclcnmclidir⁶⁷⁶. ÇUnkU irat senedinde doğrudan doğruya kanundan doğan borç devri söz konusudur"⁷⁷. Bu borç devri üzerinde irad senedinin kunıldığı taşınmazın devri ile kanundan dolayı otomatikman ve kendiliğjnden gerçekleşmektedir. Diğer taraftan ipotek ve ipotekli borç senedinde ise kişisel sorumluluk esası kabul edildiğinden, rehin konusu taşınman bir başkasın devredildiğinde rehin konusu taşınmazın maliki başka; borçtan sorumlu olan da bir başka kişi olabilmektedir.

İpotekli taşınmazı devralan üçüncü kişiler, bu taşınmazı üzerindeki ipotek yüküyle birlikte devralmalarına rağmen, ipoteğin güvencesini oluşturduğu borçtan kişisel olarak sorumlu olmazlar (TMK. m. 887). Sorumluluk ipoteğe temel teşkil eden borç ilişkisine göre belirlenir. Buna karşılık üzerinde ipotek kurduş bulunan taşınmazı devralan üçüncü kişi, borç ödenmediği zaman maliki olduğu bu taşınmazın cebri icra aracılığıyla satılmasına katlanmak zorunda olduğunu bilmektedir. Bu durumda taşınmaz malikinin buna itiraz etmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle uygulamada ipotekli taşınmazı satın alan üçüncü kişiler, genellikle satım bedelinden borç miktarını mahsup etmek isteyeceklerdir. Çünkü borçlu tarafından borcun ödenmemesi halinde, alacaklı bu taşınmazı sattırarak ve borç miktarı kadar bir tutarı bu satım bedelinden tahsil edebilecektir. Borçlunun maliki olduğu ipotekli taşınmazın sonradan el değiştirmesi her şeyden önce alacaklı için olumsuz bir durum yaratmaktadır⁶⁷⁸. Gerçekten de bu durumda alacaklının karşısında borçtan kişisel olarak sorumlu olan borçlu ve bu borca aynı teminat kapsamında taşınmazını rehin olarak veren taşınmaz maliki olmak üzere iki ayrı kişi bulunmaktadır. Bu durum alacaklı için hem borçlu ile muhatap olması hem de taşınmazın her el değiştirmesinde borçtan sorumlu olmayan tanımadığı farklı bir kişi ile muhatap olması gibi olumsuz bir durum yaratabilecektir. Bu nedenle kanun koyucu TBK. m. 888'de (ZGB. Art. 832) borçluluk ile aynı teminatın aynı kişide birleşmesini sağlamak suretiyle anılan bu olumsuz sonuçları ortadan kaldırmayı amaçlamıştır⁶⁷⁹. Böylece, borç ve teminatın aynı kişide birleşmesi taraflar arasındaki kişisel borç ilişkisinin daha açık ve net bir şekilde sürdürülmesi sağlanmış olur. Aslında kanun koyucu, ipotekli

⁶⁷⁶ **Hasler**, s. 100 vd.; **Wieland**, s. 654 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 281 vd.; **HonsellNogt/Wiegand**, Art. 183, N. 4, s. 869; **Wörlen/Metzler-Müller**, s. 167; **Helvacı**, İpotek, s. 311-312; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684; **Deppeler**, s. 3 vd.

⁶⁷⁷ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 183, N. 5, s. 870; **Deppeler**, s. 16 vd.; **Wieland**, s. 655 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 283 vd.; **Helvacı**, İpotek, s. 311-312; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684.

⁶⁷⁸ Burada ifade edilen konular, ipoteğin borçlunun maliki olduğu taşınmaz üzerinde kurulu olması veya borçlu dışında diğer bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde kurulu olması arasında bir ayırım olmaksızın her durumda uygulanacak konulardır.

⁶⁷⁹ **Gürsoy/Eren/Cansel** s. 1039 vd.; **Hasler**, s. 110 vd.; **Deppeler**, s. 31 vd.; **Tunçomağ**, s. 1 149-1150; **Aybay/Hatemi**, s. 283 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684.

taşınmazın devri halinde borcun da yeni malike geçmesini teşvik etmiş ancak; bunu açıkça hükme bağlayıp zorunlu kılmamıştır. Başka bir ifade ile kanun koyucu yeni malikin borçtan sorumlu olmak isteyip istememesini onun kendi tercihinine bırakmıştır⁶⁸⁰.

