

MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

*Arş.Gör.Dr. Fulya Erlüle**

A-GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun 487. maddesinde “müteselsil kefalet” teriminin kullanılmış olması, bazı kefalet türlerinde müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu izlenimini uyandırdığı gibi, madde metninde de “müteselsil kefil” ve “müteselsil borçlu” deyimlerine yer verilmiş olması, müteselsil kefalette müteselsil borçluluğun geçerli olacağı kanısını güçlendirmektedir. BK. m. 487’de yer almış olan bu “hatalı¹” ve “yanıltıcı” terimler kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 496. maddesinde de kısmen bulunmaktadır. Sözü geçen maddenin kenar başlığı Almanca metninde “solidarbürgschaft”(müteselsil kefalet) terimi yer aldığı gibi, 1941 yılında değişikliğe² uğrayan İsviçre Borçlar Kanununun metninde de “solidarisch” (müteselsilen) terimi yer almaktadır³. 1941 yılında yapılmış olan bu değişiklik sırasında 496. maddede örnek olarak verilmiş ve dilimize “müşterek ve müteselsil borçlu” şeklinde çevrilmiş bulunan terimler (gleich dem Hauptschuldner, als zahler, selbstzahler, selbstschuldner) müteselsil borçlulukta karışıklıklara neden olduğu için madde metninden çıkarılmış ve madde metni, “kefil, müteselsil veya aynı anlama gelen diğer terimlerin ilavesiyle tekeffülde

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Türk Borçlar Kanununun 487. maddesinde uygulamada karışıklıklara yol açan bir çeviri yanlışlığı yapılmıştır. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 496. maddesinde “müteselsil borçlu” kavramına yer verilmediği halde, türkçe metinde “müteselsil borçlu” sözlerine de yer verilmiştir.

² Borçlar Kanunumuzun kaynağı, İsviçre Borçlar Kanununun 1911 tarihli şeklidir. 1911 tarihli kanunda kefalete ilişkin hükümlerin kefilin korunması açısından yeterli görülmesi üzerine İsviçre Borçlar Kanunun kefalete ilişkin hükümlerinin tümüne yakını 1.7.1942 tarihinde yürürlüğe giren 10 Aralık 1941 tarihli Federal Kanunla değiştirilmiştir. İsviçre’de gerçekleştirilen bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKTÜRK, Hüseyin Avni**, Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, AÜHFD 1950, C. VII, S. 3,4, s. 325 vd.

³ **AKINTÜRK, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 80; **BECK, Emil**, Das neue Bürgschaftsrecht (Kommentar), Zürich 1942, Art. 496, N. 2.

bulunursa,..." şeklini almıştır⁴. Her iki maddede açıkça "müteselsillikten" söz edilmesine rağmen, müteselsil kefile asıl borçlu arasında BK. m.141 anlamında bir teselsül ilişkisinin bulunmadığı öğretilerde çoğunlukla kabul edilmektedir⁵. BK. m. 487 anlamında "müteselsillikten" kast olunan, alacaklının asıl borçluya müracaat etmeksizin, doğrudan doğruya kefil aleyhine takibe geçilmesidir. Çünkü, müteselsil kefil, adi kefilin BK. m.486'ya göre sahip olduğu önce asıl borçlunun koğuşturulması def'i (tartışma def'i) ve önce rehinlerin paraya çevrilmesi def'inden vazgeçmiş dolayısıyla taliliği (ikinci dereceliği) ortadan kalkmıştır⁶. Kefalette talilik, zorunlu bir unsur olmadığından, bu unsurun ortadan kalkması müteselsil kefilin kefalet hükümlerine tabi olmasında bir değişiklik yaratmayacaktır. Böylece, asıl borçlu karşısında kefilin borcu gene fer'i bir borç niteliğinde bulunacaktır. Müteselsil kefil, tartışma ve rehinleri paraya çevirme def'ilerinden vazgeçmiş olmasına rağmen, kefaletin fer'i niteliği saklı kaldığı için asıl borçlunun şahsi def'ilerinden yararlanmaya devam edecektir.

Fer'i bir borç niteliğinde bulunan müteselsil kefalette, hiçbir şekilde, asıl borç niteliğindeki müteselsil borçluluk ilişkisi söz konusu değildir, yani asıl borçlu ile müteselsil kefil arasında BK. m.141 vd. anlamında müteselsil borç ilişkisi bulunmaz. Ancak uygulamada, alacaklıya daha güçlü bir güvence sağlar düşüncesiyle, kanundaki "müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu" deyimlerine aynen yer verilmekte ve hemen bütün matbu kefalet senetlerinde bu terimler yer almaktadır. Oysa, borçluların hem müteselsil borçlu hem müteselsil kefil olmaları, bir şeyin hem aslı hem de fer'i sayılması kadar olanaksızdır⁷. Kural olarak, bir kimse aynı borç için hem müteselsil kefil hem de müteselsil

4 AKINTÜRK, s. 80; BECK, Art. 496, N. 2.

5 REİSOĞLU, SEZA, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 70; AKINTÜRK, Turgut, s. 80 – 81; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, Adalet Dergisi 1956, Y.47, S. 7, s. 745; von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bnd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, § 90, s. 299; BECKER, Hermann, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bnd. VI, II. Abt., Bern 1934, Art. 496, N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bnd. V, 3. Teil, 2. Aufl., Zürich 1945, Art. 496, N. 8; PESTALOZZI, Christoph M., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1996, (HONSELL/VOGT/WIEGAND), Art. 496, N. 3; GIOVANOLI, Silvio, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bnd. VI, II. Abt., 7. Teilband, Bern 1978, Art. 496, N. 11; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 527.

6 ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000, s. 460; ARPACI (HATEMİ/SEROZAN), s. 526; ZEVKİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 6. Bası, Ankara 1998, s. 409; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 781; AKINTÜRK, s. 81.

7 TEKİNAY, Ad. Der. 1956, s. 746.

borçlu olamayacağına göre, matbu senetlerde yer alan “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu“ deyimini kanuna uygun, ancak yanıltıcıdır.

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk birbirinden bağımsız iki kurum oldukları halde, BK. m. 487’deki yanıltıcı deyimler nedeniyle birbiriyle karıştırılmaktadır. Hatta kanun koyucu dahi, müteselsil kefaletin kefalet hükümlerine değil, fakat müteselsil borçluluk hakkındaki hükümlere tabi tutulabileceği düşüncesiyle, BK. m. 487 fıkra sonda “bu babın hükümleri bu nev’i kefaletle de tatbik olunur.” demek gereğini duymuştur⁸.

