

Joint Indebtedness Types under Turkish Law

Türk Hukukunda Birlikte Borçluluk Halleri

ABSTRACT

In an obligation, each party (obligor and obligee) may refer to a person or there might be more than one obligor or obligee.¹ Under the Turkish Code of Obligations² (“TCO”), though joint indebtedness types are not explicitly regulated in specified titles, in our study, they will be categorized based on existing provisions under the TCO and each type will be examined based on its own structure and comparisons will be made accordingly.

Although some of the reasons of the establishment of a joint indebtedness relationship are derived from the law, joint indebtedness is a frequently applied method due to the desire of the obligee to secure itself against the obligors, by including more than one obligor into the obligation or the desire of the obligors to share obligations before the obligee.

KEY WORDS: Joint Indebtedness, Solidary Indebtedness, Partial Indebtedness, Participation in Obligation, Non-dividing Indebtedness, Cooperation in Indebtedness, Guarantee Contract, Contract of Surety

ÖZET

Bir borç ilişkisinde, taraflar (borçlu ve alacaklı) birer kişi olabileceği gibi, aynı borç ilişkisinde birden çok borçlu veya birden çok alacaklı da söz konusu olabilir.¹ Türk Borçlar Kanunu’nda² (“TBK”) birlikte borçluluk halleri açıkça belirli başlıklar altında düzenlenmemiş olsa da, çalışmamızda birlikte borçluluk halleri sırasıyla TBK tahtında yer alan mevcut düzenlemelerden yararlanılarak sınıflandırılacak olup, her bir birlikte borçluluk hali kendi yapısı incelenerek karşılaştırılmalar yapılacaktır.

Birlikte borçluluk ilişkisi kurma sebeplerinin bir bölümü kanundan kaynaklanıyor olsa da, kimi zaman alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunması yoluyla kendisini daha fazla güvence altında hissetmek istemesi; kimi zaman ise, borçluların yükümlülüklerini paylaşması bakımından, birlikte borçluluk sık başvurulan yöntem haline gelmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Birlikte Borçluluk, Müteselsil Borçluluk, Kısmi Borçluluk, Borca Katılma, Bölünmeyen Borçluluk, Elbirliği Borçluluğu, Garanti Sözleşmesi, Kefalet Sözleşmesi

I. INTRODUCTION

IN TODAY'S WORLD, DUE TO THE RAPID CHANGE IN BUSINESS life and also increase of foreign investments and partnerships, legal transactions not only bind between two contracting parties but have implication on more than two persons. In this context, more complex indebtedness structures will erupt between contracting parties. For example, because of the influx of investment to a great amount, the demand for loans from the financial institutions has been increased as well. As these financial institutions bear a great risk in losing their allocated money to a great amount, these institutions need an additional security to spread the risk. Therefore, in such relationships, other parties, such as a surety or guarantor, will also be involved in addition to the investor.

In this article, the aim is to compare and examine the topic of joint indebtedness, which is regulated in law or developed in practice, by examining advantages and disadvantages of each joint indebtedness to the parties.

A typical contractual relationship is characterized by the parties, which are referred to as obligor against an obligee. Generally, the articles regarding the constitution, provisions and termination of the obligations that arise and the related explanations refer to this typical scenario.³ However, contractual relationships may also include more than one contracting party on either side. "Joint indebtedness" refers to when there is more than one obligor.⁴ In legal terms, the case where there is more than one obligor is really preferable for the obligee. As a matter of fact, the obligee would have the opportunity to charge the other obligor in case of collection issues with one obligor due to financial problems or disappearance of one of the obligors or other similar reasons and if the obligee wishes, he/she may execute proceedings against all obligors at the same time.

Joint indebtedness types are divided into four divisions as "non-dividing indebtedness", "cooperation in indebtedness", "partial indebtedness" and "solidary indebtedness".⁵ Most common type of the joint indebtedness in practice is solidary indebtedness. Another classification regarding the types of the joint indebtedness is made based on whether the cause of action and the obligation are the same or different, as "joint indebtedness in real terms" and "virtual joint indebtedness" respectively.

The types of the joint indebtedness in real terms are list-

I. GİRİŞ

GÜNÜMÜZDE TİCARİ HAYATIN HIZLA GELİŞMESİ, YABANCI yatırımların ve ortaklıkların artması ile, kişileri borç altına sokan hukuki işlemler iki şahıs arasında değil, birden fazla kişiyi teşkil eden taraflar arasında meydana gelmektedir. Bu çerçevede, karşılıklı tarafları meydana getiren şahıslar arasında daha karmaşık borçluluk halleri karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, ülkede ihtiyaç duyulan yüksek montanlı altyapı yatırımları şirketlerce üstlenilirken, ilgili şirketlerin yatırım için finansal kuruluşlardan borç talep ettiği bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, finansal kuruluşlar sağladıkları yüksek meblağlı finansman ile yüksek risk altına girdiklerinden, ticari hayatın bir gereği olarak, karşılarında borcun ödenmesini teminen bir yerine birden fazla kişi görmek istemektedirler. Bunun sonucu olarak, finansal kuruluşun karşısına yatırımcının yanında kefil veya garantör gibi muhataplar da yer alabilmektedir.

Bu makalede, kanunda düzenlenen veya uygulamada gelişen birlikte borçluluk halleri ele alınacak olup, her bir borçluluk halinin taraflara sağladığı fayda ve getirdiği yükümlülüklerin boyutları tespit edilerek, karşılaştırmalar yapılacaktır.

Borç ilişkilerinde normal durum, bir alacaklının karşısında bir borçlunun bulunmasıdır. Borçların doğumuna, hükümlerine ve sona ermesine ilişkin kanun maddelerinde ve bunlara ilişkin açıklamalarda genellikle bu normal durum esas alınmıştır.³ Bununla birlikte, bir borç ilişkisinde birden çok borçlu veya birden çok alacaklı da söz konusu olabilir.⁴ Borçlu tarafında birden fazla kişinin bulunması "birlikte borçluluk" şeklinde ifade edilmektedir. Alacaklının karşısında birden çok borçlunun bulunması hali, alacaklı için çok elverişli bir hukuki durumdur. Zira, alacaklı, borçlulardan birinin ödeme güçsüzlüğü, ortadan kaybolması vb. sebeplerle edimi elde etmesi zorlaştığı anda diğerine başvurabilecek veya dilerse tüm borçluları aynı anda takip edebilecektir.

Birlikte borçluluk ise; "bölünmez borçluluk", "iştirak halinde borçluluk", "kısmi borçluluk" ve "müteselsil borçluluk" şeklinde dördü bir ayırım ile karşımıza çıkmaktadır.⁵ Birlikte borçluluğun uygulamada en sık görülen halini müteselsil borçluluk oluşturmaktadır. Birlikte borçluluk hallerine ilişkin diğer bir sınıflandırma ise; söz konusu borcun kaynağı olan hukuki sebebin aynı olması ve farklı olması dikkate alınarak, sırasıyla "gerçek



ed as cooperation in indebtedness, partial indebtedness, mutual/joint indebtedness, participation in obligation and non-dividing indebtedness; and the types of the virtual joint indebtedness are listed as cumulative indebtedness, guarantee contract, contract of surety and cases that arise out of the insurance contract.⁶ The types of the joint indebtedness will be examined separately and basically based upon this classification under each title.

II. TYPES OF JOINT INDEBTEDNESS UNDER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

A. Solidarity among Obligors

Solidarity among the obligors is a type of obligation where each obligor is liable to the obligee for the whole part of the obligation which arises out of an agreement or law and the performance of one of the obligors releases the other obligors as well. A solidary obligation is in question if more than one person is responsible to the obligee for the whole part of the obligation based on the same reason as “primary obligor”. Hence, in case of a solidary obligation, the obligee may request the payment of the full amount from all, some or just one of the obligors.

anlamda birlikte borçluluk” ve “gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk” şeklinde yapılmaktadır.

