

BORÇLAR KANUNU TASARISI m. 586 HÜKMÜNÜN MÜTESELSİL KEFALETE İLİŞKİN GETİRDİĞİ DÜZENLEME

Yrd.Doç.Dr. Burak ÖZEN*

I. BKT m. 586 hükmünün getirdiği düzenlemeye genel bakış

Müteselsil kefalete ilişkin düzenleme, Borçlar Kanunu Tasarısının 586. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, “*Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir. —Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağıın önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflâs etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir*”. Tasarıdaki bu hükmün kaynağı olan (İsviçre Borçlar Kanunu) OR Art. 496 hükmü ise şu şekildedir: “*Müteselsil tabiriyle veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle kefil olarak yükümlülük altına giren kişiye karşı, esas borçlu hakkında takip yapılmadan veya taşınmaz rehni paraya çevrilmeden önce, takip yapılabilir. Ancak bunun için, esas borçlunun ödemede gecikmesi ve kendisine yapılan ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. — Alacağı güvence altına alan teslim bağli taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulabilmesi, söz konusu rehinlerin alacağı karşılamama olasılığı olduğunun hâkim tarafından belirlenmesi, bu konuda anlaşma olması, esas borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmesi durumlarında mümkündür*”.

İki metin arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunundaki ifadeye göre, esas borçlu hakkında takip yapılmadan kefil hakkında takip yapılabilmesi için, esas borçlunun ödemede gecikmiş olması gereklidir. Ayrıca ödemede geciken borçluya, sonuçsuz kalan bir ihtar ya-

* M. Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

pımalıdır. Ancak, ödemede geciken esas borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması durumunda, ihtar çekilmesine gerek olmaksızın müteselsil kefile başvurulabilir. Bu anlam Tasarıdaki ifadeden çıkarılamamaktadır. Tasarıdaki ifade biçimi, müteselsil kefile başvurulabilmesi için ya esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olmasını ya da ifada geciken borçluya sonuçsuz kalan bir ihtarında bulunulmasını aramaktadır. Bir başka deyişle, Tasarı esas alınır, açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olan borçlu, ödemede gecikmiş olmasa bile müteselsil kefile başvurulabilecektir. Çünkü Tasarıdaki ifade, müteselsil kefile başvurulabilmesi için, borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olmasını, ifada geciken borçluya sonuçsuz kalan bir ihtar yapılmasından ayrı ve ona alternatif bir gereklilik olarak ele almaktadır. Bu ifade biçiminin yerinde olmadığı ve Tasarının 586. maddesinin 1. fıkrasının, kaynak kanuna göre anlamlandırılması gerektiği ortadadır. Açıktır ki, esas borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması, borcun ifasında bir gecikme olmadıkça, müteselsil kefile başvurulabilmesine olanak veren bir durum değildir. Kefaletin fer'iliği, esas borç muaccel olmadıkça ve ifasında bir gecikme bulunmadıkça kefile başvurmağa engeldir. Esas borçlunun iflası sebebiyle borcun vadesinden önce muaccel olması bile, kararlaştırılan vadeden önce kefile başvurulmasına olanak vermediğine göre (BK m. 491; BKT m. 590 f. 1), borç muaccel olmadan müteselsil kefile başvurulması hiç düşünülemez. Bir başka deyişle, borcun ifasında bir gecikme olmadıkça, sırf asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi müteselsil kefile başvurulmasını sağlamaz. Kaynak kanunla Tasarıdaki ifade biçiminin farklılaşması, teslim bağı rehin veya alacak rehininin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulabilmesi açısından da değişik sonuçlar çıkarılmasına olanak verecek niteliktedir. İsviçre Borçlar Kanununa göre, teslim bağı taşınır rehininin veya alacak rehininin, alacağı karşılamama olasılığı olduğu hâkim tarafından belirlenmişse, söz konusu rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabileceken, Tasarıda bu konuda, rehinlerin alacağı karşılamama olasılığı bulunduğunun değil, alacağı karşılamayacağını hâkim tarafından belirlenmesi aranmaktadır. Bundan başka, rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabileceğinin kararlaştırılması olanağından İsviçre Borçlar Kanununun söz etmesine karşılık, Tasarı bu konuda sessizdir.

Tasarının 586. maddesinin 1. fıkrasının, ZGB Art. 496 Abs. 1 hükmünden farklılaşması kanaatimizce bilinçli bir tercihe dayanmamaktadır. Zaten Tasarıyla getirilmek istenen sistemin mantıklı bir çerçeve içerisinde açıklanabilmesi, kaynak kanundan çıkarılan anlam esas alınır, mümkün olabilmektedir. Aşağıda bu sistem, kaynak kanun merkezinde açıklanmağa çalışılacaktır. ZGB Art. 496 Abs.1 ile Tasarı m. 586 f. 1 arasında uyum sağlanmasının son derece gerekli olduğunu düşünmekte ve yapılan açıklamaların bu

konuda katkısının olmasını dilemekteyiz. Ancak, BKT m. 586 f. 2'nin kabul ettiği düzenlemede, OR Art. 496 Abs. 2'nin düzenlemesinden farklı olarak, teslim bağı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulabileceğinin kararlaştırılabileceğinden söz edilmesinin, iki metin arasında bilinçli olarak yaratılmış bir farklılık olduğu ve göz ardı edilemeyeceği kanaatindeyiz. Üstelik bu farklılığın amaca elverişli olduğunu düşünmekteyiz.

II. Müteselsil kefalet kavramı ve BKT m. 586 hükmünde müteselsil kefilin sorumluluğunun belirli ölçüde ikincil bir sorumluluk olarak ele alınması

Müteselsil kefaletin ayırıcı özelliği, kefile esas borçludan önce başvurabilme olanağının bulunmasıdır¹. Kendisine esas borçludan önce başvurabilmekle birlikte, müteselsil kefilin sorumluluğu, geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Öte yandan kefilin asıl borçludan daha fazla bir sorumluluk altında olamayacağına ilişkin ilke, müteselsil kefalet için de geçerlidir. Ancak, adi kefilin sorumluluğu bakımından söz konusu olan ikincillik (talilik) müteselsil kefil için büyük ölçüde ortadan kalkmıştır². Çünkü müteselsil kefil, adi kefilin sahip olduğu peşin dava def'inden yoksundur. Ancak BKT m. 586 hükmü dikkate alınır ve OR Art. 496 esas alınarak anlamlandırılırsa, müteselsil kefilin sorumluluğunun belirli ölçüde ikincil bir sorumluluk olduğu yine de söylenebilir³. Müteselsil kefilin takip edilebilmesi için, esas borçlunun ödemede gecikmesi ve kendisine yapılan ihtarın sonuçsuz kalması aranmaktadır. Ödemede geciken borçlunun açık bir ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumu dışında, kendisine bir ihtar çekilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gereğinin, müteselsil kefilin sorumluluğunu ikincil bir sorumlu-

¹ Müteselsil kefaletin tek ayırıcı özelliğinin, kefile esas borçludan önce başvurulabilmesi olanağı olduğu da söylenmektedir. Bu durumda, kefile, esas borçludan önce, ancak, bütün rehinlerin, bu arada taşınmaz rehninin paraya çevrilmesinden sonra başvurulabileceğinin kararlaştırılması, kefaletin müteselsil olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu türlü bir anlaşmanın yapılabileceğinde hiçbir kuşku olmayıp, müteselsil kefaletin ikincilliğin dozu arttırılmış özel bir türünü ortaya çıkaracağı söylenebilir. Krş. Emil BECK, Das neue Bùrgschaftsrecht, Zürich 1942, Art. 496, N. 6.

