

KEFALET TÜRLERİ*

Prof. Dr. Nevzat KOÇ**

ÖZET

Kefalet türleri şunlardır: 1) Âdi kefalet, 2) Müteselsil kefalet, 3) Birlikte kefalet, 4) Kefile kefalet, 5) Rücua kefalet, 6) Açığa kefalet.

Bu makalede (tebliğde), söz konusu kefalet türlerinin her birine ilişkin olarak, özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre yapılmış olan aynı veya farklı düzenlemeler hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Bu konularda söz konusu olan bazı hukukî problemler ve bunların çözümlerine ilişkin olarak, önce doktrinde ileri sürülen bazı görüşler belirtilmiş ve daha sonra kişisel değerlendirmeler yapılmış ve "Sonuç" bölümünde de, varılan sonuçlar, maddeler hâlinde özetlenmiştir.

Anahtar kelimeler: *Türk Borçlar Kanunu / Kefalet sözleşmesi / Âdi kefalet / Müteselsil kefalet / Birlikte kefalet / Kefile kefalet / Rücua kefalet / Açığa kefalet.*

TYPES OF BAILMENT

Abstract

The types of bailment are: 1) Ordinary Bailment, 2) Joint Bailment, 3) Joint and Several Bailment, 4) Bailment for the benefit of the bailor, 5) Reciprocal bailment 6) Bailment of safe custody.

In this article (presentation), all types of Bailment Contracts are examined particularly in the context of Turkish Code of Obligations (no. 6098) and within the regulations contented in the similar or different way in former Code of Obligations (no:818). Some Legal problems in these issues and the solutions to them are studied through mentioning views in Turkish legal doctrine at first and personal views explained and in "the Conclusion" finding of facts are summarized specifically.

Key words: *Turkish Code of Obligation / Bailment Contract / Ordinary Bailment / Joint Bailment / Joint and Several Bailment / Bailment for the benefit of the bailor / Reciprocal*

* Bu tebliğ, İstanbul Ticaret Üniversitesinde, 29.4.2016 tarihinde düzenlenen "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Kefalet Sözleşmesi ve Uygulamadaki Sorunlar Sempozyumu"nda, tarafımdan özetlenerek sunulmuştur.

** İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GENEL OLARAK

Bu tebliğimde, siz değerli katılımcılara kefalet türleri ve özellikle bunlar hakkında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan yenilik ve değişikliklere ilişkin açıklamalar yapacağım. Ayrıca, bu tebliğin sunumunda kefalet türlerine ilişkin yasal düzenlemeler hakkında, yeri geldikçe, gerekli gördüğüm bazı hukukî değerlendirme-lerde de bulunacağım. Öncelikle, 2007 Eylül ayından, 2011 Nisan ayı sonuna kadar, bir dönem İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve öğretim üyesi olarak, lisans ve lisansüstü eğitim ve öğretiminde görev yaptığım ve birçoğu hâlen de bu Fakültede görevini sürdürmekte olan değerli öğretim üyeleri ve öğretim yardımcılarını ile, zaman zaman görüşerek sohbet etme imkânı bulamadığımı, üzülererek belirtmek isterim.

Kefalet hukukuna ilişkin olarak düzenlenen bu Sempozyumda bir tebliğ sunmak üzere davet edilmekten, siz değerli katılımcılarla görüşmek, sohbet etmek ve bilimsel açıklama ve değerlendirmeleri dinleme olanağı bulmaktan büyük bir mutluluk duydum. Ayrıca, Adalet Bakanlığımızca oluşturulan Borçlar Kanunu Tasarısı Komisyonuna, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Medenî Hukuk Anabilim Dalında doçent olarak görev yaptığım sırada, üye sıfatıyla, 1998 Nisan ayında, Ankara Hâkimevinde başlanan ilk toplantısına katıldığım bu tarihten, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun, yasama organımız Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca kabul edildiği 11 Ocak 2011 tarihine kadar geçen yaklaşık 13 yıl boyunca -ki, 2002 yılından itibaren de Medenî Hukuk profesörü olarak katıldığım- bu Komisyonunda ve Alt Komisyonunda, önceleri üye olarak, Tasarı ile ilgili çeşitli kurum ve kuruluşlardan alınan önerilerin değerlendirildiği son dönemde başkan sıfatıyla, Gerekçe Komisyonu ile 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısının hazırlanacağı Komisyonlarda da başkan olarak görev yapan bir akademisyen olmaktan büyük bir onur duyduğumu belirterek tebliğimi sunmaya başlıyorum.

Bu Sempozyuma katılmamızı sağlayan, İstanbul Ticaret Üniversitesinin ve Hukuk Fakültesinin değerli yöneticilerine, Borçlar Kanunu Komisyonu ile alt komisyonlarında görev yapmış olan üyelerimize, değerli katkıları nedeniyle teşekkür-lerimi sunuyor; Komisyonumuzun ilk başkanı Sayın Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK hocamıza ve Yargıtay 1. Hukuk Dairesi başkanlığı da yapmış olan Komisyon üyemiz Sayın Hâkim Orhan UZGÖREN''e Allah'tan rahmet diliyorum.

İsimli (veya tipik) sözleşmeler arasındaki kişisel güvence sağlamak amacıyla, alacaklı ile kefil arasında yapılan kefalet sözleşmesi, 6098 sayılı yeni

Türk Borçlar Kanunu'nun 583 ilâ 603. maddelerinde (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu, m. 483 – 503) düzenlenmiştir. Her ne kadar, kefalet sözleşmesi, her iki kanunda da yirmibir maddede düzenlenmişse de, yeni Borçlar Kanunumuzdaki söz konusu maddelerin metinleri, kaynak İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi, daha kapsamlıdır. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1942 yılından beri yürürlükte olan kefil daha fazla koruyucu nitelikteki düzenlemeler, yaklaşık yetmiş yıl sonra yapılarak yürürlüğe konulabilmiştir. Bununla birlikte, kanaatimce, bazı maddelerdeki düzenlemelerin, kaynak Kanuna göre, kefil daha ileri düzeyde koruyucu nitelikte olduğunda bir tereddüt yoktur.

Kefalet türleri şunlardır: 1) Âdi kefalet, 2) Müteselsil kefalet, 3) Birlikte kefalet, 4) Kefile kefalet, 5) Rücua kefalet, 6) Açığa kefalet.

Bu tebliğimde, siz değerli katılımcılara, söz konusu kefalet türlerinin her birine ilişkin olarak, özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre yapılmış olan aynı veya farklı düzenlemeler hakkında açıklamalarda ve bazı kişisel değerlendirmelerde bulunacağım. Hemen belirtelim ki, bu tebliğimde kefalet türlerine ilişkin olarak, Türk Borçlar Kanunundaki hükümleri ve doktrinde ileri sürülen mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, özellikle *Tandoğan*'ın kitabında¹, doktrinde hukukî problemlerin çözüm tarzına ilişkin olarak ileri sürülen görüşleri de göz önünde tutarak, Adalet Bakanlığınca oluşturulan Borçlar Kanunu Komisyonunda başkanlık da yapmış bir akademisyen sıfatıyla, özlü açıklamalar ve kişisel değerlendirmeler yapacağım.

§ 1. ÂDİ KEFALET

Türk Borçlar Kanunu'na göre aslanan, âdi kefalettir. Kefalet türlerinden birini oluşturan müteselsil kefaletten, tebliğimin daha sonraki bir yerinde², ayrıca söz edilecektir.

Bu kefalet türünde kefil, kendisine başvuran alacaklıya karşı, tebliğimde her birini ayrı ayrı açıklayacağım tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi def'ilerini ileri sürebilir.

I. TARTIŞMA DEF'İ

Âdi kefalet hem fer'î, hem de tâli bir nitelik taşır³. Fer'îlik niteliği, kefilin alacaklıya karşı sorumluluğunun, asıl borcun geçerli olmasına bağlılığını,

¹ Bkz. aşa. dn.5.

² Bkz. aşa. § 2.

aksi takdirde asıl borçlu gibi, kefilin de sorumlu olmadığını; tâlilik niteliği ise, kefilin asıl borçluya göre, ikinci derecede sorumluluğunu ifade eder. Bu tür kefalette alacaklı, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrası gereğince, kural olarak borçluya başvurmadıkça, kefilin takip edemez. Madde gereğince de belirtildiği gibi, birinci fıkrada, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak âdi kefalette alacaklının borçluya başvurmadıkça, doğrudan doğruya kefilin takip edemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinde belirtilen istisnâî hâllerden herhangi biri yok iken, alacaklı kefile karşı icra takibi yaptığı veya dava açtığı takdirde, kefil tartışma def'i veya peşin dava def'i (bénéfice de discussion; Einrede der Vorausklage) ileri sürebilir. Âdi kefalet türünde, kefile tanınan bu def'i hakkı, alacaklının, doğrudan doğruya kefile başvurması hâlinde, kefilin ona karşı, önce borçluya, alacağını ondan alamazsa, daha sonra kendisine başvurması isteminde bulunarak, bu savunmayı ileri sürmesini ifade eder. Ayrıca, ilerideki açıklamalarımda⁴ da söz konusu edileceği gibi, kefil olunan alacak için, kefaletten önce veya aynı zamanda, bir rehin, yani bir aynî güvence de sağlanmış olması hâlinde kefil, alacaklıya karşı, önce rehinin paraya çevrilmesi def'ini de ileri sürebilir. Kanaatimce de, doktrinde kefilin, bu iki def'iden kümülâtif olarak (birbirinin yanında) yararlanabileceği, yani rehinin paraya çevrilmesi def'inde bulunmasından sonra, rehin paraya çevrildiği hâlde alacağı karşılamakta yetersiz kalmışsa, bu kez tartışma def'inden de yararlanabileceğini ileri süren görüş⁵ isabetlidir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesine ilişkin 585. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile “c. Def'iler” kenar başlıklı 591. maddesinde, kefilin kefil sıfatıyla kendisine tanınan def'ilerden sadece herhangi birini ileri sürmüş olması hâlinde, diğer def'ileri ileri sürme hakkını kaybedeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim, aynı Kanunun 585. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.” Yine aynı Kanunun 591. maddesinin birinci fıkrasının bu konuya ilişkin kuralı içeren ilk

³ Müteselsil kefalet de fer'i nitelikte bir kefalet türü olmakla birlikte, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunundaki düzenlemeye göre, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, bu kefalet türündeki tâlilik niteliğine de çok daha belirgin bir durum kazandırılmıştır. Bkz. aşa. § 2.

⁴ Bkz. aşa. § 1, 2.

⁵ **Halûk Tandoğan**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, B.3, Ankara 1987, s.762 ve dn.2'de belirtilen yazarlar.

cümlesine göre de: “*Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.*”

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrin- de kefilin, bu iki def’i hakkından, yani tartışma def’i ile rehlin paraya çevrilmesi def’i haklarını kullanmaktan başlangıçta veya sonradan feragat edebileceği görüşü⁶ ileri sürülmüştür. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yeni ve kefilin koruyucu nitelikteki 582. maddesinin son fıkrasında, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin, kefalet sözleşmesinin düzenlendiği bölümde (yani, Onbeşinci Bölümde) kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği hükmüne yer verildiği için⁷, 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yapılan kefalet sözleşmelerinde kefil, söz konusu def’i haklarından, sonradan feragat edebilir. Söz konusu fıkra hükmü gereğince kefilin, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra ileri sürebileceği def’i haklarından, bu hakları ileri sürebileceği hâllerin ortaya çıkmasından önceki feragati geçersiz olur.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrin- de kefilin, önceden bu def’i haklarını bilerek veya bilmeyerek, bunları ileri

⁶ **Tandoğan**, s.762.

⁷ Doktrin- de bazı yazarlar, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 495. maddesinin son fıkrasında, kefil ile alacaklı arasındaki kefalet sözleşmesinde, tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi def’ilerinden önceden feragat geçerli kabul edildiği hâlde, Türk Borçlar Kanununun 585. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu maddenin önceden feragat yasağını mutlak emredici hüküm olarak düzenlenmiş olmasını, kanaatimce isabetli olmayan görüşlerle eleştirmektedirler. Bir görüşe göre, bu yasa- kınun temel mantığına uygun değildir. Çünkü taraflar, kanunda özel bir zorunlu- luk olmadıkça, serbest iradeleriyle müteselsil kefaleti kararlaştırabileceklerine göre, âdi kefaleti müteselsil kefaletle çevirme anlamına gelecek bu def’ilerden feragatin tamamen yasaklanması anlamsızdır. Bu görüşte: **Serkan Ayan**, Kefalet sözleşme- sinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s.246-247. Diğer bir görüşe göre ise, ka- nunkoyucunun kefalet sözleşmesini sıkı bir denetime tâbi tutma çabası (zapt-u rapt altına alma gayreti), kendisini fâhiş bir hukuk hatasına yönelmiştir. Bu görüşte: **Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2012, s. 332. Kanaatimce, Türk kanunkoyucusu tarafından, kaynak İsviçre Borçlar Kanu- nu’nda 1942 yılında, kefilin korunması ilkesinden hareketle yapılan düzen-lemeler, pozitif hukukumuzda da yetmiş yıl sonra alınmış olmakla birlikte, bu ilke daha ileri düzeyde göz önünde tutulduğu için, her iki görüş de eleştirilebilir niteliktedir. Ayrı- ca, feragat yasağı olmasaydı bile, taraflar müteselsil kefaletin geçerlilik şekline (TBK. m. 586) uymadıkları takdirde, âdi kefalet müteselsil kefaletle çevrilmiş olma- yacağı gibi, âdi kefalette kefilin, müteselsil kefaletle göre daha fazla korunması ge- rektiği açıktır.

sürmeksizin alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde, rücu yoluyla, ödediğini asıl borçludan geri alamayacağı görüşü⁸ ileri sürülmüştür. Kanaatimce, kural olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından, kefilin kural olarak, önceden bu def'i haklarını bilmediği için, alacaklıya bunları ileri sürmeksizin gerçekleştirdiği ödeme sebebiyle, borçluya karşı rücu hakkını kaybetmemiş olabilir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun -mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinin ikinci fıkrasından daha farklı biçimde kaleme alınan- 591. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: "*Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemedden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.*"

Ayrıca, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinde öngörülen hâllerden biri mevcut olmasına rağmen kefil, kanun tarafından, kefil sıfatıyla kendisine tanınan def'i haklarını, doğrudan doğruya kendisine icra takibinde bulunan alacaklıya karşı ileri sürmemesinin ve yasal süre içinde ödeme emrine itiraz etmemesinin İcra ve İflâs Kanunumuzdaki düzenlemelere bağlı hukukî sonuçları, ayrı bir araştırma konusu olabilir. Bu nedenle, tebliğimde bunlar üzerinde ayrıntılı biçimde durulması mümkün olmadığı gibi, uygun da olmaz. Bununla birlikte, böyle bir durumda, alacaklının haciz talebi kabul edilerek, Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinde öngörülen sorumluluk kapsamında, kefilin malvarlığının bazı değerleri, icra dairesince, ihale yoluyla satılabilir. Bu satış sonucunda elde edilen bedel, alacaklının kesinleşen takip talebindeki alacağına, İcra ve İflâs Kanunumuzun 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun ile değiştirilen "*Paranın ödenmesi ve değerli eşyanın muhafazası*" kenar başlıklı 9. maddesine göre alacaklıya ödenebilir. Bu nedenle kefil, bu konuda alacaklı tarafından kendisine yapılan icra takibine yasal süreler içinde itiraz etmemesi hâlinde, bu riskle karşılaşabileceğini göz önünde tutmalıdır.