Müteselsil kefaletle, müteselsil borçluluk arasındaki tek benzerlik, her iki halde de alacaklıların borçlulardan istediğine başvurabilmesidir. Müteselsil borçluluk ilişkisinde, alacaklı nasıl ki edimin tamamının ifasını müteselsil borçlulardan dilediğinden talep edebiliyorsa (BK. m.142/1) müteselsil kefalette de alacaklı dilerse asıl borçluya, dilerse doğrudan doğruya kefile başvurma yetkisine sahiptir⁹, yani alacaklı asıl borçluya başvurmadan ve rehimleri paraya çevirtmeden de kefile başvurabilir (BK. m. 487/1). Ancak bu benzerlik müteselsil kefaleti BK. m.141’e tabi kılmadığı gibi, müteselsil borçlular da müteselsil kefile tanınan haklardan yararlanamazlar. Öte yandan, her iki kurumda, şahsi bir teminat¹⁰ şekli olmakla beraber, alacaklı bakımından müteselsil borçluluk, müteselsil kefaletle oranla daha güçlü bir teminat fonksiyonu sağlar. Çünkü müteselsil borçlu, kefaletin alacaklı aleyhine kefile sağladığı bazı def’ilere başvuramaz. Kefil alacaklıya karşı asıl borçluya ait bütün def’ileri ileri sürebildiği halde (BK. m.497/1) müteselsil borçlulardan biri diğer bir borçluya ait şahsi def’ileri ileri süremeyip ancak kendi şahsi def’ilerini ve müşterek def’ileri ileri sürebilir (BK. m.143).

B- MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK AYIRIMININ ÖNEMİ

Müteselsil borçluluk ile kefalet arasındaki benzerlik, her iki kurumun fonksiyonundan ileri gelmektedir. Zira, her iki kurumda alacaklının durumunu güçlendiren ona alacağını kolaylıkla tahsil etme olanağı sağlayan birer “şahsi teminat“ şeklidirler. Kefalet hükümlerinden büyük bir kısmı kefil korumaya yönelik olduğu halde, müteselsil borçluluğa ilişkin hükümler borçlulardan çok alacaklıları korumaya yöneliktir. Kefil, çok defa karşılığında herhangi bir menfaat elde etmeksizin, başkasına ait bir borcu tekeffül etmektedir. Asıl borç herhangi bir sebeple sona erdiği takdirde

⁸ AKINTÜRK, s. 82. İsviçre kefalet hukuku değişikliğinde, bu fıkra gereksiz olduğu gerekçesiyle kanundan tamamen çıkartılmıştır. Karşl. OR Art. 496/I ve II. Ayrıca bkz., BECK, Art. 496, N. 2 ve N. 3.

⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 496, N. 8; AKINTÜRK, s. 82.

¹⁰ TEKİNAY, Ad. Der. 1956, s. 746; AKINTÜRK, s. 83; REİSOĞLU, s. 73.

fer'i bir borç olan kefalet borcunun da, ortadan kalkacağı ve kefilin borçtan kurtulacağı BK. m.492'de öngörülmüştür. Oysa müteselsil borçlulukta, kefaletten farklı olarak bir borçlunun borçtan kurtulduğu her durumda diğer borçluların da mutlaka borçtan kurtulmaları söz konusu olmaz¹¹. Bu durumda, alacaklının karşısında aynı borçtan sorumlu olan iki kişiden birinin müteselsil kefil mi yoksa müteselsil borçlu mu olduğunun belirlenmesi, pratik bakımdan büyük önem kazanmaktadır.

C- MÜTESELSİL KEFALET VE MÜTESELSİL BORÇLULUK AYIRIMINA İLİŞKİN KISTASLAR

Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet kavramlarını birbirinden ayırmada başvurulabilecek ilk kıstas, kefaletin fer'i niteliğine karşılık, müteselsil borçluluğun asli oluşudur. Bu kıstas uyarınca, borçlulardan birinin borcunun varlığı ve geçerliliği bakımından diğerinin borcuna bağlı olup olmamasına göre müteselsil kefalet veya müteselsil borçluluk karşısında bulunduğu belirlenebilir. Buna göre, borcun doğumu ve varlığı asıl borca bağlı ise müteselsil kefaletten, buna karşılık borcun asıl borçtan tamamen bağımsız olarak doğduğu ve asıl borcun sona ermesine rağmen devam etmesi durumunda müteselsil borçluluktan söz edilecektir¹². Ancak öğretilde haklı olarak belirtildiği üzere, teorik bir kıstas olan, aslilik-fer'ilik kıstasının somut bir olayda uygulanması çok defa mümkün olmayacağından başka kıstaslara da başvurmak gerekecektir¹³. Özellikle uygulamada, genelde kredi sözleşmeleri birden fazla müteselsil borçlu tarafından imzalanmaktadır. Kredi sözleşmesinin, kefaletten söz edilmeksizin müteselsil borçlu olarak imzalanması halinde, bu durumun kural olarak BK. m. 141 vd. maddelerinde öngörülen asli borçluluğu ifade edeceği söylenebilir. Ancak, bir sözleşmeyi asıl borçlunun yanı sıra bir kimsenin müteselsil borçlu olarak imzalaması her zaman asli bir yükümlülüğün üstlenildiği anlamına gelmez. Zira, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, bir kimsenin borçlu olmadığı halde teminat amacıyla kefil değil de müteselsil borçlu olabildiği de kabul edilmektedir¹⁴. Bu nedenle,

¹¹ Bu durum, BK. m. 145/2'de şu şekilde ifade edilmiştir: "Eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette bu beraatten istifade edebilirler."

¹² TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bastı, Ankara 1987, s. 706; aynı yönde, von TUHR/ESCHER, § 90, s. 299; REİSOĞLU, s. 73; TEKİNAY, Ad. Der 1956, s. 745.

¹³ REİSOĞLU, s. 73.

¹⁴ Öğretilde, her iki kurum arasındaki benzerliğin, fonksiyonlarından ileri geldikleri belirtilmekte ve bunların alacaklının durumunu güçlendiren "şahsi teminat" şekilleri oldukları ileri sürülmektedir. Bkz. TEKİNAY, Ad. Der. 1956, s. 746; AKINTÜRK, s. 83; REİSOĞLU, s. 73.

BK. m. 18'den hareketle, kullanılan terimlerden tam bir kesinlikle "müteselsil borçluluğun" mu yoksa "müteselsil kefaletin" mi kast edildiği anlaşılıyorsa, öğretide tarafların amaçlarının araştırılması gerektiği, amaç alacaklıya daha iyi bir teminat sağlamak suretiyle, asıl borçlunun kredisini güçlendirmekse, kefaletin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁵.

Öğretide müteselsil borçluluk ile müteselsil kefaleti birbirinden ayırmada belirleyici olabilecek bir başka kıstas olarak, menfaat kıstası üzerinde de durulmaktadır. Bu kıstasa göre, eğer bir yükümlülük altına girenin yapılan sözleşmenin ifasında şahsen menfaati varsa müteselsil borçluluk, onun borç altına girmesi sadece alacaklıya daha iyi bir teminat sağlamak suretiyle borçlunun kredisini güçlendirmeye yönelikse, kefalet söz konusu olur¹⁶. Ancak kefilin de bir menfaat karşılığı yükümlülük altına girebileceği, bankaların aldığı komisyonlar karşılığında kefil oldukları, ivazın kefalet niteliğini ortadan kaldırmayacağı düşünülürse bu kıstasın çok güvenilir olmadığı söylenebilir¹⁷.