² Yürürlükteki hukuk (BK m. 487) esas alınır, müteselsil kefilin sorumluluğunun ikincil olmadığı söylenebilir de, Tasarı (BKT m. 586) ve kaynak kanunda kabul edilen sistem (OR Art. 496) esas alınır, müteselsil kefilin sorumluluğu açısından zayıflamış bir ikincilliğin söz konusu olduğu yine de söylenebilecektir.

³ Silvio GIOVANOLI, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978, Art. 496, N. 6.

luk algılamayı gerektirdiği ortadadır⁴. BKT m. 586 f. 2 dikkate alınrsa, müteselsil kefilin sorumluluğunun belirli ölçüde ikincilliği, bir başka açıdan daha ortaya çıkmaktadır. Kefil olunan alacak, ayrıca, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehniyle de güvence altına alınmışsa, müteselsil kefil, söz konusu rehinler paraya çevrilmeden önce kendisine başvurulamayacağı def'ine –kural olarak- sahiptir. Ancak BKT m. 586 f. 2'de ayrıca belirtilen istisnaların bulunması durumundadır ki, alacaklı, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurabilir. Bütün bu anlatılanlardan yola çıkarak şöyle bir tespit yapabiliriz: *Tasarıda ele alınan şekliyle müteselsil kefalet, alacaklının ifada geciken esas borçluya sonuçsuz kalan bir ihtar çekmedikçe ve elindeki teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevirmedikçe –kural olarak- kefile başvuramadığı bir kefalet türüdür.*

Tasarıda müteselsil kefaletin yukarıda belirtilen tarzda ele alınması kuşkusuz önemli bir değişikliktir. Yürürlükteki hukuk açısından konuya yaklaşılsa, BK m. 487 müteselsil kefilin sorumluluğu açısından ikincilliği kabul etmemiştir. Buna göre, alacaklı, “*asil borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir*”. O halde yürürlükteki hukuk çerçevesinde, ikincilliğin kefaletin zorunlu bir unsuru olmadığı vurgulanması yerinde bir değerlendirmedir. Gerçekten de kefilin sorumluluğun her olasılıkta (müteselsil kefaleti de kapsamak üzere) fer'i bir sorumluluk olduğu, ancak BK m. 487'deki müteselsil kefaletle ilişkin düzenlemenin kefilin sorumluluğunun ikincilliğini kabul etmediği, bu niteliği sadece adi kefaletle özgüllediği, ikincilliğin bütün kefalet türlerini kapsayan ortak bir özellik olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁵. Ancak BKT m. 586'da konuya

4 Christoph M. PESTALOZZI, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 496, N. 2; Daniel STAFFELBACH, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 496, N. 1.

5 Seza REİSOĞLU, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 121. REİSOĞLU burada, kefalette taliliğin zorunlu bir unsur olmadığını, talilik unsurunun ortadan kalkmasına rağmen müteselsil kefilin, yine de kefalet hükümlerine tabi olacağına kuşku bulunmadığını belirtmektedir. Buna karşılık eserinin bir başka yerinde (s. 5), şu satırlar yer almaktadır: “*Kefil her türlü kefalette daima ikinci borçludur. Zaman bakımından, asıl borçlunun ödemesi halinde takip edilebilir; yükümlülüğü ise asıl borç muaccel olduktan sonra muaccel hale gelir. Kefil asıl borcu yerine getirmez, fakat asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan zararı tazmin eder. Bilhassa aynı edimlerde asıl borcun yerine getirilmediğinin tesbitinden sonradır ki kefilin borcu tahakkuk eder*”. YAVUZ, müteselsil kefilin sorumluluğunun, yürürlükteki sistem çerçevesinde bile ikincil bir sorumluluk sayılması gerektiğini şu şekilde ifade etmektedir: “*Ancak, müteselsil kefalette de, alacaklı borç muaccel olunca doğrudan doğruya kefile başvurabilse bile, kefilin ikinci derecede borçlu olduğu kabul edilebilir. Örneğin, asıl borç muaccel olmadıkça ke-*

ilişkin yapılan değişiklik sayesinde, adi kefalette ve müteselsil kefalette değişik ölçülerde karşımıza çıkan ikincilliğin, bütün kefalet türlerini kapsayan zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

BKT m. 586 f. 1'in "*kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse...*" tarzında bir ifadeyle konuyu ele alması ve BK m. 487'deki "*kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse..*" ifadesini terk etmesi son derece isabetli olmuştur. Çünkü müteselsil kefaleti vurgulamak için, "*müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla*" sorumluluk üstlenildiğinin belirtilmesi, yanlış anlamalara ve farklı kurumların özdeş olarak değerlendirilmesine yol açabilecek bir ifadedir⁶. Yürürlükteki kanunun lafzı tarafından –yerinde olmayarak- onaylanan bu ifade biçimi uygulamaya yansımış, müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenilen pek çok kefalet sözleşmesinin metninde yer almıştır⁷. Esas borçlu ve müteselsil kefil, alacaklı karşısında müteselsil borçluluğa benzer bir biçimde sorumlu olup, alacaklı seçimine göre, dilerse esas borçludan dilerse müteselsil kefilden alacağının tamamı için talepte bulunabilir⁸. Ancak bu benzerliğin, müteselsil kefile esas borçlunun, BK m. 141 (BKT m. 161) anlamında müteselsil borçlu olduklarını söylemeye olanak vermeyeceği yerinde olarak vurgulanır. BK m. 141 (BKT m. 161) anlamında müteselsil borçlu olarak kabul edilen kişiler, alacaklı karşısında bağımsız olarak sorumludurlar. Buna karşılık müteselsil kefilin sorumluluğu her zaman için fer'i, bir başka deyişle esas borcun varlığına ve devamına bağlı bir sorumluluktur⁹. Bu nedenle, müteselsil kefil ve esas borçlunun alacaklı karşısında BK m. 141 (BKT m. 161) anlamında müteselsil borçlu olduklarını değil, yarışan bir borçluluk durumu altında olduklarını söylemek daha yerinde

filin borcu da muaccel olmaz, paradan başka borçlara kefalette, ancak asıl borçlunun borcunu yerine getirmediğinin tespitinden sonra müteselsil kefil takip olunabilir". Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2002, s. 768. Buna karşılık müteselsil kefilin sorumluluğunun tali olmadığı, ancak fer'i niteliğinin saklı kaldığı hususunda bkz. YAVUZ, s. 781.

