

00 AÜHFD

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ISSN 1301-1308

Cilt: 63 - Sayı: 2 - Haziran 2014

İÇİNDEKİLER / Contents

MAKALELER / Articles

Bülent ALGAN

Bireysel Başvurularda “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk” Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması / *The Interpretation and Application of the Criterion of “Manifestly Ill-Founded” in Individual Applications by the Constitutional Court* 247

Nurcihan DALCI

Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas / *Bankruptcy in Accordance with the Global Assignment of Claims* 285

Nasih Sarp ERGÜVEN

Karadeniz’de Deniz Alanı Sınırlandırması Davası (Romanya/Ukrayna) ve Uluslararası Hukuk Açısından Etkileri / *The Case of Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine) and Its Effects in Terms of International Law* 309

Gülce GÜMÜŞLÜ

Milletlerarası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi / *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* 329

Cihat ÖNER

Dar Mükellefiyette Ticari Kazancın Türkiye’de Elde Edilmiş Sayılmadığı Haller Üzerine / *On the Conditions under which the Business Income in Limited Tax Liability is deemed not to be earned in Turkey* 365

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY

Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri / *The place of unnamed reglementary actes in hierarchie of normes* 397

Gamze TURAN BAŞARA

Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma / *A New Institution which Ordered by the Turkish Code of Obligation: Cumulative Assumption of Debt* 419

TÜRK BORÇLAR KANUNUYLA GETİRİLEN YENİ BİR MÜESSESE: BORCA KATILMA

*A New Institution which Ordered by the Turkish Code of Obligation:
Cumulative Assumption of Debt*

Gamze TURAN BAŞARA*

ÖZET

Borca katılma, borca katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılmada, ilk borçlu ve borca katılan alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, mevcut geçerli bir borcun varlığı gerekir. Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, kural olarak, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine göre belirlenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılma, yalnızca kuruluş anı itibariyle fer'i nitelik taşımakta olup, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada borca katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsızdır. Aralarında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunan borca katılan ve ilk borçludan her biri borcun tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar ve her biri borçtan kendi payına düşen miktarla sorumlu olur. Alacaklıya payından fazla ifade bulunan borçlu, payını aşan kısmı için diğerine rücu edebilir.

Anahtar Sözcükler: Borca katılma, müteselsil borçluluk, borcun üstlenilmesi, sözleşmeye katılma, teminat

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (gamzeturan@cankaya.edu.tr).

ABSTRACT

Cumulative assumption of debt is a contract which is signed between debt accessor and creditor and which results joint responsibility amongst debt accessor and debtor. In Cumulative assumption of debt, the first debtor and debt accessor are solidary responsible against the creditor access the charge. To be able to mention about an applicable charge cumulative assumption of debt, it requires the existence of an applicable debt. The content and scope of responsibility of debt accessor against creditor should be determined according to content and scope of debt subject to accession in the time of cumulative assumption of debt in principle. However, it is necessary to mention that cumulative assumption of debt has accessory qualification at the time of establishment and after the cumulative assumption of debt is completed, the debt of accessor is independent from the debt of first debtor. Each of debt accessor and first debtor who have solidary indebtedness relationship amongst is responsible for the whole of the debt. However in internal relationship, debt accessor and first debtor share the responsibility and each of them is responsible for the amount of their own share in the debit. The debtor who fulfills to creditor more than his own share, may have recourse to the other for the part which exceeds his own share.

Keywords: Cumulative assumption of debt, solidary indebtedness, assumption of debt, accession to contract, guarantee

GİRİŞ

Borca katılma, ilk defa Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 201. maddesi ile düzenleme altına alınan bir müessesedir. Eski Borçlar Kanunu'nda borca katılmaya ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, borca katılma sözleşmesinin, sözleşme serbestisi kapsamında yapılması mümkündür. TBK'nun ilgili maddesine bakıldığında borca katılmaya ilişkin oldukça sınırlı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu itibarla, söz konusu hükmün borca katılmaya ilişkin olarak ortaya çıkacak meselelere çözüm getirebileceğini söylemek mümkün değildir. Diğer taraftan, ilgili hüküm düzenleme yeri bakımından da eleştirilebilir. Şöyle ki, borca katılma müessesesine, TBK'nun "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlıklı

Beşinci Bölümde yer verilmiş ise de, borca katılmada, tam anlamıyla bir taraf değişikliği söz konusu değildir¹.

Borca katılma, ağırlıklı olarak teminat amacıyla başvuru olan bir hukuki müessesedir. Ancak teminat sağlama dışında, iç ilişkide bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Öğretide bu türden borca katılma, üstlenme amacıyla borca katılma olarak ifade edilmektedir. Borca katılma ister teminat amacıyla, ister bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla yapılmış olsun, her iki durumda da borca katılan ve ilk borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur².

Borca katılma esasen teminat amaçlı yapılmakta olup, üstlenme amacıyla borca katılmaya istisnaen rastlandığından, öğretide herhangi bir ayırım yapılmamakta ve borca katılmayla daha ziyade teminat amaçlı borca katılma kast edilmektedir. Bu itibarla teminat amaçlı borca katılmanın gerek öğreti gerekse uygulama açısından arz ettiği önem dikkate alınarak bu çalışmada ağırlıklı olarak teminat amaçlı borca katılma inceleme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda, öncelikle borca katılma kavramı, ve borca katılma kavramının hukuki niteliği açıklanacak, ardından borca katılmanın geçerlilik şartları, benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi hususları üzerinde durulacak, daha sonra borca katılmanın hüküm ve sonuçları ile borca katılmada tarafların sahip oldukları hukuki savunma imkânları ele alınacak ve son olarak borca katılmada zamanaşımı meselesi ile rücu ve halefiyet ilişkisi incelenecektir.

I- BORCA KATILMA KAVRAMI ve BORCA KATILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nun 201. maddesine göre, borca katılma, mevcut bir borca, borçlunun yanında yer almak üzere, borca katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte borca katılan ve borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

¹ Badur, Emel. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Kitabı*, s. 137.

² Şener, Oruç Hami. (2009). Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma. *DEÜHFD*, C. 11, s. 1279; Altay, Sabah. (2010). *Borca Katılma*. (Yayınlanmamış Doktora Tezi). İstanbul, s. 57; Reetz, Peter/Burri, Christof. (2012). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* (Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder) (2. Aufl.). Zürich, Art. 175, N. 16; Madaus, Stephan. (2001). *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*. Berlin, s. 59.

Hükümden anlaşıldığı üzere, borca katılmada, borca katılanın, alacaklıya karşı borçlunun yanında yer alması ve böylece alacaklının alacağı için iki müteselsil borçlunun bulunması söz konusu olmaktadır.

Borca katılma esas itibarıyla, Borçlar Hukuku alanında hâkim olan nisbîlik prensibinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Nisbîlik prensibine göre, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan sözleşme vasıtasıyla taraflar hak sahibi olup, yükümlülük altına girerler. Şu halde, bir sözleşme ancak tarafları bakımından hak sağlayıp, yükümlülük doğurduğundan, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler, kural olarak sözleşmeye dayanarak herhangi bir talepte bulunamayacakları gibi, sözleşme dolayısıyla yükümlülük altına girmeleri de söz konusu olamaz.³ Buna karşılık, kanun koyucu borca katılmada, borca katılanın alacaklıya karşı borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını düzenlemek suretiyle, nisbîlik prensibinin, sözleşmeden doğan borcun ifasının yalnızca borçludan talep edilebileceğine ilişkin sonucuna bir istisna getirmiş bulunmaktadır.

Daha önce ifade edildiği gibi, borca katılma ağırlıklı olarak teminat amacıyla yapılmakla birlikte, istisnai olarak iç ilişkide bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla yapılabilmesi de mümkündür⁴. Her iki durumda da borca katılmayla birlikte, katılan, borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu, onunla beraber üstelenerek⁵, bu borca eklenen kişisel ve bağımsız bir sorumluluk altına girer⁶.

³ Kramer, Ernst A. (1986). *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18*. Bd. VI, 1. Abt. Bern, Einl., N. 44; Karabağ Bulut, Nil. (2009). *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*. İstanbul, s. 5; Tandoğan, Haluk. (1963). *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*. Ankara, s. 20 vd.; Eren, Fikret. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. bs.). Ankara, s. 18.

⁴ Şener, s. 1279; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 16 ; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. bs.). C. 2. İstanbul, s. 609. Örneğin, Ü ile B arasında bir ortaklık ilişkisi kurulurken, bu ortaklığın bir gereği olarak, Ü, B'nin daha önce A'ya karşı yüklendiği bir borca katılmayı kabul etmiş ve bu sebeple A ile anlaşarak B'nin borcuna katılmışsa, burada borca katılmanın sebebi, ortaklık sözleşmesine göre bir tür sermaye koyma taahhüdünün ifasıdır (Örnek için bkz. Oğuzman/Öz, s. 609).

