

BORCUN NAKLİNİN BORCA İLİŞKİN BENZER ETKİLİ DİĞER HUKUKİ KURUMLAR KARŞISINDA TEORİK SINIRLARI

(The Theoretical Borders of the Debt Assumption against other
Legal Remedies Having Similar Effects on the Debt)

Yrd. Doç. Dr. Hatice Tolunay OZANEMRE YAYLA*

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 196 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan borcun nakli, alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan ve o ana kadar alacaklıya karşı borçlu olan kişinin ilgili borç ilişkisinden doğan belli bir borcunun üstlenen kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir. Bu çerçevede borcun nakli işlemi, o ana kadar borçtan sorumlu olan kişinin ilgili borçtan kurtulması ve borcu üstlenen kişinin alacaklıya karşı bu borçtan sorumlu olması sonucunu doğurur. Bu halde alacaklının borcun sona ermesine kadar aynı borçluyu takip edebilmesine ilişkin genel kuralın bir istisnası söz konusudur. Bu çalışmada, borcun nakli ile ortaya çıkan bu sonuca benzer etkiye sahip, başka bir ifadeyle alacaklının borcun ifası bakımından başlangıçtaki borçludan farklı bir kimseye başvurma yetkisine sahip olduğu bazı hukuki işlemlerle borcun nakli işlemi arasındaki farklar inceleme konusu edilmiştir. Çalışmada bu çerçevede borcun nakli işleminin, mirasın geçişinden, sübjektif yenilemeden, ifanın üstlenilmesi sözleşmeden, borca katılma sözleşmesinden, malvarlığının veya işletmenin devrinden ve sözleşmenin devrinden farkları ele alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Borcun nakli, borcun dış üstlenilmesi, ifanın üstlenilmesi, borca katılma, malvarlığı veya işletmenin devri

Abstract

The debt assumption that is regulated in the Article 196 and following articles of 6098 Turkish Code of Obligations is a legal action resulting with the transfer of a certain debt that was caused by a debt relation of a debtor with the creditor to the person who undertakes the debt against the creditor. Within this framework, the transfer of the debt is the release of the debtor from the liabilities in relation

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

with the debt until that moment of the transfer and the person who undertakes the responsibility of the debt payment to the creditor as a result of this action. In that case, there is an exemption for the common rule specifying that the creditor can follow the same debtor until the discharge of the debt. In this study, the differences between the legal procedures where the creditor has the authority to ask someone else other than the debtor for the discharge of the debt having a similar effect with the debt assumption, and the debt assumption are examined. Within this framework, the debt assumption in the study is considered different than the transfer of estate, subjective renewal, undertaking the performance, debt participation contract, transfer of the asset or the business and the transfer of contract.

Keywords: Debt assumption, external debt undertaking, performance undertaking, participation to the debt, transfer of the asset or the business

GİRİŞ

Borcun nakli, Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 196 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde temel olarak borcun naklinin kurulması ve bu çerçevede sözleşmenin kurulmasına yönelik öneriye ilişkin özellikler, borcun naklinin hükümleri ve nakil sözleşmesinin geçersizliği halinin sonuçları düzenleme altına alınmıştır. İlgili hükümlerde düzenlenmiş olan borcun nakli, öncelikle, iç üstlenme sözleşmesinden farklıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 195. maddesinde düzenlenen borcun iç üstlenmesi sözleşmesi, tümüyle borçlu ile üstlenen arasındaki iç ilişkiye ilişkindir ve rızası olmadıkça alacaklıyı bağlamaz. Bu çerçevede borcun iç üstlenilmesi gerçek bir üstlenme teşkil etmemekte ve bu bağlamda bu çalışmada geçen borcun nakli ile kastedilen kurumu oluşturmamaktadır.

Çalışmanın konusunu bu şekilde borç ilişkisinde belli bir borcun o ana kadarki borçludan bir diğer kimseye geçmesini oluşturan borcun nakli kurumunun, sonuçları itibarıyla borcun nakline az veya çok benzeyen diğer bazı hukuki kurumlarla ve ilişkilerle arasındaki teorik sınır ve bu bağlamda farklı yönler oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmanın bağlamı gerektirmedikçe, karşılaştırma yapılırken ortak özellikler üzerinde durulmamıştır.

Çalışmanın konusunun, borcun naklinin borca ilişkin benzer etkili hukuki kurumlarla olan teorik sınırı olması nedeniyle, borcun nakli kurumunun bütün özelliklerine çalışmada yer verilmekten kaçınılmış, sadece benzer etkili kurumlara nazaran arz ettiği özelliklerin belirlenmesi amacıyla borcun nakline ilişkin açıklamalar kısa tutulmuştur. Bu bağlamda borcun nakline ilişkin olarak, oldukça genel bir şekilde borcun nakli kavramı üzerinde durulmuş ve yine kısaca bu kurumun hukuki niteliği ve konusu ele alınmıştır. Ancak bundan sonradır ki, borcun naklinin, benzer etkili hukuki kurum olarak nitelendirmiş olduğumuz diğer kurumlardan ve bu bağlamda

¹ 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011 t., S. 27836)

mirasın geçişinden, sübjektif yenilemeden, ifanın üstlenilmesinden, borca katılmadan, malvarlığı ve işletmenin devrinden ve sözleşmenin devrinden farkları makale ölçütlerinde incelenmiştir.

I. Genel Olarak Borcun Nakli Kavramı, Borcun Naklinin Hukuki Niteliği ve Şartları

A) Borcun Nakli Kavramı

Borcun nakli (borcun dış üstlenilmesi), doğrudan alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan² ve belli bir borç bakımından, borcun pasif süjesinin, başka bir ifadeyle borçlusunun değişmesi sonucu doğuran bir hukuki işlemdir.³

Borcun naklinde bu şekilde borcun objektif unsuru yani konusu değişmemekte ve fakat önceki borçlu borcundan kurtulmakta ve borç yeni borçluya geçmektedir.⁴ Bu çerçevede borcun nakli işlemi, alacaklının, borcun sona ermesine kadar aynı borçluya başvurabilmesi kuralının bir istisnasını oluşturur.⁵

² Borcun nakli sözleşmesinin düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 196. maddesinde borcun nakli sözleşmesinin borcu üstlenen kişi ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeyle olacağı belirtildikten sonra iç üstlenme sözleşmesinin üstlenen veya üstlenenin izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesinin borcun nakli sözleşmesi bakımından önerinin yerini tutacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun gereği, alacaklı bu öneriyi kabul ettiği takdirde yine kendisi ile borcu üstlenen kişi arasında bir borcun nakli işlemi kurulmuş olur.

³ **Kahraman**, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 87; **Tekinay**, Selahattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1993, s. 268, 272; **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, §. 42, N. 1; **Kocaman**, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1989, s. 15; **Gauch**, Peter / **Schlupe**, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auf., Band II, bearbeitet von Susan Emmenegger, Schulthess, Zürich Basel Genf 2008, N. 3592, 3596. Bu halde borç ilişkisinin tarafının değişmesi değil, belli bir borcun borçlusunun değişmesi söz konusudur. Bu çerçevede borcun nakline rağmen sözleşmenin tarafları değişmez. Bkz. N. 3593. Ayrıca bkz. **Berger**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2008, N. 2299; **Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 1988, s. 583.

⁴ **Kahraman**, s. 88. Üstlenen kişinin borçlunun yerine geçtiği ifadesi için bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1247; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015, s. 833; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 272.

⁵ **Spirig**, Eugen, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183, OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum 1. und 2. Abt. (Art. 1-529), Zürcher Kommentar Band V/1k, 4. Aufl., Hrsg: Gauch, Peter, Schulthess, 1994, Vorb. zu Art. 175-183, N. 27; **Reetz**, Peter / **Burri**, Christof, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Hrsg: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K., Schulthess Zürich Basel Genf 2012, Art. 175, N. 1.