⁶ İsviçre'de de, 1941 yılında yapıp, 1942 yılında yürürlüğe giren kefalet hukukuna ilişkin değişikliklerden önce benzer bir durumun varlığı için bkz. BECK, Art. 496, N. 9.

⁷ REİSOĞLU, s. 123

⁸ Alacaklı esas borçlu yerine müteselsil kefilden alacağının tümü için talepte bulunabilecek olmakla birlikte, bu talebin, kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak belirlenen tutarı aşmaması gerekir. Keza, müteselsil kısmî kefalette de, müteselsil kefilden alacağın tümü için değil, güvence altına alınan kısım için talepte bulunulabilir. BECK, Art. 496, N. 7.

⁹ BECK, Art. 496, N. 7

olacaktır¹⁰. Müteselsil borçluluğa ilişkin BK m. 141 vd (BKT m. 161 vd) hükümleri, müteselsil kefaletle doğrudan uygulanamaz, ancak kıyas yoluyla uygulanabilir. Kefalet hukukunda yer alan ve müteselsil kefaletle öncelikle uygulanması gereken bir hüküm veya kefaletle ilişkin ilkeler, BK m. 141 vd (BKT m. 161 vd) yer alan hükümlerin uygulanma olanağını kaldırır¹¹. Gerçek anlamda bir müteselsil borçluluk durumuyla, ancak kıymetli evrak hukukunda yer alan aval kurumunda karşılaşılabılır¹². Müteselsil borçlu kendi borcunu ifa ederken, müteselsil kefilin maddi açıdan yabancı bir borcu ifa ettiği söylenir. Ödeme yapan müteselsil kefilin, esas borçluya ödediği tutarın tümü için rücu edebilmesi, kendi borcunu değil, maddi açıdan yabancı bir borcu ödemesinin sonucu olarak gösterilir¹³. Kanaatimizce bu ifade biçimi yerinde olmayıp, kefilin yaptığı ödemenin tümü için esas borçluya rücu edebilmesinin sebebi, maddî açıdan kendisine yabancı bir borcu ifa etmesinde görülemez. Kefil, kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmiştir. Bu yüzdendir ki, yaptığı ödemeye esas borçlunun borcu sona ermemekte, halefiyet yoluyla kefile geçerek devam etmektedir. Kefil, maddî açıdan yabancı bir borcu ifa etmiş sayılıyorsa, bu ifa, üçüncü şahsın ifasıyla borcun sona erdiğinin kabul edilmesine yol açacaktır. Oysa kefilin ifası, sadece kefalet sözleşmesinden doğan borcu sona erdirmektedir¹⁴. Müteselsil borçlulardan biri alacaklıya ödeme yapmışsa, ödediği tutarın tümü için değil, iç ilişkide kendine düşen payı aşan kısım itibarıyla diğer müteselsil borçlulara rücu edebilecektir

Müteselsil kefilin, sadece, esas borçlu aleyhine yapılan takibin tamamen veya kısmen sonuçsuz kalması olasılığında sorumlu olacağı kararlaştırılabilir. Bir başka deyişle, müteselsil kefilin sorumluluğunun, esas borçlu hakkında yapılan takibin sonunda, açıkta kalan, karşılanmayan alacak kısmıyla sınırlı olduğunun kararlaştırılması, borç ödemedi kesin aciz belgesinin alınmasına bağlanması, kefaletin müteselsil olma niteliğiyle bağdaşmayacak bir durum değildir. Böyle bir anlaşma, müteselsil kefaleti BKT m. 585 f. son'da ele alınan açığın kapatılması için kefaletle dönüştürmez. Böyle bir anlaşmaya rağmen, müteselsil kefilin esas borçludan önce takip edilmesi mümkündür. Ne var ki, müteselsil kefile başvurularak elde edilen tutarın akibeti belli değildir. Müteselsil kefile başvurulup, alacak elde edildikten

¹⁰ BECK, Art. 496, N. 7

¹¹ BECK, Art. 496, N. 7.

¹² BECK, Art. 496, N. 7; PESTALOZZI, Art. 496, N. 3.

¹³ BECK, Art. 496, N. 7; PESTALOZZI, Art. 496, N. 3.

¹⁴ REİSOĞLU, s. 5; YAVUZ, s. 766.

sonra, esas borçlunun takip edilmesi gerekir. İşte bu takibin sonunda esas borçludan elde edilemeyen, açıkta kalan alacak tutarı, müteselsil kefilin sorumlu olacağı “nihaî” tutarı belirleyecektir. Esas borçlunun takibi sonucunda elde edilen alacak tutarı oranında, müteselsil kefilin daha önceden yaptığı ödemenin kendisine iade edilmesi gerekir¹⁵.

Birlikte kefaletin söz konusu olduğu olasılıklarda, teselsül bakımından değişik görünümeler ortaya çıkabilir. Birlikte kefillerin yalnız kendi aralarında teselsülü kabul etmesi ve esas borçluyla kefiller arasında teselsülün söz konusu olmaması mümkün olduğu gibi, hem esas borçluyla birlikte kefiller arasında, hem de birlikte kefil olanların kendi aralarında teselsül kararlaştırılabilir¹⁶. Sadece birlikte kefiller arasında teselsül kararlaştırılmışsa, kefiller bölme def'inden yararlanamazlar, bir başka deyişle kefaletten doğan sorumluluğun kefiller arasında paylaşılacağını ve her birinin kendi payları oranında sorumlu olduğunu¹⁷ ileri süremezler¹⁸. Teselsülün sadece birlikte kefillerin arasında mı, yoksa esas borçluyla kefiller arasında mı bulunduğu şüpheli olursa, ikinci olasılığın geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, birlikte kefillerin “müteselsil olarak” sorumluluk altına girdiklerini belirtmelerine rağmen, teselsülün kapsamı hakkında açıklık getirmemeleri ve gerçek iradelerinin de ortaya çıkarılamaması durumunda, esas borçluyla birlikte kefiller arasında teselsülün bulunduğu sonucuna varılmalıdır¹⁹. Esas borçluyla kefiller arasında teselsülün bulunması, ayrıca belirtilmese bile, birlikte kefiller arasında da teselsülün bulunduğu sonucuna götürecektir. Yürürlükteki hukukta BK m. 488, kefillerin asıl borçlu ile teselsülü kabul etmişlerse, borcun tamamından sorumlu olduklarını belirtmektedir. Kefillerin bu olası-

¹⁵ BECK, Art. 496, N. 8.

¹⁶ BECK'e göre, birlikte kefillerden bazıları için hem diğer birlikte kefillerle, hem esas borçluyla teselsülün kabul edilmesine karşılık, bazı birlikte kefillerin sadece diğer birlikte kefillerle müteselsil olarak sorumlu kılınması da mümkün olabilecektir. BECK, Art. 496, N. 12.