⁵ İsviçre öğretisinde borca katılma, borcun birlikte üstlenilmesi anlamına gelen "kumulative Schuldübernahme" şeklinde ifade edilmektedir. (Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 9; Larenz, Karl. (1964). *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil*. München-Berlin, s. 366; Berger, Bernhard. (2008). *Allgemeines Schuldrecht*. Bern, s. 810; Schwenzler, Ingeborg. (2006). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (3. Aufl.). Bern, s. 567).

⁶ Develioğlu, Murat Hüseyin. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı. *Prof. Dr. Erden Kuntalp'e*

Borca katılmanın en sık karşılaşılan türü olan teminat amaçlı borca katılmada, borca katılan, borcu, teminat amacıyla, ilk borçlu ile birlikte müteselsil olarak üstlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu halde bir borçlu değişikliği söz konusu olmayıp, bilakis alacaklı karşısında ilk borçlu yanında müteselsil borçlu konumunda ek bir borçlu daha bulunmaktadır. Böylece teminat amacıyla borca katılma neticesinde, alacaklıya karşı bir şahsi teminat sağlanmakta ve onun hukuki durumu güçlendirilmektedir.

Burada vurgulamak gerekir ki, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, borca katılan için yeni bir borç teşkil etmektedir. Bu itibarla borca katılmanın, bir sözleşme değişikliğine neden olmayacağını, alacaklı ve borçlu arasındaki mevcut borç ilişkisini genişletmeyeceğini söylemek mümkündür⁷.

Mevcut bir borca teminat amacıyla katılma her ne kadar alacaklıya teminat verme amacına hizmet ediyorsa da, katılmadan doğan borcun hukuki sebebi teminat değildir. Katılmaya konu olan borcun hukuki sebebi ile borca katılanın borcunun hukuki sebebi aynı olacaktır.⁸ Örneğin, bir satış sözleşmesinde alıcının satış bedelinin ödenmesine ilişkin borcunun hukuki sebebi olan “satım konusu malın mülkiyetinin devrine ilişkin bir alacak hakkı kazanmak”, satış bedelinin ödenmesi borcuna katılmada borca katılan açısından da borcun hukuki sebebinin oluşturacaktır⁹.

Armağan. C. I (Özel Hukuk). İstanbul, s. 301; Yavuz, Nihat.(2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (2. bs.). Ankara, s. 267; Eren, s. 1254; Oğuzman/Öz, s. 608.

⁷ Şener, s. 1283; Uygur, Turgut. (2012). *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi*. C. I, Madde 1-236. Ankara, s. 116; Kahrman, Zafer. (2013). *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*. İstanbul, s. 117-118; Oğuzman/Öz, s. 608; Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold. (1974). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3. Aufl.). Zürich, s. 302, dn. 32a; Spirig, Eugen. (1994). *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. V 1k, Die Abtretung von Forderung und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR*. (Hrsg von Peter, GAUCH). Zürich, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 279, 281-282; Madaus, s. 10-11, 14; Edenfeld, Stefan. (1997). Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld. *JZ*, 52/21, s. 1034, 1035; Möschel, Wernhard. (2007). *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432* (5. Aufl.). München, Vor §414, N. 11; Larenz, s. 366.

⁸ Tandoğan, Haluk.(1987). *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri* (3. bs.) C. II. Ankara, s. 702; Özen, Burak. (2012). *Kefalet Sözleşmesi*. İstanbul, s. 7-8; Develioğlu, s. 308; Kleiner, Beat. (1979). *Bankgarantie* (3. Aufl.). Zürich, s. 114. Altay, öğretide hâkim olan görüşün aksine, borca katılma sözleşmesinin hukuki sebebinin, ilk borcun hukuki sebebi ile aynı olmadığını, teminat amaçlı borca katılmada, borca katılma sözleşmesinin amacının teminat verme amacı olduğunu kabul etmektedir (Altay, s. 83).

⁹ Tandoğan, C. II, s. 702; Özen, s. 7-8.

Mevcut bir borca katılmanın alacaklı açısından teminat elde etme etkisi taşıması, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun hukuki sebebinin teminat olarak belirlenmesi sonucunu doğurmamakla birlikte, mevcut borca katılma sözleşmesinin geniş anlamıyla kişisel teminat sözleşmeleri arasında kabul edilmesine yol açmaktadır¹⁰.

II- BORCA KATILMANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Borca katılmanın temel şartı, borca katılmanın gerçekleştiği anda hukuken geçerli bir borcun varlığıdır. İlk borcun mevcut ve geçerli olmaması halinde borca katılan için de herhangi borç doğmaz¹¹.

Borca katılma sözleşmesinin geçerliliği kanununda herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Öğretide TBK'nun 603. maddesinden hareketle, kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarının borca katılma sözleşmesi için de uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu olmuş ve ağırlıklı görüş borca katılma sözleşmelerinin kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olduğu sonucuna varmıştır¹².

A- GEÇERLİ BİR İLK BORCUN VARLIĞI

Borca katılma esas itibariyle fer'i bir borç doğurmayı; borca katılma konusu olan borç ile katılma yoluyla ortaya çıkan borç birbirinden bağımsız ise de, geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, mevcut geçerli bir borcun varlığı gerekir. Mevcut olmayan bir borca katılma mümkün değildir. Şayet alacaklının ilk borçluya karşı bir alacağı mevcut değilse, borca katılana karşı bir alaktan da söz edilemez¹³. Aynı şekilde katılma konusu

¹⁰ Bär, Thomas.(1963). *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft*. Zürich, s. 24 vd, s. 31.

¹¹ Madaus, s. 153; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 14; Bär, s. 26; Edenfeld, s. 1036; Schwenger, s. 568; Tandoğan, C. II, s. 702; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. bs.). Ankara, s. 818; Develioğlu, s. 305.

¹² Kirca, İsmail (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*. Ankara, s. 437; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul, s. 377; Oğuzman/Öz, s. 609; Badur, Emel. (2013). Eşin Rızası. *TBB*, Sy. 109, s. 295; Özen, s. 48; Baş, Ece. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHF*, C. LXX, Sy. 2, s. 140; farklı yönde görüş için bkz. Yavuz, s. 268; Eren, s. 1255; Develioğlu, s. 320.

¹³ Bär, s. 26; Madaus, s. 153; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 14; Edenfeld, s. 1036; Schwenger, s. 568; Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus. (2008). *Obligationenrecht-Allgemeiner Teil*. Zürich, s. 622; Reisoğlu, Seza. (2013). *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara, s.

olan borcu doğuran sözleşme konusunun imkânsız veya kanuna ya da ahlâka aykırı olması sebebiyle sözleşme başlangıçtan itibaren geçersiz ise, borca katılanın bu sözleşmeden doğan borca katılması da geçersiz olacaktır.

Borca katılma konusu olan borç, sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılırsa, borca katılmanın da geçersiz olacağı söylenebilir. Böyle bir durumda her ne kadar katılma anında mevcut geçerli bir borç söz konusu ise de, bu borç sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıldığında, katılma anında mevcut olmayan bir borç için katılma iradesi açıklanmış olacağından, borca katılma da geçersiz olur. Zira, ilk borç mevcut değilse, borca katılanın yükümlülüğü konusuz kalacaktır¹⁴.

Öğretide borca katılmanın, başlangıçta ya da başka bir ifade ile kuruluş bakımından fer'i nitelik taşıdığı kabul edilerek, geçerli bir borca katılmanın, mevcut geçerli bir ilk borcun varlığına bağlı olduğu sonucuna varılmıştır¹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılma her ne kadar kuruluş bakımından fer'i nitelik taşıyor ise de, katılma gerçekleştikten sonraki aşamada bağımsızlık söz konusudur. Şu halde, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun ilk borca bağımlılığı yalnızca katılma anıyla sınırlı olduğundan, borca katılma fer'i nitelikte bir borç doğurmaz¹⁶.

B- ŞEKLE İLİŞKİN ŞARTLAR

Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nun 201. maddesinde borca katılma sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Öğretide özellikle kefalet sözleşmesine ilişkin şekil kurallarının uygulama alanını genişleten TBK'nun 603. maddesi bağlamında borca katılmanın kefaletin tabi olduğu şekil kurallarına tabi olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.

109; Von Tuhr, Andreas. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* C. 1-2 (çev. Cevat EDEGE). Ankara, s. 790; Tandoğan, C. II, s. 702; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 818; Develioğlu, s. 305; Şener, s. 1284; Altay, s. 124 vd.; Özen, s. 12.