Gerçek anlamda birlikte borçluluk halleri, elbirliği borçluluğu, kısmi borçluluk, müteselsil borçluluk, mevcut borca katılma ve bölünemeyen borçluluk olarak yer alırken, gerçek olmayan anlamda birlikte borçluluk halleri; kümülatif borçluluk, garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi ve sigorta sözleşmesinden doğan haller olarak sayılmaktadır.⁶ Birlikte borçluluk halleri, genel olarak bu ayrıma dayanılarak her bir başlık altında ayrı ayrı incelenecektir.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU TAHTINDA BİRLİKTE BORÇLULUK HALLERİ

A. Borçlular Arasında Teselsül

Borçlular arasında teselsül, borçlulardan her birinin, sözleşme veya yasa uyarınca alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu, fakat borçlulardan birinin borcu ifası ile diğerinin de borçtan kurtulduğu bir birlikte borçluluk durumudur. Birden ziyade kimse, alacaklıya karşı aynı sebepten dolayı ve her biri borcun tamamı

Also, the obligee may claim for a portion of or the full payment from all or some of the obligors. However, all of the obligors –including the ones that have provided part performance- continue to be obligated for the performance until the debt is wholly paid off.⁷

There is no presumption of solidary indebtedness other than the commercial affairs (see Turkish Commercial Code Article 7/II). The obligee is obliged to prove the solidary among the obligors.⁸ The solidary indebtedness is arisen out of the will of each obligor to be liable for the whole part of the obligation or in cases that are regulated by law.⁹ If the obligor does not accept solidary indebtedness voluntarily and no solidary liability is attributed to him/her by law, the common indebtedness shall be determined as the basis of indebtedness.¹⁰

The following and other similar regulations can be referred as examples to the solidary indebtedness regulated by law (i) solidary liability of the shareholders of the unincorporated companies for their obligations undertaken jointly or via a representative against third parties within the scope of the partnership relations;¹¹ (ii) solidarity among the persons who cause a damage together or are responsible for the same damage for various reasons;¹² (iii) solidary obligation of the transferor of an asset or an enterprise along with its assets and liabilities with the transferee for the obligations related to the asset or enterprise for two years as of the transfer;¹³ (iv) with respect to the office leases, the solidary liability of the transferor leaseholder regarding the obligations of the lease contract with the transferee until the expiry of the contract or for a period of maximum two years as of the transfer;¹⁴ (v) solidary liability of the ones who obtain something to borrow or preserve together;¹⁵ (vi) solidary liability of the ones who give a power of attorney to the attorney.¹⁶

için “asıl borçlu” sıfatıyla borçlu olurlarsa, müteselsil borçtan bahsedilir. Demek ki, müteselsil borçlarda alacaklı, borcun ifasını borçluların hepsinden veya bir kısmından ya da yalnız birinden isteyebilir. Keza, alacaklı borçluların birinden veya bir kısmından alacağının belli bir payını isteyebileceği gibi tamamını da isteyebilir. Ne var ki, borç tamamen ödeninceye kadar borçluların hepsi-kısmen ifada bulunanlar dahil- ifa ile yükümlü olma-ya devam ederler.⁷

Ticari işlerin dışında (bkz. TTK 7/II) müteselsil borçluluk karinesi yoktur. Alacaklı, borçlular arasında teselsülün varlığını ispat ile yükümlüdür.⁸ Müteselsil borçluluk, borçlulardan her birinin borcun tamamından sorumlu olmaya yönelik iradesiyle veya kanunda öngörülen hallerde doğmaktadır.⁹ Borçlu, iradesi ile müteselsil borçluluğu kabul etmiyor ve kanunda kendisine müteselsil bir sorumluluk yüklenmiyor ise müşterek borçluluğun esas alınması gerekecektir.¹⁰

Kanunda öngörülen müteselsil borçluluk hallerine örnek olarak; (i) adi ortaklığın ortaklarının, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olmaları;¹¹ (ii) birlikte bir zarara sebebiyet veren veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olan birden çok kişinin sorumluluğunun müteselsil olması;¹² (iii) bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan ile birlikte önceki borçlunun da, malvarlığındaki veya işletmedeki borçlar ile iki yıl süreyle müteselsil borçlu olarak sorumlu kalması;¹³ (iv) işyeri kiralarında devreden kiracının, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olması;¹⁴ (v) bir şeyi birlikte ödünç veya saklamak üzere alanların ondan müteselsilen sorumlu olmaları,¹⁵ (vi) bir kişiye birlikte vekâlet verenlerin vekile karşı mü-

FOOTNOTE

1 Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2014, p. 442.

2 Published on the Official Gazette (OG) numbered 27836 and dated 04.02.2011 and come into force on 01.07.2012.

3 N. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2012, p. 436.

4 Reisoğlu, p. 442.

5 Ferhat Canbolat, “Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri”, Ankara Bar Association Journal, Year: 66, Issue: 3, Summer 2008, pp. 68-81.

6 Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul, 2014, p. 5.

7 Selhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1988, p. 377.

8 Reisoğlu, p. 443.

9 TCO Art. 162: “(1) Solidary indebtedness shall be arisen if each of the obligors notifies the creditor regarding the fact that he/she accepts to be liable for the whole debt. (2) If there is no such notification, the solidary indebtedness shall only arise in cases regulated by law.”

10 Chapter 2.2.

11 TCO Art. 638/3.

12 TCO Art. 61.

13 TCO Art. 202/2.

14 TCO Art. 323/3.

15 TCO Art. 382, 567.

16 TCO Art. 511/1.

17 Oğuzman, Öz, p. 441.

18 Oğuzman, Öz, p. 442.

The following three major features may be listed as the features of solidary indebtedness:

(i) The right of the obligee to charge any obligor

The obligee in a solidary indebtedness relationship may charge any obligor separately. The obligee may commence enforcement proceedings against more than one obligor or all of them as to his/her desire. The obligee has this option until the obligation is expired due to the performance or any other way.

(ii) Solidary liability of the obligors for the whole obligation and the independency of the indebtedness to the obligee from the internal relations

The most important difference of the solidary indebtedness from the allocated (divided) indebtedness is that each obligor is responsible for the whole obligation.¹⁷ For instance, three persons named (B), (C) and (D) undertakes to pay 9,000 TL to (A) as solidary obligors, each one of these three persons shall be obliged to pay to (A) 9,000 TL individually like the single obligor.

(iii) Being applicable to any type of obligation

Solidary indebtedness may appear in any kind of obligation. Any kind of contract may be drawn up in a way to derive solidary indebtedness in the obligation derived from a contract. For instance, solidary indebtedness may be arisen out of a sale contract comprising more than one seller or buyer, a construction contract comprising more than one contractor or employer or a lease contract comprising more than one leaseholder or similar contracts.¹⁸

teselsil olarak sorumlu olmaları¹⁶ ve benzeri düzenlemeler verilir.

Müteselsil borçluluğun özelliklerinden bahsetmek gerekirse, öne çıkan üç özelliği olarak şunlar sayılabilir:

(i) Alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesi

Müteselsil borç ilişkisinde alacaklı borçlulardan dilediğine başvurabilir. Dilerse birden fazla borçluyu, borçluların tümünü takip edebilir. Alacaklı, bu imkâna, borç ifayla veya başka bir yolla sona erinceye kadar sahiptir.

(ii) Borçluların borcun tamamından sorumlu olması ve alacaklıya karşı sorumluluğun iç ilişkiden bağımsızlığı

Müteselsil borçluluğun paylı (müşterek) borçluluktan en önemli farkı, her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olmasıdır.¹⁷ Mesela (A)'ya karşı (B), (C) ve (D) adına üç şahıs 9000 TL ödemeyi müteselsil borçlu sıfatıyla taahhüt ederlerse, sözü edilen üç kişiden biri sanki tek başına borçlu imiş gibi (A)'ya karşı 9000 TL ödemekle yükümlü olur.