Kanun koyucu TBK. m. 888'de, (ZGB. Art. 832) üzerinde ipotek kurulan bir taşınmazın bir başkasına devri halinde, taşınmazın yeni malikin aynı zamanda borcu da üstlenebilmesine imkan tanıyan bir düzenleme öngörmüştür. Gerçekten de anılan hükme göre, ipotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez. Ancak yeni malik borcu yüklendiği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulmaktadır. Taşınmazın yeni malikin borcu üstlenmesi halinde tapu idaresi bunu alacaklıya bildirir. Alacaklıya tanınan hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir yıllık beyan süresi, tapu idaresince yapılan bildirimin tebliği tarihinden işlemeye başlar. O halde, ipotekli bir taşınmazın el değiştirmesi borçlu tarafın değişmesi sonucunu doğurmaz. Yeni malik taşınmazı rehin yükü ile kazandığı için sadece malın aynı değeri ile sınırlı bir ayni sorumluluğu vardır. Borçlunun alacaklıya karşı borçtan dolayı kişisel sorumluluğu ise aynen devam etmektedir. Borçlunun alacaklıya karşı kişisel sorumluluğunun devam etmesine rağmen ipotekli taşınmazın el değiştirmesinin tapu memuru tarafından alacaklıya bildirilmesi şarttır (TMK. m. 1019)⁶⁸¹. TMK. m. 888 gereğince ipotekli taşınmazın devri yoluyla borcun üstlenilebilmesi için TBK. m. 195 vd. hükümleri gereğince borcun iç üstlenilmesi ve nihayet borcun dış üstlenilmesi sözleşmelerinin yapılması gerekir⁶⁸². Başka bir ifade ile kural olarak ipotekli taşınmazın devri halinde borçlu tarafın değişmesinin sağlayacak borç üstlenilmesine ilişkin hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁸³. Ancak bu konu doktrinde tartışmalıdır⁶⁸⁴. Çünkü TMK. m. 890'a göre, ipotekli taşınmazı devralan

⁶⁸⁰ **Kornder**, s. 30-36 vd.; **Deppeler**, s. 34 vd.; **Tunçomağ**, s. 1149-1150; **Gürsoy/Eren/Cansel** s. 1039; **Hasler**, s. 110 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 283 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684; **Wieland**, s. 655 vd.; **Helvacı**, İpotek, s. 325 vd.

⁶⁸¹ **Gürsoy/Eren/Carisel** s. 1040; TMK. m. 1019; "Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. İlgililerin bu işlemlere karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden işleme) e başlar" hükmünü içermektedir.

⁶⁸² Bkz., **Gürsoy/Eren/Cansel** s. 1040-1041; **Tunçomağ**, s. 1149-1150; **Deppeler**, s. 49 vd.; **Wieland**, s. 655 vd.; **Helvacı**, İpotek, s. 325 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684.

⁶⁸³ Bu işlemlerin gerçekleştirilmesine gerek olmadığını savunan görüşlerde bulunmaktadır. Bu tartışmalar için bkz. **Deppeler**, s. 57 vd.; **Hasler**, s. 114 vd.; **Wieland**, s. 655 vd.; **Helvacı**, İpotek, s. 326 vd.

⁶⁸⁴ **Gürsoy/Eren/Cansel** s. 1040-1041; **Tunçomağ**, s. 1149-1150; **Deppeler**, s. 49 vd.; **Wieland**, s. 655 vd.; **Hasler**, s. 114 vd.; **Helvacı**, İpotek, s. 325 vd.; **Aybay/Hatemi**, s. 283 vd.; **Prütting/Wegen/Weinreich**, § 416, N. 1-2, s. 684.

