

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ÖDEMEDE BULUNAN KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF
OLMASI VE BUNUN HUKUKÎ SONUÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burcu BAŞAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nami BARLAS

MART 2009

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ÖDEMEDE BULUNAN KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF
OLMASI VE BUNUN HUKUKÎ SONUÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Burcu BAŞAR

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nami BARLAS

MART 2009

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

Sunuş	1
İncelememizin Amacı	2
İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması	3

I. BÖLÜM

GENEL OLARAK KEFALET VE KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASI

§ 1. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKİ YERİ

I. Teminat Sözleşmelerine Genel Bakış	5
II. Kefalet Sözleşmesinin Ana Çizgileri ve Teminat Sözleşmeleri Arasındaki Yeri	7
1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı	7
2. Kefalet Sözleşmesinin Nitelikleri	10
a. Kefilin Borcunun Fer'î Niteliği	10
b. Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Niteliği	11

c.	Kefilin Borcunun Talî Niteliği	11
d.	Kefalet Sözleşmesinin Kural Olarak İvazsız Olması	13
e.	Kefalet Sözleşmesinin Hukukî Sebebi	16
3.	Kefalet Sözleşmesinin Kişisel teminat Sözleşmeleri Arasındaki Yeri	16
§ 2.	Kefilin Alacaklının Haklarına Halef Olması	19
I.	Halefiyet Kavramı	21
1.	Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet Kavramı	21
a.	Genel Olarak Halefiyet Kavramı	21
b.	Boçlar Kanununda Sayılı Halefiyet Halleri	23
2.	Halefiyet ve Rücû Kavramları Arasındaki İlişki	25
3.	Halefiyetin Kefalet Sözleşmesine İlişkin Özellikleri	28
a.	Sebebi	28
b.	Kefilin Halefiyetinin Emredici Nitelikte Olması	29
c.	Kefilin Halefiyetinin Temelinde Bir Rücû Hakkı Bulunması	30
II.	Kefilin Halefiyetinin Gerçekleşebilmesi İçin Gereken Şartlar	31
1.	Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması	32
a.	Asıl Borcun Mevcudiyeti	32
b.	Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği	37
2.	Kefilin Alacaklıyı Tatmin Etmesi	51
a.	Kefilin Borcunu Sona Erdiren Haller	52

b.	Alacaklının Kısmen Tatmin Edilmesi	59
3.	Kefilin Borçluya Karşı Rücû Hakkına Sahip Olması	60
a.	Borçluya Ait Defilerin İleri Sürülmemesi	61
b.	Kefilin Alacaklıyı Tatmin Ettiğini Borçluya İhbar Etmemesi	62
III.	Alacaklının Kefile Karşı Sorumluluğu	65
1.	Özen Ödevi	66
a.	Bilgi Verme Ödevi	67
b.	Borçlunun İflasını Kefile Bildirme ve Alacağı İflas Masasına Kaydettirme Ödevi	68
2.	Teminatları Kefile Devretme ve Bu Teminatlara İlişkin Olarak Koruyucu Nitelikteki Ödevleri	69
a.	Düzenleme Kapsamındaki Teminatlar	69
b.	Alacaklının Teminatları Geçirme Yükümlülüğünün Kefilin İflasına Tabi Olup Olmaması	72
c.	Teminatları Azaltmamak ve Elden Çıkarmamak Yükümlülüğü	73
3.	Ödemeyi Kabul Etme Ödevi	75

II. BÖLÜM

KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I.	Alacağa Bağlı Hakların Kefile İntikali	78
1.	Teminatların İntikali	78
a.	Kişisel Teminatların İntikali	78

b.	Nesnel Teminatların İntikali	84
2.	Faizin ve Sözleşme Cezası Alacağı'nın İntikali	86
a.	Faiz	86
b.	Sözleşme Cezası	88
II.	Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Sorunlar	89
1.	Kefaletle Konu Esas Borcun Bir Üçüncü Kişi Tarafından Rehin Verilmek Suretiyle Güvence Altına Alınması	89
2.	Alacaklının Kısmen Tatmin Edilmesi ve Bunun Teminatların Kefile İntikaline Etkisi	94
III.	Zamanaşımı	95
1.	Kefilin Borcunun Tabi Olduğu Zamanaşımı	95
2.	Kefilin Rücû Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı	97
SONUÇ		102

KISALTMALAR

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
ATF	:	Arrêt du Tribunal Fédéral
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bağ-Kur Kanunu	:	1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu
BK	:	818 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
HD.	:	Hukuk Dairesi
İBM	:	İstanbul Barosu Mecmuası
İİK	:	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İsviçre BK	:	30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu
MK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
RG	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SSK	:	506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu
TTK	:	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Tasarı BK	:	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
Tasarı TTK	:	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı

Yarg.	:	Yargıtay
Yarg. HGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yarg. İçt. Bir. K.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Yarg. İçt. Bir. Gen. Kur.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
Yarg. TD.	:	Yargıtay Ticaret Dairesi

GİRİŞ

Sunuş

Her ne kadar bir borç ilişkisine borçlunun borcu ifa edeceğine inanılarak girilir ise de, bu her zaman mümkün olmayabilir. Borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ise alacaklı uzun yargılama ve icra süreçlerine başvurmak zorunda kalabilecektir. Öyle ki, kimi zaman bu icra süreci sonunda dahi borçlunun malvarlığının yetersizliği neticesinde, alacaktan istenen fayda elde edilemeyebilecektir. İşte bu nedenle, alacaklıya, alacağını elde edebileceğine ilişkin olarak sunulan her güvence borçtan istenen faydanın elde edilebileceğine ilişkin inancı bir nebze daha arttıracak olup, bu güvence kimi zaman borç ilişkilerinin oluşabilmesinin en büyük sebeplerinden biri olacaktır.

Hâl böyle olmakla birlikte ve her ne kadar alacaklı için bir güvence sağlasa ve bu suretle alacaklı açısından olumlu bir hususu ifade etse de, incelememizin konusunu oluşturan kefalet sözleşmesinde teminat borcu altına giren kişiyi tanımlamak üzere kullanılan “kefil” ifadesi çoğu zaman zihinlerimizde ürkütücü bir his yaratmaktadır. Kefil olmak demek çoğu zaman tehlike ile eş değerdedir. Muhakkak kendi borcunu ifa etmeyen veya edemeyen bir borçlu, ne suretle olursa olsun alacağına ilişkin menfaatini elde etmek isteyen bir alacaklı ve başkasının borcu sebebiyle sorumluluk üstlenmiş olan kefilden oluşan üçlü bir ilişki ile karşı karşıya kalmaktayız.

Özellikle banka uygulamasında bankaların standart olarak müşterilerine adeta dayattıkları kefalet metinleri bu endişemize veya “kefalet” kurumunu tehlikeli görmemize engel olmamakta, hatta bu tehlikeyi kanun hükümleri açısından değerlendirildiğinde mevcut olduğundan da daha fazla olarak göstermektedir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi başkasının borcunu teminat altına almak üzere sorumluluk altına giren kefil ve tabi olduğu kefalet kurumu acaba gerçekten de bu

denli tehlikeli ve kefilin zararına mıdır? Kanun koyucu kefil bu denli yalnız mı bırakmıştır? Şüphesiz ki bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir.

İncelememizin Amacı

Kefil kanunun korumasından diğer sözleşme türlerinde sorumluluk altına giren kişilere oranla çok daha fazla yararlandığı halde, bankaların hazırladığı standart metinler adeta ve kanun tarafından sağlanan bu korumayı devre dışı bırakır niteliktedir. Hatta bugün bu husus yalnızca kefalet sözleşmesi açısından değil, garanti sözleşmesini de içerecek şekilde diğer tüm kişisel teminat sözleşmeleri açısından geçerlidir.

Kanun koyucu ise kimi zaman sözleşme özgürlüğünden vazgeçmek pahasına kefil koruması altına almıştır. Öyle ki, kendi üzerine düşenleri yerine getirmesi ön koşuluna bağlı olarak kefil alacaklının yerine dahi koymuştur. Bu husus kefil alacaklının haklarına halef kılmak suretiyle söz konusu olmaktadır.

Halefîyet öyle bir kurumdur ki, az önce değindiğimiz üçlü ilişkideki “alacaklı” tarafını ek hiçbir işleme gerek kalmaksızın değiştirerek kefil birden hak sahibi haline getirir ve borçluya karşı bir talep hakkı bahşeder. Bu nedenle de öğretilerde kimi yazarlar halefîyeti “*hukukî büyü*” olarak tanımlamaktadır.¹

İşte incelememizin amacını kanun koyucunun borçlar hukukuna hakim ilke olan sözleşme serbestisinden kimi zaman sapma pahasına kefile sağladığı bu korumanın ve menfaatler arasında denge kurmaya hizmet eden en önemli hukukî kurumlardan biri olan halefîyet kurumunun kefil açısından değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

Hemen belirtmek isteriz ki kefalet sözleşmesi İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasında mevcut olan hüküm ikizliğinin daha dışında kalan ve belki de iki kanunun bugün yürürlükteki metinleri arasındaki en belirgin farkı oluşturan kurumdur. Türk Borçlar Kanunu, dönemin gereklilikleri uyarınca 1941 yılında esaslı bir revizyona tabi tutulmuş olan İsviçre Borçlar Kanununun mevcut kefalet hükümlerini benimsememiş olup, mevcut kanun halen 1941 tarihinde revizyona

¹ Necip **Kocayusufpaşaoğlu**/Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Sebepsiz Zenginleşme, C. III, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 25

uğramadan önce hüküm süren İsviçre Borçlar Kanununun kefalet hükümlerini içermektedir. Bu suretle kefalet sözleşmesine ilişkin İsviçre ğretisi ve mahkeme içtihatları bizim hukukumuz açısından kimi zaman olması gereken hukuk mahiyetinde bir işlev sergilemiş olup, itihatlarımızdan ziyade öğretide yer bulmuştur.

Hal böyle olmakla birlikte, Şu anda kanunlaşma sürecinde olan Borçlar Kanunu Tasarısında, girişte sözünü ettiğimiz hüküm ikizliğine uygun bir suretle, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler neredeyse bütünüyle İsviçre Borçlar Kanunundan alınmıştır. Bu suretle diyebiliriz ki, Türk kanun koyucusu açısından 1941 tarihinde revizyona uğrayan İsviçre Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri 1941 sonrasında mehz değil ancak “olması gereken hukuk” mahiyetinde olmuş ve ancak neredeyse 65 yıl sonra bu hükümlerin hukukumuzda adapte edilmesi gündeme gelmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin olarak gösterdiği bu farklılıklar ve halen kanunlaşmamıŐ olan Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan hükümler arasındaki farklılıkların da, özellikle kanun koyucunun neden değişiklik ihtiyacı duyduğuna ilişkin izahatlar kapsamında incelememizi zenginleŐtireceđi kanaatindeyiz.

İnceleme Planı ve Konunun Sınırlandırılması

İncelememiz kapsamında kanunen sınırlı hallere münhasır olmak üzere ngrlmŐ olan halefiyet kurumunun neden kefil lehine de ngrlmŐ olduğunu ortaya koyma çabasıyla ilk olarak genel olarak teminat sözleşmeleri ve kefalet sözleşmesinin bu sözleşmeler arasındaki yerini ele alacağız. Bu suretle kefalet sözleşmesinin genel niteliklerine de değinip, esas konumuz olan halefiyet halinin nedenlerinin ve sonuçlarının daha iyi ortaya konulabilmesi için sadece kefil değil, kefillin teminat altına almış olduğu borcun tarafları olarak alacaklı ve borçlunun da kanun koyucu gözündeki yerini kanunen bu kişiler yüklenmiş olan yükümlülükler çerçevesinden bakarak ortaya koymaya çalıŐacađız.