(iii) Her türlü borç ilişkisinde söz konusu olabilmesi

Müteselsil borçluluk her türlü borç ilişkisinde karşımıza çıkabilir. Sözleşmeden doğan borçlarda da her tür sözleşmenin müteselsil borçluluk doğuracak şekilde yapılması mümkündür. Örnek olarak, alıcı veya satıcının birden çok olduğu satım sözleşmesinden, müteahhit veya iş sahibinin birden çok olduğu eser sözleşmesinden, kiracıların birden çok olduğu kira sözleşmesinden vb. müteselsil borçluluk doğabilir.¹⁸

DİPNOT

1 Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2014, s. 442.

2 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete'de (RG) yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3 N. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2012, s. 436.

4 Reisoğlu, s. 442.

5 Ferhat Canbolat, "Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı 3 Yaz 2008, s. 68-81.

6 Kadir Berk Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul 2014, s. 5.

7 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1988, s. 377.

8 Reisoğlu, s. 443.

9 TBK m. 162: "(1) Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. (2) Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar."

10 Bölüm 2.2.

11 TBK m. 638/3.

12 TBK m. 61.

13 TBK m. 202/2.

14 TBK m. 323/3.

15 TBK m. 382, 567.

16 TBK m. 511/1.

17 Oğuzman, Öz, s. 441.

18 Oğuzman, Öz, s. 442.



In the event that one or more solidary obligor terminates the whole or a part of the obligation by performing the deed or declaring a set off statement, other obligors shall also be discharged for the completed part of the obligation.¹⁹ The TCO Article 166/1 describes this as: “*If one of the obligors terminates the whole or a part of the obligation by performance or set off, he/she discharges the other obligors in that proportion²⁰ of the completed part.*”²¹

If not the whole but a part of the obligation is terminated due to the performance of deed or set off, the obligee may continue claiming the performance of the remaining part of the obligation from all of the obligors in solidarity. The obligee cannot claim more than this part. For instance, when one of the solidary obligors (B) of the obligation worth 10,000 TL sets off his/her 7,000 TL of debt against the obligee’s receivable, the remaining 3,000 TL shall be the remaining solidary obligation and the other obligor (C) may object the obligee (A)’s claim for the obligation worth 10,000 TL by claiming that the part of the obligation worth 7,000 TL is terminated.

Müteselsil borçlulardan biri veya bir kaç borcu ifa ederek veya takas beyanında bulunarak borcu kısmen veya tamamen sona erdirirse, diğer borçlular da borcun sona eren kısmı için alacaklıya karşı borçtan kurtulurlar.¹⁹ Bunu düzenleyen BK m. 166/f. 1 şu şekildedir: “*Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda²⁰ diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur.*”²¹

Eğer ifa veya takas yoluyla borcun tümü değil de bir kısmı sona erdirilmişse, alacaklı sona ermemiş borç kısmının ifasını bütün borçlulardan müteselsilen istemeye devam edebilir. Bundan fazlasını isteyemez. Örneğin; 10.000 TL’lik borcun müteselsil borçlularından (B) bu borç ile alacaklı (A)’nın kendisine olan 7.000 TL’lik borcunu takas ettiğinde geriye sadece 3.000 TL’lik müteselsil borç kalacak ve diğer borçlu (C) de 10.000 TL’lik için kendisine başvuran (A)’ya borcun yedi bin TL’lik kısmının sona ermiş olduğu itirazında bulunabilecektir.

If any one of the obligors is discharged due to any reason other than the performance or set off, whether the other obligors will be affected or not, the rate of the effect shall be determined based upon the reason of termination.²²

Once the performance of obligation becomes impossible without any fault of any obligor, the obligation shall be terminated for all of the obligors.²³ If a contract for release is drawn up between the obligee and one of the obligors aims to release all obligors, it is accepted that the obligors who are not a party of this contract shall be released as well.

In the event that the obligee becomes an inheritor to one of the obligors or an obligor becomes an inheritor to the obligee or the obligee transfers his/her receivable to an obligor; such obligee and obligor titles shall be converged. Although the convergence of obligee and obligor titles is a reason to terminate the obligation, it is commonly accepted that other obligors cannot benefit from this.²⁴ Other obligors should make a partial payment by deducting the share of the obligee with respect to internal affairs.

All obligors benefit from a settlement contract for consideration or a concordatum contract between the obligee and an obligor and may claim against the obligee who requests the performance.²⁵

As a result of non-performance of a counter deed to an obligor, other obligors may also refuse to provide their performance by claiming non-payment defense against the obligee.²⁶

B. Partial Indebtedness

If there is no solidarity among the obligees or obligors pursuant to the contract or laws, with respect to a divisible deed arisen from the obligation, each obligor is liable to perform the part that refers to his/her share of the deed.²⁷ Similarly, each one of the obligee may claim for the part of his/her share of the deed with respect to the number of the obligees. In this case, “partial obligations=partial receivables” derived from the same legal transaction but independent from each other will be in question. For instance; if (B) and (C) buy a radio from (A) for 200 TL, each (B) or (C) (unless otherwise agreed on the contract)²⁸ is obliged to pay (A) 100 TL independent from each other. If (B) does not pay the price, (C) is not obliged to pay the whole of 200 TL.

Müteselsil borçlulardan biri ifa veya takas dışında bir sebeple borçtan kurtulmuşsa, diğer borçluların bundan etkilenip etkilenmeyeceği veya ne oranda etkileneceği, her bir sona erme nedenine göre belirlenecektir.²²

Bir kere, borcun ifası hiçbir borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşmışsa, hepsi için borç sona erer.²³ Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi ile bütün borçluları kurtarmayı amaçlamışsa, ibra sözleşmesine katılmayan borçlular için de borcun sona ereceği kabul edilecektir.

Alacaklının borçlulardan birine veya borçlulardan birinin alacaklıya mirasçı olması veya alacaklı tarafından alacağın bir borçluya temlik edilmesi halinde, bu borçlu ile alacaklının sıfatları birleşmiş olacaktır. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcu sona erdiren bir durum olmasına rağmen, diğer borçluların bundan yararlanamayacağı genellikle kabul edilmektedir.²⁴ Diğer borçlular iç ilişkide borcu sebebiyle alacaklıya düşen pay kadar eksik ödeme yapmalıdırlar.

Alacaklı ile bir borçlu arasında ivaz karşılığı yapılan sulh sözleşmesi veya konkordato sözleşmesinden bütün borçlular yararlanır ve ifa isteyen alacaklıya karşı bunu ileri sürebilirler.²⁵

Alacaklının karşı edimini bir borçluya ifa etmemesi üzerine diğer borçlular da ödemezlik def-ini ileri sürerek alacaklıya ifadan kaçınabilirler.²⁶

B. Kısmi Borçluluk

Sözleşme veya yasalar uyarınca borçlular ve alacaklılar arasında teselsül söz konusu değilse, bir borç ilişkisinden doğan bölünebilir bir edimde, borçlulardan her biri ancak edimden kendi payına düşen kısmı ifa ile yükümlüdür.²⁷ Aynı şekilde, alacaklılardan her biri alacaklıların sayısına göre, edimden kendi payına düşen kısmı isteyebilir. Böyle bir durumda, aynı hukuki işlemde doğan fakat birbirinden bağımsız olan “kısmi borçlar=kısmi alacaklar” söz konusu olabilecektir. Örneğin (B) ve (C) birlikte 200 TL’ye (A)’nın radyosunu satın almışsa, (B) ve (C) (sözleşmede aksine bir hüküm yoksa)²⁸ (A)’ya ayrı ayrı 100 TL ödemekle yükümlüdür. Borçlulardan (B) parayı ödeyemezse, (C) 200 TL’nin tamamını ödemek zorunda değildir.

Kısmi borçlulukta borcun tek bir hukuki sebebi olsa da her bir borç birbirinden bağımsızdır. Kısmi borçlular-

Although the obligation of the partial indebtedness based on one cause of action, each obligation is independent from each other. In the event that one of the obligors somehow cannot perform its obligation and in default, the obligee does not have the opportunity to request it from the other partial obligors or the obligee cannot claim the defenses that he/she has against an obligor from another obligor.²⁹ Taking into consideration other types of indebtedness, the position of the obligee with respect to the partial indebtedness may be interpreted as disadvantageous.

