

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

2019

ÖZEL HUKUK ABD

GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYBÜKE FİNCAN

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYBÜKE FİNCAN

GAZİANTEP
MAYIS 2019

T.C.
GAZIANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE
KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYBÜKE FİNCAN
Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN

GAZIANTEP
MAYIS 2019

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli

Aybüke FİNCAN


Tez Savunma Tarihi: 16 Mayıs 2019

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

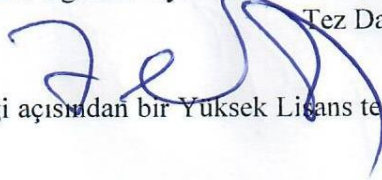

Doç. Dr. Zekiye ANTAKYALIOĞLU
SBE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.

Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN
Enstitü ABD Başkanı


Bu tez tarafımca (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN
Tez Danışmanı


Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri:
(Unvanı, Adı ve SOYADI)

İmzası

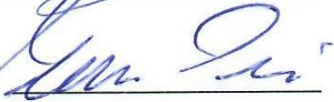
Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN



Dr. Öğretim Üyesi Hakan CİNDEMİR



Doç. Dr. Mehmet ŞENTÜRK



ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dökümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

AYBÜKE FİNCAN

TEŞEKKÜR

Tez çalışmam sırasında benden kıymetli bilgi ve tecrübelerini esirgemeyen danışman hocam Dr. Öğretim Üyesi Abdullah Erdoğan'a, değerli katkılarından dolayı jüri üyelerim Dr. Öğretim Üyesi Hakan Cindemir'e ve Doç. Dr. Mehmet Şentürk'e, yoğun çalışmalarım sırasında vermiş olduğu destekten ve göstermiş olduğu anlayıştan dolayı eşim Mustafa Fincan'a, bana her türlü desteği veren Sevgili Aileme, beni her durumda motive eden Kardeşlerime, her türlü maddi ve manevi desteği sağlayan Babama, ve zor zamanlarımda vermiş olduğu değerli tavsiyeleri nedeniyle Anneme minnettirim.

Tez çalışmam sırasında bana değerli yardımlarını esirgemeyen Dr. Ahmet Çolak'a, Arş. Gör. Duygu Dağlıoğlu'na, Arş. Gör. Ahmet Özdemir'e ve Arş. Gör. Abdullah Ceylan'a çok teşekkür ederim.

Son olarak tez çalışmam sırasında bana büyük küçük yardım eden herkese teşekkürü bir borç bilirim.

ÖZET

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

FİNCAN, Aybüke

Yüksek Lisans Tezi, Hukuk Fakültesi ABD

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN

Mayıs 2019, 150 sayfa

Kefalet sözleşmesi; tek tarafa borç yükleyen ve tarafları kefil ile alacaklı olan, asıl borçlunun borcunu ödememesi nedeniyle kefilin sorumluluk altına girdiği bir şahsi teminat sözleşmesidir. Ticari hayattaki ihtiyaçlar sebebi ile temelleri Roma Hukukundan bugünlere kadar gelen kefalet sözleşmesi en çok tercih edilen teminat sözleşmelerinden biridir. Bunun nedeni, miktarı düşük borçlar için dahi herhangi bir masraf veya zaman almadan asıl borcun ifa edilmemesi halinde kefil tarafından borcun teminat altına alınmasının mümkün olmasıdır. Burada kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan sadece sözleşmeden doğan borçlar olmayıp, para ile ölçülmesi mümkün olabilecek her türlü borçlardır. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun kefil ve aile birliğini yeterince korunmadığı düşüncesiyle 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesinde birçok hükümdede değişikliğe gidilmiştir. Yapılan bu değişiklikler genel olarak kefalet sözleşmesinin şekil şartlarındaki hükümler ile TBK madde 584 gereğince Kanuna ilk kez giren eşin rızasına ilişkindir. Bu çalışmada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kefil korumak amaçlı ağırlaştırılmış olan nitelikli adi yazılı şekil ışığında, kefalet sözleşmesinin kurulmasında gerekli olan şekil şartları ve eşin rızası üzerinde durulmuştur. Şekil şartlarına uyulmadan şekle aykırı ifa edilen kefalet sözleşmesinin sonuçlarına değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Kefalet sözleşmesi, şekil şartları, eşin rızası, şekil noksanlığı

ABSTRACT**THE REQUIREMENTS OF THE QUALIFIED LETTER FORM OF
BAILMENT AGREEMENT IN ACCORDANCE WITH TURKISH CODE OF
OBLIGATIONS NO. 6098**

FİNCAN, Aybüke

L.L.M. Thesis, Faculty of Law

Advisor: Assist. Prof. Dr. Abdullah ERDOĞAN

May 2019, 150 pages

Bailment agreement is an individual guarantee contract that is signed between the creditor and the bailman, and makes the bailman liable when the actual debtor is unable to pay the debt. The origins of the bailment agreement date back to the Roman Law, and it is one of the most preferred guarantee contracts due to the arising needs while doing trade. The reason for this can be explained as the bailment agreement provides opportunities for guarantee and protection even in the cases of small amounts of debts, and saves time or expences. In the events of bailman agreement, it does not cover only the debts caused by the agreement, but also all kinds of debts that can be charged with money. On July 1, 2012, due to the fact that the old Turkish Code of Obligations No. 818 was not sufficient in protecting the bailman and the unity of the family, there were some changes made and were put into practice with the Turkish Code of Obligations No. 6098. These changes were generally related to the terms and conditions in the qualified letter form, and for the first time, the consent of the spouse in line with the Turkish Code of Obligations No. 584. The current study focused on the requirements of the qualified letter form and the consent of the spouse set forth with the increased protective measures in the Turkish Code of Obligations no. 6098. It talked about the outcomes of the practised bailment agreement that violates the requirements of the qualified letter form.

Keywords: bailment agreement, requirements of the qualified letter form, consent of the spouse, absence of the requirements of the qualified letter form

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
1. GİRİŞ	1
1.1. GİRİŞ	1
2. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER.....	2
2.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	2
2.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ	6
2.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ.....	12
2.3.1. Adi (Olağan) Kefalet	13
2.3.2. Müteselsil (Zincirleme, Dayanışmalı) Kefalet	16
2.3.3. Birlikte Kefalet	22
2.3.3.1. Olağan (adi) birlikte kefalet.....	23
2.3.3.2. Müteselsil (zincirleme) birlikte kefalet	25
2.3.4. Kefile Kefalet	27
2.3.5. Rücua Kefalet	28
2.3.6. Zarara (Açığın Kapatılmasına) Kefalet	29
2.4. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI.....	30
2.4.1. Borcun Aslı.....	31
2.4.2. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Kanuni Sonuçları	34
2.4.3. Dava ve Takip Giderleri	35
2.4.4. İşlemiş Bir Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faiz	36
2.5. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ	37
2.5.1. Kefilin Hak ve Yükümlülükleri.....	37
2.5.2. Alacaklının Hak ve Yükümlülükleri	39
2.6. KEFİL İLE BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	43
2.6.1. Kefilin Hak ve Yükümlülükleri.....	43

2.6.2. Borçlunun Hak ve Yükümlülükleri	46
2.7. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	47
2.7.1. Kefalet Sözleşmesini Garanti Sözleşmesinden Ayıran Unsurlar	47
2.7.2. Kefalet Sözleşmesini Banka Teminat Mektubu İle Karşılaştırılması ..	54
3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKİL ŞARTLARI	61
3.1. GENEL OLARAK VE MUKAYESELİ HUKUKTA KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	61
3.1.1. Kefalet Senedinin Kaybedilmiş Olması veya İmha Edilmiş Olması Hususu	69
3.1.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Hususu	70
3.1.3. Sebepsiz Zenginleşme Hususu	71
3.2. KEFALET SENEDİNİN ŞEKLİ	74
3.3. KEFALET SENEDİNİN KAPSAMI	84
3.4. KEFİLİN SORUMLU OLACAĞI EN YÜKSEK (AZAMI) MİKTARIN GÖSTERİLMESİ	87
3.4.1. Yabancı Para Üzerinden Kefalette Azami Miktarın Belirlenmesi	94
3.5. KEFALET TARİHİ	95
3.6. KEFİLİN EL YAZISI İLE BELİRTİLMESİ ZORUNLU UNSURLAR	97
3.7. EŞİN RIZASI	105
3.7.1. Genel Olarak Eşin Rızası	105
3.7.2. Rızanın Şekli	108
3.7.3. Rızanın Aranacağı Zaman	113
3.7.4. Kefalet Sözleşmesinin Değiştirilmesinde Eşin Rızasının Önemi	116
3.7.5. Eş Tarafından Verilen Rızanın Hangi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olduğunun Açıkça Belirtilmesi	119
3.7.6. Eşin Rızasının Tüzel Kişilerin Yaptığı Ticari İşlerde Aranıp Aranmayacağı Hususu	121
3.7.7. Eş Lehine Kefil Olunması	124
3.7.8. Eşin Rızasının Bulunmamasının Sonuçları	124
4. ŞEKİL NOKSANLIĞININ HÜKÜM VE SONUÇLARI	127
4.1. ŞEKİL ŞARTINA UYULMADAN ŞEKLE AYKIRI İFA EDİLEN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI	127
5. SONUÇ	132
5.1. SONUÇ	132

KAYNAKÇA.....	146
---------------	-----



KISALTMALAR

Abs.	Absatz
a.g.e	Adı geçen eser
a.g.m	Adı geçen makale
a.g.t	Adı geçen tez
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
Bknz.	Bakınız
C.	Cilt
Der.	Derleyen
dpn.	Dipnot
E.	Esas
Ed.	Editör
eBK	Eski Borçlar Kanunu
EİK	Elektronik İmza Kanunu
EÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İçt. Bir. Kar.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	İcra İflas Kanunu
İsv. BK	İsviçre Borçlar Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
m.	Madde
OR	Obligationen Recht
RG.	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
ss.	Sayfalar
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBB	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TD	Ticaret Dairesi
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	Türk Lirası
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TOBB	Türkiye Odalar ve Barolar Birliği

TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Y.	Yıl
Y. HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
yTBK	Yeni Borçlar Kanunu
Ziff.	Ziffer



BİRİNCİ BÖLÜM

1. GİRİŞ

1.1. GİRİŞ

Ticari hayatta risk kaçınılmazdır; fakat bu riskler, bir başkası için şahsi teminat veren kefil bakımından, onu korumak için hayata geçirilen uygulamalar ile her geçen gün azalmaktadır. 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda en önemli değişiklikler kefalet sözleşmesi konusunda yapılmıştır. Böylelikle kanundaki belirsizlikler ve alacaklının bu belirsizlikten yararlanma imkânı yok edilmiştir. Böylece bu alandaki vicdani rahatsızlıklar giderilmiş ve modern hukuk anlamında önemli bir adım atılmıştır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu kaynak alınarak hazırlanmış olsa da yapılan bu değişiklikle kefalet hükümleri neredeyse tamamen değişikliğe uğramıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlanması aşamasında yapılan ifade hataları ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun çevirisindeki yanlışlıklar da böylelikle en aza indirgenmiştir. Yapılan çalışmalarla kefilin hukuki konumu daha güçlenmiştir. Bu doğrultuda söz konusu çalışma Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikler esas alınmak suretiyle hazırlanmıştır.

İkinci bölümde kefalet sözleşmesi ana hatları ile değerlendirilirken, üçüncü bölümünde çalışmanın ana başlığı olan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarından olan şekil unsurunu ayrıntılı olarak incelenmektedir. Dördüncü bölümde ise şekil noksanlığının hüküm ve sonuçlarını ele alarak çalışma sonlandırılmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

2. KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

2.1. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

Teminat sözleşmeleri, bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu rizikoyu (tehlikeyi) kendi üzerine almayı üstlendiği sözleşmelerdir ¹. Buradaki riziko gerçekleşmesi arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere teminat, alacaklının riziko anında uğrayacağı zararı ya da yoksun kalınan karın tazminini kendisi üzerine almasıdır ².

Şahsi (Kişisel) teminat sözleşmelerinin başında kefalet sözleşmesi gelmektedir³. Bu sözleşmelerde teminat veren borçlunun borcunu karşılamak üzere bütün malvarlığı ile sorumluluk altına girmektedir. Alacaklı asıl borçlunun malvarlığının yanı sıra teminat borçlusunun da malvarlığına başvurabilecektir ⁴. Hatta kefalet sözleşmesi borçluya yarar sağladığı gibi onun sorumluluğu üzerinde olumsuz etki de yaratmaz ⁵. Kefaletin amacı; borcun ifasını güvence (teminat) altına almaktır.

Taşınır ve taşınmaz rehni sözleşmeleri ile ticari işletme rehni sözleşmeleri de kefalet sözleşmesi ile aynı amacı taşıyan diğer sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler aynı güvence verirken kefalet sözleşmesi şahsi güvence vermektedir. Kefalet sözleşmesinde borcun ifasının güvencesi kefil iken, taşınır ve taşınmaz rehni sözleşmeleri ile ticari işletme rehni sözleşmelerinde ise borcun ifasının

¹ Cevdet Yavuz vd. (2013). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri)*. 12.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s.745.

² Aslı Sücüllü Sözgen. (2006). *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.1.

³ Sücüllü Sözgen, a.g.t, s.1., Nami Barlas. (2006/1). Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli Dergi)*, Beta Yayınları, İstanbul, s.3.

⁴ Sücüllü Sözgen, a.g.t, s.1.

⁵ İsmail Kayar. (2014). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri*. 9.Baskı, Seçkin Yayınevi, s.331.

güvencesi bizzat rehin edilmiş olan taşınır ve taşınmazdır ⁶.

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun on beşinci bölümünde 581 ve 603 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu 01 Temmuz 1942 de yürürlüğe giren 10 Aralık 1941 tarihli Kanun ile kefalet sözleşmesine ilişkin 492-512. maddeleri değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklik başta olmak üzere diğer değişikliklerde göz önüne alındığı zaman 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu değişikliklerden hiç etkilenmemiş aksine kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ayrılmış daha anlaşılır hal almış olmakla birlikte modern hukuk anlamında da önemli bir yol kat etmiştir ⁷. Ancak belirtmekte fayda gördüğümüz bir başka husus ise 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ilgilidir. Bu husus kanundaki kefalet ile ilgili hükümlerin 1941 revizyonundan önceki İsviçre Borçlar Kanunu ile birebir uyuşmakta olmasıdır ⁸.

Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu madde 581'te tanımlanmıştır. Kanun metnine göre; "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir." Diğer bir anlatımla; kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu yerine getirmemesinden doğabilecek tüm sonuçlardan şahsen sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir ⁹. Kefil, borcun ifa edilmesini sağlamak ve bununla ilgili herhangi bir şey yapmakla mükellef değildir ¹⁰. 818 sayılı Türk Borçlar Kanununun 483 maddesinde ise kefalet sözleşmesi şu şekilde düzenlenmektedir; "Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder." Buradaki "borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder." cümlesi birçok eleştirilere uğramıştır. Bunu nedeni ise kefalet

⁶ Turgut Akıntürk. (2005). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. Beta Yayınları, İstanbul, s.296., Turgut Akıntürk ve Ayşe Ateş Kahraman. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. Yirmi üçüncü Baskıdan Tıpkı Yirmi dördüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, s.327.

⁷ Nami Barlas. (2013). *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, "Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler"*. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Der.) Prof. Dr. Çiğdem Kırca, Vedat yayıncılık, İstanbul, s.213.

⁸ Yavuz vd., a.g.e, ss.745-746., Seda Sayman. (2013). *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s.7.

⁹ Aydın Zevkliler ve K.Emre Gökyayla. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 14. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, s.675., Şefika Deren Gündüz. (2012). *6089 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.71., Gülçin Elçin. (2013). Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(3):21.

¹⁰ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.675., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

sözleşmesinin amacının borcun ifa edilmemesi halinde, kefilin şahsen sorumlu olmayı üstlenmesidir, ortaya çıkan borcun ifasını sağlamak değildir. Ayrıca kanun maddesindeki bir diğer eksiklik ise “akdettiği borçlar” yönünden ortaya çıkmaktadır. Çünkü 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu’nda sadece sözleşmeden doğan borçlar için kefil olunabileceğini belirtmekteydi. Oysaki kefil sadece sözleşmeden doğan borçlar için kefil olmamaktadır. Kefalet; haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ¹¹, diğer borç kaynaklarından doğan borçlardan ve hatta nafaka borçları gibi kanundan kaynaklanan borçlar ¹² ve konusu kesinleşmiş bir mahkeme hükmüne dayanan borçlar ¹³ için de mümkündür ¹⁴. Burada önemli olan kefalet altına alınan borcun para ile ölçülebilir olmasıdır. Ama kefilin borcunun sözleşmeden doğan bir borç olması gerekmektedir ¹⁵. Kefilin sadece mevcut borca değil ileride doğabilecek borçlara da kefil olabilmesi de mümkündür ¹⁶. Bu durumda kefalet geçerli olsa da hükümleri askıda kalacaktır, asıl borç meydana gelince kefalet de hüküm doğuracaktır. İleride doğacak borçların kaynaklandığı borç ilişkileri, borcun türü açıkça anlaşılmalıdır ¹⁷. Yeni Kanunla bahsetmiş olduğumuz tüm eksiklikler giderilmiştir ¹⁸. Doktrinde çoğunluğun savunduğu görüş, kefalet sözleşmesinin tazminat borcu ¹⁹ olması dolayısıyla her ne kadar para ile ölçülebilen borçlar için kefalet sözleşmesi kurulabilse de, yapma verme hatta borçlunun kişiliği ile ilgili yapma borçlarında da kefil olunmasının mümkün olduğu yönündedir ²⁰. Fakat Zevkliler/Gökyayla’nın savunduğu görüşe göre ise; kefilin borcunun tazminat borcu olmadığı, ancak kefilin taahhüt ettiği edimi yerine getirmesi

¹¹ Aydın Zevkliler ve Ayşe Havutçu. (2007). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.367., Seza Reisoğlu. (1992). *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*. Ayyıldız Matbaası, Ankara, s.2.

¹² Asuman Sarı İyim. (2015). *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.1.

¹³ Reisoğlu, a.g.e., *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet* s.11.

¹⁴ Barlas, a.g.e., s.214., Zevkliler vd., a.g.e., s.401., Sayman, a.g.t., s.4., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.675., Yavuz vd., a.g.e., s.746., Koç, a.g.m., s.53., Barlas, a.g.m., *Geçerlilik Şartları* s.4., Necati Aksoyoğlu. (2010). *Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişikler*. *Bankacılar Dergisi*, (72)-21:94-95.

¹⁵ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.675-676.

¹⁶ Sarı İyim, a.g.t., s.2., Barlas, a.g.m., *Geçerlilik Şartları* s.5.

¹⁷ Nami Barlas. (2008). *Makalelerim*. C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.361., Barlas, a.g.m., *Geçerlilik Şartları* s.5.

¹⁸ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.367., Koç, a.g.m., s.53.

¹⁹ Tazminat borcu olarak adlandırılmasındaki amaç, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde bunu aynen ifa edileceğini değil de tazminat ödemeyi üstleneceğinden dolayıdır. Koç, a.g.m., s.53.

²⁰ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.367.

gerektiğidir ²¹. Barlas'a göre de; kefilin borcu tazminat borcu değildir ²². Reisoğlu'na göre ise; kefilin borcu tazminat borcudur ²³.

Her ne kadar Türk Hukuk Sistemi'nde aynı teminat şahsi teminata göre daha çok tercih ediliyor ise de kefalet sözleşmesinin tarihi kaynağı olan Roma Hukuku'nda ilk dönemlerde şahsi teminat aynı teminata göre daha tercih edilmekteydi ²⁴. Bunun nedeni; henüz yerleşik hayata geçmemeleri ile birlikte kişilerin sözleri ile sağladıkları güvencenin daha önemli olduğu gerçeğidir. Germen Hukuku'nda olduğu gibi, Roma Hukuku'nda da kefiller borçtan dolayı sadece vücut bütünlüğü ile sorumlu olabilmekteydi ²⁵. Seçilecek kefiller ise aile büyükleri arasından seçilir iken uygulanacak kefalet kuralları ise örf ve adet şeklinde düzenlenmekteydi. Zaman içerisinde aile bağlarının gevşemesiyle kefiller aile dışından başka kişiler olmaya başladı ²⁶.

Roma Hukuku'nda kefalet terimi Latince olarak düzenlenmiştir. Bunlar Sponsio, Fidepromissio, Fideiussio şeklindedir. Kefalet sözleşmesi alacaklı ve ferî borçlu yani kefil ile yapılan bir sözlü akit (stipulation) şeklinde gerçekleşmekteydi ²⁷. Sözlü akdin (stipulation) en eski şekli olan sponsio Roma Hukuku'ndaki en eski kefalet akitlerinden biridir ²⁸. Kefalet ile stipulation'ın arasındaki sıkı ilişkinin nedeni; stipulation'ın kefaletten doğmuş olmasıdır ²⁹. Böylelikle bir kişi ya borç altına girer ya da esas borçlunun yanında bir başka kişinin de borç altına girebilmesi mümkün hale gelirdi. Burada kefalet akdini gerçekleştiren kefile de "sponsor" denilmekte idi. Alacaklının "vermeyi taahhüt ediyor musun?" sorusuna, kefil "taahhüt ediyorum" şeklinde cevap verirdi. Böylelikle aralarındaki kefalet akdi gerçekleşmiş olurdu. Sponsio ile yalnızca sözlü borçlar teminat altına alınmakla birlikte yapılan bu akit sadece Romalılar arasında yapılmaya geçireliliğini korumaktaydı. Daha sonra Fidepromissio ve Fideiussio gibi kefalet akitleri ortaya çıkmıştır. Fidepromissio

²¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.676.

²² Barlas, a.g.e., Makalelerim s.360., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

²³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.7-8.

²⁴ Kadir Gürten. (2000). *Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Enstitüsü, Ankara, s.66.

²⁵ Sayman, a.g.t., s.5

²⁶ Gürten, a.g.t., ss.2-3.

²⁷ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.3., Türkan Rado. (2016). *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. 11 Basıdan Tıpkı 12.Bası., Filiz Kitapevi, İstanbul, s.80.

²⁸ Hasan Ayrancı. (2004). Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları. *AÜHFD*, 53(2):98.

²⁹ Faruk Yavuz. (2008). *Roma Kefalet Akdinin Günümüze Yansıması*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Enstitüsü, Ankara, s.5.

yabancıların da kefalet akdi yapabilmesi için ortaya çıkmıştır. Fideiussio ise sponsio ile aynı sözlü akitlerden doğan borçları teminat altına almak için yapılan bir işlem olmasına rağmen tek farkı sponsio sadece Roman vatandaşları için geçerli iken, fideiussio Roma vatandaşı olmayan içinde geçerliydi³⁰. Ancak Roma Hukuku'ndaki hukukçulara göre; fideiussio, sponsio gibi sadece sözlü akitlere dayanan borçlar için olmadığı gibi yazılı, ayni ve rızai olsun tüm borç akitleri için uygulanacağı kabul görmekteydi³¹.

2.2. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

Kefalet sözleşmesi, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde kefilin alacaklıya karşı şahsen sorumlu olduğu sözleşmedir. Kefilin sorumluluğunun kapsamı; hiçbir zaman asıl borçlunun sahip olduğu borcu ödemek olmayıp, sadece kefalet sözleşmesinde gösterilen bir miktar parayı ödemektir³². Kefilin borcu teminat verme borcu olduğu gibi, aynı zamanda borçlunun malvarlığının pasif kısmında meydana gelen pasif de bir borçtur³³.

Alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişki kefalet sözleşmesinden bağımsızdır³⁴. Bir diğer deyişle, kefalet sözleşmesi kendi hukuki sebebi ve içeriği olan ve asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olarak değerlendirilir. Kefalet sözleşmesi alacaklıya asıl borç nedeniyle teminat sağlamayı amaçlar³⁵.

Kefalet sözleşmenin tarafları kefil ile alacaklıdır. Borçlu bu sözleşmede taraf değildir. Kefil asıl borçlunun sahip olduğu borç için sorumluluk altına girer³⁶. Bu da bir kişinin kendi borcuna taraf olamamasının en temel sonucudur. Çünkü kefilin kefil olduğu borç, asıl borçtan bağımsızdır ve alacaklıya ikincil bir teminat sağlamak için borçlu kendi borcuna kefil olamamaktadır³⁷. Kefil her ne kadar asıl borç ilişkisinin tarafı olmasa da dolaylı tarafıdır³⁸. Barlas'a göre; kefilin sorumluluk altına girdiği

³⁰ Gürten, a.g.t., ss.70-72., Sayman, a.g.t., ss.5-6.

³¹ Yavuz, a.g.t., s.7.

³² Barlas, a.g.e., Makalelerim s.384.

³³ Hüseyin Murat Develioğlu. (2009). *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. Yayın No:175, Vedat Kitapçılık, s.363.

³⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.675.

³⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.4.

³⁶ Develioğlu, a.g.e., ss.31-32., Cansu Kaya Kızılırmak. (2014). *Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.185.

³⁷ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.676-679.

³⁸ Aksoyoğlu, a.g.m., s.94.

kefalet borcu; “... kefil açısından yabancı bir borçtur; yani bir başkasının borcudur”³⁹. Bu nedenle hiç kimse kendi borcuna kefil olmayacaktır ⁴⁰. Elçin’e göre ise; bir kimse aynı borcun hem borçlusu hem de kefil olamayacaktır. Asıl borçlunun borcu ancak yabancı üçüncü kişi tarafından teminat altına alınması gerekir. Kefil teminat altına girdiğinden dolayı asıl borç ilişkisinin alacaklısı ve borçlusu olamayacaktır. Zira kefaletin amacı alacaklıya teminat sağlamaktır. Bu amacın gerçekleşmesi için kimse kendi borcunu teminat altına alıp kefil olamayacaktır ⁴¹. Esas borçlunun sözleşmeye katılmasına gerek olmadığı gibi hiç haberi olmadan hatta rızası olmadan dahi kefalet sözleşmesi yapılabilir ⁴². Bunun nedeni, kefilin kefalet sözleşmesi düzenlemesinin, asıl borçlunun durumunda olumsuz herhangi bir etki yaratmayacak olmasıdır. Kefilin kefalet sözleşmesi düzenlemesi, asıl borçlunun yararına olduğu için istemese dahi kefil alacaklıya karşı yükümlülük altına girebilir ⁴³. Asıl borçlunun sözleşme öncesi görüşmelere katılması dahi onu taraf haline getirmez. Ancak bu durumda asıl borçlu tarafların birinin vekili konumunda değerlendirilir ⁴⁴. Zira kefaletin temsil yolu ile yapılmasına bir engel bulunmamaktadır ⁴⁵. O halde kefil asıl borçluya karşı kefalet hükümlerinin dışında vekâlet hükümlerine göre talep hakkına sahip olabilmektedir. Ancak vekâlet hükümleri kefalet hükümlerini ihlal ettikleri takdirde uygulanmayacaklardır ⁴⁶. Kefalet sözleşmesi ile alacaklı borcun ödenmemesi halinde ikinci bir borçlu ile kendini teminat altına almaktadır ⁴⁷.

Kefalet sözleşmesi kefil ile borçlu arasındaki ilişkiye dayanır. Bu iç ilişkiye dayanarak kefil kefalet borcu altına girecektir. Bu iç ilişki ivazlı / ivazsız vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme sözleşmesi veya başka bir hukuki işlemde kaynaklanabilir. Ancak kefalet sözleşmesinin geçerli olması için taraflar arasında böyle bir iç ilişkinin bulunması şart değildir ⁴⁸.

³⁹ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

⁴⁰ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4.

⁴¹ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

⁴² Zevkliler ve Havuççu, a.g.e., s.367., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.675. , Yavuz vd., a.g.e., s.747., Barlas, a.g.e., Makalelerim s.359.,Reisoğlu, a.g.e.,Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.1., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4.

⁴³ Zevkliler ve Havuççu, a.g.e., s.367., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.675. , Yavuz vd., a.g.e., s.747., Barlas, a.g.e., Makalelerim s.359.

⁴⁴ Develioğlu, a.g.e., s.71.

⁴⁵ Develioğlu, a.g.e., s.71., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.108.

⁴⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.1.

⁴⁷ İsmail Kayar. (2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri*. Kayseri, s.285.

⁴⁸ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4.

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir. Bunun nedeni; kefilin borç altına girmesinin yanında alacaklının herhangi bir karşılık vermeden bundan menfaat elde etmesidir⁴⁹. Borçlunun kefile menfaat sağlaması dahi bu sonucu değiştirmez. Ancak borçlu, kefile kefil olması halinde bir menfaatte bulunacağını belirtir ise iki tarafa da borç yüklenebilir⁵⁰. Ayrıca borçlunun kefil olacak kişiye komisyon vermesi de ivaz sayılmamaktadır. Fakat kefalet sözleşmesinin ivazlı olacağı da taraflar arasında kararlaştırılabilmektedir. Buradaki komisyon kefil ile borçlu arasında iç ilişkiden kaynaklıdır, kefalet sözleşmesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Alacaklının kefile belirli zamanlarda asıl borç ile ilgili bilgi vermesi de sözleşmeyi ivazlı hale getirmemektedir⁵¹. Bunun yanında, alacaklıya kanun tarafından yüklenen diğer yükümlülükler de sözleşmeyi ivazlı hale getirmemektedir. Kanundan doğan bu yükümlülükler alacaklının kefile karşı haklarını ileri süremeye yarayan şartlardır. Alacaklının bu yükümlülüklere uymaması kefilin haklarının azalmasına, ortadan kalkmasına veya alacaklıdan zarar talebinde bulunmasına neden olur⁵². Buna rağmen alacaklının da kefile karşı borç altına girmesinde bir engel bulunmamaktadır⁵³.

Kefalet sözleşmesi fer' i nitelikte bir sözleşmedir. Diğer bir anlatımla, kefalet “geçerli bir asıl borcun olması” durumunda hüküm ifade eder⁵⁴. Aksi halde, güvence altına alınan asıl borç mevcut değil ise kefalet borcu da hüküm ve sonuç doğurmaz. Çünkü kefilin borcu asıl borcun varlığına bağlıdır. Geçerli asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse, kefalet borcu da kendiliğinden sona erer⁵⁵. Yani kefilin asıl borçludan fazla sorumluluk üstlenmesi mümkün değildir⁵⁶. Diğer bir anlatımla, kefilin ödeyeceği miktar asıl borç miktarını aşamaz. Ödenecek miktar, asıl borçlu bakımından muaccel halde değilse, kefile karşı da muaccel olmadığı için kendisinden de talep

⁴⁹ Akıntürk, a.g.e., s.297., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri, s.285., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.329., Gündüz, a.g.t., s.2., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.3.

⁵⁰ Zevkliler vd., a.g.e., s.402.

⁵¹ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.368., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.678., Yavuz vd., a.g.e., s.750.

⁵² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.7.

⁵³ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.3-4.

⁵⁴ Develioğlu, a.g.e., s.63., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.2., Gündüz, a.g.t., s.2., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.17.

⁵⁵ Akıntürk, a.g.e., s.297., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.367., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e. s.329., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.677., Yavuz vd., a.g.e., s.749., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.2., Gündüz, a.g.t., s.2., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁵⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.3., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri, s.286., Gündüz, a.g.t., s.72.

edilemez. Asıl alacak ile kefalet alacağı birbirinden ayrı temlik edilemez⁵⁷. Asıl borç şarta bağlı borç olduğu takdirde dahi kefalet sözleşmesi teminat altına alınabilecektir⁵⁸. Asıl borç şarta bağlı ise kefil doğrudan sorumluluk altına giremeyeceği gibi asıl borçlu sadece ağır kusurdan sorumlu olması halinde kefil herhangi bir kusurdan sorumlu olmaz⁵⁹. Ayrıca belirtilmesi gereken bir diğer husus şudur ki; borçluya ait def'ileri kefil alacaklıya karşı ileri sürebilirken herhangi bir sorun çıktığında alacaklının sadece asıl borcun varlığını değil kefalet borcunu da ispat etmesi gerekmektedir⁶⁰. Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği taraflar istese dahi kısmen veya tamamen ortadan kaldırılamaz⁶¹. Kefaletin türünün bir önemi olmadan tüm kefalet sözleşmeleri fer'i nitelik taşıyacaktır⁶².

Kefalet sözleşmesinin özelliklerinden bir diğeri, tali (ikincil) bir borç olmasıdır. Alacaklı asıl borç muaccel olduğu zaman önce borçluya başvurmadan kefile başvuramaz. Ancak borçluya başvurur borçlu da borcunu ödemez ise kefile başvurabilir⁶³. Ancak bu hususun aksi kararlaştırılabilir. Yani kefilin borçlu ile birlikte aynı derecede sorumlu olabilmesi de mümkündür. Kefaletin her türünde kefil her zaman ikinci borçludur. Kefil asıl borcu ifa etmeyebilir ama bu ifanın edilmemesi durumundan kaynaklanan zararı karşılamak durumundadır⁶⁴. Ayrıca kefalet borcu geciktirici şarta bağlı bir borçtur. Şöyle ki; kefilin borcunu yerine getirebilmesi için asıl borcunun borcunu yerine getirmemesi ya da gereği gibi yerine getirmemesi gerekmektedir⁶⁵.

Kefalet sözleşmesinin temel kaynaklarından olan Justinianus Hukuku'ndaki fideiussio olan kefalet akdinin de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki kefalet sözleşmesi ile bağlantıları devam etmektedir. Justinianus Hukuku'nda da kefilin borcu fer'i bir borçtu. Kefalet borcunun varlığı asıl borcun varlığına bağlıydı ve asıl borcu geçemezdi. Esas borçlu borcundan kurtulduğu zaman fer'i borçlu olan kefil de borçtan

⁵⁷ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.368., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.677., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.3., Gündüz, a.g.t., s.72.

⁵⁸ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.17.

⁵⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.3, Gündüz, a.g.t., s.72.

⁶⁰ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.368., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.677., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.4., Gündüz, a.g.t., s.72.

⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.2., Gündüz, a.g.t., s.2.

⁶² Gündüz, a.g.t., s.2.

⁶³ Akıntürk, a.g.e., s.297., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.286., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.368., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.329., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.678., Yavuz vd., a.g.e., s.749., Gündüz, a.g.t., s.2.

⁶⁴ Akıntürk, a.g.e., s.297., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.329., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.5.

⁶⁵ Develioğlu, a.g.e., s.32.

kurtulmuş olurdu. O zamanlar da en çok tartışılan konu kefilin sorumluluğunun birincil/ikincil olup olmadığıydı. Borçlu borcunu ödemediği takdirde, alacaklı borçluya karşı herhangi bir işlem yapmadan kefile başvurursa birinci derece borçlu olurdu. Ancak alacaklı ilk önce borçluya karşı gerekli takip işlemleri yapıp ondan bir şey elde edemediği zaman kefile müracaat ediyorsa kefilin ikinci derece borçlu olduğu kabul edilirdi. Bu durum Justinianus hükümdarlığının ilk zamanlarına kadar devam etmişti. Yani alacaklı ister esas borçluya isterse de kefile başvurmakta serbestti, esas borçluya müracaat etmeden kefile başvurabiliyordu. Justinianus 535 yılında yayınladığı 4. Novella ile kefil ile ilgili olan hükümleri düzenlemiştir. Böylelikle alacaklı esas borçluya müracaat etmeden kefile başvurma hakkını kaybetmiştir. Her ne kadar alacaklı esas borçludan borcunu alamayacağını bilse bile ilk önce esas borçluya müracaat etmesi gerekiyordu ⁶⁶.

Kefalet sözleşmesi, asıl borcun bağlı olduğu sözleşmeden tamamen farklı bir sözleşmedir. Kendine ait bir nedeni olduğu gibi amacı da teminat sağlamaktır ⁶⁷. Asıl borçlu yapma yapmama verme ya da paradan başka bir şeyi verme gibi şeyler için borçlu olabilirken kefilin borcu para borcudur ve götürülecek bir borçtur ⁶⁸. Yani kefalet ile teminat altına alınan asıl borcun kesinlikle para borcu olması gerekmeyip para ile değerlendirilen bir borç olması yeterli görülmektedir. Kefil alacaklıya karşı ödeme yaparken borçlunun borcunu ifa etmiş olmaz, asıl borç nedeniyle taahhüt altına girmiş olduğu kefalet borcunu yerine getirmiş olur ⁶⁹. Kısacası, asıl borcu ifa edecek kişi kefil değil asıl borçlu olacaktır ⁷⁰.

Kefalet sözleşmesi belirli süreli yapılabileceği gibi belirsiz süreli de yapılması mümkündür ⁷¹. Kefil asıl borcun zamanaşımına uğraması durumunda zamanaşımı def'inde bulunarak ödemekten kaçınabilecektir. TBK madde 591/2'ye göre ise; kefil borcun zamanaşımına uğradığını biliyor ise zamanaşımı def'inden yararlanamayacaktır ⁷². Kefalet borcunun zamanaşımına uğraması ile asıl borcun zamanaşımına uğraması birbirinden farklı olabilecektir. TBK madde 146'da kanunda

⁶⁶ Rado, a.g.e., ss.80-81.

⁶⁷ Develioğlu, a.g.e., s.292.

⁶⁸ Develioğlu, a.g.e., s.292., Yavuz vd., a.g.e., s.750., Gündüz, a.g.t., s.2., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4,5.

⁶⁹ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.360., Develioğlu, a.g.e., ss.292-293., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.4,5.

⁷⁰ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.4-5

⁷¹ Zevkliler ve Havutçu a.g.e., ss.367-368., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.286., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.676-677., Aksoyoğlu, a.g.m., s.111.

⁷² Ömer Çınar. (2013). *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*. On iki levha Yayıncılık, İstanbul, s.37.

aksine hüküm bulunmadıkça her alacak için on yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Bunun aksine TBK madde 147’de beş yıllık sürenin sonunda zamanaşımına uğrayacak alacaklar sayılmıştır. Bu alacaklar arasında kefalet sözleşmesi bulunmadığı için kefalet sözleşmelerinde on yıllık zamanaşımı hâkim olacaktır. Asıl borç muaccel olmadan kefilin borcu muaccel olamayacağı için, asıl borç dışında başka bir vade öngörülmemiş ya da alacaklının ihbarı olmadan muaccel olacağı kararlaştırılmamış ise öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi asıl borcun muaccel olması ile başlayacaktır ⁷³. Elçin Grassinger’ e göre; ise on yıllık zaman aşımı süresi kefalet sözleşmesinin kurulması ile başlayacaktır ⁷⁴. Aynı zamanda belirtilen bu on yıllık süre hak düşürücü süre olmadığı gibi zamanaşımı süresi de değildir ⁷⁵. TBK madde 598/3, 4 ve 5 incelenecek olursa;

“Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir.

Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir”.

Görüldüğü üzere, on yıllık azami süre emredici niteliğe sahip ⁷⁶ olmasına rağmen on yıldan daha fazla süren kefalet sözleşmeleri geçersiz sayılmamıştır ⁷⁷. Ancak gerçek kişi kefiller ilk başta kefalet borcu altına girerken on yıldan fazla sorumlu olamayacaklardır. On yıldan fazla bir süre için kefalet sözleşmesi imzalanmış ise kefalet sözleşmesi geçersiz olmayıp onuncu yılın sonunda kendiliğinden son bulacaktır ⁷⁸. Gerçek kişi kefiller için öngörülen bu on yıllık zamanaşımı süresi belirli süreli veya belirsiz süreli kefalet sözleşmesi için azami süreyi belirleyecektir ⁷⁹. TBK madde 598/3’de; gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet denildiğine göre

⁷³ Çınar, a.g.e., s.40.

⁷⁴ Elçin Grassinger, a.g.m., s.59., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.26.

⁷⁵ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.26.

⁷⁶ Gülçin Elçin Grassinger. (2012). *Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesindeki Esaslı Değişiklikler*, Nahit Özen. (Der.) Yeni Borçlar Kanunu’nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları, Seminer, Albaraka İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, s.58.

⁷⁷ Çınar, a.g.e., ss.62-63., Aksoyoğlu, a.g.m., ss.109-110.

⁷⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., ss.58-59., Aksoyoğlu, a.g.m., ss.109-110.

⁷⁹ Çınar, a.g.e., s.64.

tüzel kişi tarafından yapılan kefalet sözleşmeleri bu kapsama dâhil değildir ⁸⁰ ve bir süre sınırlaması yoktur ⁸¹. Her türlü kefalet denildiği için de kefalet türleri veya çeşitleri arasında bir ayırım yapmadan hepsini kapsayacaktır ⁸².

Kefalet süresi, kefalet sözleşmesinin sona ermesinden bir yıl önce onuncu yılın işlemeye başladığı ilk günden son güne kadar uzatılabilecektir ⁸³. Elçin Grassinger'e göre; tarafların aralarında anlaşması ile kefalet sözleşmesi on yıllık daha uzayabilecektir ⁸⁴. Süre işlemeye başlamadan sürenin uzatılacağına dair yapılacak taahhütler emredici hükme aykırılık sebebi ile geçersiz olacaktır. En erken dokuzuncu yılda uzatılabilecektir. Dokuzuncu yıl dolmadan sözleşme kurulduğu an da veya üçüncü yılında yapılan uzatma geçersiz olacaktır. Kredi sözleşmeleri buna örnek olarak gösterilebilir ⁸⁵. Her ne kadar kanun metninde düzenlenmese de hükmün lafzi yorumundan bunun bir kez yapılabileceği anlaşılmaktadır. Herhangi bir süre belirtilmediği durumunda ise kefaletin sadece on yıllık süre için uzatılacağı da kanunda açıktır. Kefalet sözleşmenin uzatılması veya yeni bir kefalet söz konusu değilse on yıllık zamanaşımının geçmesi ile kefilin borcu son bulacaktır. Azami sürenin veya uzatılan sürenin son bulması ile kefalet kendiliğinden son bulacaktır. Tarafların bu konuda bir beyanda bulunmalarına gerek olmadığı gibi mahkemeden de böyle bir karar alınması şart değildir ⁸⁶.

Para borçları için kefil olmak mümkün olduğu gibi hukuki ve fiili bir hareket sonucu ortaya çıkan yapma ve yapmama borcu için de kefil olmak mümkündür. Ayrıca kefaletin konusu seçimlik bir borç da olabilmektedir. Kamu hukuku ile ilgili de kefil olabilmek mümkündür. Buradaki esas kıstas para ile tanzimi kabil bir borç olması gerektiğidir ⁸⁷.

2.3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLERİ

Kefalet sözleşmesinin türleri TBK 585 ile 588 maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK 585 ile 588 maddeleri arasında düzenlenen kefalet türleri; adi (olağan) kefalet, müteselsil (zincirleme), birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet

⁸⁰ Çınar, a.g.e., s.64.

⁸¹ Elçin Grassinger, a.g.m., s.58., Aksoyoğlu, a.g.m., s.109.

⁸² Çınar, a.g.e., s.64., Aksoyoğlu, a.g.m., s.109.

⁸³ Elçin Grassinger, a.g.m., s.59., Çınar, a.g.e., s.68.

⁸⁴ Elçin Grassinger, a.g.m., s.59.

⁸⁵ Elçin Grassinger, a.g.m., ss.59-60., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.27.

⁸⁶ Çınar, a.g.e., ss.69-71.

⁸⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.11.

ve zarara (açığın kapatılmasına) kefalettir. Adi (olağan) kefalet, müteselsil (zincirleme), birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve zarara (açığın kapatılmasına) kefalet dışında kefillerin sayısına, kefil olunan borcun özelliğine, kefaletin sorumluluğunun kapsamına göre de kefalet türleri belirlenebilmektedir⁸⁸.

2.3.1. Adi (Olağan) Kefalet

Adi kefalet Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen en klasik kefalet türüdür. Eski Borçlar Kanununun (eBK) 486 maddesinde düzenlenen adi kefalet türü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bazı değişikliklere uğramıştır⁸⁹. Kefalet sözleşmesinin müteselsil ya da adi kefalet mi olup olmadığı belli değilse veya müteselsil kefalet olduğu kesin değilse adi kefalet kabul edilir. Adi kefalet kabul edilmesinin nedeni, kefilin menfaatinin korunmasının sağlanmasıdır⁹⁰. Adi kefalette kefilin borcu ikincil bir borçtur. Yani alacaklı önce asıl borçluya karşı gerekli takip işlemlerini yapıp alacağını ondan almakla yükümlüdür⁹¹. Alacaklı asıl borçluyu takip edilmeden kefile başvuramaz. Bu da adi kefaletin sadece feri olmayıp aynı zamanda tali (ikincil) nitelikte taşıdığına göstergesidir⁹². TBK m. 585'te de açıkça ifade edilmiştir. Şöyle ki; "Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça kefile takip edemez". Kefile asıl borçlu borcunu ödemediği zaman başvurulabilir⁹³. Alacaklının ilk önce esas borçluya başvurması adi kefaleti diğer müesseselerden ayırt edilmesi sağlamaktadır⁹⁴. Yalnız bazı durumlarda asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurulabilmektedir. Bunlar Türk Borçlar Kanunu madde 585'te düzenlenmiştir. Kanun metnine göre; "Borçlunun iflas etmesi, hakkında yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçluya konkordato mehli verilmiş olması ve borçlu hakkında Türkiye'de takip yapmanın imkânsız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi gibi durumlarda borçlu borcunu ödeyemeyeceği için alacaklı doğrudan kefile gidilebilir. Bu gibi durumların kefalet sözleşmesinden önce veya sonra ortaya çıkması sonuçta bir değişikliğe neden olmaz"⁹⁵. "Borçlu hakkında takibin semeresiz kalması " ibaresi

⁸⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.113.

⁸⁹ Develioğlu a.g.e., s.40., Koç, a.g.m., s.55.

⁹⁰ Develioğlu a.g.e., s.40.

⁹¹ Akıntürk, a.g.e., s.301., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.335

⁹² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.113.

⁹³ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.288., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.336., Koç, a.g.m., s.55., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

⁹⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.694.

⁹⁵ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.695.

yerine doktrinde kabul gören “kesin aciz vesikası alınmış olması” şartı aranmıştır. Ayrıca “borçlu hakkında Türkiye’de takip yapılmasının imkânsız hale gelmesinin” yanında, yapılan takibin “önemli ölçüde güçlük arz etmesi” de kanun metnine eklenmiştir. Ama böyle bir güçlüğü hangi durumlarda ortaya çıkacağı ve hangi kritere bağlı olacağı açıklanmadığı için bu belirsizlikten dolayı uygulamalarda sıkıntılara ortaya çıkmaktadır. Ayrıca doğrudan kefile başvurulacak durumlar arasına borçlunun iflasının yanına konkordato mehli verilmesi de eklenmiştir ⁹⁶. Ancak iflas ertelenmesi müessesesi bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Bunun nedeni, iflas ertelemenin ödeme güçsüzlüğü olarak kabul edilmemesidir ⁹⁷. Alacaklının kefile başvurması için borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmesi yeterlidir. Ayrıca iflasın veya konkordatonun sonucunun beklenmesine gerek yoktur ⁹⁸.

Kefil asıl borçludan önce kendisine başvurulduğu takdirde iki def’i ileri sürebilmektedir. Bu def’ilerden ilki; önce asıl borçluya gidilerek gerekli takip işlemlerinin yapılmasıdır. Alacaklı asıl borçluya karşı takip işlemlerini yapmadan doğrudan kefile başvurursa kefil ilk önce asıl borçluya karşı takip işlemlerini yapılmasını isteyebilmektedir. Buna tartışma def’i denir. Uygulamada alacaklının ilk önce esas borçluya başvurması dava şartı olarak benimsenmektedir ⁹⁹. Tartışma def’i kefile ödemeyi reddetme imkânı verir ¹⁰⁰. Alacaklı tartışma def’i kendisine karşı ileri sürüldüğünde, esas borçlunun takip edildiğini ya da doğrudan doğruya kefile başvurulabilen hallerden birisinin mevcut olduğunu ispatlamalıdır. Borçluya karşı yalnız takip yapması yeterli olmayıp, bu takibi yaparken gerekli dikkat ve özeni gösterilerek yapılması ve sonuç alınmamış olması gerekmektedir. Özenin gösterilmediğini ise kefil ispatlamalıdır. Ayrıca takipten sonra borçlu hakkında alınan aciz belgesi geçici değil kesin olması gerekmektedir ¹⁰¹. Bir diğer def’i ise; alacağın rehin ile teminat altına alınması durumunda öncelikli olarak rehinin paraya çevrilmesini isteyebilmesi ile ilgilidir. Alacak kefaletten önce ya da kefalet sırasında rehin ile teminat altına alınmasına rağmen alacaklı doğrudan kefile başvuruyorsa ise

⁹⁶ Konkordato mehli verilmesinin eklenmesinin nedeni; borçluya konkordato mehli verilmesinin iflasa denk bir etki doğurmasıdır Yavuz vd., a.g.e., ss.763-765., Murat Haznedar. (2012). Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, http://www.murathaznedar.com.tr/Turk-Borclar-Kanunu-nda-Kefalet-Sozlesmesine-Iliskin-Onemli-Degisiklikler--Banka-ve-Finans-Hukuku-Dergisi--2012-1-_13. (07 Eylül 2018)., Koç, a.g.m., s.55.

⁹⁷ Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018.

⁹⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.116.

⁹⁹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.694.

¹⁰⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.114.

¹⁰¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.696.

kefil alacağın önce rehinden sağlanmasını yani rehnin paraya çevrilmesi yolu ile ödenmesini isteyebilir. Buna rehnin paraya çevrilmesi def'i denilmektedir ¹⁰². Bu def'ilerden feragat etmek de mümkündür. Ancak kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'inden feragat etmesi adi kefaletin niteliğini etkilemez ¹⁰³. Kefil bu def'ilerin varlığını bilerek ya da bilmeyerek alacaklıya karşı ödeme yapmış ise ödediği kısmı geri alması mümkün değildir ¹⁰⁴. Ancak yapılan ödeme kısmi ise geri kalan kısmı ödemeyebilir ¹⁰⁵. Yapılan bu ödemenin sebepsiz zenginleşme kapsamında geri alınmasına da olanak yoktur ¹⁰⁶. Ancak asıl borç ilişkisine bir etkisi olmadığı için kefil rücu hakkına sahiptir ¹⁰⁷. Kefil yukarıda açıklanmış olunan def'ileri birlikte kullanabilme hakkına sahiptir. Yani, kefil ilk olarak rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürecektir, rehnin paraya çevrilmesinde karşılanmayan kısım için ise tartışma def'ini ileri sürme hakkına sahip olacaktır ¹⁰⁸. Kefilin bu def'ilerden birinden feragat etmesi, diğerini etkilemez ¹⁰⁹. Ancak belirtmelidir ki; doğrudan doğruya kefile başvurulabilen hallerde artık kefil kendisine ait olan tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'ilerinin ileri sürme hakkını kaybetmiş olur ¹¹⁰. Rehin üçüncü kişi tarafından verilmiş ise kefaletten önce ya da kefalet sözleşmesi ile aynı anda kurulmuş olması gerekirken, rehin borçlu tarafından verilmiş ise kefaletten önce veya sonra olmasının bir önemi yoktur ¹¹¹. Kefil bu def'ilerden her zaman feragat edebilme hakkına sahiptir ¹¹².

“Ancak borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, kefilin önce rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmesi mümkün değildir” (TBK. m.585/2) .

¹⁰² Akıntürk, a.g.e., s.301., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.335., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.288., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.336., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., ss.372-373., Zevkliler vd., a.g.e., s.408., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.694-695., Develioğlu, a.g.e., s.40., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.114.

¹⁰³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.114.

¹⁰⁴ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.373., Zevkliler vd., a.g.e., s.408., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.115.

¹⁰⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.115.

¹⁰⁶ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.695.

¹⁰⁷ Yavuz vd., a.g.e., s.763.

¹⁰⁸ Zevkliler vd., a.g.e., s.408., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.695., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.115.

¹⁰⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.115.

¹¹⁰ Akıntürk, a.g.e., s.301., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.336., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.373., Zevkliler vd., a.g.e., ss.408-409.

¹¹¹ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., ss.372-373., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.695.

¹¹² Yavuz vd., a.g.e., s.763.

“Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir” (TBK. m.585/3).

2.3.2. Müteselsil (Zincirleme, Dayanışmalı) Kefalet

Adi kefaletin aksine, müteselsil kefalet; alacaklının öncelikle borçluya karşı gerekli takip işlemlerini yapmadan doğrudan kefile başvurduğu kefalet türüdür. Ancak alacaklı isterse borçluya karşı gerekli takip işlemlerini yapabilmektedir. Borçlu ödeme güçlüğüne olmasa bile asıl borç muaccel olduğu takdirde ödeme yapmadığı için alacaklı direk kefileden ödeme talep edebilecektir ¹¹³. Müteselsil kefalet adi kefalet göre daha ağır sorumluluk doğurur. Bu nedenle adi kefalet tanınan bir takım def’iler müteselsil kefalet tanınmamaktadır ¹¹⁴. Örnek verilecek olursa; kefil tartışma def’ini (önce asıl borçluya karşı gerekli takip işlemleri yapılmasını) ve rehlin paraya çevrilmesi def’in ileri süremez. Çünkü kefil, müteselsil kefil olmakla birlikte bu hakkından vazgeçmiş sayılır ¹¹⁵. Müteselsil kefil olmasına rağmen kefile tartışma def’i ileri sürme hakkı tanınmış ise; kefalet adi kefalet şeklinde hüküm ifade eder ¹¹⁶. Alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için, “borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçlüğü içinde olması gerekir” (TBK m.586/1). Aksoyoğlu’na göre; bu durumlarda herhangi bir ihtar gereksizdir doğrudan müteselsil kefile başvurulabilecektir ¹¹⁷. Bu koşullar gerçekleşmeden alacaklı müteselsil kefalet gittiği takdirde kefil kendisine tanınan geçici def’ileri kullanarak kendisine karşı yapılmış takibi sonuçsuz bırakabilecektir ¹¹⁸. Elçin Grassinger’e göre ödeme güçlüğünden kasıt; Asıl borç ile ilgili aciz vesikası alınması veya asıl borçlu hakkında konkordato mehli talep edilmiş olmasıdır. Asıl borçlu hakkında konkordato mehli verilmesi veya borçlunun iflasına karar verilmesi ödeme güçlüğü olarak değerlendirilmemektedir ¹¹⁹. Aksoyoğlu’na göre ise ödeme

¹¹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.120.

¹¹⁴ Sarı İyim, a.g.t., s.46.

¹¹⁵ Akıntürk, a.g.e., s.302., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.120-121.

¹¹⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.124.

¹¹⁷ Aksoyoğlu, a.g.m., s.103.

¹¹⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., s.49.

¹¹⁹ Elçin Grassinger, a.g.m., ss.49-50.

güçlüğünden kasıt; borçlunun iflasına karar verilmiş olması, kesin aciz belgesi alınması, Türkiye’de borçlu aleyhine takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli öncüde güçleşmesi, konkordato mehli verilmesi ve iflasın ertelenmesidir ¹²⁰. Yavuz/Acar/Özen’e göre ise; alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için asıl borçluya ait kesin aciz belgesine ihtiyaç duyulmamaktadır ¹²¹. Ödemede geciken asıl borçluyu sonuçsuz kalacak şekilde ihtar yapılması müteselsil borçluya başvurması için gerekli ve yeterlidir ¹²². Asıl borçluya çekilecek ihtar için kanun metninde bir şekil şartı ön görülmemiştir. İspat şartı açısından bu ihtarın noterde yapılması gerekmektedir. Zira noterde yapılmayan ihtarlar Tebligat Kanunu hükümlerine tabi olmayacakları için ihtarın usulüne uygun olmadığı düşünülebilecektir. Yapılacak ihtarın asıl borcun muaccel hale gelmesi ve ifada gecikmesinden sonra yapılması gerekmektedir. Asıl borçluya yöneltilmiş bir dava veya icra takibi de bir ihtar niteliğindedir. Bunun dışında başka bir ihtara gerek yoktur ¹²³. İhtar çekmeden doğrudan müteselsil kefile başvurulması mümkün olmayacaktır. Çekilen bu ihtara karşıda borçlunun kısmen ya da tamamen ¹²⁴ ödemede bulunmamış olması gerekecektir. Müteselsil kefile gidilebilmesi için borçlunun temerrüde düşülmüş olması şartı da aranmamaktadır ¹²⁵. Müteselsil kefile başvurabilmek için asıl borçlu hakkında yasal işlem başlatılması gibi bir zorunlulukta bulunmamaktadır ¹²⁶. Ayrıca asıl borçlunun ifada gecikmiş olabilmesi için muaccel olmuş esas borcun ifa edilmemiş olması gerekmektedir ¹²⁷. Kanunda yapılan bu değişiklik ile yukarıda bahsetmiş olduğumuz durumlarda kefalet borcu tali nitelikte olmayıp asli niteliktedir. Taraflar aksini düzenleyebilmektedirler ¹²⁸. Müteselsil kefalet, kefaletin asıl borca bağlılığı anlamında ki feri’liğinde bir değişiklik olmaz iken tali olma özelliği ortadan kalkmaktadır ¹²⁹. Yani asıl borç geçerli değil ise müteselsil kefalette geçerli değildir ve adi kefilde olduğu gibi asıl borçluya ait def’ileri, borç ilişkisinden doğan def’ileri¹³⁰

¹²⁰ Aksoyoğlu, a.g.m., s.103.

¹²¹ Yavuz vd., a.g.e., s.765.

¹²² Yavuz vd., a.g.e., s.765., Elçin Grassinger, a.g.m., s.49., Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹²³ Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹²⁴ Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹²⁵ Elçin Grassinger, a.g.m., s.49., Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹²⁶ Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹²⁷ Yavuz vd., a.g.e., s.765.

¹²⁸ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.337.

¹²⁹ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri ss.288-289., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.337.

¹³⁰ Reisoglu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.122.

de ileri sürebilirler ¹³¹. Eğer kefil bu haklarını ileri sürmez ise borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını kaybedebileceği gibi önemli ölçüde de yitirebilir (TBK m.591/3). Müteselsil kefalet bankalarda ve ticari hayatta tercih edilen bir kefalet türü olarak karşımıza çıkmaktadır ¹³².

Yeni Borçlar Kanunu (yTBK) madde 586’da düzenlenen müteselsil kefalet eski kanuna göre çok önemli değişikliğe uğramıştır ¹³³. Müteselsil kefaletin gerçekten “müteselsil” olduğunu söylemek çok güçtür. Adi kefalet ile müteselsil kefaletin arasında kalan “müteselsilimsi kefalet” veya “quasi-müteselsil kefalet” olarak karşımıza çıkmaktadır ¹³⁴.