Yine ilk bölümde bu metni kaleme alırken kafamızda oluşan ve kanun koyucunun korumasının kişisel teminat sözleşmeleri arasında bu denli yoğun bir şekilde neden yalnızca kefil lehine öngörüldüğü sorusuna da cevap arayacağız.

Yine ilk bölüm kapsamında genel olarak halefiyet haline değinip, bu kurumun kefalet akdi açısından gösterdiği özellikler üzerinde duracağız. Yine kefil açısından halefiyetinin doğuşu ve tâbi olduğu kurallar, kefilin alacaklı ve borçlu ile olan ilişkileri ekseninde bu bölümde ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise artık karşımızda kanunen kendisine yüklenen ödev ve borçları yerine getirmiş olan bir kefil bulacağız ve bunun ödülü olarak alacaklının haklarına halef olan kefilin bu halefiyeti kapsamında hangi hak ve yetkilere sahip olduğunu ele alacağız.

I. BÖLÜM

GENEL OLARAK KEFALET VE KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASI

Ş1. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE ŞAHSİ TEMİNAT SÖZLEŞMELERİ ARASINDAKİ YERİ

I. Teminat Sözleşmelerine Genel Bakış

En geniş anlamıyla teminat kavramı, alacaklıya, alacağını elde etme yolunda bir güvence temin eden hukuksal ilişkilerin tümünü içermektedir.² Beklenen, borçlunun kendi borcunu herhangi bir kanunî veya sözleşmesel yaptırıma maruz kalmadan ifa etmesi olsa da, bu her zaman mümkün olmamaktadır. Borçlunun borcunu ifa etmemesi veya edememesi halinde icra organları devreye girecek ve bu suretle borçlunun rızasının ifa veya ifa eksikliğinden doğan zararın karşılanması açısından herhangi bir önemi kalmayacaktır.³ Ancak bu halde de, her ne kadar borçlunun rızası bir yana bırakılmış olsa da, borcun karşılanacağı kaynak değişmeyecek veya genişlemeyecektir. Her halükarda rızaen veya rızası olmaksızın borçlunun malvarlığına başvurulacaktır.⁴ İşte teminat kurumu alacaklının borçlu dışında ifaya olan menfaatinin sağlanması açısından başvurabileceği başka bir imkan daha

² Halûk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 684; Cevdet **Yavuz**/Burak **Özen**/Faruk **Acar**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007, s. 823; ATF 106 II 161.

³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, “borcunu rızası ile yerine getirmeyen (ifa etmeye, ödemeyen) borçlu, alacaklının talebi üzerine, Devlet kuvveti ile borcunu yerine getirmeye (ödemeye zorlanır). Devletin cebri icra organları (icra dairesi), borçlunun mallarına el koyar, bu malları satar ve satış bedelinden alacaklıya öder” demek suretiyle, cebri icra sürecini özetlemiştir. Bkz. Baki **Kuru**/Yılmaz **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 22. Bası, Ankara 2008, s. 29. Ancak görülmektedir ki, süreç daima borçlunun malvarlığına ilişkin ve bununla sınırlıdır. İcra aşaması borçlunun rızasının yerine geçmekte, ancak malvarlığının sınırlarını genişletmemektedir.

⁴ Erden **Kuntalp**, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 264-265.

yaratmakta ve alacaklının bu menfaatinin sağlanması için başvurabileceği imkanları genişletmektedir.

Alacaklının, alacağını temin etmesine ilişkin olarak ek bir güvenceye kavuşturulması, taşınır veya taşınmaz bir mal üzerinde alacaklı lehine bir rehin hakkı tesis etmek suretiyle ona bir aynı hak kazandırılması ile söz konusu olabileceği gibi,⁵ bir üçüncü kişinin borçlunun borcuna ilişkin olarak şahsi sorumluluk yüklenmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir. İşte bu ilk halde bir aynı teminatın varlığından, ikinci halde ise şahsi bir teminatın varlığından söz edilebilecektir.⁶

Aynı teminatlarda alacaklının borçlununkinden başka ifaya olan menfaatinin tatmini için istifade edebileceği kişisel bir malvarlığı söz konusu olmayıp, istifade imkânı aynı teminata konu olan hak ile sınırlıdır.⁷ Kişisel teminatlarda ise teminat veren kişinin sorumluluğu herhangi bir malvarlığı ile sınırlı olmayıp, alacaklı, alacağı ölçüsünde teminat verenin tüm malvarlığına başvurabilecektir.⁸ **Kuntalp** bu hususu kişisel teminat veren kişinin “*tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu kişisel bir borç altına girmiş olması*” olarak izah etmektedir.⁹ **Rossel** ise aynı ve kişisel teminatlar arasındaki farkı ele almakta ve kişisel teminat altına girenin yükümlülüğünün kişiye yakın suretle bağlılığına değinmek suretiyle bu iki teminat türü arasında büyük bir fark olduğunu dile getirmektedir.¹⁰

⁵ Nami **Barlas**, Yeni Medenî Kanununun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s. 570.

⁶ Aynı teminat ve kişisel teminat kavramları arasındaki ayırım için bkz. **Tandoğan**, s. 688-689; **Kuntalp**, Teminat, s. 280 vd.; Burak **Özen**, Kefalet Sözleşmesi, Özellikleri – Kuruluşu – Türleri, İstanbul 2008, s. 1-6.

⁷ Öğretide kimi zaman “*aynî teminat*” kavramı yerine “*maddi teminat*” ifadesinin kullanılması ve maddi teminat ibaresinin aynı teminat ifadesi ile kastedilene karşılamadığı konusunda Bkz. **Barlas**, Aynı Teminat, s. 570.

⁸ **Tandoğan**, s. 689; **Özen**, s. 5.

⁹ **Kuntalp**, Teminat; s. 289; **Barlas** da garanti ve kefalet sözleşmelerinde ortaya teminat olarak “*kişisel itibar*” ın konduğunu belirtmektedir. Bkz. **Barlas**, Aynı Teminat, s. 570.

¹⁰ Virgile **Rossel**, Droit Fédéral des Obligations, Genève 1920, s. 566 ; **Reisoğlu** da kefilin borcunun bir üçüncü kişinin borcu için aynı teminat veren kişiye göre çok daha ağır olduğunu belirtmektedir. Bkz. Seza **Reisoğlu**, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 343.

Öğretide kişisel teminat sözleşmeleri arasında nitelenebilecek sözleşme türleri kefalet sözleşmesi, garanti sözleşmesi, borca katılma, sigorta sözleşmesi, itibar emri ve vesikalı akreditif olarak belirtilmektedir.¹¹

II. Kefalet Sözleşmesinin Ana Çizgileri ve Teminat Sözleşmeleri Arasındaki Yeri

1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kefalet akdi bir kişinin yabancı olduğu bir borç ilişkisinden kaynaklanan borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde, bundan doğan zararları karşılayacağını bu borcun alacaklısına karşı taahhüt ettiği ve bu taahhüdü nedeniyle tüm malvarlığıyla sorumlu olduğu sözleşme türüdür.¹²

¹¹ **Tandoğan**, s. 689; **Yavuz**, s. 761; **Özen** ise kıymetli evrak hukukunda düzenlenmiş olan aval kurumunun ve yine Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan komisyoncunun teminatının da (BK m. 421) kişisel teminat sözleşmeleri arasında nitelendirilebileceğini belirtmektedir. bkz. **Özen**, s. 6. Komisyoncu teminatının kişisel teminatlar arasında olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. **Kuntalp**, Teminat, s. 287.

İncelememizin konusunu oluşturan kefalet sözleşmesinin de aralarında yer aldığı kişisel teminat sözleşmelerinin niteliğini ve alacaklı açısından işlevini daha iyi ifade edebilmek için öğretide bu konuya ilişkin olarak söz konusu olan bir sınıflandırma tartışmasına değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. **Engel** borcun ifasında kusura ilişkin olarak öngörülen sözleşmesel yaptırımları ve yine bu yaptırımların kanunda özel olarak düzenlenmiş bir hali olan cezai şartı da (BK m. 159; İsviçre BK m. 160) kişisel teminat sözleşmeleri arasında saymaktadır (Pierre **Engel**, Contrats de Droit Suisse, Berne 2000, s. 627). Aynı yönde bkz. **Thévenoz/Werro**, s. 2522-2523; Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar-Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler – Satım – Trampa – Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002, s. 21. **Tandoğan** ise, borcun ifasını sağlamaya yönelik bu sözleşmesel yaptırımları, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük olarak nitelemekte ve bu sözleşmesel yaptırımlara kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer verilmemesi gerektiği görüşündedir. (**Tandoğan**, s. 686) **Kuntalp**'e göre de, her ne kadar alacaklıyı borcun ifası konusunda biraz daha güçlü konuma getirmekteyse de, bu nitelikte düzenlemelerin kişisel teminat sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. (**Kuntalp**, Teminat, s. 266)

Kanaatimizce de her iki yazar tarafından da dile getirdiği üzere bu nitelikte düzenlemeler her ne kadar borçlu üzerindeki ifa veya eksiksiz ifa yönündeki baskıyı artıracak olsa da (bkz. bu yönde: Köksal **Kocağa**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s. 42), alacaklının başvurabileceği malvarlığının kapsamını genişletmeyecek olup, teminat kurumunun esas işlevi olan esas borçlunun malvarlığından başka bir unsura daha başvurabilme imkânını alacaklıya sunmayacaktır. Bu nedenle biz de esas borçluyu sorumluluk altına sokan sözleşmesel düzenlemelerin teminat sözleşmeleri arasında nitelendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. İncelememiz kapsamında kişisel teminat ifadesini, salt sözleşmesel anlamda olmamakla birlikte, geniş anlamda esas borçlu ve alacaklıdan başka en az bir üçüncü kişinin de varlığını gerektiren sözleşmeler açısından kullanacağız.