C. Cooperation in Indebtedness

Cooperation in indebtedness denotes an indebtedness structure whereby all obligors are obliged to perform one obligation by acting together.³⁰ Generally, these kind of cases are encountered in cooperation partnerships. Family property partnership³¹ or community of heirs,³² which is designated under the Turkish Civil Code³³ (“TCC”) or unincorporated company³⁴ designated under the TCO are examples of cooperations in partnership which are regulated by law.

Not being able to commence executive proceedings against each obligor, who is liable for the whole part of the obligation, in case of cooperation in indebtedness, the obligee is required to commence executive proceedings against all of the obligors at once. The reflection of this into the law of procedure is the mandatory joinder of parties of the obligors in cooperation.³⁵ Unless agreed otherwise, the obligors in cooperation shall be account-

dan biri bir şekilde borcunu ödeyemediğinde ve acze düştüğünde alacaklının diğer kısmi borçlulara başvur- ma olanağı bulunmaz veya alacaklı bir kısmi borçluya karşı haiz olduğu defî hakkını, bir diğerine karşı ileri sü- remez.²⁹ Kısmi borçluluk halinde alacaklının durumu, diğer borçluluk halleri göz önüne alındığında dezavan- tajlı olarak değerlendirilebilecektir.

C. Elbirliği Borçluluğu

Borçluların hepsinin birlikte hareket ederek yerine ge- tirmekte yükümlü oldukları tek bir borcun söz konusu olduğu bir borçluluk yapısı³⁰ söz konusudur. Genel ola- rak elbirliği ortaklığı olan hallerde karşılaşılmaktadır. Kanunda doğan elbirliği ortaklığı hallerinde Türk Me- deni Kanunu’nda³¹ (“TMK”) yer alan aile malları or- taklığı,³² miras ortaklığı,³³ TBK’da yer alan adi ortaklık³⁴ verilebilecektir.

Elbirliği borçluluğu halinde, alacaklı müteselsil borçlu- lukta olduğu gibi borcun tamamından sorumlu olan her bir borçluyu tek başına takip edemeyecek olup, borçlu- ların tamamını takip etmek zorundadır. Bu durumun usul hukukundaki yansıması elbirliği borçlularının zo- runlu dava arkadaşı olmalarıdır.³⁵ Elbirliği borçluları birbirlerine karşı ise, aksi kararlaştırılmadığı sürece, borçtan eşit paylarla sorumludurlar.

Söz konusu borçluluk halini bir örnek ile somutlaştı- rmak gerekir ise, (A)’ya karşı (B), (C) ve (D) elbirliği ile bir antika arabanın mülkiyetini geçirmeyi borçlanır ise, (A) tüm borçlulara başvurarak edimin ifasını talep edebilir.

FOOTNOTE

19 Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, p. 198 ff.

20 Here “in proportion” refers to “jusqu’à concurrence”. If (B) undertakes to pay 5 TL of the obligation of (A) amounting 10 TL as a solidary obligor and (A) makes a payment amounting 6 TL; (B) shall also be released for 6/10 of its obligation amounting 5 TL (refers to 3 TL).

21 Oğuzman, Öz, p. 453.

22 This issue is regulated under the Art. 166/2 of TCO as: “If one of the obligors is discharged without performing the obligation to the obligee, other obligors shall benefit from this as long as the condition or the nature of the obligation permits.”

23 Oğuzman, Öz, p. 454.

24 Oğuzman, Öz, p. 456.

25 Oğuzman, Öz, 456.

26 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. III, Ankara 1991, p. 396.

27 Reisoğlu, p. 442, Decision of the Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court of Appeals dated 20.1.1965 with decision no. 34 (Olgac Precedents Law pp. 598-599).

28 Kapancı, p. 20: *Obligors can determine in what way they will be responsible for the relationship between them and the creditor. If there is no agreement, partial obligors shall equally be responsible.*

29 Kapancı, p. 20.

30 Kapancı, p. 8.

31 TCC Art. 376.

32 TCC Art. 640.

33 Entered into force on 01.01.2002 and published on the OG dated 8/12/2001 and numbered 24607.

34 TCO Art. 638/1: “Assets, receivables or real rights which are obtained for the company or transferred to the company shall be under the property of the all shareholders in cooperation within the framework of the articles of association.”

35 Kapancı, s. 139: *The obligee has a right to claim the assets of the company in return of his/her receivable; in case he/she commenced the legal or executive proceedings and his/her claim is not fulfilled. Other than this, since it is not possible to apply to the obligors in person, in principle he/she cannot claim any right over the personal assets of them. However, if the assets of the company in cooperation are not available to cover the obligation, in the background, personal executive proceedings may be commenced against each obligor for the nominal shares of the obligation.*

able to each other for the equal shares of the obligation.

To materialize the mentioned indebtedness with a concrete example, it can be stated that if (B), (C) and (D) become indebted to transfer the property right of an antique car in cooperation to (A), (A) may claim the performance of the deed from all obligors. However, if the car gets burnt as a result of (B)'s fault, (C) and (D) do not become discharged from the debt and all (B), (C) and (D) shall be responsible against (A). In addition, within internal affairs, (B) who creates the damage by his/her fault shall bear the ultimate obligation and other obligors ((C) and (D)) may recourse to (B).

After having examined all the features, it can be seen that although cooperation in indebtedness is more advantageous for the obligor, it is not preferred in practice.

D. Participation in Obligation

Participation in obligation is regulated for the first time in Article 201 of the TCO, and leads to the establishment of solidary obligation. Relevant provision regulates that;

“Participation in obligation is an agreement which is executed between the obligee and the participant to be on obligor’s side with respect to a present obligation and results in the participant to be liable for the obligation along with the obligor. The participant in obligation and the obligor shall be responsible against the obligee in solidarity.”

Ancak araba, (B)'nin kusuru ile yanarsa, (C) ve (D) borçtan kurtulmaz ve (B) tek başına (A)'ya karşı sorumlu olmaz. Bununla beraber, iç ilişkide kusuruyla zarar yol açan (B) borcun nihai yüküne katlanır ve diğer borçlular ((C) ve (D)) (B)'ye rücu edebilecektir.

Tüm sayılan özellikleri birlikte değerlendirildiğinde, borçlu bakımından daha avantajlı olduğu söylenecek elbirliği borçluluk halinin, uygulamada pek tercih edilmediği görülmektedir.

D. Borca Katılma

TBK'nın 201. maddesi ile ilk kez hüküm altına alınan ve müteselsil borçluluk sonucu yaratan bir birlikte borçluluk halidir. İlgili madde;

“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.”

hükmünü haizdir.

Bu doğrultuda, borca katılmada, bir üçüncü kişi alacaklı ile anlaşarak, mevcut bir borçtan dolayı kendisinin borçlu sıfatıyla sorumlu olmasını sağlamaktadır. Borca katılan, önceki borçlunun yanında ona eklenerek borçluluk sıfatını kazanmaktadır. Borca katılan, kefil veya üçüncü kişinin fiilini üstlenen gibi bağlı (fer'i) bir borç altına gir-

DİPNOT

19 Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara 1971, s. 198 vd.

20 Burada “nispetinde” deymi “jusqu’à concurrence” anlamında kullanılmıştır. (A)'nın 10 liralık borcunun 5 lirası için (B) müteselsil olarak borç yüklenmiş ise ve (A) 6 liralık bir ödeme yapmış ise (B) de 5 lira borcunun 6/10'undan yani 3 liralık kısımdan kurtulmuş olur.

21 Oğuzman, Öz, s. 453.

22 TBK m. 166/f.2'de bu husus şu şekilde düzenlenmiştir: “*Borçlulardan biri, alacaklıya ifade bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durum veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler.*”

23 Oğuzman, Öz, s. 454.

24 Oğuzman, Öz, s. 456.

25 Oğuzman, Öz, s. 456.

26 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.III, Ankara 1991, s. 396.