Müteselsil kefalette, kefilin müteselsil kefil olabilmesi için mutlaka kendi el yazısı ile kefil olduğuna dair metnin kefalet senedinde bulunması şarttır (TBK m.583). Gerçek veya tüzel kişi açısından bir ayırım yapılmadığı için tüzel kişinin organını temsil eden kişi de kefilin müteselsil kefil olacağını el yazısı ile belirtmelidir ¹³⁵. Yani kefilin müteselsil kefil olabilmesi için yapılan sözleşmede bunun tereddütsüz ve açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Sözleşmede açıkça “müteselsil kefil”, “müşterek borçlu”, “müteselsil borçlu” veya bu anlamın çıkarılacağı başka bir anlatımla ¹³⁶ belirtildiği takdirde borç altına girebilmektedir ¹³⁷. Reisoğlu’na göre ise; mutlaka “müteselsil kefalet” ibaresinin bulunması şart değildir. Senet içerisine yazılmış başka ifadelerden de anlaşılabilir ise buna benzer ifadelerin bulunması şart değildir ¹³⁸. Burada önemli olan kefalet senedinde kullanılan deyimlerin müteselsilliyi çağrıştırmasıdır ¹³⁹. Durumun gereği; müteselsil kefaletin kabul edilmesi için bir kıstas değildir ¹⁴⁰. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m.586’nin ilk cümlesinde; ”Kefil,

¹³¹ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., ss.373-374., Zevkliler vd., a.g.e., s.409., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.698.

¹³² Akıntürk, a.g.e., s.302., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.336.

¹³³ Barlas, a.g.e., s.222., Koç, a.g.m., s.56., Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹³⁴ Barlas, a.g.e., s.222.

¹³⁵ Özlem Acar. (2014). *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*. Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, ss.150-151.

¹³⁶ 818 sayılı eBK madde 487’ de “müşterek müteselsil borçlu” ifadesi kullanılmaktaydı. Bu da bazı tereddütlere neden olmaktadır ama müşterek müteselsil kefil olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 586 da müteselsil kefil ya da bu anlama gelecek ifadelerin kullanılması yeterli görülmüştür. Böylelikle uygulamadaki tereddütlerde giderilmiştir. Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.699., Koç, a.g.m., s.56., Aksoyoğlu, a.g.m., s.102.

¹³⁷ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.289., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.337., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.374., Zevkliler vd., a.g.e., ss.409-410.

¹³⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.122., Gündüz, a.g.t., s.80., Acar, a.g.t., s.151.

¹³⁹ Akıntürk, a.g.e., s.302., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.336., Gündüz, a.g.t., s.80., Acar, a.g.t., s.151.

¹⁴⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.122., Acar, a.g.t., s.151.

müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse” şeklinde açıklanmıştır. Kefalet senedinde kullanılan ifadelere bakarak kefalet türünü belirlemek doğru değildir. Çünkü kullanılan ifadelerden çok sözleşme yapılmasındaki amaç ve iradeleri önem taşımaktadır (TBK m.19). Örnek verilecek olursa; kefalet sözleşmesi müteselsil kefil olarak imza altına alınmış olup, buna rağmen sözleşmede ilk önce asıl borçluya karşı gerekli takip işlemlerini yapılacağı ve takibin sonuçsuz kalması halinde kefile başvurulabileceği kararlaştırılmış ise adi kefaletten bahsedilecektir ¹⁴¹.

Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Alacaklı önce rehinleri paraya çevirecektir ¹⁴². “Ancak alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir” (TBK m.586/2). Hâkim rehlin paraya çevrilmesi yolu ile alacağın karşılanan ve karşılanmayan kısmını kararında göstermesi gerekmektedir¹⁴³. Hâkim tarafından verilecek bu karar tespit niteliğinde olacaktır ¹⁴⁴. Alacak aynı zamanda taşınmaz rehni ile de teminat altına alınsa dahi kefil taşınmazın paraya çevrilmesi def’ini ileri sürme hakkına sahip değildir ¹⁴⁵. Müteselsil kefilin def’i haklarını kullanabilmesi için bu rehinlerin kefaletten önce veya sonra olmasının bir önemi olmadığı gibi asıl borçlu veya üçüncü kişiler tarafından verilmesinin de bir önemi yoktur ¹⁴⁶. Barlas’a göre; madde metninde yer almayan “hak rehni” de madde kapsamına dâhil edilmelidir. Taşınır rehni türü olan hapis hakkı da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Maddede yer alan mahkemenin hangi mahkeme olduğu açık olmaması (sulh mu, asliye mi), görev açısından da sıkıntılara yol açabilecektir. Ayrıca rehlin alacağın tamamını karşılayamayacağı tespit edildiğinde, kefile alacağın tamamı için ya da rehin ile karşılanmayan kısım için başvurulacağı da kanun metninde yer almamaktadır. Bu durumda rehin ile karşılanmayan kısım için kefile başvurulmalıdır¹⁴⁷.

¹⁴¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.699., Acar, a.g.t., s.151.

¹⁴² Elçin Grassinger, a.g.m., s.50., Aksoyoğlu, a.g.m., s.103.

¹⁴³ Yavuz vd., a.g.e., s.766., Elçin Grassinger, a.g.m., s.50.

¹⁴⁴ Elçin Grassinger, a.g.m., s.50.

¹⁴⁵ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.698., Aksoyoğlu, a.g.m., s.103.

¹⁴⁶ Yavuz vd., s.766.

¹⁴⁷ Barlas, a.g.e., s.224.

Bütün kefalet türlerinde olduğu gibi müteselsil kefalette de “kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir” (TBK m.590/2). Hükümden de anlaşılacağı üzere kefile tanınmış olan def’i hakkı “takibin durdurulması def’i” dir. Kefilin alacaklının zararını engellemek kaydıyla vereceği aynı teminat, alacak rehin ile teminat altına alınmış ise rehnin paraya çevrilmeye kadar ya da alacaklının asıl borçludan alacağını alacağı süreye kadar kefile karşı yöneltilmiş takibin durdurulmasını sağlayacaktır ¹⁴⁸.

Kefalet senedinde, kefaletin müteselsil olduğu anlaşılıyor ise adi kefalet olduğu kabul görmektedir. Bunun nedeni ticari olmayan işlerde adi kefaletin söz konusu olmasıdır. Bunun aksine; teselsül karinesine binaen ¹⁴⁹ ticari niteliğe haiz bir iş nedeniyle yapılan kefalet sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadıkça kefiller arasında kefaletin ve asıl borçlu ile kefil arasındaki kefaletin müteselsil olduğu kabul edilir (TTK m.7) ¹⁵⁰. Baş’a göre; TTK madde 7 ticari işler için getirilen bir özel düzenlemedir. Her ne kadar kefil müteselsil kefil olacağına dair bir ifadeyi kefalet sözleşmesinde belirtmese de TTK madde 7 gereğince ticari iş olduğundan müteselsil kefalet kabul edilir ¹⁵¹. Reisoğlu’na göre ise; TBK madde 583/1, TTK madde 7/1’de düzenlenen teselsül karinesini ortadan kaldıracaktır ¹⁵². Acar’a göre; TTK madde 7’deki teselsül karinesi sadece ispat açısından önemlidir. TBK madde 583/1’de düzenlenen şekil şartını ortadan kaldırmayacaktır. Ticari işlerde de TBK madde 583/1’deki hükümler uygulanacaktır yani kefil müteselsil kefil olacağına dair bir ifadeyi kendi el yazısı ile yazmaması halinde müteselsil kefalet yerine adi kefalet kabul edilecektir ¹⁵³. Bu gibi hallerde kefalet kanun maddesi gereğince müteselsildir. Kısacası, adi işlerde kefaletin adi kefalet olduğu, ticari işlerde bilhassa bankalarda müteselsil kefalet olduğu kabul edilir ¹⁵⁴. Bir diğer deyiş ile adi kefalet normal kefalet türü olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle TTK m. 7’deki istisna dışında, eğer senetten

¹⁴⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., s.53.

¹⁴⁹ Akıntürk, a.g.e., s.302., Akıntürk ve Ateş Kahraman,a.g.e., s.337.

¹⁵⁰ Gündüz, a.g.t., ss.80-81., Acar, a.g.t., s.152., Y.19.HD., 18.06.2016 T., 2016/2405 E., 2016/10936 K. Muhalefet Şerhi’ ne göre ise; “6102 Sayılı TTK’nun 7. maddesinin; 6098 Sayılı TBK’nun 583/1 maddesinin müteselsil kefilin bu sıfatını el yazısıyla yazmasının geçerlilik bakımından zorunlu bir şekil şartı saymasını ortadan kaldırdığını kabul etmek mümkün değildir”. (www.kazancı.com)

¹⁵¹ Ece Baş. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHFİM*, 70(2):134., Acar, a.g.t., s.152.

¹⁵² Seza Reisoğlu. (2013). *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara, s.35., Acar, a.g.t., s.152.

¹⁵³ Acar, a.g.t., s.152.

¹⁵⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.113., Gündüz, a.g.t., s.81.

müteselsil kefil olma iradesi anlaşılıyor ise adi kefalet kabul edilecektir. Böylelikle müteselsil kefil olma iradesi sözleşme metninden açıkça anlaşılmadığı durumlarda senet metnin önem arz edecektir ¹⁵⁵.

Kefaletin müteselsil olduğu sözleşme kurulurken kararlaştırılabileceği gibi sonradan da kararlaştırılması mümkündür. Yani adi kefalet olarak kurulan kefalet sözleşmesi daha sonra müteselsil kefalet olarak değişebilmektedir. Ancak bu durum kefilin durumunu ağırlaştıracağı için kefaletin şekline uygun olarak yapılması gerekmektedir ¹⁵⁶. Müteselsil kefalet, adi kefalet dönüşürülürken şekil serbestisi, aksi durumunda yazılı şekil aranır. Zira müteselsil kefalet kurulurken yazılı şekil şartı yerine getirildiği için adi kefalet dönüşürülürken tekrar bir yazılı şart olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

İcra zaptında bulunan “kefaletler de müteselsil kefalet hükmündedir” (İİK m.38). Reisoğlu’na göre de; icra kefaletlerinde müteselsil kefalet hükümleri uygulanacaktır ¹⁵⁷. Yargıtay da aynı görüşü savunmuştur ¹⁵⁸. İcra kefaletlerinde müteselsil kefalet hükümleri uygulanacağından TBK madde 583 ve 584’de düzenlenen şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmelidir. Aksi halde yapılan icra kefaleti geçerli olmayacaktır ¹⁵⁹.

Yargıtay’ın kefilin;

“icra kefil olmayı kabul ettiğini beyan edip tutanağın altına da kefilliği kabul ettiğini el yazısıyla yazmış ve TBK’nın 584.maddesi uyarınca eşi Y.’nin muvafakati alınmışsa da tutanağın incelenmesinde kefil olunan miktarın yazılı olmadığı gibi kefilin müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girdiğini belirtmediğinden kefaleti geçersiz” saydığı kararlarda mevcuttur ¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Gündüz, a.g.t., ss.80-81.

¹⁵⁶ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.700.

¹⁵⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.142.,Acar, a.g.t., s.153.

¹⁵⁸ Y.12.HD., 15.06.2017 T., 2017/4099 E., 2017/9461 K. (www.kazancı.com)

¹⁵⁹ Y.12.HD., 24.05.2016 T., 2016/1454 E., 2016/14610 K., Y.12.HD., 12.04.2016 T., 2015/31835 E., 2016/10666 K., Y.12.HD., 09.03.2016 T., 2016/1536 E., 2016/6887 K., Y.12.HD., 16.02.2015 T., 2014/27905 E., 2015/2751 K., Y.12.HD., 26.11.2013 T., 2013/31202 E., 2013/37362 K.,Y.12.HD., 08.10.2015 T., 2015/14121 E., 2015/23672 K., “Üçüncü kişilerin, icra dairesi önünde takip borçlusunun borcuna kısmen veya tamamen kefil olması, diğer bir ifade ile borcun ödenmesini kısmen veya tamamen üstlenmesi halinde icra kefaleti doğar. İcra kefaletleri, müteselsil kefalet hükmünde olup icra kefaletinin şekli hakkında ise, İcra ve İflas Kanunu’nda özel bir düzenleme bulunmadığından kefalet tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 583 ve 584. maddesi hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir”.

“... Ancak ve sadece usulüne uygun olarak verilen icra kefaletleri ilam hükmünde belge sayılacağından TBK’nun 583 ve 584. maddeleri hükümlerine uygun olarak yapılmış olması zorunludur. Anılan maddeler koşullarında yapılmayan icra kefaletinin ilam niteliğini taşıdığı düşünülemeyeceği gibi böyle bir belge esas alınarak ilamlı icraya dair İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulanmasına ve icra kefil hakkında işlem yapılmasına da imkân bulunmamaktadır”. (www.kazancı.com)

¹⁶⁰ Y.12.HD., 12.11.2013 T., 2013/26044 E., 2013/35576 K. (www.kazancı.com)

TTK madde 7'deki gibi İİK madde 38'de sözleşme ile aksinin düzenlenmesi öngörülmemiştir ¹⁶¹.

Tüketici alacaklarına karşılık verilen kişisel teminatlar, kural olarak müteselsil kefalet niteliği taşır (TKHK m.4/6).

2.3.3. Birlikte Kefalet

Birden fazla kişinin aynı borca birlikte kefil olmasına birlikte kefalet denilmektedir ¹⁶². Birlikte kefaletinin geçerli olması için bir anlaşma şart olmadığı gibi, birlikte kefil olduğunun kefalet senedinde gösterilmesi de şart değildir. Ancak kefillerden en az birinin kefaletten haberdar olması ve buna göre sorumluluk altına girmesi gerekmektedir. Kefillerin kefil olma iradelerinin de aynı zamanda olması da şart değildir. Aynı kefalet senetleri üzerinde de yapılması mümkündür ¹⁶³. Gerçek anlamda birlikte kefaletten bahsedebilmek için, birlikte kefillerin aynı borç için kefil olduklarını bilmeleri gerekmektedir ¹⁶⁴. Borcun aynı olması yeterli olmayıp, tek bir borç olması gerekmektedir ¹⁶⁵. Kefillerin birlikte kefil olma konusunda anlaşmalarına veya sözleşme yapmalarına gerek yoktur. Sadece birbirlerinin kefaletinden haberdar olarak ve bunu bilerek kefalet altına girmiş olmaları veya başkalarının da bu borca kefil olacağı beklentisi ile taahhüt altına girmiş olmaları yeterlidir ¹⁶⁶. Kefillerin aynı anda kefalet altına girmeleri şart değildir ¹⁶⁷. Birlikte kefillerin bir kaç kişi bir kaç müteselsil kefil olabileceği gibi, sorumlu oldukları kısım alacağın farklı kısımları da olabilir ¹⁶⁸, hatta azami sorumluluk miktarı da farklı olabilir ¹⁶⁹. Ayrıca kefillerin kefalet taahhütlerinin niteliğinin ve kapsamının aynı olması da şart olmadığı gibi kefalet şartları ve süreleri de farklı olabilmektedir ¹⁷⁰. Kefiller birbirlerinden habersiz ve bağımsız aynı borca kefil oldukları takdirde kefillerinin her biri alacaklıya karşı

¹⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.142.,Acar, a.g.t., s.153.

¹⁶² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.126., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁶³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.126-127.

¹⁶⁴ Elçin Grassinger, a.g.m., s.51., Yavuz vd., a.g.e., s.768.

¹⁶⁵ Yavuz vd., a.g.e., s.768.

¹⁶⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.127., Barlas, a.g.e., Makalelerim s.387.

¹⁶⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.127., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.338., Yavuz vd., a.g.e., s.768., Barlas, a.g.e., Makalelerim s.387.

¹⁶⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.127., Zevkliler vd., a.g.e., s.410.

¹⁶⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.127.

¹⁷⁰ Yavuz vd., a.g.e., s.769.

borcunun tamamından sorumlu tutulurlar. Bu da gerçek olmayan birlikte kefalet veya bağımsız toplu kefalet olarak karşımıza çıkmaktadır ¹⁷¹. Gerçek olmayan birlikte kefalet ilk defa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. İsv. BK madde 497/son fıkrasına paralel bir şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 587 maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu kefalet çeşidinde kefiller tartışma def'inden faydalanabilseler de ¹⁷² bölme def'inden faydalanamazlar. Kefil kefalet sözleşmesini imzaladıktan sonra aynı borç için başka kefillerinde yükümlülük altına girdiğini öğrenmiş olsa dahi kefalet, gerçek olmayan birlikte kefalet şeklinde devam edecektir. Aralarındaki ilişki de gerçek olmayan birlikte kefalet ilişkisidir ¹⁷³. Ancak herhangi bir kefil borcu ödediği takdirde aksine anlaşma olmadıkça diğer kefillere sorumlu oldukları oranda rücu edebilme hakkına sahiptir ¹⁷⁴. 818 sayılı eBK'da birlikte müteselsil kefilin diğerine rücu hakkı ancak kendi payını aşan kısmında bir ödeme yapılması halinde geçerli olacaktır. Bu düzenlemeye Yeni Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyip kendi payından daha düşük ödeme yapan birlikte müteselsil kefilinde diğerine rücu hakkı doğacaktır ¹⁷⁵. Hangisinin bir diğerinden önce veya sonra kefil olduğunun da bir önemi yoktur ¹⁷⁶. Rücu edebilmek için rücu hakkından feragat edilmemiş olması gerekmektedir ¹⁷⁷. Kefillerden hiçbiri asıl borcun bir kısmının diğer kefil tarafından ödenmesi yönünde def'i ileri süremezler ¹⁷⁸.

Gerçek anlamda birlikte kefalet, adi birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olarak ikiye ayrılır.

2.3.3.1. Olağan (adi) birlikte kefalet

Birden çok kefilin aynı borca kefil olmaları haline adi birlikte kefalet denir. Birlikte kefalet, karine olarak adi (olağan) birlikte kefalet olarak kabul edilir ¹⁷⁹. Bölünebilen bir borca kefil olma şartı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile

¹⁷¹ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., ss.337-338., Akıntürk, a.g.e., s.303., Yavuz vd., a.g.e., s.767., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.125., Elçin Grassinger, a.g.m., s.52., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁷² Doktrinde genellikle bölme def'i olarak kullanılan def'i tediye def'i olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Anlamları aynı olmasa da anlatılmak istenen aynıdır. Yavuz vd., a.g.e., s.768.

¹⁷³ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.700-701.

¹⁷⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.701., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.338., Elçin Grassinger, a.g.m., s.52., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁷⁵ Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁷⁶ Elçin Grassinger, a.g.m., s.52.

¹⁷⁷ Elçin Grassinger, a.g.m., s.52.

¹⁷⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.125.

¹⁷⁹ Yavuz vd., a.g.e., s.769.

düzenlemeden kaldırılmıştır. Çünkü kefilin borcu zorunlu olarak bir para borcudur ve her zaman bölünebilme özelliğine sahiptir. Bu yüzden asıl borcun bölünebilir bir borç olması şart değildir ¹⁸⁰. Eski Borçlar Kanunu madde 488'e göre; eğer borç bölünemiyor ise adi birlikte kefaletin veya müteselsil birlikte kefaletin ¹⁸¹ olması mümkün değildi ¹⁸².

Adi birlikte kefalette, kefillerden “her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur” (TBK m.587/1). Her adi birlikte kefil kendi sorumlu olduğu miktar oranında alacaklıya karşı tartışma def’i ileri sürebilmektedir. Bunun yanında taksim def’ini de ileri sürerek sorumlu olduğu miktar üzerinden takip edilebilir. Sorumlu olduğu miktardan fazlası için her biri kefile kefil gibi sorumlu olduğu için alacaklının önce diğer kefillere başvurması gerekmektedir¹⁸³. Örnek verilecek olursa; 4000 liralık borca dört kişi adi birlikte kefil olmuş ise her biri alacaklıya kendi payı oranında yani 1000 liralık kısımdan sorumlu olduğunu ileri sürebilir. Buna taksim def’i denir. Ayrıca, kefillerden her biri kendi payı için adi kefalet gibi sorumlu oldukları için; tartışma def’ini ve rehnin paraya çevrilmesi def’ini alacaklıya karşı ileri sürebilirler ¹⁸⁴. Kısacası, kefillerden birine borcun tamamı için başvurulduğu takdirde sadece payı oranında sorumlu olduğunu ancak öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini ve rehin mevcut ise rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir ¹⁸⁵. Adi birlikte kefilin kendi sorumluluğu dışında, diğer kefillerin sorumlu olduğu miktarın alacaklı tarafından talep edilmesi durumunda önce diğer kefillere başvurulmasını isteyebilir ¹⁸⁶.

Her bir kefilin bütün sorumluluk miktarının kefalet senesinde gösterilmesi gerekmektedir. Gösterilmediği takdirde; her bir kefil eşit paylarla sorumlu olacaktır. Sorumlu olduğu miktardan fazla ödeme yapan kefil, diğer kefillere payları oranında rücu etme hakkına sahiptir. Eğer kefillerden herhangi biri sorumlu olduğu miktarı ödemekten aciz ise, diğer kefillerin onun sorumlu olduğu miktarı kefile kefil sıfatı ile

¹⁸⁰ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.338., Yavuz vd., a.g.e., s.769., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁸¹ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.374, Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.700, Zevkliler vd., a.g.e., s.410.,

¹⁸² Akıntürk, a.g.e., s.303., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.129., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁸³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.131.

¹⁸⁴ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.338, Akıntürk, a.g.e., s.303.

¹⁸⁵ Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.338, Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.290., Elçin Grassinger, a.g.m., s.51.

¹⁸⁶ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.338., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.290.

ve payları oranında ödemeleri gerekmektedir. Ancak aralarında anlaşarak bu sorumluluğu kaldırabilmeleri de mümkündür ¹⁸⁷.

Kefiller, kefile kefil sıfatı ile sorumluluklarını kaldıran anlaşma yapabilirler. Kefalet senedinde sadece pay oranları değil bütün sorumluluk tutarı gösterilmesi gerekmektedir ¹⁸⁸.

Kefalet senedinde kefillerin adi birlikte kefil olduklarına dair bir ibarenin bulunması şart değildir. Adi kefalette olduğu gibi adi birlikte kefalette de kefalet türü gösterilmemişse, adi birlikte kefalet kabul edilir. Müteselsil birlikte kefaletin kabul edilebilmesi için bunun kefalet senedinde anlaşılması gerekmektedir ¹⁸⁹.

2.3.3.2. Müteselsil (zincirleme) birlikte kefalet

Kefillerin birbirleri ile ya da borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olmayı üstlendikleri kefalet türüne müteselsil birlikte kefalet denir. Bu taahhüdün kefalet senedinde açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bir tereddüt oluşması halinde kefalet adi birlikte kefalet olarak kabul edilmektedir ¹⁹⁰. Kefiller birbirleri ile kefalet altına girdiklerinde sadece bölme def'inden feragat etmeyi kararlaştırabilirler. Borçlu ile birlikte kefalet altına girdiklerinde ise hem bölme def'inden hem de tartışma def'inden feragat edebilmektedirler. Ancak kefil tartışma def'inden feragat edip, bölme def'ini saklı tutabilir. Tereddüt olması halinde ise hem bölme def'inden hem de tartışma def'inden feragat ettikleri kabul edilmektedir ¹⁹¹.

Kefillerden her biri borcun tamamından sorumludur (TBK m.587/2). Eski Borçlar Kanunu'nda kefillerden herhangi biri bölme def'inde bulunamazdı ¹⁹². Ancak Yeni Borçlar Kanunu ile birlikte müteselsil birlikte kefillere bölme def'inden sınırlı olarak yararlanma hakkı tanımıştır. Alacaklı kefile başvurduğunda "kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye' de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir" (TBK m.587/2). Ancak kefiller tartışma def'inden de yararlanabilirler ¹⁹³. Kefilin tartışma def'inden yararlanabilmesi için; diğer kefillerin

¹⁸⁷ Yavuz vd., a.g.e., s.769.

¹⁸⁸ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.701., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.375., Zevkliler vd., a.g.e., s.411.

¹⁸⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.130.

¹⁹⁰ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.338., Akıntürk, a.g.e., ss.303-304., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.135.

¹⁹¹ Yavuz vd., a.g.e., ss.769-770.

¹⁹² Akıntürk, a.g.e., s.304., Barlas, a.g.e., s.225.

¹⁹³ Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.375., Zevkliler vd., a.g.e., s.411

kendi paylarını ödemiş olmaları ya da aynı bir güvence göstermiş olmaları gerekmektedir ¹⁹⁴. Kısacası, kendisinden ödeme yapılmasını istenen kefil sorumluluğun kendisi ile birlikte diğer kefiller arasında paylaşılmasını isteyebileceği gibi, payından fazla ödeme yapmayı da kabul etmeyecektir ¹⁹⁵.

Müteselsil birlikte kefillerin hepsi ile ilgili takip yapılması halinde, tüm kefiller asıl borcun tamamından sorumludur ve borcun paylaşılmasını da isteme hakkına sahip değildir ¹⁹⁶. Ancak ödeme yapan kefil, ödeme yapmayan diğer kefillere payları oranında rücu hakkına sahiptir ¹⁹⁷. Kefillerin iç ilişkilerinde müteselsil kefalet hükmü geçerli değildir. Her bir kefil diğer kefillere payından fazla ödemediği takdirde, yalnızca kefillerin payı oranında rücu edilebilir ¹⁹⁸.

Müteselsil birlikte kefalette, kefil esas borca diğerlerinin de kefil olduğu veya olacağı koşulu ile kefalet altına girmiş, bu kişiler kefil olmamış ise alacaklının bu durumu bildiğini veya bilebilecek durumda olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir (TBK m.587/3). Bu halde kefil kısmi olarak değil bütün olarak borçtan kurtulur. Kefalet hükümsüz kalması durumunda da yukarıdaki gibi kefil kefaletten kurtulmaktadır ¹⁹⁹. Bu konu ile ilgili eski kanunda sadece başka kişilerin aynı borca kefil olacakları konusundan bahsederken yeni kanun ile hali hazırda kefil olmuş ve ileride kefil olacakları beklenen kefiller ile ilgili düzenlemeye gidilmiştir ²⁰⁰. Ticari işler için birlikte kefil olunması halinde aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil birlikte kefalet kabul edilir ²⁰¹.

Birlikte kefillerden biri alacaklıya kendi payından az olmamak koşulu ile kısmi ödeme yapmak isterse alacaklı bu teklifi kabul etmek zorundadır. Alacaklı bu teklifi kabul etmez ise temerrüde düşmüş sayılmaz. Ancak kendi payı oranında ödeme yapmak isteyen kefil kefalet borcundan kurtulur. Ayrıca diğer kefillerinde

¹⁹⁴ Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

¹⁹⁵ Yavuz vd., a.g.e., s.770.

¹⁹⁶ Müteselsil birlikte kefillerin sınırlı olarak sahip oldukları bölme def'ini kullanamamaları için; kefillerin hepsine karşı takibe geçilmesi yeterlidir. Takibin sonuçlanması ya da tüm kefiller hakkında borç ödmeden kesin aciz belgesi alınması gerekli değildir. Yavuz vd., a.g.e., s.770.

¹⁹⁷ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.339.

¹⁹⁸ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.702., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.375., Zevkliler vd., a.g.e., s.411

¹⁹⁹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.702.

²⁰⁰ Barlas, a.g.e., s.225.

²⁰¹ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.339., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.290.

sorumlulukları da o oranda azalır (TBK m.593)²⁰². Alacaklı bu kısmi ödeme teklifini kabul ettiği takdirde, diğer kefillerin sorumluluğu da ödeme yapılan oranda azalır²⁰³.

2.3.4. Kefile Kefalet

Kefile kefalet ve rücu kefalet taahhüt olarak adi kefalet ve müteselsil kefaletin bir çeşidi olarak kabul gördüğünden kefile kefil ve rücu kefil Alman Medeni Kanun’unda ayrıca düzenlenmemiştir²⁰⁴. Asıl kefilin alacaklıya karşı taahhüt altına girdiği borcun temini için; alacaklı ile başka bir kefilin anlaşma yapmasına, kefile kefalet denilmektedir. Asıl borçluya ve asıl kefile başvurmadan kefile kefil olan şahsa başvurmak mümkün değildir. Ancak aciz, iflas veya bunlar adına Türkiye’de takip yapılamaması halinde kefile kefil olan şahsın borcu ödemesini istemek mümkündür. Kefalet sözleşmesinde asıl kefil ile kefile kefilin müteselsil olarak sorumlu olacağı kararlaştırılabilir (TBK m.588/1). Kefile kefil önce asıl borçlunun ve asıl kefilin takip edilmesini isteyebileceği (tartışma def’i)²⁰⁵ gibi bunların sahip olduğu tüm def’ileri de ileri sürebilmektedir²⁰⁶.

Bu kefalet sözleşmesinin tarafları “alacaklı” ile “kefile kefil” dir. Asıl kefil esas borçlu niteliğindedir. Buna rağmen alacaklıda bir değişiklik bulunmamaktadır. Yani asıl kefalet sözleşmesinin de kefile kefalet sözleşmesinin de alacaklısı aynı kişi olacaktır²⁰⁷. Bu tür kefalet sözleşmesinde kefile kefil alacaklıya bir tür güvence vermektedir. Kefile kefil adi kefil gibi sorumluluk altına girmektedir (TBK m.588/1). Bu nedenle ilk olarak borçlu ve asıl kefil takip edilmedikçe, kefile kefile başvurmak mümkün değildir. Ancak kefile kefil müteselsil olarak sorumluluk altına girdiyse alacaklı direkt olarak bu kişiye başvurma hakkına sahiptir²⁰⁸. Burada müteselsil kefaletten farklı olarak; borcu ödeyen asıl kefilin, kefile kefil olan şahsa rücu hakkı yoktur²⁰⁹. Ancak borcu ödeyen kefile kefil, asıl kefile rücu edebilecektir²¹⁰.

Alacaklı ile borcun temin edilmemesi durumunda diğer kefile yapılacak olan sözleşme yazılı şekilde yapılır. Kefile kefilin sorumlu olduğu miktar asıl kefilin

²⁰² Barlas a.g.e., s.225., Elçin Grassinger, a.g.m., s.57.

²⁰³ Yavuz vd., a.g.e., ss.770-771., Elçin Grassinger, a.g.m., ss.57-58.

²⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.149.

²⁰⁵ Zevkliler vd., a.g.e., s.412., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.703.

²⁰⁶ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri ss.339-340., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri ss.290-291.

²⁰⁷ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.703., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.149.

²⁰⁸ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.339., Akıntürk, a.g.e., s.304.

²⁰⁹ Yavuz vd., a.g.e., s.771.

²¹⁰ Zevkliler vd., a.g.e., s.412., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.703.

sorumlu olduğu kadardır. Ancak kefile kefil, asıl kefile karşı yapılmış takip veya açılmış dava masraflarından da sorumludur. Ayrıca kefile kefilin sorumluluğunun asıl kefilin sorumluluğundan daha az olacağı sözleşmede kararlaştırılabilir ²¹¹.

Kefile kefil ilk kefaletin geçersiz olduğunu her zaman ileri sürüp borçtan kurtulabileceği gibi, yalnızca ilk kefilin sorumlu olduğu miktar ile sorumlu olacaktır. Kefile kefil asıl borçlunun edimini ifa etmiş ise burada kefile kefalet değil adi kefalet söz konusu olur ²¹².

Kefile kefil ilk kefilin sahip olduğu, asıl borçlunun sahip olduğu ve asıl borç ilişkisine ait def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilir. Örneğin, asıl borcun geçersiz olması durumunda kefile kefil de ödemededen kaçınabilir ²¹³.

2.3.5. Rücua Kefalet

Asıl borcun ödenmemesi halinde, alacaklıya ifada bulunan kefil ödediği oranda borçluya rücu hakkına sahip olacaktır. Kefilin yaptığı ödemeyi rücu hakkı doğrultusunda borçludan geri alması da güçtür. Bu nedenle rücua kefalet ile bunun önüne geçilmektedir. Yani asıl kefil borcu ödemesiyle borçluya karşı sahip olduğu rücu alacağını rücua kefalet ile garanti altına almaktadır (TBK m.588/2) ²¹⁴.

Rücua kefalet; “asıl (ilk) kefil” ile “rücua kefil” arasında kurulan bir kefalet sözleşmesidir. Rücua kefil; asıl kefilin borçludan rücu sebebiyle doğmuş alacağını alamaması halinde ona sağlanmış bir güvence niteliğindedir. Yani rücua kefil de asıl kefil gibi borçlunun edimine verilen bir güvencedir. Yalnız bu güvence alacaklıya değil bizzat asıl kefile verilmiştir ²¹⁵.

Rücua kefil, kefile kefilde olduğu gibi adi kefalet hükümlerine tabidir ²¹⁶. Ancak rücua kefil ile asıl borçlunun müteselsilen sorumluluk altına girebilmeleri de mümkündür ²¹⁷.

²¹¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.703.

²¹² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.150.

²¹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.151.

²¹⁴ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.291., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.340.

²¹⁵ Akıntürk, a.g.e., s.304., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.339.

²¹⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.151.

²¹⁷ Yavuz vd., a.g.e., s.771., Akıntürk, a.g.e., s.305., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340.

Rücu kefil de tartışma def'ini ileri sürme hakkına sahiptir. İlk olarak esas borçluya karşı gerekli takip işlemlerinin yapılmasını, borç karşılanmadığı takdirde kendisine başvurulmasını talep edebilir ²¹⁸.

Banka teminat mektuplarını, güvence altına almak için yapılmış olan kontr-garanti sözleşmeleri yapısı itibariyle rücu kefalet olarak karşımıza çıkmaktadır ²¹⁹.

2.3.6. Zarara (Açığın Kapatılmasına) Kefalet

Zarara kefalet Yeni Borçlar Kanunu ile birlikte düzenlenmiş bir kefalet türüdür²²⁰. Açığa kefalette kefilin savunma haklarını kullanması diğerlerine nazaran daha kolay olduğu gibi tali niteliğin de en çok kullanıldığı bir kefalet türüdür ²²¹. İsviçre Borçlar Kanunu madde 495 f.3'e benzer olarak TBK madde 585'te düzenlenmiştir. Kanun metnine göre; "Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir". Yani kefil, alacaklının borçludan karşılayamadığı miktarı karşılamayı üstlenir. Örneğin; asıl borçlunun iflasında, iflas takibinin kesinleşmesi ya da tasfiye durumunda alacaklı alacağı karşılayamaz ise karşılanmayan kısmı zarara kefil üstlenir. Aynı durum konkordato içi de geçerlidir. Alacaklı borçlunun konkordatosu dışında kalan kısım için konkordato sonucunu beklemeden doğrudan zarara kefile başvurabilir. Hâlbuki adi kefalette alacağın tamamı için kefil takip edilebilecektir ²²². Adi kefaletle oranla daha az korunmaktadır ²²³. Zarara kefalette, kefilin sorumluluğu borcun tamamına ilişkin olmayıp alacaklının asıl borçluyu takip ettikten sonra karşılanmayan miktara ilişkindir ²²⁴.

Kaynak İsv. Borçlar Kanunundan farklı olarak alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olacağı taraflar arasında kararlaştırılabilecektir ²²⁵.

²¹⁸ Zevkliler vd., a.g.e., s.412., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.703., Akıntürk, a.g.e., ss.304-305., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340.

²¹⁹ Akıntürk, a.g.e., s.305., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340.

²²⁰ Barlas, a.g.e., s.222., Aksoyoğlu, a.g.m., s.101.

²²¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.697.

²²² Yavuz vd., a.g.e., s.772.

²²³ Aksoyoğlu, a.g.m., s.101.

²²⁴ Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018., Aksoyoğlu, a.g.m., s.101.

²²⁵ Aksoyoğlu, a.g.m., s.101.

2.4. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Kefilin sorumlu tutulacağı miktar kefalet sözleşmesinin doğduğu hukuki işlemdeki miktar ile sınırlıdır. Ancak sorumluluğun kapsamı sözleşmede genişletilebilmektedir. Yani TBK madde 589’da düzenlenen hüküm emredici değildir. Taraflar sorumluluğun kapsamını genişletme serbestisine sahiptir. Ancak taraflar arasında belirtilecek bu miktar, kefalet sözleşmesinde belirtilen miktarın üzerine çıkamaz²²⁶. Kısacası kefilin sorumluluğu, kefalet senedinde rakam ve yazıyla gösterilen azami miktar ile sınırlandırılmıştır ve bu sınırı geçemez. Eğer kefilin sorumlu olacağı miktar kefalet sözleşmesinde gösterilmez ise kefalet sözleşmesi geçerli olmaz²²⁷. Kefilin sorumluluğu asıl borcun ödenmemiş olmasına bağlıdır²²⁸. Burada asıl borçlu veya kefile kefalettteki kefilin asıl borcu ödememesi durumunda kefilin sorumluluğu doğmaktadır²²⁹. Yeni Borçlar Kanunu madde 589 ile kefilin sorumluluğunun kapsamı 818 sayılı eBK göre daraltılmıştır²³⁰. Kanun metnine göre: “Sözleşmede ayrıca kararlaştırılmadıkça kefil, sadece borçlunun kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumlu olacaktır (TBK m.589/3). Önceden doğan borçlar kefilin sorumluluk kapsamına girmemektedir. Hüküm emredici değildir. Kefil asıl borçlunun kefalet sözleşmesi kurulmasından önceki borçları için de sorumluluk altına girebilir²³¹. “Kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarar ile ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin yapılacak tüm anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür” (TBK m.589/4). Bu nedenle, ceza koşulu miktarının kesin hükümsüzlük açısından bir önemi yoktur. Bu konuda yapılan tüm anlaşmalar geçersizdir²³². Kanun metni emredicidir²³³. TBK m.589/4’teki düzenleme 818 sayılı eBK ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda bulunmayan bir uygulama olmasına rağmen, kefilin fer’ilik niteliğine uygun kabul edilmiştir²³⁴. Kanunun kefil koruma amacının gerçekleşebilmesi için, sorumlu olacağı miktarın kefalet senedinde gösterilmesi

²²⁶ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.704., Koç, a.g.m., s.56., Elçin Grassinger, a.g.m., s.55.

²²⁷ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.291., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.340.

²²⁸ Akıntürk, a.g.e., s.305., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340.

²²⁹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.705., Zevkliler vd., a.g.e., s.412., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376.

²³⁰ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340.

²³¹ Mehmet Deniz Yener. (2012). Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 3(7):108., Acar, a.g.t., s.157., Aksoyoğlu, a.g.m., s.105.

²³² Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.705., Koç, a.g.m., s.57., Elçin Grassinger, a.g.m., s.55., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ss.30-31.

²³³ Elçin Grassinger, a.g.m., s.55., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.31.

²³⁴ Koç, a.g.m., s.57.

gerekmektedir. Bu İsviçre Borçlar Kanununda da açıkça belirtilmektedir. Bu durumda alacaklı kefalet sözleşmesini düzenlerken, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı asıl borcun biraz üzerinde tutularak belirtilmelidir²³⁵.

Ayrıca kefilin sorumluluğu sözleşmede belirlenen hukuki işlemlerle sınırlıdır. Bu sorumluluk belirli bir hukuki işlemle sınırlandırılmış ise bunun dışındaki işlemlerden kefilin sorumlu tutulması mümkün değildir²³⁶.

Kefilin sorumlu olduğu kısım, asıl borç mu olduğu yoksa asıl borç dışında kalan bir yan borç mu olup olmadığı bilinmesi gerekmektedir. Her ne kadar kanun da kefilin sorumlu olacağı en çok miktarın sözleşmede gösterilmesinin gerektiği belirtilse de en çok miktarın neleri kapsadığını bilmek gerekir²³⁷. TBK madde 589'da kefilin sorumluluğu kalemler tek tek incelenmiştir. Bunlar borcun aslı, borçlunun kusur ve temerrüdünün sonuçları, dava ve takip masrafları, sözleşme faizleridir. Tarafların anlaşması durumunda ise yukarıda sayılanlar dışında başka kalemlerden de sorumlu olunabilmesi mümkündür²³⁸. Bunların yanında asıl borçlu hakkında yapılan icra takip masrafları ve rehin devri sırasında oluşabilecek masraflar da bu kapsama dâhil edilecektir²³⁹. Bu kalemler kapsamına menfi zarar ve cezai şart girmeyecektir²⁴⁰.

2.4.1. Borcun Aslı

Kefil ilk olarak asıl borçtan sorumludur (TBK m.589/2). Yalnız kefilin borcu fer'i borç niteliğinde olduğundan dolayı asıl borcun sona ermiş olması kefilin sorumluluğu ortadan kaldırır iken, asıl borcun azalması durumunda kefilin sorumluluğu da o oranda azalmaktadır²⁴¹. Asıl borcun artışı durumunda kefilin sorumluluğunun kapsamı sorumluluk sebebine göre değişkenlik gösterebilecektir. Kefil, kefalet sözleşmesi yapılırken taraflarca öngörülen artışlardan azami sorumluluk tutarına kadar sorumlu tutulacaktır. Bunun için ayrıca kefilin rızasına gerek yoktur. Fakat asıl borcun kapsamı kefalet sözleşmesi yapılırken öngörülemez şekilde artış gösterirse kefilin sorumluluğundan bahsedilmez²⁴². Kefilin taahhüt altına girdiği

²³⁵ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.373.

²³⁶ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.704.

²³⁷ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.705., Zevkliler vd., a.g.e., s.412., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376.

²³⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., ss.54-55., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.30.

²³⁹ Aksoyoğlu, a.g.m., s.106.

²⁴⁰ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.31.

²⁴¹ Akıntürk, a.g.e., s.305., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.340., Yener, a.g.m., s.106.

²⁴² Yener, a.g.m., s.108.

borcun, hangi borç olduğu kefalet sözleşmesinden anlaşılması gerekmektedir ²⁴³. Kefilin, borçlunun hangi borcuna kefil olduğu bilinmiyor ise belirlenebilirlik olmayacağı için kefalet sözleşmesi geçerli değildir ²⁴⁴. Borç belirtilmeden “A’nın B’ye olan bütün borçlarına 200 TL ye kadar kefilim” ve “müşterinin bankaya borçlandığı veya ileride borçlanacağı her türlü borç ve yükümlülüklerde kefil sıfatıyla sorumlu olacağım” gibi taahhütler belirlilik ilkesine aykırı düştüğü oranda geçersiz olacaktır. Ancak cari hesapla verilen kefaletler geçerlidir ²⁴⁵. Zira kefilin sorumluluk kapsamı, ileride doğabilecek borçlarının hangi borç ilişkisinden kaynaklandığı ne borcu olduğu ve limiti belli olacaktır ²⁴⁶. Asıl borç belli olmadan kefilin azami miktarda sorumluluk altına girmesi durumunda hangi borç için kefil olduğu bilinmediği için kefalet geçerli olmaz ²⁴⁷. Kefalet sözleşmesine konu olan borcun belirli unsurları kapsamı gerektiği gibi kefaletle ilgili hususlarında şüpheye yer vermeyecek şekilde belirli olması gerekir²⁴⁸.

Asıl borç miktarı önceden belli olduğu için meydana gelen değişiklikler lehe ise kefil yararlanabilir. Aksi geçerli değildir ²⁴⁹. Çünkü asıl borcun durumunun ağırlaşması demek kefilin sorumluluğunu genişlenmesi anlamına gelmemektedir. Ayrıca borçlunun sorumluluğu genişlemesi durumunda kefil rızası olmazsa sorumlu olmaz ²⁵⁰. Bir diğer deyişle; asıl borç miktarının sonradan ek sözleşme ile artırılması durumunda, kefilin kefalet senedinde bulunan asıl borç miktarı dâhilinde sorumluluğu devam edecektir. Bu duruma genellikle kredi kartı sözleşmelerine kefaletlerde karşılaşılmaktadır ²⁵¹. Buna rağmen; kanundan, sözleşmeden veya bir işin niteliği gereğince asıl borç miktarında sonradan değişiklik olması durumunda kefilin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bunun yanında kefilin rızası dışında alacaklı ile asıl borçlunun arasında yaptıkları asıl borç miktarında ki artış kefilini bağlamayacaktır ²⁵².

²⁴³ Yavuz vd., a.g.e., s.772., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

²⁴⁴ Yener, a.g.m., s.107., Kefalet sözleşmesinin kefilini koruma amacı taşıdığı için asıl borcun belirli yada belirlenebilir olması gerekmektedir. Hangi borç için verildiği belli olmayan soyut kefalet sözleşmeleri geçerli olmayacaktır Y.13.HD., 03.12.1991 T., 7229 E., 10997 K. Sayman, a.g.t., s.114., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

²⁴⁵ Mahmut Bilgen. (2017). *Öğretide ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*. Adalet Yayınevi, Ankara, s.57., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

²⁴⁶ Bilgen, a.g.e., s.57., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

²⁴⁷ Bilgen, a.g.e., s.57.

²⁴⁸ Bilgen, a.g.e., s.57., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

²⁴⁹ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376., Gündüz, a.g.t., s.89.

²⁵⁰ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376.

²⁵¹ Gündüz, a.g.t., s.89.

²⁵² Reisoglu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.158-159., Gündüz, a.g.t., s.90.

Asıl borç miktarının belli olması da şart değildir. Belirlenebilir olması yeterlidir ²⁵³. Ancak bu şekli ile kefalet senedinde gösterilmesi gerekir ²⁵⁴. Önemli olan asıl borcun konusunun ve kapsamının belirtilmesidir. Ayrıca asıl borç miktarının kefalet sözleşmesinde muhakkak rakamla gösterilmesi şart olmayıp, yorum yapılarak veya asıl borç senedine atıfta bulunularak da asıl borç miktarı belirlenebilecektir. Asıl borç miktarının kefalet sözleşmesinde belirtilmesi; borcun ferdileştirilmesi ve kefilin azami sorumluluk miktarının hesaplanabilmesi açısından önem az edecektir ²⁵⁵. Kefilin sorumluluğunun miktarı kefalet sözleşmesinde gösterilir. Sözleşmede gösterilen miktar sorumluluğun üst sınırını belirler. Asıl borçlunun sorumlu olduğu miktar ne kadar ise kefil de o miktardan sorumludur. Kefil kısmi ödeme ve ibradan da yararlanabilir ²⁵⁶. Ayrıca sözleşme hangi borç için yapılmışsa kefil ondan sorumlu olur. Kefilin taahhüt vermediği bir borç için sorumlu olması mümkün değildir. Asıl borcuna neden olan sözleşmelerin yenilenmesi durumunda doğabilecek borçlardan da kefil sorumlu tutulamaz. Bunun en güzel örneği kira sözleşmeleridir. Kira sözleşmesi belirli süre ile yapılmış ve kefilde bundan dolayı kefil olmuş ise sözleşmenin yenilenmesi durumunda doğacak borçtan sorumlu değildir ²⁵⁷.

Kefilin sorumlu olacağı asıl borcun doğum zamanı yTBK ile birlikte değişikliğe uğramıştır. Türk Borçlar Kanunu madde 589'a göre: "Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumludur". Bunun aksi sözleşmede kararlaştırılabilir. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunu madde 499/Abs. 3'ten aynen alınmıştır ²⁵⁸.

Kefalet senedinde asıl borcun miktarı ve kapsamının belirtilmesi şart değildir. Asıl borç kefalet sözleşmesinden bağımsız borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye bakılarak belirlenir. Kefalet sözleşmesinde belirtilen miktar ise kefilin sorumluluk altına girip takip edilebileceği miktardır. Kefilin sorumlu olduğu asıl borç miktar olarak kefalet senedinde gösterilmemiş olsa da miktarın belirli veya belirlenebilir olması ²⁵⁹ durumunda, azami miktarın kefalet senedinde belirtilmiş olması yeterlidir²⁶⁰.

²⁵³ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376., Gündüz, a.g.t., s.87.

²⁵⁴ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.376.

²⁵⁵ Gündüz, a.g.t., s.88.

²⁵⁶ Yener, a.g.m., s.106.

²⁵⁷ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.705-706.

²⁵⁸ Barlas, a.g.e.,s.226.

²⁵⁹ Özen'e göre asıl borç miktarının kefalet sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Gündüz, a.g.t., s.84.

²⁶⁰ Yener, a.g.m., ss.106-107.

2.4.2. Borçlunun Kusur veya Temerrüdünün Kanuni Sonuçları

Kefil, “asıl borç ile birlikte borçlunun kusur veya temerrüdünün ²⁶¹ kanuni sonuçlarından da sorumludur” (TBK m.589/2). Kusur ve temerrütten kasıt; asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilememesi nedeniyle alacaklının uğradığı zarardır ²⁶². Kefil, borcun geç ödenmesi veya hiç ödenmemesi nedeniyle ortaya çıkacak müspet zarar ²⁶³ ve gecikme faizini ödemekle yükümlüdür. Kanun hükmünün aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Yani kefil asıl borcun ihlalinin akdi sonuçlarından ve kendi kusuruna dayanmayan kanuni sonuçlardan sorumlu olabilmektedir ²⁶⁴. Ancak kefil borcun geç ödenmesi ya da ödenmemesi durumunda ortaya çıkacak ve sözleşme ile kararlaştırılan cezai şarttan ve sözleşmenin feshi dolayısıyla ortaya çıkacak olan menfi zarardan sorumlu değildir. Ancak kefil menfi zarar dolayısıyla sorumluluk altına gireceğini belirtmiş ise kefil sorumlu olur ²⁶⁵. Aksi kararlaştırılmamış ise kefilin sözleşme cezası da ödeme yükümlülüğü yoktur ²⁶⁶. Yine borçlunun kusuru dışında ortaya çıkan durumlardan kefil sorumlu değildir ²⁶⁷.

Türk Borçlar Kanunu madde 589’da; ”Borçlunun kusuru veya temerrüdünün kanuni sonuçları” şeklinde bir ibare vardır. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere kefilin akdi sonuçlardan dolayı sorumluluğu yoktur. Yani kefil kararlaştırılan cezai şarttan sorumlu tutulamaz. Aksi sözleşmede kararlaştırılmaz. Kararlaştırılsa bile kesin hükümsüzdür (TBK m.589/2) ²⁶⁸. İsviçre Borçlar Kanunu madde 499/Abs.2, Ziff.1’e göre ise açıkça sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil madde hükümde belirtilen zarar ve cezai şarttan sorumlu olmaz. Yani kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nda bu hüküm emredici değilken Türk Hukukunda emredicidir ²⁶⁹.

²⁶¹ Akıntürk, a.g.e., s.306., Borçlunun temerrüdünün kanuni sonuçlarından kasıt; geç ifa neticesinde ortaya çıkan zarar ziyan, beklenmedik durumdan doğacak sorumluluk ve para borçlarında temerrüt faizi ile aşkın zarar halidir. Ve bu durumların ortaya çıkması halinden kefil sorumludur. Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.341.

²⁶² Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler ss.291-292., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341., Yener, a.g.m., s.109.

²⁶³ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

²⁶⁴ Yavuz vd., a.g.e., ss.772-773.

²⁶⁵ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.377.

²⁶⁶ Develioğlu, a.g.e., s.302.

²⁶⁷ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.707., Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.377.

²⁶⁸ Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.341.

²⁶⁹ Barlas, a.g.e., s.226.

2.4.3. Dava ve Takip Giderleri

Kefil, asıl borçlunun borcu ödememesi dolayısıyla borçlu aleyhine açılan dava masraflarından ve yapılan takip giderlerinde sorumludur ²⁷⁰. Bu kapsama vekâlet ücreti de dâhildir ²⁷¹. Ancak dava ve takip giderlerinin hüküm kapsamına dâhil olabilmesi için; yapılan takibin ya da açılan davanın usulüne uygun ve iyi niyet kapsamına dâhil olması gerekmektedir. Aksi halde kefilin dava ve takip giderlerinden sorumlu olması mümkün değildir. Ayrıca, kefilin bu dava ve takip giderlerinden sorumlu tutulabilmesi için; alacaklının kefile dava ve takibe başlamadan önce bildirimde bulunmuş olması gerektiği gibi, kefilinde bu bildirim dikkate almamış olması gerekmektedir (TBK m.589/2-2). Eğer alacaklı bu bildirim yani ihtarı yapmadan borçluya karşı dava açmış ya da takip yapmışsa kefil dava ve takip masraflarından sorumlu tutulamaz ²⁷². Kefilin borcunun asıl borçlunun borcundan sonra muaccel olacağı kararlaştırılmış ve kefilin borcu muaccel olmadan asıl borçluya karşı dava açılmış ise ya da takip işlemleri yapılmış ise bu giderlerden kefil sorumlu olmaz ²⁷³.

Yeni Borçlar Kanunu madde 589 ile kefilin kanunen sorumlu olduğu borç kalemine yeni bir hüküm eklenmiştir. Alacaklının kefile rehinli malın teslimi ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflarda kefilin sorumlu kapsamına dâhil edilmiştir ²⁷⁴. Bu da kaynak İsviçre kanunumuz olan OR Art. 499/Abs.2, Ziff.2'den alınmıştır ²⁷⁵.

Kefilin, birlikte kefile karşı yapılmış olan dava ve takip masraflarından sorumlu olması söz konusu değildir ²⁷⁶.

Kefilin kendisine karşı yapılmış dava masrafları ve takip giderleri azami sorumluluk dışında kalmaktadır. Şöyle ki; esas borçlunun borcunu ödemediği takdirde kefilin sorumluluğu, borçlu aleyhine yapılmış takip giderleri ve dava masrafları

²⁷⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.163., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.292., Kefil, borçluya yapılan takip giderleri ve dava masraflarından sorumlu olabileceği gibi kendisine yapılan takip giderlerinden ve dava masraflarından sorumlu olur. Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341.

²⁷¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.163., Yener, a.g.m., s.110.

²⁷² Akıntürk, a.g.e., s.306., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.342.

²⁷³ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.708., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.163.

²⁷⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.708., Barlas, a.g.e., s.226., Yavuz vd., a.g.e., s.773., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341., Yener, a.g.m., s.110.

²⁷⁵ Barlas, a.g.e., s.226.

²⁷⁶ Zevkliler vd., a.g.e., s.413., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.377., Yener, a.g.m., s.111.

kadardır. Burada miktar azami sınırlar içerisinde belirlenir. Kefilin kendi temerrüdünde ise kendisine karşı açılmış dava masraflarından ve takip giderlerinden azami miktar şeklinde sınırlandırmadan sorumludur²⁷⁷.

2.4.4. İşlemiş Bir Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faiz

Kefil, asıl sözleşmede bulunan asıl borç ile birlikte kararlaştırılan faizi de ödemekle yükümlüdür. Kefilin sorumluluğunun kapsamına dâhil olan faiz; sözleşme ile kararlaştırılan veya kanun tarafından belirtilen vadeye kadar işleyecek olan faizdir²⁷⁸. Ancak sorumluluğun kapsamı işlemekte olan faizle ve işlemiş olan bir yıllık faiz ile sınırlıdır (TBK m.589/2-3)²⁷⁹. Vade tarihinden geriye bir yıldan fazla faiz işlemesi durumunda bir yılı aşan kısım kefilin sorumluluğu dışındadır²⁸⁰. Ayrıca gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerinden sorumludur (TBK m.589/2-3). Yalnız bu hüküm emredici değildir ve aksi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Taraflar kefilin sorumluluğunun kapsamını yaptıkları sözleşmede daha geniş tutabilecekleri gibi daha dar da tutabilirler²⁸¹. Ancak kefilin sorumluluğunun arttırılabilmesi için kefaletin geçerli bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir²⁸². Her halükarda kefilin sorumluluğu tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları azami miktar kadardır²⁸³. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu madde 589'da sözleşmeden doğan faiz sınırlandırılmış olsa da, kefil bir süre sınırı olmadan temerrüt faizinden sorumlu olur²⁸⁴. Yani, temerrüt faizinde işlemiş olan bir yıllık faizden kefilin sorumlu olacağına dair sınırlama mevcut değildir²⁸⁵.

6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 589'da kefilin sorumluluğunun her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktar kadar olacağı düzenlenmiştir.

²⁷⁷ Yener, a.g.m., s.111.

²⁷⁸ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.292., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341.

²⁷⁹ Akıntürk, a.g.e., s.306., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.342., Zevkliler vd., a.g.e., ss.413-414., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.377.

²⁸⁰ Yener, a.g.m., s.112.

²⁸¹ Yavuz vd., a.g.e., s.773.

²⁸² Yener, a.g.m., s.112.

²⁸³ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.708.

²⁸⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.708., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341.

²⁸⁵ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.292., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.341., Yener, a.g.m., s.111., Develioğlu, a.g.e., s.303., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.164.

Kefil asıl borcun yanında borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan faizlerden sorumludur. Bunlardan sorumluluğu her daim azami miktar kadardır ve bununla sınırlı tutulmuştur²⁸⁶.

2.5. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Alacaklı ile kefil arasında kefalet ilişkisi dışında kefilin alacaklıya karşı ileri süreceği def'iler olduğu gibi, alacaklının da kefile karşı yükümlülükleri vardır. Ancak kefil asıl borcun yerine getirilmesi için gayret gösterme veya bir faaliyette bulunmak zorunda değildir²⁸⁷. Aşağıda kefilin hak ve yükümlülüklerine ve alacaklının kefile karşı sahip olduğu hak ve yükümlülüklerine kısaca değinilmektedir.

2.5.1. Kefilin Hak ve Yükümlülükleri

Mevcut borcun asıl borçlu tarafından ödenmemesi halinde alacaklı kefilin borcun ödenmesini isteyebilir. Kefil de alacaklıya karşı bazı def'iler ileri sürerek borcu ödemekten kaçınabilir. Kefil kendisine tanınan def'ileri ileri sürme hakkına sahipken, borçlunun sahip olduğu def'i ve itirazları da ileri sürebilir ve bununla yükümlüdür (TBK m.591/1). Bu da kefil için bir hak olduğu gibi aynı zamanda bir yükümlülüktür (külfettir)²⁸⁸. Def'i ve itirazlar gibi kanundan ve sözleşmeden doğan borçluya geçici veya devamlı olarak ödeme yapmaktan kaçınma hakkı veren tüm hakları ileri sürebilir²⁸⁹. Kefilin ileri sürmekle yükümlü olduğu asıl borçluya ait bu def'iler ve itirazlar; asıl borcun geçerli olmadığı, asıl borcun bir bölümünün ya da tümü ile ortadan kalktığı, asıl borcun muaccel olmadığı, borçluya ödeme ile ilgili mehil verildiği, asıl borcun zamanaşımına uğradığı, hukuka aykırılık, kusursuz imkânsızlık, ifa, ibra, imkânsızlık ve ehliyetsizlik nedeniyle asıl borcun imkânsız hale geldiği²⁹⁰, sözleşmenin eksik olduğu veya şekil şartlarına uymadığı, kanuna ve ahlaka aykırı olduğu, irade sakatlığı nedeniyle geçersiz olduğu, ve eşinin rızası olmadan

²⁸⁶ Barlas, a.g.e., Makalelerim, s.374.

²⁸⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.166.

²⁸⁸ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.293., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.342., Akıntürk, a.g.e., s.307., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.342., Yavuz vd., a.g.e., s.778., Develioğlu, a.g.e., s.365.

²⁸⁹ Develioğlu, a.g.e., ss.359-360.