II. TARTIŞMA DEF'İNİN İLERİ SÜRÜLEMEEYECEĞİ HÂLLER

Doktrinde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrası hükmüne dayanılarak, tartışma def'inin ileri sürülemediği hâllerden herhangi birinin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerektiği görüşü⁹ ileri sürülmüştür. Kanaatimce bu görüş, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmadığı hâlde, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Ka-

⁸ Tandoğan, s.762.

⁹ Tandoğan, s.762.

nunu'nun 589. maddesinin üçüncü fıkrası¹⁰ gereğince, kefalet sözleşmesinde kefilin, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulma-sından önceki borçlarından da sorumlu olacağı kararlaştırılmamışsa isabetlidir. Aksi takdirde, tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği hâllerden herhangi biri, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce de gerçekleşmiş olabilir. Ayrıca, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurarak, ondan asıl borçlunun ödemediği borcu ödemesini isteyebilmesi için, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrasında, kusuru olmaksızın, “*ancak kefalet akdinden sonra*” borçlu hakkında yaptığı takibin sonuçsuz (semeresiz) kalmasının şart olduğu belirtilmişse de, yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun bu maddeyi kısmen karşılayan 585. maddesinin birinci fıkrasında, böyle bir ifadeye yer verilmemiştir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, alacaklının kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce mevcut olan tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği hâlleri bildiği takdirde, onun bunları kefilin tartışma def'ine karşı ileri sürmekten feragat etmiş sayılıp sayılmayacağı, doktrinde tartışmalı bir hukukî problem idi.

Hemen belirtelim ki, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin son fıkrasında, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin, bu Kanunun kefalet sözleşmesinin düzenlendiği Onbeşinci Bölümünde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununda karşılığı bulunmayan yeni bir hüküm olarak kabul edilmiştir.

Buna karşılık, doktrinde *Schönenberger* tarafından ileri sürülen bir görüşe göre¹¹ kefil tarafından, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce mevcut olan tartışma def'inin kendisine karşı ileri sürülemeyeceği hâlleri bilen bir alacaklı, kefil ile yaptığı kefalet sözleşmesinden sonra, ona karşı giriştiği takibat sırasında kefil herhangi bir tartışma def'i ileri sürememelidir. Yazara göre, alacaklının, asıl borçlunun yerleşim yerinin yabancı ülkede olduğunu bilmesi örneği de dâhil olmak üzere, bütün bu hâller bakımından, bu ihtimalde, alacaklının, kefile karşı, doğrudan doğruya takibat yapma hakkından feragat ettiğinin kabulü gerekir. *Tandoğan*'a göre¹², *Schönenberger*'in verdiği örnek bakımından bu görüş savunulabilirse de, alacaklının, asıl borçlunun iflâsını bildiği hâlde, bunu bilmeksizin kefil olanın, alacaklıdan, iflâsın sonunu beklemesini veya alacaklının sonuçsuz kalan takibinden sonra, bunu

¹⁰ Fıkraya göre: “Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.”

¹¹ Bkz., **Wilhelm Schönenberger**, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art.495, Nr.15 (*Tandoğan*, s.763 ve dn.3'ten naklen).

¹² **Tandoğan**, s. 763.

bilmeksizin kefil olanın, ondan ikinci kez takip yapmasını isteyebilmesi, tartışılabilir niteliktedir. Kanaatimce, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendine göre, borçlunun iflâsına karar verilmesi, tartışma def'inin ileri sürülememesi için yeterli olup, iflâsın sonucunun beklenmesi gerekmez. Bu nedenle, asıl borçlunun iflâs ettiğini bilen bir kefilin, alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapması, çok istisnaî bir durum olur. Böyle bir istisnaî durumda bile kefil, artık alacaklıya karşı, tartışma def'i ileri süremez. Alacaklının, borçluya karşı sonuçsuz kalan takibinden sonra, bunu bilmeksizin kefil olan kişi de, alacaklıdan ikinci kez takip yapmasını isteyemezse de, doğrudan doğruya kefile başvurabilmesi için, yine aynı fıkranın birinci bendi gereğince, borçlu aleyhine yaptığı takip sonucunda, ilgili icra müdürlüğünce alacaklıya kesin aciz belgesi verilmiş olması şarttır.

Alacaklı, asıl borçlunun iflâsını bildiği hâlde, bunu bilmeksizin kefil olanın, alacaklıdan, iflâs sonunu beklemesini veya alacaklının sonuçsuz kalan takibinden sonra, bunu bilmeksizin kefil olanın, ondan ikinci kez takip yapmasını isteyebilmesinin tartışılabilir nitelikte olduğunu ileri süren ve bu gibi hâllerde, alacaklının borçlunun durumunu kefile bildirmemesinin, çoğu zaman aldatma (hile) sayılacağını ifade eden *Tandoğan*'ın görüşü¹³, kanaatimce de isabetlidir. Böyle bir durumda kefil, Türk Borçlar Kanunu'nun irade bozukluklarından biri olan aldatmaya ilişkin 36. maddesinin birinci fıkrasının "*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*" hükmü gereğince, aynı Kanunun 39. maddesinde öngörülen, aldatmayı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içinde, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirdiği takdirde, kefalet sözleşmesi ile bağlılıktan kurtulur¹⁴.

¹³ s.763.

¹⁴ Bununla birlikte, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun gelecekte doğacak borçlar bakımından kefile tanınan sözleşmeden dönme hakkına ilişkin 599. maddesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 510. maddesinde olduğu gibi, özel bir düzenleme yapılmıştır. Madde metni şöyledir: "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir (f.1)." "Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (f.2)."

Tandoğan'a göre¹⁵, kefilin de asıl borçlunun iflâsını bilmesine rağmen, alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmış olması, tartışma def'ini ileri süremeyeceğini bilerek kefil olduğu anlamına gelir. Kanaatimce, bu görüşte, yazarın bir önceki paragrafta açıklanan ihtimalde, alacaklının asıl borçlunun iflâsına karar verildiğini bildiği hâlde, bunu bilmeyen kefil ile kefalet sözleşmesi yaptığının anlaşılması gerektiği için, bu ihtimalde de kefilin mahkemece asıl borçlunun iflâsına karar verildiğini bilerek alacaklı ile kefalet sözleşmesi yaptığı dikkate alınmalıdır. Kefilin, mahkemece asıl borçlunun iflâsına karar verildiğini bilerek, alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmış olması ihtimalinde kefilin, alacaklıya karşı, tartışma def'i ileri süremeyeceği açıktır. Çünkü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde, borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hükmüne yer verilmiştir.

*Schönenberger*¹⁶, alacaklının bilgisi olmaksızın, bu gibi hâlleri (meselâ, borçlunun iflâs ettiğini) sadece kefil biliyorsa, tartışma def'inden, önceden feragat ettiğini ileri sürmüştür. *Tandoğan*'ın ise, burada bir feragatin değil, zaten kanunen, tartışma def'inin bulunmadığına ve bunun kefil tarafından bilinmesinin söz konusu olduğuna ilişkin görüşü, kanaatimce de isabetlidir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereğince, borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Bu durum karşısında, kefilin tartışma def'inden feragatinden söz edilmesi gereksizdir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "C. İçeriği / I. Türlerine göre / 1. Âdi kefalet" kenar başlıklı 585. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, kefil tarafından tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği, yani alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hâller şunlardır:

1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması (TBK.m. 585/I,b.1)

Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi gereğince alacaklı, borçlu aleyhine yaptığı takip sonucunda, ilgili icra dairesinden kesin aciz belgesi alabildiği takdirde, kefil ona karşı tartışma def'i ileri süremez. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci

¹⁵ s. 763. Bu ihtimalde Giovanoli'ye göre (Art.495, Nr.19), artık âdi kefalet söz konusu değildir (**Tandoğan**, s.763 ve dn.3a'dan naklen). Giovanoli'nin bu görüşü, bu ihtimalde müteselsil kefaletin varlığını kabul ettiğini ifade ettiği şekilde ise, kanaatimce, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi ile 586. maddesinin birinci fıkralarında yapılan yeni düzenlemeler karşısında, bu görüşe katılmak da mümkün olmaz. Bu fıkra hükümleri için bkz. aşa. § 2.

¹⁶ Art.495, Nr.15 (**Tandoğan**, s.763 ve dn.4'ten naklen).

fıkrasında, âdi kefalette, alacaklının borçlu hakkında “*hatası olmaksızın*” - daha doğru bir terimle “*kusuru olmaksızın*”- yaptığı takibin sonuçsuz (semeresiz) kalması, kefile başvurabilme koşulu olarak kabul edilmiş idi.

Kesin aciz belgesi, alacaklının asıl borçluya karşı, haciz yoluyla yaptığı icra takibi sonucunda, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun¹⁷ 143. maddesi veya aynı Kanunun 105. maddesinin birinci fıkrası hükümleri gereğince, bu icra takibini yaptığı icra dairesince düzenlenip kendisine verilen kesin bir borç ödemedi aciz vesikasını ifade eder. Bu nedenle, geçici aciz belgesi (İİK.m. 105/II), geçici rehin açığı belgesi (İİK.m. 150f) veya rehin açığı belgesi (İİK.m. 152), alacaklıya, kefilî doğrudan doğruya takip hakkını vermez.

Kanaatimce de alacaklı, asıl borçlu hakkında, bir kez kesin aciz belgesi elde ettikten sonra, kefile karşı icra takibine girişmişse kefil, ona karşı, borçlunun yeni mal iktisap ettiği için yeniden icra takibi yapması gerektiğini ileri süremez¹⁸. Gerçekten, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde de, âdi kefalette, alacaklının asıl borçlu hakkında kesin aciz belgesi elde etmesi, kefile doğrudan doğruya başvurabilmesi için yeterli görülen hâllerden biri olup, asıl borçlunun yeni mal edindiği takdirde, yeni bir kesin aciz belgesinin elde edilmesi gerektiği öngörülmemiştir.

Kanaatimce, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin birinci fıkrası ile birinci bendi hükmü karşısında, alacaklının, asıl borçluya karşı giriştiği icra takibi sonucunda, kusuru yüzünden kesin aciz belgesi alamamış olsa bile, doğrudan doğruya kefile başvurabileceği görüşü savunulabilir. Çünkü, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 486. maddesinin birinci fıkrasında, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hâller arasında, “...veya hakkında takibat icra olunup da alacaklının *hatası olmaksızın semeresiz kalması*” gerektiğine ilişkin bir ibareye, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin birinci fıkrası ile aynı fıkranın birinci bendinde yer verilmediği için, artık alacaklının asıl borçluya karşı yaptığı icra takibi sonucunda kesin aciz belgesi elde edememesinde bir kusuru olup olmamasının, doğrudan doğruya kefile başvurma olanağını ortadan kaldırmasında bir önemi bulunmamaktadır¹⁹. Bu düzenleme ile, asıl

¹⁷ RG. 19.6.1932/2128.

¹⁸ **Tandoğan**, s.765.

¹⁹ Buna karşılık, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde alacaklının, meselâ, hukukî engelleri ortadan kaldırmak için gerekli faaliyeti göstermemesi, özellikle belgeleri ibraz etmemesi, mehilleri kaçırmaması, uyuşmazlık konusu alacak için dava açmaması nedeniyle, asıl borçluya karşı yaptığı

borçluya karşı yaptığı icra takibi sonuçsuz kalan alacaklıya, onun menfaatinin de korunması amacıyla, ikinci kez icra takibi yapmak zorunda bırakılmadan, kefile başvurma hakkı tanındığı ve kendisine ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya rücu hakkını kullanarak, onun edindiği yeni mallardan ödediği miktarı alma olanağının sağlanmasının, daha isabetli olduğunun benimsendiği söylenebilir.

2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi (TBK.m. 585/I, b. 2)

Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi gereğince, borçlu aleyhine, Türkiye’de takibat (yani icra takibi yapılması veya dava açılması) imkânsız hâle gelmiş veya önemli ölçüde güçleşmişse, âdi kefalette kefil, alacaklıya karşı, tartışma def’i ileri süremez. Böyle bir durumda alacaklı, doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Bu bent hükmüne, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 486. maddesinin birinci fıkrasında bulunmayan “veya önemli ölçüde güçleşmişse” şeklindeki ibare de eklenmiştir.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, yabancı bir ülkeye yerleşmiş olan asıl borçlunun, Türkiye’de malları bulunmuyorsa, durum böyledir. Buna karşılık alacaklı, kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda, asıl borçlunun yabancı ülkede oturmakta olduğunu biliyorsa, kefile karşı, Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi gereğince, borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle geldiğini veya önemli ölçüde güçleştiğini ileri sürerek, doğrudan doğruya kefile başvuramaz. Alacaklının, bu durumda kefile başvurması hâlinde kefil, ona karşı, yine tartışma def’ini ileri sürebilir.