¹⁴ Şener, s. 1285; Altay, s. 55.

¹⁵ Beck, Emil. (1942). *Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar*. Zürich, s. 15; Madaus, s. 25; MünchenerKomm/Möschel, Vor § 414, N. 13; Bär, s. 26; Özen, s. 12; Tandoğan, C.II, s. 702; Şener, s. 1285; Reisoğlu, Kefalet, s. 109.

¹⁶ Reisoğlu, Kefalet, s. 109; Develioğlu, s. 305; Altay, s. 53, 55; Tandoğan, C. II, s. 702; Özen, s. 12; Şener, s. 1285; Oğuzman/Öz, s. 608; Bär, s. 26; Kleiner, s. 115, 116; Huguenin, Claire. (2012). *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. Zürich, s. 389; Coester, Michael. (1994). Die Zahlungszusage auf der Baustelle-OLG Hamm, NJW 1993, 2625. *JuS*, 34. Jahrgang, Heft 5, s. 370; von Tuhr, s. 791.

TBK'nun 603. maddesi, eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Sözü geçen maddeye 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.*" Kanun koyucu, kefalet sözleşmesini sıkı geçerlilik kurallarına bağladıktan sonra, kişilerin başka bir şahsi teminat yoluna başvurarak kefaletin bu geçerlilik kurallarından kurtulmasının önüne geçmek için, 603. maddede ile kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen geçerlilik şartlarının, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine yönelik başka ad altında yapılan sözleşmelere de uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, 603. maddenin uygulama alanı gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine yönelik olarak yapılan sözleşmelerle sınırlıdır. Dolayısıyla teminat sözleşmesi tüzel kişi tarafından yapılmakta ise, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz.

Borca katılmanın TBK'nun 603. maddenin kapsamına girip girmediği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretide baskın olan görüş, gerçek kişilerce teminat amacıyla borca katılma söz konusu ise TBK'nun 603. maddesinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹⁷. Bu görüşü savunanlar, borca katılmanın ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi meydana getirdiğinden hareket etmekte ve müteselsil sorumluluğun kefilin fer'i sorumluluğundan daha ağır bir sorumluluk doğurduğundan, kefalet sözleşmesine ilişkin şekil kurallarının, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmeleri bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadırlar. Diğer bir görüşe göre ise, borca katılmanın temel işlevi teminat sağlama olmadığından, hakkında şekil kuralı öngörülmemiş olan borca katılma sözleşmesinin, herhangi bir şekil şartına tabi tutulmaması gerekir¹⁸.

¹⁷ Kırca, s. 437; Oğuzman/Öz, s. 609; Hatemi/Gökyayla, s. 377; Badur, Eşin Rızası, s. 295; Özen, s. 48; Öz, Turgut. (2012). *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (2. bs.). İstanbul, s. 132; Baş, s. 140.

¹⁸ Eren, s. 1255; Yavuz, s. 268; Develioğlu, s. 320. Develioğlu'na göre, TBK'nun 603. maddesi kıyasen dahi olsa borca katılmaya uygulanması mümkün değildir. Zira, hukukun temel prensibi şekil serbestisi olup, bu madde istisnai bir düzenlemedir. İstisna öngören kanun hükümlerinin uygulama alanının yorum yoluyla genişletilmesi söz konusu olamaz (s. 320). Develioğlu, borca katılma bakımından "şekle bağlıdır" ya da "şekle bağlı değildir" gibi bir genelleme yapmanın doğru olmadığını belirtmiştir. Yazar'a göre, borca katılmanın

TBK'nun 603. maddesi ile, kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmanın ve bunları dolanmanın önlenmesi amaçlanmıştır. Bu husus dikkate alındığında, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin 603. madde kapsamında kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi olduğunu söylemek yerinde olur. Buna karşılık borca katılmanın teminat amacıyla yapılmadığı hallerde herhangi bir şekil şartına tabi olmaması gerekir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, TBK'nun 603. maddesinde olduğu gibi, kefalet sözleşmesine ilişkin şekil kurallarının uygulama alanını genişleten bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu itibarla, İsviçre öğreti ve uygulamasında borca katılmanın kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kurallarına tabi olmadığı ve prensip olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁹.

III- BORCA KATILMA SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI

TBK'nun 201. maddesine göre, borca katılma, borca katılan ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşmeyle mümkün olur²⁰. Şu halde, borca katılma bir

şekle bağlı olup olmadığı tespit edilirken, katılma konusu olan borcun dayandığı sözleşme için getirilmiş şekil şartının öngörülme sebebine bakmak gerekir. Eğer şekil, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin taraflarından birini korumaya yönelik ise, korunan tarafın borcuna katılma sözleşmesinin de öngörülen şekle uyularak yapılması gerekir. Zira kanun koyucunun sözleşmenin tarafını koruyucu hükümler koyma gerekçesi, onun borcuna katılan için de geçerli olacaktır (s. 304).

¹⁹ Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan. (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II (9. Aufl.). Zürich, N. 3645; Giovanoli, Silvio. (1978). *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, Teilbd. VII, Abtl. 2. Bern, Art. 493, N. 2; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 10; Schwenger, s. 567, 568; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 123; Bär, s. 26; Berger, s. 811; BGE 83 II 211, 79 II 79, 129 III 702, 705. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında taşınmaz satımından doğan satım bedelini ödeme borcuna katılmanın şekle bağlı olmadığını kabul etmekle birlikte, taşınmazın mülkiyetini geçirme borcuna katılmanın şekle bağlı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir (Develioğlu, s. 303). Ancak Develioğlu'nun isabetli olarak belirttiği üzere, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi borcuna katılmanın şekle bağlı olması, sadece teorik açıdan bir anlam ifade edebilir. Zira, uygulamada borç doğurucu işlem olan taşınmaz satımı sözleşmesi ile tasarruf işlemi olan taşınmazın mülkiyetinin devri borcunun ifası çoğunlukla aynı anda yapılmaktadır. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin devri borcuna katılma pratik açıdan bir anlam ifade etmeyecektir (Develioğlu, s. 305, dn. 48).

²⁰ Her ne kadar TBK'nun 201. maddesinde borca katılma sözleşmesinin borca katılan ile alacaklı arasında yapılacağı düzenlenmişse de, öğretilerde borca katılanın asıl borçlusuyla yapacağı bir sözleşme ile alacaklı yararına borca katılmanın da mümkün olduğu kabul

sözleşme yoluyla yapılabildiğinden, borca katılanın tek taraflı irade beyanıyla borca katılmanın gerçekleştirilmesi söz konusu olamaz. Bu şekilde yapılan borca katılma sözleşmesi, kural olarak tek tarafa, yani borca katılana borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir²¹.

Daha önce de ifade edildiği üzere, borca katılma sözleşmesi, alacaklının ilk borçluya karşı alacağına herhangi bir değişiklik meydana getirmemekte, bilakis ilk borçlu ile müteselsilen sorumlu olacak ek bir borçlunun katılımıyla, alacağını elde etme imkânını güçlendirmektedir²². Öğretide bu durum dikkate alınarak, borca katılma sözleşmesinin yapılabilmesi için ilk borçlunun rızasının alınmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, borca katılmayla birlikte katılanın ilk borçlunun yanında müteselsil borçlu olarak bulunması ilk borçlunun durumunu ağırlaştırmayacağından, ilk borçlunun alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşmeye rıza vermesi gerekli değildir²³. Şener'e göre, borçlunun borca katılmadan etkilenmesi, alacaklıya karşı ifade bulunan borca katılanın borçluya rücu etmesi halinde söz konusu olur ki, böyle bir halde borçlu bakımından alacaklının değişmesine benzer bir hukuki durumun ortaya çıktığı söylenebilir. Yazar, bu durumda TBK'nun 183. maddesinin borçlunun rızası alınmaksızın alacağın devrine imkân verdiğini dikkate alarak, borca katılmanın da borçlunun rızasına bağlı olmadığı sonucuna varılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir²⁴.

Burada belirtmek gerekir ki, TBK'nun 201/I. maddesinde yer alan düzenleme, Borçlar Hukuku'nda hâkim olan nisbilik ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde yerinde bir düzenleme olmadığı sonucuna varılmaktadır. Zira, bir borç ilişkisinde alacaklının, borçlunun rızası

edilmektedir. Bu durumda borca katılma sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliğindedir (Özen, s. 8 vd.; Altay, s. 103; Şener, s. 1291 vd.; Develioğlu, s. 301; Kahraman, s.116).

²¹ Şener, s. 1288; Madaus, s. 141; Edenfeld, s. 1034, 1035; Bär, s. 26.

