

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

BORCA KATILMA

SEDA YILDIZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2015

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI**

BORCA KATILMA

SEDA YILDIZ

**Danışman:Prof. Dr. Mustafa ÇEKER
Jüri Üyesi:Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR
Jüri Üyesi:Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADANA / 2015

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER
(Danışman)

Üye: Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Üye: Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

ONAY

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

.../.../2015

Prof. Dr. Yıldırım Beyazıt ÖNAL
Enstitü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ETİK BEYANI

Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
 - Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
 - Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
 - Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
 - Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,
- bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. / / 20...

İMZA

Seda YILDIZ

ÖZET

BORCA KATILMA

SEDA YILDIZ

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

Aralık 2015, 170 sayfa

Borca katılma, 6098 sayılı TBK m. 201 ile getirilen yeni bir düzenlemedir. Borca katılma alacaklı ile borca katılan arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ilk borçlu ile katılanın müteselsil sorumluluğu sonucunu doğurmaktadır. Borca katılmanın genellikle alacaklıya teminat vermek amacıyla yapıldığı kabul edilmektedir. Borca katılmanın geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi, mevcut bir ilk borcun varlığına bağlıdır. Borca katılma kural olarak şekle tabi değildir. Borca katılma bağımsız bir sözleşmedir. Taraf değişikliğine neden olmaz. Borca katılma sözleşmesinin tarafları, borca katılan ile alacaklıdır. Borca katılan ilk borçlunun yanında borç altına girmektedir. Borca katılanın sorumluluğu bağımsız bir sorumluluktur. Borca katılan borçtan aslen sorumludur. İlk borçlu ile borca arasında müteselsil sorumluluk doğmaktadır. Borca katılma sözleşmesinden doğan sorumluluk, katılan ile ilk borçlunun borcun tamamını ifa etmesine kadar devam eder.

Anahtar Kelimeler: Borca katılma, kümülatif borç üstlenme, mevcut borca katılma, borcun birlikte üstlenilmesi.

ABSTRACT

CUMULATIVE ASSUMPTION OF DEBT

SEDA YILDIZ

Master Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

December 2015, 170 pages

Cumulative assumption of debt is a new regulation and entered into force by Turkish Code of Obligations no. 6098. Cumulative assumption of debt is a contract that is made by between creditor and new debtor. This contract causes a solidary obligation to first debtor and new participating debtor. It is accepted that cumulative assumption of debt is generally contracted for assurance to creditor. It is based on a first existing debt in order to make a valid cumulative assumption of debt. In principle, this contract has freedom of form principle. It is a self contained contract. It does not cause of changing of the parties. The parties of this contract are creditor and new debtor. The new debtor takes responsibility with the first debtor. The responsibility of new debtor is independent and essential. There is solidary obligation between the first and new debtor. The existance of responsibility that is caused by this contract continues until paying the total debt by the first and new debtor.

Key Words: Cumulative assumption of debt, der Schuldbeitritt, Schuldeintritt, Schuldmitübernahme, kumulative Schuldübernahme.

ÖNSÖZ

“Borca Katılma” konulu elinizdeki çalışma, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Çalışmanın amacı, 6098 sayılı TBK ile mevzuatımıza giren ve hukuk sistemimiz için yeni bir kavram olan borca katılmanın tanıtılmasıdır. Bu kapsamda borca katılma kavramı ve bu kavramın diğer müesseselerle ilişkisi doktrindeki görüşlere, yabancı ve yerli mahkeme kararlarına ve gerekli görülen yerlerde 818 sayılı BK düzenlemelerine de değinilerek ayrıntılı bir biçimde çalışmamızda yer alacaktır.

Akademi uzun ve zor bir süreci kapsar. Bu sürecin ilk aşaması olan yüksek lisans tezi yazarı için hem zor bir sınav hem de akademiye ilk ciddi adımdır. Bu eser yalnızca yazarın emeğini değil, maddi ve manevi anlamda desteğini esirgemeyerek esere katkı sağlayanların da emeğini barındırır. Bu sebeple;

Öncelikle Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne başladığım ilk gün bana medeni hukuku sevdiren bu alanda çalışmak istememde büyük katkısı olan değerli hocam Prof. Dr. Cem BAYGIN’a,

Danışmanlığımı yaptığı süre boyunca derin hoşgörüsü ve duyarlılığı ile her zaman bana yola gösteren, daima zaman ayıran ve tezimi yakından takip ederek her ayrıntıyı tartışarak sonuca ulaşmamı sağlayan kıymetli hocam Prof. Dr. Mustafa ÇEKER’e,

Aynı anabilim dalında çalışıyor olmamızı büyük bir lütuf olarak değerlendirdiğim, yoluma ışık tutan, bir hocadan daha fazlası olarak her konuda ve daima yanımda olan değerli hocam Dr. A. Özge YENİCE’ye,

Almanya’da bulunduğu süre içerisinde yabancı kaynaklara ulaşmamda büyük katkıları olan meslektaşlarım Arş. Gör. M. Fatih CENGİL ve Arş. Gör. Süleyman KALENDER’e,

Tez yazma sürecim boyunca beni her konuda hoşgören ve bana duydukları güvenle yoluma devam edebildiğim sevgili babam Mustafa YILDIZ’a, canım annem

Eşe YILDIZ'a ve sayelerinde kendimi çok şanslı bir abla olarak addettiğim canım kardeşlerim Burcu, Sultan ve Burak YILDIZ'a,

Hayatıma girdiği günü milad olarak kabul ettiğim, tezimin yazılması sürecinde her an yanımda olan ve fikirlerini esirgemeyerek çalışmama zenginlik katan, bu süreçteki huzursuzluğumu dahi olumlu bir tavra dönüştüren, değerli meslektaşım ve aynı zamanda müstakbel hayat arkadaşım Oğuzhan PORTAKAL'a, sonsuz teşekkürlerimle...

Seda YILDIZ

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Adana, 2015

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ	vi
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCA KATILMA KAVRAMI, GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ ve KANUNİ DÜZENLEMELER

I- BORCA KATILMA KAVRAMI.....	3
II- BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ	7
A- Tanım	7
B- Unsurlar	9
1- Katılma Konusu Borcun Varlığı.....	10
2- Fer'ilik ve Bağımsızlık	11
3- Müteselsil Borçlu Olma İradesi	13
C- Hukuki Nitelik	14
D- Borca Katılma Sözleşmesinin Görünüm Biçimleri	17
E- Kanuni Düzenlemeler	22
1- Yabancı Hukuklarda	22
2- Türk Hukukunda	24
a- 818 sayılı BK dönemi	24
b- 6098 sayılı TBK dönemi	25
III – BORCA KATILMA TÜRLERİ.....	28
A- Yapılış Amacına Göre.....	28

1- Teminat Amacıyla Borca Katılma	29
a- Doğrudan teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi	30
b- Dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi	31
2- Üstlenme Amacıyla Borca Katılma Sözleşmesi	32
B- Düzenlenme Biçimine Göre	33
1- Sözleşmeyle Yapılan Borca Katılma	33
2- Kanuni Borca Katılma Halleri	34
a- Malvarlığının veya işletmenin devralınması (BK m. 202; eBK m. 179)	34
b- Kollektif şirkete yeni giren ortağın sorumluluğu (TTK m. 236/II; eTTK m. 178/III)	38
c- İntifa hakkı sahibinin sorumluluğu (BGB § 1088/I)	38
d- Miras hissesinin devri (BGB § 2382/I)	39
C- Katılma Anına Göre	40
1- Mevcut Borca Katılma	40
2- Eş Zamanlı Borca Katılma	40
3- Gelecekte Doğacak Bir Borca Katılma	41
D- Tam - Kısmi Borca Katılma	41
E- Bir Genel İşlem Şartı Olarak Borca Katılma	42

İKİNCİ BÖLÜM

BORCA KATILMANIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- BORCA KATILMANIN TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ İÇİNDEKİ YERİ	44
A- Borca Katılma ve Kefalet	45
1- Genel Olarak	45
2- Borca Katılma - Kefalet Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler	51
3- Borca Katılma - Kefalet Ayırımında Kabul Edilen Kıstaslar	52
a- Aslilik - fer'ilik kıstası	52
b- Menfaat kıstası	57
c- İvazlılık - ivazsızlık kıstası	59
d- Aynen ifa - Tazminat ödeme kıstası	61
4- Kefalet Karinesi ve Yorum Aracı Olarak Taraf İradeleri	62

a-	Taraf iradelerinin yorumu.....	62
b-	Kefalet karinesi	64
B-	Borca Katılma ve Garanti	66
1-	Genel Olarak.....	66
2-	Borca Katılma – Garanti Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler.....	73
3-	Borca Katılma – Garanti Ayırımında Kabul Edilen Kıstaslar	74
a-	Borcun hukuki sebebi kıstası.....	74
b-	Bağımsızlık niteliğindeki farklılık kıstası	75
c-	Birinci – İkinci derecede borç doğurma kıstası	76
d-	Menfaat kıstası.....	77
e-	Aynen ifa – Tazminat ödeme kıstası	78
4-	Borca Katılma Karinesi ve Yorum Aracı Olarak Taraf İradeleri	79
a-	Taraf iradelerinin yorumu.....	79
b-	Borca katılma karinesi	80
II-	BORCA KATILMA-BORÇ İLİŞKİSİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ	82
A-	Borca Katılma ve Alacağın Devri (Temliki)	82
1-	Genel Olarak.....	82
2-	Borca Katılma – Alacağın Devri Arasındaki Benzerlikler.....	88
3-	Borca Katılma – Alacağın Devri Ayırımı.....	91
B-	Borca Katılma ve Borcun Üstlenilmesi	93
1-	Genel Olarak.....	93
a-	Borcu iç üstlenme sözleşmesi	94
b-	Borcu dış üstlenme sözleşmesi	97
2-	Borca Katılma – Borcun Üstlenilmesi Arasındaki Benzerlikler	99
3-	Borca Katılma – Borcun Üstlenilmesi Ayırımı.....	101
C-	Borca Katılma ve Sözleşmenin Devri	104
1-	Genel Olarak.....	104
2-	Borca Katılma – Sözleşmenin Devri Arasındaki Benzerlikler.....	106
3-	Borca Katılma – Sözleşmenin Devri Ayırımı.....	107
D-	Borca Katılma ve Sözleşmeye Katılma	108
1-	Genel Olarak.....	108
2-	Borca Katılma – Sözleşmeye Katılma Arasındaki Benzerlikler	109
3-	Borca Katılma – Sözleşmeye Katılma Ayırımı	110

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA KATILMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI, ÖZELLİKLERİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI, SONA ERMESİ

I- BORCA KATILMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI	112
A- Mevcut ve Geçerli Bir İlk Borç	113
B- Şekil	117
1- Genel Olarak.....	117
2- Şekle Aykırılığın Sonuçları.....	122
3- Şeklen Geçersiz Olan Borca Katılma Sözleşmesinin İfa Edilmesi.....	124
II- BORCA KATILMANIN ÖZELLİKLERİ	125
A- Bağımsızlık.....	125
1- Genel Olarak.....	125
2- Fer’i Nitelik.....	126
B- Rızai Sözleşme Niteliği.....	126
C- Teminat Sözleşmesi Niteliği.....	127
D- Müteselsil Borç Doğurma	128
E- Taraf Değişikliğine Neden Olmama	128
III- BORCA KATILMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI	129
A- Borca Katılmadan Doğan Borcun Bağımsızlığı	129
B- Borca Katılan ile İlk Borçlu Arasında Müteselsil Sorumluluğun Ortaya Çıkması.....	130
C- Borca Katılmada Hukuki Savunmalar	132
1- Borca Katılma Anında Mevcut Olan Def’i ve İtirazlar	132
2- Borca Katılma Gerçekleştikten Sonra Ortaya Çıkan Def’i ve İtirazlar .	133
a- İlk Borç İlişkisinden Doğan Def’i ve İtirazlar	134
b- Borca Katılmadan Doğan Def’i ve İtirazlar.....	135
D- Alacaklıya İfada Bulunan Borca Katılanın Rücu Hakkı ve Halefiyet	136
1- Rücu Kavramı ve Borca Katılanın Rücu Hakkı	136
2- Halefiyet Kavramı ve Borca Katılmada Halefiyet	138
IV- BORCA KATILMANIN SONA ERMESİ	140

A- Genel Olarak Sona Erme Sebepleri.....	140
1- Borcun İfası.....	141
2- İbra	142
3- Sonraki Kusursuz İfa İmkânsızlığı.....	143
4- Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi.....	145
5- Zamanaşımı	145
B- Borca Katılmada Özel Durumlar	148
1- Alacağın Devrinin Borca Katılmaya Etkisi	148
2- Borçlu veya Alacaklı Temerrüdü	149
3- Sorumsuzluk Anlaşmalarının Borca Katılmaya Etkisi	150
4- Borca Katılma Sözleşmesinin Kaybolması	151
SONUÇ	153
KAYNAKÇA.....	158

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Art.	: Artikel (madde)
AT	: Allgemeiner Teil (Genel Bölüm)
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral (Fransız Federal Mahkemesi)
Aufl.	: Auflage (basım)
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
B.	: Band (Cilt)
BFH	: Bundesfinanzhof (Federal Maliye)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
bkz.	: Bakınız
BT	: Besonderer Teil (Özel Bölüm)
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dpn.	: Dipnot
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu

eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
g.	: Gerekçe
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGB	: Das Handelsgesetzbuch
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	: Juristenzeitung (dergi)
K.	: Karar
Karş.	: Karşı yönde
KHAD	: Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi
Komm.	: Kommentar (şerh)
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÜAAD	: Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
No.	: Nummer (Sayı)
OR	: Obligationen Recht (İsviçre Borçlar Kanunu)

PICC	:Unidroit Principles of International Commercial Contracts (Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri)
Rdn.	: Randnummer (Paragraf/kenar numarası)
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Alman Yüksek Mahkemesi Kararı)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Unidroit	: International Institute for the Unification of Private Law
Vol.	: Volume (Cilt)
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Verl.	: Verlag (Yayınevi)
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

GİRİŞ

Borca katılma, 6098 sayılı TBK m. 201 ile açık düzenlemeye kavuşmuş bir hukuki müessesedir. 818 sayılı BK döneminde de sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince borca katılma sözleşmesinin yapılması kabul edilmekteydi. TBK m. 201’de düzenlendiği şekliyle, borca katılma, alacaklı ile borca katılan arasında kurulan bir sözleşmedir. Kural bu olmakla birlikte, borca katılmanın katılan ile ilk borçlu arasında üçüncü şahıs lehine bir sözleşme aracılığıyla kurulmasına bir engel bulunmamaktadır.

İsviçre ve Alman hukukunda uzun yıllardan beri çalışmalara konu olan borca katılma, OR ve BGB’de düzenlenmemektedir. Anılan hukuk sistemlerinde borca katılma sözleşmesinin yapılması, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince kabul edilmektedir.

Çalışmamızın amacı, Türk hukukunda yeni bir kavram olan “borca katılma” kavramının incelenmesidir. Bu ihtiyaç, hukuk sistemimizdeki bilimsel eserler incelendiğinde, borca katılmanın bu kapsamda kendisine pek yer bulamadığı, bu konuda yeteri kadar çalışma yapılmadığına yönelik tespitlerimizden doğmuştur.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; borca katılma kavramı, görünüm biçimleri ve borca katılma hususundaki kanuni düzenlemeler incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise borca katılma kavramının benzer hukuki müesseselerle karşılaştırılmasına yer verilecektir. Çalışmamızın üçüncü bölümü, borca katılmanın geçerlilik şartları, özellikleri, hüküm ve sonuçları konularını kapsamaktadır. Dördüncü bölümde borca katılmanın sona ermesi ve borca katılmada bazı özel durumlara yer verilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümü, borca katılmanın kavramsal olarak tanıtılmasıyla ilgilidir. Bu kapsamda öncelikle borca katılma kavramının tanımı yapılarak Türk ve yabancı hukuk sistemlerindeki terminoloji konusu üzerinde durulacaktır. Bunu takiben borca katılma sözleşmesi, TBK m. 201 düzenlemesi çerçevesinde açıklanmaya çalışılarak bu sözleşmenin unsurları, hukuki niteliği ve uygulamada karşımıza çıkması muhtemel görünüm biçimleri hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra yabancı hukuklarda ve Türk hukukunda borca katılmanın kanuni düzenlemelerine yer

verilecektir. Kanuni düzenlemeler incelenirken 818 sayılı BK ve 6098 sayılı TBK dönemleri ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak birinci bölümde kendisine yer bulan bir diğer konu, borca katılmanın türleridir.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konusu, esas itibariyle, borca katılmanın benzer kavramlarla karşılaştırılmasıdır. Bu karşılaştırma kapsamında öncelikle borca katılmanın teminat sözleşmeleri içerisindeki yerine değinilecektir. Daha sonra borca katılma kavramının kefalet, garanti, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılmadan hangi kıstaslar esas alınarak ayrılabilceği konusu ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Bu bölümde borca katılma ile kefalet ve garanti sözleşmelerinin karşılaştırılması, her üç sözleşmenin de teminat verme fonksiyonuna sahip sözleşmeler olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer yandan borca katılma kavramı ile alacağın devri, borcun üstlenilmesi, sözleşmeye katılma ve sözleşmenin devrinin karşılaştırılması ise, bu sayılan sözleşmelerin TBK’da aynı bölümde düzenleme altına alınan sözleşmeler olması nedeniyle çalışmamızda inceleme konusu yapılmıştır. Borca katılmanın anılan diğer kavramlarla karşılaştırılması yapılırken, benzer özelliklere de yer verilerek karşılaştırılmanın somutlaştırılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde esas olarak, borca katılmanın geçerlilik şartları, özellikleri, hüküm ve sonuçları konuları açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda özellikle borca katılmanın bir şekle tabi olup olmadığı ya da hangi şekle tabi olması gerektiği sorularına cevap bulunmaya çalışılacaktır. Borca katılmanın hüküm ve sonuçları kısmında ise borca katılmanın bağımsızlığı ve yarattığı müteselsil borçluluk konularında açıklamalar yapılacaktır. Borca katılmada tarafların sahip olduğu hukuki savunmalara da değinilmek suretiyle, borca katılanın rücu hakkı incelenerek bölüm tamamlanacaktır.

Çalışmamızın dördüncü bölümü ise borca katılmanın sona ermesi hususu ile ilgilidir. Burada öncelikle borca katılmanın sona erme sebepleri üzerinde durularak, bazı özel durumlara yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORCA KATILMA KAVRAMI, GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ ve KANUNİ DÜZENLEMELER

I- BORCA KATILMA KAVRAMI

Borca katılma; alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin, ilk borçlu yanında yer almak suretiyle, mevcut borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenerek alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması sonucunu doğuran asli ve bağımsız bir borç ilişkisidir¹.

İsviçre ve Alman hukuk doktrinde “borca katılma” kavramını karşılayan çeşitli terimler kullanılmakta olup, bir kavram kargaşası bulunmaktadır. Nitekim buna paralel olarak Türk hukukunda da ortak bir terim kullanılmamakta, borca katılma kavramının ifade edilmesinde doktrinde farklılıklara rastlanılmaktadır. Bunun temel nedeni; İsviçre ve Alman hukukunda, borca katılma müessesesinin, genellikle, borcun üstlenilmesini düzenleyen hükümlerle birlikte ele alınmasıdır. İsviçre ve Alman hukukunda borca katılma kavramını ifade etmek üzere; “kumulative Schuldübernahme”, “Schuldmitübernahme”, “Schuldeintritt” ve “Schuldbeitritt” terimleri kullanılmaktadır².

¹ **AKINTÜRK**, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 295, Ankara 1971, s. 74; **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 702; **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi - Borca Katılma Ayrımı”, Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan, Cilt I, İstanbul 2006, s. 300; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 478; **YAVUZ**, Nihat, Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 275-276; **REİSOĞLU**, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 109; **CANYÜREK**, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 20; **KAPANCI**, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 62; **KAHRAMAN**, Zafer, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 112; **ALTAY**, Sabah, Borca Katılma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 3.

² **BUCHER**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, § 32, Schulthess Polygraphischer Verlag, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 587; **MADAUS**, Stephan, Der Schuldbeitritt als

Türk hukukunda ise; bu terimlerin karşılığı olarak “kümülatif borç üstlenme”, “borcun birlikte üstlenilmesi”, “mevcut bir borca katılma” ve “borca katılma” terimleri kullanılmaktadır³. Fransız hukukunda, “mevcut borca katılma” anlamına gelen “Adhésion à une dette existance” terimi kullanılmaktadır⁴.

Kümülatif borç üstlenme ve borcun birlikte üstlenilmesi kavramları, borcun nakli konusuna çağrışım yapabilecek kavramlar olup, bir kavram kargaşası ortaya çıkmaktadır. Mevcut bir borca katılma terimi ise; daha sonra doğabilecek borçlara katılmanın da mümkün olması hususu karşısında konuyu ifade etmek bakımından yetersiz kalmaktadır. Biz bu sebeplerle, çalışmamızda, “borca katılma” kavramını kullanmayı tercih ettik.

Personalsicherheit, Berlin 2001, s. 7. Yazarlar “kumulative Schuldübernahme” teriminin de bu kavramı karşıladığını ifade etmekle birlikte, eserlerinde “Schuldbeitritt” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. **BUSSERT**, Rudolf, Bürgerliches Recht für Betriebswirte, Gablerverlag, 2. Aufl., 1979, s. 309. Yazar eserinde, “Schuldbeitritt” kavramının yanısıra “kumulative Schuldübernahme ve Schuldmitübernahme” terimlerine de yer vermiştir.

³ Doktrinde bazı yazarlar “mevcut borca katılma” ifadesini kullanmaktadır. **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 272; **ÖZEN**, Burak, Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 7 vd. *Akıntürk* borca katılma yerine “birlikte borç yüklenme” veya “birlikte borç üstlenme” tabirini kullanırken; *Bilgen*, borca katılma terimini “birlikte borç üstlenmek” anlamında kullanmıştır. **AKINTÜRK**, s. 74; **BİLGİN**, Mahmut, Öğreti ve Uygulamada Kefalet, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 102. Borca katılma kavramı yerine “birlikte borç üstlenme” kavramını tercih eden yazarlar da mevcuttur. **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 702; **KAYAK**, Sevgi, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 211. Yazarlar “borca katılma” teriminde birleşmişlerdir. **OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.:2, Vedat Kitapçılık, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 608 vd; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1254-1255; **ACAR**, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 19-21; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 16; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 300 vd. **RESİOĞLU**, Kefalet Hukuku, s. 109. *Reisoğlu* borca katılma kavramından başka “borç yüklenme” terimine de yer vermiştir. *Kapancı* ise, eserinde hem “mevcut borca katılma” hem de “borca katılma” terimlerine yer vermiştir. **KAPANCI**, s. 62 vd.

⁴ **von TUHR**, Andreas, Borçlar Hukuku’nun Umumi Kısım, C.:1-2, Çev.: Cevat EDEGE, Ankara 1983, s. 790; **DAYINLARLI**, Kemal, Fransızca Çevirisi ile Birlikte Türk Borçlar Kanunu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2012, s. 111. Yazar, eserinde, borca katılma kenar başlığını “Adhésion à la dette” olarak ifade etmiş olup, mevcut borç terimini “une dette existance” olarak çevirmiştir.

Borca katılma, birden fazla borçlu arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getirmektedir. Roma hukukunda, borca katılma kavramının temelini oluşturan müteselsil borç ilişkisi hakkında iki farklı yaklaşım benimsenmişti: Korrealitas ve solidaritas⁵. Korrealitas; aynı hukuki sebebe dayanarak aynı edimin ifasından birden fazla borçlunun sorumlu olduğu, alacaklının borcun tamamını her bir borçludan talep edebildiği ve her bir borçlunun da ifa ettikleri edim oranında diğer borçluları sorumluluktan kurtardığı bir borç ilişkisidir⁶. Korrealitasın bu tanımı, esasen, borca katılma kavramını yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüzden, borçlular arası teselsülü çağrıştırmakta olup; “pasif korrealitas”ı ifade etmektedir⁷. Solidaritas; farklı hukuki sebeplere dayanarak aynı edimin ifasından birden fazla borçlunun sorumlu olduğu, alacaklının borcun tamamını her bir borçludan talep edebildiği ve her bir borçlunun da ifa ettikleri edim oranında diğer borçluları da sorumluluktan kurtardığı bir borç ilişkisidir⁸. Korrealitas- solidaritas ayrımı günümüz hukukunda önemini yitiren ve TBK ile de tamamen ortadan kaldırılan tam teselsül- eksik teselsül ayrımını ifade etmektedir⁹. Borca katılmanın Roma hukukundaki temelini ise; “Constitutum debiti alieni” kavramı

⁵ **AKINTÜRK**, s. 43-44; **DAĞDELEN**, Ahmet Hakan, 818 ve 6098 sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 8; **ACAR**, Faruk, Türk – İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 22; **KIRCA**, Çiğdem, “Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 643; **ACAR**, Faruk, “Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayrımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 341.

⁶ **ACAR**, Alacaklılar Arası Teselsül, s. 22; **AKINTÜRK**, s. 44; **ACAR**, Tam ve Eksik Teselsül, s. 341. Korrealitasın taraf iradesinden (sözleşme veya vasiyetname) doğduğu ve bir *stipulatio* yoluyla kurulduğu hakkında bkz. **AKINTÜRK**, s. 44; **ACAR**, Alacaklılar Arası Teselsül, s. 23; **DAĞDELEN**, s. 8; **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 303; **RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 103.

⁷ Aktif - pasif korrealitas ayrımı, borç ilişkisinin tarafları dikkate alınarak yapılan bir ayrımdır. Dolayısıyla aktif korrealitas; birden fazla alacaklının bulunduğu ve her bir alacaklının borçludan edimin tamamının ifasını talep etme hakkına sahip olup; borçlunun da alacaklılardan birine yaptığı ifa oranında borçtan kurtulduğu bir borç ilişkisidir. Ayrıntılı bilgi için; **UMUR**, s. 302-303; **RADO**, s. 103-104.

⁸ **ACAR**, Tam ve Eksik Teselsül, s. 341; **AKINTÜRK**, s. 47. Solidaritasın taraf iradelerinden değil, kanundan doğduğu hakkında bkz. **ACAR**, Alacaklılar Arası Teselsül, s. 25; **AKINTÜRK**, s. 46; **DAĞDELEN**, s. 9; **RADO**, s. 104; **UMUR**, s. 303.

⁹ **ACAR**, Alacaklılar Arası Teselsül, s. 23, 25.

oluşturmaktadır¹⁰. Constitutum debiti alieni; üçüncü bir kişinin başkasının borcunu kesin bir vadede ifa edeceğini taahhüt ettiği bir sözleşme biçimidir¹¹. Bu anlamda, constitutum debiti kavramının bir garanti fonksiyonu vardır ve alacaklıya karşı teminat işlevi görür¹². Constitutum debitinin varlığı için ilk şart; anlaşma yapıldığı sırada mevcut ve geçerli bir borç olmasıdır. Constitutum debiti doğduktan sonra, asıl borçta meydana gelen değişikliklerden etkilenmez ve artık bağımsız bir borç haline gelir. Bu sebeptendir ki; constitutum debiti için doğuş anı itibariyle fer'i bir nitelik taşıdığı söylenebilir¹³.

Borca katılma, niteliği itibari ile bir borç ilişkisidir. Önemle belirtmek gerekir ki; borca katılma, borç ilişkisinin niteliklerinden biri olan nisbilik ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır¹⁴. Şöyle ki; borç ilişkisinden doğacak hak, nisbi bir haktır. Alacaklı, bu ilişkiden doğacak talepleri sadece borçluya karşı ileri sürebilir. Üçüncü kişiler bu ilişkiye dayanarak herhangi bir hak talep edemeyeceği gibi, bu ilişki nedeniyle bir sorumluluk altına da girmezler¹⁵. Borca katılmada ise; üçüncü bir kişi, ilk borçlu¹⁶ ile

¹⁰ TANDOĞAN, Cilt II, s. 702.

¹¹ KARADENİZ, Özcan, Klasik Roma Hukukunda “Constitutum Debiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:233, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s. 187

¹² KARADENİZ, s. 196.

¹³ KARADENİZ, s. 225.

¹⁴ TURAN BAŞARA, Gamze, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, *AÜHFĐ*, C.:63, S.:2, Y.:2014, s. 422. Nisbilik ilkesinin bir başka istisnası “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” teorisi hakkında; EREN, Genel Hükümler, s. 59-60; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2015, s. 13; KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 7.

¹⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 18; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 11; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 34; KARABAĞ BULUT, s. 5-6.

¹⁶ Burada “asıl borçlu” tabiri yerine “ilk borçlu” tabirini kullanmadaki amacımız; borca katılanın bu ilişkide ikincil borçlu sıfatıyla yer almadığını; aksine borçtan aslen sorumlu olduğu hususunu vurgulamaktır. Aynı yönde; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 300, dpn. 27; ALTAY, Borca Katılma, s. 4, dpn. 2. İlk borçlu anlamına gelen “Erstschuldner” kavramı Madaus tarafından kullanılmıştır. MADAU, s. 20. Yabancı hukuk doktrininde ise, ilk borçluyu ifade etmek üzere asıl borçlu anlamına gelen “Hauptschuldner” kavramı kullanılmaktadır. BUSSERT, s. 309; EDENFELD, Stefan, “Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld”, *JZ*, 21/1997, s. 1034; EMMENEGGER, Susan, “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft”, *ZBJV* 145/2009, s. 562. Ya da önceki borçlu anlamında “bisherige schuldner” kavramı kullanılmaktadır. BUCHER, AT, s. 587;; LARENZ, Karl, Lehrbuch des

alacaklı arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan ifa yükümlülüğünü, alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte yerine getirmekle mükelleftir. Bu şekilde, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiden borcun ifasının talep edilebilmesi hususu, nisbilik ilkesine getirilen bir istisnadır.

Borca katılma; taraf iradeleri sonucu gerçekleştirilebileceği gibi kanunda özel olarak düzenlenen hallerde kanundan doğan borçlara katılmak yoluyla da gerçekleştirilebilir. Bu suretle sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara katılmak mümkündür. Belirtmek gerekir ki şahsi edim niteliği içeren borç ilişkilerine katılmak mümkün değildir. Örneğin; bir ressamdan yapılması istenen portre çalışmasına üçüncü bir kişinin borcu ifa etmek suretiyle katılması beklenemez. Bu nedenle, borca katılmada mutlaka üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebilecek nitelikte bir edimin varlığı şarttır¹⁷.

II- BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİ

A- Tanım

Borca katılma; alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin (borca katılanın), mevcut borca ilk borçlunun yanında asli ve bağımsız borçlu sıfatıyla yer almak suretiyle, alacaklı ile anlaşarak borcun ifasından ilk borçlu ile müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir¹⁸. TBK m. 201’de, aynı

Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Verl. C. H. Beck, München 1979, § 35, s. 493. Yine önceki borçlu ya da eski borçlu anlamında “Urschuldner” kavramı da ilk borçluyu ifade etmek için kullanılmıştır. **KOHE**, Wolfhard, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, JZ 21/1990, s. 998; **BARTELS**, Klaus, Der Vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, Mohr Siebeck Verl., Bremen 2003, s. 42.

¹⁷ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 5.

¹⁸ **GAUCH**, Peter/ **SCHLUEP**, Walter R./ **SCHMID**, Jörg/ **EMMENEGGER**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 285-286, Rdn. 3641; **FURRER**, Andreas/ **MÜLLER-CHEN**, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 621, Rdn. 78-79; **MADAUS**, s. 7; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1254; **HATEMİ**, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 370; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 33; **TURAN BAŞARA**, s. 421; **UYGUR**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. I, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013,

yönde bir borca katılma sözleşmesi tanımına yer verilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; borca katılan, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin bir tarafı olmamaktadır¹⁹. Burada borca katılan ile alacaklı arasında, ilk borç ilişkisinden bağımsız, yeni bir sözleşme kurulmaktadır. Ancak bu sözleşme ile borca katılan, ilk borçlunun ifa etmesi gereken edim ile aynı içeriğe sahip bir borç altına girmektedir²⁰. Borca katılma sözleşmesi, kural olarak, alacaklı ile borca katılan arasında kurulmakta olup; borca katılanın bu sözleşmeyi ilk borçlu ile akdetmesi de mümkündür²¹.

Borca katılma sözleşmesi, mevcut bir borca dayalı olarak gerçekleştirildiğinden, kurulma anı itibariyle fer'i bir niteliğe sahiptir. Geçerli bir şekilde kurulan borca katılma sözleşmesi, ilk borçtan bağımsız bir sözleşmedir; dolayısıyla kuruluş anı bakımından fer'i nitelik taşıyan bu sözleşme, kurulduktan sonra bağımsız bir sözleşme olarak varlığını sürdürür. Yalnızca kurulma anı itibariyle fer'i nitelik taşıyan bu sözleşmeden fer'i bir borç doğmamakta, niteliği itibari ile bağımsız borç doğmaktadır²². Nitekim borca katılma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte; alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borç ilişkisinden ve borca katılma sözleşmesinden olmak üzere iki farklı borç ilişkisi meydana gelmektedir²³. Önemle değinmek gerekir ki; borca katılma sözleşmesi ile ilk borçlunun borcu ile aynı içeriğe sahip bir borcun ifa edileceği taahhüt edilmektedir. Bu durum bir sözleşme değişikliğine yol açmamakla birlikte, mevcut borcu

s. 1164; **KILIÇ**, Mehmet, Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 58; **DEMİR**, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBBD*, 2013/108, s. 107.

¹⁹ **EDENFELD**, s. 1034; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, *İBD*, Y.:1958, C.:XXXII, S.:11-12, s. 233-234; **AKINTÜRK**, s. 115.

²⁰ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 34; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 300.

²¹ **BUCHER**, AT, s. 587; **EDENFELD**, s. 1035; **BARTELS**, s. 42; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 702; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301; **KILIÇ**, s. 59; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 33; **BİLGİN**, s. 102; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276; **KAHRAMAN**, s. 116.

²² **AKINTÜRK**, s. 75; **TURAN BAŞARA**, s. 425; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 34; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 300, 306; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 109; **KAHRAMAN**, s. 113; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 10; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21; **DEMİR**, Kefalet, s. 107; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276.

²³ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 37; **KAPANCI**, s. 64; **TURAN BAŞARA**, s. 423.

geniřletmektedir²⁴. Diğer yandan, borca katılanın borcunun hukuki sebebi, asıl borç ilişkisinin hukuki sebebi ile aynıdır²⁵.

Yüksek mahkememiz, bugüne kadar borca katılmanın konu olduğu bir içtihat geliştirmemiştir. Borca katılma kavramına, asıl kredi kartı sahibinin sorumluluğuyla ilgili uyuşmazlıkların karara bağlandığı içtihatlarda rastlanmaktadır²⁶. Ancak söz konusu kararlarda borca katılma kavramı, TBK m. 201 kapsamında açıklanmamıştır. Aksine bu kararlar, borca katılmanın neyi ifade etmediği hususunda örnek niteliğinde kararlardır.

B- Unsurlar

Borca katılma sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve uyuşmazlık durumunda sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanabileceği hususlarının belirlenmesi açısından, unsurlarının tespiti önem taşımaktadır. Borca katılma sözleşmesinin unsurları, bu

²⁴ **BUCHER**, AT, s. 587; **EDENFELD**, s. 1034; **KILIÇ**, s. 58; **ALTAY**, s. 34. Burada alacağın objektif içeriğinin aynı olduğu; genişlemeden kastın, alacaklının talebinin yöneltebileceği borçlu sayısının olduğu hakkında, bkz. **KAHRAMAN**, s. 117-118; **KAPANCI**, s. 63.

²⁵ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 702; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 308; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 7; **KAPANCI**, s. 67; **TURAN BAŞARA**, s. 423. Doktrinde bir görüşe göre; borca katılanın borcunun hukuki sebebi ile asıl borç ilişkisinin hukuki sebebi aynı olmayıp; birbirinden bağımsızdır. Bu görüş; borca katılanın ilk borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiye taraf olmamasını gerekçe göstererek, bu hususun katılmaya konu borcun hukuki sebebini üstlenmemesi anlamına geldiğini savunmaktadır. Burada borcun hukuki sebebini, borca katılanın alacaklı ile yaptığı “borca katılma sözleşmesi” oluşturmaktadır. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608-609; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 66. *Altay*; özellikle teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinde, hukuki sebebin “teminat verme” olduğunu belirtmektedir. **ALTAY**, Borca Katılma, s. 83. Bu görüşü reddeden **Özen**’e göre; borca katılmanın teminat amacıyla yapılması durumunda, katılma konusu borcun hukuki sebebi “teminat vermek” anlamına gelmemektedir. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 7; **KAPANCI**, s. 68.

²⁶ **Yarg. HGK, T. 11.2.1998, E. 1998/19-90, K. 1998/107**: “*Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, ek kart hamili asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan sorumlu değil ise de, kendi ek kartıyla yapılan harcamalardan sorumludur. Ancak asıl kart sahibi, kendi harcamaları yanında ek kart hamilinin yaptığı harcamalardan da sorumludur. Bu durumda genel kredi sözleşmelerinde olduğu gibi, asıl borçlu dışında “müteselsil borçlu” olarak alacaklıya güvence sağlama amacıyla üçüncü kişi tarafından imzalanan bir borç üstlenme ya da borca katılma olarak kabul edilemez.*” Aynı yönde; **Yarg. 19. HD, T. 11.6.1997, E. 1997/3883, K. 1997/6037**.

sözleşmenin kanundaki tanımını dikkate alınarak tespit edilebilir. Bu bağlamda borca katılma sözleşmesinin unsurları; katılma konusu borcun varlığı, fer'ilik ve bağımsızlık ve müteselsil borçlu olma iradesidir. Katılma konusu borcun varlığı, borca katılma sözleşmesinin kurulabilmesi için, mevcut bir borcu gerektirdiğine işaret eder. Borca katılma doğuş anı itibariyle fer'i niteliğe sahip olup, geçerli şekilde kurulmak suretiyle bağımsız bir özellik kazanır. Müteselsil borçlu olma iradesi ise, bu sözleşmenin müteselsil borç doğuran bir sözleşme olmasının bir sonucudur.

1- Katılma Konusu Borcun Varlığı

Borca katılma sözleşmesinin kurulabilmesi için; ileride ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere, mevcut bir borcun varlığı şarttır²⁷. Bir başka ifade ile alacaklı ile borca katılan arasında kurulan bu sözleşmenin temelini, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi oluşturmaktadır. Dolayısıyla ilk borç ilişkisinin sebebini oluşturan böyle bir borç mevcut değilse, artık borca katılmadan bahsedilemeyecektir²⁸.

Borca katılmaya konu olan borç, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden doğan borçtur. Buradaki hukuki ilişki, genellikle, bir sözleşme ilişkisidir. Ancak, bilindiği üzere, borcun tek kaynağı sözleşme olmayıp; haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara katılmak da mümkündür²⁹. Bir diğer deyişle, borca katılmada ilk borç ilişkisinin içerdiği edimler yüklenildiğinden, bu edimlerin hangi tür ilişki sonucu doğduğu önem taşımamaktadır³⁰. Burada önemli olan husus, katılma konusu borcun mutlaka hukuki bir nitelik taşıması gerekliliğidir³¹. Ancak katılma konusu borcu oluşturan ilk borç ilişkisinin mutlaka hukuki bir işlem niteliğinde olması

²⁷ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 305; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276; **KILIÇ**, s. 59; bkz. Üçüncü Bölüm, I, A.

²⁸ von **TUHR**, s. 791; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 305;

²⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 115; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 5; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276; **KAPANCI**, s. 64.

³⁰ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 841.

³¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 115.

şart değildir. Borca katılmayı gerçekleştiren ikinci ilişki ise, daima bir hukuki işlemdir³².

Borca katılmaya esas teşkil eden borcun konusu, ilk borç ilişkisinin doğduğu anda imkânsız olmamalıdır³³. Aksi halde borca katılma da geçersiz olacaktır³⁴. Ancak ilk borç ilişkisi doğduğu anda imkânsız olmayan borcun konusu, borca katılma sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulduktan sonra imkânsız hale gelirse; ilk borç ilişkisi imkânsızlık nedeniyle sona ererken³⁵, borca katılmadan doğan borç varlığını sürdürür³⁶.

Katılma konusu borç; emredici hükümlere, genel ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bir edim olmamalıdır. Aksi takdirde katılanın, ilk borç ilişkisine dayanarak gerçekleştirdiği borca katılma hüküm ifade etmeyecektir³⁷.

Borca katılmada, katılma konusu borcun, borca katılan üçüncü kişi tarafından ifa edileceği taahhüt edilmektedir. Buradaki katılma konusu borç; salt borçlu tarafından ifa edilmemektedir. Bir başka ifadeyle; borca katılan üçüncü kişinin de bu borcu ifa etmesinin mümkün olması gerekmektedir. Dolayısıyla borca katılmada, “borçlunun kişiliğine bağlı bir edim³⁸” söz konusu olmamalıdır³⁹.

2- Fer’ilik ve Bağımsızlık

Borca katılma, mevcut bir borca istinaden kurulan bir sözleşmedir. Bu sebeptendir ki; geçerli bir borca katılmanın şartlarından biri de mevcut bir borcun varlığıdır. Borca katılan, var olan borca, borcun katılma anındaki durumuyla

³² KAPANCI, s. 64.

³³ EREN, Genel Hükümler, s. 99; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 306; TURAN BAŞARA, s. 425.

³⁴ DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 306;

³⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 100.

³⁶ AKINTÜRK, s. 75; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; ALTAY, Borca Katılma, s. 41; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 23; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 10.

³⁷ DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 306; TURAN BAŞARA, s. 425.

³⁸ Borçlunun kişiliğine bağlı bir edim, mutlaka borçlu tarafından yerine getirilmelidir. Nitekim burada borçlunun şahsi özellikleri sözleşmenin yapılmasında önemli rol oynamaktadır. Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 105.

³⁹ ALTAY, Borca Katılma, s. 5.

katılmaktadır. Bir başka ifadeyle, katılma anındaki borcun içeriği ve kapsamı borca katılanın sorumluluğunu belirlemektedir⁴⁰. Borca katılma gerçekleştikten sonra ise borca katılanın borcu, daha önceki mevcut borçtan bağımsız, ayrı bir borç ilişkisi olarak varlığını sürdürmektedir⁴¹.

Borca katılmanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan ilk borcun varlığı, borca katılmanın fer'i niteliğinin bir göstergesidir. Nitekim borca katılma, söz konusu ilk borcun varlığına dayanarak gerçekleştirilebilmektedir. Bu husus, doktrinde “kuruluş bakımından fer'ilik” olarak adlandırılmaktadır⁴². Dolayısıyla borca katılmada fer'i nitelik yalnız borcun doğumu aşamasında kendisini göstermektedir^{43 44}. Belirtmek gerekir ki; borca katılmanın fer'i niteliği nedeniyle fer'i bir borç doğmamaktadır⁴⁵. Borca katılanın borcu, katılma gerçekleştikten sonra, ilk borçtan ayrı ve bağımsız bir borçtur. Borca katılmanın fer'i niteliği, ortaya çıkan borcun da fer'i bir borç olması anlamına gelmeyip; borca katılma sonucu ortaya çıkan borç, asli bir borçtur. Buradaki fer'ilik yalnızca kuruluş aşamasında var olan bir husustur.

⁴⁰ **STATHOPOULOS**, Michael, *Contract Law in Greece*, Wolters Kluwer, The Netherlands 2009, s. 144; **KAPANCI**, s. 66; **ALTAY**, *Borca Katılma*, s. 41; **KILIÇ**, s. 60. Belirtmek gerekir ki; taraflar katılanın borcunu ilk borçlunun borcundan farklı olarak, daha uzun bir süre ve daha yüksek bir meblağ üzerinden kararlaştırabilirler. Bu hususta, bkz. **DEVELİOĞLU**, *Kefalet-Borca Katılma Ayrımı*, s. 300, dpn. 28; **YAVUZ**, *Değişiklikler ve Yenilikler*, s. 276.

⁴¹ **AKINTÜRK**, s. 75; **ALTAY**, *Borca Katılma*, s. 41; **ÖZEN**, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 10.

⁴² **MADAUS**, s. 25; **TURAN BAŞARA**, s. 425; **ŞENER**, Oruç Hami, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, *DEÜHFD*, Y.:2010, C.:11, Özel Sayı:2009, s. 1285; **ALTAY**, *Borca Katılma*, s. 40.

⁴³ **AKINTÜRK**, s. 75; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 702; **ACAR**, *Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, s. 23; **ÖZEN**, *Kefalet Sözleşmesi*, s. 10.

⁴⁴ Doktrinde bir görüşe göre, borca katılma kuruluş bakımından da fer'i bir nitelik taşımayıp, bir birincil borç özelliği göstermektedir. Bu görüş; fer'ilik ilişkisini, bir borcun varlığının ortak bir hukuki sebebe dayanmaksızın diğer borcun varlığına bağlı olması şeklinde tanımlamaktadır. Borca katılmada önceki borca dayanarak ikinci bir borç ilişkisinin doğması, bu borç ilişkisine fer'i özellik kazandırmaz. Buradaki özellik arz eden husus; borca katılmada geçerli bir ilk borcun varlığı, borca katılanın girdiği borcun geçerliliği bakımından bir zorunluluktur. Ayrıntılı bilgi için, bkz. **GÜMÜŞ**, Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, Vedat Kitapçılık*, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 331.

⁴⁵ **DEVELİOĞLU**, *Kefalet-Borca Katılma Ayrımı*, s. 305; **TURAN BAŞARA**, s. 424.

Borca katılmadaki fer’ilik süreklilik arz eden bir niteliğe sahip değildir⁴⁶. Borca katılma konusu olan borç ile katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan borçlar, birbirinden bağımsız borçlardır⁴⁷. Bir diğer deyişle, katılma gerçekleştikten sonra artık her bir borç “kendi kaderlerine tabi/müstakil⁴⁸” borçlardır.

3- Müteselsil Borçlu Olma İradesi

Borca katılma sözleşmesinin diğer bir unsuru ise; müteselsil borçlu olma iradesidir. Borca katılma sözleşmesi ile borca katılan, ilk borçlunun borcundan müteselsilen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Dolayısıyla burada müteselsil borçlu olma iradesi, borca katılma aranacaktır. Nitekim borca katılan üçüncü kişi, alacaklıya ilk borçlunun borcundan onunla birlikte sorumlu olmak istediği şeklinde bir beyan yöneltmektedir⁴⁹.

Buradaki müteselsil borçlu olma iradesi, borca katılanın asıl borçlu sıfatıyla sorumluluk altına girmek istediği hususunu içermelidir⁵⁰. Borca katılmada, borca katılan üçüncü kişi, borcu aslen, kendi borcu gibi üstlenmektedir. Bu gereklilik, borca katılmada müteselsil borçlu olma iradesine de açık bir şekilde yansımalıdır. Aksi takdirde borca katılmanın kefaletten ayırt edilmesi sorunu ile karşılaşılacaktır.

Müteselsil borçlu olma iradesinin, borç ilişkisinin temelini oluşturan hukuki işleme dahil olmak suretiyle varlığından bahsedilemez. Sözleşmeye katılan üçüncü bir imza, “borcu ben de ödeyeceğim” gibi beyanlar müteselsil borçlu olma iradesini yansıtmamaktadır. Müteselsil borçlu olarak borca katılma iradesinin varlığı, metin dışı unsurlarla belirlenebilir. Ancak metne ait unsurlar müteselsil borçlu olarak borca katılma iradesi şeklinde yorumlanamaz⁵¹.

⁴⁶ KAPANCI, s. 66; ALTAY, Borca Katılma, s. 40-41; ŞENER, s. 1285.

⁴⁷ REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; ŞENER, s. 1285; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 23.

⁴⁸ AKINTÜRK, s. 75; KAPANCI, s. 66.

⁴⁹ ALTAY, Borca Katılma, s. 115.

⁵⁰ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 842.

⁵¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 116.

C- Hukuki Nitelik

Borca katılma; alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borç ilişkisinin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin (katılanın), mevcut borcu, ilk borçluyla birlikte müteselsilen ifa etmeyi taahhüt ettiği ve alacaklı ile borca katılan arasında kurulan sözleşmeyle gerçekleştirilen bir borç ilişkisidir. Borca katılma sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespiti bakımından, hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Mahiyetinden de anlaşılacağı üzere, borca katılma sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle bir borçlandırıcı işlem niteliği taşımaktadır⁵². Burada borca katılan, ilk borçlunun borcunu kendi borcu gibi ifa etme taahhüdünde bulunarak, sözleşmeden doğan kişisel ve bağımsız bir borç altına girmektedir. Dolayısıyla borca katılmayla, alacaklı açısından yeni bir borç doğmaktadır. Borca katılma, kural olarak, alacaklı ile borca katılan arasında bir sözleşmeyle gerçekleştirildiğinden, yeni borcun doğumunda alacaklının iradesi de etkili olmaktadır. Bunun sonucu olarak, alacaklı sözleşme yapmak istemediği bir kişiyle muhatap olmak durumunda kalmayacaktır⁵³.

Borca katılma sözleşmesinin, ilk borçlu ile borca katılan arasında akdedilecek olan bir sözleşmeyle de gerçekleştirilebileceğine daha önce değinmiştik⁵⁴. Bu durumda, borca katılma sözleşmesi, TBK m. 129'a göre, üçüncü şahıs yararına bir sözleşme şeklinde kurulmuş olur⁵⁵. Üçüncü şahıs yararına sözleşme; sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına olmak üzere bir edim talep etme yetkisi sunmaktadır⁵⁶. Nitekim üçüncü şahıs (alacaklı), borçluya (borca katılan) karşı ifanın kendisine yapılması hususunda bir hak kazanır. İlk borçlu ile borca katılan arasında alacaklı lehine yapılan bu sözleşmeyle, alacaklı borcun ifasına yönelik olarak bir talep hakkı elde etmektedir⁵⁷.

⁵² **KAHRAMAN**, s. 113.

⁵³ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53.

⁵⁴ Birinci Bölüm, II, A. Bu konu borca katılma sözleşmesinin görünüm biçimleri başlığı altında ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁵⁵ **ŞENER**, s. 1291; **KAHRAMAN**, s. 116; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 8-9; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301.

⁵⁶ **AKYOL**, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 9; **KARABAĞ BULUT**, s. 26.

⁵⁷ **BUCHER**, AT, s. 587; **KARABAĞ BULUT**, s. 28. Üçüncü şahsa, borçluya karşı ifanın kendisine yapılması hususunda talep hakkı veren sözleşmeler, “tam üçüncü şahıs yararına sözleşme”lerdir. “Basit

Borca katılma sözleşmesinin, üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde kurulması durumunda dahi, alacaklı lehine olsa bile bir borç ilişkisinin varlığı şüphesizdir. Burada önem arz eden husus, borca katılanın alacaklı lehine olmak üzere borçlandırııcı bir işlem yapmış olmasıdır.

Borca katılma asıl borcun sona ermesine neden olmaz. Bu sebeple borca katılmanın, hukuki niteliği itibariyle, yenileme sayılmayacağı ifade edilmiştir⁵⁸. Nitekim yenileme borcu sona erdiren sebeplerden biridir.

Borca katılma, niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Sözleşme; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının değişimi sonucu meydana gelen bir hukuki işlemdir. En az iki tarafın bulunması gerekir. Borca katılma; ister alacaklı ile borca katılan arasında, ister borca katılan ile ilk borçlu arasındaki bir sözleşme aracılığı gerçekleşmiş olsun, her durumda iki tarafın varlığı gerekmektedir. Borca katılanın tek taraflı beyanı ile geçerli bir borca katılma meydana gelmez⁵⁹. Bu itibarla borca katılma sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlemdir.

Borca katılma, borca katılanın ilk borçlunun borcunu onunla birlikte ifa etme yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşmedir. Alacaklı ile borca katılan arasında yapılan bu sözleşmede, kural olarak, alacaklının herhangi bir ifa yükümlülüğünden bahsedilemez⁶⁰. Burada da sözleşmeyi kuran, borca katılanın tek taraflı irade beyanı olmayıp⁶¹; iki tarafın da irade beyanlarıdır. Ancak yalnızca borca katılan borç altına girmektedir. Bu sebepten ötürü, borca katılma tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶². Diğer yandan borca katılma sözleşmesiyle, borca katılan yanında

üçüncü şahıs yararına sözleşme”lerde ise böyle bir talep hakkından bahsedilemez. **AKYOL**, Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 10. Borca katılmanın da tam üçüncü şahıs yararına sözleşme olduğu hakkında, bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP**, s. 219-220; **ŞENER**, s. 1291.

⁵⁸ **AKSU**, Mustafa, “Asıl Borca Bağlı Hak ve Borçların Sona Ermesi: İbra- Yenileme- Birleşme”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 28-29 Nisan 2012, s. 250.

⁵⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 166; **ŞENER**, s. 1289.

⁶⁰ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 80.

⁶¹ **TURAN BAŞARA**, s. 428.

⁶² **MADAUS**, s. 141; **EDENFELD**, s. 1034; **ŞENER**, s. 1288; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 80. TBK m. 592’ye göre; kefalet sözleşmesinde, alacaklının bir özen yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülük kapsamında alacaklı; teminata konu malların değerini düşürmemekle ve bunları kefilin zararına elden

alacaklıya da bir edim yükümlülüğü yüklenmesi mümkündür. Bu durumda borca katılma, niteliği itibari ile tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme özelliği gösterecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, alacaklı ile borca katılanın edimlerinin birbirinin tam karşılığını oluşturması hususudur⁶³.

Borca katılma ile yalnızca borca katılan için bir yükümlülük doğmaktadır. Borca katılmada, alacaklının alacağında herhangi bir değişiklik söz konusu olmamakta, alacaklı sadece ilk borçlunun yanında ikinci bir borçlu elde etmektedir⁶⁴. Bir başka ifadeyle borca katılma; mevcut borcun tarafını değiştirmemekte⁶⁵, içeriğini sınırlamamaktadır. Bu özelliğine dayanarak, borca katılmanın bir tasarruf işlemi niteliği taşımadığını söylemek mümkündür⁶⁶. Borca katılan yalnızca ilk borç ilişkisinden doğan alacağı, ilk borçlunun yanında, ifaya hazır olduğunu beyan etmektedir. Bu itibarla borca katılma, bir taahhüt işlemi niteliğine sahiptir⁶⁷.