¹² **Tandoğan**, s. 693; Nami **Barlas**, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara 2006, s.43; **Engel**, Contrats, s. 638; Luc **Thévenoz/ Franz Werro**, Commentaire Romand Code des Obligations I, Volume I, Genève 2003, s. 2532 ; Pierre **Tercier**, Les Contrats Spéciaux, 3^{ème} Edition, Zurich 2003, s. 856 ; Georges **Scyboz**, Le Contrat de Garantie et le Cautionnement, Fribourg 1979, s. 43 ; Fahrettin **Aral**, Borçlar

BK m. 483 uyarınca “kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder”. Öğretide oybirliği ile belirtildiği üzere Borçlar Kanununda yer alan kefalet sözleşmesi tanımı eksiktir ve salt bu tanıma riayet edildiği takdirde, kefilin borcunun alacaklının alacağına bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi yönünde çaba göstermek olduğu zannı uyanmaktadır.¹³ Oysa kefaletle ilişkin takip eden hükümlerden de anlaşılacağı üzere, kefil, esas borcun gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir.¹⁴ Kanuni tanımdaki bir diğer eksiklik ise “borçlunun akdettiği borcun” demek suretiyle, kefaletin yalnızca sözleşmesel borçlara ilişkin olarak söz konusu olabileceği yönünde bir izlenim uyandırmasıdır.¹⁵ Oysa kefaletin teminat altına aldığı borç sözleşmesel bir borç olabileceği gibi haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi diğer borç doğurucu münasebetlerden veya doğrudan kanundan da kaynaklanabilir.¹⁶ Bir borcun kefaletle konu olup olamaması yönündeki

Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 437; **Yavuz/ Özen/ Acar**, s. 824 ; Hüseyin Murat **Develioğlu**, Les Garanties Indépendantes Examinées A La Lumière des Règles Relatives Au Cautionnement, Berne 2006, s. 28-29. **Daeppen** ise kefalet sözleşmesini borçlu tarafından sözleşmesel olarak taahhüt edilen bir borcun ödenmesinin bir başka kişi tarafından alacaklıya garanti edildiği sözleşme olarak nitelendirmektedir. Kanaatimizce bu tanım kefilin borcunun esas borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi halinde bundan doğan zararların ödenmesi olduğunu belirtmemesi, esas borcun kaynağını sadece sözleşme ilişkisi ile sınırlı tutması ve özellikle adi kefalet halini göz önünde bulundurmadan kefilin ödemesini borçlunun ödememesi haline hasretmemesi nedeniyle eksiktir. Bkz. Oscar **Daeppen**, Code Fédéral des Obligations, Zurich 1937, s. 397; **Guhl** de kefalet sözleşmesini kefilin, borçlunun borcunu ödemeyi alacaklıya taahhüt ettiği sözleşme türü olarak nitelendirilir. Bu tanımın da kefilin borcunun, esas borcun ödenmemesi halinde alacaklıya kefalet sözleşmesi uyarınca mesul olduğu miktarda ödeme yapmak olduğunu belirtmemesi nedeniyle eksik olduğu kanaatindeyiz. Bkz. Théo **Guhl**, Le Droit Fédéral des Obligations, Zurich 1947, s. 340; **Güral** ise kefilin borçlu borcunu ödemediği takdirde kefilin kendisinin ifada bulunacağını taahhüt ettiğini belirtmektedir. Kanaatimizce bu tanımda kefilin esas borcun ifasıyla yükümlü olmaması nedeniyle hatalıdır. Bkz. Jale **Güral**, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFĐ, C. VIII, S. 1-2, 1951, s. 435-436.

¹³ **Tandoğan**, s. 693; Necip **Bilge**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971 s. 364; Seza **Reisoğlu**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2; **Özen**, s. 45; **Aral**, s. 437; **Barlas**, Kefalet, s. 43.

¹⁴ **Tandoğan**, s. 693; **Barlas**, Kefalet, s. 43.

¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca metninde de “de la dette contractée par le débiteur” ifadesi kullanılmak suretiyle (İsviçre BK m. 492), Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi esas borcun ancak sözleşmesel nitelikte olabileceği yönünde bir izlenim uyandırılmaktadır.

¹⁶ **Tandoğan**, bu hale örnek olarak kanundan doğan bir borç olan nafaka borçlarına da kefil olunabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Tandoğan**, s. 683; **Bilge** ise kanuni borca kefil olunabilmesi hususunu vergi borcu örneği ile izah etmektedir. Bkz. **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, 2. Bası, Ankara 1971, s. 365; **Barlas** Kefalet, s. 43; **Scyboz**, s. 45. Ahlaki ödevlerden kaynaklanan yükümlülüklerle kefil olunamayacağı yönünde bkz. **Thévenoz/Werro**, s. 2544; **Güral**, s. 436. **Thévenoz/Werro** ve **Güral** bu belirtmede bulunmuş olmakla birlikte, bir eksik borç niteliğinde olan ahlaki ödevlere de kefil olunabilmesinin aşağıda değinmekte olduğumuz eksik borçlara kefil

kıstas borcun kaynağı değil, ancak kefalet taahhüdünün niteliğine bağlı olarak bu borcun para ile değerlendirilebilen nitelikte olup olmamasıdır.¹⁷ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kefilin borcu, borcun ifa edilmesi veya ifasının sağlanması olmayıp, alacaklının ifaya olan menfaatini sağlamaya yönelik bir para borcudur. Bu nedendir ki borcun parasal değerinin, bir diğer ifadeyle alacaklının ifaya olan menfaatinin parasal değerinin, tespit edilebilir nitelikte olması gerekmektedir.¹⁸

Öğretide kimi yazarlar kefilin borcunu bir “tazminat” borcu olarak nitelemektedir.¹⁹ **Barlas** ise bu nitelemeye kefilin borcunun, asıl alacaklının esas borcun ifasına ilişkin menfaatini karşılamaya yönelik bir para borcu olduğu ve bunun kefilin kendi edimi olduğunu ifade ederek karşı çıkmaktadır.²⁰ Kanaatimizce de kefil alacaklıya karşı kendi borcuna ilişkin olarak temerrüde düşmediği sürece, bir “tazmin” yükümlülüğü altına girmeyecektir. Onun borcu aşağıda da inceleyeceğimiz üzere esas borçtan bağımsız nitelikte bir borçtur. Esas borç, doğrudan bir tazminat borcu olsa dahi, bu husus kefilin borcunun niteliğini de tazminat borcuna çevirmeyecektir.

Borçlar Kanunu Tasarısında da kefalet tanımı yenilenmiş ve “*kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*” demek suretiyle, kefilin borcunun esas borca ilişkin ifa noksanlıklarının sonuçlarına ilişkin olarak sorumlu olmak olduğu ve esas borcun kaynağı konusunda bir sınırlamanın söz konusu olmadığı açıkça belirtilmiştir (Tasarı BK m.581). Bu suretle mevcut kanundaki tanım eksikliği giderilmiştir.²¹

olunabilmesi ve bu kefaletin tabi olduğu sonuçlara ilişkin tartışmalar kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Ahlaki ödevlere kefil olunabilmesi konusunda bkz. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2009, s. 16.

¹⁷ **Barlas**, Kefalet, s. 43; **Özen**, s. 111; **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 339; **Velidedeoğlu/Özdemir**, s. 687; **Scyboz**, s. 45.

¹⁸ **Scyboz**, s. 50. Kefilin esas borcu aynen ifa etmek suretiyle kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmiş sayılıp sayılmayacağı ve bu nitelikte ifanın kefil açısından doğurduğu hukukî sonuçlar öğretide tartışmalıdır. Bu konuya ve ilgili tartışmalara ileride kefilin borcunun ifası başlığı altında değineceğiz.

¹⁹ **Tandoğan**, s. 697; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 7-8.

²⁰ **Barlas**, Kefalet, s. 43.

²¹ Erden **Kuntalp**/ Nami **Barlas**/ Ahu **Moralı**/Pelin Çavuşoğlu **Işıntan**/Mehtap **İpek**/Mert **Yaşar** /Sedef **Koç**, Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 265.

2. Kefalet Sözleşmesinin Nitelikleri

a. Kefilin Borcunun Fer'î Niteliği

Kefilin borcu fer'î nitelikte bir borç olup, akıbeti teminat altına alınan asıl borcun mevcudiyetine ve geçerliliğine bağlıdır.²²

Kefilin kefalet akdine girmek suretiyle yüklendiği borç, esas borcun ifa edilmemesinden veya eksik ifasından dolayı alacaklının ifaya olan menfaatini karşılamak üzere ödemede bulunmaktır. İşte bu nedenle kefilin borcu alacaklının

²² **Tandoğan**, s. 695; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 2-4; **Thévenoz/Werro**, s. 2539; **Barlas**, Kefalet, s. 44; Yarg. 11. HD., 17.5.1983, 2462/2617 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 9.6.2005, 3463/9750 (Kazancı-İnternet); ATF 120 II 135; ATF 111 II 276; ATF 125 III 435.

BK m. 485'de "hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mes'uliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt esnasında vakıf ise muteber olur" denmektedir. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesine girerken esas borçlunun hata veya ehliyetsizlik sebebiyle sözleşme ile bağlı olmadığını biliyor ve yine kefalet sözleşmesine giriyorsa, esas borcu ilgilendiren bu sakatlık halleri kefalet sözleşmesinin sıhhatini etkilemeyecektir. Bu husus kefilin borcunun esas borçlunun borcu yanında fer'î nitelikte bir borç olmasının istinası gibi görülmektedir. Ancak öğretilerde bu tür bir halde teminat borcu altına giren kişinin üstlendiği borun kefalet olarak nitelenemeyeceği ve esasen bu maddede bir garanti taahhüdünün öngörülmek istendiği belirtilmektedir. Bkz. **Tandoğan**, s. 722; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 4.; **Scyboz**, s. 53. **Özen** ise bu düzenlemenin "kefalet benzeri garanti sözleşmesi" anlamına geldiğini belirtmektedir. Bkz. **Özen**, s. 83. Öğretilerde varılan bu sonuç Borçlar Kanunu Tasarısında kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş olup "yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren bir kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefalet konusunda uygulanabilecek ilke ve koşullara göre sorumlu olur" demek suretiyle yüklenilen sorumluluğun kefalet niteliğinde olmadığı, ancak bu şekilde teminat borcu altına giren kişinin kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerden istifade edebileceği belirtilmiştir (Tasarı BK m.582/II). **Kuntalp /Barlas /Moralı /İşintan /İpek /Yaşar/ Koç** ise Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan bu düzenlemenin BK m. 485'de yer alan belirsizliği gidermekten halen iki yönde eksik olduğu görüşündedirler. Şöyle ki, maddede "ehliyetsizlik" ifadesi kullanılmış ve kefilin girdiği teminat yükümlülüğünün her türlü ehliyetsizlik halinde yine de geçerli olacağı belirtilmiştir. Oysa "tam ehliyetsizlik" halinde herhangi bir borç doğmaz. Bu suretle "ehliyetsizlik sonucu yapılmış bir sözleşmeden doğan borca" denmesi hatalıdır. Bkz. **Kuntalp/Barlas/Moralı/İşintan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 266. Hemen belirtmek isteriz ki, Borçlar Kanunu Tasarısında bu hüküm bir kez daha revizyona uğramış olup mevcut düzenlemede yukarıda da belirttiğimiz gibi "yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için" ifadesi kullanılmaktadır. Ancak bu revizyonun da **Kuntalp/Barlas/ Moralı /İşintan/İpek/Yaşar/ Koç**'un tam ehliyetsizlik halinde bir sözleşme ilişkisi kurulmayacağı ve bu nedenle borç doğmayacağı yönündeki endişesini gidermekten uzak olduğu kanaatindeyiz. **Kuntalp /Barlas /Moralı /İşintan/İpek /Yaşar/ Koç**'un Tasarı BK m. 582/II'ye ilişkin bir diğer eleştirisi de maddenin düzenlemekte olduğu durumun sebeplerine ilişkin ihtimalleri dikkate almadığı yönündedir. Buna göre, kefilin borçlunun sorumsuzluğunu bildiği halde teminat borcu altına girmesi kefilin sözleşmenin icazetle geçerli hale gelme ihtimalini dikkate almasından kaynaklanabileceği gibi kefil icazet verilmeyerek esas borcun asla geçerli olarak doğmaması halinde de teminat borcu altına girmek istemiş olabilir. Madde bu ayrımları ortaya koymaktan uzaktır. Bkz. **Kuntalp/Barlas/Moralı/İşintan/ İpek/Yaşar /Koç**, s. 266. Öğretilerde BK m. 485/III'deki düzenlemeyi sebeplerine ilişkin bu ayrımı dikkate alarak yorumlayan yazarlar vardır. Bkz. **Tandoğan**, s. 722.

esas borca ilişkin olarak bir zarara uğrama tehlikesi devam ettiği ve alacaklı ve kefil arasında akdedilen kefalet sözleşmesi buna izin verdiği sürece azami miktarı borçlunun borcu ile sınırlı olmak üzere devam edecektir. Esas borç ortadan kalktığı takdirde kefilin borcu da sona erecektir.²³

Kefalet borcunun akıbetinin esas borcun akıbetine tabi olmasının bir diğer sonucu da, esas borca ilişkin her türlü tasarruf işleminin kefilin borcuna da etki edecek olmasıdır. Bu suretle esas alacak temlik edilirse, onun ferî niteliğinde olan kefalet de yeni alacaklıya geçecektir.²⁴

b. Kefalet Sözleşmesinin Bağımsız Niteliği

Kefalet sözleşmesi ve bu suretle kefilin yüklendiği borç, ifa edilmemesi halinde, alacaklının bu borcun ifasına olan menfaatinin ödeme yapmak suretiyle kefil tarafından karşılanacağına taahhüt edildiği esas borcun konusunu teşkil eden ilişkiden ayrı niteliktedir.²⁵ Kefilin borcunun esas borçtan bağımsız olarak düşünülmemeyecek olması ve esas borcun ferî olmasıyla birlikte, kefilin bu taahhüt altına girmesine neden olan ilişki esas borcu doğuran ilişkiden ayrı olup, kaynağı kefil ve alacaklı arasında akdedilmiş olan kefalet sözleşmesidir.²⁶ Borçlu, kefil ve alacaklı arasındaki bu sözleşmesel ilişkinin bütünüyle dışındadır.

c. Kefilin Borcunun Talî Niteliği

²³ **Tandoğan**, s. 692; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 2.

