

TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 202 KAPSAMINDA TİCARİ İŞLETMENİN PASİFLERİNİN DEVRİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK DÜZENLEMESİNİN DEĞERLENDİRMESİ İLE KEFİL VE KEFALETİN DURUMU

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN*

ÖZ

Ticari işletmenin TTK m. 11/3 kapsamında devrolunması durumunda ticari işletmeye dair pasiflerin akıbeti TBK m. 202 hükümlerince düzenlenmektedir. TBK m. 202’de ticari işletmenin devri açısından borcun devri zamanı, müteselsil sorumluluk ve borcun üstlenilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Bu kapsamda ticari işletmenin devri durumunda borçların devralana geçmesine yönelik borcun üstlenilmesi hükümleri devreye girmektedir. Ancak borcun üstlenilmesine yönelik TBK m. 198/2’de kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinden bahsedilmektedir. TBK m. 202’de borcun üstlenmesi atfına karşın doktrinde müteselsil sorumluluk sürecinde önceki borçlara kefil olanın yazılı rızası olmaksızın sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmektedir. Halbuki, müteselsil sorumluluk ve ticari işletmeyi devreden sorumluluğunun devam etmesinden dolayı burada borca katılmadan bahsedilmesi isabetli olacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Ticari işletmenin devri, borcun üstlenilmesi, borca katılma, kefalet, müteselsil sorumluluk*

EVALUATION OF PROVISION OF JOINT LIABILITY WITHIN THE SCOPE OF TRANSFERRING PASSIVE ASSETS OF COMMERCIAL ENTERPRISE UNDER TURKISH DEBT LAW ART. 202 AND SURETY WITH SITUATION OF SURETYSHIP

ABSTRACT

In case the commercial enterprise is taken over under TCC Art. 11/3, the fate of the liabilities regarding the commercial enterprise is regulated by the provisions TCO Art. 202. In article 202 of the TCO, regulations regarding the transfer of the debt, joint liability and undertaking the debt are included in terms of the transfer of the commercial enterprise. Therefore in case of the transfer of the commercial enterprise, the provisions of undertaking the debt for the transfer of debts to the transferee come

* **Arş.Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniv. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku ABD/ANKARA, e-posta: ahmet.ozsahin@hbv.edu.tr,

ORCID : 0000-0001-5577-7683.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.934009

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 26/11/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/01/2021

into play. However, TCO in Art. 198/2 for undertaking the debt, it is mentioned that the liability of the guarantor will continue with the written consent of the guarantor. Despite the reference to undertaking the debt TCO in Art. 202, according to doctrine that the responsibility of the guarantor for the previous debts will continue in the process of joint responsibility without the written consent. However, it would be appropriate to mention participation in debt here due to the continuity of joint responsibility and the responsibility of the person who transferred the commercial enterprise.

Keywords: Transfer of the commercial enterprise, undertaking the debt, participating in debt, suretyship, joint liability

GİRİŞ

TTK m. 1/1'in birinci cümlesinde belirtildiği üzere "Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ayrılmaz bir parçasıdır." TBK m. 646'ya göre de, Türk Borçlar Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. Bu manada somut olaya uygulanacak Ticaret Kanunu'nda özel bir hüküm bulunmadığında Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gündeme gelmektedir. "Malvarlığının veya işletmenin devralınması" başlığıyla TBK m. 202 hükmü¹ de ticari işletmelerin devrinde TTK m. 11/3² yanında bilhassa pasiflerin devrine ilişkin ve alacaklıların haklarının korunmasına yönelik bir hüküm olarak yer almaktadır.³

¹ Hükümün İsviçre'deki karşılığı olan İBK m. 181'de aktiflerin devri açısından cüz'i halefiyetten bahsedilmektedir. Hüseyin Ülgen and Mehmet Fatih Arıcı, "İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1767.

² Ticari işletmenin TTK m. 11/3 kapsamında devrini konu almamızın sebebi, TTK m. 194 kapsamında ticari işletmenin yapı değişikliklerine de konu olabilmesi ve buna ilişkin düzenlemelerin farklılık arz etmesidir.

³ Şirket hisse devirleri işletmenin devri anlamına gelmez. Bkz. Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi, 2018, s. 1050, 1051. Danıştay 10 D, E. 2016/5836 K. 2016/3721, 13.10.2016'da belirtildiği üzere "Şirket ortaklarının salt ortaklığa dair hisse devirleri 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 202

Kanunkoyucu TTK m. 11/3'te ticari işletmenin devrinde pasif malvarlığının devrine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemede bulunmamaktadır.⁴ Doktrinde, ticari işletmenin devrinde pasiflerin⁵ devir dışı bırakılıp bırakılmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.⁶ Nitekim ticari işletmenin devrinde uygulama alanı bulan ATK(Alman Ticaret Kanunu, Handelsgesetzbuch) m. 25'in ikinci fıkrasında ticari işletmenin devrinde pasiflerin devir dışı bırakılmasına bunun ticaret siciline tescil ve ilanı veya üçüncü kişilere devreden veya devralanın bildirmesi ile mümkün olduğu düzenlenmektedir.⁷ Öncelikle bu durumda, şayet pasiflerin devir kapsamından çıkarılabileceği sonucuna varmak mümkünse burada kefilin durumundan da

. maddesinde ifadesini bulan işletmenin devri olarak nitelendirilebilecek bir durum değildir." Aynı şekilde ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde de ticari işletmenin devrinden bahsedilmemesi gerekir. Bkz. Elif Cemre Hazıroğlu, "Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu", 2017, 3(1), TFM, s. 79,80.

- 4 DEMİR'in belirttiği üzere TBK m. 202 borçlardan birlikte sorumluluğu düzenlemekle TTK m. 11/3'ü tamamlamaktadır. Bkz. Koray Demir, "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar", 2013, 71(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 116.
- 5 ÖZ'e göre TTK m. 11'de yer alan malvarlığı ifadesi pasifleri de kapsayıcı anlama gelmektedir. Kanımızca bu görüş doğru olmakla beraber açıkça belirtilmesi daha yerinde olacaktır, zira malvarlığının içerdiği unsurların yer aldığı üçüncü fıkrada İBK m. 181; İsviçre FG m. 69 aksine pasif malvarlığı olarak ayrı bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bkz. Turgut Öz, "Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi", Ersin Çamoğlu'na Armağan, 2013, İstanbul, s. 99. KAHRAMAN'a göre, işletmenin aktifinin TTK'da düzenlenmesi borçların ise TBK'ya bırakılması yerinde olacaktır. Bkz. Zafer Kahraman, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 164, dp. 717. İBirk (İsviçre Birleşme Kanunu, Fusionsgesetz, FusG) m. 69 ve 73'te malvarlığının aktif ve pasiflerinin devrinden açıkça bahsedilmektedir. TTK m. 11'de de bu yönde bir değişiklik yerinde olabilecektir.
- 6 ACEMOĞLU'na göre İsviçre ve Türk hukuk sistemine göre pasiflerin devir dışı bırakılması mümkün değilken, ARICI'ya göre ise TBK m. 202, pasiflerin devir dışı bırakılmasına engel nitelikte bir emredici hüküm olarak görülemez. Bkz. Kevork, Acemoğlu, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri (Doçentlik Tezi), Fakülteler Matbaası, 1971, s. 34 vd.; Mehmet Fatih Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 144 vd. Pasiflerin ayrı devredilebileceği bu durumda TBK m. 202 (eBK m. 179) hükmünün uygulanmayacağı yönünde bkz. Nuşin, Ayiter, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası, 1968, s. 49. Pasiflerin kendiliğinden devralana geçtiği hususunda bkz. Doğan Kocabay, "Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali", 2018, 67(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 624. Pasiflerin ayrı devredilemeyeceği yönünde emredici hükümden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 165 vd. İBirk kapsamında, ticari işletme malvarlığının malvarlığı değerlerinin serbestçe devredilebileceği yönünde görüş için bkz. Philippe Weber, s. 145.
- 7 Burada devreden devralana karşı devir sözleşmesine yönelik edimini ifa etmesinin sağlanmasının amaçlandığı hakkında bkz. Acemoğlu, s. 111.

bahsetmeye gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla biz burada pasiflerin devrinin mümkün olup olmaması tartışmasına girmeden her halde pasiflerin devri varsayımıyla devirden önceki ticari işletmeyi ilgilendiren borçlara bağlı kefaletin devamı ve kefil veya kefillerin durumunu inceleyeceğiz.

Ticari işletmenin devrine bağlı olarak devrolunan borçlara bağlı kefaletin sahibi olan kefillerin durumunu inceleyeceğimizden baştan belirtmeliyiz ki, ticari işletmenin devrine ilişkin TTK m. 11/3'ü her yönüyle ele almak gereği bulunmamaktadır. Yine yalnız pasiflerin devrine bağlı kefaletten bahsedileceğinden burada daha çok TBK m. 202 hükmünün ele alınması ihtiyacı doğmaktadır. Her ne kadar TTK m. 11/3'ün gerekçesinde pasiflerin devrine yönelik TBK m. 202'nin düzenleme içerdiği görüşü kabul edilemese de⁸ gerçekten pasiflerin devrine yönelik sonuçların özellikle TBK m. 202'de yer aldığını söylemek mümkündür. TTK m. 11/3'ün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere TBK m. 202'nin varlığı⁹ TTK m. 11/3'te pasiflerin devrine yönelik düzenleme yapılmasına ihtiyaç olmadığı düşüncesini beraberinde getirmiş görünmektedir.¹⁰

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNE VE TBK M. 202 KAPSAMINDA MÜTESELSİL SORUMLULUĞA KONU OLAN BORÇLARIN NİTELİK VE KAPSAMI

Ticari işletmenin pasiflerinin devri için belirli bir niteliğe sahip olması gerekmektedir. Aksi halde bu borçların ticari işletmeye devrolunmasından bahsedilemeyecek olup bu durumda ticari işletmenin devrine yönelik hükümleri de kefil açısından yorumlamaya gerek kalmayacaktır. Ticari işletmenin devrinde¹¹ pasiflerin devredilmesi varsayımında hangi borçların devrolunacağı yani devrolunabilir borçlarının kapsamının belirlenmesi gerekmektedir ki şarta bağlı ve zamanaşımına uğramış borçlar da devrolunabilir borçların kapsamındadır¹². Nitekim bu belirlemeyle beraber hangi kefalet işlemlerinin ve kefillerin de çalışmamız açısından ön plana çıkacağı ve çalışmanın

⁸ Öz, s. 99.