Borcun nakli, alacağın devriyle karşılaştırıldığında, bu iki kurum bir diğerinin aynadaki yansıması gibi görünse de,⁶ bu düşünce ilgili kurumların temelinde yatan menfaatlerin tümüyle farklı olması nedeniyle reddedilmelidir. Bunun nedeni, borçlu bakımından alacaklının kim olduğu hususu önem arz etmezken; borçlunun ödeme kabiliyetinin borcun ödenmesi bağlamındaki önemi dolayısıyla, borçlunun kim olduğunun alacaklı için önem arz etmesi⁷ ve bunun sonucu olarak da, alacaklının değişmesinin borçluyu etkilememesine karşılık; borçlunun değişmesinin alacaklıyı etkilemesidir.⁸ Esas itibariyle alacağın devrinde borçlunun rızası aranmazken; borcun naklinde alacaklının rızasının aranmasının temelinde yatan sebep de budur.⁹

Borcun nakli işleminden önce genellikle borçlu ile borcu üstlenecek olan taraf arasında bir borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi (borçtan kurtarma taahhüdü) yapılır. Bu sözleşmeyle üstlenen, borçluya, onu alacaklıya olan borcundan kurtarmayı taahhüt eder.¹⁰ Ancak bu sözleşme alacaklının durumunda bir değişikliğe neden olmaz¹¹ ve sadece üstlenen ile borçlu arasında hüküm ve sonuç doğurur.¹²

B) Borcun Naklinin Hukuki Niteliği ve Konusu

1. Borcun Naklinin Hukuki Niteliği

Borcun naklinde, bir borç ilişkisindeki borcun konusu değişmeksizin borçlusu

⁶ Ancak elbette bu iki kurum arasında bir borç ilişkisinde borç değişmeksizin alacaklının (borcun aktif öznesinin, subjektif aktif unsurunun) değişmesi sonucunu doğuran kurumun alacağın devri; yine borç değişmeksizin borçlunun (borcun pasif öznesinin, subjektif pasif unsurunun) değişmesi sonucunu doğuran kurumun borcun nakli olması açısından bir bağlantı söz konusudur. Bkz. **Guhl**, Theo / **Koller**, Alfred / **Schnyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2000, §. 35, N. 1; **Berger**, N. 2299.

⁷ **Gauch/Schluop/Emmenegger**, N. 3557; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1.

⁸ **Gauch / Schluop / Emmenegger**, N. 3557; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1.

⁹ **vonTuhr**, Andreas / **Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Schulthess, 1984, s. 380; **Berger**, N. 2300; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 1; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 1.

¹⁰ **Tschäni**, Rudolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg: Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 175, N. 6; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 3; **Berger**, N. 2301.

¹¹ **Gauch/Schluop/Emmenegger**, N. 3567.

¹² **Berger**, N. 2301. İsviçre Federal Mahkemesinin, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinin sadece üstlenen ile borçlu arasında hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin kararları için bkz. BGE 121 III 258; 118 V 229. (CHK-Reetz/Burri, Art. 175, N. 3'ten naklen.) Ayrıca bkz. **Gauch/Schluop/Emmenegger**, N. 3567. Yazarlar, bu bağlamda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin, taraflar arasındaki bir iç ilişki olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedirler. Yine Bkz. **Spirig**, ZK OR, Art. 175, N. 6. Yazar, taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran bu hukuki işlemin, borcun nakli sözleşmesine kılavuzluk eden bir hukuki işlem teşkil ettiğini ifade etmektedir.

değişmekte; bu çerçevede borç alacaklı ve borçlu dışındaki bir üçüncü kişiye geçmektedir. Borç aynen varlığını koruyup, borçlu şahıs değiştiğinden burada bir cüz'i intikalin ve dolayısıyla cüz'i halefiyetin bulunduğu kabulü gerekir.¹³

Öte yandan borcun nakli işleminin malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki niteliğinin de belirlenmesi gerekir. Öğretide¹⁴ borcun nakli sözleşmesinin, alacaklının sahip olduğu alacak hakkında değişikliğe neden olması ve borcun naklinden önceki borçlunun borçtan kurtulmasına, söz konusu borcun bu kimsenin (borcun naklinden önceki borçlunun) malvarlığından çıkmasına neden olması sebebiyle, özellikle de borçtan kurtulan önceki borçlunun malvarlığına yaptığı etki bakımından tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan borcun nakli işleminin, borcu üstlenen (borcu nakil alan) şahsın malvarlığının pasif kısmının artması sonucunu doğuracağından aynı zamanda bir taahhüt işlemi etkisini de içermekte olduğu belirtilmektedir.¹⁵ Bu açıdan borcun nakli işleminin tek bir işlem olarak çift etkili bir işlem olduğu söylenilebilir.¹⁶ Öğretide,¹⁷ borcun nakli işleminin kazandırıcı nitelikte bir hukuki işlem olduğu ileri sürülmüşse de bu görüş kendisine pek taraftar bulamamıştır.¹⁸

2. Konusu

Borcun nakline mevcut ve nakledilebilir borçlar konu edinilebilir. Bu bağlamda

¹³ **von Tuhr/Escher**, s. 590; **Becker**, BK OR, Vorb. Zu Art. 175-183, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 36; **Kahraman**, s. 90.

¹⁴ **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C 1, C. 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2013, C. II, s. 593; **Eren**, s. 1247; **Kocaman**, s. 18; **Kahraman**, s. 95 vd; **von Tuhr/Escher**, s. 389; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 48; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 3581; **Huguenin**, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2014, N. 1440; **Berger**, N. 2319; **Schwenzer**, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009, N. 91.11; **Bucher**, OR AT, s. 583. Borcun nakli işleminin içinde yer alan bu tasarruf işlemi dolayısıyla alacaklının tasarruf yetkisine sahip olması şarttır. Bkz. **Bucher**, OR AT, s. 583; **Huguenin**, N. 1440. Borcun bir malvarlığı değeri sayılmaması nedeniyle, borcun naklinin bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin görüşler ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. **Kahraman**, s. 95-96. Yine borcun nakli sözleşmesinde bir tasarruf işlemi niteliği bulunmadığına ilişkin olarak bkz. **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 14.

¹⁵ **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 593; **Kahraman**, 98-99; **Kocaman**, s. 18; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 5381; **Bucher**, OR AT, s. 583; **Spirig**, ZK OR, Art. 176, N. 6; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 6; **Huguenin**, 1440; **Berger**, N. 2319.

¹⁶ **Eren**, s. 1247; **Kahraman**, s. 98-99; **Bucher**, OR AT, s. 583; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 3581; **Berger**, N. 2319; **von Tuhr/Escher**, s. 389.

¹⁷ **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 593. Yazar, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesiyle, borcun borcu üstlenen kişiye geçmesi nedeniyle, önceki borçlunun malvarlığından ilgili borcun çıktığını, bu nedenle de bu işlemin borcun naklinden önceki borçlu bakımından kazandırıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir.

¹⁸ Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Kahraman**, s. 100-101.

öncelikle doğmuş ve mevcut olan bir borç söz konusu olmalıdır.¹⁹ Ancak ileride doğması ihtimali bulunan borçlarda geciktirici şarta bağlı borç üstlenmesi olarak geçerli sayılır.²⁰ Ancak mevcut olmayan bir borcun mevcutmuşçasına borcun nakli sözleşmesine konu edilmesi durumunda, borcun nakli sözleşmesi, imkânsızlık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.²¹ Bir borcun mevcut olmaması, hiç doğmamış olmasından veya borcun naklinden önce ortadan kalkmasından²² ileri gelebilir.²³ Borcun mevcut olduğu durumlar bakımından, ilgili borcun çekişmeli olmasının, eksik borç niteliğinde olmasının,²⁴ seçimlik borç niteliğinde olmasının, şarta bağlı olmasının²⁵ müteselsil bir borç olmasının²⁶ bir önemi yoktur. Bu tür borçlar da, tıpkı diğer borçlar gibi borcun

¹⁹ **Kahraman**, s. 103.

²⁰ **Kahraman**, s. 103, dpn. 423.

²¹ **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 111; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 3; **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 597; **Kahraman**, s. 103.

²² Örneğin irade sakatlığına veya aşırı yararlanmaya dayanılarak iptal edilmiş bir borç ilişkisinden yahut (sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin önceden izin vermesi veya katılımı olmaksızın yaptığı borç ilişkilerinde) yasal temsilcinin veya (yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemde) temsil edilenin icazet vermeyi reddetmesinden sonra artık mevcut olmayan borcun nakline bu şekilde bir durum söz konusudur.

²³ **Kahraman**, s. 103.

²⁴ **Eren**, s. 1248; **Kahraman**, s. 104-105; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569.

²⁵ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569. Şarta bağlı borçların borcun nakline konu olması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kahraman**, s. 104 ve yazar tarafından atıf yapılan eserler.