²⁴ **Özen**, s. 68; Alacağın temlik halinde, bu alacağı teminat altına alan kefalet alacağının da yeni alacaklıya geçeceği yönünde Bkz. **Oğuzman/ Öz**, s. 936. Aynı yönde Bkz. Yarg. 19. HD., 21.05.2003, 7795/5255 (Kazancı-İnternet). Öte yandan borcun nakli halinde, kefalet alacağının geçerli olarak devam etmesi ancak kefilin bu yönde izni en geç nakil anında alındığı takdirde söz konusu olur. Bu husus “*bununla beraber borcu temin için bir rehin tesis etmiş olan üçüncü şahsın ve kefilin mes’uliyetleri ancak borcun nakline razı oldukları halde devam eder*” demek suretiyle kanunda açık olarak belirtilmiştir (BK m. 176/II). Kanunda yer alan bu düzenlemenin ileride inceleyeceğimiz şekilde, kefil olma iradesinin oluşmasında borçlunun kimliğinin önemini ortaya koyduğu kanaatindeyiz.

²⁵ **Tandoğan**, s. 700; **Scyboz**, s. 49; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 4-5.

²⁶ **Özen**, s. 58.

Kefilin borcu teminat altına aldığı esas borca kıyasen ikincil, bir diğer ifadeyle talî nitelikte bir borçtur.²⁷ Öğretide kefilin borcunun taliliği kefalet türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmekte ve genel olarak kefilin borcunun taliliğinden vazgeçilmemekle birlikte, bunun derecesi farklı izah edilmektedir. **Özen** konuyu “geniş” ve “dar” anlamda talilik olarak ele almakta olup, geniş anlamda taliliği kefilin borcunun ifasının, esas borcun muaccel hale gelmesinden önce talep edilemeyecek olması hususuna istinaden ifade etmektedir.²⁸ Yazara göre bu husus müteselsil kefaleti de içerecek şekilde her türlü kefalet türü için söz konusudur.²⁹ Yazar dar anlamda taliliğin ise yalnızca adi kefil³⁰ için söz konusu olduğu, nitekim bunun kefilin kendisinden ödeme talep eden alacaklıya önce esas borçluyu takip etmesi itirazını ileri sürebilmesinden ileri gelmekte olduğunu belirtmektedir.³¹ **Özen** tarafından yapılmış olan geniş ve dar anlamda talilik ayrımının, hiçbir borcun ifasının bu borcun muacceliyetinden önce talep edilemeyeceği ve bu hususun bir borcun geniş anlamda da olsa talî nitelikte olması neticesini doğurmayacak olması nedeniyle yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan yazar “*Esas borçlunun, “muaccel hale gelmiş” borcu ifa etmemesi olgusu gerçekleşmeden, kefil sorumlu tutulamaz.*” belirtmesinde bulunmuştur.³² Oysa müteselsil kefalet, esas borcun muaccel hale gelmesi ve ödenmemiş olması halinde, alacaklının esas borçludan önce

²⁷ **Tandoğan**, s. 696; **Scyboz**, s. 97.

²⁸ **Özen**, s. 88.

²⁹ Her türlü kefaletin geniş anlamda talî nitelikte olduğu konusunda aynı yönde Bkz. **Reisoğlu**, Kefalet, s. 5.

³⁰ Adi kefilin borcunun talî nitelikte olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 13. HD., 3.12.1991, 7229/10997 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 22.1.2004, 10580/469 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 15.5.2003, 4122/6019 (Kazancı-İnternet). Asıl borçluya karşı yapılan takip neticesiz kalmadıkça adi kefile başvurulamayacağı yönünde bkz. Yarg. 13. HD., 24.2.2003, 127021752 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 22.1.2004, 10580/469 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 15.5.2003, 4122/6019 (Kazancı-İnternet).

³¹ **Özen**, s. 88-89; Aynı yönde bkz. **Bilge**, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü, AÜHFD, C: XIII, S. 1-2, 1956, s. 97. Müteselsil kefilin borcunun talî nitelikte olmadığı yönünde bkz. Yarg. 13. HD., 21.4.1992, 1478/3757 (Kazancı-İnternet). Öte yandan İsviçre Borçlar Kanunu açısından kefalet türlerinin talî niteliğine ilişkin olarak yapılan ayrımın herhangi bir önemi yoktur. İsviçre BK m. 496’da müteselsil kefilin ödeme talep edilebilmesi de, ancak borçlunun ödeme yapamayacağına ilişkin bir takım emarelerin mevcut olması halinde söz konusu olabilecektir. Bu nedenle İsviçre Borçlar Kanunu açısından müteselsil kefilin borcu da adi kefil borcu ile aynı derecede olmasa da talî niteliktedir denilebilir. Bkz. **Tandoğan**, s. 697. Borçlar Kanunu Tasarısında da müteselsil kefaletle ilişkin bu düzenleme kabul edilmiş olup, kanunlaşması halinde kefilin borcunun talî niteliği Türk hukuku açısından da her türlü kefalet sözleşmesine ilişkin olarak daha belirgin hale gelecektir. (Tasarı BK m. 586).

³² **Özen**, s. 88.

kefile başvurmasına olanak veren bir kefalet türüdür. Bu suretle müteselsil kefaletin talî nitelikte bir borç olmadığını belirten **Tandoğan**'ın görüşüne katılmaktayız.³³

d. Kefalet Sözleşmesinin Kural Olarak İvazsız Olması

(i) Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.³⁴ Ancak belirtmek isteriz ki bu husus zorunlu olmayıp, kefilin borcuna karşılık alacaklının da bir karşı edim üstleneceği kararlaştırılabilir.³⁵

Kefalet sözleşmesinin kural olarak ivazsız nitelikte olduğunu belirtmeye ek olarak, alacaklıya kanunen yüklenmiş yükümler, alacaklının sözleşmesel olarak kefile karşı üstlenebileceği yükümler ve yine alacaklının kefile karşı sözleşmesel olarak yüklenebileceği ve kefalet akdini BK anlamında karşılıklı edimler ihtiva eden *karşılıklı* bir sözleşme haline getirecek yükümlülükler arasındaki ayrımın ortaya konması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı ayrıma kefilin yükümlülükleri açısından da gitmek gerekmektedir. Bu yükümlülüklerin niteliğinin ortaya konmasının bunlara aykırılığın sonuçlarının değerlendirilmesinde yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, ileride daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, bu yükümlülüklere aykırılık doğrudan veya dolaylı olarak kefilin alacaklının haklarına halef olması ve bu suretle esas borçluya rücu edebilmesi ile ilgili olup, kefilin bu haklarına etki etmektedir.

(ii) Alacaklı Açısından

Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında alacaklıya yüklenen bir takım mükellefiyetlere yer verilmektedir.³⁶ Bu başlık altında, ileride

³³ **Tandoğan**, s. 769; Aynı yönde bkz. Mehtap **İpek**, Birlikte Kefalet, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2004, s. 545.

³⁴ **Tandoğan**, s. 694; **Barlas**, Kefalet, s. 42; **Scyboz**, s. 44; **Özen**, s. 89; **Develioğlu**, Garanties Indépendantes, s. 344; **Tercier**, s. 857.

³⁵ **Tandoğan**, s. 694; **Barlas**, Kefalet, s. 42; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 6; **Özen**, s. 90.

³⁶ **Barlas**, Kefalet, s. 42.

alacaklının yükümlülük ve külfetleri başlığı altında içeriklerini detaylı olarak ele alacağımız bu düzenlemelerin alacaklı açısından ne tür bir borç yarattığına değinilmekle yetinilecektir.

Borçlar Kanunu'nun muhtelif maddelerinde (alacaklıya, kefile borca bağlı teminat ve ilgili ispat vasıtalarını verme ödevi yükleyen BK m. 499; alacaklıya kefilin ödemesini kabul etme ödevi yükleyen BK m. 501 ve alacaklıya borçlunun iflası halinde bu durumu kefile bildirmek ve alacağı iflas masasına kaydetmek yükümlülüğü yükleyen BK m. 502) alacaklıya kefilin çıkarlarını korumak gayesiyle bir takım ödevler yüklenmiştir. Öğretide de belirtildiği üzere, alacaklıya kanunen yüklenen bu ödevler “külfet” niteliğindedirler.³⁷ Şöyle ki, alacaklı bu ödevleri yerine getirmemesi halinde kefil bu yönde alacaklıdan bir talepte bulunamayacak olup, alacaklı ise bu ödevleri yerine getirmediği ölçüde kefile karşı haklarını bütünüyle veya kısmen yitirecektir.³⁸ Hemen belirtmek isteriz ki kefilin ediminin karşılığını teşkil etmeyen ve alacaklıya kanunen yüklenen bu ödevler kefalet akdini *karşılıklı* bir sözleşme haline getirmez.³⁹

Yine kanunen öngörülmemiş olmakla birlikte, taraflar sözleşmesel olarak alacaklının kefile borçlunun durumuna ilişkin dönemselsel olarak bilgi vermesini öngörebilirler. Ancak bu husus da kefalet akdini *synallagmatique* bir sözleşme haline getirerek alacaklının sözleşmesel olarak sorumlu olması sonucunu doğurmaz.⁴⁰ İleride göreceğimiz üzere alacaklının bu ödevlerini yerine getirmemesi, kefile karşı olan talep hakkına etki eder.

³⁷ Ancak **Tandoğan** alacaklının teminatları elden çıkarmama yönündeki ödevinin alacaklının sorumluluğunu doğuracak olması nedeniyle gerçek anlamda bir yükümlülük olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Tandoğan**, s. 785.

³⁸ **Barlas**, Kefalet, s. 42.

³⁹ **Martin**, s. 374.

⁴⁰ **Tandoğan**, s. 694; **Scyboz**, s. 44. Alacaklının kefile borçlunun mali durumuna ilişkin olarak bilgi vermesi İsviçre Borçlar Kanunu'nda belirli şartlara tabi olmak üzere alacaklının kanuni bir ödevi olarak belirtilmektedir : “*Borçlu, ana paranın veya yarım yıllık bir döneme ait faizin ya da tahvil karşılığında ödünç aldığı ana paranın yıllık geri ödemesinde altı ay gecikirse, alacaklı, durumu kefile bildirmekle yükümlüdür. İstek halinde alacaklı, her zaman, borcun durumu hakkında, kefile bilgi vermek zorundadır.*” (İsviçre BK m. 505/I) Bkz. Nevzat **Koç**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 274. Borçlar Kanunu Tasarısı da bu yönde bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu husus incelememizin ilerleyen kısmında alacaklının yükümlülük ve külfetleri başlığı altında ayrıca ele alınacaktır (Tasarı BK m. 594/I).

