

#SÖZLEŞMEYLE YAPILAN TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMA*

*Doç. Dr. Oruç Hami ŞENER***

GİRİŞ, BORCA KATILMANIN TÜRLERİ ve KONUNUN SINIRLANMASI

Uygulamada örneğin bankalar teminat olarak, genellikle kefalet, garanti veya ipotek talep etmektedirler. Ancak bazen bunların yanında başka bazı teminat türlerine de ihtiyaç olabilir. İşte bu çalışmamızda biz, böyle şahsî teminat olarak kullanılacak bir işleme dikkat çekmek istiyoruz. Bu işlem, teminat amaçlı borca katılmadır.

Borca katılma esas itibarıyla şahsî teminat işlemi özelliğine sahip bir hukukî işlemdir. Ancak borca katılmanın teminat dışında başka amaçlarla yapılabilmesi de olanaklıdır. Gerçekten de bu çerçevede borca katılma, en baştan ilk borçlunun ibrası şartıyla bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da yapılabilir. Buna üstlenme amacıyla borca katılma denir. Bu tür borca katılmada iç ilişkide bir ifa üstlenilmesi kararlaştırılır. Ancak dış ilişkide ifa üstlenilmesinden farklı olarak alacaklı hem ilk borçluya hem de borca katılana başvurabilir. Her ikisi de alacaklıya karşı müteselsil borçlu olur. Burada temel amaç teminat değil, ilk borçluyu alacaklıya karşı ifadan kurtarmaktır.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bu çalışma 15 Nisan 2010 tarihli mevzuata göre yazılmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Bu tür borca katılmada teminat tamamen ikincil bir anlam ifade eder. Ancak hemen belirtelim ki, bu amaçla borca katılma esasen istisnadır. Bu nedenle borca katılmada esas itibarıyla teminat amacı bulunduğundan söz etmek gerekir¹. Biz bu çalışmamızda teminat amaçlı borca katılma üzerinde duracağız.

Ayrıca kanun koyucu da bazı durumlarda borca katılmayı yasal olarak düzenlemiştir. Ancak biz sadece sözleşmeyle yapılan teminat amaçlı borca katılmayı açıklayacağız. Kanunî borca katılma halleri bu çalışmanın konusunu oluşturmayacaktır².

Bu kapsamda, çalışmamızda önce teminat amaçlı borca katılma işlemi tanıtılacak, sonra bu işlemin nasıl geçerli olarak yapılabileceği belirtilecek ve benzer işlemlerden özellikle kefaletten farklı olduğu noktalar ve bu işlemlerin nasıl birbirinden ayrılmaları gerektiği açıklanacak, daha sonra da kısaca teminat amaçlı borca katılmanın hüküm ve sonuçları üzerinde durulacaktır. Ayrıca hâlen TBMM’de görüşülen BK Tasarısı’nda borca katılmaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır³. Çalışmamız bu düzenlemeye ilişkin düşüncelerimizin açıklandığı bir bölümle sona erecektir.

¹ Nitekim Alman hukukunda bazı yazarlar açıkça borca katılmayı, teminat amaçlı borca katılma ve üstlenme amacıyla borca katılma şeklinde ayırmaktadırlar (Bu haklı ayırım ve üstlenme amaçlı borca katılma için bkz. **Madaus**, S.: *Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit*, Diss. Berlin 2001, s. 13-15 ve 59; **Schürnbrand**, J.: *Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorität*, Diss. Berlin 2003, s. 15 ve 18, ayrıca s. 33-34). Ancak bu şekildeki ayırımın doktrinde çok nadiren yapıldığını da ifade etmek gerekir. Genellikle borca katılma bakımından doktrinde herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Ancak her ne kadar böyle bir ayırım yapılmasa da, borca katılmayla daha ziyade teminat amaçlı borca katılma kastedilmektedir.

² Borca katılma, kanunda açıkça belirtilen bazı durumlarda da olanaklıdır. Bu hallerde kanunî borca katılma durumlarından söz edilir. Örneğin BK 179’da ve TTK 178/II’de (TTK Tasarısı 236/II) bu tür borca katılma söz konusudur.

³ Çalışmamızda BK ve TTK Tasarısı bakımından TBMM Adalet Komisyonu’nun kabul ettiği metinler kullanılmıştır. BK Tasarısı için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (15 Nisan

I. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMA KAVRAMI ve ANLAMAMI

Teminat amaçlı borca katılmada, ilk borçlu yanında bir üçüncü kişi (yani borca katılan), borcu, (teminat amacıyla ve) ilk borçlu ile birlikte müteselsil olarak üstlenmektedir⁴. Böylelikle teminat amaçlı borca katılma ile şahsî bir asıl borç teşkil edilmektedir⁵. Bu haliyle teminat amaçlı borca katılma BK'da düzenlenmeyen⁶, ancak sözleşme

2010). TTK Tasarısı için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (15 Nisan 2010).

- ⁴ Bu hususta genel olarak borca katılma bakımından bkz. **Schwenzer**, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auf, Bern 2003, s. 510, No. 91.33; **Keller, M./Schöbi**, C.: Schweizerische Schuldrecht, B. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel und Frankfurt am Main 1984, s. 87; **Beck**, E.: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, s. 15, No. 24; ayrıca **Spirig**, E.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V, 1 k: Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Auf, Zürich 1993, Vorbem zu Art. 175-183, No.281; **Larenz**, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auf, München 1987, s. 610; **Jauerning (Stürner)** Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Auf, München 2007, vor § 414, No. 2; **Coester**, M.: "Die Zahlungszusage auf der Baustelle-OLG Hamm NJW 1993, 2625", JuS 1994, s. 370.
- ⁵ Bu hususta bkz. **Mühl**, D./**Petereit**, W.: Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V: Schweiz, Berlin 1983, s. 99.
- ⁶ Borca katılma sadece BK ve dolayısıyla OR'de değil, aynı zamanda Alman Medenî Kanunu BGB'de de düzenlenmemiştir (Bu hususta bkz. **Weber**, H./**Weber**, A. J.: Kreditsicherungsrecht, 8.Auf, München 2006, s. 127; Münchener Kommentar zum BGB (**Möschel**), B. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auf, München 2007, Vor § 414, No. 10; **Coester-Waltjen**, D.: "Die Bürgschaft", JURA 2001, s. 745; Hk-BGB/**Schulze** (Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch), 5. Auf, Baden Baden 2007, Vorbem.zu §§ 414-419, No.2; **Jauerning/Stürner**, vor § 414, No. 2; **Edenfeld**, S.: "Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld", JZ 1997, s. 1034; **Grigoleit**, H. C./**Herresthal**, C.: "Der Schuldbeitritt", JURA 2002, s. 825;

özerkliği gereğince yapılması olanaklı olan bir sözleşmedir. Sözleşme özerkliği ilkesinin bu tür sözleşmelerin yapılabilmesine izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı hususunda şüphe yoktur. Özellikle ilke olarak tamamen fer'ilikten ayrılan ve teminat amaçlı borca katılmadan daha ileri bir bağımsızlık öngören garanti sözleşmesine bile bu ilke (sözleşme özerkliği) dikkate alınarak cevaz verildiğine göre, teminat amaçlı borca katılmanın da sözleşme özerkliği ilkesi çerçevesinde geçerli olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir⁷.

Dikkat edilirse bu anlamıyla teminat amaçlı borca katılmada, bir borçlu değişikliği olmamakta, aksine alacaklı ilk borçlu yanında müteselsil borçlu konumunda ek bir borçlu (yani borca katılan) daha elde etmektedir. Yani borca katılan şimdiye kadarki (ilk) borçlu

Bamberger, H. G./Roth, H. (Rohe): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Auf, München 2007, BGB § 415, No. 30; **Derleder, P./Knops, K.O/Bamberger, H. G (Kulke):** Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Berlin-Heidelberg 2004, s. 710, No. 3; **Westermann, H. P/Bydlinski, P./Weber, R.:** Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auf, Heidelberg, München 2007, s. 331; **Looschelders, D.:** Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auf, Köln/Berlin/München 2007, s. 456, No. 1171; **Esser, J./Schmidt, E.:** Schuldrecht, Band I, Teilband 2, Allgemeiner Teil, 8. Auf, Heidelberg 2000, s. 321; **Nörr, K. W./Scheyhing, R./Pöggeler, W.:** Sukzessionen, Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Auf, Tübingen 1999, s. 255; **Erman (Röthel)** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, B. I, 12. Auf, Köln 2008, vor § 414, No. 12; **Larenz, s. 610; Madaus, s. 16; Schürnbrand, s. 13).**

Buna karşılık Alman hukukunda **Kittlitz, M.:** Der vertragliche Schuldbeitritt, Diss. Berlin 1994, s. 14 vd. özellikle s. 17 ve 28'de borca katılmanın BGB'de yer alan bazı kurallarda (BGB 329, 427 ve 431) dolaylı da olsa düzenlendiğini, dolayısıyla borca katılmanın BGB'de düzenlenmediğinden değil, açık olarak düzenlenmediğinden söz edilmesinin daha doğru olduğunu söylemektedir.

⁷ Bu hususta benzer olarak bkz. **Westermann/Bydlinski/Weber, s. 331.** Yine **Heermann** da, irade özerkliğinin üçüncü kişiye borçlu yanında katılma izni verdiğini söylemektedir (**Heermann, P. W.:** Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003, s. 595, No.2).

yanında borca katılmaktadır. Bu haliyle teminat amaçlı borca katılmada, (esasen) borç doğduktan sonra bir kimsenin borçlunun yanında yeni ve müteselsil sorumlu ikinci bir borçlu olarak yer almak üzere katılması söz konusu olmaktadır. Bu açıdan teminat amaçlı borca katılma, alacaklıya bir güvence sağlamakta, onun hukukî durumunu güçlendirmektedir⁸. Zaten borca katılma sıklıkla, alacaklıya ek teminat ifa edilmesi gereken ve alacaklının borcun başka biri tarafından üstlenilmesine rağmen, şimdiye kadar ki borçluyu da sorumlu olarak kaybetmek istemediği durumlarda kullanılan bir olanaktır. Böylelikle taraflar kefaletin gerektirdiği şekle uymak zorunda kalmaksızın kefalet benzeri bir etkiye ulaşmaktadırlar⁹.

Ancak teminat amaçlı borca katılmada, alacaklı ve ilk borçlu arasındaki mevcut borç ilişkisinin, başka bir borçlunun (yani borca katılanın) katılımıyla genişlemediğini ve teminat amaçlı borca katılmanın bir sözleşme değişikliğine neden olmadığını belirtmek gerekir. Burada ilk borçlu ve alacaklı arasındaki borç ilişkisine teminat amaçlı borca katılma yoluyla dokunulmamaktadır. Aksine borca katılan için, yeni bir borç teşkil edilmektedir. Yani dikkat edilirse teminat amaçlı

⁸ Bu hususta genel olarak borca katılma açısından bkz. *Gauch, P./Schluep, W. R. (Emmenegger, S.): Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, II. Band, 9.Auf, Zürich 2008, s. 287, No. 3649; Brox, H./Walker, R. D.: Allgemeines Schuldrecht, 31. Auf, München 2006, s. 415; Schwenzler, s. 510, No. 91.33; Spirig, Vorbem zu Art. 175-183, No. 282; Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 710, No. 3; Keller/Schöbi, s. 87; Madaus, s. 14. Möschel de bir yerde borca katılmanın bu güvence fonksiyonuna dikkat çekmektedir (Bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No. 10). Grigoleit/Herresthal de, tarafların bir borca katılma anlaşmasıyla, sıklıkla ilk borcu güvence altına alma amacını güttüklerini söylemektedir (s. 825). Larenz de, borca katılmanın alacaklıya ikinci bir borçlunun yükümlülüğü yoluyla kendi alacağı için yüksek bir güvence sağlamak amacıyla icra edildiğini belirtmektedir (s. 611).*

⁹ Bu hususta bkz. *Merz, H.: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, B. VI/1, Basel-Frankfurt 1984, s. 105.*

borca katılma ilk borçtan (kural olarak) bağımsız bir sözleşme niteliğini haizdir¹⁰.

II. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN TEMEL ŞARTI: HUKUKEN GEÇERLİ BİR İLK BORCUN VARLIĞI

Teminat amaçlı borca katılmanın temel hukukî sonucu, ilk borçlu ve katılan arasında bir müteselsil borçluluğun ortaya çıkmasıdır. Bunun sonucu olarak teminat amaçlı borca katılma ile birlikte, akdi tarafların iradesine göre, katılmanın kuruluşunda içerik olarak birbirinin aynı ve bu nedenle de birbirine bağlı olan münferit yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla ilk borç herhangi bir nedenle mevcut değilse, teminat amaçlı borca katılma da hiç bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Yani mevcut olmayan bir borca, katılmadan söz edilemez¹¹. O halde borca katılanın sorumluluğunun

¹⁰ Bu hususlarda bkz. **Madaus**, s. 8 vd., özellikle s. 10-11.

¹¹ Bu hususta borca katılma için genel olarak bkz. **von Tuhr**, A./**Escher**, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf, Zürich 1974, s. 302; **Keller/Schöbi**, s. 88; **Schwenzer**, s. 511, No. 91.39; **Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)**, s. 716, No. 21; **Edenfeld**, s. 1036; **Bamberger/Roth (Rohe)**, BGB § 415, No. 33; **Schürnbrand**, s. 93; **Coester-Waltjen**, s. 745. **Mühl/Petereit** de, geçerli bir borca katılmanın, geçerli bir ilk borcun varlığını şart kıldığını söylemektedir (s. 99). **Weber** de borca katılanın yükümlülüğünün, şayet onun katıldığı borç mevcut değilse, konusuz olduğunu söylemektedir (Bkz. RGRK Kommentar (**Weber**): Das Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 2. Teil, §§ 414. 610, 12. Auf, Berlin 1978, vor § 414, No. 21). **Pöggeler** de, alacaklının ilk borçluya karşı bir alacağı yoksa, borca katılana karşı bir alacaktan da söz edilemeyeceğini ifade etmektedir (Bkz. **Pöggeler**, W.: "Die Akzessorität im Zivilrecht: Irrtümer und Wahrheiten", JA 2001, s. 70). Yine **Röthel** de, ilk borçlunun yükümlülüğü mevcut değil ya da daha sonra ortadan kalkmışsa, borca katılmanın da boşa gideceğini belirtmektedir (Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 25). **Madaus**'a göre de, bir borca katılmada borca katılan için ilk borçlunun borcu ikiye katlanmaktadır. Şayet ikiye katlanması gereken borç mevcut değilse, bu durumda hiçbir şey geçerli olarak ikiye katlanamaz. Dolayısıyla ilk borcun

ortaya çıkmasının, ilk borcun geçerli bir şekilde varlığına bağlı olduğu (kuruluş bakımından fer'îlik)¹² ve eski ile yeni yükümlülüğün borca katılma anında aynı içeriğe sahip bulunduğu söylenebilir¹³.

Bu şekilde bir kez geçerli bir ilk borca dayanarak teminat amaçlı borca katılma vuku bulduktan sonra, hem ilk borç hem de katılmayla ortaya çıkan borç artık (müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde) kendi kaderlerini yaşamaya başlarlar¹⁴. O halde ilk borç ve katılmayla ortaya çıkan borcun bağımlılığının tek bir anla, yani borca katılma anıyla sınırlı olduğu söylenebilir. Bu andan itibaren ilk borç ve katılmayla ortaya çıkan borç (müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde) birbirinden bağımsızlaşır.

Bu noktada ilginç bir sorun olarak, borca katılanın katıldığı ilk borcun sonradan BK 31 çerçevesinde iptali durumunda, borca katılanın borcunun geçerliliğini sürdürüp sürmeyeceği tartışılabilir. Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Gerçekten de şayet katılma beyanı açıklanan ilk borç geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılırsa, teminat amaçlı borca katılma da geçersiz olur. Gerçi bu durumda -iptal teorisi benimsenirse- katılma beyanı anında geçerli bir borç vardır. Ancak bu borç iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır. Böylelikle müşterek sorumluluk, üstlenme anında mevcut olmayan bir borca karşı açıklanmış olmaktadır¹⁵.

bulunmaması, borca katılanın geçerli bir sorumluluğunu mantıken engelleyecektir (s. 53).

¹² Bu hususta bkz. Mühl/Petereit, s. 100; Beck, s. 15, No.24; ayrıca Esser/Schmidt, s. 322; Madaus, s. 153; Schürnbrand, s. 25. *Kulke* de borca katılmanın kuruluş bakımından fer'î olduğunu, çünkü borca katılmanın açıklandığı bir borcun varlığını şart kıldığını söylemektedir (Bkz. Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 716, No. 21).

¹³ Bu hususta bkz. Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 716, No. 21.

¹⁴ Bu hususta bkz. Bär, T.: Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Wintertuhr 1963, s. 26; Coester, s. 370; Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 717, No. 22.

¹⁵ Bu hususta bkz. Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 716-717, No. 21; ayrıca Bamberger/Roth (*Rohe*), BGB § 415, No. 33; Schürnbrand, s. 94.

İlk borcun iptalinin sebepleri gerçekleşmiş, ancak ilk borçlu iptal hakkını kullanmıyorsa, bu durumda bu hakkı borca katılanın da şahsen kullanması söz konusu olamaz. Çünkü iptal sebebi borca katılanın şahsında ortaya çıkmamaktadır. Ancak bu durumda özellikle borca katılana bir koruma sağlamak amacıyla kefalete ilişkin BK 119 düzenlemesinin burada kıyasen uygulanması yerinde olur. Gerçekten de bu düzenlemeye göre, asıl borçlunun takası dermeyeran etmeye hakkı oldukça, kefil alacaklıya tediye bulunmaktan kaçınabilir. Bu düzenlemenin asıl borçlunun iradesinin sakatlanması durumunda kefil bakımından uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶. Bu esasın teminat amaçlı borca katılmada da benimsenmesi ve BK 119 düzenlemesinin menfaat durumları aynı olduğundan teminat amaçlı borca katılmada da kıyasen uygulanması isabetli olur¹⁷.

III. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN OLANAKLI OLDUĞU BORÇLAR

Teminat amaçlı borca katılmanın sadece mevcut bir borç için değil, gelecekte ortaya çıkacak bir borç için de önceden kararlaştırılabilmesi mümkündür. Ancak bunun için gelecekte ortaya çıkacak bu yükümlülüğün yeterli derecede belirlenebilmesi gerekir¹⁸.

¹⁶ Bu hususta bkz. Elçin-Grassinger, G.: Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996,s. 41; Alman hukukunda BGB 770'de açıkça asıl borçlunun iptal hakkı oldukça, kefilin alacaklının tatmin edilmesinden kaçınabileceği belirtilmiştir.

¹⁷ Bu hususta BGB 770'e dayanarak aynı sonuca varan Madaus, s. 155; ayrıca Kittlitz, s. 133.

¹⁸ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No. 12; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 20; Westermann/Bydliniski/Weber, s. 331, dpn. 20; Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 713, No. 11; Bamberger/Roth (Rohe), BGB § 415, No.31. Hk-BGB/Schulze de bir yerde, gelecekteki borçlar için de borca katılmanın mümkün olabileceğini söylemektedir (Bkz. Vorbem. zu §§ 414-419, No.3; aynı yönde bkz. Heermann, s. 604, No. 27; Schürnbrand, s. 21). Yine Edenfeld de, borca

Örneğin belirli bir banka hesabında ileride ortaya çıkabilecek borç bakiyesi için önceden teminat amaçlı borca katılma söz konusu olabilecektir. Dikkat edilirse bu şekilde gelecekte ortaya çıkacak bir borca katılma durumunda, ilk borçlunun borcu ile borca katılanın borcu aynı anda ortaya çıkmaktadır. Şayet bu durumda ilk borçlunun yükümlülüğü ortaya çıkmazsa, borca katılanın da herhangi bir yükümlülüğü ortaya çıkmaz ve teminat amaçlı borca katılma boşa gitmiş olur. Ancak böyle teminat amaçlı borca katılmanın sonuç doğurmadığı durumlarda, tarafların, üçüncü kişinin garanti benzeri bir sorumluluğunu amaçlayıp amaçlamadıklarının yorum yoluyla araştırılması gerekir¹⁹.

Sadece bu şekilde gelecekte ortaya çıkacak borçlara değil, aynı zamanda şarta bağlı borçlara katılma da olanaklıdır. Hatta burada borç daha önceden belirleneceği için, belirlilik ilkesi de herhangi bir sorun çıkartmaz²⁰.

Ayrıca teminat amaçlı borca katılma sürekli bir borç ilişkisinde de söz konusu olabilir²¹.

katılmanın gelecekte ortaya çıkacak ve henüz mevcut olmayan bir yükümlülük için de tesis edilebileceğini, ancak bu yükümlülüğün yeterli derecede belirlenmesi gerektiğini söylemektedir (s. 1036). Bu sonuncuyla aynı yönde bkz. *Madaus*, s. 152 ve s. 157 vd. Yine *Grigoleit/Herresthal* de, borca katılmanın konusunu ilk borçlunun mevcut ve gelecekte ortaya çıkabilecek bir yükümlülüğünün teşkil edebileceğini söylemektedir (s. 827). Alman Federal Mahkemesi de bir kararında yeterli derecede belirlenmesi kaydıyla, borca katılmanın gelecekte ortaya çıkacak borçlarda da mümkün olabileceğini içtihat etmiştir (Bkz. BGH, NJW 1996, s. 2866).

¹⁹ Bu hususta bkz. *Grigoleit/Herresthal*, s. 827.

²⁰ Bu hususta benzer olarak bkz. *Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)*, s. 713, No. 11.

²¹ Borca katılmanın sürekli bir borç ilişkisinde de mümkün olabileceği hususunda bkz. Hk-BGB/*Schulze*, Vorbem.zu §§ 414-419, No. 3; *Edenfeld*, s. 1034.

IV. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN YAPILMASI

Teminat amaçlı borca katılma kural olarak alacaklı ve borca katılan arasındaki bir sözleşme veya ilk borçlu ile borca katılan arasındaki üçüncü şahıs (alacaklı) lehine sözleşme yoluyla yapılabilir. Bunların dışında teminat amaçlı borca katılmanın bütün tarafların, yani ilk borçlu, borca katılan ve alacaklının katılımıyla üç taraflı anlaşma şeklinde yapılabilmesi de olanaklıdır. Ancak bunun uygulamada çok az önemi olduğu belirtilmektedir. Bu üçlü anlaşma da esasen hemen aşağıda inceleyeceğimiz alacaklı ve borçlu arasında yapılan borca katılma ilkelerine tâbidir²².

A. ALACAKLI ve BORCA KATILAN ARASINDAKİ SÖZLEŞME YOLUYLA TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Kural olarak teminat amaçlı borca katılma, borca katılan ve alacaklı arasındaki bir sözleşmeyle mümkün olur²³. Bu sözleşme kural olarak bir tarafa (yani borca katılana) borç yükler²⁴ ve söz

²² Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 827, dpn. 20. Borca katılmanın üç taraflı anlaşmayla mümkün olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Erman Komm/Röthel, vor § 414, No.13.

²³ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Schwenger, s. 511, No. 91.35; Keller/Schöbi, s. 88; Bär, s. 26; Huguenin, C.: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auf, Zürich 2008, s. 223-224, No. 1410; Gauch/Schlupep (Emmenegger), s. 285-286, No.3641; Weber, H./Weber, A, s. 127; Hk-BGB/Schulze, Vorbem.zu §§ 414-419, No. 4; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 334; Looschelders, s. 456, No. 1172; Bamberger/Roth (Rohe), BGB § 415, No. 40; Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 2; Hirsch, C.: Allgemeines Schuldrecht, 6. Auf, Köln 2009, s. 399, No. 1290 ve s. 400, No. 1294; Jousen, J.: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Stuttgart 2008, s. 448, No. 1339; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 26; Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 13; Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G. (Müller): BGB Kommentar, 4. Auf, 2009, § 415, No. 12.

²⁴ Bu hususta bkz. Bär, s. 26; ayrıca Madaus, s. 141.

konusu sözleşmenin inikadı bakımından genel kurallar uygulama alanı bulur. Dolayısıyla teminat amaçlı borca katılma bir sözleşmeyle mümkün olabildiğinden, borca katılanın tek taraflı bir beyanıyla borca katılmanın geçerli olması söz konusu olamaz²⁵.