Bu konuda söz konusu olabilecek bir başka kıstas tarafların kullandıkları deyimlerin değerlendirilmesidir. Uygulamada, Bk. m. 487/1'de de yer almış olması nedeniyle, çeşitli sözleşmelerde müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu terimleri birlikte kullanılmaktadır. Birbirinden tamamen farklı iki kurum olan müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk deyimlerinin birlikte kullanılması halinde, kefalete ilişkin hükümlerin koruyucu amacının boşa çıkarılmaması için bu deyimlerin kefaleti ifade ettiği kabul edilmektedir¹⁸. Yargıtay da çeşitli kararlarında¹⁹ kefalet senedinde kullanılan deyimler üzerinde durarak kefilin so-

15 TANDOĞAN, s. 709; REİSOĞLU, s. 74; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 50; PESTALOZZI, Art. 496, N. 4; GIOVANOLI, Art. 496, N. 13, N. 14.

16 TANDOĞAN, s. 707; AKINTÜRK, s. 89; REİSOĞLU, s. 74.

17 İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 81 II 520) taahhüt altına girenin borcun ifasında kişisel bir menfaatinin bulunmasını, olayın kefalet değil müteselsil borçluluk olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacağını, zira taahhüt altına girmiş kimsenin iktisadi menfaatinin bulunmasının müteselsil borçluluk kadar kefalette de söz konusu olabileceği belirtilmiş ve teminat borcu altına girenin, borcun yerine getirilmesinde kişisel ve doğrudan doğruya çıkarının bulunması diğer hal ve şartlar da elverişliyse bağımsız borç yüklenmesi yararına bir emaredir ve kefaletin üstün tutulması kuralından ayrılmayı doğrulayabilir denmiştir. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi diğer bir kararında (BGE 101 II 323) bir anonim ortaklığa, aynı zamanda en büyük ortağı olan yönetim kurulu başkanınca ".....şahsi sorumluluğu altında" deyimini kullanılarak verilen ödünçte, ortaklığın iflası halinde hukuki ve cezai sorumluluğu ortaya çıkacak olan başkanın, kefaletinin değil müteselsil borçluluğunun söz konusu olduğunu kabul etmiştir. Bkz. REİSOĞLU, s. 75.

18 GIOVANOLI, Art. 496, N. 13; PESTALOZZI, Art. 496, N. 4; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 496, N. 13; BECKER, Art. 496, N. 4; REİSOĞLU, s. 77

19 Yargıtay kararlarından birinde, davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak umumi taahhütnameyi imzalaması nedeniyle kefil olduğunu kabul etmiş ve her ne kadar

rumluluğunu tespit etmiştir. Kefalet senetlerindeki “müşterek borçlu ve müteselsil kefil” tabirini Yargıtay BK. m. 487/1’e uygun olarak, “müşterek borçlu” ya da “müteselsil borçlu” deyimlerinin de kullanılmış olmasına rağmen yalnızca adi ya da müteselsil kefaletin göstergesi olarak kabul etmiş, yoksa “kefil” deyiminin yanında “müşterek borçlu” ya da “müteselsil borçlu” deyimlerinin de kullanılmış olmasından dolayı hiçbir zaman BK. m. 141 vd. anlamında bir müteselsil borcun bulunduğu sonucuna varmamıştır.

Yargıtay, müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet kurumlarının ayırımında başka bir kıstas daha benimsemiştir. Yargıtay’ın eski kararlarında²⁰ benimsediği bu kıstas, müteselsil borçlulukta borçlunun edimini bizzat yerine getirme borcuna karşılık, kefilin borcunun tazminat borcu olmasıdır. Yargıtay’ın benimsediği bu kıstas, her iki kurumu birbirinden ayırmakta pratik bir kıstas olmakla birlikte, öğretilerde müteselsil borçlulukta alacakların çokluğu ve değişik içerikli olabilmesi ilkesi ileri sürülerek eleştirilmiştir²¹. Öğretilerde haklı olarak belirtildiği üzere,

sözleşmenin 28. maddesinde “müşterek borçlu” terimi geçmekte ise de gerek bu maddenin başlığındaki müteselsil kefil ibaresinden, gerekse buna uygun şekilde asıl kredinin 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun 44. maddesinin 3.fikrası uyarınca davalıya kullanılması açısından davalıyı müşterek borçlu kabul etmeye olanak bulunmamaktadır sonucuna varmıştır. Bkz. 11. HD. 8.5.1986 T. 2111 E. 2772 K. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat, C. II, İstanbul 2002, s. 1232.; Yargıtay’ın bir başka kararına göre, “...Kefalet ile müteselsil borçluluk birbirinden farklı müesseseler olup geçerlilik koşulları, tabii oldukları hükümler birbirinden farklıdır. Türk Borçlar Kanununun 487. maddesinde uygulamada karışıklıklara yol açan bir çeviri yanlışlığı yapılmıştır. Mevzuatın 496. maddesinde “...müteselsil borçlu” kavramına yer verilmemişken türkçe metinde “müteselsil borçlu” sözlerine de yer verilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 487. maddesini yorumlarken 20.9.1950 gün ve 4/10 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında benimsendiği üzere mevzuatın 496. maddesine uygun olarak “müteselsil kefil ve müşterek borçlu” sözlerini müşterek müteselsil kefil olarak anlamak gerekir. 487. maddenin 2. fıkrası kefaletle ilişkin hükümlerin müteselsil kefaletle de uygulanacağını hükme bağlamakla, müteselsil borçluluğun öngörülmediğini benimsemek suretiyle yanlışlığı ayrıca meydana koymaktadır. O halde kural BK.’nin 487. maddesi açısından (müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu) sözleriyle müteselsil borçluluk halinin öngörülmediği keyfîdir...” HGK. 30.9.1987T. 986/11-617 E. 684 K. KARAHASAN, C. II, s. 1233-1234.

²⁰ Yargıtay söz konusu kararında, “...Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet ayrı birer hukuki müessesedir. Kefil kefalet ettiği şahsın vebesini ifa etmemesi halinde borcun bizzat icabını yerine getirmeyi değil, ancak tazminat olarak muayyen bir miktar parayı ödemeyi taahhüt eder. Bu itibarla tazminat mükellefiyetini önlemek için müteselsil kefilin esas borcu doğuran akde mütaallik şahsen yapacağı bir edim yoktur. Zararı ödemekle mükelleftir. Halbuki müteselsil borçlulukta ise, borçlu akdin icabı bulunan borcu bizzat ifa etmeyi taahhüt eder.” demektedir. 3. HD. 22.1.1952 E. 592 K. 666, Ad. Der. 1953, Y. 44, S. 9, s. 1072- 1073. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. 1.7.1953 E. 3-258/88, K.87, Ad. Der. 1953, Y. 44, S. 11, s. 1341-1342.

²¹ REİSOĞLU, s. 77-78; AKINTÜRK, s. 90.

müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin borcunun aynı olması şart değildir her bir borcun içeriği birbirinden farklı olabilir²².