27 Reisoglu, s.442, HGK 20.1.1965, K.34, (Olgac Emsal İct. Sh. 598-599).

28 Kapancı, s. 20: *Borçlular alacaklı ile olan ilişkide ne şekilde sorumlu olacaklarını diledikleri gibi belirleyebilirler. Eğer herhangi bir anlaşma bulunmuyorsa kısmi borçlular esit oranda sorumlu olurlar.*

29 Kapancı, s. 20.

30 Kapancı, s. 8.

31 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG'de yayımlanmış ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

32 TMK m. 376.

33 TMK m. 640.

34 TBK m. 638/1: “*Ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur.*”

35 Kapancı, s. 139: *Alacaklı tarafından dava açıldığında veya takip yapıldığında talep yerine getirilmezse borçlular arasında bulunan malvarlığı ortaklığının malvarlığı değerine başvurulabilecektir. Bunun dışında borçlulara bireysel olarak başvurulması mümkün olmadıktan, kural olarak onların kişisel malvarlığı üzerinden herhangi bir talepte bulunulamaz. Ancak, eğer elbirliği ortaklığının malvarlığında bulunan değerler borcu karşılamaya elverişli değilse, ikinci planda, her bir borçluya oluşturulacak farazi paylar çerçevesinde bireysel takipler yapılabilecektir.*

In this respect, with the participation in obligation, a third party becomes responsible for a present obligation under the title of obligor by agreeing with the obligee. The participant in obligation earns the title of indebtedness by being included in the obligor's side. The participant in obligation does not undertake a dependent (accessory) obligation like surety or undertaking the deed of a third party, but undertakes this obligation as a primary obligation like the first obligor. It is not mandatory for the participation in obligation contract to be made in a certain form.

Nonetheless, most of the participation in obligation contracts is made in order to secure the obligee regarding a present obligation in practice. In other words, it appears as a transaction made for the purpose of security just like surety or undertaking the deed of a third party in practice. For this reason, for the participations in obligation for the purpose of security, a form to be validly made may be required. (see Article 603 of the TCO)

The participation in obligation contract is made between the participant and the obligee. As participation of the present obligor into this contract is not mandatory, his/her permission is not required either. Even if it is not within the first obligor's knowledge, it is possible for any person to agree with the obligee to participate in obligation in principle.

The consequence of the participation in obligation is regulated as the first obligor and the participant being liable to the obligee in solidarity. In this respect, "solidary indebtedness provisions" under the TCO shall apply for cases including the position of the participant against the obligee, the defenses he/she may claim against the obligee, obligation to claim the common defenses, termination of the obligation, recourse of the obligors among each other, succession and etc.

E. Non-Dividing Indebtedness³⁶

As stated by doctrine, non-dividing deed is the deed that cannot be divided into pieces without any change in its nature or target or any loss on its value. The aforementioned situation may appear directly from its nature or may be based upon its functional features. In this respect, the procurement deeds are sometimes, performance deeds are often, and non-performance deeds are always in the nature of non-dividing deeds.³⁷ The obligee may (mandatorily) request the whole part of the deed from

memekte, ilk borçlu gibi asli bir yüküm olarak bu borcu üstlenmektedir. Borca katılma sözleşmesi şekle bağlanmamıştır.

Bununla birlikte, uygulamada borca katılma sözleşmelerinin büyük çoğunluğu alacaklıya mevcut borç hakkında teminat vermek amacıyla yapılmaktadır. Yani, kefalet veya üçüncü kişinin fiilini üstlenme gibi, teminat sebebiyle yapılan bir işlem niteliğinde uygulamada karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle, teminat maksatlı borca katılmalarda, geçerlilik şekli aranması söz konusu olabilir. (bkz. TBK 603)

Borca katılma sözleşmesi borca katılacak olanla alacaklı arasında yapılmaktadır. Mevcut borçlunun bu sözleşmeye katılması gerekmediği gibi, borca katılma sözleşmesine rızası da aranmaz. İlk borçlunun haberi olmasa bile başkasının alacaklıyla anlaşarak borca katılması kural olarak mümkündür.

Borca katılmanın sonucu, önceki borçlu ile borca katılanın alacaklıya karşı müteselsilen borçlu olacağı şekilde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, borca katılanın alacaklıya karşı durumu, alacaklıya karşı yapabileceği savunmalar, ortak savunmaları yapma yükümlülüğü, borcun sona ermesi, borçluların birbirine rücu etmesi, halefiyet vb. hususlarda, TBK çerçevesinde "müteselsil borçluluk hükümleri" uygulama alanı bulacaktır.

E. Bölünemeyen Borçluluk³⁶

Bölünemeyen edim, öğretide yapılan tanıma göre, mahiyetinde veya amacında bir değişme ve değerinde bir eksilme olmaksızın parçalara ayrılması mümkün olmayan edimdir. Söz konusu durum edimin bizzat doğasından ileri gelebileceği gibi, fonksiyonel özelliklerinden de kaynaklanıyor olabilir. Bu anlamda verme edimleri bazen, yapma edimleri çoğunlukla, yapmama edimleri ise her zaman bölünemeyen edim niteliğindedir.³⁷ Alacaklı edimin (zorunlu olarak) tamamını borçluların herhangi birinden veya hepsinden talep edebilir. Bu anlamda, bölünemez borçluluk müteselsil borçluluğa benzerlik gösterir.

Bazı durumlarda ise, öyle bir edim söz konusu olur ki borçluların hepsine birden başvurulması gerekebilir ve elbirliği borçluluğuna benzer bir durum ortaya çıkabilir. Örneğin; metin yazarı (B) ile ses görüntü uzmanı (C) bir araya gelerek (A)'ya bir kısa metrajlı video meydana getirmeyi borçlansınlar. Bu durumda (A), kararlaştırılan ifa zamanı geldiğinde sadece (B)'ye başvurarak borcun yeri-



any or all of the obligors. In this manner, non-dividing indebtedness seems similar to the solidary indebtedness.

In some cases, a deed that is required to apply to all of the obligors at once arises and a similar case to the cooperation in obligation may emerge. For example, scripter (B) and audiovisual expert (C) comes together and undertakes the obligation to procure a short video to (A). In this case, (A) may apply to only (B) for the performance of the obligation on the due date,³⁸ however (B) cannot perform the deed in any way without the participation of (C).³⁹

F. Cumulative Indebtedness

The indebtedness relationship in which each obligor is liable separately and more than once to an obligee will be referred as cumulative indebtedness.⁴⁰ The obligee may assert independent claims for the obligors who undertake an obligation with different reasons and based on different legal transactions. The typical example of this type of indebtedness is personal insurances. The obligee (who suffered from the damages) may claim compensa-

ne getirilmesini isteyebilir,³⁸ ancak (B) (C)'nin katılımı olmaksızın ilgili işi hiçbir surette tamamlayamayacaktır.³⁹

F. Kümülatif Borçluluk

Birden çok borçludan her birinin alacaklı karşısında ayrı ayrı ve birden fazla kez sorumlu olduğu birlikte borçluluk ilişkisi kümülatif borçluluktur.⁴⁰ Alacaklı karşısında ayrı hukuki ilişkiler ve ayrı sebeplerle borç altına girmiş olan borçlulara bağımsız talepler yöneltebilir. Bu borçluluk türünün tipik örneği şahıs sigortalarıdır. Alacaklı (zarara uğrayan) gerek (zarar veren) asıl borçludan gerekse de sigortacıdan borcun karşılanması için talepte bulunabilecektir. Alacaklının asıl borçluya olan talebi haksız fiil temelinde dayanırken sigortacıya olan talebi şahıs sigortası sözleşmesine dayanmaktadır. Şahıs sigortası, bir meblağ sigortası olduğu için, sigortacının daha sonra asıl borçluya rücu edebilmesi söz konusu olmaz. Zararın karşılanmasındaki temel prensip olan, tazminatla zenginleştirme yasağı burada göz ardı edilmiştir.⁴¹ Her bir borçlu birbirinden bağımsız olduğundan, ancak kendi borçlarını ifa ederek yükümlülüklerinden kurtulabilirler.



tion from either the primary obligor (who creates the damage) or insurer. While the basis of the claim of the obligee against the primary obligor is a tortious act, its claim against the insurer is based on the personal insurance contract. Since the personal insurance is an insurance of amount, the insurer cannot recourse to the primary obligor later.⁴¹ The prohibition of enrichment with compensation which refers to the main principle of the coverage of the damage is disregarded here. Since each obligor is independent from each other, they can only be released by performance of their own obligations.