Ayrıca hemen söyleyelim ki, borca katılan ve alacaklı arasındaki teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin genel işlem şartı olarak kararlaştırılabilmesi de olanaklıdır. Böyle bir genel işlem şartı kurulumunun içerik denetimine dayanabilmesi için, kullanıcının haklı bir menfaatinin bulunması ve sorumluluğun maddî bakımdan sınırlı olması zorunludur²⁶. Borca katılanın mevcut ve gelecekteki bütün yükümlülükler için sorumluluk üstlenmesine neden olan genel işlem şartları şaşırtıcıdır ve özellikle MK 2'ye dayalı olarak gerçekleştirilebilecek bir içerik denetimine dayanamaz. Dolayısıyla böyle kayıtları geçerli olarak kabul edemeyiz²⁷.

İster bağımsız bir sözleşme şeklinde, isterse genel işlem şartı biçiminde yapılınsın, teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi tasarruf işlemi şeklinde bir karaktere sahip değildir. Çünkü bu sözleşmeyle sadece borca katılan ek bir yükümlülük altına girmekte, yoksa sözleşme ilk borçluya karşı alacaklının alacağına herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır. Yani teminat amaçlı borca katılma mevcut bir alacağı değiştirmemekte, sadece borca katılanın kendisi edimi yerine getirme bakımından ek bir yükümlülük altına girmekte, içerik olarak bir alacağı yerine getirmeye hazır olduğunu açıklamaktadır. Bu açıdan teminat amaçlı borca katılmada salt bir taahhüt işlemi söz konusudur²⁸.

²⁵ Bu hususta bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No. 12; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 260; Edenfeld, s. 1035; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 26; Madaus, s. 141.

²⁶ Bu hususta bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No. 14.

²⁷ Bu hususta Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 13.

²⁸ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No. 12; Grigoleit/Herresthal, s. 827; Larenz, s. 610; Bamberger/Roth

Ayrıca bu şekilde ilk borçlunun borçtan kurtulmadığı teminat amaçlı borca katılma sözleşmesinin yapılabilmesi için, ilk borçlunun iradesine (yani onun katılımına) gerek yoktur²⁹. Bu şekilde teminat amaçlı borca katılmaya ilk borçlunun katılımının gerekli olmaması, borca katılmanın ilk borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkide herhangi bir değişiklik yaratmamasının doğal sonucudur³⁰. Ancak bu noktada ilk borçlunun böyle bir borca katılmayı reddedip reddedemeyeceği tartışılabilir. Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Çünkü borçlunun teminat amaçlı borca katılmadan etkilenmesi, ifade bulunan borca katılanın ona rücu etmesi durumunda söz konusu olabilir. Gerçekten de borca katılanın ifası ve onun borçluya rücu etmesi halinde, borçlu bakımından alacaklının değişmesine benzer bir hukukî durum söz konusudur. Kanun koyucunun BK 162'de borçlunun rızası olmaksızın alacağın devredilebileceğini düzenlediği düşünülürse, teminat amaçlı borca katılmanın da borçlunun rızasına bağlı olmayacağı ve onun tarafından reddedilemeyeceği söylenebilir³¹.

(Rohe), BGB § 415, No. 30; Kittlitz, s. 65 vd. özellikle s. 68-69; Edenfeld, s. 1035; Heermann, s. 598, No. 9; Jousen, s. 448, No. 1340; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 27; Hirsch, s. 400, No. 1292; Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 12; Schürnbrand, s. 18 ve 23; ayrıca Madaus, s. 11, 61 ve s. 70-71.

²⁹ Bu hususta borca katılma için bkz. von Tuhr/Escher, s. 302. Grigoleit/Herresthal de, alacaklı ve borca katılan arasındaki borca katılma sözleşmesine ilk borçlunun katılmasının gerekmediğini söylemektedir (s. 827). Türk hukukunda Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp da bir yerde, borca katılmada ilk borçlunun muvafakatının gerekmediğini söylemektedir (Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A.: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 272). Yine Akıntürk de, borca katılmaya ilk borçlunun onayının gerekmediğini, borçlu borca katılmaya muvafakat etmese bile, yine de borca katılmanın gerçekleşeceğini söylemektedir (Bkz. Akıntürk, T.: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 115).

³⁰ Bu hususta benzer olarak bkz. Madaus, s. 9-10.

³¹ Bu hususta benzer olarak bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 827.

B. BORCA KATILAN ve İLK BORÇLU ARASINDAKİ ÜÇÜNCÜ ŞAHIS LEHİNE SÖZLEŞME YOLUYLA TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Teminat amaçlı borca katılma sözleşmesi, alacaklı ve borca katılan arasında yapılabileceği gibi, ilk borçlu ve borca katılan arasında üçüncü şahıs lehine tam sözleşme şeklinde de yapılabilir³². Burada üçüncü şahıs konumunda bulunan, alacaklının kendisidir. Bu şekilde yapılan üçüncü şahıs lehine sözleşmeye alacaklının icazet vermesi veya katılımı gerekmez. Çünkü alacaklı bu sözleşme yoluyla sadece hukukî avantaj elde etmekte, onun alacağı üzerinde tasarruf edilmekte, ilk borçlunun borçtan kurtulması mümkün olmamaktadır³³.

³² Bu yolla da borca katılmanın mümkün olabileceğine ilişkin bkz. **Schwenzer**, s. 511, No. 91.35; **Huguenin**, s. 224, No. 1410; **Keller/Schöbi**, s. 88; **Edenfeld**, s. 1035; **Heermann**, s. 596, No. 2 ve s. 598-599, No. 9; **Jauerning/Stürner**, vor § 414, No. 2; **Hirsch**, s. 399, No. 1290 ve s. 401, No. 1295; **Kittlitz**, s. 29 vd. özellikle s. 37; **Weber, H./Weber, A**, s. 127; **Nörr/Scheyhing/Pöggeler**, s. 261 ve s. 262; **Bamberger/Roth (Rohe)**, BGB § 415, No. 40; **Münc.Komm/Möschel**, Vor § 414, No. 12; **Larenz**, s. 610; **von Tuhr/Escher**, s. 302, dpn. 32a; **Mühl/Petereit**, s. 101; **Spirig**, Vorbem zu Art. 175-183, No. 279; **Hk-BGB/Schulze**, Vorbem.zu §§ 414-419, No. 5; **Grigoleit/Herresthal**, s. 827; **Westermann/Bydlinski/Weber**, s. 334; **Looschelders**, s. 456, No. 1172; **Madaus**, s. 148; ayrıca **Gauch/Schlupe (Emmenegger)**, s. 286, No. 3642; **Erman Komm/Röthel**, vor § 414, No. 13; **Prütting/Wegen/Weinreich**, BGB Komm/Müller, § 415, No.12; **Schürnbrand**, s. 21; **Bucher**, E.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, Zürich 1988, s. 587; **Eren, F.**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İst. 2008, s. 1206.

³³ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. **Brox/Walker**, s. 415; **Hk-BGB/Schulze**, Vorbem.zu §§ 414-419, No. 5; **Looschelders**, s. 456, No. 1172; **RGRK Komm-Weber**, vor § 414, No. 28; **Bamberger/Roth (Rohe)**, BGB § 415, No. 40; **Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)**, s. 711, No. 6; **Larenz**, s. 610; **Edenfeld**, s. 1035; **Jauerning/Stürner**, vor § 414, No. 2; ayrıca **Huguenin**, s. 224, No. 1410. **Esser/Schmidt** de, bu sözleşmeye alacaklının katılımının gerekli olmadığını söylemektedir (s. 321). **Müller** de, bu durumda alacaklının onayına ihtiyaç bulunmadığını, çünkü burada sadece

Borçlular arasındaki bu üçüncü şahıs lehine doğan alacak hakkı, bu anlaşmanın inikadıyla birlikte alacaklıya ait olur³⁴. Ancak alacaklının edimi ret hakkı vardır³⁵. Bu şekilde ret hakkını kullanmak suretiyle alacaklı, örneğin kendisine karşı borca katılanın sahip olduğu alacakla, ilk borçluya karşı kendisinin sahip olduğu (ve borca katılanın gerçekleştirilmek istendiği) alacağın takas edilmesine engel olabilecektir³⁶.

V. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN ŞEKLİ

Genel olarak borca katılma kanunda düzenlenmediği için, bu işlem bakımından herhangi bir şekil hükmü de mevcut değildir. Bu nedenle olsa gerek, borca katılma sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüş, bu hususta ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre, şayet borca katılan kendi ekonomik menfaati sebebiyle (ki borca katılmada temel kural budur) böyle bir borca katılıyorsa, bu durumda borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi değildir. Gerçekten de bu görüşe göre, borca katılmada katılanın ifa edilecek borçtan dolayı kendi ekonomik menfaatinin bulunması, bir yorum kriteridir. Yoksa borca katılmanın zorunlu bir unsuru değildir. Şayet borca katılan, kendi ekonomik menfaatini takip ediyorsa, kefaletle

diğer bir borçlunun ilişkiye katıldığını söylemektedir (Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 12).

³⁴ Bu hususta bkz. Westermann/Bydlinski/Weber, s. 334.

³⁵ Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 827; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 334; Looschelders, s. 456, No. 1172; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 261; Esser/Schmidt, s. 321; Bamberger/Roth (Rohe), BGB § 415, No. 40; Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 711, No. 6; Edenfeld, s. 1035; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 28; Hirsch, s. 401, No. 1295; Erman Komm/Röthel, vor § 414, No.13; Madaus, s. 150; Schürnbrand, s. 21-22; ayrıca tam üçüncü şahıs lehine sözleşmede böyle bir ret hakkının varlığı için bkz. Akyol, Ş.: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2.Baskı, İst. 2008, s. 192 vd.

³⁶ Bu hususta bkz. RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 28.

mukayese edilebilir bir menfaat durumu söz konusu olmaz. Bu nedenle bu durumda borca katılmanın şekle bağlılığından söz edilemez. Buna karşılık borca katılanın borca katılmada kendi ekonomik menfaati yoksa, bu durumda kefalete daha çok yaklaşan bir hukukî durumla karşılaşılr. Bu durumda borca katılmaya kefalettteki şekle ilişkin kural (BK 484) kıyas yoluyla uygulanabilir. Bunun sonucu olarak borca katılma bu durumlarda yazılı şekle tâbidir³⁷.

Buna karşılık doktrinadaki baskın görüş, kural olarak borca katılma sözleşmesinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı yönündedir³⁸. Ancak doktrinde bu baskın görüşü savunan (yani borca katılmanın herhangi bir şekle bağlı olmadığını savunan) diğer bazı

³⁷ Genel olarak borca katılma bakımından bu görüş için bkz. Münc.Komm/Möschel, Vor § 414, No.13; Bamberger/Roth (Rohe), BGB § 415, No. 41; ayrıca Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 711, No. 7. Buna karşılık *Madaus* bu hususta ayırım yapmaktadır. Yazara göre, borca katılma şayet teminat amacıyla yapılıyorsa, müteselsil kefalete kıyasen şekle bağlı olmalıdır. Buna karşılık borca katılma üstlenme amacıyla yapılmaktaysa, herhangi bir şekle tâbi değildir (s. 264 vd, özellikle s. 268 ve 271). Yine *Schürnbrand* da üstlenme amacıyla yapılan borca katılmanın herhangi bir şekle bağlı olmadığını, ancak teminat amacıyla yapılan borca katılmanın BGB 766 düzenlemesinin kıyasen uygulanmasının sonucu olarak yazılı olarak yapılması gerektiğini söylemektedir (s. 56 ve s.62-63).