²⁹⁰ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.293., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.343.

gerçekleştiği²⁹¹ şeklinde olabilir. Kefil bunun dışında borçlunun aczi ile ilgili olan²⁹², sadece esas borçlunun sahip olduğu def'ilerden yararlanma hakkına sahip değildir. Çünkü kefalet hükmü borçlunun aczi ihtimaline karşı alacaklıya temin amaçlı düzenlenmiştir²⁹³. Asıl borçlu yukarıda bahsi geçen def'ilerden feragat etse dahi, kefil bu def'ilerden yararlanabilir (TBK m.591/2). Ancak sadece asıl borçlu tarafından ileri sürülen def'ilerden kefilin yararlanma hakkı yoktur²⁹⁴. “Kefil asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödeme yapması halinde rücu hakkı saklıdır” (TBK m.591/3). “Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ettiği takdirde, kefil bunları ileri sürmüş olsaydı ödemedен kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder” (TBK m.591/3). Belirtmekte fayda görülen bir diğer husus ise, yenilik doğurucu haklar yönündendir. Asıl borçlu kendisine ait takas ve iptal hakkı gibi yenilik doğurucu haklardan feragat ettiği takdirde yapılan bu feragat kefil için de geçerlidir²⁹⁵. Borçlunun yanılma, sözleşme yapma ehliyetsizliği veya zamanaşımına uğramış bir borç nedeniyle yükümlülük altına girmediği halde kefil bunu bilerek kefil olduğu takdirde asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri süremez²⁹⁶. Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir (TBK m.591/4). Yani kefil esas borcun kumar veya bahisten doğduğunu ileri sürerek alacaklıya herhangi bir ödeme yapmayabilir²⁹⁷. Kefilin kumar ve bahisten önceden feragat etmiş olması da geçerli değildir. Kefil kumar ve bahis ile ilgili olan def'i hakkını alacaklıya karşı ileri sürmez ve ödemede bulunursa bu ödeme geçerli olmakla birlikte kefil borçluya karşı rücu hakkını kaybeder²⁹⁸.

Kefil asıl borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürdüğü gibi kendisine ait (şahsi, kişisel) def'i ve itirazları da ileri sürüp borçtan kurtulabilir. Bu def'i ve itirazlar; kefaletin geçerli olarak kurulmadığı, kefaletin bir bölümünün veya tamamının sona ermiş olduğu²⁹⁹, kefaletin geçerli olarak var olmadığı (iradelerin uyuşmaması, ehliyetsizlik, şekle uymama, kefilin imzasının sahte olması, irade fesadı, kefilin

²⁹¹ Develioğlu, a.g.e., ss.370-371.

²⁹² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.4.

²⁹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.176.

²⁹⁴ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.709., Zevkliler vd., a.g.e., ss.414-415., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.378.

²⁹⁵ Yavuz vd., s.778., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.378., Zevkliler vd., a.g.e., s.415.

²⁹⁶ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.343., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.343.

²⁹⁷ Yavuz vd., a.g.e., s.777., Aksoyoğlu, a.g.m., s.107.

²⁹⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.175-176.

²⁹⁹ Akıntürk, a.g.e., s.307., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.343.

sorumlu olacağı miktarın kefalet senedinde tespit edilememesi)³⁰⁰, kefalet borcunun muaccel olmadığı, kendisine mehil verilmiş olduğu, kefaletin zamanaşımına uğramış olduğu, tartışma def'i, bölme def'i, ve rehnin paraya çevrilmesi şeklindedir. Bunlar asıl borçla ilgili olmayan, kefalet ilişkisi ile ilgili olan kefilin ileri süreceği def'ilerdir. Kefil bunları ileri sürmez ise borçluya karşı rücu hakkını kaybetmez³⁰¹. Zira bu kefil için bir yükümlülük olmayıp sadece bir haktır³⁰². Kefil bu def'ileri ileri sürerek ifada bulunmayı kısa bir süre erteleyebilmektedir³⁰³. Yukarıda bahsi geçen def'iler kefile ait olduğu için asıl borç ilişkisine herhangi bir etkileri yoktur. Kefil bu def'ileri ileri sürmez ise de asıl borçlunun durumunda bir ağırlaşmaya neden olmaz³⁰⁴.

“Kefil asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez” (TBK m.591/1). Kefilin bu tür def'ileri ileri sürmesi kefaletin hüküm ve sonuçları ile uyuşmamaktadır. Zira kefalet borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşecek olması ihtimaline karşı verilmiş bir teminattır³⁰⁵.

Kefil asıl borçluya ait def'ilerden kefalet sözleşmesi hükmü gereğince feragat edemez. Feragat edildiği takdirde kefalet sözleşmesinin varlığından değil garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir³⁰⁶.

2.5.2. Alacaklının Hak ve Yükümlülükleri

Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, alacaklının kefile karşı kefalet sözleşmesi sınırları içinde herhangi bir borcu bulunmamaktadır. Karşı edim söz konusu olmadığı gibi asıl borçlunun borcunun ifasını garanti edilmesi nedeniyle kefil sorumluluk altına girer³⁰⁷.

Kefilin alacaklıya karşı bir takım yükümlülükleri olduğu gibi, alacaklının da kefile karşı bir takım yükümlülükleri vardır. Alacaklı kendisine ait yükümlülükleri uymadığı takdirde; kefile başvurma hakkını kaybeder ya da kefilin kendisine ödediği miktarı ona geri vermek zorunda kalabilir³⁰⁸. Türk Borçlar Kanunu madde 592-594

³⁰⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.175-176.

³⁰¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., ss.709-710., Zevkliler vd., a.g.e., s.415., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.378., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler ss.293-294., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.343.

³⁰² Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.293., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.343.

³⁰³ Develioğlu, a.g.e., s.373.

³⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.180.

³⁰⁵ Yavuz vd., a.g.e., s.778.

³⁰⁶ Yavuz vd., a.g.e., s.778., Aksoyoğlu, a.g.m., s.95.

³⁰⁷ Develioğlu, a.g.e., s.386.

³⁰⁸ Akıntürk, a.g.e., s.307., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.343.

arasında alacaklının üstlendiği bazı yükümlülüklerden bahsetmektedir. Bahsi geçen bu yükümlülükler alacaklı için bir borç olmayıp, yerine getirilmemesi halinde kefile karşı sahip olduğu bazı hakların kaybetmesine neden olacak bir yüküdür³⁰⁹.

İsviçre Federal Mahkemesinde; alacaklının kefile karşı Türk Hukuku'nda olduğu gibi bir özen yükümlülüğü olmadığını kabul etmektedir. Her olayda olayın şartları dikkate alınarak belirlenebilecek bir takım özel borçlar öngörülmektedir³¹⁰.

a- Borçlunun iflas etmesi ile birlikte alacaklı alacağı iflas masasına yazdırmakla ve borçlunun iflas ettiğini kefile bildirmekle yükümlüdür³¹¹. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmez ise, kefilin uğrayacağı zararı oranında, kefile başvurma olanağını yitirir (TBK m.594)³¹². Hükmün amacı; kefilin iflas ve konkordato³¹³ nedeniyle malvarlığı bulunmayan borçluya rücu hakkını kaybetmemesine yöneliktir³¹⁴. Kaldı ki alacaklının kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir. Kefil alacaklının bilgi verme yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlaması yeterlidir³¹⁵.

b- Alacaklı, borçlu tarafından kendisine verilen aynı ve şahsi güvenceleri (teminatları) ve bazı kanıt belgelerini³¹⁶ kefile zarar verecek şekilde elinden çıkarmamakla ve azalmamasını sağlamakla yükümlüdür³¹⁷. Kefilin zararına güvence hakkı azaltılırsa ve kefil tarafından bu zararın daha az olduğu ispatlanmazsa, kefilin sorumluluğu azalan kısım ile orantılı olarak azalır. Aynı zamanda fazla ödeme yaptığı miktarı geri isteyebilme hakkına sahiptir (TBK m.592/1)³¹⁸. Alacaklı kefaletten önce verilen teminatları da kefaletten sonra verilen teminatlar gibi kefil aleyhine elinden

³⁰⁹ Yavuz vd., a.g.e., s.778.

³¹⁰ Develioğlu, a.g.e., s.387.

³¹¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.710., Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.344., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.32., Aksoyoğlu, a.g.m., s.108.

³¹² Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.710., Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.344., Aksoyoğlu, a.g.m., s.108.

³¹³ İflasta olduğu gibi asıl borçlunun konkordato talep ettiğini duyan alacaklı alacağı kaydetmek ve konkordato mehli verildiğini kefile bildirmekle yükümlüdür. Aksoyoğlu, a.g.m., s.108.

³¹⁴ Develioğlu, a.g.e., s.404., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.32,33.

³¹⁵ Develioğlu, a.g.e., ss.405-406.

³¹⁶ Kanıt belgelerinden kasıt; senet, makbuz, sözleşme, fatura ve irsaliye vs.dir. Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.294., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.345.

³¹⁷ Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.294., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.344., Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.710., Yavuz vd., a.g.e., s.779.

³¹⁸ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.710., Yavuz vd., a.g.e., s.779.

çıkarmamalı ve azaltmamalıdır. Ağır kusuruyla buna neden olursa kefil borcundan kurtulabileceği gibi ek zararını da isteyebilir ³¹⁹. Kendi kusuru ile buna neden olmadığına ispat yükü alacaklıdadır. Alacaklı kendi kusuru ile buna neden olmadığını ispat ederse o oranda yükümlülükten kurtulur ³²⁰.

Teminatlarda azalmanın nasıl ve ne zaman olduğunun kabulü somut olaya göre değişecektir. İsviçre Federal Mahkemesine göre; alacaklının teminatları elinde bulundurduğu süre içerisinde teminatlarda bir değişikliğin ortaya çıkması ve kefilin ifa ettiği oranda teminatın bunu karşılayamaması azalmayı ifade edecektir. Ayrıca Federal Mahkemeye göre; alacaklı teminattan feragat ettiği takdirde teminat değersiz ise azalma kabul edilmeyecektir ³²¹.

Alacaklının teminatının azalmasına yönelik davranışlarını şöyle örnekleyebiliriz:

“Alacaklının teminatlarının değerinin düşmemesi için gerekli önlemleri almaması, alacaklının tapuda belirtilen ipotek değerinin azaltulmasına rıza göstermesi, alacaklının elindeki teminatların haczedilmesine karşı koyabilecekken bunu yapmaması, birlikte kefil olan kişilerin iflas masasına katılmaması, rehnedilen alacağın faizleri ve vadesinde kendisini tahsil etmemesi, teminatın bundan böyle alacağın tamamı değil de bir kısmını karşılamasına razı olması ” ³²².

c- Türk Borçlar Kanunu madde 594/1’de düzenlenen hükme göre; “Asıl borçlunun, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikmesi halinde, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekmektedir” ³²³. Bu hüküm 818 sayılı eBK’da düzenlenmeyen yeni bir hükümdür ³²⁴. Gecikmenin anapara için mi faiz için mi olduğu belirtilmelidir. Gecikmenin ne kadar süredir olduğu da belirtilmesi gerekmektedir. Bu bildirim herhangi bir şekil şartına tabi değildir ³²⁵. Gecikme süresinin az olması veyahut geciken miktarının az olması alacaklının kefile karşı bilgi verme yükümlülüğünü doğurmamaktadır ³²⁶. Alacaklı kefilin isteği doğrultusunda her zaman asıl borç ile ilgili kefile bilgi vermek zorundadır. Bu kural emredicidir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmaz. Alacaklı her ne kadar kefilin isteği üzerine kefile bilgi

³¹⁹ Yavuz vd., a.g.e., ss.779-780.

³²⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.201.

³²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.201.

³²² Yavuz vd., a.g.e., s.780.

³²³ Develioğlu, a.g.e., s.403., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.32., Aksoyoğlu, a.g.m., s.108.

³²⁴ Aksoyoğlu, a.g.m., s.108.

³²⁵ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.32.

³²⁶ Develioğlu, a.g.e., s.403.

vermekle yükümlü ise de; gerek kefalet sözleşmesi kurulurken veya gerekse kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlunun mali durumunu kefile bildirmek zorunda değildir. Hatta asıl borçlunun alacaklıya borcunun olduğunu veya piyasadaki diğer esnaflara borcu olduğunu ve ödeme gücünün mevcut olduğunu alacaklıya bildirmek zorunda değildir. Ancak alacaklı borçlunun durumun kötü olmasına rağmen kefile karşı iyi olarak göstermesi veya kefilin kendisine sormasına rağmen bunu saklaması alacaklının üzerinde sorumluluk doğurur. Bu sorumluluk özen yükümlülüğü ile ilgili olmayıp alacaklının hilesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bilgi verilmesi için asıl borcun muaccel olmasına veyahut temerrüt halinin meydana gelmesine de gerek yoktur³²⁷.

d- “Borcu ödeyen kefile alacaklı, kefilin haklarını kullanmasına yarayan senetleri teslim etme yükümlülüğü varken, alacak için sağlanan teminatları da borcu ödeyen kefile vermesi ya da devretmesi gerekir” (TBK m.592/3)³²⁸. Bu da kefilin alacaklının haklarına halef olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır³²⁹.

“Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehin ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Kefil ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir” (TBK m.592/4). Hüküm emredicidir ve alacaklının buna aykırı davranılması yönünde yapılan ve kefilin de buna katlanması gerektiğine dair düzenlemeler geçerli değildir³³⁰.

e- Alacaklı, borç muaccel olduğu takdirde veya borçlunun iflas sebebiyle³³¹ kefilin kendisine ödeme teklifinde bulunması halinde ödemeyi kabul etmek ve kefilin borçtan kurtarması gerekmektedir. Aksi halde kefil yasa gereği kefalet borcunu ödemeksizin, borcundan kısmen ya da tamamen kurtulacaktır (TBK m.593)³³². Hükümün amacı; “*asıl borçlunun mali durumu kötüleşmesi gibi bir sebeple kefilin kanuni rücu hakkını kaybetmesini veya kefilin fazladan masraf yapmasını engellemek suretiyle kefilin menfaatlerini korumaktır*”³³³.

³²⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.186.

³²⁸ Zevkliler ve Gökyayla a.g.e., s.710.

³²⁹ Develioğlu, a.g.e., s.393.

³³⁰ Develioğlu, a.g.e., s.394.

³³¹ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.344.

³³² Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711., Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379., Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.344., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri s.294.

³³³ Develioğlu, a.g.e., s.400.

Asıl borcun henüz muaccel olmaması durumunda kefil alacaklının rızası ile ödemede bulunabilir. Türk Borçlar Kanunu madde 95' de düzenlenen vadeden önce borcu ödeme halleri kefile de tanınması gerekmektedir³³⁴.

f- Kefalet konusu borca birden çok kişinin kefil olması halinde alacaklı, ödeme yapacak olan kefilin kısmi ödemesini kefile düşen paydan az olmamak koşulu ile kabul etmek zorundadır (TBK m.593).

g- Çalışanlarla (resmî memur ve diğer müstahdemlerle)³³⁵ ilgili olan kefaletlerde alacaklı borçluyu denetlemekle yükümlüdür (TBK m.592/2). Gerekli özen gösterilmediği takdirde kefalet borcu kefilden istenemeyecektir³³⁶.

2.6. KEFİL İLE BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİ

2.6.1. Kefilin Hak ve Yükümlülükleri

Kefalet sözleşmesi her ne kadar alacaklı ile kefil arasında yapılmış olsa da, kefil ile borçlu arasındaki ilişki nedeniyle böyle bir sözleşme yapılmaktadır³³⁷. Kefilin alacaklıya karşı bir takım yükümlülükleri olduğu gibi, borçluya karşı da bir takım yükümlülükleri vardır. Ancak kefil hiçbir zaman asıl borçludan fazla sorumluluk altına giremeyecektir³³⁸.

a- Kefil alacaklıya kefalet borcunu ödediği takdirde bunu borçluya bildirmesi gerekmektedir. Kefil bunu borçluya bildirmez, borçluda ikinci kez ödeme yaptığı takdirde kefil ödediği borç dolayısıyla borçluya rücu hakkını kaybeder³³⁹. Kefil bu durumda alacağını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir (TBK m.597)³⁴⁰. Ancak, kefil ilk ödeme ile alacaklının haklarına halef olamadığı takdirde asıl borçlu iade davası açabilir³⁴¹.

b- Kefil yasada belirtilen bazı durumlarda, borçludan teminat vermesi ya da borç muaccel olmuş ise borçlunun kendisini kefalet borcundan kurtarmasını

³³⁴ Yavuz vd., a.g.e., s.781.

³³⁵ Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379.

³³⁶ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711.

³³⁷ Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.345 .,Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.294.

³³⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.169.

³³⁹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711., Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379., Kayar, a.g.e., Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkiler s.295., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.204.

³⁴⁰ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711.,Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.347., Develioğlu, a.g.e., s.331., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.205.

³⁴¹ Develioğlu, a.g.e., s.331.

isteyebilir³⁴². Bu durumlar Türk Borçlar Kanunu madde 595'te düzenlenmiştir. Kanun metine göre;

"1) Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa, 2) Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse, 3) Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike; kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa" gibi durumlarda kefil asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir.

Aynı madde hükmünde kefilin ne gibi teminatlar isteyeceği belirtilmemiştir. İspat külfeti kefile aittir³⁴³. Hâkim, kefilin rücu hakkını güvence altına alabilmek için teminat türünü seçerken takdir hakkına sahiptir³⁴⁴.

Borçludan talep edilecek güvencenin aynı olmayıp, rehin olabileceği gibi rücu kefalet şeklinde şahsi bir güvence de olması mümkündür³⁴⁵.

Alacak için verilmiş olan teminatlar ile asıl borçlu tarafından kefile verilen teminatları birbirine karıştırmamak gerekir. Alacak için verilmiş olan teminatlar halefiyet nedeni ile kefile geçer iken, asıl borçludan talep edilen teminatın kanuni halefiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Asıl borçlu tarafından kefile verilen bu teminatlar kefil lehine olduğu için alacaklının bu teminatlardan yararlanma hakkı yoktur. Ayrıca bu teminatların talep edilebilmesi için borcun muaccel olması gerekmemektedir. Bu teminatın verilmesindeki amaç, muacceliyet öncesi asıl borçlunun mali durumunun bozulması halinde kefilin korunmasıdır³⁴⁶.

c- Asıl borcun muaccel olması durumunda kefil, teminat yerine borçlunun kendisini borçtan kurtarmasını isteyebilir³⁴⁷. Bu durum borcu ödemek şeklinde gerçekleşebileceği gibi bir güvence göstermek şeklinde de gerçekleşebilir. Verilen güvenceyi alacaklının kabul etmesi gerekip, aynı zamanda kefilin borçtan kurtulmasına da rıza göstermesi gerekmektedir³⁴⁸.

Kefil ödemiş olduğu miktar üzerinden alacaklının haklarına halef (ardıl) olur (TBK m.596). Yani kefil asıl borçlunun borcunu ifa ettiğinden dolayı borç ortadan

³⁴² Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711., Zevkliler vd., a.g.e., s.416., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379.

³⁴³ Develioğlu, a.g.e., s.409.

³⁴⁴ Yavuz vd., a.g.e., s.788.

³⁴⁵ Akıntürk, a.g.e., s.308., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.344.

³⁴⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.205-206.

³⁴⁷ Akıntürk, a.g.e., s.308., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., s.344., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.208.

³⁴⁸ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.711., Zevkliler vd., a.g.e., s.417., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.379.

kalkmaz, fer'ileri ile birlikte kefile geçer ³⁴⁹. Alacaklının haklarına halef olmak; alacaklıya ödemiş olduğu miktar oranında alacaklının yerine geçmektir. Diğer bir anlatımla, kefil artık alacaklı sıfatıyla borçluya başvurma hakkına sahip olur.

Kefilin asıl borcu ifa etmesi rücu hakkı için yeterli olmayıp, yapılan bu ifayı asıl borçluya rücu kastı ile yapmış olması gerekmektedir. Zira kefil asıl borçluya bağışta bulunmak suretiyle ödeme yapmış ise rücu hakkına sahip olmaz. Bağışlama suretiyle ödeme yapıldığının ispatı asıl borçluya aittir ³⁵⁰.

Kefilin alacaklının hakların halef olması kanundan gelen bir düzenleme olduğu için bundan önceden feragat edilemez. Kefilin kefalet sözleşmesi kurulduğu andaki feragatları geçerli olmadığı gibi kefalet senedinde sonradan yapılacak olan feragatler de geçersizdir. Yapılan bu feragatler yok hükmündedir yani yapılmamış sayılır ve kefil bağlamaz ³⁵¹. TBK madde 582'den de anlaşıldığı üzere kanunda aksi kararlaştırıldığı takdirde kefil kendisine tanından haklardan önceden feragat edebilecektir. Önceden vazgeçme kanun gereği yasak olduğundan dolayı kefil, def'i haklarını kullanması sırasında def'i ileri sürmeyerek bu haklarını kullanmaktan vazgeçebilecektir ³⁵². Kefilin borçluya rücu hakkını kullanabilmesi için, alacaklıya karşı borçluya ait ve asıl borçlunun ödeme güçlüğüne neden olmayan ³⁵³ tüm def'ileri ve itirazları ileri sürmüş (TBK m.591/1) ve alacaklıya yaptığı ödemedemden borçluyu haberdar etmiş olması (TBK m.597) gerekir. Bunu yerine getirmeyen kefilin borçluya rücu hakkı yoktur ³⁵⁴. Ayrıca rücu hakkının kullanılabilmesi için; asıl sözleşmenin ve kefalet sözleşmesinin geçerli olması ve asıl borcun muaccel olması gerekmektedir ³⁵⁵. Develioğlu'na göre; asıl borçlu kendisine ait def'i ve itirazların bir kısmından veya tamamından feragat ettiği takdirde, kefilin bunları ileri sürme gibi bir zorunluluğu yoktur. Ayrıca kefil bu nedenle alacaklıya karşı rücu hakkını da kaybetmeyecektir ³⁵⁶. Biz bu görüşe katılmıyoruz, kanaatimizce kefalet akdi borçlunun menfaati için verilmiştir ve borçlu her ne kadar def'i ve itirazlarından feragat etse bile kefil kefalet akdini yerine getirebilmek için borçlunun her türlü menfaatini korumakla yükümlüdür.

³⁴⁹ Develioğlu, a.g.e., s.410.

³⁵⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.213.

³⁵¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.216., Aksoyoğlu, a.g.m., s.95.

³⁵² Aksoyoğlu, a.g.m., s.95.

³⁵³ Develioğlu, a.g.e., s.340.

³⁵⁴ Akıntürk, a.g.e., ss.308-309., Akıntürk ve Ateş Kahraman, a.g.e., ss.344-345., Yavuz vd., a.g.e., s.786., Develioğlu, a.g.e., s.365.

³⁵⁵ Develioğlu, s.412.

³⁵⁶ Bkz. Develioğlu, a.g.e., ss.365-366.

Kefil alacaklıya asıl borcu ifa ederken kefil sıfatı ifa etmeye özen göstermelidir. Üçüncü bir kişi olarak ödeme yaparsa kanuni halefiyet hakkından yararlanamayacağı gibi rücu hakkı da yoktur³⁵⁷.

Kefile halefiyete dayalı rücu hakkının tanınmasındaki temel amaç; asıl borçlu ile arasında olan temel ilişkinin ne olduğunu ve bu ilişki dolayısıyla rücu hakkının kapsamını ispat etmek zorunluluğundan kefilin kurtarılmasıdır³⁵⁸.

Halefiyetin kapsamı kefil aleyhine daraltılamaz. Zira halefiyete ilişkin düzenleme, kefaletle ilişkin düzenleme gibi nispi emredici yapıya sahiptir. Bu nedenle, halefiyetin kapsamını kefil aleyhine daraltılan sözleşmeler geçersiz olacağı gibi, rücu hakkını kullanmasını engelleyen antlaşmalar da geçersiz sayılacaktır³⁵⁹. Halefiyet kendiliğinden meydana gelir. Halefiyetin gerçekleşebilmesi için kefilin irade beyanına gerek olmadığı gibi, alacaklı da bu konuda bir itiraz hakkına sahip değildir³⁶⁰.

Alacaklının halefi olan kefil asıl borç ile fer' ileri de isteyebilme hakkına sahiptir³⁶¹.

“Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir” (TBK m.596/2) .

“Kefil yanılma, ehliyetsizlik ve eksik borç nedeniyle ödeme yaptığı takdirde asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybedecektir. Ancak kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur” (TBK m.596/6)³⁶².

2.6.2. Borçlunun Hak ve Yükümlülükleri

Asıl borçlunun kefile talimat vermesi, alacaklıya yapılan kefilin ifası dışında kalan masrafları karşılaması, kefilin kefalet borcunu ifa nedeniyle uğradığı zararı

³⁵⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.8.

³⁵⁸ Yavuz vd., a.g.e., s.783.

³⁵⁹ Yavuz vd., a.g.e., s.784.

³⁶⁰ Develioğlu, a.g.e., s.411.

³⁶¹ Zevkliler ve Gökyayla, a.g.e., s.712.

³⁶² Kayar, a.g.e., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri s.346., Yavuz vd., a.g.e., ss.783-784., Develioğlu, a.g.e., ss.414-415.

karşılması ve taraflar kendi aralarında kararlaştırdıkları takdirde komisyon ödemesi ve teminat vermesi gerekmektedir ³⁶³.

2.7. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.7.1. Kefalet Sözleşmesini Garanti Sözleşmesinden Ayıran Unsurlar

Kefalet sözleşmesinin garanti sözleşmesinden olan farklarını anlatmadan önce belirtmek gerekir ki; “garanti” kavramının, “teminat” kavramına göre daha kapsamlı olduğu kabul edilmektedir. Pierre Andre Gillieron’ un bu konu ile ilgili yaklaşımı şu şekildedir; “Teminat garantinin bir çeşididir. Garanti bir kimsenin zararını veya kusurunu derhal gidermek şeklinde olurken, teminat alacaklının uğrayacağı zararı engellemek olarak değerlendirilmektedir” ³⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.07.2001 Tarih, 2001/19-534 E., 2001/583 K. sayılı kararında garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki farklara değinilmiştir bu karar ışığında garanti sözleşmesi ile kefalet sözleşmesi arasındaki farklar ele alınmıştır ³⁶⁵.

a- Kefalet sözleşmesi yazılı şekil şartına bağlı olduğu halde, garanti sözleşmesi için böyle bir zorunluluk yoktur. Yani sözleşmenin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması ya da sorumlu olunacak azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi şart değildir ³⁶⁶. Bir diğer deyişle; borcun miktarını ne olursa olsun garanti veren sorumlu olacaktır ³⁶⁷. Buna rağmen, garanti sözleşmelerinde garanti altına alınan miktar belirtilmelidir. Belirtilmediği takdirde, borç miktarı yükseldikçe garanti veren o miktarla sorumlu olacaktır. Yargıtay da bu görüşte olmasına rağmen taraflara üst bir limit belirlemelerini tavsiye etmiştir. Şöyle ki; belirsizliğin garantisi olmayacağını benimseyerek, garanti edilen miktarın gösterilmesi gerektiğini savunmuştur ³⁶⁸.

³⁶³ Develioğlu, a.g.e., s.429.

³⁶⁴ Pierre Andre Gillieron s.55 (Develioğlu, a.g.e., s.9’dan naklen)

³⁶⁵ Karar için bkz. (www.kazanci.com)

³⁶⁶ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.376., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.79., Sedat Topaloğlu. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Işığında Kefalet Akitleri ve Garanti Akitleri İle Farklılıkları ve Benzerlikleri. http://www.sdthukuk.com/download/6098_G%C3%B6re_Kefalet_ve_Garanti.pdf. (23 Eylül 2018) s.4., Acar, a.g.t., s.35., Y.19HD. 23/09/2002 T., 2001/8061 E., 2002/5973 K., Y.11HD. 27/02/1990 T., 1989/4046 E., 1990/8459 K., Burcu Özkul. (2013). *Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu*. Yayınlanmış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, s.81.

³⁶⁷ Özkul, a.g.t., s.81.

³⁶⁸ Y.19HD. 23/09/2002 T., 2001/8061 E., 2002/5973 K. Topaloğlu, a.g.m., 24 Eylül 2018, s.7., Y.19HD. 28/04/2000 T., 14 E., 3252 K., Y.19HD. 01/11/2002 T., 6753 E., 6993 K., Özkul, a.g.t., s.82.

Aksine hüküm bulunmadıkça TBK madde 12’de düzenlenen şekil serbestliği ilkesi garanti sözleşmeleri için de geçerlidir ³⁶⁹. Şekle tabi olmaması garanti sözleşmesinin kurulmasını hızlandırdığı için, taraflar açısından kefalet sözleşmesine göre daha çok tercih edilmektedir ³⁷⁰.

b- Kefilin borcu asıl borcun varlığına bağlı yani fer’i bir borç iken ³⁷¹, garanti verenin borcu asıl borçtan bağımsız bir borçtur. Buradaki kıstas asıl borç ile diğer borcun arasındaki ilişkinin fer’ i olup olmamasına göre değişkenlik gösterecektir ³⁷². Kısacası, kefalet sözleşmesinin fer’i niteliği taşımadığı durumlarda kefalet sözleşmesinden değil garanti sözleşmesinden söz edilecektir ³⁷³. Garanti sözleşmesinin, asıl borçtan bağımsız bir borç olması onun asli niteliğe sahip olduğunun göstergesidir ³⁷⁴. Zira garanti sözleşmesi garanti altına alınan olayın gerçekleşmesi üzerine, garanti verenin garanti alana bir miktar parayı ödemeyi taahhüt edildiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ³⁷⁵. Buna rağmen garanti verenin asli sorumluluk yüklendiğine dair ifadeleri kullanması garanti sözleşmesinin varlığından söz etmek için yeterli değildir ³⁷⁶. Garanti sözleşmesinin asli niteliğe sahip olması alacaklı nazarında daha güçlü teminat hakkı doğuracaktır ³⁷⁷.

Yargıtay da garanti sözleşmesinin fer’i niteliğe sahip olmadığını savunmaktadır ³⁷⁸. Yargıtay’a göre; “garanti sözleşmesi fer’i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren işin tehlikesini (riskini) fer’i olmayan, bağımsız bir taahhülle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır” ³⁷⁹.

Kefilin sorumluluğu asıl borç devam ettiği sürece devam edecektir. Asıl borç herhangi bir nedenden dolayı sona ererse kefilin kefalet borcu sona erer ³⁸⁰. Kefilin

³⁶⁹ Özkul, a.g.t., s.81.

³⁷⁰ Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.4.

³⁷¹ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.378., Ferhat Canpolat ve Seçkin Topuz. (2008). Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, *TBBĐ*, (78):56., Özkul, a.g.t., s.80.

³⁷² Develioğlu, a.g.e., ss.107-108., Barlas, a.g.e., Makalelerim ss.377-378., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.78., Acar, a.g.t., s.38., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.63., Gamze Turan. (2006). Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği. *TBBĐ*, (66):31-32.

³⁷³ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ss.17-18.

³⁷⁴ Acar, a.g.t., s.38., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.63., Turan, a.g.m., s.32., Özkul, a.g.t., s.80.

³⁷⁵ Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.56., Turan, a.g.m., s.28., Özkul, a.g.t., s.80.

³⁷⁶ Acar, a.g.t., s.40.

³⁷⁷ Acar, a.g.t., s.34.

³⁷⁸ Y.11HD. 15/10/1985 T., 4169 E., 5613 K. Özkul, a.g.t., ss.80-81.

³⁷⁹ Y.13HD. 27/04/1992 T., 1992/305 E., 1992/3896 K. Turan, a.g.m., s.32.

³⁸⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.80., Barlas, a.g.e., Makalelerim s.378., Acar, a.g.t., s.36., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.60., Turan, a.g.m., s.32., Özkul, a.g.t., s.80.

ifası ile ise asıl borç sona ermeyip kefalet borcu sona erecektir ³⁸¹. Garanti verenin sorumluluğu ise asıl borçtan bağımsızdır. Asıl borç sona erse dahi garanti verenin sorumluluğu devam eder ³⁸². Buna rağmen asıl borç ilişkisi ifa nedeniyle sona ermesi durumunda garanti konusu olan şeyde ortadan kalkacağı için garanti verenin sorumluluğu son bulabilecektir ³⁸³. Asıl borç ilişkisi ifa nedeniyle sona ermesi teminat altına alınan riskinde sona ermesine etkili ise garanti sözleşmesi sona erecektir. Görüldüğü üzere, garanti verenin borcunun son bulması asıl borçla değil riskle bağlantılıdır ³⁸⁴.

Kefalet sözleşmesinden farklı olarak garanti sözleşmesinde, garanti veren sadece borçlunun ödeme gücünü değil asıl borcun mevcut olduğunu ve dava edilebilir olduğunu da garanti altına almaktadır ³⁸⁵.

TBK madde 19/1 ; “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır” şeklindedir. “Kefil olmak” veya “garanti vermek” gibi kelimelere bakılmadan kişilerin gerçek iradelerinin tespit edilmesi gerekmektedir ³⁸⁶. Örneğin; taraflar gerçekte garanti sözleşmesi kurmayı amaçladıkları takdirde sözleşmedeki kullandıkları kefalet sözleşmesine dair ibareler geçerli kabul edilmeyip sözleşme garanti sözleşmesi gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır ³⁸⁷. Kefil tarafından verilen teminatın garanti veya kefalet sözleşmesi olduğu anlaşılmıyor ise kefaletin kapsamına bakmak gereklidir ³⁸⁸. Eğer kefaletin kapsamından kefilin kefil olma beyanına ulaşılabiliyor ise kefalet sözleşmesi olduğu kabul edilecektir ³⁸⁹. Buna örnek verilecek olursa; temel borç ilişkisine yapılan atıf ³⁹⁰ ve asıl borcun borcu ödememesi halinde kefilin ikincil olarak yükümlülük altına girdiğinin bilinmesi fer’i olarak sorumluluk altına girildiğinin

³⁸¹ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

³⁸² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.80., Acar, a.g.t., s.36., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.60., Turan, a.g.m., s.32., Özkul, a.g.t., s.80.

³⁸³ Acar, a.g.t., s.36., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.60.

³⁸⁴ Özkul, a.g.t., s.81.

³⁸⁵ Acar, a.g.t., s.39., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.63.

³⁸⁶ Acar, a.g.t., ss.37-38., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.62., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.19.

³⁸⁷ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.19.

³⁸⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Gündüz, a.g.t., s.74., Acar, a.g.t., s.38.

³⁸⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Gündüz, a.g.t., s.74.

³⁹⁰ Her ne kadar temel borç ilişkisine yapılan atfın fer’i niteliğe sahip olduğu karine olarak kabul edilmiş olsa da, her zaman yapılan atfın fer’i olduğu sonucuna ulaşılmaz. Acar, a.g.t., s.39., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.64., Turan, a.g.m., s.35.

göstergesidir ³⁹¹. Diğer bir deyişle, teminat altına girenin asıl borca bağımlı olduğu anlamı çıkarıldığı halde kefalet sözleşmesi kabul edilecektir. Temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu takdirde ise garanti sözleşmesinin varlığından söz edilecektir ³⁹².

Bir sözleşmenin garanti sözleşmesi ya da kefalet sözleşmesi olup olmadığı konusunda, tek başına bir kıstas olmamakla birlikte teminat verenin özel menfaatinin olup olmadığı da değerlendirilmelidir ³⁹³.

Doktrinde baskın olan görüşe göre; kefil tarafından verilen teminatın garanti veya kefalet sözleşmesi olduğu anlaşılıyor ise karine olarak kefalet sözleşme kabul edileceğini kabul edilmektedir ³⁹⁴. Diğer bir görüşe göre ise; uluslararası niteliğe sahip teminat işlemleri ile bankalar tarafından yapılan taahhütlerde karine olarak garanti sözleşmesinin kabul edileceği belirtilmektedir ³⁹⁵. Taraflar arasında yapılan sözleşme her somut olaya bakılarak ayrıca değerlendirilmelidir. Zira gerçek kişiler tarafından yapılan sözleşmelerin adlandırılmaması her zaman kefalet sözleşmesi olacağı sonucunu vermektedir. Bankalar ve işinde uzman uluslararası niteliğe sahip kuruluşlar işlerde daha uzman oldukları için bunlar tarafından verilen garantiler garanti sözleşmesi niteliği taşıyacaktır. Bankalar ve işinde uzman uluslararası niteliğe sahip kuruluşların hataya düşme olasılığı gerçek kişilere göre daha az olduğundan dolayı asli nitelikte bir sorumluluğa sahip olduğunu söylemek daha hakkaniyete uygun olacaktır ³⁹⁶.

c- Kefil kefalet borcunu yerine getirdiği oranda alacaklının haklarına halef olmaktadır ³⁹⁷. Kefilin kefalet borcunu ifa etmesi ile asıl borç sona ermediğinden dolayı alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu edebilecektir ³⁹⁸. Ayrıca kefilin garanti sözleşmelerinde olduğu gibi “kontr-garanti” talep etmesi gerekmemektedir ³⁹⁹. Garanti verene kanundan doğan halefiyet hakkı tanınmamıştır ⁴⁰⁰.

³⁹¹ Gündüz, a.g.t., s.76.

³⁹² Acar, a.g.t., s.38.

³⁹³ Acar, a.g.t., s.46.

³⁹⁴ Develioğlu, a.g.e., s.276., Acar, a.g.t., s.52., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.67., Turan, a.g.m., s.40.

³⁹⁵ Develioğlu, a.g.e., s.283., Acar, a.g.t., s.53.

³⁹⁶ Acar, a.g.t., ss.53-54

³⁹⁷ Develioğlu, a.g.e., s.72., Acar, a.g.t., s.36., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.61., Özkul, a.g.t., s.82., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

³⁹⁸ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.21.

³⁹⁹ Develioğlu, a.g.e., s.72.

⁴⁰⁰ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.377., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.80., Acar, a.g.t., s.36., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.61., Özkul, a.g.t., s.82.

Teminat verene rücu hakkı tanınması asli niteliğe sahip garanti sözleşmesi ile bağdaşmayacaktır. Rücu hakkı temel bir ayırt edici bir özellik olmamakla birlikte yardımcı bir kıstas olarak kabul edilebilecektir ⁴⁰¹.

ç- Kefalet sözleşmesinde asıl borcun sona ermesine rağmen kefilin sorumluluğunun devam edeceğine dair bir ibare var ise kefalet sözleşmesi hükmünü yitirir; bu durumda sözleşme garanti sözleşmesi olarak geçerli kabul edilmelidir ⁴⁰².

d- Asıl borç muaccel olmadan kefalet borcu muaccel olamazken, garanti veren asıl borç muaccel olmasa da ödeme yapmak zorundadır. Asıl borcun geçersiz olması veya var olmamasının bir önemi yoktur. Garanti veren bu durumlarda da ödeme yapmak zorundadır ⁴⁰³.

e- Eğer kefile yüklenen miktar sorumluluk kapsamını aşıyor ise garanti sözleşmesi kabul edileceği açıktır ⁴⁰⁴.

f- Kefil kefaletten kaynaklanan def'ileri ve itirazları aynı zamanda temel borç ilişkisinden kaynaklanan asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ve itirazları ileri sürebilirken, garanti verenin böyle bir hakkı yoktur ⁴⁰⁵. Garanti verenin sadece aralarında doğan kişisel ilişkiden kaynaklanan def'ileri ve itirazları ileri sürebileceği gibi, garanti sözleşmesi kapsamına dâhil olan savunma sebeplerini de ileri sürebilecektir ⁴⁰⁶.

Temel bir kıstas olmamakla beraber, kefile özgü bulunan peşin dava def'i ve bölme def'i gibi defilerden vazgeçilmesi sözleşmeyi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmesi için yeterlidir. Ancak bu def'i ve itirazların, temel borç ilişkisinden kaynaklanan def'i ve itirazlar olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Aksi halde kefalet sözleşmesinden bahsedilemeyecektir ⁴⁰⁷. Çünkü peşin dava def'i ve bölme def'i gibi def'iler kefile kanunen tanınmış bir haktır ⁴⁰⁸. Feragat edilmiş def'i ve itirazlar diğer kıstaslarla birlikte değerlendirilerek sözleşmenin garanti sözleşmesi ya da kefalet sözleşmesi olup olmadığı konusunda karar verilmelidir ⁴⁰⁹. Teminat altına alınan

⁴⁰¹ Acar, a.g.t., s.49., Turan, a.g.m., ss.38-39., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.67.

⁴⁰² Develioğlu, a.g.e., s.114., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.2.

⁴⁰³ Develioğlu, a.g.e., s.126.

⁴⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.85.

⁴⁰⁵ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.377., Develioğlu, a.g.e., s.127., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.79., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.61., Acar, a.g.t., s.36., Özkul, a.g.t., ss.82-83.

⁴⁰⁶ Acar, a.g.t., s.36.

⁴⁰⁷ Acar, a.g.t., ss.50-51., Turan, a.g.m., s.39.

⁴⁰⁸ Turan, a.g.m., s.39.

⁴⁰⁹ Barlas, a.g.e., Makalelerim ss.380-381., Özkul, a.g.t., s.83.

taahhüdün kefalet sözleşmesi ya da garanti sözleşmesi olup olmadığı tüm kıstaslar göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Tek bir kıstasa veya birkaç kıstasa bakarak karar vermek hata yapılmasına neden olunabilir⁴¹⁰. Teminat altına alınan taahhüdün garanti sözleşmesi ya da kefalet sözleşmesi olup olmadığı konusunda yorum yolu ile ve ayırım kriterlerine göre de net bir şekilde belirlenemiyor ise kefalet olduğu kabul edilir⁴¹¹. Bunun nedeni kefalet sözleşmesinin daha fazla koruma sağlaması ve daha az sorumluluk yüklemesidir⁴¹².

Yargıtay'da bu konuda verilen karşı oy şu şekildedir;

“Garanti ile kefalet sözleşmesini birbirlerinden ayıran unsurların en önemlisi kefaletin fer'i nitelikte olmasına rağmen, garantörün bağımsız bir borç altına girmesidir. Bu borcun, asıl borçlunun borcu ile bir ilgisi yoktur. Garanti veren bağımsız bir borç altına girmektedir. Doktrine göre, bir borç ilişkisine yollamada bulunulması fer 'ilik karinesini teşkil eder.

... Sözleşmeden doğan her türlü ödeme ve cezai şart ödeme yükümlülüğünü yerine getireceğini garanti ve taahhüt etmişlerdir. Sözleşmenin tüm maddeleri bakımından... ile birlikte müşterek ve müteselsil olarak sorumludurlar." diyerek teminat almakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış; fer'i nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu intibayı vermiştir”⁴¹³.

g- Kefalet sözleşmesinde daima üçlü bir ilişki söz konusu iken (kefil, alacaklı, borçlu⁴¹⁴) garanti sözleşmesinde ise önemli olan sonucun elde edilmesidir. Bu sonucun elde edilmesi için üçlü bir ilişkinin olması şart değildir⁴¹⁵. Garanti sözleşmesi teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi ve yöneltme amaçlı (saf) teminat sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır⁴¹⁶. Buna nazaran saf garanti sözleşmelerinde ikili bir ilişki söz konusudur⁴¹⁷. Teminat amaçlayan garanti sözleşmelerinde ise üçlü ilişki söz konusudur. Bu üçlü ilişki; garanti alan, garanti veren, edimi garanti edilen şeklindedir⁴¹⁸.

Kefalet sözleşmesi ile karşılaştırılacak olan teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi olacaktır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde; garanti alan ile edimi garanti edilen arasında asıl borç ilişkisi bulunmaktadır. Garanti veren ise asıl

⁴¹⁰ Özkul, a.g.t., s.84.

⁴¹¹ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.385., Özkul, a.g.t., s.84.

⁴¹² Özkul, a.g.t., s.85.

⁴¹³ Y.11.HD., 23.10.2017 T., 2016/11917 E., 2017/5574 K. Karşı Oy (www.kazancı.com)

⁴¹⁴ Turan, a.g.m., s.29., Özkul, a.g.t., s.78

⁴¹⁵ Reisoglu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.79.

⁴¹⁶ Barlas, a.g.e., Makalelerim s.376., Turan, a.g.m., s.29., Özkul, a.g.t., s.79.

⁴¹⁷ Acar, a.g.t., s.33.

⁴¹⁸ Turan, a.g.m., s.29., Acar, a.g.t., s.33., Özkul, a.g.t., s.78.

borç ilişkisinden doğan edimin, edimi garanti edilen tarafından yerine getirileceğine ilişkin taahhütte bulunmaktadır. Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde; garanti alan ile garanti veren arasında sadece garanti sözleşmesi bulunmaktadır asıl borç ilişkisi bulunmamaktadır ⁴¹⁹.

Adi kefalette kefilin sorumluluğu tali niteliktedir. Yani asıl borçluya karşı gerekli takip işlemlerini yaptıktan sonra kefile başvurulabilecektir ⁴²⁰. Garanti verenin sorumluluğu birincildir ve garanti alana karşı zarar ortaya çıktığında direkt ödeme yapması gerekmektedir ⁴²¹. Ancak bu hususun net bir ayrım olduğu düşünülemez. Zira kefil her zaman tartışma def'inden feragat edebilir ve garanti verende ilk önce asıl borçlunun takip edilmesini kararlaştırılabilir ⁴²².

ğ- Temel bir kıstas olmamakla birlikte, teminat verenin asıl borçlu ile beraber müteselsilen sorumluluk altına gireceğine dair ibarelerin bulunması sözleşmenin garanti sözleşmesi kabul edilmeyeceğinin en açık göstergesidir ⁴²³. Garanti sözleşmelerinde müteselsilen sorumluluk hali mümkün değildir. Garanti sözleşmelerinde garanti verenin sorumluluğu asli nitelikte olduğundan dolayı asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumluluk altına girmesi mümkün değildir ⁴²⁴. Dikkat edilmesi gereken husus, teminat verenin asıl borçlu ile beraber müteselsilen sorumluluk altına gireceğidir. Zira garanti sözleşmesinde birden fazla teminat veren kendi aralarında müteselsilen sorumlu olacaklarını kararlaştırabilmektedir ⁴²⁵.

Türk Borçlar Kanununda kefilin koruyan birçok özel düzenleme olmasına rağmen garanti sözleşmelerinde ise garanti veren sadece genel hukuk ilkelerinden yararlanabilecektir ⁴²⁶.

h- Belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerde kefaletin sona ermesi halinde kefilin koruyucu nitelikte olan TBK madde 600-601 (eBK m. 493-494) den garanti veren

⁴¹⁹ Turan, a.g.m., s.29., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.54., Sücüllü Sözgen, a.g.t, s.41., Özkul, a.g.t., s.79.

⁴²⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.84., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.56., Özkul, a.g.t., ss.79-80.

⁴²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.84., Özkul, a.g.t., ss.79-80.

⁴²² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.84.

⁴²³ Acar, a.g.t., s.49, Turan, a.g.m., ss.38-39., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.67., Özkul, a.g.t., s.84.

⁴²⁴ Acar, a.g.t., s.49, Turan, a.g.m., ss.38-39., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.67.

⁴²⁵ Acar, a.g.t., s.49.

⁴²⁶ Acar, a.g.t., s.35., Turan, a.g.m., ss.29-30., Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.59., Özkul, a.g.t., s.79.

yaralanmamaktadır. Garanti sözleşmesinde garanti vereni koruyan buna benzer bir düzenleme bulunmamaktadır ⁴²⁷.

1- Kefalet sözleşmesi hatır amacı taşıyan tek tarafa borç yükleyen şahsi teminat sözleşmesi olmasına rağmen, garanti sözleşmesi kaza sebebiyle veya beklenilmedik hal nedeniyle ortaya çıkan zararı karşılamayı üstlenmiştir. Sıfır bu nedenle garanti sözleşmesinin ivazlı olduğunu söylemek doğru olacaksa da, kefalet sözleşmesinin ivazlı garanti sözleşmesinin de ivazsız olabilmesi mümkündür. İvazlı veya ivazsız olarak değerlendirmek tek başına yeterli olmayacaktır. Bunun yanında, diğer kıstasların da değerlendirilmesi gerekecektir ⁴²⁸.

i- Kefalet sözleşmesinin konusu; asıl borçlunun ifada bulunmaması halinde kefilin bu borcu ifa edecek olmasıdır. Garanti sözleşmesinin konusu ise; üçüncü kişinin ifada bulunmaması değil ortaya çıkacak tehlikelerdir ⁴²⁹.

2.7.2. Kefalet Sözleşmesini Banka Teminat Mektubu İle Karşılaştırılması

Teminat mektubunun pozitif hukukta bir düzenlemesi olmadığı için bu konuda herhangi bir tanım da mevcut değildir. Doktrinde her yazar kendine göre teminat mektubunu tanımlamıştır. Y.11.HD., 15.10.1985 T., 4169 E., 5413 K. sayılı Yargıtay Kararına göre;

“Teminat mektubu sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan ivaz elde etmek için değil, fakat onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktır” şeklinde ifade edilmiştir ⁴³⁰.

Banka, teminat mektubu ile bir nevi kefil olarak kişi adına teminat hazırlar. Her ne kadar kefalet sözleşmesi ile ilgili Türk Borçlar Kanunu’nda özel bir düzenleme olmasına rağmen, banka teminat mektubu ile ilgili özel bir düzenleme olmadığı gibi genel bir düzenleme de mevcut değildir ⁴³¹. Bu konuda yasal düzenleme bulunmasada uygulamada teminat mektupları sadece banka tarafından verilmektedir ⁴³². Banka teminat mektuplarında bulunan “banka” ifadesinden de, bu teminatların banka

⁴²⁷ Canpolat, F. ve Topuz, S., a.g.m., s.61., Özkul, a.g.t., s.82.

⁴²⁸ Turan, a.g.m., s.37., Özkul, a.g.t., ss.83-84.

⁴²⁹ Özkul, a.g.t., s.84.

⁴³⁰ Özkul, a.g.t., ss.85-86.

⁴³¹ Ahmet Mithat Kılıçoğlu. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre)*. 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s.599.

⁴³² Özkul, a.g.t., s.86., Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

tarafından verildiğini ve banka dışında bulunan finansal kuruluşların böyle bir yetkisi bulunmadığı anlamı çıkarılabilecektir ⁴³³.

Teminat mektubunun hukuki niteliğini ile ilgili belirli bir düzenleme mevcut değildir. Hatta bu konu uygulamada ve doktrinde tartışmalara neden olmaktadır ⁴³⁴. Teminat mektubuna bakıldığında bankanın taahhüdünün içeriğine ve şekline göre her somut olay ayrı değerlendirilecektir ⁴³⁵. Duruma göre teminat mektubunun hukuki niteliği kefalet veya garanti sözleşmesi olarak değerlendirilecektir. Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilmeden banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi kapsamına gireceğini söylemek mümkün olmayacaktır. Hatta bazı durumlarda hem kefalet sözleşmesi hem de koşullar olduğu takdirde garanti sözleşmesi niteliğini taşıyacaktır⁴³⁶. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre (11.06.1969 T., 64/4 E., 69/6 K., RG. 03. Ekim. 1969, sa:13317); banka teminat mektubunun içeriğini, ister kefalet şeklinde isterse de garanti sözleşmesi şeklinde düzenleyebilecektir. Teminat mektubu kefalet şeklinde düzenlenirse geçerlilik şartı olarak yazılı şekle tabi olacaktır. Garanti şeklinde düzenlenirse artık geçerlilik şartı olarak değil de, ispat şartı olarak yazılı şekle tabi olacaktır ⁴³⁷.

Teminat mektubunun hukuki niteliğinin, kefalet sözleşmesi olduğunu savunan görüş ⁴³⁸ olduğu gibi garanti sözleşmesi olduğunu savunan görüş de mevcuttur. Hatta karma bir sözleşme veya sui generis sözleşme olabileceğini savunanlar da vardır ⁴³⁹. Kılıçoğlu'na göre ise; banka teminat mektubu kefalet niteliğine sahip olmasa da kefalete yakın bir benzerlik gösterecektir. Yargıtay içtihatlarında da başkasının fiilini üstlenme veya garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul edilmektedir ⁴⁴⁰.

Doktrinde ve Yargıtay'ın bazı kararlarında ⁴⁴¹ banka teminat mektubunun hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bunun sebebi ise; bankanın “muhatabın hiçbir zarara uğramayacağını değil, lehdarın taahhüdünü yerine

⁴³³ Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

⁴³⁴ Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

⁴³⁵ Sezai Reisoğlu. Banka Teminat Mektuplarında Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. https://www.tbb.org.tr/dosyalar/konferans_sunumlari/sr_200111_2.doc. s.2 (18 Mayıs 2019)., Özkul, a.g.t., s.87.

⁴³⁶ Özkul, a.g.t., ss.87-88.

⁴³⁷ Reisoğlu, a.g.m., s.2.

⁴³⁸ Seza Reisoğlu. (1963). *Garanti Mukavelesi*. Ajans-Türk Matbaası, Ankara, ss.102-103.

⁴³⁹ İzzet Başara. (2009). Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (83):307., Özkul, a.g.t., ss.87-88.

⁴⁴⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

⁴⁴¹ Y.TD., 23.01.1968 T., 67/1558 E., 400K., Y.TD. 06.12.1959 T., 58 E., 377 K., Y.TD., 30.04.1959 T., 892 E., 1213 K., Başara, a.g.e., s.308.

getirmemesi halinde muhatabın, teminat mektubu sözleşmesinde yer alan miktara kadar uğrayacağı zararları karşılayacağını” taahhüt edecek olmasıdır ⁴⁴².

Bankanın “borçlu ile birlikte müteselsil kefil” sıfatı ile sorumluluk altına girebilmesi mümkün olduğundan dolayı teminat mektubunun kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemekte mümkündür ⁴⁴³.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu yönünde de görüşler mevcuttur. Bu görüşü savunanlara göre; teminat mektupları üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmesi nedeniyle garanti sözleşmesini kapsadığını belirtmektedirler. Bir başka deyişle;

“banka teminat mektubunda da banka, üçüncü kişi konumunda olan lehtarın edimini ifa etmemesi veya teminat mektubunda belirtilen diğer risklerin ortaya çıkması halinde, muhatabın uğrayacağı zararları karşılamayı taahhüt etmektedir” ⁴⁴⁴.

1967 ve 1969 tarihli Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararlarında teminat mektubunda yer alan ibarelerin, kefilin sorumluluk miktarını aştığı, garanti verenin ise fer’i değil, asli borç altına girdiği gerekçesi ile teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte, İçtihadı Birleştirme Kararlarından sonra verilen mahkeme kararları da bunu destekler niteliktedir ⁴⁴⁵.

Aşağıda kefalet sözleşmesini banka teminat mektubu ile karşılaştırılması başlığı altında hangi hallerde kefalet sözleşmesine yaklaştığı, hangi hallerde ise garanti sözleşmesine yaklaştığı incelenecektir.

a- Banka teminat mektubu da kefalet sözleşmesi gibi şahsi bir teminat türü olmasına rağmen fer’i niteliğe sahip değildir ⁴⁴⁶.

b- Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, banka teminat mektubunda da muhatap, lehtar ve banka olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur ⁴⁴⁷. Teminat mektubu sözleşmeleri banka ve muhatab (alacaklı) arasında düzenlendiği için, lehtar (asıl borçlu) taraf değildir. Lehtarın edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi üzerine, banka muhataba bu durumda ortaya çıkan zararı karşılamayı taahhüt eder. Muhatabın

⁴⁴² Başara, a.g.e., s.308.

⁴⁴³ Başara, a.g.e., s.308.

⁴⁴⁴ Başara, a.g.e., s.308.

⁴⁴⁵ Reisoğlu, a.g.m., ss.3-4.

⁴⁴⁶ Özkul, a.g.t., ss.85-86.

⁴⁴⁷ Özkul, a.g.t., s.87., Kılıçoğlu, a.g.e., ss.600-601.

bankaya karşı bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buda teminat sözleşmesinin tek tarafa borç yüklediğinin en büyük göstergesidir ⁴⁴⁸.

c- Temel bir kıstas olmamakla birlikte, lehtarın edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi üzerine, banka muhataba bu durumda ortaya çıkan zararı karşılamayı taahhüt etmesinin karşılığında banka lehtardan komisyon ücreti almaktadır ⁴⁴⁹. Bankanın komisyon ücreti talep edebilmesi için borçlunun borca aykırı veya uygun davranması şart değildir. Zira banka bu ücreti yaptığı hizmet karşılığı alacaktır ⁴⁵⁰. Buda teminat sözleşmesinin ivazlı olduğunu gösterir. Sadece bu sebebe dayanarak teminat mektubunun hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir ⁴⁵¹.

ç- Banka teminat mektubunda kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, azami miktarın gösterilmesi bir geçerlilik şartı değildir. Risk doğduğu an banka muhataba mektupta belirtilen miktarı ödeyecektir ⁴⁵². Banka risk doğduğu anda teminat mektubunda belirtilen bu miktar ile sorumludur. Sorumluluk miktarı teminat mektubunda gösterilen miktarı aşamayacaktır ⁴⁵³. Azami miktarın gösterilmesi geçerlilik şartı olmasa da bankanın yükümlülük altına girdiği miktarın belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Buda banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliği taşıdığına göstergesidir. Azami miktarın gösterilmemesi durumunda sözleşme geçersiz hale gelmeyecektir ⁴⁵⁴.

d- TBK madde 603’de düzenlenen; “Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır” hükmü ile kefalete ilişkin hükümlerin sadece kefalete benzeyen sözleşmeler için kullanılacağı ifade edilmiştir ⁴⁵⁵. Bu hüküm banka teminat mektuplarında uygulama alanı bulmayacaktır. Sadece gerçek kişiler tarafından teminat verilmesi halinde TBK madde 603’de düzenlenen bu hüküm uygulanacaktır ⁴⁵⁶.

⁴⁴⁸ Özkul, a.g.t., s.87.

⁴⁴⁹ Özkul, a.g.t., s.88., Kılıçoğlu, a.g.e., s.602.

⁴⁵⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s.602.

⁴⁵¹ Özkul, a.g.t., s.88.

⁴⁵² Özkul, a.g.t., ss.88-89.

⁴⁵³ Kılıçoğlu, a.g.e., s.602,604.

⁴⁵⁴ Y.19.HD., 18.12.2000 T., 7107 E., 8738 K., Y.19.HD., 07.03.2000 T., 1999/ 7669 E., 2000/1841 K. Özkul, a.g.t., s.91.

⁴⁵⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

⁴⁵⁶ Özkul, a.g.t., s.89., Kılıçoğlu, a.g.e., ss.599-600.

e- Banka teminat mektupları ile teminat altına alınan miktar üçbinaltıyüzaltmış Türk Lirasını geçtiği takdirde, HMK madde 200/1 hükmü gereğince senetle ispat edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle banka teminat mektubunun yazılı şekilde yapılması gerekmektedir ⁴⁵⁷. Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, banka teminat mektubunda yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olmayıp ispat şartıdır. Hakkın varlığı açısından yazılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir ⁴⁵⁸.