Reisoğlu’na göre²⁰ kefil, asıl borçlunun, yabancı ülkede oturduğunu bilmekle birlikte, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra asıl borçlu, icra takibinin çok daha güç olduğu başka bir yabancı ülkeye yerleştiği takdirde de, alacaklıya karşı, tartışma def’i ileri sürebilmelidir. Kanaatimce de, bu görüşe katılmak gerekir. Nitekim, bu ihtimale ilişkin olarak, kaynak İsviçre Borçlar

icra takibi sonuçsuz kalmışsa, kusurlu davranışları söz konusu olduğu için, âdi kefalette kefilin sorumluluğunun ortadan kalkacağı görüşü ileri sürülmüş idi. Bkz. **Tandoğan**, s. 765. Buna karşılık, yine aynı görüşte alacaklının, asıl borçluya karşı yaptığı icra takibi sonucunda, haciz işlemi gerçekleştirilen mala ilişkin olarak, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen istihkak iddialarında haklı olmadıkları konusunda bir açıklık yoksa, bu durumu kefile bildirmesinin, ona karşı, kefalet sözleşmesinden doğan haklarını koruması için yeterli sayıldığı kabul edilmiştir. Bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 495, Nr.21 **Tandoğan**, s. 765 ve dn. 9’dan naklen).

²⁰ Bkz. **Seza Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964, s.102.

Kanunu'nun 495. maddesinin birinci fıkrasında²¹ yapılmış olan düzenleme de böyledir. Buna karşılık, alacaklının yabancı ülkeye kaçmış olan borçlu aleyhinde Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi nedeniyle, doğrudan doğruya kefile başvurduktan sonra, borçlu Türkiye'ye dönmüş olsa bile, kanaatimce artık kefil, alacaklıya karşı, tartışma def'i ileri süremez. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde öngörülen hâlin, yani borçlu aleyhinde Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesinin bir kez de olsa gerçekleşmesi yeterlidir; bu nedenle söz konusu fıkranın ikinci bendinin, aksine bir yoruma tâbi tutulması mümkün değildir.

3. Borçlunun iflâsına karar verilmesi (TBK.m. 585/I, b.3)

Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereğince, borçlunun iflâsına karar verilmesi²² hâlinde de alacaklı, âdi kefalette doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Bu durumda kefil, alacaklıya karşı, tartışma def'i ileri süremez; bu def'i ileri sürmüş olsa bile, mahkemece kabul edilemez.

Âdi kefalette alacaklının, doğrudan doğruya kefile başvurması için, mahkemece borçlunun iflâsına karar verilmiş olması yeterlidir. Bu nedenle, alacak-

²¹ Fıkranın asıl borçlunun yerleşim yerini yabancı bir ülkeye nakline ilişkin bölümüne göre: "...borçlu, yerleşim yerini yabancı bir ülkeye nakledip, artık İsviçre'de takip edilmesi olanağı ortadan kalkmadıkça ya da yerleşim yerinin, yabancı bir devlete nakledilmesi nedeniyle, alacaklının (takip ve dava) hakkını yeniden kullanması önemli ölçüde güçleşmiş olmadıkça alacaklı, âdi kefiliden ödeme isteminde bulunamaz." Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun söz konusu fıkrası, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde, "Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi" şeklinde ifade edilmekle yetinilmiştir.

²² 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun "Hukuk mahkemelerinin kuruluşu" kenar başlıklı 5. maddesinin dört bentten ibaret birinci fıkrası ile aynı fıkranın birinci bendine göre: "Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın, iflâs, iflâsın ertelenmesi, iflâsın kaldırılması, iflâsın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırılmadan kaynaklanan davalara, ilişkin tüm yargılama safhaları, asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır." Bkz. RG. 7.10.2004/25606. Bu hüküm gereğince, asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde, iflâs kararı vermekle görevli mahkemeler, asliye ticaret mahkemeleridir. Asliye ticaret mahkemesi kurulmamış olan yerlerde, iflâs kararı vermekle görevli mahkemeler ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (RG. 4.2.2011/27836) 2. maddesi gereğince, asliye hukuk mahkemeleridir.

lının asıl borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, kefile başvurabilmek için, iflâs yoluyla tasfiyenin sonucunu, kendisine borç ödemedен aciz belgesi verilmesini beklemesi gerekmez²³. Bu ihtimalde kefil, alacaklının, iflâs üzerine yapılacak tasfiye sonunda, alacağının tamamını veya büyük bir bölümünü tahsil edeceğini ispat etse bile, kanaatimce de, alacaklıya karşı, tartışma def'ini ileri süremez. Çünkü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrası ile bu fıkranın üçüncü bendinde de, asıl borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurma hakkını kullanabilmesi için, iflâs yoluyla tasfiyenin sonucunu beklemesi gerektiği öngörülmemiştir.

Borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, âdi kefalette, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabilmesinin, yani ona karşı icra takibine girişebilmesinin veya dava açabilmesinin tek maddî koşulu, alacağın, kefilin alacaklıya karşı üstlendiği borcunun da muaccel olmasıdır. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun "*b. Kefilin takibi*" kenar başlıklı 590. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*Borçlunun iflâsı sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile*²⁴, *belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.*"

Borçlunun iflâsı hâlinde alacaklı, doğrudan doğruya kefile başvurabilirse de, kefilin de menfaatlerini korumak amacıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 594. maddesinin ikinci fıkrasında, asıl borçlunun iflâsına karar verilmişse veya borçlu konkordato istemişse, alacaklının alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorunda olduğu ve borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı maddenin son fıkrasına göre alacaklı, ikinci fıkrada öngörülen söz konusu gereklerden, teknik bir terimle, bildirim ve kayıt yüklerinden (veya külfetlerinden) birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder. Bu hüküm gereğince, meselâ kefil, borçlunun iflâs ettiğini öğrenince, rücu alacağını iflâs masasına vaktinde kaydettirebilseydi, elde edebileceği tutar oranında, alacaklıya daha az bir ödemede bulunabilirdi. Kanaatimce de alacaklı, söz konusu bildirim ve kayıt yüklerini yerine getirmemekte bir kusu-

²³ Tandoğan, s. 763.

²⁴ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun "Müflisin borçlarının muacceliyet kesbetmesi" kenar başlıklı 195. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre: "Borçlunun taşınmaz mallarının rehnî suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere, iflâsın açılması, müflisin borçlarını muaccel kılar." Bkz. RG. 19.6.1932/2128.

runun olmadığını ispat ederse, onun kefile karşı olan haklarını, tam olarak koruduğu kabul edilmelidir²⁵.

4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması (TBK.m. 585/I, b.4)

Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince, borçluya konkordato mehli²⁶ verilmiş olması hâlinde de alacaklı, bu mehlin sonucunu beklemeksizin, doğrudan doğruya kefile başvurabilir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinde, bu hükme yer verilmemiş idi. Buna karşılık, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin birinci fıkrasında da mevcut olan bu düzenleme yapılmıştır.

III. REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ DEF'İ (TBK.M.585/II)

Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında, asıl borçlunun alacaklıya olan borcu nedeniyle alacaklının, kefil ile kişisel güvence sözleşmesi niteliğindeki âdi kefalet yanında, ayrıca aynı güvence de elde etmişse, kefil kendisine başvuran alacaklıya karşı, alacağını öncelikle rehin konusundan almasını isteyerek, rehnin (veya ipoteğin) paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği öngörülmüştür. Fıkraya göre²⁷: “Alacak, kefaletten önce veya

²⁵ Bkz. ve karşı. **Oser/Schönenberger**, Art. 505, Nr.30 (**Tandoğan**, s.764 ve dn.7'den naklen). Kefilin kendisinin iflâsına karar verilmiş olması hâlinde alacaklı, doğrudan doğruya kefilin iflâs masasına başvurabilir. Çünkü, İcra ve İflâs Kanunumuzun “Müflisin kefil olduğu borçlar” kenar başlıklı 202. maddesinin birinci fıkrasına göre, asıl borcun vadesi henüz gelmemiş olsa (veya asıl borç henüz muaccel olmasa) bile, alacaklının kefile karşı olan alacağı, iflâs masasına kaydolunur. Kanaatimce de, kefilin kendisinin iflâsına karar verilmiş olması hâlinde, müflis kefilin iflâs masasının, alacaklının bu alacağına düşen payını, onun asıl borçluya karşı takibi sonuçsuz kaldığı takdirde ve ölçüde ödemesi gerekir. Bu nedenle, kefilin iflâs masası, alacaklıya karşı, tartışma def'ini, alacağın masaya kaydı istemine karşı değil, ancak masadan ödeme yapılması istemine karşı ileri sürebilir. Bkz. ve karşı. **Tandoğan**, s.766 ve dn.13.

²⁶ Konkordato mehli, İcra ve İflâs Kanunumuzun “Mühlet” kenar başlıklı 287. maddesinde düzenlenmiştir.

²⁷ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer verilen “borçlunun iflâsı ilân olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa” şeklindeki ibare, kanaatimce de İcra ve İflâs Kanunumuzun 45. maddesi ile 185. maddesinin birinci fıkrasındaki açık hükümler karşısında, isabetli olarak gereksiz görüldüğü için, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 585. maddesinin ikinci fıkrasına alınmamıştır. İsviçre’de, 1942 yılında yapılan değişiklik sonucunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun

kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, âdi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.”

Reisoğlu'na göre²⁸, rehnin üçüncü kişi tarafından verilmiş olması hâlinde, borçlu iflâs etmiş olsa bile kefil, alacaklıya karşı, önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Yazarın, bu görüşünü dayandırdığı gerekçe şudur: Borçlunun iflâsı hâlinde, onun verdiği rehinlerin paraya çevrilip, satış bedelinin alacaklıya verilmesinde gecikme tehlikesi vardır. Buna karşılık, üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler bakımından, böyle bir gecikme tehlikesi yoktur. Kanaatimce, hem yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde hem de mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, âdi kefalette kefilin, alacaklıya karşı, rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilmesi, bu aynı güvencenin sadece üçüncü kişi tarafından verilmesiyle sınırlı tutulmadığı için *Reisoğlu*'nun bu görüşüne katılmak güçtür. Ayrıca, bu görüşün, söz konusu maddelerin ikinci cümlelerinde, borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, kefilin alacaklıya karşı, rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremeyeceğine ilişkin olarak öngörülen hükümlere aykırı olduğu söylenebilir.

1. Hapis hakkı gibi kanundan doğan rehin haklarının varlığı hâlinde, âdi kefalette kefilin, alacaklıya karşı rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilip süremeyeceğine ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi

Doktrinde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, alacaklının, hapis hakkı gibi, kanundan doğan rehin haklarının varlığı hâlinde de, kefilin ona karşı rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilip

495. maddesinde de bu ibareye yer verilmemiştir. Gerçekten, İcra ve İflâs Kanunumuzun “*Rehin ve ipotekle temin edilmiş alacaklar*” kenar başlıklı 45. maddesine göre: “*Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tâbi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak, rehinin tutarı borcu ödemeğe yetmezse alacaklı, kalan alacağını iflâs veya haciz yolu ile takip edebilir.*” Yine aynı Kanunun “*Rehinli mallar ve üretime yönelik yerler*” kenar başlıklı 185. maddesinin birinci fıkrasına göre: “*Üzerinde rehin bulunan mallar, rehin sahibi alacaklının rüçhan hakkı mahfuz kalmak suretiyle masaya girer ve iflâs idaresi tarafından en yakın ve münasip zamanda paraya çevrilip muhafaza ve satış masrafları çıkarıldıktan sonra rehinli alacaklıya hakkı verilir. (Fıkraya 17.7.2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanunun 51. maddesiyle eklenen cümle:)* Ancak, rehin sahibi alacaklı, istediği takdirde, iflâstan sonra da masaya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.”

²⁸ s.104.

süremeyeceği tartışılmıştır. Aynı tartışmanın, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında da, bu hukukî problemin ortadan kaldırılmasını sağlayıcı bir hükme yer verilmediği için, günümüzde de geçerli olduğu söylenebilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre²⁹, kefil sadece sözleşmeden doğan rehin haklarının varlığı hâlinde, alacaklıya karşı, önce rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Buna karşılık, hapis hakkı gibi, kanundan doğan rehin haklarının varlığı hâlinde, alacaklıya karşı, bu def'i hakından yararlanamaz. Bu görüşün gerekçesi olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nda, kefalet sözleşmesine ilişkin olarak, 1942 yılından önceki düzenlemede olduğu gibi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "*rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde*" şeklindeki ibare gösterilmiştir. Bununla birlikte, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda, 1942 yılında yapılan değişiklikle, kefalet sözleşmesine ilişkin 495. maddenin ikinci fıkrasında "*rehin hakları mevcut ise*" ibaresine yer verilmiştir. *Tandoğan*'a göre³⁰, "*rehin hakları mevcut ise*" ibaresi kullanılarak yapılan söz konusu değişiklik, kanunî rehin hakları da, bu hükmün kapsamına sokulmuştur. Yazar, bu konuda doktrinde ileri sürülen ilk görüşe katılma-mıştır. Kanaatimce de, gerek mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinde kullanılan "*rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde*" ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "*...rehinle de güvence altına alınmışsa*" şeklindeki ibareler, kefilin, kendisine başvuran alacaklıya karşı, rehinin paraya çevrilmesi def'ini sadece sözleşmeden doğan rehin haklarının varlığı hâlinde değil, kanunî rehin haklarının varlığı hâlinde de, öncelikle rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, hem önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin hem de yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkralarında, alacaklının asıl borçludan olan alacağına rehin ile aynı güvence altına alınmış olmasının, bu def'in ileri sürülmesi bakımından yeterli görülmesi ve rehin hakkının kaynağının sadece sözleşmeden ibaret olduğunun belirtilmemesi karşısında, aksi görüşün savunulması isabetli değildir³¹.