¹⁷ Adi birlikte kefalette, birlikte kefillerden her biri bölme def'ine sahip olup, sorumluluğu diğer birlikte kefillerle paylaşır. Alacaklının başvurusu üzerine payına düşenden fazlasını ödemeyi reddedebilir. Diğer kefillerin payı için de kefile kefil sıfatıyla sorumluluk söz konusu olacaktır (BK m. 488; BKT m. 587 f. 1, OR Art. 497 Abs. 1). Bölme def'i ve birlikte kefillerin birbirlerinin sorumluluk paylarından kefile kefil olarak sorumlu olması için bkz. REİSOĞLU, s. 131 vd; YAVUZ, s. 783-784. Birlikte kefillerin aralarında anlaşarak kefile kefil sıfatıyla sorumluluğu kaldırabilmesi hususunda bkz. Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c. 2, Ankara 1987, s. 772.

¹⁸ BECK, Art. 496, N. 12.

¹⁹ PESTALOZZI, Art. 496, N. 4; GIOVANOLI, Art. 496, N. 13, 14; STAFFELBACH, Art. 496, N. 2; REİSOĞLU, s. 137; TANDOĞAN, s. 774. BECK, bu sonucun günlük konuşma diline de uygun olduğunu belirtir. BECK, Art. 496, N. 12.

lıkta borcun tamamından sorumlu olmaları, bölme def'inden yararlanamayacaklarını, bir başka deyişle sorumluluğun bütün kefiller arasında paylaştırılmasını isteyemeyeceklerini göstermektedir²⁰. Bu da kefiller arasında da teselsülün varlığı sonucuna götürür. Tasarı m. 587 f. 2 (OR Art. 497. Abs. 2) hükmü de aynı sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu hükme göre, “*Borçluyla birlikte.....müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur*”, demek ki, bölme def'inden yararlanıp, sorumluluğun kefiller arasında paylaştırılmasını isteyemez. Birlikte kefiller arasında teselsül varsa, alacaklı, birlikte kefillerden herhangi birine başvurabilir ve borcun tamamını ondan talep edebilirse de, Tasarı bu hususta önemli bir sınırlama getirmektedir. BKT m. 587 f. 2 c. 1 ve c. 2 şu şekildedir: “*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 payını ödemesi veya payı için aynı güvence sağlaması koşuluyla, payından fazlasını ödemekten kaçınabilir*”. Bu düzenlemeye göre, müteselsil olarak yükümlülük üstlenen birlikte kefil, kendisinden daha önce veya en geç kendisiyle aynı anda sorumluluk üstlenen diğer müteselsil birlikte kefillerin hepsi hakkında takibe geçilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilecektir. Bir başka deyişle, bu olasılıkta sorumluluğun, hakkında takibe geçilmeyen diğer birlikte kefillerle kendi arasında paylaştırılmasını ve kendi payına düşenden fazlasını ödemeyeceğini, -müteselsil olarak sorumluluk üstlenmesine rağmen- ileri sürebilecektir. Her bir müteselsil birlikte kefilin sahip olduğu, (kendisinden daha önce veya kendisiyle aynı anda) sorumluluk üstlenen bütün müteselsil birlikte kefillerin aynı anda takip edilmesi def'i Tasarının getirdiği önemli yeniliklerden biridir. Bu hususta teselsülün sadece kefiller arasında veya esas borçluyla kefiller arasında bulunması bir fark yaratmaz.

III.Şekil ve müteselsil kefil olma iradesinin şeklin kapsamında yer alması

BKT m. 583 hükmüne göre, “*kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî 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 düzenleme, müteselsil kefil olma iradesini orta-

²⁰ REİSOĞLU, s. 136.

ya koyan beyanın, kefilin el yazısıyla yapılmasını aramaktadır. Kefil, el yazısıyla yapacağı bu beyanda "müteselsil" tabirini kullanarak veya bu anlama gelebilecek bir başka ifade biçimiyle, üstlendiği yükümlülüğün türünü ortaya koyacaktır²¹. Kefilin el yazısıyla yapacağı beyanın açık bir beyan olması gerekli değildir. Yapılan beyanın yorumlanmasından, kefilin, müteselsil kefaletle özgü bir biçimde sorumluluk üstlenmek istediğinin çıkarılabilmesi yeterlidir²². Bu yorumlama, somut olaya eşlik eden bütün koşulların değerlendirilmesiyle yapılmalıdır. Kefilin, beyanında, esas borçludan önce kendisine başvurulabileceğini belirtmesi veya peşin dava def'inden vazgeçmesi, müteselsil kefil olarak sorumlu olmaya yönelik iradeyi yeterli olarak gösterir. Ne var ki, kefilin beyanında her türlü rehnin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulabileceğini belirtmesi, peşin dava def'inden de vazgeçtiğinin ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenmek istendiğinin göstergesi değildir. Sırf bu beyana dayanarak, müteselsil kefaletin varlığı sonucuna varılamaz²³. Öte yandan kefaletle ilişkin beyanda müteselsil kefalet ifadesinin kullanılmış olması, tarafların gerçek iradesinin kefile peşin dava def'ini tanımak olduğunun anlaşıldığı hallerde, adi kefaletin varlığını kabule engel değildir²⁴. Nihayet, yazılı olarak yapılan beyanda, müteselsil kefalet ifadesinin bulunmasına rağmen, beyanın güven ilkesine göre yapılacak yorumu, önce esas borçluya başvurulmasının istendiği sonucunu çıkarmaya ve kefaletin adi kefalet olarak nitelenmesine yol açabilir.

21 Yürürlükteki hukuk açısından da, müteselsil kefil olma iradesinin, kefaletle ilişkin belgeden anlaşılabilmesi gerektiği, belgenin dışında kalan unsurlara dayanan bir yorumla bu iradenin ortaya konulamayacağı savunulmaktadır. REİSOĞLU, s. 123; TANDOĞAN, s. 770; YAVUZ, s. 781. Bu açıdan bakılırsa, Tasarıdaki yenilik, müteselsil kefil olma iradesini ortaya koyan beyanın kefilin el yazısıyla yapılması gerekliliğiyle sınırlıdır. Kaynak İsviçre Hukukunda, OR Art. 493 Abs 2, gerçek kişilerin, sorumluk sınırı 2000 Frankı geçmemek üzere kefil olmaları durumunda yazılı şeklin yeterli olduğunu ve müteselsil kefil olma iradesini, düzenlenen belgede kendi el yazılarıyla ortaya koymaları gerektiğini belirtmektedir. Müteselsil kefil olma iradesini, düzenlenen belgede kendi el yazısıyla ortaya koymayan gerçek kişinin, adi kefil olarak sorumlu olacağı kabul edilmektedir. PESTALOZZI, Art. 496, N. 5. Müteselsil kefil olma iradesi ortaya koymak için "müteselsil" tabirinin kullanılması zorunlu olmayıp, aynı anlama gelen bir başka tabir seçilebilir. BECK, Art. 496, N. 10. Bu arada belirtmek isteriz ki, Tasarının 583.maddesinde kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve kefilin sorumluluk sınırının, müteselsil olma iradesinin ve kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla gösterilmesi gereğinden söz edilmesi, tüzel kişilerin yapacağı kefalet sözleşmeleri için yerinde bir düzenleme değildir. Bu türlü bir şekil zorunluluğunun gerçek kişilerin yapacağı kefalet sözleşmeleriyle sınırlı kılınması gerekirdi.