Teminat mektubu kaybedilmiş dahi olsa, mektubun banka tarafından düzenlendiğini, riskin devam ettiğini ve bankanın sorumluluğunun devam ettiğinin kanıtlanması durumunda teminat mektubu paraya çevrilebilecektir ⁴⁵⁹.

f- Teminat sözleşmesi düzenlenirken, banka iki imza ile temsil edilmektedir. Teminat mektubunda tek imza bulunması halinde geçersiz olacaktır ⁴⁶⁰. Kefalet sözleşmesinde ise sadece kefilin imzasına ihtiyaç vardır alacaklının veya asıl borçlunun kefalet sözleşmesini imzalaması şart değildir.

Elektronik İmza Kanunu madde 5/2 gereğince; "...teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez" hükmü gereğince teminat mektubu elektronik imza ile imzalanamayacaktır ⁴⁶¹.

g- Kefalet sözleşmesinde kefalet borcu asıl borca bağlı fer'i bir borç olmasından ötürü asıl borç sona erdiği takdirde, kefalet borcunda sona erecektir. Buna rağmen asıl borç sona erse dahi bankanın teminat altına girdiği yükümlülük sona ermeyecektir. Banka ile muhatap arasındaki teminat mektubundan doğan sözleşme ilişkisi, lehtar ile muhatap arasında düzenlenen borç ilişkisinden tamamen bağımsızdır ⁴⁶².

ğ- Bankanın kendi borcunu için teminat mektubu vermesinin hukuki bir sonucu bulunmamaktadır. Çünkü bir kimse kendi borcuna kefil olamadığı gibi, kendi borcuna da garanti veremeyecektir. Bu yönden kefalet sözleşmesi ile teminat mektubunun arasında bir fark bulunmamaktadır ⁴⁶³.

⁴⁵⁷ Özkul, a.g.t., s.89.

⁴⁵⁸ Özkul, a.g.t., s.89., Kılıçoğlu, a.g.e., s.600.

⁴⁵⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.600.

⁴⁶⁰ Özkul, a.g.t., s.89.

⁴⁶¹ Özkul, a.g.t., s.89.

⁴⁶² Özkul, a.g.t., s.90.

⁴⁶³ Özkul, a.g.t., s.91.

h- Kefil, kefalet borcunu yerine getirdiği oranda alacaklının haklarına halef olacaktır. Yani kefil alacaklıya ödediği miktar oranında borçluya rücu edebilecektir. Bankanın kefalet sözleşmesinde olduğu gibi halefiyet ve rücu hakkı olmayacaktır. Zira banka asıl borç ilişkisine bağlı kalmadan kendi borcunu ifa edecektir. Bankanın kendi borç ilişkisine bağlı olduğu yükümlülüğü yerine getirdiği için lehtara halef olması mümkün olmayacaktır ⁴⁶⁴. Kılıçoğlu'na göre ise; banka teminat mektubu ile sorumluluk altına girdiği miktarı ödediği takdirde, borçluya rücu hakkına sahip olabilecektir ⁴⁶⁵.

1- Kefalet sözleşmesinde kefil asıl borçluya ait def'i ve itirazları ile sürebileceği gibi kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi kişisel def'i ve itirazları da ileri sürebilecektir. Bu konuda bir engel bulunmamaktadır. Buna rağmen, banka teminat mektuplarında böyle bir düzenleme söz konusu değildir ⁴⁶⁶.

i- Kefalet sözleşmesinde olduğu gibi banka da, alacaklıya borçlunun fiilini üstlenme borcu altına girmiştir ⁴⁶⁷. Ancak banka "alacaklıya borçlunun ifa edeceği edimi onun yerine ifa etmeyi değil, borçlunun bu borca aykırı davranması halinde alacaklının uğrayacağı zararı tazmin etmeyi" üstlenecektir ⁴⁶⁸. Bu durumda banka, alacaklıya borçlunun borca aykırı davranması halinde teminat mektubunu ödeyeceğini garanti edecektir. Buna teminat mektubunun "nakde tahvil" edilmesi denilmektedir. Uygulamada "nakde tahvil", "banka teminat mektubunun yakılması" olarak adlandırılmaktadır. Banka, alacaklıya borçlunun borca aykırı davranmaması halinde ödeme yapmak zorunda değildir ⁴⁶⁹.

Teminat mektubu sözleşmelerinde banka, borçlunun borca aykırı bir davranışta bulunması durumunda alacaklıya bir miktarı para ödeyecektir. Bu da kefalet borcunda olduğu gibi, bir para borcudur ⁴⁷⁰.

j- Kefalet borcu geciktirici şarta bağlı bir borçtur. Yani kefilin borcunu yerine getirebilmesi için, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi ya da gereği gibi yerine getirmemesi gerekmektedir. Teminat mektubunda ise; banka alacaklının kendisine

⁴⁶⁴ Özkul, a.g.t., s.92.

⁴⁶⁵ Kılıçoğlu, a.g.e., s.605.

⁴⁶⁶ Kılıçoğlu, a.g.e., s.599.

⁴⁶⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s.602.

⁴⁶⁸ Kılıçoğlu, a.g.e., s.602.

⁴⁶⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., ss.603-604.

⁴⁷⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s.602.

başvurması üzerine kayıtsız şartsız bir şekilde ödemede bulunur. Borçlu bu ödemenin haksız olduğu nedeniyle ödenmesinin engellenmesi için; “tedbir kararı veya teminat mektubunun iptali kararı” sunması gerekir. Aksi takdirde, banka alacaklının ilk başvurusu ile direk ödemede bulunabilecektir ⁴⁷¹.



⁴⁷¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s.603.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 3. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKİL ŞARTLARI

3.1. GENEL OLARAK VE MUKAYESELİ HUKUKTA KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Sözleşmelerin şekle tabi olması tarafları sözleşme yapıp yapmama konusunda düşünmeye sevk edecektir ⁴⁷². Bunun yanında şekil taraflara haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluk altına girdikleri rizikoyu gösteren bir araç görevini görmektedir ⁴⁷³.

Kefaletin geçerli olabilmesi için; bazı hususları içermesi gerekir (kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi, müteselsil kefalet durumunda bu anlama gelecek ifadeler) ⁴⁷⁴, kefilin adı ve soyadı ⁴⁷⁵ kefilin kendi el yazısı ile muhakkak yazılı şekilde ⁴⁷⁶ yapılmalıdır. Ayrıca yasada belirtilen şekil şartına uygun ⁴⁷⁷ olmalıdır. Her ne kadar eBK madde 484'te şekil şartının ispat şartı olmayıp geçerlilik (sıhhat) şartı olduğu savunulmuş ⁴⁷⁸ ise de; bazı hukuk sistemlerinde -Fransız ve İtalyan hukukunda- şekil şartı ispat açısından kullanılır. Kanun tarafından öngörülen şekil şartının ispat mı yoksa geçerlilik mi sağladığı önemli ve ciddi farklılığa neden

⁴⁷² Yavuz, a.g.t., s.80.

⁴⁷³ Yavuz, a.g.t., ss.80-81., Gündüz, a.g.t., s.2.

⁴⁷⁴ Merve Yılmaz. (2011). Türk Borçlar Kanunu' na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları. *TAAD*, 1(2)-7:81., Şamil Demir. (2013). Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı. *TBBD*, (25)-108:89.

⁴⁷⁵ Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.5.

⁴⁷⁶ Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018., Demir, a.g.m., s.89., El yazısı ile belirtilecek hususlar kefilin azami sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olunması halinde bu anlama gelecek bir ifadenin kefalet sözleşmesinde bulunmasıdır. Gündüz, a.g.t., s.5.

⁴⁷⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.72., Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018., Demir, a.g.m., s.89.

⁴⁷⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.46., Ayrancı, a.g.m., s.98., Mutlu Seda Güvener. (2007). *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartı*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Hukuku, İstanbul, s.53., Demir, a.g.m., s.89., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106., Yavuz, a.g.t., s.81., Kanun metninden geçerlilik şartı olduğu anlaşılmasaydı dahi TBK m. 12/2 hükmü uyarınca göre kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartına tabi olduğu kabul edilecekti. Sayman, a.g.t., s.73., Sarı İyim, a.g.t., s.36.

olacaktır ⁴⁷⁹. Geçerlilik koşulunda şekle aykırılık mevcutsa taraflar arasında yapılan akit mutlak hükümsüzdür ⁴⁸⁰ (hüküm ve sonuç doğurmaz ⁴⁸¹) yani hak ve borç ilişkisi doğurmamaktadır ⁴⁸², ispat koşulunda ise şekle aykırılık akdin geçerliliğini etkilemez (bir diğer deyişle hakkın varlığının ispatı için önem taşır ⁴⁸³). Şekle aykırılık olmasına rağmen borç ödenirse; geçerlilik koşulunda borç olmayan bir şey ödenmiş olacakken, ispat koşulunda ise geçerli olan borç ifa nedeniyle sona erecektir ⁴⁸⁴. Kefalet getirilen şekil şartı, ispatı kolaylaştırmak veyahut alacaklıyı korumak amaçlı olmayıp sadece kefil koruma ve düşünmeden hareket etmesini engellemek amaçlıdır ⁴⁸⁵. Zira çoğunlukla kefil bir menfaati olmadan hatır amacı ile kefalet altına girmektedir ⁴⁸⁶. Şekil tüm kefalet türleri için geçerlidir ⁴⁸⁷. Asıl borcun fer' i niteliğini taşımayan borç naklinde ⁴⁸⁸ ve garanti sözleşmelerinde yazılı şekil şartına gerek yoktur ⁴⁸⁹. Ancak yazılı şekil şartı sadece adi kefalet ve müteselsil kefalet gibi kefalet çeşitlerinde değil kefalet vaaında (diğer tarafa veya üçüncü kişiye) ⁴⁹⁰ ve kefalet sözleşmesi yapması hususunda verilen özel vekâletlerde (kendi adına kefil olma konusunda) ⁴⁹¹ de şekil şartına uyulması gerekir ⁴⁹². Böylelikle kanuna karşı yapılacak olan uygunsuzluklar ve yanılmalar engellenmiştir ⁴⁹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki kefalet vaadi ile kefil bulma taahhüdü birbiri ile karıştırılmamalıdır. Zira kefaletle ait olan riziko kefil bulma taahhüdünde bulunmamaktadır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinde bulunan şekil

⁴⁷⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.43-44., Seza Reisoğlu. (1962). Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları. *AÜHFD*, Ajans-Türk Matbaası, 19(1-4):373-374.

⁴⁸⁰ Nihat Yavuz. (2010). *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*. Adalet Yayınevi, Ankara, s.69., Güvener, a.g.t., s.53.

⁴⁸¹ Sayman, a.g.t., s.31.

⁴⁸² Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.104., Sarı İyim, a.g.t., s.35.

⁴⁸³ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.104., Sayman, a.g.t., s.31., Sarı İyim, a.g.t., s.35.

⁴⁸⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374.

⁴⁸⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.72., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.373., Yavuz, Nihat a.g.e., s.69., Ayrancı, a.g.m., s.98., Yavuz, a.g.t., s.81., Sayman, a.g.t., s.73., Sarı İyim, a.g.t., s.35., Gündüz, a.g.t., ss.10-11., Acar, a.g.t., s.137.

⁴⁸⁶ Gündüz, a.g.t., s.11.

⁴⁸⁷ Yavuz, Nihat a.g.e., s.216., Ayrancı, a.g.m., s.102., Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.4., Güvener, a.g.t., s.55., Gündüz, a.g.t., s.13., Acar, a.g.t., s.137.

⁴⁸⁸ Gündüz, a.g.t., s.165.

⁴⁸⁹ Yavuz, Nihat a.g.e., s.216.

⁴⁹⁰ Güvener, a.g.t., s.69., Acar, a.g.t., s.161.

⁴⁹¹ Güvener, a.g.t., s.65.

⁴⁹² Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.4., Sarı İyim, a.g.t., s.49., Gündüz, a.g.t., ss.139-146., Atilla Altop. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2):22., Atilla Altop. (2007). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu*, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Ed.) , İstanbul, s.156., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁴⁹³ Gündüz, a.g.t., s.146.

şartlarının kefalet vaadindeki gibi bulunmasına gerek yoktur ⁴⁹⁴. TBK madde 583/2, TBK madde 29/2’de düzenlenen “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır” denilmekle TBK madde 29/2’nin bir tekrarını teşkil etmiştir ⁴⁹⁵. TBK madde 583’te aranan şekil şartı noter tarafından re’sen düzenlenen vekâletnamelerde aranmayacaktır ⁴⁹⁶. Kefalet sözleşmesinin kefil aleyhine doldurulmasının engellenmesindeki amaç böylelikle karşılanmış olacaktır ⁴⁹⁷. Zira burada resmi şekil kefalet için uygulanması gereken şeklin amacını karşılayacak konumdadır ⁴⁹⁸.

Türk Borçlar Kanunu madde 12’de sözleşme serbestisi esasa alınmıştır. Kanun metninde “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” şeklinde düzenlenmiştir. Taraflar sözleşme yaparken beyanlarını yazılı, sözlü, açık ve örtülü şekilde açıklayabilmektedirler ⁴⁹⁹. Buna rağmen sözleşmenin geçerli olabilmesi şekil şartına bağlanmışsa bu bir geçerlilik şekli olarak kabul edilir ve tarafların buna uyması gerekmektedir ⁵⁰⁰. Kefalet sözleşmesi için 19. yüzyılın başlarında şekil serbestisi öngörülmüş olsa da daha sonra şekil şartı hâkim olmuştur ⁵⁰¹. Kefalet sözleşmesi için öngörülmüş olan bu şekil şartı hukuki güvenlik adına hizmet eder. Emredici kanun hükmüne tabidir. Yani kefalet sözleşmesinde gerekli asgari şartların bulunması gerekmektedir ⁵⁰². Ancak kamu düzenine ilişkin değildir ⁵⁰³. İsviçre Hukukunda da bizdeki gibi emredici bir kural olsa ise de kamu düzenine ilişkin değildir. Böylelikle kurala uyulmaması halinde adalet duygusu zarar görmeyecektir (BGE 111 II 178) ⁵⁰⁴. Alacaklıyı korumak ya da ispatı kolaylaştırmak amaçlıda düzenlenmemiştir ⁵⁰⁵. Hatta Yargıtay eski tarihli bir kararında şekle aykırılığın kamu düzeni ile alakalı olmayıp sadece kefil koruma amaçlı olduğunu belirtmiştir ⁵⁰⁶.

⁴⁹⁴ Gündüz, a.g.t., ss.146-147.

⁴⁹⁵ Sarı İyim, a.g.t., s.49., Acar, a.g.t., s.162.

⁴⁹⁶ Sarı İyim, a.g.t., s.48., Gündüz, a.g.t., s.141.

⁴⁹⁷ Sarı İyim, a.g.t., s.48.

⁴⁹⁸ Gündüz, a.g.t., s.141.

⁴⁹⁹ Sarı İyim, a.g.t., s.35., Gündüz, a.g.t., ss.7-8., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁵⁰⁰ Sarı İyim, a.g.t., s.35., Gündüz, a.g.t., s.9.

⁵⁰¹ Ayrancı, a.g.m., s.98., Yavuz, a.g.t., s.81., Özkul, a.g.t., s.63.

⁵⁰² Ayrancı, a.g.m., ss.99-100., Sarı İyim, a.g.t., s.36.

⁵⁰³ Ayrancı, a.g.m., s.100., Güvener, a.g.t., s.53., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.105., Sayman, a.g.t., s.73., Gündüz, a.g.t., s.2.

⁵⁰⁴ Gündüz, a.g.t., s.12.

⁵⁰⁵ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.105., Sayman, a.g.t., s.73., Gündüz, a.g.t., s.13.

⁵⁰⁶ Y. 4HD. 20/04/1957 T., 2318 E. Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.46., Gündüz, a.g.t., s.12.

Yukarıdan da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesi şekil serbestisi ilkesinin (TBK m.12) bir istisnasını teşkil etmektedir ⁵⁰⁷.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 484'e göre; Kefaletin geçerli olması yazılı şekilde (adi yazılı şekil) yapılması gerekmektedir ⁵⁰⁸. Bununla birlikte belirli bir miktarın gösterilmesine bağlıdır ⁵⁰⁹. Yargıtay' da aynı görüşe sahiptir. Aksi geçersiz olacaktır. Aksi yönde verilen kararlarda bozmayı gerektirir ⁵¹⁰. Kefilin sorumlu olduğu miktar belirtildiği halde bunun göz ardı edilerek aksi yönde karar verilmesi bozmayı gerektirir ⁵¹¹. Yargıtay bir kararında kredi limitinin kefilin sorumluluğunu belirlediğini aksi yönünde verilen kararın hakkaniyete aykırı olacağını belirtmiştir. Kredi limitinin kefilin sorumluluğunu olarak gözetilmeden verilen karar bozmayı gerektirmiştir ⁵¹². Her ne kadar kredi limitinin kefilin sorumluluk miktarını belirlediğin savunan Yargıtay Kararları mevcut ise de;

“kredi kartı hamilinin aylık harcama limiti gösterilmiş ise, müteselsil kefilin muayyen olan bu miktarla sorumlu olacağı kabul edilerek, kefilin kefalet limitinin ayrıca gösterilmemiş olmasının akdin geçerliliğine etkili olacağını düşünülmemesi”

gerektiğini savunan Yargıtay kararı da mevcuttur ⁵¹³. Barlas' a göre ise; ideal hukuk gereği kefalet limiti kefalet sözleşmesinde yer alması gerekmektedir. Bir başka sözleşmeye yani kredi sözleşmesindeki kredi limitine atıfta bulunulmaması geçerli hale gelmelidir. Zira yukarıdaki Yargıtay Kararlarında da bahsedilen asıl borca atıfta bulunarak kefalet sözleşmesini göstermek değil, asıl borç tutarını direk kefalet limiti saymaktır ve ikisi birbirine karıştırmamalıdır. Eğer banka sözleşmelerinde kefil kredi miktarının X miktarına kadar sorumlu olacağım demişse kefalet sözleşmesi geçerli

⁵⁰⁷ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.105., Yavuz, a.g.t., s.81., Sayman, a.g.t., s.73. Gündüz, a.g.t., s.9.

⁵⁰⁸ Burak Özen. (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.220., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.18., Acar, a.g.t., s.139., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁵⁰⁹ Özen, a.g.e., s.220., Gündüz, a.g.t., s.18., Acar, a.g.t., s.139., Kefalet limiti belirtildiği halde kefalet sözleşmesini geçersiz saymak bozmayı gerektirir Y.19.HD., 05.03.2012 T., 2011/12121 E., 2012/3480 K., (www.kazancı.com)

⁵¹⁰ Y.11.HD., 18.04.2014 T., 2013/844 E., 2014/7673 K., (www.kazancı.com)

⁵¹¹ Y.19.HD., 10.03.2011 T., 2010/7927 E., 2011/3120 K., (www.kazancı.com)

⁵¹² Y.19.HD., 16.11.1993 T., 9616/7715, Y.19.HD., 13.04.1999 T., 1901/2434, Y.19.HD., 09.06.2000 T., 2387/4536, Y.19.HD., 03.05.2002 T., 4988/3350, Y.19.HD., 15.03.2002 T., 1052/1842, Y.11.HD., 28.05.2002 T., 2649/5315, HGK. 22.03.1995 T., 19-829/241, Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.10., HGK. 03.12.2008 T., 2008/19-729 E., 2008/718., Y.19.HD., 25.09.2014 T., 2014/11562 E., 2014/14123 K., Y.19.HD., 14.07.2009 T., 2009/168 E., 2009/7071 K., Karşı Oy, Y.19.HD., 14.07.2009 T., 2009/169 E., 2009/7072 K. Karşı Oy, Y.19.HD., 14.07.2009 T., 2009/175 E., 2009/7077 K., Karşı Oy : “Kredi sözleşmesinde müteselsil kefil için sözleşmede ayrıca bir kefalet limitinin olmadığı hallerde, geçerli bir kefalet mevcut olup, sözleşmedeki kredi limitinin kefalet limiti olarak (kefaleti de içerdiği) kabul olunmalıdır (C.Kostakoğlu a.g.e., sh. 43, 44 - İçtihatı Birleştirme Kararı 12.04.1944 gün 14/13. sayılı karar) (HGK. 04.07.2001 gün 19-534 E. 583 K.)”. (www.kazancı.com)

⁵¹³ Y.19.HD., 13.04.1999 T., 1999/1901 E., 1999/2434 K., (www.kazancı.com)

sayılmalıdır. Çünkü kefil sorumluluk altına girdiği miktar böylelikle belli olacaktır. Aksi şekilde kredi limitini görerek kefil olunacak miktarın re'sen kabul edildiğini düşünerek kefaleti geçerli saymak uygun olmayacaktır⁵¹⁴.

Burada kredi limiti dışında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise “rotatif kredi” olacaktır. Rotatif kredi, ticari faaliyet gösteren şirket sahiplerine bir tür sıcak para likiditesi sağlayan kredi türüdür. Şirketler bu sayede acil ödemelerini kolaylıkla yapabilirler ve yeni bir mal ya da hizmet alacaklarsa bunu bu kredi vasıtasıyla kolaylıkla alabilmektedirler. Bu kredi türü daha çok günümüzde kullandığımız kredi kartları gibidir. Banka tarafından bir üst limit belirlenir ve her üç ayda bir faizlerin ödenmesi beklenir. Rotatif kredi de faiz sabit değildir. Her 3 ayda bir yeniden borç faizi değişebilmektedir. Herhangi bir kredi alımında borç alınan anapara belirli olduğu gibi ödenecek faiz de belirlenmiştir. Buna karşılık rotatif kredilerde faiz oranı sabit olmadığı için değişkenlik gösterecektir⁵¹⁵. Buradaki sorunlardan ilki kefil olacak kişinin sadece anaparaya mı yoksa tüm borca mı kefil olduğudur. Bu konuda bir açıklık olmadığı gibi, rotatif kredi her ne kadar sürekli kendini yenileyen bir sözleşme olsa ise de, kefalet sözleşmesinde kefil korumak için getirilen nitelikli yazılı şekil şartı burada gerçekleşmemiş olacaktır. Zira kefilin kendi el yazısı ile yazması gereken TBK madde 583/1’de düzenlenen geçerlilik koşulu olan hususlar matbu şekilde otomatikmen yenilenecektir. Buda kefalet sözleşmesinin geçersizliğine neden olacaktır. Kefili korumak için düzenlenmiş kanun metninde bu hususa değinilmediğinden ötürü, kefilin korunması için ağırlaştırılan Yeni Borçlar Kanunu amacını taşıyamaz hale gelecektir. Ayrıca bazı bankalarda bu kredinin alınması için kefile ihtiyaç duyulmazken, kefil olması durumunda ise kefilin sorumlu olacağı miktar ile ilgili hem Türk Borçlar Kanunu’nda hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda herhangi bir bilgi olmadığından dolayı kanundaki bu boşluğun kefil lehine doldurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanun koyucu yazılı olarak yapılması gereken beyanın içeriğini düzenliyor belirtilmesi gereken kayıtları da ayrıca bildiriyorsa nitelikli yazılı şeklin öngörülmesi gerekir⁵¹⁶. Kefalet değiştirildiği takdirde de aynı yazılı şekil öngörülmüştür. Şekil şartına uyulmadan yapılan kefaletin şekil noksanlığı hususunda sonradan yapılan açık

⁵¹⁴ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.11-12.

⁵¹⁵ Türkiye Garanti Bankası A.Ş. Rotatif Krediler.
https://www.garanti.com.tr/tr/kobi/krediler/rotatif_kredi.page. (17 Mayıs 2019)

⁵¹⁶ Özen, a.g.e., s.220., Gündüz, a.g.t., s.18., Acar, a.g.t., ss.139-140.

veya zımni onay verilmesi kefaleti geçerli hale getirmez. İsviçre Federal Mahkemesi ise; zımni onayı kefalet yazılı şekil şartına bağlı olduğu için kabul etmemiştir. Geçersiz kurulan kefaletin ödenmesi veya ikrar edilmesi kefaleti geçerli hale getirmez. Kefalet sözleşmesinde kefilin imzasının bulunması gereklidir. İmza bulunmadığı halde kişinin kefil olduğunu kabul etmesi halinde sorumluluk doğurmaz⁵¹⁷. 818 sayılı Eski Borçlar Kanuna göre kefalet senedinin kısmen ya da tamamen kefilin el yazısı ile doldurulması şart değildir. Sadece kefilin imzası yeterli görülmüştür⁵¹⁸.

Kaynak kanun olan İsv. BK madde 493 ışığında düzenlenen 6089 sayılı Borçlar Kanunu madde 583/1'de ise; Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olduğu azami miktar ve kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmayacaktır. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olma durumunda ise bu anlama gelecek bir ifadeyi kendi el yazısı ile ifade etmesi gerekmektedir⁵¹⁹. Bunun dışında kalan kısımlar adi yazılı şekil şartına uygun olarak düzenlenebilecektir⁵²⁰. Kefilin bazı hususları kendi el yazısı ile düzenlenmesi 818 sayılı eBK'da bulunmayan yeni bir hükümdür⁵²¹. Yargıtay kararları da bunu destekler niteliktedir. Aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁵²². 818 sayılı Borçlar Kanununda kefilin azami miktarı belirtmesi gerekiyordu ancak bu miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi zorunlu değildi⁵²³. Bu uygulamada birçok sıkıntılara neden olmuştur. Şöyle ki; çoğu kez azami sorumluluk miktarı boş bırakılıp, borç takibe konulacağı zaman alacaklı tarafından yazılmaktadır. Bir nevi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda kefilin el yazısı ile belirtmesi gereken hususlar ile bunun önüne geçilmek istenmiştir⁵²⁴. 818 sayılı Borçlar Kanunu aynen korunmasına rağmen adi yazılı şekilde bulunmayan bir takım özellikler eklenerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda nitelikli yazılı şekil öngörülmüştür⁵²⁵. Böylelikle 818 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre kefalet sözleşmesi daha sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Şekil unsurları kefilin

⁵¹⁷ Bilgen, a.g.e., ss.35-36.

⁵¹⁸ Özen, a.g.e., s.221.

⁵¹⁹ Bilgen, a.g.e., s.36., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.185., Özkul, a.g.t., s.63., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.22., Atilla, a.g.m., Tasarı s.156., Koç, a.g.m., s.54., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.8., Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁵²⁰ Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁵²¹ Koç, a.g.m., s.54., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.8., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁵²² Y.23.HD., 12.06.2018 T., 2015/10035 E., 2018/3667 K., Y.15.HD., 21.02.2018 T., 2016/4964 E., 2018/722 K., Y.19.HD., 24.04.2017 T., 2016/8539 E., 2017/3199 K., Y.12.HD., 24.05.2016 T., 2016/1454 E., 2016/14610 K., Y.6.HD., 14.01.2015 T., 2014/13368 E., 2015/201 K., (www.kazancı.com)

⁵²³ Sarı İyim, a.g.t., s.40., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁵²⁴ Sarı İyim, a.g.t., s.40.

⁵²⁵ Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.16.

el yazısı ile yazılıp imzalanması gerekmektedir⁵²⁶. Buna “dar anlamda nitelikli yazılı şekil” denilmesi mümkündür⁵²⁷. “Dar anlamda nitelikli yazılı şekil” denilmesi nedeni, kanun maddesi gereğince belirtilmesi gereken hususların kefilin el yazısı ile yazılması gereğidir⁵²⁸. Getirilen bu sıkı şekil şartı ile bankaların kefalet kurumunu kötüye kullanması engellenmek istenmiştir⁵²⁹. Yargıtay’ın verdiği kararlar da bu doğrultudadır. Örnek verilecek olursa; taraflar arasında yapılan kira sözleşmesine binaen yapılan kefalet sözleşmesi TBK madde 583’e uygun yapılmadığı için Yargıtay yerel mahkemenin verdiği kararı bozmuştur⁵³⁰. 6098 sayılı Türk Borçlar madde 583 her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu madde 493 ışında düzenlenmiş ise de; 818 sayılı BK madde 484 ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu madde 493’ten ayrılmıştır⁵³¹. Bu konuya çalışmanın ilerleyen kısımlarında tekrar değinilecektir.

Alman Hukukunda ise; yazılı şekil şartı BGB madde 126’da düzenlenmiştir ve yazılı şekil geçerlilik şartı olarak kabul görmektedir. Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için; kefalet sözleşmesinde kefilin imzası olması gerektiği gibi noter tarafından verilecek bir onayın da bulunması gerekmektedir. Ayrıca senette belirtilecek hususların tamamının kefilin el yazısı ile belirtilmesi zorunlu değildir. Tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için sadece kefilin beyanı şekil şartına uygun olması gerekmektedir. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu gibi Alman Hukukunda da adi yazılı şekil yeterli görülmektedir. Türk Hukukunda olduğu gibi Alman Hukukunda da Elektronik İmza ile kefalet sözleşmesi düzenlenememektedir.⁵³²

1941 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikte kanun koyucu kefilin korumak için, düşünmeden hareket etmesini önlemek için⁵³³ ve rizikonun kapsamı konusunda uyarı amaçlı olarak⁵³⁴ sıkı şekil şartları getirmiştir. Kanun koyucunun amacı; kefilin düşünmeden borç altına girmesini engellemek ve

⁵²⁶ Bilgen, a.g.e., s.36., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.20.

⁵²⁷ Gündüz, a.g.t., s.20., Acar, a.g.t., s.143.

⁵²⁸ Baş, a.g.m., s.128., İpek Sağlam. (2005). Kira Sözleşmesi ve Kefalet. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, *Legal Hukuk Dergisi*, (3)-34:3692., Acar, a.g.t., s.143.

⁵²⁹ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.107., Y. 13.HD.31/01/2001 T. 11830 E., 827 K., Y. 11. HD.15/05/1986 T., 1715 E., 3508 K., Y. 11. HD. 21/02/1989 T., 5166 E., 1022 K., Y. 19.HD.13/04/1999 T., 1901 E., 2434 K., Y. 19. HD. 08/04/2010 T., 6105 E., 4179 K., Y. 19. HD. 06/12/1993 T., 1992/1238 E., 1993/8313 K. Gündüz, a.g.t., s.37., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.22., Atilla, a.g.m., Tasarı ss.156-157.

⁵³⁰ Y. 6.HD. 05/10/2015 T., 2015/5631 E., 2015/7903 K. Bilgen, a.g.e., ss.38-39.

⁵³¹ İsviçre Borçlar Kanunu madde 493’e göre; kefilin sorumluluk miktarı 2.000 frangı aşıyor ise kefalet sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu miktarın altında ise yazılı şekilde düzenlenmesi yeterli görülmüştür. Demir, a.g.m., s.90

⁵³² Sarı İyim, a.g.t., ss.52-53.

⁵³³ Reisoglu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.73., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106.

⁵³⁴ Bilgen, a.g.e., s.35., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106.

yükümlülüklerinin sınırını bilerek borç altına girmesini sağlayarak kefilin menfaatinin korunmasıdır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Türk Borçlar Kanununda da;⁵³⁵ şekil şartları kefaletin her alanında önem arz etmektedir. Yani sadece adi kefalette ya da müteselsil kefalette değil, kefalet vaadi ve kefalet sözleşmesi yapması konusunda verilen özel vekâletlerde şekil şartına uyulması gereklidir (TBK m.583/2)⁵³⁶. Kanun metninde belirtilen şartlar geçerlilik şartlarıdır. Şekil kurallarına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi hüküm doğurmamaktadır⁵³⁷. Kefalet sözleşmesi her ne kadar alacaklı ve kefil arasında yapılan bir sözleşme olsa da sadece kefilin irade beyanı şekle uygun olmalıdır⁵³⁸. Alacaklının kabul beyanı şekle bağlı değildir⁵³⁹. Kefilin kefalet sözleşmesini alacaklıya vererek, alacaklının da bir şart ileri sürmeden sessiz kalması ile kefalet sözleşmesi zımni olarak da kurulabilir⁵⁴⁰. İsviçre Federal Hukukunun revizyonunda bulunan Theo Guhl a göre; şekil şartları kefilin korunmasını sağlayan en büyük araçtır ve o şekil şartını Eugen Huber'den sonra "özgürlüğün ikiz kardeşi" olarak değerlendirmiştir⁵⁴¹. İsviçre Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesi adi yazılı şekil (geniş anlamda nitelikli yazılı şekil), ağırlaştırılmış yazılı şekil (dar anlamda nitelikli yazılı şekil) ve resmi şekil olmak üzere üç şekilde düzenlenebilmektedir. Tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit şirketlerde ve gerçek kişilerin kamu borçlarından dolayı kefalet sözleşmesi imzalanması durumunda adi yazılı şekil kabul edilmiştir. Gerçek kişilerin 2.000 Franga kadar olan işlemlerinde adi yazılı şekil öngörülürken kefilin azami sorumluluk miktarı ve müteselsil kefil olunması durumunu el yazısı ile yazılması gerektiğini kabul görerek ağırlaştırılmış yazılı şekilde olması gerektiğini savunmuştur. Gerçek kişilerin 2.000 Frangı aşan kısımları için yapılacak kefaletlerde ise resmi şekil şartı kabul edilmiştir⁵⁴². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise İsviçre Borçlar Kanunundaki gibi bir ayrıma bakmadan ağırlaştırılmış yazılı şekil şartını benimsemiştir⁵⁴³. Ağırlaştırılmış adi yazılı

⁵³⁵ Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi genel yetkilendirme olması durumunda kanunun aradığı özel şekle uyulmamanın sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği düşüncesindedir (BGE 81 II 458) . Güvener, a.g.t., s.65.

⁵³⁶ Develioğlu, a.g.e., ss.143-144.,Yılmaz, a.g.m., s.81.

⁵³⁷ Develioğlu, a.g.e., s.144.,Yılmaz, a.g.m., s.81., Özkul, a.g.t., s.63.

⁵³⁸ Develioğlu, a.g.e., s.144.,Süçüllü Sözgen, a.g.t., s.106., Yavuz, a.g.t., ss.81-82.

⁵³⁹ Develioğlu, a.g.e., s.144.,Süçüllü Sözgen, a.g.t., s.106., Yavuz, a.g.t., ss.81-82., Gündüz, a.g.t., s.28.

⁵⁴⁰ Develioğlu, a.g.e., s.144.,Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.4., Gündüz, a.g.t., s.28.

⁵⁴¹ Christina Fountoulakis, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması, Banka Hukuku ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu İÜHF Mu.Huk. Arş. Ve Uyg. Mrk. XII, Levha/2010, Çeviren Ar. Gör. Mine Tan Dehman (Christiana) s.314. (Bilgen, a.g.e., s.35'den naklen).

⁵⁴² Bilgen, a.g.e., s.37.,Güvener, a.g.t., ss.56-57., Gündüz, a.g.t., ss.21-24., Acar, a.g.t., s.140., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.7-8., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁵⁴³ Bilgen, a.g.e., s.37.

şeklin benimsenmesinin nedeni kefilin bazı (azami sorumluluk miktarını, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet durumunda bu anlama gelecek bir ifadeyi) hususları el yazısı ile belirtmesidir⁵⁴⁴. Diğer bir ifade ile kefalet sözleşmesi sadece tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle kefilinin beyanının ve imzasının kefalet senedinde bulunması yeterli görülmüştür. Alacaklının kefile karşı bir takım borçlar altına girmesi durumunda dahi bunun senette gösterilmesi ya da alacaklı tarafından senedin imzalamasına gerek yoktur⁵⁴⁵.

3.1.1. Kefalet Senedinin Kaybedilmiş Olması veya İmha Edilmiş Olması Hususu

Kefalet senedinin kaybedilmiş olması⁵⁴⁶ veya imha edilmiş olması⁵⁴⁷ kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁴⁸. Kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulduğunun ispatı TMK madde 6 gereğince; bunu iddia eden tarafa yani alacaklıya aittir⁵⁴⁹. Alacaklı kanunda aranan şekil şartlarına uygun olarak kurulduğunun ispatlarken belgenin içeriğini de ispatlaması gerekmektedir⁵⁵⁰. Senedin kaybolması veya imha edilmesi hallerinde kefilin ikrarı, yemin etmesi ya da tanık dinletmesi geçerli olacaktır⁵⁵¹. Kısacası, kefalet sözleşmesinin kanunda aranan şekil şartlarına uygun olduğu her türlü delil ile ispatlanabilecektir⁵⁵². Her ne kadar şekil şartları sözleşmenin geçerliliğine etkide bulursa da kefalet senedinin kaybolması halinde HMK madde 200/1 (HUMK. 288) gereğince senetle ispatlanması gerekir⁵⁵³. Buradaki yazılı şekil geçerlilik şartı olduğu gibi, aynı zamanda ispat şartı özelliğini de taşıyacaktır⁵⁵⁴. Yani, kefaletin geçerliliği bakımından olmasa da ispat edilebilmesi için de yazılı şekilde yapılması gerekmektedir⁵⁵⁵. Görüleceği üzere; HMK madde 200 gereğince 3.660 TL'yi geçen miktar için görülen ispat şartı, Türk Borçlar Kanunu'nun istisnası olan yazılı geçerlilik şartını ispat şartı haline getirir⁵⁵⁶.

⁵⁴⁴ Sayman, a.g.t., s.74.

⁵⁴⁵ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.111., Sayman, a.g.t., s.77.

⁵⁴⁶ Ayrancı, a.g.m., s.102., Güvener, a.g.t., s.54., Sayman, a.g.t., s.115.

⁵⁴⁷ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.375., Güvener, a.g.t., s.54.

⁵⁴⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.375., Özen, a.g.e., s.250., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.107., Yavuz, a.g.t., s.82., Gündüz, a.g.e., s.14., Acar, a.g.t., s.164.

⁵⁴⁹ Özen, a.g.e., s.250., Sayman, a.g.t., s.115., Gündüz, a.g.e., s.14.

⁵⁵⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Özen, a.g.e., s.250., Acar, a.g.t., s.164.

⁵⁵¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.107., Acar, a.g.t., s.164.

⁵⁵² Gündüz, a.g.e., s.14.

⁵⁵³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Develioğlu, a.g.e., s.150., Güvener, a.g.t., s.54., Gündüz, a.g.e., s.15.

⁵⁵⁴ Develioğlu, a.g.e., s.150.

⁵⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.375.

⁵⁵⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Gündüz, a.g.e., s.15.

3.1.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Hususu

Kural olarak kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılmış olan sözleşmeler geçersiz olacaktır (TBK m.12/2). Bu nedenle kefalet sözleşmesi de kanunda belirtilen şekilde (TBK m.583) yapılmadıkça geçerli olmayacaktır⁵⁵⁷. Genel görüşe göre; kefilin şekil noksanlığını (aykırılık veya eksikliği) ifadan önce her daim ileri sürmesi⁵⁵⁸ TMK madde 2'ye göre hakkın kötüye kullanılması sayılmamaktadır⁵⁵⁹. Çünkü kefalette konulan şeklin amacı alacaklıya karşı kefilin korumaktır⁵⁶⁰. Doktrindeki bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan ilki; ifadan sonra geçersizlik iddiasında bulunulmasını hakkın kötüye kullanılması olarak saymaktır. Bunun dışında Oğuzman'a göre; hakkın kötüye kullanılabilmesi için somut olayın şartları göz önüne alınmalıdır. Duruma göre ifadan önce geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olabileceği gibi, ifadan sonra şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayabilir. Yargıtay ise; hakkın kötüye kullanıp kullanılmadığının tespiti için somut olayın göze alınması görüşünü savunmuştur⁵⁶¹. Ancak kefil şekle aykırılığa dayanmak amacı ile şekil eksikliğine bizzat kendisi yol açmışsa şekle aykırılığın kefil tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir⁵⁶². Örnek verilecek olursa; kefalet sözleşmesi şekle aykırı olmasına rağmen tarafların uzun bir süre geçerli gibi davranmalarının sonucunda daha sonra kefilin şekle aykırılığı itirazında bulunması hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır⁵⁶³. Artık şekil eksikliği ileri sürülemez. Hâkim her somut olayda şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı olup olmadığını kendisi re'sen göz önünde bulunduracaktır⁵⁶⁴. Federal Mahkeme tarafından verilen kararlar

⁵⁵⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Güvener, a.g.t., s.119., Y.19.HD., 27/01/1994 T., 2574E., 573 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.104., Yargıtay' a göre kefalet ilişkisi yazılı olarak yapılmamışsa ve kefilin sorumluluk miktarı belli değilse kefalet sözleşmesi kurulmamış kabul edilmektedir. Sarı İyim, a.g.t., s.50.

⁵⁵⁸ Ayrancı, a.g.m., s.105.

⁵⁵⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.58., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.97., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.390., Ayrancı, a.g.m., s.104., Sayman, a.g.t., s.115., Sarı İyim, a.g.t., s.51., Güvener, a.g.t., s.120., Gündüz, a.g.t., s.170., Acar, a.g.t., s.164.

⁵⁶⁰ Ayrancı, a.g.m., s.109., Aksoyoğlu, a.g.m., s.94.

⁵⁶¹ Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.125-126.

⁵⁶² Bilgen, a.g.e., s.53., Özen, a.g.e., s.250., Ayrancı, a.g.m., ss.104-105., Güvener, a.g.t., s.120., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.125., Sayman, a.g.t., ss.115-116., Sarı İyim, a.g.t., s.52., Gündüz, a.g.t., ss.170-171., Acar, a.g.t., s.164.

⁵⁶³ Gündüz, a.g.t., s.171.

⁵⁶⁴ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.125., Gündüz, a.g.t., s.171.

bunu destekler niteliktedir ⁵⁶⁵. Ancak doktrinde birçok görüş ayrılığı da mevcuttur. Tandoğan, Eren, Aral ve Reisoğlu'na göre ⁵⁶⁶ kefalet sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Buna karşılık alacaklı kefilin hakkın kötüye kullanılması sebebiyle zararını talep edebilecektir ⁵⁶⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ise; ispat edilemediği sürece hukuki ilişkinin şekil noksanlığı haksız fiil oluşturmayacaktır ⁵⁶⁸. Reisoğlu, kefilin buradaki sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğunu savunurken, culpa in contrahendo sorumluluğu olduğunu da savunmuştur. Kılıçoğlu ve Akyol'da culpa in contrahendo sorumluluğunu savunmuştur ⁵⁶⁹. Acar da Kılıçoğlu ve Akyol'un savunduğu gibi culpa in contrahendo sorumluluğunu savunmuştur ⁵⁷⁰. Ayrancı ise bu durumu;” *culpa in contrahendodan kaynaklanan bir haksız fiil ortaya çıkar*” şeklinde ifade etmiştir ⁵⁷¹.

3.1.3. Sebepsiz Zenginleşme Hususu

Kefil geçerli bir kefaletin var olduğunu düşünerek ödeme yapmış ise sebepsiz zenginleşme davası ile ödemede bulunduğu kısmı talep edebilir ⁵⁷². Aksi takdirde eğer kefil şekil noksanlığını bilerek kendi isteği ile ⁵⁷³ ödeme yapmış ise bu bir bağış (hibe) sayılır ve tekrar talep edilemez ⁵⁷⁴. O halde alacaklının kefilin ifa etmesiyle elde ettiği kazanım kesin ve kendisine aittir. Kefil yaptığı ifayı talep edemeyeceğinden dolayı, alacaklının esas borçludan talepte bulunma olasılığı da olmaz ⁵⁷⁵. Bu teori Roma ve

⁵⁶⁵ BGE 112 II 333 E.2a, Ayrancı, a.g.m., s.116.

⁵⁶⁶ Reisoğlu kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olmasını ahlaka aykırı bir fiil olarak değerlendirmektedir. Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.58-59., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Acar, a.g.t., ss.165-166.

⁵⁶⁷ Güvener, a.g.t., s.120.

⁵⁶⁸ BGE 50 II 292 Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.59.

⁵⁶⁹ Güvener, a.g.t., s.120.

⁵⁷⁰ Acar, a.g.t., s.166.

⁵⁷¹ Ayrancı, a.g.m., s.105.

⁵⁷² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Ayrancı, a.g.m., s.107., Güvener, a.g.t., s.121., İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay' da bunu destekler niteliktedir. Y.3HD., 06/04/1989 T., 9431 E., 3528 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.124., Yavuz, a.g.t., s.83., Sarı İyim, a.g.t., s.51., Gündüz, a.g.t., s.175., Acar, a.g.t., ss.166-167., Özkul, a.g.t., s.64.

⁵⁷³ Kefil şekil noksanlığını bilmesine rağmen kendi isteği dışında ifade bulunması durumunda iade talebinde bulunabilecektir. Ancak burada TBK madde 78/1 dışında kalan sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Gündüz, a.g.t., s.180.

⁵⁷⁴ Kefil şekil noksanlığını bilerek kendi isteği ile ödeme yapmış ise bu durumda elden bağışlama söz konusu olur. Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.392., Ayrancı, a.g.m., s.113., Güvener, a.g.t., s.121., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.125., Sarı İyim, a.g.t., s.52., Gündüz, a.g.t., ss.180-181., Acar, a.g.t., s.167., Özkul, a.g.t., s.64.

⁵⁷⁵ Özen, a.g.e., ss.254-255.

Müşterek Hukuk ve Federal Mahkemede de kabul edilmekteydi ⁵⁷⁶. Bu durumda kefil şekil eksikliğine dayanarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamamaktadır ⁵⁷⁷.

Geçersiz kefalet sözleşmesini kendisini borçlu zannederek yani yanılığa düşerek ifa eden kefilin asıl borçluya yöneltebileceği herhangi bir rücu hakkı bulunmamaktadır. Kefil yapılan ödemeyi alacaklıdan ⁵⁷⁸ sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebilme hakkına sahiptir. Ancak bunun için bazı şartların somut olayda mevcut olması gerekmektedir. Bu şartlar altında yapılan hiçbir ifa kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmemektedir ⁵⁷⁹. Zira şekil noksanlığı bulunan kefalet sözleşmesinin yerine getirilmesi dahi istenemez ⁵⁸⁰. Roma ve Müşterek Hukukta bunu destekler niteliktedir ⁵⁸¹. Diğer bir ifade ile kefilin hukuki hataya düşerek ⁵⁸² kefalet senedini geçerli zannedip ödeme yapması veya şekle aykırılık nedeniyle “borç olmayan şeyi” ifa etmesi durumunda sebepsiz zenginleşme davası açabilir ⁵⁸³. Kefilin kendisini borçlu zannetmesinin kayda değer bir mazerete dayanması şart değildir ⁵⁸⁴. Kefilin yapmış olduğu hatanın kabul görünmesi de şart değildir ⁵⁸⁵. Hatta kefil icra yoluyla ödemeye mecbur bırakıldığında dolayı keyfi bir ödeme yapmadığı için yine istirdat (iade) davası açabilecektir ⁵⁸⁶. Kefil kendi kusuruyla dahi borç olmayan şeyi ifa etmesi durumunda dahi sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir ⁵⁸⁷. Eğer ortada geçerli bir borç olmadığını bildiği halde ifada bulunursa sebepsiz zenginleşme talebinde bulunması mümkün değildir. Kefil sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmak için kefaletin geçerli olarak kurulduğu yanılığısı ile

⁵⁷⁶ Yavuz, Nihat a.g.e., ss.87-88.

⁵⁷⁷ Ayrancı, a.g.m., s.113.

⁵⁷⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.97-98., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.392., Ayrancı, a.g.m., s.109., Acar, a.g.t.,s.169.

⁵⁷⁹ Ayrancı, a.g.m., s.107.

⁵⁸⁰ Güvener, a.g.t., s.121.

⁵⁸¹ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.392.

⁵⁸² Ayrancı, a.g.m., s.109., Hatadan kasıt hukuki hatadır. Buradaki hukuki hatadan kasıt kefil ya kefalet sözleşmesinin şekil kurallarına aykırı olduğunu bilmiyor veya da herhangi bir şekil şartı olduğunu bilmiyordur. Özkul, a.g.t., s.64.

⁵⁸³ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.391., Yavuz, Nihat a.g.e., s.87., Y. 3HD.06/04/1989T., 9431E.,3528 K. Özen, a.g.e., s.253., Gündüz, a.g.t., s.177., Acar, a.g.t., s.167.

⁵⁸⁴ Yavuz, Nihat a.g.e., s.87., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.391.

⁵⁸⁵ Ayrancı, a.g.m., s.109.

⁵⁸⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 59., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.391., Güvener, a.g.t., s.121., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.124., Gündüz, a.g.t., s.174.

⁵⁸⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.59., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.391.,Özen, a.g.e., s.254., Gündüz, a.g.t., s.177., Acar, a.g.t., s.167.

borcu ödediğini ispat etmesi gerekmektedir ⁵⁸⁸. İspat edemez ise ödediğini geri alamayacaktır ⁵⁸⁹. Yanılmanın hukuki bir hatadan kaynaklanması veya kefilin kusuru ile ortaya çıkmasının bir önemi bulunmamaktadır. Kefilin geçerli bir kefalet borcunun ifa edilmiş olduğu düşüncesi ile hareket etmesi yeterlidir ⁵⁹⁰.

Her ne kadar sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya karşı açılacak olduğu düşüncesi baskın olsa da Yargıtay eski tarihli kararlarında sebepsiz zenginleşme davasının asıl borçluya karşı açılacağını belirtmiştir ⁵⁹¹. Yargıtay' a göre;

“ancak, şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalete dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlu (davalı)nın zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır “ ⁵⁹².

Yargıtay'ın aksine ⁵⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi ve Türk ve İsviçre doktrininde ⁵⁹⁴ sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya açılabilceğini kabul görmektedir ⁵⁹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya açılabilceğini kabul görmesine rağmen “ kefilin alacaklıya karşı açacağı sebepsiz zenginleşme davasından vazgeçmesi veyahut kendisine verilen sebepsiz zenginleşme davası açma hakkının zamanaşımına uğraması durumunda“ asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açılabilceğini savunmuştur ⁵⁹⁶.

Doktrinde ki bir başka görüş de kefilin asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunacağı kabul etse bile bunun için bazı durumların vuku bulmasını şart koşmuşlardır. Bu durumlar alacaklının iflas etmesi veya başka herhangi bir durumda

⁵⁸⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.97., Özen, a.g.e., s.254., Ayrancı, a.g.m., s.108., Gündüz, a.g.t., s.177., Acar, a.g.t., s.167.

⁵⁸⁹ Acar, a.g.t., s.167.

⁵⁹⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.59., Özen, a.g.e., s.254., Ayrancı, a.g.m., s.109., Gündüz, a.g.t., s.177.

⁵⁹¹ Güvener, a.g.t., s.121., Ayrancı, a.g.m., s.110., Demir, a.g.m., s.92., Sayman, a.g.t., s.116., Sarı İyim, a.g.t., ss.51-52., Acar, a.g.t., ss.167-168.

⁵⁹² Y. 3HD.06/04/1989T., 9431E.,3528 K., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.60., dpn.253., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.98., Güvener, a.g.t., s.121., Gündüz, a.g.t., s.179., Acar, a.g.t., s.168.

⁵⁹³ Yargıtay'ın yeni tarihli kararları sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya karşı açılacağı yönündendir. Y. 11.HD. 08/12/2003T., 4568E.,11592K., Y. 11.HD. 15/12/2003T., 4923E.,11833K., Gündüz, a.g.t., s.179.

⁵⁹⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.59., Gündüz, a.g.t., s.177.

⁵⁹⁵ Demir, a.g.m., s.92., BGE 70 II 271; BGE 70 II 275 Acar, a.g.t., s.168.

⁵⁹⁶ Gündüz, a.g.t., s.178.

alacağını tahsil edememesi (alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hakkından feragat, alacağın zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabının kesinleşmesi) ve hatanın ispat edilemediği durumlardır. Bu durumların varlığı halinde kefil asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir ⁵⁹⁷. Bu görüşü savunan Ayrancı'ya göre; asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme davası açılması yerinde bir davranış olacaktır. Zira sadece alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açılması kefilin koruma amacı taşımayacaktır ⁵⁹⁸. Kanaatimizce, alacaklının iflas etmesi veya başka herhangi bir durumunda alacağını tahsil edemediği (alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hakkından feragat, alacağın zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabının kesinleşmesi) ve hatanın ispat edilemediği durumlarda asıl borçluya başvurmak mümkün hale gelmelidir. Aksi durumda şekil şartları kefilin koruma amacını aştığı gibi, kefil yaptığı ödemeyi de tekrar talep edemez hale gelecektir.

3.2. KEFALET SENEDİNİN ŞEKLİ

Kefil sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olduğunda bu anlama gelecek bir ifadeyi kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi kanun metninden de anlaşılacağı üzere geçerlilik şartıdır (TBK m.583/1). TBK m.583/1'de kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartı olduğuna dair bir hüküm bulunmasaydı bile, TBK madde 12/2'den şeklin geçerlilik şartı olduğu anlamı çıkarılacaktı. Şöyle ki; TBK madde 12/2'ye göre; kanun bir şekil zorunluluğu getirmişse ve bu şeklin türünü ve özelliklerini belirtmemişse bu şekil geçerlilik şekli olarak kabul edilir ⁵⁹⁹. Sadece kefilin irade beyanını içerdiği için tek taraflı geçerlilik şekline tabidir ⁶⁰⁰. Her ne kadar kefalet senedinin geçerli olabilmesi için bazı şekil şartlarına ihtiyaç duyulmuş olsa da, kefalet senedi diğer ticari senetlerde olduğu gibi belirli kelimeleri içermesi ve daha önceden tespit edilmiş bir metne ihtiyacı olan sıkı şekil şartına bağlı değildir ⁶⁰¹. Kefalet sözleşmesinin "kefaletname" başlığı altında kurulmasının da bir önemi yoktur ⁶⁰². Hatta kefalet senedinde bonodaki gibi "kefalet"

⁵⁹⁷ Ayrancı, a.g.m., ss.110-112., Gündüz, a.g.t., ss.179-180., Özen de aynı görüşe sahiptir. Acar, a.g.t., s.168.

⁵⁹⁸ Ayrancı, a.g.m., s.112., Gündüz, a.g.t., ss.179-180.

⁵⁹⁹ Özen, a.g.e., s.218., Gündüz, a.g.t., s.167., Acar, a.g.t., s.138.

⁶⁰⁰ Şenol Olgaç. (1978). *Kefalet*. Olgaç matbaası, Ankara, s.16., Özen, a.g.e., s.237., Demir, a.g.m., s.89., Sarı İyim, a.g.t., s.36., Gündüz, a.g.t., s.26., Acar, a.g.t., s.138.

⁶⁰¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.47., Yavuz, Nihat a.g.e., s.71., Özen, a.g.e., s.236., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları ss.376-377., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.108., Sayman, a.g.t., s.73., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Gündüz, a.g.t., s.73.

⁶⁰² Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.108., Sayman, a.g.t., s.74., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Gündüz, a.g.t., s.73.

veya “kefil” kelimesinin de bulunması şart değildir ⁶⁰³. Mühim olan asıl borcun ödenmemesi durumunda kefilin fer’i olarak sorumluluk altına gireceğinin kefalet sözleşmesinden anlaşılmasıdır ⁶⁰⁴. Kefalet sözleşmesinin metninin el ile yazılmaya uygun olan her yere yazılması mümkün olmakla birlikte kâğıda yazılması daha uygun görülmektedir. Bunun gibi el yazısı yazmak için kullanılan bir aletinde önemi yoktur. Ancak genel görüş kalem kullanılmasıdır ⁶⁰⁵. Senet metninde kullanılacak lisans bakımından da sınırlama kanunumuzda mevcut değildir ⁶⁰⁶. Yani kefalet sözleşmesi düzenlenirken bunun yabancı bir dilde ifade edilmesi mümkündür ⁶⁰⁷. Taraflar sözleşmede kullanılan dili anladıkları müddetçe yabancı bir dilde ya da yabancı bir alfabeyi kullanarak kefalet sözleşmesi düzenleyebilecektir ⁶⁰⁸. Ancak 1926 tarihli 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun uyarınca kural olarak kefalet metninin Türkçe yazılması gerekmektedir ⁶⁰⁹. Sözleşme tarafları her ne kadar Türk Vatandaşı (tabiiyeti) olmasa da yabancı dilde yapılan kefalet sözleşmesi geçerlidir ⁶¹⁰. Sözleşmeye konulan yabancı dildeki kayıtlar sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir ⁶¹¹. Bunun yanında Yargıtay’ın kefalet sözleşmesinin Türkçe düzenlenmek şartı ile kayıtların yabancı dilde yazılabileceğine dair kararları da mevcuttur ⁶¹². 818 sayılı eBK’da kefalet senedi kefilin el yazısı ile olabileceği gibi alacaklı veya üçünü bir kişi tarafından da hazırlanabilmekteydi ⁶¹³ hatta yazımın daktilo ya da matbu olmasının da bir önemi yoktu ⁶¹⁴. Kanunun aradığı şekil şartları olduğu

⁶⁰³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.47., Ayrancı, a.g.m., s.101., Güvener, a.g.t., s.58., Demir, a.g.m., s.90., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.108., Sayman, a.g.t., s.74., Sarı İyim, a.g.t., s.38. Yavuz, a.g.t., s.83. , Gündüz, a.g.t., s.73., Özkul, a.g.t., s.63.

⁶⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.78-79., Gündüz, a.g.t., s.73., Acar, a.g.t., s.144.

⁶⁰⁵ Gündüz, a.g.t., s.30.

⁶⁰⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.47., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.73., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.109., Yavuz, a.g.t., s.83., Gündüz, a.g.t., s.30.

⁶⁰⁷ Ayrancı, a.g.m., s.101., Yavuz, a.g.t., s.83.

⁶⁰⁸ Gündüz, a.g.t., s.30.

⁶⁰⁹ Güvener, a.g.t., s.54. Gündüz, a.g.t., s.31., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁶¹⁰ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.377., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁶¹¹ Y. 11HD. 07/10/1986 T., 4231E., 5032 K. Güvener, a.g.t., s.54., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁶¹² Y. 11HD. 30/11/1979 T., 3309 E., 5469 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110.

⁶¹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 48., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.377.,Güvener, a.g.t., s.56., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110., Gündüz, a.g.t., s.29., Yavuz, a.g.t., s.83., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁶¹⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s. 48., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.377., Güvener, a.g.t., s.56., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110., Gündüz, a.g.t., s.29., Yavuz, a.g.t., s.83.

takdirde mektupla veya telgrafla bile düzenlenip gönderilebiliyordu ⁶¹⁵. Yine şartları taşıdığı takdirde bilgisayarda ⁶¹⁶ yazılıp hazırlanabileceği gibi mahkeme ⁶¹⁷ veya icra zaptına (İİK madde 38) ⁶¹⁸ geçirilip imzalatmak şartı ile de düzenlenebilmekteydi. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesinin şekli daha sıkı şekil şartına tabi olduğundan dolayı kanun metninde belirtilen hususların kefilin el yazısı dışında vasıflandırılması mümkün olmamaktadır ⁶¹⁹. Mahkeme veya icra zaptının imzalanmasından sonra önemli hususların kefilin el yazısı ile yazılması halinde mahkeme ve icra zaptı da kabul edilecektir ⁶²⁰. Düzenleme yeri (taahhüt yeri) nin diğer ticari senetlerde yazılması şart iken kefalet senedinde böyle bir husus şart değildir. Yalnız kefalet tarihi belirtilmelidir. Zira süreli kefalette kefalet tarihi önemlidir ⁶²¹. Ayrıca kefil sorumluluk altına girerken bunun mutlaka tek bir senet altında toplanması gerekmektedir ⁶²². Alman Hukuku'nda her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'ndaki gibi sıkı şekil şartı bulunmasa da onlarda kefil sorumluluk altına girerken bunun mutlaka tek bir senet altında toplanması gerektiğini benimsemiştir ⁶²³. Ancak ne İsviçre Borçlar Kanunu'nda ne de Türk Borçlar Kanunu'nda bu konu ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir ⁶²⁴. Bağlantı kurulduğu takdirde birden fazla düzenlenen kâğıtta yapılan kefalet geçerli olacaktır ⁶²⁵. Diğer bir ifade ile sorumluluk altına giren kefillerin kefil olma beyanlarını tek bir belgede açıklayabilecekleri gibi, ayrı bir belgede de açıklayabileceklerdir ⁶²⁶. Kefilin borçlunun borç altına girdiği masrafları ben kabul ediyorum, ödemediği takdire ben kefil sıfatı ile ben ödeyeceğim deyip belgelendirip imzalanması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez ⁶²⁷. Birlikte kefillerden her biri tek kefalet senedi üzerinde yükümlülük altına girebileceği gibi ayrı senetler de

⁶¹⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.377., Güvener, a.g.t., s.56., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.110., Gündüz, a.g.t., s.29., Özkul, a.g.t., ss.63-64.