Although the cumulative indebtedness shows similarities with partial indebtedness with regard to its feature of each obligor being solely liable for its own obligation independent from another obligor, cumulative indebtedness diverges from partial indebtedness, as it is seen in the insurance example, by having the basis of the obligation different for each obligor, it is the same for each partial obligor.

Kümülatif borçluluk, yukarıda bahsi geçen borçluluk hallerinden kısmi borçluluk ile her bir borçlunun diğer bir borçludan bağımsız, yalnızca kendi borcundan sorumlu olması noktasında benzerlik taşısa da, borç ilişkisinin dayanağı, her bir kısmi borçlu için aynı hukuki sebep iken, kümülatif borçlulukta yukarıda yer alan sigorta örneğinde de görüldüğü şekilde, her bir bağımsız borçlu için farklı hukuki sebebe dayanmaktadır.

G. Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesi TBK'da düzenlenmiş değildir. Ancak, TBK'nın 128. maddesinin⁴² bu maddeye kıyas yoluyla uygulanması mümkündür. Garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenme yanında başka fiil ve riskleri de konu edinebilir. Bu bakımdan üçüncü kişinin fiilini üstlenme, doktrinde garanti sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin bir türü olarak da nitelendirilmektedir.⁴³ Yargıtay'ın da benimsediği bir tanıma göre garanti sözleşmesi, bir kimsenin başkasını belli bir hareket tarzına

G. Guarantee Contract

Guarantee contract is not regulated under the TCO. However, Article 128⁴² of the TCO may be applicable by analogy. Guarantee contract may also include other acts or risks along with the undertaking of the performance of the third party. In this respect, the undertaking of the performance of the third party is defined as a type of the guarantee contract by doctrine as well.⁴³ According to a definition which is also adopted by the Supreme Court of Appeals, guarantee contract is an agreement with an independent nature which comprises the obligation to cover the hazards of an act to be borne by a person in part or as a whole for the purpose of leading this person to this type of action.⁴⁴ Independency, here, refers to the independency of the obligation undertaken by the guarantor from the relationship between the beneficiary and the warrantee and not being affected by this relationship. In consequence of the principle of independency, even if the obligation of the beneficiary is not valid, in principle, the guarantor continues to be obliged and cannot claim defenses and objections of the primary relationship against the warrantee. The guarantee contract comprises the undertaking to compensate the other party (warrantee) in the event that the third party does not perform the secured deed or that the promised outcome does not occur. The aforementioned compensation is the compensation for the positive damage of the warrantee for the occurrence of the risk that is subject to guarantee. The fault of the guarantor is not required. If the guarantee is provided for a period, the guarantee contract shall be terminated even if the risk does not occur within the given period.

H. Contract of Surety

Contract of surety is the contract in which a person guarantees the performance of an obligation arisen from a contract by the obligor against the obligee.⁴⁵ The person who undertakes this guarantee is called surety and the person who the surety undertakes the obligation for benefit is called the obligee. The primary obligor is not a party to the contract of surety. Taking this definition into account, surety appears as a guarantee of payment or performance. This payment will be made by a third party who is not an obligor of the primary contract.

The surety is obliged to claim all defenses -even if the primary obligor waived from this defense of his/hers- of the primary obligor or its inheritors which are not

yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir.⁴⁴ Bağımsızlık, garanti verenin yüklendiği borcun, lehine garanti verilen kişi ile garanti alan arasındaki ilişkiye bağlı olmaması, bu ilişkiden etkilenmemesi demektir. Bağımsızlık ilkesi dolayısıyla, lehine garanti verilen kişinin borcu geçerli olmasa da kural olarak garanti veren borçlu olmakta devam eder ve garanti alana karşı temel ilişkiye ait def'i ve itirazları ileri süremez. Garanti sözleşmesi üçüncü kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun meydana gelmemesi halinde diğer tarafa (garanti alan) tazminat ödeme taahhüdünü içerir. Söz konusu tazminat, garanti konusu rizikonun gerçekleşmesi dolayısıyla meydana gelen garanti alanın müspet zararının tazminidir. Garanti verenin kusuru aranmaz. Garanti, süreli olarak verilmiş ise, söz konusu süre içinde riziko gerçekleşmemiş ise de garanti sözleşmesi sona erer.

H. Kefalet Sözleşmesi

Kefalet sözleşmesi, bir kişinin borçlunun alacaklıya karşı sözleşmeden doğan borcunu ödeyeceğini alacaklıya karşı garanti ettiği sözleşmedir.⁴⁵ Borç altına giren kimseye kefil, kefilin kendisi lehine borç altına girdiği kimseye alacaklı denir; asıl borçlu kefalet sözleşmesinde taraf değildir. Bu tanım dikkate alındığında, kefalet bir ödeme, bir ifa garantisi gibi karşımıza çıkmaktadır. Bu ödeme asıl sözleşmede borçlu olmayan üçüncü bir şahıs tarafından gerçekleştirilecektir.

Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'ileri -asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile- alacaklıya karşı ileri sürmek zorundadır.

Kural olarak, feri niteliğinden dolayı, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur. Asıl borcun sona ermediği durumda, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir. Kefalet süreli olarak verilmiş ise; sürenin sonunda kefil borcundan kurtulur.

TBK'da sayılan kefalet türlerinden bazıları ise, örneğin adi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefil ve rücu kefiledir. Kefaletin müteselsil olduğu hususunda tereddüt varsa, adi kefalet olarak kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir.

originated from the financial difficulty of the primary obligor.

In principle, due to its accessory nature, when the primary obligation is expired, the surety shall be released from its obligation as well. In the event that the primary obligation is not expired, unless an extension or a new suretyship is provided, commencement of executive proceedings against the surety can continue until the end of a ten years period. If the suretyship is provided for a period of time, the surety shall be released at the end of this period.

The types of the suretyship regulated under the TCO are ordinary suretyship, solidary suretyship, secondary surety, co-surety and counter guarantee. In case of a hesitation regarding the solidarity nature of suretyship, it is determined by doctrine that it shall be accepted as ordinary suretyship.

1. Ordinary Suretyship

It is a type of suretyship in which the surety undertakes not only an accessory obligation but also a secondary (subsidiary) obligation. This means that the surety has the right to object to the executive proceedings before the executive proceedings is commenced against the primary obligor, to claim his/her defense of resorting to the encashment of the pledge first, in other words not to make payment until the obligee commences executive proceedings with regard to the encashment of the pledge.⁴⁶ The type of the suretyship that the law accepts as presumption is ordinary suretyship. In short, when it is not regulated under a contract of surety which type of suretyship it provides, ordinary suretyship instead of solidary suretyship shall apply. The reason of this determination is for the benefit of the surety.