22 STAFFELBACH, Art. 496, N. 3.

23 BECK, Art. 496, N. 10.

24 BECK, Art. 496, N. 11.

Kefalet sözleşmesi yapılırken, kefilin, müteselsil kefil olarak sorumlu olacağı kararlaştırılabileceği gibi, bu anlaşmanın sonradan da yapılması, başlangıçta adi kefalet olarak nitelendirilmesi gereken kefaletin, sonradan müteselsil kefalete dönüştürülmesi mümkündür. Ancak, sonradan yapılan bu değişikliğin, BKT m. 583 hükmünde belirtilen şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekecektir²⁵. Adi kefilin peşin dava def'ine dayanmaması durumunda, kendisine esas borçludan önce başvurulması mümkün olacaktır. Böyle bir sebeple adi kefile esas borçludan önce başvurulması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi anlamına gelmez. Bu nedenle, adi kefilin peşin dava def'ine dayanmaktan vazgeçtiğinin BKT m. 583 hükmünde belirtilen şekle uygun olarak belirtilmesi gerekmez²⁶

IV. Müteselsil kefile başvurulabilmesi için Borçlar Kanunu Tasarısının 586. maddesinde aranan gerekler

1. Ödemede geciken asıl borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması ve ihtar gereğini ortadan kaldıran durumlar

a. Ödemede geciken asıl borçlunun kural olarak ihtar edilmesi gereği

Tasarının 586. maddesinin 1. fıkrasına kaynak olan ve Tasarıdaki hükmün yorumlanmasında esas alınması kanaatini taşıdığımız OR Art. 496 Abs. 1 hükmüne göre, esas borçlunun ifada gecikmesi, müteselsil kefile başvurulabilmesi açısından zorunludur. İfada geciken borçlunun, alacaklı tarafından ihtar edilmesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması durumundadır ki, alacaklı müteselsil kefile başvurabilecektir. Müteselsil kefile başvurulabilmesi için esas borçlunun ihtar edilmesi gereğinin ortadan kalktığı istisnaî durum, yine Tasarının yorumlanmasında esas alacağımız OR Art. 496 Abs 1 hükmünde gösterilmektedir. Bu istisnaî durum, esas borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olmasıdır.

Borçlunun ifada gecikmesi, ihtar edilmesi, ihtarın sonuçsuz kalması gibi, müteselsil kefile başvurulabilmesi için aranan gerekleri anlamlandırırken, borçlunun temerrüdüne ilişkin düzenlemeden (OR Art. 102 vd; BKT m. 116 vd; BK m. 101 vd) bağımsız bir değerlendirme yapılmalıdır. Borçlunun ifada gecikmesi, temerrüde düşmesi anlamını taşımadığı gibi, yapılacak ihtarın da bir temerrüt ihtarı olarak anlaşılması yerinde olmaz. Esas borçlu, edimini yerine getirmede *temerrüde düşmüş* değil, *gecikmiş* olmalıdır. Bu gecikmenin söz konusu olabilmesi için, kefaletle güvence altına alınan alacağın *muaccel* olması gerekir. Borçlu muaccel olmasına rağmen borcu ifa etmemişse,

²⁵ BECK, Art. 496, N. 14.

²⁶ BECK, Art. 496, N. 15.

henüz temerrüde düşmüş olmasa bile borcun ifasında gecikmiş sayılır. Borçlunun ifada geciktiğinin kabul edilmesi için, borç muaccel olduktan sonra, işlerde yaygın olan anlayışa göre olağan kabul edilebilecek bir sürenin geçmesi gerekmez²⁷. Esas borcun muaccel olması için, alacaklı tarafından muacceliyet bildiriminde bulunulması gerekiyorsa, bu bildirim müteselsil kefile de ayrıca yapılması gerekir (OR Art. 501; BKT m. 590 f. 3; BK m. 491). Esas borçluya OR Art. 496 Abs 1/BKT m. 586 f. 1 gereğince yapılacak ihtarın, esas borç muaccel olduktan sonra yapılması zorunludur²⁸. Muacceliyetten önce yapılacak bir ihtarın, müteselsil kefile başvurulabilmesini sağlayıcı bir etkisi olmaz. Müteselsil kefile başvurulabilmesi için, ödemede geciken borçluya ihtar yapılmasını ve bu ihtarın sonuçsuz kalmasını düzenleyen OR Art. 496 Abs. 1 (BKT m. 586 f. 1) hükmü *emredicidir*. Oysa borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olduğunu söyleyen OR Art. 102 Abs. 1/BKT m. 116 f. 1/ BK m. 101 f. 1 hükmü emredici olmayıp, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olmadığı kararlaştırılabilir²⁹. Borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olmadığı durumlarda, müteselsil kefile başvurulabilmesi için ödemede geciken borçlu yine de ihtar edilmelidir³⁰. Alacaklının sözleşmede kararlaştırılan yetkisine dayanarak borçluya muacceliyet bildiriminde bulunması ve bu bildirimde borcun muaccel olacağı zamanın belirli olması, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırır (BKT m. 116 f. 2/ BK m. 101 f. 2). Ne var ki, muacceliyet bildiriminde belirlenen zaman gelip, borçlu ifada bulunmadığı için –ihtar gerekmeksizin- temerrüde düşmüş sayılsa bile, müteselsil kefile başvurulabilmesi için borçlunun ihtar edilmesi zorunluluğu devam eder. Keza bir borç ilişkisinde borcun ifa edileceği zaman için belirli bir vade kararlaştırılmış olması durumunda, vadenin gelmesiyle borçlu ihtar gerekmeksizin temerrüde düşecektir (BKT m. 116 f. 2/ BK m. 101 f. 2). Ancak, ihtar gerekmeksizin temerrüde düşen borçlu, ifada bulunması için ihtar edilmedikçe ve bu ihtar sonuçsuz kalmadıkça müteselsil kefile başvurulamayacaktır³¹. Müteselsil kefile başvurabilmek için borçluya yapılan ihtar-

²⁷ BECK, Art. 496, N. 20.

²⁸ STAFFELBACH, Art. 496, N. 4.

²⁹ BECK'in deyişiyle, müteselsil kefilin kendisine başvurulmadan önce, ödemede geciken esas borçlunun ihtar edilmesi gereğinden peşin olarak vazgeçmesi mümkün değildir. BECK, Art. 496, N. 18. Ayrıca bkz. PESTALOZZI, Art. 796, N. 7.

³⁰ BECK, Art. 496, N. 20.