²⁶ Müteselsil bir borcun üstlenilmesinde, üstlenen, borçlunun müteselsil borcunu diğer müteselsil borçlularla birlikte borçlu olmak üzere alacaklıya karşı üstlenmiş olur. Bu halde belli bir müteselsil borçlunun borcundan kurtulması ve onun yerine borcu üstlenen kişinin diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumlu olması söz konusu olur. Öte yandan müteselsil borç bakımından, bütün müteselsil borçluların tek bir kimse tarafından üstlenilmesi de mümkün ve geçerlidir. Bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 141. Elbette bu halde, alacaklı müteselsil borçluluğun kendisine sağladığı avantajları yitirmiş olacaktır. Fakat nihayetinde bu avantajları yitirmek istemeyen alacaklı borcun nakline rıza göstermeme imkânına sahiptir. Bu durumun önemli bir örneği mirasın paylaşılmasında mirasçılardan mirasbırakandan kalan ve müteselsil olarak sorumlu oldukları bir borçtan mirasçılardan birinin sorumlu olmasını kararlaştırmaları durumu oluşturur. Bu halde borcun nakli kurum bakımından borcun iç üstlenilmesini karşılayan bu anlaşmanın, alacaklı bu anlaşmaya rıza göstermedikçe alacaklı için mirasçılardan müteselsil borçluluğunu ortadan kaldıran bir etkisi yoktur. Alacaklı, borcun mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesine rıza gösterdiği takdirde ancak, diğer mirasçılardan söz konusu borca ilişkin sorumlulukları sona erer ve artık üstlenen mirasçı tek başına borçlu olur. Borcun naklinin özel bir türü olan bu işlemin, Türk Borçlar Kanunu'nun 196 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş olan borcun nakli kurumuna nazaran arz ettiği önemli bir farklılık, mirasçılar arasındaki müteselsil borçluluktan kaynaklı olarak, borcun nakli neticesinde artık borçtan tek başına sorumlu olan mirasçının üstlenmeden önce de ilgili borçtan tek başına sorumlu olmasıdır. Başka bir ifadeyle borcun naklinin bu özel türü, müteselsil borçlulardan birinin tek başına borcu üstlenmesiyle o ana kadarki müteselsil borçluluğun tek başına borçluluğa dönüşmesine neden olur. Konuya ilişkin olarak Bkz. **Ozanemre Yayla**, Hatice Tolunay, Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2011, s. 344 vd. Keza bkz dpn. 1212 ve devamında atıf yapılan eserler. Önemle belirtilmelidir ki, şeklen benzemekle beraber mirasçılardan müteselsil borçlu oldukları borcun alacaklının rızasıyla mirasçılardan biri tarafından üstlenilmesinin borcun naklinden farklı olduğu, zira bu halde üstlenenin, borcun naklinden farklı olarak üstlenmeden önce de aynı borç bakımından müteselsil borçlulardan biri

nakline konu edilebilirler.

Öte yandan borcun nakline konu teşkil eden bir borç nakledilebilir nitelikte olmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, alacaklının borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaatinin bulunduğu hallerde de, söz konusu borç “nakledilebilir” niteliktedir, yeter ki alacaklı borcun nakline rıza göstermiş olsun.²⁷ Bu halde daha ziyade borcun kendisinden veya kamu hukukundan²⁸ doğan bazı engeller gündeme gelebilir. Örneğin, ancak ve ancak borçlu tarafından ifası mümkün olan evlilik birliğinde eşin sadakat yükümlüğü bu tür bir borçtur.²⁹

II. Borcun Naklinin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları

1. Mirasın Geçişinden Farkı

Mirasın geçişi, bir kimsenin ölümü veya hakkında ölüm karinesi işletilmesi veya gaipliğine karar verilmesi üzerine kişiye ait intikale elverişli hususların, ilgili kişinin mirasçısına veya mirasçılarına geçmesini ifade eder.³⁰ Bu halde mirasbırakanın terekesinde yer alan intikale elverişli aktiflerin yanı sıra, borçlar da mirasçı veya mirasçılara geçmektedir. Dikkat edilirse, mirasın intikalinin borcun nakline nazaran arz ettiği ilk farklı özellik, mirasın intikalinin borcun naklinden farklı olarak saf bir şekilde ta-

olarak sorumlu olduğu, bu nedenle de bu halde borcun naklinden ziyade borcun değişikliğe uğramasının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Tuor**, Peter /**Picenoni**, Vito, Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 637-640 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 1966, Art. 639, N. 6; **Wolf**, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Stämpfli Verlag, Bern 2004, s. 349; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987, s. 736.

²⁷ **Eren**, s. 1248; **Hatemi/Gökyayla**, Ş. 42, N. 13; **Kahraman**, s. 105-106; **vonTuhr/Esher**, s. 388; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3569; **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 108; **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 3; **Huguenin**, N. 1416.

²⁸ Bu çerçevede örneğin adli para cezalarının (Bkz. 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 52, f. 4) ödenmemesi durumunda kişi hapis cezasına çarptırılacağından (Bkz. 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza İnfaz Kanunu m. 106, f. 3), adli para cezalarının da borcun nakline konu olmayacağı kabul edilmektedir. (**Kahraman**, s. 107'den naklen). Keza vergi borçlarında borcun naklinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. **Kahraman**, s. 107.

²⁹ **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 112. Önemle belirtilmelidir ki, bundan Aile Hukuku temelli bütün borçlar bakımından bir devir kabiliyetinden yoksunluk sonucuna ulaşılamaz. Örneğin öğretide alacaklı kabul etmişse, nafaka borcunun devredilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Huguenin**, N. 1415; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 109.

³⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 519; Öztan, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 356 vd.; **Antalya**, Gökhan / **Sağlan**, İpek, Miras Hukuku, 3. Bası, Legal Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 328-329; **Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015, s. 247 vd.; İnan, Ali Naim / **Ertas**, Şeref / **Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Bilge Yayınları, Ankara 2015, s. 452 vd.

raflar arasında yapılan bir hukuki işleme dayanmamasıdır.³¹ Çünkü bu halde borcun geçmesi için hukuki olay teşkil eden ölüm olayının gerçekleşmesi veya ölüm karinesi nedeniyle gerçekleşmiş sayılması yahut mahkemenin kişinin gaip olduğuna ilişkin bir karar vermesi gerekmektedir. Oysa borcun naklinde, borç, tarafların, sözleşme serbestisi çerçevesinde yaptıkları bir hukuki işlemle borcu üstlenene geçer. Öte yandan mirasın intikalinde, sadece belli bir borç değil, mirasbırakana ait tüm borçlar ve diğer intikale elverişli hususlar mirasçıya veya mirasçılara geçmektedir.³²

2. Sübjektif Yenilemeden Farkı

Yenileme, kısaca tarafların yeni bir borç meydana getirerek eski borcu sona erdirmeleri olarak ifade edilmektedir.³³ Taraflar belli bir borçta veya genel olarak kabul edilen görüşe göre borç ilişkisinde yenilemeye gidebilirler.³⁴ Bu hallerden ilkinde borç ilişkisindeki belli bir borç yenileme neticesinde sona ererken; ikincisinde taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermektedir. Keza taraflar konuda veya sebepte yenilemeye gidebilecekleri gibi; tarafta yenilemeye de gidebilirler.³⁵ Bu kurumlardan ilki objektif yenileme olarak; ikincisi sübjektif yenileme olarak adlandırılır. Sübjektif yenilemede, borcun naklinden farklı olarak, alacaklı ile yeni borçlu arasında sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, önceki borçlunun borcu tüm yan haklarla birlikte sona ermektedir.³⁶

Bu halde özellik arz eden durumu, müteselsil borçlulardan birinin borcunun üstlenilmesi³⁷ durumu oluşturur. Söz konusu durumda, müteselsil borçlulardan bi-

³¹ Gerçekten de mirasçılığın, mirasbırakanın ilgili kişiyle yaptığı bir miras sözleşmesi yoluyla bu kişiyi mirasçı olarak atadığı durumlarda dahi, miras sözleşmesinin kendisi, doğrudan terekenin belli bir kısmının borçlarla birlikte ilgili atanmış mirasçıya geçmesi sonucunu doğurmaz. Bu geçiş ancak ve ancak ölüm olayının kendisi veya ölüm karinesinin işletilmesi yahut mirasbırakanın gaipliğine karar verilmesiyle gerçekleşir.