²² Kahraman, s. 116; Şener, s. 1283; Uygur, s. 116; Oğuzman/Öz, s. 608; Madaus, s. 10-11; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183 OR, N. 279, 281-282; von Tuhr/Escher, s. 302, dn. 32a; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 9, 11; Edenfeld, s. 1035, 1036; Larenz, s. 366; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3649; Schwenger, s. 567; Brox, Hans. (1998). *Allgemeines Schuldrecht*. München, s. 250; Huguenin, s. 388.

²³ Oğuzman/Öz, s. 610; Şener, s. 1290; Yavuz, s. 267; von Tuhr, s. 791; Altay, s. 51; Develioğlu, s. 302; von Tuhr/Escher, s. 302; Akıntürk, Turgut. (1971). *Müteselsil Borçluluk*. Ankara, s. 115.

²⁴ Şener, s. 1290.

olmaksızın, hatta bilgisi dahi olmaksızın, üçüncü kişi konumundan olan borca katılan ile anlaşma yaparak, onu borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu tutması borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır²⁵. Şu halde, olması gereken hukuk bakımından, borca katılma sözleşmesinin, borca katılan ile alacaklı ve ilk borçlu arasında yapılması gerektiğinin kabulü isabetli görünmektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda borca katılmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide ve uygulamada borca katılmanın sözleşme serbestisi çerçevesinde yapılmasının olanaklı olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla İsviçre öğretisinde, sözleşme serbestisi kapsamında uygulama alanı bulan borca katılmanın, doğrudan borca katılan ile alacaklı arasında akdedilecek bir sözleşmeyle veya borçlu ile borca katılan arasında üçüncü kişi, yani alacaklı lehine bir sözleşme yoluyla yapılabileceği kabul edilmektedir. Birinci ihtimalde borca katılan ile alacaklı arasında borca katılma sözleşmesinin yapılabilmesi için borçlunun rızası aranmayacağı gibi, ikinci ihtimalde alacaklı lehine yapılacak sözleşme yoluyla alacaklının alacağı üzerinde tasarruf edilmeyip, alacaklı sadece hukuki menfaat elde ettiğinden, ilk borçlu ile borca katılan arasında yapılacak borca katılma sözleşmesine alacaklının onay vermesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir²⁶.

IV- BORCA KATILMANIN BENZER İŞLEMLERDEN FARKLARI

Borca katılmaya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de, borca katılmanın teminat amacı taşıyan diğer sözleşmelerden, bu bağlamda özellikle kefalet ve garanti sözleşmesinden farklarının tespit edilmesidir. Bunun yanısıra borca katılmanın da yer aldığı, TBK'nun "Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri" başlıklı beşinci

²⁵ Kılıçoğlu'na göre, alacaklının, üçüncü bir kişi ile anlaşma yaparak onu borç ilişkisine dahil etmesi, borca aykırı bir davranıştır. Şöyle ki, bu anlaşma sonucu borca katılan borcu ifa eder, alacaklı da bunu kabul ederse, asıl borçlunun edimini ifa etmesi imkânsız hale gelmiş olur. Bu durum da, alacaklının sonradan kusurlu davranışıyla edimi imkânsız hale getirmesine dayanan borca aykırı bir davranış söz konusudur (Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 817).

²⁶ Keller, Max/Schobi, Christian. (1984). *Schweizerisches Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*. Basel und Frankfurt am Main, s. 88; Bär, s. 26; Schwenger, s. 568; Huguenin, s. 387-388; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3641, 3642; von Tuhr/Escher, s. 302; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 279; Berger, s. 810-811; Furrer/Müller-Chen, s. 621; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 9.

bölümünde düzenlenen borcun üstlenilmesi ve sözleşmeye katılma müesseseleri ile borca katılma müessesesi arasındaki farklılıkların tespiti de önem arz etmektedir.

A-BORCA KATILMA VE KEFALET

Borca katılma ve kefalet göttükleri ekonomik amaç bakımından büyük oranda benzerlik göstermektedir. Zira, her iki müessesenin de amacı, alacaklıya, borçlunun yanında üçüncü bir kişiye karşı da talepte bulunma imkânı sağlayarak, alacaklının hukuki durumunu güçlendirmektedir²⁷. Bu temel benzerliğe rağmen borca katılma ve kefalet arasında bir çok açıdan farklılık bulunmaktadır.

Borca katılma ve kefalet arasındaki önemli farklılardan bir tanesi aslilik-fer'ilik niteliği bakımından ortaya çıkmaktadır. Borca katılma, kefalet sözleşmesinin aksine fer'i nitelikte bir borç doğurmaz. Daha önce de belirtildiği üzere, borca katılma, yalnızca kuruluş bakımından fer'i nitelik taşımakta olup, katılma gerçekleşikten sonraki aşamada borca katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsızdır²⁸. Buna karşılık kefalet sözleşmesi fer'i borç doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Borca katılmadan farklı olarak kefilin borcu sadece başlangıçta değil, her aşamada fer'i bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifade ile, kefilin sorumluluğu ortaya çıkması, kapsamı, devam etmesi ve yerine getirilmesi bakımından teminat altına alınan asıl borca tabidir²⁹.

Borca katılma ve kefalet arasındaki bir diğer önemli fark, borca katılmanın katılmaya konu olan borçla aynı derecede, kefaletin ise asıl borca oranla ikinci derecede bir borç doğurmasıdır³⁰. Buna göre, kefil alacaklıya

²⁷ Develioğlu, s. 308; Şener, s. 1299; Schwenzener, s. 510-511.

²⁸ Develioğlu, s. 305; Reisoğlu, Kefalet, s. 109, 110; Özen, s. 12; von Tuhr, s. 791; Tandoğan, C. II, s. 702, 706; Oğuzman/Öz, s. 608; Şener, s. 1299; Tekinay, Selahattin Sulhi. (1958). Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 32, Sy. 11-12, s. 233; Bär, s. 26; Kleiner, s. 115,116; Huguenin, s. 389.

²⁹ Reisoğlu, Seza. (1962). Kefalet Kavramı ve Müteberlik Şartları. *AÜHFD*, C. 19, S. 1-4, s. 329 vd.; Barlas, Nami. (2002). Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi. *Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II. İstanbul, s. 955 vd.; Tandoğan, C. II, s. 702-704; Develioğlu, s. 297 vd.; Şener, s. 1298; Altay, s. 164-165; Tekinay, s. 233; Özen, s. 12; Kleiner, s. 114-115; Huguenin, s. 388-389.

³⁰ Belirtmek gerekir ki, kefaletin ikinci derecede bir borç doğurma özelliği, müteselsil kefalette, adi kefaletle oranla daha alt düzeyde olsa da, belirli bir oranda yine de ikincilliğin söz konusu olduğu söylenebilir. Zira, asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcu

karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt ederken, birinci derecede borç altına giren borca katılan, borçlu ile beraber ödemekle yükümlü olur³¹.

Borca katılma ve kefalet ayrımında başvurulabilecek bir diğer kıstas, menfaat kıstasıdır. Öğretide kabul edilen görüşe göre, teminat veren kişinin, teminat konusu borcun ifasında doğrudan ekonomik veya hukuki bir menfaati bulunuyorsa, bu durum borca katılmanın mevcut olduğunun önemli bir göstergesidir. Buna karşılık, teminat verenin herhangi bir kişisel menfaatinin olmaması kefaletin varlığına işaret etmektedir³². Bu kapsamda, örneğin, satış sözleşmesinden doğan satış bedelinin ödenmesi borcuna ilişkin olarak alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte sorumlu olan kişi, satım konusu mal üzerinde bir hakka sahip olacaksa, bu durumda borca katılma yönünde bir nitelendirme yapılabilir³³.

Burada belirtmek gerekir ki, menfaat kıstası bir yorum kuralından ibaret olup, somut olaydaki diğer bütün koşullarla birlikte değerlendirilmelidir. Teminat verenin doğrudan ekonomik menfaatinin bulunması tek başına kefaletin varlığını reddetmeye yeterli değildir. Zira, üçüncü kişi ekonomik bir menfaati bulunmaksızın da borca katılma sözleşmesi yapabileceği gibi, ekonomik menfaatine rağmen kefalet sözleşmesi yapması da mümkündür³⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce yazılan eserlerde bu iki müessese arasındaki farklar incelenirken, kefaletin şekle tabi

olmaz ve para borcu dışında bir borç için müteselsil kefil olunmuşsa, bu borcun ifa edilmeme olgusu gerçekleşmeden kefilden talepte bulunulamaz (Özen, s. 11; Tandoğan, C. II, s. 697; Develioğlu, s. 308, dn. 61).

³¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 110; Develioğlu, s. 308, 317; Altay, s. 162; Özen, s. 10-11; Şener, s. 1299; Emmenegger, Susan. (2007). Garantie, Schuldbeitritt, Bürgschaft-vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen. *ZBJV*, Bd. 143, s. 562; Huguenin, s. 389.

³² Huguenin, s. 389; Beck, s. 16; ZürcherKomm/Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183, N. 312; Keller/Schöbi, s. 88; MünchenerKomm/Möschel, Vor. § 414, N. 21; Schwenger, s. 567; Tandoğan, C. II, s. 707-708; Reisoğlu, Kefalet, s. 111; Develioğlu, s. 314; Tunçomağ, Kenan. (1976). *Türk Borçlar Hukuku C. I, Genel Hükümler* (6. bs.). İstanbul, s. 1124; Şener, s. 1301-1302; Özen, s. 19-21.

³³ Bu örnek için bkz. Özen, s. 21.

³⁴ Tandoğan, C. II, s. 708; Şener, s. 1302; Reisoğlu, Kefalet, s. 111; Develioğlu, s. 316; Özen, s. 19. İsviçre Federal Mahkemesi de birçok kararında menfaat kıstasının kefalet ve borca katılma ayrımında tek başına yeterli bir kıstas olmadığına karar vermiştir (BGE 42 II 264; 66 II 28; 81 II 520). Barlas, menfaat kıstasının garanti-kefalet ayrımında da tek başına başvurulabilecek bir kıstas olmadığını kabul etmektedir (Barlas, s. 974).

olduğu, buna karşılık borca katılmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı belirtilmiş ise de³⁵, Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra iki müessese arasında şekil açısından bir farklılıktan söz etmek pek mümkün görülmemektedir. Zira, TBK'nun 603. maddesinde kefaletin şekline ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Şu halde özellikle gerçek kişilerce teminat amcıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin 603. madde kapsamında kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olacağını söylemek mümkündür³⁶.

B- BORCA KATILMA VE GARANTİ

Garanti sözleşmesinde garanti veren üçüncü kişiye ait borcun konusunu oluşturan edimin ifa edileceğini garanti etmektedir. Başka bir ifadeyle, garanti veren borç konusu edimin ifa edilmemesi riskini üstlenmektedir. Bu edimin yerine getirilmemesi durumunda risk gerçekleşecek ve garanti verenin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Söz konusu risk gerçekleşmeden garanti verenin sorumluluğuna gidilemeyeceğinden, garanti verenin sorumluluğunun ikinci dereceden bir sorumluluk olduğu söylenebilir. Şu halde, ikinci dereceden sorumluluk doğuran garanti sözleşmesinin, bu yönüyle birinci dereceden sorumluluk doğuran borca katılmadan farklılık arz ettiği söylenebilir³⁷.

Müteselsil borçluluk doğuran borca katılmada ilk borçlu ile borca katılanın borçlarının sebebi aynı iken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun sebebi üçüncü kişinin borcunun sebebinden farklıdır³⁸.

Borca katılmada, katılma gerçekleştikten sonraki aşamada borca katılanın borcu ilk borçlunun borcundan bağımsız ise de kuruluş bakımından fer'i nitelik taşımaktadır. Oysa garanti sözleşmesinde, garanti verenin borcu baştan itibaren bağımsız olup, üçüncü kişinin borcunun varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir³⁹.

³⁵ Şener, s. 1298; Tandoğan, C. II, s. 705; von Tuhr, s. 791.

³⁶ Şekil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. II., B.

³⁷ Kleiner, s. 115; Emmenegger, s. 562-563; Coester, s. 370; Furrer/Müller-Chen, s. 621; Özen, s. 11, 14.

³⁸ Tandoğan, Haluk. (1959). *Garanti Mukavelesi*. Ankara, s. 37; Yüce, Melek Bilgin. (2007). *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*. İstanbul, s. 83-84; Şener, s. 1296-1297; Özen, s. 14; Kleiner, s. 114-115.

³⁹ Yüce, s. 84; Tandoğan, Garanti, s. 37; Barlas, s. 955; Altay, s. 175; Şener, s. 1297; Kleiner, s. 116.

Borca katılma ve garanti, üstlenilen sorumluluklar bakımından da farklılık arz etmektedir. Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğu, kural olarak katılma anındaki borcun içeriğine ve kapsamına uygun iken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun kapsamı, temel ilişkideki borcun kapsamıyla aynı olmayıp, garanti veren temel ilişkideki borç ifa edilmediği takdirde ortaya çıkan zararı tazmin etmeyi üstlenmektedir⁴⁰.

C- BORCA KATILMA VE BORCUN ÜSTLENİLMESİ

Borcun dış üstlenilmesi de borca katılmada olduğu gibi, alacaklı ile borcu üstlenen arasında yapılacak bir sözleşmeyle gerçekleşir (TBK m. 196). Ancak borca katılmadan farklı olarak, borcun dış üstlenilmesinde eski borçlu yerine yeni bir borçlu geçer ve eski borçlu borçtan kurtulur; alacaklıya karşı yeni borçlu sorumlu olur. Buna karşılık borca katılmada, borca katılan ilk borçluyla birlikte alacaklıya karşı sorumlu olmaktadır. Yani borcun dış üstlenilmesinde borçlunun yerine yeni bir borçlu geçerken, borca katılmada borçlunun şahsında bir değişiklik olmayıp, ilk borçlu yükümlü kalmaya devam etmekte ve onun yanında borca katılan da alacaklıya karşı ikinci bir borçlu olarak yer almaktadır.

Diğer taraftan borcun üstlenilmesinde kanun koyucu borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesi şeklinde bir ayrım yaparak, borçlu ile borcu üstlenen arasında bir iç üstlenme sözleşmesi yapılmasını öngördüğü halde, borca katılmada katılan ile borçlu arasında böyle bir irade uyuşmasını gerekli kılmamıştır.

D- BORCA KATILMA VE SÖZLEŞMEYE KATILMA

TBK'nun 206. maddesine 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. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır.”*

TBK'nda yer verilen tanımdan anlaşıldığı üzere, sözleşmeye katılma, sözleşmenin taraflarından birinin yanına, onunla aynı haklara sahip ve onun

⁴⁰ Şener, s. 1306; Yüce, s. 84; Tandoğan, C. II, s. 809; Huguenin, s. 389; Keller/Schöbi, s. 87.

borçlarının müteselsil borçlusu durumunda olacak üçüncü bir kişinin eklenmesidir. Sözleşmeye katılma, katılanın sadece yanına katıldığı taraf ile değil, aynı zamanda karşı tarafla da birlikte yaptığı bir sözleşme ile gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle, sözleşmeye katılma, katılan ile sözleşmenin mevcut taraflarının iradelerinin uyuşması ile kurulan bir sözleşmedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, borca katılmadaki durumun sözleşmeye katılmadan farklı oluşu sonucuna varılmaktadır. Sözleşmeye katılma, sözleşmenin taraflarından birinin yanında yer almak üzere yapılabilen iken, borca katılma sadece borç için ve borçlu taraf bakımından gerçekleşmektedir. Sözleşmeye katılan katıldığı sözleşmenin tarafı haline gelirken, borca katılan sözleşmenin tarafı haline gelmeyip, yalnızca alacaklıya karşı ilk borçlu ile birlikte borçlu sıfatını kazanmaktadır. Diğer taraftan sözleşmeye katılma, katılan ile sözleşmenin mevcut tarafları arasında yapılırken, borca katılma sözleşmesi, sadece katılan ile alacaklı arasında yapılmaktadır.

Borca katılma ile sözleşmeye katılma arasındaki bir diğer fark şekil açısından ortaya çıkmaktadır. Borca katılmanın düzenlendiği TBK'nun 201. maddesinde borca katılma sözleşmesi hakkında herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak öğretide ağırlıklı olarak TBK'nun 603. maddesinden hareketle, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin, kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil ve ehliyet kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Sözleşmeye katılmanın şekli konusunda, ilgili hükümden özel bir düzenlemeye yer verilmiştir (TBK. m. 206/III). Buna göre, sözleşmeye katılma, katılma konusu sözleşmenin tabi olduğu şekil kurallarına tabidir.

V- BORCA KATILMANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucu, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk ilişkisinin ortaya çıkmasıdır. Kanun koyucu, borca katılan ile borçlunun alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacaklarını öngörmüştür (TBK m. 201/II).

Borca katılma neticesinde, katılan için ilk borçlunun borcu ile aynı içerik ve kapsamda bir yükümlülük ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle,

⁴¹ Borca katılma sözleşmesinin şekli konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. II, B.

borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriği aynıdır. Kural bu yönde olmakla birlikte, borca katılan ve alacaklı, katılanın borcunun kapsamını ve içeriğini ilk borçlununkinden farklı kararlaştırabilirler.