üçüncü kişi, aynı zamanda borcu da üstlenmek istiyorsa bu iradesini tapu memuruna açıklamak zorundadır. Yeni malik bunu taşınmazın devri sırasında resmi olarak satım özleşmesi yapılırken açıklamak zorundadır. Bundan sonra TBK. m. 890 gereğince tapu memuru yeni malikin bu isteğini alacaklıya bildirir. Alacaklı yeni malikin borcun üstlenilmesini kabul etmediğini 1 yıllık süre içerisinde bildirmezse, yeni malikin borcu üstlenmesine zımni olarak muvafakat etmiş sayılacağı için bu 1 yıllık sürenin sonunda da borçlu borcundan kurtulmuş olacaktır⁶⁸⁵. Buna karşılık doktrinde yeni malikin borçlu ile karşılıklı olarak bir iç üstlenme sözleşmesi yapmadan sadece tapu memurunu borcu üstlenmek istediğini bildirmesi, iç üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayan bir öneri olup olmadığı tartışmalıdır. Aynı şekilde, tapu memuru tarafından ipotek konusu taşınmazın devredildiğinin alacaklıya bildirilmesinin hukuki niteliği konusunda da doktrinde fikir birliği yoktur. Bu bildirim, dış üstlenme sözleşmesinin kurulmasını sağlayan bir öneri mi, yoksa sadece alacaklıyı gerekirse dış üstlenme sözleşmesi yapması için bilgilendirme niteliğinde bir ihbar mı olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir⁶⁸⁶. Sonuç olarak ipotekli taşınmazın bir üçüncü kişiye devri halinde taşınmazı devralan üçüncü kişinin aynı zamanda borcu da üstlenmek istemesi halinde bu durum tapu memuru tarafından alacaklıya bildirilir ve alacaklı 1 yıllık süre içerisinde bunu kabul etmediğini bildirmez ise, borcun üstlenilmesi gerçekleşmekte ve böylece borçlu da borcundan kurtulmaktadır. Kanımızca borcun bu şekilde üstlenilmesine TBK. m. 195 vd.'nda yer alan hükümlerin doğrudan uygulanması bazı sakıncalar yaratabilir. Kaldı ki, kanun koyucuda bu konuda TBK. m. 195 vd. hükümlere atıf yapmamış, kendine özgü özel bir borcun üstlenilmesi şeklini ayrıca düzenlemiştir.

ili. Malvarlığının veya İşletmenin Devri

TBK. m. 202 (OR. Art. 181)⁶⁸⁷ bir malvarlığı ve işletmenin devri başlığını taşımış olsa da, esas itibariyle burada külli halefiyet hali düzenlenme-

⁶⁸⁵ Benzer düzenleme Alman medeni Kanununda da yer almaktadır. 8GB § 416'da yer alan hükümde Türk/İsviçrehul...ıkundaki 1 yıl olarak düzenlenen süre 6 ay olarak düzenlenmiştir.

⁶⁸⁶ Bu görüşler için bkz., **Kornder**, s. 30-36 vd.; **Deppeler**, s. 57 vd.; **Giirsoy/ Eren/Cansel** s. 1039; **Hasler**, s. 114 vd.; **Tunçomağ**, s. 1149-1150; **Wieland**, s. 655 vd.

⁶⁸⁷ TBK. m. 202; "Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklı/ara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Tiirkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. Bununla birlikte, 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. Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeşdir. Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz" hükmünü içermektedir.

miştir. Burada bir malvarlığı veya işletmenin özel olarak devri halinde sadece borçların devredilmesini düzenlemektedir⁶⁸⁸. Başka bir ifade ile, TBK. m. 202 (OR. Art. 181) bir işletmeyi veya malvarlığını oluşturan aktiflerin geçişini değil, sadece pasiflerin (borçların) devrini düzenlemektedir. Çünkü TBK. m. 202 (OR. A11. 181) gereğince bir işletme veya malvarlığını oluşturan aktiflerin devrinin bunların devri için geçerli olan genel düzenlemelere göre gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁸⁹. Devralınan aktifler için külli haletiyet değil; cüz'i halefiyet hali söz konusudur. Örneğin taşınmazların devri için tapuya tescil, hakların devri için temlik ve nihayet taşınırın devri için teslim (zilyetliğin devri) şartı aranmaktadır⁶⁹⁰. Aynı şekilde kıymetli evraklar ile diğer gayri maddi mallar üzerindeki hakların devrin de özel devir kuralları geçerlidir⁶⁹¹.