2. *Rehin hakkının asıl borçlu tarafından tanınması hâlinde de, âdi kefalette kefilin, alacaklıya karşı rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilip süremeyeceğine ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi*

²⁹ **Necip Bilge**, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.376.

³⁰ s.766.

³¹ Hapis hakkının, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasına dâhil olması gerektiği görüşü için bkz. **Ayan**, s. 287 ve dn. 986'da belirtilen yazarlar.

Taşınır veya taşınmaz rehni, alacaklıya asıl borçlu ve üçüncü kişi tarafından da verilmiş olabilir.

Doktrinde, bizzat borçlu tarafından verilen rehin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra tevdi ve teslim edilmiş olsa da, alacaklının, önce bunlara başvurması gerektiği ileri sürülmüştür³². Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya kurulduğu sırada, alacağı rehinle güvence altına alan üçüncü kişi yanında, asıl borçlunun da olup olmayacağı hakkında açık bir ifade kullanılmamıştır.

Kanaatimce kanunkoyucu, genellikle alacaklının, asıl borçlunun kendisine olan borcunu rehinle güvenceye bağlayamaması nedeniyle, sadece kişisel güvence niteliğindeki âdi kefalet sözleşmesini yeterli görmediği için, kural olarak aynî güvencenin (rehin hakkının), üçüncü kişilerce sağlanmış olduğunu göz önünde tutarak, söz konusu fıkrayı kabul etmiştir. Ancak, bu düzenleme, aynı borcu nedeniyle, alacağın rehinle güvence altına alınmasını, asıl borçlunun da sağlayamayacağı anlamına gelmez. Hem önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin hem de yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkralarında, âdi kefalette bizzat borçlu tarafından, alacaklıya kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, geçerli olarak taşınır veya taşınmaz rehin hakkı tanınmış olsa bile, kefilin alacaklıya öncelikle bu rehlin (veya ipoteğin) paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak, söz konusu fıkrada buna ilişkin açık bir ibare kullanılmamış olması, fıkranın, onun bu def'i ileri sürmesinin kabul edilemeyeceği şeklinde yorumlanmasını haklı göstermez. Çünkü, âdi kefalette, alacaklının kefile doğrudan doğruya başvurması, Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması hâlinde kabul edilebilir. Bu durumda, aynı borç için alacaklıya rehin veren borçlu olduğuna göre, bunu kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleştirmiş olsa da alacaklı, doğrudan doğruya kefile başvurmamalı, önce borçlu tarafından verilen rehlin paraya çevrilmesi için icra takibine girişmelidir. Alacaklı, bu icra takibini yapmadan önce kefile başvurduğu takdirde kefil, ona karşı rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Alacaklının, kendisine aynî güvence sağlamamış olsa bile, âdi kefalette önce asıl borçluya karşı giriştiği icra takibinin sonuçsuz kalması nedeniyle, kendisine kesin aciz belgesi verilmiş olması, doğrudan doğruya kefile başvurabilmesinin maddî koşulu olduğuna göre, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, aynı alacağı için rehin veren asıl

³² Reisoğlu, s.103-104, Tandoğan, s.767.

borçluya karşı, önce rehlin paraya çevrilmesi istemiyle icra takibine girişmesi, kanaatimce evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*) gereğidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin ikinci fıkrasına göre: "Alacak, rehinlerle de güvenceye bağlanmışsa, âdi kefil, borçlu iflâs hâlinde olmadıkça veya bir konkordato mehli elde etmedikçe alacaklıdan, alacağını önce rehinlerden almasını isteyebilir." Bu hükümden, alacağın asıl borçlu veya üçüncü kişiler tarafından, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra rehinlerle güvenceye bağlanmış olması, kefilin, alacaklıya karşı, önce bu rehinlerin paraya çevrilmesini istemesine engel olmayacağı anlaşılmaktadır.

Hem mülga 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin ikinci fıkrasında hem de yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine ilişkin kararların varlığı hâlinde, kefilin alacaklıya karşı, alacağının öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyemeyeceği belirtilmiştir. Bu iki istisnâî durum dışında, aynı fıkra, kefilin alacaklıya karşı, alacağının öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilmesi için, bu rehin hakkının sırf üçüncü kişi tarafından, alacağın kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmasının zorunlu olduğunun öngörüldüğü savunulabilir³³. Ancak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında da "*kefaletten önce veya kefalet sırasında*" ibaresine yer verilmeden, "*Alacak, rehinle de güvence altına alınmışsa*", şeklinde bir düzenleme yapılmış olsaydı, hukukumuzda da bu aynî güvencenin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra, asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından sağlanması hâlinde de, kefilin öncelikle rehlin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilip yararlanamayacağı konusundaki tartışma ortadan kaldırılmış olacağı için, böyle bir yasal düzenlemenin daha isabetli olacağı ileri sürülebilir. Ancak, bu konunun Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayan bilim komisyonunda tartışılmadığını biliyorum. Bununla birlikte, kanaatimce hem önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin

³³ Aynı görüşte: **Ayan**, s. 289-290. Yazar (s. 290), taşınmaz rehlinin kefaletten önce veya sonra verilmesi hâlinde de, kefilin rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremeyeceği görüşündedir. Kanaatimce, âdi kefalette kefil, ancak taşınmaz rehlinin de asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından, kefaletten önce veya kefalet sırasında tesis edilmesi hâlinde, alacaklıya rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin birinci fıkrası gereğince alacaklı, müteselsil kefalette, aynı fıkranın ikinci cümlesinde öngörülen koşullardan biri gerçekleştiği takdirde, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir.

ikinci fıkrasında, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen, *“Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde”*, hem de yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkralarında, *“Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinele de güvence altına alınmışsa”* şeklinde ve aynı anlamdaki ibarelerin kullanılmasının da isabetli olduğu görüşü savunulabilir. Kanunkoyucumuzun, bu düzenlemesiyle, âdi kefalette kefilin, alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinden önce veya kefaleti sırasında, alacaklıya üçüncü kişilerce verilmiş bir aynî güvence olmadığı hâlde, daha sonra rehin hakkına da sahip olduğunu öğrendiği için, ona karşı öncelikle rehinin (veya ipoteğin) paraya çevrilmesi def'ini ileri sürerek, kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulmak istemesini âdil görmediği için, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı bir düzenlemeyi tercih ettiği söylenebilir.

§ 2. MÜTESELSİL KEFALET

I. GENEL OLARAK

Kefalet türlerinden biri de, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 487. ve yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddelerinde düzenlenen müteselsil kefalettir.

Bu tür kefalette de, âdi kefalette olduğu gibi, kefilin borcu fer'î niteliktedir. Bu nedenle, asıl borç geçersiz veya geçerli olup da sona ermişse, müteselsil kefilin de sorumluluğu söz konusu olmaz.

II. MÜTESELSİL KEFALET KAVRAMI

Müteselsil kefalette kefilin borcu fer'î nitelikte bir borç olduğu hâlde, müteselsil borçlulukta borçlunun borcu aslî nitelikte bir borçtur. Bu nedenle, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 487. maddesinin birinci fıkrasında, yanlış bir çeviri ile kullanıldığı anlaşılan *“müşterek borçlu ve müteselsil kefil”* şeklindeki ibarenin, *“müşterek borçlu ve”* sözcükleri, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin birinci fıkrasına alınmamıştır.

Yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun *“2. Müteselsil kefalet”* kenar başlıklı 586. maddesinin birinci fıkrası hükmünde, kefilin *“müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse”* müteselsil kefil olarak nitelendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Doktrinde, kanaatimce de isabetli olarak, kefilin alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinde, meselâ, *“borçlu ile aynı derecede sorumlu olmak üzere”*, *“alacaklı dilerse, borçludan önce kendisine başvurma hakkına sahip olmak*

üzere” gibi ibarelerle kefaleti kabul ettiğinin belirtilmesinin, söz konusu fıkradaki müteselsil kefil anlamına geldiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “II. Şekil” kenar başlıklı 583. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı âzami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu âzami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.” Bu nedenle, belirtilen maddedeki şekli geçerlilik koşulu yerine getirilmediği takdirde, kefalet sözleşmesinde sadece aynı Kanunun 586. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve az önce açıklanan “müteselsil kefil” veya “bu anlama gelen bir ifade”nin kullanılmış olması, müteselsil kefaletin geçerli olması için yetmez³⁴.

III. MÜTESELSİL KEFALETTE KEFİLİN BORCUNUN İKİNCİ DERECEDE OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN OLARAK DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN BİR GÖRÜŞÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrin de müteselsil kefalette kefilin borcunun ikinci derecede (tâli nitelikte) olmadığı görüşü ileri sürülmüş idi³⁵. Bu görüşe göre, alacaklı asıl borçlu ile birlikte, onun ve kefilin borcu muaccel olunca, birinci derecede olmak üzere, müteselsil kefile karşı da icra takibi yapabilir veya dava açabilirdi. Kanaatimce, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 586. maddesindeki yeni düzenleme ile³⁶, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun müteselsil kefalette kefilin borcunun da ikinci derecedeki (tâli) niteliğine, daha belirgin bir durum kazandırılmıştır. Gerçekten, söz konusu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 487. maddesinin birinci fıkrasında da öngörüldüğü gibi, müteselsil kefalette alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden önce kefi-

³⁴ Bu konuda ayrıca bkz. aşa. § 2, V.

³⁵ Bkz. **Tandoğan**, s.769.

³⁶ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun müteselsil kefaletle ilişkin 487. maddesinin ikinci fıkrasının, “*Bu bâbın hükümleri, bu nevi kefaletle de tatbik olunur.*” şeklindeki metni yeni düzenlemeye alınmamıştır. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, söz konusu ikinci fıkra, Tasarımın yeni sistematik yapısı karşısında gereksiz görülmüştür. Kanaatimce, hem mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun Yirminci Bâbında hem de yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “*Kefalet Sözleşmesi*” başlıklı Onbeşinci Bölümündeki kefaletin maddî ve şekli koşullarına ilişkin hükümlerin, sadece müteselsil kefalet bakımından değil, diğer kefalet türleri bakımından da göz önünde tutularak uygulanmaları gerektiğinde bir tereddüt yoktur.

le karşı, dava açabilir veya icra takibi yapabilir. Bununla birlikte, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin birinci fıkrasının ikinci (son) cümlesinin “*Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*” şeklindeki hükmü³⁷, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 487. maddesinde bulunmamaktadır. İşte, bu yeni düzenleme, kanaatimce müteselsil kefaletin tâlililik özelliği olup olmadığı konusundaki bir tartışmayı ortadan kaldıracak niteliktedir. Böyle bir değerlendirmenin isabetli olduğu, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin ikinci fıkrasındaki yeni düzenlemeden de açıkça anlaşılacaktır. Çünkü, söz konusu fıkranın ilk cümlesine göre: “*Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz.*”

IV. MÜTESELSİL KEFALETTE, TESLİME BAĞLI TAŞINIR REHNİ VEYA ALACAK REHNİNİN DE MEVCUT OLMASININ, ALACAKLININ DOĞRUDAN DOĞRUYA KEFİLE BAŞVURMASINI SAĞLAYABİLECEĞİ İSTİSNAÎ HÂLLER

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin zıt anlamından (*argumentum a contrario*) çıkarılabilen hüküm gereğince, müteselsil kefalette, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni (TMK.m. 939) veya alacak rehni (TMK.m. 954 vd.) ile güvence altına alınmış olması hâlinde alacaklı, ancak şu üç istisnaî hâlden biri varsa, doğrudan doğruya kefile başvurabilir:

1. Alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi,
2. Borçlunun iflâs etmesi,
3. Borçluya konkordato mehli verilmesi.

Yukarıda belirtilen üç istisnaî hâlden biri yoksa, söz konusu maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi gereğince, müteselsil kefalette alacaklı, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz.

³⁷ Yargıtay'ın bir kararında da, alacaklının müteselsil kefile karşı icra takibi yapabilmesi için, bu hükme uygun olarak, borçluya önceden ihtarda bulunması ve bu ihtarin sonuçsuz kalması gerektiği belirtilmiştir. Bu karar için bkz. 12. HD., 1.10.2015 tarihli ve E. 2015/7754, K. 2015/22680 sayılı karar (www.kazanci.com.tr)

V. Ticarî borçlara kefalette, asıl borçlu ile kefilin müteselsilen sorumlu olup olmadıklarına ilişkin yasal düzenlemenin değerlendirilmesi

Yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin³⁸ ikinci fıkrasında, aynı maddenin birinci fıkrasına yapılan yollama nedeniyle, ticarî borçlara kefalet hâlinde, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde müteselsil sorumluluğun söz konusu olacağı kabul edilmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında yollamada bulunulan, aynı maddenin birinci fıkrasında, iki veya daha fazla kişi tarafından, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliği hâiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı, birlikte borç altına girilmiş olmasının, birinci fıkranın, yani müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının maddî koşulunu oluşturduğu açıktır. Madde gerekçesinde, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "...müştereke borç altına girerlerse" şeklindeki ibarenin, yanlış anlamalara yol açtığı, özellikle kefaleti çağırıştırdığı için, yeni metninde "...birlikte borç altına girerse," şeklinde ifade edildiğinin açıklandığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimce, yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında, "*müştereke*" yerine "*birlikte*" sözcüğünün kullanılmış olması, yeni metne, yanlış anlamaları ortadan kaldıracak bir açıklık kazandırdığının kabulü güçtür. Kaldı ki, aynı maddenin ikinci fıkrasında "ticarî borçlara kefalet"ten söz edilerek, birinci fıkrasına yollamada bulunulduğu için, birinci fıkranın kefaleti çağırıştıran bir hüküm olmadığı görüşü de tartışmaya elverişlidir.