A- BORÇLU VE BORCA KATILAN ARASINDA MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN ORTAYA ÇIKMASI

TBK'nun 201. maddesine göre, borca katılma ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk ortaya çıkarır. Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak, alacaklı borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse müteselsil borçluların tamamından, dilerse birinden talep edebilir (163/I).

Daha önce de ifade edildiği üzere, borca katılma, katılan bakımından ilk borçlu ile aynı dereceden sorumluluk doğurmakta ve alacaklıya doğrudan borca katılana başvurabilme imkânı sağlamaktadır. Alacaklının doğrudan borca katılana başvurması halinde, borca katılan ilk borçlunun varlığını ileri sürerek borcun ifasından kaçınmaz. Aynı şekilde borca katılan, borcun tamamının ifasını talep eden alacaklıya karşı kendisinin borcun yalnızca bir kısmından sorumlu olduğunu ileri süremez⁴².

Belirtmek gerekir ki, burada her ne kadar her bir müteselsil borçlunun birbirinden bağımsız yükümlülüğü ortaya çıkmakta ise de bu borçlar, müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde birbirleriyle bağlantı içerisindedir. Birinden bağımsız müteselsil borçlar arasındaki bu bağlantı, müteselsil borçluların alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmiş olmasından, yani ifa amacının aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun sonucu olarak, ilk borcun ifa veya takas yoluyla alacaklıyı tatmin edecek şekilde sona ermesi katılma yoluyla ortaya çıkan borcu da sona erdirici etki doğurur⁴³.

Borca katılan ile ilk borçlu arasında teselsül ilişkisi bulunduğundan, müteselsil borçluluğa ilişkin TBK'nun 165. maddesi uygulanacak ve borca katılan ilk borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Zira, 165. maddeye göre, müteselsil borçlulardan biri davranışlarıyla diğerinin durumunu ağırlaştıramaz⁴⁴.

⁴² Şener, s. 1304; Altay, s. 183-184; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 13; Furrer/Müller-Chen, s. 621; Emmenegger, s. 562; Kleiner, s. 115.

⁴³ Özen, s. 10, 12; Tandoğan, C. II, s. 702; Şener, s. 1305; Develioğlu, s. 307.

⁴⁴ Develioğlu, s. 306, dn. 53; Altay, s. 196; Tandoğan, C. II, s. 704; Özen, s. 13.

Borca katılmada ilk borçlunun yükümlülüğü devam edeceğinden, katılma konusu borç için verilen teminatlar da sona ermez⁴⁵.

B- BORCA KATILANIN ALACAKLIYA KARŞI SORUMLULUĞUNUN KATILMA ANINDAKİ BORCUN İÇERİĞİNE VE KAPSAMINA UYGUN OLMASI

Borca katılanın alacaklı ile yapmış olduğu borca katılma sözleşmesi, ilk borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmenin konusu, alacaklı ile ilk borçlu arasındaki sözleşmede kararlaştırılmış olan edimin aynısının, borca katılan tarafından alacaklıya ifa edilmesidir⁴⁶. Bu durum, borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, kural olarak, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine uygun olması sonucunu doğurmaktadır⁴⁷.

Kural bu yönde olmakla birlikte, borca katılan ve alacaklı, sözleşme serbestisi çerçevesinde, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsamını ve içeriğini katılmaya konu borçtan farklı kararlaştırabilirler. Örneğin, katılma yoluyla ortaya çıkan borç için, ilk borçtan farklı bir ifa yeri belirleyebilecekleri gibi, her iki borç için farklı muacceliyet tarihleri belirlemeleri de mümkündür. Aynı şekilde katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsamının katılma konusu borca oranla daha dar olacağını, katılanın, esas borcun bir kısmı için sorumlu olacağını kararlaştırabilirler⁴⁸. Bu durumda borca katılmayı, “kısmi borca katılma” şeklinde ifade etmek mümkündür.

C- BORCA KATILMADA HUKUKİ SAVUNMALAR

Borca katılanın alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'i ve itirazlar, kendisi ile alacaklı arasındaki borca katılma sözleşmesinden kaynaklanabilir. Bunun dışında ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden doğan ve borca

⁴⁵ Şener, s. 1306; Tunçomağ, s. 1124.

⁴⁶ Edenfeld, s. 1034; Altay, s. 49.

⁴⁷ Becker, Hermann. (1941). *Berner Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, I. Abteil., Art. 1-183* (2. Aufl.). Bern, Art. 143, N. 11; Kleiner, s. 114; Larenz, s. 367; Edenfeld, s. 1035; Bär, s. 25; Furrer/Müller-Chen, s. 622; Schwenger, s. 568; Özen, s. 9, dn. 23, 13-14; Altay, s. 49; Develioğlu, s. 300, dn. 28; von Tuhr, s. 791; Yavuz, s. 267; Şener, s. 1306-1307.

⁴⁸ Becker, Art. 143, N. 11; Larenz, s. 367; Develioğlu, s. 300, dn. 28; Yavuz, s. 267; Altay, s. 49, 52; Özen, s. 9, dn. 23, 13-14; Tandoğan, C. II, s. 704; Şener, s. 1305, 1307.

katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun fer'iliği sebebiyle ileri sürülebilecektir. Borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu olacağından, borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlu ile alacaklı arasında ortaya çıkan def'i ve itirazlar ise müteselsil sorumluluğa ilişkin prensipler çerçevesinde ileri sürülebilecektir.

1- İlk Borçlu ve Alacaklı Arasındaki İlişkiden Kaynaklanan ve Borca Katılma Anında Mevcut Olan Def'i ve İtirazlar

Daha önce de ifade edildiği üzere borca katılma kuruluş anı itibariyle fer'i nitelik taşıdığından ve borca katılanın sorumluluğunun doğumu mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğundan, borca katılan alacaklıya karşı, katılma anında ilk borçlunun, borcun geçerliliğine ilişkin olarak ileri sürebileceği def'i ve itirazları ileri sürebilir. Şu halde borca katılan, katılma konusu borcun ifa, takas veya ibra gibi sebeplerle sona erdiğini ileri sürebilir. Aynı şekilde borca katılan, katılma konusu olan borcu doğuran sözleşme konusunun imkânsız veya kanuna ya da ahlâka aykırı olması ya da borçlunun hukuki işlem ehliyetinin bulunmaması sebebiyle borcun mevcut olmadığını da ileri sürebilir⁴⁹.

2- Borca Katılma Gerçekleştikten Sonra İlk Borçlu ile Alacaklı Arasındaki İlişkide Ortaya Çıkan Def'i ve İtirazlar

Yukarıda ifade edildiği üzere borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi ortaya çıkar (TBK m. 201). Bu itibarla borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkide ortaya çıkan def'i ve itirazlar müteselsil borçluluğa ilişkin prensipler çerçevesinde ileri sürülebilir. TBK'nun müteselsil borçluların savunmalarını düzenleyen 164. maddesinin birinci fıkrasına göre, müteselsil borçlulardan biri alacaklıya karşı, ancak alacaklı ile kendi arasındaki kişisel ilişkiden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir⁵⁰. Borca katılan, müteselsil borcun sebep ve konusu ile ilgili savunmalardan olmak üzere,

⁴⁹ Şener, s. 1307-1308; Özen, s. 12-13; Tandoğan, C. II, s. 704, 705; Altay, s. 206 vd.; Develioğlu, s. 307; Handkomm-Reetz/Burri, Art. 175, N. 14; Schwenzler, s. 568; Brox, s. 252.

⁵⁰ Şener, s. 1308; Tandoğan, C. II, s. 704; Altay, s. 209; Develioğlu, s. 307.

borcun kanuna ve ahlaka aykırı olması veya imkânsız olması ya da şekle aykırı olması gibi nedenlerle hiç doğmadığını ileri sürebilir⁵¹.

Diğer taraftan müteselsil borçlar, alacaklıyı tatmin etme ortak amacına yönelmiş olmalarından kaynaklanan bir bağlantı içindedirler. Bu bağlantının sonucu olarak, ilk borçlu borca katılmadan sonra ifa ya da takasla borcu sona erdirmişse, borca katılan da borcundan kurtulur (TBK m. 166/I)⁵².

TBK'nun 166/III. maddesinde borcu sona erdiren bir diğer sebep olan ibra hakkında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, alacaklının müteselsil borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır. İlgili düzenlemeyi borca katılma halinde değerlendirecek olursak, alacaklı ilk borçlu ile ibra sözleşmesi yapmış ise, borca katılan da bu ibradan yararlanır ve ilk borçlunun iç ilişkide payına düşen miktar oranında borçtan kurtulur. Bu durumda borca katılan ibra oranında borçtan kurtulduğu için, iç ilişkide ibra edilen borçluya karşı rücu hakkı bulunmayacaktır. Netice itibariyle alacaklı tek başına ilk borçluyu ibra etmemiş, ibra ettiği miktar oranında alacağından müteselsil borçlu konumunda bulunan borca katılana karşı da vazgeçmiş olacaktır⁵³.