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kefalet sözleşmesi kural olarak ivazsız nitelikte bir sözleşmedir. Ancak ivazsızlık kefalet sözleşmesi açısından zorunlu bir unsur değildir. Tarafların anlaşması uyarınca, alacaklı da, sözleşmeyi karşılıklı edimleri ihtiva eden bir sözleşme haline getirecek nitelikte bir karşı edim yükümlülüğü altına girebilir.⁴¹ Öğretide alacaklının da kefile karşı, kefilin borcunun karşılığını teşkil edecek nitelikte bir borç altına girmesi hallerine örnek olarak alacaklının karşı edim olarak başka bir kefil borcundan ibra etmesi veya esas borçlunun borcunu ertelemesi gösterilmektedir.⁴² İşte bu halde, alacaklının üstlendiği karşı edimi yerine getirmemesi artık onun kefile karşı bir takım haklarından mahrum kalmasının ötesinde, alacaklı açısından bir temerrüt hali oluşturur ve kefile de karşılıklı akitlerde temerrüt halinde başvurulabilecek imkanlardan istifade etme hakkını verir.⁴³

(iii) Kefil Açısından

Kefilin kefalet sözleşmesi kapsamında üstlendiği borç yukarıda kefaletin kanuni tanımını başlığı altında da belirttiğimiz üzere, alacaklının esas borcun ifasına olan menfaatinin parasal olarak karşılanmasından ibarettir. Alacaklı tarafından kefilin belirli şartlara tabi olmak üzere ifası talep edilebilecek olan bu borç “*gerçek ve teknik anlamda bir borç*” teşkil eder. **Kuntalp**, “*kişisel teminat veren 3. kişinin kişisel borç altına girmiş olması, onun bu borcu yerine getirmemesi halinde, borca aykırılığın tüm yaptırımlarına muhatap olacağını ifade etmektedir*” demek suretiyle kefilin taahhüdünün “*gerçek ve teknik anlamda bir borç*” olduğu ve kefilin bu borcunun ifa edilmemesinin sonuçlarına da sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümler kapsamında tabi olacağını vurgulamaktadır.⁴⁴

⁴¹ Claude **Ramoni**, Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse, Lausanne 2002, s. 372.

⁴² **Barlas**, Kefalet, s. 42; **Tandoğan**, s. 694; **Romani**, s. 385.

⁴³ **Barlas**, Kefalet, s. 42.

⁴⁴ **Kuntalp**, Teminat, s. 290; Aynı yönde bkz. **Romani**, s. 384. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan kendi sorumluluğuna ilişkin olarak temerrüde düşebileceğine ilişkin olarak Bkz. Yarg. 19. HD., 19.12.2005, 3527/12777 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 15.2.2005, 14072/2139 (Kazancı-İnternet); Yarg. 19. HD., 18.1.2002, 8788/276 (Kazancı-İnternet); Yarg. 19. HD., 27.6.2005, 4515/7207 (Kazancı-İnternet).

Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan bu asli borcuna ek olarak kefile, bu sefer borçluyu korumak gayesiyle bir takım külfetler de yüklenmiştir (kefile borçluya ait defileri ödeme talep eden alacaklıya karşı ileri sürme külfeti yükleyen BK m. 497/II ve kefile alacaklıyı tatmin etmiş olduğunu esas borçluya ihbar etme külfeti yükleyen BK m. 498). Ancak bu külfetler kefilin alacaklıya karşı yüklendiği esas borçtan bağımsız olup, kefilin bu külfetlerini yerine getirmemesi sözleşmesel sorumluluğuna gidilmesine yol açmayacak olup, kefilin kanunen kendisine tanınan bir takım haklardan istifade edememesi sonucunu doğuracak ve kefilin esas borçluya karşı olan rücu hakkına etki edecektir.⁴⁵

e. Kefalet Sözleşmesinin Hukukî Sebebi

Kefalet sözleşmesinin hukukî sebebi esas borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu ifa edememesi veya etmemesi tehlikesine ilişkin olarak alacaklıya bir teminat sağlamaktır.⁴⁶

Teminat sağlama gayesi borçlu ve alacaklı arasındaki borç ilişkisinin hukukî sebebinden tamamen bağımsız nitelikte olduğu gibi, bu illet kefil ve borçlu arasında mevcut olabilecek iç ilişkiden de tamamen bağımsızdır.⁴⁷ Kefil ve esas borçlu arasında kefil kefalet akdine girmeye iten başka hukukî ilişkiler mevcut olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki kefalet sözleşmesinin tarafları kefil ve alacaklıdır. Kefil ve esas borçlu arasındaki ilişki nedeniyle kefil kefalet akdine girmeye iten etkenler “saik” olarak nitelenebilirse de, kefilin borcunun sebebini teşkil etmez.⁴⁸ En nihayetinde kefilin alacaklıya olan borcu kefalet akdinden kaynaklanır ve borçlunun bu sözleşmeyle sözleşmesel anlamda hiçbir ilgisi bulunmamaktadır.

3. Kefalet Sözleşmesinin Kişisel Teminat Sözleşmeleri Arasındaki Yeri

⁴⁵ Alacaklıya BK m. 499, 500 ve 501 ile yüklenen mükellefiyetlerin “gerçek ve teknik anlamda bir borç” niteliğinde olmadığına ilişkin olarak Bkz. **Barlas**, Kefalet, s. 42.

⁴⁶ **Tandoğan**, s. 694; **Özen**, s. 54.

⁴⁷ **Tandoğan**, s. 694; **Tercier**, s. 857-858.

⁴⁸ Borcun sebebi ve borç altına girmeye yol açan saikler arasındaki farklar için Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 160.

Öğretide geniş anlamda kişisel teminat sözleşmeleri arasında kefalet sözleşmesine ek olarak kefalet benzeri garanti sözleşmesi,⁴⁹ borca katılma, itibar emri, sigorta sözleşmesi ve vesikalı akreditifin sayılmakta olduğunu yukarıda belirtmiştik.

Kefalet sözleşmesinin diğer kişisel teminat sözleşmeleri ile arasındaki farklar incelememiz kapsamında değildir. Ancak incelememiz kapsamında sıklıkla değineceğimiz üzere kanun koyucunun bir takım koruyucu ve hak bahşedici hükümler öngörmek ve çoğu zaman sözleşmesel özgürlüğe müdahale etmek suretiyle kefile yönelik koruyucu yaklaşımının diğer kişisel teminat sözleşmeleri açısından da söz konusu olup olmadığına değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda saymış olduğumuz kişisel teminat sözleşmeleri arasında en detaylı kanuni düzenlemeye sahip olan ve sözleşmesel özgürlüğün yükümlülük altına giren lehine en çok kısıtlanmış olduğu sözleşme türü kefalet sözleşmesidir. Kanun koyucunun kefil lehine öngördüğü düzenlemeler ve bunların gerekçeleri anlaşılabilir nitelikte olsa da, kanun koyucunun bu düzenlemeleri neden yalnızca kefil lehine öngörmüş olduğu daha tartışmalı bir husustur.

Borca katılma ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi herhangi bir kanuni düzenlemeye tabi olmayan kişisel teminat sözleşmeleridirler.⁵⁰ Öğretide özellikle kefalet benzeri garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesine ilişkin karşılaştırmalarda, teminat yükünü yüklenen taraflar arasında kanuni korumaya ilişkin olarak ayırım gözetilmiş olması eleştirilmektedir. Oysa ki, kefalet benzeri garanti sözleşmesinde teminat taahhüdü altına giren kişinin sorumluluğu kefilinkine göre çok daha ağır niteliktedir.⁵¹ Bu

⁴⁹ **Barlas** garanti sözleşmeleri arasında “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” ve “saf garanti sözleşmesi” şeklinde bir ayırma gitmekte olup, bu iki garanti türü arasındaki en belirgin ayırımın ilk halde garanti taahhüdü altına giren kişinin taraf olmadığı ayrı bir borç doğuran ilişkinin söz konusu olması ve ikinci halde bu nitelikte ayrı bir ilişkinin söz konusu olmamasına dayandığını belirtmektedir. Bkz. **Barlas**, Kredi Kartı, s. 948-949. **Özen** ise “teminat amaçlı garanti sözleşmesi” ve “garanti sözleşmesi” şeklinde bir ayırma gitmektedir. Bkz. **Özen**, s. 21-22.

⁵⁰ **Kuntalp**, Teminat, s. 288.

⁵¹ Nami **Barlas**, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 949; **Develioğlu**, Garanties Indépendantes, s. 25; **Özen**, s. 43.

eleştiri aynı yoğunlukta olmasa da borca katılma açısından da öğretide kimi yazarlar tarafından dile getirilmektedir.⁵²

Öğretide kişisel teminat sözleşmeleri arasında ayırım yapabilmek için belirli kıstaslar ortaya konmuştur.⁵³ Söz konusu ayırımlar taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğini tespit etmek ve bu suretle bu sözleşmenin hangi kanuni düzenlemeye tabi olacağını belirlemek için oldukça önemli olmakla birlikte, kanaatimizce bu iki kurum altında borç altına giren kişilerin neden kanunen kefil gibi korunmadığını açıklamaktan uzaktır. Bir diğer ifadeyle, bu kişisel teminat kurumları arasında bu kıstasları kullanmak suretiyle ayırma gidildiği takdirde ve tarafların iradesinin kefalet akdi kurmak yönünde olmadığına kanaat getirildiğinde, bu diğer iki tür kişisel teminat sözleşmesi altında borç altına giren kişilerin hukukî durumu kanuni korumanın kefalete oranla çok daha az olduğu ve taahhüt altına girenlerin ağır bir yükümlülük altında bırakıldıkları bir platforma taşınmaktadır. Burada belirtmek istediğimiz bu iki kurumun kendine has özelliklerinin ortadan kaldırılması suretiyle bütünüyle kefalet hükümlerine tabi tutulması olmayıp, borç altına giren kişilerin de kefil lehine öngörülmüş koruyucu hükümlerden istifade etmesinin gerekli olduğudur. Yoksa borca katılmanın da teminat amaçlı garanti sözleşmesinin de fonksiyonları şüphesiz kefalet sözleşmesinden farklıdır ve hatta kefalet sözleşmesinin kimi açılardan yetersizliği sonucu sözleşme özgürlüğüne istinaden oluşmuş kurumlardır.⁵⁴

⁵² Borca katılma ve kefalet sözleşmesi arasındaki kanuni düzenleme eksikliğinin değerlendirmesi için bkz. Murat **Develioğlu**, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayırımı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2004, s. 308.

⁵³ Borca katılma ve kefalet sözleşmesi arasındaki temel farkın, kefalet sözleşmesinin hukukî sebebinin teminat olması, borca katılmada ise borca katılanın borcunun hukukî sebebinin ilk borçlununkiyle aynı olması belirtilir. (**Develioğlu**, Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayırımı, s. 308.) Yine yukarıda değinmiş olduğumuz ve kefaletin ferî nitelikte olması da kefalet ile borca katılma ve teminat amaçlı garanti sözleşmeleri arasındaki bir diğer ayırım olarak zikredilmektedir. Borca katılma ve kefalet ayırımı açısından bkz. **Tandoğan**, s. 706; **Develioğlu**, Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayırımı, s. 305. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve kefalet ayırımı açısından bkz. **Tandoğan**, s. 820; **Özen**, s. 29.