³⁸ Genel olarak borca katılma bakımından bu görüş için bkz. Schmidt, K.: "Abgrenzung zum Bürgschaft und Schuldbeitritt", JuS 1986, s. 311; Weber, H./Weber, A, s. 128; Schwenzler, s. 511, No. 91.36; von Tuhr/Escher, s. 302; Bär, s. 26; Mühl/Petereit, s. 101; Bucher, s. 587; Brox/Walker, s. 416; Spirig, Vorbem. zu Art. 175-183, No. 296; Coester, s. 370; Looschelder, s. 456, No. 1173; Larenz, s. 611; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 262; Jauerning/Stadler, vor § 765, No. 18; Gauch/Schlupe (Emmenegger), s. 286, No. 3645; Hirsch, s. 399, No. 1288 ve s. 400, No. 1291; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 13; Eren, s. 1206; Erman Komm/Röthel, vor § 414, No.20. Ayrıca bu sonuncu yazarın aynı yerde belirttiği gibi, borca katılan istisnâ olarak herhangi bir ekonomik amaç takip etmese bile, yine de kefaletin şekline ilişkin düzenleme (BGB 766/I; BK 484; BK Tasarısı 583) uygulama alanı bulamaz.

yazarlar, asıl alacağın borçluyu aceleye karşı korumak isteyen bir şekil kuralına bağlı olması durumunda, bu hükmün borca katılmaya da uygulanacağını söylemektedirler³⁹.

Bu hususta bir sonuca varmadan önce borca katılma bakımından bir yasalaştırma faaliyetine dikkat çekmek zorunludur. Gerçekten de İsviçre hukukunda kefaletle ilişkin hükümlerin değiştirilmesi esnasında borca katılmanın, kefalet için geçerli olan şekil hükümlerinin dolanılmasına hizmet edebileceği gerekçesiyle, şekle bağlanması düşünülmüştür. Bunun sonucu olarak Federal Meclis Tasarısında borca katılma sözleşmesinin kefaletle aynı şekil hükümlerine tâbi kılınması önerilmiştir. Ancak Federal Meclis bu öneriyi reddetmiş, borca katılmanın şimdiye kadar olduğu gibi, şekilsizliği ilkesini benimsemiştir⁴⁰. Dolayısıyla bu tarihî gelişim ve BK 11'deki şekil serbestisine ilişkin temel ilke dikkate alınırca, Türk hukukunda da teminat amaçlı borca katılmanın herhangi bir şekle bağlı olmadığı benimsenebilir.

Keza teminat amacıyla borca katılma, ilk borçlu ve borca katılan arasında üçüncü şahıs (alacaklı) lehine sözleşmeyle gerçekleştirilse bile, herhangi bir şekle uyulması gerekmez. Çünkü şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin üçüncü şahıs lehine sözleşmeyle yapılması da, herhangi bir şekil zorunluluğu ortaya çıkartmaz⁴¹.

VI. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN BENZER İŞLEMLERDEN ÖZELLİKLE KEFALETEN AYRILMASI

A. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMA ve BORCUN DIŞ YÜKLENİLMESİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI

Teminat amaçlı borca katılma borcun dış yüklenilmesinden farklıdır. Borcun dış yüklenilmesinde alacaklının muvafakatiyle birlikte,

³⁹ Bu görüş için bkz. *Schwenzer*, s. 511, No. 91.36; *Hirsch*, s. 400, No. 1291; *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Komm/Müller, § 415, No. 13.

⁴⁰ Bu hususta bkz. *Beck*, s. 14, No. 24.

⁴¹ Bu hususta bkz. *Akyol*, s. 94.

eski borçlunun yerine yeni bir borçlu geçer ve eski borçlu borçtan kurtulur. Yeni borçlu eskisinin yerine alacaklıya karşı yükümlü olur (BK 174). Oysa teminat amaçlı borca katılmada borca katılan, alacaklının alacağını hem ilk borçluya hem de kendisine karşı ileri sürmesine olanak sağlayacak şekilde borca katılmaktadır⁴². Yani alacaklı borcun dış yüklenilmesinde önceden olduğu gibi sadece tek borçluya sahipken, teminat amaçlı borca katılmada bir borçlu yerine iki borçluya sahip olur⁴³. Teminat amaçlı borca katılmada ilk borçlu kurtulamaz. Onun sorumluluğu değişmeden aynen devam eder⁴⁴. Bu şekilde borcun yüklenilmesinde vuku bulan borçlu değişimi, teminat amaçlı borca katılmaya oranla borç ilişkisine daha yoğun bir müdahale anlamına gelmektedir⁴⁵.

Bütün bunlardan anlaşılacağı gibi, şayet tarafların kullandıkları ibarelere ve menfaat durumlarına göre, tarafların eski borçlunun sorumluluktan kurtulmasını, yani sorumluluk süjesinin tamamen değişmesini istemeleri durumunda borca katılma değil, borcun dış yüklenilmesi söz konusudur. Şayet bu irade çok açıklıkla anlaşılıyor, şüpheler ortaya çıkıyorsa, borca katılmanın (teminat amacı varsa kuşkusuz teminat amaçlı borca katılmanın) varlığını kabul etmek

⁴² Bu hususta genel olarak borca katılma açısından bkz. Weber, H./Weber, A. s. 127; Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 714, No. 16; Edenfeld, s. 1035; ayrıca Beck, s. 14-15, No. 24; Bucher, s. 583, dñn. 18. Yine Türk hukuku bakımından Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp da bir yerde, borcun naklinde eski borçlunun borçtan kurtulduğunu, buna karşılık borca katılmada ilk borçlunun borçtan kurtulamayacağını belirtmektedir (Bkz. s. 273). Keza *Akıntürk* de, borcun naklinde borçlunun yerine yeni bir borçlu geçtiğini, buna karşılık borca katılmada borçlunun şahsında bir değişiklik vuku bulmayacağını, borçlunun yine borçlu kalmaya devam edeceğini, borca katılanınsa onun yanında alacaklıya karşı yeni ve ikinci bir borçlu olarak yer alacağını söylemektedir (s. 75).

⁴³ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Hirsch, s. 401, No. 1298.

⁴⁴ Bu hususta bkz. Schürnbrand, s. 23.

⁴⁵ Bu hususta bkz. Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 259.

gerekir⁴⁶. Çünkü alacaklının kendi ilk borçlusundan vazgeçmesi düşünülemez. Ancak hemen ifade edelim ki, bu hususta bir karine mevcut değildir. Her durumda güven teorisinin ilkeleri çerçevesinde karar vermek zorunludur⁴⁷.

Bu şekilde her ne kadar borca katılma ve borcun dış yüklenilmesi birbirinden ayrılması gereken iki kurum olarak karşımıza çıkmakta ise de, BK'da düzenlenen bazı borcun yüklenilmesine ilişkin kurallar, bilhassa menfaat birliği nedeniyle teminat amaçlı borca katılmaya da kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu hususta en önemli örnek olan BK 177 ve onun teminat amaçlı borca katılmaya uygulanabilirliği üzerinde aşağıda def'iler konusunda ayrıntılı olarak duracağız.

B. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMA ve GARANTİNİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI

Garanti sözleşmesi de teminat amaçlı borca katılma gibi irade özerkliğinin bir ürünüdür. Herhangi bir şekle bağlı olmayan bu sözleşme, sorumluluğun en sert şeklini oluşturur. (Teminat amaçlı olan) Garantide garanti eden (garantör) alacaklıya alacak mevcut olmasa da, alacağın ifası için şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Burada garantörün sorumluluğu ne fer'îdir ne de (özel içeriği nedeniyle) müteselsildir⁴⁸, aksine salt bir başarı sorumluluğudur⁴⁹. Gerçekten de garanti eden garanti sözleşmesiyle borçlunun ifa yeteneğinden ve borçluyla alacaklı arasındaki sözleşmesel ilişkiden tamamen bağımsız olarak, belirli bir ifa başarısı için sorumlu olmayı

⁴⁶ Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 828; Spirig, Vorbem zu Art. 175-183, No. 300; Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 714, No. 16; Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 5; Heermann, s. 600, No. 16; Hirsch, s. 401-402, No. 1298; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 15.

⁴⁷ Bu hususta bkz. Spirig, Vorbem zu Art. 175-183, No. 300.

⁴⁸ Bu hususta bkz. Esser/Schmidt, s. 322; ayrıca Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 7.

⁴⁹ Bu hususta bkz. Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 7.

taahhüt etmektedir⁵⁰. Yani diğer bir anlatımla, garanti, teminat amaçlı borca katılmanın aksine güvence altına alınan borç ile içeriği aynı bir yükümlülük teşkil etmez, aksine en baştan bağımsız ve bağlantısız bir yükümlülük ortaya çıkarır. İşte bu şekildeki asıl borçtan bağımsızlık garanti sözleşmesinin temel özelliğidir. Bu bağımsızlığın sonucu olarak garantör, alacaklının talebi halinde ne borçlunun savunma araçlarını ileri sürebilir ne de güvence altına alınan alacağın ortaya çıkmadığına veya sona erdiğine dayanabilir. Garantör kendisini esasen sadece garanti sözleşmesinden doğan savunma araçlarını ileri sürmek suretiyle savunabilir. Yani esas itibarıyla garantör, garanti sözleşmesinin geçerli olarak ortaya çıkmadığına veya sona erdiğine dayanacaktır. Dolayısıyla garantöre sınırlı savunma araçlarının yardımcı olabileceği söylenebilir. Bu şekilde çok geniş ölçüde savunma araçlarının ileri sürülmesinin engellenmesi, garantinin en temel özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹.

Öncelikle belirtelim ki, şayet uzmanlar tarafından hazırlanan bir sözleşmedeki beyanların içeriğinde açıkça garantiden veya borca katılmadan söz ediliyorsa, bu hallerde teminat amaçlı borca katılma veya garantinin varlığından kuşku duymamak gerekir. Ancak kullanılan ifadeler açık değil, birden fazla anlama geliyorsa, bu durumda bu beyanların yorumlanması gerekir. Bunun sonucu olarak, tarafların kullandıkları ifadelerden ve işlemin amacından, üçüncü kişinin asıl borca karşı ileri sürülebilecek olan tüm itiraz ve def'ilerden tamamen bağımsız olarak borç altına girmeyi istemesi durumunda bir garanti söz konusu olur. Hatta burada bağımsız borç altına girme iradesi o kadar ileridir ki, -borca katılmadan farklı olarak- garanti veren, kuruluştaki bile asıl borca bağlılığı istememektedir⁵². Yani özellikle alacak-

⁵⁰ Bu hususta bkz. Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 716, No. 19; ayrıca Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 7; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 17.

⁵¹ Bu hususlarda bkz. Madaus, s. 117.

⁵² Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 828. Bu konuda *Kulke* de, garanti sözleşmesinin borca katılmanın aksine daha ileri bir sorumluluk ortaya

lıya, ilk borçlunun borcu ortaya çıkmamış veya sonradan ortadan kalkmış olsa bile, yine de ifayı elde edeceği güvencesi veriliyorsa, bir garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁵³. Şayet bir teminat amaçlı borca katılmanın mı yoksa garantinin mi kararlaştırıldığı hususunda şüpheler ortaya çıkarsa, daha yumuşak sorumluluk nedeniyle bir garantinin değil, borca katılmanın kararlaştırıldığı kabul edilmelidir⁵⁴.

C. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMA ve KEFALETİN BİRBİRİNDEN AYRILMASI

Borca katılma hususunda en çok problem yaratan ve doktrini meşgul etmiş konu, borca katılma ve kefaletin birbirinden ayrılması olmuştur. Gerçekten de özellikle teminat amaçlı borca katılma, alacaklıyla borca katılan arasında yapılan bir sözleşmeyle vuku bulmuşsa (yani bir üçüncü şahıs lehine sözleşmenin söz konusu olmadığı durumlarda), bu durumda kefaletle teminat amaçlı borca katılma arasında bazı birbirinden ayırma problemleri ortaya çıkar.

1. Teminat Amaçlı Borca Katılma ve Kefalet Arasındaki Temel Farklılıklar ve Benzerlikler

Teminat amaçlı borca katılma ile kefalet arasında pek çok açıdan farklılık vardır. Gerçekten de kefalet BK 484'e göre şekle bağliken, teminat amaçlı borca katılma herhangi bir şekle bağli değildir. Öte yandan kefilin sorumluluğu asıl borca bağlidir. Yani diğer bir anlatımla kefilin sorumluluğu ortaya çıkması, kapsamı, devam etmesi

çıkarttığını, gerçi garanti yoluyla tıpkı borca katılmada olduğu gibi, yeni bir borç teşkil edildiğini, ancak garanti verenin garanti taahhüdünün, asıl borcun ortaya çıkamadığı durumlar için de geçerli olabileceğini söylemektedir (bkz. *Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)*, s. 716, No. 19).