Kanaatimce, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının, yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin, özellikle ikinci fıkrası bakımından da uygulanması gerektiği görüşü savunulabilir niteliktedir. Bu Kanunun "*II. İçeriği kanunla belirlenen işlem ve ilişkiler*" kenar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*Türk Borçlar Kanunu hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerik-*

³⁸ Yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "*II - Teselsül karinesi*" kenar başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticarî niteliği hâiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez.*" Aynı maddenin ikinci (son) fıkrasına göre de: "*Ticarî borçlara kefalet hâlinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur.*"

leri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır.” Fıkroda kullanılan “...doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkiler”in sadece Türk Borçlar Kanunu ile değil, diğer kanunlarla da düzenlenmiş olabileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu’nun müteselsil kefaletin geçerlilik şekline ilişkin 583. maddesinin birinci fıkrasının³⁹, ticarî borçlar da dâhil olmak üzere, bütün borçlara kefaletler için de uygulanması gerektiğinde bir tereddüt yoktur.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü karşısında, kanaatimce yürürlükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında, aynı maddenin birinci fıkrasına yapılan yollama gereğince, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde müteselsil sorumluluk, ticarî borçlara kefaletin, 6098 sayılı

Türk Borçlar Kanunu’nun 583. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen geçerlilik şekline uygun bir sözleşmenin kurulmuş olması hâlinde söz konusu olur⁴⁰.

İcra ve İflâs Kanunumuzun 18.2.1965 tarihli ve 538 sayılı Kanununun 20. maddesi ile değiştirilmiş olan “*İlâm mahiyetini hâiz belgeler*” kenar başlıklı 38. maddesinde, “*para borcu ikrarını hâvi re’sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler*”in, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi olması yanında, müteselsil kefalet hükmünde de olduğu kabul edilmiştir.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun “*II. İçeriği kanunla belirlenen işlem ve ilişkiler*” kenar başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasına göre de: “*Türk Borçlar Kanunu hükümleri, yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak, daha önce gerçekleşmiş olsalar bile, içerikleri tarafların iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere uygulanır.*” Bu hüküm gereğince, kanaatimce, hem 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun –bir önceki paragrafta belirtilen- 18.2.1965 tarihli ve 538 sayılı Kanununun 20. maddesinde hem de yürür-

³⁹ Fıkraya göre: “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı âzami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu âzami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*”

⁴⁰ Aynı görüşte: **Burak Özen**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.268 ve dn.578; aksi görüşte: **Ayan**, s. 52 ve dn. 203.

lükteki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen kefaletlerde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının⁴¹, uygulamada göz önünde tutulması gerekir⁴².

§ 3. BİRLİKTE KEFALET

I. GENEL OLARAK

Birden çok kişinin, alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmaları hâlinde, birlikte kefalet söz konusu olur. Asıl borçlunun, alacaklı ile aralarındaki sözleşme gereğince, ona karşı üstlendiği borcun kişisel güvencesini sağlamak için, birden çok kişi, birbirlerinden habersiz veya haberdar olarak, alacaklı ile hep birlikte veya ayrı ayrı kefalet sözleşmeleri yapmış olabilirler.

Bu tebliğimde, doktrinde yapılan söz konusu ayrımlara göre açıklama ve değerlendirmeler yapılacaktır.

II. BİRLİKTE KEFALET TÜRLERİ

Doktrinde, birlikte kefaletle ilişkin mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 487. maddesi ile yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinde yapılan yasal düzenlemeler göz önünde tutularak, “*gerçek anlamda olmayan birlikte kefalet*”, “*gerçek anlamda birlikte kefalet*”, “*âdi birlikte kefalet*” ve “*müteselsil birlikte kefalet*” ayrımlarına yer verilmektedir.

1. Gerçek anlamda olmayan birlikte kefalet

Birden çok kişinin, birbirlerinden habersiz olarak, alacaklıya, onun asıl borçludan olan alacağını güvence altına almak üzere yaptıkları kefalet sözleşmesi ile kefil olmalarına “gerçek anlamda olmayan birlikte kefalet” veya “bağımsız kefalet” denilmektedir. Bu tür kefalette kefiller, alacaklıya karşı, “bölme def'i”⁴³ ileri süremezlerse de, kural olarak “tartışma def'i”ni ileri sürebilirler.

⁴¹ Bkz. § 2, II.

⁴² Uygulamada, müteselsil kefalet niteliğinde olmakla birlikte, icra dairesindeki kefaletlerin geçerliliği için de, Türk Borçlar Kanununun 583. maddesindeki şekle uygunluk ve 584. maddesinde öngörülen eşin rızası aranmaktadır. Bkz. 12. HD., 2.3.2016 tarihli ve E. 2015/29146, K. 2016/6027 sayılı karar (www.kazanci.com.tr); 12. HD., 2.11.2015 tarihli ve E. 2015/14009, K. 2015/26290 sayılı karar (www.kazanci.com.tr).

⁴³ Bölme def'i, alacaklının gerçek olmayan birlikte kefalet ile gerçek anlamda âdi birlikte kefalette, alacaklının birden çok kefinden hepsine değil de, içlerinden birine veya birkaçına takibata girişmesi (icra takibi yapması veya dava açması) hâlinde, her

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun birlikte kefalete ilişkin 587. maddesinin son fıkrasına göre: "Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir." Aynı düzenleme, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinin son fıkrasında da bulunmaktadır. Bu yeni düzenlemenin yerinde olup olmadığı tartışılabilirse de, gerçek anlamda olmayan birlikte kefalette, borcu ödeyen kefilin, artık diğer kefillere rücu hakkı olmadığı görüşü isabetli değildir.

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin gerekçe-sinde, borcu ödeyen kefilin aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahip olduğuna ilişkin yeni düzenleme, bir örnekle şöylece açıklanmıştır: "...Meselâ, kefil olunan asıl borç 150 lira ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, (K1) 200 lira için, (K2) 50 lira için ve (K3) de 50 lira için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 lira olmaktadır. (K1) 150 liranın tamamını ödemediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve (K1)'in asıl borçtan sorumluluğu, bu orana denk düşen 100 lira olacaktır. Bu durumda, (K1) fazladan ödediği 50 lira için, yine aynı hesaplama ile bulunacak 1/6 oranında, yani 25'er lira için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3'e) rücu edebilecektir"⁴⁴.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, Türk doktrininde bazı yazarlar⁴⁵ tarafından, gerçek olmayan birlikte kefalette, kefillerin diğer kefillere rücu hakkının bulunmadığı görüşü benimsenmiştir. Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁴⁶ ise, bu tür kefa-

bir kefilin alacaklıya karşı, sadece kefil sıfatıyla kendisine düşen paydan sorumluluğunun söz konusu olabileceğini, savunma yoluyla ileri sürmesini ifade etmektedir.

⁴⁴ **Ayan** (s.301), madde gerekçesinde verilen bu örnekte, kefillerin paylarının doğrudan eşit sayılmasının doğru olmadığı görüşündedir. Yazara göre, asıl borçlunun yaptığı ödeme gibi bir sebeple asıl borç azalır, rücu orantısının, yeni miktar üzerinden kurulması hakkaniyete uygun olur. Kanaatimce de, bu değerlendirme isabetli olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanununun birlikte kefalete ilişkin 587. maddesinin son fıkrasında, asıl borçlunun alacaklıya hiçbir ödemede bulunmadığı ve borç miktarında bir azalma olmadığı varsayılarak düzenleme yapıldığı için, kefillerin paylarının eşit sayılmasında bir yanlışlık olduğu söylenemez.

⁴⁵ Bkz. **Reisoğlu**, s.111 ve dn. 47; **Bilge**, s.379.

⁴⁶ **von Tuhr-Siegrwart**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942, § 90, IX, 2 (**Tandoğan**, s.771 ve dn.32'den naklen).

lette, ödemede bulunan kefilin, borçtan kurtardığı diğer kefillere karşı, bir sebepsiz zenginleşme davası açabilmesi, hakkaniyete uygun düşer.

Kanaatimce, birbirinden habersiz olarak, asıl borçlunun borcu nedeniyle, alacaklı ile yaptıkları kefalet sözleşmesi gereğince, ona kişisel güvence veren kefillerden birinin, bu sözleşme kapsamında olmak üzere, asıl borçlunun borcunu alacaklıya ödedikten sonra, aynı borca başka kefillerin de güvence sağladıklarını öğrenince, kendisine diğer kefillere rücu hakkı tanınmasının daha âdil bir düzenleme olduğu görüşü de savunulabilir niteliktedir. Ancak, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin son fıkrasındaki yeni yasal düzenleme yapılmamış olsaydı, alacaklıya sağladığı kişisel güvence nedeniyle, asıl borçlunun borcunu –kefalet sözleşmesi kapsamında- ödeyen kefile rücu hakkı tanınmasının, bu durumda onun kefaletinden haberi olmayan diğer kefillerin sebepsiz zenginleştikleri gerekçesine dayandırılması uygun olmazdı. Çünkü bir kefilin, asıl borçlunun borcu nedeniyle alacaklıya kişisel güvence verdiği için, ona karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmiş olması hâlinde, birbirinden habersiz olarak alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapan diğer kefillerin sebepsiz zenginleştikleri kabul edilemez.

Asıl borçlunun borcu nedeniyle, alacaklının alacağına kişisel güvence sağlamak üzere, onunla kendisinden başka bir kefilin de aynı borca kefil olacağını hesaba katmaksızın kefalet sözleşmesi yapmış olan bir kişinin, daha sonra aynı borca, başka bir kişinin de kefil olması durumunda, acaba önceki kefilin sorumluluğunun kapsamında bir değişiklik olur mu? Doktrinde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, önceki kefilin, bağımsız kefil sıfatıyla borcun tamamından, yeni kefilin ise, birlikte kefil sıfatıyla, ancak payına düşen miktardan sorumlu olması gerektiği görüşü⁴⁷ ileri sürülmüştür. Kanaatimce, bu ihtimalde, gerçek anlamda olmayan birlikte kefaletin varlığının kabulü gerekir. Bu nedenle, bu sorunun cevabında, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, tebliğimin bu başlığı altında metni verilen 587. maddesinin son fıkrası hükmü göz önünde tutulmalıdır. Bu hükümde, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her birinin, kefalet borcunun tamamından sorumlu olmakla birlikte, borcu ödeyen kefilin aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahip olduğu öngörülmektedir.

2. Gerçek anlamda birlikte kefalet

Asıl borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği borca, birden çok kişinin her biri, alacaklı ile kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada, kendisiyle birlikte, başka bir kişinin veya kişilerin de alacaklıya kişisel güvence sağlamak üzere, onun-

⁴⁷ Oser/Shönenberger, Art. 497, Nr. 15 (Tandoğan, s.772 ve dn.33'ten naklen).

la kefalet sözleşmesi yaptığını veya daha sonra yapacaklarını göz önünde tutarak kefil olmaları hâlinde, “gerçek anlamda birlikte kefalet” söz konusu olur.

Gerçek anlamda birlikte kefalette, kefillerin birbirlerinin kefaletinden haberdar olmaları ve bunu hesaba katmaları yeterli olup, birlikte kefil olmak üzere anlaşmaları, birlikte sözleşme yapmaları şart değildir⁴⁸.

Gerçek anlamda birlikte kefalet, alacaklı ile kefiller arasında yapılan aynı kefalet sözleşmesinden veya ayrı kefalet sözleşmelerinden ortaya çıkabilir.

Birlikte kefillerin üstlendikleri yükümlülükler, bir kısmının âdi kefil, bir kısmının ise, müteselsil kefil olmaları ve kefalet ettikleri miktarlardaki değişiklikler nedeniyle farklı olabilir.

Birlikte kefillerden bazılarının yükümlülüğü, geciktirici veya bozucu koşula veya vadeye bağlanabilir.

Tebliğimde, gerçek anlamda birlikte kefalette, âdi birlikte kefalet ile müteselsil birlikte kefalet hakkında bazı açıklama ve değerlendirmeler de yapılacaktır.

a) Âdi birlikte kefalet

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 587. maddesinin birinci fıkrasına göre: “Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için âdi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur.”

⁴⁸ 11. Hukuk Dairesi’nin 14.6.1985 tarih ve 2643 / 3880 sayılı kararından: «Birlikte kefalet, birden çok kimsenin, aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin, aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunlu değildir. Fakat, en az, birbirlerinin kefaletinden bilgileri olması ve bu yönü göz önüne alarak kefil olmaları gerekir. Kefilin, aynı borca, kendisiyle birlikte diğer kişilerin de kefalet edeceğini düşünerek kefil olduğunu alacaklının bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi hâlinde, bu kefalet, şarta bağlanmış sayılır. Eğer, bu şart gerçekleşmemiş ise kefil, sorumluluktan kurtulur. Bu yönün ispatı da, usul hükümleri göz önünde tutularak, ileri süren tarafa aittir.» (YKD. 1985, S.10, s. 1490 vd.)

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “*Birlikte kefalet*” kenar başlıklı 587. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu konu özel olarak düzenlenmiştir. Fıkraya göre: “*Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.*”

Âdi birlikte kefalette kefil, alacaklı payından fazlası için kendisine karşı takibe girişen veya dava açan alacaklıdan, önce diğer kefillere başvurmasını veya varsa rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir.

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin birinci fıkrasının (BK.m. 488/c.1), bölünemez bir borç için âdi birlikte kefil olanlar hakkında da uygulanabilip uygulanamayacağı, doktrinde tartışılmıştır⁴⁹. Kanaatimce, kefilin borcunun bir tazminat borcu olduğu göz önünde tutulursa, bu konuda söz konusu fıkra hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürerek, olumlu çözüm tarzını benimseyen görüşlerin daha isabetli olduğu kabul edilmelidir. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin olarak, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, "818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 488 inci maddesinin birinci cümlesinde kullanılan "mütecezzi bir borca" şeklindeki ibare, Tasarının 586 ncı maddesinin birinci fıkrasında "aynı borca" şeklinde değiştirilmiştir. Borcun bölünabilir veya bölünemez nitelikte olması önem taşımaksızın, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda kefilin borcunun, öğretide ve uygulamada hâkim olan görüşte, tazminat borcu niteliğinde kabul edildiği göz önünde tutularak, fıkra da böyle bir değişikliğin yapılması yerinde görülmüştür."

Âdi birlikte kefalette kefiller, alacaklıya karşı, kendi payları için âdi kefil gibi sorumlu oldukları için, tartışma def'ini ve bölme def'ini ileri sürebilirler.