Borca katılma; katılma konusu olan borcun mevcudiyetine ve geçerliliğine bağlı bir hukuki işlemdir. Bir başka ifadeyle borca katılmanın geçerliliği; ilk borcun varlık ve

çıkarmamakla yükümlüdür. Doktrinde bu hususun kefalet sözleşmesine eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği kazandırmadığından bahisle, borca katılmanın da eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıyamayacağı belirtilmiştir. Nitekim burada alacaklı bakımından bir edim yükümlülüğü söz konusu olmayıp, külfet niteliğinde davranışlar söz konusu olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 119-123.

⁶³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 211; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 81-82. Alacaklı ve borca katılanın edimleri birbirinin karşılığını oluşturmadığı takdirde, eksik iki tarafa borç yükleyen bir borca katılma sözleşmesinin varlığı söz konusu olabilecektir.

⁶⁴ **ŞENER**, s. 1282; **TURAN BAŞARA**, s. 423; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1254; **KILIÇ**, s. 58; **KAHRAMAN**, s. 114; **AKINTÜRK**, s. 75.

⁶⁵ **ŞENER**, s. 1283; **TURAN BAŞARA**, s. 423; **KILIÇ**, s. 58; **AKINTÜRK**, s. 115.

⁶⁶ **ŞENER**, s. 1289. Tasarruf işlemi; hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkiler. Taraf değişikliğine neden olabilir. Hukuki ilişkinin içeriğini sınırlar ve değiştirir. Borca katılma ise, tasarruf işlemine özgü bu nitelikler bulunmamaktadır. Tasarruf işlemi ile ilgili açıklamalar için, bkz. **EREN**, Genel Hükümler, s. 173 vd.

⁶⁷ **BUCHER**, AT, s. 587; **EDENFELD**, s. 1035; **ŞENER**, s. 1289; **KAHRAMAN**, s. 117; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 101; **İNAN**, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 538.

geçerliliğine tabidir⁶⁸. Bu sebeptendir ki borca katılma; niteliği itibariyle soyut bir hukuki işlem olmayıp; sebebe bağlı bir hukuki işlemdir⁶⁹.

Borca katılma sözleşmesi TBK m. 201’de tanımlanmak suretiyle düzenlenmiştir. Borca katılma bu şekilde kanunda düzenlenen sözleşmeler arasında yerini almıştır⁷⁰. Borca katılmanın, niteliği itibariyle bir kişisel teminat sözleşmesi olduğu doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁷¹. Belirtmek gerekir ki; borca katılma, geniş anlamda teminat sözleşmesi - bir kimsenin bir başkasının karşılaşılabileceği tehlikeyi üstlendiği teminat sözleşmesi⁷² - niteliği taşımaktadır⁷³.

D- Borca Katılma Sözleşmesinin Görünüm Biçimleri

TBK m. 201 gereğince, borca katılma sözleşmesi, borca katılan ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin, borca katılan ile ilk borçlu arasında

⁶⁸ **EREN**, Genel Hükümler, s. 179.

⁶⁹ **ALTAY**, s. 62.

⁷⁰ Borca katılmanın isimsiz bir sözleşme olup olmadığı, isimsiz bir sözleşme ise hangi gruba dahil olması gerektiği hakkında tartışmalar için; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 42-50.

⁷¹ **MADAUS**, s. 264; **DROBNIG**, Ulrich, Principles of European Law – Personal Security, European Law Publishers, Munich 2007, s. 157, Rdn. 16; **ZENGİN**, Burcu, “Borca Katılma Sözleşmesinin Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinden ve Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi”, *KHAD*, s. Y.:2014, S.:2, s. 57, **TURAN BAŞARA**, s. 424; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 7; **ŞENER**, s. 1279; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21. Borca katılmanın ana işlevinin teminat olmadığı görüşü hakkında, bkz. **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 320. Kişisel teminat sözleşmeleri hakkında, **KUNTALP**, Erden; Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 287 vd.

⁷² **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 1. Yazar dar anlamda kişisel teminat sözleşmesini, bir borcun ifa edilmeme riskinin üstlenildiği sözleşmeler olarak tanımlamıştır. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 2.

⁷³ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 689; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 19. Dar anlamda teminat sözleşmesi – geniş anlamda teminat sözleşmesi ayrımı, fikrimizce, borç ilişkisinin asli mi fer’i mi olduğuna dayanılarak yapılan bir ayrımdır. Dar anlamda teminat sözleşmesi; mevcut bir borcun ifasını temin etmekle birlikte, bu borcun fer’i özelliklerini taşımaktadır. Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi... Geniş anlamda teminat sözleşmesi ise; bir kimsenin başkasının hareketinden doğacak riskleri de üzerine alır şekilde, fer’i mahiyette olmayan özellikleri de kapsamına alan sözleşmelerdir. Bu hususta, bkz. **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 19; **ŞENER**, s. 1279.

(tam) üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde de kurulabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁷⁴. Başka bir deyişle, borca katılma sözleşmesi; kural olarak, borca katılan ile alacaklı arasındaki bir sözleşme ile ya da borca katılanın ilk borçlu ile yapacağı bir sözleşme vasıtasıyla olmak üzere iki şekilde yapılabilir⁷⁵. Borca katılma sözleşmesinin, bu iki seçenekten başka, üçlü bir anlaşma şeklinde yapılması da mümkündür⁷⁶. Bu durumda sözleşmenin kurulabilmesi için; borca katılan, alacaklı ve ilk borçlunun katılımı gerekmektedir. Doktrinde borca katılma sözleşmesinin alacaklı ile ilk borçlu ve borca katılan arasında yapılmasının daha isabetli olacağı yönünde görüşler mevcuttur⁷⁷.

Borca katılan ile alacaklı arasında yapılan borca katılma sözleşmesinde, ilk borçlunun bilgisi ve rızası aranmamaktadır⁷⁸. Hatta ilk borçlu, açıkça bu sözleşmeye karşı olduğunu belirtse dahi, alacaklı ile borca katılan üçüncü kişi bu sözleşmeyi yapabilirler⁷⁹. Bu husus doktrinde fikir ayrılıklarına yol açmış olup; çoğunluk tarafından benimsenen görüş, borçlunun rızasının aranmaması gerektiğidir. Bir görüşe göre; ilk borçlu, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşmeden hiçbir şekilde olumsuz

⁷⁴ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1255; **ŞENER**, s. 1291; **KAHRAMAN**, s. 116; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 8-9; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301.

⁷⁵ **BUCHER**, AT, s. 587; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301; **TURAN BAŞARA**, s. 427,429; **KILIÇ**, s. 58-59; **KAHRAMAN**, s. 116; **BİLGİN**, s. 102. *Akintürk* de borca katılmanın iki şekilde gerçekleştirilebileceğini ifade etmekle birlikte, bu ayrımı borca katılanın alacaklı ile ilk borçlu arasındaki mevcut borç ilişkisine taraf olup olmadığına dayandırmaktadır. Bir başka ifadeyle *Akintürk*, ilk borç ilişkisine “taraf” olarak katılmak suretiyle de borca katılmanın mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için, bkz. **AKINTÜRK**, s. 115-116. Acentenin, müvekkilinin önceki acenteye olan denkleştirme borcunu üstlenmesi, borca katılma yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Bu üstlenme müvekkil ve sonraki acente arasında yapılan bir sözleşmeyle gerçekleştirildiği takdirde, alacaklı ile katılan arasında; acentelik sözleşmesi sona ermeden önceki acente ile müvekkil arasında kararlaştırılırsa ilk borçlu ile borca katılan arasında kurulan borca katılma sözleşmesiyle gerçekleşmiş olmaktadır. Bu hususta, bkz. **UZUNALLI**, Sevilay, “Acentelik ve Giriş Bedeli”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 12/2013, s. 2964-2965.

⁷⁶ **ŞENER**, s. 1288.

⁷⁷ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 841; **TURAN BAŞARA**, s. 429.

⁷⁸ **BUCHER**, AT, s. 57; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 272; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 610; **AKINTÜRK**, s. 115; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 36; **KILIÇ**, s. 58; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 302; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276.

⁷⁹ **BUCHER**, AT, s. 587; **AKINTÜRK**, s. 115; **ALTAY**, s. 36;

etkilenmemekte, hukuki durumu ağırlaşmamaktadır⁸⁰. Şener'e göre; ilk borçlunun borca katılmayı reddetmesi mümkün değildir. Zira borçlunun borca katılmadan etkilenmesi, ancak borca katılanın ilk borçluya rücu etmesi durumunda söz konusu olabilir. Ancak bu durumda da TBK m. 183'teki alacağın devrine benzer bir nitelik ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun alacağın devrinde de ilk borçlunun rızasını aramadığından bahisle, borca katılmada da borçlunun rızasının aranmaması mümkündür⁸¹. Nitekim borca katılmada ilk borçlunun hukuki statüsü değişmemekte, borç ilişkisinden doğan sorumluluğu varlığını aynı şekilde sürdürmektedir⁸². Bu sebeplerle bu görüş, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşmede ilk borçlunun rızasının aranmaması gerektiğini savunmaktadır⁸³. Azınlıkta kalan diğer bir görüş ise; alacaklı ile borca katılan arasında yapılacak olan borca katılma sözleşmesinin, ilk borçlunun katılımı ve rızası olmaksızın yapılmaması gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. Bu görüşe göre; nisbi bir niteliğe sahip olan ilk borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinde, bir tarafın bilgisi ve onayı olmaksızın değişiklik yapılması mümkün değildir. Bu kapsamda tarafların değiştirilmesi de değerlendirilmelidir. Bu itibarla, alacaklının ilk borçlunun onayı ve katılımı olmaksızın, üçüncü bir kişiyle anlaşarak onu bu ilişkiye dâhil etmesi ve müteselsilen sorumlu tutması nisbilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. İlk borçlunun bilgisi dâhilinde olmayan, borçluyu ilişkiden dışarcasına yapılan bu taraf değişikliği borca aykırı bir davranıştır. Burada nisbilik ilkesine getirilen bir istisna görüşünün aksine⁸⁵, nisbilik ilkesine aykırı bir durum oluşmaktadır⁸⁶. Azınlık görüşüne şu gerekçelerle katılmak mümkün görünmemektedir: Borca katılmada, kural olarak, taraf değişikliği söz konusu olmamaktadır. İlk borçlu borçtan kapsam ve içerik bakımından sorumlu

⁸⁰ **TURAN BAŞARA**, s. 428; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 36; **ŞENER**, s. 1290; **KAHRAMAN**, s. 117; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 302. Borca katılanın esas sözleşmeye dahil olduğu ve bu durumun sözleşmede değişikliğe yol açtığı durumlarda ilk borçlunun rızasının alınması gerektiği yönünde, bkz. **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrım, s. 302.

⁸¹ **ŞENER**, s. 1290.

⁸² **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608; **ŞENER**, s. 1290; **KILIÇ**, s. 58; **KAHRAMAN**, s. 117.

⁸³ **AKINTÜRK**, s. 115; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 610; **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 276; **ŞENER**, s. 1290; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 36; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 302.

⁸⁴ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840.

⁸⁵ **TURAN BAŞARA**, s. 422.

⁸⁶ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840; **TURAN BAŞARA**, s. 428-429.

olmaya aynı şekilde devam etmektedir. Daha önce de değindiğimiz üzere; borca katılma ile ilk borç ilişkisinden bağımsız yeni bir borç ilişkisi ortaya çıkmakta, iki yeni borç ilişkisi meydana gelmektedir. Alacaklı her ne kadar ilk borç ilişkisinden doğan alacak hakkı nedeniyle yeni bir hukuki ilişki yaratsa da, borca katılma gerçekleşikten sonra artık iki farklı borç ilişkisi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla burada ilk borç ilişkisinin nisbi niteliğine aykırı bir husustan bahsetmek mümkün değildir⁸⁷.

Borca katılma, ilk borçlu ile borca katılan arasında yapılan tam üçüncü şahıs yararına bir sözleşme ile de gerçekleştirilebilir⁸⁸. Burada alacaklı, üçüncü kişi konumundadır. Tam üçüncü şahıs yararına sözleşmeyle yapılan borca katılmada, alacaklının katılımı ve rızası aranmamaktadır⁸⁹. Burada da ilk borçlunun borçtan kurtulması mümkün değildir. Alacaklı bu şekilde kurulan borca katılmayla da hukuki bakımdan avantajlı durumda olup; bu ilişkiden kendisi lehine bir talep hakkı doğmaktadır⁹⁰. Ancak alacaklının rızasının aranmaması hususu, onun durumunu zayıflatıp zayıflatmayacağı sorusunu gündeme getirebilir. Belirtmek gerekir ki; bu şekilde yapılan bir borca katılmada, alacaklının rızası aranmamakla birlikte, edimi red hakkının var olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu husus BGB Art. 333'te açık bir şekilde kabul edilmiştir. Türk – İsviçre Hukuku'nda bu konuda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak alacaklının edimi red hakkının varlığı, Türk – İsviçre hukukunda, Akyol'un da belirttiği üzere, “*kimseye iradesi dışında bir kazandırma yapılamayacağı*” kuralına dayanarak kabul edilebilir⁹¹.

Borca katılma, teminat amacıyla veya borçtan kurtarma (üstlenme) amacıyla yapılabilir. Teminat amaçlı borca katılmada, borca katılan üçüncü kişi, ilk borçlunun yanında borcu onunla birlikte müteselsilen ifa etme taahhüdünde bulunmaktadır. Borca

⁸⁷ Nisbilik ilkesi ve sınırları hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. **İŞIKTAÇ**, Yasemin; Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s. 318-319.

⁸⁸ **BUCHER**, AT, s. 587; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 286, Rdn. 3642; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrım, s. 301; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 8-9; **ŞENER**, s. 1291; **KAHRAMAN**, s. 116; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53.

⁸⁹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 285, Rdn. 3641; **ŞENER**, s. 1291.

⁹⁰ **BUCHER**, AT, s. 587; **KARABAĞ BULUT**, s. 28; **AKYOL**, Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 10; **ŞENER**, s. 1292; **TURAN BAŞARA**, s. 429; **KAHRAMAN**, s. 116.

⁹¹ **AKYOL**, Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 192; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301.

katılmanın asıl işlevi teminat olmamakla birlikte⁹², uygulamada en sık karşılaşılan borca katılma türü, teminat amaçlı borca katılmadır⁹³. Teminat amaçlı borca katılma sözleşmenin amacı, alacaklıya teminat verilmesidir. Üstlenme amaçlı borca katılma ise istisnai bir durum olup; burada sözleşmenin amacı ilk borçlunun borçtan kurtarılarak borca katılanın borcu tamamen kendisinin ifa etmesine yöneliktir⁹⁴. Bu itibarla borca katılan hem ilk borçluya hem de alacaklıya karşı bir sorumluluk altına girmektedir. Üstlenme amacıyla borca katılmada, iç ilişkide borca katılan tek başına sorumlu olduğundan, ilk borçluya rücu hakkı bulunmamaktadır⁹⁵. Teminat amaçlı ve üstlenme amaçlı borca katılma, borca katılma türleri arasında ayrıntılı bir şekilde inceleneceğinden, burada kısaca değinmekle yetiniyoruz⁹⁶.

Borca katılma yalnızca sözleşme vasıtasıyla kurulmamaktadır. Kanun koyucu bazı hallerde borca katılmayı kanunen düzenlemiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, kanuni borca katılma halleri olarak adlandırılmaktadır⁹⁷. Bunlara örnek olarak; TBK m. 202 (eBK m. 179) kapsamında malvarlığının veya işletmenin devralınması, TTK m. 236/II'de (eTTK m. 178/II) düzenlenen kolektif şirkete yeni giren ortağın şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu ve miras payının devri gösterilebilir. Kanuni borca katılma halleri, borca katılma türleri alt başlığı altında ayrıntılı bir biçimde incelenecektir⁹⁸.

Doktrinde, borca katılmanın bağımsız bir sözleşme şeklinde kurulabileceği gibi, bir genel işlem şartı olarak sözleşme hükmü şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir⁹⁹. Bu şekilde yapılan bir borca katılmanın geçerli olabilmesi için, MK m. 2'ye dayalı olarak gerçekleştirilecek bir içerik denetiminden geçmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

⁹² DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 320.

⁹³ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 17; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21; ALTAY, Borca Katılma, s. 86; ZENGİN, s. 57, TURAN BAŞARA, s. 424.

⁹⁴ ŞENER, s. 1279-1280; ALTAY, Borca Katılma, s. 93.

⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 610; ŞENER, s. 1312, dpn. 90.

⁹⁶ Birinci Bölüm, III, A, 1,2.

⁹⁷ ŞENER, s. 1280;

⁹⁸ Birinci Bölüm, III, A.

⁹⁹ ŞENER, s. 1289.

¹⁰⁰ Bkz. Birinci Bölüm, III, E.

Borca katılma, bankanın katılan sıfatıyla müşterisine sağladığı bir gayrinakdi kredi¹⁰¹ aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Burada, borca katılmanın kredi olarak nitelendirilmesinin nedeni Bankacılık Kanunu¹⁰² m. 48/I'deki düzenlemedir. Anılan hükümde kanuna göre kredi sayılan işlemler sayılmıştır. Ancak bankaların bu türden bir kredi tahsisini tercih etmesine uygulamada pek rastlanmamaktadır¹⁰³. Nitekim bankalar gayrinakdi kredi tahsis ederken, genellikle, garanti sözleşmesi yapmayı yeğlemektedir. Banka, borca katılma aracılığıyla verdiği kredilerde, bir taahhüt altına girmekte olup¹⁰⁴; bankanın buradaki menfaati, müşteriden talep edeceği bir komisyondur.

Daha önce, borca katılma sonucu oluşan borç ile katılma konusu borcun kapsamının farklı olarak belirlenebileceğine değinmiştik. Dolayısıyla tarafların, borca katılanın borcunu, ilk borçlunun borcundan kapsam ve içerik olarak farklı kararlaştırabilmeleri mümkündür¹⁰⁵. Bu farklılık; borca katılma sonucu oluşan borcun katılma konusu borçtan daha fazla kararlaştırılabilmesi şeklinde olabileceği gibi, daha dar bir sorumluluk yönünde anlaşmak suretiyle de ortaya çıkabilir. Bu şekilde ilk borç ilişkisinden doğan borcun tamamı yerine sadece bir kısmından sorumlu olunacağının kararlaştırıldığı hallerde “kısmi borca katılma” kavramı karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁶.

E- Kanuni Düzenlemeler

1- Yabancı Hukuklarda

Borca katılma, açıkça ilk defa 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda (ABGB) düzenlenmiştir¹⁰⁷. ABGB'de borcun üstlenilmesi hallerinden biri olarak

¹⁰¹ Gayrinakdi kredi; banka açısından sorumluluk kredileridir. Bu tür krediler, bir miktar nakdin ya da herhangi bir malın müşteriye verilmesi şeklinde gerçekleşmemektedir. Kanuna ve uygulamaya göre gayrinakdi kredilere örnek olarak; teminat mektupları, kontrgarantiler, bankaların verdiği kefalet, aval, ciro ve akreditifler gösterilebilir. **TEKİNALP**, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 224. Gayrinakdi krediler hakkında bilgi için, **TEKİNALP**, s. 509 vd.

¹⁰² 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Kanun, RG, N.: 25983.

¹⁰³ **TEKİNALP**, s. 543.

¹⁰⁴ **TEKİNALP**, s. 224.

¹⁰⁵ Bkz. s. 9, dpn. 39. Asıl borç ve katılım borcunun farklı olabileceği yönünde; **EDENFELD**, s. 1034.

¹⁰⁶ **TURAN BAŞARA**, s. 436.

¹⁰⁷ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 28.

düzenlenen borca katılmaya ilişkin genel hüküm, kanunun 1344. paragrafıdır¹⁰⁸. 1347. paragrafta ise, kefilin yararlanabileceği bir koşula bağlı olmaksızın meydana getirilen bir sözleşme ilişkisi ve bundan doğan sorumluluk düzenlenmek suretiyle, borca katılma hüküm altına alınmıştır¹⁰⁹. İlaveten 1406. paragrafta, borç üstlenmenin; şüphe halinde, borçlunun yerine değil borçlunun yanında üstlenilen bir yükümlülük olduğu ifade edilerek, borca katılmanın günümüz hukukundaki kavramsal sınırları belirlenmiştir.

Alman hukukunda, borca katılma kavramı Alman Federal Mahkemesi kararları¹¹⁰ ile yerleşmiş olup; Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. BGB'nin 6. bölümünde, § 414-419 arasında “borcun üstlenilmesi” müessesesi düzenlenmiştir. Ancak borca katılmaya ilişkin bir hükme kanunda yer verilmemiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR) ise; § 32, Art. 175-183 arasında “*borcun üstlenilmesi*” konusu düzenlenmiştir¹¹¹. Borca katılma, OR'de düzenlenmemekle birlikte, bu konudaki genel eserlerde, “borcun üstlenilmesi” bölümü içerisinde incelenmektedir. Kanunda düzenlenmeyen borca katılmanın, İsviçre hukukunda sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak yapılabileceği kabul edilmektedir¹¹². İsviçre hukuk doktrininde, borca katılmanın sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğu çoğunluk tarafından kabul edilen bir husustur. Borçlunun değişmesine neden olmayan

¹⁰⁸ “Üçüncü kişi alacaklıya karşı borçlu için üç değişik yolla borç altına girebilir, ilk olarak alacaklının onayıyla borcu tek başına borçlu olmak üzere devralır, sonra, üçüncü kişi birlikte borçlu sıfatıyla borca katılabilir, son olarak borçlunun borcunu ifa etmemesi ihtimaline karşı alacaklıyı tatmin etme yükümlülüğü üstlenir.” ALTAY, Borca Katılma, s. 27. Görüldüğü üzere, maddede, üçüncü kişinin birlikte borçlu sıfatıyla borca katılmasından bahsedilmektedir.

¹⁰⁹ “Bir kimse kefilin yararlanabileceği gibi bir şarta bağlı olmaksızın, birlikte borçlu sıfatıyla bir borca katılırsa, birlikte borçlulardan oluşan bir birlik meydana gelir ve bunun hukuki sonuçlarına, sözleşme hukukuna ilişkin esaslar uygulanır.” ALTAY, Borca Katılma, s. 27. Burada “kefilin yararlanabileceği bir şarta bağlı olmaksızın” tabiri kullanılarak borca katılmanın kefaletten farkı vurgulanmıştır.

¹¹⁰ İlk olarak kümülatif borç üstlenme terimi kullanılmış, daha sonra “borca katılma diye sözü edilen sözleşme”, kavramına yer verilmiştir. Borca katılma kavramına ise 1911 tarihli kararlarda rastlamak mümkündür.

¹¹¹ İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda “Borcun Üstlenilmesi” bölümü Art. 178-186 arasında düzenlenmiştir. Bkz. HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M., Schweizer Obligationenrecht 2020 / Code des Obligations Suisse 2020, Schulthess Verl., Zürich 2013, s. 535 vd.

¹¹² BUCHER, AT, s. 587; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 300.

borca katılma, iki şekilde yapılabilir: üçüncü kişi önceki borçlunun yanında mevcut bir borcu üstlenmek için bir taahhütte bulunur ya da önceki borçluyula anlaşmak suretiyle borcu üstlenir. İlk ihtimalde sözleşme, alacaklı ile borca katılan üçüncü kişi arasında yapılmaktadır ve ilk borçlunun borçtan kurtulması söz konusu olmamaktadır. Burada ilk borçlunun sorumluluğu değişmeksizin asıl borç ilişkisinin genişlediğinden bahsedilebilir. Borca katılan üçüncü kişinin ilk borçluyula yaptığı bir sözleşme vasıtasıyla borca katılmada ise, borca katılanın ilişkiye “taraf” olarak katılması söz konusudur ve alacaklı bu şekilde kurulan borca katılma ile bir talep hakkı elde eder. Borca katılmanın gerçekleşebilmesi için; borçlunun / alacaklının bilgisi ve iradesi aranmamaktadır. Borca katılma, kural olarak, ilk borçlu ve borca katılanın müteselsil sorumluluğu sonucunu doğurmaktadır¹¹³.

2- Türk Hukukunda

Borca katılma kavramı ilk defa 6098 sayılı TBK ile açıkça düzenlenmiş olup; 818 sayılı eBK döneminde, İsviçre hukukundaki gibi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kabul edilmekteydi. Türk hukukunda borca katılma kavramı, 818 sayılı eBK ve 6098 sayılı TBK dönemleri olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenecektir.

a- 818 sayılı BK dönemi

Borçlar hukukumuzda sözleşmeler konusunda egemen olan ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. 818 sayılı BK’da borca katılmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, “sözleşme özgürlüğü ilkesi”ne dayanarak bu yönde bir hukuki ilişkinin kurulabileceği kabul edilmekteydi¹¹⁴. Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimleri çerçevesinde, borca katılma sözleşmesinde taraflar birtakım serbestiye sahiptir¹¹⁵. Şöyle ki: Alacaklı/ilk borçlu bir borca katılma sözleşmesi yapıp yapmamakta

¹¹³ Borca katılma hakkındaki genel açıklamalar için, bkz. **BUCHER**, AT, s. 587.

¹¹⁴ **AKINTÜRK**, s. 74; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 370-371; **KAHRAMAN**, s. 115; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1254; **TURAN BAŞARA**, s. 420; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 19-20; **ŞENER**, s. 1281-1282.

¹¹⁵ Sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimleri; sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşmenin biçimini ve tipini seçme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini

serbesttir. Alacaklı/ilk borçlu, borca katılan sıfatıyla üçüncü kişiyi, bir başka ifadeyle sözleşmenin karşı tarafını seçmede özgürdür. Sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak kabul edilen borca katılmanın, biçimini de taraflar aralarında kararlaştırabilir. Alacaklı/ilk borçlu, borca katılan ile yaptıkları borca katılma sözleşmesinin içeriğini de serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırı, eBK m. 19'da “*kanunun gösterdiği hudut dairesinde*” denilmek suretiyle belirtilmiştir. eBK m. 19/II'de ise; “*Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklar*”ın kesin hükümsüz olacağı ifade edilerek, eBK m. 19/I'deki sınırlayıcı hüküm somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu itibarla, taraflar kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamak ve konusu imkansız olmamak kaydıyla borca katılma sözleşmesini serbestçe kurabilmektedir¹¹⁶. Borca katılma sözleşmesinin, Türk hukukunda da sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe kurulabilmesi, İsviçre hukukuna paralel bir uygulamadır.

b- 6098 sayılı TBK dönemi

TBK m. 201, “*Borca katılma*” kenar başlığı altında bu müesseseyi ve sonucunu düzenlemektedir. TBK Tasarısı'nda 200. maddenin karşılığı olan bu hüküm, kanunlaşma sürecinde 201. maddede yerini almıştır. Bu hüküm, TBK'nin birinci

belirleme özgürlüğü ve sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğüdür. Bu konudaki genel açıklamalar için, bkz. **AYRANCI**, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *AÜHFD*, Y:2003, C:52, S:3, s. 229; **AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 1622; **ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.:I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 73-77; **EREN**, Genel Hükümler, s. 301-331; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 362-364; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 79-84; **ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 8-26; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 57-59; **KÜÇÜKYALÇIN**, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Y.:2004, C.:53, S.:4, s. 115; **ATEŞ**, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *TBBD*, Y.:2007, S.:72, s. 79-80; **İŞIKTAÇ**, s. 313.

¹¹⁶ Sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında, bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 364-374; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 15; **EREN**, Genel Hükümler, s. 317-331; **KÜÇÜKYALÇIN**, s. 103 vd.; **ATEŞ**, s. 76-80.

kısımında, “*Borç ilişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlığını taşıyan beşinci bölümünün “*Borcun Üstlenilmesi*” kenar başlıklı ikinci ayrımında bulunmaktadır.

6098 sayılı TBK m. 201’de borca katılma tanımlanmak suretiyle, ilk defa açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 201’e göre; “*borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanına yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.*” Görüldüğü üzere, TBK m. 201/I ile borca katılmanın tanımına kanunda açık bir şekilde yer verilmiştir. TBK m. 201/II’de ise, borca katılan ile borçlunun alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Burada “*borçlu*”dan kasıt, mevcut borç ilişkisinin tarafı olan ilk borçludur.

6098 sayılı TBK m. 201, doktrinde birtakım eleştirilere konu olmuş; kimi yazarlar düzenlemenin isabetli olduğunu savunurken¹¹⁷, kimi yazarlar düzenlemenin isabetli olmadığı yönünde¹¹⁸ görüş belirtmişlerdir. Borca katılmanın kanunda ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığını ileri süren bir görüşe göre; bu sözleşme zaten sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanarak tarafların serbestçe kurabildiği bir sözleşmedir. Kanunda açık bir düzenleme olmaması, tarafların serbest iradelerine dayanarak kurabildiği borca katılma sözleşmesinin yapılmasına bir engel teşkil etmemektedir¹¹⁹. Bir başka görüş¹²⁰; TBK m. 201’i düzenleme yeri itibariyle eleştirmektedir. Buna göre; borca katılma, borç ilişkilerinde taraf değişiklikleri arasında düzenlenmiştir. Her ne kadar gerekçede; mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak suretiyle üçüncü bir kişinin katılımının taraf değişikliğine neden olduğu ifade edilmiş olsa da, doktrinde belirtildiği üzere, borca katılmada gerçek anlamda bir taraf değişikliği söz konusu değildir¹²¹. İlk borçlunun hukuki statüsünde hiçbir değişiklik meydana gelmemekte, borçtan kurtulmamakta, ilk borçlu borçtan aynı şekilde sorumlu olmaya devam

¹¹⁷ İsaetli olduğu yönünde, bkz. **EREN**, Genel Hükümler, s. 1254; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 370-371; **KAHRAMAN**, s. 116.

¹¹⁸ İsaetli olmadığı yönünde, **BADUR**, Genel Hükümler, s. 137; **UYGUR**, s. 1164.

¹¹⁹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1254; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 370-371; **KAHRAMAN**, s. 116.

¹²⁰ **TURAN BAŞARA**, s. 420; **BADUR**, Emel, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, s. 137.

¹²¹ **BUCHER**, AT, s. 587; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840; **BADUR**, Genel Hükümler, s. 137; **UYGUR**, s. 1164.

etmektedir¹²². Nitekim borca katılan, ilk borç ilişkisinin bir tarafı olmayıp borca katılma sonucu oluşan yeni ilişkide alacaklı ile kurduğu sözleşmenin tarafıdır. Bir başka görüşe göre ise, bu düzenleme oldukça sınırlı olup, borca katılmaya ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara çözüm getirmekten uzaktır¹²³. Doktrinde uygulamada sıkça karşılaşılan “borca katılma”nın kanuni bir düzenlemeye kavuşmasının isabetli olduğu yönünde görüşler de mevcuttur¹²⁴.

Doktrinde borca katılmaya ilişkin eleştirilerden birini de, TBK m. 201’in bu sözleşmenin yalnızca alacaklı ile borca katılan arasında yapılmasına izin vermesi hususu oluşturmaktadır. Borca katılma sözleşmesinin ilk borçlunun katılımı ve rızası olmaksızın yapılmaması gerektiğini savunan bu görüşe göre¹²⁵, borçlunun rızası ve bilgisi dışında alacaklının bir üçüncü kişiyle anlaşarak onu borç ilişkisinin tarafı haline getirmesi, borç ilişkisinin nisbi niteliğine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Burada borç ilişkisine ve borç ilişkisinin nisbi niteliğine aykırı bir durum vardır. Bu sebeplerle borca katılma sözleşmesine ilk borçlunun da katılımı gerekmektedir. Daha önce belirttiğimiz ve bizim de savunduğumuz görüşe göre¹²⁶, burada nisbilik ilkesine aykırılık söz konusu olmayıp; nisbilik ilkesinin bir sonucu olan sözleşmeden doğan borcun ifasının yalnızca borçluya ait olduğu hususuna bir istisna getirilmektedir. Kanun koyucu borca katılmadaki gibi borçlunun rızasını aramadan alacağın temliki, borcun üstlenilmesi gibi hukuki müesseselere de izin vermektedir. Dolayısıyla burada borç ilişkisinin nisbi niteliğine bir aykırılıktan bahsetmek yerine, bu ilkeye getirilen bir istisnanın varlığını kabul etmek daha isabetli görünmektedir. Belirtmek gerekir ki, kanun metninde sözleşmenin borca katılan ile alacaklı arasında yapılmasının öngörülmesi, bu sözleşmenin ilk borçlu ile borca katılan arasında yapılmasına izin verilmediği şeklinde yorumlanmamalıdır. İlk borçlu ile borca katılanın tam üçüncü şahıs yararına sözleşme vasıtasıyla böyle bir hukuki ilişki meydana getirebileceğine daha önce de değinildiğinden, burada sadece hatırlatmakla yetiniyoruz.

¹²² **BUCHER**, AT, s. 587; **STATHOPOULOS**, s. 144; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608; **BİLGİN**, s. 102; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 371; **REİSOĞLU**, Genel Hükümler, s. 479; **KAHRAMAN**, s. 118.

¹²³ **TURAN BAŞARA**, s. 420.

¹²⁴ **BADUR**, Genel Hükümler, s. 137; **UYGUR**, s. 1164.

¹²⁵ **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 840.

¹²⁶ **KILIÇ**, s. 59; **TURAN BAŞARA**, s. 422.

III – BORCA KATILMA TÜRLERİ

Borca katılma türleri hakkında ortak ve kesin bir ayrım bulunmamaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde; yapılış amacı, düzenlenme biçimi, katılma anı gibi kriterleri dikkate alarak yaptığımız ayrıma göre borca katılma türleri incelenecektir.

Yapılış amacına göre borca katılma türleri, teminat amacıyla borca katılma ve üstlenme (borçtan kurtarma) amacıyla borca katılma türleridir. Düzenlenme biçimine göre borca katılma türleri, sözleşmeyle yapılan borca katılma ve kanuni borca katılma hallerinden ibarettir. Katılma anına göre borca katılma türleri ise; mevcut borca katılma, eş zamanlı borca katılma ve gelecekte doğacak borca katılma türleridir. Diğer borca katılma halleri olarak, tam-kısmi borca katılma ve bir genel işlem şartı olarak borca katılma değerlendirilebilir.

A- Yapılış Amacına Göre

Yapılış amacına göre borca katılma türleri başlığı altında teminat amacıyla borca katılma ve üstlenme (borçtan kurtarma) amacıyla borca katılma kavramları incelenecektir.

Doktrinde borca katılmanın teminat amaçlı borca katılma ve üstlenme amaçlı borca katılma şeklinde ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir¹²⁷.

Yapılış amacına göre borca katılma ayrımının önemi; borca katılma sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespitinde kendisini göstermektedir¹²⁸. Uygulamada borca katılmanın çoğunlukla teminat amacıyla yapıldığı hususu, doktrinde de kabul görmektedir¹²⁹.

¹²⁷ KOHTE, s. 997-998.

¹²⁸ ALTAY, Borca Katılma, s. 86.

¹²⁹ EDENFELD, s. 1034; ÖZEN, Kefalet sözleşmesi, s. 17; ŞENER, s. 1279; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21; ZENGİN, s. 57; TURAN BAŞARA, s. 424. Borca katılmanın ana işlevinin teminat olmadığı görüşü hakkında, bkz. DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 320.

1- Teminat Amacıyla Borca Katılma

Borca katılma sözleşmesi, alacaklıya, ilk borçludan talep etmeye hakkı olan alacak hakkını, ikinci bir borçludan talep edebilme hakkı sağlar. Bu itibarla alacaklı ek bir borçlu daha elde eder ve hukuki durumu güçlenir¹³⁰. Borca katılanın amacı, alacaklının ilk borç ilişkisinden elde edeceği hukuki yararı teminat altına almak ve ilk borçlunun ifa etmeme ihtimaline karşı alacaklıyı korumaktır¹³¹.

Teminat amaçlı borca katılmada¹³²; ilk borçlunun yanında, taraf sıfatına sahip olmamakla birlikte borçlu sıfatıyla, üçüncü bir kişinin borcu teminat amacıyla ilk borçlu ile birlikte müteselsilen ifa etme yükümlülüğü altına girmesi söz konusudur. Dolayısıyla borca katılan üçüncü kişinin borcu da asli ve bağımsız bir borçtur¹³³.

Teminat amaçlı borca katılmada da, bir borçlu değişikliği ya da sözleşme değişikliği söz konusu değildir. İlk borçlu, borçtan aynı şekilde sorumlu olmaya devam eder. Borca katılmayla birlikte ortaya çıkan sözleşme, ilk borç ilişkisinden bağımsız ve ayrı bir sözleşmedir¹³⁴.

Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, uygulamada genellikle alacaklıya ek teminat verilmesi gereken, ancak alacaklının ilk borçluyu da sorumlu olarak kaybetmek istemediği ve borca katılanın da ilk borç ilişkisinin devam etmesinde bir menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır¹³⁵. Örnek vermek gerekirse, aynı evi paylaşan üç ev arkadaşının ev sahibine karşı durumu değerlendirilebilir. Kira

¹³⁰ EDENFELD, s. 1034; HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG Verl., Zürich 2012, s. 388, Rdn. 1428; LANDO, Ole/CLIVE, Eric/PRUM, Andre/ZIMMERMANN, Reinhard, Principles of European Contract Law – Part III, Kluwer Law International, The Netherlands 2003, s. 128; TURAN BAŞARA, s. 423; ŞENER, s. 1282-1283, 1304; KAHRAMAN, s. 116; KILIÇ, s. 58.

¹³¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 86.

¹³² İsviçre ve Alman hukukunda teminat amaçlı borca katılma kavramı “Sicherungsbeitritt” terimi ile ifade edilmektedir. Bkz. SCHÜRNBRAND, Jan, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, Duncker & Humblot Verl., Berlin 2003, s. 40.

¹³³ ŞENER, s. 1281.

¹³⁴ ŞENER, s. 1281-1283.

¹³⁵ ALTAY, Borca Katılma, s. 87; ŞENER, s. 1283.

sözleşmesinin de sadece biriyle ev sahibi arasında yapıldığını varsayalım. Kira bedeli ödenmediğinde ve kiraya veren alacağını talep ettiğinde, diğer iki arkadaşın biri borca katılma sözleşmesi yapabilir. Burada diğer iki arkadaşın, kira ilişkisinin devam etmesinde bir menfaati vardır ve bu menfaat nedeniyle borcu üstlenmektedir. Böyle durumlarda, borca katılanın katılmaya konu menfaati önem taşımamaktadır. Nitekim borca katılmada teminat amacı, borca katılanın menfaat sebebi olmayıp; borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebini oluşturmaktadır¹³⁶.

Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, borca katılanın bu sözleşmeyi ilk borçlu ya da alacaklı ile yapıp yapmadığı ölçütüne dayanılarak kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Buna göre, borca katılan ile alacaklı arasında kurulan borca katılma sözleşmesi, doğrudan; borca katılan ile ilk borçlu arasında kurulan borca katılma sözleşmesi ise dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

a- Doğrudan teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi

Borca katılma sözleşmesi, kural olarak, alacaklı ile borca katılan arasında kurulan bir sözleşmedir. Alacaklı bu sözleşmeyle, ilk borç ilişkisinden doğan talep hakkını ilk borçlunun yanında borca katılana da yöneltme hakkı elde etmektedir. Bu talep hakkını, doğrudan, kendisinin yaptığı bir sözleşme nedeniyle kazanmaktadır. Söz konusu kazandırma alacaklının taraf sıfatına sahip olduğu bir sözleşme sonucu gerçekleştiği için, bu borca katılma sözleşmesi “doğrudan teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Burada alacaklı hukuki açıdan daha güvenli bir konumdadır. Nitekim kendisine bir talep hakkı sağlayan sözleşmeye bizzat taraf olarak katılmakta, sözleşme hükümlerinin kendi iradesine uygun bir şekilde oluşturulmasında etkili olmaktadır. Bu sebeptir ki buradaki doğrudanlıktan kasıt; hem sözleşmenin bizzat tarafı olmayı hem de alacaklının kazandığı doğrudan güvence sağlayıcı niteliği ifade etmektedir¹³⁷.

¹³⁶ ALTAY, Borca Katılma, s. 87.

¹³⁷ Doğrudan teminat amaçlı borca katılma hakkında, bkz. ALTAY, Borca Katılma, s. 88.

b- Dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi

Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, istisnai de olsa, borca katılan ile ilk borçlu arasında kurulacak bir tam üçüncü şahıs yararına sözleşme şeklinde de yapılabilir¹³⁸. Burada alacaklı, üçüncü şahıs konumundadır. Borca katılan ilk borçluyla bir üçüncü şahıs yararına sözleşme kurarak, ilk borçlunun ediminden ilk boçluyla birlikte sorumlu olmayı taahhüt etmekte, borcu üstlenmektedir. Bu şekilde üçüncü şahıs konumundaki alacaklıya bir talep hakkı sağlanarak, alacaklının talep hakkı olan edimi borca katılandan da isteyebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır¹³⁹. Görüldüğü üzere, alacaklı, dolaylı yoldan bir talep hakkı elde etmekte, kazandırma işlemi kendisinin iradesi sonucu değil, borca katılan ile ilk borçlunun iradeleri sonucu ortaya çıkmaktadır.

Burada önem arz eden husus, dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin üstlenme amaçlı borca katılma sözleşmesinden ayırt edilmesidir. Her iki sözleşme de borca katılan ile ilk borçlu arasında kurulan borca katılma sözleşmeleri olup, tarafları bakımından benzerlik göstermektedir. Bu ayrımında belirleyici kriter, taraf iradeleri olacaktır. Şöyle ki; borca katılan ile ilk borçlu aralarındaki sözleşmeyle ilk borçlunun tamamen borcundan kurtulacağını, iç ilişkide yalnızca borca katılanın sorumlu olmasını ve ilk borçluya rücu hakkının olmayacağını kararlaştırmışlarsa, bu durumda dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi söz konusu olmayıp; üstlenme amaçlı borca katılma sözleşmesinin varlığından bahsetmek isabetli olacaktır. Ancak tarafların amacı alacaklıya teminat vermek olup, borca katılan ile ilk borçlu arasındaki sözleşmede borca katılanın borcu tamamen değil ilk borçluyla birlikte üstleneceği ve rücu hakkının bulunduğu konusunda anlaşmışlar ise, bu durumda dolaylı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi vardır¹⁴⁰.

¹³⁸ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1255; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301; **ŞENER**, s. 1291; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 8-9; **KAHRAMAN**, s. 116; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53.

¹³⁹ Dolaylı teminat amaçlı borca katılma hakkında, bkz. **ALTAY**, Borca Katılma, s. 88-89.

¹⁴⁰ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 88-89.

2- Üstlenme Amacıyla Borca Katılma Sözleşmesi

Borca katılma sözleşmesi, her zaman teminat vermek amacını taşımayabilir. Üstlenme amacıyla borca katılma sözleşmesinde¹⁴¹, teminat verme amacı yoktur. Burada amaç, ilk borçlunun ibra edilerek borcun tamamının borca katılan tarafından üstlenilmesidir. Ancak bu üstlenme yalnızca iç ilişkide geçerli olup, borca katılan ile ilk borçlu alacaklıya karşı yine müteselsilen sorumludurlar. Alacaklı edimin ifasına yönelik talep hakkını hem ilk borçluya hem de borca katılana karşı dilediği şekilde ileri sürebilir¹⁴².

Üstlenme amacıyla borca katılma sözleşmesi; borca katılan ile ilk borçlu arasında kurulan tam üçüncü şahıs yararına bir sözleşmedir¹⁴³. Borca katılan bu sözleşmeyle; iç ilişkide, alacaklıya karşı yalnızca kendisinin sorumlu olacağını, ilk borçluyu ifa yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakmayacağını ve borcun ifası nedeniyle bir rücu talebinde bulunmayacağını taahhüt eder¹⁴⁴. Dolayısıyla borca katılan aslında hem ilk borçluya hem de alacaklıya karşı bir ifa yükümlülüğü altına girmektedir. Bu sözleşmeyle alacaklı lehine yeni bir alacak hakkı doğmaktadır¹⁴⁵.

Üstlenme amacıyla borca katılma ilk kez RGZ 65, 164, 167 nolu mahkeme kararına konu olmuştur¹⁴⁶. Somut olayda bir değirmen sahibi değirmenini resmi senetle oğluna satmıştır. Oğul satım sonucu değirmenin kredi borçlarını da üstlenmiştir. Mahkeme bu durumu bir borcun nakli olarak değil borcun iç yüklenimi şeklinde değerlendirmiştir¹⁴⁷.

¹⁴¹ İsviçre ve Alman hukukunda üstlenme amacıyla borca katılma kavramı, “Übernahmebeirtritt” terimi ile ifade edilmektedir. **MADAUS**, s. 58.

¹⁴² Üstlenme amacıyla borca katılma sözleşmesi hakkındaki genel açıklamalar için, bkz. **ŞENER**, s. 1279-1280; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 93-94.

¹⁴³ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 301; **ŞENER**, s. 1291; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 8-9; **KAHRAMAN**, s. 116; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 53.

¹⁴⁴ Bu bakımdan borçtan kurtarma vaadinden farklı olarak, üstlenme amacıyla borca katılmada, alacaklıya dış ilişkide borca katılana karşı doğrudan talep hakkı tanınmaktadır.

¹⁴⁵ **BUCHER**, AT, s. 587; **KARABAĞ BULUT**, s. 28.

¹⁴⁶ **MADAUS**, s. 58.

¹⁴⁷ **MADAUS**, s. 58-59.

B- Düzenlenme Biçimine Göre

Borca katılma sözleşmesi, düzenlenme biçimine göre, sözleşmeyle yapılan borca katılma ve kanuni borca katılma halleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım; borca katılma sözleşmesinin kaynağını oluşturan unsurun taraf iradesi mi yoksa bir kanun hükmü mü olduğu hususuna dayanmaktadır.

1- Sözleşmeyle Yapılan Borca Katılma

Borca katılma, kural olarak, bir sözleşme ilişkisidir. İsviçre ve Alman hukukunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte; TBK borca katılmayı bir sözleşme olarak tanımlamak suretiyle, sözleşme ilişkisi niteliğini belirtmiştir. Bir sözleşme olması dolayısıyla borca katılma da, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflar istediği kişiyle, istediği tip ve biçimde ve istediği içerikle borca katılma sözleşmesi yapabilirler. Borca katılma sözleşmesinde de sınırı, sözleşme özgürlüğünün sınırları oluşturmaktadır¹⁴⁸. Daha önce de belirttiğimiz üzere, borca katılma sözleşmesi, kural olarak, tek tarafa borç yükleyen bir teminat sözleşmesi niteliği taşımaktadır¹⁴⁹.

Sözleşmeyle yapılan borca katılmada¹⁵⁰; borca katılan üçüncü kişi alacaklı veya ilk borçluyu bir sözleşme yapmak suretiyle, ilk borçlunun ediminden onunla birlikte, asıl borçlu sıfatıyla ve müteselsilen sorumlu olmaktadır. Görüldüğü üzere burada, borca katılma sözleşmesinden doğan sorumluluk, borca katılanın iradesi sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵¹. Alman hukuk doktrininde, sözleşmeyle yapılan borca katılmanın hukuki temeli şu şekilde açıklanmıştır: “Borcun üstlenilmesi bir “oyuncu değişikliğine” benzetilir ve bu ilişkide borçlular yan yana bulunmaz. Aksine, art arda yer alırlar. Borca

¹⁴⁸ Bkz. s. 21-22.

¹⁴⁹ Bkz. s. 14-15.

¹⁵⁰ İsviçre ve Alman hukukunda sözleşmeyle yapılan borca katılma kavramı, “vertraglicher Schuldbeitritt” terimi ile ifade edilmektedir. EDENFELD, s. 1035; KOHTE, s. 997.

¹⁵¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 5.

katılma ise bundan farklıdır. Borç ilişkisine bir borçlu daha eklenir. Burada borçlu borcundan kurtulmaz, bilakis borcun kümülatif olarak üstlenilmesi söz konusudur.¹⁵²”

2- Kanuni Borca Katılma Halleri

İsviçre ve Alman hukukunda, borca katılma konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda TBK m. 201’de genel anlamda borca katılma düzenlenmiş olmakla birlikte, İsviçre ve Alman hukukundaki borca katılma niteliği taşıyan hükümlerle paralel düzenlemeler, kanuni borca katılma halleri olarak kabul edilmektedir¹⁵³. Kanun koyucunun borca katılmayı kanunen düzenlediği durumlar, kanuni borca katılma hallerini oluşturmaktadır¹⁵⁴.

Kanuni borca katılmada¹⁵⁵; alacaklı ile ilk borçlu arasındaki ilk borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişi, bir kanun hükmü nedeniyle, ilk borçlunun yanında asıl borçlu sıfatıyla ve müteselsilen sorumluluk altına girmektedir. Kanuni borca katılma hallerinde de borca katılanın, kural olarak, alacaklı ile anlaşması gerekmektedir. Nitekim her ne kadar kanundan doğan bir katılım söz konusu ise de, borca katılanın iradesi mevcuttur¹⁵⁶. Aşağıda kanuni borca katılma niteliğine sahip hükümler incelenecektir.

a- Malvarlığının veya işletmenin devralınması (BK m. 202; eBK m. 179)

Bir kanuni borca katılma hali olarak kabul edilen¹⁵⁷ malvarlığının veya işletmenin devralınması, TBK’nın “Borcun Üstlenilmesi” başlığını taşıyan İkinci Ayrımı’nda düzenlenmiştir. TBK m. 202’de hüküm altına alınan malvarlığının veya

¹⁵² EDENFELD, s. 1035.

¹⁵³ Alman hukukunda BGB § 419/I, BGB § 556/III, BGB § 613/II hükümleri kanuni borca katılma halleri olarak ifade edilmektedir. EDENFELD, s. 1034.

¹⁵⁴ ŞENER, s. 1280.

¹⁵⁵ İsviçre ve Alman hukukunda kanuni borca katılma halleri, “gesetzlicher Schuldbeitritt” terimi ile ifade edilmektedir. BUSSERT, s. 309; EDENFELD, s. 1034.

¹⁵⁶ ALTAY, Borca Katılma, s. 12.

¹⁵⁷ Türk ve yabancı hukuk doktrininde, malvarlığının veya işletmenin devralınması hususunun bir kanuni borca katılma hali olarak kabul edildiği dile getirilmektedir. BUSSERT, s. 309.

işletmenin devralınmasının eBK'daki karşılığı, m. 179'dur. Bu hükümlerin kanuni borca katılma olarak nitelendirilmesinin nedeni; malvarlığını veya işletmeyi kendi rızasıyla devralan kişinin yanında devreden de, sınırlı bir süre de olsa, müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluğunun devam etmesidir. TBK m. 202'ye göre; bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleriyle¹⁵⁸ devralan, bu hususu alacaklılara bildirdiği andan itibaren, alacaklılara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumludur (TBK m. 202/I). TBK'da kanun koyucu devir gerçekleşikten sonra sorumluluğu sadece devralan üzerinde bırakmamış ve eBK m. 179 düzenlemesinden ayrılmayarak, iki yıl süreyle devreden ve devralanın müteselsil borçlu olarak sorumlu tutulacağını hüküm altına almıştır (TBK m. 202/II). TBK m. 202, eBK m. 179'dan farklı olarak, dördüncü fıkra düzenlemesi ile iki yıllık müteselsil sorumluluk süresinin başlangıç anını açık bir şekilde belirtmiştir. Buna göre; devralan bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğünü yerine getirmediği, devralan ile önceki borçlunun müteselsilen sorumlu olacağı iki yıllık süre başlamaz (TBK m. 202/IV). Malvarlığı veya işletmenin devrinde pasiflerin devir zorunluluğu hususu özellik arz etmektedir¹⁵⁹.

Düzenlemenin yabancı hukuklardaki karşılığına bakacak olursak, İsviçre ve Almanya'da karşımıza farklı düzenleniş biçimleri çıkmaktadır. Şöyle ki, “*Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes*” başlığını taşıyan OR Art. 181¹⁶⁰, TBK m.

¹⁵⁸ İşletmenin aktif ve pasifleri kavramının neyi ifade ettiği hakkında geniş açıklamalar için, bkz. **DEMİR**, Koray, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, *İÜHFM*, C.: LXXI, S.:2, s. 108 vd.

¹⁵⁹ Burada üzerinde durulması gereken husus; sadece aktiflerin devralıp pasiflerin devir dışı bırakılıp bırakılmayacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre; TBK m. 202'nin emredici hükmü karşısında, böyle bir devir işlemi geçersizdir. Bir başka görüş ise; bu yönde yapılan bir devir sözleşmesinin pasiflerin devrini de kapsar şekilde yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. **ACEMOĞLU**, s. 34-41; **ARKAN**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2015, s. 42; **DEMİR**, Ticari İşletme, s. 108-111; **ERDEM**, Ercüment, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı Vol 8, s. 1011-1014. Doktrinde, işletme borçlarının devreden tarafından herhangi bir şekilde güvence altına alınması durumunda, sadece aktiflerin devrinin mümkün olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur. Bkz. **AYDIN**, Sema/**KAPLAN**, Hasan Ali/**ŞEN KALYON**, Arzu, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:XVII, S.:1-2, Y.:2013, s. 232.

¹⁶⁰ “V. *Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes*

202'deki düzenleniş biçimiyle paralel bir şekilde tek bir maddede malvarlığı veya işletmenin devralınmasını düzenlemiştir¹⁶¹. TBK m. 202 düzenlemesi gibi 4 fıkradan oluşmakta olup; TBK düzenlemesinden ayrılan tek husus, önceki borçlu ile devralanın müteselsil sorumluluğunun süresi bakımındandır. OR Art. 181, bu süreyi 3 yıl olarak belirtmekte iken; TBK m. 202, 2 yıl süreyle önceki borçlu ve devralanın müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemiştir. Alman hukukunda ise, İsviçre ve Türk hukukundan farklı olarak, malvarlığının devri ile işletmenin devri ayrı hukuki düzenlemelere konu olmuştur. Malvarlığının devri BGB § 419'da, işletmenin devri ise HGB § 25'te¹⁶²

1.Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist.