2. Solidary Suretyship

It is a suretyship type in which the secondary nature of the obligation is nearly removed; in fact, the solidary surety does not possess the defenses that the ordinary surety possesses.⁴⁷ Solidary surety may commence executive proceedings against the surety even before its commencement of these proceedings against the obligor in the event that (i) the obligor is in default and the notice sent to him/her remains inconclusive or (ii) the obligor obviously in financial difficulty. In the event that a receivable is secured with chattel mortgage available

1. Adi Kefalet

Kefilin sadece fer'i bir borç değil, aynı zamanda ikincil (tali) bir borcu üstlendiği kefalet tipidir. Bu demektir ki, kefil gerek tartışma def-ini, yani asıl borçlu takip edilmedikçe kendisine yapılan takibe itiraz hakkını, gerekse önce rehlin paraya çevrilmesi def-ini, yani alacaklı önce rehlin paraya çevrilmesi suretiyle takip yapmadan ödeme yapmama hakkını haizdir.⁴⁶ Kanunun karine olarak kabul ettiği kefalet tipi adi kefalettir. Daha açık bir ifade ile, bir kefalet sözleşmesinin hangi tip kefalet olduğu anlaşılamadığında müteselsil kefaletin değil, adi kefaletin varlığına hükmedilecektir. Bu tercihin sebebi kefilin menfaatlerinin korunmasıdır.

2. Müteselsil Kefalet

Kefaletten doğan borcun ikincil olma özelliğinin neredeyse ortadan kalktığı bir kefalet tipidir; öyle ki, müteselsil kefil adi kefilin haiz olduğu defileri haiz değildir.⁴⁷ Müteselsil kefil (i) borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya (ii) açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumlarında borçluyu takip etmeden kefil takip edebilir. Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile, kural olarak başvurulamayacaktır. Ancak, (i) alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya (ii) borçlunun iflas etmesi ya da (iii) konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.

3. Birlikte Kefalet

Birlikte kefalet adi birlikte kefalet veya müteselsil birlikte kefalet olarak gerçekleştirilebilecek olup, karine olarak adi birlikte kefalet niteliğindedir. Adi birlikte kefalet; birden çok kişinin, aynı borca birlikte kefil olmaları halinde, her birinin kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olmasıdır. Müteselsil birlikte kefalet ise; borçluya birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir.



for delivery or pledge of receivables, the surety cannot be charged before the encashment of the pledge in principle. But if (i) it is determined by the judge that the receivable will not be covered in whole by the encashment of the pledge or (ii) the obligor bankrupts or (iii) the concordatum has been granted with an extension, the surety may be charged before the encashment of the pledge.

3. Co-Surety

Being formed as ordinary co-surety or solidary co-surety, co-surety has the same features of ordinary co-surety as presumption. Ordinary co-surety refers to each one of sureties being liable for their shares like ordinary surety and for the share of others as secondary guarantor in case of more than one person jointly securing as co-sureties for the same obligation. On the other hand,

4. Kefile Kefil ve Rücua Kefil

Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, adi kefil gibi sorumludur. Rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir.

I. Sigorta Sözleşmesi

Sigorta sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda⁴⁸ ("TTK") tanımlanırken⁴⁹ hem zarar hem can sigortası türlerini içermektedir. Birlikte borçluluk, her sigorta türünde ve her koşulda oluşmayabilir. Can (şahıs) sigortalarıyla oluşan birlikte borçluluk bir rücu ilişkisi meydana getirmediği için kümülatif birlikte borçluluk meydana getirmektedir.⁵⁰ Zarar sigortalarında ise, hem sigortacı hem de zarar veren üçüncü kişinin birlikte borçluluğu söz konusu olabilecektir. Sigortacıların birden çok olması

in the solidary co-surety, each surety who undertakes to secure the obligation along with the obligor or among each other as solidary sureties is responsible for the whole part of the obligation. However, one surety may refuse to pay more than his/her share unless all sureties who are liable in solidarity along with him/her before or at the same time and against whom legal proceedings may be enforced in Turkey are commenced executive proceedings.

4. The Auxiliary Surety and Counter Surety

The auxiliary surety which secures the obligee for obligation of the surety shall be liable like ordinary surety. A surety which secures the receivable of recourse of the surety from the obligor is called counter surety.

I. Insurance Contract

Insurance contract, which is defined⁴⁸ under the Turkish Commercial Code,⁴⁹ (“TCC”) comprises both damage and life insurance types. Joint indebtedness may not be formed under each type of insurance or in any condition. Because the joint indebtedness is derived from life (personal) insurances, it does not generate a recourse relation, instead it forms a cumulative joint indebtedness.⁵⁰ Within the damage insurances, a joint indebtedness of insurer and the third party who creates the damage are both at stake here. More than one insurer may also be included. Reserving the prohibition of enrichment, the insurant may claim a compensation from both more than one (as the case may be solidary or divided) insurer and the third party who has created the damage and has tortious liability for the coverage of his/her damages.

durumu da mümkün olabilir. Zenginleşme yasağı saklı kalarak, sigortalı, sözleşmesel ilişkiye dayanarak hem birden çok sigortacıdan (halin icabına göre müşterek veya müteselsilen) hem de haksız sorumluluğuna sahip olan zarar veren üçüncü kişiden zararının karşılanması talep edebilecektir.

III. KARŞILAŞTIRMA

Yukarıda bahsi geçen birlikte borçluluk halleri, dayandıkları hukuki sebepler ve sonuçları bakımından farklılık göstermektedir. Bu nedenle, borçluların birlikte girdikleri veya sonradan dahil oldukları borç ilişkilerinde farklılık gösteren sorumlulukları baz alınarak, ticari hayattaki gelişme ve ihtiyaçlar ışığında en sık başvurulan birlikte borçluluk halleri ve birlikte borçluluk hallerinin sıklıkla yer aldığı sözleşmeler karşılaştırılmaktadır.

A. Müteselsil Borçluluk, Kısmi Borçluluk ve Elbirliği Borçluluğu Farkları

Müteselsil borçluluk alacaklıya birden çok borçlunun her birinden edimin yerine getirilmesini talep etme hakkını verirken, kısmi borçluluk alacaklının borçluların her birine karşı, borcun ancak bir bölümü için ayrı ayrı takipler yapmasına imkân tanımaktadır.

Müteselsil borçluluk ve elbirliği borçluluğu, borçluların tümünün sorumlu tutulması bakımından benzerlik gösterirken, tek bir borçluyu takip ederek borcun tamamını talep edebilme imkânı sağlayan müteselsil borçluluk, borçluların tümü için takipte bulunulması zorunluluğu taşıyan elbirliği borçluluğunu ile kıyaslandığında alacaklı açısından tercih edilen yöntem olmaktadır.

FOOTNOTE

36 TCO Art. 85: “(1) If there is more than one obligee of a non-dividing obligation; each obligee can claim the performance of the obligation to all obligees. (2) Obligor is obliged to perform the deed to all obligees at once. If there is more than one obligor of a non-dividing obligation; each obligor is obliged to perform his/her whole deed to all obligees. (3) Unless otherwise is required by nature, the obligor who provides his/her performance shall become a succession of the obligee and may claim his/her receivable to the other obligors in proportion to their shares.”

37 Kapancı, p. 72.

38 TCO Art. 85.

39 Kapancı, p. 80.

40 Kapancı, p. 84.

41 Kapancı, p. 85.

42 Undertaking the performance of the third party, Art. 128: “One, who undertakes the performance of a third party against another, is obliged to compensate the damage derived from the non-performance of this deed. With respect to an undertaking for a period of time, the liability of the undertaker shall be expired, if no claim is asserted against the undertaker to perform his/her deed in writing until the end of this period.”

43 Eren, p. 1154.

44 Decision of the 11th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals dated 27.02.1979 with merits no. 346 and decision no. 906.

45 Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, p. 30.

46 Develioğlu, p. 32.

47 Develioğlu, p. 41.

48 TCO Art. 1401: “(1) Insurance contract is the contract in which the insurer undertakes to compensate the insurant for his/her damages derived from the occurrence of a hazard or risk insured, or to pay a certain amount by reason of the life time of a person or some events occurred in a person's life or to perform other deeds in return of a Premium.”

49 Published on the OG dated 14.02.2011, numbered 27846 and entered into force on 01.07.2012.

50 Kapancı, p. 126.

III. COMPARISON

The types of joint indebtedness mentioned above indicate differences with respect to their basic cause of action and their consequences. Therefore, in this chapter, most commonly preferred types of joint indebtedness and contracts in which joint indebtedness is often included, are compared under the light of the developments and needs of the commercial affairs and on the basis of the liabilities of the obligors which demonstrate distinctions in their obligations that the obligors are undertaken together or get involved in later.

