

## KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASINDAN DOĞAN BAZI MESELELER

Yazan: Doçent Dr. Necip Bilge

### I. Kefilin halefiyetinin rücu ile münasebeti;

Malûm olduğu üzere kefalet; ferî mahiyeti haiz şahsî bir teminat mukavelesidir. Bu sözleşme ile kefil; asıl borçlunun alacaklıya karşı girişmiş olduğu borcun ödenmemesi halinde mükellefiyetin kendisi tarafından eda edileceğini alacaklıya karşı taahhüt eder. Kefalet borcunun ifası halinde kefil hukukan borçlunun borcunu değil, fakat alacaklıya karşı taahhüt etmiş olduğu kendi şahsî mükellefiyetini yerine getirmiş olmakla beraber, bu muamele ile asıl borçlunun alacaklıya karşı olan borcu da ödenmiş, sukut etmiş olur. Zira kefil şeklen kendi borcundan mesul gibi gözükmekte ise de, hakikatte ve iktisadî bakımdan asıl borçlunun borcundan mesul bulunmaktadır. Diğer bir deyimle, borçlunun borcu, kefilin borcunun hukukî mesnedini teşkil etmektedir denilebilir. Bu durum, kefalet sözleşmesinin kefil ile alacaklı arasında yapılmasına rağmen kefil ile borçlu arasında da bir münasebetin bulunmasını zarurî kılar. Nitekim tatbikatta da bu münasebet hemen her zaman mevcut olur.

İşte bu münasebet ve alâka dolayısı ile ki, kefil alacaklıyı tatmin etmek için yapmış olduğu sarfiyatı asıl borçludan istirdat etmek ister. Hayatta çok nadir olarak tesadüf edilen kefilin borçluya bağışlamada bulunması veya kefilin kendi şahsî işi için kefalet etmesi (in rem suam) gibi haller istisna edilecek olursa, umumiyetle borçlu ile kefil arasında kendiliğinden anlaşılın ve kefalet akdi uyanınca kefilin alacaklıya ödediği şeyi borçlunun kefile iade etmesini tazammun eden sarîh veya zımni bir anlaşma veya alâka bulunur. Bu alâka veya münasebetin hukukî mahiyeti kefil ile asıl borçlu arasında mevcut bir Vekâlet münasebeti olabileceği gibi, Vekâleti olmadan başkası hesabına tasarruf da olabilir; hattâ bazan bu alâkaya *Sebepsiz iktisap* hükümlerinin tatbiki da düşünülebilir <sup>1</sup>.

1) Giovanoli, Obligationenrecht, Kommentar z. revidierten Bürgschaftsrecht Art. 507 No. I; Becker, Obligationenrecht Art. 505 No. I; v. Tuhr, Zurn

Şu halde, kefil alacaklıyı tatmin ettiği takdirde borçluya dönerek ya vekâlet akdi bahsindeki 394 üncü maddeyi veya vekâletsiz tasarruf ile ilgili 413 üncü maddeyi yahutta nihayet sebepsiz iktisaba ait 61 inci maddeyi ileri sürerek yapmış olduğu masrafların, yerine göre, faizi ile birlikte kendisine ödenmesini istiyebilir. Kefilin borçludan istirdat iddiasının hukukî mesnedini teşkil eden borçlu ile kefil arasındaki münasebete iç münasebet adı verilmektedir.

Borçlar Kanunumuzun 496 ncı maddesi, kefil ile borçlu arasında mevcut bu iç münasebetten doğan tazmin alacağının kefilî kâfi derecede himaye etmediği düşüncesi ile kefile bir de halefiyet hakkı tanımıştır. Gerçekten bu maddenin birinci fıkrası “kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur,, demektedir. Bu fıkra hükmü alacaklıya edada bulunan kefilî, kefaletin illetini teşkileden hukukî muamelelerden sarfı nazar ederek, alacaklının haklarına doğrudan doğruya halef kılmakta ve halefiyet hakkını prensip olarak, alacaklının kefil tarafından tatmin edilmesinden başka diğer herhangi bir şarta bağlamamaktadır. Kefilin şeklen kendi borcundan ve fakat hakikatte asıl borçlunun borcundan mesul olması keyfiyeti, kefalet akdinin temelinde bulunan iç münasebete bakmaksızın, sadece kefilin alacağı itfa etmesi neticesinde kefilin alacaklıya halef olmasını haklı göstermektedir.

Halefiyeti haklı gösteren sebepler arasında, asıl borçlunun rüçâ zamanında eda kabiliyetinin çok kerre bulunmaması keyfiyeti de ileri sürülmektedir. Gerçekten kefilin iç münasebetten doğan tazmin iddiasını harekete getirdiği sıralarda, borçlunun eda kabiliyetinin, ya hiç bulunmaması veya kâfi derecede olmaması mümkündür ve hattâ mutad hallerdendir. Çünkü, borçlunun eda kabiliyetinin tamamen mevcut olması halinde alacaklının borçluyu değil de, kefilî takip etmiş olmasının lüzum ve mânası kalmaz.

İşte bu sebeplerden ötürü, kefaletin bir kredi temini vasıtası olmak değerini muhafaza etmesi için borcu ödeyen kefile, eski devirlerdenberi çeşitli şekilde yardım edilmek istenmiştir: Roma hukukunda, kefil tarafından tatmin edilmiş olan alacaklıya, borçludaki alacağını kefile devir ve temlik etmesi *mükellefiyeti* yüklenmiş olduğu gibi, bütün modern hukuk sistemlerinde de kefilin iç münasebetten doğan rüçâ veya tazmin iddiasının takibini kolaylaştırmak ve takviye etmek için kefalet hukukundan doğma *halefiyet* (subrogation) müessesesi kurulmuş ve düzene bağ-

---

Regress des Bürgeren in Zeitschrift für Schwizerischesrecht N. F. 42 S. 101 (Kefilin rüçû, Sabri Şakir Ansay tercümesi, Adliye ceridesi 1938 cilt 8, sayfa 1157).

lanmıştır <sup>2</sup>. Bu suretle kefilin iç münasebetten doğan alacağının takibi halefiyet müessesesinin yardımı ile hem maddi hukuk bakımından hem de usul ve takip hukuku bakımlarından kolaylaştırılmış bulunmaktadır.