2.Der bisherige Schuldner haftet jedoch solidarisch mit dem neuen noch während dreier Jahre, die für fällige Forderungen mit der Mitteilung oder der Auskündigung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen.

3.Im übrigen hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung wie die Übernahme einer einzelnen Schuld.

4.Die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelunternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003", http://www.gesetze.ch/sr/220/220_011.htm; ERIŞİM: 30.05.2015.

¹⁶¹ İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda bu hüküm iki farklı madde halinde Art. 184 ve 185'te halinde düzenlenmiştir. **HUGUENIN/HILTY**, s. 553 vd. Malvarlığı veya işletmenin devrinin aynı zamanda sözleşmenin devrine de neden olduğu hususunun düzenlendiği OR Art. 185/I yeni bir düzenlemedir: "Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäft bewirkt gleichzeitig die Übernahme der Verträge, es sei denn der Dritte erhebe innerhalb von 2 Monaten seit Kenntnis des Vertragsübergangs Einspruch beim Übernehmer." **HUGUENIN/HILTY**, s. 557.

¹⁶² "(1) Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betrieb begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

(2) Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

(3) Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist.", http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_25.html, ERIŞİM: 30.05.2015.

hüküm altına alınmıştır. Ancak BGB § 419, 1 Ocak 1999'da yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶³. HGB § 25, devredilen işletmenin ticaret unvanına devam ederek faaliyet gösterildiği durumlarda uygulama alanı bulur. Sorumluluğun temel sebebi, ticari işletmenin malvarlığının bir bütün olarak kazanılmasıdır. TBK m. 202'den farklı olarak, HGB 25'e göre, ticaret unvanının devam ettirilmesi söz konusu değilse, ihbar sorumluluğun asli bir şartı değildir.

Yüksek Mahkememiz de TBK yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararlarda, devreden ile devralanın müteselsil sorumluluğunun önemini vurgulamaktadır¹⁶⁴.

¹⁶³ <http://lexetius.com/BGB/419.2>. Yürürlükten kaldırılan BGB § 419; borçların şahsa değil, malvarlığına bağlı olduğu fikrinin bir sonucudur ve aktif malvarlığını kazanan bir kimsenin bu kazanımın bir yükü olarak borçlardan da sorumlu olması gerektiği düşüncesine dayanır. Alman hukukunda, Roma hukukunun etkisi olarak önceleri, borçların şahıslara bağlı olduğu ve şahıslardan ayrılamayacağı görüşü hakimdi. Dolayısıyla borca katılmada olduğu gibi yeni bir borçlunun ortaya çıkması veya borcun üstlenilmesinde olduğu gibi borçlu tarafın değişmesi kabul edilmemekteydi. Ancak bu durumun günlük hayatın gereksinimlerine cevap vermediğini gören modern hukukçular, borcun borçlunun şahsından ayrılamayacağı görüşünü terk ettiler. Hatta borcun başka bir kimseye geçmesi için tarafların bu konudaki iradesinin bile aranmasının gerekmediğini benimsediler. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için, bkz. **ACEMOĞLU**, Kevork; *Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 3-5. BGB 419; devirde ihbar şartını aramamakta, devralanın sorumluluğunu devraldığı malvarlığı ile sınırlı tutmakta olup; devreden devirden sonra da sınırsız bir süre ile sorumluluğunun devam edeceğini hüküm altına almaktaydı. Bkz. **ACEMOĞLU**, s. 7.

¹⁶⁴ **Yarg. 21. HD., E. 2014/3188, K. 2014/9824, T. 5.5.2014**: "... somut olayda, davalı A.Y.E.'e ait bulunan E... Orman Ürünleri ve Mobilya İmalatı unvanlı işletmeli diğer davalı E... Grup Orman Ürünleri Mobilya Eğitim Araçları San. Tic. Ltd. Şti unvanlı işletmeye devrolunduğu, her iki işletme arasında organik bağ mevcut olduğu açıktır. Hal böyle olunca da TBK'nın 202. maddesi hükmüne göre kazanın gerçekleştiği işletmeyi devralan davalı şirketin diğer davalı A.Y.E. ile hüküm altına alınan tazminatlardan müteselsil sorumluluğu söz konusudur. Mahkemece bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır."; **Yarg. 8. HD., E. 2013/14556, K. 2014/14710, T. 10.7.2014**: "...TBK'nın 202. maddesi gereğince devralanın da işletmenin borçlarından sorumlu olduğunun kabulü gerekir." Benzer yönde; **Yarg. 17. HD., E. 2013/17180, K. 2013/16626, T. 27.11.2013**; **Yarg. 8. HD., E. 2013/5235, K. 2013/8749, T. 10.6.2013**.

b- Kollektif şirkete yeni giren ortağın sorumluluğu (TTK m. 236/II; eTTK m. 178/III)

Türk hukukunda kanuni borca katılma niteliğine sahip diğer bir hüküm ise, şirket alacaklılarına karşı ortakların sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 236/II düzenlemesidir. Anılan hükme göre, “*Şirkete yeni giren kişi, girme tarihinden evvel doğmuş olsa bile, şirketin borçlarından ve taahhütlerinden diğer ortaklarla birlikte müteselsilen ve bütün malvarlığı ile sorumludur.*” Bu hüküm eTTK döneminde de kanunda var olan bir düzenlemedir. Görüldüğü üzere, kolektif şirkete yeni giren ortak, girme tarihinden önce doğmuş olsa bile, şirketin borçlarından ortak sıfatını kazandığı andan itibaren diğer ortaklarla birlikte sorumludur. Bu sorumluluk kanun gereği gerçekleştiğinden, hüküm, kanuni borca katılma niteliğine sahip bir düzenleme olarak nitelendirilebilir.

c- İntifa hakkı sahibinin sorumluluğu (BGB § 1088/I)

Alman hukukunda kanuni borca katılma niteliğinde kabul edilen ve malvarlığı üzerinde intifa hakkı sahibinin alacaklılara karşı sorumluluğunu düzenleyen bir başka hüküm, “*Haftung des Nießbrauchers*” başlıklı BGB § 1088/I¹⁶⁵’dir. Bu hüküm Alman Medeni Kanunu’nun 3. kitabı, 4. bölümü, 2. başlık ve 3. alt başlığında yer almaktadır. Söz konusu düzenleme; malikin alacaklılarına, intifa hakkının tesis edilmesinden önce doğmuş olan borçları ve bu borçların faizlerini, intifa hakkı sahibinden de talep edebilme hakkı veren bir hükümdür. Bu suretle intifa hakkı sahibi, intifa hakkına sahip olmadan önce doğmuş bulunan borçlardan malikle birlikte sorumlu olmaktadır. Burada intifa hakkı sahibi, kanun gereği söz konusu borca katılmış olmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) ise bu konuda kanuni borca katılma niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır ¹⁶⁶. Hukukumuzda intifa hakkı sahibinin malvarlığında yer alan

¹⁶⁵ “*Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das Gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist.*”, <http://dejure.org/gesetze/BGB/1088.html>, ERIŞİM: 02.06.2015.

¹⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için, bkz. **ÖZEN**, Burak, Türk Medeni Hukuku’nda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 429 vd.

borçlardan kişisel olarak sorumluluğu yoktur. Aksine intifa hakkı sahibi, diğer alacaklılara göre öncelikli konumdadır¹⁶⁷.

d- Miras hissesinin devri (BGB § 2382/I)

Alman hukukunda borca katılma niteliğinde kabul edilen bir başka hüküm ise, BGB 5. kitap, 9. bölümde yer alan § 2382/I'deki¹⁶⁸ "*Haftung des Käufers gegenüber Nachlassgläubigern*" başlıklı düzenlemedir¹⁶⁹. Bu hüküm, miras hissesinin devrinde, devralan kişinin tereke alacaklılarına karşı sorumluluğunu düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca; miras hissesini devralan, devir sözleşmesinin yapılmasından itibaren, sözleşme yapılmadan önce doğmuş olsa bile, terekedeki borçlardan tereke alacaklılarına karşı sorumludur. Miras hissesini devralan kişinin sorumluluğu, devreden borçlunun borcunu ortadan kaldırmadığı gibi; devreden ve devralan müteselsilen sorumludur. Bu devir işlemi, satım sözleşmesi şeklinde yapılabileceği gibi; bağışlama, mal değişim gibi sözleşmelerle de yapılabilir¹⁷⁰. Burada devralan devir sözleşmesinden önce doğmuş olan borçlardan dahi devredenle birlikte sorumlu tutulmuştur. Burada miras hissesini devralan kişi, kanun gereği bir borç altına girmektedir. Türk hukukunda ise miras payının devrinde kanun gereği böyle bir borca katılma durumu söz konusu değildir¹⁷¹. Nitekim TBK m. 204 hükmü, mirasın paylaşılmasında özel hükümlerin saklı olduğunu açık bir şekilde düzenlemektedir.

¹⁶⁷ ÖZEN, İntifa Hakkı, s. 429.

¹⁶⁸ "Der Käufer haftet von dem Abschluss des Kaufs an den Nachlassgläubigern, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers. Dies gilt auch von den Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Käufer dem Verkäufer gegenüber nach den §§ 2378, 2379 nicht verpflichtet ist.", http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_2382.html, ERIŞİM: 02.06.2015.

¹⁶⁹ BGB § 2382'de düzenlenen miras hissesinin devrinin, Alman hukukunda kanuni borca katılma niteliğinde bir düzenleme olduğu hakkında, EDENFELD, s. 1034.

¹⁷⁰ GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 42.

¹⁷¹ Türk hukukunda miras payının devri hakkında; SAPANOĞLU, Süleyman, Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 232 vd.

C- Katılma Anına Göre

Borca katılma konusunda yapılan bir başka ayırım, katılma anına göre yapılan ayırımdır. TBK m. 201'in lafzından, yalnızca mevcut bir borca katılmanın söz konusu olduğu sonucu çıksa da, gelecekte doğacak olan bir borca katılmanın, hatta borcun doğduğu anda borca katılmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu başlık altında mevcut borca katılmanın yanısıra eş zamanlı borca katılma ve gelecekte doğacak borca katılma hakkında açıklamalar yapılacaktır.

1- Mevcut Borca Katılma

Mevcut borca katılma; alacaklı ile ilk borçlu arasında kurulan sözleşme sonucu ortaya çıkan borç ilişkisinin doğumundan sonra, ilk borç ilişkisini kuran sözleşmeden ayrı ve bağımsız olarak alacaklı ile borca katılan arasında kurulur. Borca katılmanın, katılma anı bakımından, uygulamada en sık karşılaşılan şekli mevcut borca katılma'dır. Burada ilk borç ilişkisinin borca katılma anından önce doğmuş olması gerekmektedir. Alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borç ilişkisinin doğmuş olması, mevcut borca katılmanın gerçekleşebilmesi açısından yeterli değildir. Aynı zamanda bu borç ilişkisinin hükümlerinin de doğmuş olması gerekir.

2- Eş Zamanlı Borca Katılma

Alacaklı ile borca katılanın borca katılma hususunda ilk borcun doğumundan önce anlaşmaları mümkündür. Bu durumda borca katılma ilk borçla aynı anda doğmaktadır. Eş zamanlı borca katılma, ilk borç ile borca katılmanın aynı anda doğmasını; bir diğer deyişle ilk sözleşme ile borca katılma sözleşmesinin aynı anda kurulmasını ifade etmektedir¹⁷². Eş zamanlı borca katılma, simultane (aynı anda) borca katılma tabiriyle de ifade edilmektedir¹⁷³. Eş zamanlı borca katılmada iki ayrı sözleşme aynı metinde toplanmaktadır. Bunlardan biri, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan sözleşme; diğeri ise, alacaklı ile borca katılan arasındaki borca katılma sözleşmesidir. Bu durumda alacaklı, borca katılan ve ilk borçlunun üçünün

¹⁷² EREN, Genel Hükümler, s. 1255; ALTAY, Borca Katılma, s. 84.

¹⁷³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 286, Rdn. 3642.

birden sözleşme kurma iradesi aranacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki; borca katılanın sadece borçtan sorumlu olduğu sözleşmede açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde borca katılan üçüncü kişi de, borç ilişkisinin “taraf”ı haline gelip bu borçtan “taraf” sıfatıyla sorumluluğu gündeme gelebilir. Üçüncü kişinin borç ilişkisine taraf sıfatıyla dahil olması ise, borca katılmanın niteliğiyle bağdaşmayan bir durumdur. Bu ihtimali ortadan kaldırmak için en uygun çözüm, borca katılma sözleşmesi ile ilk sözleşmenin ayrı metinlerde yapılmasıdır¹⁷⁴.

3- Gelecekte Doğacak Bir Borca Katılma

Borca katılma sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için; hukuken mevcut ve geçerli bir borcun varlığı gerekmektedir. Ancak gelecekte doğacak borçlara katılmanın mümkün olduğu hususu, bazı yargı kararlarında yer bulmakta ve doktrinde kabul görmektedir¹⁷⁵. Gelecekte doğacak bir borca katılma, ancak sözleşmenin kurulduğu anda borcun belirlenebilir olması şartı ile mümkündür¹⁷⁶. Bu şekilde kurulan bir borca katılma sözleşmesinin tarafları, gelecekte doğacak borcun alacaklısı ve borca katılındır. Gelecekte doğacak bir borca katılma durumunda, borca katılma sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için, ilk borç ilişkisinden doğan borcun geçerli bir şekilde ortaya çıkması gerekmektedir. Gelecekte doğacak borca katılma durumunda, bir geciktirici şart söz konusudur. Bu sebeptendir ki borca katılma sözleşmesinin hüküm ifade etmesi, bu geciktirici şartın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Aksi takdirde, borca katılma sözleşmesi de geçersizlik yaptırımına tabi kılınacaktır¹⁷⁷.

D- Tam - Kısmi Borca Katılma

Borca katılmada borca katılan, ilk borç ilişkisinden doğan borcu ilk borçlu ile birlikte alacaklıya ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir. Dolayısıyla borca katılanın borcunun kapsamı, ilk borçlunun borcunun kapsamıyla aynı olmaktadır. Genel kural bu

¹⁷⁴ Bu konuda genel açıklamalar için, bkz. **ALTAY**, Borca Katılma, s. 84-85.

¹⁷⁵ **EDENFELD**, s. 1034; **MADAUS**, s. 157.

¹⁷⁶ **EDENFELD**, s. 1034; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 117.

¹⁷⁷ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 83-84.

olmakla birlikte, borca katılanın sorumluluğu ilk borçlunun sorumluluğundan daha dar bir şekilde kararlaştırılabilir. Bu durumda borca katılan, borcun sadece kararlaştırılan kısmından sorumlu olacaktır. Bu şekilde yapılan borca katılmayı “kısmi borca katılma” şeklinde ifade etmek mümkündür¹⁷⁸. Borca katılan, ilk borçlunun borcuyla aynı içerikte bir yükümlülük altına giriyorsa, bu durumda da, “tam borca katılma”dan söz etmek mümkün olacaktır.

E- Bir Genel İşlem Şartı Olarak Borca Katılma

Katılan ile alacaklı arasında yapılan borca katılma sözleşmesinin genel işlem şartı niteliği taşıması mümkündür¹⁷⁹. Ancak bu nitelikteki borca katılmanın geçerli bir şekilde yapılabilmesi için genel işlem şartını içeren sözleşmede borca katılmaya dair hükmün varlığına özel bir vurgu yapılması gerekmektedir¹⁸⁰. Genel işlem şartları, TBK m. 20 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanunda genel işlem şartları, “...bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri...” şeklinde tanımlanmıştır¹⁸¹. Tanımdan yola çıkarak genel işlem şartının varlığını kabul edebilmemiz için sözleşmenin taşıması gereken unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Bir sözleşmenin hükümlerinin mevcut olması, önceden tek taraflı hazırlanması, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanma amacı, bir tarafın diğer tarafa sözleşmenin kuruluşu aşamasında bu şartları sunması¹⁸². Genel işlem şartlarının geçerli olabilmesi TBK m. 21-25 arasında düzenlenen yürürlük, yorum ve içerik denetiminden geçmesine

¹⁷⁸ **TURAN BAŞARA**, s. 436.

¹⁷⁹ **BYDLINSKI**, Peter, Münchener Kommentar zum BGB, B. 2, Schuldrecht AT, §§ 241-432, Verl. C.H. Beck, 6. Aufl., München 2012, s. 2807-2808, Vor § 414, Rdn. 14.

¹⁸⁰ **BYDLINSKI**, Vor § 414, s. 2807, Rdn. 14.

¹⁸¹ Genel işlem şartları kavramı hakkında değişik tanımlamalar için, **YELMEN**, Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 47 vd.

¹⁸² Genel işlem şartlarının unsurları hakkında, **ATAMER**, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. f. I (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 13-19; **YELMEN**, s. 51-59.

bağlıdır¹⁸³. Dolayısıyla borca katılmanın bir genel işlem şartı olarak kabul edildiği durumlarda, bu şartın içerik denetiminden geçebilmesi, kullanıcının haklı bir menfaatinin olması ve sorumluluğun maddi olarak sınırlandırılmasıyla mümkündür¹⁸⁴. Doktrinde bir görüşe göre, böyle bir şart şaşırtıcıdır¹⁸⁵ ve TMK m. 2'ye dayalı olarak dahi içerik denetiminden geçmesi mümkün değildir¹⁸⁶. Ayrıca borca katılanın tüm mevcut ve gelecek yükümlülüklerine katılması beklenemez¹⁸⁷. Bu sebeple bu şekilde bir genel işlem şartı kabul edilemez.

¹⁸³ **ATAMER**, s. 26 vd.; **YELMEN**, s. 81 vd.

¹⁸⁴ **BYDLINSKI**, Vor § 414, s. 2807, Rdn. 14.

¹⁸⁵ Yazarın burada şaşırtıcı genel işlem koşullarını kastedip kastedmediği anlaşılamamıştır. **ŞENER**, s. 1289. Şaşırtıcı genel işlem koşullarının sözleşme hükümleri ile ilişkisi hakkında, **ŞEKER**, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 42 vd.

¹⁸⁶ **ŞENER**, s. 1289.

¹⁸⁷ **BYDLINSKI**, Vor § 414, s. 2808, Rdn. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

BORCA KATILMANIN BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I- BORCA KATILMANIN TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ İÇİNDEKİ YERİ

Borca katılma sözleşmesi, bir ilk borcun varlığına dayanılarak borca katılan ile alacaklı ya da ilk borçlu arasında yapılan bir teminat sözleşmesidir. Teminat kavramı genel olarak, bir hakkın güvenceye alınması anlamında kullanılmaktadır¹. Teminat kavramı teminat sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, başka bir sözleşmede ya da bir kanun hükmünde fer'i teminat yükümlülükleri şeklinde de yer alabilir². Teminat sözleşmesi, bir kimsenin başkasının uğrayabileceği tehlikeyi kendi üzerine almasına imkân tanıyan sözleşmelerdir³. Bir başka tanıma göre teminat sözleşmesi, borcun konusu, alacak için teminat göstermek olan sözleşmelerdir⁴.

Teminat sözleşmeleri, teminat konusu değere ve bu değer üzerinde alacaklıya tanınan hakkın niteliğine göre kişisel teminat sözleşmesi ve ayni teminat sözleşmesi ayrımına tabidir. Alacaklısına kişisel güvence veren teminat sözleşmeleri, kişisel teminat sözleşmeleridir⁵. Bu tür teminat sözleşmelerinde alacaklının alacağı tahsil edebilmek için öncelikli olarak yararlanabileceği belirli bir eşya yoktur. Kişisel teminat, alacaklıya asıl borçlunun malvarlığının yanında teminat verenin malvarlığına da başvurabilme imkânı sağlamaktadır. Başlıca kişisel teminat sözleşmeleri; kefalet, garanti, sigorta sözleşmesi, itibar emri ve akreditif olarak sıralanabilir⁶. Borca katılma, genel kabul gören görüşe göre, bir kişisel teminat sözleşmesidir⁷. Nitekim borca

¹ YENİCE, A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 4.

² TANDOĞAN, Cilt II, s. 686; YENİCE, s. 4.

³ TANDOĞAN, Cilt II, s. 684.

⁴ von TUHR, s. 129.

⁵ TANDOĞAN, Cilt II, s. 689; YENİCE, s. 6.

⁶ YENİCE, s. 9-16.

⁷ MADAUS, s. 264; ZENGİN, s. 57, TURAN BAŞARA, s. 424; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 17; ŞENER, s. 1279; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21.

katılanın bu ilişkideki amacı, ilk borçlunun edimini onunla birlikte üstlenerek alacaklıya teminat vermektir. Aynı teminat sözleşmeleri ise alacaklıya aynı nitelikte teminat sağlayan sözleşmelerdir. Aynı teminatların en sık karşılaşılan örneği, rehindir.

Bu başlık altında, sahip olduğu kişisel teminat sözleşmesi niteliğinden dolayı borca katılmanın kefalet ve garanti sözleşmelerinden farklılıkları inceleme konusu yapılacak olup; bu kavramlarla gösterdiği benzerliklere de değinilecektir. Ayrıca bu kavramlar hakkında genel nitelikte bilgiler verilecektir. Bu kapsamda kanuni düzenlemelere bağlı kalmaya çalışarak, kavramın borca katılmayla ilişkisi çerçevesinde açıklamalarda bulunulacaktır.

A- Borca Katılma ve Kefalet

1- Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi, TBK'nın "*Özel Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci kısmının 15. bölümünde m. 581-603 arasında düzenlenmiştir. Kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer alan⁸ kefalet sözleşmesinin tanımının yapıldığı m. 581'e göre; "*kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*" Anılan hükümde kefalet sözleşmesi, borcun tüm kaynaklarını kapsayacak şekilde tanımlanmıştır⁹. Bu itibarla teminat altına alınan borç bir sözleşmeden doğabileceği gibi; haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da borç doğurucu herhangi bir sebepten de doğabilir¹⁰. Kefalet sözleşmesi ancak mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir (TBK m. 582/I). Kefalet sözleşmesinin kurulması için gereken bu borcun yokluğu, kefalet sözleşmesinin de geçersizliği

⁸ FOUNTOLAKIS, Christiana, "İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, Çev.: Mine Tan Dehmen, s. 310; BİLGİN, s. 1; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 6.

⁹ DEVELİOĞLU, Kefalet -Borca Katılma Ayrımı, s. 294.

¹⁰ Kefaletin tanımına yer verilen eBK m. 483'te teminat verilecek borcun, "akdedilmiş" bir borç olmasından bahsedilmekteydi. Ancak bu düzenlemeye rağmen teminat altına alınan borcun sadece sözleşmeden doğan bir borç niteliğinde olması aranmamakta, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara da kefil olmak suretiyle teminat verilebileceği kabul edilmekteydi. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1397; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1996, s. 13; BİLGİN, s. 3.

sonucunu doğurmaktadır. Şekle aykırılık, imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık gibi sebepler borcun geçersizliği sonucunu doğuran sebeplerdendir. Kefaletin kurulması için gerekli olan bu mevcut ve geçerli borç, kefaletin devamı ve hükümlerinde de aranır. Bu niteliği kefalet sözleşmesinin en belirgin özelliği olan fer’iliğin bir sonucudur¹¹. Kefalet sözleşmesinden doğan borcun fer’i nitelik göstermesi nedeniyle, borcuna teminat verilen kişi “asıl borçlu”dur¹². Kefil, asıl borçlunun sahip olduğu tüm def’i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir (TBK m. 591/I). Hangi sebeple olursa olsun, asıl borcun sona erdiği durumlarda, kefilin sorumluluğu da sona erer¹³ (TBK m. 598/I). Fer’ilik niteliğine bağlanan tüm bu sonuçlar için doktrinde “*kefalet, esas borcun kaderini takip eder*” ibaresi kullanılmaktadır¹⁴.

Kefil, kefalet sözleşmesi nedeniyle sorumlu olduğu borçtan aslen değil, ikinci derecede sorumludur. Ancak bu husus tüm kefalet türleri için geçerli değildir. Keza müteselsil kefalette kefilin tali nitelikteki sorumluluğunun kalktığı ifade edilmektedir¹⁵. Bir başka deyişle kefilin adi kefalette olduğu gibi borçtan ikinci derecede sorumluluğu doğabileceği gibi; müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk altına girmesi durumunda, asıl borçluyla aynı derecede sorumluluğu da söz konusu olabilir¹⁶.

TBK ile kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin olarak getirilen bu değişikliklerin en önemli sebebi, kefilin koruma amacıdır¹⁷. Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olduğu azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz (TBK m. 583/I). TBK m. 583/I’in karşılığını oluşturan eBK m. 484’te kefilin sorumlu olduğu “azami miktar” ibaresi yerine “muayyen miktar” kavramına yer verilmişti. Türk

¹¹ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 295; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 86.

¹² **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 294.

¹³ Asıl borç sona ermemekle birlikte, kefilin sorumluluğunun sona ermesine neden olan durumlar hakkında, bkz. **ÇINAR**, Ömer; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 7.

¹⁴ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 87.

¹⁵ **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. ; **DOĞAN**, Gözde, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 21.

¹⁶ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 91.

¹⁷ **YAVUZ**, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 69.

kanun koyucusu, OR Art. 493'ün aksine¹⁸, kefalet sözleşmesi için herhangi bir ayırım yapmaksızın, sadece yazılı şekil şartı öngörmüştür. Burada belirtilen şekil, adi yazılı şekildir¹⁹. TBK'nın kefaletin şekline ilişkin olarak getirdiği bir diğer yenilik, kefilin sorumlu olduğu azami miktarı ve kefalet tarihini kendi el yazısıyla belirtmesi zorunluluğudur. Bu hüküm eBK döneminde uygulamada görülen bazı sakıncaları gidermek amacıyla getirilmiştir. Şöyle ki; eBK döneminde de kefalet sözleşmesi için yazılı şekil şartı aranmasına rağmen; sözleşme düzenlenirken kefilin sorumluluğu ile ilgili yerler boş bırakılmakta, bu boşluklar takip ve dava aşamasında doldurulmakta, böylece kefil korunmasız bırakılmaktaydı. Diğer yandan kefil sorumlu olduğu miktarı ancak bu dava ve takip aşamasında öğrenmekteydi. Bu olumsuz durumların önüne geçmek isteyen kanun koyucu, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın ve kefalet tarihinin kendi el yazısıyla yazılması gerektiği hususunu düzenlemiştir. Söz konusu şekil zorunluluğu “nitelikli adi yazılı şekil” olarak değerlendirilir²⁰. Kefalet sözleşmesi

¹⁸ İsviçre Hukuku'nda kefalet sözleşmesi 1941 yılında yapılan değişikliklerle çok sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bunun sebepleri; kanun koyucunun kefil girdiği sorumluluk konusunda uyararak onun bu sözleşmeyi düşünmeden yapmasına engel olmak, böylece kefilin menfaatlerini koruma düşüncesidir. OR Art 493'te kefalet için; basit yazılı şekil, nitelikli yazılı şekil ve resmi şekil olmak üzere üç farklı şekil şartı öngörülmüştür. Tüzel kişiler tarafından yapılan kefaletler basit yazılı şekle tabi iken; gerçek kişilerin yaptığı kefalet 2000 İsviçre Frangı'nın altındaysa nitelikli yazılı şekil, üstüneyse resmi şekil şartı aranmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için, **BARLAS**, Nami, “Kefaletin Şekline İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *GSÜHFD*, 2006/1, s. 7-8; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 295-296; **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 150 vd.; **BURCUOĞLU**, Haluk, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 281; **FOUNTOULAKIS**, s. 313 vd; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 450 vd.

¹⁹ **BERKİ**, Şakir, “Türk Hukukunda Kefalet”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Anısına Armağan, Ankara 1958, s. 16; **BARLAS**, Kefalet, s. 5; **YAVUZ**, Cevdet, “Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri”, *MÜAAD*, Y.:2004, C.:12, S.:1-2, s. 28; **KIRCA**, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni”, *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara 2006, s. 443; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331. Kefalet sözleşmesinin en azından adi yazılı şekilde yapılması gerekliliği hakkında, **AYRANCI**, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, Y.:2004, C.:53, S.:2, s. 101.

²⁰ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1418; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 352; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 262; **BAŞ**, s. 130; **KAVAK**, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015, s. 191;

için aranan şekil kuralları, yalnızca sözleşmenin kurulması aşamasında uyulması gereken kurallardan ibaret değildir. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için de, kefalet için uyulması gereken şekil kuralları öngörülmüştür (TBK m. 583/III)²¹.

Kefalet sözleşmesi yapabilmek için, tam ehliyetli olmak gerekmektedir. Tam ehliyetli gerçek kişiler²², TBK m. 583 ve 584'teki şartları yerine getirerek serbestçe kefil olabilirler. Kefalette eşin rızasını düzenleyen m. 584, eBK'da olmayan, yeni ihdas edilmiş bir hükümdür. Eşlerin evlilik hayatını koruma amacıyla hukuki işlem özgürlüklerine getirilen kısıtlamalardan biri olan TBK m. 584, ailenin ekonomik geleceği bakımından tehlike yaratacak kefaletlerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır²³. Anılan hükme göre; *“eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.”* Bu hüküm uyarınca eşlerden birinin kefil olabilmesi için, diğer eşin yazılı rızasını²⁴ almak gerekmektedir. Bu sebeptir ki, TBK m. 584 eşlerin fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliğine sahiptir²⁵. Hükümün emredici niteliğinden dolayı aksinin kararlaştırılması ya da bu haktan feragat mümkün değildir. Hükümde, izni aranacak eş bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Kocanın kefil olması durumunda karının izni aranacağı gibi, karının kefil olması durumunda da kocanın iznine

GÜNDÜZ, Ş. Deren, Kefalet Sözleşmesinin Şekli, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015s. 20; **AYAN**, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 157.

²¹ Düzenlemenin yerindeliği hakkında; **ALTOP**, Atilla, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 156-157.

²² Tüzel kişilerin kefil olma ehliyetleri hakkında; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 62-63; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 53 vd; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 349-350.

²³ Eşler arasında eşitliği sağlamayı amaçlayan 4721 sayılı TMK bazı istisnai durumlarda eşlerin hukuki işlem ehliyetinin sınırlanabileceğini özel hükümlerle düzenlemiştir. Hatır kefaletleri gibi durumlarda, eşlerin ekonomik geleceği tehlikeye düşmekte, aile hayatlarında sıkıntılar olabilmektedir. Bu olasılıkları engellemek isteyen kanun koyucu TBK’da kefalet sözleşmesi için eşin rızasını özel olarak düzenlemiştir. **ÖKTEM ÇEVİK**, Seda, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Y.:2013, C.:8, S.:89-90, s. 114-15.

²⁴ Eşin yazılı rızasının adi yazılı şekle tabi olduğu hakkında, **BAŞ**, s. 122.

²⁵ **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 438.

başvurulacaktır. TBK m. 584'ün uygulanması hususunda, eşler arasında hangi mal rejiminin benimsendiği de önem arz etmemektedir²⁶. Dolayısıyla mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça ya da eşler yasal olarak ayrı yaşama hakkına sahip olmadıkça²⁷ kefalette diğer eşin izni alınmak zorundadır. Önemle belirtmek gerekir ki; kefalet sözleşmesinde eşin izni yalnızca kendi adına yaptığı sözleşmelerde aranmakla birlikte, bu iznin en geç sözleşmenin kurulması aşamasında verilmesi gerekmektedir. İznin verilmesi anına ilişkin olarak bu şekilde sınırlama getirilmesinin nedeni; icazet yolunun kapatılarak eşin kefaletle rıza göstermesi için olası baskıların önüne geçmektir²⁸. İzin beyanı kefalet senedinde yer alabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de iznin verilmesi mümkündür. Doktrinde bir görüşe göre; diğer eş kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesini imzalasa dahi, bunu izin olarak yorumlamak gerekir²⁹. TBK m. 584/II'de eşin izninin gerekmediği durumlar gösterilmiştir. Buna göre; *“kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”* Görüldüğü üzere, anılan hükümde belirtilen bu istisnalar, kefilin durumunu ağırlaştırmayan durumlardır. Kefili koruma amacıyla hareket eden kanun koyucu, kefilin hukuki durumunu ağırlaştırmayan bu hallerde eşin iznini aramamaktadır.

Kefalette eşin izni konusunda son olarak üzerinde durulması gereken husus, 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile eklenen 3. fıkra düzenlemesidir. Kefalette eşin rızasını öngören hüküm, iş dünyasında ticaret hayatını olumsuz yönde etkileyeceği nedeniyle eleştiri konusu olmuştu³⁰. Anılan değişiklik sonucu eklenen hükme göre; *“ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek*

²⁶ **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 439; **ÖKTEM ÇEVİK**, s. 117.

²⁷ Hakim kararı olmaksızın eşlerin fiilen ayrı yaşadıkları durumda, diğer eşin izninin aranacağı hususunda, **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 439.

²⁸ **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 447; **ÖKTEM ÇEVİK**, s. 126.

²⁹ **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 445.

³⁰ **DEVELİOĞLU**, H. Murat, “6455 Sayılı Kanun'un 77. Maddesi Uyarınca Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası İle 584. Maddesine Eklenen Hüküm”, <http://www.erdem-erdem.com/articles/6455-sayili-kanunun-77-maddesi-uyarinca-borclar-kanununun-kefalet-sozlesmelerinde-esin-rizasi-ile-584-maddesine-eklenen-hukum/>, ERIŞİM: 20.06.2015.

kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.” Görüldüğü üzere kanun koyucu, kefaletin olumsuz sonuçlarından aile birliğini korumak isterken, ticari hayatın aksamaması için eşin rızasının aranacağına ilişkin hükmü yumuşatmıştır³¹. Bu hükmün mehzazı OR Art. 494/II’dir. Ancak OR Art. 494/II, 1 Aralık 2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır³². İsviçre’deki bu değişikliğin kanun koyucu tarafından dikkate alınmaması farklı şekillerde yorumlanabilir³³. Nitekim TBK henüz tasarı halindeyken, söz konusu değişiklik, İsviçre’de kanunlaşmıştı. İsviçre’deki bu değişikliğin TBK’ya neden yansıtılmadığı ile ilgili bir açıklamaya gerekçede de yer verilmemiştir. Kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartları, geçerlilik şartları olup³⁴, eşin izni alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi, kesin hükümsüzdür. Nitekim kefalette eşin izni en geç sözleşme kurulurken alınmalıdır. Kefalete sonradan icazet vermek mümkün değildir³⁵.

Kefaletin uygulama alanını düzenleyen TBK m. 603; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, her ne ad altında olursa olsun gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmelere de

³¹ **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 215.

³² “İsviçre kanun koyucusuna göre, bir kimsenin ticaret siciline kayıtlı olması kefaletin sonuçlarını görebilmek için tek başına yeterli sebep olamaz. Eğer bu kimse şirketin ekonomik durumunu doğru ve nesnel bir biçimde değerlendiremez ise kefaletin aile için olumsuz sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bu sebeplerden dolayı, gerçek kişi tarafından verilen kefaletin her halükarda eşin rızasına tabi olması gerekir.” **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 299; **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 455-456.

³³ **BARLAS**, Kefalet, s. 16. Yazar bu değişikliğin Komisyon tarafından gözden kaçırıldığı düşüncesindedir.

³⁴ Kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarının ispat şartı olmayıp, geçerlilik şartı olduğu yönünde; **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 98; **YAVUZ**, Kefalet Sözleşmesi, s. 28; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1408; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 144.

³⁵ **ÖKTEM ÇEVİK**, s. 127; **BAŞ**, s. 122.

uygulanacağını hüküm altına almıştır. Anılan hükümle gerçek kişiler, kanunun kefil koruyucu hükümlerinden yararlanabileceklerdir³⁶.

2- Borca Katılma - Kefalet Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayırımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir. Nitekim uygulamada sık sık birbirleriyle karıştırılan bu sözleşme tiplerinin benzer özelliklerinin belirlenmesi, neden bir karışıklığın meydana geldiği sorusunun da cevabı niteliğinde olacaktır.

İlk olarak borca katılma da kefalet sözleşmesi de ancak mevcut ve geçerli bir borcun varlığına dayanılarak yapılabilir. Hukuken mevcut ve geçerli bir borcun olmaması, kefalet sözleşmesinin ve borca katılmanın geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu husus her iki sözleşme için de, kanunda, “*mevcut bir borç*” ibaresi kullanılarak hüküm altına alınmıştır (TBK m. 201/I; TBK m. 582/I).

Kefalet sözleşmesi ve borca katılmanın benzerlik gösterdiği bir diğer husus, borcun kaynakları bakımındadır. Her iki sözleşme de başka bir sözleşmeden doğan borca dayanarak yapılabileceği gibi; sebepsiz zenginleşme, haksız fiil gibi herhangi bir borç doğurucu nedene dayanılarak da yapılabilir³⁷. Dolayısıyla bu sözleşmelerin yapılabilmesi için, ilk borcun hangi kaynaktan doğduğu önem arz etmemektedir.

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ekonomik amaç bakımından büyük oranda benzerlik göstermektedirler³⁸. Nitekim alacaklının hukuki durumunu güçlendiren her iki müessesenin de amacı; alacaklıya borçlunun yanında üçüncü bir kişiye karşı talepte bulunma imkanı sağlamaktır.

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi kararlaştırılabilecek sorumluluğun kapsamı bakımından da benzerlik gösterirler. Buna göre, borca katılan ya da kefil asıl borç için

³⁶ Düzenlemenin çok yerinde bir düzenleme olduğu hakkında; **ALTOP**, s. 160.

³⁷ Birinci Bölüm, II, B, 1; İkinci Bölüm, II, A, 1.

³⁸ **TURAN BAŞARA**, s. 430.

tamamen ya da kısmen sorumluluk altına girebilirler. Kefil ya da borca katılan asıl borcun tamamı için teminat verebilecekleri gibi, bir kısmı için de teminat verebilirler³⁹.

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi, birer kişisel teminat sözleşmesi niteliğine sahip sözleşmelerdir⁴⁰. Her iki sözleşme de alacaklıya, asıl borçlu dışında bir üçüncü kişiye karşı ek bir talep ileri sürme hakkı sağlar⁴¹.

Son olarak önemle hatırlatmak gerekir ki; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, her ne ad altında yapılsa yapılsın, gerçek kişilerce yapılan kişisel teminat sözleşmelerine de uygulanacaktır (TBK m. 603) . Borca katılma da bu madde kapsamında olan kişisel teminat sözleşmelerinden biridir. Dolayısıyla ehliyet ve şekil kuralları yönünden borca katılma ve kefalet sözleşmesi aynı hükümlere tabi sözleşmelerdir. Böylece gerçekte kefalet sözleşmesi yapılmak istenmiş, ancak kanunun kefalet için öngördüğü şekil kurallarına uyulmamışsa, bu sözleşmenin borca katılma olarak yorumlanması engellenmiştir⁴². Bir başka ifadeyle geçersiz bir kefaletin borca katılmaya tahvil edilmesi mümkün değildir⁴³.

3- Borca Katılma - Kefalet Ayrımında Kabul Edilen Kıstaslar

a- Aslilik - fer'ilik kıstası

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında ilk olarak ele alacağımız kıstas, aslilik – fer'ilik kıstasıdır. Aslilik – fer'ilik kıstası, borca katılma ve kefalet sözleşmesinde teminat verenin yükümlülüğü esas alınarak yapılan ayrıma dayanır⁴⁴. Bu kıstasa göre; teminat veren, asıl borca bağlı bir borç altına girmekteyse, burada kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir. Kefaletin en belirgin ve ayırıcı özelliği, fer'i

³⁹ **YILMAZ**, Merve, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, *TBBD*, 2011/97, s. 160.

⁴⁰ Birinci Bölüm, II, C; İkinci Bölüm, II, A, 1.

⁴¹ **ŞENER**, s. 1299.

⁴² **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 312-313.

⁴³ **BUCHER**, AT, s. 588; **BUSSERT**, s. 310; **ŞENER**, s. 1300.

⁴⁴ **ZENGİN**, s. 68.

bir niteliğe sahip oluşudur⁴⁵. Teminat veren, asıl borçtan bağımsız bir borç altına girmekteyse, bu durumda, borca katılmanın mevcudiyetinden bahsedilecektir⁴⁶. Dolayısıyla kefilin borcu her zaman için fer'i bir nitelik taşımaktayken⁴⁷, borca katılanın borcu her zaman için asli bir borç niteliği gösterir⁴⁸. Bir başka deyişle kefil yabancı bir borç için asıl borçlu yararına kefalet borcu altına girmekteyken, borca katılan asıl borçtan bağımsız ve asli bir yükümlülükle borç altına girmektedir⁴⁹. Bu husus Alman Yüksek Mahkemesi kararlarında da ifade edilmektedir⁵⁰. Bağımsız bir sözleşme olan borca katılma yalnızca doğuş anı bakımından fer'i bir nitelik gösterir⁵¹. Doğuş anındaki bu fer'ilik, borca katılanın yükümlülüğünün bağımsız niteliğine zarar vermez.

Bazı durumlarda bu ayrımı yapmak güçtür. Kefil ile borca katılanın hukuki konumunun birbirine en çok yaklaştığı durum, müteselsil kefalet sözleşmesidir.

⁴⁵ **YAVUZ**, Kefalet Sözleşmesi, s. 22; **REİSOĞLU**, Seza, "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", *AÜHFD*, Y:1962, C:19, S:1, s. 329.

⁴⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 592; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 697; **UYGUR**, s. 1165; **ŞENER**, s. 1299; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 149.

⁴⁷ "İkincillik, kefaletin bütün türlerinde az veya çok ortaya çıkar. Alacaklının önce esas borçluyu takip ve mevcut rehinleri değerlendirme zorunluluğu dikkate alınır, adi kefilin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olduğu açıkça anlaşılır. Zarara (açığın kapatılmasına) kefalette ikincillik en üst düzeydedir. ... Buna karşılık, müteselsil kefilin sorumluluğu bakımından ikincillik en alt düzeye iner. Ancak, ne olursa olsun, belirli oranda ikincillik yine de söz konusudur. ... O halde, kefaletin ikincilliği, kefalet açısından zorunlu bir unsur olarak, birincil bir sorumluluk doğuran borca katılmadan önemli bir farklılaşmaya yol açar ve her iki kurumun kavramsal sınırlarının çizilmesinde önemli bir rol oynar.", **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 11.

⁴⁸ **AKINTÜRK**, s. 88; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 11-12; **ZENGİN**, s. 69; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 768-769.

⁴⁹ **ZENGİN**, s. 72.

⁵⁰ **RGZ 90, 415, 417**: "Begrifflich scheidet sich die Bürgschaft ... von der Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) dadurch, dass sie das Entstehen für eine fremde Schuld als eine der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinzutretende (akzessorische) Verpflichtung enthält ..., die Schuldmitübernahme (dagegen) die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners unabhängigen Verpflichtung zum Gegenstande hat." **REINICKE**, Dietrich/**TIEDTKE**, Klaus, Bürgschaftsrecht, Carl Heymanns Verl., 3. Aufl., München 2008, s. 13, Rdn. 36.

⁵¹ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 305; **ŞENER**, s. 1299; **UYGUR**, s. 1165; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 11-12; **ZENGİN**, s. 69.

Müteselsil kefaleti düzenleyen TBK m. 586'ya göre; “kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir.” Görüldüğü üzere, burada, borca katılma sözleşmesine çok benzer bir durum ile karşılaşılmaktadır. Şöyle ki; müteselsil kefalette alacaklı alacağını ister ilk borçludan isterse de müteselsil kefilden talep edebilecektir. Doktrinde, bu nedenle, müteselsil kefalet sözleşmesinin taşıdığı fer’ilik/ikincilik niteliği farklı şekillerde dile getirilmiştir⁵². Ancak önemle belirtmek gerekir ki; burada, her ne kadar kefilin sorumluluğu birincil bir sorumluluk⁵³ gibi görünse de, sorumluluk ikincil bir sorumluluktur⁵⁴. Nitekim TBK m. 586/I, c. 2 düzenlemesi ile müteselsil kefilin ikincil niteliği daha belirgin bir hale getirilmiştir⁵⁵. Şöyle ki, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için; “...borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir”. Anılan hükme göre; asıl borçlu hakkında takip yapılmadan kefil hakkında takip yapılabilmesi için, esas borçlunun ifada gecikmiş olması gerekmektedir. Ayrıca ifada geciken borçluya sonuçsuz kalan bir ihtar yapılması gerekir. Ancak ifada geciken borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumunda, ihtar çekilmeksizin müteselsil kefile başvurulabilir. Bu sebeptendir ki, müteselsil kefilin sorumluluğu da niteliği itibariyle ikincil bir sorumluluktur. TBK

⁵² **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1435. Yazar; kefilin sorumluluğunun tali niteliğinin müteselsil kefalette zayıflamış olduğunu; ancak fer’i niteliğin aynı kaldığını ifade etmiştir. **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 169. Yazar müteselsil kefalette tali niteliğin ortadan kalktığını belirtmektedir. Aynı yönde; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 41. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 305. Yazara göre; müteselsil kefalet sözleşmesinde, kefilin ikincil sorumluluğu en alt seviyeye iner. **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 385. Yazar müteselsil kefalette taliliğin sorumluluk boyutuyla “yumuşatıldığını”, ancak edim boyutuyla taliliğe ve fer’i niteliğe dokunulmadığını dile getirmiştir.

⁵³ Müteselsil kefilin borcunun tali nitelik taşımadığı hakkında, **ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 483-484.

⁵⁴ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1435; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 304.

⁵⁵ **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 16; **AYAN**, s. 272. *Acar* eBK döneminde müteselsil kefaletin tali niteliğinin daha az belirgin olduğunu belirterek, bu niteliğin göstergesi olarak alacaklının asıl borç muaccel olmadan kefile başvuramamasına işaret etmektedir. TBK düzenlemesiyle müteselsil kefil sorumluluk bakımından adi kefile yaklaştırılmıştır. Bir başka ifadeyle yeni düzenleme, müteselsil kefilin sorumluluğunun asıl borçluya göre tali nitelikte olduğu hususunu daha ön plana çıkaran bir düzenlemedir.

Tasarısı'nda⁵⁶ farklı bir şekilde kaleme alınan bu düzenlemenin mehzaz hükmü OR Art. 496⁵⁷ ile uyumu sağlanarak kanunlaşmış bulunmaktadır. Hükmün bu şekilde kanunlaşması, müteselsil kefaletin ikincil niteliğinin belirginleşmesi açısından isabetli olmuştur⁵⁸.

Bazı durumlarda ise bu ayrımı yapmak daha kolaydır. Örneğin ilk borçlunun borçtan kurtulması amacıyla bir üstlenme sözleşmesi yapılarak, her iki borçlu da, malvarlığı veya ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, kanundan ötürü belirli bir süre borçlardan müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olurlarsa, burada borca katılmanın varlığı şüphesizdir. Yine “Alacaklı (A) öncelikle borçlu (B)’ye başvuracak; ancak buna rağmen tatmin edilemezse borcu ben ödeyeceğim.” şeklindeki bir beyanda fer’ilik niteliği ön plana çıkmaktadır ve burada bir kefaletin varlığı kabul edilir⁵⁹. *Tekinay*’a göre teminat veren belirli bir tarihte belirli bir miktar para ödeyeceğini belirtirse, bu durumda, ilk borçludan bağımsız olarak bir borç altına girdiğini kabul etmek gerekir⁶⁰. Görüldüğü

⁵⁶ **TBK Tasarısı m. 586/I:** “*Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilî takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.*” Tasarıdaki bu ifadedden çıkan anlam şu şekilde değerlendirilmiştir: Müteselsil kefile başvurulabilmesi için borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması ya da ifade geciken borçluya sonuçsuz kalan bir ihtar çekilmesi gerekir. Bu durumda açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan borçlu ödemede gecikmiş olmasa bile müteselsil kefile başvurulabilecektir. Ancak borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması, ifade gecikme olmadığı sürece müteselsil kefile başvurulabilmesi için bir sebep oluşturmaz. Açıklamalar için, bkz. **ÖZEN**, Burak, “Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme”, EÜHFD, Y.:2006, C.:X, S.:3-4, s. 478.

⁵⁷ Bu hükme göre; asıl borçlu hakkında takip yapılmadan müteselsil kefile başvurulabilmesi için; esas borçlunun ifade gecikmiş olması gerekir. Ödeme geciken borçluya sonuçsuz kalan bir ihtar çekilmesi de şarttır. Ödemede geciken asıl borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması durumunda, ihtara gerek kalmaksızın müteselsil kefile başvurulabilir.

⁵⁸ **ÖZEN**, Müteselsil Kefalet, s. 479.

⁵⁹ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 317; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 110-111; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 21; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 24.

⁶⁰ **TEKİNAY**, s. 237.

üzere anılan kayıtlar, aslilik ve fer'ilik niteliklerinin saptanmasına yardımcı olmaktadır⁶¹.

Doktrinde bir görüşe göre; aslilik – fer'ilik kıstası, borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında kullanılacak tek kıstastır⁶². Bir başka görüş ise; bu kıstasın borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında kullanılacak başlıca teorik kıstas olduğunu ifade etmektedir⁶³. Diğer yandan bir başka görüş; aslilik – fer'ilik kıstasının sözleşmenin nitelenmesinde bir önem arz etmediğini, bu kıstasların niteleme yapıldıktan sonra sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağını tespitinde rol oynadığını savunmaktadır⁶⁴. **Develioğlu** bu görüşünü şu şekilde ifade etmiştir:

“... anılan farklılıklar daha ziyade niteliği belirlenen bir teminata hangi hükümlerinin uygulanacağını tespit edilmesi aşamasında önem arz ederler. Mesela, kefaletin fer'i ve ikinci derecede bir borç, borca katılmanın ise asli ve birinci derecede bir borç vücuda getirmesi somut bir olayda niteleme sorununu çözmede bir rol oynamaz; ancak niteleme yapıldıktan sonra hangi hükümlerin nitelenmiş teminata uygulanacağını belirlemeye yarar. Yoksa nitelik konusunda bir belirsizlik olduğunda bunun tespitinde bir etkilerinin olduğunu söylemek zordur. Nitelemenin amacı zaten teminatın asli bir yükümlülük mü, fer'i bir yükümlülük mü vücuda getirdiğini belirlemektir.”⁶⁵

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında aslilik – fer'ilik kıstasının sonuç vermediği durumlarda, sorumluluk altına girenin (katılanın veya kefilin) borç ilişkisindeki amacı araştırılmalıdır. Bu kapsamda yükümlünün bu ilişkinin devamında bir menfaatinin olup olmadığı konusu üzerinde durulabilir.

⁶¹ Aslilik ve fer'ilik niteliğinin saptanmasına hizmet eden göstergeler için, bkz. **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 21 vd.

⁶² **ALTAY**, Borca Katılma, s. 149.

⁶³ **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; **ARAL/AYRANCI**, s. 471.

⁶⁴ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 310.

⁶⁵ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 310-311.

b- Menfaat kıstası

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrimında ele alınacak bir başka kıstas, menfaat kıstasıdır. Menfaat kıstasına göre; teminat verenin bu ilişkide belirli bir ekonomik ya da hukuki menfaati varsa, borca katılmanın varlığı söz konusudur⁶⁶. Nitekim borca katılmada “katılanın menfaati” kurumun belirleyici özelliklerinden biridir⁶⁷. Bir başka ifadeyle borca katılmada, ilk borçlu ile katılan arasında bir “*menfaat birlikteliği*”⁶⁸ söz konusudur. Söz konusu menfaatin aranacağı an, katılma anıdır⁶⁹. Teminat veren, bu ilişkiye herhangi bir menfaati olmadan, özellikle hatır⁷⁰ için dahil olmaktaysa, bu takdirde kefaletin varlığından bahsedilecektir⁷¹. Bu kıstasın dayanağı; borca katılanın kefalette olduğu gibi ikincil bir sorumluluk altına girmeyi tercih etmeyip; belirli bir ekonomik ya da hukuki menfaati bulunduğu bahisle, borcu “kendi borcu yaparak”⁷² sorumluluk altına girmesidir⁷³. Bu husus İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Federal mahkeme bir kararında borca katılma

⁶⁶ **BUSSERT**, s. 310; **HEINRICHS**, § 414, s. 454; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331-332; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 19; **ZENGİN**, s. 74; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 25.

⁶⁷ 16 Eylül 2004 tarihli yayınlanmamış Federal Mahkeme Kararı, 4C.166/2004, g. 5.3, www.swisslex.ch (naklen, **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 314, dpn. 80.).

⁶⁸ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 316.

⁶⁹ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 314; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 21.

⁷⁰ Yargıtay kefalet sözleşmesinde, kefilin menfaati olmaksızın sorumluluk altına girmesini çoğunlukla hatır ilişkilerine dayandırmaktadır. **Yarg. 13. HD., T. 9.6.2005, E. 2005/3463, K. 2005/9750**: “...Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen, sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın amacına aykırı olarak yorumlanması yasanın yukarıda anılan hükmüne aykırılık teşkil eder. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 17 Kasım 1987 de verdiği bir kararda gerçek kişiler tarafından verilen garantilerin daha ziyade kefalet olarak görünmeleri gerektiğini ifade etmiştir.”

⁷¹ **REINICKE/TIEDTKE**, s. 15, Rdn. 43; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 707; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 315; **BİLGİN**, s. 108; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331-332; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 19; **ZENGİN**, s. 74; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 25.

⁷² “... Borca katılmanın varlığına hükmetmek için, katılanın alt operasyona katılmasında dolaysız ve maddi bir menfaati olması ve – karşı taraf tarafından anlaşılabilir bir şekilde – aynı lojmanda ortak oturulmasında, finansal kiralamaya konu aracın borca katılan tarafından kişisel amaçlarla kullanılmasında ve hatta ailenin ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere eşler tarafından birlikte ödünç alınmasında olduğu gibi, alacaklının karşı ediminden faydalanarak borcu ‘kendi borcu yapması’ gerekir.” (naklen, **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 314).