3- Alacaklı ve Borca Katılan Arasındaki Şahsi Def'i ve İtirazlar

Buraya kadar borcun geçerliliğine ilişkin katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar ile borca katılma gerçekleşikten sonra ilk borçlu ile alacaklı arasında ortaya çıkan def'i ve itirazların borca katılan tarafından alacaklıya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği üzerinde duruldu. Bu başlık altında ise, borca katılan ile alacaklı arasındaki ilişkiden kaynaklanan şahsi savunma sebepleri üzerinde durulacaktır. Borca katılan için, alacaklıyla arasındaki şahsi def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmesi tartışmasız mümkündür⁵⁴. Bu kapsamda örneğin, sözleşmenin geçersizliğinden doğan itirazları, borca katılan kendi borcunun zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir⁵⁵.

⁵¹ Tandoğan, C. II, s. 704; Develioğlu, s. 307; Altay, s. 209.

⁵² Develioğlu, s. 1308-1309; Özen, s. 10.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altay, s. 193.

⁵⁴ Özen, s. 12; Şener, s. 1312; Altay, s. 204; Bär, s. 27.

⁵⁵ Altay, s. 204.

VI- BORCA KATILMADA ZAMANAŞIMI

Borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun tabi olacağı zamanaşımı sürenin tespiti hususunda öğretide iki görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun, ilk borcun tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmektedir⁵⁶. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı⁵⁷, katılmaya konu olan borcun hukuki sebebi ile borca katılanın borcunun hukuki sebebinin aynı olmasından hareketle bu sonuca varırken; diğerleri⁵⁸ görüşlerini, katılanın borcu ile ilk borçlunun borcunun aynı içerik ve kapsamda olması ile gerekçelendirmektedir. Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, katılma konusu borçtan bağımsız bir nitelik taşıdığından, ondan bağımsız bir zamanaşımına tabi olacaktır⁵⁹. Bu görüşün kabulü halinde, TBK’nda borca katılmaya ilişkin olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, 146. maddedeki on yıllık zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur.

Ancak belirtmek gerekir ki, borca katılma sonucunda ortaya çıkacak borcun, ilk borçtan bağımsız bir zamanaşımı süresine tabi olacağı kabulü halinde, borca katılanın, ilk borçludan daha uzun süreyle yükümlülük altına girmesi söz konusu olabilecektir. Başka bir ifadeyle, ilk borçlunun borcu zamanaşımına uğradığı için ona başvuramayan alacaklı, borcu henüz zamanaşımına uğramamış olan borca katılana karşı talepte bulunabilecektir. Bu durum dikkate alındığında, borca katılma yoluyla ortaya çıkan borcun, katılma konusu borç ile aynı zamanaşımı süresine tabi olduğunun kabulü daha isabetli olacaktır.

Zamanaşımının durma nedenleri TBK’nun 153. maddesinde sayılmıştır. İlgili maddede geçen durma nedenleri ağırlıklı olarak borçlunun şahsi durumuyla ilgili olduğundan, zamanaşımının ilk borçlunun veya borca katılanın şahsına ilişkin bir nedenle durması diğeri için de zamanaşımının durması sonucunu doğurmaz. Örneğin, borca katılanın alacaklıyla evlenmesi halinde zamanaşımı borca katılan bakımından duracak ise de (TBK m. 153/I,

⁵⁶ MünchenerKomm/Möschel, Vor § 414, N. 13; Edenfeld, s. 1034, 1041; Reichel, Hans. (1909). *Die Schuldmitübernahme*. München, s. 396.

⁵⁷ Reichel, s. 396.

⁵⁸ MünchenerKomm/Möschel, Vor § 414, N. 13; Edenfeld, s. 1034, 1041.

⁵⁹ Şener, s. 1309; Altay, s. 202; Madaus, s. 274.

b. 3), bu durumun ilk borçluyla ilgisi bulunmadığından onun için zamanaşımının durmasına neden olmaz⁶⁰.

Zamanaşımını kesen nedenler de yine TBK'nun 154. maddesinde sayılmıştır. Bunu takiben 155. maddede zamanaşımının kesilmesinin müteselsil borçlulara etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, zamanaşımı müteselsil borçlulardan birine karşı kesilince diğerlerine karşı da kesilmiş olur. Şu halde, borca katılmayla birlikte ilk borçlu ve borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi ortaya çıktığından, bunun sonucu olarak zamanaşımı ilk borçlu veya borca katılandan birine karşı kesilirse, diğerine karşı da kesilir.

Bu konuda Şener'in üzerinde durduğu bir diğer husus, borca katılmanın, ilk borçlunun borcunun zamanaşımını keserek, yeni bir zamanaşımı süresini başlatıp başlatmayacağına ilişkindir. TBK'nun 154/b. 1. maddesine göre, borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemişse veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse zamanaşımı kesilir. Söz konusu düzenlemede geçen "özellikle" ifadesi, buradaki sayımın sınırlı olmayıp, örnek niteliğinde olduğuna işaret etmektedir⁶¹. Dolayısıyla benzer sebeplerin de bu madde kapsamında zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğuracağı söylenebilir. Şu halde teminat amaçlı borca katılma, ilk borçlunun onayı ile yapılmışsa, TBK'nun 154/b. 1. maddesi kapsamında zamanaşımını keseceği sonucuna varmak mümkündür⁶².

VII- BORCA KATILANIN BORCU İFA ETMESİ HALİNDE RÜCU VE HALEFİYET

Borca katılanın rücu hakkı, müteselsil borçlarda ifada bulunan borçluya TBK'nun 167. maddesiyle tanınmış olan rücu hakkı esas alınmak suretiyle tespit edilir. TBK'nun 167. maddesinde, aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden farklı bir sonuç ortaya çıkmadıkça, müteselsil borçlulardan her birinin, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Alacaklıya payından fazla ifada bulunan borçlu, payını aşan kısım için diğer borçlulara

⁶⁰ Şener, s. 1310.

⁶¹ Yargıtay da bir kararında zamanaşımını kesen nedenlerin düzenlendiği BK'nun 133. maddesinde sınırlı bir sayım yapılmadığını kabul etmiştir (Y. 9. HD., 16.02.2010 T., 2165 E., 3832 K., www.kazanci.com, E.T.: 01.10.2014).

⁶² Şener, s. 1310.

rücu hakkına sahiptir. Bu hüküm müteselsil borç doğuran borca katılmaya da uygulanacaktır. Buna göre, borca katılan ile ilk borçlu arasında müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu olduğundan her biri borcun tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar ve kural olarak her biri alacaklıya yapılan ifadan eşit payla sorumlu olurlar. Alacaklıya karşı, iç ilişkide sorumlu olduğu miktarı aşan bir ifade bulunan borca katılan, ödediği fazla miktar için ilk borçluya rücu edebilecektir⁶³.

TBK'nun 168. maddesinde rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olacağı düzenlenmiştir. Müteselsil sorumluluk doğuran borca katılmada, alacaklıya ifade bulunan borca katılan da 168. maddede öngörülen halefiyetten yararlanabilecektir.

Burada halefiyet hakkı, alacağı güvence altına alan diğer teminatlardan, ifade bulunan müteselsil borçlu konumundaki borca katılanın yararlanması açısından önem arz etmektedir. Kanuni bir alacak devri şekli olan halefiyet halinde de, alacağın devrinde olduğu gibi (TBK m. 189/I), alacakla birlikte, bu alacağı teminat altına alan fer'i nitelikteki kişisel veya ayni teminat hakları da halef olan kişiye intikal eder⁶⁴. Bunun sonucu olarak, ifade bulunan borca katılan, ilk borçluya karşı rücu talebinde bulunabilmesinin yanında, bu alacak fer'i nitelikte kişisel veya ayni teminat veren üçüncü kişilere de başvurabilecektir⁶⁵.

SONUÇ

Borca katılma müessesesi, ilk defa TBK'nun 201. maddesi ile yasal düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre, borca katılma sözleşmesi, alacaklı ve borca katılan arasında yapılan ve katılanın ilk borçlu ile birlikte alacaklıya karşı sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir.