Şu izahlardan anlaşılacağı üzere kefilin borçlu ile olan münasebetine (iç münasebete) dayanan rüçü iddiası ile, yine kefilin alacaklı ile olan münasebetine (dış münasebete), daha doğrusu kefilin alacaklıyı tatmin etmesi hâdisesine dayanan halefiyet hakkı, hukukî mahiyetleri birbirinden ayrı ve fakat fonksiyonları birbirini tamamlayan iki hukukî müessesedir. Şu mânadaki, halefiyet bahis mevzuu olan hallerde hemen mutlâka ona temel olan bir rüçü hakkı mevcuttur. Rüçü hakkı bulunmayan hallerde halefiyetten eser yoktur. Bu itibarla denebilir ki, alacaklının haklarına kefilin halefiyeti başlı başına bir gâye olmayıp, borçluya karşı kefile bahşedilmiş olan Rüçü hakkının daha kolayca gerçekleştirilmesi için bir vasıta

Kanunun bazı hükümlerinde halefiyetin rüçü ile olan bu sıkı münasebeti derhal göze çarpmaktadır. Ezcümle, taksimi kabil olmayan borçlarla, müteselsil borçlarda bu alâka kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Gerçekten Borçlar Kanununun 69 uncu maddesinin son fıkrasında "Halin icabından hilâfi anlaşılmadıkça veren borçlu, kendisi ile müştereken borçlu olanlara hisseleri ile rüçü hakkını haiz ve bu nisbette alacaklının haklarına halef olur,, denildiği gibi, aynı kanunun 147 inci maddesinde dahi "Rüçü hakkından istifade eden borçlulardan herbiri, tediye ettiği miktar nisbetinde alacaklının haklarına halef olur,, diye yazılı bulunmaktadır.

Kefalet mevzuuna döndüğümüz takdirde, alacaklıyı tatmin eden kefilin borçluya müracaatı bakımından da durum aynıdır; yâni kefil borçluya karşı rüçü hakkını haiz olduğu takdirde alacaklının haklarına halef olur. Gerçi, kefilin rüçü ve halefiyet haklarının birbirini ile olan sıkı bağılığı Borçlar Kanunumuzun 496 ncı maddesinin metninde, biraz önce hatırlattığımız diğer maddelerdekine benzer bir şekilde açıkça ifade olunmamıştır. Fakat 496 ncı maddenin son fıkrasında "şu kadar ki, kefil ile borçlu beynindeki hukukî münasebetlerden mütevellit dâva ve defî hakları mahfuzdur,, diyen hüküm bu alâkanın başka bir tarzda ifadesinden başka bir şey değildir.

Burada şu noktayı bilhassa belirtmek yerinde olur: Kefilin halefiye-

2) BK. 496; İsviçre BK. 1911 metni 505, 1941 metni 507; Alman MK. § 774; Avusturya MK. § 1358; Fransız MK. 2029; İtalyan MK. (Schönenbergerden naklen) 1865 metni 1915/16, 1254, 1942 metni 1949/50 ve 1204/5.

tinin rücû ile olan bu sıkı bağılığı, alacaklıya halef olan kefilin borçluya karşı aynı zamanda rücû hakkını ve onun mesnetlerini isbat etmesi lâzım geldiği neticesini doğurmaz. Eğer böyle olsaydı, kefile tanınan halefiyetin pratik faydası kalmazdı.

Binaenaleyh, umumî olarak halefiyetin halef olan şahsa sağladığı faydaları kefalet hukukundan doğan halefiyetin de sağlayacağı şüphesizdir. Ezcümle alacaklıya halef olan kefilin isbat külfeti bakımından durumu rücû iddiasındaki nazaran daha iyidir. Borçluya karşı haklı olduğunu göstermek için kefil, bu sıfatla alacaklıya ödemede bulunmuş olması keyfiyetinden başka bir şeyi ve meselâ iç münasebeti isbata mecbur değildir. Yâni, borçlunun vekâleti üzerine veya vekâletsiz tasarruf hükümlerine tevfikan kefalet etmiş olduğunu ve sarfiyatının bu husustaki hükümlere uygunluk derecesini isbat etmesi kefileden istenemez. Bilâkis kefilin alacaklıya halef olarak iddia ettiği hususların iç münasebet bakımından mesnetsiz olduğu düşüncesinde bulunan borçlu bunu dâva veya defi olarak ileri sürüp isbat etmedikçe kefilin iddiasını kabule mecbur ve mahkûm edilir. Görülüyor ki, halefiyet usul hukuku bakımından kefile mühim kolaylıklar sağlamaktadır.

Bundan başka, halefiyete dayanan kefil alacaklının alacağı ile birlikte ona bağlı olan bütün ferî haklardan da istifade eder. Zira umumiyet itibarıyla, halefiyette sadece alacak değil, ona bağlı ferî haklar da kanun icabı olarak halefe intikal eder. Kefalet hukukunda da kanun kefilin alacağına değil, alacaklının haklarına halef olacağını zikretmektedir. (BK. 496 f. 1). Alacaklının hakları tâbirine ferî hakların dahil olacağı tabiidir. Halef olan kefile intikal edecek ferî hakların nelerden ibaret olduğunu alacağın temlik hakkındaki hükümlerden çıkarmak mümkündür. Halefiyet kanunî bir temlik mahiyetinde olduğuna göre, temlike ait hükümlerden uygun olanların halefiyete ve halef olan kefile de tatbiki gerekir. Şu halde 168 inci maddedeki nisbet dahilinde, alacakla birlikte onun şümulünü artıran veya onu temine yarayan ferî haklar (faiz, cezaî şart, rehin, hapis hakkı ve diğer teminat) ile rüçhan hakları da (takip hukukuna ait imtiyazlar vesaire) kefile intikal ederler.