⁶¹⁶ Yavuz, a.g.t., s.83.

⁶¹⁷ Özkul, a.g.t., s.64.

⁶¹⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.111., Gündüz, a.g.t., s.30.

⁶¹⁹ Güvener, a.g.t., s.56.

⁶²⁰ Gündüz, a.g.t., s.30.

⁶²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.75., Olgaç, a.g.e., s.64.

⁶²² Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.75., Olgaç, a.g.e., s.64., Yavuz, Nihat a.g.e., s.72., Özen, a.g.e., s.239., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.377., Sayman, a.g.t., s.74., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Gündüz, a.g.t., s.46.

⁶²³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.75., Olgaç, a.g.e., s.64., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Gündüz, a.g.t., s.46.

⁶²⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.75., Olgaç, a.g.e., s.64.

⁶²⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.75., Olgaç, a.g.e., s.64., Sayman, a.g.t., s.74., Gündüz, a.g.t., s.47.

⁶²⁶ Sayman, a.g.t., s.74., Gündüz, a.g.t., s.44.

⁶²⁷ Y.4HD. 27/11/1970 T., 8640 E., 8819 K. Olgaç, a.g.e., ss.63-64.

düzenleyebilirler⁶²⁸. Ancak bu kefalet senetlerinin kendi aralarında bir bağlantının olması gerekmektedir⁶²⁹. Kefalet senedinin tadil olması halinde yine şekil şartına uyulması gerekse de bunun aynı senette yer almasını zorunlu değildir⁶³⁰. Kefil kefalet senedini imzalarken yapılan imzanın tüm beyanı kapsamaması gerekmektedir⁶³¹. Kefil ek bir kâğıda imza atamaz⁶³². Atılan imzanın irade beyanını⁶³³ ve kefilin tespite elverişli olduğunu yansıtmaması gerekmektedir⁶³⁴. Yani kefilin kefalet amacı ile kefalet sözleşmesini imzaladığının anlaşılması gerekmektedir. Aksi halde sözleşmenin altında bulunan sade bir imza kefalet sonucunu doğurmayacaktır⁶³⁵. Kefalet senedinde kefilin imzası yeterlidir. Alacaklının imzasına gerek yoktur⁶³⁶. Zira kefalet sözleşmesi kurulması ile sadece kefil sorumluluk altına girmektedir⁶³⁷. Alacaklının kefilin beyanını kabul ettiğini belirtmesine gerek yoktur. Alacaklının kefalet senedini kefilinden aldığı ya da ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kefalet sözleşmesinde kefilin altına imzasını atarak almış olması⁶³⁸ durumu zımni olarak kabul ettiğinin⁶³⁹ göstergesidir⁶⁴⁰. Ön şart ileri sürmeden senedi alması da zımni kabul anlamına gelmektedir⁶⁴¹. Alacaklı iradesini açıklarken herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Sözlü olarak ifade etmesi ya da kabul ettiğine dair bir davranış sergilemesi

⁶²⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.378., Güvener, a.g.t., s.59., Gündüz, a.g.t., s.47.

⁶²⁹ Gündüz, a.g.t., s.47.

⁶³⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Yavuz, Nihat a.g.e., s.72., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.378.

⁶³¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Yavuz, Nihat a.g.e., s.260., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.379., Güvener, a.g.t., s.60., Sayman, a.g.t., s.77., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.35., Yılmaz, a.g.m., s.81., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.113., Yavuz, a.g.t., s.83.

⁶³² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Yavuz, Nihat a.g.e., s.260., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.379., Güvener, a.g.t., s.60., Sayman, a.g.t., s.77., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.35.

⁶³³ Yılmaz, a.g.m., s.81.

⁶³⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.379., Gündüz, a.g.t., ss.35-36.

⁶³⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Ayrancı, a.g.m., s.101., Gündüz, a.g.t., s.36.

⁶³⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., İsmail Kırca. (2006). *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni*. Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, s.446., Ayrancı, a.g.m., s.101., Güvener, a.g.t., s.60., Sayman, a.g.t., s.77., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., s.26., Acar, a.g.t., s.138., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁶³⁷ Kırca, a.g.e., s.446.

⁶³⁸ Güvener, a.g.t., s.60.

⁶³⁹ Yavuz, Nihat a.g.e., s.215., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381.

⁶⁴⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.47-50., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.75-77., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları ss.379-380., Yılmaz a.g.m., s.81., Ayrancı, a.g.m., s.101., Gündüz, a.g.t., s.28.

⁶⁴¹ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.113.

yeterlidir⁶⁴². Sessiz kalması dahi kefalet senedini kabul ettiği anlamına gelir⁶⁴³. Alacaklı için karşı bir edim yüklenmiş olsa bile bu kural değişmemektedir. Çünkü TBK madde 583’de düzenlenen şekil, kefil koruma amaçlıdır. Bundan dolayı sadece kefilin şekil şartlarına uyması yeterlidir⁶⁴⁴. Ancak kefile sorumluluk yüklenebilmesi için; alacaklının varlığı ve kefilin ise icabı kabul etmesi gerekmektedir⁶⁴⁵. Kısacası kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için kefilin kefalet metnini imzalaması yeterli olmaz, kefaletin alacaklının kullanım alanına girmesi gerekmektedir⁶⁴⁶.

Kefalet sözleşmesi kefilin veya temsilcisinin imzalaması ile hüküm ve sonuç doğurur. Bu nedenle, her ne kadar, taraflar kefalet sözleşmeleri üzerinde anlaşmış olsalar bile kefil kefalet sözleşmesini imzalamadıkça herhangi bir borçtan söz edilemeyecektir. Atılacak imzanın TBK madde 15 gereğince; muhakkak elle atılması gerekmektedir⁶⁴⁷. Bunun amacı imza atan kişinin kimliğini tespit etmektedir. Ancak imzanın el ile atılmasını daha geniş yorumlamak gerekmektedir. Zira başka bir organla atılacak imza kişinin kimliğini açığa kavuşturuyorsa kabul edilmesi gerekir⁶⁴⁸. TBK madde 583 emredici niteliğe sahiptir. Bu nedenle, kefil kendi rızası ile bile olsa el yazısı ile yazılacak yerleri bir üçüncü kişi tarafında yazılmasını istemeyeceği gibi kefalet sözleşmesini düzenlerken mekanik bir şey kullanamamaktadır⁶⁴⁹.

Kefilin beyanı şekle tabi iken, kural olarak alacaklının beyanının şekle tabi olması şart değildir⁶⁵⁰. Alacaklının kefile karşı borç altına girdiği durumlarda alacaklının imzasının kefalet senedinde yer alması gerekmektedir⁶⁵¹. Özen’e göre ise; alacaklının kefile karşı borç altına girdiği durumlarda alacaklının imzasının kefalet senedinde yer almasına gerek yoktur. Zira TBK madde 583/1’in amacı sadece kefil korumaktır iki tarafa borç yüklenmesi bunu değiştirmez⁶⁵².

Tek bir kefalet senedinde aynı alacaklının aynı borçludan veya değişik borçlulardan alacağı için kefil olmak mümkün ise de Yargıtay’da hâkim olan görüş her bir alacak için sorumluluk tutarının gösterilmesidir. Birden çok alacaklının aynı

⁶⁴² Özen, a.g.e., s.219., Yavuz, a.g.t., ss.83-84., Gündüz, a.g.t., s.26.

⁶⁴³ Özen, a.g.e., s.219., Sarı İyim, a.g.t., s.36., Gündüz, a.g.t., s.28.

⁶⁴⁴ Özen, a.g.e., s.219., Sarı İyim, a.g.t., s.36.

⁶⁴⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.80.

⁶⁴⁶ Güvener, a.g.t., s.60., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.113., Gündüz, a.g.t., s.27.

⁶⁴⁷ Gündüz, a.g.t., s.36.

⁶⁴⁸ Gündüz, a.g.t., s.42.

⁶⁴⁹ Gündüz, a.g.t., s.40.

⁶⁵⁰ Güvener, a.g.t., s.55., Y.11.HD. 16/10/1984 T., 3999 E., 4771 K. Gündüz, a.g.t., s.26., Acar, a.g.t., s.138.

⁶⁵¹ Güvener, a.g.t., ss.55-56., Gündüz, a.g.t., s.29., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁶⁵² Acar, a.g.t., s.138.

borçludan⁶⁵³ veya değişik borçlulardan olan alacakları için ayrı ayrı kefalet sözleşmesi yapmayı üstlenmeleri gerekmektedir⁶⁵⁴. Ancak farklı borçlulara ait birden fazla borç tek bir kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilir⁶⁵⁵. Kefilin alacaklının birden fazla borçlusuna birden çok alacağı için kefil olmasına da hiçbir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık kefilin hangi borç için ne kadar kefalet altına girdiği senetten anlaşılması gerekmektedir⁶⁵⁶. Görüleceği üzere, kefalet altına girilen borcun tek bir borç olması kesin kural değildir⁶⁵⁷. Kefilin hangi borç veya borçlar için kefil olduğunun anlaşılmasına “muayyenlik (belirlilik) prensibi” denir⁶⁵⁸. Bunun yanında; kefalet sözleşmesinde bütün borçlar için kefil olduğu belirtiliyor ise kefalet sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır⁶⁵⁹. Kefilin kefaleti, asıl borçlunun alacaklıya karşı olan bütün borçlarında ise; kefil olduğunu açıkça belirtmesi gerekir aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁶⁶⁰.

Tek bir borç için kefil olunması mümkün olduğu gibi hukuki ilişki sonucu ortaya çıkan yükümlülükler neticesinde de kefil olunması mümkündür⁶⁶¹. Kefilin birden fazla borçtan hangisine kefil olduğu kefalet sözleşmesinden anlaşılıyor ise kefalet sözleşmesi geçerli değildir⁶⁶². Borçlunun birden fazla yükümlülüğüne, sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan ve çeşitli yükümlülüklerini tek bir kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınması mümkündür⁶⁶³.

Süre gelen tartışmalardan olan boş kâğıda imza atılması suretiyle kefalet sözleşmesinin niteliği Yeni Borçlar Kanunu ile açığa kavuşmuştur⁶⁶⁴. 818 sayılı eBK döneminde boş kâğıda imza atılması ve bununda borçlu tarafından doldurulması kişisel ihtiyaçları karşıladığı için kabul görmekteydi⁶⁶⁵. Boş kâğıda imza bir diğer adı ile beyaza imza iki durumda karşılaşılmaktaydı. Bazı hususların kefalet sözleşmesinde

⁶⁵³ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.378.

⁶⁵⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.76., Yavuz, Nihat a.g.e., s.73., Güvener, a.g.t., s.59., Gündüz, a.g.t., s.48., Acar, a.g.t., s.156.

⁶⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.76., Özen, a.g.e., s.236., Gündüz, a.g.t., s.48., Acar, a.g.t., s.156.

⁶⁵⁶ Güvener, a.g.t., s.59., Gündüz, a.g.t., s.87., Acar, a.g.t., s.155., Bilgen, a.g.e., s.35.

⁶⁵⁷ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

⁶⁵⁸ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

⁶⁵⁹ Gündüz, a.g.t., s.95.

⁶⁶⁰ Sayman, a.g.t., s.119.

⁶⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381.

⁶⁶² Özen, a.g.e., s.234.

⁶⁶³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.37., Özen, a.g.e., ss.234-235., Acar, a.g.t., ss.155-156.

⁶⁶⁴ Özen, a.g.e., s.240., Sayman, a.g.t., ss.76-77., Sarı İyim, a.g.t., s.39., Acar, a.g.t., s.163.

⁶⁶⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.49., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.379., Özen, a.g.e., s.243., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.113., Sarı İyim, a.g.t., ss.56-57., Gündüz, a.g.t., s.56., Acar, a.g.t., s.162.

belirtilmemesi kısmi beyaza imza olacağı gibi, tamamen boş kefalet sözleşmesini imzalayıp vermekte tam beyaza imza olarak adlandırılmaktaydı. Tam beyaza imza ile kefalet senedini tamamlama yetkisi alacaklı veya asıl borçluya olacağı için uygulamada bazı sorunlara neden olmuştur⁶⁶⁶. Alacaklı, borçlunun boş kâğıda imzalı kefalet belgesini anlamaya aykırı doldurulmuş olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa kefilin bu belgeye bağlı olduğu söylenemezdi⁶⁶⁷. Ayrıca doldurulan metnin kefilin iradesine uygun olması gerekmektedir aksi halde kefalet sözleşmesi kefilin ispatı ile geçersiz hale gelebilecekti⁶⁶⁸. Ancak Yeni Borçlar Kanunu madde 583'e göre; kefilin kendi el yazısı ile kefalet tarihini, kefalet miktarını ve müteselsil kefil olduğuna dair bir ifadenin kefalet sözleşmesinde belirtilmesi geçerlilik koşuludur. Kanuna göre; kefilin boş kâğıda imza atması ve bunun borçlu tarafından doldurulması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir⁶⁶⁹. Kefalet tarihinin, azami sorumluluk miktarının ve müteselsil kefil olduğuna dair bir ifadenin kefalet sözleşmesinde yer alması gerekmektedir aksi halde sözleşme geçerli olmayacaktır⁶⁷⁰. Azami sorumluluk miktarı "sözleşmenin imzalandığı anda yürürlükte olmayan "YTL" cinsinden limit yazılmış olması kefalet limitinin bilinmediğini göstermek" olduğuna dair Yargıtay kararı da mevcuttur⁶⁷¹.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı veya kefil tarafından temsilci yolu ile yapılması mümkündür⁶⁷². Alacaklı kendisine genel yetkili bir temsilci atayarak kefalet sözleşmesi düzenlenebilecekken, kefilin TBK madde 504/2 hükmü gereğince; özel bir temsil yetkisi verilmediği sürece temsilci kefil adına işlem yapma yetkisi bulunmayacaktır⁶⁷³. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 388'de ise özel vekâletin verilmesi gereken durumlar belirtilirken bunların içinde kefil olma yetkisi bulunmamaktaydı. Genel bir yetki ile kefil olunabilmekteydi⁶⁷⁴. Temsilcinin herhangi bir üçüncü kişi olabilmesinin mümkün olabileceği gibi, üçüncü kişi konumuna sahip

⁶⁶⁶ Gündüz, a.g.t., s.59. , Acar, a.g.t., ss.162-163.

⁶⁶⁷ Özen, a.g.e., s.243.

⁶⁶⁸ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.113.

⁶⁶⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Güvener, a.g.t., s.60., Sarı İyim, a.g.t., s.57., Gündüz, a.g.t., s.66., Acar, a.g.t., s.163.

⁶⁷⁰ Sarı İyim, a.g.t., ss.57-58., Acar, a.g.t., s.163.

⁶⁷¹ Y.19.HD., 14.07.2009 T., 2009/168 E., 2009/7071 K., Y.19.HD., 14.07.2009 T., 2009/175 E., 2009/7077 K. (www.kazancı.com)

⁶⁷² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.40., Özen a.g.e., s.261., Sarı İyim, a.g.t., s.47., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.102., Gündüz, a.g.t., s.137., Özkul, a.g.t., s.77.

⁶⁷³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.101., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları ss.371-372., Özkul, a.g.t., s.77.

⁶⁷⁴ Özkul, a.g.t., s.77.

olan asıl borçlu da taraflardan birinin temsilcisi olabilecektir ⁶⁷⁵. Kefalet sözleşmesi TBK m.583/2 uyarınca; özel yetkili mümessil tarafından imza altına alınabilir. Bu imza ile de sözleşme kurulmuş olacaktır ⁶⁷⁶. Ancak mümessilin kefilin imzasını değil kendi imzasını atarak mümessil olduğunu belirtmesi gerekmektedir ⁶⁷⁷. Buna rağmen temsilci kefilin ismini yazıp kendi imzasını atması durumunda temsilci olduğunu belirtmesi gerekmektedir ⁶⁷⁸. Ayrıca kefaletle dair işlem yapılırken temsilcinin alacaklıyı bilgilendirmesi gerekmektedir ve temsilcinin işlemi temsil yetkisine dayanarak yapması gerekmektedir ⁶⁷⁹.

Elektronik imza ile kefalet sözleşmesinin imzalanması mümkün değildir ⁶⁸⁰. Zira 15.01.2004 tarih ⁶⁸¹ ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu madde 5/2'de; teminat sözleşmelerinin elektronik imza yolu ile imzalanmayacağı belirtilmiştir ⁶⁸². Diğer bir ifade ile TBK madde 15/1 de düzenlenen; "Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur" hükmüne 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) madde 5/2 hükmü gereğince; elektronik imza ile kefalet sözleşmesi yapılmasında yer verilmeyecektir. Böyle bir düzenleme bulunmasa dahi kefil bazı hususları kendi el yazısı ile yazması gerektiğinden dolayı da elektronik ortamda kefalet sözleşmesi düzenlenemeyecektir ⁶⁸³.

Özel yetkili mümessil kefil adına kefalet vaadinde bulunurken kefalet sözleşmesindeki yazılı şekil şartına uyması gerekmektedir ⁶⁸⁴. 818 sayılı Eski Borçlar Kanununda temsil yetkisinin verilmesinde kefaletin bağlı olduğu şekil şartına uyulması şartı aranmamıştır ⁶⁸⁵. Kefalet sözleşmesindeki yazılı şekil şartına

⁶⁷⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.40., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.102., Gündüz, a.g.t., s.137., Özkul, a.g.t., s.78.

⁶⁷⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Güvener, a.g.t., s.64.

⁶⁷⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Gündüz, a.g.t., s.144.

⁶⁷⁸ Gündüz, a.g.t., s.144.

⁶⁷⁹ Seza Reisoğlu. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınları, 22.baskı, İstanbul, s.57. Gündüz, a.g.t., s.143.

⁶⁸⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Bilgen, a.g.e., s.45., Sayman, a.g.t., s.78., Özen, a.g.e., s.223., Güvener, a.g.t., s.60., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., ss.54-55., Acar, a.g.t., s.143., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.189., Aksoyoğlu, a.g.m., ss.96-97.

⁶⁸¹ RG., 23.01.2004 T., 25355 S.

⁶⁸² Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Bilgen, a.g.e., s.45., Sayman, a.g.t., s.78., Özen, a.g.e., s.223., Güvener, a.g.t., s.60., Sarı İyim, a.g.t., s.37., Gündüz, a.g.t., ss.54-55., Acar, a.g.t., s.143., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.189.

⁶⁸³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.77., Baş, a.g.m., s.130., Sarı İyim, a.g.t., ss.37-38., Gündüz, a.g.t., ss.55-56., Acar, a.g.t., s.143., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.189.

⁶⁸⁴ Yavuz, Nihat a.g.e., s.85., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.121., Sayman, a.g.t., s.116., Gündüz, a.g.t., s.139., Acar, a.g.t., s.105., Özkul, a.g.t., ss.77-78., Koç, a.g.m., s.54., Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁶⁸⁵ Özkul, a.g.t., s.77., Koç, a.g.m., s.54.

uyulmaması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır ⁶⁸⁶. Bu durumda şekil şartı iki defa söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki temsil yetkisi verilirken, ikincisi ise kefalet sözleşmesi yapılırken şekil şartının yerine getirilmesi şeklindedir ⁶⁸⁷. El yazısı ile yazılması gereken hususlar bizzat özel yetkili mümessil tarafından yazılacaktır ⁶⁸⁸. İsviçre Borçlar Kanunu ve 818 sayılı eBK'da da ⁶⁸⁹ durum böyle olmasına rağmen borçluya ya da alacaklıya karşı kefil olma yükümlülüğü altına girmeye ilişkin sözleşmelerde kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartı aranmamaktadır ⁶⁹⁰. Zımnî olarak verilmesi dahi mümkündür ⁶⁹¹. Kefaletname verilen vekâletnamelerde de aynı şekil koşulu geçerli olacaktır ⁶⁹².

Kefalet senedinde alacaklının isminin yazılması zorunlu değildir. Alacaklının belirli ya da belirlenebilir olması kâfidir ⁶⁹³. Borçlunun kişiliği kefil için önemli olduğundan borçlunun ismi kefalet senedinde gösterilmelidir ⁶⁹⁴. Bunun nedeni, kefalet sözleşmesinin fer'i özelliği gereği asıl borçlunun ekonomik durumunun kefil için önem arz etmesidir. Zira kefil olunmadan önce bu kriterler dikkate alıp kefil olunmaktadır ⁶⁹⁵. Asıl borçlu sözleşmenin tarafı olmasa da asıl borçlunun kimliğinin tespiti kefalet sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle alacaklı gibi belirlenebilir olması yeterli değildir ⁶⁹⁶. Kanaatimizce, asıl borçlunun isminin kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir. Çünkü kefil borçlunun ödeme gücünü göz önünde bulundurarak ona göre sorumluluk altına girecektir.

Alacaklının, alacağın temlik yolu ile değişmesi her zaman mümkündür ⁶⁹⁷. Buna rağmen alacağın devrinde, borcun değişmesinde olduğu gibi kefilin bir onayı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, alacaklının kim olduğunun asıl borçlu kadar önem

⁶⁸⁶ Acar, a.g.t., s.105.

⁶⁸⁷ Sayman, a.g.t., s.116.. Gündüz, a.g.t., s.139.

⁶⁸⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁶⁸⁹ Gündüz, a.g.t., s.138., Acar, a.g.t., s.161.

⁶⁹⁰ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.121.

⁶⁹¹ Gündüz, a.g.t., s.138.

⁶⁹² Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018.

⁶⁹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.51., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Baş, a.g.m., ss.130-131., Güvener, a.g.t., s.58., Sayman, a.g.t., s.75., Sarı İyim, a.g.t., s.39., Gündüz, a.g.t., s.91., Acar, a.g.t., s.144., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.5-6.

⁶⁹⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.80., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.52., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.382., Bilgen, a.g.e., s.58., Özen, a.g.e., s.233., Baş, a.g.m., s.131., Sayman, a.g.t., ss.75-76., Sarı İyim, a.g.t., s.39., Güvener, a.g.t., s.58., Gündüz, a.g.t., s.93., Acar, a.g.t., s.154., Y. 11. HD. 11/03/1988 T., 1988/1489 E., 1988/1500 K., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.186., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.6.

⁶⁹⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.52., Gündüz, a.g.t., s.93., Acar, a.g.t., s.144.

⁶⁹⁶ Acar, a.g.t., s.154.

⁶⁹⁷ Sarı İyim, a.g.t., s.39., Gündüz, a.g.t., s.91.

arz etmemesidir ⁶⁹⁸. Bunun aksine Alman Hukuku'nda ise; alacaklıda olduğu gibi borçlunun da belirlenebilir olması yeterli görülmüştür ⁶⁹⁹. Esas borcun alacaklısı kim ise kefilen talepte bulunacak kişi de aynı kişidir ⁷⁰⁰. Aksi halde geçerli olarak kurulmuş bir kefalet sözleşmesinden bahsedilemez. Çünkü şekil şartı kefilin koruma amacı gütmektedir. Asıl borçlunun ödeyebilme durumu kefilin yüklendiği sorumluluk bakımından oldukça önemlidir ⁷⁰¹.

Mevcut olarak kurulmuş bir kefaleti yeni bir kefilin devir alması geçerlilik şartlarına uygun yapılmalıdır. Borçlunun değişmesi halinde ise kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için şekil şartına uyulması gerektiği gibi kefil evli ise eşinin rızası gerekmektedir ⁷⁰². TBK madde 584/2 uyarınca; eşin rızasının en geç sözleşme kurulurken verilmesi gerektiği gibi borcun naklinde de bu zaman dikkate alınmalıdır ⁷⁰³. Eşin rızasının en geç sözleşme kurulması anına kadar bulunmaması halinde sadece kefil tarafından verilen onay geçersiz olacağı gibi kefalet sözleşmesi de son bulacaktır ⁷⁰⁴. Kefilin önceden borçlu değişmesine muvafakat etmesi de geçersizdir ⁷⁰⁵. Ancak iki borçludan birinin borçtan kurtulabilmesi için kefilin muvafakat etmesi gerekmektedir ⁷⁰⁶. Borçlunun değişmesi durumunda borcun üstlenilmesi kefilin yazılı şekilde razı olması halinde geçerli olur (TBK m. 198/2) ⁷⁰⁷. Kefil tarafından verilecek bu rıza geçerlilik şartıdır. TBK madde 583 de belirtilen nitelikli yazılı şekil yerine adi yazılı şekilde düzenlenmesi yeterli görülmüştür. Hatta elektronik imza yolu ile yapılması dahi mümkündür. Zira kefil tarafından verilecek beyan sözleşmenin kurulmasına etkili değildir, sadece sorumluluğun devam edeceğine yöneliktir ⁷⁰⁸. Eski Borçlar Kanunu madde 176/2'de; borçlunun değişmesi durumunda borcun üstlenilmesi sadece kefilin onayına bağlı idi. Verilecek bu onay hiçbir yazılı şekle tabi değildi ⁷⁰⁹.

⁶⁹⁸ Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.185.

⁶⁹⁹ Sarı İyim, a.g.t., s.54.

⁷⁰⁰ Özen a.g.e., s.233., Sayman, a.g.t., s.76.

⁷⁰¹ Yavuz, Nihat a.g.e., ss.74-76.

⁷⁰² Baş, a.g.m., s.120.

⁷⁰³ Baş, a.g.m., ss.119-120., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., ss.195-196.

⁷⁰⁴ Baş, a.g.m., s.120., Sağlam, a.g.m., s.3693., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.197.

⁷⁰⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.73., Bilgen, a.g.e., s.53., Develioğlu, a.g.e., s.473., dpn.1854., Gündüz, s.165., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.189.

⁷⁰⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.73., Bilgen, a.g.e., s.53.

⁷⁰⁷ Bilgen, a.g.e., s.53., Develioğlu, a.g.e., s.474., dpn.1855., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.185.

⁷⁰⁸ Kaya Kızıllırmak, a.g.t., ss.188-189.

⁷⁰⁹ Kaya Kızıllırmak, a.g.t., ss.187-188.

Kefalet sözleşmesinde, kefilin borç altına girme iradesinin tespiti için kullanılan kelimelere bakılmaksızın TBK madde 583 ve 584'deki geçerlilik şartına uyulması gerekmektedir. Bu tespit yapılırken sadece kefalet sözleşmesi ile bağlı kalınmayıp diğer hususlar da dikkate alınmalıdır ⁷¹⁰.

3.3. KEFALET SENEDİNİN KAPSAMI

Kefalet sözleşmesinin şekil içeriğine uygun olarak kurulabilmesi için; asıl borcun ferdileştirilmesi gerekmektedir ⁷¹¹. Yani kefalet sözleşmesinde esaslı noktaların bulunması gerekmektedir ⁷¹². Esaslı noktalardan kasıt subjektif ve objektif noktalardır ⁷¹³. Bunun yanında kefalet senedinde kefilin hangi borç için kefil olduğunun anlaşılması durumunda da asıl borç ferdileştirilmiş kabul edilir ⁷¹⁴. Alman Hukuku'nda da; kefalet sözleşmesinin şekle uygun olması ve belirlilik ilkesi gereği kefalet sözleşmesinde esaslı unsurların bulunması gerekmektedir. Esaslı unsurlar; kefil olma arzusu, aslı borçlu, alacaklı ve kefalet altına alınan borç olarak benimsenmiştir⁷¹⁵. Asıl borcun ferdileştirilmesi için; asıl borcun nitelendirilmesine ya da rakamla belirtilmesine gerek yoktur ⁷¹⁶. Kefil olunmuş borcun ferdileştirilebilmesi için; kefalet senedinde borcun türü, kefilin sorumlğunun sebebi ⁷¹⁷ yani kefalet ile sorumluluk altına alınan esas borcun miktarı ⁷¹⁸, kapsamı (içeriği) ⁷¹⁹ ve asıl borçlunun, alacaklının isimlerinin bulunması ⁷²⁰ gerekmektedir. Ancak kefalet senedinin geçerli olabilmesi için bu hususlar şart değildir. Biri eksik olsa dahi asıl borcun kefalet senedindeki diğer beyanlarla anlaşılması yeterlidir ⁷²¹. Eksiklikler kefalet sözleşmesinde bulunan diğer hususlardan tamamlanabiliyor ise ya da somut olay dikkate alınarak asıl borç

⁷¹⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.74.

⁷¹¹ Baş, a.g.m., s.130., Sayman, a.g.t., s.75., Sarı İyim, a.g.t., s.39., Acar, a.g.t., s.144.

⁷¹² Ayrancı, a.g.m., s.100., Baş, a.g.m., s.130., Yılmaz, a.g.m., s.83., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Elçin Grassinger, a.g.m., ss.45-46.

⁷¹³ Acar, a.g.t., s.144., Kaya Kızılırmak, a.g.t., ss.185-186.

⁷¹⁴ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.339., Baş, a.g.m., s.131., Acar, a.g.t., s.155.

⁷¹⁵ Sarı İyim, a.g.t., s.53.

⁷¹⁶ Baş, a.g.m., s.131., Sarı İyim, a.g.t., s.39.

⁷¹⁷ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.114., Sayman, a.g.t., s.75., Gündüz, a.g.t., s.83.

⁷¹⁸ Yılmaz, a.g.m., s.83., Ayrancı, a.g.m., s.100., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Elçin Grassinger, a.g.m., s.45.

⁷¹⁹ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Güvener, a.g.t., s.58., Sayman, a.g.t., s.75., Gündüz, a.g.t., s.83.

⁷²⁰ Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları ss.381-382., Yılmaz, a.g.m., s.83., Ayrancı, a.g.m., s.100., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.114., Sayman, a.g.t., s.75., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Gündüz, a.g.t., s.83., Elçin Grassinger, a.g.m., s.45.

⁷²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.79., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Yavuz, Nihat a.g.e., s.76., Yılmaz, a.g.m., s.83., Gündüz, a.g.t., s.83., Acar, a.g.t., s.153., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.186.

tanımlanabiliyor ise kefaletin geçerliliğini etkilemeyecektir ⁷²². Alman Hukuku da bunu benimsemiştir ⁷²³. İsviçre Borçlar Kanuna göre de; asıl borçlunun ve alacaklının isminin kefalet senedinle yer alması zorunlu değildir. Yani alacaklının isminin kefalet senedinde yazılması zorunlu değildir ⁷²⁴. Yeni Borçlar Kanunu da bunu destekler niteliktedir ⁷²⁵. Her ne kadar alacaklının isminin kefalet sözleşmesinde yazılmasına gerek olmasa da kefalet yükümlülüğünün doğabilmesi için sözleşmede taraf olmayan asıl borçlunun kefalet sözleşmesinde ismi yazılması gerekmektedir ⁷²⁶. Aksi takdirde, esas borçlunun kim olduğunun anlaşılmasına imkân vermeyen kefalet belgesi TBK madde 583’de aranan şekil şartını yerine getirmiş sayılmaz ⁷²⁷. Kefaletin emre ya da hamile yazılı senet üzerinde olması mümkündür. Ayrıca kefalet gelecekte doğabilecek bir borç için verilebileceğinden, taraflar arasında olan kefalet vaadi de geçerli olacaktır (BGE 25 11 53) ⁷²⁸. Burada mühim olan kefalet sözleşmesi muaccel olduğunda ödenebilecek geçerli bir borcun bulunmasıdır ⁷²⁹. Bunun yanında gelecekte doğabilecek bir borcunda kefalet sözleşmesinde belirli ya da belirlenebilir şekilde belirtilmesi gerekir ⁷³⁰. Kefalet senedinden mevcut borca mı gelecekte doğan borca mı kefil olunduğu anlaşılabilir ise kefaletin gelecekte doğan verildiği kabul edilmektedir ⁷³¹. Kefilin şimdilik belli olmayan bir alacak için borçluya kefalet senedi düzenleyip vermesi de mümkün kabul edilmektedir (BGE 38 II 132, BGE 46 II 97) ⁷³².

Asıl borç belli olmadan ya da belirlenebilir olmadan kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktar belirtilerek yapılan kefalet sözleşmeleri geçerli kabul edilmemektedir ⁷³³. Yani kefilin “ borçlunun doğmuş ya da ileride doğacak borcuna beş yüz milyona kadar kefil oluyorum” şeklinde düzenlenen soyut kefaletler geçersiz

⁷²²Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Güvener, a.g.t., s.58., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.114., Sayman, a.g.t., s.114., Sarı İyim, a.g.t., s.38., Yılmaz, a.g.m., s.83., Gündüz, a.g.t., s.83.

⁷²³ Sarı İyim, a.g.t., s.53.

⁷²⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.51., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.79.

⁷²⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.79.

⁷²⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.80., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.382., Yılmaz, a.g.m., s.84., Ayrancı, a.g.m., s.100., Baş, a.g.m., s.131., Acar, a.g.t., s.144.

⁷²⁷ Özen, a.g.e., s.235., Acar, a.g.t., s.154.

⁷²⁸ Yavuz, Nihat a.g.e., ss.215-216.

⁷²⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.17., Gündüz, a.g.t., s.96.

⁷³⁰ Gündüz, a.g.t., s.97.

⁷³¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.17., Gündüz, a.g.t., s.97.

⁷³² Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.381.

⁷³³ Y. 13HD., 03/12/1991 T., 7229 E., 10997 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.114-115., Sayman, a.g.t., s.114., Yavuz, a.g.t., s.85., Gündüz, a.g.t., s.96.

kabul edilir⁷³⁴. Bu husus genelde banka sözleşmelerinde daha çok rastlanmaktadır⁷³⁵. Kısacası, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki her türlü ilişkiden doğabilecek her türlü borç için kefil olunması mümkün değildir⁷³⁶. Buna rağmen kredi borcu veya cari hesap borcuna kefaletlerde bazı sınırlar içinde çeşitli zamanlarda doğacak farklı miktardaki borçları için kefil olunabilmesi mümkündür⁷³⁷. Bu kefalet türüne göre; kefilin “alacaklı bankanın, asıl borçluya karşı doğmuş ve doğabilecek bütün alacaklarının ödenmesinden” sorumlu olacağına dair yapılan taahhüt geçerli sayılacaktır⁷³⁸. TBK madde 582/1 burada vuku bulacaktır.

Asıl borçlu ile kefilin aynı belgeyi beraber imzalamaları şart değildir. Kefil bir diğer belge ile de kefalet borcu üstlenebilmektedir. Buna rağmen TBK madde 583-584 maddelerine uymak koşulu ile kefilin asıl borçlunun yanında borç senedini kefil olarak imzalaması yeterli görülmüştür⁷³⁹. Bu durum kural olarak müşterek borçluluk halini anımsatmaktadır. Kefil, borç senedinde asıl borçlu olarak değil de fer’i borçlu olarak taahhüt altına girdiğini kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtmelidir⁷⁴⁰. Her ne kadar kefalet sözleşmesinde “kefil olma”, “tekeffül etme”, “garanti”, “birlikte müşterek borçlu ve müteselsil kefil” kelimeler yer alsa da yükümlülüğün asli mi fer’i mi olup olmadığını sorumluluk altına girenin o yöndeki beyanı belirler⁷⁴¹. Yukarıdaki kelimelerin bulunmasına rağmen eğer yapılan sözleşmede yükümlülük altına giren kişinin fer’i olarak sorumluluk altına girdiği anlaşılıyorsa kefalet sözleşmesi kabul edileceği gibi, sözleşme geçerli bir sözleşme gibi devam edecektir⁷⁴².

Asıl borç miktarının yazılı şekilde kefalet senedinde belirtilmesine gerek bulunmamaktadır⁷⁴³. Asıl borç miktarının yazılı şekilde kefalet senedinde belirtilmesi durumunda kefalet sözleşmesi geçersiz olmayacaktır⁷⁴⁴. Zira kefilin sorumlu olduğu

⁷³⁴ Y. 13HD., 03/12/1991 T., 7229 E., 10997 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.114-115., Sayman, a.g.t., s.114., Gündüz, a.g.t., s.96., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5.

⁷³⁵ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.5,6.

⁷³⁶ Yavuz, a.g.t., s.85., Gündüz, a.g.t., s.104.

⁷³⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.12-13., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.115., Yavuz, a.g.t., s.85., Gündüz, a.g.t., s.103.

⁷³⁸ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.115., Gündüz, a.g.t., s.103.

⁷³⁹ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.112.

⁷⁴⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.76., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.112., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Güvener, a.g.t., s.59., Gündüz, a.g.t., s.76.

⁷⁴¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.78-79., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.112., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.50., Gündüz, a.g.t., s.76.

⁷⁴² Gündüz, a.g.t., s.77.

⁷⁴³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.82., Ayrancı, a.g.m., s.100., Güvener, a.g.t., s.58., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.115., Gündüz, a.g.t., s.88., Acar, a.g.t., s.155.

⁷⁴⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.82., Acar, a.g.t., s.155., Özkul, a.g.t., s.65.

miktarının belirtilmesi kefalet sözleşmesi açısından yeterli görülmüştür ⁷⁴⁵. Buna rağmen alacaklı ile borçlu arasındaki “herhangi bir borç” için yapılan kefalet sözleşmesi geçerli değildir. Alacaklı ile borçlunun devam edecek her türlü hukuki ilişkiden doğan borçları içinde kefalet sözleşmesi kurulması mümkün değildir. Zira asıl borç miktarı açıkça belirtilememiştir ⁷⁴⁶. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilmesi durumunda asıl borç miktarının borç senedinde bulunması şart değildir ⁷⁴⁷. Asıl borcun sözleşme metninden anlaşılabilmesi kâfidir ⁷⁴⁸. Her ne kadar borç sebebinin kefalet senedinde gösterilmesine gerek yok ise de borçlunun birçok borcundan hangisine kefil olduğu açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde yapılan kefalet geçersiz sayılmaktadır ⁷⁴⁹. Kefalet altına neden girildiğinin hukuksal nedeninin belirtilmesine gerek yoktur ⁷⁵⁰.

3.4. KEFİLİN SORUMLU OLACAĞI EN YÜKSEK (AZAMI) MİKTARIN GÖSTERİLMESİ

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 484’e göre kefilin sorumlu olduğu miktarın adı yazılı şekilde belirtilmesi yeterli görülmekteydi ⁷⁵¹. Her ne kadar 818 sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu’nda yazılı şekil öngörülmüş olsa da sadece kefilin sorumlu olacağı belirli miktarın gösterilmesi yeterli görülmüştü ⁷⁵². Kefilin el yazısı ile bu miktarın yazılması gerektiği belirtilmemiştir ⁷⁵³. Yargıtay’ın işlem tarihinde yürürlükte olan kanunu dikkate alıp verdiği kararlar da mevcuttur. Zira kefalet sözleşmesinin tümü ile geçersiz saymak hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu kararda işlem tarihinde yürürlükte olan eBK madde 484’e göre karar verilmiştir. “Kefilin sorumlu olduğu miktar belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı bir şekilde kefaletin tümüyle geçersizliği kabul edilerek karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir” ⁷⁵⁴.

⁷⁴⁵ Ayrancı, a.g.m., s.100., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.115., Özkul, a.g.t., s.65.

⁷⁴⁶ Gündüz, a.g.t., s.95.

⁷⁴⁷ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.115., Sarı İyim, a.g.t., s.39.

⁷⁴⁸ Sarı İyim, a.g.t., s.39.

⁷⁴⁹ Yavuz, Nihat a.g.e., s.216., Sarı İyim, a.g.t., s.39.

⁷⁵⁰ Yavuz, Nihat a.g.e., s.216.

⁷⁵¹ Sayman, a.g.t., s.79.

⁷⁵² Gündüz, a.g.t., s.5.

⁷⁵³ Acar, a.g.t., s.146.

⁷⁵⁴ Y.19.HD., 25.05.2017 T., 2016/19608 E., 2017/4212 K. (www.kazancı.com)

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 484'e belirtilen belirli miktarın gösterilmesi 1911 tarihli İsv. BK madde 493'den kaynaklıdır ⁷⁵⁵. Burada belirtilen belirli miktardan azami miktar anlaşılması gerektiği savunulmuştur ⁷⁵⁶. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun aksine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesine kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu getirilmiştir ⁷⁵⁷. Kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu getirildiği için alacaklı tarafından veya başka bir araç tarafından yazılması mümkün olmayacaktır ⁷⁵⁸. Bununla birlikte, kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenebilir olmasının yeterli olacağı yönündeki yorumlar geçersiz olacaktır ⁷⁵⁹. 12.04.1944 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında bulunan ; "kefil olunan meblağa sözleşmede yer verilmemiş olmasına rağmen bu meblağın sözleşme içeriğinden anlaşılabilir olduğu durumlarda kefaletin geçerli olduğu " görüşü artık geçerli olmayacaktır ⁷⁶⁰. Kefalet sözleşmesinin geçerli olması için kefilin sorumluluk altına girdiği azami miktarın belirtilmesi gerekmektedir. Aksi halde yapılan kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır ⁷⁶¹. Alman Hukuku'nda kefilin sorumluluk altına girdiği azami miktar belirtilmek zorunda değildir. Fakat taraflar azami sorumluluk miktarını belirleyen bir sözleşme yapabileceklerdir ⁷⁶². Kefalet sözleşmesinde asgari sorumluluk miktarın gösterilmesi dahi yeterli görülmemiştir ⁷⁶³. İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği kararlarda bunu destekler niteliktedir (BGE 66 II 26) ⁷⁶⁴. Kısacası, kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı asgari miktar belirtildiği takdirde kefalet sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Bu da kanunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi kefil sorumlu olduğu sınırı bilemeyecektir ⁷⁶⁵. Kanun metnine bakacak olursak madde 583/1'e göre; "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz". Bunun nedeni

⁷⁵⁵ Gündüz, a.g.t., s.105.

⁷⁵⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.55., Olgaç, a.g.e., s.17., Gündüz, a.g.t., s.105.

⁷⁵⁷ Yılmaz, a.g.m., s.85., Sarı İyim, a.g.t., s.43., Gündüz, a.g.t., s.107., Özkul, a.g.t., s.66., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁷⁵⁸ Özkul, a.g.t., s.66.

⁷⁵⁹ Sarı İyim, a.g.t., s.43., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁷⁶⁰ Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁷⁶¹ Y.19.HD., 11.06.2003 T., 2002/3424 E., 2003/6194 K. (www.kazancı.com), Sarı İyim, a.g.t., s.43.

⁷⁶² Sarı İyim, a.g.t., s.54.

⁷⁶³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.55., Yılmaz, a.g.m., s.85., Sayman, a.g.t., s.118.

⁷⁶⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.55., Sayman, a.g.t., s.118.

⁷⁶⁵ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.118., Sayman, a.g.t., ss.118-119.

ileride doğabilecek muhtemel risklerden kefilidir korumaktır ⁷⁶⁶. Böylelikle kefil sorumluluk altına girdiği miktar konusunda endişe yaşamayacaktır ⁷⁶⁷. Tüm düşüncelere rağmen Yargıtay'ın farklı yönde verdiği kararlar da mevcuttur. Şöyle ki;

“BK. 484. maddesi gereğince kefalet sözleşmesinin geçerli olması için kefilin sorumlu olacağı tutarın en üst sınırının gösterilmesi gerekir. Kefilin sorumlu olacağı miktar belli değil ise sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu konuda bir belirsizlik olduğu durumlarda sözleşmelerin hukuki sonuç doğuracak şekilde yorumlanması esastır, ilkesinden hareket edilmelidir. Öte yandan 12.4.1999 tarih ve 14 esas, 13 karar sayılı İçtihadı Birleştirme kararında belirtildiği üzere kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olmadığı hususunun hâkim tarafından resen nazarı itibari alınması gerekir. Az yukarıda belirtilen sözleşmenin yorumuna dair ilke ve İçtihadı Birleştirme Kararında ortaya konan ilke birlikte değerlendirildiğinde tüketici kredisi miktarının aynı zamanda kefalet limiti olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koyar. Kaldı ki bankacılık uygulamasında limiti belli kredi sözleşmesinin asıl borçlu ile imzalayan kefilin sorumlu olacağı en üst miktar kredi limiti olarak belirlenen tutardır. Bu sebeple davacının kefalet limitinin sözleşmelerdeki kredi limiti olarak kabulüyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, kefalet limiti belli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir ” ⁷⁶⁸.

Kanun metninden de anlaşılacağı üzere; kefalet belgesinde ilk olarak kefilin sorumlu olduğu en yüksek miktar belirtilmelidir. Yani kefil esas borç yerine getirilmediği takdirde alacaklının uğradığı zararının ne kadarını karşılayacağını kefalet belgesine bakıldığında anlayabilmesi gerekmektedir. Bu durumda kefil sorumluluk altına girdiği miktar hakkında bilgi sahibi olacaktır ⁷⁶⁹. Kefilin sorumlu olacağı azami miktardan kasıt; asıl borcun yanında borçlunun sahip olduğu yan yükümlülükler, gecikme faizleri ve akdi faizlerle birlikte masraflardır ⁷⁷⁰. Kısacası kefilin sorumlu olacağı miktar; asıl alacak ve asıl alacağın fer'ilerinin toplamıdır ⁷⁷¹. Azami miktar belirlenirken yan yükümlülükler de unutulmamalıdır. Kefilin azami miktar dışında ödeme sorumluluğu yoktur (TBK m.589/1) . Ancak kefil TBK m.589/2 uyarınca azami miktar içerisinde asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçları ⁷⁷² ve dava

⁷⁶⁶ Yılmaz, a.g.m., ss.84-85., Yavuz, a.g.t., s.85., Sayman, a.g.t., s.79., Özkul, a.g.t., s.66.

⁷⁶⁷ Sayman, a.g.t., s.79.

⁷⁶⁸ Y.13.HD., 20.09.2018 T., 2018/3288 E., 2018/8176 K. (www.kazancı.com)

⁷⁶⁹ Özen, a.g.e., s.228., Demir, a.g.m., s.90., Sayman, a.g.t., s.79.

⁷⁷⁰ Olgaç, a.g.e., s.56., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.389., Yılmaz, a.g.m., s.86., Güvener, a.g.t., s.63., Demir, a.g.m., s.90., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.118., Sayman, a.g.t., ss.79-80., Sarı İyim, a.g.t., s.44.

⁷⁷¹ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.14.

⁷⁷² Yavuz, a.g.t., s.85., Sarı İyim, a.g.t., s.44., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.14., Elçin Grassinger, a.g.m., s.54.

ve takip edilmesi ile ilgili masraflardan ⁷⁷³, teminatın tesliminden ve rehin hakkının devrinden doğan masraflardan sorumludur. Kefilin temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi, kefile karşı yapılan dava ve takip masrafları (avukatlık ve mahkeme masrafları da dâhil) azami miktar kapsamına dâhil değildir ⁷⁷⁴. Buna rağmen bu masraflar kefilden talep edilebilecektir ⁷⁷⁵. Her ne kadar kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet sözleşmesinde el yazısı ile gösterilmesi zorunlu ise de; sözleşmede “azami miktar” ibaresinin belirtilmesi şart değildir. Zira azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi azami sorumluluk anlamına gelecektir ⁷⁷⁶.

Sorumlu olunan miktar el yazısı ile belirtileceği için ayrıca asıl borca ya da başka bir belgeye gönderme yapılmasına gerek yoktur. Buna rağmen kefalet sözleşmesinde kefilin kime kefil olduğu açıkça belirtilmelidir ⁷⁷⁷.

Kefil sorumlu olduğu azami miktarı kefalet senedi içerisinde şüpheye yer vermeyecek şekilde ve kendi el yazısı ile açık bir şekilde belirtmelidir. Kefilin esas borç belgesine gönderme yapması veya esas borç belgesinde esas borcun yazılı olması bile yeterli görülmemektedir. Kefil sorumlu olacağı azami miktarı bizzat kendi beyanı ile belirlemeli ve esas borç belgesine bakılmasına gerek kalmamalıdır. Kefilin yazılı beyanı esas borç belgesinde yer almış ve esas borç miktarı belirtilmiş olsa dahi kefil sorumluluk altına gireceği üst sınırı ayrıca belirtmesi gerekmektedir. Kefilin sorumluluk altına gireceği azami miktar ile esas borç miktarı aynı olmak zorunda olmadığı gibi kefilin sorumluluk altına girdiği azami miktar esas borç miktarından düşük ⁷⁷⁸ veya yüksek de olabilmektedir. Kefilin kefalet senedindeki beyanlarından yola çıkarak azami sorumluluk sınırının belirlenebilir olması kefaletle ilişkin şekil şartlarının yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Kefilin azami sorumlu olduğu miktarın şüpheye yer verilmeyecek şekilde açık ve net olması gerekmektedir. Bununla birlikte tekrar bir hesaplama yer verilmemesi gerekir ⁷⁷⁹. Kefalet sözleşmesinde kefilin azami sorumluluk altına girdiği miktar belli değil ise yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir ⁷⁸⁰. Bu durum hâkim tarafından re ‘sen dikkate alınır’ ⁷⁸¹.

⁷⁷³ Güvener, a.g.t., s.63., Demir, a.g.m., s.90., Yavuz, a.g.t., s.85., Sarı İyim, a.g.t., s.44., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.14., Elçin Grassinger, a.g.m., s.54.

⁷⁷⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.80-81., Gündüz, a.g.t., s.130.

⁷⁷⁵ Gündüz, a.g.t., s.130.

⁷⁷⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.84.

⁷⁷⁷ Demir, a.g.m., s.90.

⁷⁷⁸ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.116.

⁷⁷⁹ Özen, a.g.e., s.231.

⁷⁸⁰ HGK. 29.11.1972 T., 968/750 E., 966 K. Olgaç, a.g.e., ss.62-63.

⁷⁸¹ Sayman, a.g.t., s.118.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski kararlarında kefilin sorumluluk miktarının kefalet sözleşmesinde gösterilmesi zorunlu olmadığı gibi gerekli görüldüğü takdirde asıl borcun yazılı olduğu borç senedine bakılması kâfi görülmüştür ⁷⁸². Bu konuda birçok Yargıtay kararı da mevcuttur ⁷⁸³. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi İsv. BK m.493'ün şekil şartını zayıflattığını ve hukuki teminatı ortadan kaldırdığını öngörerek içtihadı değiştirmiştir ⁷⁸⁴. 1941 yılında yapılan bu değişiklikle kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktarın kefalet sözleşmesinde rakamla gösterilmesi kuralı gelmiştir (OR Art.493) ⁷⁸⁵. Asıl borç miktarı rakamla gösterilmiş olmasının yanında kefilin azami sorumluluk miktarının da rakamla gösterilmesi şartı aranmıştır ⁷⁸⁶. Federal Mahkemeye göre; kefalet senedinde asgari sorumluluk miktarının gösterilecek olması dahi kefilin sorumluluk miktarını belirleyemediği için geçerli olarak kabul edilmemelidir ⁷⁸⁷. Borç senedine atıfta bulunması ya da sorumluluk miktarının belirlenebilmesi dahi geçerli kabul edilmemektedir. Birlikte kefaletlerde ise her bir kefil adına düzenlenen kefalet sözleşmelerinde sorumluluk miktarının tümü gösterilmesi gerekmektedir ⁷⁸⁸. Eski Türk Borçlar Kanunu madde 484'de ise kefilin sorumlu olacağı miktarın mutlaka kefalet sözleşmesinde rakamla ⁷⁸⁹ gösterileceği şartı aranmamış, aksine kefilin sorumlu olduğu miktarın belirlenebilir olması yeterli görülmüştür ⁷⁹⁰. Kefilin sorumlu olduğu miktarın rakamla belirtilmesi kaynak kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanununa 1941 revizyon değişikliği ile getirilmiştir. Zira 1941 yılında yapılan değişiklikten önce kefilin sorumlu olacağı miktarın belirlenebilir olması kefalet sözleşmesinin geçerli olması içinde yeterli olarak görülmüştür. Ancak sorumluluk miktarının basit bir hesaplama yöntemiyle hesaplanabilmesi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Kefilin sorumlu

⁷⁸² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.53., Yavuz, Nihat a.g.e., s.77., Gündüz, a.g.t., ss.107-109., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.9.

⁷⁸³ Y. 4. H.D. 17/04/1936 T., 1159 E., 293 K, Y. 3. H.D. 14/12/1950 T., 14305 E., 8505 K. Gündüz, a.g.t., s.109.

⁷⁸⁴ Yavuz, Nihat a.g.e., s.77., Gündüz, a.g.t., s.114.

⁷⁸⁵ Yavuz, Nihat a.g.e., s.77., Gündüz, a.g.t., s.114., Yılmaz, a.g.m., s.85., Güvener, a.g.t., s.61., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.9.

⁷⁸⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.54., Ayrancı, a.g.m., s.102., Gündüz, a.g.t., s.115., Acar, a.g.t., ss.147-148.

⁷⁸⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.55., Yavuz, Nihat a.g.e., s.79., BGE 66 II 26 Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.118.

⁷⁸⁸ Güvener, a.g.t., s.61.

⁷⁸⁹ Güvener, a.g.t., ss.61-62.

⁷⁹⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.82-83., Özen, a.g.e., s.232., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.386., Yılmaz, a.g.m., s.85., Güvener, a.g.t., ss.61-62., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.117., Yavuz, a.g.t., s.84., Sayman, a.g.t., s.79., Y. 19 H.D. 08/10/2010T., 2408E., 6266K. Sarı İyim, a.g.t., s.43., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları ss.8-9.

olduğu miktarın rakamla belirtilmesi, tüm kefalet türleri için geçerli olduğu gibi hepsi içinde bir şart kabul edilirdi ⁷⁹¹. Yapılan bu değişikliğin amacı; kefilin menfaatlerini korumak ve sorumlu olduğu miktarın bilincine varılmasını sağlamaktır ⁷⁹². Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kaynak kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine azami sorumluluk miktarının rakamla değil yazı ile belirtilmesi gerektiğini benimsemiştir ⁷⁹³. Hatta azami sorumluluk miktarı belirtilirken yazı ile rakam arasında farklılık olursa yazı ile belirtilen miktar dikkate alınacaktır. Azami sorumluluk miktarının kefilin el yazısı ile rakamla belirtilmesi rakamın değiştirilme riskini ortaya koyacağı gibi kanun maddesine de aykırı bir düzenleme olup kefalet sözleşmesini geçersiz hale sokacaktır ⁷⁹⁴. Barlas'a göre; TBK madde 583/2 gereğince bu hususların el yazısı ile yazılması, başka bir belgeye atıf yapılmasını veya hesaplanabilirlik özelliğini ortadan kaldıracaktır ⁷⁹⁵. Kanaatimizce, kefalet sözleşmesi kefilin korumak amaçlı düzenlenmiş olduğundan esaslı unsurların kefilin el yazısı ile yazılması öngörülmüştür. Bu nedenle sorumluluk miktarının yazı ile veyahut rakam ile yazılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira her ikisi de kefilin en yazısı unsurunu karşılayacaktır.

Kefilin borcu; aslı borçlunun alacaklıya karşı sorumlu olduğu miktarı kefalet sözleşmesinde belirtilen miktarı aşmamak koşulu ile ödemektir. Belirtilen miktardan kasıt; asıl borcunun borcunu ifa etmemesi ya da gereği gibi ifa etmemesinden dolayı kefilin sorumlu olduğu miktarın üstü olarak kabul edilir. Eğer bu miktar belli değil ise; kefalet sözleşmesinden bahsedilmez ⁷⁹⁶.

Kefilin en yüksek sorumlu olacağı miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet olduğuna ilişkin ifadeyi adi yazılı şekil şartına göre değil ⁷⁹⁷ nitelikli şekil şartına göre ⁷⁹⁸ elle yazması gerekmektedir ⁷⁹⁹. Müteselsil kefil olmak istemesi halinde TBK madde 583/1 gereğince; kefil olma iradesini el yazısı ile kefalet senedinde göstermesi

⁷⁹¹ Develioğlu, a.g.e., ss.173-174.

⁷⁹² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.56., Develioğlu, a.g.e., s.173.

⁷⁹³ Özen, a.g.e., s.233., Sarı İyim, a.g.t., ss.43-44., Acar, a.g.t., s.148.

⁷⁹⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.85., Acar, a.g.t., ss.148-149.

⁷⁹⁵ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.9.

⁷⁹⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.56.

⁷⁹⁷ Demir, a.g.m., s.90.

⁷⁹⁸ Sayman, a.g.t., ss.31-32., Baş, a.g.m., s.130., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.185.

⁷⁹⁹ Develioğlu, a.g.e., ss.152-153.

gerekmektedir⁸⁰⁰. Gösterilmediği takdirde kefalet geçersiz sayılmayacaktır⁸⁰¹. Aksine adi kefalet olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır⁸⁰². Bir diğer deyişle; kefalet senedinde gösterilmeyen hükümler geçersiz olmakla birlikte, kefalet sözleşmesi tamamen geçersiz olmayacaktır. Sadece ilgili kısım geçersiz olacaktır⁸⁰³. Bu durumda kısmi butlan söz konusu olur⁸⁰⁴. Kısmi butlandan bahsedebilmek için; şekil şartlarına uygun olarak yer alması gereken kayıtların tümünün değil de bir kısmının şekil şartına uygun olarak yer almaması gerekmektedir. Müteselsil kefalet ifadesinin yer almaması durumu buna örnek olarak verilebilir. Bu kayıtlar olmadan kefalet sözleşmesi kurulamıyor ise kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır⁸⁰⁵. Kısmi butlan durumunda kefalet sözleşmesinin tamamı değil, sadece ilgili kısım geçersiz olacaktır⁸⁰⁶. Yargıtay Hukuk Genel kurulunun eski tarihte verdiği kararlar da bunu destekler niteliktedir⁸⁰⁷. Buna rağmen kefalet sözleşmesinin hiç kurulmayacağı sonucu çıkartılırsa kefalet sözleşmesi baştan itibaren geçersiz olacaktır⁸⁰⁸. Kanaatimizce de, sözleşmeyi tamamen geçersiz saymak yerinde olmayacaktır. Zira kefalet sözleşmesi kefilin korumak amaçlı düzenlemiş olsa da kısmi butlan olarak sadece ilgili kısım geçersiz saymak her iki tarafında menfaati korumuş olacaktır. Tarafların iradeleri müteselsil kefalet yönünde olabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Ayrıca belirtmekte fayda gördüğümüz bir diğer husus ise, kefalet sözleşmesinde bulunan rehlin paraya çevrilmesinden önce kendisine başvurulacağına dair bir ifadenin müteselsil kefalet sayılmayacağıdır⁸⁰⁹.