Görüldüğü üzere, BK. m. 487'nin "...müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu..." ifadesi karşısında, kesin bir kıstasın belirleyici olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu iki kurumdan hangisinin var olduğunda şüphe edilirse, kefaletle ilişkin hükümlerin koruyucu amacının boşa çıkarılmaması için yükümlülüğü kefalet olarak nitelendirmek yerinde olur. Zira, 487. maddede müteselsil kefaleti gösteren örneklerden biri olarak -hatalı da olsa- "müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu" deyimi kullanılmıştır. Şu kadar ki, kefalet lehine varılan bu çıkarım, kefaleti, müteselsil borçluluk kurumundan ayırmaya yönelik kıstaslar yeterli olmadığı, sözleşmenin kurulması anında etkili olan olaylar, sözleşme metninde kullanılmış olan ibareler, tarafların güttükleri hukuki ve ekonomik amaç kesin bir sonuca yönelmediği takdirde gerçeğe örtüşür sonuçların doğmasına yol açacaktır.

D- FARKLILIKLAR

Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet arasında belirtmiş olduğumuz yakınlık ve benzerliklere rağmen, her iki kurumun birbirlerinden kesin çizgilerle ayrılmasına neden olan bir çok farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklar, başta kefilin borcunun fer'iliğine karşılık, müteselsil borçlunun borcunun asli borç olmasından kaynaklandığı gibi; kefalet hükümlerinin kefil koruma amacına yönelik olmasına karşın müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin alacaklıyı korumak amacıyla düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

I- KEFALETİN TALİ VE FER'İ BİR BORÇ OLMASINDAN KAYNAKLANAN FARKLILIKLAR

Borçlar Kanununun 492. maddesine göre, asıl borç herhangi bir şekilde sona ererse, kefil borcundan kurtulmaktadır. Bu hüküm kefaletin fer'iliğinin doğal bir sonucudur. Oysa müteselsil borçlulukta, borcun borçlulardan biri için sona erdiği her durumda diğer borçluların da mutlaka borçtan kurtulmaları söz konusu olmaz (BK md.145/2). Asıl borcun sona ermesi ile birlikte kefaletin de sona ereceği daha genel olarak BK. m. 113'de düzenlenmektedir. Bk. m. 113'de "*Asıl*

²² AKINTÜRK, s. 90; REİSOĞLU, s. 77-78. Öğretide bu kıstasa yönelik olarak yapılan eleştiri, dayanağını müteselsil borç ilişkisinin gerçekte borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisinden oluştuğu şeklindeki baskın görüşü de oluşturan, "borcun çokluğu teorisi"nden almaktadır. Bu teori hakkında daha fazla bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 289; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 812; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Bası, İstanbul 2001, s. 1189.

borç tediye ile veya sair bir suretle sakat olduğu takdirde, kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakat olur". denilmiştir. Bu nedenle asıl borcu sona erdiren, ifa²³, yenileme²⁴, ibra²⁵, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi²⁶, takas²⁷, sonraki kusursuz imkansızlık²⁸, borç doğuran sözleşmenin alacaklı tarafından feshi²⁹ ve asıl borcun mevcut olmadığını veya ortadan kalktığını tespit eden bir kesin hükmün bulunması³⁰ hallerinde kefalet de sona erer.

- 23 Asıl borcun borçlu tarafından yerine getirilmesi ile, fer'i bir borç olan kefalet kendiliğinden sona erer. Bu kefaletin normal sona eriş şeklidir. Bkz. REİSOĞLU, s. 224; TANDOĞAN, s. 791.
- 24 Yenileme (Tecdit) ile birlikte asıl borç sona erer. Buna bağlı olarak kefalet borcu da ortadan kalkar. Yenilemeye kefilin onayının bulunup bulunmadığı önemsizdir. Yenileme ilgili olarak BK. m.115/3 cari hesap sözleşmesi bakımından özellik taşır. "Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa, hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilafı şart edilmedikçe bu teminata halel gelmez." Bu fıkra yenilemenin niteliğine olduğu kadar kefaletin fer'iliğine de istisna oluşturmaktadır. Kefil, borç yenilendiği halde hala sorumlu tutulabilmektedir. BK. m.115/3'teki bu istisna ticari ilişkilerde güveni sağlamak için getirilmiştir. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 996; OĞUZMAN/ÖZ, s. 423-424.
- 25 Asıl borcun ibra ile ortadan kalkması halinde, asıl borcun fer'i olan kefalet de ortadan kalkar. İbra sebebe bağlı veya soyut bir işlem şeklinde yapılabilir. İbranın soyut olup olmamasına bağlı olarak, kefilin durumu da farklılık gösterir. İbra soyut olarak yapılmışsa, kefalet geçerli olarak ibra ile birlikte sona erer. İbra, sebebe bağlı olarak yapılmış ise, sebep geçerli değilse eski borç mevcut olacağından kefil kefaletin fer'i karakteri nedeniyle sorumlu olmaya devam eder. Bkz. REİSOĞLU, s. 229; ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 794-795.
- 26 Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde (örneğin, borçlunun alacağı iktisap etmesi, alacaklıya mirasçı olması veya alacaklının borçlunun mirasçısı olması gibi) kefalet yükümlülüğü sona erer. REİSOĞLU, s. 226; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 998; TANDOĞAN, s. 792.
- 27 Takas şartlarının varlığı sonucunda, asıl borçlu alacaklıya bir takas beyanında bulunursa, takas edilen miktar oranında (BK. m.122) kefalet borcunda sona erer. Eğer, borçlu takas ileri sürmeden feragat ederse teknik anlamda bir def'i değil yenilik doğurucu hak söz konusu olduğundan bu halde, kefil de takası ileri süremez. TANDOĞAN, s. 795.
- 28 Asıl borcun sonradan imkansız hale gelmesi durumunda kefil bir def'i hakkı elde eder. BK. m.117'ye göre borçluya isnat olunamayan haller dolayısıyla borcun ifası mümkün olmazsa borç sona erer. Bu imkansızlık objektif imkansızlıktır. Borçlunun aczi dolayısıyla ortaya çıkan sübjektif imkansızlığa ise kefil dayanamayacaktır. Zira kefil alacaklıyı esasen bu tür imkansızlıklara karşı garanti etmektedir. REİSOĞLU, s. 225; TANDOĞAN, s. 791.
- 29 Kefil tarafından taahhüt edilen sözleşme, asıl borçlunun kusuru sonucu dahi olsa alacaklı tarafından feshedilirse kefil borcundan kurtulur. Zira, fesih ile birlikte kefil olunan borç sona erer ve onun yerini menfi zarar olarak nitelendirilen tazminat yükümlülüğü alır. Ancak kefilin sorumluluğu borç doğuran sözleşmenin devam ettiği sürece söz konusu olduğu için kefil menfi zarardan sorumlu tutulamaz. REİSOĞLU, s. 224.
- 30 Kefil olunan borçtan dolayı alacaklıyla asıl borçlu arasındaki uyumsuzluk, asıl borçlunun lehine sonuçlanırsa, kefil bu hükme dayanarak borcundan kurtulur. Bu durum gerek kefaletin fer'i niteliğinden, gerekse BK. m.497'nin sağladığı imkandan doğmaktadır. Kesin hükmün asıl borçlunun aleyhine olması halinde ise kefil bu kararla bağlı değildir. Borç-