Alacağın şümulünü arttıran veya onu temine yarayan faiz, cezaî şart, rehin, hapis hakkı gibi ferî hakların kefile intikal edeceğinde hiç bir tereddüt yoktur. İsviçrede hâkim doktrin ve içtihat tarafından kabul edildiği üzere alacaklı tarafından başlamış bir takibi, yeni bir ödeme veya icra emrine lüzum olmadan devam ettirmek gibi takip hukukunu ve alacaklı ile borçlu arasında aktedilmiş olan adli selâhiyet mukavelesine istinat etmek gibi usul hukukunu ilgilendiren hakların dahi ferî haklar tâ-

birinin şümülüne dahil olacağını ve bu itibarla halef olan kefile intikal edeceğini teslim etmek gerekir <sup>3</sup>.

Ferî hakların ve bu arada alacağa bağlı teminatın da kefile intikali keyfiyetinden bazı meseleler doğmaktadır ki, kanunumuz bunları hükme bağlamamıştır. Bu yazımızda bu mevzu ile ilgili bilhassa iki nokta üzerinde durmak istiyoruz:

Bunlardan birincisi, alacaklının kısmen tatmini halinde halefiyetin meydana gelip gelmeyeceği ve alacağın kefaletten başka rehine de bağlanmış olması halinde borcu ödeyen kefilin rehinden istifade edip etmeyeceği meselesi;

İkincisi de kefil ile rehin malikinin karşılıklı münasebetleri, yani bir borcun hem kefalet hem de rehinle temin edilmiş olması halinde nihai mesuliyetin kimde kalacağı meselesidir.

Borçlar Kanunumuzda kefilin halefiyetine ait olan 496 ıncı madde metni bu noktaları aydınlatacak mahiyette değildir. Fakat acaba bu boşluğu doldurmak Borçlar Kanununun bütününe ve hattâ mevzuatımızın heyeti umumiyesini nazara alarak bu mevzudaki soruları çözmek mümkün değil midir? Bu imkânın mevcut olduğu kanaatindeyiz.

Şimdi bu iki meseleyi sırası ile ele alıp düşüncelerimizi izaha çalışalım:

II — Alacaklının kısmen tatmini halinde halefiyet ve rehinden istifade meselesi.

● Borçlar Kanunumuzun 68 inci maddesi hükümlerine göre alacaklı, miktarı muayyen ve tamamı muaccel olan borcun kısmen tediyesini kabule mecbur olmamakla beraber, kısmi tediyeyi kabulden memnu da değildir. Çünkü kanun 68 inci madde de kısmen vukubulan tediyeyi reddedip etmemekte alacaklıyı tamamen muhtar bırakmıştır. Binaenaleyh alacaklı kısmi tediyeyi nzaen kabul eylediği takdirde, alacağının ödenmiş olan kısmı sukut edecektir (BK. 113). Böyle bir tediyeye borçlu tarafından yapılabileceği gibi, kefil tarafından veya hattâ alacaklıya karşı hiç bir bağı ve mükellefiyeti bulunmayan üçüncü şahıslar tarafından da yapılabilir (BK. 67).

3) S. Ş. Ansay, Hukuk yargılama usulleri s. 79; Schönerberger OR. ART. 507 No. 31, 32; Becker OR. ART. 505 No. 3; Giovanoli OR. Art. 507 No. 5, 6; A. Martin Code des obligations II. P. 368; BGE (Bundesgerichtsent cheidungen = Federal mahkeme kararları) 22, 669, 35 I 557, 45 III 18.

Kanunumuz *tediye* tariki ile borcun kısmen ifası için alacaklının rızasını şart koştuğu halde, yine alacaklının tatmin edilmesi ve alacağın ifası neticesini doğuran takasda bu şartı dahi aramamaktadır. Filhakika 122 inci maddenin 2. nci fıkrasına göre, takas yapıldığı takdirde, iki borç takas edilebilecekleri andan itibaren *en az olan borcun miktarı nisbetinde* sakıt olmuş sayılır. Demekki, takas halinde alacaklı alacağının kısmen itfa edilmiş olmasını kabule mecbur tutulmaktadır. 496 ncı maddedeki *eda* tâbiri de sadece dar mânada tediye değil, fakat alacaklının tatmin edilmesi suretiyle borcun itfası neticesini doğuran diğer muameleleri de içine alacak şekilde geniş mânada kullanılmıştır<sup>4</sup>. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununun bu maddeyi karşılayan hükmünün Almanca metninde kefilin tediyesinden (bezahlen) değil, tatmin etmesinden (befriedigen) bahs olunmaktadır (1911 metni mad. 505; 1941 metni mad. 507). Alman Medenî Kanununda da tatmin etmek (befriedigen) kelimesi kullanılmıştır. İsviçre Borçlar Kanununun Fransızca metninde ve Fransız Medenî Kanununda (2028, 2029) Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi tediye (paiement) kelimesi kullanılmış bulunmaktadır.

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesi tediye ile vâki olabileceği gibi, takas, tevdi veya ifa yerini tutan eda ile veya hattâ tecdit ile de mümkün olabilir. Binaenaleyh bu itfa yollarından herhangi birisi ile alacağın kısmen iskati mümkündür.