³¹ Konuya ilişkin olarak, Tasarıda tüketim ödünçü olarak isimlendirilen karz akdinin sona ermesine ilişkin BKT m. 391(BK m. 312'yi karşılamaktadır) hükmü de ayrıca ele alınmalıdır. Bu hükmü göre, ödünçün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi kararlaştırılmamışsa veya ödünçün iadesinin istendiği anda iade borcunun muaccel

da, ifanın gerçekleştirilmesinin istenmesi yeterli olup, borçluya ifa için süre vermek veya ihtara uyulmamasının sonuçlarının ne olacağını bildirmek gerekli değildir³²

Müteselsil kefile başvurulması için, esas borçluya yapılması gereken ihtarin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Ne var ki ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılması öğütlenebilir³³. Esas borçluya dava açılması veya esas borçlu aleyhinde takibe başlanması durumunda, ayrıca ihtar edilmesine gerek olmadan müteselsil kefile başvurulabilir³⁴. İhtar etkisini göstermesi için esas borçluya ulaşması gereklidir. İhtar esas borçluya ulaştığı ve esas borçlu uygun bir süre içinde borcun ifası için gerekenleri yapmadığı takdirde, ihtarin sonuçsuz kaldığı söylenebilecektir. *İhtar edilmiş esas borçlunun, borcu gereği gibi ifa etmemesinin veya kısmen ifa etmesinin de ihtarin sonuçsuz kalması olarak değerlendirilmesi gerekir*³⁵.

b. Ödemede geciken borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması

Esas borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içindeyse, ayrıca ihtar edilmesine gerek olmadan müteselsil kefile başvurulabilir. Yeter ki borcun ifası gecikmiş olsun. Borcun ifasında bir gecikme olmadıkça, esas borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması, alacaklının müteselsil kefile başvurmasına olanak vermez.

olacağı hususunda anlaşılmamışsa, ilk iade talebinden itibaren altı hafta geçince iade borcu muaccel olacaktır. Burada ödünç veren, yasanın kendisine tanıdığı muacceliyet bildiriminde bulunma yetkisini kullanarak, iade borcunun muaccel olacağı zamanı belirlemektedir. Ödünç alınan iade borcu, ödünç sözleşmesinde başkaca bir düzenleme getirilmediği takdirde, iadeye yönelik talebin yapıldığı anda değil, talebin üzerinden altı hafta geçince muaccel olmaktadır. Ödünç akdinden doğan alacağı güvence altına alan bir müteselsil kefil bulunuyorsa, kefile başvurulabilmesi için, ödünç alana yönelik ilk talepten itibaren altı hafta geçip iade borcu muaccel olduktan sonra, ödünç alanın ayrıca ihtar edilmesi ve bu ihtarin sonuçsuz kalması gerekir. PESTALOZZI, Art. 496, N. 7; GIOVANOLI, Art. 496, N. 18. Burada ihtar hem iade borcunda temerrüdü gerçekleştirmek, hem de müteselsil kefile başvurulmasını sağlamak bakımından gereklidir. Muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi sözleşmeyle değil de, yasa hükmüyle tanınmış olduğu için temerrüt ihtarında bulunma gereğini ortadan kaldırmaz (Nami BARLAS, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 s. 59). İadeye yönelik ilk talepten itibaren altı hafta geçtikten ve iade borcu muaccel olduktan sonra ödünç alana yapılacak ihtar, aynı anda, hem iade borcunun ifasında temerrüde düşülmesini sağlayacak, hem de müteselsil kefile başvurulabilmesinin zeminini hazırlayacaktır.

³² BECK, Art. 496, N. 20.

³³ BECK, Art. 496, N. 21.

³⁴ BECK, Art. 496, N. 22; GIOVANOLI, Art. 496, N. 20.

³⁵ BECK, Art. 496, N. 20; PESTALOZZI, Art. 796, N. 7; GIOVANOLI, Art. 796, N. 21.

Asıl borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmesi, ödeme güçsüzlüğünün açık göstergesi olup, bu olasılıklarda ifada geciken borçlunun ayrıca ihtar edilmesi gerekmez. Asıl borçlunun konkordato mehli verilmesi için talepte bulunması olasılığında da açık ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu kabul edilir. Asıl borçlu hakkında borç ödemedен aciz belgesi alınmış olması da, ödeme güçsüzlüğünü açıkça gösteren ve asıl borçlu ihtar edilmeksizin müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan bir başka olgudur. Asıl borçlu hakkındaki borç ödemedен aciz belgesini müteselsil kefile başvurmak isteyen alacaklının elde etmiş olması gerekmez. Kendisinden başka alacaklılar tarafından böyle bir belgenin alınmış olması da yeterlidir. Asıl olan, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu ortaya çıkmış olması olup, herhangi bir alacaklının aldığı aciz belgesi bunun için yeterlidir³⁶. Buna karşılık asıl borçlu hakkındaki iflasın ertelenmesinin, ödeme güçsüzlüğünün açık bir göstergesi olmadığı, bu nedenle de geciken borçlu ihtar edilmeksizin müteselsil kefile başvurulmasının mümkün olmayacağı kabul edilir³⁷.

c. Asıl borçlunun Türkiye’de takibinin imkânsız hale gelmesi veya çok güçleşmesi

Her ne kadar Tasarının 586. maddesi (OR Art. 496), ödemede geciken asıl borçlu ihtar edilmeden müteselsil kefile başvurulabilmesi bakımından, asıl borçlunun Türkiye’de takibinin olanaksız hale gelmesinden veya takibin çok güçleşmesinden söz etmiyorsa da, İsviçre hukukundaki hâkim görüşle paralel olarak, bu sonucun kabul edilmesinden yanayız. Asıl borçlu yerleşim yerini yabancı bir ülkeye taşıdığı için, Türkiye’de takibi olanaksızlaşmış veya çok güç hale gelmişse, geciken borçluyu ihtar etmek gerekmeksizin müteselsil kefile başvurulabilmelidir. Bu durum, asıl borçlu hakkında takip yapmaksızın adi kefile başvurulmasını sağladığına göre, sorumluluğunun ikincillik özelliği çok daha zayıf olan müteselsil kefile başvurulmasını öncelikle sağlamalıdır³⁸. Müteselsil kefilin kefalet sözleşmesini yaptığı sırada asıl borçlunun yerleşim yerinin zaten yabancı ülkede olması, ödemede geciken asıl borçlunun ihtar edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Ne var ki, böyle bir durumda, asıl borçlu, yerleşim yerini kendisinin takibinin çok

³⁶ BECK, Art. 496, N. 22; PESTALOZZI, Art. 496, N. 8; GIOVANOLI, Art. 496, N. 22; STAFFELBACH, Art. 496, N. 4.

³⁷ PESTALOZZI, Art. 496, N. 8 a. Asıl borçlu hakkında iflasın ertelenmesi, asıl borçlu ihtar edilmeden müteselsil kefile başvurulmasına olanak vermezse de, asıl borçlu hakkında takip yapıp, bu takibin semeresiz kalması beklenmeden adi kefile başvurulmasını mümkün kılar. PESTALOZZI, Art. 495, N. 4 a

³⁸ BECK, Art. 496, N. 22; PESTALOZZI, Art. 496, N. 9; GIOVANOLI, Art. 496, N. 22 a.

daha zorlaştığı bir başka yabancı ülkeye kaydırırsa, ihtar gereği yine ortadan kalkmalı ve doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurulabilmelidir³⁹.