Kefil, kefaletin fer'iliğinin doğal ve zorunlu sonucu olarak, asıl borcun yukarıda sayılan sebeplerden birinden dolayı sona ermesi üzerine, borcundan kurtulmaktadır. Müteselsil borçlulukta ise BK. m.145/2'de ifade edildiği üzere borçlulardan biri ifa ve takas dışında bir sebepten borçtan kurtulunca, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin uygun olduğu nispette bu kurtuluştan faydalanırlar³¹. İfa ve takas dışında kalan borcun sona erme sebepleri, ibra, sulh, yenileme, birleşme ve zamanaşımıdır. Söz konusu sebeplerin³² yalnız borçlulardan biri için gerçekleştiği ya da tam tersine bütün borçlulara etkili olduğu anlaşılıyorsa çözüm ne olmalıdır? Kanunumuz bu hususta açık değildir. BK. m.145/2'ye göre borçlulardan biri ifa ve takas dışında bir sebeple borçtan kurtulunca diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin uygun olduğu oranda bu kurtuluştan faydalanırlar, ancak özellikle alacaklının iradesini yorumlamaya elverişli bulunan olayları ifade eden "hal" deyimini asıl amacın anlaşılmasında yeterli olmayabilir. Öğretide, bazı yazarlar tarafından BK. m. 145/2 metnindeki "ancak" kelimesinden de anlaşıldığı gibi, diğer borçluların borçtan mutlak şekilde kurtulmaları kural olarak reddedilmektedir³³. Söz konusu madde borçtan kurtulma sebeplerinin yalnız bir borçlu için gerçekleşmesi halinde prensip olarak diğer borçluların da bundan yararlanmalarını kabul etmekte, ancak bu yararlanmanın ne oranda olacağını halin özelliklerine ve borcun mahiyetine tabi kılmaktadır. "Hal ve borcun mahiyeti" aksini emretmiyorsa bu oran, borçtan kurtulan borçlunun borçtan payına düşen miktara göre belirlenmelidir³⁴.

Borçlar Kanununun 497. maddesine göre, müteselsil kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmek hakkını haiz ve bununla yükümlüdür³⁵. Oysa, müteselsil borçlu alacaklıya karşı onunla kendi aralarındaki kişisel ilişkiler veya müteselsil borcun sebep ve konusundan doğmuş

luya göre üçüncü şahıs durumunda olan kefilin borçlu aleyhine verilen karardan etkilenmemesi kesin hüküm prensibinin bir uygulamasından ibarettir. TANDOĞAN, s. 795; REİSOĞLU, s. 230.

- 31 OĞUZMAN/ÖZ, s. 824; AKINTÜRK, s. 170 vd.; von TUHR/ESCHER, § 90, s. 309.
- 32 Bu sebeplerden biri olan ibranın, müteselsil borçlular üzerindeki etkisi hakkında bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birisinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 311 vd.
- 33 CANYÜREK, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, MÜSB, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1995, s. 94-95; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 304.
- 34 Ayrıntılı bilgi için bkz., OĞUZMAN/ÖZ, s. 825 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 305 vd.; CANYÜREK, s. 95-96; EREN, s. 1201.
- 35 BECK, Art. 502, N. 6; REİSOĞLU, s. 168.

olanlar dışında bir şey ileri süremez. Başka bir deyişle, müteselsil borçlu diğer borçlulara ait kişisel def'ileri – kefilden farklı olarak- ileri sürememektedir³⁶. BK. m. 497 uyarınca kefilin ileri sürebileceği def'ileri incelemeden önce, maddede kullanılan def'i deyiminin neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Geniş anlamda def'i davalının savunmasında kullanıldığı hususları ifade etmektedir. Bu tanıma her türlü itirazlar dahildir. Dar anlamda def'i ise borçlu bulunulan edimi geçici veya daimi olarak yerine getirmekten kaçınma hakkıdır. Öğretide büyük çoğunluk maddede kullanılan def'i tabirinin hem dar anlamda def'ileri hem de itirazları kapsadığı görülmüştür³⁷. Asıl borçluya ait itirazların ve def'ilerin borç ilişkisine tamamen yabancı olan kefil tarafından ileri sürülebilmesi (BK m.497) kefaletin fer'i niteliğinin doğrudan doğruya ve zorunlu bir sonucudur. Zira, kefil asıl borçludan fazla bir yükümlülük yüklenmez. BK. m. 497'de "asıl borçluya ait bütün def'iler" denmekte ise de, kefalet sözleşmesinde güdülen amaç, alacaklıyı asıl borçlunun aczine karşı korumak olduğundan, kefil, asıl borçlunun aczi dolayısıyla elde ettiği def'i haklarından yararlanamamaktadır. Kefilin, asıl borçlunun aczi ile ilgili def'ilerden yararlanamayacağı hususunu BK. m. 497/2'nin düzenlediği düşünülebilirse de, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, bu maddede aslında BK. m. 485/3'de düzenlenmiş olan özel tekeffül hallerine atıfta bulunmaktadır³⁸. Kefil BK. m. 497'ye göre, asıl borç ilişkisine ait hakkın doğumunu engelleyen itirazlarla, hakkı ortadan kaldıran itirazları öne sürebilir. Hakkın doğumunu engelleyen itirazlara örnek olarak, kefil olunan borcun örneğin, medeni hakları kullanma ehliyetsizliği yüzünden geçerli olmaması verilebilir. Kefil böyle bir durumda kendisine başvuru halinde asıl borcun geçerli olmadığı def'ini ileri sürebilir. Hakkı ortadan kaldıran itirazlara örnek olarak ise, BK. m. 492'de ifade edilen asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kefaletin de sona ermesi verilebilir. Kefil asıl borç ilişkisine ait dar anlamda def'ileri de (daimi ve taliki def'iler)

³⁶ TEKİNAY, s. 747; REİSOĞLU, s. 71; ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK, s. 164 vd.; CANYÜREK, s. 77 vd.

³⁷ BECK, Art. 502, N. 9; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 502, N. 9; BECKER, Art. 506, N. 2; PESTALOZZI, Art. 502, N. 8; REİSOĞLU, s. 168 vd.; GRASSINGER, Gülçin, Elçin, Borçlar Kanunu'na göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s.17 vd.

³⁸ Nitekim, İsviçre Borçlar Kanununun 502. maddesi, (OR.Art.502) her türlü şüpheyi giderecek bir açıklık taşımaktadır. Kefil asıl borçlunun aczi ile ilgili olmayan asıl borçluya veya mirasçılara ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkını sahip ve bununla yükümlüdür. Fakat asıl borçluyu hata veya ehliyetsizlik sebebi ile ilzam etmeyen veya zamanlaşımına uğramış bir borç için kefalet hali saklıdır. Bkz., REİSOĞLU, s. 170.

kendisine başvuru halinde ileri sürebilir³⁹. Bunlara örnek olarak asıl borcun muaccel olmaması def'i, asıl borcun zamanlaşımına uğradığı def'i, synallagmatik sözleşmelerde ödemezlik def'i verilebilir.