TBK. m. 202 (OR. Art. 181) hükümleri gereğince borcun üstlenilmesi TBK. m. 195 vd. da düzenlenmiş olan borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesinden farklılıklar taşımaktadır. Gerçekten de, bir malvarlığı veya işletmenin devri halinde iç üstlenme sözleşmesi veya dış üstlenme sözleşmesine gerek yoktur. Başka bir ifade ile alacaklının rızası ve iradesine aykırı olsa da kanundan dolayı borcun üstlenilmesi gerçekleşmektedir. Aslında bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, alacaklının buna rıza göstermemesi onu bir hak kaybına uğramasına da neden olmaz. Çünkü kanun koyucu alacaklının bir hak kaybına uğramaması veya herhangi bir olumsuz durumla karşılaşmaması için, malvarlığı veya işletmenin devrinden sonra da, devreden kişiyi devralanla birlikte 2 yıl boyunca müteselsil olarak sorumlu tutmuştur. Bu sorumluluk nedeniyle, alacaklı borcun üstlenilmesine rıza göstermese bile 2 yıl içerisinde eski borçlusuna başvurma hakkına her zaman sahip olacaktır. Bu yönüyle bir malvarlığı veya işletmenin devri yoluyla borcun üstlenilmesi,

⁶⁸⁸ Bir malvarlığı veya işletmenin devri suretiyle borcun üstlenilmesi konusunda geniş bilgi için bkz. **Acemoğlu**, s. 25 vd.; **Schwenzer**, s. 565-566; **Keller/Schöbi**, s. 89 vd.; **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 181, N. 1, s. 862; **Tunçomağ**, s. 1137 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 280 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1038 vd.; **Eren**, s. 1252 vd.; **von Tuhr**, s. 899 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 282 \d.; **Becker**, Art. 181, N. 1, s. 832 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 395 vd.

⁶⁸⁹ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 181, N. 1, s. 862. **Eren**, s. 1252 vd.; **von Tuhr**, s. 899 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 282 vd.; **Becker**, Art. 181, N. 1, s. 832 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 395 vd.; **Schwenzer**, s. 565-566; **Keller/Schöbi**, s. 89 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 280 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 1038 vd.; **Tunçomağ**, s. 1137 vd.; A) rica bkz., BGE 108 I 447; BGE 109 il I O1; BGE 115 il 418; BGE 126 III 378.

⁶⁹⁰ **Bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 280 vd.; **Eren**, s. 1252 vd.; **von Tuhr**, s. 899 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, s. 282 vd.; **Becker**, Art. 181, . 1, s. 832 vd.; **von Tuhr/Escher**, s. 395 vd.; **Schwenzer**, s. 565-566; **Keller/Schöbi**, s. 89 vd.; **Tunçomağ**, s. 1138; BGE 1081447; BGE 10911101;

⁶⁹¹ **Honsell/Vogt/Wiegand**, Art. 181, N. 1, s. 862.

TBK. m. 195 d. 1) borcun üstlenilmesinin farklılıklar göstermektedir.⁶⁹¹ (OnkO sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesinde, dış üstlenme sözleşmesi ile birlikte borçlu borcundan kurtulmakta, alacaklının karşısında borcu üstlenen Üçüncü kişi borçlu olarak çıkmaktadır. Bu nedenle borçlunun alacaklının karşı olan bütün sorumluluğu da ortadan kalkmaktadır. Oysa bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, devreden 2 yıl boyunca sorumluluğunun devam etmesi, burada bir nevi borca katılmanın varlığını hatırlatmaktadır. Gerçekten de TBK. m. 201 gereğince borca katılma, borçlu ile borca katılanın alacaklı karşısında müteselsil sorumluluğun sonucunu doğurur. 2 yıllık sürenin sonunda müteselsil sorumluluk kendiliğinden son erer ve artık teknik ve hukuki anlamda borcun üstlenilmesi gerçekleşmiş olur⁶⁹³.