⁷³ **ZENGİN**, s. 75.

ve kefalet sözleşmesi arasındaki farklılığı şu şekilde ortaya koyar: “*Fer’i bir karakteri haiz kefalet ile bağımsız bir karakteri haiz borcun birlikte yüklenilmesi arasındaki farklılık şu belirtiye dayanır: Kefaletin tersine borca katılanın ilk borçlu ve alacaklı arasındaki sözleşme üzerinde özel ve anlaşılabilir bir menfaati vardır; bu menfaat sadece esas alacağın garanti edilmesinden ibaret değildir*”⁷⁴.

Teminat verenin menfaatinden anlaşılması gereken, doğrudan çıkar olarak değerlendirilebilecek faydalardır. Doktrinde bir görüşe göre, borca katılma açısından menfaat kapsamında teminat verenin dolaylı çıkarları değerlendirilmez⁷⁵.

Doktrinde menfaat kıstasının borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayırımında başvurulacak temel kıstas olduğunu ifade eden görüşler mevcuttur⁷⁶. Menfaat kıstası esasen bir yorum kuralıdır⁷⁷. Teminat veren hiçbir menfaati bulunmaksızın borca katılma sözleşmesi yapabileceği gibi, bir menfaate dayanarak kefalet sözleşmesi yapılması da mümkündür. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde bu tür sözleşmeleri akdedebilirler. Bu husus bir Federal Mahkemesi kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*borcun ifasında menfaati olma hususu borca katılmanın kaçınılmaz bir unsuru olmadığı gibi, böyle bir menfaatin bulunmasının da mutlaka her zaman için borca katılma karşısında bulunulduğunu göstermez.*”⁷⁸ Ancak teminat verenin menfaati, teminatın niteliğinin borca katılma olduğu hususunda kuvvetli bir belirti oluşturur⁷⁹. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, menfaatin varlığının, teminatın borca katılma olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli olmayacağını belirterek “*yüklenim altına girenin bu konudaki menfaati belirli ve birinci planda ise, bu halin borca katılmanın veya garantinin varlığı için olayın diğer özellikleri ile birlikte göz*

⁷⁴ ATF 129 III 702, 709 vd., g. 2.5 (naklen, **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 314, dpn. 83.).

⁷⁵ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 20-21.

⁷⁶ **ŞENER**, s. 1301; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 331.

⁷⁷ **ŞENER**, s. 1301; **TURAN BAŞARA**, s. 431; **ZENGİN**, s. 75.

⁷⁸ BGE 42 II 264, BGE 66 II 28 (naklen, **RESİOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 111.); **BİLGİN**, s. 108. Benzer yönde, BGE 81 II 520.

⁷⁹ **BARLAS**, Nami, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 962; **DEVELİOĞLU**, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 316.

önüne alınması gereken kuvvetli bir belirti oluşturacağı⁸⁰” sonucuna varmıştır. Bu sebeptendir ki menfaat kıstası, borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında tek başına yeterli olmayıp somut olay başka kıstaslar da dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁸¹.

c- İvazlılık - ivazsızlık kıstası

Genel olarak ivaz; “karşılık, karşı eda, karşı bedel” olarak tanımlanabilir⁸². Belirli bir ivaz karşılığında yapılan sözleşmeler, ivazlı sözleşme; bir ivaz karşılığında yapılmayan sözleşmeler ivazsız sözleşmelerdir. Bu farkın önemi; ivazsız sözleşmeler borçluya bir fayda sağlamadığından, hakim, borçlunun sorumluluğu konusunda yumuşak davranır⁸³ ve sözleşme sorumluluğunu daha hafif olarak değerlendirir (TBK m. 114). Kural olarak sadece kefile sorumluluk yükleyen⁸⁴ kefalet sözleşmesinin ivazsız olması fer’ilik gibi zorunlu ve ayırıcı bir unsur değildir⁸⁵. Nitekim kefalet sözleşmesi ile sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklının da bir yükümlülük altına girmesi mümkündür⁸⁶. Alacaklının bir karşı edim taahhüt ederek kefil ile akdettiği kefalet sözleşmesi, ivazlı kefalet sözleşmesi olarak tanımlanabilir. Bu takdirde kefalet sözleşmesi ivazlı olarak yapılmış olacaktır. Alacaklıya kanun tarafından yükletilen

⁸⁰ BGE 81 II 520: “Taahhüt altına girenin, borcun ifasında şahsi ve doğrudan doğruya menfaatinin bulunması vakıası, şüphesiz tek başına kefaletin reddine, buna karşılık müteselsil borçluluğun kabulüne imkan vermez. Böyle bir menfaat ilişkisi, bir birlikte borç üstlenme veya müteselsil borçluluğun varlığı için ne zorunludur, ne de tek başına yeterlidir. Ancak bu olaydaki gibi ön planda bir menfaatin bulunması bağımsız bir sorumluluğun varlığına işaret etmektedir. Vakıalar, iktisadi ve hukuki gayeler burada (B)’nin, (A)’nın yükümlülüğünden bağımsız bir mükellefiyet yüklendiğini göstermektedir.” (naklen, **RESİOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 111-112, dpn. 330.); **BİLGİN**, s. 108.

⁸¹ **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 698; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 111; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 19; **TURAN BAŞARA**, s. 431; **ZENGİN**, s. 75; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 25.

⁸² **YILMAZ**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2005, s. 610.

⁸³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 226.

⁸⁴ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 694; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 25; **EREN**, Özel Hükümler, s. 760-761.

⁸⁵ **AKINTÜRK**, s. 89; **REİSOĞLU**, Kefalet Kavramı, s. 333; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 10; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 26; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 23.

⁸⁶ Kefaletin ivazlı olabileceği yönünde, **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 694; **BERKİ**, s. 18; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 26.

mükellefiyetler ve şarta bağlı kefalet durumu, ivaz olarak değerlendirilemez⁸⁷. Zira bu durumlarda, alacaklının bir karşı edimi söz konusu değildir. Ancak kefaletin ivazlı olması, niteliğinde bir değişiklik yaratmaz⁸⁸. Önemli olan alacaklı ile kefil arasındaki ilişkidir. Önemle değinmek gerekir ki; asıl borçlunun kefile bir taahhütte bulunması, kefalet sözleşmesinin ivazsız niteliğine etki etmez⁸⁹. Burada alacaklı için önem arz eden husus, borçludan başka kendisine teminat veren bir kişi daha elde etmiş olmasıdır; ki bu durum çoğunlukla alacaklının menfaatinedir. Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkinin alacaklı bakımından bir önemi yoktur. Bir başka ifadeyle kefaletin ivazlı ya da ivazsız oluşunu tespit ederken, asıl borçlunun değil alacaklının bir karşı edim taahhüdünde bulunup bulunmadığı hususu araştırılmalıdır.

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında dikkate alınacak kıstaslardan biri de ivazlılık – ivazsızlık kıstasıdır. Buna göre sorumluluk herhangi bir ivaz karşılığında üstleniliyorsa, borca katılma, bir ivaz kararlaştırılmaksızın üstleniliyorsa kefaletin varlığı kabul edilmektedir⁹⁰. Ne var ki bu kıstas ivazsızlığın kefalet için zorunlu bir unsur olmadığı, bir kimsenin ivaz kararlaştırılmaksızın borca katılma sözleşmesi yapabileceği gibi, ivazlı kefalet sözleşmesi yapmasının da mümkün olduğu gerekçeleriyle doktrinde kabul görmemiştir⁹¹. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi ve borca

⁸⁷ REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 27.

⁸⁸ YAVUZ, Türk Kefalet Hukuku, s. 10; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 26. Kefaletin ivazlı oluşunun bir bağışlama akdinin mevcudiyeti şeklinde yorumlanamayacağı hakkında, bkz. REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 26, dpn. 38.

⁸⁹ Örneğin bankalar müşterilerine kefil olmayı ancak aldıkları komisyonlar karşılığında kabul etmektedirler. Görüldüğü üzere, burada, asıl borçlu kefile bir taahhütte bulunmakta, menfaat elde etmesini sağlamaktadır. Kefil ile asıl borçlu arasındaki bu ilişki kefalet sözleşmesine tamamen yabancı olduğundan, bankaların aldığı bu komisyon kefaleti ivazlı hale getirmez. Bu konuda, bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 695; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 26; YAVUZ, Türk Kefalet Hukuku, s. 10; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 805.

⁹⁰ AKINTÜRK, s. 89; TANDOĞAN, Cilt II, s. 708-709.

⁹¹ AKINTÜRK, s. 89; TANDOĞAN, Cilt II, s. 694-695; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 317; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 332; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 22-23. İvazın menfaat olarak değerlendirilerek, borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında yetersiz kalacağı görüşü hakkında, REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 111; ERLÜLE, Fulya, “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *AÜEHFD*, C.:VII, S.:1-2, Y.:2003, s. 633.

katılma ayrımında bu kıstasın tek başına kullanılması, yanıltıcı sonuçlara yol açacağından, isabetsizdir.

d- Aynen ifa - Tazminat ödeme kıstası

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında önerilmiş bir başka kıstas, aynen ifa – tazminat ödeme kıstasıdır. Bu ayrımın temelinde teminat verenin hangi borcu üstlendiği hususu yatmaktadır⁹². Buna göre borca katılan katıldığı borcun borçlusunun edimini aynen yerine getirmekteyken, kefil kefalet konusu borcun borçlusunun edimi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı gidermektedir⁹³. Bir başka deyişle borca katılan borcu kendi borcu yaparken, kefil bir tazmin yükümlülüğü altındadır. Doktrinde bir görüşe göre, kefilin borcu ne borçlunun borcunu ödemek ne de alacaklıya bir tazminat ödemektir⁹⁴. Bununla birlikte kefalet borcunun konusu genellikle bir miktar paradır. Kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi durumunda, asıl borç bir para borcu olmasa da, bir miktar para ödemeyi üstlenir⁹⁵. Bir başka görüşe göre; borca katılanın sorumluluğu, kural olarak, ilk borç ilişkisinden doğan edimle aynı olsa da, bu kuralın aksinin kararlaştırılması mümkündür⁹⁶.

Bu kıstas Yargıtay tarafından da benimsenmiş olup; eski kararlarda bu kıstasa rastlamak mümkündür. Yarg. 3. HD, T. 22.01.1952, 592/666 nolu kararında bu hususu şu şekilde belirtilmiştir: “*Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet ayrı birer hukuki müessesedir. Kefil kefalet ettiği şahsın vecibesini ifa etmemesi halinde borcun bizzat icabını yerine getirmeyi değil, ancak tazminat olarak muayyen bir miktar parayı ödemeyi taahhüt eder. Bu itibarla tazminat mükellefiyetini önlemek için müteselsil kefilin esas borcu doğuran akde mütaallik şahsen yapacağı bir edim yoktur. Zararı*

⁹² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 22; ZENGİN, s. 76.

⁹³ AKINTÜRK, s. 90; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 317; REİSOĞLU, S., Türk Kefalet Hukuku, s. 118; ALTAY, Borca Katılma, s. 155; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 22.

⁹⁴ DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 317.

⁹⁵ BARLAS, Kredi Kartı, s. 964; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 24.

⁹⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 22.

ödemekle mükelleftir. Halbuki müteselsil borçlulukta ise, borçlu akdin icabı bulunan borcu bizzat ifa etmeyi taahhüt eder.”⁹⁷.

Aynen ifa – tazminat ödeme kıstasının borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında elverişli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu kıstasın her iki kavramı birbirinden ayırt etmede pratik bir kolaylığa sahip olduğunu belirtmiş; ancak borca katılma sonucu ortaya çıkan müteselsil borçluluğun niteliğine uymadığından bahisle yanılığlara yol açabileceğini dile getirmiştir⁹⁸. **Tandoğan** müteselsil borçluların değişik içeriklerde borç altına girebileceği gerekçesiyle bu kıstasın eleştirildiğini belirtmiş, ancak özellikle borca katılmada katılanın ilk borçla aynı içerikte borç altına girdiği hususuna dikkat çekmiştir⁹⁹. Bir başka görüşe göre ise, kefilin ilk borçlunun ifa etmediği edimi aynen yerine getirmesi engellenemez ve borca katılanın da ilk borç ilişkisinden doğan borçtan farklı bir sorumluluk altına girmesi mümkündür¹⁰⁰. Bu sebeple bu kıstas, borca katılma ve kefalet sözleşmesinin ayırt edilmesinde tek başına yetersizdir¹⁰¹.

4- Kefalet Karinesi ve Yorum Aracı Olarak Taraf İradeleri

a- Taraf iradelerinin yorumu

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında, yukarıda açıklanan kıstaslar herhangi bir sonuç vermezse, bu durumda taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nitelendirme yapılırken,

⁹⁷ Benzer yönde, **Yarg. 3. HD., T. 06.12.1955, 9031/6504**: “*Taahhütnameden davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil olduğu anlaşılmaktadır. Müşterek borçlunun mevcut olabilmesi için, tekabbül edilen vecibenin her iki borçlu tarafından ifası mümkün olması lazımdır. Halbuki adı geçen davalının oğlu öğrenci A.Ş.’nin başarısızlıktan dolayı mektepten çıkarıldığı taayyün etmiştir. Davalının oğlu gibi mektepte okuması ve öğrenci olan oğlu tarafından yapılması gereken vecibeyi bizzat yerine getirmesi mümkün bulunmadığından hadisede müşterek borçluluk mülhaza edilemez.*”

⁹⁸ **AKINTÜRK**, s. 90; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 708; **BARLAS**, Kredi Kartı, s. 964; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 118.

⁹⁹ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 708.

¹⁰⁰ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 22; **ZENGİN**, s. 77.

¹⁰¹ **AKINTÜRK**, s. 90; **BARLAS**, Kredi Kartı, s. 964; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 118; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 22; **ZENGİN**, s. 77.

öncelikle tarafların kullandığı ifadelerle dikkat edilmelidir¹⁰². Örneğin sorumluluk altına giren kişi “bağımsız bir sorumluluk altına girmek istemediği”, “alacaklının kendisine ancak ilk borçlu ödeme yapmazsa başvurabileceği” gibi ifadeler kullanmışsa, bu durum kefalet sözleşmesinin varlığını gösterir. Diğer yandan sorumluluk altına giren kişinin “müteselsilen sorumlu” olmayı kabul etmesi, borca katılma ya da müteselsil kefalet sözleşmesinin mevcudiyetini gösterir. Diğer yandan, tarafların sözleşme kurulurken, aslında istemedikleri bir şeyi ifade eden kavramları kullanmış olmaları mümkündür. Şöyle ki taraflar, yapılan sözleşme boca katılmanın tüm unsurlarını taşımasına rağmen, “kefalet, kefil oluyorum” gibi ifadeler kullanabilirler. Ancak bu şekilde yanlış kelimelerin kullanılması, sözleşmenin borca katılma olarak nitelendirilmesine engel değildir. Dolayısıyla tarafların kullandıkları bu ifadeler ancak gerçeği yansıttıkları ölçüde dikkate alınmalıdır¹⁰³. Görüldüğü üzere, tarafların kullandıkları ifadelerin yorumlanması, sözleşmenin niteliğinin tespitinde her zaman doğru sonuca götürmemektedir¹⁰⁴. Bu durumda, “tarafların gerçek ve ortak” iradelerinin araştırılması yoluna başvurulmalıdır¹⁰⁵. Nitekim sözleşmenin yorumlanmasının asıl amacı da, tarafların gerçek ve ortak iradelerini ortaya çıkarmaktır¹⁰⁶. “**Sözleşmenin yorumu, muvazaalı işlemler**” başlıklı TBK m. 19’da da bu husus düzenlenmiştir. Tarafların gerçek ve ortak iradelerinin belirlenmesi ise, güven prensibine dayanarak gerçekleştirilmelidir¹⁰⁷. Taraf iradeleri yorumlanırken, makul ve ortalama bir şahsın o ifadeye vereceği anlam esas alınır¹⁰⁸.

¹⁰² ZENGİN, s. 65.

¹⁰³ AKYOL, Şener, Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 12.

¹⁰⁴ Tarafların kullandığı ifadelerin hiçbir zaman dikkate alınmamasının doğru olmayacağı yönünde, AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 12.

¹⁰⁵ AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 14; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, 39. Akyol; sözleşmenin yorumlanmasında tarafların gerçek veya gerçeğe yakın iradelerinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 42.

¹⁰⁶ AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 11; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 39.

¹⁰⁷ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 60; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, 39; ZENGİN, s. 67. ATF 129 III 702: “Somut olayda, Kanton Mahkemesi, tarafların gerçek iradelerinin kefaletin mi yoksa borca katılmanın mı üzerine olduğu konusunda hiçbir belirleme yapmamıştır. Sonuç olarak, sözleşmenin yorumlanması iyiniyet kuralları çerçevesinde yapılır. Tarafların farazi iradelerini belirlemek için yapılması gereken, beyanların, kapsamlarına, içinde bulundukları duruma ve somut olayın şartlarına göre nasıl

b- Kefalet karinesi

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayırımında, yukarıda açıklanan kıstaslar yetersiz kalıyorsa, sözleşme metninden ya da taraf iradelerinin yorumundan bu ilişkinin bir borca katılma mı kefalet mi olduğu tespit edilemiyorsa, bu durumda kefalet karinesi gündeme gelecektir. Buna göre; bir sözleşmenin niteliği itibariyle borca katılma mı kefalet sözleşmesi mi olduğu belirlenemiyorsa, kefalet sözleşmesinin varlığı karine olarak kabul edilir¹⁰⁹. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay da sözleşmenin niteliğinin belirlenemediği durumlarda kefaletin varlığına hükmetmiştir¹¹⁰.

Doktrinde kefalet karinesi kabul edilmekle birlikte, uygulanma nedeni gerekçelendirilirken farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; sözleşmenin niteliğinin belirlenemediği şüpheli durumlarda, sorumluluk altına giren kimsenin lehine olacak şekilde karar vermek gerekmektedir¹¹¹. Borca katılma, katılanın borçtan asıl borçlu sıfatıyla ve ilk borçluyla müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi ise fer'i niteliği gereği, kefilin ikincil sorumluluğunu

anlaşılabileceklerini ve anlaşılması gerektiğini tespit etmektir.” (naklen, **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 311).

¹⁰⁸ **AKYOL**, Sözleşmenin Yorumu, s. 14.

¹⁰⁹ **AKINTÜRK**, s. 91; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 709; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayırımı, s. 318; **ŞENER**, s. 1302; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 41; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 332; **ZENGİN**, s. 78; **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 26.

¹¹⁰ BGE 66 II 27 (naklen, **AKINTÜRK**, s. 91), BGE 81 II 520 (naklen, **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 112). Yüksek Mahkeme bir kararında, borca katılma ve kefalet kavramlarında bir karışıklık yaratmış; ancak kefaletin amaçlandığı yönünde karar vermiştir. **Yarg. 11. HD., T. 19.7.2005, E. 2005/4621, K. 2005/7778**: “... davada, davacı ile dava dışı üçüncü kişi arasında imzalanan sözleşmenin eki olan ve taahhüt veren olarak üçüncü kişi, garantör olarak davalı ve dava dışı üç şirket tarafından imzalanan ... belge metninde, sadece üçüncü kişi tarafından taahhüt beyanında bulunulduğu, belge metninin, garantör olarak imza atan davalının ilk talepte ödeme teminatını yansıtmadığı, başka bir deyişle, itiraz ve defilerden feragat edildiğini göstermediği, davalının taahhüdünün borçludan ayrı, bağımsız, asli bir teminat olmayıp garantör ibaresi ile asıl borçlunun borç ilişkisine katılınıp davalının fer'i bir teminat vererek asıl borçlunun borcuna kefaletin amaçlandığı kabul edilmelidir.”

¹¹¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 152; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 200; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 121.

öngören bir sözleşmedir. Bu açıdan bakıldığında, sorumluluk altına giren bakımından, kefaletin borca katılmaya nispeten daha elverişli sonuçlar doğuracağı açıktır¹¹². Diğer yandan kefalet karinesinin kabul edilmesi, sorumluluk altına giren kişinin kefil koruyucu hükümlerden yararlanmasını da sağlayacaktır¹¹³. Ancak bu görüş, hukukumuzda borçlu lehine yorum ilkesi gibi bir ilke bulunmadığı¹¹⁴, borçlunun her zaman alacaklı karşısında daha zayıf bir konumda bulunmadığı¹¹⁵ ve bu nedenle hakkaniyetin her durumda borçlunun korunmasını gerektirmeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹¹⁶. Kefalet karinesinin kabul edilmesindeki temel amaç, kefalet için öngörülen emredici hükümleri dolanmanın engellenmesidir¹¹⁷. **Özen**, kefalet karinesinin dayandırıldığı bu gerekçenin daha yerinde olduğunu belirtmekle birlikte, TBK m. 603 karşısında bu gerekçenin de önemini yitirdiğini ifade etmiştir. Yazara göre TBK m. 603 hükmü nedeniyle kefalet karinesinin reddedilmesi dahi söz konusu olabilir¹¹⁸. Doktrinde bir başka görüş ise, anılan düzenlemenin kefalet karinesinin etkisini azaltacağını ileri sürmektedir¹¹⁹. Bankaların verdiği teminatlar bakımından, borçlunun bağımsız bir sorumluluk altına girdiğinin kabul edilmesi gerekçesiyle, kefalet karinesinin

¹¹² **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 26.

¹¹³ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 318-319; **KAYAK**, s. 208; **CANBOLAT**, Ferhat/**TOPUZ**, Seçkin, “Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kısıtlar”, *TBB*, Y.:2008, S.:78, s. 73.

¹¹⁴ *Akıntürk* “şüphe sanığın lehine yorumlanır” ilkesinden hareketle borçlunun himaye edilmiş olacağını ifade etmiştir. **AKINTÜRK**, s. 91.

¹¹⁵ **EREN**, Genel Hükümler, s. 17. Özellikle bankaların durumu düşünüldüğünde, borçlunun alacaklı karşısında daha güçlü olduğu durumlar kolaylıkla anlaşılabilir. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 42.

¹¹⁶ **EREN**, Genel Hükümler, s. 18.

¹¹⁷ **BARLAS**, Nami; Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 39.

¹¹⁸ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 42. Yazar bu görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: “*Aktarılan son görüşün dayandığı gerekçe kuşkusuz daha yerindedir. Ne var ki bu gerekçe de TBK m. 603 karşısında önemini yitirmiştir. Gerçekten de, kefaletle ilgili emredici şekil ve ehliyet kuralları, gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin bütün sözleşmelere uygulanacaktır. Kefalete ilişkin emredici hükümlerin uygulama alanındaki bu genişleme, söz konusu hükümlerin dolanılması çabalarını da ortadan kaldırmış olacaktır. Buna bağlı olarak da kefalet karinesinin dayanağını oluşturan düşünce pratik önemini yitirmiş olmaktadır. Bu gelişmenin bundan böyle kefalet karinesinin reddedilmesini bile gerektireceği söylenebilir.*”

¹¹⁹ **ZENGİN**, s. 79.

uygulanmaması gerektiği dile getirilmiştir¹²⁰. Ne var ki, uygulamada, gerçek kişilerce verilen kişisel teminat sözleşmelerinde, kefalet karinesinin özel bir önemi olduğu ve oldukça etkili bir karine olduğu hususu kabul edilmektedir¹²¹.

B- Borca Katılma ve Garanti

1- Genel Olarak

Garanti sözleşmesi garanti verenin bir ivaz karşılığı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse yöneltmek ya da teminat vermek amacı ile teşebbüsün tehlikesini bağımsız olarak üstlendiği bir kişisel teminat sözleşmesi olarak tanımlanabilir¹²². Yargıtay ise bir içtihadı birleştirme kararında garanti sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: “*Garanti mukavelesi bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir*”¹²³. Garanti sözleşmesinin bir başka tanımında ise, garanti konusunun gerçekleşmesi üzerine garanti verenin, belirli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir¹²⁴.

Garanti sözleşmesi, TBK’da düzenlenmiş sözleşmelerden biri değildir. Doktrinde, çoğunlukla, kanunda özel olarak düzenlenmeyen bu sözleşmeye “**Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme**” kenar başlıklı TBK m. 128 (eBK m. 110) hükmünün kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²⁵. Ancak bu hususta doktrinde bir fikir birliği olmayıp anılan hükmün garanti sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı veya ne şekilde uygulanabileceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre TBK m. 128

¹²⁰ CANBOLAT/TOPUZ, s. 74.

¹²¹ KUNTALP, Erden, “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – XIII, Ankara 1996, s. 297; BARLAS, Kredi Kartı, s. 968.

¹²² REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 9; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 34; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 121; EREN, Genel Hükümler, s. 1154; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 501.

¹²³ Yarg. İBK, T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, RG, N.:13317, s. 3.

¹²⁴ CANBOLAT/TOPUZ, s. 56-57.

¹²⁵ TEKİNALP, s. 520; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1476; OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 407; EREN, Genel Hükümler, s. 1154.

hükmü, garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içermemektedir¹²⁶. Bu görüş üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin genel bir hüküm niteliğinde olduğunu belirterek TBK m. 128'in herhangi bir sözleşme tipini düzenlemediğini ve garanti sözleşmesinin özel hükümlerde ayrıca düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁷. Bu görüşün gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır: üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesinin örtüşmemektedir, üçüncü kişinin fiilinin üstlenildiği sözleşmelerde aynı zamanda garanti sözleşmesi niteliği de bulunabilir, anılan hükmün getirilme amacı garanti sözleşmesini düzenlemek değildir¹²⁸. Bir diğer görüş, TBK m. 128 hükmünün garanti sözleşmesini düzenlediğini kabul etmekle birlikte, sadece garanti sözleşmesinin bir türü olan kefalet benzeri garanti sözleşmesini düzenlediğini savunmaktadır¹²⁹. **Oğuzman/Öz**, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğunu ifade etmiştir¹³⁰. **Eren** ise, garanti sözleşmesinin geniş kapsamlı bir teminat sözleşmesi olduğunu, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin daha dar kapsamlı bir sözleşme olduğunu belirterek TBK m. 128'in garanti sözleşmesinin türlerinden biri olduğu görüşüne daha yakın bir tavır sergilemektedir¹³¹. Bir başka görüşe göre, TBK m. 128 garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını içermekte ve anılan hüküm esasen garanti sözleşmesini düzenlemektedir. Buna göre üçüncü kişinin fiilini üstlenme hükmü ve garanti sözleşmesi tamamen örtüşmektedir¹³². Bu görüşü savunan yazarlara göre, maddenin kanundaki düzenlenme yeri yanlıştır. Madde genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir; ancak esasen garanti sözleşmesini düzenlediği için özel hükümler kısmında, teminat

¹²⁶ **TANDOĞAN**, Haluk; *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara 1959, s. 46 vd.

¹²⁷ **TANDOĞAN**, *Garanti Mukavelesi*, s. 45.

¹²⁸ **TANDOĞAN**, *Garanti Mukavelesi*, s. 46-47.

¹²⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 305; **KAYAK**, s. 61. Aynı yönde, Yarg. 19. HD., T. 13.6.1995, E. 1994/4559, K. 1995/5295.

¹³⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 406.

¹³¹ **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 1154.

¹³² **BUCHER**, Eugen, *Obligationenrecht*, BT, Schulthess Polygraphischer Verl., 3. Aufl., Zürich 1988, s. 289; **TEKİNALP**, s. 520; **FRANKO**, Nisim, "Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.:I, İstanbul 2001, s. 575 vd.; **YÜCE**, Melek Bilgin, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 11 vd. *Tekinalp* TBK m. 128 hükmünün saf garanti sözleşmesini dışarda tuttuğunu belirtmekle birlikte, anılan hükmü saf garanti sözleşmesine uygulanmasına bir engelin bulunmadığını ifade etmiştir. **TEKİNALP**, s. 520.

sözleşmeleri arasında yer almalıdır¹³³. Yargıtay’a göre, hangi görüş benimsenirse benimsensin, TBK m. 128 hükmü garanti sözleşmesine uygulanmalıdır¹³⁴. **Yavuz**, üçüncü şahsın fiilinin üstlenilmesi ile garanti sözleşmesinin ortak bir alana sahip olduğunu belirterek, her birinin kendine özgü bir alanı olduğu hususuna da dikkat çekmektedir¹³⁵. Yazara göre, başkasının fiilini taahhüt çerçevesi içerisinde başka sözleşme tipleri oluşturmak da mümkündür. Diğer yandan başkasının fiilini taahhüt niteliği taşımayan garanti sözleşmeleri yapılabileceği gibi, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayan üçüncü şahsın fiilini üstlenme sözleşmesi yapılması da mümkündür.

Garanti sözleşmesinin unsurları; garanti konusu olay, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönleltmek, teminat sağlama, garanti alanın meydana getirebileceği riskin üstlenilmesi, garanti alanın yükümlülüğünün bağımsızlığıdır. Garanti konusu olay, önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi garanti alan tarafça istenmeyen bir durumdur¹³⁶. Doktrinde **Resioğlu**, garanti verenin amacının, garanti alanı “bir teşebbüse sevk etmek” olduğunu belirtmiştir¹³⁷. Bu teşebbüs, bir başka ifadeyle hareket tarzı, bir sözleşme yapılması ya da ticari işletme kurulması¹³⁸ gibi olumlu bir eylemin

¹³³ YÜCE, s. 20.

¹³⁴ Yarg. 11. HD., T. 27.11.1979, E. 1979/5075, K. 1979/5456: “Borçlar Yasası’nın 110. maddesindeki başkasının fiilini taahhüde ilişkin hükmün garanti sözleşmelerini düzenlemek için vazedilmediği, başkasının fiilini taahhüdün garanti sözleşmesinin bir türü olduğu ancak Borçlar Yasasında garanti sözleşmelerine ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı cihetle aynı yasanın 110. maddesindeki başkasının fiilini taahhüt hükmüne dayanılarak garanti sözleşmeleriyle ilgili uyuşmazlıkların halli cihetine gidilmesinin uygun olacağı görüşü yanında çoğunluk, başkasının fiilini taahhüt adı altında düzenlenmiş olan müessesenin garanti sözleşmesinden başka bir şey olmadığı görüşündedir. Hangi görüş benimsenirse benimsensin, başka bir hüküm bulunmadığından Türk uygulaması bakımından BK.nun 110. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükmün, garanti mukavelesi esaslarına uygulanması ve yorumlanması gerekmektedir.” Benzer yönde, Yarg. İBK, T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6; Yarg. 19. HD., T. 23.9.2002, E. 2001/8061, K. 2002/5973; Yarg. 19. HD., T. 12.4.2004, E. 2003/4688, K. 2004/4243; Yarg. 13. HD., T. 3.3.2005, E. 2004/16382, K. 2005/3236.

¹³⁵ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1477.

¹³⁶ CANBOLAT/TOPUZ, s. 57; KAYAK, s. 44.

¹³⁷ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 9. Söz konusu unsurun garanti sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı hakkında, GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 504.

¹³⁸ YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1480.

gerçekleştirilmesi¹³⁹ ya da olumsuz bir eylemden kaçınılması¹⁴⁰ şeklinde ortaya çıkabilir. Garanti veren, garanti alanın hareket tarzından doğabilecek riskleri karşılamayı taahhüt ederek sorumluluk altına girmektedir. Garanti verenin buradaki sorumluluğu, bir ilk borcun varlığına bağlı olmayan bağımsız bir sorumluluktur. Garanti sözleşmesinin bağımsızlığı sözleşmesinin kurulması anını da kapsar. Bir başka ifadeyle, garanti sözleşmesi borç ilişkisinin hiçbir aşamasında fer'i yükümlülükler içermemektedir¹⁴¹.

Doktrinde, garanti sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle kendisine özgü yapısı olan (sui generis) bir isimsiz sözleşme olduğu ifade edilmiştir¹⁴². **Gümüş**, bu noktada “TBK m. 128 düzenlemesine gereksiz bir değer verildiğini” dile getirmektedir¹⁴³. Garanti sözleşmesinin, kişisel teminat sözleşmelerinden olduğu hususu ise tartışmasız kabul edilmektedir¹⁴⁴. Garanti sözleşmesi, kural olarak, ivazsız olarak kurulsun da bir ivaz karşılığı kurulmasına da bir engel yoktur¹⁴⁵. Bu sebeple garanti sözleşmesinin, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine sahip olduğu söylenebilir¹⁴⁶.

¹³⁹ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1480.

¹⁴⁰ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 11.

¹⁴¹ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 22.

¹⁴² **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1477; **GÜMÜŞ**, s. 506.

¹⁴³ **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 506- 507.

¹⁴⁴ **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 13-14; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 121; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 695; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 6-7; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 18.

¹⁴⁵ Garanti sözleşmesinde ivaz sorunu hakkında, **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 815; **TEKİNALP**, s. 514-515; **DOĞAN**, Vahit; Teminat Mektupları, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 24. Garanti sözleşmesi için ivazın şart olmadığı; esas gayenin ivaz vermek olduğu durumlarda, sözleşmenin garanti sözleşmesi niteliği taşımayacağı hakkında, **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1438; **KAYAK**, s. 45.

¹⁴⁶ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1476; **CANBOLAT/TOPUZ**, s. 56-57; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 73; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 504. Garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu, yargı kararlarına da yansımıştır. **Yarg. 11. HD., T. 27.11.1979, E. 1979/5075, K. 1979/5456**: “... Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti alanın yerine getireceği bir eda söz konusu değildir.”

Garanti sözleşmesi, kural olarak, herhangi bir şekle tabi değildir¹⁴⁷. Ancak TBK m. 603 hükmü gereğince; garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi için öngörülen “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler*”e uyularak yapılmalıdır. Niteliği itibarıyla bir kişisel teminat sözleşmesi olan garanti sözleşmesinin TBK m. 603 kapsamına girdiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸. Bu sebeptendir ki, gerçek kişilerce yapılan garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartlarına tabidir¹⁴⁹. Bu husus TBK m. 603’ün gerekçesinde de ifade edilmiştir. Buna göre; “... üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinde olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.”. Garanti sözleşmesi kefalet sözleşmesine oranla daha ağır bir sorumluluk doğurmaktadır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartlarının garanti sözleşmesi için evleviyetle aranması gerekmektedir¹⁵⁰. Diğer yandan garanti sözleşmesinin şekline ilişkin özellik arz eden hususlar üzerinde durulması gerekmektedir.

Gerçek kişilerce yapılan teminat amaçlı garanti sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan ilk şart, yazılı şekilde kurulmuş olmasıdır. Bu hususta TBK m. 583’ün garanti sözleşmesine ne şekilde uygulanacağı sorunu gündeme gelebilir. Garanti verenin, garanti tarihini kendi el yazısıyla belirtmesi gerektiği, özellik arz etmeyen bir durumdur. Dolayısıyla garanti tarihinin garanti verence el yazısıyla belirtilmesi, ihtilafsız bir şekilde kabul edilebilir. Anılan hüküm gereğince, garanti veren, azami

¹⁴⁷ REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 122; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 155. **Yarg. 11. HD., T. 23.02.2015, E. 2014/16718, K. 2015/2359:** “ *Garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da öngörülmemiştir. Garanti akdinde teminat veren kişi, borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahip değildir. Bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince teminat verenin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına da bağlı değildir. Bu itibarla, garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur.*” karar için, bkz. LALE, Muktedir; Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 108 vd.

¹⁴⁸ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 48; YENİCE, s. 100.

¹⁴⁹ REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 322; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 48-49; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 509; KAVAK, s. 195.

¹⁵⁰ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 48.

sorumluluk miktarını da el yazısıyla belirtmek zorundadır¹⁵¹. Buna karşılık, “müteselsil kefil olma iradesi”nin yazılı şekilde belirtilmesi hususunun garanti sözleşmesi bakımından nasıl bir etkisinin olacağı konusuna da değinmek gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, TBK m. 603 hükmü “kıyasen” uygulamadır, bu nedenle garanti sözleşmesi kurulurken azami sorumluluk miktarının gösterilmesine gerek yoktur¹⁵². Doktrinde bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise¹⁵³, garanti veren müteselsil kefilden çok daha ağır bir sorumluluk altına girmektedir. Müteselsil kefilin sorumluluğu fer’i bir sorumlulukken, garanti veren bağımsız bir sorumluluk üstlenmektedir. Bu sebeptendir ki müteselsil kefilden daha ağır bir sorumluluk altına giren garanti verenin bağımsız bir sorumluluk altına girdiğine dair iradesinin, evleviyetle, el yazısıyla belirtilmesi gerekmektedir.

Garanti sözleşmesinin şekline ilişkin son olarak üzerinde duracağımız husus, eşin rızasıdır. TBK m. 603 hükmünün kıyasen uygulanması nedeniyle, garanti sözleşmesinde eşin rızasının aranacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁵⁴. Nitekim bir kimse, eşinin rızası olmadan fer’i bir sorumluluk doğuran kefalet sözleşmesi yapamıyorsa, bağımsız bir sorumluluk altına giremeyeceğini söylemek de yanlış olmaz¹⁵⁵.

Garanti sözleşmesinin, temel olarak, kefalet benzeri garanti sözleşmesi ve saf garanti sözleşmesi olmak üzere iki çeşidinin olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁶. Teminatı

¹⁵¹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 49. Karş. **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1479; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 122-123. *Yavuz* garanti verenin sorumluluğunun azami bir miktarla sınırlanmış olmadığını ifade etmiş; ancak TBK m. 603 hükmü karşısında, garanti verenin sorumluluğunun azami sınırının el yazısıyla gösterilmesinin gerekli sayılabileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz., **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1479, dpn. 33. Yargıtay ise, garanti verenin azami sorumluluk miktarının belirtilmesine dahi gerek olmadığına dair kararlar vermektedir. **Yarg. HGK., T. 4.7.2001, 19-534/583**: “*Garanti sözleşmesi, geçerlilik yönünden şekle tabi olmadığı gibi, garanti limitinin gösterilmesi zorunluluğu da yoktur.*”. Aynı yönde; **Yarg. 19. HD., T. 9.5.2003, E. 2002/7948, K. 2003/4962**.

¹⁵² **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 371. Yazar, garanti sözleşmesinde azami miktarın ne el yazısı ile ne de mekanik olarak teminat sözleşmesinde gösterilmesinin şart olmadığını vurgulamaktadır.

¹⁵³ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 49.

¹⁵⁴ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 48; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 372.

¹⁵⁵ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 48.

¹⁵⁶ **TEKİNALP**, s. 516; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1478-1479; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 18; **EREN**, Özel Hükümler, s. 766; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 508-509; **YÜCE**, s. 10-11; **YENİCE**, s. 12.

amaçlayan garanti sözleşmesi¹⁵⁷ ya da bağımlı garanti sözleşmesi¹⁵⁸ olarak da adlandırılan kefalet benzeri garanti sözleşmesi; garanti verenin borçlu olup olmadığına ya da icra kabiliyetinin bulunup bulunmadığına bakmaksızın, borçlunun edimini yerine getirmesinden sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, garanti veren ile garanti edilen arasında temel bir borç ilişkisinin varlığı gerekmektedir¹⁵⁹. Ancak garanti verenin sorumluluğu, temel borç ilişkisinden bağımsızdır¹⁶⁰. Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi¹⁶¹ ya da bağımsız garanti sözleşmesi¹⁶² olarak da ifade edilen saf garanti sözleşmesine göre garanti veren, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareketten garanti alan için doğacak riskleri üstlenmektedir. Garanti veren ile alan arasında yalnızca bir teminat ilişkisinin söz konusu olduğu saf garanti sözleşmesinde, kefalet benzeri garanti sözleşmesinin aksine, temel bir borç ilişkisi söz konusu değildir¹⁶³. Bu sözleşmelerin ortak unsuru ise, “belirli bir riskin garanti verence bağımsız olarak üstlenilmesidir¹⁶⁴”.

Garanti sözleşmesi hakkında farklı kıstaslar dikkate alınarak yapılan ayrımlar için, **TEKİNALP**, s. 516-519; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 45 vd.

¹⁵⁷ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1478; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 23; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 508.

¹⁵⁸ **EREN**, Özel Hükümler, s. 766.

¹⁵⁹ **TEKİNALP**, s. 516; **EREN**, Özel Hükümler, s. 767.

¹⁶⁰ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1478; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 6; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 503; **YENİCE**, s. 12.

¹⁶¹ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1479.

¹⁶² **EREN**, Özel Hükümler, s. 766.

¹⁶³ **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1479; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 18; **YENİCE**, s. 13.

¹⁶⁴ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 76; **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 501. Karş. **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 160. *Özen*; garanti veren kişinin, garanti konusu olan edimin gerçekleşmemesi durumunda sorumluluğunun doğacağını, garanti konusu edimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunun belirli olmadığı dönemde ise, garanti veren açısından herhangi bir sorumluluk doğmayacağına dayanarak garanti verenin sorumluluğunun “ikincil” bir niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır.

2- Borca Katılma – Garanti Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayırımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir. Nitekim borca katılma ve garanti sözleşmesi, fikrimizce, kefalet sözleşmesi ile kıyaslandığında birbirlerine daha benzer özelliklere sahip sözleşmelerdir. Borca katılma ve garanti sözleşmesinin benzerliklerinin belirlenmesi, borca katılmanın kişisel teminat sözleşmeleri arasındaki yerinin belirginleşmesi açısından da yararlı olacaktır.

Borca katılma ve garanti sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle birer kişisel teminat sözleşmesidir¹⁶⁵.

Borca katılma sözleşmesi hakkında kanunda bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁶⁶. Garanti sözleşmesi de, kural olarak, herhangi bir şekle tabi değildir¹⁶⁷. Ancak kefalet sözleşmesinin uygulama alanına genişleten bir niteliğe sahip olan TBK m. 603 hükmü gereğince borca katılma ve garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi için öngörülen “*kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler*”e uyularak yapılmalıdır. Anılan hükümde belirtildiği üzere, bu düzenleme, kişisel teminat verilmesine ilişkin olmak kaydıyla her ne ad altında yapılmış olursa olsun diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. Borca katılmanın şekline ilişkin olarak aşağıda yaptığımız açıklamalarda, borca katılmanın bir şekle tabi olması gerektiği ve bu şeklin de TBK m. 603 hükmü nedeniyle kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralları olması gerektiğine ileride değineceğiz¹⁶⁸. Niteliği itibariyle bir kişisel teminat sözleşmesi olan garanti sözleşmesinin de TBK m. 603 kapsamına girdiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Borca katılma ve garanti sözleşmesi, teminat verenin bağımsız bir nitelikte sorumluluk altına girdiği sözleşmelerdir¹⁷⁰. Gerçekten de garanti veren, ilk borçlunun

¹⁶⁵ Birinci Bölüm, II, C; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 13-14; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 121; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 695; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 6-7; **YAVUZ**, Türk Kefalet Hukuku, s. 18.

¹⁶⁶ Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

¹⁶⁷ **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 122; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 155.

¹⁶⁸ Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

¹⁶⁹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 48; **KAVAK**, s. 195.

¹⁷⁰ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 160.

alacaklıya olan borcundan bağımsız olarak, borçlunun ediminden sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Borca katılan, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki borçtan müteselsil sorumlu sıfatıyla yükümlü olduğunu taahhüt etmektedir. Dolayısıyla her iki sözleşme de asıl borçtan bağımsızdır. Garanti sözleşmesinin bağımsızlığı, her aşamada kendini gösterir¹⁷¹. Borca katılma doğuş anı itibariyle fer'i bir nitelik taşımakta olup geçerli bir şekilde kurulduktan sonra bağımsız bir sözleşme özelliğine sahiptir.

3- Borca Katılma – Garanti Ayrımında Kabul Edilen Kıstaslar

a- Borcun hukuki sebebi kıstası

Genel olarak hukuki sebep, tarafları bir sözleşme kurmayan iten sebeptir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, hukuki sebep; bir kimsenin bir hukuki işlem yaparken elde etmek istediği ve hukuk düzenince söz konusu hukuki işleme bağlanan objektif netice olarak tanımlanabilir¹⁷². Borca katılmada, borca katılanın borcunun hukuki sebebi, asıl borç ilişkisinden doğan borcun hukuki sebebi ile aynıdır¹⁷³. Bir başka ifadeyle, ilk borç ilişkisinden doğan borcun hukuki sebebi, borca katılmaya konu borcun da hukuki sebebini oluşturur. Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti verenin hukuki sebebi, ilk borçlunun hukuki sebebinden farklıdır¹⁷⁴. Buradaki hukuki sebep, teminat verme olarak kabul edilebilir¹⁷⁵. Nitekim garanti veren, garanti sözleşmesi nedeniyle, bir edimin ifasına ilişkin olarak söz konusu edimin kaynaklandığı borç ilişkisinden ayrı ve bağımsız olarak borçlanmakta, belirli bir sonucu garanti etmektedir¹⁷⁶. Garanti sözleşmesiyle garanti veren, alacaklının taşıdığı riski üzerine almak suretiyle, bu riskin bertaraf edilmesi hususunu teminat altına almaktadır¹⁷⁷.

¹⁷¹ **KAYAK**, s. 212.

¹⁷² **ERGÜN**, Çağdaş Evrim, “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/ Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/ Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliliği Meselesi”, AÜHFD, Y.:2004, C.:53, S.:4, s. 89.

¹⁷³ **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 841; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 308; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14; **KAPANCI**, s. 67; **TURAN BAŞARA**, s. 423. Karş. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 608-609; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 66; **KAYAK**, s. 211.

¹⁷⁴ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 130-132; **TANDOĞAN**, Cilt II, s. 841; **YÜCE**, s. 84.

¹⁷⁵ **EREN**, Genel Hükümler, s. 185; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14; **KAYAK**, s. 211.

¹⁷⁶ **REINICKE/TIEDTKE**, s. 15, Rdn. 42.

¹⁷⁷ **REINICKE/TIEDTKE**, s. 15, Rdn. 42.

Bu kıstas doktrinde, borca katılma ve garanti sözleşmesinin ayırt edilmesi hususundaki temel noktalardan biri olarak ifade edilmektedir¹⁷⁸.

b- Bağımsızlık niteliğindeki farklılık kıstası

Borca katılma ve garanti sözleşmesi, bağımsız bir niteliğe sahip sözleşmelerdir. Bağımsızlık niteliği bakımından ortak özellik gösteren borca katılma ve garanti sözleşmesi, bu bağımsızlığın gerçekleşme anı bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Borca katılma sözleşmesinin kurulabilmesi için, ortada borca katılmaya konu mevcut bir ilk borç olmalıdır. İlk borcun mevcut ve geçerli olması ön koşuluna bağlı olarak borca katılma gerçekleşmektedir. Ancak bu andan itibaren bağımsız bir nitelik kazanan borca katılma sözleşmesi, doğuş anı bakımından fer'i bir özellik göstermektedir¹⁷⁹. Doğuş anındaki bu fer'i niteliğin, borca katılmanın bağımsız sözleşme özelliğine zarar vermediğine daha önce değinildiğinden, burada kısaca hatırlatmakla yetiniyoruz¹⁸⁰. Dolayısıyla borca katılmanın bağımsızlığı, başlangıçtan itibaren gerçekleşmemektedir. Borca katılma sonradan bağımsız bir nitelik kazanmaktadır.

Garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için, bir ilk borcun mevcudiyeti ya da geçerliliği gibi bir şart aranmamaktadır. Garanti sözleşmesi, bir ilk borcun varlığına bağlı olmaksızın kurulabilmektedir. Bu sebeptir ki, garanti sözleşmesinin bağımsız niteliği sonradan gerçekleşmemektedir. Garanti sözleşmesi başlangıçtan itibaren bağımsız bir özelliğe sahiptir¹⁸¹. Bir başka ifadeyle, garanti sözleşmesinin bağımsızlığı, hem sözleşmenin kurulması aşamasında hem de sonrasında geçerlidir¹⁸².

¹⁷⁸ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14.

¹⁷⁹ Fer'iliğin borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında, kefalet ve borca katılma sözleşmesi ayrımındaki gibi bir önem taşımadığı hakkında, **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14.

¹⁸⁰ İkinci Bölüm, II, A, 3, a. Karş. **TEKİNALP**, s. 524.

¹⁸¹ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 19; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 696; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 158; **ŞENER**, s. 1296; **KAYAK**, s. 212; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 22. **Yarg. 11. HD., T. 23.02.2015, E. 2014/16718, K. 2015/2359**: “... Garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur.” Karar için, bkz. **LALE**, s. 108.

¹⁸² **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 19; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 1480; **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 696; **KAYAK**, s. 212; **ZENGİN**, s. 71.

Doktrinde, doğuş anındaki fer'ilik nedeniyle, borca katılmaya nazaran garanti sözleşmesinin daha geniş bir bağımsızlık içerdiği ifade edilmiştir¹⁸³. Ancak garanti sözleşmesinin bu denli geniş bir bağımsızlığa sahip olmasının, teminat veren açısından, birtakım olumsuz sonuçları da bulunmaktadır. Garanti veren, alacaklıya karşı, asıl borçtan doğan def'i ve itirazları ileri süremez. Diğer yandan, garanti verenin, alacağın geçerli bir şekilde doğmadığına veya sona ermiş olduğuna dayanması da mümkün değildir¹⁸⁴. Bu nedenlerle garanti sözleşmesinin alacaklıya en geniş güvence sağlayan kişisel teminat sözleşmesi niteliğine sahip olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁸⁵.

Doktrinde bağımsızlık niteliğindeki bu farklılık dolayısıyla borca ve katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında, aslilık – fer'ilik kıstasının, borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımıyla kıyaslandığında daha az önem taşıyan bir kıstas olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁶.

c- Birinci – İkinci derecede borç doğurma kıstası

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında dikkate alınabilecek bir diğer kıstas, ortaya çıkan borcun niteliği itibariyle birinci derecede ya da ikinci derecede borç olup olmadığıdır. Borca katılma sözleşmesi; katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçtan ilk borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılanın borcu birinci derecede bir borçtur. Borca katılan katılma konusu borçla aynı derecede bir sorumluluk altına girmektedir¹⁸⁷. Dolayısıyla borca katılma sözleşmesi, birinci derece borç doğuran bir sözleşmedir.

Garanti sözleşmesinde ise garanti veren, ilk borçlunun borçlandığı edimi ifa etmeyi değil, bu edimden bağımsız olarak, ilk borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle, alacaklının karşı karşıya olduğu riski üstlenmektedir¹⁸⁸. Garanti verenin

¹⁸³ ŞENER, s. 1296; KAYAK, s. 175.

¹⁸⁴ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 66; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 696; KAYAK, s. 56.

¹⁸⁵ ALTAY, Borca Katılma, s. 158; ŞENER, s. 1296.

¹⁸⁶ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 14; ZENGİN, s. 70.

¹⁸⁷ ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 14.

¹⁸⁸ REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 9; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 695; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 14; ALTAY, Borca Katılma, s. 160; KAYAK, s. 44.

sorumluluğu, ilk borçlunun edimini yerine getirmemesi olgusuna bağlıdır. Garanti verenin sorumluluğunun doğması için, garanti konusu riskin gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁸⁹. İlk borçlunun edimi yerine getirip getirmeyeceğinin belli olmadığı aşamada, garanti verenin sorumluluğu da doğmayacaktır. Bir başka ifadeyle, garanti konusu risk gerçekleşmediği sürece garanti veren açısından da bir borcun doğması söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle garanti verenin sorumluluğu, ikincil/tali nitelikte bir sorumluluktur. Ancak **Reisoğlu** garanti verenin sözleşmeye öncelikle ilk borçlunun takip edilmesi şartını koydurmasının mümkün olduğunu ifade ederek, garanti verenin sorumluluğunun birincil nitelikte bir sorumluluk olduğunu savunmaktadır¹⁹⁰.

Birinci – ikinci derecede borç doğurma kıstası, bir görüşe göre borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımının temel noktalarından biridir¹⁹¹. Bir başka görüşe göre ise; bu kıstasın sağlıklı sonuçlar vereceği şüpheli olup, sadece bu kıstasın dikkate alınması yanıltıcı sonuçlar ortaya çıkarabilir¹⁹². Nitekim borca katılma sözleşmesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, borca katılanın ilk borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde sorumlu olacağı kararlaştırılabilir¹⁹³.

d- Menfaat kıstası

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında menfaat kıstasının bir önemi olup olmadığı tartışılabilir. Menfaat kıstası, teminat verenin bir üçüncüye kişiye teminat vermesi bakımından, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinde herhangi bir menfaati olup olmadığına göre sözleşme tipini belirlemeye yarayan bir kıstastır.

Borca katılma sözleşmesinde, teminat verenin belirli bir ekonomik ya da hukuki menfaatinin mevcut olduğuna ve bu menfaatin borca katılmanın belirgin özelliklerinden

¹⁸⁹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14.

¹⁹⁰ **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 76. Garanti verenin tali yükümlü olmadığı hakkında, **REINICKE/TIEDTKE**, s. 15, Rdn. 42.

¹⁹¹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 14.

¹⁹² **ALTAY**, Borca Katılma, s. 160. Aynı yönde, **REİSOĞLU**, Garanti Mukavelesi, s. 75 vd.