Şu halde alacaklı gerek tediye olduğu gibi, rızaen, gerekse takasda olduğu gibi mecburen alacağın kısmen itfasını kabul ettiği takdirde, borç o kısım için sukut edecek ve kefil yapmış olduğu bu muamelelerle borçluyu o kısım nisbetinde alacaklıya karşı borcundan kurtarmış olacaktır. Borçlar Kanunumuzun 496 ncı maddesi kefilin “Eda ettiği şey nisbetinde,, alacaklının haklarına halef olacağından bahsettiğine göre, alacaklının kısmen tatmin edilmesi halinde kefilin de ona eda ettiği şey nisbetinde halef olacağına tereddüt edilmemek gerekir. Ancak, Becker ve Schönberger’in de ifade ettikleri gibi<sup>5</sup>, alacaklının kısmen tatmini halinde halefiyetin hukukî neticelerinden maslâhata uygun olanlarının doğacağını kabul eylemek mâkul ise de, sadece bu esasın kabul ve ifade edilmesi ferî haklardan ve bilhassa rehinden istifade meselesini kolayca halle kâfi değildir.

Alacaklının kısmen tatmini halinde kefilin de kısmen halef olacağı kabul edildiğine göre, kefilin mevcut rehinden de kısmen yâni halefiyeti nis-

<sup>4</sup>) Martin CO II p. 368; Becker OR. Art. 505 No. 2; Schönberger Art. 507 No. 23 Giovanoli Or. Art. 507 No: 4.

<sup>5</sup>) Schönberger OR. Art. 507 No. 24; 34; Becker OR. Art. 505 No. 4.

betinde istifade edeceği, rehinin diğer kısmının bakiye alacağı için alacaklının teminatını teşkil edeceği derhal akla gelecektir ve mantikî olan da budur. Fakat yukarıda belirttiğimiz gibi bu esasın ifadesi tatbikatta doğacak soruları çözmeye kâfi değildir. Gerçi rehinin kıymeti her iki alacağı birden karşılayabilirse ortaya bir zorluk çıkmayabilir. Lâkin rehinin değeri her iki alacağı birden karşılayamazsa durum ne olacaktır, kefilin veya alacaklının rehin hakları arasında derece bakımından bir fark yapılacak mıdır veya bunlar aynı derecede mi tutulacaktır gibi bir çok sorularla karşılaşmak mukadderdir. Durumun daha iyi bir şekilde aydınlanması için müşahhas bir misal alalım:

1000 liralık bir alacağın 500 lirasının kefil tarafından tediye veya takas suretiyle itfa edilmiş olduğunu ve geriye 500 lira alacağın kalmış olduğunu farzedelim. Alacağın tamamının evvelce 800 lira değerinde bir rehinle de temin edilmiş olduğunu düşünelim. Alacak kefil tarafından kısmen itfa edilmiş olduğuna göre kefil alacaklının haklarına kısmen halef olacak ve bu itibarla alacağın itfa edilmiş olan kısmı, hal icabına uygun ferî haklarla birlikte kefile intikal edecektir. Ezcümle kefil rehinden kısmen istifade edecek ve rehinin diğer kısmı alacaklının bakiye alacağını temin etmekte devam edecektir. Fakat mevcut rehin alacaklıların her ikisinin mecmuunu karşılayacak kıymette olmadığına göre, kefil ve alacaklı rehinden yanı yanya mı istifade edeceklerdir, yahut birisinin hakkı diğerine üstün mü olacaktır?

Bu mevzuda muhtelif hal suretleri düşünülebilir. Her iki alacaklının (kefil ve asıl alacaklı) rehinlerinin aynı derecede olması kabul edilebileceği gibi, kefilin hakkının alacaklıdan intikal etmesi dolayısı ile alacaklının rehin hakkının kefilinkine üstün olacağı da akla gelebilir. Nitekim muhtelif hukuk sistemleri bu hal şekillerinden birisini veya ötekisini kabul etmişlerdir. Ezcümle Fransız ve Alman Medenî Kanunlarında alacaklının rehin hakkının, kefile ait rehin hakkına üstün olması esası kabul edildiği halde <sup>6</sup>, İtalyan Medenî Kanununda her iki alacaklının rehin haklarının aynı derecede olacağı görüşü benimsenmiştir <sup>7</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu da 1942 tadilinden sonra, alacaklıya kalan rehin hakkının kefile geçen rehin hakkına mürecceh olduğunu şu suretle ifade etmiştir:

6) Fransız MK. 1252 (Halefiyet kısmen ödeme yapılmış olan alacaklıya zarar veremez. Bu takdirde alacaklı kendisine kalan kısım üzerindeki hakları, kendisine kısmen ödeme yapmış olan şahsa tercihan kullanır). Alman MK. § 774 cümle 2 (Halefiyet alacaklı zararına kullanılamaz).

7) 1942 tarihli İtalyan MK 1949, 1204 (Schönenbergerden naklen) .

“Borcun sadece kısmî bir tediyesi neticesinde bir rehin hakkının ancak bir kısmı kefile intikal ettiği takdirde, alacaklıya kalan kısım kefile geçen kısımdan üstündür,,<sup>8</sup>. Halbuki tadilden önce bu mesele İsviçre’de kanun tarafından halledilmemiş bulunduğu için, doktrinde muhtelif hal tarzları göze çarpmakta idi. Bununla beraber hâdim doktrin Alman ve Fransız Hukukunda olduğu gibi, alacaklının rehin hakkının üstün olduğu fikrini müdafaa ediyordu<sup>9</sup>. Kefalet Hukukunun 1941 tarihli tadili sırasında meseleyi kanun koyucunun açık bir hükümle halletmesinden önce İsviçre doktrininde hüküm süren ihtilâfın Türk Hukuku bakımından da hâlâ mevcut olabileceğini ve devam edebileceğini kabul etmek lâzımdır.

İsviçre Hukukçuları, halefiyetin alacaklı zararına ileri sürülemeyeceği yâni alacaklının rehin hakkının kefile ait rehin hakkına üstün olduğu fikrini müşterek hukuktan gelen (Nemo Subrogat Contrase) kaidesine istinat ettirmektedirler. Bu mesnet İsviçre Hukuku için kâfi gelse bile Türk Hukuku bakımından yeter sayılamaz. Binaenaleyh başka dayanak bulmak lâzım geldiği kanaatindeyiz.