⁹ TBK m. 202 için malvarlığı veya işletmenin üstlenilmesi ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1277.

¹⁰ Gerekçede "Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi ticari işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiştir..." denilmektedir.

¹¹ Ölüm sonucu ticari işletmenin devri de konumuz dışındadır. Zira bu durumda, miras hukuku düzenlemeleri devreye girecektir. Nitekim, ATK m. 25'te açıkça sağ birisinden ticari işletmenin devralınmasından bahsedilmektedir.

¹² Rudolf Tschäni, Art. 181, N. 5.

konusunu oluşturacağı ortaya konulmuş olacaktır.

Belirtmek isteriz ki, ticari işletmenin devrinde devralanın her bir borca vakıf olması şartı aranmamaktadır.¹³ Borcun doğduğu hukuki sebebin de burada önemi yoktur, dolayısıyla haksız fiilden veya kanundan doğan borçların da devrinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir.¹⁴ Yeter ki ticari işletmeye ilişkin nitelikte olsun. Devralan ticari işletmeye ilişkin borçları bilmesede alacaklılara karşı borcu bilmediğini ileri sürememektedir, sorumluluktan kurtulamamaktadır. Yine de kanımızca burada TMK m. 2 gereği hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde kötüniyetin korunmayacağı prensibinin göz önünde tutularak her zaman alacaklının ticari işletmeyi devralandan borcun yerine getirilmesini isteyebileceği sonucunu çıkarmak doğru olmaz.¹⁵

Pasifin yani borcun devrinde devrolunabilir borçlar esastır. Yine ancak belli bir şahsın ifasının mümkün olduğu borçları da devrolunamayan borç kapsamında değerlendirmek gerekir.¹⁶ Devre konu olmayan borçlar açısından ise ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Devre elverişli olmayan borçlar, ticari işletmeyle ilgili olmayan borçlar. ATK m. 25’de ticari işletmeyle ilgili borçlar açıkça belirtilmekle beraber İBK Art 181 ve TBK m. 202’de ise borcun niteliği bu şekilde ifade edilmese de aynı sonuca doktrinde ulaşılmaktadır.¹⁷ İkincisinde ise ticari işletmenin işlemlerinden ileri gelmeyen borçlardan bahsedilmekle beraber burada da ticari işletmenin faaliyetine ilişkin olmanın doğru belirlenmesi gerekir.¹⁸

¹³ Tschäni, Art. 181, N. 5. Kanunen devir olduğundan varlığını bilmediği borçlar da devralana geçer. Bkz. Becker Hermann, Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage, Stampfli Verlag, 1945, Art. 181, N. 24; Mustafa Kemal Oğuzman and Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 595.

¹⁴ Acemoğlu, s. 127.

¹⁵ Nitekim, Alman hukukunda ticari işletmenin devrinde ticaret siciline tescil ve ilan veya bildirim durumunda sorumluluk konusunda tarafların belirleyici olabileceği ATK m. 25’te düzenlenmektedir. Borca ilişkin sınırlamaların sözleşme ve duyuru açısından tutarlı olması halinde alacaklıyı bağlayacağı hakkında bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 170 vd. Yine iç ilişkide farklı anlaşma yapılması hakkında bkz. Tschäni, Art. 181, N. 13.

¹⁶ Tschäni, Art. 181, N. 5; Acemoğlu, s. 130.

¹⁷ Acemoğlu, s. 124 vd.

¹⁸ Rekabet yasağı ve sır tutma gibi borçların da devrolduğuna dair bkz. Peter C. Schaufelberger and Katrin Keller, Art. 181, N. 4.

Sözleşme ilişkilerinin de devir kapsamında sayılması savunulabilir.¹⁹ Bununla birlikte TBK m. 202 sadece borçları ele aldığı üzere sözleşmelerin durumunun ayrı bir çalışma konusu²⁰ olduğunu söylemek gerekir.²¹

Belirtilen şekilde devrolunabilir borçların ticari işletmeyi devralana intikâli mümkün olduğundan bu borçlar açısından kefil olunması durumunda artık borcun ticari işletmeyi devreden üzerinde bulunduğu gibi kefilin de sorumluluğunun ele alınması gerekmektedir.

II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE PASİFLERİN GEÇİŞİ HAKKINDAKİ KANUNİ DÜZENLEME VE DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kanunkoyucu TBK m. 202'nin üçüncü fıkrasında, gerekçesinde 818 s. Kanun'un 179. maddesinin ikinci fıkrasından alındığını belirttiği hükümde, borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir hükmüne yer vermektedir. İBK m. 181/3'te yer alan düzenlemede ise, malvarlığının aktif ve pasifleri ile devralınmasında borçların devralınmasının tek bir borcun üstlenilmesiyle aynı etkiye sahip olduğu düzenlenmektedir.²²

¹⁹ Larissa Marolda Martínez and Hans Caspar Von Der Crone, s. 304. Sözleşme ilişkilerinin devri açısından doktrinadaki görüşler ana hatları şu şekilde belirtilmektedir: Karşı tarafın onayına bağlı olduğu, envantere belirtilmek kaydıyla karşı tarafın fesih ve dönme hakkını kullanma hakkı bulunduğu şartıyla, 3. kişinin onayı ile devrolunabileceği, kanunen onay gerekmesizin 3. kişinin kısmen fesih ve dönme hakkının bulunduğu şeklinde devrolunduğu görüşü. Bkz. Weber, s. 139, 140. Ayrıca bkz. Mustafa Hasanali Akay, "Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar", 1(1), 2014, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 173 vd.; TSCHÄNI, şahsen ifası gerekenler dışında süreklilik gösteren borç ilişkilerinin devrinin kabul edilmesi görüşünü savunmaktadır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 6.

²⁰ İş sözleşmeleri hakkında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde özel düzenleme burada da uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda bkz. Mehtap Yücel Bodur, "Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması", 2019, 23(2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.37-77. Ticari işletmenin malvarlığı devrinde iş sözleşmelerinin özel düzenlemesi hakkında bilgi için bkz. Ülgen and Arıcı, s. 1798 vd.

²¹ Sözleşmeler konusundan TBK m. 202'de bir düzenleme bulunmamakta, dolayısıyla sözleşmelerin devri açısından borcun devrinden öte sözleşmenin devri kavramının incelenmesi ayrı bir çalışmayı gerektirmektedir. Kanımızca burada sözleşmeye katılmadan bahsedilemeyecektir zira sözleşmeye katılmada müteselsil alacağın da gündeme gelmesi olasılığı TBK m. 202 düzenlemesine aykırıdır.

²² Alman hukukunda İsviçre ve Türk hukukunun aksine ticari işletmenin devrine yönelik ATK m. 25 hükmünde devralanın devredenle beraber sorumlu olacağından bahsedilmekle beraber borcun üstlenilmesi yönündeki BGB (Bundesgesetzbuch) m. 415 vd. hükümlerine bir atıf bulunmamaktadır.

Kanunun hükmü bir tarafa acaba gerçekten burada borcun üstlenilmesi veya nakli ticari işletmenin pasiflerinin devrinin hukuki niteliğini oluşturmaktadır mıdır? Zira kanunkoyucu bu hükümlerin uygulanmasını öngörmekte ise de kanımızca bu düzenleme aşağıda belirteceğimiz nedenlerle yerinde değildir.

Öncelikle, hükme bakıldığında lafzî yönden eleştirilmesi mümkün olmakla beraber, burada borcun üstlenilmesi hükümlerinin ticari işletmenin pasiflerinin devri açısından da uygulanacağını kastedildiği anlaşılmaktadır²³. Bununla beraber, 818. sayılı Borçlar Kanunu döneminde bulunmayan 6098 sayılı Kanunla getirilen bir yenilikten bahsetmek gerekir. Borca katılma²⁴ (schuldbeitritt²⁵, schuldmitübernahme²⁶ oder kumulative schuldübernahme)²⁷ kurumu İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinden farklı olarak TBK m. 201²⁸'de düzenlenmekte ve tanımlanmaktadır.²⁹ Buna göre borca katılma mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında³⁰ yapılan ve katılanın³¹, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşme³² olup ikinci fıkrada da belirtildiği üzere burada katılan

²³ Alman hukukunda devrin ATK m. 25 kapsamında hukuki gerekçeleri hakkında görüşler için bkz. Daniel Zimmer and Friederike Scheffel, s. 471.

²⁴ Kavram hakkında bkz. Seda Yıldız Portakal, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 5 vd. Borca katılmada katılanın borcun borçlu tarafından alacaklıya ifasında menfaati bulunmaktadır. Stephen Madaus, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Diss. 2001, s. 14. Menfaat kıstası hakkında bkz. Hasan Murat Develioğlu, s. "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", 2004, 3(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 314 vd.

²⁵ Bu terim, hukuk uygulayıcıları arasında yaygın kullanılmaktadır. Bkz. MADAUS, s. 12.

²⁶ Asıl borçlu ile borcun üstlenilmesi şeklinde tarifi için bkz. EREN, s. 1279.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oruç Hami Şener, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", 2009, 11(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1279-1322.

²⁸ Hükümün kefalet sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerden sonra gelmek üzere düzenlenmesinin daha doğru olacağı hususunda bkz. Şener, s. 1314.

²⁹ Bu konuda bkz. Gamze Turan Başara, "Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessesе: Borca Katılma", 2014, 2(63), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.419-447.