¹⁹³ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 159. Yazara göre, hukuki bir engel bulunmamasına karşın, bu şekilde yapılan bir borca katılma sözleşmesine uygulamada pek rastlanmaz. Nitekim bu durum alacaklının aleyhine olup, alacaklı her iki borçluya karşı sahip olduğu talep hakkını sınırlandırmak istemeyecektir.

biri olduğuna daha önce değinmiştik¹⁹⁴. Garanti sözleşmesinde, teminat verenin menfaati konusuna da değinmek gerekmektedir. Garanti verenin amacı, kural olarak, bir menfaat elde etmek değil¹⁹⁵, garanti alanı bir teşebbüse yöneltmek ya da teminat vermektir. Doktrinde bir görüşe göre, garanti veren özellikle bir banka ise, bankanın burada menfaati söz konusu olabilir¹⁹⁶. Ancak buradaki yegâne menfaat, bankanın talep edeceği komisyon olacaktır. Garanti veren iş dünyasında tecrübesiz bir kimse ise bu durumda herhangi bir menfaati olmadan da garanti sözleşmesinin yapılması mümkündür. Yargıtay da garanti sözleşmesinde garanti verenin menfaati olduğunu kabul etmektedir¹⁹⁷. Bu sebeptir ki; borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında, menfaat kıstasının bir önem arz etmediği ve bu kıstasın hiçbir rolünün olmadığı dile getirilmektedir¹⁹⁸.

e- Aynen ifa – Tazminat ödeme kıstası

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında incelenmesi gereken bir başka kıstas; aynen ifa – tazminat ödeme kıstasıdır. Teminat verenin hangi borcu üstlendiği hususu bu ayrımın dayanak noktasıdır¹⁹⁹. Buna göre; borca katılan, katıldığı borcu kendi borcu yapmak suretiyle ilk borçlunun yanında müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluk altına girmektedir. Bir başka ifadeyle; borca katılan, katıldığı borcun borçlusunun edimini aynen yerine getirmektedir. Dolayısıyla burada, ilk borç ilişkisinden doğan edimin ifası bizzat borca katılan tarafından üstlenilmektedir. Garanti veren ise, ilk borç ilişkisinden kaynaklanan edimden tamamen bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Garanti veren, garanti alanın borcunu yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Aksine garanti verenin sorumluluğu, garanti alanın borcunu ifa etmemesi nedeniyle

¹⁹⁴ İkinci Bölüm, I, A, 3, b.

¹⁹⁵ **TURAN**, Gamze; “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, TBBD, Y.:2006, S.:66, s. 37; **DEVELİOĞLU**, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 285.

¹⁹⁶ **DEVELİOĞLU**, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 316.

¹⁹⁷ **Yarg. 11. HD., T. 23.02.2015, E. 2014/16718, K. 2015/2359**: “...garanti sözleşmesinde ilke olarak teminat verenin bu ilişkide yararı olduğudur.” Karar için bkz., **LALE**, s. 108.

¹⁹⁸ **MADAUS**, s. 116; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 163; **ZENGİN**, s. 76.

¹⁹⁹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 22; **ZENGİN**, s. 76.

alacaklının zarara uğrama riskini üzerine alarak bu riski bertaraf etmekten ibarettir²⁰⁰. Bir başka deyişle garanti veren, alacaklının ifa menfaatini tatmin etme sorumluluğunu üstlenmektedir²⁰¹.

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında aynen ifa – tazminat ödeme kıstasının ayırıcı bir kıstas olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir. **Reisoğlu**'na göre; bu kıstas borca katılma ve garanti sözleşmelerinin birbirinden ayrılmasında belirleyici bir kıstas olmaktan uzaktır²⁰². Nitekim garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, her ne kadar alacaklının ifa menfaatini tatmin etmek olsa da; bu borcun mutlaka bir tazminat yükümlülüğü sonucunu doğurması gerekmemektedir. Garanti verenin, edimi aynen ifası da kararlaştırılabilir. Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında bu kıstasın sağlıklı sonuçlar vermeyeceğini ifade eden bir başka görüşe göre ise; garanti verenin borcu tam anlamıyla bir tazminat borcu değildir²⁰³. Bilhassa borç geçerli bir şekilde doğduğu halde garanti alanın borcunu yerine getirmeme ihtimalinde, garanti verenin alacaklıya bu borcu ifa etmesi halinde, bir tazminat yükümlülüğünden bahsedilememektedir. Bu sebeplerle garanti sözleşmesi ve borca katılma ayrımında, tek başına bu kıstastan faydalanılmaması gerekmektedir.

4- Borca Katılma Karinesi ve Yorum Aracı Olarak Taraf İradeleri

a- Taraf iradelerinin yorumu

Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında, yukarıda açıklanan kıstaslar bir sonuç vermezse, bu durumda taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle sözleşmenin niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin niteliği tespit edilirken, öncelikle tarafların kullandığı ifadelere dikkat edilmelidir²⁰⁴. Örneğin; sorumluluk altına giren kişinin “müteselsilen sorumlu” olmayı kabul etmesi, borca katılma sözleşmesinin mevcudiyetini gösterir. Diğer yandan sorumluluk altına giren kişinin “ilk borç ilişkiden tamamen bağımsız bir sorumluluk altına girmek istediği”, “alacaklının

²⁰⁰ ALTAY, Borca Katılma, s. 160.

²⁰¹ ZENGİN, s. 78.

²⁰² REİSOĞLU, Garanti Mukavelesi, s. 73.

²⁰³ ZENGİN, s. 78.

²⁰⁴ ZENGİN, s. 65.

kendisine ancak ilk borçlu ödeme yapmazsa başvurabileceği” gibi ifadeler kullanması durumunda, garanti sözleşmenin varlığı kabul edilebilir. Buna karşın, tarafların sözleşme kurulurken, aslında istemedikleri şeyi ifade eden bir kavramı kullanmış olmaları mümkündür. Şöyle ki; taraflar, yapılan sözleşme boca katılmanın tüm unsurlarını taşımasına rağmen, “garanti ediyorum, garanti veriyorum” gibi ifadeler kullanmış olabilirler. Ancak bu şekilde yanlış kelimelerin kullanılması, sözleşmenin borca katılma olarak nitelendirilmesine engel değildir. Dolayısıyla tarafların kullandıkları ifadeler ancak gerçeği yansıttıkları ölçüde dikkate alınmalıdır²⁰⁵. Sözleşmenin niteliğinin tespitinde, tarafların kullandıkları ifadelerin yorumlanması, her zaman doğru sonuca götürmemektedir²⁰⁶. Tarafların kullandıkları ifadelerin yorumlanması da sözleşmelerin niteliğinin tespit edilmesini sağlamazsa, “tarafların gerçek ve ortak” iradelerinin araştırılması yoluna başvurulmalıdır²⁰⁷. Bu konuda daha önce açıklamalarda bulunduğumuzdan, burada kısaca hatırlatmakla yetiniyoruz.

b- Borca katılma karinesi

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında, yukarıda açıklanan kıstaslar yetersiz kalıyorsa, sözleşme metninden ya da taraf iradelerinin yorumundan bu ilişkinin bir borca katılma mı garanti sözleşmesi mi olduğu tespit edilemiyorsa, bu durumda borca katılma karinesi gündeme gelecektir. Buna göre; bir sözleşmenin niteliği itibarıyla borca katılma mı garanti sözleşmesi mi olduğu belirlenemiyorsa, borca katılma sözleşmesinin varlığı karine olarak kabul edilir. Burada borca katılma lehine bir karine kabul edilmesinin nedeni, borca katılmanın garanti sözleşmesine kıyasla daha hafif sorumluluk getiren bir sözleşme olmasıdır²⁰⁸. Garanti sözleşmesinin alacaklıya en geniş güvence sağlayan kişisel teminat sözleşmesi niteliğine sahip olduğu hususuna daha önce değinmiştik²⁰⁹. Bu özelliğinin bir sonucu olarak garanti sözleşmesinde garanti veren,

²⁰⁵ AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 12.

²⁰⁶ Tarafların kullandığı ifadelerin hiçbir zaman dikkate alınmamasının doğru olmayacağı yönünde, AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 12.

²⁰⁷ AKYOL, Sözleşmenin Yorumu, s. 14; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi.

²⁰⁸ ŞENER, s. 1298; ZENGİN, s. 79.

²⁰⁹ II. Bölüm, I, B, 3, b.

neredeysse “kayıtsız şartsız” bir sorumluluk altına girmektedir²¹⁰. Garanti sözleşmesinin garanti veren açısından bu denli geniş bir sorumluluk öngörmesi nedeniyle, şüphe halinde, borca katılma sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Doktrinde bir görüş, borca katılma lehine yorum yapılırken, garanti verenin edimle olan ilişkisinin yakınlığına göre karar verilmesi gerektiğini dile getirmektedir²¹¹. Burada edimle olan ilişkideki yakınlığın önem arz etmesinin sebebi, borca katılanın ilk borçlunun borcunu kendi borcu yapmak suretiyle üstlenmesidir²¹². Bu görüş, teminat verenin (garanti verenin) konumunu ön plana çıkarmakla²¹³ birlikte, kanaatimizce, borçluya daha hafif bir sorumluluk yükleme amacıyla kabul edilen borca katılma karinesine hizmet eder nitelikte görünmektedir. Borca katılma karinesi de, kefalet karinesi gibi, kanuni bir karine olmayıp; bir yorum ilkesidir.

Burada, borca katılma karinesinin istisnası olarak yorumlanabilecek bir hususa değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, uluslararası ticarete garanti sözleşmesinin uygulama alanın her geçen gün artmaktadır. Bu alanda verilen teminatlar genellikle bir banka tarafından verilmekte ve bankanın bağımsız bir sorumluluk altına girmek istediği kabul edilmektedir²¹⁴. Diğer yandan garanti veren banka, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkide tarafsız kalmak istemekte ve ilk borç ilişkisinden doğan def’i ve itirazların dikkate alınmaması nedeniyle garanti sözleşmesini tercih etmektedir. Dolayısıyla uluslararası ticaret alanında banka tarafından verilen bir teminat söz konusu ise, bu durumda borca katılma lehine değil, garanti lehine bir karine oluşmaktadır²¹⁵. Garanti lehine kabul edilen bu karine mahkeme kararlarına da konu olmuş, Fransız Federal Mahkemesi’nin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “ ... *garantinin bir banka tarafından verilmesi ve teminatın uluslararası bir ilişki bağlamında verilmesi bağımsız garanti sözleşmesi lehine bir karine oluşturur.*²¹⁶”. Eklemek gerekir ki, uluslararası

²¹⁰ ZENGİN, s. 79.

²¹¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 163.

²¹² ALTAY, Borca Katılma, s. 163.

²¹³ ALTAY, Borca Katılma, s. 163.

²¹⁴ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 281.

²¹⁵ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 282; ALTAY, s. 163.

²¹⁶ ATF 117 III 76, 78 vd.; ATF 113 II 434, 438 (naklen, DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 282).

ticarete garanti sözleşmesi lehine bir karinenin kabul edilmesi, ilk talepte ödeme şartlı garantiler açısından geçerlidir²¹⁷.

II- BORCA KATILMA-BORÇ İLİŞKİSİNDE TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ

A- Borca Katılma ve Alacağın Devri (Temliki)

1- Genel Olarak

Alacağın devri TBK'nın "*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*" başlıklı beşinci bölümünün birinci ayrımında m. 183-194 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda alacağın devri kavramına ilişkin olarak bir tanıma yer verilmemiştir. Alacağın devri, genel olarak, herhangi bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacağın devreden ile devralan arasında yapılan bir sözleşmeyle, borçlunun rızasına başvurulmaksızın, devralana devredilmesi şeklinde tanımlanabilir²¹⁸.

Roma Hukuku'nda alacağın devrine izin verilmemiş, bu yöndeki ihtiyaçlar başka hukuki müesseselerle çözülmeye çalışılmıştır²¹⁹. Roma hukukunda alacağın devrini sağlayan hukuki imkanlardan biri olarak borcun yenilenmesi (novatio) kavramı karşımıza çıkmaktadır²²⁰. Ancak modern hukuk sistemlerinde alacağın devrinin kavram olarak yerleşmesi sonucu, bu iki kavram da bağımsız olarak geçerliliğini

²¹⁷ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s. 281.

²¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 543; KOCAMAN, Arif B.; Alacağın Temlikinin Benzer Üçüncü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1989, s. 6; ARAL, Fahrettin, "Topyekün Temlik", *AÜHFD*, Y.:1991-1992, C.:42, S.: 1-4-, s. 93; DAYINLARLI, Kemal, Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1993, s. 15; ÜÇER, Mehmet, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki", *AÜHFD*, Y.: 2005, C.:54, S.:3, s. 407; DALCI, Nurcihan, Alacağın Toptan Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 4; GÜNERGÖK, Özcan, Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 8.

²¹⁹ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 7-8; FRANKO, Nisim, "Alacağın Temliki", *AÜSBFD*, Y.:1994, C.:49, S.:1, s. 178.

²²⁰ KOYUNCUOĞLU, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 58; DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 7-8; GÜNERGÖK, s. 3. Borcun yenilenmesi ve alacağın temliki kavramları arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. KOYUNCUOĞLU, s. 58-59.

korumaktadır²²¹. Borcun yenilenmesi, eBK'daki ifadesiyle "tecdit", TBK m. 133'te düzenlenmektedir ve borcu sona erdiren durumlardan biridir²²².

Alacağın devri borçlu, devreden ve devralandan oluşan üç köşeli bir hukuki ilişkidir²²³. Bu üç köşeli hukuki ilişki şu şekilde açıklanabilir: Devreden alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Alacaklı üçüncü kişi ile bir devir sözleşmesi yaparak bu borç ilişkisinden doğan alacağını üçüncü kişiye devretmektedir. Bu devir sonucunda, borçludan alacağın ifasını talep etme hakkı devralan üçüncü kişiye geçmektedir.

Alacağın devrinde, bir taraf değişikliği söz konusudur. Alacağın devri, borç ilişkisinde alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran bir hukuki ilişkidir. Burada devralan doğrudan alacaklı tarafın yerini almaktadır. Dolayısıyla devralan ile devreden (alacaklı) arasında bir temsil ilişkisinden bahsedilemez. Bir başka ifadeyle, devralan devreden temsilcisi değildir²²⁴. Bunun sonucu olarak devralanın alacağı kendi adına ve hesabına talep etmesinin mümkün olmadığı hallerde alacağın devri söz konusu olmayacaktır²²⁵. Alacağın devriyle birlikte devre konu olan hak ve alacaklar üzerindeki hak sahipliği, devralana geçmektedir²²⁶. Bu sebeptir ki, alacağı devreden, borçludan artık borcun ifası için bir talepte bulunamaz; bu talep hakkı alacağı devralanıdır²²⁷. Nitekim burada devreden borç ilişkisinden çıkarak yerini alacaklı sıfatıyla devralana bırakmaktadır²²⁸.

²²¹ Alacağın devri ve yenileme kavramlarının ayrı birer kavram olduğu hakkında açıklamalar için, bkz. **YÜCER**, İpek, "Yenileme (Tecdit)", *DEÜHFD*, Y.: 2007, C.:9, S.:1, s. 236; **GÜMÜŞSOY**, Güler, Alacağın Devrinde Devreden Garanti Yükümlülüğü, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 40-41; **AKSU**, Borçların Sona Ermesi, s. 250.

²²² Yenileme kavramı hakkında, **YÜCER**, s. 234 vd.; **AKSU**, Borçların Sona Ermesi, s. 250 vd.

²²³ **KOCAMAN**, s. 9; **DALCI**, Alacağın Toptan Temliki, s. 5.

²²⁴ **GÜNERGÖK**, s. 8.

²²⁵ **GÜNERGÖK**, s. 8.

²²⁶ **Yarg. 13. HD., T. 15.10.2012, E. 2012/24086, K. 2012/23220**: "... temlik akdi yapılır yapılmaz alacak, alacağa bağlı olan bütün imtiyazlar ve fer'i haklarla beraber devralana geçmektedir."

²²⁷ **REİSOĞLU**, Genel Hükümler, s. 462.

²²⁸ **Yarg. 12. HD., T. 10.10.2005, E. 2005/18889, K. 2005/19408**: "Temlik işleminin gerçekleşmesi ile temlik eden, borç ilişkisinden çıkar ve onun yerine alacaklı sıfatıyla alacağı devralan üçüncü kişi geçer."

Çeşitli amaçlara hizmet eden²²⁹ alacağın devrinin konusu sadece para alacakları değildir. Para dışındaki alacakların da devre konu olması söz konusu olabilir. Dolayısıyla devredilebilir olmak koşuluyla her türlü alacak devre konu olabilir. Alacağın hangi kaynaktan doğduğu ise devredilebilir olma konusunda önem arz etmemektedir²³⁰. Alacak haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da vekaletsiz iş görmeden doğabilir. TBK’da hangi alacakların devredilebilir olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK m. 183/I hükmü hangi alacakların devredilemeyeceğini düzenleyerek, bu tür alacakların dışında kalanlar için devre imkan tanımaktadır. Burada, kanaatimizce, TBK’nın devredilebilir olma hususuna ilişkin olarak olumsuz nitelikte bir hüküm getirerek devredilebilirlik niteliğinin sınırlarını çizdiği söylenebilir. Anılan hükme göre; *“kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.”* Bu düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere; bir kanun hükmü nedeniyle²³¹ devredilemeyen alacaklar, tarafların iradesi ile yaptıkları devri yasaklama hususunu içeren “devretmeme anlaşmaları²³²”nın varlığı ve işin niteliği gereği²³³ devrinin mümkün olmadığı hallerde alacağın devri sözleşmesi yapılamayacaktır. Bir kanun hükmü nedeniyle devredilemeyen bir alacak, kanun hükmüne rağmen devredilirse, bu sözleşme batıldır. Devretmeme anlaşmalarına rağmen ve işin niteliği gereği devredilemeyen alacakların da devri, kural olarak, geçersizdir. Ancak borçlunun bu alacakların devri hususunda baştan

²²⁹ Alacağın devrinin sosyal, iktisadi ve ticari sebeplere dayalı olarak gerçekleştirilebileceği hakkında, **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 544; **GÜNERGÖK**, s. 1-3.

²³⁰ **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 361.

²³¹ Kanun hükmü nedeniyle devredilemeyen alacaklara örnek olarak; TMK m. 25/IV, TBK m. 366/I, TBK m. 380/II, TBK m. 410, TBK m. 429/I, 5510 sayılı SSGSSK m. 93 hükümleri gösterilebilir. Kanun hükmü nedeniyle devredilemeyen alacaklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. **DAYINLARLI**, Alacağın Temliki, s. 123-133; **ŞAFAK**, Ali, Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 101-112.

²³² Devretmeme anlaşmaları hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 562; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1236-1237; **ÜÇER**, s. 419-420; **GÜNERGÖK**, s. 28-33.

²³³ Bu alacaklar, genellikle, alacaklının kişiliğine özgülenmiş olması nedeniyle devri mümkün olmayan alacaklardır. Ayrıntılı açıklamalar için, **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 561; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1237; **GÜNERGÖK**, s. 33 vd.

onayının alınması ya da borçlunun daha sonra vereceği bir icazet ile devir geçerli hale gelir²³⁴.

Alacağın devri konusunda kanun bir şekil şartı öngörmektedir. Alacağın devrinde şekli düzenleyen TBK m. 184/I'e göre; *“alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.”* Anılan hükümde belirtilen yazılı şekil kuralı, bir geçerlilik şartıdır²³⁵. Dolayısıyla alacağın devrinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için, yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Yazılı olarak yapılmayan alacağın devri sözleşmesi geçersizdir. Kanun alacağın devri bakımından bir yazılı şekil şartı getirmekle birlikte, yazılı şeklin niteliği konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Bu sebeptir ki; alacağın devri işleminin adı yazılı şekilde yapılması yeterlidir²³⁶. Ancak taraflar aralarında anlaşarak daha ağır bir şekil şartı kararlaştırılabilirler. Buna karşın tarafların şekil şartını hafifletmeleri ya da ortadan kaldırmaları, kanunun emredici hükmü karşısında, geçerli olmaz²³⁷. Alacağın devrinde yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olarak öngörülmesinin nedeni, alacağı devreden kişiden ziyade borçluyu koruma düşüncesidir²³⁸.

TBK m. 184/II'ye göre; *“alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.”* Alacağın devri sözü, alacaklının borçluya karşı alacağını bir üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesidir. Alacağın devri sözü verme, niteliği itibariyle tasarruf işlemi olmayıp, bir borçlandırıcı işlemdir²³⁹. Bu özelliğinden dolayı alacağın devri sözü verme, alacağın

²³⁴ **BUCHER**, AT, s. 542.

²³⁵ **FRANKO**, Alacağın Temliki, s. 181.

²³⁶ **DAYINLARLI**, Alacağın Temliki, s. 52; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1233; **ÜÇER**, s. 421; **GÜNERGÖK**, s. 58; **GÜMÜŞSOY**, s. 11. Yargıtay da alacağın devrinin yazılı şekle tabi olup, bu şeklin özel bir şekil olmadığına kararlarında yer vermiştir. **Yarg. HGK., T. 23.6.2008, E. 2008/15-279, K. 2008/277**: *“Alacağın temliki kapsamında sözleşmeden doğan şahsi hakkın temliki, yazılı biçimde yapılmış olmadıkça geçerli olmaz.”* Aynı yönde, **Yarg. 11. HD., T. 6.1.2014, E. 2013/2480, K. 2014/72**; **Yarg. 23. HD., T. 15.3.2013, E. 2013/71, K. 2013/1607**; **Yarg. 19. HD., T. 23.2.2010, E. 2009/5022, K. 2010/1812**; **Yarg. 12. HD., T. 7.10.2008, E. 2008/17108, K. 2008/16625**.

²³⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 553.

²³⁸ **KAVAK**, s. 170; **GÜNERGÖK**, s. 59. Alacağın devrinde yazıl şekil şartı getirilmiş alacaklıyı koruyucu bir işlevinin de olduğu hakkında, **GÜNERGÖK**, s. 60.

²³⁹ **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 291.

üçüncü kişiye devrini sağlamaz. Doktrinde alacağın devri sözü vermenin de şekle bağlı olarak yapılması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur²⁴⁰. Diğer yandan belirtmek gerekir ki, alacağın devri sözü verme TBK m. 184/II'ye göre şekle bağlı olmadığından, şekil şartına uyulmaksızın yapılan alacağın devri sözleşmesi, alacağın devri sözü vermeye tahvil edilerek sözleşmenin ayakta tutulması sağlanabilir²⁴¹.

Alacağın devri hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Alacağın devri bir borçlandırıcı işlem niteliğine sahip olmayıp, tasarruf işlemi niteliğini haizdir²⁴². Bununla birlikte, alacağın devrinin sebebe bağlı ya da sebepten soyut bir hukuki işlem olduğu tartışmalıdır²⁴³. Türk hukukunda karşıt görüşler²⁴⁴ de bulunmakla birlikte, genel kabul gören görüş; alacağın devrinin sebepten soyut bir hukuki işlem niteliğine sahip olduğudur²⁴⁵.

Alacağın devrinin, kanunda belirtildiği şekliyle genel olarak; iradi devir, yasal devir ve yargısal devir olmak üzere üç çeşidi vardır. İradi devir TBK m. 183-184'te, yasal ve yargısal devir ise TBK m. 185'te düzenlenmektedir. İradi devir, devredenle devralan arasında yapılan sözleşmeyle alacağın doğrudan devralana devredilmesi olarak tanımlanabilir²⁴⁶. Yasal (kanuni) devir, alacağın bir kanun hükmü nedeniyle ve kanunda öngörülen şekilde devredenden devralana geçirilmesidir²⁴⁷. Yargısal (kazai) devir ise, alacağın hakim kararıyla devralana geçmesi durumudur²⁴⁸. Alacağın devrinden, esas

²⁴⁰ von TUHR, s. 722.

²⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 552; GÜMÜŞSOY, s. 12. Karş. EREN, Genel Hükümler, s. 1233. Eren şekil şartına uyulmaksızın yapılan devrin devir taahhüdüne dönüştürülmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Nitekim devreden, alacağı doğrudan doğruya üçüncü kişiye devretmekte, üçüncü bir kişiye devretmeyi üstlenmemektedir. Şekil şartına uymayan bir devrin tahvil aracılığıyla ayakta tutulması ancak bu devrin tahsil yetkisi sayılmasıyla mümkündür.

²⁴² ARAL, Temlik, s. 94; GÜNERGÖK, s. 82; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 292.

²⁴³ Alacağın devrinin sebebe bağlı olup olmadığı hakkında ayrıntılı görüşler için, DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 67-72; DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 12-16; GÜNERGÖK, S. 71-81.

²⁴⁴ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 72; EREN, Genel Hükümler, s. 1229; DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 16; GÜMÜŞSOY, s. 30; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 300.

²⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 548 vd.; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 463; GÜNERGÖK, s. 81; ÜÇER, s. 410.

²⁴⁶ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 88; EREN, Genel Hükümler, s. 1227.

²⁴⁷ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 85; EREN, Genel Hükümler, s. 1225.

²⁴⁸ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 87; EREN, Genel Hükümler, s. 1227.

olarak iradi devir anlaşılır. Yasal ve yargısal devir istisnai niteliktedir²⁴⁹. Eklemek gerekir ki; yasal ve yargısal devirde taraf iradelerinin herhangi bir etkisinden bahsedilemez. Türk hukukunda yasal ve yargısal devrin gerçek anlamda alacağın devri olmadığı ifade edilmektedir²⁵⁰.

Alacağın devri konusunda yapılan bir başka ayırım ise, kapsam bakımından yapılan ayırımdır. Buna göre alacağın devri; münferit devir, çerçeve devir ve toptan devir olmak üzere üç çeşittir. Münferit devir, mevcut veya ileride doğabilecek belirli bir alacağın devri olarak tanımlanabilir²⁵¹. Münferit devir tek bir alacağın devrinden ibaret olmayıp, alacağın kapsam itibarıyla belirlenebilir olması da bu doğrultuda değerlendirilir²⁵². Belirtmek gerekir ki, münferit devirde her bir alacak bağımsız olarak devre konu olmaktadır²⁵³. Bu husus münferit devri toptan devirden ayıran temel özelliktir²⁵⁴. Çerçeve devir, alacaklının sahip olduğu alacakların toplu bir şekilde üçüncü kişiye devredilmesi taahhüdüdür²⁵⁵. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, burada bir taahhüt söz konusu olup, malvarlığının gerçek anlamda devrinden bahsetmek mümkün değildir²⁵⁶. Manto devir de denilen²⁵⁷ çerçeve devrin, hukuken münferit devir ile toplu devir arasında bir yerde olduğu ifade edilmektedir²⁵⁸. Toptan devir ise, mevcut veya ileride doğacak alacakların tek bir devir işlemi ile devredilmesidir²⁵⁹. Toptan devirde her bir alacak için ayrı ayrı devir işlemi yapılmaz. Alacaklar doğdukları anda kendiliğinden devralana geçer²⁶⁰. Toptan devrin geçerli olabilmesi için, alacakların

²⁴⁹ KOCAMAN, s. 8; FRANKO, Alacağın Temliki, s. 180.

²⁵⁰ KOCAMAN, s. 8.

²⁵¹ ARAL, Temlik, s. 96; DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 35; GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵² GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵³ ARAL, Temlik, s. 96; ŞAFAK, s. 88; GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵⁴ ŞAFAK, s. 88.

²⁵⁵ DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 36; GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵⁶ ARAL, Temlik, s. 97; DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 36; GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵⁷ GÜNERGÖK, s. 16.

²⁵⁸ ARAL, Temlik, s. 97; ŞAFAK, s. 89.

²⁵⁹ ARAL, Temlik, s. 96; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHF, Y.:1999, C.:57, S.:1-2, s. 287; DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 37; ŞAFAK, s. 89; GÜNERGÖK, s. 16.

²⁶⁰ GÜNERGÖK, s. 17.

devrine süre ve konu bakımından sınır getirilmesi şarttır²⁶¹. Bu sınırlamalara uyulmaksızın yapılan devir işlemi, kişilik haklarını zedeleyebilir. Toptan temlik hukuki niteliği itibariyle bir inançlı işlem niteliğine sahiptir²⁶².

Alacağın devri konusunda yapılan bir diğer ayrım, devir işlemi ile neyin amaçlandığı hususuna dayanmaktadır. Buna göre alacağın devri; ifa amacıyla devir, tahsil amacıyla devir ve teminat amacıyla devir olmak üzere üç çeşittir²⁶³. İfa amacıyla devirde eski alacaklının borcunu ifa etmek amacıyla alacağını üçüncü kişiye devretmesi söz konusudur. Tahsil amacıyla devir, alacaklının alacağını bir başkası vasıtasıyla elde etmek niyetiyle gerçekleştirilen devirdir. Teminat amacıyla devir ise, devreden, alacağını devralana olan borcunu teminat altına almak maksadıyla devretmesidir²⁶⁴.

2- Borca Katılma – Alacağın Devri Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve alacağın devri ayrımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir.

Borca katılma ve alacağın devri sözleşmelerinin benzerlik gösterdiği ilk husus, kanundaki düzenleme yeri itibariyle aynı bölümde yer almalarıdır. Nitekim her iki sözleşme de TBK'nın "*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*" başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Alacağın devri, beşinci bölümün birinci ayrımında düzenlenirken; borca katılma, "*Borcun Üstlenilmesi*" başlıklı ikinci ayrımda yer almaktadır.

Borca katılma, TBK m. 201 düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Alacağın devrinin de hukuki niteliği itibariyle bir

²⁶¹ OKTAY ÖZDEMİR, s. 287; ŞAFAK, s. 89; GÜNERGÖK, s. 18. Toptan temlikte konu ve zaman sınırlaması yapılmamasının müeyyideleri hakkında, bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 289 vd.

²⁶² Toptan temlikin hukuki niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. DALCI, Alacağın Toptan Temliki, s. 39-41.

²⁶³ Alacağın devri bakımından yapılan bu ayrım ve çeşitleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için, bkz. GÜMÜŞSOY, s. 35-36.

²⁶⁴ OKTAY ÖZDEMİR, s. 269-270; ŞAFAK, s. 63 vd; GÜMÜŞSOY, s. 35.

sözleşme olduğuna daha önce değinmiştik²⁶⁵. Bu sebeptendir ki, her iki kavramın da hukuki nitelik bakımından benzer özelliklere sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Alacağın devri, kural olarak, mevcut bir alacak hakkına dayanarak yapılan bir sözleşmedir²⁶⁶. Dolayısıyla bu sözleşme kurulduğu anda, var olan bir alacak hakkı söz konusu olmalıdır. Borca katılmanın mevcut ve geçerli bir ilk borca dayanarak yapılacağından ve bu hususun borca katılmanın geçerlilik şartlarından biri olduğuna ileride değineceğiz²⁶⁷. Görülmektedir ki; hem borca katılma sözleşmesi hem de alacağın devri sözleşmesi, kurulduğu sırada, var olan bir alacak hakkına/borç ilişkisine dayanarak kurulmaktadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir husus, henüz mevcut olmayan veya gelecekte doğacak bir alacağın devrinin mümkün olup olmadığıdır. Alacağın devrine ilişkin TBK hükümleri incelendiğinde, bu konuda açık bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Bir başka ifadeyle; kanunda mevcut olmayan veya gelecekte doğacak bir alacağın devredilebileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, bunu yasaklayan bir hükme de yer verilmediği anlaşılmaktadır. Henüz mevcut olmayan veya gelecekte doğacak bir alacağın devre konu olup olamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde henüz mevcut olmayan alacakların, devredilebilir olmak şartıyla, alacağın devrine konu olabileceği; ancak devreden alacağın doğduğu anda tasarruf yetkisine sahip olabileceği ifade edilmektedir²⁶⁸. Bu sebeple devralan, alacağı ancak doğduğu ve muaccel olduğu anda talep edebilecektir²⁶⁹. İleride doğacak alacaklar konusunda ise, devir anında mevcut bir hukuksal ilişkiye dayanan alacaklar ve hiçbir temeli olmayan alacaklar şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Devir anında hukuksal bir ilişkiye dayanan alacakların devri mümkün görülmekte ve burada bir beklenen hakkın varlığı kabul edilmektedir²⁷⁰. Devir anında hiçbir temeli olmayan

²⁶⁵ İkinci Bölüm, II, A, 1.

²⁶⁶ GÜNERGÖK, s. 35.

²⁶⁷ Üçüncü Bölüm I, A.

²⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTÖP, s. 248; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 359; ARAL, Temlik, s. 109 vd.; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 810.

²⁶⁹ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 811.

²⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTÖP, s. 248-249; OĞUZMAN/ÖZ, C.: II, s. 555; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 360; DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 114-115; DALCI, Alacağın Tiptan Temliki, s. 58-59.

alacakların ise devredilemeyeceği ifade edilmiştir²⁷¹. Bir başka görüşe göre ise; burada bir geciktirici şarta bağlı devrin varlığı kabul edilerek, devir anında hiçbir temeli olmayan alacakların devri de geçerli sayılmalıdır²⁷². Gelecekte doğacak bir borca katılmanın da mümkün olduğu hususunu daha önce açıkladığımızdan, burada kısaca hatırlatmakla yetiniyoruz²⁷³.

Borca katılma ve alacağın devri kararlaştırılabilecek sorumluluğun kapsamı bakımından da benzerlik gösterirler. Borca katılan asıl borcun tamamı ya da bir kısmı için sorumluluk altına girebilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, borca kısmen katılma mümkündür²⁷⁴. Alacağın devri konusunda ise, devredilen alacağın bölünebilir bir alacak olması durumunda, kısmi devrin mümkün olduğu ifade edilmektedir²⁷⁵. Bu durumda, belirlenebilirlik açısından, sözleşme metninde devredilen kısmın belirtilmesi gerekir²⁷⁶. Doktrinde alacağın kısmi devrinin, “aynı kökten gelen iki alacağın doğumuna” neden olacağı belirtilmiştir²⁷⁷. Devredilmeyen kısım üzerinde devreden tasarruf yetkisi geçerliliğini korumaktadır. Bunun sonucu olarak devreden; alacağın geri kalan kısmını muhafaza edebileceği gibi, başkasına da devredebilir²⁷⁸.

Borca katılma ve alacağın devri sözleşmelerinin benzerlik gösterdiği son husus olarak, bu sözleşmelerin şekli üzerinde durmak gerekmektedir. Borca katılmanın kural olarak hiçbir şekle tabi olmadığını, TBK m. 603 hükmü nedeniyle yazılı şekilde yapılması gerektiğine ileride değineceğiz²⁷⁹. TBK m. 184’te alacağın devrinin yazılı şekle tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla her iki sözleşmenin de yazılı şekle uyularak yapılması gerekmektedir. Bu sebeptendir ki, alacağın devri ve borca katılmanın bir şekle uyularak yapılması gerekliliği, her iki sözleşmesinin benzerlik gösterdiği bir başka hususu oluşturmaktadır.

²⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.: II, s. 557; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 360.

²⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 249.

²⁷³ Birinci Bölüm, III, C, 3.

²⁷⁴ Birinci Bölüm, III, D.

²⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.: II, s. 554; DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 111; FRANKO, Alacağın Temliki, s. 185.

²⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.: II, s. 554.

²⁷⁷ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 112.

²⁷⁸ DAYINLARLI, Alacağın Temliki, s. 112.

²⁷⁹ Üçüncü Bölüm, I, B, 1.

3- Borca Katılma – Alacağın Devri Ayrımı

Borca katılma ve alacağın devri sözleşmeleri, kefalet ve garanti sözleşmesi gibi teminat sözleşmeleriyle kıyaslandığında, daha kolay ayırım yapılabilecek sözleşmelerdir. Doktrinde borca katılma ve alacağın devri ayrımı hakkında birtakım kıstasların önerildiğine rastlanmamıştır. Bunun nedeni, her iki sözleşmenin temelde farklı amaçlara hizmet etmesi ve borç ilişkisine etkileri bakımından süjelerdeki farklılık olarak açıklanabilir. Diğer taraftan borca katılma bir borçlandırıcı işlem olup, bu işlemin temelini bir “borç” oluşturmaktadır. Alacağın devri ise, tasarruf işlemi niteliğine sahip olup; burada, tasarruf konusu bir “alacak hakkı”dır. Borca katılma ve alacağın devri ayrımını açıklamaya çalışacağımız bu başlık altında, her iki sözleşmenin ayrımı için önerilebilecek kıstaslara da yer vereceğiz.

Borca katılma ve alacağın devri sözleşmeleri arasında yapılacak ayırmada, ilk olarak üzerinde durulması gereken husus, bu sözleşmelerin borç ilişkisinde yarattıkları etki hususudur. Alacağın devri TBK’nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde düzenlenmektedir. Yer aldığı bölümün kenar başlığında da açıkça belirtildiği üzere, alacağın devrinde, bir taraf değişikliği söz konusu olup; bu hukuki ilişki, borç ilişkisinde alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Burada devreden borç ilişkisinden çıkarak yerini alacaklı sıfatıyla devralana bırakmakta ve devralan doğrudan alacaklı tarafın yerini almaktadır²⁸⁰. Kanun koyucu borca katılmayı TBK’nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde düzenlemiştir. Taraf değişikliğinin hangi suretle ortaya çıkabileceği, TBK m. 201’in gerekçesinde açıklanmaktadır. Buna göre, taraf değişikliği her zaman alacaklı veya borçlu tarafın değişmesi şeklinde ortaya çıkmamakta, bir üçüncü kişinin borçlunun yanında yer almak üzere borca katılması da bir taraf değişikliğini gündeme getirmektedir. Diğer yandan borca katılmada kanun gerekçesinde ifade bulan şekliyle bir taraf değişikliği söz konusu değildir. Nitekim borca katılmada ilk borçlu borç ilişkisinden çıkmamakta, borca katılanla birlikte sorumlu olmaya devam etmektedir. Daha önce de değindiğimiz üzere, borca katılma, taraf değişikliğine neden olmayan bir hukuki ilişkidir²⁸¹. Dolayısıyla eğer taraflar “devreden bu ilişkiden tamamen

²⁸⁰ İkinci Bölüm, II, C, 1.

²⁸¹ İkinci Bölüm, I, E.

çıkacağı”, “devralanın alacaklının sahip olduğu tüm haklara sahip olacağı” yönünde anlaşmışlarsa, burada, alacağın devrinin var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim bu ifadeler, alacaklının devrinin sahip olduğu özelliklerden biri olan taraf değişikliğinin açıkça anlaşılabilirdiği irade beyanlarıdır.

Borca katılma ve alacağın devri ayrımında değinilmesi gereken bir diğer husus, borç ilişkisinin süjelerindeki etki bakımındandır. Borç ilişkisinin süjeleri, alacaklı taraf ve borçlu taraftan oluşmaktadır. Alacaklı, borç ilişkisinin aktif süjesini (tarafını) oluştururken; borçlu, borç ilişkisinin pasif süjesini oluşturmaktadır²⁸². Alacağın devri, alacaklı tarafın değişmesi sonucunu doğuran bir hukuki işlemdir. Bu taraf değişikliği, borç ilişkisinin aktif süjesinin değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Borca katılmada ise, taraf değişikliği söz konusu olmadığından, borç ilişkisinin süjelerinde bir değişiklikten bahsetmek mümkün değildir. Borca katılma, kural olarak, katılan ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme olup; ilk borçlu ile katılan arasında üçüncü kişi lehine bir sözleşme şeklinde yapılmasına da engel bulunmamaktadır. Borca katılmada, ilk borçlu borç ilişkisinden çıkmamakta, katılan ilk borçlu ile birlikte sorumluluk altına girmektedir. Dolayısıyla borca katılmada taraf değişikliği söz konusu değildir. Diğer yandan borç ilişkisinin süjelerini etkileyen bir hukuki işlemin varlığı tartışmasızdır. Şöyle ki; alacaklı ile ilk borçlu arasında yapılan borca katılma sözleşmesi, borç ilişkisinin pasif tarafını oluşturan borçlunun değişmesi sonucunu doğurmaz. Ancak katılanın borçlunun yanında yer alması, dolaylı da olsa borçlunun hukuki durumunu etkilemektedir. Nitekim ilk borçlu ile katılan borçtan müteselsilen sorumlu olmakta, alacaklının ifa talebi her ikisi tarafından yerine getirilerek borç sona erdirilmektedir. Sonuç olarak, alacaklı ile ilk borçlu arasında yapılan borca katılma sözleşmesi, borç ilişkisinin pasif tarafını etkilemektedir. Aynı etkinin ilk borçlu ile katılan arasında üçüncü kişi lehine bir sözleşme şeklinde kurulan borca katılma sözleşmesinde de mevcut olduğu söylenebilir. Belirtmek gerekir ki; burada, borç ilişkisinin aktif süjesi olan alacaklı bakımından bir etki söz konusudur. Burada, alacaklı, ilk borçlunun yanında ek bir borçlu daha elde etmekte, hukuki konumu güçlenmektedir. Bu sebeplerle alacaklı açısından olumlu bir etkinin varlığını söylemek yanlış olmayacaktır.

²⁸² KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 1, 3.

Borca katılmanın hukuki niteliği itibariyle borçlandırıcı işlem niteliğine sahip olduğuna daha önce değinmiştik²⁸³. Borca katılmada borç altına giren kişi, borca katılındır. Burada borçlandırıcı işlemin konusunu, borca katılmaya temel teşkil eden mevcut ve geçerli bir ilk “borç” oluşturmaktadır. Alacağın devri ise, hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir²⁸⁴. Burada tasarruf eden kimse alacaklı olup, tasarrufun konusu “alacak hakkı”dır²⁸⁵.

B- Borca Katılma ve Borcun Üstlenilmesi

1- Genel Olarak

Borcun üstlenilmesi, TBK’nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünün ikinci ayrımında m. 195-204 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Borcun üstlenilmesinde, borç ilişkisindeki borçlu taraf değişmektedir²⁸⁶. Borcun üstlenilmesi sonucunda borçlu söz konusu borç ilişkisinden çıkmakta, borç üçüncü bir kişiye geçmektedir. Dolayısıyla borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinde taraf değişikliği sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

Kanunda borcun üstlenilmesi kavramına ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Borcun üstlenilmesi, genel olarak; bir borç ilişkisinin içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana getirmeksizin, borçlu borcundan kurtarılma suretiyle üçüncü bir kişi tarafından söz konusu borcun bir hukuki işlemle devralınması şeklinde tanımlanabilir²⁸⁷.

Kanun koyucu “*Borcun Üstlenilmesi*” başlıklı ikinci ayrımında esas itibariyle 5 farklı hukuki kavram düzenlemiştir. Bu kavramlar; borcun iç üstlenilmesi (m. 195), borcun dış üstlenilmesi (m. 196), borca katılma (m. 201), malvarlığının veya işletmenin

²⁸³ Birinci Bölüm, II, C.

²⁸⁴ İkinci Bölüm, II, C, 1.

²⁸⁵ KOCAMAN, s. 18.

²⁸⁶ REETZ, Peter/BURRI, Christof, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht –Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen –Art. 1-183 OR, Schulthess Juristische Medien AG Verl., 2. Aufl., Zürich 2012, s. 977, Rdn. 1; KILIÇ, s. 47; ÇABRİ, Sezer, “Borcun Üstlenilmesi –Sözleşmenin Devri – Sözleşmeye Katılma –Borca Katılma,” *Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, İsmet Sungurbey’e Armağan*, İstanbul 2012, s. 143.

²⁸⁷ KILIÇ, S. 47; PAKET, Sabure, *Borcun Dış Üstlenilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 21.

devralınması (m. 202) ve işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi (m. 203) olarak sıralanabilir. Doktrinde bir görüşe göre, bu kavramlar borcun üstlenilmesinin birer çeşididir²⁸⁸. Bir başka görüş ise; borcun üstlenilmesi kavramını sözleşmenin tarafları ile hüküm ve sonuçlarına göre farklı bir ayrıma tabi tutmaktadır²⁸⁹. Bu görüşe göre, sözleşmenin taraflarına göre bir ayırım yapıldığında borcun üstlenilmesi; borcun iç üstlenilmesi ve borcun dış üstlenilmesi şeklinde ikili bir ayrıma tabidir. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına göre bir ayrıma gidilmesi durumunda ise, borcun dış üstlenilmesi ve borca katılma olmak üzere iki farklı borcun üstlenilmesi çeşidi karşımıza çıkmaktadır. Bir başka görüş ise; borcun üstlenilmesi başlığı altında düzenlenen kavramların birbiriyle ilgili olduğunu belirtirken, bu kavramların esasen birbirinden farklı hukuki kavramlar olduğunu dile getirmektedir²⁹⁰.

Borcun üstlenilmesi, esas itibarıyla iki aşamalı bir hukuki işlemdir. Bir başka ifadeyle, borcun üstlenilmesinin geçerli bir şekilde meydana getirilebilmesi iki aşamada gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bu aşamalardan ilkinin, borcu iç üstlenme sözleşmesi; ikincisini ise, borcu dış üstlenme sözleşmesi oluşturmaktadır²⁹¹.

a- Borcu iç üstlenme sözleşmesi

Borcu iç üstlenme sözleşmesi, TBK m. 195'te "**İç Üstlenme Sözleşmesi**" kenar başlığı altında düzenlenmektedir. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasına göre, "*borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere, iç üstlenme sözleşmesi, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. Üçüncü kişiden maksat, (eski) borçlu²⁹² ile yaptığı sözleşme sonucu onu borçtan kurtaran ve borcu üstlenen kimsedir. Bu kapsamda borcun iç üstlenilmesi, üçüncü kişinin borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile borcu bizzat ifa ederek

²⁸⁸ FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 617, Rdn. 57; EREN, Genel Hükümler, s. 1244; PAKET, s. 22-23.

²⁸⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 272-273, Rdn. 3565.

²⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 585.

²⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 272, Rdn. 3565.

²⁹² Borcun üstlenilmesi sonucu borçlu taraf borç ilişkisinden tamamen çıkacağından, doktrinde "eski borçlu" tabirine yer verilmektedir. Bkz. BECKER, Hermann, Berner Kommentar, B. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Staempfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 1945, s. 814, Rdn. 2.

veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi olarak tanımlanabilir²⁹³. Üçüncü kişinin borçluyu borcundan kurtarmayı taahhüt etmesi, bir ivaz karşılığında olabileceği gibi, ivazsız olarak da gerçekleştirilebilir²⁹⁴. Bu husus ivazlı iç üstlenme sözleşmelerinde ifa sırasını düzenleyen TBK m. 195/II hükmünden de anlaşılmaktadır²⁹⁵. Anılan düzenleme uyarınca, “*borçlu, iç üstlenme sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmedikçe, diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemez.*” Burada ödemezlik def’inin özel bir halinin düzenlendiği ifade edilmektedir²⁹⁶.

Borcu iç üstlenme sözleşmesinin tarafları, borçlu ve üçüncü kişidir. Alacaklı bu sözleşmenin tarafı değildir, sözleşmenin yapılmasına katılması beklenmez. Hatta alacaklının sözleşmenin kurulmasına izin vermesi de gerekmez. Bu sebeple iç üstlenme sözleşmesinden doğan borcun ifasını ancak borçlu talep edebilir. Alacaklı, bu sözleşmenin tarafı olmadığından, borcu üstlenen üçüncü kişiden herhangi bir talepte bulunamaz. Diğer yandan, kural olarak, iç üstlenme sözleşmesi alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki üzerinde bir sonuç doğurmaz²⁹⁷.

Borcun iç üstlenilmesinde, bir taraf değişikliği söz konusu değildir²⁹⁸. Borcun iç üstlenilmesinde borçlu taraf değişmemekte, borcu üstlenen sadece borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu sebeple doktrinde, borcun iç üstlenilmesi

²⁹³ REETZ/BURRI, s. 977, Rdn. 3.

²⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 587; PAKET, s. 25; ÇABRİ, s. 144. İç üstlenme sözleşmesinin ivazsız yapılmasının niteliği itibarıyla bir bağışlama vaadi oluşturduğu hakkında, bkz. BUCHER, AT, s. 581; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 270; OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 588.

²⁹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 590; ÇABRİ, s. 146.

²⁹⁶ BECKER, s. 817; Rdn. 14; OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 590; ÇABRİ, s. 146.

²⁹⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1244, 1246. Yarg. HGK, T. 30.3.2012, E. 2012/19-53, K. 2012/262: “... borcun iç yüklenilmesi, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. ... Alacaklı bakımından sonuç doğurabilmesi için alacaklının açık muvafakati gerekir.”

²⁹⁸ BECKER, s. 815, Rdn. 4; SPIRIG, Eugen, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), B. V/1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 3. Auflage, 1994, s. 73, Rdn. 3; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 617, Rdn. 58; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 273, Rdn. 3567; STREIFF, Ullin/PELLEGRINI, Bruno/von KAENEL, Adrian, Vertragsvorlagen, Schulthess Juristische Medien AG Verl., 4. Aufl., Zürich 2008, s. 38; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 269; REETZ/BURRI, s. 977, Rdn. 3.

için, “borçtan kurtarma taahhüdü/vaadi”²⁹⁹ veya “ifanın üstlenilmesi”³⁰⁰ kavramları da kullanılmaktadır³⁰¹. Borcun iç üstlenilmesinde borçlu tarafın değişmemesi nedeniyle, doktrinde, gerçek anlamda borcun üstlenilmesinin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir³⁰².

İç üstlenme sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir³⁰³. Üstlenilmesi vaad edilen borcu doğuran sözleşmenin şekle bağlı olması, iç üstlenme sözleşmesinin şekle bağlı olması sonucunu doğurmaz³⁰⁴. Ancak burada dikkat edilmesi gereken iki önemli husus vardır: İç üstlenme sözleşmesinin ivazsız olması ve iç üstlenme sözleşmesi gereğince borçlunun taşınmaz mülkiyeti veya bir sınırlı ayni hakkı devretme borcu altına girmesi. İlk durumda, iç üstlenme sözleşmesi bağışlama vaadi niteliğinde olacağından, yazılı şekilde yapılması gerekmektedir (TBK m. 288/I). İkinci durumda ise, anılan sözleşmelerin geçerliliği hakkında resmi şekil şartı öngörüldüğünden, iç üstlenme sözleşmesi resmi şekle uyularak yapılmalıdır (TMK m. 706).

İç üstlenme sözleşmesi, borcun kendiliğinden borcu üstlenen üçüncü kişiye geçmesini sağlamaz³⁰⁵. İç üstlenme sözleşmesi ile borcu üstlenmeyi taahhüt eden kişinin, burada, iki seçeneği vardır. İlk olarak, borcu üstlenmeyi taahhüt eden kişi, borcu bizzat ifa ederek borçluyu borçtan kurtarabilir³⁰⁶. Borcu üstlenmeyi taahhüt eden kişinin

²⁹⁹ von TUHR, s. 883; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 273, Rdn. 3568; OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 585-586.

³⁰⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1244.

³⁰¹ BUCHER, AT, s. 581, dpn. 4.

³⁰² EREN, Genel Hükümler, s. 1244.

³⁰³ BECKER, s. 816, Rdn. 9; BUCHER, AT, s. 581; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 617, Rdn. 58; STREIFF/PELLEGRINI/von KAENEL, s. 38; TEKİNAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP, s. 270; OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 588; EREN, Genel Hükümler, s. 1245.

³⁰⁴ BUCHER, AT, s. 581; EREN, Genel Hükümler, s. 1245.

³⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 588-589; EREN, Genel Hükümler, s. 1246. Yarg. 19. HD, T. 28.5.1996, E. 1995/8258, K. 1996/5336: “Borcun naklinin asıl borçluyu borç ilişkisinden çıkarması için, borcun iç yüklenilmesi (borçtan kurtarma vaadi) yanında ayrıca, borcun dış yüklenilmesinin de gerçekleşmesi gerekir.”

³⁰⁶ Yarg. 2. HD, T. 25.2.2014, E. 2014/1890, K. 2014/3858: “Tarafların ‘boşanma ve mali sonuçlarında anlaşmalarına’ dayanılarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi uyarınca boşanmalarına karar verilmiş, aralarında düzenledikleri protokol tasdik edilmiş, karar kesinleşmiştir.

borcu ifa etmek istemesi durumunda, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının bir menfaati yoksa alacaklı bu ifayı kabul etmek zorundadır. Aksi takdirde alacaklının temerrüdü söz konusu olur (TBK m. 106). Borcun üçüncü kişiye geçmesinin diğer yolu ise, borcu üstlenenin alacaklı ile yapacağı dış üstlenme sözleşmesidir.

b- Borcu dış üstlenme sözleşmesi

Borcu dış üstlenme sözleşmesi, TBK m. 196 vd. hükümlerinde “**Dış Üstlenme Sözleşmesi**” kenar başlığı altında düzenlenmektedir. Anılan düzenlemenin birinci fıkrasına göre, “*borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere, dış üstlenme sözleşmesi, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu kapsamda borcun dış üstlenilmesi, borcu üstlenen ve alacaklı arasında yapılan, asıl borçlunun borcundan kurtularak yerine üstlenenin geçmesini sağlayan bir sözleşme olarak tanımlanabilir³⁰⁷. Borcun dış üstlenilmesi, asıl borçlunun borçtan kurtularak yerine borcu üstlenen kişinin geçmesini sağladığından, doktrinde ve yargı kararlarında “gerçek anlamda borcun üstlenilmesi” şeklinde ifade edilmektedir³⁰⁸. Bu sebeple borcun üstlenilmesi kavramından borcun dış üstlenilmesinin anlaşılması

Boşanma anlaşmasıyla davacı “davalı adına A... Bankası Gayrettepe şubesinden alınan kredinin kalan taksitlerini ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Boşanma anlaşmasında yer alan bu hüküm, kalan borç miktarı bakımından borcun iç üstlenilmesi niteliğindedir. Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur.”

³⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 592; EREN, Genel Hükümler, s. 1247; ÇABRİ, s. 147; KAHRAMAN, s. 87; KILIÇ, s. 111.

³⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 586; EREN, Genel Hükümler, s. 1247; KILIÇ, s. 111. Ayrıca, **Yarg. HGK, T. 30.3.2012, E. 2012/19-53, K. 2012/262**: “... davaya konu somut olayda ise borcun iç yüklenilmesi değil, dış yüklenilmesi söz konusudur. Borcun dış yüklenilmesi BK’nun 174. maddesinde düzenlenmiştir. Borcun iç yüklenilmesi sözleşmesi borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılmasına rağmen, borcun dış yüklenilmesi alacaklı ile üçüncü kişi arasında yapılmakta olup, her sözleşme gibi icap ve kabul oluşur. Borcu yüklenen üçüncü kişinin icabının, alacaklı tarafından kabul edilmesi veya alacaklının icabının üçüncü kişi tarafınca kabulüyle borcun nakli sözleşmesi kurulur. Burada alacaklının kabulü örtülü (zımni) olabileceği gibi açık da olabilir. Yani, gerçek anlamda borcun nakli sözleşmesi olan borcun dış yüklenilmesinde alacaklının kabulünün açık olması zorunlu değildir. BK’nun 174. maddesinde düzenlenen gerçek anlamdaki borcun nakli sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir.”

gerektiği belirtilmektedir³⁰⁹. Borcun dış üstlenilmesi, dar anlamda münferit bir borcun üstlenilmesidir³¹⁰.