⁵⁴ Kefalet benzeri garanti sözleşmesinin uluslararası ticaretin gereklilikleri ve kefilin sağladığı teminatın bu açıdan yetersizliğine istinaden ortaya çıkmış olması konusunda Bkz. **Develioğlu**, Garanties Indépendantes, s. 21. Burada aktarmak istediğimiz endişe açısından Borçlar Kanunu Tasarısının mevcut hali değiştirilmiş olmakla birlikte, ilk halinde yer alan bir düzenlemeye ilişkin olarak **Kuntalp/Barlas/Moralı/Işuntan/İpek/Yaşar/Koç**'un dile getirdiği bir eleştiriye değinmek isteriz. Mayıs 2005 tarihi itibarıyla Borçlar Kanunu Tasarısında m. 608 olarak “*kefili koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerle başka ad altında yapılan sözleşmeler de kefalet hükümlerine tabidir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Bu hüküm ise tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdettikleri ve kanunen özel düzenlemeye tutulmamış olan her türlü kişisel teminat sözleşmesinin hükümlerinin kefalet hükümlerine tabi tutulma ve bu suretle her biri ayrı bir amaca hizmet eden kişisel teminat sözleşmeleri akdetme imkanını kısıtlayarak adeta bütün kişisel

İncelememiz kapsamında ağırlıklı olarak kanunen kefile tanınmış olan halefiyet hali çerçevesinde ele alacağımız ve kefil lehine emredici nitelikte hükümler görülmek suretiyle kanun koyucu tarafından uygulanan korumanın, uygulamanın ihtiyacından dolayı zaman içinde doğmuş bulunan ve detaylı bir kanuni bir düzenlemeye sahip olmayan diğer kişisel teminat sözleşmeleri tarafından da gerekli olduğunu, incelememiz neticesinde varılan sonuçların bu açıdan da değerlendirebilmesi amacıyla incelememizin başında bu suretle ifade etmek isteriz. Borçlar Kanunu Tasarısının mevcut haliyle yasalaşması halinde, dile getirmiş olduğumuz bu endişe kanuni bir düzenleme suretiyle giderilmiş olacak ve kişisel teminat sözleşmelerinin borçlularının da bir takım kefil koruyucu hükümlerden istifade etmesi sağlanacaktır (Tasarı BK m. 603).

Ş2. KEFİLİN ALACAKLININ HAKLARINA HALEF OLMASI

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafı borç altına sokan nitelikte bir sözleşmedir. Kefil ve esas borçlu arasında mevcut olabilecek iç ilişki bir yana bırakılırsa, kefilin kefalet sözleşmesi uyarınca borç altına girmesinde herhangi bir menfaati yoktur. Kefilin borcunun hukukî sebebi alacaklı lehine bir üçüncü kişinin borcunu teminat altına almaktır. Herhangi bir karşı edim talep etmek hakkı olmaksızın, alacaklıya karşı bir üçüncü kişinin kendi borcunu ifa

teminat sözleşmelerinin kefalet çatısı altında toplanması riskini doğurmaktaydı. **Kuntalp/Barlas/Moralı /İşıntan/İpek/Yaşar /Koç**, özellikle garanti sözleşmesi açısından bu endişeyi dile getirmiş ve bu hükmün tasarıdan çıkması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Kuntalp /Barlas/Moralı/ İşıntan / İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 273-274. Ancak bu görüş, özellikle garanti sözleşmesi açısından, herhangi bir kanuni düzenlemeye gerek olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim **Barlas** yukarıda da belirttiğimiz gibi garanti sözleşmesinin bir an önce kanuni düzenlemeye kavuşturulması gerektiğini ve bu düzenlemeye kadar “*doktrinin ve yargı organlarının, kefil koruyucu hükümlerin garanti veren için de uygulanması imkanlarını/yöntemlerini araştırması*” gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Barlas**, Kredi Kartı, s. 949-950. Borçlar Kanunu Tasarısının mevcut halinde ise bu düzenleme değiştirilmiş olup, “*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*” demek suretiyle **Kuntalp/Barlas/Moralı /İşıntan/İpek/Yaşar /Koç** tarafından dile getirilen sözleşmesel özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin endişe giderilmiş olup, kişisel teminat vermek suretiyle borç altına giren kişilerin kanun koyucu tarafından kefil lehine öngörülen koruyucu hükümlerden istifa etmesi amaçlanmıştır (Tasarı BK m. 603). Borçlar Kanunu Tasarısının gerekçesinde, bu yeni düzenlemenin amacı üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesine atıf yapmak suretiyle, kişisel teminat verilmesini öngören sözleşmelerde alacaklıların kefil koruyucu hükümleri dolanabilmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığını belirtilmektedir. Bkz. Borçlar Kanunu Tasarısının Gerekçesi (www.tbmm.gov.tr).

etmemesi veya eksik ifa etmesi halinde meydana gelecek zararı ödemeyi taahhüt eden kefilin bu borcu, öğretilerde kimi yazarlar tarafından “*tehlikeli bir borç*” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁵

İşte bu nedendir ki kanunda kefil lehine bir takım hükümler öngörülme suretiyle kefilin korunması amaçlanmıştır. Hukukumuz açısından henüz geçerli olmasa da, İsviçre Borçlar Kanunu açısından kanun koyucunun kefilin koruma amacıyla öngördüğü düzenlemeler zaman içinde artış göstermiştir. İsviçre Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesine ilişkin uğradığı değişimlerin gerekçesi öğretilerde bu tehlikeli borcun altına giren kefile daha çok koruma sağlama ve kanun koyucunun kefilin olası suiistimallere karşı koruma amacı ile izah edilmektedir.⁵⁶

İncelememizin muhtelif kısımlarında da değinileceği üzere 1881-1911 tarihleri arasında İsviçre Borçlar Kanununda yer alan hükümlere dayanan mevcut Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanununun kefalet hükümlerine ilişkin olarak geçirdiği değişimleri içermemekte olup, kefilin korunmasına ilişkin hükümler açısından İsviçre Borçlar Kanununun gerisinde kalmaktadır.⁵⁷ Ancak kefalet hukukuna ilişkin hukukumuz açısından geçerli olan mevcut düzenlemeler bütünüyle ele alındığında dahi, her ne kadar 1941 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu ile aynı seviyede

⁵⁵ **Saymen/Elbir**, s. 765; **Engel**, Contrats, s. 638.; **Scyboz**, s. 37; **Rossel**, s. 566; **Rossel** kefalet sözleşmesini nitelerken bu sözleşmenin genel olarak kefilin yardımseverliğinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bkz. **Rossel**, s. 567.

⁵⁶ Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin İsviçre borçlar hukuku açısından zaman içinde gösterdiği değişim incelendiğinde, değişimler neticesinde kefilin her aşamada bir önceki hükümlere göre daha korunaklı hale getirildiği gözlemlenmektedir. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun kefaletle ilişkin hükümlerinin 1911 tarihinde uğradığı değişiklikler neticesinde, kefilin kendisi lehine tanınan halefiyetten feragat edememesi ve kefilin sorumluluğunun azami miktarının sözleşmede belirtilmesini kuralları getirilerek, taraflara daha geniş sözleşmesel özgürlük tanıyan 1881 tarihli hükümlerden kefilin korunması yönünde uzaklaşmıştır. Bkz. **Thévenoz/Werro**, s. 2517; **Develioğlu**, Garanties Independantes, s. 14. Birinci Dünya Savaşının ve 1929 tarihli ekonomik krizin yarattığı etkiler ve ödeme kabiliyetine bakılmaksızın girilen kefalet sözleşmelerinin sayısının fazlalığı nedeniyle 1941 tarihli değişikliklerle kefaletle ilişkin hükümler daha esaslı şekilde değiştirilmiş olup hem kefalet sözleşmesinin kuruluşu daha sıkı şekil koşullarına bağlanmış, hem de kefil lehine öngörülen koruyucu düzenlemeler artırılmıştır. Bu değişikliklerle güdülen amaca ulaşılmış ve İsviçre’de gerçek kişi kefillerin sayısı fark edilebilir bir derecede azalmıştır. Bkz. **Thévenoz/Werro**, s. 2518; **Tercier**, s. 855. **Rossel**, 1941 tarihli değişiklikler öncesinde kaleme aldığı 1920 tarihli eserinde, kefalet sözleşmesi altında borç altına girmenin belirli kısıtlamalara tabi olmasının anlaşılabilir bir husus olduğu ancak İsviçre hukukunda bu kısıtlamaların daha da öteye gidilmesinin aşırı olacağı bir şekilde getirildiğini belirtmiştir. Bkz. **Rossel**, 566. Oysa yaşanan gelişmeler, kanun koyucuyu 1911 tarihli değişikliklerin de ötesine götürmüş ve kefilin koruma amacıyla sözleşmesel özgürlüğe ciddi kısıtlamalar getiren 1942 tarihli değişikliklerin gerçekleştirilmesine sebep olmuştur.

⁵⁷ Hüseyin Avni **Göktürk**, Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, AÜHFD, C. VIII, S. 3-4, 1950, s. 341-342.

olmasa da, kanun koyucunun kefilî koruma gayesi yine de açıkça ortadadır. Borçlar Kanunu Tasarısında ise kefaletle ilişkin düzenlemeleri mevcut İsviçre Borçlar Kanunu ile hemen hemen aynı düzleme taşımakta ve kanun koyucunun kefilî koruma amacını daha da ön plana çıkarmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin kuruluşu, sıhhati ve sona ermesine ilişkin olarak kefilî korumak gayesiyle öngörülen bir takım düzenlemelere (kefalet akdine ilişkin yazılı şekilde zorunluluğu getiren ve kefilin sorumluluğunun azami miktarının kefalet sözleşmesinde belirtilmesi zorunluluğunu öngören BK m. 484;⁵⁸ kefilin borçlu ve alacaklı arasındaki sözleşmeden dolayı sorumlu olduğu kapital faizinin kapsamını sınırlayan BK m. 490; süresiz kefalet sözleşmelerinde kefilin borçtan kurtulmasına olanak veren halleri belirten BK m. 494) ilaveten, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmesi neticesinde ve yerine getirdiği ölçüde alacaklının haklarına halef olacağı belirtilmek suretiyle kanunda sınırlı sayıda sayılmış olan halefiyet hallerinden birisi de kefil lehine öngörülmüştür (BK m. 496). Bu nedenle denilebilir ki, kanun koyucu gerek kefalet sözleşmesinin oluşmasından önce, gerek sözleşme süresince ve en nihayetinde kefilin sözleşmesel yükümlülüğünün sona ermesinden sonra da kefilî koruma gayesi ile hareket etmektedir. İşte incelememizin konusunu kefilin sözleşmesel yükümlülüğünün bütünüyle veya kısmen sona ermesi sonrasında kanun koyucunun kefilin malvarlığındaki azalmayı gidermesini kolaylaştırmak ve bu giderim imkanının sonuç doğurmasını desteklemek amacıyla onu alacaklının haklarına halef kılmak suretiyle kefile sağladığı bu koruma oluşturmaktadır.

I. Halefiyet Kavramı

1. Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet Kavramı

a. Genel Olarak Halefiyet Kavramı

⁵⁸ Kefalet sözleşmesine ilişkin yazılı şekil şartı ve sözleşmede kefilin sorumluluğunun azami miktarının gösterilmesi yönündeki zorunluluğun kefilî koruma amacına yönelik olduğu konusunda bkz. Yarg. HGK., 15.12.2004, 3-761/708 (Kazancı-İnternet).