³² **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3545, 3561; **Spirig**, ZK OR, Vorb. 175-183, N. 217.

³³ Kılıçoğlu, s. 859; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 549; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 989; **Eren**, s. 1263; **Reisoğlu**, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 405.

³⁴ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 549; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 990, ayrıca bkz. s. 991; **Reisoğlu**, s. 405. Aksi görüşte **Eren**, s. 1263.

³⁵ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 550

³⁶ **vonTuhr/Escher**, s. 381. Önemle belirtilmelidir ki, *vonTuhr/Escher*, sübjektif yenilemeye ilişkin açıklamalarında, örneğin A isimli bir kişinin B'den alacaklı olduğu bir durumda, bu sözleşmenin alacaklı A ile borçlu V arasında yenilenmesinde borcun nakline benzer bir durumun; buna karşılık alacaklı Z ile B arasında kurulan bir sözleşmeyle yenilenmesinde alacağın devrine benzer bir durumun bulunduğunu ifade etmektedir. Elbette yazarlar bu hususu ifade ettikten hemen sonra sübjektif yenilenmenin her durumda borcun naklinden ve alacağın devrinden farklı olduğunu; çünkü yenilemede önceki borcun/alacağın sona erdiğini bu kısımda yaptığı açıklamalarda, borcun naklindeki açıklamalarıyla uyumlu olarak belirtmiş bulunmaktadır. Bkz. *vonTuhr/Escher*, s. 386. Ayrıca bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3597; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 8; **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 550-551.

³⁷ Müteselsil borçlulardan birinin borcunun üstlenilmesi konusuyla bağlantılı olarak mirasçılardan

rinin müteselsil borcunun üstlenilmesinin hiçbir şekilde sübjektif yenileme yoluyla gerçekleştirilemeyeceği, çünkü bu halde diğer müteselsil borçluların borçlarının devam edeceği, bunun da yenileme kurumuyla bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.³⁸ Bu halde yapılan işlem İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre³⁹ bir borcun nakli (borcun dış üstlenilmesi) sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.

3. İfanın Üstlenilmesinden Farkı

Bir kimsenin, borçluya, onun alacaklıya olan borcunu ödemeyi taahhüt etmesi halinde bir "ifanın üstlenilmesi" sözleşmesi söz konusu olur.⁴⁰ İfanın üstlenilmesinde, borcun iç yüklenilmesi sözleşmesinden farklı olarak, ifayı üstlenen kimse, doğrudan ve saf anlamıyla, borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmeyi üstlenmektedir. Bu çerçevede öğretide bazı yazarlar⁴¹ ifanın üstlenildiği bu sözleşmenin borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinden (borçtan kurtarma taahhüdünden) daha dar kapsamlı bir sözleşme olduğunu kabul edilmektedirler. Buna göre, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinde, borçluya karşı taahhütte bulunan kişi, borçlunun alacaklıya olan borcunu doğrudan ifa ederek yahut alacaklıyla bir borcun nakli sözleşmesi yaparak borçluya olan borcundan kurtulabilir.⁴² Oysa ifanın üstlenilmesinde, borçlunun alacaklıya olan borcunu ifa etmeyi yüklenen kişinin borçluya olan borcundan kurtulması, ancak ve ancak bu kimsenin alacaklıya ifada bulunmasıyla mümkün olur.⁴³

İfanın üstlenilmesinde üçüncü kişiyle borçlu arasında yapılan bu sözleşmenin, ilgili sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak alacaklı yararına kurulmuş olmadıkça,⁴⁴ alacaklının durumuna veya borçlunun borcuna bir etkisi yoktur. Bu şekilde bir taahhütte bulunan kimse, ancak borçlunun borcunu ödediği takdirde, (üstlenene karşı alacaklı konumunda olan) borçlu borcundan kurtulmuş ve borç da sona

müteselsil olarak borçlu oldukları bir borcun paylaşma sözleşmesiyle mirasçılardan birinin üzerinde bırakılması ve alacaklının bunu kabul etmesi halinde borcun nakline ilişkin özellikler için bkz. yukarıda dpn. 26.

³⁸ CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 8.

³⁹ Bkz. 60 II 332.

⁴⁰ **Kahraman**, s. 109; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 257.

⁴¹ **Becker**, Hermann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band VI/1, Hrsg: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag, Bern 1945, Art. 175, N. 5; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

⁴² **Eren**, s. 1245; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 5; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 270. Yazarlar, borcun iç üstlenilmesi sözleşmesinin ifasının, üstlenen tarafından alacaklının borçluyu ibra etmesinin sağlanması yoluyla bile yerine getirilebileceğini ifade etmektedirler.

⁴³ CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16

⁴⁴ İfanın üstlenilmesi sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak alacaklı lehine kurulduğu takdirde, alacaklı, borcun kendisine ifa edilmesini ifayı üstlenen kişiden talep etme hakkına sahip olur. **Bucher**, OR AT, s. 582.

ermiş olur.⁴⁵ Borcun naklinde ise, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte önceki borçlu, ilgili borçtan kurtulmakta ve fakat ilgili borç sona ermemekte, borcu üstlenen kişi bu borçtan sorumlu olmaktadır.⁴⁶

4. Borca Katılmadan Farkı

Borca katılma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: “*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* (f. 1). *Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*(f. 2).” Bu şekilde yürürlükten kalkmış bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve hâlihazırda İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bulunan borca katılma kurumu 6098 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Önemle belirtilmelidir ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamakla birlikte borca katılma kurumu İsviçre Hukuku bakımından kendisine uygulama ve öğretilde öteden beri karşılık bulan bir kurumu oluşturmaktadır.⁴⁷

Borca katılma, borca yabancı olan bir üçüncü kişinin alacaklıyla yaptığı bir sözleşme aracılığıyla, önceki borçlunun yanında, onunla birlikte müteselsil olarak borçlu olmasını ifade eder.⁴⁸ Önemle belirtilmelidir ki, borca katılma, katılan taraf ile borçlu arasında Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesinde düzenlenmiş olan tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde ve alacaklının yararına olarak kurulduğu takdirde de alacaklının talep hakkına sahip üçüncü kişi olarak, katılana başvurma hakkı vardır.⁴⁹ Ancak bu ikinci durumda, alacaklının bu üçüncü kişiye borçlunun borcu için başvurabilmesinin temelinde Türk Borçlar Kanunu anlamında bir borca katılma

⁴⁵ CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

⁴⁶ **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 5; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 16.

⁴⁷ Alman ve İsviçre Hukuklarında borcun üstlenilmesi (*Schuldübernahme*), kümülatif (*kumulative*) ve privatif (*privative*) olmak üzere ikiye ayrılmakta; borcun nakline karşılık gelen privatif borç üstlenmede, önceki borçlu borçtan kurtulup, borç, tümüyle borcu üstlenene geçmekteyken; kümülatif borç üstlenmede, üstlenen alacaklıya karşı borçluyu birlikte borçlunun borcundan müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki borca katılmanın, kümülatif borç üstlenmeyle aynı anlama gelecek şekilde “*Schuldbeitritt*” kavramıyla ifade edildiği de görülmektedir. Bkz. **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3641.

⁴⁸ **Oğuzman/Öz**, C. II, s. 608; **Kahraman**, s. 112; **Berger**, N. 2338; **Guhl/Koller**, §. 35, N. 19; **Schwenzer**, N. 91.33; **von Tuhr/Escher**, s. 383; CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9; **Bucher**, OR AT, s. 586; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 281; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3641. Borca katılma hakkında ayrıca bkz. **TuranBaşara**, Gamze, “*Türk Borçlar Kanunıyla Getirilen Yeni Bir Müesses: Borca Katılma*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 2, s. 419-447.