⁵³ Bu hususta benzer olarak bkz. RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 39; ayrıca Madaus, s. 54-55 ve s. 124.

⁵⁴ Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 828; ayrıca Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 19.

ve icra edilmesi bakımından güvence altına alınan asıl borca tâbidir. Ayrıca kefilin söz konusu sorumluluğu (kural olarak) asıl borca oranla sonraki sırada bir sorumluluktur. Buna karşılık teminat amaçlı borca katılmada alacaklının kolaylıkla başvurabileceği ve başta asıl borca bağlı olmakla birlikte sonradan bağımsızlaşan bir alacak ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Borca katılan teminat amaçlı borca katılma anına kadar kendisine yabancı bir borcu kendi borcu olarak üstlenirken, kefil yabancı bir borç için bağımlı ve tali bir şekilde sorumlu olmaktadır⁵⁶. Ancak kuşkusuz (borca katılmadan sonra) ilk borcun ortadan kalkmasının teminat amaçlı borca katılmaya etkisine, BK 141 vd. düzenlenen müteselsil borçluluğa ilişkin kurallara göre karar verilir⁵⁷.

Teminat amaçlı borca katılma ve kefaletin ortak yönüyle, her ikisinin teminat amaçlı olmasıdır⁵⁸. Gerçekten de her ikisi de alacaklıya, bir üçüncü kişiye karşı ek bir talep ileri sürmek olanağını sağlamaktadır. Ancak bu temel benzerliğe rağmen, bu iki kurumun birbirinden ayrılması zorunludur.

2. Bir İşlemin Kefalet mi Yoksa Teminat Amaçlı Borca Katılma mı Olduğunun Tespitinin Tarafların İradelerinin Yorumu Sorunu Olması

Bir işlemin kefalet mi yoksa teminat amaçlı borca katılma mı olduğu sorununun kolaylıkla çözümlenemediği durumlarda problem aslında sözleşme taraflarının irade beyanlarının bir yorumu sorunudur. Burada bilhassa tarafların kullandıkları ifadelerden ziyade sözleşmenin inikadı esnasında tarafların güttükleri gerçek amaçlarının dikkate alınması zorunludur (BK 18).

⁵⁵ Bu hususlarda genel olarak borca katılma için bkz. Looschelders, s. 457, No. 1175; ayrıca Huguenin, s. 224, No. 1413-1414.

⁵⁶ Bu hususta bkz. Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 16.

⁵⁷ Bu son husus için bkz. Gauch/Schluep (*Emmenegger*), s. 286, No. 3645.

⁵⁸ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Schwenger, s. 510-511, No. 91.34; Grigoleit/Herresthal, s. 825 ve 826.

Tarafların gerçek amaçlarının araştırılmasında, yani iradelerin yorumunda temel çıkış noktası, daima tarafların beyanlarının ifadesi esnasında kullandıkları ibarelerdir. Şayet taraflar “borca katılma” veya “kefalet” şeklinde açık beyanlar kullanmışlarsa, sadece istisnâî durumlarda bu beyanlar açık emareler vasıtasıyla farklı yorumlanabilir⁵⁹. Yani diğer bir anlatımla, kullanılan terimle bağlantılı olarak burada ortaya çıkan kefalet veya (teminat amaçlı) borca katılma karinesi, sadece tarafların teknik terimlerin kullanımında yanıldıkları, yani onların açık lafza rağmen bundan başka bir şeyi kararlaştırmak istedikleri ispat edilmek suretiyle çürütülebilir. Yine bu çerçevede bilhassa üçüncü kişi sadece tali bir sorumluluk üstlenmiş ve bu iradesini de “İlk borçlu ödemezse ben ödeyeceğim” şeklinde bir beyanla ifade etmişse, bu durumda da kefaletten bahsedilmesi gerektiği tartışmasızdır⁶⁰. Gerçekten de teminat amaçlı borca katılmadan söz edebilmek için her iki borçlunun aynı sırada sorumluluk üstlenmesi zorunludur.

Ancak sıklıkla taraflar teminat olarak, üçüncü şahsın “müşterek sorumluluğunu” veya “sorumluluk üstlenmesini” kararlaştırırlar. Bu tür beyanlar çok açık değildir ve yoruma muhtaçtırlar⁶¹ ve de bu durumlarda her zaman üçüncü kişinin beyanının kefalet mi yoksa teminat amaçlı borca katılma mı teşkil ettiği sorusu kolaylıkla cevaplandırılmaz. Ayrıca bu hallerde genellikle alacaklı, kefaletten ziyade herhangi bir şekle bağlı olmayan teminat amaçlı borca katılmanın söz konusu olduğunu iddia edecektir.

Ayrıca bu noktada önemi nedeniyle şu hususu belirtmekte de yarar vardır: Şayet taraflar arasındaki ilişki kefalet, ancak BK 484’de belirtilen şekil koşullarına uyulmamışsa, geçersiz bir kefaleti teminat amaçlı borca katılmaya tahvil etmek doğru değildir. Çünkü böylelikle BK 484 ile amaçlanan kefilin korunması düşüncesi ortadan kaldırıl-

⁵⁹ Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 827.

⁶⁰ Bu hususta bkz. Beck, s. 15-16, No. 26.

⁶¹ Bu hususta bkz. Grigoleit/Herresthal, s. 827.

mış olur⁶². Dolayısıyla mutlaka tarafların iradeleri dikkatlice yorumlanmalı ve gerçek amaçları ortaya çıkarılarak, yapılan işlemin geçerliliği hakkında karar verilmelidir.

3. Bir Beyanın Kefalet mi Yoksa Teminat Amaçlı Borca Katılmayı Olduğu Hususunda Temel Ayırıcı Yorum Kuralı

Teminat amaçlı borca katılmanın söz konusu olabilmesi bakımından, temel ayırıcı yorum kuralı, borç altına giren üçüncü kişinin ifa edilecek borçtan dolayı kendisinin doğrudan ekonomik veya hukukî bir menfaatinin bulunup bulunmamasıdır. Böyle ekonomik veya hukukî bir menfaat söz konusuysa, bu teminat amaçlı borca katılma yönünde yorum yapılması bakımından önemli bir emare teşkil eder⁶³. Böyle teminat amaçlı borca katılma ve kefalet arasında ayırıcı temel emare olarak menfaatin esas alınması, özellikle BK

⁶² Bu hususta bkz. *Bucher*, s. 587-588; *Spirig*, Vorbem zu Art. 175-183, No. 304; *Huguenin*, s. 224, No. 1416. Bu tahvil yasağı için ayrıca bkz. Hk-BGB/*Schulze*, Vorbem zu §§ 414-419, No. 4; *Esser/Schmidt*, s. 322; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, s. 258; *Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)*, s. 715, No. 17; *Heermann*, s. 600, No. 17; *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Komm/Müller, § 415, No. 16.

⁶³ Menfaatin ayırıcı kıstas niteliği için bkz. BGH, NJW 1968, s. 2332; BGH, WM 1985, s. 1418; *Schmidt*, s. 311; *Schwenzer*, s. 510-511, No. 91.34; *Spirig*, Vorbem zu Art. 175-183, No. 309; *Huguenin*, s. 224, No. 1416; *Hirsch*, s. 402, No. 1300; *Joussen*, s. 448, No. 1342; RGRK Komm-*Weber*, vor § 414, No. 36; *Weber, H./Weber, A.*, s. 128; *Münc.Komm/Möschel*, Vor § 414, No. 21; *Coester-Waltjen*, s. 745; *Brox/Walker*, s. 416; *Grigoleit/Herresthal*, s. 828; *Derleder/Knops/Bamberger (Kulke)*, s. 715, No. 17; *Bamberger/Roth (Rohe)*, BGB § 415, No. 41 ve 47; *Westermann/Bydlinski/Weber*, s. 333; *Looschelders*, s. 457, No. 1176; *Larenz*, s. 612; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, s. 258; *Jauerning/Stürner*, vor § 414, No. 6; *Jauerning/Stadler*, vor § 765, No. 20; *Heermann*, s. 599, No. 10 ve 599-600, No. 11; *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Komm/Müller, § 415, No.16; *Erman Komm/Röthel*, vor § 414, No. 17. Yine *Beck*'e göre de, taahhütte bulunanın şahsî ve doğrudan bir menfaati varsa, onun borcu üstlenmek (borca katılmak) isteğinden söz edilir (*Beck*, s. 16, No. 27).

484'deki kefil koruyan şekle ilişkin düzenlemeyle de bağlantılıdır. Gerçekten de kim kendi ekonomik menfaatini takip ediyorsa, onun BK 484'de öngörülen korumaya ihtiyacı yoktur⁶⁴. Oysa kefil böyle şahsî bir menfaate sahip olmayıp, örneğin hatır sebebiyle bir başkasının borcu için sorumlu olmak ister⁶⁵. Bu çerçevede örneğin babanın, kira borcunu ödeyememesi nedeniyle evin tahliyesini önlemek amacıyla evde onunla birlikte oturan ergin çocuğun, ev sahibine kira borcu için kendisinin de sorumlu olmak isteğini söylemesi durumunda geçerli bir teminat amaçlı borca katılmanın varlığından söz edilebilir⁶⁶. Keza bir limited ortaklığa karşı bir alacak için şahsen sorumlu olacağını açıklayan söz konusu ortaklık ortağı veya müdürünün müşterek sorumluluğu durumunda da bir ekonomik menfaat ve teminat amaçlı borca katılma söz konusudur⁶⁷.

Ancak burada menfaat kıstasının bir yorum kuralı olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Bunun sonucu olarak, üçüncü şahsın ekonomik menfaati olmaksızın da bir teminat amaçlı borca katılma veya yoğun ekonomik menfaatine rağmen bir kefaletin kararlaştırılabilmesi mümkündür. Sözleşme özerkliği ilkesi çerçevesinde bunun olanaklı olduğunun kabul edilmesi gerekir⁶⁸. Şayet beyanın nasıl anlaşılacağı hususunda yorum ilkeleri uygulanmasına rağmen şüpheler devam ediyorsa, bu durumda kefaletin varlığı kabul edilmelidir⁶⁹. Bu noktada demek ki kefaletten yana bir eğilim olduğu

⁶⁴ Bu hususta bkz. Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 17.

⁶⁵ Bu hususta bkz. Brox/Walker, s. 415.

⁶⁶ Bu örnek için bkz. Brox/Walker, s. 416; Larenz, s. 612.

⁶⁷ Bu hususta bkz. Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 18.

⁶⁸ Nitekim bu hususta bkz. Westermann/Bydlinski/Weber, s. 333.

⁶⁹ Bu hususta benzer olarak bkz. Weber, H./Weber, A, s. 128; Coester, s. 371; RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 37; von Tuhr/Escher, s. 302-303; Mühl/Petereit, s. 100; Spirig, Vorbem zu Art. 175-183, No. 313; Heermann, s. 600, No. 14; Grigoleit/Herresthal, s. 827 ve 828; Esser/Schmidt, s. 322; Looschelder, s. 457, No. 1176; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 333; Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 715, No. 17; Bamberger/Roth (Rohe), BGB § 415, No. 47; Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 6; Hirsch,

görülmektedir. Ancak bu nihai sonuca, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde yapılacak yorum yoluyla bir neticeye varılmazsa gidilebileceği unutulmamalıdır. Yani bu açıdan yorum her zaman bir önceliğe sahiptir⁷⁰.

4. Teminat Amaçlı Borca Katılmada Kefalet Kurallarının Uygulanabilirliği

Her ne kadar kefalet ve teminat amaçlı borca katılma birbirinden ayrılması gereken iki hukukî işlemse de, kefalete ilişkin bazı kuralların teminat amaçlı borca katılmada da menfaat durumları aynı olduğundan kıyas yoluyla uygulanması olanaklıdır⁷¹.