Halefiyet, bir başkasına ait olan borca ilişkin olarak alacaklıyı tatmin eden kişinin, alacaklının tatmine konu olan borç ilişkisinden kaynaklanan haklarına, alacaklıyı tatmin ettiği nispette sahip olması anlamına gelmektedir.⁵⁹ **Kocayusufpaşa/Hatemi/Serozan/ Arpacı** halefiyeti, borcun ifa edilmesi halinde sukut edeceği kuralına karşın halefiyet halinde borcun ifa halinde dahi ayakta kalması ve alacaklı sıfatını haiz kişilerin kendiliğinden değişmesine istinaden, “*hukukî büyü*” olarak nitelemektedir.⁶⁰

Mehaz kanun İsviçre Borçlar Kanununda da olduğu üzere Borçlar Kanununda da ancak kanunda sayılı hallerde münhasır olmak üzere halefiyet öngörülmüş olup,⁶¹ sözleşmesel halefiyete olanak tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır.⁶²

Öğretide halefiyetin BK m. 164’de düzenlenmiş olan kanuni temlikin bir türü olduğu ifade edilmektedir.⁶³ Bu suretle kanunda detaylı olarak düzenlenmiş olan sözleşmesel

⁵⁹ Ahmet **Kılıçoğlu**, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 7; **von Tuhr**, s. 488.. Yarg. İçt. Bir. Gen. Kur.’u “*Kanun koyucu belirli hallerde kanuni halefiyet kabul etmiştir. Bunda güdülen amaç edinilen faydalar arasında bir muvazene tesisidir*” ifadelerini kullanmak suretiyle halefiyetin amacının kazanımlar arasında denge kurmak olduğunu ifade etmiştir.. Yarg. İçt. Bir. Gen. K., 11.6.1969, 4/6 (Kazancı-İnternet).

⁶⁰ **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, İfa, s. 25.

⁶¹ Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977, s. 92; **Oğuzman/Öz**, s. 206; Pierre **Engel**, Traité des Obligations en Droit Suisse (Dispositions Générales du CO), 2^{ème} Edition, Berne 1997, s. 164; **Thévenoz/Werro**, s. 653 ; **Rossel**, s. 143. Halefiyetin ancak kanunen sayılan sınırı hallerde vuku bulabileceğine ilişkin Bkz. Yarg. 11. HD., 7.2.1980, 5647/545 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD, 27.4.2001, 2760/3249 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD, 15.1.2001, 6871/3 (Kazancı-İnternet) ; ATF 86 II 118.

⁶² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 5; **Bartu** bu hususu **Rossel**’e gönderme yaparak, sözleşmesel halefiyete olanak verildiği takdirde, kanunun temlik konusunda öngörümüş olduğu yazılı şekil şartı gibi kontrol hükümlerinin dolanılabilmesi gerekçesiyle açıklamakta ve tarafların her daim şekil noksanlığında iradelerini sözleşmesel halefiyet olarak açıklama yoluna gidebileceklerini belirtmektedir. Bkz. Nihat **Bartu**, Kanuni Halefiyet Halleri, İBM, C. XVI, S. 2, 1942, s. 114. **Rossel**, s. 143. **Kılıçoğlu** ise BK’da sözleşmesel halefiyete yer verilmesinin temlik hükümlerinin kaldırılması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Bkz. Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlunun Alacaklıya İhbarıyla Halefiyetin Doğumu, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, 1981, s. 441. Fransız MK m. 1250/I’de sözleşmesel halefiyete olanak verilmekte ve halefiyet yönündeki iradenin açık olarak dışa vurulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Xavier **Henry** /Francois **Jacob** /Alice **Tisserand**/Guy **Venandet**/Georges **Wiederkehr**, Code Civil, Paris 1989, s. 966. İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında da sözleşmesel halefiyet yönündeki irade açıklamasının bu tür şartlara tabi tutulması yoluyla **Rossel** tarafından dile getirilen endişenin giderilebileceği kanaatindeyiz. Bu suretle de yukarıda değinmiş olduğumuz üzere **Bartu** tarafından temlike ilişkin şekli kuralların dolanılabilmesi endişesinin İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında sözleşmesel halefiyete neden yer verilmediğini yeterince açıklamamakta olduğu kanaatindeyiz. Bütün bu açıklamalar yanında **Bartu** yine de BK m. 109/II’da kanun koyucunun zımnen sözleşmesel bir halefiyet hali öngörmekte olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Bartu**, s. 114.

⁶³ **Thévenoz/Werro**, s. 653; **Tercier**, s. 890; **Martin**, s. 367; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 20; **Bilge**, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, AÜHFD, C. XI, S. 1-2, 1954, s. 284; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, İfa, s. 25.

temlik hallerine ilişkin hükümlerin (BK m. 162-172) kıyasen ve uygun olduğu ölçüde halefiyeti de içerecek şekilde diğer kanuni temlik hallerine de uygulanabileceği belirtilmektedir.⁶⁴ Biz de yeri geldikçe kefilin halefiyeti açısından uygulanabilir nitelikte olan alacağın temliki hükümlerine değineceğiz.

b. Borçlar Kanunu'nda Sayılı Halefiyet Halleri

Borçlar Kanunu'nda halefiyete ilişkin düzenlemeler toplu olarak ele alınmamış olup, Borçlar Kanunu m. 109'daki genel düzenleme dışında, kanunun muhtelif kısımlarında yer alan münferit hükümlerle halefiyete yer verilmiştir.⁶⁵ Borçlar Kanunu kapsamında halefiyete ilişkin en genel nitelikte düzenleme m. 109'da yer almaktadır. Buna göre bir üçüncü kişinin borcunu, bu borca ilişkin olarak rehnedilen bir şeyi rehinden kurtarmak⁶⁶ veya rehinden bağımsız olarak tediyede bulunmak suretiyle tamamen veya kısmen sukut ettiren kişi alacaklının haklarına tediyesi nispetinde halef olur. Kanun bu hallerde halefiyetin vuku bulabileceğini öngörmüş olmakla birlikte, halefiyet için ilk halde rehinden kurtarılan mala ilişkin olarak tediyede bulunan kişinin mülkiyet veya sınırlı aynı hakka sahip olmasını, ikinci halde ise halefiyetin doğacağına borçlu tarafından alacaklıya ihbar edilmesini şart koşmuştur.⁶⁷

⁶⁴ Ferit H. **Saymen**/Halid K. **Elbir**, Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958, s. 761; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 21; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 284; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**/Refet **Özdemir**, Borçlar Kanunu Şerhi, Genel-Özel, Ankara 1987, s. 251; **Oğuzman/Öz**, s. 920.

⁶⁵ **Saymen/Elbir**, s. 763; Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 727-728. Borçlar Kanunu dışındaki kanunlarda yer alan diğer kanuni halefiyet halleri mal ve deniz sigortalarına ilişkin TTK m. 1301 ve 1361 ve Sosyal Sigortalar Kurumu lehine halefiyet tanıyan SSK m. 26/II olarak belirtilmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 15. Ancak SSK m. 26/II'de yer alan düzenlemenin Kılıçoğlu'nun eserini takiben gerçekleştirilmiş olan kanun değişiklikleri ve yargı içtihatları sonrasında halefiyet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hukukumuz açısından tartışmalı olup, bu husus ilgili kanun değişiklikleri ve Yargıtay içtihatları kapsamında ileride ele alınacaktır.

⁶⁶ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, İfa, s. 22.

⁶⁷ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, ihbar suretiyle vuku bulan bu ikinci halefiyet halini de kanun koyucunun üçüncü kişilerce ödemeyi teşvik etme imkanını borçluya vererek, borçlunun kredi bulmasını kolaylaştırdığını belirtmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, İfa, s. 26; Aynı yönde Bkz. **Kılıçoğlu**, İhbar, s. 339. **von Tuhr** ise borçlunun ihbarıyla bir üçüncü kişi tarafından temin edilmiş rehinlerin ve kefaletin de bir başkasına intikal etmesini anlamının güç olduğunu ifade etmekte ancak aksinin kabulü halinde de tediyede bulunacak üçüncü kişi bulmanın güç olacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu suretle **von Tuhr** da BK m. 109/II'nin kredi bulma amacına himet ettiğini belirtmektedir. Bkz. **von Tuhr**, s. 489. İhbar neticesinde doğan halefiyet halinin de kanuni bir halefiyet olduğu yönünde bkz. **Thévenoz/Werro**, s. 653.

BK m. 109'da düzenlenen kanuni halefiyet hallerine ek olarak yine Borçlar Kanununda müteselsil borçlular arasından alacaklıya tediyede bulunan borçluya, tediyeye ettiği miktar nispetinde alacaklının haklarına halef olmak imkanı tanınmış (BK m. 147),⁶⁸ bölünemeyen bir borcun birden çok borçlusunun birisi tarafından gerçekleştirilen ifa halinde ise, yine bu borçluya alacaklının haklarına halef olmak suretiyle diğer borçlulara borca katılım oranları ile sınırlı olmak üzere ve yaptığı ödeme oranında rücu etme imkanı verilmiştir (BK m. 69). BK m. 109/II'de düzenlenen hal öğretide genel halefiyet hali olarak ele alınmakta olup, diğer kanuni halefiyet düzenlemelerine bu halin özel bir görünümü olarak değinilmektedir.⁶⁹

Kanunda öngörülen ve incelememizin esas konusunu oluşturan bir diğer halefiyet hali ise BK m. 496'da öngörülmüş olup, ödemede bulunan kefilin, ödemesi nispetinde alacaklının haklarına halef olacağı belirtilmiştir. BK m. 496'da öngörülen kanuni halefiyet hali de BK m. 109/II'da düzenlenen halefiyetin özel bir halini teşkil etmektedir.⁷⁰

Öğretide yazarlar arasında kanunda görülen halefiyet halleri arasında bir nitelikle farkı öngörülmekte ve bu suretle bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir. Şüphesiz bu sınıflandırma bir amaca hizmet etmekte ve bu sınıflandırma neticesinde her bir halefiyet halinin hukukî sonuçları değişiklik gösterebilmektedir.

Tekinay/Altop/Burcuoğlu Borçlar Kanununda sayılan halefiyet halleri arasında ikili bir ayırıma gitmiş ve BK 109'da düzenlenen halefiyeti salt üçüncü kişi lehine düzenlenen bir halefiyet hali, diğer halefiyet hallerini ise (BK m. 147/I ve BK m. 496) borçtan sorumlu tutulabilen kişiler lehine düzenlenmiş halefiyet halleri olarak ayırmıştır.⁷¹ Halefiyetin lehdarı açısından yapılan bu ayırımın halefiyetin kapsamı ve

⁶⁸ **Tunçomağ**, s. 1065; **Feyzioğlu**, s. 93.

⁶⁹ F. **Fick**, Code Fédéral des Obligations, Neuchâtel 1915, s. 241; **Kılıçoğlu**, İhbar, s. 440; BK m. 109'un bütünüyle genel halefiyet hallerini içerdiğine ilişkin olarak bkz. **Saymen/Elbir**, s. 763.

⁷⁰ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 294; **Kılıçoğlu**, İhbar, s. 440; **Tercier**, s. 889.