Kefil, asıl borç ilişkisine ait def'ilerinin yanında, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan şahsi def'ilere de sahiptir. Bu tür def'iler sadece kefile aittirler ve asıl borç ilişkisini etkilemezler. Kefil, alacaklıya karşı kendisine ait şahsi def'ileri ileri sürmese bile yine de asıl borçluya rücu edebilecektir. Kefil, kefalet sözleşmesine dayanarak kefaletin geçerli olarak kurulmamış olduğunu, asıl borç geçerli olsa dahi ileri sürebilir. Örneğin, kefalette şekle uymama, en yüksek meblağın belirlenmemesi ve irade fesadı; kefilin, tıpkı diğer borçlular gibi borçlar hukukunun genel hükümlerine dayanarak ileri sürebileceği def'ilerdir⁴⁰. Asıl borcun geçerliliğinin devam etmesine rağmen kefalet borcu herhangi bir sebeple sona ererse, örneğin alacaklının kefilini ibra etmesi halinde olduğu gibi, kefil bu durumu def'i olarak ileri sürebilir. Kefil şahsi def'ilere dahil olarak, kefaletin henüz muaccel olmadığını ve kefaletin zamanlaşımına uğradığını da ileri sürebilecektir⁴¹.

Görüldüğü üzere, müteselsil kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilirken, müteselsil borçlu kefilinden farklı olarak, diğer borçlulara ait kişisel def'ileri ileri sürememektedir⁴². Örneğin borçlulardan yalnız birinin borcu bir şarta veya vadeye bağlı tutulmuş, alacaklı borçlulardan yalnız birine karşı teselsülünden feragat etmiş ve onu iç ilişkideki payı oranınca takip edeceğini beyan etmişse bu gibi işlemler yalnız ilgili borçluya özel bir savunma sağlar ve diğer borçlular bunlardan faydalanamazlar⁴³.

Borçlar Kanununun 143. maddesi uyarınca müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya karşı borcun sebep ve konusundan doğmuş olan müşterek def'ileri⁴⁴ ileri sürmek zorundadır. Zira hükümden anlaşıldığı gibi dava edilen borçlu müşterek bir savunma sebebi varken bunu ileri sürmezse diğer borçlulara karşı rücu hakkını kaybeder⁴⁵. Müşterek def'iler konusunda üye-

³⁹ REİSOĞLU, s. 172 vd.; GIOVANOLI, Art. 502, N. 4; PESTALOZZI, Art. 502, N. 6 vd.

⁴⁰ GRASSINGER, s. 65 vd.; ZEVKLİLER, s. 415; REİSOĞLU, s. 181; ARAL, s. 471.

⁴¹ BECK, Art. 502, N. 6; Kefilin kefalet sözleşmesinden doğan def'ileri hakkında daha fazla bilgi için bkz. GRASSINGER, s. 187 vd. ve REİSOĞLU, s. 180 vd.

⁴² TEKİNAY, s. 747; AKINTÜRK, s. 85, s. 169.

⁴³ CANYÜREK, s. 77-78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.310.

⁴⁴ Burada kullanılmış olan def'i terimini hem teknik anlamdaki def'ileri hem de itirazları kapsayacak şekilde geniş olarak anlamalıdır. Bkz. EREN, s. 1194; von TUHR/ESCHER, § 90, s. 305; AKINTÜRK, s. 164-165.

⁴⁵ EREN, s. 1194; OĞUZMAN/ÖZ, s. 822; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 301.

rinde durulması gereken diğer bir nokta da, borçluların hep birlikte dava edilmiş olmaları halinde müşterek def'ilerin bunlardan yalnız biri tarafından ileri sürülmesinin diğer borçlular için sonuç doğurup doğurmayacağıdır. Öğretide ileri sürülen görüşe göre, müşterek def'inin itiraz veya def'i olmasına göre bir ayırım yapmak gerekir⁴⁶. Eğer, ileri sürülen def'i itiraz mahiyetindeyse bundan diğer davalılarında faydalanacakları şüphesizdir. İleri sürülen müşterek savunma sebebi def'i mahiyetindeyse ve bunu ileri süren davalı borçlu bu sayede borcu ifa etmekten kurtulacaksa, bunu ileri sürmemiş olan diğer davalı borçlular BK. m.145/2'ye göre "halin ve borcun mahiyetinin" elverişli olduğu oranda, bu kurtuluştan faydalanırlar. Bu faydalanma kural olarak müşterek def'i ileri sürmüş olan borçlunun borç payına düşen miktarla sınırlı olmak gerekir.

Kefilin borcu fer'i bir borç olduğu içindir ki geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır (BK. m. 485). Oysa müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin borcu asli borç niteliğinde olup, borcun geçerlilik şartı borçlulardan her biri için ayrı ayrı belirlenir. Kefaletin hüküm ifade etmesi için geçerli bir asıl borca ihtiyaç vardır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde kefalet sözleşmesi de fer'iliği sonucu hüküm doğurmaz⁴⁷. Bu prensibin iki istisnası vardır: Şöyle ki, borçlunun ehliyetsiz olması durumunda, kefilin de borçtan kurtulması fer'ilik prensibinin gereği olduğu halde, BK. m. 485/3'e göre kefilin taahhüt anında bu ehliyetsizliği bilmesi kefaleti geçerli kılar. Yine aynı madde gereğince, borçlunun hatası yüzünden onu bağlamayan sözleşme, taahhüt anında bunu bilen kefilin bağlar. BK. m. 485/3'e göre asıl borçlunun itiraz etmesi veya icazetin verilmemesi suretiyle asıl geçerli bir borcun mevcut bulunmaması halinde dahi, eğer kefil, taahhüt esnasında asıl borçlunun hata veya ehliyetsizliğini biliyorsa, yükümlü olmaya devam edecektir. Kefaletin, geçerli bir asıl borç olmasa dahi geçerli olacağını belirten bu fıkranın, kurumun karakteristik niteliği olan fer'iliğiyle uyuşmasına olanak yoktur. Öğretide BK. m. 485/3'de bir kefaletin değil fakat bir garanti sözleşmesinin düzenlendiği ileri sürülmektedir⁴⁸. Kanun koyucuyu bir garanti yükümlülüğünü kefalet bölümünde düzenlemeye iten sebep, her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmada çekilen güçlülükür. Aslında, garanti veren durumunda olan bir kimse, genelde kefalet hükümlerine tabi olacağını düşünmektedir. Bu kaniyle hareket edenin korunması ve kefile tanınan haklardan yararlanması uygun görülmüştür.

⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 307 vd.

⁴⁷ REİSOĞLU, s. 15 vd.; TEKİNAY, s. 747; AKINTÜRK, s. 87.

⁴⁸ BECKER, Art. 494, N. 3; BECK, Art. 507, N. 17; TANDOĞAN, s. 722; YAVUZ, s. 770.