2. Teslime bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesi

a. Taşınmaz rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulabilmesi

Müteselsil kefile başvurulması için, kefil olunan alacağı güvence altına alan taşınmaz rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerekli değildir. Alacaklı, alacağı güvence altına alan taşınmaz rehnini paraya çevirmeden önce, söz konusu alacak için müteselsil kefil olan kişiye başvurabilecektir. Yeter ki, ifade geciken asıl borçlu ihtar edilmiş veya ihtara gerek bırakmayacak biçimde açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunsun. Yasa müteselsil kefile önce taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi def'ini tanımamaktadır. Ancak bunun aksi kararlaştırılabilir, alacaklının müteselsil kefile başvurulabilmesi için önce taşınmaz rehnini paraya çevirmesi zorunluluğu kabul edilebilir. Böyle bir anlaşma müteselsil kefilin sorumluluğunu hafifleten bir anlaşma olduğu için, geçerliliği herhangi bir şekle uyulmasına bağlı değildir⁴⁰.

b. Teslime bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce –kural olarak- müteselsil kefile başvurulamaması

Kefil olunan alacağı güvence altına almak için ayrıca teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehni kurulmuşsa, alacaklının söz konusu rehni (veya rehinlerin) paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurulabilmesi, ancak, BKT m. 586 f. 2 (OR Art. 496 Abs. 2) hükmünde belirtilen durumlardan birinin bulunması olasılığında mümkündür. Bu nedenle müteselsil kefilin, kural olarak, önce taşınır rehni ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesi def'ine sahip olduğu söylenebilecektir. Bu tür rehinlerin paraya çevrilmesi taşınmaz rehnine oranla daha kolay olduğundan, alacaklının öncelikle bunlar aracılığıyla tatmin olma yoluna gitmesi öngörülmüştür.

BKT m. 586 f. 2 (OR Art. 496 Abs. 2) hükmünde ele alınan teslime bağlı taşınır rehninin kapsamına kıymetli evrak rehni de girmektedir. Bu arada kıymetli evrak niteliği taşıyan ipotekli taşınmaz senedi ve irat senedi, her ne kadar taşınmaz rehninin türleri arasında sayılsalar da, BKT m. 586 f. 2 (OR Art. 496 Abs. 2) açısından, teslime bağlı taşınır rehninin kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü ipotekli borç senedi ve irat senedi, taşınırlara özgü kurallar uygulanarak paraya çevrilecektir⁴¹. Alacaklının sahip olduğu hapis

³⁹ REİSOĞLU, bu soruna esas borçlu hakkında takip yapılmadan adi kefile başvurulabilmesi açısından değinmektedir. REİSOĞLU, s. 118. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 766.

⁴⁰ BECK, Art. 496, N. 23; PESTALOZZI, Art. 496, N. 10,

⁴¹ BECK, Art. 496, N. 25; PESTALOZZI, Art. 496, N. 11.

hakkının, teslimine bağlı taşınır rehnine denk sayılması gerektiğini ve müteselsil kefilin öncelikle hapis hakkının değerlendirilmesini isteyebileceğini ileri sürenler⁴² olduğu gibi, bu konuda tereddüt edenler de vardır. Bu konuda duyulan tereddüdün sebebi, müteselsil kefile başvuruyu güçleştiren ve önce teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesini öngören OR Art. 496 Abs. 2 (BKT m. 586 f. 2) hükmünün dar yorumlanmasına duyulan inançtır⁴³. Kanaatimizce, Tasarıda müteselsil kefilin sorumluluğunun belirli ölçüde ikincil bir sorumluluk olduğunun ilke olarak kabul edilmesi, hapis hakkının teslimine bağlı taşınır rehnine denk sayılmasını gerektirir. Bir başka deyişle, kuşkulu durumlarda müteselsil kefilin sorumluluğunun ikincilliği lehine yorum yapılması gereklidir. Böylelikle müteselsil kefil öncelikle hapis hakkı konusu değerlerin paraya çevrilmesi def'ine sahip sayılmalıdır.

BKT m. 586 f. 2 (OR Art. 496 Abs. 2) hükmünde belirtilen alacak rehni, kefil olunan asıl borcu güvence altına almak için kurulmuş alacak rehnidir. Asıl borcu güvence altına alan rehne konu alacağın, ayrıca taşınmaz rehniyle güvence altına alınması bu bakımdan önemli değildir. Burada taşınmaz rehni, asıl borç için değil, güvence teşkil eden alacak için kurulmuş olduğundan, müteselsil kefile başvurulabilmesi için, taşınmaz rehniyle güvenceye bağlanmış rehne konu alacağın öncelikle paraya çevrilmesi gerekir⁴⁴.

Müteselsil kefil, kendisine başvurulduğu sırada mevcut olan teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni türünden rehinlerin hepsi için, hiçbir ayırım yapılmaksızın, önce rehni paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilir⁴⁵. BKT m. 592 f. 1 (OR Art. 503) hükmünün güvence teşkil eden değerlerin alacaklı tarafından özenle korunması ve ödeme yapan kefile verilmesi bakımından yaptığı ayırım burada söz konusu olmayacaktır. Bu ayırma göre, alacaklı, kefaletin kurulduğu sırada mevcut olan ve sonradan esas borçlu tarafından kefil olunan alacak için sağlanan güvenceleri özenle korumak ve ödeme yapan kefile vermek zorundadır. Bu ayırımın konumuz bakımından bir önemi yoktur. Alacaklı, müteselsil kefile başvurmadan önce, o sırada mevcut olan ve kefil olunan alacağı güvence altına alan, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni türünden bütün rehinleri öncelikle paraya çevirmek

⁴² PESTALOZZI, Art. 496, N. 11; GIOVANOLI, Art. 496, N. 24; STAFFELBACH, Art. 496, N. 5.

⁴³ BECK, Art. 496, N. 27.

⁴⁴ BECK, Art. 496, N. 26.

⁴⁵ BECK, Art. 496, N. 28; PESTALOZZI, Art. 496, N. 11.

zorundadır⁴⁶.

c. Teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurmanın mümkün olduğu olasılıklar

BKT m. 586 f. 2 (OR Art. 496 Abs. 2) hükmünde belirtilen olasılıklarda, alacaklı, teslime bağlı taşınır rehninin ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurabilecektir.