Bir malvarlığı veya işletmenin devri yoluyla borcun üstlenilmesinin sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesinden ayrıldığı diğer bir yönü sözleşmelerin kapsamı bakımındandır. Gerçekten de sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesinde borç ilişkisi aynen varlığını korumakta ve sadece borçlu taraf değişmekte iken, bir malvarlığı veya işletmenin devrinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi tamamen değişmektedir. Bir malvarlığı veya işletmenin devri suretiyle borcun üstlenilmesi esas itibarıyla işyeri devirlerinde uygulanmaktadır. Bunun dışında bir işletmenin bağlı olduğu şirketin hisse senetlerinin satın alınması yoluyla devralınmasında bu hükümler uygulanmamaktadır.⁶⁹⁴ Çünkü hisse senetlerinin satın alınması bir işletmenin TBK. m. 202 anlamında devri anlamına gelmemektedir.⁶⁹⁵

Bir malvarlığı veya işletmenin devrine ilişkin hükümler, şirket paylarının devrinde uygulanmamakta birlikte, işletmenin bölünmesi veya bir işletmenin tür değiştirmesi hallerinde uygulanma alanı bulmaktadır. Buna karşılık kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin devri veya birleşmesinde bu hükümler uygulanmaz⁶⁹⁶.

Bir malvarlığı veya işletmenin devri halinde, o işletme veya malvarlığı ile ilgili devredilebilir bütün borçlar devredilmekte iken, sözleşmeye dayalı

⁶⁹² Bu farklılıklar için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 280; Eren, s. 1253; von Tuhr, s. 899 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 282-283; Becker, Art. 181, N. 1, s. 832; von Tuhr/Escher, s. 395-396; Schwenger, s. 566; Keller/Schöbi, s. 90 vd.; Tunçomağ, s. 1138.

⁶⁹³ Federal mahkeme müteselsil sorumluluğun sona erdiği 2 yıllık sürenin sonunda aradaki ilişkinin özel borç üstlenmesine döneceğini ifade etmektedir. Bkz., BGE 63 il 15; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 2-3, s. 862.

⁶⁹⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 4, s. 863

⁶⁹⁵ Bkz., BGE 86 il 91; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 282-283; Becker, Art. 181, N. 1, s. 832.; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 2-3, s. 862; von Tuhr/Escher, s. 395-396; Schwenger, s. 566; Keller/Schöbi, s. 90 vd.; Tunçomağ, s. 1138.

⁶⁹⁶ Örneğin bir ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte şahıs şirketine ve ya sermaye şirketine dönüşmesi durumlarında da bu hükümler uygulanmaktadır. Bkz., BGE 90 il 499. Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 5, s. 863.

borcun üstlenilmesinde borç ilişkisinden doğan sadece tek bir borç (dar anlamda borç) üstlenilmekte; borç ilişkisi varlığını korumaktadır. Şarta bağlı ve zamanaşımına uğramış borçlar üstlenin bilgisi dahilinde olmasa bile malvarlığı veya işletmeye bağlı oldukları için devrolunan borçların kapsamına dahildirler⁶⁹⁷. Bu nedenle doktrinde, dış üstlenme sözleşmesinin konusunu oluşturabilen borçların bir işletme veya malvarlığı işe bağlı olduğu ölçüde TBK. m. 202 gereğince de devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁸.

TBK. m. 202 gereğince borcun üstlenilmesinin gerçekleşebilmesi için kanun koyucu tarafından aranan iki şart vardır. Bunlardan ilki, malvarlığı veya işletmeyi devreden ile devralan arasında yapılacak bir devir sözleşmesidir⁶⁹⁹. Bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için alacaklıların bu sözleşmeye katılmalarına gerek olmadığı gibi böyle bir sözleşmenin yapıldığından haberdar olmalarına da gerek yoktur. Bu sözleşme kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmamakla birlikte, malvarlığı veya işletme içerisinde yer alan bazı değerlerin devri için özel kanunlarda öngörülen şekil şartlarına da uyulması gerekir. Örneğin devredilen malvarlığı veya işletme içerisinde taşınmazların bulunması halinde sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir⁷⁰⁰.