Müteselsil borçta borçlulardan her birinin kusur veya temerrütlerinden doğacak sonuçlar kural olarak şahsidir, diğer borçluları etkilemez (BK. m. 144). Kefaletle ise prensip, kefilin, borcun aslı ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün sonuçlarından da sorumlu olmasıdır (BK. m. 490)⁴⁹. Asıl borçlunun kusurunun yasal sonuçlarından BK. m. 96'da ifade edilen müspet zarar anlaşılır. Ancak sözleşmenin feshi halinde, karşı tarafın kefiliden menfi zararın tazminini talep etmesi mümkün değildir. Çünkü, kefalet asıl borç sona erince ona bağlı olarak sona ereceğinden, sözleşmenin feshine rağmen kefile başvurulması, kefaletin fer'iliğine aykırı bir durum yaratır⁵⁰. Keza, kefil, asıl borçlunun sözleşme öncesi kusurunun sonuçlarından da sorumlu tutulamaz⁵¹. Kefil, borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından ise, borçlunun kusuru olmaksızın temerrüdün ortaya çıktığını ispat ederse (BK. m. 102/2) kurtulur ve sorumlu tutulmaz.

Kefalet borcu, kural olarak asıl borç ile birlikte muaccel olur. Oysa müteselsil borç borçlulardan her biri için ayrı ayrı zamanlarda muaccel olabilir. Çünkü müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin borcu diğerinden az çok bağımsızdır⁵². Kefilin borcu ise asıl borca bağlı olduğundan, kefalet borcu asıl borçtan önce muaccel hale gelmez⁵³. Ancak aksi sözleşme ile

⁴⁹ BECK, Art. 499, N. 17; TANDOĞAN, s. 775; YAVUZ, s. 786.

⁵⁰ BECK, Art. 499, N. 21; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 499, N. 25; REİSOĞLU, s. 161; TANDOĞAN, s. 775. Ancak kefil açıkça menfi zarardan da sorumlu olmayı üzerine alırsa, bu halde menfi zarar asıl borç haline geleceği için kefil menfi zarardan dolayı da sorumlu tutulur. Nitekim, İsviçre Borçlar Kanununun 499. maddesine göre, kefilin menfi zarardan ve cezai şarttan sorumluluğu ancak bunların ayrıca tekeffül edilmeleri halinde mümkündür. Esasen 1941 değişikliğinden önce de aynı görüş benimsenmekteydi. Bkz. BECKER, Art. 499, N. 2.

⁵¹ BECK, Art. 499, N. 17-18; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 499, N. 26; REİSOĞLU, s. 162.

⁵² Müteselsil borç ilişkisinde ne birbirinden tamamen bağımsız borçlardan ne de bir tek borcun varlığından söz edilebilir. Zira, müteselsil borçlarda hukuki sebebin ve ifa amacının borçlular arasında ortak oluşu birbirinden tamamen bağımsız borçların varlığını kabule engel oluşturur. Keza, müteselsil borç ilişkisinin geçerliliğine etki yapan faktörler ve borçluların sahip oldukları müşterek def'iler karşısında da birbirinden bağımsız borçlardan söz etmek güçtür. Bununla birlikte, alacaklımın birden çok borçluya karşı sahip olduğu talep haklarından her biri üzerinde bağımsız tasarrufu, örn., talep haklarından her birinin ayrı bir zamanaşımına tabi olabilmesi gibi bağımsızlık görüntüleri de ihmal edilemez. Bu nedenle müteselsil borçların birbirinden ancak nisbi surette bağımsız oldukları kabul edilmektedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 289; OĞUZMAN/ÖZ, s. 813.

⁵³ BECK, Art. 501, N. 4; YAVUZ, s. 788.

kararlaştırılabilir. Sözleşmedeki bu kayda rağmen kefil, asıl borcun muaccel olmadığını, def'i olarak her zaman ileri sürebilir⁵⁴.

Borçlar Kanununun 134. maddesinin 1. fıkrası müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğerlerine karşı da kesileceğini kabul ederken, BK. m. 134/2'ye göre de asıl borçluya karşı kesilen zamanaşımının kefile karşı da kesileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise kefile karşı kesilen zamanaşımı, asıl borçluya karşı kesilmiş sayılmaz. Görüldüğü üzere, zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmediği halde; müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmiş olan zamanaşımı diğer borçlulara karşı da kesilmiş olmaktadır. Kanun koyucunun bu hükmü koyarken, aslın fer'i olana değil, fer'i olanın asla bağlı kılınması gerektiğinden hareket ettiği düşünülebilirse de hukuk politikası açısından bu fark uygun görülmemektedir⁵⁵. Müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımının diğerlerine karşı da kesilmiş olacağı hükmü ise, öğretide, BK. m. 144'de müteselsil borçlulardan birinin kendi fiiliyle diğerlerinin durumunu ağırlaştıramayacağı kuralına getirilmiş bir istisna olması nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁶.

II- KEFİLİ KORUYUCU HÜKÜMLERİN GETİRDİĞİ FARKLILIKLAR

Kefaletin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami meblağın gösterilmesine bağlıdır. Müteselsil borç ilişkisinin doğumu ise şekle tabi değildir. Kefaletteki şekil şartı bir menfaat elde etmeden taahhüt altına giren kefilin düşünmeden hareket etmesini önlemek için kabul

⁵⁴ Asıl borçlu ile alacaklının borcun vadesinin öne alınmasına ilişkin olarak yaptıkları anlaşma, kefilin durumunu ağırlaştırması sebebiyle kefile karşı ileri sürülemeyecektir. Bkz. YAVUZ, s. 788.

⁵⁵ TEKİNAY, s. 748.

⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 820, s. 828; AKINTÜRK, s. 203; Öğretide EREN, Bk. m. 134/1 ile getirilen istisnanın müteselsil borcu açıklayan "çokluk görtüşü" ile bağdaşmayan ve "teklik görtüşü" lehine gösterilebilecek tek yasal düzenleme olduğunu belirtmektedir. Bkz. EREN, s. 1197; Öğretide, TEKİNAY ise, Bk. m. 134/1 düzenlemesini eleştirmekle birlikte, düzenlemenin getirdiği istisnanın kapsamının maddenin ifadesinden yola çıkılarak daraltılabileceği görtüşünü ileri sürmektedir. Yazar'a göre, hükmün uygulama alanı, sadece alacaklının yapacağı takiplerle kesilen zamanaşımına hasredilebilir; zira maddede borçlulardan biri "aleyhinde" kesilmiş zamanaşımından değil, fakat borçlulardan birine "karşı" kat'edilmiş zamanaşımından söz edilmektedir. Zamanaşımının borçlulardan birine karşı kesilmiş olması ise, ancak dışarıdan gelen bir etki ile, yani alacaklının dava açması veya icra takibi yapması ile gerçekleşen kesilmeyi ifade eder. Bu nedenle, hükümdeki "borçlulardan birine karşı" deyiminden, zamanaşımının yalnız alacaklı tarafından yapılacak bir takiple kesilmesi halini anlamak ve borçlulardan birinin ikrarı ile kesilen zamanaşımını bu ibarenin dışında saymak gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, Müteselsil Borçlarda Zamanaşımının Rolü, İBD 1964, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 168 vd.

edilmiştir⁵⁷. Kefaletle şekil, bir geçerlilik şartı olduğundan, bu şarta uyulmaması halinde sözleşme mutlak şekilde hükümsüz olur⁵⁸. Müteselsil borçlulukta ise teselsül ilişkisi kanundan veya hukuki işlemde doğabileceği gibi, herhangi bir şekil şartı da aranmamıştır. Teselsülü doğuran şey, aynı borcun birden çok borçlusunun müteselsil borçlu olma yolundaki iradelerini alacaklıya açıklamış ve teselsülü kabul etmiş olmalarıdır.