Borcu dış üstlenme sözleşmesinin tarafları, alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişidir. Asıl borçlu bu sözleşmenin tarafı değildir³¹¹. Dolayısıyla tarafların dış üstlenme sözleşmesi yapabilmek için asıl borçlunun katılımına, rızasının alınmasına, hatta borçluya haber verilmesine dahi gerek yoktur³¹². Borcu dış üstlenme sözleşmesi, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığını gerektirdiğinden, sözleşmenin kurulabilmesi için alacaklının kabul beyanı zorunludur. Alacaklının kabul beyanı açık veya zımni³¹³ olabilir (TBK m. 196/III). Belirtmek gerekir ki, asıl borçlu ile borcu üstlenecek kişinin yapmış olduğu iç üstlenme sözleşmesine alacaklının daha sonra onay vermesi suretiyle de dış üstlenme sözleşmesi kurulabilir³¹⁴. Ancak bu durumda, alacaklının açık onayının bulunması zorunludur³¹⁵.

Borcun dış üstlenilmesi, taraf değişikliğine neden olan bir sözleşmedir³¹⁶. Nitekim asıl borçlunun borç ilişkisinden tamamen çıkarak yerini borcu üstlenene bırakması, esas itibarıyla, dış üstlenme sözleşmesiyle gerçekleşmektedir. Burada, borç

³⁰⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 1247.

³¹⁰ KAHRAMAN, s. 89.

³¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 275, Rdn. 3580.

³¹² FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 619, Rdn. 69; EREN, Genel Hükümler, s. 1248; KILIÇ, s. 113.

³¹³ Yarg. 19. HD, T. 28.5.1996, E. 1995/8258, K. 1996/5336: “ ... Borcun dış yüklenilmesinde üçüncü şahsın icabının alacaklı tarafından kabulü açık veya zımni olabilir. Ancak, somut olayda; borcun üçüncü şahıs Ömer Yaşar tarafından üstlenilerek asıl borçlu davacının borç ilişkisinden çıkmasına yönelik alacaklı M... A.Ş.nin açık veya zımni bir muvafakati bulunmamaktadır. Sadece hacizli malın üçüncü kişiye satışına muvafakat, borcun nakli ve dolayısıyla davacının borç ilişkisinden çıkması sonucunu doğurmaz.”

³¹⁴ ÇABRİ, s. 149.

³¹⁵ Yarg. 19. HD, T. 25.11.2010, E. 2010/4505, K. 2010/13386: “... borcun nakli için alacaklının açık muvafakatının bulunması zorunludur. Oysa somut olayda alacaklının, borcun nakli için açık muvafakatının olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece borcun nakli koşullarının olmadığı gözetilerek davalı abonenin elektrik tüketim bedelinden sorumlu bulunduğu kabul edilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmayıp, hükmün bozulması gerekmiştir.”

³¹⁶ FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 620, Rdn. 72; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 275, Rdn. 3579; REETZ/BURRI, s. 978, Rdn. 8; EREN, Genel Hükümler, s. 1247; KILIÇ, s. 149.

ilişkinin pasif tarafı olan borçlunun değişmesi söz konusudur³¹⁷. Eklemek gerekir ki, borcun dış üstlenilmesi borcun içeriğinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz³¹⁸. Borç içerik olarak aynı şekilde varlığını sürdürürken, eski borçludan yeni borçluya geçer. Borcun içeriğinde herhangi bir değişiklik gerçekleşmemesi, “borç içeriğinde ayniyet ilkesi” olarak adlandırılmaktadır³¹⁹.

Borcun dış üstlenilmesinin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki, asıl borçlunun borcundan kurtulmasıdır. Dış üstlenme sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasıyla asıl borçlu borçtan kurtularak borç ilişkisinden tamamen çıkacağından, alacaklı artık eski borçluya karşı bir talepte bulunamaz³²⁰. Borcun dış üstlenilmesinin bir diğer sonucu ise, borcun borcu üstlenene geçmesidir. Borcu üstlenen üçüncü kişi, dış üstlenme sözleşmesinin borçlu tarafını oluşturur. Alacaklı, dış üstlenme sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasıyla, borca ilişkin taleplerini üstlenene yöneltmelidir.

Dış üstlenme sözleşmesiyle üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı artık yeni borçluya geçer (TBK m. 199/I). İlk borçluya ait kişisel savunmalar bu kuralın dışındadır (TBK m. 199/II).

Borcu dış üstlenme sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir³²¹. Bu hususta iç üstlenme sözleşmesinin şekline ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar aynen geçerli olduğundan, tekrara düşmemek maksadıyla, kısaca değinmekle yetiniyoruz³²².

2- Borca Katılma – Borcun Üstlenilmesi Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve borcun üstlenilmesi ayırımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir.

³¹⁷ **NOMER**, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 456.

³¹⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 599; **KAHRAMAN**, s. 89; **KILIÇ**, s. 149.

³¹⁹ **KILIÇ**, s. 149.

³²⁰ **ÇABRİ**, s. 151.

³²¹ **BUCHER**, AT, s. 584; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER**, s. 275, Rdn. 3579; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 598; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1250; **ÇABRİ**, s. 151; **KILIÇ**, s. 115; **KAHRAMAN**, s. 216.

³²² Bkz. İkinci Bölüm, II, D, 1, a, s. 106.

Borca katılma ve borcun üstlenilmesinin benzerlik gösterdiği ilk husus, kanun sistematığı açısından incelendiğinde aynı bölümde yer almalarıdır. Nitekim her iki kavram da TBK'nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Borca katılma, beşinci bölümün “*Borcun Üstlenilmesi*” başlıklı ikinci ayırımında, borcun üstlenilmesinin bir alt düzenlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Borca katılma, TBK m. 201 düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Borcun üstlenilmesi iki aşamalı bir hukuki işlem olup, her bir aşama sözleşme aracılığıyla meydana gelmektedir. Dolayısıyla borcun üstlenilmesinin de hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeptendir ki, her iki kavramın da hukuki nitelik bakımından benzer özelliklere sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Kural olarak tüm borçlar borca katılma sözleşmesine konu olabileceği gibi, üstlenilmeye de elverişlidir³²³. Ancak mevcut ve geçerli olmayan bir borca katılma söz konusu olamaz. Aynı şekilde mevcut ve geçerli olmayan bir borcun üstlenilmesi de mümkün değildir³²⁴. Diğer yandan borca katılma veya borcun üstlenilmesine konu olan borcun devredilebilir bir özellik taşıması gerekmektedir. Nitekim borca üçüncü bir kişinin katılması ya da söz konusu borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilebilmesi, ancak bu borcun bir kişiden diğerine intikal edebilmesiyle mümkündür³²⁵. Önemle belirtmek gerekir ki, borca katılan/borcun üstlenilen kişinin borcu ifa edebilecek niteliklere sahip olması gerekmektedir³²⁶. Bu anlamda, özellikle belirli bir kişi tarafından ifa edilmesi gereken ya da belirli bir kişinin ifasının alacaklı açısından önem taşıdığı borçlar borca katılmaya/borcun üstlenilmesine konu olamazlar³²⁷.

Borca katılma ve borcun üstlenilmesi arasındaki benzerlikler konusunda son olarak belirtmemiz gereken, her iki sözleşmenin de borcun içeriğini değiştirmediği hususudur. Daha önce de değindiğimiz üzere, borca katılmada katılanın sorumluluğunu,

³²³ EREN, Genel Hükümler, s. 1248; ÇABRİ, s. 150.

³²⁴ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. KAHRAMAN, s. 103-105.

³²⁵ KAHRAMAN, s. 105.

³²⁶ ÇABRİ, s. 150.

³²⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 105; ALTAY, Borca Katılma, s. 5.

katılma anındaki borcun içeriği belirlemektedir³²⁸. Bu sebeptendir ki, borca katılan ilk borç ilişkisiyle aynı içerikte bir borç altına girmekte, borcun içeriğini değiştirici herhangi bir durum söz konusu olmamaktadır. Önemle eklemek gerekir ki, borca katılanın ilk borçludan farklı miktarda sorumluluk altına girmesi mümkün olup, bu husus borcun içeriğinde bir değişiklik meydana getirildiği anlamı taşımamaktadır. Borcun üstlenilmesi de borcun içeriğinde herhangi bir değişikliğe neden olmaz³²⁹. Borç içerik olarak aynı şekilde varlığını sürdürürken, borç ilişkisinde borçlu taraf değişerek eski borçlu borcundan tamamen kurtulur. Bir başka ifadeyle eski borçlu borç ilişkisinden tamamen çıkmaktadır.

3- Borca Katılma – Borcun Üstlenilmesi Ayrımı

Borca katılma, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin, ilk borçlu yanında yer almak suretiyle, mevcut borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenerek alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu altına girdiği bir borç ilişkisidir³³⁰. Borcun üstlenilmesi ise, mevcut bir borcun üstlenen tarafından asıl borçlu borçtan kurtarılacak suretiyle devralınmasıdır. Görüldüğü üzere borcun üstlenilmesinde, ilk borçlunun yanında bir sorumluluk üstlenme söz konusu değildir. Dolayısıyla borcu üstlenenin durumu, ilk borçlunun yanında müteselsil borçlu olarak sorumlu olan borca katılandan farklıdır.

Borca katılma ve borcun üstlenilmesi ayrımında temel kıstas, sözleşmenin “ortadan kaldırıcı” veya “kümülatif” bir etkisinin olup olmadığı hususudur³³¹. Eğer ki sözleşme ortadan kaldırıcı bir etkiye sahipse borcun üstlenilmesi, kümülatif bir etkiye sahipse borca katılmanın varlığı söz konusudur. Nitekim borcun üstlenilmesi, mevcut borcun üstlenene geçmesine ve asıl borçlunun borç ilişkisinden tamamen çıkmasına neden olan bir sözleşme ilişkisidir. Buradaki ortadan kaldırıcı etki, borç ilişkisinin pasif tarafı borçlu bakımından gerçekleşmektedir. Borcun üstlenilmesi sonucu, asıl borçlunun borç ilişkisi kapsamında bir yükümlülüğü kalmamaktadır. Bir başka ifadeyle borcun

³²⁸ Birinci Bölüm, II, B, 2.

³²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 599; KAHRAMAN, s. 89; KILIÇ, s. 149.

³³⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I.

³³¹ KILIÇ, s. 112.

üstlenilmesinde, asıl borçlunun borç ilişkisi kapsamındaki sorumluluğu ortadan kalmaktadır. Borcun kümülatif üstlenilmesi olarak da adlandırılan borca katılmada ise, borçlu borç ilişkisinden çıkmamakta, katılan borçlu ile birlikte müteselsil sorumluluk altına girmektedir. Bu sebeple sözleşmenin sonuçları bakımından ortadan kaldırııcı bir etkiye sahip olduğunun tespit edilmesi durumunda, borcun üstlenilmesi; kümülatif bir etkiye sahip olduğunun saptanması durumunda ise borca katılmanın varlığı kabul edilmelidir.

Borca katılma ve borcun üstlenilmesi ayrımında değerlendirilebilecek bir başka kıstas, borçlunun alacaklıya karşı durumunda bir değişiklik olup olmadığı hususudur³³². Borcun üstlenilmesinde, borçlu tamamen borç ilişkisinden çıkacağından artık alacaklının taleplerini yöneltebileceği kişi borcu üstlenendir. Burada borçlu alacaklı karşısındaki “borçlu” sıfatını kaybetmektedir. Borca katılmada ise ilk borçlunun borç ilişkisinden çıkması söz konusu değildir. Diğer yandan borca katılan borçlunun yanında borç ilişkisine dahil olmakta, ilk borçlunun alacaklıya karşı hukuki konumunda bir değişiklik meydana gelmemektedir. Bir başka ifadeyle borcun üstlenilmesinde üstlenen asıl borçlu “yerine” borç ilişkisine dahil olurken, borca katılmada katılan asıl borçlunun “yanında” yer almaktadır³³³.

Daha önce de açıkladığımız üzere, borca katılmada gerçek anlamda bir taraf değişikliği meydana gelmemektedir³³⁴. Borcun üstlenilmesinde ise borçlu tarafın borç ilişkisinden tamamen çıkmasının bir sonucu olarak, taraf değişikliği söz konusudur.

Borca katılma hukuki niteliği itibarıyla borçlandırıcı bir işlemdir. Borcun üstlenilmesinin ise hukuki niteliği itibarıyla çifte etkili işlem olduğu ifade edilmektedir³³⁵. Bunun anlamı, borcun üstlenilmesinin hem borçlandırıcı hem de tasarrufi bir etkiye sahip olmasıdır. Borcun üstlenilmesinin alacaklının alacak hakkında değişiklik yaratan yönü tasarruf etki, üstlenenin pasiflerini artırıcı yönü ise borçlandırıcı bir etki meydana getirmektedir.

³³² ÇABRİ, s. 157.

³³³ KAHRAMAN, s. 118.

³³⁴ İkinci Bölüm, I, E.

³³⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 275, Rdn. 3581; MAURER, s. 220-221; EREN, Genel Hükümler, s. 1248; KAHRAMAN, s. 102; KILIÇ, s. 118-119.

Sözleşmenin borca katılma mı borcun üstlenilmesi mi olduğunun tespit edilemediği durumlarda, taraf iradelerinin yorumlanması gerekmektedir. Bu aşamada güven prensibine göre taraf iradeleri yorumlanarak sözleşmenin borçluyu borçtan kurtarıcı bir etkiye sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, kurtarıcı etkinin söz konusu olması sadece tarafların bu konudaki açık iradeleriyle sağlanabilir³³⁶. Burada kurtarıcı etkinin tespiti, sözleşmedeki ortak iradenin yorumlanmasını gerektirir³³⁷. Bir başka ifadeyle borcun üstlenilmesinin varlığını kabul edebilmek için, taraflar arasındaki borçluyu borcundan kurtarma amacının açıkça anlaşılması gerekmektedir. Aksi durumun kabulü halinde alacaklının ağır sonuçlarla karşılaşması mümkündür. Nitekim borcun üstlenilmesinin kabul edilmesi durumunda, alacaklı asıl borçluyu sözleşme ilişkisinde tutamayacak, asıl borçluya başvurma imkanını da kaybedecektir. Bu gerekçelerle doktrinde, taraf iradelerinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, borca katılmanın varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³⁸. Bu görüşe göre, alacaklının önceki borçludan vazgeçmek istemeyeceği düşünülerek borca katılma lehine bir karine kabul edilmektedir³³⁹.

Unidroit ilkelerinde³⁴⁰ borcun üstlenilmesi düzenleyen hükümlerde ise, sözleşmenin ortak iradenin yorumlanması yerine, alacaklıya bir seçim hakkı tanınmıştır. “*Discharge of original obligor*” başlıklı PICC m. 9.2.5 hükmünde³⁴¹, alacaklı borcun üstlenilmesine onay verirken borçluyu borcundan kurtarabileceği gibi, gerektiğinde

³³⁶ KAHRAMAN, s. 118.

³³⁷ MAURER, s. 313.

³³⁸ KAHRAMAN, s. 118-119.

³³⁹ KAHRAMAN, s. 118.

³⁴⁰ Unidroit ilkeleri hakkında, OĞUZ, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku”, *AÜHFD*, Y.:2001, C.:50, S.:3, s. 11 vd.; DAYINLARLI, Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidriot İlkeleri”, *MHB*, Y.:2003, s. 203 vd.

³⁴¹ “(1) The obligee may discharge the original obligor.

(2) The obligee may also retain the original obligor as an obligor in case the new obligor does not perform properly.

(3) Otherwise the original obligor and the new obligor are jointly and severally liable.”

başvurmak üzere onu yedekte de tutabileceği düzenlenmektedir. Doktrinde alacaklıya böyle bir seçim hakkı tanınmasının yanlış bir tercih olduğu dile getirilmektedir³⁴².

C- Borca Katılma ve Sözleşmenin Devri

1- Genel Olarak

Sözleşmenin devri, TBK'nın "*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*" başlıklı beşinci bölümünün üçüncü ayrımında m. 205'te düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrasında sözleşmenin devrine ilişkin bir tanım yer almaktadır. Bu düzenlemeye 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.*" Tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere, sözleşmenin devrinde taraflardan birinin değişimi söz konusudur. Devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasıyla, devreden taraf sıfatını kaybeder ve devralan sözleşmenin tarafı olur. Söz konusu değişikliğin gerçekleştiği taraf, alacaklı olabileceği gibi borçlu da olabilir. Nitekim TBK m. 205'te "*sözleşmeyi devralan*", "*devreden*" ve "*sözleşmede kalan taraf*"tan bahsedilmiş, değişikliğin hangi tarafta gerçekleştiği belirtilmemiştir. Sözleşmenin devrinde, taraflardan birinin sözleşmeye dayanarak elde ettiği taraf durumunun devri söz konusudur. Bu husus sözleşmenin devrinin "*devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir*" sözleşme olmasının bir sonucudur.

Sözleşmenin devri; sözleşmeyi devralan, devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir sözleşmedir. Bir başka deyişle sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devreden ve devralanın iradelerine sözleşmede kalan tarafın da rıza göstermesi zorunludur³⁴³. Bu özelliğinden dolayı sözleşmenin devri, hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı kendine özgü/sui generis bir sözleşmedir³⁴⁴. Burada önemle değinmek gerekir ki,

³⁴² MAURER, s. 323.

³⁴³ BAHADIR, Zeynep, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.:2013, C.:XVII, S.:3, s. 4.

³⁴⁴ BUCHER, AT, s. 592; EREN, Genel Hükümler, s. 1256; AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 53. Ulmer/Masuch ise sözleşmenin devrinin; devreden ile üstlenen, üstlenen ile diğer taraf ve devreden üstlenen ve diğer taraf arasındaki bir sözleşme

hukuki niteliği itibariyle üç taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmenin devri, her üç tarafın aynı anda katılımını gerektirmez³⁴⁵. Sözleşmede kalan taraf, devre önceden izin verebileceği gibi daha sonra devrin gerçekleşmesine onay da verebilir.

Sözleşmenin devri iradi olabileceği gibi, kanuni de olabilir³⁴⁶. Doktrinde gerçek anlamda sözleşmenin devrinin iradi devir olduğu ifade edilmektedir³⁴⁷. Sözleşmenin kanuni devrinde, sözleşmeyi devreden taraf ile devralan tarafın iradeleri mevcuttur; ancak sözleşmede kalan tarafın rızasına ihtiyaç yoktur³⁴⁸. Burada devir kanun hükmü nedeniyle gerçekleşmektedir.

Sözleşmenin devrinden söz edebilmek için, geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı³⁴⁹ ve borç ilişkisinin devredilebilir³⁵⁰ bir nitelik taşıması gerekmektedir. Sözleşmenin devrinin şekli konusunda ise, kanunda bir şekil şartı öngörülmüştür. Buna göre sözleşmenin devri, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK m. 205/III).

Sözleşmenin devri “üstlenme sözleşmesi” aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu sözleşmesinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalı olup³⁵¹, üstlenme sözleşmesinin yapısını açıklamak üzere birtakım teorilere başvurulmaktadır³⁵².

aracılığıyla gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **ULMER**, Peter/**MASUCH**, Andreas, “Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme”, *JZ*, 13/1997, s. 655.

³⁴⁵ **ÇABRİ**, s. 164.

³⁴⁶ **ÇABRİ**, s. 163; **BAHADIR**, s. 3.

³⁴⁷ **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 35.

³⁴⁸ **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 35.

³⁴⁹ Sözleşmenin yüklenilmesi açısından borç ilişkisi hakkında, **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 92 vd.; **ÇABRİ**, s. 163.

³⁵⁰ **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 95-97; **ÇABRİ**, s. 164. Sözleşmenin devredilemeyeceği durumlar hakkında, **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 619.

³⁵¹ **BAHADIR**, s. 4-5. Sözleşmenin devrinin, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi işlemlerinin bir kombinasyonu olduğu hakkında, **ULMER/MASUCH**, s. 655; **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 41.

³⁵² Sözleşmenin üstlenilmesinin yapısını açıklayan teoriler hakkında, **AYRANCI**, Sözleşmenin Devri, s. 39-53.

2- Borca Katılma – Sözleşmenin Devri Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve sözleşmenin devri ayrımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir.

Borca katılma ve sözleşmenin devrinin benzerlik gösterdiği ilk husus, kanun sistematığı açısından incelendiğinde aynı bölümde yer almalarıdır. Nitekim her iki kavram da TBK'nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Borca katılma, beşinci bölümün “*Borcun Üstlenilmesi*” başlıklı ikinci ayrımında, sözleşmenin devri ise aynı bölümün “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*” başlıklı üçüncü ayrımında düzenlenmektedir.

Borca katılma, TBK m. 201 düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Sözleşmenin devrinin konusu ise, esasen bir sözleşme ilişkisinin devri olup, söz konusu hukuki işlem yine bir sözleşme aracılığıyla gerçekleşmektedir.

Kural olarak tüm borçlar borca katılma sözleşmesine konu olabilir. Hukuk sistemimizde, kural olarak, bütün sözleşmelerin devri mümkündür³⁵³. Ancak mevcut ve geçerli olmayan bir borca katılma söz konusu olamaz. Aynı şekilde mevcut ve geçerli olmayan bir sözleşme ilişkisinin devri de mümkün değildir³⁵⁴. Diğer yandan borca katılmaya ve sözleşmenin devrinde üstlenme anlaşmasına konu olan borcun devredilebilir bir özellik taşıması gerekmektedir. Nitekim borca üçüncü bir kişinin katılması ya da söz konusu borca ilişkin sözleşmenin üçüncü bir kişiye devri, ancak bu borcun bir kişiden diğerine intikal edebilmesiyle mümkündür³⁵⁵. Önemle belirtmek gerekir ki, özellikle belirli bir kişi tarafından ifa edilmesi gereken edimler mevcutsa, sözleşmenin devrinden söz edilemeyecektir³⁵⁶.

³⁵³ ÇABRİ, s. 164.

³⁵⁴ Ayrıntılı açıklamalar için, bkz. AYRANCI, Sözleşmenin Devri, s. 92-93.

³⁵⁵ KAHRAMAN, s. 105.

³⁵⁶ AYRANCI, Sözleşmenin Devri, s. 96; ÇABRİ, s. 164.

3- Borca Katılma – Sözleşmenin Devri Ayrımı

Borca katılma ve sözleşmenin devri arasındaki benzer özelliklere yukarıdaki başlıkta inceledik. Borca katılma, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin, ilk borçlu yanında yer almak suretiyle, mevcut borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenerek alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu altına girdiği bir borç ilişkisidir³⁵⁷. Sözleşmenin devri ise üç köşeli bir işlem olup sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmenin devriyle devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçları devralana geçer. Görüldüğü üzere borca katılmada, katılanın ilk borçlunun yanında yer alması suretiyle, borç ilişkisinin pasif tarafı olan borçluların sayısı artmaktadır. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmeyi devralan, devreden yanında sorumluluk altına girmemektedir. Sözleşmenin devri sonucu devreden, taraf sıfatını kaybederek sözleşme ilişkisinden çıkmaktadır. Devreden devre konu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçları ise devralana geçmektedir.

Daha önce de açıkladığımız üzere, borca katılmada gerçek anlamda bir taraf değişikliği meydana gelmemektedir³⁵⁸. Sözleşmenin devrinde ise devreden borç ilişkisinden tamamen çıkmasının bir sonucu olarak, taraf değişikliği söz konusudur. Nitekim sözleşmenin devrinde devreden taraf sıfatını kaybetmekte ve onun yerine sözleşmeyi devralan bu sıfatı kazanmaktadır.

Borca katılma ve sözleşmenin devri ayrımında üzerinde durulabilecek bir diğer husus, söz konusu sözleşmelerin şeklidir. Borca katılma sözleşmesinin şekli hakkında kanunda bir şekil öngörülmüş olmayıp, TBK m. 603 gereğince, gerçek kişilerce yapılan borca katılma sözleşmesinin şeklinin kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına tabi olması gerekmektedir³⁵⁹. Sözleşmenin devri ise, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

³⁵⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I.

³⁵⁸ İkinci Bölüm, I, E.

³⁵⁹ Birinci Bölüm, IV, B, 1.

D- Borca Katılma ve Sözleşmeye Katılma

1- Genel Olarak

Sözleşmeye katılma, TBK'nın "*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*" başlıklı beşinci bölümünün üçüncü ayrımında m. 206'da düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrasında sözleşmeye katılmaya ilişkin bir tanım yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre sözleşmeye katılma, "*mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.*" Tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere, sözleşmeye katılmada sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden ayrılarak yerine başka birinin geçmesi söz konusu olmayıp tam anlamıyla bir taraf değişikliği söz konusu değildir³⁶⁰. Sözleşmeye katılmada katılan, taraflardan birinin yanında yer almak üzere bu hukuki ilişkiye dahil olmaktadır. Diğer yandan sözleşmeye katılmada katılanın yanında yer aldığı tarafın alacaklılık veya borçluluk durumlarında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin taraflarından birinin kişi sayısı artmakta, bunun sonucu olarak sözleşme genişlemiş olmaktadır³⁶¹. Sözleşmeye katılmada bir anlamda taraf sıfatı üzerinde bir birliktelik kurulması durumu söz konusudur³⁶².

Sözleşmeye katılmaya ilişkin düzenlemede, katılanın hangi taraf yanında sözleşmeye dahil olacağı açıkça belirtilmemiştir. Kanunda bu hususta bir sınırlama bulunmamasının yanısıra bir yasak da hükme konu olmamıştır. Hükmün düzenleniş tarzından katılanın hem sözleşmenin alacaklı tarafının hem de borçlu tarafının yanında sözleşmeye katılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmaktayız. Nitekim TBK m. 206'da katılanın "*taraflardan birinin*" yanında yer almak üzere sözleşmeye katılmanın mümkün olduğu düzenlenmektedir. Dolayısıyla katılanın yanında yer alacağı taraf alacaklı olabileceği gibi borçlu da olabilir. Katılan hangi tarafın yanında yer alarak sözleşmeye katılırsa katılsın, bu hukuki işlem bir katılma sözleşmesiyle gerçekleşmektedir³⁶³. Dolayısıyla sözleşmeye katılma, esasen, asıl sözleşme ve katılma sözleşmesi olmak üzere iki sözleşmeyi bünyesinde barındırmaktadır³⁶⁴.

³⁶⁰ BAHADIR, s. 22.

³⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 621-622; AYRANCI, Sözleşmenin Devri, s. 75; ÇABRİ, s. 166.

³⁶² BAHADIR, s. 24.

³⁶³ EREN, Genel Hükümler, s. 1256.

Sözleşmeye katılmanın geçerli bir şekilde meydana gelebilmesi için, bu sözleşmenin katılan ile asıl sözleşmenin tarafları arasında yapılması gerekmektedir. Bu sebeptendir ki sözleşmeye katılma, hukuki niteliği itibariyle üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir³⁶⁵. Üç taraflı kendine özgü bir sözleşme olan sözleşmeye katılmada, katılanın yanında yer almadığı tarafın rızasının aranması düzenlemenin amacına hizmet edecektir³⁶⁶.

Geçerli bir şekilde kurulan sözleşmeye katılma, katılan ile yanında yer aldığı taraf açısından müteselsil sorumluluk doğurmaktadır (TBK m. 206/II). Bir başka ifadeyle sözleşmeye katılma, katılan ile yanında yer aldığı tarafa, sözleşmenin diğer tarafı karşısında “müteselsil borçlu” ya da “müteselsil alacaklı” sıfatını kazandıran bir işlemdir³⁶⁷.

Sözleşmeye katılmanın şeklini³⁶⁸ düzenleyen TBK m. 206/III hükmüne göre sözleşmenin şekli, “*katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.*” Diğer yandan sözleşmeye katılmanın hüküm ifade etmesi için, geçerli ve mevcut bir asıl sözleşmenin bulunması ve bu sözleşmeden doğan borcun devredilebilir nitelikte bir borç olması gerekmektedir. Sözleşmeden doğan borcun devredilebilir olması, borcun asıl borçlu dışında bir başka kimse tarafında ifa edilebilmesinin bir gereğidir.

2- Borca Katılma – Sözleşmeye Katılma Arasındaki Benzerlikler

Borca katılma ve sözleşmeye katılma ayrımına geçmeden önce, her iki sözleşmenin de benzer özelliklerine değinmek gerekmektedir.

Borca katılma ve sözleşmeye katılmanın benzerlik gösterdiği ilk husus, kanun sistematigi açısından incelendiğinde aynı bölümde yer almalarıdır. Nitekim her iki kavram da TBK’nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde yer almaktadır. Borca katılma, beşinci bölümün “*Borcun Üstlenilmesi*”

³⁶⁴ BAHADIR, s. 23.

³⁶⁵ BUCHER, AT, s. 593; EREN, Genel Hükümler, s. 1256; ÇABRİ, s. 166.

³⁶⁶ BAHADIR, s. 23.

³⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 622.

³⁶⁸ Katılma sözleşmesinin tabi olduğu şekil hakkında ayrıntılı açıklamalar için, ÇABRİ, s. 169.

başlıklı ikinci ayrımında, sözleşmeye katılma ise aynı bölümün “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*” başlıklı üçüncü ayrımında düzenlenmektedir. Diğer yandan her iki sözleşme de TBK’nın “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı beşinci bölümünde yer almasına rağmen, daha önce de değindiğimiz üzere gerçek anlamda taraf değişikliğinin söz konusu olmadığı görülmektedir³⁶⁹. Her iki sözleşmede de borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişi ilişkiye dahil olmakta ancak borç ilişkisinde yer alan önceki taraf bu ilişkiden çıkmamaktadır.

Borca katılma ve sözleşmeye katılmanın benzerlik gösterdiği bir diğer husus, her iki kavramın da hukuki nitelik bakımından birer sözleşme olmasıdır. Borca katılma, TBK m. 201 düzenlemesinde de açıkça belirtildiği üzere, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Sözleşme katılma ise TBK m. 206’daki tanımdan da anlaşılacağı üzere bir “anlaşma”dır.

Kural olarak tüm borçlar borca katılma sözleşmesine konu olabilir. Ancak mevcut ve geçerli olmayan bir borca katılma söz konusu olamaz. Kişisel edim içermemek kaydıyla her türlü sözleşmeye katılmak da mümkündür. Geçerli ve mevcut bir asıl sözleşmenin bulunmaması durumunda, sözleşmeye katılma da geçerli bir şekilde gerçekleştirilemeyecektir. Diğer yandan borca katılmaya ve sözleşmeye katılmada katılma sözleşmesine konu olan borcun devredilebilir bir özellik taşıması gerekmektedir. Nitekim borca ya da sözleşmeye üçüncü bir kişinin katılması, ancak bu borcun bir başka kişi tarafından ifa edebilmesiyle mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki, özellikle belirli bir kişi tarafından ifa edilmesi gereken edimler mevcutsa, sözleşmeye katılmadan söz edilemeyecektir³⁷⁰.

3- Borca Katılma – Sözleşmeye Katılma Ayrımı

Borca katılma ve sözleşmeye katılma arasındaki benzerlikleri inceledikten sonra iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Borca katılma, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin, ilk borçlu yanında yer almak suretiyle, mevcut borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri üstlenerek alacaklıya karşı ilk

³⁶⁹ İkinci Bölüm, II, F, 1.

³⁷⁰ ÇABRİ, s. 167.

borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmayı taahhüt ettiği bir borç ilişkisidir³⁷¹. Sözleşmeye katılma ise, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olmasıdır. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, borca katılma ve sözleşmeye katılma kavramları arasındaki temel fark, katılanın yanında yer aldığı taraf ve katılma konusudur.

Borca katılma katılanın ilk borçlunun yanında yer alarak, müteselsil sorumluluk altına girdiği bir sözleşmedir. Bir başka ifadeyle borca katılmada katılan, ilk borçlunun yanında yer alır. Sözleşmeye katılmada ise katılanın her iki tarafın birinin yanında yer almak üzere sözleşmeye katılması mümkündür. Nitekim TBK m. 206'da katılanın *“taraflardan birinin yanında yer almak üzere”* sözleşmeye katılması hususu düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmeye katılan alacaklı yanında ya da borçlu yanında yer almak üzere bu hukuki ilişkiyi gerçekleştirebilir. Sözleşmeye katılanın alacaklı yanında yer alması durumunda, müteselsil alacaklı; borçlunun yanında yer alması durumunda ise, müteselsil borçlu sıfatına sahip olacaktır (TBK m. 206/II).

Borca katılma sadece katılma konusu borç için gerçekleştirilebilir. Sözleşmeye katılmanın konusu ise hem borçlunun sahip olduğu borç hem de alacaklının sahip olduğu alacak hakkı olabilir. Nitekim sözleşmeye katılma sonucunda, katılan yanında katıldığı kişinin hak ve borçlarına sahip olacaktır (TBK m. 206/I).

Borca katılma ve sözleşmeye katılma ayrımında son olarak değinilmesi gereken husus, her iki sözleşmenin tabi olduğu şekildir. Borca katılma sözleşmesinin şekli hakkında kanunda bir şekil öngörülmüş olmayıp, TBK m. 603 gereğince, kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına tabi olması gerekmektedir³⁷². Sözleşmeye katılmanın şekli ise, kanunun açık hükmünde, katılma konusu şeklin geçerliliğine bağlanmıştır (TBK m. 206/III).

³⁷¹ Bkz. Birinci Bölüm, I.

³⁷² Birinci Bölüm, IV, B, 1.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCA KATILMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI, ÖZELLİKLERİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI, SONA ERMESİ

I- BORCA KATILMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Borca katılma, genel anlamda bir hukuki işlem olup, hukuki işlemler için aranan geçerlilik şartları borca katılma için de geçerlidir. Alacaklı ile katılan arasında gerçekleştirilen borca katılma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, borca katılanın tam ehliyetli olması gerekmektedir¹. Borca katılma, niteliği itibarıyla bir sözleşme olduğundan, alacaklı ile katılan arasında bulunması gereken birbirine uygun irade beyanının varlığı da şarttır. Bu irade beyanı, borca katılanın, borca katılma konusu olan borcu, ilk borçluyla birlikte ifa etme amacına yönelik olmalıdır.

Borca katılanın sınırlı ehliyetsiz olması durumunda, geçerli bir borca katılma sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Nitekim sınırlı ehliyetsizler, kendilerini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcilerinin rızası olmadan yapamamaktadırlar. Ancak TMK m. 449, yasal temsilcilerin rızası olsa dahi, sınırlı ehliyetsizlerin asla yapamayacağı işlemleri belirtmiştir. Bu işlemlerden biri de kefil olmaktır. Borca katılma, müteselsil borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olup; bu yönüyle kefaletten daha ağır bir sorumluluk getirmektedir². Kefil olması yasaklanan bir sınırlı ehliyetsizin geçerli bir borca katılma sözleşmesi yapabilmesi, bu anlamda, düşünülemeyecektir.

Kendisine oy danışmanı atanmak suretiyle işlem yapabilen sınırlı ehliyetliler ise, borca katılma sözleşmesi yapmadan önce oy danışmanının olumlu oyunu almak zorundadırlar. Nitekim sınırlı ehliyetliler TMK m. 429'da 9 bent halinde sayılan işlemleri yapabilmek için oy danışmanının görüşünü almak mecburiyetindedir. Doktrinde bu görüşün *“kanunun dediği olsun diye alındıktan sonra yine dilediğini*

¹ DEMİR, Kefalet, s. 109; ALTAY, Borca Katılma, s. 107.

² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 50; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 20.

yapabilme” şeklinde anlaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir³. TMK m. 429’da sayılan işlemlerden biri de kefil olmaktır. Kefil olabilmek için oy danışmanının görüşünün aranması, borca katılma için de bu görüşün alınmasının gerekliliği bakımından yeterlidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, oy danışmanı yasal temsilci sıfatına sahip olmadığından, bu işlemi sınırlı ehliyetli adına yapamayacaktır⁴. Oy danışmanın olumlu görüşünü bildirmesi durumunda, işleme katılması da gerekmez⁵.

Borca katılmanın, yukarıda bahsedilen genel şartlar dışında, temel şartı, borca katılma anında geçerli ve mevcut bir ilk borcun varlığıdır. Borca katılma sözleşmesinin yapılabilmesi için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Doktrinde borca katılma sözleşmesinin şekle tabi olup olmadığı tartışmalara yol açmış olup, bu tartışmalar gerekçeleriyle birlikte aşağıda incelenecektir.

A- Mevcut ve Geçerli Bir İlk Borç

Geçerli bir borca katılmadan bahsedebilmek için; borca katılmaya esas teşkil edecek bir ilk borcun varlığı şarttır. Katılmaya konu bu ilk borç, hukuken mevcut ve geçerli bir borç olmalıdır. Bu husus, TBK m. 201/I’in lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki, anılan hükümde de ifade edildiği şekliyle, “*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, ...*” katılan ile ilk borçlu arasında yapılmaktadır. Buradan da anlaşılabileceği üzere, katılma konusu borcun katılma anında mevcut bir borç olması gerekmektedir. Katılma anında var olmayan ya da geçersiz olan bir borca katılma mümkün değildir. Alacaklının ilk borç ilişkisine dayanarak ilk borçludan bir

³ **HATEMİ**, Hüseyin/**KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 40.

⁴ **OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY – ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul 2013, s. 102; **AKİPEK**, Jale G./**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ KARAMAN**, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 338; **AYAN**, Mehmet/**AYAN**, Nurşen, Kişiler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, 5. Baskı, Konya 2014, s. 34; **DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 14. Baskı, İstanbul 2013, s. 67;

⁵ **AYAN/AYAN**, s. 34. Oy danışmanının olumlu görüşünü işleme katılma şeklinde açıklayabileceği yönünde, **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 34.

alacak hakkı söz konusu değilse, borca katılana karşı da böyle bir haktan bahsedilemez⁶. İlk borç ilişkisini oluşturan sözleşmenin konusunun imkansız, genel ahlaka ve hukuka aykırı olması gibi sebeplerle baştan itibaren geçersiz olması durumunda da, geçerli bir borca katılmanın varlığı söz konusu olmayacaktır⁷. Nitekim borca katılma sonucu doğan yeni borcun kaynağı, ilk borç ilişkisinin temelini oluşturan borçtur. Bir başka ifadeyle, ilk borç ilişkisi, katılma konusu borca esas teşkil etmektedir. Katılma konusu borç ile borca katılma sonucu oluşan borç, her ne kadar, katılma gerçekleştikten sonra bağımsız ve yeni bir borç özelliği taşısa da, borca katılanın borcunun içeriği ve kapsamını ilk borç ilişkisi belirlemektedir⁸. Dolayısıyla ilk borcun mevcut olmaması ya da geçersizliği, borca katılmanın da geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.

Borca katılma sözleşmesinin kurulması anında geçerli bir borcun varlığından bahsedilememesi durumunda, geçerli bir borca katılmanın da yapılamayacağı, başlangıçtaki edimin imkânsızlığından kaynaklanmaktadır. Zira borca katılma, kuruluş aşamasında fer'i nitelik taşıyan bir müessese olup, geçerli bir şekilde kurulduktan sonra bağımsız bir borç ilişkisi özelliği kazanmaktadır. Bu açıklamalarımız da göstermektedir ki; geçerli bir borca katılmanın varlığı, mevcut ve geçerli bir ilk borcun varlığına bağlıdır⁹. Başlangıçta geçerli bir ilk borca dayanarak yapılan borca katılma sözleşmesi, ilk borç daha sonra geçersiz olsa dahi, bağımsız bir karaktere sahip olduğundan varlığını devam ettirecek; bu sebeple borca katılanın da sorumluluğu devam edecektir¹⁰. Başka bir deyişle, ilk borçlunun borcundan kurtulmasına neden olan her durum, borca katılmada, katılanın da sorumluluktan kurtulmasına neden olmaz¹¹.

⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.:II, s. 608; EREN, Genel Hükümler, s. 1254; EDENFELD, s. 1036; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 622, Rdn. ; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 305; ŞENER, s. 1284; ALTAY, Borca Katılma, s. 124 vd.

⁷DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 306; ALTAY, Borca Katılma, s. 112-113; TURAN BAŞARA, s. 424-425.

⁸ ALTAY, Borca Katılma, s. 109-110. Katılma konusu borç ve borca katılma sonucu oluşan borcun kapsam ve içerik bakımından farklılaştırılabileceğine dair, Bkz. s. 9, dpn. 39; EDENFELD, s. 1034.

⁹ REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 109; ŞENER, s. 1285.

¹⁰ AKINTÜRK, s: 75; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 10; ALTAY, Borca Katılma, s. 41; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 23.

¹¹ DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 307.

İlk borcun irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilirliği ya da takas edilebilirliği karşısında, borca katılmanın hukuki geleceğine ve katılanın durumuna da değinmek gerekmektedir. Yanılma (hata), aldatma (hile), korkutma (tehdit) gibi irade sakatlıkları veya aşırı yararlanma¹² (gabin) nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilir olması durumunda, ilk borçlu henüz iptal hakkını kullanmamışsa, bu aşamada, borca katılma ilişkisinin hukuki durumu ne olacaktır? Ya da borçlu alacaklıya karşı borcu sona erdirebilecek bir takas hakkına sahipse, bu hakkı ileri sürmediği aşamada, borca katılanın durumu ne olacaktır? Borca katılan da ilk borçluya karşı bu haklarını kullanması yönünde bir talepte bulunabilir mi ya da bu gerekçelerle edimi ifa etmekten kaçınabilir mi? İlk olarak belirtmek gerekir ki; borca katılan, ilk borçluya karşı, sahip olduğu iptal edilebilirlik sebeplerini öne sürmesine ya da takas beyanını kullanmasına yönelik bir talepte bulunamaz¹³. Söz konusu talep hakkına sahip olmadığı gibi, borca katılanın, kendisinin bu talepleri kullanma hakkı da yoktur. Nitekim iptal edilebilirlik sebeplerini ve takas hakkını kullanma hakkı yalnızca sözleşmenin tarafı sıfatına sahip olan borçluya aittir¹⁴. Borca katılan ise, daha önce de açıkladığımız üzere, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin tarafı olmayıp; borca katılmanın niteliği gereği üçüncü bir kişidir. Borca katılanın hukuki durumu, iptal veya takas hakkının kullanılıp kullanılmadığına bağlı olarak değişmektedir. İlk borçlunun, sahip olduğu iptal hakkını kullandığı ihtimalinde, ilk borç geçersiz hale geleceğinden sözleşme geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale gelecektir¹⁵. Bunun sonucu olarak, borca katılmadan da geçerli bir borç doğmayacaktır. Ancak hak düşürücü süre geçmediği için iptal hakkının kullanılabilmesi fakat henüz iptal hakkının kullanılmadığı ya da takas hakkının doğmuş fakat kullanılmamış olduğu dönemde, borca katılan borcun ifa edilmesinden

¹² Aşırı yararlanmada geçersizliğin niteliği tartışmalı olmakla birlikte, buradaki geçersizliğin iptal edilebilirlik olduğu hakkında, **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:I, s. 139; **EREN**, Genel Hükümler, s. 422; **OKUMUŞ**, Selmani, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 159-166.

¹³ **MADAUS**, s. 154.

¹⁴ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 113; **ÖZKAYA**, Eraslan; Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 37; **ACABEY**, M. Beşir; "Aşırı Yararlanma", 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 112; **ÇAKIRCA**, Seda İrem; Aşırı Yararlanma Kavramı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 196.

¹⁵ **CANYÜREK**, s. 68.

sorumludur. Burada borca katılanın borcu ifa etmesinden sonra iptal veya takas hakkının kullanılması durumunda borca katılanın iade talebi sorunu gündeme gelecektir. Belirtmek gerekir ki, iptal veya takas hakkının kullanılması borcu sona erdiren sebeplerden biri olup, borca katılanın alacaklıya yaptığı ödeme ancak TBK m. 77 vd.'da sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edilebilir. Söz konusu hükümler, borca katılanın yaptığı ödemeden sonra iade talebinin boşa çıkması ihtimalini de beraberinde getirmektedir. Bu riski bertaraf etmek isteyen borca katılanın, iptal hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ya da takasın ileri sürülmeyeceğinin kesinleşmesine kadar borcu ifa etmekten kaçınması gerektiği akla gelebilir. İrade bozukluklarının düzenlendiği TBK m. 30 vd. hükümlerinde bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu sorunun, kefalet halinde takası düzenleyen TBK m. 140 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle çözüme kavuşturulması mümkündür. Anılan hükme göre; “*Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulundukça, kefile de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir.*” Doktrinde, menfaatler dengesindeki özdeşlikten dolayı, kefile tanınan bu hakkın takastaki gibi irade bozuklukları hallerinde de geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶. Kefile tanınan bu hakların, daha ağır bir sorumluluk altındaki borca katılana da tanınması, hakkaniyet ilkelerine de uygun düşeceğinden, hukuken kabul gören bir görüştür¹⁷. Dolayısıyla borca katılan, iptal hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ya da takasın ileri sürülmeyeceğinin kesinleşmesine kadar borcu ifa etmekten kaçınabilir.

İlk borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu iptal edilebilirlik ve takas hakkı ve bunlara ilişkin özel durumları yukarıda incelemeye çalıştık. Soruna bir de alacaklının takas hakkının bulunması açısından yaklaşmak yerinde olacaktır. Alacaklının bir takas hakkı varsa ve bu hakkı henüz kullanmamışsa, borca katılan, bu ihtimalde de ifadan kaçınabilecek midir? İlk borçlu ile müteselsilen sorumlu olan borca katılan, alacaklının dilediğince ifayı talep edebileceği ve borçtan aslen sorumlu olan kişidir. Müteselsil

¹⁶ CANYÜREK, s. 74.

¹⁷ LARENZ, s. 612; MADAU, s. 155; ALTAY, Borca Katılma, s. 115. Karş. ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 140. Borca katılma, katılan ile ilk borçlunun müteselsil sorumluluğu sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla borca katılma, müteselsil borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Aral, müteselsil borçlarda, müteselsil borçluların TBK m. 140 hükmünden yararlanamayacağını ifade etmektedir. Karş. KAPANCI, s. 214-215. Kapanıcı TBK m. 140 hükmünün borca katılmaya kıyasen uygulanmasının isabetli olmayacağını dile getirmektedir.

sorumluluğun niteliği gereği, alacaklı müteselsil borçlulardan dilediğine başvurabileceği gibi, dilediğini ibra edebilir ya da borcu sona erdiren sebeplerden biri söz konusuysa o kişiye karşı bu sebeplerle borcu sona erdirebilir. Hatta alacaklının borçlulardan biriyle kendisine karşı ifa talebinde bulunmayacağına yönelik anlaşma yapması bile mümkündür. Dolayısıyla alacaklı takas hakkını ileri sürmeksizin borcu hem ilk borçludan hem de borca katılandan talep edebilir. Alacaklı takas hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ne ilk borçlu ne de borca katılan alacaklıyı takas hakkını kullanması yönünde zorlayabilir. Bu sebeptir ki borca katılanın, alacaklının takas hakkına dayanarak ifadan kaçınması mümkün değildir. Ancak alacaklının, sırf borca katılana zarar vermek maksadıyla hareket etmesi hakkın kötüye kullanılması iddiasını gündeme getirebilir¹⁸. Özellikle ilk borçlunun ifaya hazır olduğunu bildirmesi durumunda, alacaklının ekonomik durumu kötü olan borca katılana başvurması, hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturur ve bu durum alacaklının ilk borçlunun ifasını haklı bir neden olmaksızın kabul etmemesi sebebiyle alacaklının temerrüdüne yol açar (TBK m. 106).

B- Şekil

1- Genel Olarak

Borca katılmanın düzenlendiği TBK m. 201 hükmünde, borca katılma sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartına yer verilmemiştir. Bu durum doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuş ve yeni kanun ile hukukumıza giren TBK m. 603 hükmünün kıyasen borca katılmaya uygulanıp uygulanamayacağı sorununu da beraberinde getirmiştir. Diğer yandan İsviçre ve Alman hukukunda da borca katılmanın bir şekle tabi olup olmadığı sorunu, borca katılmanın ilk defa kavramsal olarak ifade edildiği 1902 yılından beri tartışma konusudur¹⁹.

Hukuk sistemimizde sözleşmeler hukukuna hakim olan temel ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. “*Sözleşmelerin şekli*” başlıklı TBK m. 12’ye göre; “*Sözleşmelerin*

¹⁸ ALTAY, Borca Katılma, s. 116.

¹⁹ Borca katılma kavramı ilk kez Alman Federal Mahkemesi’nin RGZ 51, 120, 122 kararında ifade edilmiştir. Bkz. MADAUS, s. 263. Yazar borca katılmanın yazılı olmasının gerekip gerekmediği hususunun da bu tartışma konusu içinde yer aldığını belirtmiştir. MADAUS, s. 255.

geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” Bir genel kural olan bu hükümden hareketle, borca katılmanın da sözleşme özgürlüğüne tabi olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuç, Alman hukukunda prensip olarak benimsenmiş olup; borca katılmanın şekli konusunda şekil serbestisi ilkesinin kabul edildiği ifade edilmiştir²⁰. Doktrinde bir görüşe göre²¹, borca katılmada sözleşme özgürlüğü ilkesi egemen olup, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmaması gerekmektedir. Yine aynı görüşe göre, borca katılmada “*şekle bağlı*” ya da “*şekle bağlı değil*” şeklinde bir genelleme yapmak doğru değildir²². Bu görüş borca katılmanın ana işlevinin teminat olmadığından hareketle, TBK m. 603’ün kıyasen dahi borca katılmaya uygulanamayacağı savunulmaktadır²³. Doktrinde borca katılmanın kefaletle ilişkin şekil kurallarına tabi olmadığını belirten yazarlar da vardır²⁴. Borca katılmaya şekil zorunluluğu getirilmesine karşı çıkan görüşe göre ise, borca katılma sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasında önemli ölçüde farklılıklar bulunmaktadır. Kefalet sözleşmesine sıkı şekil şartlarının getirilme nedeni; sözleşmenin daha zayıf konumda olan tarafını korumak, onu düşünmeye sevk ederek aceleci davranışlarda bulunmasına engel olmaktır²⁵. Borca katılan baştan beri müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olduğunu, kefaletin aksine alacaklının ilk olarak borçluya başvurmaksızın kendisine

²⁰ **BUSSERT**, s. 310; **EDENFELD**, s. 1038; **HEINRICHS**, Helmut, Palandt BGB, Verl. C.H. Beck, 49. Aufl., München 1990, § 414, s. 453; **BARTELS**, s. 71; **MAURER**, Tobias, Schuldübernahme, Mohr Siebeck Verl., Tübingen 2010, s. 270.

²¹ **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 320; **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; **GÜMÜŞ**, s. 331.

²² Borca katılmanın şekle tabi olup olmadığı belirlenirken, katılınan sözleşme için getirilmiş şekil şartının kanun koyucu tarafından hangi amaçla öngörüldüğüne bakmak gerekmektedir. Yazar; kefalet örneğinden hareketle, kanun koyucunun amacı, taraflardan birini korumak ise; korunan tarafın (kefilin borcuna katılanın) öngörülen şekle uyması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim kanun koyucunun kefilin koruyucu hükümler koyma gerekçesi borca katılan kişi için de geçerli olacaktır. Açıklamalar için, bkz. **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 304.

²³ **EDENFELD**, s. 1038; **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 320.

²⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.:II, s. 609. Yazar tüzel kişilerce yapılan borca katılma sözleşmelerinin hiçbir şekle tabi olmadığını ifade etmiştir. **YAVUZ**, Değişiklikler ve Yenilikler, s. 277. Yazar 818 sayılı BK’ya göre borca katılmanın hiçbir şekle tabi olmadığını belirtmiştir.

²⁵ **BÄR**, Rolf; “İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Son 50 Yıldaki Gelişimi”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 408, Çev.: Dr. İrfan YAZMAN, Ankara 1977, s. 332; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 137; **GÜNDÜZ**, s. 11.

başvurabileceğini, borçtan aslen sorumlu olduğunu ve bu ilişkide kendi ekonomik menfaatinin de bulunduğu gibi hususlar göz önüne alınarak durumun riskini en başından kabullenmektedir. Borca katılmaya şekil zorunluluğu getirilmesine karşı çıkan bu görüş, tüm bu sebepleri, borca katılanın acele karar verme ihtimaline karşı korunmasına gerek olmadığına bir göstergesi olarak ifade etmektedir²⁶.

Bir başka görüş ise, borca katılmanın bir ilk borca dayanılarak yapılabileceğinden hareketle, ilk borç ve borca katılma sonucu oluşan borcun edimlerinin de aynı olduğunu vurgulayarak borca katılma sözleşmesinin ilk borç ilişkisini oluşturan sözleşmeyle aynı geçerlilik şartlarına tabi olması gerektiğini savunmaktadır²⁷. Ancak bu görüş ilk borç ilişkisini doğuran sözleşme ile borca katılma sözleşmesinin ayrı ve bağımsız sözleşmeler olduğu hususunu gözardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁸. Bu görüş taşınmaz satımından doğan borca katılma gibi özellik arz eden satım türlerinde önem kazanabilir. Şöyle ki; borca katılanın taşınmaz satım sözleşmesinden doğan para borcuna katıldığı varsayımında, borca katılma sözleşmesinin TMK m. 706/I'in emrettiği haliyle taşınmaz satım sözleşmesinin tabi olduğu resmi şekle bağlı olarak yapılması şart değildir. Borca katılanın taşınmaz mülkiyetini geçirme borcuna katıldığı varsayımında ise, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcu TMK m. 706/I'de belirtildiği üzere resmi şekilde yapılacağından, borca katılma sözleşmesinin de bu şekilde yapılması gerekmektedir.

İsviçre hukukuna egemen olan görüş ise; borca katılmanın herhangi bir şekle tabi olmadığıdır²⁹. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi Kararları'na da konu olmuş, mahkeme bu konuda birçok karar vermiştir³⁰.

²⁶ ALTAY, Borca Katılma, s. 137-138.