TBK. m. 202 gereğince borcun üstlenilmesinin gerçekleşebilmesi için kanun koyucu tarafından aranan ikinci şart, malvarlığı veya işletmeyi devralan tarafından alacaklılara yapılacak olan bildirim veya ilandır. Gerçekten de TBK. m. 202'de; *"Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu..."* olacağı açıkça hükme bağlanmıştır. O halde işletmeyi devralan kişi bunu kanun hükümleri gereğince ilgili gazetelerde ilan yaptığı veya alacaklılara bizzat bildirimde bulunduğu takdirde, işletme veya malvarlığının borçlarını da üstlenmiş olmaktadır. Burada kanun koyucu sadece ilan veya ihbar şartını aradığı için özellikle malvarlığı veya işletmeyi devralan kişi tarafından yapılan ihbarın alacaklı tarafından kabul edilmesi şartı aranmamaktadır⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Federal Mahkeme sigorta prim borçlarının da devredilen borçların kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Bkz., BGE 1 19 V 399. Buna karşılık şahsi edimlerden oluşan borçlar ise devrin kapsamına dahil değildir.

⁶⁹⁸ Bkz., BGE 87 1 301; Keller/Schöbi, s. 92

⁶⁹⁹ Acemoğlu, s. 25 vd.; HonsellNogt/Wiegand, Art. 181, N. 7 vd. s. 863; Tunçomağ, s. 1138 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 281 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1039 vd.; Eren, s. 1253 vd.; von Tuhr, s. 900 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, s. 283 vd.; Becker, Art. 181, N. 12, s. 833 vd.; von Tuhr/Escher, s. 395-396 vd.; Schwenzler, s. 565-566; Keller/Schöbi, s. 90 vd.

⁷⁰⁰ Tunçomağ, s.1138; HonsellNogt/Wiegand, Art. 181, N. 7 vd. s. 863.

⁷⁰¹ HonselUVogt/Wiegand, Art. 181, N. 10, s. 864; BGE 75 11303.

Bir malvarlığına ilişkin işletmenin TBK. m. 202 gereğince devredilmesinin sonuçlarının incelenmesi için bu işlemin hukuki niteliğini tespit etmek gerekir. Malvarlığı ve işletmenin devri hukuki niteliği itibarıyla bir borçlandırııcı işlemdir. Dolayısıyla devralan kişinin bu borçlandırııcı işlemde doğan taahhütlerini tasamif işlemleri ile yerine getirmesi gerekir. Buna göre devreden, taşınmazları tescil, taşınırlları teslim, alacak ve hakları temlik ve nihayet kıymetli evrakı da ciro etme borcu altındadır. Bu borcunu ifa eden devreden, malvarlığıJ veya işletmenin de aktiflerini böylece devralana devretmiş olmaktadır.

Bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, malvarlığı veya işletmenin pasifleri ise, malvarlığı veya işletmenin devralındığının alacaklıya bildirildiğj veya gazete ile ilan yapılmak suretiyle duyurulduğı tarihten itibaren kanundan dolayı kendiliğinden devralana geçmektedir. Bu durumda malvarlığı veya işletmeyi devreden borçlu, devralan ise üstlenen statüsündedir. Borçların bu şekilde üstlenilmesinin en önemli özelliğj ise, bunun için alacaklı ile borcu üstlenen arasında dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına gerek olmamasıdır⁷⁰². Ayrıca bu yolla borçların devralana geçmesinde devreden ile devralan arasındaki sözleşmenin bir etkisi yoktur. Burada borcun üstlenilmesi, bildirim veya ilan yoluyla kanundan dolayı kendiliğinden gerçekleşmektedir.

Bir malvarlığı veya işletmenin devrinde, devir sözleşmesinin kurulması ile ve hüküm ve sonuçlarını doğurmasıyla birlikte her ne kadar malvarlığı veya işletme teorik olarak devralana geçmiş olsa da, aktif ve pasifler için aynı şeyler söylenemez. Aktifler için kanunda öngörülen devir işlemleri, pasifler için ise ihbar veya ilana ihtiyaç vardır. Bir malvarlığı veya işletmeyi devralan kişi, devri sözleşmesiyle ilgili her türlü savunma ve itirazları alacaklılara karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Bu sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesi ile TBK. m. 202 gereğince borcun üstlenilmesi arasındaki en farklardan birisini oluşturmaktadır⁷⁰³. Devir sözleşmesinin geçersiz olduğu durumlarda ise, devralan kişi herhangi bir hak kaybına uğramaz. Çünkü bu durumda devralan kişinin 2 yıllık süre içerisinde müteselsil borçlu olan borçluya başvurma hakkı bulunmaktadır. Her ne kadar TBK. m. 202/ill'de, borcun bir malvarlığı veya işletmenin devri yoluyla üstlenilmesinin sonuçları ile borcun dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçların aynı olduğu düzenlemesine yer verilmiş olsa da, bu iki borç üstlenmesi yöntemi arasındaki bazı özel hususlara dikkat edilmesi gerekir. Çünkü borcun dış üstlenilmesine