⁴⁹ İsviçre Hukuku bakımında borca katılmanın, katılan ile borçlu arasında alacaklı lehine yapılacak bir tam üçüncü kişi lehine sözleşme ile kurulabileceğine ilişkin olarak bkz. CHK-**Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N. 3642; **Berger**, N. 2339.

sözleşmesi değil, tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmede, talep hakkına sahip üçüncü kişi olma durumu söz konusudur.⁵⁰

Borcun nakli sözleşmesi ile borca katılma sözleşmesi arasındaki ilk farkı, borca katılmada katılanın tek başına borcu üstlenmeyip, söz konusu borç bakımından borçluyla birlikte alacaklıya karşı müteselsil borçlu haline gelmesi oluşturur.⁵¹ Bu şekilde borca katılan, borcun naklinden farklı olarak borçlu yerine değil, onunla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olur.⁵² Aynı zamanda bu farkın da bir sonucu olarak borca katılma, borcun naklinden farklı olarak her durumda alacaklının durumunu güçlendirici bir etkiye sahiptir.⁵³ Çünkü borca katılmada, alacaklı o zamana kadarki borçlunun yanı sıra, borca katılan kişiye de borçluyla birlikte müteselsil borçlu olmak üzere başvurma hakkına sahip olmaktadır. Bu durum, o zamana kadar alacaklı ile borçlu arasındaki belli bir borca ilişkin borç ilişkisinin, edim yükümlülüğü değişmeksizin genişlemesine neden olur.⁵⁴ Çünkü borca katılmada borcun objektif unsuru değişmeksizin kalırken, borcun sübjektif pasif unsurlarında (pasif öznelerinde) artış olmaktadır.

Öte yandan borcun naklinde, o zamana kadarki borçlu borçtan kurtulduğundan bir müteselsil borçluluk durumu söz konusu olmazken; borca katılmada borçlu ile katılanın alacaklıya karşı müteselsil olarak borçlu olmaları söz konusudur.⁵⁵ Bu halde müteselsil borçluluk Türk Hukuku bakımından doğrudan kanuna dayanmaktadır. Bunun sonucu olarak da borcun naklinde uygulanmaları gündeme gelmeyen müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler (TBK m. 162 vd.) borca katılmada, özellikle

⁵⁰ Kanaatimizce, bu konu bakımından Türk Hukuku'nun İsviçre Hukuku'ndan ayrıldığını kabul etmekte fayda vardır. Zira borca katılma kurumunun hâlihazırda kanunen düzenleme altına alınmadığı İsviçre Hukuku bakımından borca katılma sözleşmesinin nasıl kurulacağına ilişkin düzenlendiği bir kanun hükmü İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almadığından, İsviçre Hukuk öğretisindeki yazarlarca savunulan borca katılma sözleşmesinin sözleşme serbestisi çerçevesinde borçlu ile katılan arasında alacaklı lehine yapılacak bir tam üçüncü kişi lehine sözleşmeyle de "kurulabilmesi", Kanunumuzda yer alan açık düzenleme gereği hukukumuz bakımından kabul edilemez. Ancak elbette, Türk Borçlar Kanunu'nda da üçüncü kişi lehine sözleşme ve bu bağlamda tam üçüncü kişi lehine sözleşme kurumları tanınmış olduğundan, tarafların yapacakları bir sözleşmeyle borçluyla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olma iradesine sahip olan kişiye başvurma hakkını alacaklıya bu kurum aracılığıyla tanımlama mümkündür. Temel itibarıyla borca katılmanın katılan ile borçlu arasında alacaklı lehine olarak tam üçüncü kişi lehine sözleşme şeklinde kurulabileceğini kabul etmiş gibi görünen *Kabraman* tarafından da ifade edildiği üzere, borca katılma sözleşmesi ile katılanla borçlu arasında alacaklı lehine olarak tam üçüncü kişi lehine sözleşme yapılması arasındaki fark, ikincisinde, alacaklının talepte bulunmasına kadar, borçlunun katılanı ibra edebilmesinde görülür. Bkz. *Kahraman*, s. 116-117.

⁵¹ *CHK-Reetz/Burri*, Art. 175, N. 9; *von Tuhr/Escher*, s. 383; *Berger*, N. 2338.

⁵² *Berger*, N. 2338; *von Tuhr/Escher*, s. 383.

⁵³ *Berger*, N. 2338; *Gauch/Schluep/Emmenegger*, N. 3649.

⁵⁴ *Bucher*, OR AT, s. 587.

⁵⁵ *Schwenzer*, N. 91.38; *Berger*, N. 2338.

de müteselsil borcun alacaklı tarafından talep edilmesine, borçluların sorumluluğuna, borçluların ileri sürebilecekleri savunmalara, müteselsil borcun sona ermesine vb. borca katılma halinde de uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶

Bu halde önem arz eden bir konuyu, borçtan sorumlu olma iradesine sahip üçüncü kişi ile alacaklı arasında kurulan sözleşmenin borcun nakli sözleşmesi mi yoksa borca katılma sözleşmesi mi olduğunun müphem olduğu durumlar oluşturur. Sözleşmenin yorumuna ilişkin kurallar ve temel ilkeler saklı kalmak üzere, bu halde, alacaklının menfaatlerine daha uygun olacağı gerekçesiyle, bir borca katılma sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.⁵⁷ Bu halde yoruma ilişkin olarak da, yorum yapılırken, taraf iradelerinin anlamının tespitinin yanı sıra, hukuki işlemin yapılmasıyla güdülen ekonomik amacın dikkate alınması gerektiği, özellikle borçlunun borcundan sorumlu olma iradesine sahip olan kişiye, ayrıca borçluya rücu etme hakkının tanındığı durumlarda, bu sözleşmenin borcun nakli sözleşmesi olarak değil, borca katılma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir.⁵⁸

Öğretide *Bucher*,⁵⁹ borçlunun borcundan sorumlu olma iradesine sahip olan kişinin borcun nakli sözleşmesi yapmak niyetiyle hareket ettiği, buna karşılık alacaklının bu kimsenin iradesinin borca katılma yönünde olduğunu düşünerek borca katılma sözleşmesine yönelik irade açıklamasında bulunduğu hallerde, sözleşmenin yokluğundan yahut kesin hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceğini, çünkü bu halde ilgili kişiyle alacaklının irade beyanları arasında, ilgili kişinin bu borçtan sorumlu olması bağlamında bir ahenk, uyum bulunduğunu, bu nedenle de alacaklının borçlunun borcu bakımından bu kişiye de başvurmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Bu halde önem arz eden bir diğer meseleyi, borca katılmadan sonra, söz konusu alacağın devri halinde, alacağı devralan kişinin borca katılan kimseye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusu oluşturmaktadır. Konuya ilişkin olarak günümüzde öğretide ileri sürülen baskın görüşe göre,⁶⁰ alacağın devrinde, alacak, devralanın malvarlığında bir bütün olarak yer aldığından, devralan, tıpkı önceki alacaklı gibi, hem borca katılmadan evvel de borçlu olan kişiye hem de borca katılana başvur-

⁵⁶ Müteselsil borca ilişkin hükümlerin borca katılma halinde de uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak bkz. **Schwenzer**, N. 91.41.

⁵⁷ **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 4; **Gauch/Schluemp/Emmenegger**, N. 3648; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 300; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 9. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu görüşün kabul edildiği kararı için bkz. BGE 23 II 692 (CHK-Reetz/Burri, Art. 175, N. 9'dan naklen.) Aksi görüş için bkz. **vonTuhr/Escher**, s. 384, dpn. 35.

⁵⁸ **Becker**, BK OR, Art. 175, N. 4.

⁵⁹ **Bucher**, OR AT, s. 584, dpn. 26. Aksi görüş için bkz. **vonTuhr/Escher**, s. 384, dpn. 35.

⁶⁰ **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 13.

ma hakkına sahiptir. Bir diğer görüş ise,⁶¹ alacaklının borca katılan kişiye başvurma hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir.

5. Bir Malvarlığı veya İşletmenin Devredilmesinden Farkı

Malvarlığı veya işletmenin devredilmesi kurumu Türk Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde düzenlenmiştir ve ilgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: “*Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur* (f. 1). *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 itibaren işlemeye başlar* (f. 2). *Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir* (f. 3). *Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz* (f. 4).” Görüldüğü üzere bu hüküm, ilgili hükmü karşılayan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine⁶² nazaran bazı değişiklikler içermektedir. Dilde gerçekleştirilen ve 202. maddenin gerekçesinde belirtilen sadeleştirme bir tarafa bırakılırsa malvarlığının veya işletmenin devralındığının bildirim veya duyurulması, gerek ticari işletmelerde gerek diğer işletmelerde daha ayrıntılı bir usule bağlanmış bulunmaktadır.⁶³ Bir diğer değişiklik de bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü yerine getirilmedikçe hükmün ikinci fıkrasında bahsi geçen sorumluluk bakımından (ki bu devreden devralanla birlikte malvarlığının veya işletmenin borçlarından müteselsil sorumluluğudur) iki yıllık sürenin işlemeye başlamamasıdır. Ancak asıl esaslı değişiklik malvarlığı veya işletmenin devrinde, özellikle işletme devirleri bakımından devrin hükümleri bağlamında Türk

⁶¹ **Tschäni**, BSK OR, Art. 176, N. 2.