³⁰ Borca katılmada borçlunun da katılımının ve onayının bulunması gerektiği ve düzenlemenin bu yönde eleştirisi hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 1047. Burada sözleşmenin değişmesinden bahsedilmesi durumunda borçlunun da katılımının gerekeceği hakkında bkz. Madaus, s. 10.

³¹ Katılma sonrası oluşan borç için *beitrittschuld* ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Madaus, s. 36.

³² Borca katılma sözleşmesinde şekil aranmamakla beraber, teminat amaçlı borca katılma sözleşmelerinin TBK m. 603 gereği kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilmektedir. Şener, s. 1293; Kılıçoğlu, s. 1049; Oğuzman and Öz, s. 591, 592. Borca katılmakla beraber alacaklıya karşı alacak hakkına katılma söz ko-

borçlu ile alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu³³ olmaktadır.³⁴

Her ne kadar kanunkoyucu borcun dış üstlenilmesi hükümlerine atf yapsa da burada borca katılma hükümlerinin elverdiği ölçüde uygulanacağını belirtmesi isabetli olurdu.³⁵ Nitekim, İsviçre Borçlar Kanunu'nda borca katılma düzenlenmemekle beraber İBK m. 181 kapsamında borca katılmadan söz edileceği görüşü ileri çıkmaktadır.³⁶ Zira, borcun üstlenilmesinde müteselsil

nusu değildir. Bkz. Madaus, s. 20 vd. Borca katılma ile kefalet sözleşmeleri ayrımı için bkz. Zafer Kahraman, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi, 2013, 12(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.149-171. Kıymetli evrakta aval için eşin rızası hakkında bkz. Mehmet Çelebi Can, "Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - AVALDE EŞİN RIZASI ARANMALI MI?", 2017, 21(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.35-73. Avalde de borca birlikte iltihak mahiyeti görüldüğü hakkında bkz. Jale Güral, "Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", 1951, 8(3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 443. Bkz. Yargıtay İBBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, 20. 04. 2018, 16. 10. 2018 Tarihli ve 30567 Sayılı Resmî Gazete. Aval ve kefalet arasındaki fark hakkında bkz. Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncellenmiş, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 45 vd. Burada kanundan doğan katılma söz konusu olduğundan borca katılma açısından eşin rızası aranmayacağı kanaatindeyiz.

³³ Müteselsil sorumluluk için dayanışmalı sorum kavramının kullanılması hakkında bkz. Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986, s. 185. Alacaklıların rızası aranmadan borcun devri gerçekleştiğinden alacaklıların zarar görmemesi için bu sorumluluğun kabul edildiği için bkz. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku Dersleri, İlaveli 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1960, s. 115. Alacaklıların rızası aranması durumunda işletmelerin devrinin mümkün olamayacağından bahsedilebilir. Ercüment Erdem, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", 2014, 8(Sayı Özel), Journal of Yaşar University, s. 991, dp. 12.

³⁴ Borca katılma ve unsurları hakkında bkz. Sabah Altay, Borca Katılma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010, s. 43 vd.

³⁵ Burada borca katılmadan bahsedilmesi gerektiği hakkında aynı yönde ARICI, s. 138, 194. OZANEMRE YAYLA'ya göre "...TBK m. 201 dar yorumlandığı takdirde, borca katılmanın ancak ve ancak sözleşmeyle mümkün olduğu, sonucuna varılacaktır. Çünkü kanunkoyucu örneğin müteselsil borçluluğun doğuşunun düzenlendiği TBK m. 162 hükmünde açık bir şekilde sözleşmeden kanundan doğan müteselsil borçluluk kavramlarına yer vermiştir. Oysa borca katılmada kanunkoyucu, bu kurumu doğrudan bir sözleşme olarak nitelendirmiş bulunmaktadır. Bu halde eğer TBK m. 201 hükmü dar yorumlanacak olursa, malvarlığı ve işletme devirlerinde devreden devralana karşı iki yıl süreyle devam eden borçluluğu, kanundan doğan müteselsil borçluluk olarak nitelendirilebilecek ancak bu halde borca katılmanın bulunduğu söylenemeyecektir. Fakat nihayetinde bu mesele bir yorum sorunu oluşturur." Bkz. Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, "Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları", 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2942, dp. 75. Burada kanuni borca katılma bulunduğu hakkında bkz. Şener, s. 1280, dp. 2. Borca katılmaya benzer bir durum bulunduğu yönünde bkz. Develioğlu, s. 301.

³⁶ Tschäni, Art. 181, N. 2; Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 9; Peter Reetz and Micheal

sorumluluk söz konusu olmayıp, üstlenmeyle beraber önceki borçlunun da borçtan kurtulmasından bahsedilmelidir.³⁷ Borca katılmada ise borcuna katılanın borçtan kurtulması ve borcun üstlenilmesindeki gibi bir borç nakli söz konusu değildir.³⁸ Borca katılmayla, katılan borçla aynı derecede³⁹ borcun meydana gelmesi sonucu ortaya çıkar.⁴⁰ Bunun yanısıra doktrinde, borcun üstlenilmesinin geniş anlamda borca katılmayı da kapsadığından⁴¹ TBK m. 202 açısından borca katılma hükümlerinin uygulanacağı yönünde yorumlanabileceği de savunulmaktadır⁴².

Ticari işletmenin pasiflerinin devriyle borca katılma ilişkisinin kabulü durumunda da kefilin durumunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, borcun üstlenilmesinde TBK m. 198/2'ye göre borcun güvencesi olarak rehin veren üçüncü kişinin ve kefilin sorumlulukları, ancak onların borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermeleri hâlinde devam edebilecektir.⁴³ Zira, burada borç devam etse de kefil olunan borcun asıl borçlusu değişmektedir. Halbuki, borca katılmada kefilin kefil olduğu kişi ticari işletmenin de pasifleri ile devrinde iki yıl⁴⁴ süreyle müteselsil sorumlu olunmasında ayrıca kefilin rızası gündeme gelmeyecektir. Kanımızca iki yıllık müteselsil sorumluluk süreci açısından ticari işletmenin devrinde borca katılma hükümlerinin uygulanması yerinde olacak bu yönde bir kanuni değişikliğe gidilmesi hukuki nitelendirmeye de uygun düşecektir. Zannediyoruz bu eksiklik eski kanun

Graber, s. 1060; Frédéric Krauskopf, s. 535.

³⁷ Burada borca katılmanın hatırlandığı yönünde bkz. Mehmet Kılıç, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 208. Bu yönde Alman hukukunda borca katılmadan bahsedildiği hakkında bkz. Kahraman, Borcun Üstlenilmesi, s. 149.

³⁸ Özen, s. 9; Develioğlu, s. 301.

³⁹ Madaus, s. 7.

⁴⁰ Kefalette ise ikinci (tâli) derecede doğan borçtan bahsedilecektir. Özen, s. 11; Oğuzman and Öz, s. 591.

⁴¹ Bu ayırım hakkında bkz. Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz and Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 543 vd. ; Çelikboya, s. 240.

⁴² Bkz. Kerem Çelikboya, Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 240 vd.

⁴³ Kefilin önceden devre razı olması kefaletin devamı açısından geçerli olmayacaktır. Bkz. Sefa Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku, Yazarın Kendi Yayını, 2013, s. 308.

⁴⁴ İBK m. 181/2'de ve İBirk m. 69 vd. da bu süre üç yıl olarak düzenlenmektedir. TBK m. 202'de ticari işletmenin gerçek kişi, dernek veya vakfa devrinde iki yıl sorumluluktan bahsedilirken, TTK m. 194 manasında ticari işletmenin şirkete devrinde üç yıl sorumluluk öngörülmesi eleştirilmektedir. Bkz. Demir, s. 119.

döneminde borca katılma kurumunun yer almamasından kaynaklanmaktadır.⁴⁵ Nitekim, doktrinde ayrıca iki yıllık süre açısından kefilin durumunun ağırlaşmadığından kefilin rızasının aranmasına gerek olmadığı sonucuna varılmakta borcun üstlenilmesi hükümlerinin bu hususta kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁶

Müteselsil olarak iki yıl borçlu olunmasını borca katılma olarak kabul etmekle beraber burada sözleşmenin devrinin⁴⁷, sözleşmeye katılmanın neden söz konusu olmayacağını belirtmek gerekir. Zira, borcun üstlenilmesinde olduğu gibi sözleşmenin devrinde de devreden taraf borçlu olduğu takdirde borcundan kurtulmaktadır. Sözleşme hak ve borçları ile başkasında devredilmekte sözleşmenin bir tarafı değişmektedir.⁴⁸ Müteselsil sorumluluktan bahsedilememektedir. Yine sözleşmeye katılmada da bir taraf hem alacak hem borçların muhatabı olacağından yani müteselsil alacaklılık ve borçluluktan bahsedileceğinden⁴⁹ burada sözleşmeye katılmadan da bahsedilemeyecektir. Sözleşmenin devrinden bahsedilmesi durumunda ise kanunda borcun üstlenilmesinin aksine kefil ve rehin verenlerin durumuna ilişkin yazılı rıza aranmamaktaysa da burada da TBK m. 198/2'deki gibi kefilin rızası aranmalıdır.⁵⁰ Zira, aslında sözleşmenin devri borcun üstlenilmesini de içerisinde barındıran bir işlemdir.

⁴⁵ Burada kanuna dayalı borca katılmadan bahsedileceği hakkında bkz. Altay, s. 6 vd. Üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde mevcut borcun borçlusuyla yapılan sözleşme uyarınca meydana getirilen borca katılma da mümkün olup kanuni düzenlemedeki borca katılmadan farklıdır. Bkz. Özen, s. 9; Madaus, s. 150. Ancak esasen borca katılmayla borçlu ile katılan arasında yapılan anlaşma şeklindeki borca katılma anlaşılmaz. Bkz. Develioğlu, s. 301, 302. Alacaklı kendi katılımı olmaksızın talep hakkına sahip olur. Madaus, s. 148. Borca katılmada üçüncü kişi yararına edimin söz konusu olduğu hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 1046.