Borcun naklinde kefilin sorumluluğu ancak borcun nakline razı olduğu takdirde devam eder, aksi halde kefil borçtan kurtulur (BK. m. 176/2)⁵⁹. Müteselsil borçlulukta ise bu tür bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla müteselsil borçlulardan biri borcunu başkasına naklederken diğer borçlular buna rıza göstermemiş olsalar bile, borçtan kurtulamazlar⁶⁰. BK. m. 176/2'deki hüküm kefalet kurumunun yapısına uygundur. Borç ilişkisi dışındaki kefil, borçlunun ödeme gücünü veya şahsi itibarını gözönünde tutarak hareket etmiş sayılır. Kefaleti, borçlunun yerine geçen kimsenin de borcuna bağlamak, kefilin önceden düşünmediği bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmak olurdu ki esasen BK. m. 176/2'nin önlemek istediği de budur.

Borçlar Kanununun 496. maddesine göre, kefil ifade bulunduğu tutar oranında alacaklının haklarına halef olur⁶¹. Müteselsil borçlu ise, ancak kendi payından fazla ödeme yaptığı tutar oranında alacaklının haklarına halef olur. Bk. m. 147'ye göre alacaklıya ödemedeki bulunan borçlunun diğer borçlulara karşı sahip bulunduğu rücu hakkı "halefiyet"le kuvvetlendirilmiştir. Bu halefiyet rücu hakkının kapsamını oluşturan tutarla sınırlıdır. Yani borçlu alacaklının haklarına kendi payını aşan kısım oranında halef olur. Kanun koyucu bu hükümle rücu hakkına sahip olan müteselsil borçlunun durumunu sağlamlaştırmak istemiştir. Ödemede bulunan borçlu, halefiyet sayesinde alacaklının alacak hakkına ve özellikle bu hakkı elde etmek üzere tesis edilmiş olan rehin ve kefalet gibi fer'i haklara da sahip olacaktır⁶². Kefili koruyucu hükümlerden biri olan BK. m. 496/2'ye göre, kefil önceden rücu hakkından feragat edemez. Müteselsil borçlunun ise rücu hakkından feragatını

⁵⁷ YAVUZ, s. 773; REİSOĞLU, s. 43; GRASSINGER, s. 98 vd. İsviçre Borçlar Kanununda 1941 yılında yapılan değişiklik ile şekil şartları ağırlaştırılarak, kefil daha fazla korunmaya çalışılmıştır (OR Art.493/1).

⁵⁸ ZEVKLİLER, s. 406; TANDOĞAN, s. 740; YAVUZ, s. 774.

⁵⁹ İsviçre Borçlar Kanunu m. 495/IV'te ise, kefilin muvafakatının geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartı aranmaktadır.

⁶⁰ AKINTÜRK, s. 86; TEKİNAY, s. 750.

⁶¹ YAVUZ, s. 794; TANDOĞAN, s. 789.

⁶² EREN, s. 1200; AKINTÜRK, s. 222 - 223; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 321; OĞUZMAN/ÖZ, s. 837.

engelleyen bir hüküm yoktur. Kefilin önceden rücu hakkından feragat edemeyecek olması, kefalet anındaki feragatları olduğu kadar, daha sonra kefalet senedinde yapılacak değişikliklerle kabul edilmek istenen feragatları da içerir⁶³. Kefalet senedinde yer alan bu tür feragatlar sanki hiç yapılmamış gibidirler, dolayısıyla kefil için bağlayıcı olmazlar.

Kefalette, borç muaccel olunca, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten kurtarmaya zorlayabilir. Alacaklının ödemeyi kabul etmemesi halinde, kefil kefalet borcundan kurtulur (BK. m. 501). Alacaklının temerrütünden farklı olarak kanun koyucu burada alacaklının ödemeyi kabulden kaçınması halinde kefalet borcunun sona ereceğini kabul etmiştir. Bu ağır yaptırım, kefilin istediği takdirde, alacaklının yerine geçerek derhal asıl borçluyu takip etmesini sağlamak amacıyla öngörülmüştür⁶⁴. Bu halde kefil, BK. m. 91 uyarınca borcu tevdi etmekle yükümlü olmaksızın borçtan kurtulabilmektedir. Oysa müteselsil borçlulukta borçluların bu şekilde borçtan kurtulmaları söz konusu değildir.

Borçlar Kanununun 503. maddesinde belirtilen hallerde⁶⁵ kefil, asıl borçludan, teminat vermesini ve şayet borç muaccel hale gelmiş bulunuyorsa kendisini kefaletten kurtarmasını talep etmek hakkına sahiptir⁶⁶. Buna karşılık müteselsil borçlulardan birinin diğer borçlulara karşı böyle bir talep hakkı yoktur. Bu hüküm, sonradan kefil için bir rücu hakkı doğduğu takdirde alacaklıya ödemediği miktarın kolaylıkla geri alınması imkanını sağlar⁶⁷. Ancak kefile teminat verilmesi, artık asıl borçlunun borçtan kurtulacağı kendi malvarlığı ile ödemedede bulunmayacağı anlamına gelmez. Teminat talep edilmesi kefil için bir rücu hakkı doğduktan sonra borçlunun aczine karşı bir önlem niteliğindedir.

⁶³ BECK, Art. 492. N. 136; REİSOĞLU, s. 216-217; TANDOĞAN, s. 789. İsviçre'de 1941 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle, OR Art. 492/IV'de kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat etmesi geçersiz sayıldığından, 496. maddenin III. fıkrası İsviçre Borçlar Kanunundan çıkartılmıştır.

⁶⁴ REİSOĞLU, s. 248. Aynı zamanda bu hüküm, kefile, asıl borçlunun durumunun kötüleşmesi halinde, kefile rücu ve temerrütün sonuçları ile dava ve takip masraflarından tasarruf etme gibi olanaklar da sağlamaktadır. Bkz. TANDOĞAN, s. 787; PESTOLOZZI, Art. 504, N. 4; GIOVANOLI, Art. 504, N.1.

⁶⁵ Borçlar Kanununun 503. maddesinde belirtildiği üzere, borçlu kefile karşı olan taahhütlerine, özellikle belli bir süre sonra kendisini kefaletten kurtaracağı yolundaki taahhüdüne aykırı hareket ettiği, mütemerrit duruma düştüğü ve asıl borçlunun gerek malvarlığı durumunun kötüleşmesi, gerekse onun kusuru yüzünden kefil için tehlikenin, kefaleti kabul ettiği zamana göre önemli şekilde artmış olması hallerinde kefil, borçludan teminat talep etmek ve eğer borç muaccel ise kendisinin kefaletten kurtarılmasını talep edebilir.

⁶⁶ BECK, Art. 506, N. 7; YAVUZ, s. 796.

⁶⁷ REİSOĞLU, s. 205.