⁸⁰⁰ Develioğlu, a.g.e., s.153., Yılmaz, a.g.m., ss.86-87., Gündüz, a.g.t., s.135., Acar, a.g.t., s.150.

⁸⁰¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.122., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.375., Özen, a.g.e., s.238., Sayman, a.g.t., s.114., Y. 11. H.D. 16/12/1991 T., 6660 E. Gündüz, a.g.t., s.135., Güvener, a.g.t., s.53., Acar, a.g.t., s.151.

⁸⁰² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.122., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Özen, a.g.e., s.238., Sayman, a.g.t., s.114., Y. 11. H.D. 16/12/1991 T., 6660 E. Gündüz, a.g.t., s.135., Acar, a.g.t., s.151.

⁸⁰³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Ayrancı, a.g.m., s.103., Gündüz, a.g.t., s.169.

⁸⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Ayrancı, a.g.m., s.103., Güvener, a.g.t., s.123., Gündüz, a.g.t., s.134.

⁸⁰⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Gündüz, a.g.t., s.134., Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.123-124.

⁸⁰⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Gündüz, a.g.t., s.134., Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.123-124.

⁸⁰⁷ HGK. 02.02.1994 T., 94 E./26 K. Güvener, a.g.t., s.123.

⁸⁰⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Gündüz, a.g.t., s.135.

⁸⁰⁹ Burak Özen. (2006). Borçlar Kanunu Tasarısı m.586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme. *EÜHFD*, 10(3-4): 485., Sayman, a.g.t., s.114.

Asıl borç para borcu dışında bir borç olsa da kefilin yükümlülüğünün para ile belirtmesi gerekir ⁸¹⁰. Kefilin sorumlu olacağı miktarın gösterilip gösterilmediğini veya bu miktarın anlaşılıp anlaşılmayacağını hâkim re' sen dikkate alır ⁸¹¹. Ayrıca kefilin azami sorumlu olduğu miktarın kefalet senedinde kefilin el yazısı yer aldığı takdirde asıl borcun borç senedinde yer alması zorunluluğu bulunmamaktadır ⁸¹². Kefilin kefalet senedinde belirtilen azami miktardan daha fazla sorumlu olması da mümkün değildir ⁸¹³.

Kefaletle belirtilen azami sorumluluk miktarı birlikte kefillerin tümünün toplam sorumluluk miktarıdır. Birlikte kefillerin hepsinden elde edilecek miktar azami sorumluluk miktarını aşamayacaktır. Adi birlikte kefaletlerde kefiller sadece kendi payları ile sorumluluk altına gireceklerdir ⁸¹⁴.

Türk Borçlar Kanunu madde 583 ve 584'e göre şekil şartına uyulmadan yapılan kefalet sözleşmeleri mutlak olarak geçersizdir ⁸¹⁵. Ancak geçersiz olan kefaletin Borçlar Kanunu madde 128'e göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt sayılabilmesi için kefilin haklarının zedelenmemesi amacıyla kuvvetli gerekçelere ihtiyaç vardır ⁸¹⁶.

3.4.1. Yabancı Para Üzerinden Kefaletle Azami Miktarın Belirlenmesi

Kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olduğu miktarın para cinsinden gösterilmesi gerekmektedir. Azami miktarın yabancı para olarak gösterilmesi Türk Hukuku açısından geçerli kabul edilmektedir ⁸¹⁷. Diğer bir deyişle; kefilin yabancı para üzerinden borçlanması Türk Hukuku açısından bir sınır bulunmamaktadır ⁸¹⁸. Yabancı para üzerinden ödeyebileceği gibi TBK madde 99/2 gereğince TL cinsinden

⁸¹⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.81-82., Yavuz, Nihat a.g.e., s.77., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.117.

⁸¹¹ İçt. Bir. Kar. 12/4/1944T. 14E.,13K. RG. 25/7/1944 S.5765 Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.53., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.83., TD. 25/03/1968 T., 2571 E., 1462 K. Olgaç, a.g.e., s.64., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.386., Güvener a.g.t., s.62., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.117., Yavuz, a.g.t., s.85., Gündüz, a.g.t., s.117.

⁸¹² Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.82., Yılmaz, a.g.m., s.84.

⁸¹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.56., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.118., Gündüz, a.g.t., s.130.

⁸¹⁴ Gündüz, a.g.t., ss.130-131

⁸¹⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.86., Y.8.HD., 10.05.2017 T., 2017/2060 E., 2017/6760 K., Y.19.HD., 15.06.2016 T., 2016/1518 E., 2016/10723 K., Y.19.HD., 24.03.2016 T., 2015/11906 E., 2016/5303 K. (www.kazancı.com)

⁸¹⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.86.

⁸¹⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.58., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.87., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.386., Yılmaz, a.g.m., s.85., Ayrancı, a.g.m., s.102., Güvener, a.g.t., s.63., Yavuz, a.g.t., s.86., Sayman, a.g.t., s.80., Sarı İyim, a.g.t., s.44., Gündüz, a.g.t., s.125., Acar, a.g.t., s.149., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.13.

⁸¹⁸ Gündüz, a.g.t., s.125., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.13.

de ödeyebilecektir ⁸¹⁹. Aynı teminat olan ipoteğin aksine kefalette, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın TL cinsinden belirlenmesi zorunlu değildir ⁸²⁰. Kefil yabancı paranın Türk lirası karşısında değer kazanma oranına göre azami sorumluluk miktarını tahmin edebilmektedir ⁸²¹. Türk lirasının değer kaybetmesi halinde ise kefil aradaki farkın sorumluluk kapsamı dışında kaldığını iddia edebilir ⁸²². Bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasını talep edebilir ⁸²³.

Burada önemli olan enflasyon hızının hesaplanıp hesaplanmayacağıdır. Eğer enflasyon hızı hesaplanabiliyor ise kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yabancı para olarak gösterilmesi mümkün olacaktır ⁸²⁴. Bu durumlarda kefil isteği doğrultusunda seçimlik hakkını kullanarak Türk lirası olarak ödemede bulunabilir. Taraflar hangi kurun geçerli olacağını da kararlaştırabilirler. Kararlaştırılmadığı takdirde; yer bakımından ödeme yerindeki kur ⁸²⁵, zaman bakımından da vade gününde geçerli olan kur hesaba katılacaktır ⁸²⁶.

3.5. KEFALET TARİHİ

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 484'te ⁸²⁷ ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ⁸²⁸; kefalet senedinde düzenleme yerinin veya kefalet tarihinin bulunmaması geçerlilik koşulu değildir. Ancak 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nda kefalet tarihinin gösterilmesi geçerlilik koşulu olarak kabul edilmektedir ⁸²⁹. Böylelikle kefalet tarihi kefilin kendi el yazısı ile yazılmadığı takdirde geçersiz kabul edilecektir ⁸³⁰. Bu düzenlemenin amacı; kefalet sözleşmesinin bankalara tarafından kötüye kullanılmasını engellemektir ⁸³¹. Bir diğer deyişle; alacaklı tarafından kefil aleyhine sonradan doldurulması engellenmek istenmiştir ⁸³². Kefalet tarihi süreli

⁸¹⁹ Acar, a.g.t., s.150.

⁸²⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.87., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.58., Güvener, a.g.t., s.63., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.119., Acar, a.g.t., s.150.

⁸²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.88., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.58., Güvener, a.g.t., s.63., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.119., Acar, a.g.t., s.150.

⁸²² Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.88., Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.58., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.119., Gündüz, a.g.t., s.126., Acar, a.g.t., s.150.

⁸²³ Acar, a.g.t., s.150.

⁸²⁴ Sayman, a.g.t., s.80., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.119.

⁸²⁵ Gündüz, a.g.t., s.126.

⁸²⁶ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.119.

⁸²⁷ Güvener, a.g.t., s.55., Demir, a.g.m., s.91., Koç, a.g.m., s.54.

⁸²⁸ Yılmaz, a.g.m., s.86.

⁸²⁹ Yavuz, a.g.t., s.84., Sarı İyim, a.g.t., s.44. Gündüz, a.g.t., s.131., Acar, a.g.t., ss.144-145., Koç, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁸³⁰ Acar, a.g.t., s.145.

⁸³¹ Yavuz, a.g.t., s.84.

⁸³² Gündüz, a.g.t., s.131., Acar, a.g.t., s.145.

kefalet (TBK madde 600) sözleşmelerinin sonunun belirlenebilmesi için önem arz etmektedir ⁸³³. Zira TBK madde 600 gereğince; kefil süre sonunda borcundan kurtulmaktadır. Bu nedenle kefalet tarihinin belirtilmemesi durumunda kefil borçtan kurtulmayacaktır ⁸³⁴. Kefilin kefaletteki el yazısında bulunan ifadelerinden kefalet tarihi anlaşılabiliriyorsa geçerli kabul edilmelidir. Ayrıca, kefalet sözleşmesinde tarih olmasına rağmen bu tarih kefilin el yazısı ile yazılmamışsa geçerli olmayacaktır. Kefalet tarihinin yazılı olması sadece süreli kefalet açısından değil, aynı zamanda kefalet tarihinde kefilin kefalet ehliyeti olup olmadığının tespiti, borcun kefalet sözleşmesinden önce doğup doğmadığının tespiti için de önem arz etmektedir ⁸³⁵. Kefalet tarihinin belirtilmesi evli eşin rızanın aldığı tarihte eşi ile ayrı yaşayıp yaşamadığının tespiti içinde önemlidir ⁸³⁶.

TBK madde 589/3 gereğince kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmesinin maddi gerekçesi ise; kefilin, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça borçlunun sadece kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Bunun uygulanabilmesi için kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmesi gerekir ⁸³⁷. Kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmemesi halinde tarih alacaklı tarafından doldurularak kefil kefalet sözleşmesi kurulmadan önceki borçlarından sorumlu tutulabilecektir ⁸³⁸. Bu nedenle kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde belirtilmesi, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlardan ya da kefalet sözleşmesi kurulmadan önceki borçlardan sorumlu olup olunmayacağının bir göstergesidir ⁸³⁹.

⁸³³ Yavuz, Nihat a.g.e., s.261., Yılmaz, a.g.m., s.86., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Demir, a.g.m., s.91., Sarı İyim, a.g.t., s.45., Gündüz, a.g.t., s.131., Acar, a.g.t., s.145., Koç, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97., Y.8.HD., 20.03.2017 T., 2017/1709 E., 2017/3934 K. “Müteselsil kefillerin sorumluluğu kira sözleşmesinde belirtilen süre için geçerlidir. Yenilenen dönemlerde de sorumlu tutulabilmesi için kefalet süresi ile kefil olunan miktarın açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Davacının dayandığı kira sözleşmesinde uzayan dönem için kefillerin sorumlu olduğu süre ve kefalet miktarı açıkça kararlaştırılmadığına göre, yenilenen döneme ait kira borcundan kefillerin sorumlu tutulması doğru olmadığından kefiller hakkındaki kararın bozulması gerekmiştir “. Yargıtay’ ın aynı yöndeki görüş için bknz. Y.3.HD., 22.02.2017 T., 2017/1574 E., 2017/1794 K. “Kefilin sorumluluğu sözleşme süresi ile sınırlıdır.Müteselsil kefilin yenilenen dönemlerde de sorumlu tutulabilmesi için kefalet süresi ile kefil olunan miktarın açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Bu sebeple Mahkemece, davalı kefiller hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir”. (www.kazancı.com)

⁸³⁴ Sağlam, a.g.m., s.3692., Acar, a.g.t., s.145.

⁸³⁵ Bilgen, a.g.e., s.40., Demir, a.g.m., s.91.

⁸³⁶ Bilgen, a.g.e., s.40., Demir, a.g.m., s.91., Sağlam, a.g.m., s.3692., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.46., Gündüz, a.g.t., ss.131-132., Baş, a.g.m., s.132., Acar, a.g.t., s.146., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁸³⁷ Yavuz, Nihat a.g.e., s.261., Yılmaz, a.g.m., s.86., Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.5., Sarı İyim, a.g.t., s.45., Gündüz, a.g.t., s.131., Acar, a.g.t., s.145., Koç, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁸³⁸ Baş, a.g.m., s.132., Acar, a.g.t., s.145.

⁸³⁹ Acar, a.g.t., s.145.

Ayrıca kefalet tarihi, TBK madde 598/3'te düzenlenen kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren on yıl sonra sona ereceğine dair on yılın başlangıcını belirlemek⁸⁴⁰ ve TBK madde 585/2'de düzenlenen kefilden önce rehne müracaat edilmesi def'inin kullanılması açısından kefaletin rehinden önce verilip verilmediğinin tespiti açısından da önem arz edecektir. Son olarak, TMK madde 449'da düzenlenen sınırlı ehliyetsizler için kefil olmanın yasaklı işlem olması nedeniyle, kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada kefilin ehliyet durumunun tespiti açısından da kefalet tarihinin kefalet senedinde bulunması gerekmektedir⁸⁴¹.

3.6. KEFİLİN EL YAZISI İLE BELİRTİLMESİ ZORUNLU UNSURLAR

Yeni Borçlar Kanunu madde 583/1'e göre kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekenler hususlar geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. Kaynak kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanunu 493/2'e göre ise el yazısı ile belirtilmesi gereken hususlar sadece gerçek kişiler tarafından ve 2.000 İsviçre Franga kadar kefil olunabileceği kabul edilmiştir. Belirtilen meblağ aşıldığı takdirde resmi şekilde yani noter huzurunda yapılması gerekmektedir. 2.000 Frangı aştığı takdirde ve resmi noter huzurunda yapılmadığında sadece 2.000 Frank için geçerli olacaktır⁸⁴². Ayrıca el yazısı ile yazılması gereken bir bölüm söz konusu değildir⁸⁴³. Eğer gerçek kişi tarafından yapılan kefalet sözleşmesi 2.000 Frangı aşmıyorsa resmi şekilde düzenlenmesi şart olmayıp adi yazılı şekil yeterli görülmektedir⁸⁴⁴. Ancak kefilin azami sorumluluk miktarını ve müteselsil kefil olma hususunu kendi el yazısı ile belirtmesi gerekmektedir⁸⁴⁵. Tüzel kişi yönünden ise; adi yazılı şekilde yapılması ve sözleşmede kefalet olunan miktarın gösterilmesi yeterli görülmüştür⁸⁴⁶. Ayrıca İsv. BK madde 493/2'ye göre kefalet tarihinin de kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu yoktur⁸⁴⁷. Yeni Borçlar Kanunu'nda ise gerçek veya tüzel kişi ayırımına gidilmemiştir⁸⁴⁸. Aynı zamanda resmi şekil veya adi yazılı şekil ayırımına da gidilmemiştir⁸⁴⁹. Yani kefilin kişisel sorumluluk altına girdiği azami miktarın durumuna göre bir ayırım söz konusu

⁸⁴⁰ Baş, a.g.m., s.132., Acar, a.g.t., ss.145-146.

⁸⁴¹ Gündüz, a.g.t., ss.132-133.

⁸⁴² Yavuz, Nihat a.g.e., s.70.

⁸⁴³ Yılmaz, a.g.m., s.82.

⁸⁴⁴ Özen, a.g.e., s.225.

⁸⁴⁵ Özen, a.g.e., s.225., Yılmaz, a.g.m., s.82.

⁸⁴⁶ Yılmaz, a.g.m., s.82., Acar, a.g.t., s.140.

⁸⁴⁷ Yılmaz a.g.m., s.82.

⁸⁴⁸ Özen, a.g.e., s.222., Yılmaz, a.g.m., s.82., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Gündüz, a.g.t., s.24., Acar, a.g.t., s.141., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁸⁴⁹ Yılmaz a.g.m., s.82.

değildir ⁸⁵⁰. Ancak Özen'e göre; bu yerinde bir düzenleme değildir. Zira kefilin sorumlu olacağı sınır İsviçre Kanunu'nda olduğu gibi belirlen miktarı geçiyor ise resmi şekilde yani noter huzurunda yapılması gerekmektedir ⁸⁵¹. Kanaatimizce, resmi şekil ile nitelikli adi yazılı şekil aynı amacı sağlamaktadır. Zira kefalet sözleşmesinin amacı kefilin korumak ve kefil olmadan önce düşünmeye sevk etmektir. Bu nedenle resmi şekil ve nitelikli şekil arasında bir ayrıma gitmeye gerek yoktur. Kefalet sözleşmesinin resmi şekilde de düzenlenebilmesi mümkündür. Bununla birlikte; kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olma durumu kefalet sözleşmesine kefilin kendi el yazısı ile belirtilmelidir.

Kefilin sorumlu olacağı azami miktar kanun metninden de anlaşılacağı üzere "el yazısı ile" yani rakamla değil yazı ile belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde rakamlarla oynama imkânı olabilecektir ⁸⁵². El yazısı dışında yazılacak kısımlar daktilo veya matbu olabilir. Ancak kefaletle ilişkin geçerlilik şartlarının daktilo ile yazılması durumunda kefalet sözleşmesi TBK madde 583'e uygun olmadığı için geçerli olarak kabul edilmemektedir ⁸⁵³. Böylelikle finansal kuruluşların kötü niyetle dolduracakları kefalet sözleşmelerinin önüne geçilmiştir ⁸⁵⁴.

Okuma yazması olmayan veya sakatlıklarından dolayı yazı yazamayanların TBK m.583/1 gereğince geçerlilik şartlarını kendi el yazıları ile belirtemeyeceklerinden kefil olmaları mümkün değildir ⁸⁵⁵. Bu durumda sözleşme kefaletin noter huzurunda düzenlenmesi halinde dahi geçerli olmayacaktır. Zira kefilin el yazısı ile belirtilecek hususlar geçerlilik şartıdır ⁸⁵⁶. Görme engeli bulunan kişiler senedin içeriğini ve yazdıklarını görme şansları bulunmadıkları için kefalet sözleşmesi düzenleyemeyeceklerdir. Kendilerine özgü kabartmalı Braille alfabesi dahi kefaletle ilişkin geçerlilik koşulunu sağlamayacaktır. Buda kanun metninin el yazısına ilişkin şekil amacı ile uyuşmamaktadır ⁸⁵⁷. Bu kişiler kefil olamadıkları gibi kefil olma konusunda temsil yetkisi de düzenleyemezler. Yazabilen görme engellilerin TBK m.15'e binaen kefil olmaları konusunda bir engel bulunmamaktadır ⁸⁵⁸. Buna rağmen

⁸⁵⁰ Gündüz, a.g.t., s.24., Acar, a.g.t., s.141.

⁸⁵¹ Sarı İyim, a.g.t., s.41.

⁸⁵² Bilgen, a.g.e., s.40.

⁸⁵³ Y. 6HD. 27/10/2015T., 2015/6525E., 2015/9145K. Bilgen, a.g.e., ss.41-42., Gündüz, a.g.t., s.30.

⁸⁵⁴ Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.8.

⁸⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Özen, a.g.e., ss.223-224., Demir, a.g.m., s.91., Sayman, a.g.t., s.114., Gündüz, a.g.t., s.39., Acar, a.g.t., s.141.

⁸⁵⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Özen a.g.e., ss.223-224., Acar, a.g.t., s.141.

⁸⁵⁷ Gündüz, a.g.t., ss.39-40.

⁸⁵⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.88-89., Gündüz, a.g.t., ss.39-40.

yazma kabiliyeti bulunmayan görme engellilerinin el yazısı ile doldurulması gereken yerleri doldurması mümkün olmayacağı için kefil olamayacaktır ⁸⁵⁹.

Doktrinde bu konuda karşı görüşe sahip olan Ayan'a göre ise; okuma yazma bilmeyen kişilerin noter huzurunda el yazılarına gerek olmadan resmi şekilde kefalet sözleşmesi yapabilmeleri mümkündür ⁸⁶⁰. Aksoyoğlu'da Ayan ile aynı görüşü savunmaktadır. Aksoyoğlu, okuma yazma bilmeyenlerin dışında kişiler kapsamına geçici sağlık engelleri nedeniyle el kol gibi uzuv eksiliği olanlarında dâhil edilmesi gerektiğini savunmuştur. Gerekçe olarak da, kanun metninde yer alan el yazısı koşulunun mutlaka el ile yerine getirilmesinin şart olmadığını protez yardımı ile yazı yazılabiliyor irade beyanında da bulunabiliyorsa el yazısı durumunun karşılanacağını belirtmiştir ⁸⁶¹. Barlas ve Özen'e göre ise; noterde düzenlenen kefalet belgesinin TBK madde 583'de düzenlenen şekil şartlarını gerçekleştirmiş sayılması gerekmektedir. Zira kanun metninin amacı; kefalet tarihinin, azami sorumluluk miktarının ve müteselsil kefil olma hususun sonradan alacaklı tarafından kefilin beyanına eklemesine engel olunması ve kefilin bilinçli hareket etmesinin sağlanmasıdır. Kefaletin noter tarafından düzenlenen senette yer alması bu amacı karşılamaktadır. Ayrıca kefilin kefalet tarihini, azami sorumluluk miktarını ve müteselsil kefil olma hususunu tekrar kendi el yazısı ile belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak geçersizlik iddialarına engel olmak için noter huzurunda hazırlanan kefalet belgesinin altına TBK madde 583'de belirtilen geçerlilik şartlarını kefilin kendi el yazısı ile yazması gerektiğini de savunmuştur ⁸⁶². Ayan'a göre ise; resmi şekilde düzenlenen kefalet belgesi, kefilin koruma amacının en iyi şekilde gerçekleştiğinin göstergesidir. Ayrıca kefalet tarihinin, azami sorumluluk miktarının ve müteselsil olma hususunun kefil tarafından el yazısı ile belirtilmesine gerek yoktur ⁸⁶³. Öz ise uygulamayı yerinde bulup okuma yazma bilmeyen ve engelli olması nedeniyle el yazısını kullanamayacak kişilerin kefil olmayacağını savunmuştur ⁸⁶⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki; kişi el yazısı ile imza atamıyorsa da kefil olması mümkün değildir ⁸⁶⁵. Kanaatimizce, kefalet sözleşmesi yazılı şekil şartlarına sıkı bağlıdır. Bu nedenle okuma yazması bulunmayan

⁸⁵⁹ Gündüz, a.g.t., s.40.

⁸⁶⁰ Bilgen, a.g.e., s.41.

⁸⁶¹ Aksoyoğlu, a.g.m., s.97.

⁸⁶² Barlas, a.g.e., s.217., Özen, a.g.e., s.224., Acar, a.g.t., s.141.

⁸⁶³ Özen, a.g.e., s.224.

⁸⁶⁴ Eriş Hukuk Bürosu. Kefalet Sözleşmesi. <https://www.eris.av.tr/dosya/7eb9ca62fb.pdf>. (20 Eylül 2018) s.9., Sayman, a.g.t., s.75., Sarı İyim, a.g.t., s.42.

⁸⁶⁵ Demir, a.g.m., s.91.

kişilerin geçerlilik koşullarını kendi el yazıları ile belirtme olanakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, kefalet sözleşmeleri ağırlaştırılmış adi yazılı şekilde düzenlenmektedir. Resmi şekilde düzenlenmesine olanak bulunmamaktadır. Yazması olmayan kişilere böyle bir düzenleme getirmek ağırlaştırılmış adi yazılı şekil durumunun hafiflemesine neden olacaktır. Bu nedenle yapılan uygulama yerindedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda el yazısı şartı tüzel kişi bakımından düzenlenmemiştir. El yazısının kim tarafından imzalanması gerekeceği dahi belli değildir ⁸⁶⁶. Bu nedenle, tüzel kişiler yönünden birden fazla kişinin organ sıfatıyla kefalet sözleşmesini imzalaması doktrinde bazı tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre; tüm temsilcilerin kefalet sözleşmelerinde belirtilen hususları kendi el yazıları ile yazmaları gerekmektedir ⁸⁶⁷. Diğer görüşe göre; temsilcilerden sadece birinin el yazısının yeterlidir ⁸⁶⁸. Reisoğlu'na göre ise; iki temsilcilerden yalnızca birinin sözleşmeyi imzalarken el yazısı ile yazılması zorunlu olan yerlerini doldurması gerekmektedir. Özel temsil yetkisinin bulunması halinde ise iki temsilcinin de zorunlu unsurları kendi el yazıları ile yazmasına gerek bulunmamaktadır ⁸⁶⁹. Özen'e göre ise; İsviçre Borçlar Kanunu'ndan olduğu gibi, tüzel kişilerin el yazısı ile kefalet belgesinde belirtmesi gereken hususları yazma zorunluluğu olmamalıdır. Bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun İsviçre Borçlar Kanundan ayrılmasını yerinde görmemiştir. Tüzel kişilere hukuki işlem bakımından nitelikli yazılı şekil öngörülmesi esas bakımından da uygun değildir ⁸⁷⁰. Barlas tüzel kişinin organını temsil eden kişilerden yalnızca birinin imzasını yeterli görürken, Öz ise bu kişilerin ayrı ayrı bahsi geçen unsurları el yazısı ile yazmaları gerektiğini savunmuştur ⁸⁷¹. Bir başka görüşe göre ise; temsilcilerden sadece birinin gerekli noktaları kendi el yazısı ile yazması gerekmektedir. Daha sonra ise diğer temsilcilerin bunu paraflayarak onaylaması gerekir ⁸⁷². Kanaatimizce, tüzel kişinin organını oluşturan birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi gerekiyorsa hepsinin kefalet sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Ancak kefalet sözleşmesinde el yazısı ile belirtilmesi gereken hususların, aralarından seçecekleri kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Aralarından seçecekleri kişi el yazısı ile belirtilmesi

⁸⁶⁶ Sarı İyim, a.g.t., s.41., Gündüz, a.g.t., s.41., Acar, a.g.t., s.142.

⁸⁶⁷ Bilgen, a.g.e., s.44.

⁸⁶⁸ Bilgen, a.g.e., s.44., Yılmaz, a.g.m., s.82., Baş, a.g.m., s.129., Sarı İyim, a.g.t., s.41., Acar, a.g.t., s.142.

⁸⁶⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.101., Bilgen, a.g.e., s.45.

⁸⁷⁰ Özen, a.g.e., ss.226-227., Sarı İyim a.g.t., s.41.

⁸⁷¹ Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, ss.9-10.

⁸⁷² Sarı İyim, a.g.t., s.41., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

gereken hususları belirtmiş olsa bile kefalet belgesinin hepsi tarafından imzalanması gerekmektedir. Zira her birinin aynı unsurları kendi el yazısıyla yazmalarını beklemek kanunun amacını aşabilecek niteliktedir⁸⁷³.

Alman Hukukunda ticaretle uğraşan kişiler için yazılı şekil şartı öngörülmemiştir. Bunun nedeni; bu kişilerin sorumluluk altına girecekleri rizikonun bilincinde olacakları düşüncesidir⁸⁷⁴.

Kefalet çeşidine ilişkin kayıtlar mutlaka kefalet senedinde gösterilmelidir. Kefil müteselsil kefil değil ise, kefalet akdinde muhakkak “kefalet” sözcüğüne yer vermek zorunda değildir. Kefilin asıl borç için fer’i olarak kişisel teminat vereceğine dair bir ifade bulunması yeterli görülmüştür⁸⁷⁵. Alman Hukuku’nda da; “kefalet” sözcüğüne yer verilmesi gerekmemektedir. Asıl borç için fer’i olarak kişisel teminat vereceğine dair bir ifade bulunması yeterli görülmüştür⁸⁷⁶. İrade beyanının kefilin el yazısı ile olması zorunluluğu yoktur⁸⁷⁷. Ancak kefil müteselsil kefil olmak istemesi durumunda bunu bu anlama gelecek ifadelerle kefalet senedinde kendi el yazısı ile belirtmelidir. Bu husus her ne kadar geçerlilik şartı olsa da müteselsil kefil olduğuna dair bir ifade bulunmaması durumunda müteselsil kefalet geçersiz olur, mevcut kefalet sözleşmesi adi kefalet olarak devam eder⁸⁷⁸. Yani kefalet akdi geçerliliğini yitirmemiş olup, sözleşmeyi ayakta tutmak ve kefil lehine yorum ilkesinden yola çıkılarak adi kefilin kabul edilmesi gerektir⁸⁷⁹. Ancak TTK madde 7 gereğince ticari borçlara olan kefaletin⁸⁸⁰ ve İİK madde 38 gereğince icra kefaletinin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu kefalet türleri kanun gereği müteselsil kefaletlerdir. Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’na tabi olan kefaletlerin de ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kefaletler adi kefalet niteliğini taşır. Kefil her ne kadar müteselsil kefil olduğunu belirtmiş olsa da durum değişmez⁸⁸¹. Buna karşılık, kefilin neden sorumluluk altına girdiğinin sebebini kefalet sözleşmesinde belirtmesine gerek yoktur⁸⁸². TBK madde 583/3 gereğince; kefilin sorumluluğunu genişleten (kefil aleyhine olan)

⁸⁷³ Gündüz, a.g.t., s.42.

⁸⁷⁴ Sarı İyim, a.g.t., s.54.

⁸⁷⁵ Yılmaz, a.g.m., s.86., Güvener, a.g.t., s.58., Demir, a.g.m., s.90., Sarı İyim, a.g.t., s.38.

⁸⁷⁶ Sarı İyim, a.g.t., s.54.

⁸⁷⁷ Yılmaz, a.g.m., s.86.

⁸⁷⁸ Bilgen, a.g.e., s.41., Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.5., Güvener, a.g.t., s.58., Demir, a.g.m., s.91., Sarı İyim, a.g.t., s.46.

⁸⁷⁹ Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.5.

⁸⁸⁰ Güvener, a.g.t., s.58., Sarı İyim, a.g.t., s.47.

⁸⁸¹ Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018.

⁸⁸² Güvener, a.g.t., s.58.

değişikliklerin⁸⁸³ yani esaslı unsurlarla yakından ilgili olan⁸⁸⁴ sorumluluk miktarının artırılması ve ağırlaştırılması veya adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi⁸⁸⁵ durumunda yazılı yapılması gerekirken hafifleten değişikliklerin yazılı olmasına gerek yoktur. Bunun en büyük nedeni kefilin korumak ve tasarruf işlem olan ibranın şekle bağlı olmamasıdır⁸⁸⁶. Yapılan değişiklikler bu şekle uyulmadıkça hüküm ve sonuç doğurmaz⁸⁸⁷. Bir diğer deyişle, yapılan değişiklikler kefilin bulunmuş olduğu durumu ağırlaştırıyorsa kefalet sözleşmesinde yer alması gerekir. Yapılan değişiklikler kefilin sorumluluğunu azalttığı takdirde kefalet senedin de belirtilmesine gerek yoktur⁸⁸⁸. Bu değişiklikler kefilin durumunu ağırlaştırmayıp kefilin sorumluluğunu azalttığı takdirde herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilecektir⁸⁸⁹. Alman Hukuku'nda böyle bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Alman doktrinde ve BGH içtihadında sonradan yapılan değişiklikler kefilin sorumluluğunu artırıyor ise şekil şartı aranması gerektiği, hafifleten değişiklikler ise şekil şartına gerek olmadığı savunulmuştur⁸⁹⁰. TBK madde 583/3'te düzenlenen hüküm TBK madde 13'ün tekrarı niteliğindedir. TBK madde 13'ü inceleyecek olursak; “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, şekil kuralı öngörülmuş sözleşmelerde yapılacak değişiklik yine aynı şekil kuralına uygun olmalıdır⁸⁹¹. Hafifleten değişikliklerin ne şekilde düzenleneceği Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Doktrindeki bazı düşünürlere göre; kefilin sorumluluğunu hafifleten değişikliklerin de yazılı şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur⁸⁹². Bunun nedeni adi yazılı şekilde yapıldığı takdirde HMK 200/1 hükmü gereğince ispatı

⁸⁸³ Haznedar, a.g.m., 07 Eylül 2018.

⁸⁸⁴ Güvener a.g.t., s.66.

⁸⁸⁵ Yavuz, Nihat a.g.e., s.264., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.120.

⁸⁸⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.159., Yavuz, Nihat a.g.e., s.86., Sarı İyim, a.g.t., s.50., Gündüz, a.g.t., s.151., Acar, a.g.t., s.158.

⁸⁸⁷ Gündüz, a.g.t., s.150., Acar, a.g.t., s.158.

⁸⁸⁸ Gündüz, a.g.t., s.70., Hafifleten değişikliklere örnek verecek olursak; kefalet sözleşmesinin belli bir süreye bağlı olması ile kefilin belli bir süreye bağlı olması şeklinde karşımıza çıkacaktır. Acar, a.g.t., s.158.

⁸⁸⁹ Baş, a.g.m., s.135., Acar, a.g.t., ss.158-159.

⁸⁹⁰ Sarı İyim, a.g.t., s.55.

⁸⁹¹ Sarı İyim, a.g.t., ss.50-51., Gündüz, a.g.t., s.149.

⁸⁹² Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.120-121., Kefilin sorumluluğunu hafifleten değişikliklerinde yazılı şekilde yapılması gerektiği savunulmuştur. Olgaç, a.g.e., s.17.

kolaylaştıracağı düşüncesidir ⁸⁹³. Kanaatimizce, kefilin sorumluluğu azaltan değişikliklerin yazılı şekilde yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Şekil şartı kefilin korumak amaçlı getirilmiştir. Bu nedenle kefilin yararına olacak bir durum için şekil şartı öngörmek kanunun amacına ters düşecektir.

Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesinin aksine, kefilin sorumluluk sınırının azaltılması, müteselsil kefaletin adi kefalete dönüştürülmesi, en başında koşula veya vadeye bağlanmayan kefalet yükümlülüğünün daha sonra koşula veya vadeye bağlanması ve kefaletin süreye bağlanması (zamanaşımına) ⁸⁹⁴ gibi değişiklikler kefilin yararına olacaktır. Bu durumlarda kefalet sözleşmesi geçerlilik şekline uygun yapılmak zorunda değildir. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı diğer değişiklikler ise kefaletin geçerlilik şekline uygun yapılması gerekmektedir ⁸⁹⁵. Kefilin durumunu ağırlaştırıcı değişikliklere örnek verilecek olursa; kefilin sorumlu olduğu kısmın genişletilmesi, kefile, kefil olmadan önceki borçların atfedilmesi ve adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi şeklindedir ⁸⁹⁶. Aynı zamanda, sözleşmede kararlaştırılmayan ifa yerinin veya ifa zamanının sonradan sözleşmeye eklenmesi yazılı şekil şartına uygun yapılmak zorunda değildir ⁸⁹⁷. Yapılan bu değişiklikler aynı kefalet senedi üzerinde yer alabileceği gibi, sözleşmenin dışındaki başka bir belgede de düzenlenebilir ⁸⁹⁸. Kefilin hukuki statüsünü güçlendiren değişikliklerin kefalet sözleşmesinin tabii olduğu yazılı şekil şartına uygun olması şart değildir ⁸⁹⁹. Ancak ispat açısından gerekli olabilecektir.

İsviçre Hukuku'nda ise; kefalet sözleşmesinin değiştirilmesi madde 493, f.5 te düzenlenmiştir. İlgili kanun hükmünde iki istisna dışında yapılan diğer değişikliklerin adi yazılı şekle tabii olduğunu savunmuştur. Bu istisnalar; adi kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi ve kefilin sorumluluğun arttırılmasıdır ⁹⁰⁰. Kefaletin müteselsil kefalete çevrilmesi ve kefilin sorumluluğun arttırılması nitelikli yazılı şekil şartına göre yapılacaktır ⁹⁰¹. Bu istisnalar dışında yapılan değişiklikler kefilinin sorumluluk miktarını az ya da çok arttırması göz önünde bulundurulmadan adi yazılı şekilde

⁸⁹³ Sarı İyim, a.g.t., s.50., Gündüz, a.g.t., s.133.

⁸⁹⁴ Ayrancı, a.g.m., s.101.

⁸⁹⁵ Özen, a.g.e., s.239., Ayrancı, a.g.m., ss.100-101., Gündüz, a.g.t., s.133.

⁸⁹⁶ Gündüz, a.g.t., ss.133-134., Acar, a.g.t., s.158.

⁸⁹⁷ Güvener, a.g.t., s.66.

⁸⁹⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.48., Güvener, a.g.t., s.66., Gündüz, a.g.t., s.47.

⁸⁹⁹ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.120.

⁹⁰⁰ Güvener, a.g.t., s.66., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.120., Gündüz, a.g.t., s.149.

⁹⁰¹ Gündüz, a.g.t., s.150.

düzenlenmesi gerekecektir⁹⁰². Bunlar ait oldukları kefalet türünün geçerlilik şartlarına tabi olacaktır. Ancak doktrinde, kefilin sorumluluğunu daraltan değişiklikler yazılı şekilde yapılmasa bile geçerli olması gerektiği savunulmuştur⁹⁰³. Özetle; TBK madde 583/3'de düzenlenen madde kapsamı, İsv. BK madde 493'ün aksine kefalet sözleşmesinden sonra yapılan⁹⁰⁴ kefilin sorumluluğunu arttıran tüm değişikliklerin kefaletin bağlı olduğu şekil şartına tabi tutmuştur⁹⁰⁵. Bu şekle uyulmadıkça hüküm doğurmayacaktır⁹⁰⁶. Bu hüküm 818 sayılı eBK'da bulunmayan yeni bir hükümdür⁹⁰⁷. Kefilin sorumluluğunu arttıran değişikliklerin başında; “müteselsil birlikte kefalette bölme def'inden feragat, kefilin kefalet sözleşmesinin kurulduğu andan evvel de mevcut olan borcu tekeffül etmiş oluşuna ilişkin beyanı”⁹⁰⁸ gelecektir. Kefilin sorumluluğunu arttıran bu değişikliklerin ister kefalet sözleşmesi kurulurken ister de kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra olsun adi yazılı şekilde⁹⁰⁹ kefalet belgesinde bulunması gerekmektedir. Aksi halde yapılan bu değişiklik geçersiz hale gelecektir. Kefalet sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Zira kefilin sorumluluğunu arttıran bu değişikliklerin geçersiz olması kefil yararınadır. Alacaklının da kefalet sözleşmesinin tamamen geçersiz olduğunu söylemesi mümkün olmayacaktır. Ancak aksi alacaklının güvenceyi kaybetmesine neden olacaktır⁹¹⁰. Kefil böyle bir değişiklik hiç olmamış gibi sorumlu olmaya devam edecektir⁹¹¹.

Taraflar yazılı şekle uymak kaydı ile kefilin sorumlu olacağı miktarın borcun belirli bir kısmı olacağını kararlaştırabilmektedirler (TBK madde 583/2-2). Taraflar arasında yapılacak bu kaydın adi yazılı şekilde kefalet sözleşmesinde bulunması gerekmektedir⁹¹². Yapılan bu düzenleme doktrinde birçok eleştiriye uğramıştır. Doktrinde her ne kadar taraflar yazılı şekle uymak kaydı ile kefilin sorumlu olacağı miktarın borcun belirli bir kısmı olacağını kararlaştırabilmektedirler. Buna bir engel

⁹⁰² Gündüz, a.g.t., s.149.

⁹⁰³ Güvener, a.g.t., s.66.

⁹⁰⁴ Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.22., Atilla, a.g.m., Tasarı s.156.

⁹⁰⁵ Gündüz, a.g.t., s.150., Acar, a.g.t., s.158., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.22., Atilla, a.g.m., Tasarı s.156., Koç, a.g.m., s.54., Elçin Grassinger, a.g.m., s.46., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.29., Aksoyoğlu, a.g.m., s.96.

⁹⁰⁶ Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁹⁰⁷ Koç, a.g.m., s.54.

⁹⁰⁸ Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁹⁰⁹ Elçin Grassinger, a.g.m., s.46.

⁹¹⁰ Acar, a.g.t., ss.156-158.

⁹¹¹ Develioğlu, a.g.e., s.147., Acar, a.g.t., s.157., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.22., Atilla, a.g.m., Tasarı s.156.

⁹¹² Gündüz, a.g.t., s.166.

bulunmadığı kabul görmüş ise de; ⁹¹³ Barlas'a göre; "TBK madde 13 de düzenlenen kanunen yazılı şekle tabi sözleşmelerde yapılan değişikliklerin aynı şekil şartına uyulması kuralı tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece borç miktarını arttıran değişikliklerde geçerlidir. Borç miktarını azaltan değişiklikler ise bu kapsam dışında kalmaktadır. Bu nedenle getirilen bu uygulamayı yerinde görmemektedir ⁹¹⁴. Kanaatimizce, Barlas'ın yaptığı eleştiri yerindedir. Zira kefilin sorumluluk miktarını azaltan ve TBK madde 583/3 düzenlenen hüküm gereğince hafifleten değişikliklerde yazılı şekil aranmamaktadır. Ancak TBK madde 583/2'de düzenlenen hüküm bu duruma aykırı bir düzenlemedir. Kefilin sorumlu olacağı miktarın borcun belirli bir miktarı ile sınırlandırılması da kefilin sorumluluk miktarını hafifleten bir değişiklik olup, yazılı şekilde yapılması gerekmemektedir.

818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre de yazılı şekil aranmasına rağmen uygulamada kefilin sorumluluğu ile ilgili yerler boş bırakılıyordu. Takip ve dava sırasında ilgili yerler dolduruluyordu, kefil bir nevi korunmasız kalıyordu ve ne kadar miktar için sorumluluk altına girdiğini o sırada öğreniyordu. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 1941 yılında İsviçre Kanununda yapılan değişiklikler ⁹¹⁵ ile şekil şartları ağırlaştırılmıştır ⁹¹⁶. Şekil şartlarının ağırlaştırılmasının amacı kefilin korunmasını sağlamaktır ⁹¹⁷. Zira kefil kimi zaman herhangi bir yararı olmadan sorumluluk altına girmektedir. Ağırlaştırılan şekil şartları ile kefil sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olup olmadığı kesin bir şekilde anlamış olacağı için, aldatıldığını ya da bununla ilgili bir bilgisi olmadığını ileri süremeyecektir ⁹¹⁸.

3.7. EŞİN RIZASI

3.7.1. Genel Olarak Eşin Rızası

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 193. Maddesine göre; "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri ve üçüncü kişiler ile her türlü hukuki işlemi yapabilir". Düzenlemeye göre; kanunda aksine bir düzenleme olmadığı sürece eşler birbirleri ile ya da üçüncü kişilerle bir rıza ve onay almadan serbest olarak her türlü

⁹¹³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.85., Barlas, a.g.e., s.218., Acar, a.g.t., s.159.

⁹¹⁴ Bilgen, a.g.e., ss.51-52., Barlas, a.g.e., ss.218-219., Acar, a.g.t., ss.159-160.

⁹¹⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.373., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106., İsviçre Federal Mahkemesinin şekil şartlarının ağırlaştırılmasının amacı kefilin korunmasıdır. Yavuz, a.g.t., s.82.

⁹¹⁶ Yavuz, Nihat a.g.e., s.262.

⁹¹⁷ Yavuz, Nihat a.g.e., s.262., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106.

⁹¹⁸ Yavuz, Nihat a.g.e., s.262.

hukuki işlemi yapabilirler. Ancak bu özgürlüğe kanunla bir sınırlama getirilmiştir⁹¹⁹. Bu çalışmada konu TBK madde 584 ışığında değerlendirilmiştir. Evlilik müessesesi kural olarak kişilerin fiil ehliyetini kısıtlamamaktadır. Ancak TBK madde 584 ile bu kurala bir sınırlandırma getirilmiştir⁹²⁰. TBK madde 584/1 hükmü gereğince; evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerden birinin kefalet altına girmesi diğerinin yazılı onayı ile gerçekleşecektir⁹²¹. Bu sınırlamalar dışında evli eşler kendi aralarında yaptıkları ya da üçüncü kişiler ile yapacakları hukuki işlemlerde kanunda belirtilen sınırlamalar dışında evli olmayan kişilerle aynı statüye sahiptir⁹²².

Kefalet sözleşmesinin eşin rızasına tabi tutulması ilk olarak İsviçre Borçlar Kanununun değişiklikleri sırasında 1941’de ortaya çıkmıştır⁹²³. O zamana kadar hiçbir hukuk kuralında böyle bir hüküm düzenlenmemiştir⁹²⁴. Alman Hukuku’nda ise; eşin rızasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle eşin rızası kefalet sözleşmesi için geçerlilik şartı olarak kabul edilmemektedir⁹²⁵. Görüldüğü üzere; Alman Hukuku’nda evli kişilerin kefalet sözleşmesi düzenleyebilmesi için, eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Fransız Medeni Kanunu madde 1415’te ise; yasal mal rejimine bağlı eşlerden birinin kefil olması durumu diğer eşin iznine bağlıdır. Bu durumda her iki eş de mal rejimine bağlı olan değerleri ile yapılacak kefalet karşı sorumlu olacaktır. Lakin diğer eş izin verme kefalet sözleşmesi geçersiz olmamakta, kefil sadece kendi malları ile sorumlu tutulmaktadır⁹²⁶. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise; eşin rızası olmadan yapılan kefalet sözleşmesi fiil ehliyeti eksikliğinden dolayı geçersiz olacaktır. Buna benzer düzenleme Türk Borçlar Kanunu’nda da düzenlenmiştir⁹²⁷.

⁹¹⁹ Türker Yalçınduran. (2016). Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’ nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu’nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi. *İÜHFİM*, 74(1): 467., Sarı İyim, a.g.t., s.21.

⁹²⁰ Gündüz, a.g.t., s.161., Elçin Grassinger, a.g.m., ss.47-48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹²¹ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

⁹²² Yalçınduran, a.g.m., s.467.

⁹²³ Kırca, a.g.e., s.443., Yavuz, Nihat a.g.e., s.275. “Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006 s.436.,Yalçınduran, a.g.m., s.472., Acar, a.g.t., s.103., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.15., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹²⁴ Yalçınduran, a.g.m., s.472.

⁹²⁵ Yalçınduran, a.g.m., s.472., Sarı İyim, a.g.t., s.34.

⁹²⁶ Yalçınduran, a.g.m., s.472.

⁹²⁷ Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

Türk Borçlar Kanunu madde 584, Türk Medeni Kanunu madde 193'e istisna olarak düzenlenmiştir⁹²⁸. Zira TMK madde 193'e göre; "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilirler". Ayrıca, Türk Borçlar Kanunu madde 584, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemedir⁹²⁹. Kanun metnine göre; evli bir kişinin kefil olabilmesi eşinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu hüküm evlilik birliğinde eş korumak amaçlı düzenlenmiş bir uygulamadır⁹³⁰. Uygulama ile evli kişilerin medeni haklarının kullanılmasını kısıtlamaktan çok aile müessesinin⁹³¹ ekonomik durumunun korunması göz önüne alınmıştır⁹³². Kırca'ya göre; kanun metninde ve madde başlığında kullanılmış olan "rıza" terimi yerinde değildir. Rıza hem verilen izni hem de icazeti kapsar durumdadır. Oysaki kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra eşin icazet vermesi mümkün değildir. Bu nedenle "rıza" yerine "izin" kelimesinin kullanılması daha yerinde olacaktır⁹³³. Her ne kadar düzenleme her iki eş içinde olsa da uygulamada kocanın kefil olma yeteneğinin sınırlandırılmasına yönelik bir düzenlemedir⁹³⁴. Böylelikle bilinçsizce yapılan kefaletin önüne geçilmek amaçlanmaktadır⁹³⁵. Ayrıca aile birliğinin bozulmasına yol açacak gönül bağı veya hatır kefaletlerin önüne geçilmiştir⁹³⁶. Kısacası eşlerin birbirinden habersiz ve düşüncesizce aile birliğini ekonomik olarak tehlikeye atacak şekilde yapacakları hukuki işlemlerden aile birliğinin ve diğer eşin zarar görmesi engellenmek istenmiştir⁹³⁷.

⁹²⁸ Yalçınduran, a.g.m., s.468., Feride Demirbaş. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesine Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası. *Konya Barosu Dergisi*, (23)-40:53.

⁹²⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.10., Yalçınduran, a.g.m., s.471., Gündüz, a.g.t., s.161., Acar, a.g.t., s.103., Demirbaş, a.g.m., s.52., Koç, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹³⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.10., Yalçınduran, a.g.m., s.471., Gündüz, a.g.t., s.161., Acar, a.g.t., s.104.

⁹³¹ Yalçınduran, a.g.m., s.468.

⁹³² Yılmaz, a.g.m., 77., Demir, a.g.m., s.93., Yalçınduran, a.g.m., s.471., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Demirbaş, a.g.m., s.53.

⁹³³ Kırca, a.g.e., s.435, d.pn.2., Baş, a.g.m., s.122., Acar, a.g.t., s.104.

⁹³⁴ Kırca, a.g.e., s.438., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Yalçınduran, a.g.m., s.472.

⁹³⁵ Kırca, a.g.e., s.437., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265.

⁹³⁶ Kırca, a.g.e., s.437., Yalçınduran, a.g.m., s.476., Demir, a.g.m., s.93., Gündüz, a.g.t., s.163., Acar, a.g.t., s.104.

⁹³⁷ Kırca, a.g.e., s.437., Baş, a.g.m., s.118,120., Yalçınduran, a.g.m., s.471., Sayman, a.g.t., s.86., Gündüz, a.g.t., s.163., Acar, a.g.t., s.104., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.192., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

3.7.2. Rızanın Şekli

Eş rızası TBK madde 584/1 gereğince yazılı şekilde verilmelidir. Eş tarafından verilecek yazılı şekil adi yazılı şekildir⁹³⁸. Ayrıca noter tarafından onaylanması gerekmez eş tarafından verilen imza yeterlidir⁹³⁹. Eş tarafından verilecek rızanın kefalet sözleşmesi için aranan şekil şartına uygun olmak zorunda değildir⁹⁴⁰. Buna rağmen, ispat kolaylığı açısından kefalet sözleşmesi için aranan şekil hususları el yazısı ile olmasa da eş tarafından beyanında belirtilmesi gerekmektedir⁹⁴¹.

TBK madde 15/3'e göre; rıza verecek eş görme engelli ise verilecek rıza şahit vasıtasıyla verilebilecektir. İmza atamayanların durumu ise TBK madde 16 hükmü gereğince usulüne göre onaylanmış olması şartı ile parmak izi ya da el ile yapılmış bir işaret veya mühür ile yerine getirilebilecektir⁹⁴².

Eş herhangi bir neden göstermeden kefalet sözleşmesinin kurulmasını engelleyebilir⁹⁴³. Bu durumda eş dava yoluyla ya da cebri icra yoluyla kefaletle izin vermeye zorlanamaz⁹⁴⁴. Eşin izni yerine geçecek yargısal bir izin söz konusu değildir⁹⁴⁵.

İsviçre Borçlar Kanunu madde 494/IV ve aynı kanun madde 177/III gereğince; kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin rızası dışında vesayet makamının da onay vermesi gerekmektedir. Bu düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nda mevcut değildir⁹⁴⁶.

Bir görüşe göre; diğer eşin rızası ancak kefilin kişisel olarak sorumluluk altına girdiği durumlarda gerekecektir. Diğer eş kefalet sözleşmesini temsilci veya vekil sıfatıyla imzalayacağı durumlarda ise rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır⁹⁴⁷. Bunun dışında, tüzel kişi adına organ veya organ üyesi sıfatıyla yapılan kefalet

⁹³⁸ Kırca, a.g.e., s.443., Yavuz, Nihat a.g.e., s.275. "Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.443., Baş, a.g.m., s.123., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Gündüz, a.g.t., s.161., Acar, a.g.t., s.116., Demirbaş, a.g.m., s.54.

⁹³⁹ Kırca, a.g.e., s.443., Yavuz, Nihat a.g.e., s.275. "Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.443., Sarı İyim, a.g.t., ss.28-29., Gündüz, a.g.t., s.161.

⁹⁴⁰ Kırca, a.g.e., ss.444-445., Baş, a.g.m., s.123., Gündüz, a.g.t., s.163., Demirbaş, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

⁹⁴¹ Kırca, a.g.e., s.445., Baş, a.g.m., s.123., Gündüz, a.g.t., s.163., Demirbaş, a.g.m., s.54.

⁹⁴² Gündüz, a.g.t., s.162.

⁹⁴³ Kırca, a.g.e., s.447., Sayman a.g.t., s.117.

⁹⁴⁴ Kırca, a.g.e., s.447., Yalçınduran, a.g.m., s.470.

⁹⁴⁵ Kırca, a.g.e., s.447., Yalçınduran, a.g.m., s.470.

⁹⁴⁶ Topaloğlu, a.g.m., 24 Eylül 2018, s.6., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

⁹⁴⁷ Kırca, a.g.e., s.439., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Acar, a.g.t., s.105., Baş, a.g.m., s.121., Demirbaş, a.g.m., s.53., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

sözleşmelerinde de eşin rızasına gerek yoktur⁹⁴⁸. Diğer bir görüşe göre; temsil yetkisi verilmesi durumunda da kefalet vaadi verilmesi durumunda da eşin yazılı rızası aranmalıdır⁹⁴⁹. Böylelikle kefalet sözleşmesi için getirilmiş kurallar doğrudan uygulanacaktır. Rızanın bir defa alınması yeterlidir, kefalet sözleşmesi kurulması sırasında tekrar rızaya ihtiyaç duyulmayacaktır⁹⁵⁰. Reisoğlu'na göre ise; temsil yetkisi verilmesi durumunda da kefalet vaadi verilmesi hallerinde de bir kefalet sözleşmesi imzalanacağı için eşin rızası gerekli olacaktır⁹⁵¹. Kanaatimizce, eş bu durumlarda kişiler sorumluluk altına girmemekte aksine temsilci veya organ sıfatıyla hareket etmektedir. Bu nedenle rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır.

Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra usulen verilen rıza yerinde olmayıp;⁹⁵² eşin vereceği yazılı rıza, kefalet sözleşmesinden önce veya en geç kurulma sırasında verilmelidir⁹⁵³. Aksi halde sözleşme fiil ehliyeti noksanlığından ötürü geçerli olmayacaktır⁹⁵⁴. Eş tarafından verilen rıza yazılı olmalıdır. Sözlü verilen rızanın kefalet sözleşmesi açısından hiçbir geçerliliği yoktur. Yani rıza sözlü verildiği takdirde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁹⁵⁵. Ayrıca kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada eşin hazır bulunması durumunda, eş kefalet sözleşmesini kefilden sonra imzalayabilecektir. Burada kefalet sözleşmesinin geçersizliği söz konusu değildir⁹⁵⁶. Zira önem arz eden herhangi bir duraklama olmadan yapılan işlemin bir bütün şeklinde hareket etmesidir⁹⁵⁷. Kefalet sözleşmesi hazır olmayanlar arasında yapılıyor ise; eşin rızasının kefilin yazılı beyanından önce veya en geç bu beyanı sırasında olmalıdır. Kefilin beyanının icap ya da kabul beyanı olup olmadığının bir önemi yoktur⁹⁵⁸. Eş tarafından verilecek rızanın şarta bağlanması da mümkündür⁹⁵⁹. Eş tarafından

⁹⁴⁸ Kırca, a.g.e., s.439., Acar, a.g.t., s.105., Demirbaş, a.g.m., s.53.

⁹⁴⁹ Acar, a.g.t., s.106., Develioğlu, a.g.e., s.179., Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

⁹⁵⁰ Acar, a.g.t., s.106., Develioğlu, a.g.e., s.179.

⁹⁵¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.91-92., Acar, a.g.t., s.106.

⁹⁵² Özkul, a.g.t., s.67.

⁹⁵³ Kırca, a.g.e., s.446., Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, ss.10-11., Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.6., Demir, a.g.m., s.93., Yalçınduran, a.g.m., s.481., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.108., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90., Yavuz, Nihat a.g.e., s.268., Yılmaz, a.g.m., s.78., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190., Özkul, a.g.t., s.67., Demirbaş, a.g.m., s.52,54,55., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.23., Atilla, a.g.m., Tasarı s.157., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

⁹⁵⁴ Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.6., Acar, a.g.t., s.119., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47.

⁹⁵⁵ Özkul, a.g.t., s.67.

⁹⁵⁶ Kırca, a.g.e., s.447., Baş, a.g.m., s.122., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.115., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190.

⁹⁵⁷ Kırca, a.g.e., s.447., Baş, a.g.m., s.122., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.115., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.191.

⁹⁵⁸ Demirbaş, a.g.m., s.55.

⁹⁵⁹ Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.115.

verilecek rızanın şarta bağlanması durumunda ise; eğer rıza sözleşmeden önce veya en geç kurulma sırasında verilmişse şartın kefalet sözleşmesinden sonra gerçekleşecek olmasının önemi bulunmamaktadır ⁹⁶⁰. Kanun koyucunun eşin rızasının belirli bir zamana bağlanmasındaki amaç; kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra eşin diğer eş tarafından rıza vermesine zorlanmasının engellenmek istenmesidir ⁹⁶¹. İleride yapılabilecek kefalet sözleşmelerini kapsayan bir rızanın verilmesi mümkün değildir⁹⁶². Bunun yanı sıra; belirli bir zaman süresi içinde yapılacak olan kefaletler ile belirli miktarı kapsayacak ferdileştirilmemiş kefaletler için dahi rıza verilmesi mümkün değildir ⁹⁶³. Zira rızanın somut (yalın) ve belirli bir kefaletle ilişkin olması gerekmektedir ⁹⁶⁴. Her kefalet sözleşmesi için eşin rızası ayrı bir şekilde verilmesi gerekmektedir ⁹⁶⁵. Böylelikle verilen rıza beyandan rızanın hangi kefalet sözleşmesi için verildiği açıkça belirtilmelidir ⁹⁶⁶. Belli olmadığı takdirde eş tarafından verilen rıza geçersizdir ⁹⁶⁷. Bunun yanında birden fazla kefalet sözleşmesi için, her birini ayrı ayrı kapsayacak bir beyanda ferdileştirilmiş şekilde verilmesi mümkün olacaktır ⁹⁶⁸.

Yasa koyucu, sözleşme yapıldıktan sonra eş tarafından yapılan icazeti kabul etmemektedir ⁹⁶⁹. Sözleşme başından beri geçerli olmadığı için, geçersiz olan sözleşme sonradan icazet verilmesi ile geçerli hale gelmeyecektir ⁹⁷⁰. Türk Borçlar Kanunu madde 583'te düzenlenen "el yazısı" şartının, diğer eşin kefalet ile ilgili rıza açıklamasında bulunması şart değildir ⁹⁷¹. Rızanın imza ya da imza yerine geçen bir işaret suretiyle de verilmesi mümkündür ⁹⁷². Hatta eşin vermiş olduğu rızadaki yazının kim tarafından ve ne şekilde verilmesi ya da yazılması gerektiğine ilişkin bir

⁹⁶⁰ Sayman, a.g.t., s.87.