⁴⁶ Hermann, Art. 181, N. 27; Acemoğlu, s. 134; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2019, s. 47, 48.

s. 48.

⁴⁷ Bununla beraber iş sözleşmesi gibi sözleşmelerin devri hususiyet göstermektedir ve ticari işletmenin devriyle devrolunabilmektedir.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 1055; Oğuzman and Öz, s. 602.

⁴⁹ Oğuzman and Öz, s. 604.

⁵⁰ Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri", 2016, 29(125), TBB Dergisi, s. 276. ATK m. 418'de de kefil tarafından verilen güvencenin borcun üstlenilmesi ile son bulacağı ancak kefilin rızası durumunda bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmektedir. İBK m. 178/2'ye göre yine kefil ancak borcun üstlenilmesini onaylarsa alacaklıya karşı sorumlu olur. Ayrıca sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma hakkında bkz. Zeynep Bahadır, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-38.

İki yıl indolmasından sonra da borcun devam edeceği varsayımında ise artık devredilen borç, sadece ticari işletmeyi devralandan talep edilebileceğinden kefilin de kefaletten kurtulacağı söylenebilir. Ancak burada borca katılmadan bahsedilmesi durumunda kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinin kabul edilmesine imkân bulunmayacaktır. Zira burada borcun üstlenilmesi hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemeyecektir.

Borcun üstlenilmesi hükümlerinin TBK m. 202/3'te açıkça öngörülmesi esasen bizi TBK m. 198'in uygulanmasına götürmektedir. Zira hükümde açıkça elverdiği ölçüde uygulanmasından değil özdeşlikten bahsedilmektedir, özdeşlik terimi hukuki bir terim olarak görülmesi de “eşit olan, fark bulunmayan” anlamlarına gelmektedir.⁵¹ 818 s. Borçlar Kanunu m. 179/2 ise “Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır” şeklindeydi.⁵²

Belirtmek gerekir ki, burada kanundan doğan borca katılma türü söz konusu olduğundan⁵³ borca katılmanın TBK m. 201'de ifade olunan alacaklı ile anlaşma yapılması şartının aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Burada yer alan katılma kanuni düzenlemeden dolayı meydana gelmektedir.

Borca katılan taraf olarak ise ticari işletmeyi devralanı kabul etmek yerinde olacaktır. Aksi halde, ticari işletmeyi devredenın zaten taraf olduğu borca katılması gibi tuhaf bir görünüm ortaya çıkacaktır.

III. BORCA KATILMA BAKIMINDAN DOĞACAK SONUÇLAR

Burada sadece borca katılmanın ticari işletme açısından uygulanmasına yönelik kapsamda konu ele alınacağından, müteselsil borca ilişkin halefiyet ve rücu hususlarına değinilmeyecektir. Zira, bu hususların ticari işletme devri açısından müteselsil borca ilişkin yapılan açıklamalardan bir farklılığı burada söz konusu değildir.

⁵¹ TDK, (<https://sozluk.gov.tr>, erişim 08.11.2020).

⁵² TBK m. 202'nin gerekçesinde “818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 179 uncu maddesinin son fıkrasında kullanılan “tek bir borcun nakli akdinden” şeklindeki ibare, Tasarımın 201 inci maddesinin üçüncü fıkrasında “dış üstlenme sözleşmesinden” şekline dönüştürülmüştür denilmektedir. İBK m. 181'de “hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung” ifadesine yer verilmektedir.

⁵³ Sözleşmeye katılmanın kanundan doğduğu hale TMK m. 194/4'ün örnek teşkil etmesi yönünde bkz. Bahadır, s. 24. Bu konuda kanuni borca katılım(*gesetzlichen Schuldbeitritten*) ifadesi kullanılmaktadır. Madaus, s. 10.

A. TBK m. 202/2 Açısından Borca Katılmanın Unsurlarının Değerlendirilmesi

Borca katılmanın TBK m. 201'den de yola çıkılarak bazı unsurlarının TBK m. 202/2'de belirlenen müteselsil sorumluluk açısından ele alınması konumuz açısından önem arz etmektedir. Borca katılmadan bahsedilebilmesi için mevcut bir borcun varlığı⁵⁴, müteselsil borçlu olma unsuru yanında doktrinde fer'ilik bağımsızlık⁵⁵ unsurlarına yer verilmektedir.⁵⁶ Gerçekten TBK m. 202/2 kapsamında bu unsurların bir arada bulunmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Ticari işletmenin devri ile devam etmekte olan bir borç bulunduğundan mevcut borç unsuru, müteselsil sorumluluk açıkça belirtildiğinden⁵⁷, kanunen öngörüldüğünden müteselsil sorumluluk unsuru TBK m. 202/2'de karşılık bulmaktadır. Mevcut borcun⁵⁸ kaynağı açısından ayırımın önemi olmayıp, devrolunabilir borcun ticari işletmeye ilişkin olması durumunda burada borca katılmadan bahsedilebilecektir.⁵⁹ Fer'ilik ve bağımsızlık unsuru ise, borca katılmanın mevcut borca bağlı olmasının borca katılmanın doğumu açısından fer'i nitelik taşıdığını ve sonrasında bağımsız niteliğe kavuştuğunu açıklamaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla bu unsurun da yerine geldiğini söylemek mümkün zira ticari işletmenin devralınmasıyla borca katılan ticari işletmeyi devralan için bağımsız bir borç haline gelmektedir.⁶¹

⁵⁴ Develioğlu, s. 305, 306; Özen, s. 51. Bunun yanı sıra ileride doğacak borçlar için de borca katılmanın mümkün olduğu hakkında bkz. Şener, s. 1286. Mevcut bir borcun varlığı aynı zamanda borca katılmayı, baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu borçlardan da ayırmaya yaramaktadır. Bkz. Özen, s. 10. Baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu hallerde ayrıca aynı hukuki sebepten aynı edimi borçlanmadan bahsedilmektedir. Bkz. Eren, s. 1224. Kanundan doğan müteselsil sorumluluk için *gesetzliche begründete gesamtschuldnerische Mithaftung* kavramı kullanılması hakkında Madaus, s. 10.

⁵⁵ Fer'ilik unsuru kefalet ve borca katılmanın ayırt edilmesinde en önemli unsurdur. Bkz. Develioğlu, s. 317.

⁵⁶ Altay, s. 43, 44; Yıldız Portakal, s. 12; Madaus, s. 150 vd. Bu unsurlara ek olarak, alacaklı ile 3. Kişi arasında borçlu ile müteselsil borçlu olunma iradesine yönelik sözleşme unsurundan da bahsedilebilir. Kılıçoğlu, s. 1048. Bu unsur da kanuni düzenleme sayesinde meydana gelmekte, zira alacaklının onayı kanunen varsayılmakta ve müteselsil sorumluluk da açıkça hükme bağlanmaktadır.

⁵⁷ Ayrıca bkz. Madaus, s. 17 vd.

⁵⁸ Şarta bağlı borçlar da borca katılmaya konu olabilir. Bkz. Madaus, s. 328.

⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 1048. Sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara katılmak mümkündür. Şahsi olarak ifası gereken borçlara ise katılmaktan bahsedilemez. Yıldız Portakal, s. 9.

⁶⁰ Altay, s. 44; Reisoğlu, s. 109; Özen, s. 50; Yıldız Portakal, s. 14, 15.

⁶¹ Bağımsızlık yanında katılanın borcu ilk borç ile özdeş içeriğe sahiptir. Borca katılma bu

Bununla beraber, bu unsurların dışında kanunen borca katılma açısından TBK m. 201’de aranan alacaklının iradesi yönünden bir eksiklik bulunduğu düşünülebilir. Ancak, TBK m. 202 açısından, yani kanunen alacaklının borca katılmayı kabul ettiği, kendiliğinden geçişin olduğu kabul edilmelidir.⁶² Nihayet, borca katılmanın unsurlarının TBK m. 202/2 açısından bulunduğu sonucuna varmak mümkündür.

Alacaklı ile borca katılanın sözleşme yapması borca katılma sözleşmesinin bir gereği olsa da burada kanunen katılmayla alacaklının rızasının eksikliğinin giderildiği göz önünde tutulmalıdır. Nitekim, ticari işletmenin devrinde pasiflerin nitelendirilmesinde borcun üstlenilmesinden bahsedildiğinde de TBK m. 196’da aranan alacaklının rızasının, TBK m. 202 açısından kanunen bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. O halde bu unsur yönünden borca katılma hükümlerinin uygulanmasının borcun üstlenilmesi hükümlerine nispeten bir uyumsuzluğundan bahsetmek mümkün değildir.

B. Ticari İşletmenin Devrinde Borca Katılma Türünün Belirlenmesi ve Sonuçları

Ticari işletmenin devri ile beraber TBK m. 202/2 kapsamında borca katılmadan bahsedilebileceğini ifade ettik. Borca katılma ise amacı ve sonuçları bakımından borçtan kurtarma amaçlı ve teminat amaçlı borca katılma olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır.⁶³ Bu ayrımın önemi konumuz açısından borca katılmanın şekle bağlı olup olmaması bakımından kendisini göstermektedir.⁶⁴ Zira, TBK m. 603’e 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 uygulanacaktır.⁶⁵ Bu durumda

manada ilk borca etki etmez. Madaus, s. 8, 10.

⁶² Tschäni Art. 181, N. 2. Devralanın irade beyanı devir açısından yeterlidir. Krauskopf, s. 533.

⁶³ Borçtan kurtarma amaçlı borca katılma için *Übernahmeschuldbeitritt*, teminat amaçlı borca katılma için *Sicherungsschuldbeitritt* ifadeleri için Madaus, s. 12.