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesine göre: "*Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.*" Birlikte âdi kefalette de, her kefilin payına düşecek sorumluluk, önceden açıkça kararlaştırılmamışsa, her biri eşit paylardan sorumlu olur.

Gerçek anlamda birlikte kefalette, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, kefalet sözleşmesi kapsamında olmak üzere, onun borcunu ödeyen kefil, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 488. maddesinde bulunmamakla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve son cümleleri⁵⁰ gereğince, kaynak İsviçre Borçlar Kanu-

⁴⁹ Olumlu görüşte: **Oser/Schönenberger**, Art. 497, Nr.16 (**Tandoğan**, s.773, dn.36'dan naklen); **Reisoğlu**, s.115. Aksi görüşte olan **Bilge**'ye göre (s. 379), bölünemez borcun kefillerinin her biri, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 69. maddesi (TBK. m. 85) gereğince, borcun tamamından sorumlu olmalıdır.

⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve son cümlelerine göre: "*Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödemiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücutan önce de kullanılabilir.*"

nu'nun 497. maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, borçtan kurtardığı diğer kefillere karşı, kefaletleriyle orantılı olarak rücu hakkına sahip olur.

b) Müteselsil birlikte kefalet

Müteselsil birlikte kefaletle ilişkin düzenlemeyi içeren yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin ikinci fıkrasının ilk üç cümlesine göre: *“Borçluyla 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. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir.”* Bu maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinin ikinci fıkrası göz önünde tutularak yapılmış olan yeni bir düzenlemedir.

Söz konusu fıkra gereğince, müteselsil birlikte kefaletin şu iki biçimde gerçekleşmesi mümkündür:

1. Kefiller, kendi aralarında, müteselsil kefil olmaları konusunda anlaşdıktan sonra, borçluyla birlikte alacaklıya karşı, müteselsilen taahhütte bulunmuş olabilirler. Bu takdirde, müteselsil birlikte kefillerin, alacaklıya karşı, tartışma ve bölme def'ilerini ileri sürme haklarından feragat ettikleri kabul edilir⁵¹. Bununla birlikte, *Reisoğlu*'na göre⁵², kefalet sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olması koşuluyla, müteselsil birlikte kefiller, sadece tartışma def'inden feragat edip, bölme def'ini saklı tutabilirler. Aksi görüşü savunan *Schönenberger*⁵³ ise, bunun, kanunun ifade tarzına aykırı düştüğünü ileri sürmüştür. Kanaatimce de, *Schönenberger*'in görüşü daha isabetlidir. Çünkü, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin emredici hüküm niteliğindeki 587. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi (BK.488/c.2) gereğince, her bir müteselsil kefil borcun tamamından

⁵¹ Bununla birlikte, alacaklının borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefilleri takip etme hakkını kullanabilmesi için, borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerektiğinin öngörüldüğü, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki bu yeni düzenleme de göz önünde tutulmalıdır.

⁵² s.124. Bu görüşe yollamada bulunan **Tandoğan**'ın da (s.774 ve dn.40), aynı görüşü benimsediği söylenebilir.

⁵³ Bkz. **Schönenberger**, Art.497, Nr.33 (**Tandoğan**, s.774, dn.40'tan naklen).

sorumludur⁵⁴. Bu nedenle, kefalet sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olsa bile, müteselsil birlikte kefillerin, bölme def'ini saklı tutmaları geçersiz olur.

Müteselsil birlikte kefalette de, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, iç ilişkide, kefillerin her birine düşen sorumluluk payı eşit olarak kabul edilmek gerekir.

2. Kefiller, sadece kendi aralarında müteselsil kefil olmaları konusunda anlaşılıktan sonra, her biri ayrı ayrı, alacaklıya müteselsil kefalet taahhüdünde bulunmuş olabilirler. Doktrinde, bu ihtimalde, müteselsil birlikte kefillerin sadece bölme def'inden feragat ettikleri, buna karşılık tartışma def'ini ileri sürme haklarının saklı kaldığı görüşü ileri sürülmüştür⁵⁵. Kanaatimce de, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin emredici hüküm niteliğindeki 587. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde (BK.488/c.2), her bir müteselsil kefilin, borcun tamamından sorumlu olduğu hükmü göz önünde tutulduğunda, bu görüşün isabetli olduğu kabul edilmelidir.

§ 4. Kefile, rücu ve açığa kefalet

I. Kefile kefalet

Kefalet türleri arasında, kefile kefalet de yer almaktadır. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "3. Birlikte kefalet" kenar başlıklı 587. maddesinin birinci fıkrasında (BK.m. 488/c.1) "kefile kefil" terimi kullanılmış olup, aynı Kanunun 588. maddesinin birinci fıkrasında (BK.m. 489/I) kefile kefilin sorumluluğuna ilişkin şu hükme yer verilmiştir: "*Alacaklıya, kefilin borcu için güvence veren kefile kefil, kefil ile birlikte, âdi kefil gibi sorumludur.*"

Kefile kefalet sözleşmesinin taraflarını, alacaklı ile kefile kefil oluşturur. Kefile kefil, alacaklı ile asıl kefil arasındaki kefalet sözleşmesi kapsamında, asıl kefilin alacaklıya karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmemesi hâlinde, onun yedek kefilidir.

⁵⁴ Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve son cümlesine göre: "*Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücuadan önce de kullanılabilir.*"

⁵⁵ **Tandoğan**, s.774.

Doktrinde, kefile kefalet sözleşmesinde açıkça belirtilmesi hâlinde, kefile kefilin, asıl kefile birlikte, alacaklıya karşı müteselsil kefil olarak sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁵⁶, bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Diğer bir görüşe göre⁵⁷ ise, sözleşmede böyle bir hükme yer verilmiş olsa bile, kefile kefil, alacaklıya karşı, asıl kefile birlikte, müteselsil kefil gibi sorumlu tutulamaz. Kanaatimce, doktrinde ileri sürülen ve bu soruya olumsuz cevap veren ikinci görüşün, kefil bakımından, “yabancı borç” olarak nitelendirilen asıl borçlunun alacaklıya karşı olan borcu nedeniyle, alacaklıya kişisel güvence sağlayan kefilin korunması ilkesi gereğince daha isabetli olduğu söylenebilir. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu’nun 588. maddesinde, “Kefilin borcu için alacaklıya güvence veren kefile kefilin, alacaklı ile arasındaki sözleşmede, ona karşı, (asıl) kefil ile birlikte müteselsil kefil gibi sorumlu olacağı kararlaştırılmamışsa, âdi kefil gibi sorumlu olur.” şeklinde bir hüküm kaleme alınmadığı için, mevcut hükmün, kefilin korunması ilkesi gereğince emredici nitelikte olduğu savunulabilir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁸, müteselsil birlikte kefaletten farklı olarak, asıl kefil, alacaklıya ödemede bulunmuşsa, kendi kefil durumundaki kefile kefile rücu edemez. Kanaatimce de, bu görüş isabetlidir. Çünkü, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 588. maddesinde, (asıl) kefilin alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde, kefile kefile rücu hakkına sahip olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, aynı görüşte, bu ödeme kefile kefil tarafından yapılmışsa, ödediğinin tamamı için, asıl kefile rücu hakkına sahip olduğunun ileri sürülmesi, kanaatimce tartışılabilir niteliktedir.

Gerçekten, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 588. maddesinde, kefile kefil tarafından alacaklıya yapılan ödeme nedeniyle, onun asıl kefile rücu hakkının varlığına ilişkin bir hükme de yer verilmemiştir. Bu Kanunun “*b. Kefilin rücu hakkı*” kenar başlıklı 596. maddesinde, kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarının halefi sıfatıyla, asıl borçluya rücu hakkına sahip olduğu belirtilmişse de, yine aynı Kanunun birlikte kefaletle ilişkin 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci (son) cümlelerinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 497. maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, müteselsil birlikte kefalette, alacaklıya ödemede bu-

56 **Emil Beck**: Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, Art.498, Nr.3 (**Tandoğan**, s.768, dn.18’den naklen).

57 Bkz. **Tandoğan**, s.768, dn.18’de belirtilen yazarlar (**Oser, Giovanoli ve Schönenberger**).

58 **Tandoğan**, s.768.

lunan bir kefilin, diğer kefillere rücu hakkına sahip olduğu ve bu hakkını borçluya başvurmadan önce de kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme dışında, alacaklıya ödemede bulunan kefile kefilin de, asıl kefile rücu hakkına sahip olacağına ilişkin başka bir düzenleme, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bulunmamaktadır.

Kanaatimce kanunkoyucunun, kefile kefilin alacaklıya ödeme yapması hâlinde, asıl kefile rücu hakkına sahip olacağına ilişkin bir hükme yer vermemesi şu gerekçeye dayandırılabilir: Her iki kefilin de “yabancı borç” niteliğindeki asıl borçlunun alacaklıya olan borcu nedeniyle, ona kişisel güvence verenlerden yedek kefil konumundaki kefile kefil, asıl kefilin alacaklıya karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmezse, kefile kefilin sadece alacaklıya karşı, âdi kefil gibi sorumlu tutulması yeterli görülmüştür. Ayrıca, bu ihtimalde kefile kefile, asıl kefile de rücu hakkı tanınmamış olması, (asıl) kefilin korunması ilkesine de uygun düşer. Bu nedenle, kefile kefilin, asıl kefilin alacaklıya karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmediği için, bundan yedek kefil sıfatıyla kendisinin de sorumlu olacağını ve Kanunda kendisine asıl kefile rücu hakkının tanınmadığını dikkate alarak, alacaklı ile kefile kefalet sözleşmesi yapıp yapmama hakkında kişisel tercihini kullanması gerektiği söylenebilir.

Bu değerlendirme kabul edildiği takdirde, kanaatimce, Kanunda kefile kefilin asıl kefile rücu hakkına ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmaması, bir kanun boşluğu olarak da nitelendirilemez. Kanunkoyucunun buna ilişkin düzenlemesi isabetli görülmediği takdirde, yapılacak kanun bakımından (*de lege ferenda*), kabul edilebilecek haklı gerekçeye dayandırılmak suretiyle, doktrinde bir öneride bulunulması gerekir.

II. Rücua kefalet

Rücua kefalet sözleşmesi, bu sözleşmenin taraflarını oluşturan rücua kefil ile asıl kefil arasında yapılır.

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “4. Kefile kefil ve rücua kefil” kenar başlıklı 588. maddesinin ikinci (son) fıkrasına göre: “Rücua kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefiledir.”

Rücua kefaletin, kural olarak, bir tür âdi kefalet olduğunda tereddüt yoktur. Rücua kefalet sözleşmesi ile, rücua kefil, asıl kefile karşı, rücu alacağı için güvence vermiş olur. Asıl kefil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 596. maddesi gereğince, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarının halefi sıfatıyla, (asıl) borçluya rücu hakkını kullandığında, ona yönelttiği ödeme isteminin kısmen veya tamamen sonuçsuz kalması hâlinde, rücua kefilin

kendisine verdiği bu güvenceden yararlanarak, alacaklıya yapmış olduğu ödemeyi geri alabilir.

İsviçre Federal Mahkemesince verilen bir karara göre⁵⁹, asıl kefilin, âdi kefil sıfatıyla, kanunda kendisine tanınmış olan tartışma def'ini alacaklıya karşı ileri sürmemiş olması, rücu kefilin, icra takibi veya dava yoluyla kendisinden rücu alacağını ödemesi isteminde bulunan asıl kefile karşı, önce asıl borçluya başvurması gerektiğine ilişkin bu def'i ileri sürmesini engellemez. Kanaatimce de, bu karar isabetlidir. Gerçekten, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesi gereğince, alacaklı doğrudan doğruya âdi kefile başvurma hakkının tanındığı hâllerden biri yok iken kefile başvurduğu takdirde, kefil ona karşı tartışma def'ini ileri sürebilir. Rücu kefalette de, aynı maddenin birinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle, rücu kefilin, kendisine alacaklı sıfatıyla başvuran asıl kefile karşı da tartışma def'i ileri sürebileceği kabul edilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesince verilen diğer bir karara göre⁶⁰ ise, asıl kefil ile birlikte kefil olan başka kişiler de varsa, rücu kefil, asıl kefile ödemedede bulununca, bu kişilere de, payları oranında rücu edebilir. Çünkü, rücu kefil, asıl kefile ödemedede bulununca, onun haklarına halef olur. Kanaatimce, bu kararın da, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 507 nci maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiş olan yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinin kıyas yoluyla uygulanabileceği gerekçesiyle, isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Doktrinde, rücu kefilin, asıl borçlu ile birlikte, asıl kefile karşı, onun rücu alacağı için müteselsilen taahhütte bulunabilecekleri görüşü ileri sürülmüştür⁶¹. Aynı görüşte, bu takdirde, alacaklıya ödeme yapan asıl kefilin, asıl borçluya rücu etmeden, doğrudan doğruya rücu kefilden, rücu alacağı için ödeme isteminde bulunabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimce, bu görüş, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci (son) cümle hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilirse, isabetli olur. Ancak, rücu kefilin, asıl borçlu ile birlikte, asıl kefile karşı, onun rücu alacağı için müteselsilen taahhütte bulunması hâlinde, müteselsil birlikte kefaletin söz konusu olmayacağı düşüncesiyle, bu görüşe katılmamak da mümkündür. Çünkü, asıl borçlunun, bu ihtimalde asıl kefile karşı, rücu kefil ile birlikte müteselsil kefil olamayacağı savunulabilir. Gerçekten, asıl borçlu-

⁵⁹ BGE 70 II 276 (**Tandoğan**, s. 768 ve dn.20'den naklen).

⁶⁰ BGE 33 II 579 (**Tandoğan**, s. 768 ve dn.21'den naklen); aynı görüşte: **Reisoğlu**, s.145.

⁶¹ **Tandoğan**, s.769.

nun, kendisinin alacaklıya karşı üstlendiği borç için, aynı zamanda rücu kefil ile birlikte müteselsil kefil de olabileceğinin kabulü güctür.