²⁷ KOHTE, s. 998. Borca katılmada teminat amacı yoksa asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uyularak yapılması gerekliliği hakkında, İNAN/YÜCEL, s. 538.

²⁸ ALTAY, Borca Katılma, s. 128.

²⁹ BUCHER, AT, s. 587; BUSSERT, s. 310; BGE 43 II 263; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 621. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s. 286, Rdn. 3645.

³⁰ BGE 110 II 340; DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 303; ALTAY, Borca Katılma, s. 138. Develioğlu da taşınmaz satım sözleşmesinde bedeli ödeme borcuna katılmanın herhangi bir şekle bağlı olmaması gerektiği görüşünü benimsemiştir. DEVELİOĞLU, Kefalet-Borca Katılma Ayrımı, s. 305. BGE 43 II 263: “Bir borcu fer'i olarak tekeffül etmek mümkün olduğu gibi, başkasının borcunu

Borca katılmaya kıyasen uygulanabileceği belirtilen TBK m. 603 hükmüne göre, “Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.” Anılan madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hüküm kefalet sözleşmesinin uygulama alanını genişleten bir hükümdür³¹. Diğer yandan söz konusu hükmün uygulama alanı, “gerçek kişilerce yapılan kişisel teminat sözleşmeleri” ile sınırlanmıştır. Dolayısıyla borca katılma sözleşmesi bir tüzel kişi tarafından yapılmaktaysa, bu durumda, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasından bahsedilemeyecektir³². Borca katılmanın kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer aldığı artık genel kabul gören bir görüştür. Şayet borca katılmanın TBK m. 603’te bahsedilen sözleşmeler arasına girmediği kabul edilecek olursa, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kurallarını dolanmak oldukça basit bir mesele haline gelecektir. Bunun sonucu olarak da sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu ve onu bir kez daha düşünmeye sevk edici sıkı şekil kurallarının bir anlamı kalmayacaktır. Bir başka deyişle, kanun koyucunun bu hükümleri getirmesindeki amacın işlevini yerine getirdiğinden bahsedilemeyecektir. **Altay**’ın da belirttiği üzere, daha zayıf konumdaki teminat veren borca katılanın korunması ihtiyacı bile borca katılma sözleşmesinin bir şekle tabi kılınması için tek başına yeterli bir sebeptir³³. Bir başka açıdan bakacak olursak; fer’i bir sorumluluğa sahip kefil için öngörülen şekil şartlarının, kefilden daha ağır bir sorumluluk altına girerek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olan borca katılana karşı aranmaması hukuk güvenliği ve zayıf tarafın korunması düşünceleriyle de bağdaşmayacaktır. Doktrinde de borca katılmanın TBK m. 603 kapsamında kabul edilerek, kefaletle ilişkin kuralların borca katılmaya da uygulanması gerektiği savunulmaktadır³⁴. **Özen**; borca katılmanın, tartışmasız olarak, TBK m. 603 kapsamına

doğrudan doğruya asli bir taahhütle yüklenmek de mümkündür. Böyle bir taahhüdün geçerliliği, müşterek hukukça da kabul edilmiş olup hiçbir şekle tabi değildir.”, REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 109.

³¹ **BİLGİN**, s. 101.

³² **TURAN BAŞARA**, s. 426.

³³ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 130.

³⁴ **ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA**, s. 709; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 377; **ARAL/AYRANCI**, s. 473; **KIRCA**, Kefalette Eşin İzni, s. 437; **BADUR**, Emel, “Eşin Rızası”, *TBB*, S.:109, Y.:2013, s. 295; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 49 vd.; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 144; **ZENGİN**, s. 62-63; **EREN**, Özel Hükümler, s. 785; **AYAN**, s. 215; **İNAN/YÜCEL**, s. 538.

girdiğini vurgulamaktadır³⁵. Bir başka görüş ise, borca katılmanın teminat amacıyla yapıldığı hallerde BK m. 603'ün uygulama alanı bulacağını savunmaktadır³⁶. Açıklamaya çalıştığımız tüm bu sebeplerle, borca katılma bir şekle tabi kılınmalı ve bu şekil de TBK m. 603 hükmünün yollamasıyla kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralları olmalıdır.

Borca katılma sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmalıdır. Katılmaya konu borcun herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamış olmasının önemi yoktur. Borca katılma iradesi mutlaka yazılı olarak ortaya konmalıdır³⁷. Burada TBK m. 583'in, borca katılmada ne şekilde uygulanacağı sorunu gündeme gelebilir. Anılan maddede; sorumlu olunan azami miktarın ve yükümlülük altına girilen tarihin katılanın kendi el yazısıyla belirtilmesi öngörülmüştür. Uygulamada standart tip sözleşmelerin hakim olduğu bankacılık sektöründe, borca katılmanın tabi olduğu şekil meselesi oldukça önemli bir sorun teşkil etmektedir. Nitekim bankacılık sektöründeki bu standart sözleşmelere katılma, kural olarak, sözleşmenin altına atılan imza aracılığıyla gerçekleştirilmektedir³⁸. Borca katılmanın gerçekleştirildiği tarihin katılanın kendi el yazısıyla belirtilmesi gerektiği hususu, herhangi bir sorun teşkil etmediğinden, uygulamada kolaylıkla gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla katılanın katılma tarihini kendi el yazısıyla belirtmesi zorunluluğu kabul gören bir görüştür³⁹. Diğer yandan sorumlu olunan azami miktarın katılanın el yazısıyla belirtilmesi borca katılma bakımından uygulama alanı bulmaz⁴⁰. Nitekim borca katılanın borcunun içeriğini, ilk borçlunun borcu belirlemektedir⁴¹. Bu hususlardan başka, borca katılmada müteselsil borçlu olma iradesinin de el yazısıyla açıklanması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur⁴².

³⁵ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 49.

³⁶ **BAŞ**, Ece; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler", *İÜHF*, Y.:2012, C.:LXX, S.:2, s. 140; **ÇABRİ**, s. 158; **GÜNDÜZ**, s. 169-170.

³⁷ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 50. Borca katılma iradesinin sözlü olarak hatta faks yoluyla açıklanabileceği hakkında, **MADAUS**, s. 255.

³⁸ **MADAUS**, s. 255.

³⁹ **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 371.

⁴⁰ **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 371; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 51.

⁴¹ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 125.

⁴² **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 50.

Borca katılanın evli olması durumunda ise; mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı ya da yasal olarak bir ayrı yaşama hakkı olmadıkça, borca katılma sözleşmesinin diğer eşin yazılı izni ile yapılması gerekmektedir (TBK m. 584/I). Bu iznin en geç katılma anında alınmış olması şarttır⁴³.

2- Şekle Aykırılığın Sonuçları

Borca katılma sözleşmesinin şekil şartlarına uyulmaksızın yapılması, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur⁴⁴. Kural bu olmakla birlikte şekle aykırılık durumunda geçersizliği ileri sürme hakkının, şekil kuralı getiren hükmün amacı çerçevesinde değerlendirildiğinde, iradesi şekille koruma altına alınan kişiye ait olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır⁴⁵. Bu görüşe göre iradesi şekille korunmayan kişi şekle aykırılığa dayanamaz. Bu sebeple şekle aykırılık konusunda kesin hükümsüzlük yaptırımının esnetilmek suretiyle bir esnek geçersizlik halinin mevcut olduğu söylenebilir⁴⁶.

Kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracak şekle aykırılık; borca katılmanın yazılı bir şekilde yapılmaması, borca katılanın katılma konusu borç miktarını ve katılma tarihini el yazısıyla yazmamış olması ve borca katılanın evli olması durumunda eşin yazılı izninin alınmaması gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla şekil şartı yerine getirilmeden yapılan borca katılma sözleşmesi tamamen geçersiz olacaktır. Şekil şartlarına uyulmaması nedeniyle kesin hükümsüz olan bir borca katılma sözleşmesine dayanarak, alacaklı, borca katılana karşı bir ifa talebinde bulunamaz. Diğer yandan borca katılanın yaptığı ifa geçersiz borca katılma sözleşmesi üzerinde düzeltici bir etkide bulunmamaktadır⁴⁷. Alacaklının dava yoluyla ifa talebini ileri sürmesi durumunda, hakim borca katılma sözleşmesinin şekle aykırılığını res'en göz önünde

⁴³ **ACAR**, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 21.

⁴⁴ Doktrinde şekle aykırılığın yaptırımı bakımından bir görüş ayrılığı mevcuttur. Şekle aykırılığın mutlak butlan yaptırımına tabi olabileceği görüşünün yanısıra kendine özgü geçersizlik yaptırımını ileri süren görüşler de mevcuttur. **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 103; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 242.

⁴⁵ **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 105.

⁴⁶ **ANTALYA**, 2013, s. 103-105. Yazar borçlar hukukunda farklı geçersizlik çeşitlerinin bulunduğundan hareketle “esnek geçersizlik ilkesi”nin hakim olduğunu savunmaktadır. Bkz. **ANTALYA**, 2013, s. 104.

⁴⁷ **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 94.

tutar. Borca katılan, sözleşmenin şeklen geçersiz olduğuna dayanmak istemese bile, hakim, bu geçersizliği görevi gereği dikkate almak zorundadır⁴⁸. Aksi durumun kabulü, şekle ilişkin kuralların tarafların anlaşılmasıyla bertaraf edilebileceği anlamına gelmektedir. Böyle bir sonucun, kanun koyucunun teminat vereni koruyucu hükümlerinin amacıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Borca katılanın ya da alacaklının şekle aykırılığa dayanarak borca katılma sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir mi? Bu soruya borca katılan ve alacaklı açısından farklı şekilde yaklaşmak gerekmektedir. Kural olarak, borca katılanın, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmez⁴⁹. Borca katılanın katılma iradesini açıkladığı anda girdiği sorumluluğun bilincinde olması ve müteselsil borçlu olma iradesinin varlığı, şekle aykırılığı daha sonra ileri sürmesine engel değildir⁵⁰. Ancak borca katılan şekle aykırılığı bilinçli olarak gerçekleştirmişse, bu durumda, şekle aykırılığa dayanmak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir⁵¹. Eklemek gerekir ki; kasten şekle aykırılık yaratarak sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açan borca katılandan tazminat talep edilebilmesi de mümkündür⁵². **Özen**'e göre, bu tazminatın hukuki dayanağı; culpa in contrahendo olarak ifade edilebilir⁵³. Nitekim sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar, şekil kurallarını kasten ihlal ettiği takdirde, dürüstlük kurallarına aykırı olarak birbirlerinin hukuki çıkarlarına zarar vermiş olmaktadır; ki bu durum, culpa in contrahendo sorumluluğunu gündeme getirir⁵⁴. **Ayrancı** ise, bu durumda culpa in contrahendodan kaynaklanan bir haksız fiilin ortaya çıkacağını ifade etmiştir⁵⁵. Alacaklının şekle aykırılığa dayanarak borca katılma sözleşmesinin hükümsüzlüğünü

⁴⁸ **REİSOĞLU**, Türk Kefalet Hukuku, s. 98; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 243.

⁴⁹ Hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak istisnai durumların mümkün olduğunca dar tutulması gerektiği hakkında, **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 244.

⁵⁰ **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 104; **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 244.

⁵¹ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 80; **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 104-105.

⁵² **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 403; **GÜNDÜZ**, s. 90.

⁵³ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 246. Aynı yönde, **GÜNDÜZ**, s. 192.

⁵⁴ **TANDOĞAN**, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 404; **GEZDER**, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 160-161.

⁵⁵ **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 105.

ileri sürmesinin hakkın kötü kullanılmasını oluşturduğu durumlar da vardır. Şöyle ki; alacaklı, borca katılma sözleşmesiyle bir yükümlülük altına girmişse, bunu ifa etmekten kurtulabilmek amacıyla hükümsüzlük iddiasında bulunabilir. Elbette bu durum, şekle aykırı olarak yapılan borca katılma sözleşmesinde, borca katılan tarafından edimin ifa edildiği ihtimalinde anlam kazanacaktır. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda, borca katılma sözleşmesi şeklen geçerli olarak kurulmuş kabul edilir⁵⁶.

3- Şeklen Geçersiz Olan Borca Katılma Sözleşmesinin İfa Edilmesi

Borca katılanın, şeklen geçersiz olan bir borca katılma sözleşmesini ifa etmesi mümkündür. Bu durumda “borç olmayan şeyin” ifası söz konusudur. Şeklen geçersiz olan borca katılma sözleşmesini ifa eden borca katılan, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunabilir⁵⁷. Burada iade talebinin kime yöneltileceği sorunu ile karşılaşılabilir. Borca katılma, alacaklı ile katılan arasında yapılan ve katılanın ilk borçlunun borcunu aslen ve bağımsız olarak üstlendiği bir sözleşmedir. Bir başka ifadeyle, borca katılan söz konusu borcu kendi borcu yapar. Bu sebeple, sebepsiz zenginleşme talebinin alacaklıya karşı yöneltilmesi gerekmektedir. Nitekim borca katılan borcundan ancak alacaklıya yapacağı ifa sonucunda kurtulacaktır. Burada borca katılanın kendi borcunu sona erdirmek amacıyla ifade bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Borca katılanın sözleşmenin geçersizliğini bilmeksizin kendisini borçlu sanarak ifade bulunduğunu ispatlaması sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilmesi için yeterlidir⁵⁸. Borca katılanın geçersiz bir borca katılma sözleşmesini ifa ettiğinin farkında olması durumunda, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunamaz⁵⁹. Önemle belirtmek gerekir ki; bu ihtimalde borca katılan, borçlu olmadığını bilerek ifade bulunmaktadır. Borçlu olunup olunmadığı hakkında bir şüphe varsa, ifa esnasında iade talebi saklı tutulmadıkça, sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz.

⁵⁶ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 245.

⁵⁷ **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 107; **GÜNDÜZ**, s. 193 vd.

⁵⁸ **BUCHER**, BT, s. 293.

⁵⁹ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 79; **AYRANCI**, Kefalet Sözleşmesi, s. 108.

II- BORCA KATILMANIN ÖZELLİKLERİ

A- Bağımsızlık

1- Genel Olarak

Borca katılma sözleşmesi, kural olarak, hukuken geçerli ve mevcut bir ilk borcun varlığına dayanarak borca katılan ile alacaklı ya da ilk borçlu arasında yapılan bir teminat sözleşmesidir. Borca katılma sözleşmesinin geçerli bir şekilde doğması için aranan öncelikli şart, ilk borcun varlığıdır. Dolayısıyla borca katılma sözleşmesinin yapılabilmesi için, bir ilk borç ilişkisi mevcut olmalıdır. Ancak bu durum, borca katılma sözleşmesini ilk borç ilişkisini doğuran sözleşmeye bağımlı kılmamaktadır. Bir başka ifadeyle borca katılmadaki bağımsızlık, borca katılma sözleşmesi sonucu oluşan borcun geçerli olarak doğmasından itibaren gerçekleşir⁶⁰. Nitekim borca katılma sözleşmesi, sadece doğumu aşamasında ilk borca bağımlı olup, geçerli bir şekilde kurulduktan sonra ilk borç ilişkisinden bağımsız bir özellik göstermektedir. Diğer yandan, ilk borç ilişkisinden doğan edim ile borca katılma sözleşmesinden doğan edim her ne kadar ortak ise de; bu ortaklık, borca katılma sözleşmesinin ilk borç ilişkisini doğuran sözleşmeye bağımlı olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, esasen her iki borç da birbirinden bağımsızdır ve bu borçların bir diğeriyle fer'ilik ilişkisi yoktur⁶¹. Borca katılmanın bağımsızlık özelliğinin bir sonucu olarak, ilk borç başlangıçtaki bir sebebe dayanmaksızın sona ererse, borca katılma sözleşmesi bu geçersizlikten etkilenmeyecektir⁶². Burada kastedilen; hukuka ve ahlaka aykırılık, imkansızlık gibi edimin niteliğinden kaynaklanan başlangıçtaki objektif imkansızlık durumları değildir. Örneğin; ilk borçlunun borcu ibra ile sona erdirilir ya da ifa imkansızlığı gibi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebepten borcun ifası imkansızlaşırsa, borca katılma geçerliliğini koruyacak ve katılan sorumlu olmaya devam edecektir.

⁶⁰ ALTAY, Borca Katılma, s. 193.

⁶¹ AKINTÜRK, s. 76; ALTAY, Borca Katılma, s. 193.

⁶² AKINTÜRK, s. 75; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, s. 110; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 23; ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 10; ALTAY, Borca Katılma, s. 41; ZENGİN, s. 69.

2- Fer'i Nitelik

Borca katılma sözleşmesi, ilk borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşmedir. Ancak geçerli bir borca katılma sözleşmesi yapılabilmesi için, öncelikle başka bir borcun varlığı şarttır. Bir başka ifadeyle, borca katılma, doğum anı itibariyle bir başka borcun geçerliliğine bağlıdır. Buna, daha önce de bahsedildiği üzere, kuruluş aşamasında fer'ilik adı verilmektedir⁶³. Kuruluş aşamasında fer'i nitelik gösteren borca katılma sözleşmesi, ilk edimin objektif nedenlerle imkansız olması sonucu, geçerli bir şekilde kurulamayacaktır. Nitekim bu durumda borca katılmanın ön şartı olan mevcut bir ilk borcun varlığından bahsedilemez. Borca katılmanın fer'i niteliğinin bir başka göstergesi ise; borca katılanın ilk borçlu ile aynı içerikte borç altına girmesidir. Her ne kadar borca katılan ile ilk borçlunun sorumluluğunun kapsamı, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde farklı olarak kararlaştırılabilse de, borca katılanın ilk borçlu ile aynı içerikte sorumluluk altına girmesi genel kuraldır⁶⁴. Bu bakımdan da borca katılma, ilk borçla fer'i bir ilişki içerisindedir. Açıkladığımız bu sebeplerle, borca katılmanın fer'i niteliğinin doğum anına özgü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B- Rızai Sözleşme Niteliği

Genel olarak rızai sözleşme, sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yeterli olduğu sözleşme olarak tanımlanabilir. Türk hukukunda genel ilke, sözleşmelerin rızai sözleşme niteliğini haiz oluşudur⁶⁵. Daha önce borca katılmanın niteliği itibariyle bir sözleşme olduğu hususu üzerinde durulmuştu⁶⁶. Borca katılma sözleşmesi alacaklı ile katılan ya da ilk borçlu ile katılan arasında yapılan bir rızai sözleşmedir. Nitekim borca katılma sözleşmesinin kurulması ve sonuçlarını meydana getirmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Sözleşmenin hüküm ifade etmesi

⁶³ Birinci Bölüm, II, B, 2.

⁶⁴ Birinci Bölüm, II, D.

⁶⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 223.

⁶⁶ Birinci Bölüm, II, A.

için tamamlayıcı bir unsura ya da eşyanın teslimi gibi maddi bir fiilin eklenmesine gerek yoktur⁶⁷.

C- Teminat Sözleşmesi Niteliği

Borca katılma sözleşmesi, katılanın alacaklıya teminat vermek amacıyla yaptığı bir sözleşmedir. İster teminat amacıyla ister üstlenme amacıyla yapılsın, borca katılanın alacaklıya teminat verme amacı asıldır. Doktrinde de borca katılmanın esas işlevinin teminat vermek olduğu ifade edilmiştir⁶⁸. Borca katılma sözleşmesiyle katılan, bir başkasının karşılaşma ihtimali olan tehlikeyi üzerine almaktadır. Bu özelliğinden dolayı borca katılma niteliği itibariyle bir teminat sözleşmesidir⁶⁹. Borca katılma sözleşmesiyle katılan; borcun ifa edilmemesi riskine karşılık, ilk borçlunun borcu zamanında ve gereği gibi ifa edeceğini kendi kişisel itibarını ve ödeme gücünü de kullanmak suretiyle temin etmektedir. Bu sebeptendir ki borca katılma; teminat sözleşmesi türlerinden bir kişisel teminat sözleşmesi niteliği gösterir. Kişisel teminat sözleşmeleri, borcun ifa edilmemesi riskinin borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından üstlenildiği sözleşmelerdir. Kişisel teminat sözleşmelerinde teminat veren kişi, kişisel itibarını ve ödeme gücünü kullanarak üçüncü kişinin borcunu zamanında ve gereği gibi ifa edeceğini temin etmektedir⁷⁰.

Borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesinin çeşitli sebepleri olabilir⁷¹. Borç ilişkisi kurulurken borçlunun ödeme gücüne güvenmeyen alacaklı, kendini güvence altına almak için, ek bir borçlu daha talep edebilir. Diğer yandan alacaklıya teminat vermek amacıyla hareket eden borçlunun da üçüncü bir kişiden alacaklıya teminat vermesini talep etmesi mümkündür.

⁶⁷ Bu tür sözleşmelere real sözleşmeler denir. Açıklamalar için, **EREN**, Genel Hükümler, s. 223.

⁶⁸ Karş. **DEVELİOĞLU**, Kefalet-Borca Katılma Ayrım, s. 316.

⁶⁹ Aynı yönde teminat sözleşmesi tanımı için, **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 19; **YENİCE**, s. 5.

⁷⁰ **YENİCE**, s. 6.

⁷¹ **ÖZEN**, Kefalet Sözleşmesi, s. 7.

D- Müteselsil Borç Doğurma

Borca katılma sözleşmesi; ister alacaklı ile katılan isterse de katılan ile ilk borçlu arasında yapılmış olsun, katılan ile ilk borçlunun müteselsilen sorumluluğu sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Bu husus TBK m. 201/II'de hüküm altına alınmıştır. Borca katılan ve ilk borçlunun müteselsil sorumluluğunu öngören borca katılma sözleşmesinin, teminat sözleşmeleri içinde en ağır sorumluluk doğuran ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Borca katılan, kural olarak, alacaklıya ilk borçlunun borcundan onunla birlikte sorumlu olmak istediği yönünde bir beyan yöneltmektedir. Bu sebeptendir ki, müteselsil borçlu olma iradesinin aranacağı şahıs, borca katılandır⁷². Müteselsil borçlu olma iradesi; borcun asıl borçlu sıfatıyla üstlenildiği gibi hususları içermeli ve açık bir şekilde yansıtılmalıdır⁷³.

Alacaklı, ifaya yönelik talebini dilerse ilk borçluya dilerse borca katılana ya da her ikisine karşı birlikte yöneltebilir. Müteselsil borçluluğun doğal sonucunu olarak, alacaklı, her iki borçluya karşı alacağı konusunda tatmin edilinceye dek başvurabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, alacaklının ifaya yönelik talebinin aynı amaç için sadece bir kez talep edebileceğidir⁷⁴. Bir başka ifadeyle, alacaklı, aynı borç için iki defa ifa talebinde bulunamaz; borca katılanın ifa ettiği borç için tekrar ilk borçluya başvuramadığı gibi, ilk borçlunun ifada bulunduğu borç için de borca katılandan talepte bulunması mümkün değildir. Bu durum Federal Mahkeme kararlarında da belirtilmektedir⁷⁵.

E- Taraf Değişikliğine Neden Olmama

Borca katılma ilk borçlunun borçtan kurtulmasına sebebiyet vermeyen bir borç ilişkisidir. Uygulamada borca katılma ilişkisinin tercih edilme nedenlerinden biri de ilk borçluyu borç ilişkisinde tutarak ek bir borçlu daha elde etmek imkanı vermesidir. Türk

⁷² ALTAY, Borca Katılma, s. 115.

⁷³ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 842.

⁷⁴ BUSSERT, s. 310; REINICKE /TIEDTKE, s. 13, Rdn. 36.

⁷⁵ BFH Urteil vom 26. 4. 2012, IV 43/09. Karar metni için; <http://lexetius.com/2012,2040>, ERIŞİM: 15.6.2015.

kanun koyucusu borca katılmayı TBK'nın "**Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri**" başlıklı beşinci bölümünde düzenlemiştir. Taraf değişikliğinin hangi suretle ortaya çıkabileceği TBK m. 201'in gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre, "*borç ilişkisinde, taraf değişikliği her zaman alacaklı veya borçlu tarafın değişmesi şeklinde gerçekleşmemekte, bunlar yanında mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere üçüncü bir kişinin de katılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.*" TBK m. 201'in gerekçesinde, her ne kadar borçlunun yanında yer almak üzere üçüncü bir kişinin borç ilişkisine katılması da taraf değişikliği olarak kabul edilmiş olsa da, bu husus, doktrinde eleştirilmektedir⁷⁶. Yabancı hukuk doktrininde de borca katılmanın taraf değişikliğine neden olmadığı konusunda fikir birliği mevcuttur⁷⁷. Borca katılma sözleşmesinin taraf değişikliğine neden olmayacağını önemle belirtmemiz gerekmektedir.

III- BORCA KATILMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Borca katılmanın hüküm ve sonuçları denilince akla iki önemli husus gelmektedir. Bunlardan ilki, borca katılmadan doğan borcun bağımsızlığıdır. Diğeri ise borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucunu oluşturan, ilk borçlu ile borca katılan arasındaki müteselsil sorumluluktur.

A- Borca Katılmadan Doğan Borcun Bağımsızlığı

Borca katılmanın geçerli bir şekilde kurulması sonucu birbirinden bağımsız iki borç ortaya çıkmaktadır. Buna göre borca katılmadan doğan borç ile ilk borç ilişkisinden doğan borç birbirinden ayrı borçlar olup bağımsızdır. Burada hatırlatmak gerekir ki, borca katılmadan doğan borcun bağımsızlığı, söz konusu borcun geçerli olarak doğumundan itibaren gerçekleşir⁷⁸. Borca katılmanın geçerli bir şekilde kurulabilmesi için mevcut ve geçerli bir borcun varlığı arandığından, borca katılmanın

⁷⁶ KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 840; BADUR, Genel Hükümler, s. 137; UYGUR, s. 1164. Borca katılmanın kanunda düzenleme yeri ile ilgili eleştiriler hakkında, bkz. Birinci Bölüm, II, E, 2, b.

⁷⁷ BUCHER, AT, s. 587; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 621, Rdn. 77; HUGUENIN, s. 388, Rdn. 1428; LARENZ, § 35, s. 493.

⁷⁸ Üçüncü Bölüm, II, A, 1.

kuruluş anı bakımından fer'i bir nitelik taşıdığına daha önce değinmiştik⁷⁹. Dolayısıyla buradaki bağımsızlık, borca katılma sözleşmesinin geçerli bir şekilde doğduğu andan sonra ortaya çıkmaktadır. Doktrinde başlangıçtaki bu fer'iliğin borçlar arasında bir fer'ilik ilişkisi yaratmadığı ifade edilmektedir⁸⁰. Borca katılanın borcu ile ilk borç ilişkisinden doğan borç, borca katılmanın gerçekleşmesinden sonra, hiçbir şekilde fer'i bir ilişki içinde değildir.

Borca katılma sonucu borca katılan ile ilk borçlu arasında müteselsil borç ilişkisi doğmaktadır. Bu durumun en önemli sonucu, alacaklının müteselsil borçlulardan her birine ayrı ayrı başvurabilmesidir. Doktrinde ifade edildiği şekliyle, müteselsil borç ilişkisi borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisi meydana getirmektedir⁸¹. Borca katılma sözleşmesinde, müteselsil borç ilişkisinin sonucunu olarak, alacaklının her bir borç üzerinde bağımsız olarak tasarrufta bulunabilme hakkı mevcuttur. Bir başka ifadeyle borçluların ifa zamanları, zamanaşımı süreleri farklı olabilir, hatta farklı bir şekilde kararlaştırılabilir. Öte yandan alacaklının borçlulardan birinden olan alacağını bir başkasına devretmesi de mümkündür.

B- Borca Katılan ile İlk Borçlu Arasında Müteselsil Sorumluluğun Ortaya Çıkması

Borca katılma konusu ilk borcun dayandığı sözleşme kurulurken alacaklı karşısında bu ilişkinin borçlu tarafını oluşturan tek bir borçlu vardır. Bu sebeple burada müteselsil borç ilişkisi söz konusu değildir. Müteselsil borç ilişkisi ve ilk borcun aynı anda doğmadığından bahisle borca katılma, doktrinde, sonraki müteselsil borç ilişkisine örnek olarak gösterilmektedir⁸². Söz konusu ilk borç ilişkisi, borca katılma etkisini gösterir göstermez içeriği değişmeksizin müteselsil borç ilişkisine dönüşmektedir⁸³. Nitekim TBK m. 201'de borca katılmanın ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk doğuracağı belirtilmektedir. Buna göre borca katılma sözleşmesi

⁷⁹ Üçüncü Bölüm, II, A, 2.

⁸⁰ AKINTÜRK, s. 76.

⁸¹ AKINTÜRK, s. 70; CANYÜREK, s. 12.

⁸² DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 75.

⁸³ BUCHER, AT, s. 587.

geçerli bir şekilde kurulduktan sonra, ilk borçlu ile borca katılan alacaklıya karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacaktır. İlk borçlu ile borca katılanın alacaklıya karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumluluğu, alacaklı borcun tamamı bakımından tatmin edilinceye kadar devam eder. Burada alacaklının tatmin edilmesinden maksat, borcun tamamının ödenmesidir (TBK m. 163/II). Dolayısıyla buradaki ortak amaç, alacaklıyı tatmin etmektir. Bu husus birbirinden bağımsız olan borca katılmadan doğan borç ile ilk borç arasındaki bağlantıyı oluşturmaktadır⁸⁴.

Borca katılmada müteselsil borç ilişkisi, katılanın ilk borçluyla müteselsil sorumlu olmaya yönelik iradesini açıkladığı anda ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle borca katılma yoluyla gerçekleşen müteselsil borç ilişkisi, tüm müteselsil borçluların alacaklıya karşı borcun tamamının ifasını taahhüt ettikleri anda gerçekleşir⁸⁵. Bu husus TBK m. 162/I'de *“birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar”* şeklinde ifade edilmiştir.

Borca katılmanın meydana getirdiği müteselsil borçlulukta, alacaklının her bir borçludan edimin tamamını isteyebilmesi mümkündür (TBK m. 163). Bu husus, alacaklı için bir hak olmakla birlikte⁸⁶ yükümlülük niteliğinde olduğundan bahsedilemez⁸⁷. Alacaklının her bir borçludan edimin tamamını isteyebilmesi sınırsız bir hak değildir. Bu konuda ödemenin tekliği ilkesi gereğince, aynı borcun bir defa ifa edilmesi gerekmekte, birden fazla ifa durumu yaratılmamalıdır⁸⁸. Bu özelliklerden dolayı, doktrinde borca katılma sözleşmesinin gerçek müteselsil borçluluk yaratan bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir⁸⁹.

Müteselsil borç ilişkisi doğuran borca katılma, katılan ile alacaklının aynı derecede sorumluluğunu gerektirdiğinden, alacaklı borcun ifası için doğrudan doğruya borca katılana başvurma hakkına sahiptir. Borca katılan, bu durumda, ilk borçlunun varlığına ve öncelikle ilk borçluya başvurulması gerektiğine dayanarak ifadan

⁸⁴ **TURAN BAŞARA**, s. 435.

⁸⁵ **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 71.

⁸⁶ **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 50-51.

⁸⁷ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 194.

⁸⁸ Ödemenin tekliği ilkesi hakkında, **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 44-45.

⁸⁹ **ALTAY**, Borca Katılma, s. 194.

kaçınmaz. Alacaklının borcun tamamının ifasını talep etmesi üzerine, borca katılan borcun sadece bir kısmından sorumlu olduğunu da ileri süremez⁹⁰. Belirtmek gerekir ki sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, tarafların borca katılma sözleşmesiyle bu hususların aksini kararlaştırmaları mümkündür.

C- Borca Katılmada Hukuki Savunmalar

Borca katılmada hem borca katılan hem de ilk borçlu alacaklıya karşı birtakım hukuki savunmalara sahip olabilir. Söz konusu hukuki savunmalar borca katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar olabileceği gibi borca katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan def'i ve itirazlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Borca katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan def'i ve itirazlar ilk borç ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi borca katılma sözleşmesine dayanarak da ileri sürülebilir. Hatırlatmak gerekir ki borca katılma gerçekleştikten sonra borca katılan ile ilk borçlu arasında müteselsil borç ilişkisi ortaya çıkacağından, bu aşamadaki def'i ve itirazlar hususunda müteselsil sorumluluğa ilişkin ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Bu durum doktrinde borca katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan def'i ve itirazlar bakımından temel bir kural niteliğinde değerlendirilmektedir⁹¹.

1- Borca Katılma Anında Mevcut Olan Def'i ve İtirazlar

Borca katılmanın geçerli bir şekilde kurulabilmesi için mevcut ve geçerli bir ilk borcun varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla geçerli bir borca katılmanın söz konusu olabilmesi bir ilk borca bağlıdır. Bu sebeple katılma anındaki ilk borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu def'i ve itirazlar borca katılan tarafından da ileri sürülebilir. Katılma konusu olan borcun ifa, takas veya ibra gibi sebeplerle sona ermesi durumunda borca katılan bu sebeplerle katılma konusu borcun sona erdiğini ileri sürebilir. Diğer yandan katılma konusu borcu doğuran ilişkinin imkânsız, kanuna ya da ahlaka aykırı olması

⁹⁰ ALTAY, Borca Katılma, s. 183-184; ŞENER, s. 1304.

⁹¹ ŞENER, s. 1308.

sebebiyle de borcun mevcut olmadığı ileri sürülebilir. Borca katılanın ileri sürebileceği bir diğer husus, ilk borçlunun hukuki işlem ehliyetinden yoksun olması durumudur⁹².

Borca katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar ilk borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlardan ibarettir. Yukarıda belirtilen def'i ve itiraz sebeplerini ileri sürme hakkı yalnızca borca katılana ait değildir. İlk borç ilişkisinden doğan söz konusu def'i ve itirazların bu ilişkinin pasif süjesi olan ilk borçlu tarafından ileri sürülmesine bir engel bulunmamaktadır.

Borca katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar ilk borçlu ve/veya borca katılan tarafından ileri sürülebilir. Bu durum borca katılmanın ilk borçlu ile katılan arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getirmesinin en doğal sonucudur. Nitekim borca katılan ve ilk borçlu, alacaklı tatmin edilinceye kadar borcun tamamından sorumludur. Alacaklının tatmin edilmesi ise ancak borcun geçerli bir sebebe dayanarak sona erdirildiği hallerde mümkün olmaktadır.

2- Borca Katılma Gerçekleştikten Sonra Ortaya Çıkan Def'i ve İtirazlar

Borca katılma gerçekleşikten sonra ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu andan itibaren ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar konusundan bir ayırım yapmak gerekmektedir. Şöyle ki borca katılma gerçekleşikten sonra ilk borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar, müteselsil sorumluluk esasları gereğince, borca katılan tarafından ileri sürülebilecektir. Bir diğer ifadeyle borca katılan, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürülebilir. Ortak def'i ve itirazların bulunması durumunda ise, bu hususların ileri sürülmesi borçlular açısından bir zorunluluktur. Aksi halde söz konusu def'i ve itirazları ileri sürmeyen borçlunun diğer müteselsil borçluya karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Diğer yandan borca katılanın, borca katılmadan doğan def'i ve itirazları ileri sürme hakkı da bulunmaktadır. Bu kapsamda borca katılan ile alacaklı arasındaki şahsi def'i ve itirazlar üzerinde durmak gerekmektedir⁹³.

⁹² TANDOĞAN, Cilt II, s. 705; DEVELİOĞLU, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 307; ALTAY, Borca Katılma, s. 206 vd.; ŞENER, s. 1307-1308.

⁹³ ŞENER, s. 1312; TURAN BAŞARA, s. 438.

a- İlk Borç İlişkisinden Doğan Def'i ve İtirazlar

Borca katılma gerçekleşikten sonra ortaya çıkan def'i ve itirazların başında ilk borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar gelmektedir. İlk borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlardan maksat, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden kaynaklanmadır.

Borca katılmanın meydana getirdiği müteselsil borç ilişkisinin sonucu olarak ortaya çıkabilecek def'i ve itirazlar bakımından müteselsil sorumluluğa ilişkin prensipler uygulama alanı bulur. Bu sebeple borca katılan alacaklıya karşı ancak alacaklı ile kendisi arasındaki kişisel ilişkiden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Bu husus TBK m. 164/I'de *“müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda borca katılanın alacaklıya karşı önceki bir alacağından takas hakkı mevcutsa, bu hususu ileri sürebilir. Aynı şekilde borca katılan tarafından borç ilişkisinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu, borcun hiç doğmadığı da ileri sürülebilir⁹⁴. Burada önem arz eden husus, borca katılanın ileri sürdüğü def'i ve itirazların müteselsil borcun sebep ve konusu ile ilgili savunmalardan olmasıdır. Öte yandan ortak def'i ve itirazların bulunması durumunda, müteselsil borçluların bunları ileri sürmemesi diğerlerine karşı sorumluluğu sonucunu doğuracaktır (TBK m. 164/II). Dolayısıyla borca katılan ortak def'i ve itirazları ileri sürmediği takdirde, ilk borçluya karşı sorumlu olacaktır. Aynı durum ilk borçlu açısından da söz konusudur⁹⁵. Borca katılma ilişkisinde her iki borçlunun edimi aynı olduğu için edimin kendisinden kaynaklanan ve edimdeki sonraki imkansızlık durumu, edimin sonradan geçersiz hale gelmesi her iki borçlu tarafından ileri sürülebilecek ortak def'i ve itirazlardandır⁹⁶.

Borca katılma ilişkisi doğduktan sonra ilk borçlunun sahip olduğu ve sadece ilk borçlu tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, borca katılan tarafından ileri

⁹⁴ TANDOĞAN, Cilt II, s. 704; DEVELİOĞLU, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 307; ALTAY, Borca Katılma, s. 209.

⁹⁵ TANDOĞAN, Cilt II, s. 704; DEVELİOĞLU, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 307; ALTAY, Borca Katılma, s. 209; ŞENER, s. 1308.

⁹⁶ ALTAY, Borca Katılma, s. 216.

sürülemez. Ancak bu kuralın aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bu ihtimal özellikle borca katılan açısından gündeme gelebilir. Şöyle ki alacaklı ile borca katılan aralarında anlaşarak ancak ilk borçludan talepte bulunabileceği hallerde borca katılandan da talepte bulunabileceği hususunda anlaşabilirler. Burada önemle değinmek gerekir ki bu anlaşmanın borca katılmadan doğan borç ile ilk borç ilişkisi arasında tam bir fer'ilik yaratmaması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme nitelik olarak borca katılma özelliğini kaybederek kefalet sözleşmesi olarak yorumlanabilir⁹⁷.

Borca katılma ilk borçlu ile alacaklı arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getiren bir sözleşmedir. Dolayısıyla müteselsil borçluların ortak amacı, alacaklıyı tatmin etmedir. Borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlunun ifası ya da takas beyanıyla borç sona ererse, borca katılan da borcundan kurtulur⁹⁸. Bu sonuç borca katılanın borcu ifa etmesi ya da takas beyanıyla borcu sona erdirdiği hallerde, ilk borçlu bakımından da geçerlidir. Nitekim borcun geçerli bir şekilde sona ermesini sağlayan bu gibi durumlarda, alacaklıyı tatmin etme ortak amacı gerçekleştirilmiş olacaktır. Müteselsil borç ilişkisinin sonucu olarak borçlulardan birinin borcu geçerli bir şekilde ifa etmesiyle diğeri de borçtan kurtulur.

b- Borca Katılmadan Doğan Def'i ve İtirazlar

Borca katılma gerçekleştikten sonra ortaya çıkan def'i ve itirazların bir diğeri ise borca katılmadan doğan def'i ve itirazlardır. Borca katılmadan doğan def'i ve itirazlardan maksat, alacaklı ve borca katılan arasındaki ilişkiden kaynaklanmadır. Bu def'i ve itirazlar alacaklı ile borca katılan arasındaki şahsi def'i ve itirazlardır⁹⁹. Bu kapsamda borca katılan alacaklıya karşı, onun tarafından ibra edildiğini ya da var olan takas hakkını kullandığını belirterek alacaklının ifa talebine karşı def'i ve itirazlarda bulunabilir. Yine borca katılanın sözleşmenin geçersizliği ve kendi borcunun zamanaşımına uğradığına yönelik iddiaları da bu çerçevede değerlendirilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁷ ALTAY, Borca Katılma, s. 216.

⁹⁸ DEVELİOĞLU, Kefalet – Borca Katılma Ayrımı, s. 308-309.

⁹⁹ ŞENER, s. 1312; TURAN BAŞARA, s. 438.

¹⁰⁰ ALTAY, Borca Katılma, s. 204.

D- Alacaklıya İfade Bulunan Borca Katılanın Rücu Hakkı ve Halefîyet

1- Rücu Kavramı ve Borca Katılanın Rücu Hakkı

Rücu kavramı, farklı anlamlarda karşımıza çıkabilen bir kavramdır. Bu kavram “dönme, geriye dönme, cayma, sözünden geri dönme¹⁰¹” gibi anlamlara sahip olabileceği gibi, “bir ödemede bulunan kimsenin, yaptığı bu ödemeyi kısmen veya tamamen yapması gereken diğer kişilerden istemesi¹⁰²” anlamında da kullanılabilmektedir. Çalışmamızın konusunu ilgilendiren rücu kavramı, bir ödemede bulunan kimsenin, bu ödemeyi kısmen veya tamamen yapması gereken diğer kişilerden isteyebilmesini ifade etmektedir.

Rücu hakkının hukuki niteliği konusunda doktrinde bir fikir birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre rücu hakkı, halefîyete dayalı bir alacak hakkıdır¹⁰³. Bu görüşe göre rücu hakkı dayanağını TBK m. 167 ve 168’den alır ve bu hükümler birbiriyle yarışmaktadır¹⁰⁴. Bir başka görüşe göre ise rücu hakkı, temelini TBK m. 61-62’de (eBK m. 51) bulur ve tazminat niteliğinde şahsi bir alacak hakkıdır¹⁰⁵. Doktrinde bir başka görüş ise rücu hakkının kaynağını TBK m. 61-62’den (eBK m. 51) alarak TBK m. 167 ve 168 (eBK m. 146-147) ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁶. Bu görüş rücu hakkını, niteliği itibarıyla yeni bir alacak hakkı olarak kabul etmektedir¹⁰⁷.

Rücu hakkı birden çok kişinin yer aldığı müteselsil borç ilişkilerinde karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁸. Bu hakkın doğumu, birden çok kişinin sorumluluğunun söz konusu

¹⁰¹ **YILMAZ**, Sözlük, s. 1050.

¹⁰² **KARAHASAN**, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.:2, İstanbul 1989, s. 1082.

¹⁰³ **KILIÇOĞLU**, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, C.:1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 546.

¹⁰⁴ **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk Hukuku, s. 546.

¹⁰⁵ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Türk Borçlar Hukuku’nda Kanuni Halefîyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 448, Ankara 1979, s. 13; **KARAHASAN**, s. 1082.

¹⁰⁶ **YENİCE**, s. 26.

¹⁰⁷ **YENİCE**, s. 26.

¹⁰⁸ Rücu hakkının tek borçluluk hallerinde de karşımıza çıkabileceği hakkında, **CANYÜREK**, s. 6; **YENİCE**, s. 26, 31; **ÖZTÜRK**, İdil Zeynep; Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 42.

olduğu durumlarda, hakkaniyete uygun bir biçimde denkleştirme yapılması gerekliliğine bağlıdır¹⁰⁹.

Müteselsil borçlulukta iç ilişkideki paylaşımı düzenleyen TBK m. 167’de rücu hakkı şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “*Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.*” Borca katılmada, borca katılanın rücu hakkı TBK m. 167 düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borca katılan ile ilk borçlu alacaklıya karşı iç ilişkide eşit olarak sorumludur. İç ilişkideki paydan daha fazla ödemede bulunan taraf, ödediği bu fazla miktar için diğer müteselsil borçluya rücu edebilir.

TBK m. 167 düzenlemesi emredici nitelikte olmayan bir hükümdür. Bu sebeple tarafların hükmün aksini kararlaştırmaları her zaman mümkündür. Dolayısıyla borca katılan ile ilk borçlunun, aralarında anlaşarak, iç ilişkide farklı oranlarda sorumluluk üstlenmeleri mümkündür. Bu durumda tarafların alacaklıya karşı olan sorumluluğunu tek başına bu anlaşma belirlemiş olacaktır¹¹⁰.

Alacaklının talebi karşısında ifade bulunan borca katılanın rücu hakkı, iç ilişkide borçlu olduğu miktarı aşan kısım için geçerlidir¹¹¹. Borca katılan iç ilişkide sorumlu olduğu miktarı aşan bir ödeme yapmamışsa, bu durumda, ilk borçluya rücuda bulunamayacaktır. Bu kapsamda borca katılanın ilk borçluya göre daha yüksek oranda sorumluluk altına girip girmediği hususunun hiçbir önemi yoktur. Burada özellik arz eden ve dikkate değer olan husus, borca katılan ile ilk borçlunun aralarındaki anlaşmada sorumluluk oranlarının nasıl belirlendiğidir. Örneğin, borca katılanın borcun dörtte üçünden, ilk borçlunun dörtte birinden sorumlu olacağı konusunda aralarında bir anlaşma varsa, bu durumda borca katılan eşit sorumluluk ilkesinden hareketle ödediği dörtte birlik kısım için ilk borçluya başvuramaz.

¹⁰⁹ YENİCE, s. 30.

¹¹⁰ ALTAY, Borca Katılma, s. 217.

¹¹¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 217.

İlk borçlunun ibra edilerek borcun tamamının borca katılan tarafından üstlenildiği üstlenme amacıyla borca katılma sözleşmesinde, borca katılanın ilk borçluya karşı rücu hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹¹². Nitekim bu üstlenme dış ilişkide borca katılan ile ilk borçlu alacaklıya karşı yine müteselsilen sorumluluğu sonucunu doğursa da, iç ilişkide tek başına borca katılanın sorumluluğunu gerektirir. Önemle değinmek gerekir ki, üstlenme amacıyla borca katılmada, borcun ifasını ilk borçlu yerine getirmişse, borcun tamamı oranında borca katılana rücu edebilecektir.

2- Halefîyet Kavramı ve Borca Katılmada Halefîyet

Halefîyet, kişilerin bir hukuki ilişkide birbirinin yerini alma durumu için kullanılan bir kavramdır¹¹³. Bu anlamda halefîyet bir kimsenin yerine bir başka kişinin geçmesi olarak tanımlanabilir¹¹⁴. Çalışmamızı ilgilendiren halefîyet kavramı genel olarak, başkasına ait bir borcu ifa eden kimsenin, kanun hükmüne dayalı olarak alacaklının yerine geçmesi, onun hak ve yetkilerine sahip olmasını ifade etmektedir¹¹⁵. Doktrinde müteselsil borçluluk konusunda halefîyet kavramı, “*alacaklıya ait olan hakların onu tatmin eden bir müteselsil borçluya rücu hakkı oranında geçmesi*” olarak ifade edilmiştir¹¹⁶.

Müteselsil borçlulukta halefîyet, TBK’nın “*Alacaklıya Halef Olma*” başlıklı 168. maddesinde, “*diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur*” şeklinde düzenlenmiştir. Borca katılma ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getirdiğinden, alacaklıya ifada bulunan borca katılan, borcu ifa ettiği oranda TBK m. 168’de düzenleme altına alınan halefîyetten yararlanma imkanına sahiptir¹¹⁷.

Alacaklıyı tatmin eden borca katılanın, halefîyetten faydalanabilmesi için halefîyetin genel şartlarının mevcut olması gerekmektedir. Müteselsil borçlularda

¹¹² MADAUS, s. 36; ŞENER, s. 1312.

¹¹³ KILIÇOĞLU, Kanuni Halefîyet, s. 3.

¹¹⁴ YILMAZ, Sözlük, s. 448.

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, Kanuni Halefîyet, s. 3.

¹¹⁶ CANYÜREK, s. 132.

¹¹⁷ ŞENER, s. 1313.

halefiyetin genel şartları; müteselsil bir borcun varlığı, alacaklının tatmin edilmesi ve alacaklıya tatmin eden borçlunun rücu hakkına sahip olmasıdır¹¹⁸. Borca katılma, kanunun emredici hükmü nedeniyle ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk meydana getirir. Bir başka ifadeyle TBK m. 201 kapsamında ortaya çıkan borca katılmadan doğan borç, müteselsil bir borçtur. Buradaki müteselsil borç, TBK m. 201’den, bir başka deyişle kanun hükmünden doğmaktadır. Müteselsil borcun halefiyete sebep olması bakımından, kanun hükmünden doğup doğmamasının bir önemi yoktur¹¹⁹. Alacaklının tatmin edilmesinde en çok karşılaşılan durum, borcun ifasıdır. Borcun ifasının yanısıra tevdi, takas, yenileme ve ibra da alacaklının tatmin edilmesini sağlayan sona erme sebepleridir¹²⁰. Borca katılanın alacaklının haklarına halef olabilmesi için, rücu hakkına sahip olması gerekmektedir. Nitekim kanuni halefiyet, “*rücu hakkına sahip olan*” müteselsil borçluya tanınmıştır¹²¹.

Alacaklıya ifada bulunan borca katılanın ifa sebebiyle alacaklıya halef olması sonucunda, ilk borcu temin eden teminatlar borca katılana geçmektedir. Bu teminatlar kişisel ve ayni teminatlar olabilir¹²². Borca katılan verilmiş olan kişisel teminatlara dayanarak üçüncü kişilere başvurabilecektir. Ayni teminatlar ise borca katılanın üçüncü kişilere ya da borçluya başvurmasını sağlayacaktır¹²³.

Burada son olarak üzerinde durulması gereken husus, alacaklının borç için verilmiş olan kişisel teminatları elden çıkararak kefilî zarar uğratması durumunu düzenleyen TBK m. 592/I üzerinde durmak gerekmektedir. Anılan düzenlemeye göre, “*Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.*” TBK m. 592/I düzenlemesi, alacaklıya teminatların korunması ve kefilin zararına elden çıkarılmaması yükümlülüğü

¹¹⁸ Müteselsil borçlarda halefiyetin şartları hakkında, **KILIÇOĞLU**, Kanuni Halefiyet, s. 69-77.

¹¹⁹ **KILIÇOĞLU**, Kanuni Halefiyet, s. 69.

¹²⁰ **KILIÇOĞLU**, Kanuni Halefiyet, s. 27-33.

¹²¹ **KILIÇOĞLU**, Kanuni Halefiyet, s. 74.

¹²² **TURAN BAŞARA**, s. 441.

¹²³ **MADAUS**, s. 307; **ALTAY**, Borca Katılma, s. 212.

getirmektedir. Bu düzenlemenin amacı, kefilî rücu alacağını elde etmesini sağlamaktır. Alacaklının teminatları korumayarak kefilin zararına olarak söz konusu teminatların azalmasına sebep olması halinde, bu zararın tazmininden sorumlu olması söz konusudur.

Borca katılma ve kefalet sözleşmesinin teminat alacakları bakımından hakkaniyet gereği eşit düzeyde görülmesine dayanarak, TBK m. 592/I'in borca katılan açısından da uygulanabileceğini söylemek mümkün müdür? Doktrinde bir görüş, borca katılanın bu gibi hallerde borçtan kurtarılmasını ve kefile tanınan tazminat hakkı gibi bir haktan borca katılanın da yararlanmasını kabul etmekle birlikte, söz konusu düzenlemenin kefil için getirilmiş bir istisna hükmü olduğu gerekçesiyle borca katılmaya kıyasen uygulanamayacağını ifade etmektedir¹²⁴. Bir başka görüş ise hakkaniyet düşüncesinden hareket ederek teminat verenlerin eşitliğini savunmakta ve bu hükmün borca katılma sözleşmesi için de kıyasen uygulanması gerektiğini dile getirmektedir¹²⁵. Bunun sonucu olarak, borca katılma sözleşmesinde alacaklı, teminatların değerini düşürmeme ve borca katılanın zararına olacak bir biçimde bu teminatları elden çıkarmamakla yükümlüdür. Burada alacaklıya sözleşmeden kaynaklanan bir özen yükümlülüğü yüklenmiştir.

IV- BORCA KATILMANIN SONA ERMESİ

A- Genel Olarak Sona Erme Sebepleri

Borcun sona ermesi, borç ilişkisinin konusu olan edimi yerine getirme yükümlülüğünün ortadan kalkması demektir. Borcun sona ermesiyle borçlu borçtan kurtulur ve alacaklının sahip olduğu alacak hakkı ortadan kalkar.

Borca katılma niteliği itibarıyla bir sözleşmedir. Borca katılma sözleşmesinin sona ermesini sağlayan nedenler, genel hükümler kapsamında sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenlerden ibarettir. Diğer yandan borca katılmanın konusu olan borcun sona ermesiyle de borca katılma ortadan kalkabilir. Nitekim borca katılma kuruluş anı

¹²⁴ EDENFELD, s. 1034.

¹²⁵ ALTAY, Borca Katılma, s. 230.

bakımından ilk borç ilişkisine bağlı olup geçerli bir şekilde kurulduktan sonra bağımsız bir nitelik kazanır.

Borca katılmayı sona erdiren sebepler genel olarak borcun ifası, ibra, sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve zamanaşımı olarak sıralanabilir.

1- Borcun İfası

TBK’da ifa kavramına dair bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde ifa kavramı, “borçlanılan edimin yerine getirilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁶. Borçlanılan edimin yerine getirilmesi suretiyle alacaklı tatmin edilerek borçlu borcundan kurtulur. Bu sebeple ifa, borcu sona erdiren sebeplerin başında gelmektedir.

Borca katılma, katılan ile ilk borçlunun borçtan müteselsilen sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Dolayısıyla katılan ile ilk borçlu alacaklı karşısında müteselsil borçlu durumundadır. Bunun sonucu olarak borca katılanın ya da ilk borçlunun borca katılma konusu olan borcu yerine getirmesiyle borç, her iki borçlu bakımında da sona erer¹²⁷. Bu hususa TBK m. 166/I’de “*borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur.*” demek suretiyle yer verilmiştir. Bu düzenleme ifanın tüm borçlular bakımından borcu sona erdirici etkisini açıkça düzenlemektedir.