⁶⁴ Borca katılma şekle tabi düzenlenmediği gibi, borca katılmanın hukuki sonucu olan müteselsil sorumluluğa girme açısından da kanunda bir şekilden bahsedilmemektedir. MADAUS’un katıldığımız önerisine göre borca katılma açısından yazılı şeklin öngörülmesi yerinde olabilir, zira açık bu düzenleme ile hem kefalet hükümlerinin uygulanmasına yönelik gereklilik de bu şekilde daha uygun bir çözüme kavuşturulabilecektir. Bkz. Madaus, s. 259, 328, 329; Şener, s. 1314.

⁶⁵ Buna göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri de bu kapsamda şekle tâbi olacaktır. Bkz. Develioğlu, s. 320. Baştan itibaren müteselsil borcun söz konusu olduğu hallerde de TBK m. 603 hükmünün uygulanabileceği hakkında bkz. Özen, s. 51.

ise, TBK m. 583 ve 584 hükümlerinin uygulanması açısından borca katılmanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu hükümlere uyulmamasının yaptırımı geçersizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶ Öncelikle belirtmek gerekir ki, borçtan kurtarma amaçlı borca katılmada borcun katılan tarafından tamamen üstlenilmesi amacı bulunması ve iç ilişkide ilk borçlu ile katılan arasında bu yönde anlaşma bulunması gerekmektedir.⁶⁷ Teminat amaçlı borca katılmada ise, alacaklıya teminat verilmesi amacı bulunmakla beraber iç ilişkide rücu⁶⁸ hakkının da ileri sürülebileceği şartından bahsedilmektedir.⁶⁹ TBK m. 202/2 kapsamında meydana gelen borca katılma kanundan doğmakla beraber burada teminat amaçlı borca katılmadan bahsedilmesi gerektiği söylenebilir, ancak iç ilişkide rücu hakkının kullanılmayacağına dair anlaşma bulunması durumunda ise borçtan kurtarma amaçlı borca katılmadan bahsedilebilecektir. İşte doktrinde teminat amaçlı borca katılma türü açısından şekle ilişkin TBK m. 603'ten hareketle kefalete ilişkin hükümlerin uygulanmasından bahsedilmektedir.⁷⁰ Öncelikle azamî miktarın ve müteselsil sorumluluğa dair nitelikli yazılı şekle uymanın borca katılma açısından gerekmediği açıktır.⁷¹ Teminat amaçlı borca katılmada eşin rızasının aranması da TBK m. 603 düzenlemesinden ileri gelmekle beraber ticari işletmenin devrinde borca katılmanın kanundan doğması bakımından burada eşin rızasının aranmayacağı söylenebilir.⁷² Nihayet, ticari işletmenin devri kapsamında TBK m. 202/2 gereğince meydana gelen borca katılma açısından kefalete ilişkin şekil ve eşin

⁶⁶ Ehliyet yönünden aykırılıktan tek taraflı bağlamazlıktan söz edilmesi hakkında Özen, s. 174, 175.

⁶⁷ Altay, s. 104.

⁶⁸ Borca katılmada rücu için bkz. Madaus, s. 35 vd.

⁶⁹ Altay, s. 104. Ancak her iki durumda da alacaklının karşısında ikinci aynı derecede birinci borçludan bağımsız sorumlu bir borçludan bahsedilecektir. Her iki durumda da alacaklının konumu güçlendirilip ilk borçlunun ödememe durumu güvence altına alınmaktadır. Bkz. Madaus, s. 14.

⁷⁰ Şener, s. 1292 vd.; Madaus, s. 259 vd. Burada menfaat durumunun kıyaslanabilirliği açısından kefalete ilişkin şekle borca katılmada da uyulması gerektiği ileri sürülmektedir. Madaus, s. 262 vd. Şekil serbestisinin temel prensip olduğu ve TBK m. 603'ün istisna olduğu gerekçesiyle kefalete ilişkin şeklin borca katılma açısından aranmayacağı yönünde bkz. Develioğlu, s. 320.

⁷¹ Altay, s. 138 vd. TMK m. 449'da belirtildiği üzere vesayet altındakiler adına kefil olunamayacaktır, bu durumda borca katılmaya da bu hüküm uygulanmalıdır. Aksi halde kesin hükümsüzlükten bahsedilecektir. Özen, s. 174.

⁷² Borca kefilin yanında katılmada veya kefilin borcunun üstlenilmesinde kefalete ilişkin şekle uyulması gerektiği hakkında bkz. Emel Badur, "Eşin Rızası", 2019, 26(109), TBB Dergisi, s. 295.

rızası hakkındaki hükümlerin uygulanmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. TBK m. 603 hükmünün amacı kefaletin dolanılmasını önlemektir⁷³, ancak kanımızca ticari işletmenin kefalet sözleşmesinin dolanılması amacıyla devralınması ihtimal dâhilinde değildir.⁷⁴ Kanımızca, ticari işletmenin devri açısından teminat amaçlı borca katılmadan bahsedilmekle beraber TBK m. 603'ün uygulanmasından bahsedilmemelidir. Ticari işletmenin devrinde ayrıca aktiflerin bulunması da bu konuda göz önünde bulundurulmalıdır.

Ticari işletmeyi devralan ile devreden arasındaki devir sözleşmesi açısından TTK m. 11/3'te belirtilen şekle uyulması bu konuda yeterli olacaktır⁷⁵. Aksi halde burada eşin rızası bulunmadığından borca katılmanın da geçersiz olacağı kabul edildiği takdirde, TBK m. 202/2 ile öngörülen sorumluluktan bahsedilemeyecek pasiflerin ise ticari işletme devri dışında tutulması sonucundan bahsedilecektir ki kanımızca bu kanunun sistematığına ve amacına uygun olmayacaktır.

C. Ticari İşletmeyi Devralanın Devraldığı Borçlar Açısından Tâbi Olacağı Zamanaşımı

Ticari işletmenin devralınmasıyla, borçların TBK m. 202/2 kapsamında müteselsil sorumluluk öngörülmesinin sonucu olarak burada borca katılmadan bahsedileceğinden bahsetmiştik. Ticari işletmeyi devreden açısından iki yıllık sürenin hak düşürücü⁷⁶ niteliktedir.⁷⁷ Bununla beraber ticari işletmeyi devralan yani borca katılan açısından sorumluluk devam edecektir, ancak devralınan borçların zamanaşımının belirlenmesi gerekmektedir⁷⁸. Kanun koyucu borca katılmada borca katılanın katıldığı borcun hangi zamanaşımı süresine tâbi olacağından bahsetmemektedir. Doktrinde ise borca katılan

⁷³ “Madde kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.” Bkz. TBK Madde 603 Gereğesi.

⁷⁴ Altay, s. 121.

⁷⁵ Borca katılmada katılınan sözleşmenin tâbi olduğu şekil açısından kanun koyucunun amacının gözetilmesi sonucu borca katılma sözleşmesinin şekle bağlı olup olmayacağı sonucuna varılması hakkında bkz. Develioğlu, s. 304, 322.

⁷⁶ Acemoğlu, s. 150; Arkan, s. 47.

⁷⁷ Bununla beraber, iki yıllık sürenin dolmasından önce zamanaşımının durmasına kesilmesine ilişkin müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Kısacası, sadece iki yılın dolması hak düşürücü nitelik taşımaktadır.

⁷⁸ Buradaki zamanaşımı süreleri TTK m. 6 gereği sözleşme ile değiştirilemez.

açısından tâbi olunacak zamanaşımı hususunda farklı görüşler yer almaktadır. Görüşler ilk borcun tâbi olduğu zamanaşımının geçerli olması gerektiği, yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı yönünde ikiye ayrılmaktadır.⁷⁹ Birinci görüşe göre, borca katılan katıldığı borcun zamanaşımına göre sorumlu olacaktır zira aynı borç ve edimden bahsedilmektedir.⁸⁰ İkinci ve bizim de katıldığımız görüşe göre borca katılan açısından yeni bir zamanaşımı süresinin başlamasından bahsedilecektir.⁸¹ Bu süre ise, TBK m. 146’da belirtilen on yıl olarak kendisini göstermektedir.⁸² Burada ticari işletmeyi devralan açısından devrin bildirim ve ilanı tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmelidir.

Zamanaşımının durmasının diğer tarafa etkisi olmamakla beraber⁸³, zamanaşımın kesilmesi halinde diğer müteselsil borçlu açısından da TBK m. 155/1 gereği kesileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla, TBK m. 154’te öngörülen zamanaşımının kesilmesine ilişkin hallerden birisi özellikle ticari işletmeyi devreden açısından borca katılmadan sonra meydana geldiğinde ticari işletmeyi devralan açısından zamanaşımının yeniden başlaması gündeme gelecektir.

D. Savunma Hakları Bakımından Ticari İşletmenin Devrinde Borca Katılmanın Kabul Edilmesinin Sonuçları

Borcun üstlenilmesi açısından savunma haklarının(def’i ve itirazların) durumu TBK m. 199 ile düzenlemekle beraber, borca katılma açısından bu yönde bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. TBK m. 199’a göre, borcu üstlenen, borca ilişkin savunmaları⁸⁴ da devralmakla beraber sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça önceki borçlunun kişisel savunmalarını ve iç üstlenme sözleşmesinden kaynaklanan savunmaları alacaklıya karşı ileri süremez.

Def’i ve itiraz haklarının da borca katılan açısından da belirlenmesi gerekmektedir. Borca katılmadan sonra ise müteselsil borç ilişkisi meydana geleceğinden, katılmadan sonra teselsül hükümlerinde yer alan def’i ve itirazlara yönelik TBK m. 164 hükmünün burada da geçerli olması

⁷⁹ Madaus, s. 272 vd.; Altay, s. 210 vd.; Yıldız Portakal, s. 158 vd.

⁸⁰ Başara, s. 439 vd.; Hasibe Sena Akkışla, “Borca Katılma Sözleşmesi”, 2019, 31(141), TBB Dergisi, s. 401 vd.