⁷⁰² Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 1, s. 862. Eren, s. 1252 vd.; von Tuhr, s. 899 vd.; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, s. 282 vd.; Becker, Art. 181, N. 1, s. 832 vd.; von Tuhr/Escher, s. 395 vd.; Schwenger, s. 565-566; Keller/Schöbi, s. 89 vd.; Tunçomağ, s. 1137 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1038 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 280 vd.; Ayrıca bkz., BGE 108 I 447; BGE 109 il IO1; BGE 115 11 418; BGE 126111378.

⁷⁰³ Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 181, N. 13, s. 865; BGE 60 il 105

ilişkin sonuçların aynen buraya uygulanması bazı sakıncalara yol açabilecek niteliktedir⁷⁰⁴. Keza, her iki kurum birbirinden farklı nitelik ve özelliklere sahip iki farklı kurumdur.

IV. İşletme/eriu Birleşmesi ve Şekil Değiştirmesi

TBK. m. 203'de, borcun üstlenilmesinin özel bir hali olarak işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi dilzenlenmiştir⁷⁰⁵. Anılan hükme göre, bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler. Bir tek kişiye ait olup d? kollektif veya komandit ortaklık haline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır⁷⁰⁶. İki ayrı işletmenin tek bir işletme bünyesinde birleşmesi aslında TBK. m. 202'de yer alan işletmelerin devrinin özel bir çeşidini oluşturmaktadır. Bu nedenle birleşen işletmelerin sahipleri de, birleşmeden önceki borçlarından dolayı yeni işletme ile birlikte müteselsilen sorumludurlar⁷⁰⁷. O halde alacaklılar alacaklarını hem yeni işletmeden hem de eski işletmenin birleşmeye girmeyen mallarından 2 yıl süre ile tahsil edebilmektedirler.

Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, TTK. m. 134 vd. da ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler Borçlar Kanunu hükümlerine göre özel nitelikli düzenlemeler olduğu için öncelikli olarak bu hükümler uygulanacak ve kanunda hüküm bulunmayan hallerde de Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri devreye girecektir. Bu nedenle, uygulamada daha çok ticari şirketlerin birleşmesi ile karşılaşıldığından, o tür birleşmeler de Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

V. Borcun Üstlenilmesi Sonucunu Doğuran Diğer Özel Durumlar

Borcun üstlenilmesi sonucunu doğuran ve yukarıda incelenen özel durumların dışında ayrıca özle kanunlarda düzenlenen diğer bir kısım borcun üstlenilmesi sonucunu doğuran durumlarda bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi miras bırakanın ölümü üzerine geriye kalan mirasçıların mirasbıra-

⁷⁰⁴ Bu sakıncalar için bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 282-283; Tunçomağ, s. 1144 vd.; HonsellNogt/Wiegand, Art. 181, N. 14, s. 865; Kefillerin hukuki durumu hakkında bkz., BGE 63 il 15

⁷⁰⁵ Bkz., Eren, s. 1254; von Tuhr, s. 905 vd.; HonsellNogt/Wiegand, Art. 182, N. 1, s. 867; Tunçomağ, s. 1148 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 283 vd.; Oser/Schönenberger, s. 1042 vd.; Becker, Art. 182, N. 1-2, s. 842-843.

⁷⁰⁶ von Tuhr, s. 905 vd.; Honsell/Vogt/Wiegand, Art. 182, N. 1, s. 867; Tunçomağ, s. 1148 vd.; Eren, s. 1254; ; Becker, Art. 182, N. 1-2, s. 842-843.