A. Differences among the Solidary Indebtedness, Partial Indebtedness and Cooperation in Indebtedness

While the solidary indebtedness grants the obligee the right to claim the performance of the deed from each obligor, partial indebtedness enables the obligee to separately enforce legal proceedings against each obligor with respect to only their part of the obligation.

Whereas the solidary indebtedness and cooperation in indebtedness demonstrate similarity on holding all of the obligors liable; the solidary indebtedness appears to be the preferred method of the obligee since it enables the obligee to claim all obligation by enforcing legal proceedings against one obligor while in the cooperation in indebtedness the obligee may only enforce legal proceedings by enforcing against all obligors at once.

B. Garanti Sözleşmesi ile Kefalet Sözleşmesinin Farkları

Alacaklılar tarafından ferî nitelikte kefaletle kıyasla tercih edilen asıl borçtan bağımsız garanti müessesesi, özellikle aşağıdaki durumlarda alacaklı lehine olduğunu göstermektedir.

Şekle aykırılık, sözleşmenin iptali, tam ehliyetsizlik, muvazaa vb. sebeplerle asıl borç geçersiz hale geldiğinde, kefilin borcu sona erse de, garanti verenin alacaklıya karşı sorumluluğu söz konusu halde de devam etmektedir.

Asıl borcun; borçlunun sözleşmeye uygun ifası veya borcun takas, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, muhatabın ifa yerine edimi kabul etmesi gibi sebepler ile sona ermesi halinde ise asıl borçlu ile birlikte borçluluğu öngören her iki borçluluk hali de sona ermektedir. Sona erme sebeplerinden; sonradan ortaya çıkan imkânsızlık, mücbir sebep, beklenmedik hal, ibra, bozucu şartın gerçekleşmesi veya geciktirici şartın gerçekleşmeyecek olduğunun anlaşılması, ikale, fesih, sözleşmeden dönme, zamanaşımı ise, kefalet sözleşmesini sona erdirirken, garantörün sorumluluğu yine devam etmektedir.

Garanti verenin tazminat borcu, riziko gerçekleşip, gerçekleşen riziko sonucu zarar ortaya çıkınca muaccel olurken, kefil takibe başlanmadan önce kanunun sunduğu imkânlardan yararlanabilmektedir. Kefil, asıl borçlunun defilerinden yararlanabilmekte olsa da, garanti verenin asıl borçlunun defilerinden yararlanma hakkı veya haklarına halef olma hakkı bulunmamaktadır.

DİPNOT

36 TBK m. 85: "(1) Bölünemeyen bir borcun birden çok alacaklısı varsa, alacaklılardan her biri, borcun alacaklıların tamamına ifasını isteyebilir. (2) Borçlu, edimini alacaklıların hepsine birden ifa etmek zorundadır. Bölünemeyen borcun birden çok borçlusı varsa, borçlulardan her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. (3) Durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, ifade bulunan borçlu, alacaklıya halef olur ve diğer borçlulardan payları oranında alacağını isteyebilir."

37 Kapancı, s. 72.

38 TBK m. 85.

39 Kapancı, s. 80.

40 Kapancı, s. 84.

41 Kapancı, s. 85.

42 Üçüncü kişinin fillini üstlenme, m. 128: "Üçüncü bir kişinin fillini başkasına karşı üstlenen, bu fillin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir."

43 Eren, s. 1154.

44 Yarg. 11.HD 27.02.1979 tarihli ve E.346 K.906 Sayılı Karar.

45 Hüseyin Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, s.30.

46 Develioğlu, s. 32.

47 Develioğlu, s. 41.

48 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı RG'de yayımlanmış ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

49 Türk Borçlar Kanunu m. 1401: "(1) Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir."

50 Kapancı, s. 126.



B. Differences between Guarantee Contract and Surety Contract

The guarantee, which is considered to be independent from primary obligation, and opted for by the obligees, rather than surety that contains an accessory nature demonstrates that it is in favor of the obliges especially in the conditions below.

Although the obligation of the surety ends when the primary obligation becomes invalid due to the violation of the required form, cancellation of the contract, absolute disability, simulation or similar reasons, the guarantor's liability against the obligee maintains.

In case of expiry of the primary obligation as a result of compatibility of the performance of the obligor with the contract, set off, renewal, convergence of the obligor and obligee title, acceptance of the obligee of the performance of a deed in substitute of the performance of the agreed obligation or other similar reasons; such two joint indebtedness types providing the liability along

IV. SONUÇ

Yukarıda değinildiği üzere, Türk Hukukunda birlikte borçluluk halleri, TBK ve ilgili diğer mevzuat tahtında ayrıca bir müessese olarak düzenlenmemiştir. Ticari ilişkiler sebebiyle ihtiyaç duyulup, borçluların iradele-riyle alacaklıyı ikna etmek üzere sorumluluğu birlikte üstlenmeleri veya borçluların iradesi söz konusu olmasa bile kanundan kaynaklanan -zaman zaman alacaklının korunarak alacağını daha hızlı elde etmesine imkân sağ-lama amacıyla- zorunlu haller sebebiyle birlikte borçlu-luk halleri ortaya çıkmaktadır.

Tek bir borçlunun borcun tamamından asıl olarak so-rumlu tutulabildiği müteselsil borçluluk, kusur aran-maksızın rizikonun gerçekleşmesi ile alacaklı lehine tazminata hak kazandıran garanti veya asıl borçlu ya-nında sorumlu tutulabilecek borçlu yaratan kefalet iliş-kisi alacaklı için uygulamada tercih edilen yöntemler olarak görülür iken, herkesin kendi borcundan sorumlu olmasını öngören kısmi borçluluk borçlu bakımından lehe görülen bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. ■



with the primary obligation shall be expired as well. Although the reasons of expiration, which emerges at a later stage, force majeure, contingency, release, realization of the condition subsequent or comprehension of not materialization of the dilatory condition, mutual rescission, termination, retraction from the contract or lapse of time shall expire the surety contract, but the guarantor's liability continues.

While the obligation of compensation of the guarantor becomes due when the damage is incurred due to the materialization of the hazard, the surety may benefit from the opportunities provided by law before the commencement of legal proceedings. Even though surety claims defenses of the primary obligor, the guarantor does not have a right to claim defenses of the primary obligor or become a successor of the rights of the primary obligor.

IV. CONCLUSION

As stated above, the types of joint indebtedness under Turkish Law are not regulated separately under the TCO and the relevant legislation. It is necessary in commercial relations and occurs by undertakings of the obligors with their wills to assure the obligee; or even though the desire of obligors is out of the question, due to the mandatory cases -for the purpose of securing the obligee in order to receive its receivable in a less amount of time- regulated by law.

While solidary indebtedness in which one obligor shall be primarily liable for the whole part of the obligation, guarantee which grants the obligee a right of requesting compensation upon the materialization of the hazard without any fault or surety which creates another obligor along with the primary obligor to be held responsible are seen as commonly preferred methods in practice for the obligee; partial indebtedness in which all parties are held liable solely for their own undertakings appears as the only scenario favorable with respect to the obligor. ■

BIBLIOGRAPHY KAYNAKÇA

Ferhat Canbolat, Mütessesil Borcun Sona Erme Nedenleri, Ankara Bar Association Journal, Year: 66, Issue: 3, Summer 2008, p. 68-81

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, Ankara 1991

Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009

Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014

N. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012

Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014

Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988

Turgut Akıntürk, Mütessesil Borçluluk, Ankara 1971

Ferhat Canbolat, Mütessesil Borcun Sona Erme Nedenleri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 3 Yaz 2008, 68-81

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.III, Ankara 1991

H. M. Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009

K. B. Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014

N. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012

Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014

Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1988

Turgut Akıntürk, Mütessesil Borçluluk, Ankara 1971