⁸¹ Şener, s. 1309 vd.; Altay s. 210 vd.

⁸² Şener, s. 1309. Detaylı değerlendirme için bkz. Altay, s. 210 vd.

⁸³ Şener, s. 1310.

⁸⁴ Borcun üstlenilmesinde savunmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Kılıç, s. 176 vd.

gerektiği belirtilmektedir.⁸⁵ Borca katılan ilk borçlu tarafının alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinden ileri gelen def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.⁸⁶ Yine borca katılma, mevcut bir borcun⁸⁷ geçerliliğine bağlı olarak doğduğundan⁸⁸ borca katılan alacaklıya karşı borcun geçersizliğine ilişkin itirazda bulunabilecektir.⁸⁹ Ancak burada da borcun üstlenilmesindeki gibi⁹⁰ sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça ilk borçlunun kişisel savunmalarının katılan tarafından ileri sürülemeyeceğini belirtmek isteriz.⁹¹ Yine borcun üstlenilmesinden farklı olarak, ilk borçlu ile yapılan anlaşmanın geçersizliği de alacaklıya karşı ileri sürülebilecektir⁹². İki yılın dolması ile devredenin sorumluluğunun sona ermesi ise ticari işletmeyi devralan tarafından ileri sürülemeyecektir zira burada kişisel savunma hakkından bahsedilecektir. Müteselsil sorumluluktan bahsedildiği üzere borca katılmada borcuna katılanın ifası durumunda borca katılan da alacaklıya karşı borcun sona erdiğine dair savunmada bulunabilecektir.⁹³ TBK m. 164/2 gereği müteselsil borçlulardan biri ortak def'i⁹⁴ ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olacaktır.

Nihayet, ticari işletmenin devrinde TBK m. 202/2'de belirtilen iki yıllık müteselsil sorumlulukta borca katılmadan bahsedilmesi durumunda def'i ve itiraz hakları yönünden de sakınca bulunmadığı söylenebilecektir. Zira, hem borca katılmada hem TBK m. 202'de müteselsil sorumluluk söz konusu

⁸⁵ Oğuzman and Öz, s. 592; Şener, s. 1308; Develioğlu, s. 318; Başara, s. 437; Yıldız Portakal, s. 143; Akkişla, s. 402.

⁸⁶ Başara, s. 438; Yıldız Portakal, s. 144. Zamanaşımı bu konuda istisna teşkil etmektedir. İstisnalar konusunda bkz. Şener, s. 1309.

⁸⁷ Sonra doğacak bir borca önceden teminat amaçlı borca katılma kapsamında katılmanın mümkün olduğu hakkında bkz. Altay, s. 94; Madaus, s. 152 vd.; Akkişla, s. 397.

⁸⁸ Burada borcun üstlenilmesi kabul edildiği halde de dış üstlenme sözleşmesi yapılmadığından yine devir sözleşmesinin geçersizliğinin alacaklıya karşı ticari işletmeyi devralan tarafından ileri sürülebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Oğuzman and Öz, s. 595.

⁸⁹ Develioğlu, s. 307; Özen, s. 10.

⁹⁰ Ayrıca, kefaletle ilişkin savunmaların ileri sürülüp sürülemeyeceği hakkında bkz. Madaus, s. 309 vd.

⁹¹ Şener, s. 1307; Özen, s. 12. Bu yönden kefile nispetle borca katılanın savunma araçlarının daha az olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, s. 1049.

⁹² Tschäni, Art. 181, N. 13, BGE 60 II 105 ff. Ayrıca bu durumda ticari işletmeyi devredenin sorumluluğu iki yıla sınırlı olmayacaktır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 13.

⁹³ Özen, s. 12.

⁹⁴ Ortak def'inin itirazları da kapsar şekilde kullanılması hakkında bkz. Eren, s. 1230.

olduğundan savunma hakları yönünden de uygunluk sağlanacağı açıktır. Burada borcun üstlenilmesi veya müteselsil sorumluluğa ilişkin savunma haklarının uygulama alanı bulunacağı anlaşıldığı üzere borca katılma açısından da mahsurdan bahsedilmeyecektir.

E. TTK m. 11 ve TBK m. 202 Kapsamında Borca Katılma Süresinin Başlaması

TTK m. 11 kapsamında bakıldığında ticari işletmenin devri açısından ticaret siciline ticari işletmenin devrine ilişkin yazılı sözleşmenin tescili ve ilanından bahsedilmektedir.⁹⁵ Ancak TBK m. 202’de ise alacaklılara yapılacak devre ilişkin bildirimden⁹⁶ veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesi’nde ilanla duyurmayla alacaklılara karşı ticari işletmeyi devralanın sorumluluğunun doğacağından bahsedilmektedir.⁹⁷ Aynı şekilde TBK m. 202/2’de bu bildirim⁹⁸ veya duyuru tarihinden itibaren muaccel borçların dolayısıyla kefilin de sorumluluğunun devam edeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır, alacaklılara bildirimde bulunulması durumunda ilandan önce de borca katılmadan bahsedilebilirken⁹⁹, ticaret siciline tescilden sonraki ilan durumunda bu ilanla beraber iki yıl süreli müteselsilen borçluluk söz konusu olacaktır. Bu halde, TTK m. 11’in borcun geçişine ilişkin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ticari işletmenin devri sözleşmesi taahhüt işlemi olarak değerlendirilmekle beraber, bu sözleşmenin tescilinin¹⁰⁰ kurucu işlem olduğu görüşüne katılmaktayız.¹⁰¹ Burada maddeler

⁹⁵ Oğuzman and Öz, s. 595.

⁹⁶ Burada devrin ihbarı pasifleri de kapsayacaktır. Devrin bildirilmesinin yeteceği hakkında bkz. Acemoğlu, s. 115, 116.

⁹⁷ Bu sebeple Yargıtay 9 D, E. 1998/19751 K. 1999/2083, 15.2.1999 kararında yer alan “*Borçlar Kanununun 179. maddesi bu konuyu düzenlemekte olup yeni malikin devirden itibaren sorumlu olacağı öngörülmüştür*” düşüncesine katılmamaktayız.

⁹⁸ Bildirim bir şekle veya kabule bağlı olmadan sonuç doğurmaktadır. Bkz. Tschäni, Art. 181, N. 10.

⁹⁹ Bildirimden başka şekilde alacaklının devri öğrenmesi durumunda bunun esas alınacağı hakkında bkz. Martínez and Von Der Crone, s. 304. Bildirimde pasiflerin hariç tutulanların açıkça belirtilmediği takdirde bunlardan da sorumlu olunacağı hakkında bkz. Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 8, 9.

¹⁰⁰ Ticari işletmenin devrinin yazılı devir sözleşmesi, devredenin tescil talebi, ticaret sicil memurluğunun tescili olarak üç aşamadan meydana geldiği hakkında bkz. Murat Topuz, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)”, 2012, 18(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 19-80.

¹⁰¹ Ünal Tekinalp, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”,

arasında bir farklılık varmış gibi gözükse de TTK m. 36/1 gereği tescilin üçüncü kişiler hakkında Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanının tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlemesi göz önünde tutulmalıdır. Bu durumda tescilin kurucu işlem olması yanısıra ilanı ile üçüncü kişi konumundaki alacaklılar açısından sonuç doğuracağını kabul gerekir.¹⁰² Bu sebeple de TBK m. 202 düzenlemesi TTK m. 11 ile bağdaşmaktadır. Aynı şekilde ilandan önce alacaklılara bildirimde bulunulması halinde iki yıllık müteselsil sorumluluğun bu andan başlaması da göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁰³ Yine alacaklıların bildirim ve ilan dışında devirden haberi olması halinde de müteselsil sorumluluğun bu süreden itibaren başlaması dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴

Nihayet, kefilin sorumluluğunun başlama ve sona erme süresi ticari işletmeyi devredenın müteselsil sorumluluğunun doğduğu süreyle bir olduğundan ayrıca bir belirlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla beraber, tescil ile aktif ve pasiflerin devrinin kabulü TTK m. 36/1 gereği iç ilişkide hüküm ve sonuç doğuracağından bildirim ve ilandan önce alacaklıların muaccel alacakları için devredene gitmesinde iç ilişkide aksi kararlaştırılmadıkça devredenın devralana rücu etmesi gündeme gelebilecektir, bu halde de kefilin sorumluluğunun azalması ihtimalinden bahsedilebilecektir. Nitekim bu safhada kefilin durumu açısından bir değişiklikten borcun üstlenilmesinden veya borca katılmadan söz edilemeyecektir.

IV. KEFALETE İLİŞKİN SONUÇLARI

Burada ticari işletmenin devrinden önceki borçlara kefaletle ilişkin ticari işletmenin devrinin etkisi ele alınacaktır. Kefalet kurumu sadece ticari işletmenin devri kapsamında ele alınacağından kefaletin sona erme türleri burada ele alınmasa da elbette kefaletin sona ermesi de ticari işletmenin devrinin bir sonucu olmasa da alacaklının teminatının son bulmasına yol açacaktır.

BATIDER, 24(3), s. 13; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 138. Tescil talebinin tasarruf işlemi olarak nitelendirilmeyeceği hakkında bkz. Norman Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 175.

¹⁰² Öz, s. 109.

¹⁰³ Bu konuda tercih devralana bırakılmaktadır. Oğuzman and Öz, s. 596.

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, s. 1052.