Bu mesele Medenî Hukuku ilgilendirdiği kadar takip hukukunu da ilgilendirir. Zira üstünlük keyfiyeti rehnin paraya çevrilmesinde meydana çıkacak veyahut bilhassa o zaman ehemmiyet kazanacaktır. Binaenaleyh İcra ve İflâs Kanununda bu meseleyi halle yardım edecek bir hüküm mevcut olup olmadığını araştırmak faydalı ve hattâ lüzumlu olacaktır. Kanaatimizce İcra ve İflâs Kanununun 204 üncü maddesi bize bu hususta yardım edebilir. Filhakika bu maddeye göre: “Alacaklı müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rüçû hakkı olsun olmasın, borcun tamamı masaya kaydolunur. Alacaklı, masaca yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hissedenden alacağını tamamlayacak kadarını alır; geriye kalan paradan müşterek borçluya rüçû hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir,,.

Yukarıya aktardığımız şu metinden de anlaşılıyor ki, borçlunun iflâsı halinde alacaklı, müflis borçlu ile birlikte mesul olandan yâni müşterek, müteselsil borçlu veya kefinden alacağının bir kısmını almış olduğu

8) İsviçre B. K. 507 F. 2.

9) v. Tuhr ZSR. 42 s. 107 (S. Ş. Ansay tercümesi Ad. Cer. 1938 s.1160); Becker art. 505 No. 4, art. 110 No. 8; Oser-Schönenberger OR. art. 110 No. 14, art. 507 No. 24; BGE. 58 III 126; Giovanoli OR. art. 507 No. 7 ve orada zikredilen eserler; Aksi görüş için bak. Leemann K. Zu ZGB art. 835 No. 22. Bu müellif sadece şahsan mesul olmayan rehin malikinin kısmî tediyesi halinde alacaklıya kalan rehnin ön sırada olacağını ve fakat diğer hallerde, aksine sarahat yoksa her kısmın aynı sırada bulunacağını ifade etmektedir.

takdirde hem alacaklı, hem de birlikte borçlu (yâni müteselsil borçlu veya kefil) müflisin iflâs masasına alacaklarını yazdırabileceklerdir, amma, asıl alacaklının alacağı tamamlanmışça kefile birşey verilmiyecektir.

İflâs bahsindeki bu hükmü kıyasen rehnin paraya çevrilmesi meselesinde de tatbik etmek mümkün olabilmelidir. İşte İcra ve İflâs Kanununun kısaca hatırlattığımız 204 üncü maddesi de nazara alınarak denebilir ki, nasıl kefil borçlunun iflâsında alacaklı zararına bir hak iddia edemiyorsa, rehnin paraya çevrilmesinde de alacaklı zararına bir hak iddia edememelidir. Zira kefilin aynı derecede kabul edilecek bir rehin hakkıyla alacaklıyı zarara uğratması hakkaniyete uygun olmaz.

Fakat bu kıyası daha fazla genişleterek alacaklının kefalet edilmiş olan alacağından başka alacaklarına da tatbik etmek doğru olmaz. Yâni alacaklının elde etmiş olduğu rehnin, kefalet edilmiş olan alaktan başka alacakları da teminat altına almış olması halinde, kefaletle ilişiği olmayan bu alacakların dahi itfasına kadar kefilin rehinden istifade etmemesi düşünülemez. Zira böyle bir düşünce halefiyet kaidelerinden, önceden feragat etmek caiz olmadığı hakkındaki 496 ncı maddenin ikinci fıkrasına aykırı düşer.

### III — Kefil ile rehin maliki arasındaki münasebet.

Bahis mevzuu olan mesele şudur: Bir borç hem kefaletle hem de rehinle temin edilmiş olduğu takdirde, alacaklının kefil veya rehin maliki tarafından tatmin edilmiş olması halinde halefiyet bakımından bu ikisi arasındaki münasebet ne olacaktır; diğer bir ifade ile borçlunun eda kabiliyetinin bulunmaması halinde kefil veya rehin malikinden hangisi nihai olarak mesul olacaktır? Kefil mi, yoksa rehin maliki mi?

Bu husustaki kanunî metinler sırf lâfzî mânada tefsir edilecek olursa kefil veya rehin malikinden hangisinin daha önce alacaklıyı tatmin etmiş olduğuna bakılmak gerektiği düşünülebilir. Zira kanunun bu mevzu ile ilgili olan maddeleri alacaklıya edada bulunan rehin malikine de, kefile de halefiyet hakkını tanımaktadırlar. Bu itibarla kefil daha önce takib edilmiş veya alacaklıyı kendi rızasıyla tatmin etmiş ise alacaklının haklarına kefil halef olacak ve halefiyet icabı diğer ferî haklarla birlikte rehinden de istifade edebilecektir ve binaenaleyh İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre rehnin paraya çevrilmesini istiyebilecektir. Yok eğer ilk önce rehin maliki takib edilmiş veya alacaklıyı rızasıyla tatmin etmiş ise, alacaklının halefi olarak bu rehin maliki kefil takib edebilmek mevkiindedir.

Yukarda bahsettiğimiz gibi bu görüş tarzı kanun metinlerinin lâfzına uygundur. Gerçekten Borçlar Kanununun inceleme konumuz olan 496 ncı maddesine göre kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur. Halef olan kimsenin istifade edeceği ferî haklar arasında ise rehin hakkı da mevcuttur. Binaenaleyh kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle birlikte işbu rehin hakkı da kanun icabı kefile intikal eder. Bu intikal keyfiyeti o kadar otomatik ve kesindir ki, alacaklı haiz olduğu bu teminatı kefile teslim veya nakil etmekten imtina eder ise 501 inci madde uyarınca kefil kendiliğinden kefaletten kurtulur.