VII. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMANIN HÜKÜM ve SONUÇLARI

A. MÜTESELSİL BORÇLULUK

Teminat amaçlı borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucu, ilk borçlu ve borca katılan arasında BK 141 vd. anlamında sözleşmeyle teşkil edilen müteselsil sorumluluğun ortaya çıkmasıdır. Teminat amaçlı borca katılmadan sonra alacaklı, borca katılma ile müteselsil bir borçluluğun ortaya çıkmasının sonucu olarak, müteselsil borçluların (yani ilk borçlu ve borca katılan) tamamından veya birinden borcun tamamen veya kısmen ifasını isteyebilir (BK 142/I). Ancak alacaklı edimin ifasını sadece bir kez talep edebilir. Yani teminat amaçlı borca katılmada borcun miktarı değil, aksine borçluların sayısı iki kat artmaktadır⁷². Dolayısıyla bu anlatılanlardan

s. 402, No. 1300; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 16; Madaus, s. 85-86; Akıntürk, s. 116.

⁷⁰ Bu yönde bkz. BGH, WM 1985, s. 1418.

⁷¹ Bu konuda *Larenz*'e göre de, borca katılmanın kefalete yakınlığı nedeniyle, kefalete ilişkin münferit hükümlerin (yazar örnek olarak BGB 770'i gösteriyor) borca katılmaya da kıyas yoluyla uygulanabilmesi olanaklıdır (s. 612).

⁷² Bu hususta benzer olarak bkz. Edenfeld, s. 1036 ve ayrıca s. 1039.

kolaylıkla anlaşılabilceği gibi, teminat amaçlı borca katılma ikincil (tali) bir etki yaratmamakta, müteselsil yükümlülük alacaklıya borca katılana doğrudan başvurma olanağı sağlamaktadır⁷³.

Böyle alacaklının hem ilk borçluya hem de borca katılana başvurabilmesi, teminat amaçlı borca katılmanın teminat fonksiyonunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu özellik nedeniyle alacaklının hukukî durumu sağlamlaşmaktadır. Gerçekten de bu durumda alacaklı ödeme yeteneği en iyi olana başvurabilmekte, ilk borçlunun veya borca katılanın aciz haline düşmesinden (kural olarak) etkilenmemektedir.

Ayrıca alacaklı müteselsil borçlulara başvururken, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki ilişkiyi dikkate almak zorunda değildir. Bunun sonucu olarak iç ilişkide yükümlülüğü tek başına taşıması gerekenden alacaklının talepte bulunması gerekmediği gibi, bunun alacaklıdan beklenebilmesi de olanaklı değildir⁷⁴.

Kendisine tanınan olanağa dayanarak alacaklı borca katılana başvurursa, borca katılan ilk borçlunun varlığını ileri sürerek borcun ifasından kaçınmaz. Kendisinin borcun sadece bir kısmını ödeyeceğini, kalan kısmının ilk borçlu tarafından ödenmesi gerektiğini ileri süremez. Kuşkusuz müteselsil borçluluğun genel karakterine uygun olarak alacaklı edimin tamamını borca katılandan talep edebileceği gibi, bir kısmını da talep edebilir (Bkz. BK 142/I). Ancak alacaklı borca katılan veya ilk borçluya başvurarak edimin kısmen ifasını talep ederse, bu durumda özellikle ilk borçlu (kuşkusuz borca katılan da) edimin tamamını ifa ederek borcu sona erdirebilir⁷⁵.

⁷³ Bu hususta bkz. Emmenegger, S.: "Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen", ZBJV 2007, s. 562.

⁷⁴ Bu hususta benzer olarak bkz. Madaus, s. 22.

⁷⁵ Nitekim kendisinden kısmen ifada bulunulması talep edilen müteselsil borçlunun edimin tamamını ifa edebileceğine ilişkin olarak bkz. Akıntürk, s. 152.

Az önceki açıklamalarımıza uygun olarak, her ne kadar ilk borçlu veya borca katılan bir kez ifade bulunacaksa da, burada her bir müteselsil borçlunun (yani borca katılanın da) ayrı ve bağımsız yükümlülüğünün ortaya çıktığı unutulmamalıdır. Ancak her ne kadar borca katılan ve ilk borçlunun borçları birden çok borç teşkil etse de, bu borçlar (müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde) birbirleriyle bağlantı içerisindedir. Birden çok borç içerisinde böyle bir bağlantıyı ifa amacının aynı olması teşkil etmektedir. Ayrıca borçlar arasında böyle bir bağlantı olması, ilk borçlu ve borca katılanın yükümlülüklerinin, özellikle yan düzenlemelerde birbirinden ayrılabilir olmasına da engel teşkil etmez. Yani örneğin her iki borçlunun borçlarının ifa yeri, zorunlu olarak aynı olmak zorunda değildir⁷⁶. Yine borca katılan ve ilk borçlunun borçları için birbirinden farklı muacceliyet tarihlerinin belirlenmesi de olanaklıdır.

Az önce belirttiğimiz gibi, teminat amaçlı borca katılmayla birlikte bir müteselsil borçluluğun ortaya çıkmasının sonucu olarak ilk borç ve borca katılanın borcu arasında bir bağılılık ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak ilk borçtan kaynaklanan alacağın temlik halinde, teminat amaçlı borca katılmanın da bunu takiben yeni alacaklının alacağını temin etmeye devam edip etmeyeceği hususu tartışılabilir. BK 168/I düzenlemesine göre, alacağın temlik halinde temlik eden kimsenin şahsına has olanlar dışında rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar yeni alacaklıya geçerek, onun alacağını teminat altına almaya başlarlar. Dikkat edilirse bu düzenlemeyle kanundan dolayı tarafların iradesine bağlı olmaksızın bir alacak geçişi söz konusu olur. Diğer bir anlatımla burada kanunî temlikin bir şekli söz konusudur⁷⁷. Kanun koyucu BK 168 düzenlemesindeki müteferri haklarla bilhassa kefalet ve rehin haklarını

⁷⁶ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. RGRK Komm-Weber, vor § 414, No. 22; ifa yerinin birbirinden farklı olabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 25.

⁷⁷ Bu hususta bkz. Spirig, Art. 170, No. 12.

kastetmektedir. Teminat amaçlı borca katılma ise bu nitelikte değildir. Ancak buna rağmen, teminat amaçlı borca katılmanın da en azından kıyasen BK 168 düzenlemesine tâbi olması gerekir. Gerçekten de kanun koyucu BK 168/İ'i düzenlerken, birbiriyle sıkı bağlantı içerisinde bulunan hakların, temlikten sonra da bir elde bulunmasını istemiş, söz konusu hakların temlik edilen alacakla sıkı bir şekilde bağlantısını esas almıştır. Böyle sıkı bir bağlantı müteferri haklar bakımından söz konusu olduğu kadar, teminat amaçlı borca katılma gibi müteselsil sorumluluk doğuran işlemler bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla BK 168/İ düzenlemesine kıyasen, ilk borcun alacaklı tarafından temlik halinde müteselsil borç yaratan teminat amaçlı borca katılmanın da yeni alacaklının alacağını temin etmesi gerektiği söylenebilir⁷⁸.

B. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMADA İLK BORÇ İÇİN VERİLEN KEFALET ve REHİNLERİN DURUMU

Teminat amaçlı borca katılmada bu şekilde ilk borçlu yükümlü kalmaya devam ettiğinden, ilk borç için verilen kefalet ve rehinler de sona ermeyip sorumlu olmaya devam edeceklerdir⁷⁹.

C. BORCA KATILANIN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Borca katılanın alacaklıya karşı sorumluluğu da, esasen katılma anındaki borcun içeriğine ve kapsamına uygun olmalıdır. Yani borca katılanın borcu, katılma anındaki ilk borçlunun borcunun kapsamına ve içeriğine göre belirlenir⁸⁰. Bu sonuç doğaldır. Çünkü borca katılan kendi katılımı anında mevcut durumu ile teminat amaçlı borca katılmayı istemektedir.

⁷⁸ Bizim BK 168/İ düzenlemesinin Alman hukukundaki eşdeğeri BGB 401 düzenlemesinin borca katılmada da uygulanması gerektiği hususunda bkz. *Madaus*, s. 29 vd, özellikle s. 33 ve 55.

⁷⁹ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. *Bucher*, s. 587, dph. 51.

⁸⁰ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. *von Tuhr/Escher*, s. 302; *Mühl/Petereit*, s. 101.

Ancak sözleşme özerkliği ilkesi gereğince, bilhassa borca katılan lehine borca katılanın ve alacaklının anlaşmaları mümkündür⁸¹. Bu çerçevede borca katılanın sorumluluğu sınırlanabilir. Yani kısmî bir teminat amaçlı borca katılma da olanaklıdır.

D. TEMİNAT AMAÇLI BORCA KATILMADA HUKUKÎ SAVUNMALAR

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

Borca katılan kendi katılımı anında mevcut durumuyla borca katılmayı isteyeceğinden ve katılma anında borçlunun ve borca katılanın yükümlülükleri içerik olarak birbiriyle aynı olduğundan, borca katılan alacaklıya karşı, teminat amaçlı borca katılma anında ilk borçlunun borca ilişkin olarak ileri sürebileceği tüm def'i ve itirazları ileri sürebilir. Burada menfaat durumları aynı olduğundan, borcun yüklenilmesine ilişkin BK 177/I kuralı kıyas yoluyla uygulama alanı bulur⁸². Böylelikle şahsî sorumluluğun genişletilmesi suretiyle alacaklının hukukî durumu da iyileştirilmemiş olur.

Bu durumda borca katılan tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, bilhassa ilk borcun varlığına ilişkin def'i ve itirazlar olacaktır. Buna göre borca katılan borcun ifa veya ibra gibi sebeplerle ortadan kalktığını ileri sürebilir. Yine burada borca katılan borcun mevcut olmadığını, çünkü ilk borçluyla alacaklının akdettiği sözleş-

⁸¹ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Mühl/Petereit, s. 101.

⁸² Bu hususta Alman hukukunda da borcun yüklenilmesine ilişkin BGB 417/I düzenlemesine dayanarak aynı sonuca varan yazarlar için bkz. Esser/Schmidt, s. 321; Looschelders, s. 456, No. 1174; Derleder/Knops/Bamberger (Kulke), s. 717, No. 24; Brox/Walker, s. 416; Jousen, s. 449, No. 1343; Hk-BGB/Schulze, Vorbem.zu §§ 414-419, No. 6; Grigoleit/Herresthal, s. 829; Jauerning/ Stürner, vor § 414, No. 3; Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/Müller, § 415, No. 14; ayrıca Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 26.

menin geçersiz olduğunu, borçlunun işlem ehliyetinin bulunmadığını veya borcun hukuka veya ahlâka aykırı olduğuna dayanabilir.