A. TBK m. 202/2'nin Kefilin Durumu Açısından Amaçsal Yorumu

Kanunkoyucu TBK m. 202/2 ile ticari işletmeyi devreden devredilen borçlardan iki yıl müteselsil sorumlu olacağını öngörerek alacaklıları korumayı hedeflemiştir.¹⁰⁵ Zira, aslında borcun üstlenilmesinde alacaklıların rızasının aranması gerekirken burada iki yıl daha sorumluluğu öngörülüp¹⁰⁶ aynı zamanda ticari işletmenin devri taraflarının menfaatleri arasında denge korunmaya çalışılmış yine ticari işletmenin devri yönünde irade serbestisi gereği özgürce tasarrufta bulunulması aynı zamanda ticari işletmenin pasifleri için aktiflerinin de gerçekten güvence olacağı anlayışı görülebilmektedir.¹⁰⁷ Bu manada devreden ticari işletmenin faaliyetlerine ilişkin borçlarına kefil olan kişinin devir durumunda da kefaletinin devam etmesi hükmün amacıyla bağdaşacaktır. Bu durumda hem alacaklıların kefalete olan güveni korunmuş olacak hem de zaten iki yıl müteselsil borçlu olunması durumunda gerçekten kefilin durumunun ağırlaşmadığı¹⁰⁸ hatta borcun iki yıldan daha uzun süreceği ihtimalinde kefilin durumunun daha da yararına olacağı ortadadır.

İki yıllık müteselsil borçluluk durumunun meydana gelmesi için kanunkoyucu bildirim ve ticari işletmeler için ilandan bahsetmektedir. Ancak bildirim şekline bahsedilmediğinden¹⁰⁹ bazı alacaklıların da diğerlerinden önce haberdar olması ihtimalinde bu iki yıllık müteselsil sorumluluk dolayısıyla kefilin sorumluluğun da kimi borçlar açısından alacaklının devre vakıf olması şartına bağlı değiştiği sonucu çıkmaktadır.¹¹⁰ Bu manada gerçekten *BAHTİYAR*'ın öğretide haklı olarak TTK m. 11 ile TBK m. 202 arasındaki süre farklılıklarını ifade ettiği gibi yani ticari işletmelerin devrinde ticaret siciline tescil ve ilan öngörülerek karışıklığın giderilmesi gerekmektedir.¹¹¹ Bu durum hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Hukuki işleme katılan kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması yönünde bu adımın atılması yerinde olacaktır.

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, s. 1052. Ayrıca borçların geçişini kolaylaştırma amacı bulunduğu hakkında bkz. Tschäni, Art. 181, N. 3.

¹⁰⁶ Bu şekilde alacaklının iradesinin aranmaması sonucuna bağlı olarak doğacak sakıncanın giderilmesi istendiği hakkında bkz. Oğuzman and Öz, s. 594.

¹⁰⁷ Tschäni, Art. 181, N. 3.

¹⁰⁸ Acemoğlu, s. 134; Arkan, s. 48.

¹⁰⁹ Bildirim, sözlü yazılı herhangi bir şekilde yapılması mümkündür. Ayrıca, bildirim kabulü aranmaz. Bkz. Schaufelberger and Keller, Art. 181, N. 7.

¹¹⁰ Bu durumda o alacaklı açısından iki yıllık sorumluluk süresi işlemeye başlayacaktır. Bkz. Oğuzman and Öz, s. 596.

¹¹¹ Bahtiyar, s. 228.

B. Müteselsil Sorumluluğun Borcun Üstlenilmesi Yoluyla Ortadan Kaldırılması Ve Buna Bağlı Olarak Kefilin Durumu

Müteselsil sorumluluk belirli bir süreyle sınırlı olarak kanunen TBK m. 202/2'de öngörülmektedir. Yargıtay kararında¹¹² da belirtildiği üzere teselsülün kanundan doğduğu hâllerde, kamu düzenine yönelik emredici hüküm¹¹³ söz konusu olduğundan sözleşme ile bunun bertarafı geçersizdir. Bununla birlikte alacaklının da sorumluluğun kaldırılmasına katılmasıyla TBK m. 202'deki müteselsil sorumluluğun ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu söylenebilir.¹¹⁴ Alacaklının katılmasıyla da kanunda öngörülen devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunun bertaraf edilmesi mümkün olup bu durum kefilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından da önem taşımaktadır. Bunun dışında kamu düzeni belli tarafların menfaatiyle sınırlı olmadığı gibi burada emredici bir hükümden bahsedilmesi gerektiğinden aksinin kararlaştırılması esasen geçersizdir. Ancak alacaklının katılmasıyla geçerli bir borcun üstlenilmesinden bahsedildiğinden artık burada müteselsil sorumluluğun devamından söz edilemeyecektir.

C. Müteselsil Sorumluluğun Öngörüldüğü İki Yıllık Sürenin Bitiminden Sonra Borcun Niteliği Ve Devirden Önceki İşletmeye İlişkin Borçlara Kefil Olanın Durumu

Kanunen meydana gelen borca katılma durumunun kefaletin devamına etkisi olmadığından ticari işletmeyi TTK m. 11/3 kapsamında devralanın borca katılan sıfatının bulunduğunu kabulün uygun olacağını ifade ettik. Burada ise müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü sürenin sona ermesi durumunda borcun hukuki niteliğinin belirlenmesi ve devir öncesi borçlara yönelik kefalet üzerinde duracağız.

Borca katılmanın söz konusu olduğu durumlarda, borca katılan açısından borç bağımsız hale gelmektedir. Dolayısıyla, burada borca katılanın yani ticari işletmeyi devralanın borçluluk durumu başta mevcut borca dayalı olarak doğsa da sonrasında devreden borçtan kurtulması ile ilişkili olmaksızın

¹¹² Yargıtay 4 D, E. 1961/3748 K. 1963/2899, 03.04.1961. Karar için bkz. Acemoğlu, s. 38.

¹¹³ Emredici hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Erdem Kaşak, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 145 vd.

¹¹⁴ Acemoğlu, s. 145; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 15. ATK m. 25'nin ikinci fıkrasında ticaret siciline tescil ve ilan ile veya üçüncü kişiye bildirilmesiyle farklı şekilde sorumluluğun geçerli olmasına imkân tanındığı düzenlenmektedir.

alacaklıya karşı devam etmelidir. Buna göre, doktrinde kabul edilen iki yıl sonrası için borcun üstlenilmesi hükümlerinin kefil açısından uygulanması yani yazılı rızasıyla sorumlu olmaya devam etmesinin imkânı bulunduğu görüşüne¹¹⁵ katılmıyoruz. Zira, borcun bağımsızlığına bağlı olarak burada borcun üstlenilmesinden bahsedilmesi doğru olmayacak, kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam edeceğinden bahsedilemeyecektir. Ticari işletmeyi devreden kanunen iki yıllık hak düşürücü nitelikteki¹¹⁶ sürenin dolması ile kefilin sorumluluğunun da borcunun asıl borç kapsamında sona ermesi gündeme gelecek, borca katılan ticari işletmeyi devralanın ise bağımsız olarak borcunun devamı gerekecektir.¹¹⁷ Bu durumda iki yılın sona ermesinin borcun üstlenilmesi sonuçlarını doğuracağı görüşü kanunun borcun üstlenilmesi olarak TBK m. 202'yi düzenlemesinin gereği olsa da işaret ettiğimiz üzere kanuni düzenlemenin de değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Burada alacaklının da kanun koyucunun amaç edindiği üzere iki yıl boyunca menfaatinin gözetilmesi açısından da belirttiğimiz çözüm yerinde olacaktır. Bu süre boyunca şahsi teminatın da alacaklı açısından devamı mevcut durumda da kabul edildiği üzere devam edecektir. Zaten, kefilin asıl borcun borçlusunun borcunun sona ermesinden sonra sorumluluğunun devam etmesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Burada borca katılmada olduğu gibi iki yılın sona ermesi ile ticari işletmeyi devreden borcunun sona ermesi de kanunen söz konusu olmaktadır, boca katılmadan bahsedilmesi durumunda kanuna dayalı bir hukuki sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

D. Ticari İşletmenin Kefalet Türü Bakımından Değerlendirilmesi

Türlerine göre kefalet, TBK m. 585 vd. hükümlerince adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefil, rücu kefil olarak düzenlenmektedir. Bu durumda ticari işletmenin devrinde kefalet türleri bakımından bir farklılık olup olmayacağına kısaca bakmak faydalı olabilir.

TTK m. 7'ye göre ise, ticari borçlara kefalet halinde kanun veya sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde müteselsil sorumluluktan bahsedileceği düzenlenmektedir¹¹⁸. TTK m. 19/1'e göre borcun ticari olup olmaması hakkında işlemin ticari işletmeyle ilgili olup olmadığından hareket

¹¹⁵ Acemoğlu, s. 134, 135.

¹¹⁶ Acemoğlu, s. 150; Arkan, s. 47.

¹¹⁷ Reisoğlu, s. 110. Bağımsızlık unsuru borçların farklı şekilde gelişimini belirtmektedir. Bkz. Madaus, s. 17.

¹¹⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Kadir Berk Kapancı, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?"

edilmektedir.¹¹⁹ Bu durumda, TTK m. 7 ile TBK m. 586'de belirtilen kefilin yazılı olarak müteselsil kefaleti belirtir ifadesine bakılmaksızın müteselsil kefil olduğunu kabul gerekmektedir. Bununla birlikte ticari işletmenin devrinde TBK m. 202/2'de öngörülen iki yıllık müteselsil sorumluluk süresince kefaletin türünün ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, sözleşmede ticari işletmenin devrinden önceki borçlardan doğan kefaletin müteselsil olmadığı sözleşme ile belirlenmiş olabileceği gibi, müteselsil kefaletin söz konusu olmasıyla birlikte ticari işletmeyi devralanın ticari işletmeyi işletmemesi ihtimali de bulunabilir. Kanımızca iki durumda da, kefilin durumunun değişmesinden bahsedilemeyecektir. Zira, TBK m. 202/2 ile borçlunun sorumluluğu iki yıl süre ile sınırlandırılmakta iken borca katılan ticari işletmeyi devralanın müteselsil sorumluluğu ile alacaklının menfaati korunmaktadır. Ayrıca borcun niteliği de kefil olduğu haliyle devam edeceğinden ticari işletmenin devri ile kefalet türünün değişmeden devam edeceği söylenebilir.