Diğer taraftan rehin bakımından da aynı şeyi söylemek, yâni alacaklıyı tatmin eden rehin malikinin ona halef olarak kefile müracaat edebileceğini kabul etmek uygun gözüktür. Gayrimenkul rehin mevzuunda bu halefiyet hakkını "Medenî Kanunun 799 uncu maddesi rehin malikine açıkca tanımaktadır. Gerçekten bu madde de "Başkasının alacağı için üzerinde ipotek tesis edilen gayrimenkulün maliki, borçlu hakkındaki şartlara göre borcu itfa edip gayrimenkulünü rehinden kurtarabilir ve iskat ettiği borç için alacaklının yerine kaim olur.,, denilmektedir. Alacaklının yerine kaim olmak ona halef olmaktan başka birşey değildir. Nitekim İsviçre Medenî Kanununun bu maddeye tekabül eden 827 nci maddesinin Fransızca metninde Borçlar Kanununda olduğu gibi (Subrogé : halef) tâbiri kullanılmıştır. Menkul rehni bakımından Medenî Kanunun rehinle ilgili hükümleri arasında halefiyete ait bir hüküm mevcut değilse de Borçlar Kanununun 109 uncu maddesi bu boşluğu dolduracak mahiyettedir. Gerçekten işbu maddenin birinci bendi başkasının borcu için rehin edilen bir malı rehinden kurtaran ve bu rehin üzerinde mülkiyet veya sair aynı bir hakkı haiz olan kimsenin tediye ettiği miktar nisbetinde alacaklının haklarına kanunen halef olacağını bildirmektedir. Binaenaleyh durumu 109 uncu maddeye uyan bir menkul rehni maliki alacaklının haklarına halef olarak onun ferî haklarından ve meselâ, kefaletten istifade eder, denebilir. 109 uncu maddenin birinci bendi rehin tâbirini mutlak bir şekilde kullandığı için bu tâbirin menkul ve gayrimenkul rehinlerinin ikisini de içerisine aldığı, binaenaleyh Medenî Kanunun 779 uncu maddesinde gayrimenkul rehin maliki için hususî bir hüküm bulunmasa idi bile mevzuatta bir boşluk hasıl olmayacağı kabul olunabilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında Medenî Kanunun 827 (T. M. K. 799) nci maddesinin, Borçlar Kanununun 110 (T; B; K. 109) uncu maddesindeki kaidenin hususî bir tatbikatından ibaret olduğunu açıkca ifade eylemiştir (BGE 62 II 120).

İtiraf etmek gerekir ki, böyle bir hal tarzından alacaklı memnun olacaktır. Zira kefil ve rehin malikinden her birisi halefiyet hakkının nihai

olarak kendisinde kalması ve mesuliyetin diğerine intikal etmesi için alacaklıyı tatmin etmekte diğerinden daha evvel davranmak istiyecek ve böylece alacaklının alacağı, mükellefler arasındaki bu yarış neticesi daha kolaylıkla ödenmiş olacaktır.

Fakat görülüyor ki, bu hal tarzı mesuliyetin tevziini bir prensipe veya hakkaniyet ve nasafet düşüncesine değil, sadece tesadüfe bırakmaktadır. Bu itibarla işbu çözüm şeklinin isabet derecesi üzerinde uzun boy-lu münakaşa edilebilir. Nitekim Fransız ve Alman hukuk edebiyatında bu mevzu pek çok münakaşa edildiği gibi, kefalet hukukunun tadilinden önce İsviçre'de de muhtelif görüşlere raslanmakta idi. Bununla beraber, İsviçrede hakim doktrin ve içtihat kefilin daha fazla himaye edilmesi gerektiği görüşünü müdafaa ediyordu. Filhakika, müellif v. Tuhr eski Borçlar Kanunu zamanında dahi, kanun koyucunun kefilin rehin malikinden üstün tuttuğu, yâni borcu ödeyen kefilin rehin malikine müracaata hakkı var ise de, rehin malikinin prensip itibarıyla kefile müracaatının doğru olmayacağı tezini ileri sürmüş ve Federal mahkeme de bir kararında bu görüşü paylaşmıştır <sup>10</sup>.

Yeni kefalet hukuku İsviçre'de bu meseleyi açık hükme bağlamış ve kefil ile rehin malikinin rücu bakımından aralarında anlaşma yapabilecekleri esasını koymuştur. Taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde (ki borcun ihtilâfa mahal kalmadan ödeneceği düşüncesi ile taraflar böyle bir anlaşma yapmayı çok zaman hatıra getirmezler) kanun hükümleri cari olacaktır. Bu hükümlere göre:

1 — Kefaletin akdi sırasında mevcut yahut sonradan asıl borçlu tarafından verilen rehin üzerindeki alacaklının hakkı ödeyen kefile intikal eder (507 f. 2).

2 — Rehin üçüncü şahıs tarafından kefalet akdinden sonra verilmiş bulunduğu takdirde, alacaklıyı tatmin eden rehin maliki alacaklının halefi olarak kefilin takip edebilir (507 f. 4).

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi Türk Borçlar Kanunu bu hususta açık bir hüküm koymamış olduğu için, Türk Hukukunda meselenin halli Alman ve Fransız Hukukunda olduğu veya 1941 den önce İsviçrede olduğu gibi doktrin ve içtihadı kalmıştır.

Bu husustaki kanun hükümlerinin bütününe nazara almak ve İsviçre doktrin ve içtihatlarından da faydalanmak suretiyle mevzuu aşğıdaki şekilde bir tasnife tâbi tutarak incelemek mümkündür.

<sup>10</sup>) v. Tuhr, ZSR. 42 s. 119 (S. Ş. Ansay, Ad. Cer. 1938, C. 8 s. 1166, 1167). BGE 62 II 118.