⁶² İlgili hüküm “*Bir mamelekin veya işletmenin devralınması*” kenar başlığı altında şu ifadeyi taşımaktaydı: “*Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar* (f. 1). *Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır* (f. 2).”

⁶³ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin birinci fıkrasında “*bir mameleki veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar ve gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren...*” ifadesine yer verilmişken, mevcut düzenlemede (TBK m. 202), “*Bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret sicili gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak...*” ifadesine yer verilmiş bulunmaktadır. Buna göre, ticari işletmeler bakımından duyuru Ticaret Sicili Gazetesinde, diğer işletmeler bakımından Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yapılacak ilanla gerçekleştirilecektir.

Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin, III. fıkrası dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Bu fıkra hükmü şu ifadeyi taşımaktadır: “*Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.*” Dolayısıyla kanunkoyucu malvarlığı ve işletmenin devri konusu bakımından, devrin işletme devri olarak gerçekleştirilmesi halinde, hâlihazırda daha önceki düzenleme ile uyumlu bir şekilde pasiflerin, işletmenin (ve elbette malvarlığının) devriyle birlikte bir kül halinde geçeceği esasını aynen benimsedikten sonra, gerek daha önce yürürlükte bulunan hükümlerden gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeden köklü şekilde ayrılarak aktiflerin devralana geçmesi için, hakkın geçişine özgü tasarruf işlemlerinin yapılması gereğini kaldırmak suretiyle, bu hususların da sözleşmenin kurulma anında bir bütün olarak (kül halinde) devralana geçeceği düzenlemesine yer vermiştir.⁶⁴ Ancak konumuzu malvarlığı ve işletmenin devrinin, borcun nakliyle olan ilişkisi oluşturduğundan, bu çalışmada sadece malvarlığı ve işletme devirlerinde aktiflerin geçişi bakımından önem arz eden bir değişikliğin söz konusu olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

Bu çerçevede, malvarlığı ve işletmenin devri kurumuyla, borcun nakli arasındaki ilk fark da şu şekilde ortaya konulabilir: Borcun nakli, belli bir borcun, üstlenen kişiye geçmesini sağlarken; malvarlığı ve işletmenin devrinde, malvarlığına dâhil olan bütün borçlar, bir bütün halinde devralana geçer. Yine yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, borcun nakli, devredene ait ilgili borcun bağlı olduğu sözleşmeden doğan alacak haklarının borcu üstlenene geçmesi sonucunu doğurmazken; malvarlığı ve işletmenin devrinde devralana, borçların yanı sıra aralarında geçiş konusu borçlarla ilgisi olsun veya olmasın malvarlığındaki veya işletmenin sahip olduğu alacak hakları ve diğer geçişe elverişli hususlar da geçer. Bu halde önem arz eden bir diğer fark da borcun naklinde, alacaklının rızası aranırken; malvarlığı ve işletmenin devrinde, bu devre, malvarlığındaki veya işletmeye ait borçların alacaklılarının rıza göstermelerinin aranmamasıdır.⁶⁵ Bu farkla bağlantılı bir diğer husus, bu çerçevede, borcun naklinin bunu konu alan bir hukuki işlemle gerçekleşmesi; oysa malvarlığı

⁶⁴ Malvarlığı ve işletme devirlerinde tasarruf işlemlerine ilişkin şekil sorunu ve bu bağlamda sözleşmenin kurulma anı hakkında bkz. **Topuz**, Murat, “*Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)*” 6012 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 19-80.

⁶⁵ **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 6; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 4; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 2; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 25.

veya işletmenin devredilmesinde borçların geçişine ilişkin bir mutabakat aranmayıp, borçların devralana geçmesinin, malvarlığının veya işletmenin devredilmesinin kanundan doğan bir sonucu olmasıdır.⁶⁶ Öğretide *Hatemi/Gökyayla*,⁶⁷ malvarlığı veya işletmenin devri kurumu ile borcun nakli kurumu arasındaki bir diğer fark olarak, malvarlığı ve işletme devirlerinde devralanın, alacaklılara karşı, malvarlığının/işletmenin devri sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmelerinin mümkün olduğunu; oysa borcun naklinde üstlenen kişinin kendisi ile önceki borçlu arasındaki borcun iç üstlenmesi sözleşmesinin geçersizliğini alacaklıya karşı ileri sürmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

Borcun naklinin konusunu belli bir borç⁶⁸ oluşturur. Buna karşılık malvarlığı veya işletmenin devrinde, devralana geçen borçların bu şekilde belli olması aranmadığı gibi, devreden veya devralanın bu borçlardan haberdar olmaları da aranmaz.⁶⁹

Bu halde borcun nakli ile malvarlığı veya işletmenin devri kurumları arasındaki son derece önemi haiz bir farkı da, borcun naklinde sözleşmenin yapılmasıyla birlikte borçlu borcundan kurtulurken; malvarlığı veya işletmenin devrinde devreden önceki borçlunun, alacaklılara bildirim yapıldığı veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla devrin duyurulduğu tarihten başlayarak iki yıl süreyle⁷⁰ devralanla birlikte alacaklılara karşı müteselsil olarak sorumlu olmasıdır.⁷¹ Malvarlığı veya işletmenin devrinde, devralanın ilgili borçtan tek başına sorumluluğu, bu iki yılın dolmasından sonra söz konusu olur.⁷² Bu iki yılın dolmasından önce, alacaklıyla yapılan bir sözleşme yoluyla bertaraf edilmiş olmadıkça, devreden de devralanla birlikte müteselsil olarak sorumludur. Bu halde bu durum malvarlığı ve işletme devirlerinde, borçların devredenden devralana, alacaklının rızası olmaksızın geçmesi karşısında, alacaklının korunmasına hizmet ettiği gibi, genel olarak ticari menfaatlere de uygundur.⁷³ Ancak acaba bu halde, malvarlığı ve işletme devirleri bakımından,

⁶⁶ **Kahraman**, s. 146.

⁶⁷ **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 26.

⁶⁸ Elbette, üstlenen kişinin borçlunun birden fazla borcunu üstlenmesi de mümkündür. Ancak bu halde tek bir borcun nakli sözleşmesiyle borçların üstlenene geçmesi için borçlunun aynı alacaklıya karşı birden fazla borcu üstlenmiş olması gerekir.

⁶⁹ **Tschäni**, BSK OR, Art. 181, N. 8; **Becker**, BK OR, Art. 181, N. 24; **von Tuhr/Escher**, s. 398; **Spirig**, ZK OR, Art. 181, N. 111.

⁷⁰ Bu süre İsviçre Borçlar Hukuku bakımından da daha evvel iki yıl olarak belirlenmişken, 3.10.2003 tarihli "*Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung* (Fusionengesetz, FusG)" isimli ve bu çalışmada kısaca İsviçre Birleşme Kanunu olarak anacağımız Kanun'un "müteselsil sorumluluk" (*solidarische Haftung*) kenar başlığını taşıyan 75. maddesinin birinci fıkrası uyarınca üç yıl olarak düzenlemiştir.

⁷¹ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 3633.

⁷² **Guhl/Koller**, §. 35, N. 28; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 3633; **Kahraman**, s. 148.

⁷³ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 3633.

devredenin, müteselsil sorumluluğun başlangıcına ilişkin olarak kanunda belirtilen tarihte başlayan ve iki yıl boyunca devam eden müteselsil sorumluluğunun dayanağının kanundan doğan borca katılma olduğu⁷⁴ söylenilebilir mi? Çünkü bu halde, borcun kendisine geçtiği devralarla birlikte daha önce borçlu olan malvarlığı veya işletme iki yıl boyunca müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Kanaatimizce bu soru tartışılmaya değer bir sorudur.⁷⁵ Bu soru olumlu şekilde yanıtlandığı takdirde malvarlığı ve işletme devirlerinde, ilk iki yıllık sürede kanundan doğan borca katılma ve iki yılın sonunda borcun devralana tek başına sorumlu olacağı şekilde geçmesiyle sadece sonuçları itibariyle borcun nakline benzer⁷⁶ bir durum söz konusu olmaktadır.