2. Teminat Amaçlı Borca Katılmanın Gerçekleşmesi ve Borca Katılanın Borcunun Doğumundan Sonra İlk Borçlu Alacaklı İlişkisinde Ortaya Çıkan Def'i ve İtirazlar

a. *Temel Kural: Borca Katılanın Borcunun Doğumundan Sonra İlk Borçlu ile Alacaklı İlişkisinden Ortaya Çıkan Def'i ve İtirazlar Bakımından Müteselsil Borçluluğa İlişkin İlkelerin Uygulanması*

Az önce ifade ettiğimiz gibi, borcun doğumu ile birlikte ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ortaya çıkar. Bunun sonucu olarak borca katılanın borcunun doğumundan sonra ilk borçlu ile alacaklı ilişkisinden ortaya çıkan def'i ve itirazlar, müteselsil borçluluğa ilişkin ilkeler çerçevesinde ileri sürülebilirler⁸³. Dolayısıyla ilk borç ve borca katılanın borcu esasen birbirinden bağımsız ise de, özellikle sona erme bakımından bu her iki borcun belirli bir bağılılığı söz konusudur (BK 145).

b. *Def'i ve İtirazlar Bakımından Özel Durumlar*

aa. *İfa ve Takas*

Bu şekilde müteselsil borçluluk nedeniyle her iki borcun birbirine bağılılığının sonucu olarak, örneğin ilk borçlu teminat amaçlı borca katılmadan sonra borcu ifa etmişse, böyle bir ifa borca katılanı da borcundan kurtarır (BK 145/I). Hatta ilk borçlu teminat amaçlı borca katılmadan haberdar olmasa bile (yani borca katılma alacaklı ve borca katılan arasında borçluya haber verilmeden yapılırsa), ilk

⁸³ Bu hususta genel olarak borca katılma için bkz. Looschelders, s. 456, No. 1174; Esser/Schmidt, s. 321; Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 718, No. 27; Brox/Walker, s. 416; Jauerning/Stürner, vor § 414, No. 3; Jousen, s. 449, No. 1343.

borçlunun ifasıyla keza borca katılan da borcundan kurtulur. Yine BK 145/I'deki takas da borca katılanın borçtan kurtulması yönünde etki gösterir.

bb. İbra

Buna karşılık ilginç bir durum ibrada yaşanır. Gerçekten de alacaklı ilk borçluyu ibra ederse, bu durumda borca katılanın da borçtan kurtulup kurtulmayacağı tartışılabilir. Kanaatimizce buradaki sorun BK 145/II'nin yorumuyla ilgilidir. Bu kurala göre, borçlulardan biri alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. Teminat amaçlı borca katılmada alacaklının borcun ortaya çıkmasıyla birinci derecede ilgili olan ilk borçluyu ibra etmesi, borca katılanın da durumun niteliği gereği bundan yararlanmasını gerektirir. Bunun sonucu olarak borca katılan ilk borçlunun iç ilişkide hissesine düşen miktar oranında (kural olarak tamamen) borçtan kurtulur.

cc. Zamanaşımı

Teminat amaçlı borca katılma kendine ait, ilk borçtan bağımsız belirlenmesi gereken bir zamanaşımına tâbidir⁸⁴. Zamanaşımı süresi bakımından teminat amaçlı borca katılma için BK'da özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, BK 125'deki zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur. Zamanaşımının başlaması bakımından borca katılan ve ilk borçlunun borçlarının muacceliyetleri birbirinden farklı olarak düzenlenebilir. Dolayısıyla zamanaşımının başlangıcı her borçlu için ayrı ayrı belirlenmelidir.

Zamanaşımı BK 132'de belirtilen nedenlerle durur. Teminat amaçlı borca katılmada zamanaşımının ilk borçlu veya borca katılan bakımından durması, diğerine sirayet etmez. Çünkü zamanaşımının durmasını gerektiren nedenler, her bir borçlunun şahsî durumuyla

⁸⁴ Bu hususta bkz. Madaus, s. 274.

ilgilidir. Gerçekten de örneğin borca katılanın alacaklıyla evlenmesi veya onunla hizmet sözleşmesi yapması durumunda zamanaşımı durur (BK 132/I, b. 3 ve 4). Ancak bu durumların ilk borçluyla ilgisi yoktur.

Buna karşılık zamanaşımının kesilmesi, kanunda belirtilen sebeplerden birinin varlığı nedeniyle zamanaşımının o ana kadar işlemiş olan kısmının ortadan kalkması ve zamanaşımı süresinin yeniden işlemeye başlaması demektir (BK 135). Zamanaşımını kesen sebepler BK 133'de düzenlenmiştir. Burada ilginç bir sorun, teminat amaçlı borca katılmanın, ilk borçlunun borcunun zamanaşımını keserek, yeni bir zamanaşımı başlatıp başlatmayacağı hususunda ortaya çıkar. Kanun koyucu BK 133/b. 1'de borçlu borcunu ikrar ettiği, özellikle faiz ve mahsuben bir miktar para veya rehin ya da kefil verdiği takdirde zamanaşımının kesileceğini düzenlemiştir. Düzenlemenin sözüne bakıldığında, burada (yani BK 133/b.1'de) zamanaşımını kesen sebeplerin örneksime suretiyle sayıldığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce teminat amacıyla borca katılma, ilk borçlu tarafından üçüncü şahıs lehine sözleşme yoluyla veya ilk borçlunun onayıyla yapılmışsa, zamanaşımını kesmelidir. Buna karşılık teminat amaçlı borca katılma ilk borçlunun haberi olmaksızın gerçekleştirilmişse, bu durum zamanaşımını kesmez.

Şayet teminat amaçlı borca katılmanın gerçekleştirilmesinden sonra, zamanaşımı BK 133'de öngörülen sebeplerden biriyle kesilirse, bu durumda BK 134/I'deki özel kural uygulanır. Çünkü teminat amaçlı borca katılma ile birlikte, ilk borçlu ile borca katılan arasında müteselsil borçluluk ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak zamanaşımı, müteselsil borçlulardan birine karşı kesilirse, diğerine karşı da kesilir⁸⁵.

⁸⁵ Gerçi doktrinde BK 134/I'deki bu düzenlemenin müteselsil borçlulukta birden fazla borç bulunduğu görüşüyle çeliştiği için kaldırılması tavsiye edilmektedir (Nitekim bu görüş için bkz. Eren, s. 1160). Ancak buna rağmen BK Tasarısında bu düzenlemenin muhafaza edildiği görülmektedir (BK Tasarısı 155/I).

3. İlk Borçlu ve Borca Katılan Arasında Teşkil Edilen Savunma Araçlarının Alacaklıya Karşı İleri Sürülmesi

İlk borçluyla ilişkisinden ortaya çıkan borca katılanın def'ilerinin alacaklıya karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği bakımından ikili ayırım yapılmalıdır:

a. Teminat Amaçlı Borca Katılmanın Alacaklı ve Borca Katılan Arasındaki Sözleşmeye Dayanması

Şayet teminat amaçlı borca katılma alacaklı ve borca katılan arasındaki sözleşmeye dayanıyorsa, bu durumda borca katılan ve ilk borçlu arasındaki savunma araçlarının alacaklıya karşı ileri sürülüp sürülmeyeceği hususunda, menfaat dengesi aynı olduğundan kıyasen BK 177/III düzenlemesi uygulama alanı bulur. Bunun sonucu olarak borca katılan alacaklıya karşı ilk borçluyla ilişkisinden kaynaklanan savunma araçlarını ileri süremez⁸⁶.

b. Teminat Amaçlı Borca Katılmanın Borca Katılan ve İlk Borçlu Arasındaki Sözleşmeye Dayanması

Buna karşılık teminat amaçlı borca katılma, borca katılan ve ilk borçlu arasında alacaklı lehine yapılan sözleşmeye dayanıyorsa, yani bir üçüncü şahıs lehine sözleşme söz konusuysa, bu durumda borca katılan alacaklıya karşı ilk borçluyla ilişkisinden ortaya çıkan savunma araçlarını ileri sürebilir⁸⁷. Bu sonuç adildir. Çünkü alacaklı, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki anlaşma nedeniyle hakkı iktisap etmektedir. Bu nedenle bu sözleşmedeki hukukî eksiklikler ona karşı ileri sürülebilmelidir⁸⁸.

⁸⁶ Alman hukuku bakımından benzer olarak bkz. Esser/Schmidt, s. 321; Looschelder, s. 456-457, No. 1174; Derleder/Knops/Bamberger (*Kulke*), s. 718, No. 25; Schürnbrand, s. 91.

⁸⁷ Bu hususta bkz. Esser/Schmidt, s. 321; Looschelder, s. 457, No. 1174; Bamberger/Roth (*Rohe*), BGB § 415, No. 33; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 262; Erman Komm/Röthel, vor § 414, No. 28; Schürnbrand, s. 90.

⁸⁸ Bu hususta benzer olarak bkz. Nörr/Scheyhing/Pöggeler, s. 262.

4. Alacaklı ve Borca Katılan Arasındaki Şahsî Def'î ve İtirazlar

Kuşkusuz borca katılan alacaklıyla kendi arasında teşkil edilen diğer şahsî def'î ve itirazları da alacaklının talebine karşı ileri sürebilir⁸⁹. Bu çerçevede borca katılan alacaklıya karşı, onun tarafından ibra edildiğini veya alacaklının teselsülden feragat ettiğini belirterek kendisini savunabilir.

VIII. İFA DURUMUNDA BORCA KATILANIN RÜCU HAKKI ve HALEFİYET

A. İFA DURUMUNDA BORCA KATILANIN RÜCU HAKKI

Şayet teminat amacıyla borca katılan alacaklıyı tatmin ederse, kendisinin ilk borçluya karşı muhtemel bir rücu talebi söz konusu olur⁹⁰. Bu rücu hakkı bakımından hakların yarışmasından söz edilebilir. Bu çerçevede ilk olarak böyle bir rücu hakkı, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki teminat amaçlı borca katılmaya temel teşkil eden hukuki ilişkiden ortaya çıkabilir. Teminat amacıyla gerçekleştirilen borca katılmada, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki ilişki vekalet, bağışlama veya vekaletsiz iş görmeye dayanabilir. Bir vekalet veya vekaletsiz iş görmede rücu hakkının dayanağı BK 394 ve 413-414 düzenlemeleridir. Buna karşılık bağışlama durumunda, ödemede bulunan borca katılanın ilk borçluya herhangi bir rücu talebi ortaya çıkmaz⁹¹.

⁸⁹ Bu hususta bkz. Mühl/Petereit, s. 101; Bär, s. 27.

⁹⁰ Buna karşılık borca katılma teminat amacıyla değil de, üstlenme amacıyla gerçekleştirilmekteyse, bu durumda iç ilişkide tek başına borca katılan borcu taşımak zorundadır (Bu hususta bkz. Madaus, s. 36 ve ayrıca s. 306; ayrıca Schürnbrand, s. 46). Onun ilk borçluya karşı rücu hakkı yoktur. Ya da tam tersi durumda, ödemeyi ilk borçlu gerçekleştirmişse, tam kapsamda borca katılana rücu edebilecektir.

⁹¹ Nitekim bu hususta bkz. Madaus, s. 304; ayrıca bkz. Schürnbrand, s. 46.

Buna karşılık rücu hakkı bakımından diğer bir dayanak BK 146 düzenlemesidir. Kanun koyucu ödeyen müteselsil borçlunun diğerine rücu etmesi bakımından BK 146'da eşit hisse karinesini kabul etmiştir. Ancak bu karine adî bir karine niteliğini haizdir. Bunun sonucu olarak borca katılan veya ilk borçlu başka bir taksim şeklini kabul edebilir veya borcun niteliğinden farklı bir sonuç ortaya çıkabilir. Şayet ilk borçlu veya borca katılan (temel teşkil eden hukukî ilişkide) anlaşma yaparak kendi aralarında bir paylaşırma hususunda anlaşılırlarsa, tek başına bu anlaşma belirleyicidir. Buna karşılık bu hususta herhangi bir anlaşma söz konusu değilse, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki temel ilişkinin türünden de belirli bir şekilde paylaşım için bir kural ortaya çıkabilir. Bunun sonucu olarak şayet teminat amaçlı borca katılma bir vekalet veya vekaletsiz iş görme çerçevesinde icra edilirse, BK 394 ve 413-414'e göre ve bu düzenlemelerdeki şartlarla, ödemede bulunan borca katılan ilk borçluya rücu edebilir⁹². Ya da tam tersi, ilk borçlu ödemede bulunursa, borca katılana karşı rücu hakkı ortaya çıkmaz. Bağışlama durumundaysa, borca katılanın herhangi bir rücu hakkından söz edilemez. Buna karşılık bağışlama durumunda ilk borçlu ödemede bulunmuşsa, kendisinin tam miktarda borca katılana karşı bir rücu hakkı ortaya çıkar.

B. HALEFİYET

Rücu hakkının kullanılması gereken durumlar bakımından kanun koyucu, BK 147/I'de rücu hakkından yararlanan müteselsil borçlunun tatmin edilen alacaklının konumuna halefiyetini de düzenlemiştir. Dolayısıyla bu halefiyette borca katılan da yararlanabilir.