III. Açığa kefalet

Bu tebliğde, son olarak kefalet türlerinden biri olan açığa kefaletten söz edilecektir. Hemen belirtelim ki, doktrinde “açığa veya zarara kefalet” terimleri kullanılmakla birlikte, kanaatimce kefil, kefalet sözleşmesi ile, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 581. maddesinde yapılan tanım da belirtildiği gibi, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmesi nedeniyle, diğer kefalet türlerinde de olduğu gibi, alacaklının borçludan olan toplam alacağının alamadığı kısmını veya borca aykırı davranışı sonucunda uğradığı zararın da güvencesini oluşturabildiği için, sadece “açığa kefalet” teriminin kullanılması yeterlidir. Bu nedenle, tebliğimde “açığa kefalet” terimine yer verilecektir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda karşılığı bulunmayan yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin son fıkrasına göre: *“Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.”*

Bu fıkra hükmü, -son cümlesi hariç olmak üzere- kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 497. maddesinin üçüncü fıkrasında da mevcuttur. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin gerekçesinde de şu açıklama yapılmıştır: “Maddenin son fıkrasının nisbî emredici nitelikte olması dışında, birinci ve ikinci fıkralarının mutlak emredici nitelikte hükümler içermesi, kefilin korunması ilkesine daha uygun görüldüğü için, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 495 inci maddesinin son fıkrasındaki “Aksine anlaşmalar saklıdır.” şeklindeki hüküm, Tasarı metnine alınmamıştır. Bu maddenin gerekçesinde, son fıkraya eklenen ikinci cümle ile, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, kefilin korunması ilkesinden hareketle, sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğunun kararlaştırılabileceğinin kabul edildiği belirtilmiştir. Yine aynı maddenin son fıkrasına eklenen ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olan ikinci cümleye ilişkin olarak, madde gerekçesinde şu açıklama da yapılmıştır: “Böylece, sadece açığın kapatılması için kefaletle özgü, ayırık bir düzenleme olmak üzere, sözleşmede öngörülmesi koşuluyla, fıkrada belirtilen durumlarda kefile, alacaklıya karşı, öğretide kullanılan

terimle, “tartışma def’i” ya da “peşin dava def’i” ileri sürme olanağı sağlanmıştır.”

Açığa kefalet sözleşmesi ile açığa kefil, asıl borcun tamamı için değil, sadece alacaklının, asıl borçludan, icra takibi sonucunda alamadığı kısım için, ona kişisel güvence sağlamış olur.

Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun âdi kefalete ilişkin 585. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, asıl borçluya konkordato mehli verilmesi hâlinde, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği öngörülmüştür. Buna karşılık, açığa kefalette, alacaklının doğrudan doğruya açığa kefile başvurabilmesi için, borçluya sadece konkordato mehli verilmesi yeterli olmaz; bunun için konkordatonun kesinleşmesi gerekir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsızlaşması veya önemli ölçüde güçleşmesi hâlinde, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği öngörülmüştür. Oysa, açığa kefalette, aynı maddenin son fıkrası gereğince, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabilmesi için, borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi şarttır.

Doktrinde, açığa kefaletin, âdi kefaletten farkının, özellikle konkordato hâlinde ortaya çıktığı görüşü ileri sürülmektedir⁶². Aynı görüşe göre, âdi kefilden, borcun tamamını ödemesi istenebilirken, açığa kefilden, ancak alacaklının, borçlunun konkordatosundan alamadığı oranda, borcu ödemesi istenebilir. Kanaatimce de, doktrinde ileri sürülen bu görüş, açığa kefaletin tanımı ve özelliğiyle uyumlu olduğu için isabetlidir.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁶³ ise, borçlunun iflâsı hâlinde, tasfiye tamamlanmadan önce de, âdi kefilden, borcun tamamını ödemesi istenebilirse de, açığa kefilden; ancak iflâsın tasfiyesi sonunda alacaklının alamadığı miktarı ödemesi istenebilir. Kanaatimce, doktrinde ileri sürülen bu görüş de, açığa kefaletin tanımı ve özelliğiyle uyumlu olduğu için isabetlidir.

SONUÇ

Bu tebliğimde, -mülga 818 sayılı Borçlar Kanunundaki düzenlemelerle de karşılaştırılmak suretiyle- yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki yeni düzenlemeler, ilgili mevzuat, doktrinde ileri sürülen görüş ve değerlendirmeler ile uygulamada (bazı mahkeme kararlarında) varılan sonuçlar

⁶² Bkz. **Tandoğan**, s.769.

⁶³ **Tandoğan**, s.769.

işığında, kefalet türlerine ilişkin olarak, kişisel görüş ve değerlendirmelerim, aşağıda maddeler hâlinde, özetle belirtilmiştir:

1. Doktrinde kefilin, tartışma ve rehlin paraya çevrilmesi def'ilerinden kümülâtif olarak (birbirinin yanında) yararlanabileceği, yani rehlin paraya çevrilmesi def'inde bulunmasından sonra, rehin paraya çevrildiği hâlde alacağı karşılamakta yetersiz kalmışsa, bu kez tartışma def'inden de yararlanabileceğini ileri süren görüş isabetlidir.

2. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde ileri sürülen bir görüşte, kefilin, bu iki def'i hakkından, yani tartışma def'i ile rehlin paraya çevrilmesi def'i haklarını kullanmaktan başlangıçta veya sonradan feragat edebileceği savunulmuştur. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yeni ve kefilin koruyucu nitelikteki 582. maddesinin son fıkrasında, Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin, kefalet sözleşmesinin düzenlendiği bölümde (yani, Onbeşinci Bölümde) kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği hükmüne yer verildiği için, 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından kefil, söz konusu def'i haklarından, ancak sonradan feragat edebilir.

3. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde kefilin, önceden bu def'i haklarını bilerek veya bilmeyerek, bunları ileri sürmeksizin alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde, rücu yoluyla, ödediğini asıl borçludan geri alamayacağı görüşü savunulmuştur. Kanaatimce, kural olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra yapılan kefalet sözleşmeleri bakımından, kefilin kural olarak, önceden bu def'i haklarını bilmediği için, alacaklıya bunları ileri sürmeksizin gerçekleştirdiği ödeme sebebiyle, borçluya karşı rücu hakkını kaybetmemiş olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun -mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 497. maddesinin ikinci fıkrasından daha farklı biçimde kaleme alınan- 591. maddesinin üçüncü fıkrası, bu değerlendirmenin daha isabetli olduğunu göstermektedir. Fıkra göre: *"Kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemededen kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder."*

4. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrası hükmüne dayanılarak, tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği hâllerden herhangi birinin, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerektiğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 589. maddesinin üçüncü fıkrasının yeni hükmü gereğince, kefalet sözleşmesinde kefilin, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından önceki borçlarından da sorumlu olacağı kararlaştırılmamışsa isa-

betlidir. Aksi takdirde, tartışma def'inin ileri sürülemeyeceği hâllerden herhangi biri, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce de gerçekleşmiş olabilir.

5. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendine göre, borçlunun iflâsına karar verilmesi, tartışma def'inin ileri sürülememesi için yeterli olup, iflâsın sonucunun beklenmesi gerekmez. Alacaklının, borçluya karşı sonuçsuz kalan takibinden sonra, bunu bilmeksizin kefil olan kişi, alacaklıdan ikinci kez takip yapmasını da isteyemez.

6. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline ilişkin 583. maddesinin birinci fıkrası ile alacaklının müteselsil kefilî doğrudan doğruya veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden takip edebilmesinin koşulları 586. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilmiştir. Bu hüküm karşısında, kefilin asıl borçlunun iflâsını bilmesine rağmen, alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmış olması durumunda, müteselsil kefaletin kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir.

7. Alacaklı, borçlunun iflâs ettiğini bilmediği hâlde, bunu sadece kefilin bilmesi, tartışma def'ini ileri sürmekten feragat ettiği anlamına gelmez. Borçlunun iflâsına karar verilmişse, alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilir (TBK.m. 585/I,b.3). Bu ihtimalde kefilin tartışma def'inin varlığından bile söz edilemeyeceği için, bu def'i haktan feragati de söz konusu olamaz.

8. Alacaklı, asıl borçlu hakkında, bir kez kesin aciz belgesi elde ettikten sonra, kefile karşı icra takibine girişmişse kefil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrası ile bu fıkranın birinci bendinde buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği için, alacaklıya karşı, borçlunun yeni mal iktisap ettiğini ileri sürerek, yeniden icra takibi yapmasını isteyemez.

9. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrasında, alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurabileceği hâller arasında, "...veya hakkında takibat icra olunup da alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması" şeklindeki ibareye, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin birinci fıkrası ile aynı fıkranın birinci bendinde yer verilmediği için, artık alacaklının asıl borçluya karşı yaptığı icra takibi sonucunda kesin aciz belgesi elde edememesinde bir kusuru olup olmaması, doğrudan doğruya kefile başvurma hakkını ortadan kaldırmaz.

10. Kefilin rücu alacağının korunması amacıyla, asıl borçlunun, yabancı ülkede oturduğunu bilmekle birlikte, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, asıl borçlu, icra takibinin çok daha güç olduğu başka bir yabancı ülkeye yerleştiği takdirde de, alacaklıya karşı, tartışma def'i ileri sürebilmelidir. Buna karşılık, alacaklı, yabancı ülkede kaçmış olan borçlu aleyhinde

Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi nedeniyle, doğrudan doğruya kefile başvurduktan sonra, borçlu Türkiye’ye dönmüş olsa bile kefil, artık alacaklıya karşı, tartışma def’i ileri süremez. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin ikinci bendi hükmüne aykırı olarak, kefilin yeniden ileri sürdüğü tartışma def’i kabul edilemez.

11. İcra ve İflâs Kanunumuzun “*Müflisin kefil olduğu borçlar*” kenar başlıklı 202. maddesinin birinci fıkrasına göre, asıl borcun vadesi henüz gelmemiş olsa (veya asıl borç henüz muaccel olmasa) bile, alacaklının kefile karşı olan alacağı, iflâs masasına kaydolunur. Kanaatimce de, kefilin kendisinin iflâsına karar verilmiş olması hâlinde, (müflis) kefilin iflâs masasının, alacaklının bu alacağa düşen payı, alacaklının asıl borçluya karşı takibi sonuçsuz kaldığı takdirde ve ölçüde ödemesi gerekir. Bu nedenle, kefilin iflâs masası, alacaklıya karşı, bu alacağın masaya kaydolması hâlinde, tartışma def’ini sadece masadan ödeme yapılması istemine karşı ileri sürebilir.

12. Doktrinde, rehnin üçüncü kişi tarafından verilmiş olması hâlinde, borçlunun iflâsına karar verilmiş olsa bile, kefilin, kendisine doğrudan doğruya başvuran alacaklıya karşı, önce rehnin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürebileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşün gerekçesi olarak, borçlunun iflâsı hâlinde, onun verdiği rehinlerin paraya çevrilip, satış bedelinin alacaklıya verilmesinde gecikme tehlikesi olduğu hâlde, üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler bakımından, böyle bir gecikme tehlikesinin bulunmaması gösterilmiştir. Kanaatimce, bu görüş, önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin ikinci fıkrasında, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 585. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin “*Ancak, borçlunun iflâsına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.*” şeklinde kaleme alınan hükme yer verilmediği için tartışılabilirse de, yeni düzenleme karşısında, bu görüş savunulamaz.

13. Doktrinde ileri sürülen ve alacaklının, asıl borçlunun iflâsını bildiği hâlde, bunu bilmeyen kefile, borçlunun durumunu bildirmemesinin, çoğu zaman aldatma (hile) sayılacağı görüşü, kanaatimce de isabetlidir. Böyle bir durumda kefil, Türk Borçlar Kanunu’nun irade bozukluklarından biri olan aldatmaya ilişkin 36. maddesinin birinci fıkrasının “*Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*” hükmü gereğince, aynı Kanunun 39. maddesinde öngörülen, aldatmayı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içinde, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirdiği takdirde, kefalet sözleşmesi ile bağlılıktan kurtulur. Bununla birlikte, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda karşılığı bulunmayan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun gelecekte doğacak borçlar bakımından kefile tanınan sözleşmeden dönme

hakkına ilişkin 599. maddesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinde olduğu gibi, özel bir düzenleme yapılmıştır.

14. Alacaklının, doğrudan doğruya âdi kefile başvurması için, mahkemece borçlunun iflâsına karar verilmiş olması yeterlidir. Bu nedenle, alacaklının asıl borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, âdi kefile başvurabilmek için, iflâs yoluyla tasfiyenin sonucunu, kendisine borç ödemededen aciz belgesi verilmesini beklemesi gerekmez. Bu ihtimalde kefil, alacaklının, iflâs üzerine yapılacak tasfiye sonunda, alacağının tamamını veya büyük bir bölümünü tahsil edeceğini ispat etse bile, kanaatimce de, alacaklıya karşı, tartışma def'ini ileri süremez.

15. Alacaklı, Türk Borçlar Kanunu'nun 594. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bildirim ve kayıt yüklerinden (veya külfetlerinden) birini yerine getirmemekte bir kusurunun olmadığını ispat ederse, onun kefile karşı olan haklarını, tam olarak koruduğu kabul edilmelidir.

16. Doktrinde, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, alacaklının, hapis hakkı gibi, kanundan doğan rehin haklarının varlığı hâlinde de, kefilin ona karşı rehin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir ve süremeyeceği tartışılmıştır. Kanaatimce de, gerek mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 486. maddesinde kullanılan "*rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde*" ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "*...rehinle de güvence altına alınmışsa*" şeklindeki ibareler, kefilin, kendisine başvuran alacaklıya karşı, rehin paraya çevrilmesi def'ini sadece sözleşmeden doğan rehin haklarının varlığı hâlinde değil, kanunî rehin haklarının varlığı hâlinde de, öncelikle rehin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, hem önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin hem de yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkralarında, alacaklının asıl borçludan olan alacağının rehin ile aynî güvence altına alınmış olmasının, bu def'in ileri sürülmesi bakımından yeterli görülmesi ve rehin hakkının kaynağının sadece sözleşmeden ibaret olduğunun belirtilmemesi karşısında, aksi görüşün savunulması isabetli değildir.