Borç her iki borçlu açısından da ifa edildiği oranda sona ermektedir. Borç tamamen ifa edilebileceği gibi kısmen ifa edilmek suretiyle belirli bir kısmının sona erdirilmesi de mümkündür. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmişse, borç ifa edilen kısım için sona erecektir. Kısmi ifa sonucu ifa edilmeyen kalan borçtan borca katılan ve ilk borçlu müteselsilen sorumlu olmaya devam edecektir.

Burada hatırlatmak gerekir ki, bizzat borçlunun ifasında alacaklının bir menfaati varsa alacaklı, borca katılanın ifasını kabul etmek zorunda değildir. Bu ihtimalde borca katılanın ifası ile borç sona ermez. İfanın ilk borçlu tarafından yerine getirilmesi

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s. 257.

¹²⁷ CANYÜREK, s. 16; ALTAY, Sabah, “Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi”, *MÜHF-HAD*, C.:17, S.:1-2, s. 393.

gerekmektedir. Buna karşılık borcun borçlu veya üçüncü kişi tarafından ifasının alacaklı bakımından önem taşımadığı hallerde, borca katılanın ifası da borcu sona erdirir¹²⁸.

2- İbra

İbra, kaynağı ne olursa olsun var olan veya gelecekte doğacak bir alacak hakkının alacaklısının borçlu ile anlaşmak suretiyle alacağından vazgeçmesi, alacağın ifa edilmeksizin doğrudan doğruya ortadan kalkmasına yönelik tasarruf işlemi niteliğindeki bir sözleşmedir¹²⁹. İbra sözleşmesi şekle bağlı olmayan bir sözleşmedir. Alacak hakkını doğuran sözleşme hangi şekle tabi olarak yapılmış olursa olsun, şekle uyulmadan yapılan bir ibra sözleşmesiyle ortadan kaldırılabılır¹³⁰.

TBK m. 166/I’de müteselsil borçlular arasında, ifa ve takas dışındaki borçtan kurtulma sebeplerinin diğer borçluları borçtan kurtarmayacağı düzenlenmektedir. Anılan hükme göre, “*borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur.*” Doktrinde bu düzenleme ile kanun koyucunun ibranın kural olarak diğer müteselsil borçluları borçtan kurtarmayacağını zımnen kabul ettiği ifade edilmektedir¹³¹.

818 sayılı BK m. 145/II’de “*eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nisbette, bu beraatten istifade edebilirler*” düzenlemesi yer almakta idi. Alacaklıya ifada bulunmaksızın borcu sona erdiren durumların başında ibra gelmektedir. BK m. 145/II’de ibranın diğer müteselsil borçluları borçtan kurtaracağı hususu düzenlenmemekteydi. Ancak doktrinde ibranın, alacaklının diğer borçluları da ibra ettiğini açıkça ifade etmesi ve durum ve borcun niteliği gereği diğer borçluların

¹²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s. 258-259.

¹²⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi”, Prof. Dr. Sulhi Selahattin Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 313; KAPANCI, s. 227.

¹³⁰ GÜMÜŞ, İbra, s. 314. Dar anlamda borcun ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmenin ibra sözleşmesi, geniş anlamda borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmenin ikale sözleşmesi olduğu hakkında, AKSU, Mustafa, “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı Vol. 8, s. 99; KAPANCI, s. 227, dpn. 962.

¹³¹ ALTAY, Borca Katılma, s. 196.

ibradan yararlanmasının haklı bir nitelik göstermesi hallerinde diğer müteselsil borçluları da borçtan kurtaracağı dile getirilmekteydi¹³². Bu hususta doktrinde borca katılanın katılma ilişkisinde bir menfaatinin bulunduğu durumlarda, iç ilişkide sorumluluk payının bulunacağı dikkate alınarak, alacaklının borca katılanı ibra etmesinin ilk borçluyu da ibra etmek istemesi sonucunu doğurmayacağı belirtilmekteydi¹³³.

TBK m. 166/III, ibra sözleşmesinin diğer müteselsil borçlulara etkisini açıkça düzenlemek suretiyle söz konusu belirsizliğe son vermiştir¹³⁴. Anılan hükme göre, “*alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.*” Görüldüğü üzere, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi diğer müteselsil borçluları da ibra edilen oranda borçtan kurtaracaktır. Bu durumda alacaklının ilk borçluyu ibra etmesi, ibra edilen oranda borca katılanı da borçtan kurtarır¹³⁵. Müteselsil borçluların hepsiyle yapılan ibra sözleşmesinin, bütün borçluları borçtan kurtaracağı hususu ise müteselsil borçluluğun niteliği gereği tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir¹³⁶.

3- Sonraki Kusursuz İfa İmkânsızlığı

Borcu sona erdiren nedenlerin bir diğeri borcun ifasının borçlulara yüklenemeyen sebeplerle sonradan imkânsızlaşmasıdır. TBK m. 136/I, “*borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*” şeklindeki düzenlemesiyle bu hususu hüküm altına almıştır. Bu durumda borca katılmada müteselsil sorumlu olan katılan ve ilk borçlu borçtan tamamen kurtulacaktır¹³⁷. Ancak ifa imkânsızlığı bizzat edime değil borçlulardan birinin kişiliğine dair bir nedenden ileri gelmekteyse, buradaki imkânsızlık, yalnızca ilgili borçlunun “kendisi” için bir kurtuluş nedeni oluşturur¹³⁸. Dolayısıyla imkânsızlığın

¹³² GÜMÜŞ, İbra, s. 315-316; ALTAY, Borca Katılma, s. 196-200.

¹³³ ALTAY, Borca Katılma, s. 200-201.

¹³⁴ DALCI ÖZDOĞAN, s. 47-48.

¹³⁵ ŞENER, s. 1309; KAPANCI, s. 233.

¹³⁶ KAPANCI, s. 228.

¹³⁷ KAPANCI, s. 220.

¹³⁸ CANYÜREK, s. 75.

bütün müteselsil borçluları borçtan kurtarabilmesi, doğrudan doğruya edime ilişkin olmasını gerektirir¹³⁹. Bir başka ifadeyle borç, tüm müteselsil borçlular açısından artık ifa edilemez nitelikte olmalıdır.

Borcun sonradan herhangi bir nedenle imkânsızlığı, edimin tamamına ilişkin olabileceği gibi bir kısmına da ilişkin olabilir. Bu durumda kısmi imkânsızlık mevcuttur. Kısmi imkânsızlık, kural olarak, borcun tamamının sona ermesine neden olmaz. Burada borcun sona ermesi sadece imkânsızlaşan kısım bakımından gerçekleşecektir. Ancak TBK m. 137/I, c. 2’de “*bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona*” ereceği açıkça düzenlenmektedir. Dolayısıyla kısmi ifa imkânsızlığı, taraflar için sözleşmeyi artık anlamsız kılıyorsa borcu tamamen sona erdirir.

Borcun sonradan imkânsızlaşmasında borçluların kusuru varsa, bu durumda, borç sona ermez. Ancak içeriği değişerek alacaklının zararını tazmin borcuna dönüşür¹⁴⁰. Diğer yandan imkânsızlığın müteselsil borçlulardan yalnızca birinin kusuruyla ortaya çıkması ihtimali üzerinde de durmak gerekmektedir. Bu husus doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, diğer borçluların durumunu olumsuz etkileyen ya da ağırlaştıran bir sonucun benimsenmesi isabetli olmaz¹⁴¹. Kusuruyla imkânsızlığa neden olan borçlunun edimi tazminat yükümlülüğüne dönüşürken, diğer borçlular borçtan kurtulacaktır. Bir başka ifadeyle diğer müteselsil borçlular açısından imkânsızlaşan edimin yerini tazminat yükümlülüğü almayacaktır. Bunun sonucu olarak borçlular arasındaki teselsül de ortadan kalkar. Eklemek gerekir ki bu sonuç, müteselsil borçluların her birinin diğer borçluların kusurundan sorumlu olduğunun kararlaştırılmaması durumunda geçerlidir. Nitekim müteselsil borçlular arasında diğer borçlularının kusurundan tüm borçluların sorumlu olacağı kararlaştırılabilir¹⁴².

¹³⁹ CANYÜREK, s. 75.

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s. 570; KAPANCI, s. 220; BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 59; BELEN, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 346.

¹⁴¹ KAPANCI, s. 221.

¹⁴² CANYÜREK, s. 38; DALCI ÖZDOĞAN, s. 49.

4- Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Borcu sona erdiren nedenlerden biri de alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesidir (TBK m. 135). Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, kişinin aynı borç ilişkisinde hem alacaklı hem de borçlu olması sonucunu doğurur. Bunun sonucu olarak, borç sona erer¹⁴³. Birleşmenin söz konusu olabilmesi için alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide toplanmalı ve söz konusu borç ve alacak hakkı aynı malvarlığında bulunması gerekmektedir¹⁴⁴. Alacak ve borç aynı kişide birleşmekle birlikte ayrı malvarlıklarında yer almaktaysa, bu durumda, birleşmeden bahsedilemez.

Borca katılma açısından alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinin borcu sona erdirici etkisi, birleşmenin gerçekleştiği sözleşme tarafında kendisini göstermektedir. Bir başka ifadeyle, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, birleşmenin söz konusu olduğu taraf açısından borcu sona erdirir. Dolayısıyla diğer borçlular ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi sona ermez¹⁴⁵. Borca katılan katılma sözleşmesinin borçlusu durumundadır. Katılanın alacaklıdan olan bir alacağının bulunması durumunda, borca katılan hem alacaklı hem borçlu sıfatına sahip olacaktır. Borca katılanın alacaklı ve borçlu sıfatına sahip olması, borcun sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, ilk borçlu, katılanın birleşme nedeniyle borcu sona erdirdiğine dayanarak borçtan kurtulamaz. Nitekim alacaklı ve borçlu sıfatının borcu sona erdirmesi, sadece birleşmenin söz konusu olduğu taraf açısından geçerlidir.

5- Zamanaşımı

Zamanaşımı gerçek anlamda borcu sona erdirmeyen, nisbi bir sona erme sebebidir¹⁴⁶. Bununla kastedilen, zamanaşımının borcu değil alacağı dava edebilme

¹⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s. 566; EREN, Genel Hükümler, s. 1267-1268.

¹⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1268.

¹⁴⁵ DALCI ÖZDOĞAN, s. 48.

¹⁴⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 1281; PAKSOY, Meliha Sermin, Zamanaşımından Feragat, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 35.

niteliğini ortadan kaldıran bir def'i olmasıdır¹⁴⁷. Zamanaşımı definin kullanılması sonucu, alacaklının alacak hakkı eksik borç niteliğine dönüşecektir¹⁴⁸.

Borca katılmanın tabi olduğu zamanaşımı süresinin tespiti hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda öğretide başlıca iki görüş ileri sürüldüğü görülmektedir. Bir görüşe göre borca katılma sonucu ortaya çıkan borç, ilk borçtan bağımsız bir nitelik taşıdığından, bağımsız bir zamanaşımı süresine tabi olması gerekmektedir¹⁴⁹. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, TBK'da borca katılmaya ilişkin özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, TBK m. 146 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır. Borca katılmanın sonucu olarak müteselsil borçlularda zamanaşımı süresi her bir borçlu için ayrı ayrı işleyeceğinden¹⁵⁰, zamanaşımının başlangıcı her bir borçlu için ayrıca belirlenmelidir¹⁵¹. Diğer yandan bu görüşün kabul edilmesi durumunda, borca katılanın ilk borçluya kıyasla daha uzun süre bir sorumluluk altına girmesi ihtimaliyle karşılaşılabilmektedir¹⁵². Bir başka ifadeyle ilk borçlunun borcu zamanaşımına uğramış olsa dahi, alacaklı, borcu henüz zamanaşımına uğramamış olan borca katılana karşı ifa talebinde bulunabilecektir. Bu görüşün ortaya çıkardığı bu olumsuz durumun borca katılanın durumunu güçleştireceği açıktır.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, ilk borcun tabi olduğu zamanaşımına tabidir¹⁵³. *Edenfeld* katılanın borcu ile borca katılanın borcunun içerik ve kapsam bakımından aynı olduğunu belirterek bu görüşünü gerekçelendirmektedir¹⁵⁴. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, borca katılanın ilk borçluya kıyasla daha uzun süre bir sorumluluk altına girmesine engel olabilmek

¹⁴⁷ PAKSOY, s. 35; DALCI, Müteselsil Sorumluluk, s. 49.

¹⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 48.

¹⁴⁹ MADAUS, s. 274, ALTAY, Borca Katılma, s. 202; ŞENER, s. 1309.

¹⁵⁰ DALCI ÖZDOĞAN, s. 49.

¹⁵¹ ŞENER, s. 1309.

¹⁵² TURAN BAŞARA, s. 439.

¹⁵³ EDENFELD, s. 1034.

¹⁵⁴ EDENFELD, s. 1041.

amacıyla, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç ile ilk borcun tabi olduğu zamanaşımı süresinin aynı olması isabetli görünmektedir¹⁵⁵.

Zamanaşımını durduran sebepler TBK m. 153'te sayılmıştır. Bu hükme dayanarak zamanaşımının ilk borçlunun veya borca katılanın kişiliğine ilişkin bir nedenle durması durumunda, diğeri için zamanaşımı süresinin işlemeye devam edeceğini söylemek mümkündür. Örneğin borca katılanın alacaklıyla bir hizmet sözleşmesi yapması durumunda, zamanaşımı durur (TBK m. 153/I, b. 4). Ancak bu durum borca katılan açısından geçerli olup ilk borçlu bakımından da zamanaşımının durmasına neden olmaz.

Zamanaşımını kesen sebepler TBK m. 154'te sayılmıştır. TBK m. 155'te ise zamanaşımının kesilmesinin müteselsil borçlulara etkisi düzenlenmektedir. Anılan hükme göre *“zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur”*. Borca katılma sonucu müteselsil borç ilişkisi ortaya çıkacağından, zamanaşımının borca katılana/ilk borçluya karşı kesilmesi durumunda, ilk borçluya/borca katılana karşı da kesilmesi söz konusu olacaktır. Doktrinde borca katılmanın, ilk borçlunun borcunun zamanaşımını keserek yeni bir zamanaşımı süresi başlatacağı görüşü ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Ancak bunun için borca katılmanın ilk borçlunun onayıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹⁵⁷. Bu görüşe göre TBK m. 154/I b.1'de, *“borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse”* zamanaşımı süresinin kesileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemede geçen *“özellikle”* ibaresi, söz konusu sayımın örnek mahiyetinde olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla borca katılma gibi benzer sebeplerin de zamanaşımını keseceği sonucuna ulaşılabilir. Eklemek gerekir ki, borca katılma ilk borçlunun onayı olmaksızın gerçekleştirilmişse, bu durum, zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurmaz¹⁵⁸.

¹⁵⁵ TURAN BAŞARA, s. 439.

¹⁵⁶ ŞENER, s. 1310.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.:I, s. 615; ŞENER, s. 1310.

¹⁵⁸ ŞENER, s. 1310.

B- Borca Katılmada Özel Durumlar

1- Alacağın Devrinin Borca Katılmaya Etkisi

Alacaklının ilk borçluya karşı sahip olduğu alacağın devrinin borca katılmadan doğan borca etkisi konusunda TBK’da açık bir düzenleme yer almamaktadır. TBK m. 189/I’de “alacağın devri ile devredenın kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağılı hakların da devralana” geçeceği düzenlenmiştir. Borca katılma sözleşmesi geçerli bir şekilde ortaya çıktıktan sonra bağımsız bir nitelik kazanmaktadır. Buna bağılı olarak alacaklı, müteselsil borçlulardan birinden sahip olduğu alacak hakkını bir başkasına devredebilir. Bu husus borcun müteselsil olma niteliğine zarar vermez.

Buradaki asıl tartışma, TBK m. 189/I hükmünün kıyasen borca katılmaya uygulanıp uygulanamayacağı hususudur¹⁵⁹. Nitekim borca katılma çoğunlukla teminat vermek amacıyla gerçekleştirilmekte ve ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden tamamen bağımsız olmayıp ilk borcun geçerliliğine dayanarak kurulabilmektedir.

Alman hukuk doktrininde borca katılmanın da bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü kabul edilmektedir¹⁶⁰. Bu görüşün gerekçesi olarak hükmün amacının, sadece fer’i teminat haklarını değil, aksine asıl hakkı güçlendiren ve güvence altına alan tüm hakları kapsadığı, bu sebeple fer’i olmayan yan hakların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği gösterilmektedir.

TBK m. 189/I hükmü lafzen incelendiğinde, kanaatimizce, borca katılmanın bu hükmün kapsamına girmediği açık bir şekilde görülecektir. Nitekim söz konusu hüküm tereddüte yer bırakmayacak şekilde sadece alacağı temin eden fer’i hakların yeni alacaklıya geçmesini düzenlemektedir¹⁶¹.

¹⁵⁹ Bu tartışmanın esasen, borca katılma sözleşmesinin, mutlak fer’ilik niteliğine sahip kefalet sözleşmesiyle, mutlak bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesi arasında bir yere sahip olduğuyla alakalı olduğu hakkında, **ALTAY**, Borca Katılma, s. 204.

¹⁶⁰ **HEINRICH**S, § 401, s. 447; **MADAUS**, s. 32.

¹⁶¹ Karş. **ALTAY**, Borca Katılma, s. 206-207.

2- Borçlu veya Alacaklı Temerrüdü

818 sayılı BK’da alacaklının temerrüde düşürülmesinin diğer borçlulara etkisi konusunda bir düzenleme yer almamakta, ancak bu temerrüdün sonuçlarından diğer borçluların da faydalanabileceği doktrinde kabul edilmekteydi¹⁶². TBK m. 106/II hükmü alacaklının “*müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş*” olacağını açıkça düzenlemek suretiyle bu tartışmalara son vermiştir. Doktrinde bu sonucun hakkaniyete uygun olduğu dile getirilmektedir¹⁶³. Nitekim borçlulardan birinin ifası diğer borçluların da borçtan kurtulmasını sağlayacağına göre, alacaklının haklı bir neden olmaksızın bir borçlunun yaptığı ifayı kabul etmemesi diğer borçlular açısından da borcun sona ermesine yönelik menfaatlerine zarar verici niteliktedir. Dolayısıyla alacaklı borcun vadesinde ödenmesi konusunda haklı bir menfaati yoksa müteselsil borçlulardan birinin (borca katılan veya ilk borçlunun) yaptığı ifayı kabul etmek zorundadır.

Borçlu temerrüdünün müteselsil borçlulara etkisi hususu ise TBK’da düzenlenmemiştir. Doktrinde borçlu temerrüdünde müteselsil borçlulara toplu etki tanınmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁴. Bir başka ifadeyle alacaklının her bir borçluyu ayrı ayrı temerrüde düşürmesi gerekmektedir. Borca katılanın borcu ile ilk borçlunun borcunun vadesinin aynı olması durumunda, her iki borçlu da aynı anda temerrüde düşecektir. Diğer yandan borca katılanın borcu ile ilk borçlunun borcunun ayrı hükümlere tabi olduğu hususu değerlendirildiğinde, her bir borçlunun tabi olduğu hükümlere göre ayrı ayrı temerrüde düşürülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak borca katılanın ilk borçlunun temerrüdünden sorumlu olacağı kararlaştırılmak suretiyle, her bir borçlunun ayrı ayrı temerrüde düşürülmesi konusunda farklı bir yaklaşım benimsenebilir¹⁶⁵.

¹⁶² CANYÜREK, s. 100; ALTAY, Borca Katılma, s. 201.

¹⁶³ ALTAY, Borca Katılma, s. 201.

¹⁶⁴ AKINTÜRK, s. 199.

¹⁶⁵ ALTAY, Borca Katılma, s. 201.

3- Sorumsuzluk Anlaşmalarının Borca Katılmaya Etkisi

Sorumluluk anlaşması, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve borca aykırılık hallerinde sorumluluğu sınırlayan bir sözleşmedir¹⁶⁶. Sorumluluk anlaşmalarıyla sadece kusur hakkında bir sınırlama yapılmaz¹⁶⁷. Sorumluluğun miktar, zaman gibi hususlar bakımından sınırlandırılması da mümkündür¹⁶⁸. Diğer yandan sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun taraf açısından tamamen bertaraf edilerek kaldırılması da söz konusu olabilir¹⁶⁹.

Borca katılma sonucu borçlular arasında müteselsil borç ilişkisi meydana gelmektedir. Müteselsil borçlulukta sorumsuz anlaşmasının tüm borçlularla ya da sadece bir borçlu ile akdedilmesi mümkündür. Bu durumda sorumsuzluk anlaşmasının müteselsil borçlular üzerindeki etkisi hususu üzerinde durmak gerekmektedir.

Bütün müteselsil borçlularla yapılan sorumsuzluk anlaşması, kural olarak, ortak bir savunma sebebi oluşturmaz. Burada müteselsil borçluların borçlarının konusu önem kazanmaktadır. Şayet sözleşmeden doğan bir borcun müteselsil olarak yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa, borçlulardan her birinin kusurlu hareketi kendi sorumluluk alanı etkiler. Diğer borçluların sorumluluk alanını etkilemesi söz konusu değildir (TBK m. 165). Bu durumda sorumsuzluk anlaşmasına dayanmaya gerek kalmayacaktır. Ancak bütün borçluların ortak kusuruyla bir borca aykırılık oluşturmaları durumunda, sorumsuzluk anlaşması ortak bir savunma sebebi olarak ileri sürülebilir¹⁷⁰.

Alacaklının müteselsil borçlulardan sadece biriyle sorumsuz anlaşması yapması durumunda, kendisi için avantajsız bir durumla karşılaşması mümkündür. Şöyle ki müteselsil borçluların oluşturduğu borca aykırılık, sadece bunu meydana getiren borçlunun sorumluluğunun doğurur, diğerleri bu borca aykırılıktan etkilenmez. Borca aykırılığı meydana getiren borçluyla bir de sorumsuzluk anlaşması yapılması,

¹⁶⁶ **BAŞALP**, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 17.

¹⁶⁷ Sorumluluğun kusura bağlı olarak kaldırılmak istenmesi yönündeki anlaşmanın dar anlamda sorumsuz anlaşması oluşturacağı hakkında, **BAŞALP**, s. 9-10.

¹⁶⁸ Kusur ile ilgili olmayan diğer sözleşme klozlarının sınırlandırılmasına yönelik anlaşmanın geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması oluşturacağı hakkında, **BAŞALP**, s. 10-14.

¹⁶⁹ **BAŞALP**, s. 48-49.

¹⁷⁰ **KAPANCI**, s. 236.

alacaklının ona karşı talepte bulunmasına bir engel teşkil etmektedir¹⁷¹. Bu durum sorumsuzluk anlaşması yapan borçluyu avantajlı bir konuma getirmektedir. Borç ilişkisinde bu şekilde bir sonucun istenmeyeceği düşünüldüğünden, alacaklının müteselsil borçlulardan biriyle akdettiği sorumsuzluk anlaşmaları konusunda özen göstermesi gerekir.

4- Borca Katılma Sözleşmesinin Kaybolması

Borca katılma sözleşmesi şeklen geçerli olarak kurulduktan sonra kaybolmuşsa, bu durum geçerli bir borca katılma sözleşmesinin kurulduğu gerçeğini değiştirmez¹⁷². Ancak alacaklının borca katılandan ifa talebinde bulunması durumunda, ispat sorunuyla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Borca katılanın ikrarı, borca katılma sözleşmesinin karşı tarafın (katılanın) elinde olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulması alacaklının ispatı gerçekleştirebilmesini sağlayan vakıalardır¹⁷³.

Borca katılma sözleşmesinin karşı tarafın (katılanın) elinde olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konulmasının ardından, uyuşmazlık konusu sözleşmenin mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin mahkemeye getirilmesi içinse tarafların delil listesinde sözleşmeye delil olarak dayanması zorunludur¹⁷⁴. Burada eklemek gerekir ki borca katılma sözleşmesinin ibrazını talep edebilmek için birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartları genel olarak şu şekilde belirtmemiz mümkündür. Öncelikle görülmekte olan bir dava bulunmalıdır. Borca katılma sözleşmesinin ibrazını talep edebilmek için hukuki yararın mevcut olması da zorunludur. Diğer yandan kaybolduğu öne sürülen borca katılma sözleşmesinin ibrazıyla birlikte dava konusu uyuşmazlık çözülmeye elverişli olmalıdır. Burada son olarak bulunması gereken şart, ibrazı istenen borca katılma sözleşmesinin karşı tarafta bulunması hususudur¹⁷⁵.

¹⁷¹ KAPANCI, s. 238.

¹⁷² ÖZEN, Kefalet Sözleşmesi, s. 243.

¹⁷³ ALBAYRAK, Hakan, Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 210.

¹⁷⁴ ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 121.

¹⁷⁵ Belgelerin ibrazı için aranan şartlar hakkında, ERDÖNMEZ, s. 124-136.

Borca katılma sözleşmesinin kaybolması durumunda, sözleşmenin karşı tarafın elinde bulunduğu ileri sürerek ibrazını isteyen kişi, alacaklı olabilir. Alacaklı bu ihtimalde sözleşmenin varlığına dayanan kişidir. Karşı taraf ise borca katılma sözleşmesinin elinde bulunduğu iddia edilen ve genellikle borca katılan sıfatıyla sorumlu tutulan kişidir. Belirtmek gerekir ki borca katılma sözleşmesi sadece borca katılanın elinde olmayabilir. Bu sözleşmenin üçüncü bir kişide olma ihtimali de söz konusudur¹⁷⁶.



¹⁷⁶ Belgelerin ibrazında sorumlu olan kişiler hakkında, **ERDÖNMEZ**, s. 179-191.

SONUÇ

Borca katılma kavramını farklı yönleriyle incelediğimiz çalışmamızda, aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Borca katılma alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine taraf olmayan bir üçüncü kişinin ilk borç ile yaptığı sözleşme ile borcun tamamından onunla birlikte sorumlu olmayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir. TBK m. 201 düzenlemesinde bu sözleşmenin alacaklı ile borca katılan arasında akdedildiği belirtilmektedir. Buna karşın ilk borçlu ile borca katılanın üçünü şahıs lehine bir sözleşme şeklinde bir borca katılma sözleşmesi kurmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır.
2. Borca katılma hukuki niteliği itibariyle bir sözleşmedir. Bu sözleşme borçlandırıcı işlem niteliği taşımaktadır. Borca katılma kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Genellikle kabul edildiği şekliyle, borca katılma teminat amacıyla yapıldığından, kişisel teminat sözleşmesi niteliğine sahiptir.
3. Borca katılma hukuken mevcut ve geçerli bir borca dayanılarak kurulabilir. Bu özelliğinden dolayı borca katılmanın kuruluş anı bakımından fer'i bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Ancak geçerli bir şekilde kurulduktan sonra artık bağımsız bir sözleşmeye dönüşmektedir. Dolayısıyla borca katılmadan doğan borç da bağımsız bir borçtur. Borca katılma önceki borç ilişkisinden doğan borcu sona erdirmez. Bu sebeple borca katılma sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, esasen iki farklı borç ilişkisinin ortaya çıktığı söylenebilir. Bunun sonucu olarak ilk borç ve borca katılmadan doğan borç olmak üzere iki ayrı borç ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılmadan doğan borç içerik ve kapsam itibariyle ilk borç ilişkisinden doğan borç ile aynıdır. Bu durum, borca katılmanın kuruluş anı bakımından fer'i bir nitelik taşımasının sonucudur.
4. TBK m. 201 düzenlemesi borca katılmanın şekli konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle borca katılmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir. Kural bu olmakla birlikte, özellikle teminat amacıyla akdedilen borca katılma sözleşmelerinin hiçbir şekle uyulmaksızın kurulması bazı sorunları da beraberinde getirecektir. Bu ihtimalde öncelikle,

TBK m. 603 hükmünün bir anlamı kalmayacaktır. Bu sebeple gerçek kişilerce yapılan borca katılma sözleşmesinin kefalet için öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına uyularak yapılması gerekmektedir. Sonuç olarak borca katılma sözleşmesi yazılı şekle uyularak yapılması gereken bir sözleşmedir.

5. Borca katılma TBK’da “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlıklı bölümde yer almasına rağmen, gerçek anlamda taraf değişikliğine neden olmaz. Her ne kadar TBK m. 201’in gerekçesinde, borçlunun yanında bir üçüncü kişinin borç ilişkisine dahil olmasının da taraf değişikliği yarattığı ifade edilmiş olsa da burada, doktrinde de kabul edildiği üzere, gerçek bir taraf değişikliği söz konusu değildir. Nitekim borca katılma ilk borçlunun borç ilişkisinden tamamen çıkarak yerine katılanın geçmesini sağlayan bir sözleşme değildir. Aksine borca katılma ilk borçluyu da borç ilişkisinde tutarak alacaklıya iki borçluya başvuru imkânı sağlayan bir müessesedir.
6. Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayrımında kabul edilen kıstaslar; aslilik - fer’ilik kıstası, menfaat kıstası, ivazlılık - ivazsızlık kıstası ve aynen ifa - tazminat ödeme kıstasıdır. Ancak bu kıstasların sözleşmenin niteliğini tespit etmede yetersiz kalması durumunda, taraf iradelerinin güven prensibi çerçevesinde yorumlanarak bu tespitin yapılması gerekmektedir. Taraf iradelerinin yorumlanması sonucu sözleşmenin niteliğini hala tespit edilemiyorsa, bu takdirde, kefalet lehine bir karinenin varlığı kabul edilmektedir. Nitekim kefalet borca katılmayla kıyaslandığında, borçlunun daha hafif bir sorumluluk altına girdiği sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır.
7. Borca katılma ve garanti sözleşmesi ayrımında kabul edilen kıstaslar; borcun hukuki sebebi kıstası, bağımsızlık niteliğindeki farklılık kıstası, birinci – ikinci derecede borç doğurma kıstası, menfaat kıstası ve aynen ifa – tazminat ödeme kıstasıdır. Sözleşmenin niteliğini tespit etmede bu kıstasların yetersiz kalması durumunda, güven prensibi çerçevesinde taraf iradelerinin yorumlanması gerekmektedir. Taraf iradelerinin yorumu neticesinde yine bir tespit yapılamıyorsa, bu durumda borca katılma lehine bir karine kabul edilmektedir. Bunun sebebi, garanti sözleşmesinin sorumluluk bakımından borçluya en ağır yükümlülükler yükleyen bir sözleşme olmasıdır.
8. Borca katılma alacağın devri ayrımında, esas itibariyle işlemin konusu önem arz etmektedir. Borca katılma niteliği itibariyle borçlandırıcı bir işlem olup

konusunu “mevcut ve geçerli bir ilk borç” oluşturur. Alacağın devri ise bir tasarruf işlemidir ve bu tasarrufun konusu “alacak hakkı”dır. Bu ayırmda üzerinde durulması gereken bir başka husus, söz konusu hukuki işlemlerin borç ilişkisinde hangi tarafı etkilediği meselesidir. Borca katılma borç ilişkisinin pasif tarafını oluşturan borçluyu etkileyen bir işlemidir. Alacağın devri ise, borç ilişkisinin aktif tarafı sıfatındaki alacaklıyı etkilemektedir. Borca katılmada taraf değişikliği söz konusu olmazken alacağın devri, taraf değişikliğine neden olan bir hukuki işlemidir.

9. Borca katılma ve borcun üstlenilmesi ayırımında temel kıstas, sözleşmenin “ortadan kaldırıcı” veya “kümülatif” bir etkisinin olup olmadığı hususudur. Eğer ki sözleşme ortadan kaldırıcı bir etkiye sahipse borcun üstlenilmesi, kümülatif bir etkiye sahipse borca katılmanın varlığı söz konusudur. Borca katılma ve borcun üstlenilmesi ayırımında değerlendirilebilecek bir başka kıstas, borçlunun alacaklıya karşı durumunda bir değişiklik olup olmadığı hususudur. Borcun üstlenilmesinde, borçlu tamamen borç ilişkisinden çıkacağından artık alacaklının taleplerini yöneltebileceği kişi borcu üstlenendir. Burada borçlu alacaklı karşısındaki “borçlu” sıfatını kaybetmektedir. Borca katılmada ise ilk borçlunun borç ilişkisinden çıkması söz konusu değildir. borca katılmada gerçek anlamda bir taraf değişikliği meydana gelmemektedir. Borcun üstlenilmesinde ise borçlu tarafın borç ilişkisinden tamamen çıkmasının bir sonucu olarak, taraf değişikliği söz konusudur.
10. Borca katılmada, katılanın ilk borçlunun yanında yer alması suretiyle, borç ilişkisinin pasif tarafı olan borçluların sayısı artmaktadır. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmeyi devralan, devreden yanında sorumluluk altına girmemektedir. Sözleşmenin devri sonucu devreden, taraf sıfatını kaybederek sözleşme ilişkisinden çıkmaktadır. Devreden devre konu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçları ise devralana geçmektedir. Daha önce de açıkladığımız üzere, borca katılmada gerçek anlamda bir taraf değişikliği meydana gelmemektedir. Sözleşmenin devrinde ise devreden borç ilişkisinden tamamen çıkmasının bir sonucu olarak, taraf değişikliği söz konusudur. Nitekim sözleşmenin devrinde devreden taraf sıfatını kaybetmekte ve onun yerine sözleşmeyi devralan bu sıfatı kazanmaktadır. Borca katılma ve sözleşmenin devri ayırımında üzerinde durulabilecek bir diğer husus, söz konusu

sözleşmelerin şeklidir. Borca katılma sözleşmesinin şekli hakkında kanunda bir şekil öngörölmüş olmayıp, TBK m. 603 gereğince, gerçek kişilerce yapılan borca katılma sözleşmesinin şeklinin kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına tabi olması gerekmektedir. Sözleşmenin devri ise, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

- 11.** Borca katılma ve sözleşmeye katılma kavramları arasındaki temel fark, katılanın yanında yer aldığı taraf ve katılma konusudur. Borca katılma katılanın ilk borçlunun yanında yer alarak, müteselsil sorumluluk altına girdiği bir sözleşmedir. Bir başka ifadeyle borca katılmada katılan, ilk borçlunun yanında yer alır. Sözleşmeye katılmada ise katılanın her iki tarafın birinin yanında yer almak üzere sözleşmeye katılması mümkündür. Dolayısıyla sözleşmeye katılan alacaklı yanında ya da borçlu yanında yer almak üzere bu hukuki ilişkiyi gerçekleştirebilir. Borca katılma sadece katılma konusu borç için gerçekleştirilebilir. Sözleşmeye katılmanın konusu ise hem borçlunun sahip olduğu borç hem de alacaklının sahip olduğu alacak hakkı olabilir. Borca katılma ve sözleşmeye katılma ayrımında son olarak değinilmesi gereken husus, her iki sözleşmenin tabi olduğu şekildir. Borca katılma sözleşmesinin şekli hakkında kanunda bir şekil öngörölmüş olmayıp, TBK m. 603 gereğince, kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartlarına tabi olması gerekmektedir. Sözleşmeye katılmanın şekli ise, kanunun açık hükmünde, katılma konusu şeklin geçerliliğine bağlanmıştır.
- 12.** Borca katılma niteliği itibariyle bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin sona erme sebepleri borca katılma için de geçerlidir.
- 13.** Borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucu, borca katılan ile ilk borçlu arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getirmesidir. Müteselsil borç ilişkisinin gereği olarak, katılan ile ilk borçlu alacaklıya karşı borcun tamamının ifa edilmesinden sorumludur. Alacaklı borç tamamen ifa edilinceye kadar borcun ifasına yönelik talebini hem ilk borçluya hem borca katılana hem de her ikisine karşı birden yöneltebilir.
- 14.** Borca katılmada, borca katılanın rücu hakkı TBK m. 167 düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, borca katılan ile ilk borçlu alacaklıya karşı iç ilişkide eşit olarak sorumludur. İç ilişkideki

paydan daha fazla ödemede bulunan taraf, ödediği bu fazla miktar için diğer müteselsil borçluya rücu edebilir.

- 15.** Borca katılma ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borç ilişkisi meydana getirdiğinden, alacaklıya ifada bulunan borca katılan, borcu ifa ettiği oranda TBK m. 168’de düzenleme altına alınan halefiyetten yararlanma imkânına sahiptir. Alacaklıya ifada bulunan borca katılanın ifa sebebiyle alacaklıya halef olması sonucunda, ilk borcu temin eden teminatlar borca katılana geçmektedir. Bu teminatlar kişisel ve aynı teminatlar olabilir.



KAYNAKÇA

- ACABEY, M. Beşir** : “Aşırı Yararlanma”, 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ACAR, Faruk** : “Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayrımı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012 s. 335-342 (Tam ve Eksik Teselsül).
- ACAR, Faruk** : Türk-İsviçre Medeni Hukuku’nda Alacaklılar Arası Teselsül, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 (Alacaklılar Arası Teselsül).
- ACAR, Özlem** : Türk Borçlar Hukuku’nda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015 (Müteselsil Kefalet Sözleşmesi).
- ACEMOĞLU, Kevork** : BK 179’a Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.
- AKINTÜRK, Turgut** : Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:295, Ankara 1971.
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya** : Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- AKSU, Mustafa** : “Asıl Borca Bağlı Hak ve Borçların Sona Ermesi: İbra-Yenileme- Birleşme”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 28-29 Nisan 2012, s. 206-260 (Borçların Sona Ermesi).
- AKSU, Mustafa** : “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı Vol. 8, s. 97-130 (İbra).
- AKYOL, Şener** : Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsene Armağan, İstanbul 2001.
- AKYOL, Şener** : Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Sözleşmenin Yorumu).
- AKYOL, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2006 (Dürüstlük Kuralı).
- AKYOL, Şener** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık,

- İstanbul 2008 (Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme).
- ALBAYRAK, Hakan** : Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ALTAY, Sabah** : Borca Katılma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010 (Borca Katılma).
- ALTAY, Sabah** : “Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi”, *MÜHF-HAD*, C.:17, S.:1-2, s. 393-411 (Müteselsil Borçlu).
- ALTOP, Atilla** : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi”, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu*, İstanbul 2007, s. 141-160.
- ANTALYA, Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- ANTALYA, O. Gökhan** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ARAL, Fahrettin** : “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, Y:1991-1992, C:42, S:1-4, s. 93-140 (Temlik).
- ARAL, Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Takas, Yetkin Yayınları, Ankara 2010 (Takas).
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2015.
- ARKAN, Sabih** : Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2015.
- ATAMER, Yeşim M.** : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. f. I (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 9-73.
- ATEŞ, Derya** : “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *TBB*, Y.:2007, S.:72, s. 75-93.
- AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen** : Kişiler Hukuku, Mimoza Yayıncılık, 5. Baskı, Konya 2014.
- AYAN, Serkan** : Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AYDIN, Sema/ KAPLAN,** : “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları”, *Gazi*

- Hasan Ali/ ŞEN KALYON, Arzu** : *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:XVII, S.:1-2, Y.:2013, s. 229-260.
- AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan AYRANCI, Hasan** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- AYRANCI, Hasan** : “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *AÜHFD*, Y:2003, C:52, S:3, s. 229-252 (Zorunluluk).
- AYRANCI, Hasan** : Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Sözleşmelerin Yüklenilmesi).
- AYRANCI, Hasan** : “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, *AÜHFD*, Y.:2004, C.:53, S.:2, s. 95-120 (Kefalet Sözleşmesi).
- BADUR, Emel** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu*, 2011, s. 127-138 (Genel Hükümler).
- BADUR, Emel** : “Eşin Rızası”, *TBB*, Y:2013, S:109, s. 251-302 (Eşin Rızası).
- BAHADIR, Zeynep** : “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:2013, C:XVII, S:3, s. 1-28.
- BÄR, Rolf** : “İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Son 50 Yıldaki Gelişimi”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 408, Çev.: Dr. İrfan YAZMAN, Ankara 1977, s. 319-335.
- BARLAS, Nami** : “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler*, İstanbul 2010 (Sempozyum).
- BARLAS, Nami** : “Kefaletin Şekline İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006/1, s. 3-16 (Kefalet).
- BARLAS, Nami** : “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, Ömer Teoman’a Armağan, İstanbul 2002, s. 937-989 (Kredi Kartı).
- BARLAS, Nami** : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986 (Teminat Mektupları).
- BARTELS, Klaus** : Der Vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, Mohr Siebeck Verl., Bremen 2003.
- BAŞ, Ece** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin

- Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y:2012, C:LXX, S:2, s. 115-144.
- BAŞALP, Nilgün** : Sorumsuzluk Anlaşmaları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- BAŞOĞLU, Başak** : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- BECKER, Hermann** : Berner Kommentar, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Staempfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 1945.
- BELLEN, Herdem** : 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler Kısa Şerh, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- BERKİ, Şakir** : “Türk Hukuku’nda Kefalet”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Anısına Armağan, Ankara 1958, s. 15-35.
- BİLGİN, Mahmut** : Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- BUCHER, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (AT).
- BUCHER, Eugen** : Obligationenrecht, Besonderer Teil, Schulthess Polygraphischer Verl., 3. Auflage, Zürich 1988 (BT).
- BURCUOĞLU, Haluk** : “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler”, *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 275- 292.
- BUSSERT, Rudolf** : Der Schuldbeitritt, Bürgerliches Recht für Betriebswirte, Gablervverlag, 1979.
- BYDLINSKI, Peter** : Münchener Kommentar zum BGB, B. 2, Schuldrecht AT, §§ 241-432, Verl. C.H. Beck, 6. Aufl., München 2012.
- CANBOLAT, Ferhat/ TOPUZ, Seçkin** : “Kefalet ile Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımında Uygulanacak Kıstaslar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y:2008, S:78, s. 53-76.
- CANYÜREK, Murat** : Müteselsil Sorumlulukta İç ve Dış İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- ÇABRİ, Sezer** : “Borcun Üstlenilmesi - Sözleşmenin Devri, Sözleşmeye Katılma – Borca Katılma”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 26-27 Mayıs 2012, s. 143-174.
- ÇAKIRCA, Seda İrem** : Aşırı Yararlanma Kavramı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

- ÇINAR, Ömer** : Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- DAĞDELEN, Ahmet Hakan** : Borçlular Arasında Teselsül, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- DALCI, Nurcihan** : Alacağın Toptan Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009 .
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan** : Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- DAYINLARLI, Kemal** : Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1993 (Alacağın Temliki).
- DAYINLARLI, Kemal** : “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri”, *MHB*, Y.:2003, s. 203-249 (Unidroit).
- DAYINLARLI, Kemal** : Fransızca Çevirisi İle Birlikte Türk Borçlar Kanunu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2012 (Türk Borçlar Kanunu).
- DEMİR, Koray** : “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”, *İÜHF*, C.: LXXI, S.:2, s. 103-120 (Ticari İşletme).
- DEMİR, Şamil** : “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *TBB*, 2013/108, s. 87-122 (Kefalet).
- DEVELİOĞLU, H. Murat** : “6455 Sayılı Kanun’un 77. Maddesi Uyarınca Borçlar Kanunu’nun Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası İle 584. Maddesine Eklenen Hüküm”, <http://www.erdem-erdem.com/articles/6455-sayili-kanunun-77-maddesi-uyarinca-borclar-kanununun-kefalet-sozlesmelerinde-esin-rizasi-ile-584-maddesine-eklenen-hukum>.
- DEVELİOĞLU, H. Murat** : “İsviçre Federal Mahkemesi’nin 23 Eylül 2003 tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, s. 293-322 (Kefalet-Borca Katılma Ayrımı).
- DEVELİOĞLU, H. Murat** : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (Bağımsız Garanti Sözleşmeleri).
- DOĞAN, Gözde** : Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve Kefalet Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011 (Kefalet).
- DOĞAN, Vahit** : Teminat Mektupları, Savaş Yayınevi, Ankara 2015 (Teminat).
- DROBNIG, Ulrich** : Principles of European Law – Personal Security, European

- Law Publishers, Munich 2007.
- DURAL, Mustafa/** : Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 14.
ÖĞÜZ, Tufan Baskı, İstanbul 2013.
- EDENFELD, Stephan** : Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld, *Juristenzeitung*, Vol:52 No:21, 1997, s. 1034-1042.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin** : “Borç İlişkilerinin Üçüncü Kişilere Etkisi (Alacaklıya Halef Olma- Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme- Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme)”, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul 28-29 Nisan 2012, s. 185-194.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin** : Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1996 (Savunma İmkanları).
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin** : “Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar”, *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 293-308 (Sorunlar).
- EMMENEGGER, Susan** : Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom Bundesgerichtlichen Umgang mit Gesetzgeberischen Inkohaerenzen, *ZBJV* 145/2009, s. 561-582.
- ERDEM, Ercüment** : “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Özel Sayı Vol 8, s. 987-1017.
- ERDÖNMEZ, Güray** : Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015 (Özel Hükümler).
- ERGÜN, Çağdaş Evrim** : “Sözleşmeler Hukukunda Consideration/ Sözleşmeyle Bağlanma Niyeti Kavramı ve Causa/ Hukuki Neden ile İşlevsel Denkliliği Meselesi”, *AÜHFD*, Y.:2004, C.:53, S.:4, s. 85-100.
- ERLÜLE, Fulya** : “Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *AÜEHFD*, C.:VII, S.:1-2, Y.:2003, s. 629-644.
- ERMAN, Hasan** : “Borçlar Hukuku’nda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamalar”, *İÜHFM*, 1973, s. 601-620.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan** : Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınları, 5.

- Baskı, Ankara 2015.
- FRANKO, Nisim** : “Alacağın Temliki”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Y:1994, C:49, S:1, s. 177-197 (Alacağın Temliki).
- FRANKO, Nisim** : “Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.:I, İstanbul 2001, s. 567-597 (Taahhüt).
- FOUNTOULAKIS, Christiana** : İsviçre Hukuku’nda Kefilin Korunması, Çev.: Mine Tan Dehmen, *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 309-326.
- FURRER, Andreas/ MÜLLER-CHEN, Markus** : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess Verlag, Zürich 2008.
- GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/ EMMENEGGER, Susan** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2008.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu** : Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- GEZDER, Ümit** : Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : “Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi”, Prof. Dr. Sulhi Selahattin Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 311-321 (İbra).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I-II, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2014 (Özel Hükümler).
- GÜMÜŞSOY, Güler** : Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Yükümlülüğü, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- GÜNDÜZ, Ş. Deren** : Kefalet Sözleşmesinin Şekli, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- GÜNERGÖK, Özcan** : Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, K. Emre** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, B.** : Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- HEINRICHS, Helmut** : Palandt BGB, Verl. C.H. Beck, 49. Aufl., München 1990.

- HUGUENIN, Claire** : Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG Verl., Zürich 2012.
- HUGUENIN, Claire/ HILTY, Reto M.** : Schweizer Obligationenrecht 2020 / Code des Obligations Suisse 2020, Schulthess Verl., Zürich 2013.
- IŞIKTAÇ, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007.
- İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014.
- KAHRAMAN, Zafer** : Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- KAPANCI, Kadir Berk** : Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- KARABAĞ BULUT, Nil** : Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- KARADENİZ, Özcan** : Klasik Roma Hukuku'nda "Constitutum Debiti", Ankara 1968.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.:2, İstanbul 1989.
- KAVAK, Yalçın** : Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015.
- KAYAK, Sevgi** : Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- KILIÇ, Mehmet** : Türk Hukuku'nda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2015 (Genel Hükümler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.** : Türk Borçlar Hukuku'nda Kanuni Halefiyet, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 448, Ankara 1979 (Kanuni Halefiyet).
- KILIÇOĞLU, Mustafa** : Sorumluluk Hukuku, C.:1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002 (Sorumluluk Hukuku).
- KIRCA, Çiğdem** : "6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler*, İstanbul 2013 (Müteselsil Sorumluluk).
- KIRCA, İsmail** : "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457 (Kefalette Eşin İzni).
- KOCAMAN, Arif B.** : Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik

- Sınırı Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1989.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N./HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A.** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2014.
- KOHE, Wolfhard** : Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme, *JZ* 21/1990, s. 997-1005.
- KOYUNCUOĞLU, Tennur** : Türk ve İsviçre Hukuku'nda Borcun Yenilenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- KUNTALP, Erden** : “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, s. 263-290 (Teminat).
- KUNTALP, Erden** : “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – XIII, Ankara 1996 (Kredi Kartı).
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu** : “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, *AÜHFD*, Y.:2004, C.:53, S.:4, s. 101-124.
- LAL, Muktedir** : Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- LANDO, Ole/ CLIVE, Eric/ PRUM, Andre/ ZIMMERMANN, Reinhard** : Principles of European Contract Law – Part III, Kluwer Law International, The Netherlands 2003.
- LARENZ, Karl** : Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Verl. C. H. Beck, München 1979.
- MADAUS, Stephan** : Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Band 2, Rostock 2001.
- MAURER, Tobias** : Schuldübernahme, Mohr Siebeck Verl., Tübingen 2010, s. 270.
- MERAL, Nevin** : “Türk Borçlar Kanunu ve Ole Lando İlkeleri’nde Sözleşmelerin Devri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.:2014, C.:5, S.:1, s. 327-352.
- NOMER, Haluk N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 14. Bası, İstanbul 2015.
- OĞUZ, Arzu** : “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku”, *AÜHFD*, Y.:2001, C.:50, S.:3, s. 11-53.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M.Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I-II, Vedat Kitapçılık, 11. Bası, İstanbul 2013.

- OĞUZMAN, M. Kemal/** : Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul 2013.
- SELİÇİ, Özer/ OKTAY –**
- ÖZDEMİR, Saibe**
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe** : “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, *İÜHFM*, Y.:1999, C.:57, S.:1-2, s. 265-299.
- OKUMUŞ, Selmani** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ÖKTEM, Seda Çevik** : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmesinde Eşin Yazılı Rızası”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Y:2013, C:8, S:89-90, s. 114-133.
- ÖZEN, Burak** : “Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme”, *EÜHFD*, Y.:2006, C.:X, S.:3-4, s. 477-494 (Müteselsil Kefalet).
- ÖZEN, Burak** : Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2014 (Kefalet Sözleşmesi).
- ÖZEN, Burak** : Türk Medeni Hukuku’nda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008 (İntifa Hakkı).
- ÖZKAYA, Eraslan** : Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, İdil Zeynep** : Kişisel Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- PAKET, Sabure** : Borcun Dış Üstlenilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- PAKSOY, Meliha Sermin** : Zamanaşımından Feragat, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- RADO, Türkan** : Roma Hukuku Dersleri – Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- REETZ, Peter/ BURRİ,**
- Christof** : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen – Art. 1-183 OR, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2.Auflage, Zürich, 2012.
- REINICKE, Dietrich/**
- TIEDTKE, Klaus** : Bürgschaftsrecht, Carl Heymanns Verl., 3. Aufl., München 2008
- REİSOĞLU, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 24. Bası, İstanbul 2013 (Genel Hükümler).
- REİSOĞLU, Seza** : Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963

- (Garanti Mukavelesi).
- REİSOĞLU, Seza** : “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, *AÜHFD*, Y:1962, C:19, S:1, s. 327-392 (Kefalet Kavramı).
- REİSOĞLU, Seza** : Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013 (Türk Kefalet Hukuku).
- SAPANOĞLU, Süleyman** : Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- SCHÜRNBRAND, Jan** : Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät, Duncker & Humblot Verl., Berlin 2003.
- SPIRIG, Eugen** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/1k, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 3. Auflage, 1994.
- STATHOPOULOS, Michael** : Contract Law in Greece, Wolters Kluwer, The Netherlands 2009.
- STREIFF, Ullin/** : Vertragsvorlagen, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 4. Auflage, Zürich 2008.
- PELLEGRİNİ, Bruno/**
- KAENEL, Adrian von**
- ŞAFK, Ali** : Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, Legal Yayıncılık, Ankara 2011.
- ŞEKER, Muzaffer** : Yazılmamış Sayılma, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ŞENER, Oruç Hami** : “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, *DEÜHFD*, Y:2010, C:11, Özel Sayı, s. 1279-1322.
- TANDOĞAN, Haluk** : Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki, Ankara 1959 (Garanti Mukavelesi).
- TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Cilt II).
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (Türk Mes’uliyet Hukuku).
- TEKİNALP, Ünal** : Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi** : “Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 32, S. 11-12, s. 233-238.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/**
- AKMAN, Sermet/**
- BURCUOĞLU, Haluk/**

ALTOP, Atilla

TURAN, Gamze : “Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği”, *TBBD*, Y.:2006, S.:66, s. 27-50.

TURAN BAŞARA, Gamze : “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, *AÜHFD*, Y:2014, C:63, S:2, s. 419-447.

ULMER, Peter/ MASUCH, Andreas : “Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme”, *JZ*, 13/1997, s. 654-662.

UMUR, Ziya : Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 1999

UYGUR, Turgut : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I-II, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2013.

UZUNALLI, Sevilay : “Acentelik ve Giriş Bedeli”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, 12/2013, s. 2961-3020.

ÜÇER, Mehmet : “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, *AÜHFD*, Y:2005, C:54, S:3, s. 397-443.

VARDAR H., Gülşah : Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Von TUHR, Andreas : Borçlar Hukuku’nun Umumi Kısmı, C.1-2, Çev.: Cevat EDEGE, Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet : Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Y:2004, C:12, S:1-2, s. 17-61 (Kefalet Sözleşmesi).

YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, 10. Bası, İstanbul 2014 (Özel Hükümler).

YAVUZ, Nihat : Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012 (Değişiklikler ve Yenilikler).

YAVUZ, Nihat : Türk Kefalet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (Türk Kefalet Hukuku).

YELMEN, Adem : Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

YENİCE, Arife Özge : Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

YILMAZ, Ejder : Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2005 (Sözlük).

YILMAZ, Merve : “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin

- Geçerlilik Şartları”, *TAAD*, Y:2011, C:1, S:7, s. 67-92 (Kefalet).
- YÜCE, Melek Bilgin** : Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- YÜCER, İpek** : “Yenileme (Tecdit)”, *DEÜHFD*, Y:2007, C:9, S:1, s. 233-260.
- ZENGİN, Burcu** : “Borca Katılma Sözleşmesinin, Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesinden ve Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi”, *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Nisan 2014, S:2, s. 51-82.
- ZEVKLİLER, Aydın/
GÖKYAYLA, K. Emre** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara 2015.