Salim bir neticeye varabilmek için rehni kim tarafından verildiğini gözönünden uzak tutmamak icabeder.

a — Rehin bizzat kefil tarafından verilmiştir, ve kefilin diğer kefil arkadaşları vardır. Alacaklı rehni vermiş olan kefil veya diğer kefilleri değil de sırf rehni takip ederek alacağını istifa etmiş ise, kefil rehni maliki sıfatı ile Borçlar Kanununun 109 uncu veya Medeni Kanunun 779 uncu maddesine dayanarak alacaklının halefi sıfatıyla diğer kefillere müraaat edebilir mi?

Federal mahkeme menkul rehnine temas eden bir meselede, kefile 109 (İsviçre BK. 110) uncu maddenin tatbik edilemeyeceğini, zira kefilin bu maddedeki mânada 3. cü şahıs telâkki olunamayacağını kararlaştırmış bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararına göre bir kimsenin 109 (İBK. 110) uncu maddede kastedilen mânada 3. cü şahıs sayılabilmesi için bu kimsenin alacaklıya karşı her ne nâm ile olursa olsun şahsî mahiyette hiç bir hukukî alâkasının bulunmaması gerekmektedir. Aynı zamanda rehin maliki olan kefilin alacaklıya karşı şahsî bir mesuliyeti de bahis konusu olacağından kefil bu karar müvacehesinde 3. cü şahıs saymak doğru olmayacaktır. Federal mahkemenin bu kararı İsviçre müelliflerince münakaşasız kabul edilmektedir <sup>11</sup>. Demekki aynı zamanda kefil olan rehin maliki 109 uncu maddedeki mânada 3. cü şahıs sayılamayacağından bu madde hükümlerine göre alacaklıya halef olamayacak ve binnetice diğer kefillere rüçü edemeyecektir. Hâdise ve karar sadece menkul rehnini ilgilendirmekte ise de, aynı görüşün gayrimenkul rehin malikine de tatbiki mümkündür. Çünkü, 109 uncu maddede *Rehin* kelimesi mutlak bir surette kullanılmıştır ve bu itibarla hükmün gayrimenkul rehnine de şâmil olduğunda tereddüt edilmemelidir <sup>12</sup>. Bir makalesinde 109 (İBK. 110) uncu maddenin birinci bendinin menkul rehne münhasır olduğu intibahı uyandıran ifade tarzı isabetli olmasa gerek- tir <sup>13</sup>.

b — Rehin kefil tarafından değil bizzat borçlu tarafından verilmiştir. Bu takdirde mesele basittir. Alacaklının rehni paraya çevirtmesi halinde, rehin maliki olan borçlunun kefile rüçü edemeyeceği tabiidir. Çünkü ödenen borç kendisininindir. Bu itibarla ve 109 uncu madde mucibin-

11) BGE 53 II 29, (JDT 1927 I 194); F. Funk Borçlar Kanunu şerhi (H. Veldet - C. H. Selek terc.) Mad. 109 No. 2; Oser-Schönenberger OR. Art. 110 No. 3, Art. 507 No. 37.

12) F. Funk, adı geçen eser, Mad. 109 No. 2; Becker OR. Art. 110 No. 2; Oser - Schönenberger OR. Art. 110 No. 17.

13) v. Tuhr ZSR. 42 s. 117 (S. Ş. Ansay, Ad. Cer. 1938 s. 1166).

ce de 3. cü şahıs sayılmıyan borçlunun alacaklıya halef olması gibi bir mesele bahis mevzuu olamaz. Esasen Borçlar Kanunumuzun 492 inci maddesi uyarınca ve kefaletin ferî mahiyeti icabı olarak borçlunun borcunu herhangi bir şekilde iskat etmesi ile kefil de beri olur.

c — Rehnin 3. cü şahıs tarafından verilmiş olması halinde mesele naziktir. Bu bölümde âdi kefaleti müteselsil kefaletten ayırarak mütalâa etmek icabeder.

aa) Bir alacağın âdi kefalet ve 3. cü şahıs tarafından verilen bir rehinle teminat altına alınmış olduğunu farzettiğimizde, alacaklıyı tatmin eden ve onun haklarına halef olan rehin malikinin kefaletten istifade edemeyeceğini, halbuki aynı durumda olan kefilin rehinden faydalanabileceğini kabul etmek münasip olur. Gerçi halef olan rehin malikinin kefile müracaat edemeyeceği hakkında açık bir hüküm yoktur. Hattâ bilâkis rehin malikinin alacaklıya halef olabilmesi dolayısıyla (BK. 109, MK 779) ferî hakların da kendisine intikal etmesi ve bu itibarla kefaletten de faydalanması tabii gibi gözüktür. Fakat kefalet hukukunun diğer hükümleri de nazara alınarak mesele tetkik edildiğinde rehin malikinin bu hakkının pek o kadar tabii sayılmıyacağı anlaşılır. Zira BK. nun 486 ıncı maddesine göre alacaklının alacağı kefalet akdinden önce yahut aynı zamanda rehinle temin edilmiş olduğu takdirde, âdi kefalette kefil, borcun evveleminde merhundan istifa olunmasını talep edebilir. Kanun burada rehnin asıl borçlu veya 3. cü şahıs tarafından verilmiş olması halleri arasında bir tefrik yapmamıştır. Biraz önce izah ettiğimiz gibi, rehnin asıl borçlu tarafından verilmesi halinde, rehnin tarihi kefalet akdinden sonra olsa bile, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile kendi borcunu itfa eden borçlunun halefiyeti bahis konusu olamayacağı gibi, ferî hak olan kefaletten istifadesi de düşünülemez.