IX. BK TASARISI'NDAKİ BORCA KATILMAYA İLİŞKİN DÜZENLEME ve ELEŞTİRİSİ

Buraya kadar teminat amaçlı borca katılmanın temel özelliklerini incelemiş bulunuyoruz. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, borca

⁹² Bu hususta bkz. Madaus, s. 305-306.

katılma, BK'da düzenlenmemiştir. Ancak sözleşme özerkliği ilkesi gereğince, bu tür sözleşmelerin yapılması olanaklıdır. Buna karşılık hâlen TBMM'de görüşülen BK Tasarısı'nda borca katılmaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Gerçekten de BK Tasarısı'nın 201. maddesine göre, borca katılma, mevcut bir borca, borçlunun yanında yer almak üzere katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Borca katılmanın temel özelliği olan müteselsil borçluluğu ifade eden bu düzenleme bazı açılardan eleştirilebilir. Gerçekten de ilkin söz konusu kuralın yeri doğru değildir. Çünkü borca katılma esasen teminat amacıyla yapılmaktadır. Üstlenme amacıyla borca katılmayla istisnâî durumlarda karşılaşılmaktadır. Bu nedenle bu kuralın BK Tasarısının 201. maddesinde borcun üstlenilmesinden hemen sonra düzenlenmesi yerine, temel şahsî kredi teminatı olan kefalet sözleşmesinden sonra yer alması kanaatimce daha isabetli olurdu.

Ayrıca daha da önemlisi BK Tasarısı'ndaki bu kuralda, borca katılmanın şekle bağlı olup olmadığı, borca katılmanın kapsamı, borca katılmada rücu ilişkileri ve borca katılmada uygulanabilecek kefalet hükümlerine ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. BK Tasarısı'ndaki düzenleme yeni ve borca katılmayı hükme bağlamayı amaçladığına göre, genellikle tartışmalı olan bu hususlarda da kurallar getirilmesi ve ihtilafların kesin çözümlere bağlanması kuşkusuz daha doğru olurdu. Bütün bu açılardan bakıldığında BK Tasarısı'ndaki düzenlemenin oldukça yetersiz ve (özellikle teminat amaçlı) borca katılma bakımından temel sorunları halletmekten uzak bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

SONUÇ ve ÖZET

Çalışmamızda teminat amaçlı borca katılma üzerinde durulmuştur. Bu çalışmada varılan sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1. Borca katılma teminat dışında başka amaçlarla yapılabilir. Bu çerçevede borca katılma, en baştan iç ilişkide ilk borçlunun ibrası şartıyla bir yükümlülüğün üstlenilmesi amacıyla da gerçekleştirilebilir. Buna üstlenme amacıyla borca katılma denir. Bu tür borca katılmada iç ilişkide bir ifa üstlenilmesi kararlaştırılır. Ancak dış ilişkide ifa üstlenilmesinden farklı olarak alacaklı hem ilk borçluya hem de borca katılana başvurabilir. Her ikisi de alacaklıya karşı müteselsil borçlu olur. Burada temel amaç teminat değil, ilk borçluyu alacaklıya karşı ifadan kurtarmaktır. Bu tür borca katılmada teminat tamamen ikincil bir anlam ifade eder.

2. Teminat amaçlı borca katılmada, ilk borçlu yanında bir üçüncü kişi (yani borca katılan), borcu, teminat amacıyla ve ilk borçlu ile birlikte müteselsil olarak üstlenmektedir.

3. Teminat amaçlı borca katılma BK'nda düzenlenmeyen, ancak sözleşme özerkliği gereğince yapılması olanaklı olan bir sözleşmedir. Sözleşme özerkliği ilkesinin bu tür sözleşmelerin yapılabilmesine izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı hususunda şüphe yoktur.

4. Teminat amaçlı borca katılma için, geçerli bir ilk borç zorunludur. Yani teminat amaçlı borca katılma kuruluş bakımından fer'îdir. Böyle bir geçerli ilk borca dayanarak borca katılanın yükümlülüğü ortaya çıktıktan sonra, hem ilk borç hem de teminat amaçlı borca katılanın borcu artık (müteselsil borçluluk ilkeleri çerçevesinde) kendi kaderlerini yaşamaya başlarlar, yani bağımsızlaşırlar.

5. Ayrıca teminat amaçlı borca katılmanın sadece mevcut bir borç için değil, gelecekte ortaya çıkacak yeterli derecede belirlenebilen bir borç için de önceden kararlaştırılabilmesi mümkündür. Aynı zamanda şarta bağlı borçlara katılma da olanaklıdır. Keza teminat

amaçlı borca katılma sürekli bir borç ilişkisinde de söz konusu olabilir.

6. Teminat amaçlı borca katılma esas itibariyle ya borca katılan ve alacaklı arasındaki sözleşmeyle ya da ilk borçlu ve borca katılan arasında yapılan üçüncü kişi (alacaklı) lehine sözleşmeyle gerçekleştirilebilir. Yine teminat amaçlı borca katılmanın ilişkiye katılan tüm tarafların, yani alacaklı, ilk borçlu ve borca katılanın katılımıyla yapılabilmesi de olanaklıdır.

7. Teminat amaçlı borca katılma herhangi bir şekle bağlı değildir. Kefalet sözleşmesine ilişkin kuralların burada uygulanması gerekmez.

8. Teminat amaçlı borca katılma özellikle kefaletten ayrılırken bazı sorunlar ortaya çıkabilir. Bir işlemin kefalet mi yoksa borca katılma mı olduğu hususunda şüpheler ortaya çıkarsa, esasen bu tarafların irade beyanlarının yorumu sorunudur. Bu hususta temel ayırıcı yorum kuralı, borç altına giren üçüncü kişinin ifa edilecek borçtan dolayı doğrudan ekonomik veya hukukî bir menfaatinin bulunup bulunmadığıdır. Borç altına girenin böyle bir menfaati varsa, bu teminat amaçlı borca katılma yönünde yorum yapılması bakımından önemli bir emare teşkil eder. Şayet beyanın nasıl anlaşılacağı hususunda tüm yorum ilkeleri uygulanır, ancak buna rağmen şüpheler devam ederse kefaletten yana karar vermek gerekir.

9. Teminat amaçlı borca katılmanın en önemli hüküm ve sonucu, ilk borçlu ve borca katılan arasında BK 141 vd. anlamında sözleşmeyle teşkil edilen müteselsil sorumluluğun ortaya çıkmasıdır. Borca katılanın sorumluluğunun kapsamı, katılma anındaki borcun kapsamına ve içeriğine göre belirlenir.

10. Teminat amaçlı borca katılmada ileri sürülebilecek def'iler ve itirazlar bakımından, özellikle müteselsil borçluluğa ilişkin ilke ve kurallarla, menfaatler aynı olduğundan borcun yüklenilmesine ilişkin ilke ve kurallar, bilhassa BK 177 düzenlemesi uygulama alanı bulur.

11. Teminat amaçlı borca katılmada rücu ilişkileri bakımından, ilk borçlu ve borca katılan arasındaki ilişki belirleyicidir. Rücu hakkının kullanılması gereken hallerde, müteselsil borçluluğa ilişkin BK 147/I'deki halefiyet kuralı da uygulama alanı bulur.

12. TBMM'de görüşülen BK Tasarısı'nda 201. maddede borca katılmaya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu kural sadece borca katılmanın temel özelliği olan müteselsil borçluluğu ifade etmektedir. Bu kuralın yeri doğru olmadığı gibi, söz konusu kuralda borca katılmanın şekle bağlı olup olmadığı, borca katılmanın kapsamı, borca katılmada rücu ilişkileri ve borca katılmada uygulanabilecek kefalet hükümlerine ilişkin herhangi bir düzenleme de yapılmamıştır. Dolayısıyla BK Tasarısı'ndaki düzenlemenin oldukça yetersiz ve (özellikle teminat amaçlı) borca katılmanın temel sorunlarını çözmekten uzak bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

Yararlanılan Kaynaklar

- **Akıntürk, T.** : Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- **Akyol, Ş.** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Baskı, İst. 2008.
- **Bamberger, H. G./Roth, H.** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Auf, München 2007 (Anılış: Bamberger/Roth (İlgili Bölümün Yazarı), BGB §).
- **Bär, T.** : Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Wintertuhr 1963.
- **Beck, E.** : Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942.
- **Brox, H./Walker, R. D.** : Allgemeines Schuldrecht, 31. Auf, München 2006.
- **Bucher, E.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, Zürich 1988.
- **Coester, M.** : “Die Zahlungszusage auf der Baustelle-OLG Hamm NJW 1993, 2625”, JuS 1994, s. 370-372.
- **Coester-Waltjen, D.** : “Die Bürgschaft”, JURA 2001, s. 742-747.
- **Derleder, P./Knops, K. O./Bamberger, H. G.** : Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Berlin-Heidelberg 2004 (Anılış: Derleder/Knops/Bamberger/İlgili Bölümün Yazarı).
- **Edenfeld, S.** : “Offene Fragen des Beitritts zur Dauerschuld”, JZ 1997, s. 1034-1042.
- **Elçin-Grassinger, G.** : Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996.
- **Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İst. 2008.
- **Erman** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, B. I, 12. Auf, Köln 2008 (Anılış: Erman Komm/İlgili Bölümün Yazarı).

- **Emmenegger, S.:** “Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft-vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen”, ZBJV 2007, s. 561-582.
- **Esser, J./Schmidt, E. :** Schuldrecht, Band I, Teilband 2, Allgemeiner Teil, 8. Auf, Heidelberg 2000.
- **Gauch, P./Schluep, W. R. (Emmenegger, S.) :** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, II. Band, 9.Auf, Zürich 2008 (Anılış: Gauch/Schluep (Emmenegger)).
- **Grigoleit, H. C./Herresthal, C. :** “Der Schuldbeitritt”, JURA 2002, s. 825-833.
- **Hk-BGB (Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch):** 5. Auf, Baden Baden 2007 (Anılış: Hk-BGB/İlgili Bölümün Yazarı).
- **Heermann, P. W. :** Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003.
- **Hirsch, C. :** Allgemeines Schuldrecht, 6. Auf, Köln 2009.
- **Huguenin, C. :** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auf, Zürich 2008.
- **Jauerning** Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 12. Auf, München 2007 (Anılış: Jauerning/İlgili Bölümün Yazarı).
- **Joussen, J. :** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Stuttgart 2008.
- **Keller, M./Schöbi, C. :** Schweizerische Schuldrecht, B. IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel und Frankfurt am Main 1984.
- **Kittlitz, M. :** Der vertragliche Schuldbeitritt, Diss. Berlin 1994.
- **Larenz, K. :** Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auf, München 1987.
- **Looschelders, D. :** Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auf, Köln/Berlin/München 2007.

-
- **Madaus, S.** : Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Diss. Berlin 2001.
 - **Merz, H.** : Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, B. VI/1, Basel-Frankfurt 1984.
 - **Mühl, D./Petereit, W.** : Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil V: Schweiz, Berlin 1983.
 - **Münchener Kommentar zum BGB**, B. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Auf, München 2007 (Anlş: Münc.Komm/İlgili Bölümün Yazarı).
 - **Nörr, K. W./Scheyhing, R./Pöggeler, W.** : Sukzessionen, Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Auf, Tübingen 1999.
 - **Pöggeler, W.** : "Die Akzessorität im Zivilrecht: Irrtümer und Wahrheiten", JA 2001, s. 65-70.
 - **Prütting, H./Wegen, G./Weinreich, G.** : BGB Kommentar, 4. Auf, 2009 (Anlş: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Komm/İlgili Bölümün Yazarı).
 - **RGRK Kommentar**: Das Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 2. Teil, §§ 414-610, 12. Auf, Berlin 1978 (Anlş: RGRK Komm-İlgili Bölümün Yazarı).
 - **Schmidt, K.** : "Abgrenzung zum Bürgschaft und Schuldbeitritt", JuS 1986, s. 311.
 - **Schürmbrand, J.** : Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorität, Diss, Berlin 2003.
 - **Schwenzer, I.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auf, Bern 2003.
 - **Spirig, E.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V, 1 k: Die Abtretung von Forderungen und Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Auf, Zürich 1993.

-
- **Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.** : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
 - **Von Tuhr, A./Escher, A.** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf, Zürich 1974.
 - **Weber, H. J./Weber, A. J.** : Kreditsicherungsrecht, 8. Auf, München 2006.
 - **Westermann, H. P./Bydlinski, P./Weber, R.** : Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auf, Heidelberg, München 2007.

Kısaltmalar

Art.	: Artikel
Auf	: Auflage (Baskı)
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
Diss.	: Dissertation
dpn.	: dipnot
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No.	: Numara
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı sayfa/ve devamı madde
Vorbem.	: Vorbemerkung
WM	: Wertpapiere Mitteilungen
ZBJV	: Zeitschrift für Bernischen Juristenvereins