⁹⁶¹ Kırca, a.g.e., s.447., Baş, a.g.m., s.122., Seda Çevik Öktem. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu Uyarınca Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası. *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, 8(89-90): 126., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.115.

⁹⁶² Kırca, a.g.e., s.444., Demir, a.g.m., s.94., Sayman, a.g.t., s.87., Gündüz, a.g.t., s.162., Acar, a.g.t., s.117., Elçin Grassinger, a.g.m., s.48.

⁹⁶³ Kırca, a.g.e., s.444., Gündüz, a.g.t., s.162., Acar, a.g.t., s.117.

⁹⁶⁴ Sayman, a.g.t., s.87., Sarı İyim, a.g.t., s.21.

⁹⁶⁵ Kırca, a.g.e., s.444., Develioğlu, a.g.e., s.180., Demir a.g.m., s.94., Sarı İyim, a.g.t., s.29., Gündüz, a.g.t., s.162., Acar, a.g.t., s.117.

⁹⁶⁶ Kırca, a.g.e., s.444., Baş, a.g.m., s.118., Gündüz, a.g.t., s.162., Acar, a.g.t., s.117.

⁹⁶⁷ Kırca, a.g.e., s.444., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Acar, a.g.t., s.117.

⁹⁶⁸ Kırca, a.g.e., s.444., Gündüz, a.g.t., s.162., Acar, a.g.t., s.116.

⁹⁶⁹ Baş, a.g.m., s.122., Yılmaz, a.g.m., s.78., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018. , Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.6., Sayman, a.g.t., s.117., Sarı İyim, a.g.t., s.28., Acar, a.g.t., s.115., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190., Demirbaş, a.g.m., s.55., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

⁹⁷⁰ Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.6., Sayman, a.g.t., s.117., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190., Demirbaş, a.g.m., s.55.

⁹⁷¹ Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sayman, a.g.t., s.88., Sarı İyim, a.g.t., s.29.

⁹⁷² Sayman, a.g.t., s.88., Sarı İyim, a.g.t., s.29., Acar, a.g.t., s.116.

düzenleme kanunumuzda mevcut değildir ⁹⁷³. Salt bir imza olması yeterlidir ⁹⁷⁴. Kanaatimizce, bu durum uygulamada bazı eksikliklere yol açacaktır. Yani her ne kadar TBK madde 584 evlilik birliğinin korunması için getirilmiş olsa da amacına hizmet edemez hale gelecektir. Zira diğer eşin rızasının kefalet sözleşmesinde yer alma zorunluluğu yoktur, önceden ya da kefalet sözleşmesi sırasında verilebilmektedir. Kefil olacak kişi rızasına ihtiyaç duyulan diğer eşe herhangi bir bilgi vermeden boş bir kâğıt imzalatıp, eşinin rıza beyanını kendi doğrultusunda yararına olacak şekilde sonra doldurabilecek hale gelecektir ⁹⁷⁵. Kanun metnindeki bu eksikliğin giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Eş tarafından verilen rızanın kefalet senedi içerisinde yer alması geçerlilik şartı olmasa bile ispat kolaylığı sağlamak için kefalet senedinde bulunması gerekli görülmüştür. Eşin hiçbir ibarede bulunmadan kefalet senedinde kefilin yanına imza atması geçerli kabul edilmektedir ⁹⁷⁶.

Eş tarafından verilecek rızanın TBK madde 14/2 gereğince; mektup, telgraf, faks veya buna benzeri iletişim araçları ile ya da güvenli elektronik imza yoluyla ⁹⁷⁷ yapılması mümkündür ⁹⁷⁸. Her ne kadar kefalet sözleşmesi bir teminat sözleşmesi olsa ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) madde 5/2 gereğince; kefalet sözleşmeleri için elektronik imza öngörülmemiş ise de eşin rızası bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki işlemdir ve teminat niteliğinde değildir. Bu nedenle 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu madde 5/2 dışında kalacaktır ⁹⁷⁹.

İsviçre Borçlar Kanunu madde 491/1'de rıza tayini için kefalet sözleşmesinin kurulma anını değil kefil olma iradesinin açıklandığı an esasa alınmıştır ⁹⁸⁰. Diğer bir deyişle; rıza tayini için kefalet sözleşmesinin alacaklı tarafından kabul zamanı değil de, kefil tarafından imzalanma zamanı dikkate alınacaktır ⁹⁸¹. TBK madde 584'e göre rıza tayini için, alacaklının kefalet sözleşmesini onaylandığı an yani kefalet

⁹⁷³ Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.11., Sarı İyim, a.g.t., s.29.

⁹⁷⁴ Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.11.

⁹⁷⁵ Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.11.

⁹⁷⁶ Kırca, a.g.e., ss.444-445., Gündüz, a.g.t., ss.162-163.

⁹⁷⁷ Demirbaş, a.g.m., s.54.

⁹⁷⁸ Gündüz, a.g.t., s.161.

⁹⁷⁹ Kırca, a.g.e., s.443, dpn.49., Baş, a.g.m., ss.122-123., dpn. 44., Sarı İyim, a.g.t., ss.29-30., Gündüz, a.g.t., ss.160-161., Acar, a.g.t., s.116., Demirbaş, a.g.m., s.54.

⁹⁸⁰ Kırca, a.g.e., s.446., Yavuz, Nihat a.g.e., s.278. "Kırca, İsmail: Türk Borçlar Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457.

⁹⁸¹ Kırca, a.g.e., s.446.

sözleşmesinin kurulma anı esasa alınacaktır⁹⁸². Verilen rıza TBK madde 12 ve devamı gereğince adi yazılı şekilde yapılmalıdır. Buna binaen, sadece eşin rızasını taşıması yeterli görülmüştür⁹⁸³. Kefalet sözleşmesi temsilci sıfatıyla ya da tüzel kişinin organ sıfatı ile yapıldığı takdirde eşin yazılı rızasına gerek yoktur⁹⁸⁴. Kanun metni emredici bir hükümdür⁹⁸⁵ ve maddi geçerlilik şartıdır⁹⁸⁶. Kefil ya da eşi bu haktan feragat edemezler⁹⁸⁷. Bu nedenle eğer eşin rızası yok ise fiil eksikliği nedeniyle⁹⁸⁸ kefalet sözleşmesi geçersizdir⁹⁸⁹. Rızanın yokluğu halinde kefalet sözleşmesi sona erecektir⁹⁹⁰. Kanun metninde emredici bir hüküm olduğu belirtildiğinden dolayı taraflar kendi aralarında aksine karar veremezler⁹⁹¹. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre; eşin rızası emredici bir hüküm olsa da kamu düzeniyle ilgili değildir⁹⁹². Rıza imza şekilde elle atılmalıdır. Resmi onaya gerek yoktur. Rıza kefalet senedine de konulabileceği gibi ayrı bir belge üzerinde de bulunabilir⁹⁹³. Eşin rıza beyanında kefaletin hangi sözleşme ile ilgili olduğu belirlenebilir olmalıdır. Doğmuş doğabilecek tüm borçlar için kefil olduğuna dair verilen rıza beyanı geçerli olmayacaktır⁹⁹⁴. Diğer bir ifade ile verilecek rıza genel olmamalıdır ve hangi kefalet sözleşmesine verildiği şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması gerekmektedir. Rızanın bulunup bulunmadığı hâkim tarafından re'sen dikkate alınır⁹⁹⁵. Eşin rızasının geçerlilik şartı olması dolayısıyla muvafakat etmemesi halinde TBK m.587/3'e göre diğer birlikte kefillerde borçtan kurtulur⁹⁹⁶.

⁹⁸² Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

⁹⁸³ Demir, a.g.m., s.93.

⁹⁸⁴ Kırca, a.g.e., s.454., Yavuz, Nihat a.g.e., s.272. "Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefalet Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457., Demir, a.g.m., s.94., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Sayman, a.g.t., s.87.

⁹⁸⁵ Kırca, a.g.e., s.438., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Topaloğlu, a.g.m., 24 Eylül 2018, s.6., Demir, a.g.m., s.94., Baş, a.g.m., s.117., Çevik Öktem, a.g.m., s.119., Özkul, a.g.t., s.67.

⁹⁸⁶ Kırca, a.g.e., s.438., Develioğlu, a.g.e., s.179., Acar, a.g.t., s.104.

⁹⁸⁷ Kırca, a.g.e., s.438., Develioğlu, a.g.e., s.179., Baş, a.g.m., s.117., Çevik Öktem, a.g.m., s.119., Topaloğlu, a.g.m., 24 Eylül 2018, s.6., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Demir, a.g.m., s.94., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Acar, a.g.t., s.104., Özkul, a.g.t., s.67., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹⁸⁸ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

⁹⁸⁹ Kırca, a.g.e., s.438., Develioğlu, a.g.e., s.179., Acar, a.g.t., s.104., Y.19.HD., 15.06.2016 T., 2016/1518 E., 2016/10723 K. (www.kazancı.com)

⁹⁹⁰ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.26.

⁹⁹¹ Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Acar, a.g.t., s.104., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹⁹² Kırca, a.g.e., s.438., Yavuz, Nihat a.g.e., s.271. "Kırca, İsmail: Türk Borçlar Tasarısı- Kefalet Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457., Gündüz, a.g.t., s.161.

⁹⁹³ Yavuz, Nihat a.g.e., s.268.

⁹⁹⁴ Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

⁹⁹⁵ Sayman, a.g.t., s.117.

⁹⁹⁶ Reisoglu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Baş, a.g.m., ss.125-126., Sayman, a.g.t., ss.117-118., Sarı İyim, a.g.t., ss.30-31., Acar, a.g.t., ss.120-121.

3.7.3. Rızanın Aranacağı Zaman

Türk Borçlar Kanunu madde 584'ün vuku bulması için; eşlerin Türk Medeni Kanununa uyacak şekilde evlenmiş olmaları ve kefalet sözleşmesi devam ediyorken de evliliklerinin devam ediyor olması gereklidir⁹⁹⁷. Yani kanun metninin düzenleme alanını evli kişiler oluşturmaktadır⁹⁹⁸. Resmi bir evlilik devam ettiği süreci eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır⁹⁹⁹. Hâkim kararı ile ayrılma (TMK madde 170) veyahut yasal olarak ayrı yaşamalarına karar verilmesi (TMK madde 197) durumunda rızaya ihtiyaç duyulmayacaktır¹⁰⁰⁰. Kaynak İBK madde 494/1'de yalnızca mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmediği durumlarda eşin rızasına ihtiyaç duyulurken, TBK madde 584'te ise; mahkeme tarafından verilen ayrılık kararı ile birlikte eşin rızasına ihtiyaç duyulması için aynı zamanda yasal ayrılık kararın da bulunmaması gerekmektedir¹⁰⁰¹. Fiili olarak yani mahkeme kararı olmaksızın ayrı yaşamaları durumunda, diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır¹⁰⁰². Rızası bulunmadığı takdirde eş kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığını ileri sürebilir. Buna rağmen alacaklı TMK madde 197 gereğince; yasal olarak ayrı yaşamalarına karar verildiğini ve bu durumda diğer eşin rızasına gerek duyulmaksızın kefalet sözleşmesinin geçerli olduğunu açacağı tespit davası ile ileri sürebilecektir¹⁰⁰³. Mahkeme tarafından verilen ayrılık kararının kesinleşmesine gerek yoktur. Kararın verilmesi yeterlidir¹⁰⁰⁴.

Evli kişinin erkek veya kadın olması arasında bir fark yoktur¹⁰⁰⁵. Ancak korunmak istenen eş kadındır¹⁰⁰⁶. Kefil eş ile rıza verecek eşin aralarında yapmış

⁹⁹⁷ Sayman, a.g.t., s.86., Sarı İyim, a.g.t., s.22.

⁹⁹⁸ Acar, a.g.t., s.104.

⁹⁹⁹ Acar, a.g.t., s.104., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47.

¹⁰⁰⁰ Kırca, a.g.e., s.439., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Demir, a.g.m., s.93., Yalçınduran, a.g.m., s.470., Sayman, a.g.t., ss.86-87., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Baş, a.g.m., s.118., Acar, a.g.t., ss.107-109., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190., Özkul, a.g.t., s.67., Demirbaş, a.g.m., s.52,53., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.23., Atilla, a.g.m., Tasarı s.157., Koç, a.g.m., s.55., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.16., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47,48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

¹⁰⁰¹ Acar, a.g.t., s.108., Demirbaş, a.g.m., s.52,53., Y.8.HD., 10.05.2017 T., 2017/2060 E., 2017/6760 K. (www.kazancı.com)

¹⁰⁰² Kırca, a.g.e., s.439., Yavuz, Nihat a.g.e., s.266., Topaloğlu, a.g.m., 23 Eylül 2018, s.6., Demir, a.g.m., s.93., Baş, a.g.m., s.118., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Acar, a.g.t., s.108., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰⁰³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90., Acar, a.g.t., s.109.

¹⁰⁰⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.89., Acar, a.g.t., s.108.

¹⁰⁰⁵ Kırca, a.g.e., s.438., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Sayman, a.g.t., s.86., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.23., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

¹⁰⁰⁶ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.23.

oldukları mal rejiminin de bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁰⁷. Mal ayrılığı rejiminde dahi eşin rızasına ihtiyaç vardır¹⁰⁰⁸. Aksoyoğlu'na göre ise; TMK madde 242 vd. maddelerinde düzenlenen mal ayrılığı veya paylaşımlı mal ayrılığı ile TMK madde 206 düzenlenen olağanüstü mal rejimi halinde artık eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır¹⁰⁰⁹. Kefilin sonradan başka biri ile evlenmesi halinde de diğer eşin rızasına ihtiyaç yoktur¹⁰¹⁰.

Türk Medeni Kanunu madde 197'ye göre; ayrı yaşama kararı verilmesine rağmen eşlerin birlikte yaşamaları durumunda ise eşin rızasının aranması gerekecektir¹⁰¹¹. Bunun nedeni, ailenin ekonomik bütünlüğünün korunmasıdır¹⁰¹². Ayrı yaşama halinin bulunması durumunda eşin rızasının alınmasına gerek olmamasının sebebi; kefalet sözleşmesi kurulurken eşe ulaşmanın ve izin alınmasının pratikte olumsuzluklara neden olacağından dolayıdır¹⁰¹³. Kanaatimizce, yapılan uygulama yerindedir. Zira durum itibari ile de korunması gereken aile kavramından söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle yapılacak olan kefalet sözleşmelerinin engellenmemesi gerekmektedir.

TMK madde 194/2 ve TMK madde 265/2'ye göre; eş haklı bir sebep bulunmaksızın rıza göstermediği halde hâkimin müdahalesine başvurulabilecektir. TMK'da düzenlenen bu hükümlerin aksine TBK madde 584'te, eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermemesi halinde hâkimin müdahalesinin talep edilebileceğine dair bir düzenleme söz konusu değildir¹⁰¹⁴. Diğer bir ifade ile eşin kefalet sözleşmesine rıza gösterip göstermemesi onun kararına bağlı bir durum olduğu için, eş herhangi bir neden göstermeksizin rıza göstermediği takdirde kefil olacak eşin mahkeme başvurup mahkemeden eşin rızası yerine geçecek rıza istemesi mümkün değildir¹⁰¹⁵. Yılmaz'a göre ise; TMK madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı

¹⁰⁰⁷ Kırca, a.g.e., s.439., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Yalçınduran, a.g.m., s.470., Sayman, a.g.t., s.87., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Acar, a.g.t., ss.104-105., Özkul, a.g.t., s.67., Demirbaş, a.g.m., s.53., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ss.23-24.

¹⁰⁰⁸ Kırca, a.g.e., s.439., Yavuz, Nihat a.g.e., s.265., Yalçınduran, a.g.m., s.470., Sayman, a.g.t., s.87., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Acar, a.g.t., s.105.

¹⁰⁰⁹ Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

¹⁰¹⁰ Eriş Hukuk Bürosu, a.g.m., 20 Eylül 2018, s.11.

¹⁰¹¹ Baş, a.g.m., s.118., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190.

¹⁰¹² Baş, a.g.m., ss.118-119., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190.

¹⁰¹³ Sarı İyim, a.g.t., s.22.

¹⁰¹⁴ Baş, a.g.m., s.126., Acar, a.g.t., s.120., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.193., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

¹⁰¹⁵ Kırca, a.g.e., s.447., dpn.67., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90., Yılmaz, a.g.m., s.79., Baş, a.g.m., ss.126-127., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.33., Acar, a.g.t., s.120., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

gereğince hâkim müdahalesi kabul edilmektedir ¹⁰¹⁶. Rıza verecek eş, neden rıza vermediğine dair bir gerekçe dahi göstermek zorunda değildir. Zira ailenin ekonomik durumunun kötüye sokulacak olması bir haklı sebep teşkil edecektir ¹⁰¹⁷. Dolayısıyla, TMK madde 194'te düzenlenen hâkim müdahalesi kıyas yoluyla TBK madde 584'e uygulanamayacaktır ¹⁰¹⁸. Evliliğin mutlak veya nispi butlan ile geçersiz olmasının kesinleşmesi halinde diğer eşin yazılı şartına gerek olmayacaktır ¹⁰¹⁹. Eşin yazılı rızası bir geçerlilik koşul oluşturmaktadır ¹⁰²⁰. Eşin rıza vermemesi halinde mahkemeden eş yerine karar vermesi dahi istenemez. Kefalette rızanın el yazısı ile belirtilmesi şart olmayıp, eş tarafından imzalanması yeterli görülmüştür. Kurulacak her kefalet için eşin rızası gerekmektedir ¹⁰²¹. Önceden doğmuş ve doğacak tüm kefalet borçlarını karşılayacağına dair verilecek bir genel muvafakat geçersizdir ¹⁰²². Diğer eş tarafından verilecek rıza şartı geçerlilik şartı olduğundan dolayı tüm kefalet türleri için geçerlidir ¹⁰²³. TMK madde 6. gereğince; geçerli bir rızanın bulunduğunu alacaklı ispat etmekle yükümlüdür ¹⁰²⁴. Ayrıca TBK madde 584'ün birinci fıkrasında belirtilen zamanda eşin rızasının var olduğunun da ispatı da alacaklıya aittir ¹⁰²⁵. Geçerli bir imzanın bulunması durumda rıza gösteren eşin kefalet senedini okumadığı veya kefaletle ilişkin hususları bilmediğini ileri sürmesi mümkün değildir ¹⁰²⁶. Buna ek olarak, eşin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada hazır bulunduğunun da dinlenmemesi gerekmektedir ¹⁰²⁷. Ancak irade sakatlığının bulunması durumunda TBK madde 39 gereğince eş rıza beyanının iptalini talep edebilecektir. Bu irade sakatlığının ilk önce TBK madde 30 ve devamı hükümlerini karşılaması gereklidir ¹⁰²⁸. Ayrıca rıza veren

¹⁰¹⁶ Yılmaz, a.g.m., s.79., Acar, a.g.t., s.120.

¹⁰¹⁷ Baş, a.g.m., ss.126-127., Sarı İyim, a.g.t., s.33., Acar, a.g.t., s.120., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.193.

¹⁰¹⁸ Kırca, a.g.e., s.447., Sarı İyim, a.g.t., s.33., Acar, a.g.t., s.120.

¹⁰¹⁹ Acar, a.g.t., s.104., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90.

¹⁰²⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

¹⁰²¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku ss.90-91.

¹⁰²² Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Yavuz, Nihat a.g.e., s.268., Özkul, a.g.t., s.67., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰²³ Kırca, a.g.e., s.439., Yavuz, Nihat a.g.e., s.272. "Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457., Develioğlu, a.g.e., ss.179-180., Baş, a.g.m., s.119., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sarı İyim, a.g.t., s.21., Acar, a.g.t., ss.103-104., Kaya Kızıllırmak, a.g.t., s.190., Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

¹⁰²⁴ Kırca, a.g.e., s.446., Yavuz, Nihat a.g.e., ss.267-268., Sarı İyim, a.g.t., s.22., Acar, a.g.t., s.123.

¹⁰²⁵ Sarı İyim, a.g.t., s.22.

¹⁰²⁶ Kırca, a.g.e., s.446., Yavuz, Nihat a.g.e., s.277. "Kırca, İsmail: Türk Borçlar Tasarısı- Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457.

¹⁰²⁷ Kırca, a.g.e., s.446.

¹⁰²⁸ Kırca, a.g.e., s.446., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.93., Sarı İyim, a.g.t., s.33., Acar, a.g.t., s.122.

eşin kefalet sözleşmesini okumadığını ve bilgi sahibi olmadan ve dikkat etmeden rıza gösterdiği ile ilgili iddiaları yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar ileri sürülmesi mümkün olmasa da dinlenilmesi gerekmektedir ¹⁰²⁹.

3.7.4. Kefalet Sözleşmesinin Değiştirilmesinde Eşin Rızasının Önemi

Kefalette kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişiklik yapılması durumunda kefalet için belirtilen şekil şartına uyulması geçerlilik koşuludur (TBK m.583/3). Ancak bu konuda diğer eşin rızası belirli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Türk Borçlar Kanunu madde 584/2 uyarınca; kefalet sözleşmesinden sonra yapılan ¹⁰³⁰ kefilin sorumluluğunu arttıran tüm kefalet değişikliklerinde değil yalnızca sorumluluk miktarının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve kefilin yararına sağlanan güvencelerin önemli ölçüde azalması durumunda eşin rızası gerekmektedir ¹⁰³¹. Görüldüğü üzere, eşin rızasının sadece sözleşmenin kurulması ile sınırlı değildir. Kefilin aleyhine olan değişikliklerde eşin rızası aranacakken lehine olan değişikliklerde eşin rızası aranmayacaktır ¹⁰³². Bunun dışında borcun nakline ilişkin verilecek yazılı rıza da kefilin yararına sağlanan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına bir örnektir. Bu nedenle TBK madde 584/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Yani borç nakline sadece kefilin rıza vermesi yeterli olmayıp eşin rızası vermesi gerekmektedir. ¹⁰³³ Buna rağmen müteselsil kefaletin adi kefalet olarak değiştirilmesinde eşin rızası aranmayacaktır ¹⁰³⁴. Eşin yazılı rızasını gerektiren durumlar bu üçü ile sınırlıdır ¹⁰³⁵. Yani sorumluluk miktarının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi ve kefilin yararına sağlanan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişikliklerde eşin rızası aranmayacaktır ¹⁰³⁶. Aksi alacaklı için bir külfet haline gelecektir ¹⁰³⁷. Böylelikle TBK madde 584/2 ile TBK

¹⁰²⁹ Sarı İyim, a.g.t., s.33., Acar, a.g.t., s.122.

¹⁰³⁰ Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.23., Atilla, a.g.m., Tasarı s.157.

¹⁰³¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Kırca, a.g.e., s.441., Baş, a.g.m., s.120., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Demir, a.g.m., ss.93-94., Sayman, a.g.t., s.81., Sarı İyim, a.g.t., s.26., Acar, a.g.t., s.109., Özkul, a.g.t., s.67., Demirbaş, a.g.m., s.54., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.23., Atilla, a.g.m., Tasarı s.157., Koç, a.g.m., s.55., Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰³² Demirbaş, a.g.m., s.54., Aksoyoğlu, a.g.m., s.98.

¹⁰³³ Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.191., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰³⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Acar, a.g.t., s.121.

¹⁰³⁵ Sarı İyim, a.g.t., s.26., Acar, a.g.t., s.109.

¹⁰³⁶ Özkul, a.g.t., s.67., Demirbaş, a.g.m., s.52., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰³⁷ Özkul, a.g.t., s.68.

madde 584/1’de düzenlenen düzenlemenin etrafında dönülmesine engel olunmuştur¹⁰³⁸. Kırca’ya göre; “Adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi yanında, sonradan asıl borçluyla veya kefiller arasında teselsülün kararlaştırılması da hüküm kapsamına dâhil edilmektedir”¹⁰³⁹. Bu hallerde de TBK madde 584/1’de belirtilen şekilde bir rızaya gerek duyulacaktır. Bunun için yeni bir rızaya gerek yoktur¹⁰⁴⁰. Değişiklik nedeniyle eşin ek rızasına ihtiyaç duyulması halinde eş rıza vermemişse yapılan değişiklik hükümsüz kalır. Sözleşme önceki haline göre yani eski sorumluluk tutarında ya da adi kefaletle göre devam edecektir¹⁰⁴¹. Kefilin değişikliğe onay göstermesinin bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁴². Kefil yararına sağlanan güvencelerin azalması konusunda ise; azalmanın önemli ölçüde olup olmadığı her somut olaya göre ayrı değerlendirilmelidir¹⁰⁴³. Azalmanın önemli ölçüde olup olmadığını hâkim takdir edecektir¹⁰⁴⁴. Üzerinde durulması gereken sorumluluk miktarı üzerindeki artışır¹⁰⁴⁵. Önemli ölçüde olmadığı takdirde sadece kefilin rızası yeterli olacaktır¹⁰⁴⁶. Kefil yararına sağlanan “güvence” kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir¹⁰⁴⁷. Yani sadece aynı teminatları değil şahsi teminatları da kapsamaması gerekmektedir¹⁰⁴⁸. Kefil yararına sağlanan “güvence” kavramının geniş yorumlanması hem kefil hem de aile bütünlüğü için önem arz edecektir¹⁰⁴⁹. “Azalma” tabirinin de geniş yorumlanması gerekmektedir¹⁰⁵⁰. Kefil yararına sağlanan güvencelerin önemli ölçüde azalması konusunu örnekler ile incelemek olursak; kefalet nedeniyle verilen rehinden vazgeçilmesi, kefalet süresinin belirlen miktardan daha fazla uzatılması¹⁰⁵¹, asıl borçlunun değişmesi, müteselsil kefalet altına iki kişi tarafından girilmişse birinin borcunu ödemesi kefil yararına sağlanan güvencelerin azalmasına örnek olarak gösterilir. Buna rağmen, ödeme tarihinin ertelenmesi, ekonomi ile eş değer olarak

¹⁰³⁸ Kırca, a.g.e., s.441., Acar, a.g.t., s.109.

¹⁰³⁹ Kırca, a.g.e., s.441., Acar, a.g.t., ss.109-110.

¹⁰⁴⁰ Demir, a.g.m., s.94.

¹⁰⁴¹ Demir, a.g.m., s.96., Sarı İyim, a.g.t., s.32., Acar, a.g.t., s.121.

¹⁰⁴² Acar, a.g.t., s.121.

¹⁰⁴³ Kırca, a.g.e., s.443., Baş, a.g.m., s.120., Sarı İyim, a.g.t., s.32., Acar, a.g.t., s.109., Demirbaş, a.g.m., s.54.

¹⁰⁴⁴ Baş, a.g.m., s.120.

¹⁰⁴⁵ Acar, a.g.t., s.109.

¹⁰⁴⁶ Kırca, a.g.e., s.443., Sarı İyim, a.g.t., s.32.

¹⁰⁴⁷ Kırca, a.g.e., s.442., Baş, a.g.m., s.120., Acar, a.g.t., s.110., Demirbaş, a.g.m., s.54., Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰⁴⁸ Kırca, a.g.e., s.442., Baş, a.g.m., s.120., Acar, a.g.t., s.110., Demirbaş, a.g.m., s.54.

¹⁰⁴⁹ Develioğlu, a.g.e., s.180., Baş, a.g.m., s.120., Çevik Öktem, a.g.m., s.123., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.191.

¹⁰⁵⁰ Kırca, a.g.e., s.442., Develioğlu, a.g.e., s.180., Acar, a.g.t., s.110., Demirbaş, a.g.m., s.54.

¹⁰⁵¹ Demirbaş, a.g.m., s.54.

rehne konu olan şeyin değerinin azalması ve birlikte kefilin mali durumunun kötüye gitmesi kefil yararına sağlanan güvencelerin azalmasına örnek olarak gösterilmesi mümkün değildir. Dikkat edilmesi gereken teminatların değişimi, azalma miktarları ve asıl borçlu ile birlikte kefillerin ifa edebilme gücü göz önüne alınması gerekmektedir¹⁰⁵². Alacaklının diğer kefilin borcunu ibra etmesi veya teminatları kefil aleyhine azaltması¹⁰⁵³ kefil yararına sağlanan güvencelerin azalmasına örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁵⁴. Bu durumlarda eşin rızasına ihtiyaç vardır¹⁰⁵⁵. Elçin Grassinger'e göre ise; "kefilin hukuki durumunun ağırlaştığı ve eşin, böyle bir değişiklik başlangıçta olmuş olsa rıza vermeyeceğinin kabul edildiği durumların" güvencenin esaslı ölçü azaldığının göstergesi olacaktır¹⁰⁵⁶. Kefilin hukuki durumunu sonradan ağırlaştırmayan anlaşmaların geçerliliği için eşin rızasına ihtiyaç yoktur¹⁰⁵⁷. Teminatların azalmasının önemli ölçüde olmasına rağmen eş rıza vermemişse TBK madde 592'ye göre; teminat miktarının azalma oranında kefilin sorumluluğu azalacaktır¹⁰⁵⁸. Teminatların azalmasının önemli ölçüde olmadığı ve bu nedenle eşin rızasına gerek olmadığı ispat yükü alacaklıya aittir¹⁰⁵⁹. Güvence değerinin asıl borca nazaran az olması durumunda bundan vazgeçildiği takdirde eşin rızasına ihtiyaç yoktur¹⁰⁶⁰.

TBK madde 584/2 gereği; sorumluluk miktarının artırılması, adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesi ve kefilin yararına sağlanan güvencelerin önemli ölçüde azalması durumunda eşin rızası gerekmektedir. Kefalet zamanaşımı süresinin uzatılması durumunda yukarıda sayılan hallerden birinin varlığı söz konusu değil ise eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır¹⁰⁶¹. Elçin Grassinger'e göre ise; zamanaşımı süresinin uzatılması sözleşmenin uzatılması anlamına geleceği için kefilin sorumluluğunu arttıran bir davranış olacaktır. Bu nedenle adi yazılı şekilde ve eşin rızası alınarak düzenlenmesi gerekmektedir¹⁰⁶².

¹⁰⁵² Kırca, a.g.e., ss.442-443., Acar, a.g.t., ss.110-111.

¹⁰⁵³ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰⁵⁴ Demirbaş, a.g.m., s.54.

¹⁰⁵⁵ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰⁵⁶ Elçin Grassinger, a.g.m., s.48., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.25.

¹⁰⁵⁷ Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.26.

¹⁰⁵⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Çevik Öktem, a.g.m., s.128., Baş, a.g.m., s.126., Acar, a.g.t., s.121.

¹⁰⁵⁹ Acar, a.g.t., s.121.

¹⁰⁶⁰ Acar, a.g.t., s.111.

¹⁰⁶¹ Çınar, a.g.e., s.70.

¹⁰⁶² Elçin Grassinger, a.g.m., s.59., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi ss.26-27.

Asıl borçlunun değişmesi durumunda da eşin rızasına ihtiyaç vardır ¹⁰⁶³. Zira asıl borçlunun ifa gücü kefil için önemlidir. Asıl borçlunun değişmesi durumunda yeni borçlunun ödeme gücünün olup olmadığı belirsiz olduğundan dolayı TBK madde 198/2 gereğince; sadece kefilin imzası yeterli olmamalı, eşin de imzası gerekmektedir¹⁰⁶⁴. Reisoğlu'na göre; yeni borçlunun eski borçluya göre daha fazla ödeme gücü olduğunun bilinmesi halinde, eşin rızasının bulunmadığının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını olarak nitelendirilecektir ¹⁰⁶⁵.

3.7.5. Eş Tarafından Verilen Rızanın Hangi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Olduğunun Açıkça Belirtilmesi

Eş tarafından verilen rızanın hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olduğu açıkça belirtilmelidir. Bunun sebebi daha ağır sorumluluk üstlenilecek kefalet sözleşmesi ile karşılaşılmasıdır. Eş tarafından verilen rızanın adi kefalete ilişkin olmasına rağmen kefil ve alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesi müteselsil kefalet olması durumunda geçersiz olacaktır ¹⁰⁶⁶. Kırca'ya göre; müteselsil kefalet için izin olmadığı anlamına geldiği için yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır ¹⁰⁶⁷.

Kefaletin müteselsil kefalet şeklinde kurulduğu zaman diğer eş bunu rıza beyanında açıklaması gerekmektedir. Aksi halde rızanın adi kefalete ilişkin olduğu iddiaları ortaya çıkabilecektir ¹⁰⁶⁸. Eşin rızasından kefalet türünün anlaşılabilmesi halinde ise adi kefalet olduğu kabul edilmektedir ¹⁰⁶⁹. Baş'a göre; TTK madde 7 gereği, ticari borçlarda müteselsil kefalet kabul edilmesine rağmen verilen rızanın kabulü için rızanın müteselsil kefalet için verildiği tereddütte yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır ¹⁰⁷⁰. Kırca'ya göre ise; eş tarafından verilen rızanın hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olduğu açıkça anlaşılmıyor ise rıza veren eşin bulunduğu bölgedeki uygulamalara bakılacaktır. Eğer uygulamada her zaman kullanılan kefalet sözleşmesi müteselsil kefalet sözleşmesi ise verilen rızanın müteselsil kefalet adına

¹⁰⁶³ Kırca, a.g.e., s.442., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Baş, a.g.m., s.120., Acar, a.g.t., s.110., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.191.

¹⁰⁶⁴ Acar, a.g.t., s.110.

¹⁰⁶⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Acar, a.g.t., s.110., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.198.

¹⁰⁶⁶ Kırca, a.g.e., s.445., Develioğlu, a.g.e., s.197., Gündüz, a.g.t., s.164., Acar, a.g.t., s.118.

¹⁰⁶⁷ Kırca, a.g.e., s.445., Gündüz, a.g.t., s.164.

¹⁰⁶⁸ Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Demir, a.g.m., s.96., Baş, a.g.m., s.124., Acar, a.g.t., s.118., Aksoyoğlu, a.g.m., s.99.

¹⁰⁶⁹ Kırca, a.g.e., s.445., Baş, a.g.m., s.124., Sarı İyim, a.g.t., s.30., Gündüz, a.g.t., s.164., Acar, a.g.t., s.118.

¹⁰⁷⁰ Baş, a.g.m., s.124., Acar, a.g.t., s.118.

verildiği kabul edilecektir ¹⁰⁷¹. Kanaatimizce, Kırca'nın savunduğu görüş yerindedir. Zira adi kefalet sözleşmesi bir olağan kefalet sözleşmesi olsa da uygulama da en çok kullanılan müteselsil kefalet sözleşmesidir. Bunun yanında, ticari bir borca kefil olan tarafın eşi bunu rızasını verirken müteselsil kefil olunacağını belirtmese de doktrin bunun müteselsil kefalet olması gerektiğini öne sürmüştür ¹⁰⁷².

Değişikliğe eşin rıza göstermemesi durumu kefalet sözleşmesinin geçerliliğine bir etki etmeyecektir. Ancak sorumluluk miktarının artırılması ve adi kefaletin müteselsil kefaletle çevrilmesi hali geçerli olmayacaktır ¹⁰⁷³. Güvencenin azalması durumunda ise, eşinin rızası olmadığı için kefil o oranda borçtan kurtulacaktır. Ayrıca kefil lehine yapılan değişikliklerde eşin rızası aranmayacaktır ¹⁰⁷⁴. Asıl borçlunun yerine yeni borçlunun geçmesi halinde de eşin rızası aranır. Aksi düşünce hakkaniyete aykırı olacaktır ¹⁰⁷⁵. Kefilin sorumlu olduğu miktardaki artışın az ya da çok olmasının önemi yoktur. Bu husus eşin rızasına bağlıdır ¹⁰⁷⁶.

Eşin rızasının ayrı bir kâğıt üzerinde verilmesi mümkündür ¹⁰⁷⁷. Ancak bu durumda kefalet metninin bu kâğıt üzerinde yer alması gerekmektedir ¹⁰⁷⁸. Ayrıca bu belgeden iznin hangi kefalet sözleşmesi için verildiği de belirtilmelidir ¹⁰⁷⁹. Bunun amacı rızanın geçerliliğinin tespiti olmayıp, rıza verecek eşin karşılayacağı rizikodan haberdar olduğunun ispatı açısından yararlı olacaktır ¹⁰⁸⁰. Kefalet sözleşmesi imzalandıktan sonra eş tarafından verilen yazılı muvafakat geçersizdir. Eş tarafından verilen yazılı muvafakatın kefalet sözleşmesi imzalandıktan sonra verildiğinin ispatlanması durumunda kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır ¹⁰⁸¹.

Eş tarafından verilen beyan ile kefalet sözleşmesi birbirine uyumlu olması gerekmektedir. Bu konuda doktrinde birçok görüş aykırılığı mevcuttur. Nihat Yavuz' a göre; verilen beyanı aşacak bir kefalet sözleşmesi yapılmışsa yapılan sözleşme

¹⁰⁷¹ Kırca, a.g.e., ss.445-446., Acar, a.g.t., s.118.

¹⁰⁷² Kırca, a.g.e., s.446., Çevik Öktem, a.g.m., s.124., Baş, a.g.m., s.124., Sarı İyim, a.g.t., s.30., Özen' de bu görüşe sahiptir. Zira ticari hayatta kullanılan kefalet müteselsil kefalettir. Gündüz, a.g.t., s.164.

¹⁰⁷³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Sayman, a.g.t., s.118.

¹⁰⁷⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Yılmaz, a.g.m., s.78., Haznedar, a.g.m., 11 Eylül 2018., Sayman, a.g.t., s.88., Sarı İyim, a.g.t., s.26.

¹⁰⁷⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91.

¹⁰⁷⁶ Kırca, a.g.e., s.441., Yavuz, Nihat a.g.e., s. 273. "Kırca, İsmail: Türk Borçlar Tasarısı- Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006 s.435-457.

¹⁰⁷⁷ Kırca, a.g.e., s.445., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Baş, a.g.m., s.123., Sayman, a.g.t., s.88., Sarı İyim, a.g.t., s.23., Acar, a.g.t., s.116.

¹⁰⁷⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Sayman, a.g.t., s.88., Sarı İyim, a.g.t., s.23., Acar, a.g.t., s.117.

¹⁰⁷⁹ Kırca, a.g.e., s.445., Baş, a.g.m., s.123., Acar, a.g.t., s.116.

¹⁰⁸⁰ Kırca, a.g.e., s.444., Çevik Öktem, a.g.m., s.125., Sarı İyim, a.g.t., s.29., Acar, a.g.t., ss.116-117.

¹⁰⁸¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92.

geçersiz olacaktır. Özen' e göre ise; eşin rızası ile kefalet sözleşmesi arasında çelişki bulunması durumunda kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmayıp eşin belirttiği kısmı ile geçerli olacaktır¹⁰⁸². Kanaatimizce, her ne kadar eş tarafından verilen beyan ile kefalet sözleşmesinin birbirine uyumlu olması gerek ise de, kefalet sözleşmesi tamamı ile geçersiz olmayıp eşin rızası doğrultusunda hüküm ifade etmesi gerekmektedir.

3.7.6. Eşin Rızasının Tüzel Kişilerin Yaptığı Ticari İşlerde Aranıp Aranmayacağı Hususu

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranması ticari hayatta birçok sıkıntılara neden olmuştur. Aslına bakılırsa ticari işlerde eşin rızasının alınacağına dair bir düzenleme Türk Borçlar Kanunu Tasarısı madde 584/2'de mevcuttu. Ancak bu madde tasarıdan çıkarılarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa alınmadı. Böylelikle ticari işler için eşin rızasına ilişkin istisnalar kalmış oldu¹⁰⁸³. Eklenen bu fıkra İsviçre Borçlar Kanunu madde 494/2 ile bire bir aynı olsa ise de, 01.12.2005 tarihinde yürürlükten kalkmıştır¹⁰⁸⁴. Eşin rızasına ilişkin düzenlemenin ticari hayatı zora soktuğu yönündeki eleştiriler nedeniyle¹⁰⁸⁵ kanun koyucununun 28 Mart 2013 tarihli¹⁰⁸⁶ 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. Maddesi ile Türk Borçlar Kanunu madde 584'e yeni bir fıkra eklenmiştir¹⁰⁸⁷. Bu fıkra 11 Nisan 2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir¹⁰⁸⁸. TBK Tasarısı madde 584/2 gereğince; ticaret siciline kayıtlı olan eşin kefaletle ilgili yaptığı işlemlerde diğer eşin rızasına gerek yoktur. Ticaret sicile kayıt yaptırmakla yükümlü olduğu halde kayıt yaptırmayan kişilerin kanunda düzenlenen bu hükümden faydalanmaları mümkün değildir¹⁰⁸⁹. Buna rağmen her ne kadar ticari iş ile uğraşan kişiler eğer kanunda sayılan sınırlı kişilere dâhil değilse de bu istisnadan yararlanamaz, yani taraflar arasında yapılacak olan kefalet sözleşmelerinde eşin rızası geçerli olacaktır¹⁰⁹⁰. Şirketin müdür ve

¹⁰⁸² Sarı İyim, a.g.t., s.31.

¹⁰⁸³ Acar, a.g.t., ss.111-112.

¹⁰⁸⁴ Kırca, a.g.e., s.448., Demir, a.g.m., s.95., Acar, a.g.t., s.112.

¹⁰⁸⁵ Yalçınduran, a.g.m., s.473., Sayman, a.g.t., s.85., Sarı İyim, a.g.t., s.25., Acar, a.g.t., ss.111-112.

¹⁰⁸⁶ Acar, a.g.t., s.112., Özkul, a.g.t., s.68.

¹⁰⁸⁷ Demir, a.g.m., s.95., Yalçınduran, a.g.m., s.473., Sayman, a.g.t., s.85., Sarı İyim, a.g.t., s.25., Acar, a.g.t., s.112., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.192., Özkul, a.g.t., s.68.

¹⁰⁸⁸ Sayman, a.g.t., s.85., Acar, a.g.t., s.112., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.192., Özkul, a.g.t., s.68.

¹⁰⁸⁹ Kırca, a.g.e., s.450., Yavuz, Nihat a.g.e., s.266., Atilla, a.g.m., Değişiklikler s.23., Atilla, a.g.m., Tasarı s.157.

¹⁰⁹⁰ Kırca, a.g.e., s.450.

yöneticileri de bu kapsama dahi değildir¹⁰⁹¹. Bu fıkra da sayılan istisnalar işletme ile ilgili olan kefaletlerde geçerlidir. Özel kefillikler ise genel ilkeye göre çözümlenecektir¹⁰⁹². Ticari işletmesini ticaret siciline kayıt yaptıran tacirin yaptığı kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranmayacağı açıktır¹⁰⁹³. Ticari işletmesini ticaret siciline kayıt ettirmeyen tacir kefalet sözleşmesinin konusu işletme ile ilgili olsa bile eşin rızası gerekecektir¹⁰⁹⁴. Ticari işletmesini ticaret siciline kayıt ettirmeden tacir sıfatının kazanılması durumunda kefalet sözleşmesi yapıldığı takdirde eşin rızası aranacaktır. Aksi kanaat kanuna uygun olmayacaktır. Kanun kapsamına sadece ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettiren tacirler dâhildir¹⁰⁹⁵. Buna rağmen “ticari işletmeyi kurup açtığını gazete, radyo ve sair ilan vasıtası ile halkın haberdar edilmesi” halinde tacir sayılan kişiler kanun kapsamı dışındadır¹⁰⁹⁶.

TBK madde 584/3 daha ayrıntılı açıklanacak olursa;

“ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 21.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler, ve bir başkasının temsilcisi sıfatıyla ya da tüzel kişinin organı sıfatıyla verilecek kefaletlerde”

eşin rızasının aranmayacağıdır¹⁰⁹⁷. TBK Tasarısı 584/2 aksine 584/3’te ortaklıklar tek tek sayılmayıp “ticaret şirketi” şeklinde genel bir ifadeye yer verilmiştir¹⁰⁹⁸. Eklenen bu fıkra ile eşin rızasının aranacağı hallere bir sınırlama getirilmiştir¹⁰⁹⁹. Kanun koyucu burada yukarıda bahsedilen kişilerin ticari deneyimleri nedeniyle ailelerini yıkıma uğratabilecek şekilde düşüncesizce kefalet sözleşmesi yapmayacakları düşüncesindedir¹¹⁰⁰. Bu düzenleme tüccar ve esnaflara sağlanan bir hak olduğu gibi

¹⁰⁹¹ Kırca, a.g.e., s.454., Yavuz, Nihat a.g.e., s.266., Acar, a.g.t., s.114.

¹⁰⁹² Yavuz, Nihat a.g.e., s.266.

¹⁰⁹³ Kırca, a.g.e., ss.450-451., Acar, a.g.t., s.114., Özkul, a.g.t., s.70.

¹⁰⁹⁴ Acar, a.g.t., s.113.

¹⁰⁹⁵ Kırca, a.g.e., s.451.

¹⁰⁹⁶ Kırca, a.g.e., s.451., Özkul, a.g.t., s.70.

¹⁰⁹⁷ Topaloğlu, a.g.m., 24 Eylül 2018, s.6., Demir, a.g.m., s.95., Sarı İyim, a.g.t., s.25., Acar, a.g.t., ss.112-113., Kaya Kızılırmak, a.g.t., ss.192-193., Özkul, a.g.t., s.68.

¹⁰⁹⁸ Acar, a.g.t., s.113.

¹⁰⁹⁹ Kırca, a.g.e., s.448., Sarı İyim, a.g.t., s.25., Acar, a.g.t., s.114., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.192.

¹¹⁰⁰ Kırca, a.g.e., s.450., Demir, a.g.m., s. 95., Yalçınduran, a.g.m., s.474., Özkul, a.g.t., s.69.

aynı zamanda bir nimettir ¹¹⁰¹. Diğer bir ifade ile mesleki faaliyet ya da işletme işi ile ilgili olmayan kefalet sözleşmelerinde eşin rızası aranacaktır ¹¹⁰². Mülga İsviçre Kanunu madde 494/2’de (17 Haziran 20005 tarihli Federal Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış ¹¹⁰³) böyle bir ayırım yapılmadığı için yapılacak kefaletin mesleki faaliyet ya da işletme ile ilgili olması ya da olmaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Hangi borç için verilirse verilsin kanun kapsamındaki istisnadan yararlanacaktır. Bu görüş Türk kanun koyucusu tarafından benimsenmediği için madde açık bir şekilde yeniden ele alınmıştır ¹¹⁰⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu mülga madde 494/2’de şirket ortakları ve yöneticilerinde eşin rızasının alınmayacağı belirtilmiş olsa da, Türk Borçlar Kanunu madde 584/2’de böyle bir ayırım yapılmaksızın “ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisinin” yapacakları ticari işlemlerde eşlerinin rızasının alınmayacağı belirlemiştir ¹¹⁰⁵. İsv. BK madde 492/2’den farklı olarak ayrıca “mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlarında” eşlerinin rızasının alınmayacağını kanun kapsamına dâhil etmiştir ¹¹⁰⁶. Esnaf ve sanatkârlar siciline kaydın bulunmaması durumda kanun metninde düzenlenen istisnadan yararlanamayacak ve kefalet sözleşmesi düzenlenirken eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır ¹¹⁰⁷.

Eşin rızasının yasal temsil yoluyla veya iradi temsil yolu ile verilebilmesi konusu doktrinde tartışmalıdır. Nihat Yavuz’a göre; eşin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada hazır bulunması şart değildir ¹¹⁰⁸. Bu nedenle rızanın yasal temsil yoluyla veyahut iradi temsil yolu ile de verilebilmesi mümkündür ¹¹⁰⁹. Diğer eş tarafından verilecek rıza kişinin kendisinin kefil olması için değil aksine eşinin kefil olması için gerekir. Bu nedenle kanuni temsilcinin ehliyetsiz eş adına rıza vermesi TMK madde 449’da düzenlenen yasak işlem olarak değerlendirilmemelidir. Buna rağmen ehliyetsiz eşin kanuni yasal temsilcisinin kefil olacak kişi olması durumunda yasal temsilci

¹¹⁰¹ Kırca, a.g.e., s.451., Demir, a.g.m., s.95., Acar, a.g.t., s.114.

¹¹⁰² Kırca, a.g.e., s.448., Demir, a.g.m., s.96., Yalçınduran, a.g.m., s.477., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.193., Özkul, a.g.t., s.70.

¹¹⁰³ Sayman, a.g.t., s.86.

¹¹⁰⁴ Kırca, a.g.e., ss.448-449., Yalçınduran, a.g.m., s.478., Acar, a.g.t., s.112.

¹¹⁰⁵ Kırca, a.g.e., s.448., Demir, a.g.m., s.96., Yalçınduran, a.g.m., s.473.

¹¹⁰⁶ Kırca, a.g.e., s.452., Demir, a.g.m., s.96., Yalçınduran, a.g.m., s.473., Acar, a.g.t., s.114.

¹¹⁰⁷ Acar, a.g.t., s.114.

¹¹⁰⁸ Yavuz, Nihat a.g.e., s.269.

¹¹⁰⁹ Kırca, a.g.e., s.443., Yavuz, Nihat a.g.e., s.269., Baş, a.g.m., s.123., Çevik Öktem, a.g.m., s.120., Acar, a.g.t., s.105.

tarafından verilen rızanın kabul görmemesi gerekmektedir ¹¹¹⁰. Bu durum menfaat çalışmasına yol açacağı için TMK madde 426/2 gereğince temsil kayyımı atanması gerekmektedir ¹¹¹¹. Elçin Grassinger’a göre ise; eşin rıza vermeyecek bir hal içerisinde olması durumunda kefalet sözleşmesinin kurulması mümkün değildir ¹¹¹².

3.7.7. Eş Lehine Kefil Olunması

Asıl borçlunun diğer eş olması durumunda eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; kefalet altına girilecek borcun diğer eşe ait olması halinde dahi asıl borçlu konumundaki eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Zira bu durumda da aile bütünlüğü üzerindeki yük artacaktır ¹¹¹³. Kefalet sözleşmesinin eşler arasında yapıldığı durumda alacaklının eşin sözleşmenin kurulması yönündeki iradesinin varlığı dışında ek olarak rızasının aranması yerinde olmayacaktır ¹¹¹⁴. Bizimde katıldığımız diğer görüşe göre ise; eşin rızası aranmamalıdır. Çünkü asıl borçlu durumundaki eşin lehine kefalet sözleşmesi yapılmaktadır ¹¹¹⁵. Elçin Grassinger’e göre de; eşin rızasının aranmasının bir anlamı yoktur. Zira kanunun amacı eşin korunmasını sağlamak olduğu için borçlu olan kişinin kendisine kefil olan eşine rıza göstermemesi mümkün değildir ¹¹¹⁶. Yargıtay’da bizimle aynı görüşe sahiptir ¹¹¹⁷.

3.7.8. Eşin Rızasının Bulunmamasının Sonuçları

Eşin rızasının bulunmaması kefalet sözleşmesini hükümsüz hale getirir ¹¹¹⁸. Rızanın sonradan icazet verilmesi şeklinde yapılması mümkün olmadığından geçerli bir rıza yok ise “askıda hükümsüz (noksan)” değil, “kesin hükümsüzlük” sonucunu

¹¹¹⁰ Acar, a.g.t., s.105., Baş, a.g.m., s.124., Çevik Öktem, a.g.m., s.120., Demirbaş, a.g.m., s.54.

¹¹¹¹ Acar, a.g.t., s.105., Baş, a.g.m., s.124.

¹¹¹² Sarı İyim, a.g.t., s.23.

¹¹¹³ Acar, a.g.t., s.107., Baş, a.g.m., s.124., Çevik Öktem, a.g.m., s.121.

¹¹¹⁴ Baş, a.g.m., s.124., Çevik Öktem, a.g.m., s.121., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190.

¹¹¹⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.91., Acar, a.g.t., s.107., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47.

¹¹¹⁶ Elçin Grassinger, a.g.m., s.47., Elçin, a.g.m., Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi s.24.

¹¹¹⁷ Y.12.HD., 13.10.2016 T., 2016/12256 E., 2016/21462 K. Bu konuda karşı oyda mevcuttur. Karşı oya göre; kefalet rıza gösterecek eşin borçlunun bizatihi kendisi olması halinde dahi eşin rızasının aranacağı görüşünü savunmuştur. (www.kazancı.com)

¹¹¹⁸ Kırca, a.g.e., s.448., Baş, a.g.m., s.126., Özkul, a.g.t., s.67., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.16.

doğurur ¹¹¹⁹. Zira rıza bir tamamlayıcı unsur değil geçerlilik şartıdır ¹¹²⁰. Eşin rızasının bulunmaması kefalet sözleşmesini hükümsüz hale getirirken, sözleşme değişikliğinde eşin rıza vermemesi durumunda ise sözleşme önceki haline göre devam edecektir. Yani adi kefalet müteselsil kefaletle çevrilirken eş rıza vermez ise kefalet adi kefalet olarak devam edecektir, asıl borç miktarında bir artışa eşin rıza vermemesi halinde ise yine kefalet mevcut miktara göre devam edecektir ¹¹²¹.

Kesin hükümsüzlük durumu eşin rıza vermemesi ya da eşten hiç rıza alınmaması durumunda ortaya çıkar ¹¹²². Ayrıca iptal beyanına gerek yoktur ¹¹²³. Sözleşmesinin geçerli olması için şekil ve ehliyetle ilişkin eksikliklerin tamamlanarak yeni bir sözleşme yapılması gerekmektedir ¹¹²⁴. Ayrıca evlilik birliği devam ettiği sürece yeniden rızanın alınması gerekmektedir ¹¹²⁵. Eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesi yapıldığı anda hükümsüz olacaktır ¹¹²⁶. Eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmelerinde eşlerin sonradan boşanmaları ¹¹²⁷ veya mahkeme kararı ile ayrı yaşamaları durumunda dahi sözleşme geçerli hale gelmeyecektir ¹¹²⁸. Zira ortada rıza eksikliği vardır ¹¹²⁹. Eşin rızası alınmadan kurulan kefalet sözleşmeleri zaten kendiliğinden sonra erecektir. Bunundan sonra gerçekleşen olaylar kefalet sözleşmesini geçerli hala sokmayacaktır ¹¹³⁰. Boşanmış kişilerden de eşin rızası için onay alınmasına gerek yoktur ¹¹³¹. Ancak boşanma davası sırasında ve ayrılık davası sırasında ¹¹³² eşlerin ayrı yaşama hakları olduğundan eşlerden birinin kefalet sözleşmesi düzenlemesi sırasında diğer eşin rızasına gerek yoktur ¹¹³³. Boşanma davası

¹¹¹⁹ Yavuz, Nihat a.g.e., s.280. “Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006 s.435-457., Sarı İyim, a.g.t, s.30., Demirbaş, a.g.m., s.55., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.16.

¹¹²⁰ Kırca, a.g.e., s.448., Yavuz, Nihat a.g.e., s.280. “Kırca, İsmail : Türk Borçlar Tasarısı- Kefaletle Eşin İzni, Prof. Dr.Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006 s.435-457., Yılmaz, a.g.m., s.77., İspat şartı da değildir. Demirbaş, a.g.m., s.54., Elçin Grassinger, a.g.m., s.47.

¹¹²¹ Baş, a.g.m., s.126., Çevik Öktem, a.g.m., s.128., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.197.

¹¹²² Demir, a.g.m., s.96., Sayman, a.g.t., s.117.

¹¹²³ Sayman, a.g.t., s.117., Sarı İyim, a.g.t., s.30.

¹¹²⁴ Demir, a.g.m., s.96., Sarı İyim, a.g.t., s.31., Acar, a.g.t., s.119.

¹¹²⁵ Acar, a.g.t., s.119.

¹¹²⁶ Demir, a.g.m., s.96.

¹¹²⁷ Demir, a.g.m., s.96., Sayman, a.g.t., s.117., Sarı İyim, a.g.t., s.31., Kaya Kızılırmak, a.g.t., ss.197-198., Demirbaş, a.g.m., s.55.

¹¹²⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.92., Baş, a.g.m., s.126., Çevik Öktem, a.g.m., s.117., Acar, a.g.t., s.119.

¹¹²⁹ Demirbaş, a.g.m., s.55.

¹¹³⁰ Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.198.

¹¹³¹ Sayman, a.g.t., s.117., Sarı İyim, a.g.t., s.31.

¹¹³² Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra eşlerden her birinin ayrı yaşamaya hakkı doğacaktır. Bunun için kesinleşmiş bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Baş, a.g.m., s.118., dpn.17., Çevik Öktem, s.119., Kaya Kızılırmak, a.g.t., s.190.

¹¹³³ Sayman, a.g.t., s.87., Acar, a.g.t., s.108.

sırasında eşlerin birbirlerine verecekleri kefaletlere rıza göstermesi olası değildir. Ayrıca TBK madde 584'ün amacı aile bütünlüğünü korumaktır. Bu durumda aile birliğinden bahsetmek mümkün olmadığı için eşin rızasının aranması da yersiz olacaktır ¹¹³⁴.



¹¹³⁴ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.90., Acar, a.g.t., s.108.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. ŞEKİL NOKSANLIĞININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

4.1. ŞEKİL ŞARTINA UYULMADAN ŞEKLE AYKIRI İFA EDİLEN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONUÇLARI

Kefalet sözleşmesinde şekil şartı geçerlik şartı olduğu için, kefil şekil eksikliği söz konusu olduğunda şekle aykırılık itirazında bulunabilir ¹¹³⁵. Kefalet sözleşmenin geçerli olabilmesi için ise; hem asıl borca neden olan sözleşme kendi şekil şartına uygun olmalı, hem de kefalet sözleşmesi yastada öngörülen şekil şartına uygun olmalıdır ¹¹³⁶. Görüleceği üzere; şekil noksanlığından bahsedebilmek için, kefalet sözleşmesinin kanunda belirtilen yazılı şekle uyulmaması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin yazılı şekle uyulmaması ise; kefalet sözleşmesinin sözlü yapılmasına ya da kefilin sorumlu olduğu miktarının gösterilmemesi olarak örneklendirilebilir ¹¹³⁷. Kefilinin imzasının sözleşme metninde bulunmaması ve taraflar arasında hazırlanan sözleşmenin kefalet sözleşmesi olup olmadığının anlaşılması durumunda da geçersizlik söz konusu olacaktır ¹¹³⁸. Şekle aykırı kurulmuş kefalet sözleşmesinde kefil alacaklının ifa talep etmesi sırasında bir itiraz talebinde bulunabilecektir ¹¹³⁹. Bu durumda yapılan kefalet sözleşmesinde kendine ait bir hükümsüzlük mevcut olmayıp uygulanacak yaptırım baskın görüşe göre TBK madde 27/2’de düzenlenen kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) tür ¹¹⁴⁰. Bunun nedeni kefalet sözleşmesinin sıhhat yani geçerlilik şartı olmasıdır ¹¹⁴¹. Kesin hükümsüzlüğe neden olan şekle aykırılık TBK madde 583’de belirtilen şekle

¹¹³⁵ Yavuz, a.g.t., s.82.