⁷⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 283 vd.

kanın borçlarından doğan sorumluluklarıdır⁷⁰⁸. Gerçekten de miras hukukuna hakim olan külli halefiyet ilkesi gereğince mirasbırakanın ölümü üzerine geride kalan mirasçılar terekenin bUtiln aktif değerleri yanında pasif değerlerini de (borçları) kazanmaktadırlar. Nitekim bu husus TMK. m. 599/II'de.*mirasbırakarm borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar*" düzenlemesi ile açıkça hukme bağlanmıştır⁷⁰⁹. Bu nedenle mirasbırakanın ölümü ile birlikte borçlarının mirasçılara geçişinde (devrinde) Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye dayalı borcun üstlenilmesine ilişkin hükümleri değil, Türk medeni Kanunu'nun mirasın paylaşılması ve devrine ilişkin özel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Kanundan dolayı borcun üstlenilmesi sonucunu doğuran diğer bir özel durum TTK. m. 355'de anonim şirketler için, TTK. m. 588'de de limitet şirketler için düzenlenmiştir. Gerçekten de anılan düzenlemelere göre, bir şirketin tescilinden önce şirket adına işlem yapanlar ve taahhütlere girişenler, bu işlem ve taahhütlerden şahsen ve müteselsilen sorumludurlar. Ancak, işlem ve taahhütlerin, ileride kurulacak şirket adına yapıldığı açıkça bildirilmiş ve şirketin ticaret siciline tescilinden sonra üç aylık süre içinde bu taahhütler şirket tarafından kabul olunmuşsa, yalnız şirket sorumlu olur". İşte bu düzenleme gereğince diğer şartlarla birlikte şirketin tescilden sonra üç ay içerisinde bu borçları kabul etmesi halinde, borçlar kanundan dolayı şirkete devredilmektedir.

Kanundan dolayı borcun üstlenilmesine ilişkin özel bir düzenleme pay senetlerinin devrine ilişkin olarak TTK. m. 50 I 'de yer almaktadır. Anılan hükme göre, *"Bedeli tamamen ödenmemiş bulunan nama yazılı bir payı iktisap eden kimse, pay defterine kaydedilmekle şirkete karşı geri kalan pay bedelini ödemekle yükümlü olur. Şirketin kurulması veya esas sermayenin artırılması sırasında iştirak taahhüdünde bulunan kimse, payını başkasına devrettiği takdirde, bedelin henüz ödenmemiş olan kısmı kendisinden istene-
mez; meğerki, şirketin kuruluşu veya esas sermayenin artırılması tarihinden itibaren iki yıl içinde şirket iflas etmiş ve payı iktisap eden kimse paydan doğan haklardan yoksun bırakılmış olsun. Payını devreden kimse ikinci fıkra hükmüne tabi değilse, iktisap edenin pay defterine kaydedilmesiyle borçla-*

⁷⁰⁸ **Antalya**, Miras, s. 372 vd.; **Dural/Öz**, s. 390-442 vd.; **Ayan**, s. 251 vd.; **Helvacı**, s. 1 vd.; **İmre/Erman**, s. 322-328 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 497, 554 vd. Mirasçılarının mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu konusunda geniş bilgi için bkz., **Özdemir**, s. 192 vd.

⁷⁰⁹ TMK. m. 68J 'e göre; "Mirasçılar, bölünmesine veya nakline alacaklı tarafından açık veya örtülü olarak rıza gösterilmemiş olan tereke borçlarından dolayı, paylaşmadan sonra da bütün malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludurlar. Paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle teselsül sona erer". Bkz. **Antalya**, Miras, s. 372 vd.; **Dural/Öz**, s. 390-442 vd.; **Ayan**, s. 251 vd.; **Helvacı**, s. 1 vd.; **İmre/Erman**, s. 322-328 vd.; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 497, 554 vd.

rından kurtulmuştur". Bu hükümden de onla}ılacağı Oıere. pa) deftəri
ka)ıt anından itibaren pa) ı de,rreden borcundan kurtulmakla ve bu bofçb.r
kanundan dolayı pa) ı devralana geçmektedir.