SONUÇ

Ticari işletmenin TTK m. 11 kapsamında devri açısından pasiflerinin devrine madde gerekçesinde TBK m. 202'ye atıf yapılmaktadır. Bu kapsamda ise kefilin devirden önce ticari işletmenin borçlarına bağlı kefalet ilişkisi yönünden TBK m. 202/3 devreye girmektedir. Her ne kadar doktrinde TBK m. 202/3'e göre borcun üstlenilmesine yönelik TBK m. 198/2 gereği kefilin yazılı rızası aranmasına gerek olmadığı kabul edilse de burada borca katılmanın bahsedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Alman; İsviçre ve Türk hukukunda da burada borca katılmanın söz konusu olduğu yazarlar tarafından ifade edilmektedir.

Belirttiğimiz sebeplerle müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu TBK m. 202 gereği iki yıllık süre açısından borca katılmadan bahsedilmeli ve ticari işletmeyi devralan tarafın katılan olduğu kabul edilmelidir. Bu yönde bir düzenlemenin yapılması sonucu hukuki niteliğine daha uygun olacağı gibi kefilin yazılı rızasının aranmasının gerekmediğine yönelik

¹¹⁹ ", 2016, 7(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 131-170; Nuri Aziz Midyat, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi", 2017, 75(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 681-705.

¹¹⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kürşat Göktürk, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", 2015, 19(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3-44. Tüketici işlemi ile ticari iş ayrımı hususunda bkz. Eren Çıtır, "Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi", 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3.

yoruma ihtiyaç kalmayacaktır. Yine müteselsil sorumluluğun burada ticari işletmeyi devreden iki yıllık müteselsil sorumluluk süresi içerisinde borcu başkasına veya ticari işletmeyi devralana alacaklının katılmasıyla da devredebilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu durumda ise artık kefilin yazılı rızasının bulunmasının kefaletin devamı için gerekeceği TBK m. 198/2 gereği ortadadır.

Borca katılmanın TBK m. 202 açısından kanunen gerçekleşmesi dolayısıyla ve ticari işletmenin devrinin sözleşmenin asıl konusu olması dolayısıyla kefalete ilişkin TBK m. 603'ün de burada uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, burada bahsedilen borca katılma kefaletin dolanılması amacını da taşımamaktadır.

İki yıllık müteselsil sorumluluk açısından borca katılmaya yönelik hükümlerin uygulanacağı ve ticari işletmeyi devralanın bu süre bakımından katılan olarak borçlu olduğunu belirttiği şekilde bir düzeltmenin yerinde olabileceği kanaatindeyiz. Bu şekilde borca katılan sıfatıyla ticari işletmeyi devralanın borcu iki yılın dolmasından sonra da devam edebilecektir. Kefilin ise sorumluluğu asıl borcun borçlusu ile beraber sona ermiş olacaktır. Ayrıca kefilin yazılı rızası ile sorumluluğunun devam etmesine de burada borcun üstlenilmesinden bahsedilemeyeceğinden imkân olmayacaktır.

Burada kanuni borca katılmadan bahsedileceği üzere, müteselsil kefalete ilişkin şekle uyulmasının gerekmeyeceği, eşin rızasının da bulunmasının gerekmeyeceği söylenebilir. Yine borca katılmada bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre ticari işletmeyi devralan açısından yeni bir zamanaşımı süresinden bahsedilmelidir. Savunma hakları bakımından müteselsil borca ilişkin TBK m. 164 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle borca katılan ilk borçlunun kişisel savunma haklarını alacaklıya karşı ileri süremezken, ortak savunma haklarına dayanması kanuni bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, alacaklının ve müteselsil borçluların menfaati açısından borca katılmanın uygun olduğu söylenebilecektir.

Nihayet, Alman hukukunda olduğu gibi borcun üstlenilmesine yönelik hiçbir atıfta bulunmaksızın daha uygun yorumun doktrin ve uygulamacılara bırakılması da bir diğer alternatif olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- Acemoğlu K, Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri (Doçentlik Tezi), Fakülteler Matbaası 1971.
- Akay M. A, “Ticari İşletme Devrinde Güncel Sorunlar”, 1(1), 2014, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 163-178.
- Akçaal M, İşletmenin Devri, Yetkin Yayınları 2014.
- Akkışla H. S, “Borca Katılma Sözleşmesi”, 2019, 31(141), TBB Dergisi, s. 363-415.
- Altay S, Borca Katılma, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2010.
- Arıcı M. F, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, Vedat Kitapçılık 2008.
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2019.
- Ayhan R, Özdamar M and Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Yetkin Yayınları 2018.
- Ayiter N, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Sevinç Matbaası 1968.
- Badur E, “Eşin Rızası”, 2019, 26(109), TBB Dergisi, s. 251-302.
- Bahadır Z, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, 2013, 17(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-38.
- Bahtiyar M, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, *Makaleler III*, İstanbul, 2014, Beta, s. 205-231.
- Başara G. T, “Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, 2014, 2(63), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 419-447.
- Can M. Ç, “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı ?”, 2017, 21(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 35-73.
- Çelikboya K, Ticari İşletmenin Devri, On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Çıtır E, “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, 2016, 20(3), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-52.
- Demir K, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar”,

- 2013, 71(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, s. 103-120.
- Develioğlu H. M, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi-Borca Katılma Ayrımı", 2004, 3(1), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 293-322.
- Erdem E, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri", 2014, 8(Sayı Özel), Journal of Yaşar University, s. 987-1018.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin Yayınları 2017.
- Göktürk K, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", 2015, 19(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3-44.
- Güral J, "Kefalet Aktiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", 1951, 8(3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 435-478.
- Haziroğlu E. C, "Ticari İşletmenin Bir Ticaret Şirketine Dönüşmesinde Ticari İşletmeyi İşletenin Önceki Borçlardan Sorumluluğu", 2017, 3(1), TFM, s. 71-82.
- Hermann B, Band IV: Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage, Stampfli Verlag 1945.
- İmregün O, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Filiz Kitabevi 1993.
- Kahraman Z, Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi, Vedat Kitapçılık 2013. (Borcun Üstlenilmesi)
- Kahraman Z, "Borca Katılma Sözleşmesiyle Kefalet Sözleşmesinin Birbirinden Ayırt Edilmesi, 2013, 12(1), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 149-171. (Borca Katılma)
- Kapancı K. B, "Türk Ticaret Kanunu'nun 7. Maddesinde Öngörülen "Ticari İşlerde Teselsül Karinesi" Tam Anlamıyla Uygulanabilir Durumda mıdır?", 2016, 7(2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 131-170.
- Karayağın Y, Ticaret Hukuku Dersleri, İlaveli 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1960.
- Kaşak F. E, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık 2019.

- Kılıç M. Türk Hukukunda Borcun Üstlenilmesi, Yetkin Yayıncılık 2013.
- Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitabevi 2018.
- Kocabey D, “Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin İntikali”, 2018, 67(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 605-633.
- Krauskopf F, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), PETER, Gauch/VIKTOR, Aepli/HUBERT, Stöckli, Neunte nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- Madaus S, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Diss. 2001.
- Martínez L. M and Von Der Crone H. C, “Vermögensübertragung”, 2004, (3), SZW/RSDA, s. 297-304.
- Midyat N. A, “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Teselsül Karinesinin Müteselsil Kefaletin Şekil Koşuluna Etkisi”, 2017, 75(2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 681-705.
- Oğuzman M. K and Öz M. T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık 2012.
- Ozanemre Yayla, H. T, “Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları”, 2016, 22(3), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2927-2948.
- Öz T, “Ticari İşletme Malvarlığının Devrine İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, 2013, İstanbul, s. 95-121.
- Özen B, Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncellenmiş, 3. Bası, Vedat Kitapçılık 2014.
- Öztürk B, “Sözleşmenin Devri”, 2016, 29(125), TBB Dergisi, s. 263-296.
- Poroy R, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 1991.
- Reetz P and Graber M, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, ANDREAS, Furrer/ANTON, K. Schnyder (Herausgeber), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.
- Reisoğlu S, Türk Kefalet Hukuku, Yazarın Kendi Yayını 2013.

- Schaufelberger Peter C. and Keller K. OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, (Herausgeber), Orell Füssli Verlag AG, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016.
- Şener O. H, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, 2009, 11(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1279-1322.
- TDK, (<https://sozluk.gov.tr>, erişim tarihi 08.11.2020).
- Tekinalp Ü, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek”, BATIDER, 24(3), s. 5-16.
- Tercier P, Pichonnaz Pascal and Develioğlu M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık 2016.
- Topuz M, “Ticari İşletmenin Devrinde Tasarruf İşlemlerine İlişkin Şekil Sorunu (İsviçre Birleşme Kanunu (Fusionsgesetz: FusG) ve Alman Hukuku Perspektifinde)”, 2012, 18(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 19-80.
- Türk H. S, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde Nevilerin Aynı Olması Koşulu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986.
- Tschäni R, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGEND, Wolfgang(Herausgeber), Helbing&Lichtenhahn 2003.
- Ülgen H and Arıcı M. F, “İsviçre Hukukunda Yeniden Yapılandırma Türü Olarak Malvarlığı Devri”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1767-1804.
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan, N. F, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6. Bası, Vedat Kitapçılık 2019.
- Weber P, Die Vermögensübertragung, Fusionsgesetz, KELLERHALS, Andreas/LUGINBUHL, Jürg (Hrsg.), Auswirkungen auf die Praxis, Schultless Verlag 2004.
- Yıldız Portakal S, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma, On İki Levha Yayıncılık 2016.
- Yücel Bodur M, “Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle

Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması”, 2019, 23(2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 37-77.

Zimmer D and Scheffel F, Handelsgesetzbuch, Band I, §§ 1-342 a, BOUJONG, Karlheinz/EBENROTH, Carsten Thomas/JOOST, Detlev (Herausgeber), Verlag C. H. Beck and Verlag Franz Vahlen 2001.