¹¹³⁶ Sayman, a.g.t., s.32.

¹¹³⁷ Ayrancı, a.g.m., s.103.

¹¹³⁸ Ayrancı, a.g.m., ss.103-104.

¹¹³⁹ Ayrancı, a.g.m., s.104., Gündüz, a.g.t., s.169.

¹¹⁴⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.93., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.390., Zevkliler ve Havutçu, a.g.e., s.371., Özen, a.g.e., s.248., Ayrancı, a.g.m., s.103., Demir, a.g.m., ss.91-92., Sarı İyim, a.g.t., s.40., Gündüz, a.g.t., s.134., Acar, a.g.t., s.163.

¹¹⁴¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44.

uyulmaması ¹¹⁴² veya kefaletin objektif ve sübjektif açıdan önemli noktaları yansıtmaması durumunda ortaya çıkmaktadır ¹¹⁴³. Yani TBK madde 583'de düzenlenen şekil şartlarına ya hiç uyulmamış ya da esaslı unsurlara uyulmamıştır ¹¹⁴⁴. Şekil noksanlığı nedeni ile geçersiz olan işlemler başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmazlar ¹¹⁴⁵. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi ¹¹⁴⁶ de kesin hükümsüzlük görüşünü savunmuştur ¹¹⁴⁷. Hâkim şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik durumunu kendiliğinden göz önünde bulundurur ¹¹⁴⁸. Tarafların bu geçersizliği ileri sürmesi zorunlu olmadığı gibi gerekli de değildir ¹¹⁴⁹.

Ancak geçersizliği ilgili herkesin öne sürmesi açısından bir sıkıntı olmayacaktır ¹¹⁵⁰. Kefilin iptal beyanında bulunmasına ya da bu iptal beyanının varlığını ispatlamasına gerek yoktur ¹¹⁵¹. Kefilin kefalet borcunu ödemesi ile dahi kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir ¹¹⁵². Alacaklı da kefaletin yasada ön görülen şekle uyularak tekrar düzenlenmesini talep edemeyecektir ¹¹⁵³. Bununla birlikte tazminat talebinde bulunma hakkına da sahip değildir ¹¹⁵⁴. Şekil noksanlığına

¹¹⁴² Sayman, a.g.t., s.92., Acar, a.g.t., s.138.

¹¹⁴³ Özen, a.g.e., s.249., Ayrancı, a.g.m., s.103., Demir, a.g.m., ss.91-92., Sarı İyim, a.g.t., s.40., Gündüz, a.g.t., s.167.

¹¹⁴⁴ Demir, a.g.m., s.92., Gündüz, a.g.t., s.169.

¹¹⁴⁵ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.122.

¹¹⁴⁶ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.123.

¹¹⁴⁷ Güvener, a.g.t., s.119., Gündüz, a.g.t., s.167.

¹¹⁴⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Ayrancı, a.g.m., s.114., Demir, a.g.m., s.92., Sayman, a.g.t., s.113., Sarı İyim, a.g.t., s.36., Gündüz, a.g.t., s.168., Acar, a.g.t., s.163., Yavuz, Nihat a.g.e., s.69., Y. 21HD. 20/03/2000 T., 2000/2133E., 2000/2117 K. Özen, a.g.e., s.249., İçt. Bir. Kar. 12/4/1944T. 14E.,13K. Olgaç, a.g.e., s.55., Güvener, a.g.t., s.120. Yavuz, a.g.t., s.82., Özkul, a.g.t., s.63.

¹¹⁴⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Ayrancı, a.g.m., ss.114-116., Demir, a.g.m., s.92., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.123., Sarı İyim, a.g.t., s.36., Yavuz, Nihat a.g.e., s.69., Y. 21HD. 20/03/2000 T., 2000/2133E., 2000/2117 K. Özen, a.g.e., s.249., İçt. Bir. Kar. 12/4/1944T. 14E.,13K. Olgaç, a.g.e., s.55.,Güvener, a.g.t., s.120. Yavuz, a.g.t., s.82., Özkul, a.g.t., s.63.

¹¹⁵⁰ Acar, a.g.t., s.163.

¹¹⁵¹ Sarı İyim, a.g.t., s.40.

¹¹⁵² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Yavuz, Nihat a.g.e., s.216., Özen, a.g.e., s.249., Ayrancı, a.g.m., s.113., Demir, a.g.m., s.92., Yavuz, a.g.t., s.82., Sayman, a.g.t., s.116., Sarı İyim, a.g.t., s.51., Gündüz, a.g.t., s.168., Acar, a.g.t., s.164.

¹¹⁵³ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.94., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Ayrancı, a.g.m., s.104., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.123., Sarı İyim, a.g.t., s.51., Gündüz, a.g.t., s.169., Acar, a.g.t., ss.163-164.

¹¹⁵⁴ Ayrancı, a.g.m., s.104., Demir, a.g.m., s.92., Gündüz, a.g.t., s.169.

rağmen kefalet borcunun yerine getirilmesi de istenemeyecektir ¹¹⁵⁵. Zira ortada eksik (nakıs) borç bile bulunmamaktadır ¹¹⁵⁶. Kefalet sözleşmesinde eksik olan hususlara kefilin sonradan açık ve örtülü (zımni) onay vermesi ¹¹⁵⁷ dahi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir ¹¹⁵⁸. Kefil tarafından yapılan açık veya zımni kabulünde muhakkak şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir ¹¹⁵⁹. Bir diğer deyişle; şekil şartına uyularak yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekmektedir ¹¹⁶⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de, geçersiz olarak kurulan kefalet sözleşmesinde kefilin zımni irade beyanının yükümlülüğü kabul ettiği anlamına gelemeyeceğini belirterek kefaletin şekil şartına uygun olması gerektiğini savunmuşlardır. Şekil noksanlığına rağmen ödemede bulunulmuş olması kefaleti geçerli hale getirmez ¹¹⁶¹. Kefilin, şekle aykırı olarak düzenlenen kefalet sözleşmesindeki kefalet borcunu mahkeme huzurunda ikrar etmesi (kabul etmesi) durumunda dahi kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir ¹¹⁶². Mahkemede yapılan bir beyanın kefalet sözleşmesini geçerli hale sokacağı hakkında Yargıtay Kararları da mevcuttur ¹¹⁶³. Kefile, mahkeme huzurunda şeklin geçerliliği ile ilgili yemin teklif edilmesi ¹¹⁶⁴ ya da bu teklifin kefil tarafından ret edilmesi halinde dahi kefalet geçerli olmayacağı gibi kefalet borcu tanıkla da ispat edilemeyecektir ¹¹⁶⁵. Ayrıca alacaklı şeklin yerine getirilmesi için dava dahi

¹¹⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Yavuz, Nihat a.g.e., s.69., Özen, a.g.e., s.249., Ayrancı, a.g.m., s.104., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.123., Gündüz, a.g.t., s.169., Özkul, a.g.t., s.64.

¹¹⁵⁶ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.44., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Yavuz, Nihat a.g.e., s.69., Ayrancı, a.g.m., s.104., Gündüz, a.g.t., s.169., Özkul, a.g.t., s.64.

¹¹⁵⁷ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.95., Ayrancı, a.g.m., s.113., Yavuz, a.g.t., s.82., Acar, a.g.t., ss.163-164., Özkul, a.g.t., s.64.

¹¹⁵⁸ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.44-45., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Yavuz, Nihat a.g.e., ss.69-70., Gündüz, a.g.t., s.169., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.124., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.13., Sarı İyim, a.g.t., s.51.

¹¹⁵⁹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet ss.44-45., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.124.

¹¹⁶⁰ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45., Reisoğlu, a.g.e., Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s.374., Yavuz, Nihat a.g.e., s.70., Yavuz, a.g.t., s.82., Gündüz, a.g.t., s.170., Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.13.

¹¹⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.45.

¹¹⁶² Reisoğlu, a.g.e., Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet s.46., Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Bilgen, a.g.e., s.53., Y.4HD. 10/11/1933 T., 2403E., 1515 K. Güvener, a.g.t., s.53., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.106., Yavuz, a.g.t., ss.82-83., Y.3HD. 06/04/1989T. 9431E., 3528K. Sarı İyim, a.g.t., s.36., Gündüz, a.g.t., s.14., Acar, a.g.t., s.164.

¹¹⁶³ Y.13.HD., 16.03.2005 T., 13078/4135, Y.19.HD., 08.06.2001 T., 4325/4434 Barlas, a.g.m., Geçerlilik Şartları s.13.

¹¹⁶⁴ Kefalet sözleşmesi geçerlilik şartı olan yazılı delille ispat edilmesi gerekmekte olduğu için yazılı şekilde yapılmamış olan sözleşmenin varlığı, yemin delili ile ispatlanamayacaktır Y.11.HD., 17.10.2017 T., 2017/3502 E., 2017/5411 K. (www.kazancı.com)

¹¹⁶⁵ Reisoğlu, a.g.e., Türk Kefalet Hukuku s.96., Güvener, a.g.t., s.53., Kefil olup olmadığı hakkında yemin teklif edilemez.: Y. 4.HD. 31/12/1964 T., 863 E., 6342 K., Y. 4.HD. 19/10/1965 T., 9871 E., 3004 K., Kefalet borcu tanık dinlenmesi suretiyle de ispat edilmesi mümkün değildir.: Y. TD., 27/08/1954 T.,

açamayacaktır ¹¹⁶⁶. Çünkü ortada dava edilebilir alacak bulunmamaktadır. Şeklin tamamlanması ya da yenilenmesi talep edilemeyeceği gibi kefilin icazeti ile de şekle aykırı düzenlenen kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir ¹¹⁶⁷.

Birlikte kefalette, birlikte kefillerden herhangi birinin kefaleti şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olması halinde diğer birlikte kefillerinde kefalet sözleşmesi geçersizdir ¹¹⁶⁸.

Tüm bunlara karşılık son dönemlerde doktrinde ¹¹⁶⁹ kendine özgü geçersizlik düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır. Bu düşünceye göre şekle aykırılığı sözleşmenin tarafları olan alacaklı ve kefil def'i olarak ileri sürebilmektedir ¹¹⁷⁰. Kesin hükümsüzlük durumunun aksine hâkim tarafından re'sen dikkate alınmadığı gibi ¹¹⁷¹ sürekli olarak hükümsüzlük sonucu da doğurmaz ¹¹⁷². Tarafların bilerek ve isteyerek ödemede bulunmaları şekle aykırılık durumunu ortada da kaldırıp sözleşmeyi geçerli hale getirir ¹¹⁷³. Bunun aksi hakkın kötüye kullanılması sayılacaktır ¹¹⁷⁴. Taraflar bu geçersizliği ileri sürmedikçe sözleşme hüküm ve sonuç doğuracaktır ¹¹⁷⁵. Bu geçersizliği kesin hükümsüzlüğün aksine ¹¹⁷⁶ kefaletin tarafı olmayan üçüncü kişiler ileri süremeyecektir. Çünkü bu kişilerin hukuken herhangi bir yararları bulunmamaktadır. Geçersizliğin def'i olarak ileri sürülmesi de butlan görüşünden farkını göstermektedir ¹¹⁷⁷. Taraflardan biri eksikliği ileri sürdüğü takdirde sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelecektir aksi halde her ne kadar şekle aykırılık bulunmuş olsa da sözleşme geçerliymiş gibi devam edecektir ¹¹⁷⁸. Taraflar hükümsüzlüğü bildiği halde ifada bulunması halinde ise şekle aykırılık artık söz konusu olmayacaktır ¹¹⁷⁹. Kanaatimizce, kendine özgü geçersizlik düşüncesi kanunun

6672 E., 6021 K., Y. 3.HD., 06/04/1989 T., 9431 E., 3528 K. Sücüllü Sözgen, a.g.t., ss.106-107., Yavuz, a.g.t., ss.82-83., Sarı İyim, a.g.t., s.36., Gündüz, a.g.t., s.14., Acar, a.g.t., s.164.

¹¹⁶⁶ Ayrancı, a.g.m., s.104., İsviçre Federal Mahkemesi de şekle aykırılığın geçerli hala gelmesi için alacaklının dava hakkının olmadığını belirtmiştir. (BGE 50 II 253) Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.123.

¹¹⁶⁷ Ayrancı, a.g.m., s.104.

¹¹⁶⁸ Gündüz, a.g.t., s.170.

¹¹⁶⁹ Ayrancı kendine özgü geçersizlik yaptırımını savunmaktadır. Ayrancı, a.g.m., 114., Gündüz, a.g.t., s.168.

¹¹⁷⁰ Özen, a.g.e., s.248., Gündüz, a.g.t., ss.167-168.

¹¹⁷¹ Ayrancı, a.g.m., 114., Özen, a.g.e., 248., Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.122.

¹¹⁷² Güvener, a.g.t., s.119., Gündüz, a.g.t., s.168.

¹¹⁷³ Ayrancı, a.g.m., 114., Güvener, a.g.t., s.119., Gündüz, a.g.t., s.168.

¹¹⁷⁴ Gündüz, a.g.t., s.168.

¹¹⁷⁵ Ayrancı, a.g.m., 114, Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.122.

¹¹⁷⁶ Kesin hükümsüzlük hali herkes tarafından etkili olduğu için herkes tarafından da ileri sürülebilir. Gündüz, a.g.t., s.168., Güvener, a.g.t., s.120.

¹¹⁷⁷ Ayrancı, a.g.m., s.114.

¹¹⁷⁸ Sücüllü Sözgen, a.g.t., s.122.

¹¹⁷⁹ Özen, a.g.e., s.248.

kefili koruma amacına uygun düşmemektedir. Bu durumda kefil şekle aykırılığı bildiği halde edimini yerine getirecek ve böylelikle baştan itibaren geçersiz olan sözleşme geçerli hale gelecektir. Bu nedenle kesin hükümsüzlük (butlan) görüşü her ne kadar bazı sakıncalara neden olacak olsa da şekle bağlılık açısından daha yerindedir.

Bu görüşlerin dışında;

”şekle aykırı olarak yapılan sözleşmenin “yok” sayılacağını ve şeklin geçerlilik şartı olmayıp kuruluş şartı olduğunu savunan görüşler (Keller- Schöbi; Furrer görüşü) olduğu gibi geçersizliğin eksik borç doğuracağı fikrinde olan yazarlar (Schmidlin görüşü) ve şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan sözleşmenin tarafları arasında fiili sözleşme ilişkisinin bulunduğu dair görüşler (Giger görüşü) de mevcuttur “¹¹⁸⁰.

Alman Hukuku’nda şekle aykırı yapılan kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi hususu ise, BGB 766’da düzenlenmiştir. Geçerlilik şekli olarak düzenlenen yazılı şekil şartının yerine getirilmemesi halinde kefil ifade bulunursa kefalet sözleşmesi geçerli hale gelecektir. Böylelikle kefil asıl borçluya ödemiş olduğu miktarı rücu etme hakkına sahip olacaktır. Kefil borcun varlığı konusunda yanılığa düştüğü için ödemeyi yapmış olsa bile alacaklıdan geri talep etme hakkına sahip olmayacaktır. Yani kefil Türk Borçlar Kanunu’ndaki gibi sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamayacaktır¹¹⁸¹. Kefilin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamamasının sebebi ise, şekil eksikliğine rağmen yapılan ifanın eksik borç olarak kabul edilmesidir¹¹⁸². Kefil borcun varlığı ile ilgili bir yanılığa düşmesi durumunda dahi tekrar talep etme hakkına sahip değildir¹¹⁸³.

¹¹⁸⁰ Güvener, a.g.t., s.120.

¹¹⁸¹ Ayrancı, a.g.m., s.106., Sarı İyim, a.g.t., s.56., Gündüz, a.g.t., s.175.

¹¹⁸² Ayrancı, a.g.m., s.106., Gündüz, a.g.t., s.175.

¹¹⁸³ Sarı İyim, a.g.t., s.56.

BEŞİNCİ BÖLÜM 5. SONUÇ

5.1. SONUÇ

Kefalet sözleşmesi alacaklı ile kefil arasında düzenlenen asıl borçlunun borcunu ödememesi durumunda kefilin kefalet borcu altına girdiği şahsi teminat sözleşmesidir. Görüleceği üzere kefalet borcu, asıl borcun aynısı değildir. Kefil, asıl borçlunun borç ilişkisinden doğan borcunu alacaklıya karşı ifa etmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararı tazmin eden kişi olarak değerlendirilecektir. Kefilin bu ifası ile asıl borç sona ermeyecektir sadece kefilin kefalet borcu sona erecektir. Kefil ödeme yaptığı miktar üzerinde alacaklının haklarına halef olacaktır. 01 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren kefalet sözleşmesinin asıl amacı; kefilin korumanın yanında düşünmeden hareket etmesinin engellenerek sorumluluk altına girdiği miktarın bilincinde olmasını sağlamaktır. Çünkü kefil çoğu zaman hatır amaçlı kefalet altına girmektedir. Yapılan çalışma kapsamında kefalet sözleşmesindeki şekil şartları incelenmiş olup birçok sonuç elde edilmiştir.

Kefalet sözleşmesinin tarafları alacaklı ile kefil olmuş olsa da; borçlunun kişiliği kefil için önem arz etmektedir. Çünkü kefil asıl borçlunun ekonomik durumunu göze alarak kefil olmaktadır. Asıl borçlunun kim olduğu belirtilmemesi halinde kefalet belgesinde belirtilen şekil şartı yerine getirilmiş sayılmayacaktır. Alacaklının isminin yazılması zorunlu değildir. Belirli veya belirlenebilir olması yeterli görülmüştür.

TBK madde 583’te düzenlenen kefalet sözleşmesindeki şekil şartı bir geçerlilik şartıdır. İspat şartında olduğu gibi akdin geçerliliğini etkilemeyecek olmasını geçerlilik şartı için söylemek mümkün değildir. Zira ispat şartı hakkın varlığının açısından önem taşıyacaktır. Geçerlilik şartlarının bulunmaması akdi mutlak hükümsüz hale getirecektir. Kefalet sözleşmesinde düzenlenen bu şekil şartı ispat şartı olmadığı gibi alacaklıyı koruma amacı da gütmemektedir.

TBK madde 583 hükmü gereğince; kefilin kefalet altına girdiği azami sorumluluk miktarını, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu anlama gelecek bir ifadeyi kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi gerekmektedir. Kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu getirildiği için yukarıda bahsi geçen kısımların alacaklı tarafından veya başka bir araç tarafından yazılması mümkün olmayacaktır. Kefilin kendi el yazısı ile belirtmesi kuralı ile birlikte 818 sayılı eBK’da düzenlenen hükümdeki açıklar kapatılarak finansal kuruluşların kefil aleyhine düzenleyeceği matbu düzenlemelerin önüne geçilmiştir. TBK madde 583/1’de düzenlenen bu şekil şartına dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartı da denilmektedir.

Kefalet sözleşmesinin şekil içeriğine uygun olarak kurulabilmesi için; asıl borcun ferdileştirilmesi gerekmektedir. Asıl borç belirli olmadan ya da belirlenebilir olmadan kefilin sorumlu olacağı en yüksek miktar belirtilerek yapılacak olan kefalet sözleşmeleri geçerli kabul edilmemektedir. Yani kefilin “ borçlunun doğmuş ya da ileride doğacak borcuna beş yüz milyona kadar kefil oluyorum” şeklinde düzenlenen soyut kefaletler geçersiz kabul edilir. Görüldüğü üzere, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki her türlü ilişkiden doğabilecek her türlü borç için kefil olunması mümkün değildir. Buna rağmen kredi borcu veya cari hesap borcuna kefaletlerde bazı sınırlar içinde çeşitli zamanlarda doğacak farklı miktardaki borçları için kefil olunabilmesi mümkündür. Kredi borcu veya cari hesap borcuna kefalet türlerinde, kefilin “alacaklı bankanın, asıl borçluya karşı doğmuş ve doğabilecek bütün alacaklarının ödenmesinden” sorumlu olacağına dair yapılan taahhüt geçerli sayılacaktır. Kaynak kanunumuz olan İsv. BK madde 493’de düzenlenen şekil şartları gibi bir ayırım TBK’da bulunmamaktadır. Ağırlaştırılmış yazılı şekil benimsenmiştir. Bunun nedeni azami sorumluluk miktarının, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olması halinde bu anlama gelecek bir ifadenin kefalet sözleşmesinde kefilin kendi el yazısı ile belirtilmesidir. İsv. BK madde 493’de kefalet; adi yazılı şekil (geniş anlamda nitelikli yazılı şekil), ağırlaştırılmış yazılı şekil (dar anlamda nitelikli yazılı şekil) ve resmi şekil olmak üzere üç şekilde düzenlenebilmektedir. Tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kolektif ve komandit şirketlerde ve gerçek kişilerin kamu borçlarından dolayı kefalet sözleşmesi imzalanması durumunda adi yazıl şekil kabul edilmiştir. Gerçek kişilerin 2.000 Franga kadar olan işlemlerinde adi yazılı şekil öngörülürken kefilin azami sorumluluk miktarı ve müteselsil kefil olunması durumunu el yazısı ile yazılması gerektiğini kabul görerek ağırlaştırılmış yazılı şekilde olması gerektiğini

savunmuştur. Gerçek kişilerin 2.000 Frangı aşan kısımları için yapılacak kefaletlerde ise resmi şekil şartı kabul edilmiştir. TBK’da buradaki gibi gerçek kişi tüzel kişi ayrımına da gidilmemiştir. TBK madde 583/1’de düzenlenen hüküm hem gerçek kişiler için hem de tüzel kişiler için geçerli olacaktır. Aynı zamanda TBK madde 583’te resmi şekil veya adi yazılı şekil ayrımına da gidilmemiştir.

Kefalet sözleşmesinin kaybedilmesi veya imha edilmiş olmasının geçerliliğe bir etkisi bulunmamaktadır. TMK madde 6 gereğince; geçerli şekilde bir kefalet sözleşmesinin kurulduğunu alacaklı ispatlayacaktır. Her ne kadar şekil şartları sözleşmenin geçerliliğine etkide bulursa da kefalet senedinin kaybolması halinde HMK madde 200/1 (HUMK. 288) gereğince senetle ispatlanması gerekir. Burada yazılı şekil, hem geçerlilik şartı hem de ispat şartı teşkil edecektir.

Kural olarak kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılmış olan sözleşmeler geçersiz olacaktır (TBK m.12/2). Bu hükümden yola çıkarak kefalet sözleşmesi TBK madde 583-584’te düzenlenen şekil şartına uyulmadan yapıldığı takdirde geçerli olmayacaktır. Kefilin şekil noksanlığını veya eksiliğini ileri sürmeleri TMK madde 2 gereğince hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyecektir. Zira kefalet sözleşmesinin amacı kefilin korumaktır. Hangi durumun hakkın kötüye sayılacağı veya hangi durumlarda ileri sürüleceği yönünde hükümde bir açıklık yoktur. Doktrinde de bu konu tartışmalıdır. İfadan sonra şekil noksanlığını ileri sürme hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabileceği gibi oluşturamaya da bilecektir, duruma göre ifadan önce geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olabilecektir. Bu durumda Yargıtay’ında sahip olduğu görüşe göre; her somut olay göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Hâkim her somut olaya göre şekle aykırılığı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanma oluşturup oluşturmadığını kendisi re’sen göz önünde bulunduracaktır. Son olarak, her ne kadar hakkın kötüye kullanılması durumunda kefalet sözleşmesinin geçerliliğini ile ilgili bir düzenleme bulunmasa da doktrinde çoğunluğun savunduğu görüş kefalet sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağını bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması durumunda oluşan zararın talep edilebileceği belirtilmektedir. Bu uygulama kanaatimizce yerinde olacaktır.

Kefil hukuki hataya düşerek veya geçerli bir kefaletin var olduğunu düşünerek ödeme yapması veya şekle aykırılık nedeniyle “borç olmayan şeyi” ifa etmesi durumunda ödeme yapmış olduğu kısmı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep

edebilecektir. Sebepsiz zenginleşmenin tarafının alacaklı mı yoksa asıl borçlu mu olacağı konusunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında sebepsiz zenginleşme davası asıl borçluya yöneltilmesi gerektiğini savunmuş ise de Yargıtay'ın aksine İsviçre Federal Mahkemesi ve Türk ve İsviçre doktrini bu davanın alacaklıya yöneltilmesi gerektiğini savunmuştur. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise; kefilin asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunacağı kabul edilse bile bunun için bazı durumların vuku bulmasını şart koşmuşlardır. Bu durumlar; alacaklının iflas etmesi veya başka herhangi bir durumunda alacağını tahsil edememesi (alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hakkından feragat, alacağın zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabının kesinleşmesi) ve hatanın ispat edilememesi şeklindedir. Alacaklının iflas etmesi veya başka herhangi bir durumunda alacağını tahsil edememesi (alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hakkından feragat, alacağın zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabının kesinleşmesi) ve hatanın ispat edilememesinin varlığı halinde; kefil asıl borçluya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilecektir. Kanaatimizce, alacaklının iflas etmesi veya başka herhangi bir durumunda alacağını tahsil edememesi (alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hakkından feragat, alacağın zamanaşımına uğraması, alacaklının iktisabının kesinleşmesi) ve hatanın ispat edilememesi durumlarında asıl borçluya başvurmak mümkün hale gelmelidir. Aksi durumda şekil şartları kefilin koruma amacını aşacağı gibi, kefil yaptığı ödemeyi de tekrar talep edemez hale gelecektir.

Kefilin sebepsiz zenginleşme davası açabilmesi için kendini borçlu zannetmesinin kayda değer bir mazerete dayanması dahi gerekmemektedir. Kefilin yapmış olduğu hatanın kabul görmesi şart olmadığı gibi kendi kusuruyla dahi borç olmayan bir şeyi ödediği durumda sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Buna rağmen, kefil sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmak için kefaletin geçerli olarak kurulduğu yanılığın ile borcu ödediğini ispat etmesi gerekmektedir. İspat edemez ise ödediğini geri alamayacaktır. Yanılığın hukuki bir hatadan kaynaklanması veya kefilin kusuru ile ortaya çıkmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan kefilin geçerli bir kefalet borcunu ifa etmiş olduğu düşüncesi ile hareket etmiş olmasıdır. Şekil noksanlığını bildiği halde kendi isteği ile ödeme yapmış ise bağış sayılır ve tekrar talep edilemez. Bu durumda alacaklının kefilin ifa etmesiyle elde ettiği kazanım kesin ve kendisine ait olacaktır. Kefil yaptığı ifayı talep edemeyeceği için alacaklının esas

borçludan talepte bulunma olasılığı da olmaz. Bu durumda kefil şekil eksikliğine dayanarak sebepsiz zenginleşme talebinde bulunamamaktadır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, şekil şartına tabi olsa da diğer ticari senetlerdeki gibi belirli kelimeleri içermesi gerekmediği gibi daha önceden tespit edilmiş bir metne ihtiyaç da bulunmamaktadır. Önemli olan asıl borcun ödenmemesi durumunda kefilin fer'i olarak sorumluluk altına gireceğinin kefalet sözleşmesinden anlaşılmasıdır. Kullanılacak lisans bakımından da bir sınırlama mevcut değildir. Taraflar sözleşmede kullanılan dili anladıkları müddetçe yabancı bir dilde ya da yabancı bir alfabeyi kullanarak kefalet sözleşmesi düzenleyebilecektir. Ancak 1926 tarihli 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun uyarınca; kural olarak kefalet metni Türkçe yazılır. TBK madde 583'te düzenlenen şekil şartına uyulduğu takdirde el yazısı dışında kalan kısımlar daktilo, matbu veya bilgisayarda düzenlenebilir. Buna rağmen kefaletle ilişkin geçerlilik şartlarının daktilo ile yazılması durumunda kefalet sözleşmesi TBK madde 583'e uygun olmadığı için geçerli olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme ve icra zaptında ise; önemli hususların kefilin el yazısı ile yazılması halinde mahkeme ve icra zaptı da kabul edilecektir. Düzenleme yerinin (taahhüt yerinin) diğer ticari senetlerde yazılması şart iken, kefalet sözleşmesinde böyle bir husus söz konusu değildir. Yalnızca kefalet tarihinin belirtilmesi yeterlidir.

Kefil sorumluluk altına girerken bunun tek bir senet altında toplanması gerekmektedir. Buna rağmen bağlantı kurulduğu takdirde, birden fazla düzenlenen kâğıtla yapılan kefalet geçerli olacaktır. Kefil kefalet senedini imzalarken bu imzanın tüm beyanı kapsamaması gerekmektedir. Ek bir kâğıda imza atılamaz. Atılacak imza TBK madde 15 gereğince elle atılması gerekmektedir. Bunun yanında başka organ tarafından atılacak imza kişinin kimliğini tespit etmeye elverişli ise kabul edilecektir. Kefil tarafından atılan imzanın tespitte elverişle olması gerektiği gibi irade beyanını da yansıtması gerekmektedir. Çünkü sade bir imza kefalet sonucunu doğurmayacaktır. Kefilin imzası yeterlidir, alacaklının imzasına gerek yoktur. Ancak kefile sorumluluk yüklenebilmesi için; alacaklının varlığa ve kefilin icabı kabul etmesine ihtiyaç duyulacaktır. Kısacası kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için kefilin kefalet metnini imzalaması yeterli olmaz, kefaletin alacaklının kullanım alanına girmesi gerekmektedir. Belirtmekte fayda gördüğümüz bir diğer husus ise; kefilin Elektronik İmza ile kefalet sözleşmesini imzalayamayacağı yönündedir. Şöyle ki; 5070 sayılı

Elektronik İmza Kanunu madde 5/2'de; teminat sözleşmelerinin elektronik imza yoluyla imzalanamayacağı belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesi de bir teminat sözleşmesi olduğu için Elektronik İmza uygulama alanı bulmayacaktır. Böyle bir düzenleme bulunmasa dahi kefil TBK madde 583 gereğince; kefil bazı hususları kendi el yazısı ile yazması gerektiğinden dolayı da elektronik ortamda kefalet sözleşmesi düzenlenemeyecektir.

818 sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu'nda boş kâğıda imza atılması ve bunun borçlu veya alacaklı tarafından doldurulması kişisel ihtiyaçları karşıladığı için geçerli görülmekteydi. Yeni Borçlar Kanunu ile bu açığa kavuşmuştur. Şöyle ki; Yeni Borçlar Kanunu madde 583'e göre; kefilin kendi el yazısı ile kefalet tarihinin, kefilin kefalet altına girdiği azami sorumluluk miktarı ve müteselsil kefil olduğuna dair bir ifadenin kefalet sözleşmesinde yer alması geçerlilik koşuludur belirtilmemesi durumunda sözleşme geçersiz olacaktır. Görüleceği üzere kanun metnine göre; kefilin boş kâğıda imza atması ve bunun borçlu tarafından doldurulması kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Böylelikle 818 sayılı Eski Borçlar Kanundaki açıklıklar giderilmiştir.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı veya kefil tarafından temsilci yolu ile yapılması da mümkündür. Ancak alacaklı kendisine genel yetkili bir temsilci atayarak kefalet sözleşmesi düzenlenebilmesi mümkün iken, kefilin TBK madde 504/2 hükmü gereğince; özel bir temsil yetkisi verilmediği sürece temsilcinin kefil adına işlem yapma yetkisi bulunmayacaktır. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu madde 388'de ise; özel vekâletin verilmesi gereken durumlar içerisinde kefil olma yetkisi bulunmamaktaydı. Genel bir yetki ile kefil olunabilmekteydi. Temsilcinin herhangi bir üçüncü kişi olabilmesinin mümkün olabileceği gibi üçüncü kişi konumuna sahip olan asıl borçluda taraflardan birinin temsilcisi olabilecektir. Kefalet sözleşmesi TBK m.583/2 uyarınca; özel yetkili mümessil tarafından imza altına alınabilir. Bu imza ile de sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak mümessilin kefilin imzasını değil kendi imzasını atarak mümessil olduğunu belirtmesi gerekmektedir. Buna rağmen temsilci kefilin ismini yazıp kendi imzasını atması durumunda, temsilci olduğunu belirtmesi gerekmektedir. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda temsil yetkisinin verilmesinde kefaletin bağlı olduğu şekil şartına uyulması şartı aranmamış olsa da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kefaletle ilişkin hüküm gereğince özel yetkili mümessil kefil adına kefalet vaadinde bulunurken kefalet sözleşmesindeki yazılı şekil

şartına uyması gerekmektedir. Aksi halde kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. O halde şekil şartı iki kere söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki temsil yetkisi verilirken, ikincisi ise kefalet sözleşmesi yapılırken olmak üzeredir.

Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet sözleşmesinde el yazısı ile gösterilmesi zorunlu ise de; sözleşmede “azami miktar” ibaresinin belirtilmesi şart değildir. Zira azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi azami sorumluluk anlamına gelecektir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktardan kasıt; asıl borcun yanında borçlunun sahip olduğu yan yükümlülükler, gecikme faizleri ve akdi faizlerle birlikte masraflardır. Azami miktar belirlenirken yan yükümlülükler de unutulmamalıdır. Kefilin TBK madde 589/1 gereğince; azami miktar dışında ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak kefil TBK m.589/2 uyarınca; azami miktar içerisinde asıl borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçları ve dava ve takip edilmesi ile ilgili masraflardan, teminatın tesliminden ve rehin hakkının devrinden doğan masraflardan sorumlu olacaktır. Kefilin temerrüde düşmesi halinde temerrüt faizi, kefile karşı yapılan dava ve takip masrafları (avukatlık ve mahkeme masrafları da dâhil) azami miktar kapsamına dâhil değildir. Buna rağmen, bu masraflar kefilin talep edilebilecektir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet sözleşmesinde el yazısı ile gösterilmesi gerektiği için, esas borç belgesine yapılacak gönderme veya esas borç belgesinde esas borcun yazılı olması yeterli değildir. Kefil sorumlu olacağı azami miktarı kendi beyanı ile şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve net bir şekilde belirtmesi gerekmektedir. Belirlenebilir olması yeterli olmayacağı için hesaplama yöntemi ile de belirlenemeyecektir. Esas borç belgesinde kefilin yazılı beyanı bulunsa dahi bu azami sorumluluk miktarını belirlemek için yeterli değildir. Ayrıca asıl borç miktarı azami sorumluluk miktarı ile de aynı olmak zorunda değildir. Azami sorumluluk miktarının, asıl borç miktarından azda olabilmesi mümkündür çokta. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar kanun metninden de anlaşılacağı üzere “el yazısı ile” yani rakamla değil yazı ile belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde rakamlarla oynama imkânı olabilecektir. Kaynak kanunumuz olan İsviçre Kanunu bu miktarın rakamla belirtilmesi gerektiğini savunurken, 818 sayılı eBK bu miktarın rakam yahut yazı şartı aramayıp sadece belirlenebilir olmasını yeterli görmüştür. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kaynak kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanununun aksine azami sorumluluk miktarının rakamla değil yazı ile belirtilmesi gerektiğini benimsemiştir. Hatta azami sorumluluk miktarı belirtilirken yazı ile rakam arasında

farklılık olursa yazı ile belirtilen miktar dikkate alınacaktır. Azami sorumluluk miktarının kefilin el yazısı ile rakamla belirtilmesi rakamın değiştirilme riskini ortaya koyacağı gibi kanun maddesine de aykırı bir düzenleme olup kefalet sözleşmesinin geçersiz hale sokacaktır. Kanaatimizce, kefalet sözleşmesi kefilin korumak amaçlı düzenlenmiş olduğundan esaslı unsurların kefilin el yazısı ile yazılması öngörülmüştür. Bu nedenle sorumluluk miktarının yazı ile veyahut rakam ile yazılması arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira her ikisi de kefilin en yazısı unsurunu karşılayacaktır.

Asıl borç para borcu dışında bir borç olsa da kefilin borcu daima bir para borcu olacaktır. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın yabancı para olarak gösterilmesi hakkında Türk Hukuku'nda bir sınırlama yoktur ve geçerli kabul edilecektir.

Kefilin müteselsil sorumluluk altına girmesi durumunda bunu TBK madde 583/1 gereğince müteselsil kefil anlamına gelecek bir ifadeyi kendi el yazısı ile belirtmelidir. Belirtilmediği takdirde kefalet sözleşmesi geçersiz sayılmayacaktır. Aksine adi kefalet olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bir diğer deyişle; kefalet senedinde gösterilmeyen hükümler geçersiz olmakla birlikte, kefalet sözleşmesi tamamen geçersiz olmayacaktır. Kısmi butlan hükmü gereğince sadece ilgili kısım geçersiz olacaktır. Ancak TTK madde 7 gereğince ticari borçlara olan kefalet ve İİK madde 38 gereğince icra kefaletinin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu kefalet türleri kanun gereği müteselsil kefaletlerdir. Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'na tabi olan kefaletlerinde ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'na tabi olan kefaletler, adi kefalet niteliğini taşır. Kefil her ne kadar müteselsil kefil olduğunu belirtmiş olsa da durum değişmeyecektir. Ayrıca kefaletin müteselsil kefalet olduğunu diğer eşin rıza beyanında açıklaması gerekmektedir. Aksi takdirde adi kefaletle ilişkin iddialar ortaya çıkacaktır. Eşin rızasının hangi kefaletle ilişkin olduğu açıkça belli değilse adi kefaletin kabul edileceği yönünde görüşler mevcut olsa da, bu durumda eşin bulunduğu bölgedeki uygulamalarda bakılacağı yönünde görüşte mevcuttur. Bu görüşe göre; uygulamada kullanılan kefalet müteselsil ise müteselsil kefalet kabul edilecektir. TTK madde 7'de ticari borçlar için müteselsil kefaletin kabul edileceği belirtilmiş olsa da eş tarafından verilecek rızada bunun açıkça belirtilmiş olması gerektiği yönünde

doktrinde görüşte mevcuttur. Kanaatimizce adi kefalet sözleşmesi bir olağan kefalet sözleşmesi olsa da uygulama da en çok kullanılan müteselsil kefalet sözleşmesidir. Bunun yanında, teselsül karinesi gereği ticari bir borca kefil olan tarafın eşi bunu rızasını verirken müteselsil kefil olunacağını belirtilmese de bunun müteselsil kefalet olması gerektiği de uygulamada açıktır.

Kefalet tarihi, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu gereğince bir geçerlilik koşulu değildir. Buna rağmen 6098 sayılı TBK’da kefalet tarihinin kefilin kendi el yazısı ile gösterilmesi bir geçerlik koşulu kabul edilmektedir. Kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde gösterilmesinin birçok önemi bulunmaktadır. Süreli kefaletlerin ne zaman sona ereceğinin, kefilin kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada ehliyetli olup olmadığının, borcun kefalet sözleşmesinden sonra doğup doğmadığının, evli eşin rızasının alındığı sırada evlilik birliğinin devam edip etmediğinin, TBK madde 598/3’de düzenlenen on yıllık zamanaşımı sürenin başlangıcının belirlenmesi için kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir. Son olarak TBK madde 585/2’de düzenlenen kefilin önce rehne müracaat edilmesi def’inin kullanılmasının tespiti açısından da kefalet tarihinin kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmektedir.

Okuma yazması olmayan veya sakatlıklarından dolayı yazı yazamayanlar TBK madde 583/1 hükmü gereğince, geçerlilik şartlarını kendi el yazıları ile belirlemedikleri için kefil olamayacaklardır. Kefaletin noter huzurunda resmi şekilde düzenlenmesi durumunda dahi geçerli hale gelmeyecektir. Zira kefilin el yazısı ile belirtmesi gereken hususlar geçerlilik koşuludur. Doktrindeki birçok görüş ise buna karşı çıkmaktadır. Bu kişilerin noterde resmi şekilde kefalet sözleşmeleri yapabilmelerinin mümkün olduğunu savunmaktadırlar. Doktrindeki baskın bu görüşe göre; noter huzurunda düzenlenen kefalet belgesi TBK madde 583’de düzenlenen şekil şartlarını gerçekleştirmiş sayılacaktır. Kefilin ayrıca kefalet tarihini, azami sorumluluk miktarını ve müteselsil kefalet durumunda bu anlama gelecek bir ifadeyi tekrar kendi el yazısı ile belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, görme engeli bulunan kişilerde senedin içeriğini ve yazdıklarını görme şansları bulunmadığı için kefalet sözleşmesi düzenlenemeyecektir. Kendilerine özgü kabartmalı Braille alfabesi kullanmaları dahi kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Bu kişiler kefil olmadıkları gibi kefil olma konusunda temsil yetkisi de düzenleyemeyeceklerdir.

Yazabilen görme engellilerin ise TBK madde 15 gereğince kefil olmalarında bir engel bulunmamaktadır.

TBK madde 583'deki şekil şartı hem tüzel kişi hem de gerçek kişi için düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, 6098 sayılı TBK'da tüzel kişiler bakımından el yazısı şartı ile ilgili ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde birçok görüş bulunmaktadır. Bu görüşler; tüm temsilcilerin kefalet sözleşmesinde belirtilen hususları kendi el yazıları ile yazmaları, sadece birinin el yazısının yeterli olacağı ve son olarak temsilcilerden sadece birinin gerekli yerleri kendi el yazıları ile yazmaları ve diğerlerinin bunu paraflayarak imzalaması şeklindedir. Kanaatimizce, tüzel kişinin organını oluşturan birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi gerekiyorsa hepsinin kefalet sözleşmesini imzalaması gerekmektedir. Ancak kefalet sözleşmesinde el yazısı ile belirtilmesi gereken hususların, aralarından seçecekleri kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Aralarından seçecekleri kişi el yazısı ile belirtilmesi gereken hususları belirtmiş olsa bile kefalet belgesinin hepsi tarafından imzalanması gerekmektedir. Zira her birinin aynı unsurları kendi el yazısıyla yazmaları beklemek kanununun amacını aşabilecek niteliktedir.

TBK madde 583/3 hükmü gereğince; kefilin aleyhine olan yani kefilin sorumluluğunu genişleten değişikliklerin, kefilin sorumluluk miktarının arttırılması ve ağırlaştırılması veya adi kefaletin müteselsil kefaletle çevrilmesi durumunda bunun yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Yapılan değişiklikler bu şekilde uyulmadıkça hüküm ve sonuç doğurmaz. Kefilin sorumluluğunu azaltan yani yararına olan hafifleten değişikliklerin yazılı şekilde yapılmasına gerek yoktur. Yukarıda sayılan durumlarda eğer kefil eş evli ise diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Görüldüğü üzere, eşin rızasının sadece sözleşmenin kurulması ile sınırlı değildir. Kefilin aleyhine olan değişikliklerde eşin rızası aranacakken, lehine olan değişikliklerde eşin rızası aranmayacaktır. Eşin rızasının bulunmaması kefalet sözleşmesini hükümsüz hale getirirken, sözleşme değişikliğinde eşin rıza vermemesi durumunda ise sözleşme kısmi butlan hükmü gereğince önceki haline göre devam edecektir. Yani adi kefalet müteselsil kefaletle çevrilirken eş rıza vermez ise kefalet adi kefalet olarak devam edecektir, asıl borç miktarında bir artışa eşin rıza vermemesi halinde ise yine kefalet mevcut miktara göre devam edecektir.

Kefalet sözleşmesinin eşin rızasına tabi tutulması ilk olarak İsviçre Borçlar Kanunu 1941 değişikliği ile ortaya çıkmış bir düzenlemedir. TBK madde 584, TMK

madde 193'te düzenlenen; eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişiler ile her türlü hukuki işlemi yapabileceklerine dair düzenlemenin bir istisnasıdır. TBK madde 584'e göre; evli bir kişinin kefil olabilmesi eşinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu hüküm evlilik birliğinde eş korumak amaçlı düzenlenmiş bir uygulamadır. Uygulama ile evli kişilerin medeni haklarının kullanılmasını kısıtlamaktan çok aile müessesinin ekonomik durumunun korunması ve diğer eşin zarar görmesi engellenmek istenmiştir. Böylelikle aile birliğinin bozulmasına yol açacak gönül bağı veya hatır kefaletlerinin önüne geçilmiştir. Eşin rızası, her iki taraf için geçerli dahi olsa daha çok kocanın kefil olma yeteneğini kısıtlamaya yönelik bir düzenlemedir. Aralarında yapılan mal rejiminin de bir önemi bulunmamaktadır.

Eş tarafından verilecek rıza TBK madde 584/1 gereğince; yazılı şekilde verilmelidir. Kanun metni emredici bir hükümdür ve maddi geçerlilik şartıdır. Kefil ya da eş bu haktan feragat edemeyecekleri gibi emredici bir hüküm olduğu için aksi taraflar arasında kararlaştırılamaz. Rızanın bulunup bulunmadığını hâkim kendisi göz önünde bulunduracaktır. Sözlü rıza geçerli değildir. Buradaki yazılı şekil adi yazılı şekildir. Ayrıca noter tarafından onaylanması gerekmeyecektir. Eş tarafından verilecek rıza şekli kefalet sözleşmesi için aranan yazılı şekil şartına uygun olmak zorunda değildir. Kefalet sözleşmesinin aksine elektronik imza yolu ile de verilmesi mümkündür. Eş herhangi bir neden belirtmeksizin kefalet sözleşmesinin kurulmasına rıza göstermeyebilir. Bu nedenle hâkim müdahalesi istenemeyeceği gibi cebri icra yoluyla da izne zorlanamaz. Eşin izninin yerine geçecek bir yargısal izinde bulunmamaktadır. Rıza, kefalet belgesi dışında ayrı bir belge üzerinde de verilebilir. Eşin rızasının kefalet senedi içerisinde bulunması her ne kadar geçerlilik şartı olmasa da, ispat kolaylığı açısından kefalet senedi üzerinde bulunması gerekir. Kefilin sadece kişisel sorumluluk altına girdiği durumlarda diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Kefilin kefalet sözleşmesini temsilci veya organ sıfatı ile imzalaması durumunda diğer eşin rızasına gerek yoktur. Her somut olayda bu hususlar dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır.

Asıl borçlunun diğer eş olması durumunda eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu husus doktrinde tartışmalıdır. Aile bütünlüğü üzerindeki yük artacağından dolayı kefalet altına girilecek borcun diğer eşe ait olması halinde dahi asıl borçlu konumundaki eşin rızasına ihtiyaç duyulacağı görüşü mevcut olsa ise de, bizimde katıldığımız diğer

görüŖe göre; eŖin rızası aranmamalıdır. Zira asıl borçlu durumundaki eŖin lehine kefalet sözleşmesi yapılmaktadır.

EŖ tarafından verilecek rızanın TBK madde 584/1 gereğince; kefalet sözleşmesinden önce veya en geç kurulma sırasında verilmelidir. Kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada diğ er eŖin hazır bulunması ve kefilden hemen sonra imza atması durumunda arada bir duraklama olmadığı için kefalet sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır. Kanun koyucunun eŖin rızasının belirli bir süreye bağlamasındaki amaç kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefil eŖin diğ er eŖin rıza vermesine zorlamasını engellemektir. İsv. BK madde 491/1'de ise rıza tayini için, kefalet sözleşmesinin kurulma anı değil kefil olma iradesinin açıklandığı an esasa alınmıştır. Kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra verilen rızanın fiil ehliyeti noksanlığından dolayı geçerliliği yoktur. Sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz olacaktır.

İleride yapılacak tüm kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde eŖ tarafından verilen genel muvafakat geçerli değildir. Her kefalet sözleşmesi için eŖin ayrı rıza vermesi gerekmektedir. Verilecek rıza somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Belirli olmadığı takdirde eŖ tarafından verilen rıza geçersizdir.

TBK madde 584'ün uygulanabilmesi için, eŖlerin TMK'a uyacak şekilde evlenmiş olmaları ve kefalet sözleşmesi devam ediyorken evliliklerinin devam etmesi gerekmektedir. Hâkim kararı ile ayrılma veyahut yasal olarak ayrı yaşamalarına karar verilmesi durumunda rızaya ihtiyaç yoktur. TBK madde 584'ten farklı olarak İsv. BK madde 494/1'de sadece mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmediği durumlarda eŖin rızasına ihtiyaç duyulacağı belirtilmiştir. Fiili olarak yani mahkeme kararı olmaksızın, ayrı yaşamaları durumunda diğ er eŖin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesine gerek yoktur, verilmesi yeterlidir. Ayrı yaşama hakları bulunmasına rağmen birlikte yaşıyorlar ise, eŖin rızası aranacaktır. Görüleceği üzere, resmi evlilik devam ettiği sürece eŖin rızasına ihtiyaç duyulacaktır demek yanlış olacaktır. Buna rağmen, boşanmış kişilerden eŖin rızası için onay alınmasına gerek yoktur. Ancak boşanma davası sırasında ve ayrılık davası sırasında eŖlerin ayrı yaşama hakları olduğundan diğ er eŖin rızasına gerek olmayacaktır. Zira boşanma davası sırasında eŖlerin birbirlerine verecekleri kefaletlere rıza göstermesi olası değildir. Bu durumda aile birliğinden bahsetmek mümkün olmadığı için eŖin rızasının aranması da yersiz olacaktır.

Eşin rızasının bulunmaması kefalet sözleşmesini hükümsüz hale getirir. Rızanın bir tamamlayıcı unsur olmadığı geçerlilik şartı olduğu için, geçerli bir rıza yok ise “askıda hükümsüzlük” yerine , “kesin hükümsüzlük” sonucunu doğurur. Sözleşmesinin geçerli olması için şekil ve ehliyeteye ilişkin eksikliklerin tamamlanarak yeni bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Ayrıca evlilik birliği devam ettiği sürece yeniden rızanın alınması gerekmektedir. Eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmelerinde eşlerin sonradan boşanmaları veya mahkeme kararı ile ayrı yaşamaları durumunda ortada rıza eksikliği olduğu için sözleşme geçerli hale gelmeyecektir.

Kefalet sözleşmesi TBK madde 583-584’de düzenlenen şekle aykırı şekilde kurulmuş ise; şekil noksanlığı nedeni ile geçersiz olan işlemler başlangıçtan itibaren hükümsüz olacaktır. Buradaki hükümsüzlük doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe, Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre; şekle aykırılık halinde kendine özgü bir geçersizlik mevcut olmayıp kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Bu durumda hâkim şekle aykırılığı re’sen göz önünde bulunduracaktır. Tarafların ileri sürmesi zorunlu değildir. Şekil noksanlığına rağmen, kefilden kefalet borcunun yerine getirilmesi istenemez. Ortada eksik borç bile bulunmadığı için kefalet borcu yerine getirildiği takdirde dahi kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir. Alacaklı kefaletin yasada ön görülen şekle uyularak tekrar düzenlenmesini dahi talep edemeyecektir. Alacaklı kefilden tazminat talebinde bulunma hakkına da sahip değildir. Kefil tarafından sonradan verilecek açık ve örtülü onay kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmeyecektir. Açık veya zımni kabulünde şekil şartlarına uygun olarak verilmesi gereklidir. Mahkeme huzurunda kefilin, şekil noksanlığı bulunan kefalet sözleşmesini ikrar etmesi durumunda dahi kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir. Şekil şartına uyularak yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekmektedir. Doktrindeki bir diğer görüş ise; şekil noksanlığı durumunda kendine özgü geçersizlik hükümlerinin uygulanacağını savunmuştur. Taraflar hükümsüzlüğü bildiği halde hiçbir etki altında kalmadan ifada bulunmuşlar ise şekle aykırılık ortadan kalkacaktır. Böylelikle sözleşme geçerli hale gelecektir. Hâkim şekle aykırılığı re’sen göz önünde bulunduramayacağı için taraflar ileri sürmez ise, sözleşme geçersiz sayılmayacaktır. Kesin hükümsüzlüğü aksine hukuken bir yararı olmayan üçüncü kişiler bunu ileri süremeyecektir. Kanaatimizce, kendine özgü geçersizlik düşüncesi kanunun kefil koruma amacına uygun düşmemektedir. Bu durumda kefil şekle aykırılığı bildiği halde edimini yerine getirecek ve böylelikle baştan itibaren geçersiz

olan sözleşme geçerli hale gelecektir. Bu nedenle kesin hükümsüzlük görüşü her ne kadar bazı sakıncalara neden olacak olsa da şekle bağlılık açısından daha yerindedir.



KAYNAKÇA

- Acar, Ö. (2014). *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*. Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, ss.33-169.
- Akıntürk, T. (2005). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. Beta Yayınları, İstanbul, ss.296-309.
- Akıntürk, T. ve Ateş Kahraman, Ayşe. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. Yirmi üçüncü Baskıdan Tıpkı Yirmi dördüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, ss.327-345.
- Aksoyoğlu, N. (2010). Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler. *Bankacılar Dergisi*, (72)-21:94-111.
- Altop, A. (2005). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1-2):22-23.
- Altop, A. (2007). Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışınının 80. Yılı Sempozyumu*, 28 Nisan 2006, Ali Çivi (Ed.) , İstanbul, ss.156-157.
- Ayrancı, H. (2004). Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları. *AÜHFD*, 53(2): 98-117.
- Barlas, N. (2006/1). Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli Dergi)*, Beta Yayınları, İstanbul, ss.3-16.
- Barlas, N. (2008). *Makalelerim*, Vedat Kitapçılık, C.I, İstanbul, ss.359-387.
- Barlas, N. (2013). *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, " Yeni Türk Borlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler"*. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Der. Prof. Dr. Çiğdem Kırca, Vedat yayıncılık, İstanbul, ss.213-226.
- Baş, E. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu' nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler. *İÜHF*, 70(2):117-135.

- Başara, İ. (2009). Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (83):307-308.
- Bilgen, M. (2017). *Öğretide ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar*. Adalet Yayınevi, Ankara, ss.35-58.
- Canpolat, F. ve Topuz, S. (2008). Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (78):54-67.
- Çevik Öktem, S. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununu Uyarınca Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası. *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, 8(89-90):117-128.
- Çınar, Ö. (2013). *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*. On iki levha Yayıncılık, İstanbul, ss.37-71.
- Demir, Ş. (2013). Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (25)-108: 89-96.
- Demirbaş, F. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesine Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası. *Konya Barosu Dergisi*, (23)-40:52-55.
- Develioğlu, H. M. (2009). *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*. Vedat Kitapçılık, No:175, İstanbul, ss.9-474.
- Elçin Grassinger, G. (2012). *Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesindeki Esaslı Değişiklikler*, Nahit Özen. (Der.) Yeni Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Değişikliklerin Uygulamaya Yansımaları, Seminer, Albaraka İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, ss.45-60.
- Elçin, G. (2013). Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde Yer Alan Kefalet Hükümlerinin Türk Borçlar Kanunu Kefalet Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(3):17-33.
- Gündüz, Ş. D. (2012). *6089 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, ss.2-184.
- Gürten, K. (2000). *Roman Hukuku'nda Kefalet Akdi*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Enstitüsü, Ankara, ss.2-72.
- Güvener, M.S.(2007). *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartı*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Hukuku, İstanbul, ss.53-123.
- Haznedar, M. Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Kefalet Sözleşmelerine İlişkin Önemli Değişiklikler. *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2012,1, <http://www.murathaznedar.com.tr/Turk-Borclar-Kanunu-nda-Kefalet-Sozlesmesine-Iliskin->

Onemli-Degisiklikler--Banka-ve-Finans-Hukuku-Dergisi--2012-1-13, (07 Eylül 2018-11 Eylül 2018).

Kaya Kızılırmak, C. (2014). *Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, ss.185-198.

Kayar, İ.(2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler –Özel Borç İlişkileri*. Kayseri, ss.285-295.

Kayar, İ. (2014). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler/Özel Borç İlişkileri*. 9.Baskı, Seçkin Yayınevi, ss.331-347.

Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

Kefalet Sözleşmesi, Eriş Hukuk Bürosu, Makalelerimiz, <https://www.eris.av.tr/dosya/7eb9ca62fb.pdf>, ss.9-11 (20 Eylül 2018).

Kılıçoğlu, A. M. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre)*. 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, ss.599-605.

Kırca, İ. (2006). *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni*. Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, ss.435-454.

Koç, N. (2008/Güz). Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Vekâlet Sözleşmesine, Havaleye, Kefalet ve Adi Ortaklık Sözleşmelerine İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (7)-14:53-57.

Olgaç, Ş. (1978). *Kefalet*. Olgaç matbaası, Ankara, ss.16-64.

Özen, B. (2006). Borçlar Kanunu Tasarısı m.586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme. *EÜHFD*, 10(3-4):485.

Özen, B. (2017). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, ss.218-261.

Özkul, B. (2013). *Ticari İşlerde Kefilin Sorumluluğu*. Yayınlanmış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, ss.63-92.

Rado, T. (2016). *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. 11 Basıdan Tıpkı 12.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, ss.80-81.

Reisoğlu, S. (1962). Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,19(1-4), Ajans-Türk Matbaası, ss.339-392.

Reisoğlu, S. (1963). *Garanti Mukavelesi*. Ajans-Türk Matbaası, Ankara, ss.102-103.

Reisoğlu, S. (1992). *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*. Ayyıldız Matbaası, Ankara, ss.1-216.

- Reisoğlu, S. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Beta Yayınları, 22.baskı, İstanbul, s.57.
- Reisoğlu, S. (2013). *Türk Kefalet Hukuku*. Ankara, ss.35-142.
- Reisoğlu, S. Banka Teminat Mektuplarında Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar. https://www.tbb.org.tr/dosyalar/konferans_sunumlari/sr_200111_2.doc, ss.2-4.(18 Mayıs 2019).
- Rotatif Krediler, Türkiye Garanti Bankası A.Ş., https://www.garanti.com.tr/tr/kobi/krediler/rotatif_kredi.page, (17 Mayıs 2019).
- Sağlam, İ. (2005). Kira Sözleşmesi ve Kefalet. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, *Legal Hukuk Dergisi*, (3)-34:3692-3693.
- Sarı İyim, A. (2015). *Alman Hukuku Kıyası ile Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, ss.1-58.
- Sayman, S. (2013). *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, ss.7-119.
- Süçüllü Sözgen, A. (2006). *Kefalet Sözleşmesi ve Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, ss.1-126.
- Topaloğlu, S. 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Işığında Kefalet Akitleri ve Garanti Akitleri İle Farklılıkları ve Benzerlikleri, http://www.sdthukuk.com/download/6098G%C3%B6re_Kefalet_ve_Garanti.pdf, ss.4-7 (23 Eylül 2018).
- Turan, G. (2006). Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (66):28-39.
- Yalçınduran, T. (2016). Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi. *İÜHFM*, 74(1), ss.467-481.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2013). *Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümleri)*. 12.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, ss.745-788.
- Yavuz, F. (2008). *Roma Kefalet Akdinin Günümüze Yansıması*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Enstitüsü, Ankara, ss.5-86.
- Yavuz, N. (2010). *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*. Adalet Yayınevi Ankara, ss.69-280.

- Yener, M. D. (2012). Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Yapılan Değişiklikler. *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 3(7):106-112.
- Yılmaz, M. (2011). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.2, 1(7):77-87.
- Zevkliler, A., Aydoğdu, M. ve Petek, H. (1998). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 6.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, ss.401-417.
- Zevkliler, A. ve Havutçu, A. (2007). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss.367-379.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K.E. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 14. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, ss.675-712.