⁶³ Reisoğlu, Kefalet, s. 110; Tandoğan, C. II, s. 705; Özen, s. 10,15; Oğuzman/Öz, s. 610; Şener, s. 1312-1313; Bär, s. 27. Borca katılma teminat amacıyla değil de, üstlenme amacıyla yapılmışsa, iç ilişkide borca katılan tek başına borcu üstleneceğinden, borca katılanın ilk borçluya karşı rücu hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda şayet ilk borçlu alacaklıya ifade bulunmuşsa, borcun tamamı oranında borca katılana rücu edebilecektir (Şener, s. 1312, dn. 90; Oğuzman/Öz, s. 610).

⁶⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M. (1979). *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Ankara, s. 97-98.

⁶⁵ Madaus, s. 307; Altay, s. 212.

Borca katılma alacaklıya teminat verme amacıyla yapılabileceği gibi, bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Teminat amaçlı borca katılmada olduğu gibi, üstlenme amaçlı borca katılmada da, borca katılan ve ilk borçlu alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Geçerli bir borca katılmadan söz edebilmek için, mevcut geçerli bir borcun varlığı gerekir. Bu itibarla borca katılmanın kuruluş bakımından fer'i bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Ancak borca katılma kuruluş bakımından fer'i nitelik taşıyor ise, katılma gerçekleştikten sonra ilk borçtan bağımsızlaşır.

Borca katılma sözleşmesi için, TBK'nun 201. maddesinde herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak öğretide hâkim görüş isabetli olarak, gerçek kişilerce teminat amacıyla yapılan borca katılma sözleşmelerinin, TBK'nun 603. maddesi kapsamında kefalet sözleşmesi hakkında öngörülen şekil kurallarına tabi olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık borca katılma teminat amacıyla yapılmadığı hallerde herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır.

TBK'nun 201/I. maddesinde borca katılma sözleşmesinin, alacaklı ile borca katılan arasında yapılacağı öngörülmüş ise de, Borçlar Hukuku'nda hâkim olan nisbilik ilkesi gereği, ilk borçlunun, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşmeye rıza vermesi gerektiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

TBK'nun 201/II. maddesi uyarınca, borca katılma, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ilişkisi doğurur. Bunun sonucu olarak, alacaklı, borcun tamamının ya da bir kısmının ifasını, dilerse müteselsil borçlulardan birinden, dilerse tamamından talep edebilir.

Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğunun kapsamı ve içeriği, kural olarak, katılma konusu borcun katılma anındaki kapsamına ve içeriğine uygun olmalıdır. Ancak borca katılan ve alacaklının, sözleşme serbestisi çerçevesinde katılma yoluyla ortaya çıkan borcun kapsamını ve içeriğini katılmaya konu borçtan farklı kararlaştırmaları mümkündür. Borca katılma yoluyla ortaya çıkan borç, katılma konusu borç ile aynı zamanaşımı süresine tabi olur.

Borca katılma, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil sorumluluk doğurduğundan, borca katılma gerçekleştikten sonra ilk borçlu

ile alacaklı arasındaki ilişkide ortaya çıkan def'i ve itirazlar müteselsil sorumluluğa ilişkin prensipler çerçevesinde ileri sürülebilecektir. Bunun dışında ilk borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiden doğan ve borca katılma anında mevcut olan def'i ve itirazlar, katılma yoluyla ortaya çıkan borcun fer'iliği sebebiyle ileri sürülebilir.

Aralarında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunan borca katılan ve ilk borçludan her biri borcun tamamından sorumludur. Ancak iç ilişkide borca katılan ve ilk borçlu sorumluluğu paylaşırlar ve her biri borçtan kendi payına düşen miktarla sorumlu olur. Alacaklıya payından fazla ifada bulunan borçlu, payını aşan kısmı için diğerine rücu edebilir. Rücu hakkından yararlanan borçlu bakımından, müteselsil borçluluğa ilişkin TBK'nun 168. maddesinde öngörülen halefiyet kuralı uygulama alanı bulur.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. (1971). *Müteselsil Borçluluk*. Ankara.
- Altay, Sabah. (2010). *Borca Katılma*. (Yayınlanmamış Doktora Tezi). İstanbul.
- Badur, Emel. (2011). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler Açısından İncelenmesi. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Kitabı*, 127-139.
- Badur, Emel. (2013). Eşin Rızası. *TBBD*, Sy. 109, 251-302. (Eşin Rızası)
- Barlas, Nami. (2002). Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi. *Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II. İstanbul, 937-989.
- Bär, Thomas.(1963). *Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft*. Zürich.
- Baş, Ece. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHFM*, C. LXX, Sy. 2, 115-144.
- Beck, Emil. (1942). *Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar*. Zürich.
- Becker, Hermann. (1941). *Berner Kommentar zum ZGB, Obligationenrecht, 1. Abteil., Art. 1-183 (2. Auflage)*. Bern.
- Berger, Bernhard. (2008). *Allgemeines Schuldrecht*. Bern.
- Brox, Hans. (1998). *Allgemeines Schuldrecht*. München.
- Coester, Michael. (1994). Die Zahlungszusage auf der Baustelle-OLG Hamm, NJW 1993, 2625. *JuS*, 34. Jahrgang, Heft 5, 370-372.
- Develioğlu, Murat Hüseyin. (2004). İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı. *Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan*. C. I (Özel Hukuk). İstanbul, 293-322.
- Edenfeld, Stefan. (1997). Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld. *JZ*, 52/21, 1034-1042.

- Emmenegger, Susan. (2007). Garantie, Schuldbeitritt, Bürgschaft-vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen. *ZBJV*, Bd. 143, 561-582.
- Eren, Fikret. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. bası). Ankara.
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus. (2008). *Obligationenrecht- Allgemeiner Teil*. Zürich.
- Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan. (2008). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. II (9. Auflage). Zürich.
- Giovanoli, Silvio. (1978). *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, Teilbd. VII, Abtl. 2. Bern.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul.
- Huguenin, Claire. (2012). *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*. Zürich.
- Kahraman, Zafer. (2013). *Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi (Borcun Nakli)*. İstanbul.
- Karabağ Bulut, Nil. (2009). *Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme*. İstanbul.
- Keller, Max/Schobi, Christian. (1984). *Schweizerisches Schuldrecht, Bd. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*. Basel und Frankfurt am Main.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. bası). Ankara. (Borçlar Hukuku)
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (1979). *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Ankara.
- Kırca, İsmail (2006). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*. Ankara, 433-457.
- Kleiner, Beat. (1979). *Bankgarantie* (3. Auflage). Zürich.

- Kramer, Ernst A. (1986). *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Das Obligationenrecht: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18. Bd. VI, 1. Abt. Bern.*
- Larenz, Karl. (1964). *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil. München-Berlin.*
- Madaus, Stephan. (2001). *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Berlin.*
- Möschel, Wernhard. (2007). *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 (5. Auflage). München.*
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (10. bası). C. 2. İstanbul.*
- Öz, Turgut. (2012). *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler (2. bası). İstanbul.*
- Özen, Burak. (2012). *Kefalet Sözleşmesi. İstanbul.*
- Reetz, Peter/Burri, Christof. (2012). *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Hrsg. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder) (2. Auflage). Zürich.*
- Reichel, Hans. (1909). *Die Schuldmitübernahme. München.*
- Reisoğlu, Seza. (2013). *Türk Kefalet Hukuku. Ankara. (Kefalet)*
- Reisoğlu, Seza. (1962). Kefalet Kavramı ve Müteberlik Şartları. *AÜHFD, C. 19, S. 1-4, 327-392.*
- Schwenzer, Ingeborg. (2006). *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (3. Auflage). Bern.*
- Spirig, Eugen. (1994). *Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. V 1k, Die Abtretung von Forderung und die Schuldübernahme, Art. 175-183 OR. (Hrsg von Peter, GAUCH). Zürich.*
- Şener, Oruç Hami. (2009). Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma. *DEÜHFD, C. 11, 1279-1322.*
- Tandoğan, Haluk. (1963). Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini. Ankara.

- Tandoğan, Haluk.(1987). *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri* (3. bası) C. II. Ankara. (C. II)
- Tandoğan, Haluk. (1959). *Garanti Mukavelesi*. Ankara. (Garanti)
- Tekinay, Selahattin Sulhi. (1958). Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 32, Sy. 11-12, 233-238.
- Tunçomağ, Kenan. (1976). *Türk Borçlar Hukuku C. I, Genel Hükümler* (6. bası). İstanbul.
- Uygur, Turgut. (2012). *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Şerhi*. C. I, Madde 1-236. Ankara.
- Von Tuhr, Andreas. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* C. 1-2 (çev. Cevat EDEGE). Ankara.
- Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold. (1974). *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3. Auflage). Zürich.
- Yavuz, Nihat.(2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (2. bası). Ankara.
- Yüce, Melek Bilgin. (2007). *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*. İstanbul.