17. Âdi kefalette, aynı borç için alacaklıya rehin verenin üçüncü kişi değil de asıl borçlu olması hâlinde, bunu kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra gerçekleştirmiş olsa da, alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurmamalı, önce borçlu tarafından verilen rehin paraya çevrilmesi için icra takibine girişmelidir. Bu durumda alacaklı, önce kefile başvurduğu takdirde kefil, ona karşı rehin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir. Alacaklının, kendisine aynî güvence sağlamamış olsa bile, âdi kefalette önce asıl borçluya karşı giriştiği icra takibinin sonuçsuz kalması nedeniyle, kendisine kesin aciz belgesi verilmiş olması, doğrudan doğruya kefile başvurabilmesinin maddî ko-

şulu olduğuna göre, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, aynı alacağı için rehin veren asıl borçluya karşı, önce rehlin paraya çevrilmesi istemiyle icra takibine girişmesi, kanaatimce evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*) gereğidir.

18. Hem önceki Borçlar Kanunumuzun 486. maddesinin ikinci fıkrasında, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 495. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmeyen, “*Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde*”, hem de yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinin ikinci fıkralarında, “*Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehni de güvence altına alınmışsa*” şeklinde ve aynı anlamdaki ibarelerin kullanılmasının da isabetli olduğu görüşü savunulabilir. Kanunkoyucumuzun, bu düzenlemesiyle, âdi kefalette kefilin, alacaklı ile yaptığı kefalet sözleşmesinden önce veya kefaleti sırasında, alacaklıya üçüncü kişilerce verilmiş bir rehin olmadığı hâlde, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra rehin hakkına da sahip olduğunu öğrenince, ona karşı öncelikle rehni (veya ipoteğin) paraya çevrilmesi def’ini ileri sürerek, sorumluluktan kurtulmak istemesini âdil görmediği için, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı bir düzenlemeyi tercih ettiği söylenebilir.

19. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin birinci fıkrasının ikinci (son) cümlesinin “*Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*” şeklindeki hükmü, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 487. maddesinde bulunmamaktadır. Bu yeni düzenleme, kanaatimce müteselsil kefaletin ikinci derecede (tâlilik niteliğinde) bir sorumluluk olup olmadığı konusundaki tartışmayı ortadan kaldıracak niteliktedir. Ayrıca, böyle bir değerlendirmenin isabetli olduğu, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinin ikinci fıkrasındaki yeni düzenlemeden açıkça anlaşılmalıdır. Bu fıkranın ilk cümlesine göre: “*Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz.*” Bu hüküm, sadece aynı fıkranın ikinci cümlesinde belirtilen üç istisnâî durumda uygulanmaz.

20. Kanaatimce, birbirinden habersiz olarak, asıl borçlunun borcu nedeniyle, alacaklı ile yaptıkları kefalet sözleşmesi gereğince, ona kişisel güvence veren kefillerden birinin, bu sözleşme kapsamında olmak üzere, asıl borçlunun borcunu alacaklıya ödedikten sonra, aynı borca başka kefillerin de güvence sağladıklarını öğrenince, kendisine diğer kefillere rücu hakkı tanınmasının daha âdil bir düzenleme olduğu görüşü savunulabilir niteliktedir. Ancak, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin son fıkrasındaki yeni yasal düzenleme yapılmamış olsaydı, alacaklıya sağladığı kişisel güvence nedeniyle, asıl borçlunun borcunu –kefalet sözleşmesi kapsamında- ödeyen

kefile rücu hakkı tanınmasının, bu durumda onun kefaletinden haberi olmayan diğer kefillerin sebepsiz zenginleştikleri gerekçesine dayandırılması uygun olmazdı. Çünkü, asıl borçlunun borcu nedeniyle alacaklıya kişisel güvence veren kefil, ona karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirdiği takdirde, birbirinden habersiz olarak alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapan diğer kefillerin sebepsiz zenginleştikleri kabul edilemez.

21. Kanaatimce, asıl borçlunun borcu nedeniyle, alacaklının alacağına kişisel güvence sağlamak üzere, onunla kendisinden başka bir kefilin de aynı borca kefil olacağını hesaba katmaksızın kefalet sözleşmesi yapmış olan bir kişinin, daha sonra aynı borca, başka bir kişinin de kefil olması durumunda, gerçek anlamda olmayan birlikte kefaletin varlığının kabulü gerekir. Bu nedenle, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 587. maddesinin son fıkrası hükmü uygulanabilir. Bu hükümde, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her birinin, kefalet borcunun tamamından sorumlu olmakla birlikte, borcu ödeyen kefilin aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahip olduğu öngörülmektedir.

22. Yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun âdi birlikte kefalette kefillerden her birinin sorumluluğuna ilişkin 587. maddesinin birinci fıkrasının (BK.m. 488/c.1), bölünemez bir borç için âdi birlikte kefil olanlar hakkında da uygulanabilip uygulanamayacağı, doktrinde tartışılmıştır. Kanaatimce, kefilin borcunun bir tazminat borcu olduğu göz önünde tutulursa, bu konuda söz konusu fıkra hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürerek, olumlu çözüm tarzını benimseyen görüşlerin daha isabetli olduğu kabul edilmelidir.

23. Kefiller, kendi aralarında, müteselsil kefil olmaları konusunda anlaşdıktan sonra, borçluyla birlikte, alacaklıya karşı, müteselsilen taahhütte buldukları takdirde, müteselsil birlikte kefillerin, alacaklıya karşı, tartışma ve bölme def'ilerini ileri sürme haklarından feragat ettikleri kabul edilir. Kanaatimce de, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin emredici nitelikteki 587. madde-sinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi (BK.488/c.2) gereğince, her bir müteselsil kefilin borcun tamamından sorumlu olduğu; aynı fıkranın dördüncü ve son cümlesinde de, aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, payından fazlasını ödeyen kefilin, ancak diğerlerine karşı rücu hakkının bulunduğu kabul edildiği için, böyle bir müteselsil birlikte kefalette, kefillerin, sözleşmede bölme def'ini saklı tuttuklarını kararlaştırmış olsalar bile, bu sözleşme hükmüne, kesin hükümsüzlük (TBK.m. 27/I) yaptırımı uygulanmalıdır.

24. Doktrinde, kefile kefalet sözleşmesinde, açıkça belirtilmesi hâlinde, kefile kefilin, asıl kefile birlikte, alacaklıya karşı müteselsil kefil olarak sorumlu

tutulmasının mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Kanaatimce de, sözleşmede böyle bir hükme yer verilmiş olsa bile, kefile kefil, alacaklıya karşı, asıl kefile birlikte, müteselsil kefil gibi sorumlu tutulamaz. Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu'nun 588. maddesinde, "Kefilin borcu için alacaklıya güvence veren kefile kefilin, alacaklı ile arasındaki sözleşmede, ona karşı, (asıl) kefil ile birlikte müteselsil kefil gibi sorumlu olacağı kararlaştırılmamışsa, âdi kefil gibi sorumlu olur." şeklinde bir hüküm kaleme alınmadığı için, kefile kefilin, alacaklıya âdi kefil gibi sorumlu olacağına ilişkin mevcut hükmün, kefilin korunması ilkesi gereğince emredici nitelikte olduğu savunulabilir.

25. Kanaatimce kanunkoyucunun, kefile kefilin alacaklıya ödeme yapması hâlinde, asıl kefile rücu hakkına sahip olacağına ilişkin bir hükme yer vermemesi şu gerekçeye dayandırılabilir: Her iki kefilin de "yabancı borç" niteliğindeki asıl borçlunun alacaklıya olan borcu nedeniyle, ona kişisel güvence verenlerden asıl kefilin alacaklıya karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmese, yedek kefil konumundaki kefile kefilin sadece alacaklıya karşı, âdi kefil gibi sorumlu tutulması (TBK.m. 588/I) yeterli görülmüştür. Ayrıca, bu ihtimalde kefile kefile, asıl kefile rücu hakkı tanınmamış olması, (asıl) kefilin korunması ilkesine de uygun düşer. Bu nedenle, kefile kefil, asıl kefilin alacaklıya karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmediği için, bundan yedek kefil sıfatıyla kendisinin de sorumlu olacağını ve Kanunda kendisine asıl kefile rücu hakkının tanınmadığını dikkate alarak, alacaklı ile kefile kefalet sözleşmesi yapıp yapmama hakkında kişisel tercihini kullanması gerektiği söylenebilir. Bu değerlendirme kabul edildiği takdirde, kanaatimizce, Kanunda kefile kefilin asıl kefile rücu hakkına ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmaması, bir kanun boşluğu olarak da nitelendirilemez.

26. Asıl kefilin, âdi kefil sıfatıyla, kanunda kendisine tanınmış olan tartışma def'ini alacaklıya karşı ileri sürmemiş olması, rücu kefilin, kendisinden rücu alacağını ödemesi isteminde bulunan, icra takibi veya dava yoluyla başvuran asıl kefile karşı, bu def'i ileri sürmesini engellemez. Kanaatimce de, doktrinde ileri sürülen bu görüş isabetlidir. Gerçekten, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinde, alacaklının doğrudan doğruya âdi kefile başvurma hakkının tanındığı hâllerden biri olmadığı hâlde, kefile başvurduğu takdirde, kefilin ona karşı ileri sürebildiği tartışma def'ini, aynı maddenin birinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle, rücu kefilin, alacaklı sıfatıyla hareket eden asıl kefile karşı da ileri sürebileceği kabul edilmelidir.

27. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, asıl kefil ile birlikte kefil olan başka kişiler de varsa, rücu kefil, asıl kefile ödemede bulununca, bu kişilere de, payları oranında rücu edebilir. Çünkü, rücu kefil, asıl kefile

ödemede bulununca, onun haklarına halef olur. Kanaatimce de bu değerlendirilmenin, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinin kıyas yoluyla uygulanabileceği gerekçesiyle isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır.

28. İsviçre Federal Mahkemesinin diğer bir kararına göre, asıl kefilin, âdi kefil sıfatıyla, kanunda kendisine tanınmış olan tartışma def'ini alacaklıya karşı ileri sürmemiş olması, rücu kefilin, kendisinden rücu alacağını ödemesi isteminde bulunan, icra takibi veya dava yoluyla başvuran asıl kefile karşı, önce asıl borçluya başvurması gerektiğine ilişkin bu def'i ileri sürmesini engellemez. Kanaatimce de, bu değerlendirme isabetlidir. Gerçekten, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 585. maddesinde, alacaklının doğrudan doğruya âdi kefile başvurma hakkının tanındığı hâllerden biri olmadığı hâlde, kefile başvurduğu takdirde, kefilin ona karşı ileri sürebildiği tartışma def'ini, aynı maddenin birinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle, rücu kefilin, kendisine alacaklı sıfatıyla başvuran asıl kefile karşı da ileri sürebileceği kabul edilmelidir.

29. Doktrinde, asıl kefil ile birlikte kefil olan başka kişiler de varsa, rücu kefilin, asıl kefile ödemede bulununca, bu kişilere de, payları oranında rücu edebileceğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşün, kanaatimce de isabetli olduğu sonucuna varılmalıdır. Çünkü, rücu kefilin, asıl kefile ödemede bulununca, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinin birinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanarak, onun haklarına halef olacağı kabul edilmelidir.

30. Doktrinde, rücu kefilin, asıl borçlu ile birlikte, asıl kefile karşı, onun rücu alacağı için müteselsilen taahhütte bulunabilecekleri görüşü ileri sürülmüştür. Aynı görüşte, bu takdirde, alacaklıya ödeme yapan asıl kefilin, asıl borçluya rücu etmeden, doğrudan doğruya rücu kefinden, rücu alacağı için ödeme isteminde bulunabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimce, bu görüş, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müteselsil birlikte kefaletle ilişkin 587. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci (son) cümle hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilirse, isabetli olur. Ancak, rücu kefilin, asıl borçlu ile birlikte, asıl kefile karşı, onun rücu alacağı için müteselsilen taahhütte bulunması hâlinde, müteselsil birlikte kefaletin söz konusu olmayacağı düşüncesiyle, bu görüşe katılmamak da mümkündür. Çünkü, asıl borçlunun, bu ihtimalde rücu kefil ile birlikte müteselsil kefil olamayacağı görüşü savunulabilir.

31. Doktrinde “açığa veya zarara kefalet” terimleri kullanılmakla birlikte, kanaatimce kefil, kefalet sözleşmesi ile, yürürlükteki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde yapılan tanımda da belirtildiği gibi, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı

üstlenmesi nedeniyle, diğer kefalet türlerinde de olduğu gibi, alacaklının borçludan olan toplam alacağına alamadığı kısmını veya borca aykırı davranışı sonucunda uğradığı zararın da güvencesini oluşturabildiği için, sadece “açığa kefalet” teriminin kullanılması yeterlidir.

32. Doktrinde, açığa kefaletin, âdi kefaletten farkının, özellikle konkordato hâlinde ortaya çıktığı görüşü ileri sürülmektedir. Aynı görüşe göre, âdi kefalette kefilden, borcun tamamını ödemesi istenebilirken, açığa kefilden, ancak alacaklının, borçlunun konkordatosundan alamadığı oranda, borcu ödemesi istenebilir. Kanaatimce de, doktrinde ileri sürülen bu görüş, açığa kefaletin tanımı ve özelliğiyle uyumlu olduğu için isabetlidir.

33. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, borçlunun iflâsı hâlinde, tasfiye tamamlanmadan önce de, âdi kefilden, borcun tamamını ödemesi istenebilirse de, açığa kefilden; ancak iflâsın tasfiyesi sonunda alacaklının alamadığı miktarı ödemesi istenebilir. Kanaatimce, doktrinde ileri sürülen bu görüş de, açığa kefaletin tanımı ve özelliğiyle uyumlu olduğu için isabetlidir.

KAYNAKÇA

Burak Özen: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.

Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, B.3, Ankara 1987.

Mustafa Alper Gümüş: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, İstanbul 2012.

Necip Bilge: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.

Serkan Ayan: Kefalet sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.

Seza Reisoğlu: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964.

von TUHR-SIEGWART: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1942.

Wilhelm Schöenberger: Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art.495, Nr.15.