3. cü şahıs tarafından verilmiş olan rehnin paraya çevrilmesi suretiyle borcun evveleminde rehinden istifa edilmesini kefil talep edebileceğine göre böyle bir talepte bulunmamış olan ve alacaklıyı tatmin etmiş bulunan kefilin alacaklıya halef olarak rehin malikine müracaat edebileceğini, fakat böyle bir talebin sebketmiş olması veya doğrudan doğruya rehnin alacaklı tarafından takip edilmiş bulunması neticesinde alacaklının alacağını rehinden istifa etmesi halinde rehin malikinin kefile müracaat edemeyeceğini kabul etmek lâzımdır. Zira rehin malikinin, sırf halefiyet dolayısı ile, kefile müracaatının tecviz edilmesi 486 ıncı maddenin 2 inci fıkrası ile bir tenakuz yaratır veya hiç olmazsa bu fıkranın tatbiki değerini ortadan kaldırır; başka bir deyimle, rehin malikinin alacaklıya

halef olarak kefile müracaatı fikri, âdi kefaletin tâlî mahiyette olması (subsidiarité) prensipi ile hiç bir suretle bağdaşamaz.

Bundan başka, gözden uzak tutulmaması gereken diğer bir nokta da şudur: Borçlar Kanununun 499 ve 500 üncü maddeleri kefilî himaye etmek maksadı ile, kefil tarafından tatmin edilmiş olan alacaklıya, mevcut teminatı kefile teslim etmek mecburiyetini tahmil ettikten başka; kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı (bu arada bittabi rehni) kefilin zararına olarak tenkis eden alacaklıyı mesul tuttuğu halde, rehin malikinin himayesi için buna benzer bir hüküm ne Borçlar Kanununun 109 uncu maddesi ve ne de Medenî Kanununun 799 uncu maddesi derpiş etmiş değildir. Şu durum gösteriyor ki, kanun koyucu kefaletin kredi vasıtası olmak değerini muhafaza edebilmek için, rehne nazaran daha hususî himaye hükümleri sevk etmiş bulunmaktadır. Eğer kanun koyucu rehin malikinin de kefile halefiyet tarihi ile rücûunu düşünmüş olsa idi Borçlar Kanununun kefil lehine koymuş olduğu hükümlere benzer himaye tedbirlerini rehin maliki lehine de tesis ederdi.

Kanunun kefilî rehin malikinden daha fazla himayeye lâyık sayması da tesadüfi değildir. Filhakika kefil bütün mameleki, bütün varlığı ile mesul olduğu halde, rehin maliki ancak rehin vermiş olduğu mal ile mesul durumdadır. Bu itibarla kefilin rehin malikinden daha fazla himaye edilmesi iktisadî bir zaruret olarak da kendisini gösterir.

Nihayet Borçlar Kanununun 109 uncu maddesi ile 496 ncı maddesi arasında mevcut umum-husus münasebeti de karşılıklı münasebetler bakımından kefilin hakkının rehin malikinin halefiyet hakkına üstün olduğu görüşünü teyit eden bir delil olarak gösterilebilir. Gerçekten hukuk umumî prensiplerine göre hususî hükümler umumî hükümlerden önce gelir.

Bazan ortalama bir hal çaresi olarak mesuliyetin kefil ve rehin maliki arasında tevzi edilmesi fikri ileri sürülür. Bu görüşün kabulü, rehin kıymetinin alacağı karşılama, yahutta rehlin paraya çevrilmesini önlemek için rehin malikinin borcu rızaen yâni rehlin paraya çevrilmesine gitmeden ödemesi halinde, kanunun sükûtu karşısında halli imkânsız bir takım zorlukların meydana çıkması neticesini doğurur. Ezcümle, malikin borcu rızaen ödemesi halinde, mesuliyeti tevzi için, rehlin kıymetinin nasıl tâyin edileceği, bu hususta serbest satış kıymetinin mi, paraya çevirme (réalisation) kıymetinin mi, yoksa itfa edilmiş olan alacağın miktarının mı nazara alınması gerektiği gibi çeşitli meselelerin ve bunlara müteferri

diğer bir çok soruların hâtırâ gelmesi mukadderdir. Halbuki kanunda bu mesele ve soruları halletmiye yarayacak hükümler yoktur. Binaenaleyh bu ortalama hal taızı da kanaatımızca tatmin edici olmaktan uzaktır.

Şu halde, izah edilen sebeplerden ötürü sırf alacaklıya halefiyet bakımından nihâi mesuliyetin rehin malikinde kalması, diğer deyimle alacaklıyı tatmin eden âdi kefilin halefiyet tariki ile rehin malikine müracaat hakkının mevcut olduğunu ve fakat aynı durumda bulunan rehin malikinin yine alacaklıya halef olarak kefile müracaat hakkının mevcut olmadığını kabul eylemek daha mantıkî sayılmak gerekir.

bb) Müteselsil kefalette subsidiarité prensipi yâni kefilin mesuliyetinin talî olması esası mevcut değildir. Binaenaleyh müteselsil kefil, âdi kefalette olduğu gibi borcun evvelemerde merhundan istifa edilmesini istemek hakkını haiz değildir. Fakat kefilin halefiyetinin rehin malikinin halefiyetine üstün olduğu hakkındaki diğer mülâhaza ve gerekçeler müteselsil kefalette de kıymetlerinden bir şey kaybetmezler. Bu itibarla alacaklının halefi olarak müteselsil kefilin de rehin malikine müracaata hakkı olmakla beraber, rehin malikinin kefile müracaat hakkı olmayacağını kabul eylemekte isabet olduğu kanaatindeyiz.

Bu bahse son verirken şunu belirtelim ki, kefil ve rehin malihinin karşılıklı münasebetlerini sırf alacaklının haklarına halef olma zaviyesinden tetkik etmiş bulunuyoruz. Binaenaleyh, bunun dışında diğer hukukî sebeplere dayanan hususî hak ve mükellefiyetler bittabi mahfuzdur. Ezcümle, kanunî hükümlerin ışığı altında varmış olduğumuz yukarıki neticelerin karşılıklı anlaşmalarla değişebileceğini kabul eylemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.