6. Sözleşmenin Devrinden Farkı

Sözleşmenin devri Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: “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 (f. 1). Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafla önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir (f. 2). Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır (f. 3). Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır.”

Bu şekilde gerek yürürlükten kalkmış bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerekse hâlihazırda İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan⁷⁷ hukuki işlemle sözleş-

⁷⁴ **Kahraman**, s. 148.

⁷⁵ Zira TBK m. 201 dar yorumlandığı takdirde, borca katılmanın ancak ve ancak sözleşmeyle mümkün olduğu, sonucuna varılacaktır. Çünkü kanunkoyucu örneğin müteselsil borçluluğun doğuşunun düzenlendiği TBK m. 162 hükmünde açık bir şekilde sözleşmeden ve kanundan doğan müteselsil borçluluk kavramlarına yer vermiştir. Oysa borca katılmada kanunkoyucu, bu kurumu doğrudan bir sözleşme olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Bu halde eğer TBK m. 201 hükmü dar yorumlanacak olursa, malvarlığı ve işletme devirlerinde devreden devralana karşı iki yıl süreyle devam eden borçluluğu, kanundan doğan müteselsil borçluluk olarak nitelendirilebilecek ancak bu halde borca katılmanın bulunduğu söylenemeyecektir. Fakat nihayetinde bu mesele bir yorum sorunu oluşturur.

⁷⁶ Kanaatimizce iki yıllık sürenin sonunda bir borcun nakli işlemi olduğu söylenemez. Çünkü bu halde öncelikle borcun, devralanın tek başına sorumluluğuna geçişine ilişkin bir sözleşme yapılmamakta ve bu çerçevede alacaklının rızası da alınmamaktadır. Bu halde daha ziyade iki yıl boyunca devam eden müteselsil borçluluğun kanun gereği ortadan kalkmasıyla borcun naklinin sonuçlarıyla örtüşür şekilde kümülatif borçluluğun primatif (tek başına) borçluluğa dönüşmesi söz konusudur.

⁷⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almadığı gibi, Alman Medeni Kanunu'nda da yer almayan bu kurum, İsviçre ve Alman Hukuk uygulamalarında söz konusudur ve öğretiden tarafından sözleşme özgürlüğüne dayanılarak gerçekleştirilen (bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 228; **Berger**, N. 2342; **Bucher**, OR AT, s. 592; **Tschäni**, BSK OR, Art. 175, N. 2) üç taraflı *suigeneris* (bkz. **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 229; **Berger**, N. 2343; **Bucher**, OR AT, s. 592) bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

menin devri kurumu, Türk Borçlar Kanunu'nda hükme bağlanmış bulunmaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, sözleşmenin devri, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında yahut sözleşmede kalan tarafın önceden vereceği izin ya da sonradan vereceği onay ile devreden ile devralan arasında yapılan ve sözleşmenin tarafı olma konumunun taraflardan birinden sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.⁷⁸ Bu şekilde, sözleşmenin devrinin nitelendirilmesine ilişkin tartışmalar, en azından Türk Hukuku bakımından son bulmuş gibi görünmekte ve bu şekilde sözleşmenin devrinin alacağın devri ve borcun nakli işlemlerinin bir araya gelmesinden oluşan bir işlem⁷⁹ olduğu görüşü geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır. Hükümün ifadesinde de belirtildiği üzere sözleşmenin devri sadece devreden tarafa ait alacakların ve borçların değil taraf olma sıfatının da devralana geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.⁸⁰

Sözleşmenin devrinde, borcun naklinden farklı olarak, sözleşmenin taraflarından birine düşen borç değil, sözleşmenin taraflarından birine ait tüm hak ve borçlar ve taraf olma sıfatı devralana geçmektedir.⁸¹ Bunun bir sonucu olarak borcun naklinde, önceki borçlunun şahsına ait yenilik doğuran hakların borcu üstlenene geçmeyeceği, buna karşılık sözleşmenin devrinde bu tür hakların da devralana geçeceği öğretilmiştir.⁸² Ancak sözleşmenin devrinde de devreden tarafın borçlarının devralana geçişi bakımından borcun nakli hükümlerinin kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilen bir hususu oluşturmaktadır.⁸³

Öte yandan Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesinde düzenlenmiş olan hukuki işlemle sözleşmenin devri kurumunun yanı sıra Türk Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde sözleşmenin devrinin özel bazı görünüşleri söz konusudur. Bu

⁷⁸ Benzer tanımlar için bkz. **Kahraman**, s. 128; **Bucher**, OR AT, s. 592; **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 229; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 7; **Berger**, N. 2341; **Huguenin**, N. 1467.

⁷⁹ Bölünme teorisi (*Zerlegungstheorie*) olarak adlandırılan bu teori sadece Türk Hukuku bakımından değil, İsviçre ve Alman Hukukları bakımından da artık kabul görmeyen bir teoriyi oluşturmaktadır. Bu teoriye ilişkin bilgi için bkz. **Ayrancı**, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Kitabevi, Ankara 2013, s. 41 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 2; **Kahraman**, s. 139.

⁸⁰ Birlik teorisi (*Einheitstheorie*) olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre, sözleşmenin devri, devreden tarafa ait tüm hak ve borçların ve taraf olma sıfatının devralana geçtiği bir sözleşmedir. Bu teoriye ilişkin bilgi için bkz. **Ayrancı**, s. 52 vd.; **Kahraman**, s. 139-140.

⁸¹ Bu farka ilişkin olarak bkz. **Berger**, N. 2341; **Kahraman**, 141; **Hatemi/Gökyayla**, §. 42, N. 2. Sözleşmenin devrinin ilgili özelliği hakkında bkz. **Huguenin**, N. 1468; **CHK-Reetz/Burri**, Art. 175, N. 7; **Schwenzer**, N. 92.04; **Gauch/Schlupe/Emmegerger**, N. 3547; **Bucher**, OR AT, s. 592.

⁸² **Kahraman**, borçlunun örneğin sözleşmenin kurulması sırasında iradesinin sakatlanmış olması nedeniyle sahip olduğu iptal hakkının borcun naklinde borcu üstlenene geçmeyeceğini; buna karşılık sözleşmenin devrinde sözleşmeyi iptal hakkının devralana geçeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kahraman**, s. 141-142.

⁸³ **Spirig**, ZK OR, Vorb. zu Art. 175-183, N. 235; **Kahraman**, s. 140.

hükümlerden ilki Türk Borçlar Kanunu'nun "Kira ilişkisinin devri" kenar başlığını taşıyan 323.⁸⁴ maddesidir. Yine bir diğer maddeyi de "Hizmet ilişkisinin devri, I. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri" kenar başlığını taşıyan 428.⁸⁵ madde oluşturmaktadır. Bu kurumlar sadece borcun nakline değil, sözleşmenin devrine nazaran dahi son derece özel ve önemli bir takım ayrıık özellik ve sonuçlar içermekte ve bu şekilde kapsamlı ve ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadırlar. Bu halde sadece bu kurumların gerek borcun naklinden gerek sözleşmenin devrinden farklı olduklarını belirterek, özellikle devreden devralana karşı belli bir süre boyunca, borcun naklinden farklı olarak ve fakat malvarlığının veya işletmenin devrine benzer şekilde belli bir süre boyunca⁸⁶ devralarla birlikte müteselsil olarak sorumlu olduklarını⁸⁷ ifade etmekle yetineceğiz.

SONUÇ

Borcun nakli alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan ve belli bir borç bakımından borcun pasif süjesinin değişmesi, başka bir ifadeyle borcun borcu üstlenen kişiye geçmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir.

⁸⁴ İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "Kıracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralalarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınamaz (f. 1). Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur (f. 2). İşyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralarla birlikte müteselsilen sorumlu olur (f. 3)." Önemle belirtilmelidir ki, kiracının tacir yahut kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olduğu haller bakımından 323. madde (ve diğer bazı maddeler) 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile değiştirilen 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesi gereğince işyeri kiralalarında 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmayacaktır. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanıp, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

⁸⁵ İlgili hüküm şu ifadeyi taşımaktadır: "İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f. 1). İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (f. 2). Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (f. 3)." Bu hüküm, 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. Maddesinin ilk üç fıkrasından birebir aktarılmış bir hükümdür. Bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 502. Bu halde durumun arz ettiği özelliklere ilişkin olarak Bkz. **Gümüş**, s. 502 vd.; **Alp**, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 9 (Özel Sayı), s. 189-209.