Bu olasılıklardan ilki teslime bağlı taşınır rehninin ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesiyle, bu tür rehinlerle güvence altına alınan alacağın bütünüyle karşılanmayacağına, müteselsil kefile başvurudan önce hâkim tarafından tespit edilmesidir. Yargıç takdirine göre objektif bir değerlendirme yaparak bu tespiti gerçekleştirecektir. Teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehninin icra aracılığıyla paraya çevrilmesinden elde edilecek tutarın, *büyük bir olasılıkla* güvence altına alınan alacağı karşılamayacağına tespit edilmesi yeterlidir⁴⁷. Yapılan tespitte alacağın ne kadarının söz konusu rehinlerle karşılanabileceğinin, ne kadarının da açıkta kalabileceğinin belirtilmesi gerekir. Böyle bir tespiti elde eden alacaklı, müteselsil kefile başvurabilir⁴⁸. Müteselsil kefile yapılacak başvuru, alacağın teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehniyle karşılanmayacağı tespit edilen bölümüyle sınırlı olarak yapılabilir. Alacağın karşılanan bölümü için, öncelikle mevcut rehinlerin paraya çevrilmesi gerekir. Alacağın karşılanmayan bölümü için müteselsil kefile yapılacak başvurunun gerekleri, teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehniyle güvence altına alınmamış alacaklar için söz konusu olan gereklerle aynıdır. O halde söz konusu rehinlerle karşılanmayan kısmı ifade geciken esas borçluya yönelik ihtarın sonuçsuz kalması (veya geciken borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması) gerekir.

Teslime bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehniyle karşılanmayan alacak tutarını tespit edecek hâkimin ayrıca belirlenmesi ve bu konuda özel bir hükümle sulh hâkiminin görevli kılınması gerekir kanaatindeyiz⁴⁹.

Alacaklının teslime bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurabileceği diğer bir olasılık, esas borçlunun iflas etmiş olmasıdır. Esas borçlunun iflas etmiş olması, rehinlerin paraya çevrilmesinden önce adi kefile başvurulabilmesini mümkün kıldığına

⁴⁶ BECK, Art. 496, N. 28.

⁴⁷ Teslime bağlı taşınır rehninin ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesiyle alacağın büyük ölçüde karşılanmayacağına tespit edilmesi gerekli olmayıp, ne kadar olursa olsun, bir kısmının karşılanmayacağına tespit edilmesi yeterlidir. BECK, Art. 496, N. 30.

⁴⁸ PESTALOZZI, Art. 496, N. 12.

⁴⁹ İsviçre'de bu belirleme kantonlara bırakılmıştır. BECK, Art. 496, N. 31.

göre, böyle bir olasılıkta müteselsil kefile başvurulması öncelikle mümkün olmalıdır. Adi kefilin sorumluluğunun ikincilliği, müteselsil kefile göre çok daha belirgindir. Adi kefilin doğrudan takip edilebildiği yerde, müteselsil kefil de takip edilebilmelidir. Ancak, esas borçlunun iflasının, borcun vadesinden önce muaccel olmasına yol açması kefilin etkilememelidir. Müteselsil kefil, esas borçlunun iflasına rağmen borç için kararlaştırılmış vadenin gelmesine kadar ifada bulunmayı reddedebilir⁵⁰. Alacaklının rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefile başvuramayacağının kararlaştırılmış olması, bu anlaşmanın kapsamı hakkında bir açıklık olmadığı takdirde yasal kuralın teyit edilmesi anlamına gelir. Bu nedenle esas borçlunun iflası durumunda, söz konusu anlaşmaya rağmen, teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehininin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvurabilme olanağı saklı kalır⁵¹.

Konkordato mehli verilmesi de, konumuz açısından iflasa denk bir etki yapar. Çünkü konkordato mehli verilmesi, esas borçluya ait olan rehin konusu değerlerin alacaklı tarafından paraya çevrilmesine engeldir. Bu nedenle sadece konkordatonun değil, konkordato mehli verilmesinin de, teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehini paraya çevrilmeden önce müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılması kabul edilmiştir⁵².

Esas borçlu hakkındaki iflasın ertelenmesi durumunda da, alacaklının teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehinini paraya çevirmeden önce müteselsil kefile başvurabileceği kabul edilmelidir⁵³.

Esas borçlunun yerleşim yerini yabancı bir ülkeye taşınması ve ülke içinde takibinin olanaksız veya çok güç olması konumuz açısından bir fark yaratmayacaktır. BKT m. 586, bu durumu, teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehini paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulmasını mümkün kılan bir olasılık olarak zikretmemiştir. Öyleyse, böyle bir durumda ana kural uygulanacak ve müteselsil kefil öncelikle söz konusu rehinlerin paraya çevrilmesi def'inde bulunabilecektir⁵⁴.

Kaynak İsviçre Kanununda, OR Art. 496 Abs. 2 hükmünde alacaklının teslimine bağlı taşınır rehni ve/veya alacak rehinini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurabileceğinin kararlaştırılabileceği söylenmişse de, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 bu konuda sessiz kalmıştır. Tasarının kaynak ka-

50 BECK, Art. 496, N. 32.

51 PESTALOZZI, Art. 496, N. 14.

52 BECK, Art. 496, N. 33.

53 PESTALOZZI, Art. 496, N. 14.

54 BECK, Art. 496, N. 34.

nundan bu noktada farklılaşmasının bir tercihe dayandığı ve amaca uygun olduğu kanaatindeyiz. Tasarının açıkça yer vermediği bu istisnaî durumun, yorum yoluyla kabul edilebileceğini de düşünmüyoruz. Çünkü, Tasarıda kabul edilen sistemde kural, müteselsil kefile başvurulmadan önce teslim bağli taşınır rehni ve/veya alacak rehninin paraya çevrilmesidir. Bu noktada müteselsil kefilin sorumluluğunun ikincilliği ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilkenin aksi, yasada açıkça gösterilmedikçe, yorum yoluyla çıkarılamaz. Tasarının kabul ettiği sistemde, teslim bağli taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabilmesini mümkün kılan bir anlaşma yapılamayacaktır. Kefaletle ilişkin yeni sistemin özelliği (iş hukukunda ve kira hukukunda rastlandığı gibi) nisbî emredici hükümlerde oluşmasıdır. Bu hükümlerin aksine anlaşma kefilin lehine olduğu takdirde geçerli olacak, aleyhine ise geçersiz sayılacaktır. Teslime bağli taşınır rehni ve/veya alacak rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvurulabileceğinin kararlaştırılması, kefilin aleyhine bir durum yaratacağından, bu konudaki anlaşma geçersiz olacaktır.

V. Müteselsil kefilin BKT m. 586 (OR Art. 496) hükmünden kaynaklanan savunmalarının niteliği

Müteselsil kefilin BKT m. 586 (OR Art. 496) hükmünden kaynaklanan savunmaları def'i niteliğini taşır. Bu durumda, müteselsil kefilin, ödemede geciken esas borçlu ihtar edilmeden kendisine başvurulamayacağını veya teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehninin öncelikle paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürmesi gerekir. Bu hususları hâkim görevinden ötürü göz önünde tutamaz. Müteselsil kefilin, gerçekte sahip olmadığı halde peşin deva def'ini ileri sürmesi durumunda, BKT m. 586 (OR Art. 496) hükmünde yer alan savunmaları yaptığı kabul edilir. Çünkü peşin dava def'ine yönelik irade, söz konusu savunmaları içerir⁵⁵.

⁵⁵ PESTALOZZI, Art. 496, N. 15.