⁸⁶ Bu süre işyeri kiralalarında kira sözleşmesinin devrinde, kira süresi iki yıldan kısaysa süre bitinceye; eğer iki yıl veya daha uzunsa, iki yıl; hizmet ilişkisinin devrinde ise iki yıldır.

⁸⁷ Bu halde sözleşmenin devrinde, malvarlığı ve işletmenin devrine ilişkin bu özelliğin bulunmamasının sebebi, ilgili sözleşmelerin devamlı borç ilişkisi teşkil etmelerinden kaynaklanmaktadır.

Borcun nakli, bir taraftan, borcun nakline kadar borçlu olan kişinin borcunun sona ermesine neden olduğu için tasarruf işlemi; diğer taraftan borcu üstlenen kişi bakımından yeni bir borç doğmasına neden olduğu için taahhüt işlemi etkisine sahip çift etkili bir hukuk işlemidir. Borcun nakline mevcut ve nakli mümkün olan borçlar konu olabilir. Borcun yapısı gereği devredilmesinin mümkün olmadığı durumlar ile tartışmalı olmakla birlikte kamu hukukundan doğan bazı engeller dışında her tür borç, borcun nakline konu olabilir.

Borcun nakli işlemi, mirasın geçişi, sübjektif yenileme, ifanın üstlenilmesi, borca katılma, bir malvarlığı veya işletmenin devri ve sözleşmenin devri gibi bir takım hukuki kurum ve işlemlerden farklıdır.

Borcun naklinin mirasın geçişine nazaran arz ettiği ilk farklı özellik, mirasın geçişinin temelinde bir hukuki olay (yahut bir hukuki karine ya da mahkeme kararı) bulunmasına karşılık borcun naklinde geçişin temelinde irade serbestisine dayanılarak yapılan bir hukuki işlemin bulunmasıdır. Keza külli halefiyet teşkil eden mirasın geçişi, sadece belli bir borcun değil terekede yer alan intikale elverişli bütün hususların mirasçılara geçmesi sonucunu doğurur.

Borcun nakli işlemi, sübjektif yenilemeden de farklıdır. Sübjektif yenileme, tarafta yenilemeyi ifade eder ve önceki borçlunun borcunun, yeni borçlunun borcu üzerinden yenilenmek suretiyle sona ermesini sağlar. Oysa borcun naklinde yeni bir borç meydana gelmemekte, borç borcu üstlenen kişiye geçmektedir.

Borcun nakli ifanın üstlenilmesinden de farklıdır. Borcun iç üstlenilmesi sözleşmesine (borçtan kurtarma taahhüdüne) nazaran daha kapsamlı bir sözleşmeyi oluşturan ifanın üstlenilmesinde, üstlenen, borcun nakli sözleşmesi yaparak değil, ancak ve ancak borçlunun borcunu alacaklıya ifa ederek borcundan kurtulabilir. Üçüncü bir kişinin bu şekilde borçluya karşı onun alacaklıya olan borcu bakımından ifayı üstlenmesi halinde, bu sözleşme tıpkı borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi gibi alacaklıya karşı herhangi bir etki yaratmaz. Başka bir ifadeyle borcun naklinde, üstlenen yeni borçlu haline gelirken, ifayı üstlenenin alacaklıya karşı borçlu sıfatı söz konusu olmaz.

Borcun nakli borca katılma işleminde de farklılık gösterir. Borca katılmada katılan, alacaklıya karşı borçluyla birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Bu şekilde borca katılma, katılmadan önce borçlu olan kişinin borçtan kurtulmasına neden olmaz. Bu şekilde borca katılma, borcun naklinden farklı olarak borcun konusu değişmeksizin, ifanın unsurları bağlamında borcun sübjektif pasif unsurunun çoğalmasına ve bu şekilde borcun genişlemesine neden olur. Elbette borcun naklinde müteselsil borçluluk söz konusu değilken, borca katılmada müteselsil borçluluğun söz konusu olması da bir diğer farktır.

Borca katılma kurumu malvarlığı ve işletmenin devrinden de farklıdır. Malvarlığı ve işletme devirlerinde tek bir borç değil, malvarlığına dâhil olan bütün borçlar

keza işletmenin bütün borçları, malvarlığı veya işletmeyi devralana geçer. Yine bu halde sadece borçlar değil, malvarlığı veya işletmeye ait olan alacaklar ve diğer malvarlığı değerleri de devralana geçmektedir. Üstelik bu halde borçların geçişi bakımından, borcun naklinden farklı olarak alacaklının rıza göstermesi de aranmayacaktır. Öte yandan borcun naklinde, borcun nakliyle birlikte önceki borçlu borcundan kurtulurken, malvarlığı veya işletmenin devredilmesinde, devreden, kanunda belirtilen tarihten itibaren iki yıl boyunca devralanla birlikte kanun gereği müteselsil olarak borçlu olmaktadır. Ancak bu iki yıl dolduktan sonradır ki, borcun naklinin sonuçlarıyla benzer şekilde devralan, iki yıllık sürede devredenle birlikte müteselsil olarak sorumlu olduğu borçlardan tek başına borçlu olmaktadır.

Nihayet borcun nakli sözleşmenin devrinden de farklıdır. Sözleşmenin devri sadece alacağın devri ile borcun nakli işlemlerinin bir araya gelmesinden ibaret bir kurum olmayıp, sözleşmeyi devralana, devraldığı tarafa ait, ilgili sözleşmeyle ilgili bütün hak ve borçları, taraf olmaya bağlı hakları geçiren bir hukuki işlemdir. Bu şekilde borcun nakline nazaran, sözleşmenin devri oldukça geniş kapsamlıdır. Yine kanunda düzenlenmiş ve devamlı borç ilişkisi niteliğindeki kira sözleşmelerinin devri içinde iş yeri kiralarının devri ile hizmet ilişkisinin devrinde, borcun naklinden farklı olarak devreden devralanla birlikte sözleşmenin diğer tarafına karşı belli bir süre boyunca müteselsil olarak borçlu olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 9 (Özel Sayı), s. 189-209.
- Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek, Miras Hukuku, 3. Bası, Legal Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Ayrancı, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Kitabevi, Ankara 2013.
- Becker, Hermann, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band VI/1, Hrsg: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter, Stämpfli Verlag, Bern 1945.
- Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2008.
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 1988.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2015.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Gauch, Peter / Schlupe, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, bearbeitet von Susan Emmenegger, Schulthess, Zürich Basel Genf 2008. (Gauch/Schlupe/Emmenegger)
- Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht – mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Schulthess, Zürich Basel Genf 2000. (Guhl/Koller).

- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, Ş. 42, N. 1.
- Huguenin, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2014.
- İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Bilge Yayınları, Ankara 2015.
- Kahraman, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 19. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- Kocaman, Arif B., Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Oğaç Matbaası, Ankara 1989.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1987.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul 2013. (C. I veya C. II)
- Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay, Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2011.
- Öztan, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 6. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- Reetz, Peter / Burri, Christof, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Hrsg: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K., Schulthess Verlag, Zürich Basel Genf 2012.
- Reisoğlu, Sefa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Spirig, Eugen, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Zweite Lieferung, Art. 175-183, OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zum 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529), Zürcher Kommentar Band V/1k, 4. Aufl., Hrsg: Gauch, Peter, Schulthess, 1994.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 1993.
- Topuz, Murat, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusiongesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)” 6012 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununu Beklerken, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 19-80.

- Tschäni, Rudolf, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Hrsg: Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, 4. Aufl., Basel 2007.
- Tuor, Peter / Piconi, Vito, Berner Kommentar, Band III, Das Erbrecht, 2. Abt.: Der Erbgang, Art. 637-640 ZGB, 2. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern 1966.
- Turan Başara, Gamze, “*Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessesese: Borca Katılma*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 2, s. 419-447.
- von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Schulthess, 1984.
- Wolf, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Stämpfli Verlag, Bern 2004.