⁷¹ Selahattin Sulhi **Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop**, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop** BK m. 69'da düzenlenen taksimi kabil olmayan borçlara ilişkin halefiyet halini bu ayırım kapsamında zikretmemiştir. Bu halin de borçtan sorumlu tutulan kişiler lehine öngörülen halefiyet halleri arasında ele alınabileceği kanaatindeyiz.

tabi olduğu düzenlemeleri ayırt edebilmek açısından önemli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim, **Oğuzman/Öz** tarafından da aynı şekilde bir tasnif yoluna gidilmiş olup, yazar tarafından bu ayırma borçtan sorumlu olan kişiler lehine düzenlenen halefiyet hallerinde, esasen alacağın halefiyet yoluyla kefile geçmediği, buradaki halefiyetin amacının ödemede bulunan kişiyi alacağa bağlı teminatlardan yararlandırmaktan ibaret olduğu yönünde bir sonuç bağlanmıştır.⁷²

Kılıçoğlu ise “*salt halefiyet halleri*” ve “*temelde bir rucü hakkının varlığını gerektiren halefiyet halleri*” şeklinde bir ayırma gitmiştir.⁷³ Yazarın bu ayırımı ve bu ayırım neticesinde varmış olduğu sonuçlar **Oğuzman/Öz**’ün borçtan şahsen sorumlu kişilerin halefiyet hali için yapmış olduğu tespitle aynı niteliktedir. Şöyle ki, **Kılıçoğlu**, BK m. 69, m. 147 ve 496’da yer alan ve borçtan sorumlu olan kişilerin halefiyetini düzenleyen halleri “*temelde bir rucü hakkının varlığını gerektiren halefiyet halleri*” arasında saymakta ve bu hallerde halefin alacaklının hakkını devralmadığı ve kendi nezdinde yeni bir hak doğduğu tespitinde bulunmaktadır.⁷⁴

2. “Halefiyet” ve “Rucü” Kavramları Arasındaki İlişki

Halefiyet ve rucü kavramları her ne kadar farklı kavramlar olsalar da, birbirleriyle yakından ilgili iki hukuk kurumudur.⁷⁵ Bu başlık altında halefiyet ve rucü kavramları arasındaki farka değinmekle birlikte, ağırlıklı olarak birbirleriyle ilişkisi ve bu iki kavramın hangi hallerde bağımsız hangi hallerde ise iç içe bulunmakta olduklarını ele alacağız. Nitekim bu ayırımın incelememizin konusunu oluşturan kefilin halefiyeti ve bu halefiyetin doğurduğu sonuçlar açısından da önem teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Halefiyet ve rucünün bu denli yakın kavramlar olmaları her iki kurumun da başkasının borcu için ödemede bulunmak suretiyle kendi malvarlığında azalmaya yol açan kişinin, bu malvarlığındaki azalmanın giderilmesi amacına hizmet ediyor

⁷² **Oğuzman/Öz**, s. 207.

⁷³ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 15.

⁷⁴ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 15.

⁷⁵ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 13.

olmalarına dayanmaktadır.⁷⁶ Ancak belirtmek isteriz ki, her ne kadar her iki kurum da nihayetinde ödemede bulunan kişinin gerçek borçluya karşı talep hakkını haiz olması sonucunu doğurmaktaysa da, bu talep hakkının doğuşu ve kapsamı her iki kurum açısından da farklılık göstermektedir.

Herşeyden önce, halefiyet, alacaklı ve bir başkasının borcu için ödeme yapan üçüncü kişi arasındaki münasebete ilişkin bir kurum olup, rüçû kavramı ise ödeme yapan kişiyle borçlu arasındaki ilişkiye dair bir müessesedir.⁷⁷ Halefiyet halinde kefil alacaklının haklarına bu alacağa bağlı fer'î hakları da içerecek şekilde sahip olarak bu hakları esas borçluya karşı ileri sürebilmekte,⁷⁸ rüçûda ise esas borçlunun borcuna ilişkin olarak yaptığı ödeme nedeniyle malvarlığında vuku bulan azalmayı borçludan talep edebilmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere halefiyet halinde ödeme yapan kişi mevcut borcun alacaklısı konumuna gelmekte, rüçû halinde ise malvarlığındaki azalmanın giderilmesi talebini kapsayacak şekilde esas borçluya karşı bağımsız bir talep hakkının sahibi olmaktadır.⁷⁹ Bir diğer ifadeyle rüçû halinde alacaklı unsurunun herhangi bir rolü olmamakta, ödemede bulunan kişi ve esas borçlu arasında tamamen bağımsız bir hukukî ilişki söz konusu olmaktadır.⁸⁰

⁷⁶ Her iki kurumun da başkasına ait bir borca ilişkin olarak alacak hakkı elde edilmesi sonucunu doğurduğu konusunda bkz. **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 13.

⁷⁷ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 209.

⁷⁸ **Tunçomağ**, s. 730.

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23 Şubat 2000 tarihli bir kararında halefiyet ve rüçû kavramlarını karşılaştırmalı olarak ve ağırlıklı olarak *Kılıçoğlu*'nun eserinden istifade ederek ele almış ve takip eden ifadelerle rüçû ve halefiyet arasındaki farkları izah etmiştir. “Başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını yasada belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine ardılık (halefiyet) denir. Dönme (rüçû) hakkı başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır.”; “Yine, halefiyet alacak hakkının ona bağlı bulunan haklarla birlikte kendiliğinden intikal etmesi sonucunu doğurur. Rüçû hakkında ise alacağı bağlı bulunan hakların intikal etmesi söz konusu değildir. Şu da var ki; halefiyetin alacaklı ile onu tatmin eden kişi arasında, rüçû hakkının ise borçlu ile alacaklıyı tatmin eden kişi arasında bir ilişki olduğu gözden kaçırılmamalıdır”; “Yasa koyucu bazı durumlarda başkasına ait bir borcu yerine getiren kişi yararına salt bir halefiyeti düzenlemiştir. (BK. md. 109, TCK. 1301, 1361) işte bu durumlarda, başkasına ait bir borcu söndüren alacaklıya ait olan mevcut bir hak olduğu gibi devir alınmamakta, yeni bir hak doğmamakta, ona alacaklıya ait bir hak aynen intikal etmemektedir. Rüçû (dönme) hakkında ise rüçû hakkı sahibi tatmin ettiği alacaklıya ait olan bir hakkı devralmamaktadır. Sadece onun şahsında yeni bir hak doğmaktadır. Diğer bir anlatımla birincisinde alacaklıya ait bir hakkın geçmesi, ikincisinde ise dönme hakkı sahibinin kişiliğinde yeni bir hakkın doğması gündemdedir.” Bkz. Yarg. HGK., 23.2.2000, 4-103/124 (Kazancı-İnternet).

⁸⁰ **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, salt rüçû hakkının, ifa ile ortadan kalkan alacaktan bağımsız ve ayrı bir hak olduğunu belirtir. Bkz. **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 215.

Öğretide ve içtihatlarda rüçû ve halefiyetin birbirleriyle ilişkisi ve bu ilişkinin borçluya yöneltilecek talebin kapsamına etkisi tartışılmıştır. **Kılıçoğlu**, halefiyet hallerini temelinde bir rüçû ilişkisine dayanan ve rüçû ilişkisinden bağımsız halefiyet halleri olarak ayırmakta ve bu suretle halefiyetin olduğu her yerde rüçû hakkının olmayabileceğini ifade etmektedir.⁸¹ Öte yandan **Kılıçoğlu**, rüçû hakkının halefiyetten bağımsız şekilde varolup varolamayacağını da ele almakta ve sonuç olarak rüçû hakkının olduğu her yerde halefiyetin de olduğu sonucuna varmaktadır.⁸² **Bilge** ise salt rüçû hakkının var olup olamayacağını ele almamakla birlikte, halefiyetin rüçû hakkından bağımsız olarak söz konusu olamayacağını belirtmektedir.⁸³

Yargıtay rüçû ve halefiyet arasındaki ilişki ve farkları iki farklı hukukî soruna ilişkin olarak ele almıştır. Bağ-Kur Kanununun 63. maddesinde kuruma tanınan rüçû hakkını ele alan Yargıtay, bu hakkın halefiyet ilkesine dayanmadığını ve bağımsız bir rüçû hakkı olduğunu belirtmiştir.⁸⁴ Bu suretle Yargıtay, **Kılıçoğlu**'nun aksine rüçû hakkının her zaman halefiyet ile birlikte olmadığı, bağımsız şekilde de söz konusu olabileceği sonucuna varmış ve bu nitelikteki rüçû hakkını “*alelade rüçû*” olarak nitelendirmiştir.⁸⁵

Öte yandan Yargıtay ele aldığı bir diğer hukukî sorun kapsamında, halefiyet halleri arasında **Kılıçoğlu** ile aynı şekilde ayrıma gitmiş ve “*salt halefiyet halleri*” ve “*yasanın rüçû hakkı verdiği haller*” arasında bir ayrım gözetmiştir.⁸⁶ Yargıtay’a göre BK m. 109 ve TTK m. 1301’de temelinde rüçû hakkı olmayan salt bir halefiyet hali

⁸¹ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 14-15.

⁸² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 16.

⁸³ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 283.

⁸⁴ Bağ-Kur Kanunu’nun 63. maddesinde kurumun kanun kapsamında suç sayılan ve bir üçüncü kişinin işlediği fiil nedeniyle zarar gören ve kanun kapsamında sigortalı veya hak sahibi sayılanlara tüm yardımları yapacağı ve bu ödemelere ilişkin olarak zarar verenlere rüçû hakkı olduğu düzenlenmektedir.

⁸⁵ Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz. Yarg. HGK. 29.6.2005, 10-390/431 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD, 3.6.2002, 4491/4959 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD, 12.6.2003, 4333/4884 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD, 6.2.2001, 153/635 (Kazancı-İnternet).

⁸⁶ Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz. Yarg. HGK., 29.1.1992, 10-549/20 (Kazancı-İnternet); Yarg. 10. HD., 8540/1875 (Kazancı-İnternet); Yarg. HGK., 29.6.2005, 10-390/431 (Kazancı-İnternet).

öngörölmüş olup, BK m. 69, 147 ve 496 ve SSK. m. 26/II’de ise temelinde bir rüçü hakkı yatan bir halefiyet hali bulunmaktadır.⁸⁷ Bu ayrıma bağılı hukukî sonuçlara ileride kefilin halefiyetini incelerken değineceğiz.

3. Halefiyetin Kefalet Sözleşmesine İlişkin Özellikleri

a. Sebebi

Kefilin ödemedede bulunması suretiyle alacaklının, kefil ve alacaklı arasındaki ilişki açısından bir üçüncü kişi olan esas borçluya karşı olan talep hakkı, kefilin ödemesi oranında sukut etmektedir. Alacaklının esas borçluya yöneltebileceği talep hakkını kendi malvarlığını azaltmaya uğratmak suretiyle sukut ettiren kefilin malvarlığında vuku bulan bu azalmanın giderilmesini esas borçludan talep etmek hakkı vardır. Kefilin borcu yukarıda da belirttiğimiz gibi kural olarak ivazsız olmakla birlikte, borçlu lehine yapılmış bir bağışlama hükmünde değildir.⁸⁸ Kefilin sorumluluğu borçluya karşı değil, alacaklıya karşıdır. Esas borcun asıl ağırlığını esas borçlu üstlenmelidir.⁸⁹

Salt kefalet sözleşmesi açısından bakıldığında bu ilişkiye taraf olmayan esas borçlunun varlığı, kefalet sözleşmesinin ilgili olduğu ekonomik dengeler açısından inkar edilemez. Kefilin borcunun esas borçlunun borcu ile olan ilişkisi göz ardı edilemez. **Bilge** bu hususu kefilin “*hakikatte ve iktisadi bakımdan asıl borçlunun borcundan mesul olması*” şeklinde ifade etmektedir.⁹⁰ **Tercier** de kefil her ne kadar alacaklıya karşı bağımsız bir borç üstlense de iktisadi olarak bu yükümlülüğün bir

⁸⁷ SSK m. 26/II’de Sosyal Sigortalar Kurumu lehine öngörülen talep hakkı ve bunun hukukî niteliğine ilişkin tartışmalara ve bu konuda Türk içtihadının geçirdiği değişimlere “zamanaşımı” başlığı altında ayrıca değineceğiz.

⁸⁸ **Rossel**, s. 594; Alacaklı ve kefil arasındaki sözleşmenin hukukî sebebi her zaman teminat sağlamak olduğu için, bağışlama ile kastedilen hiç şüphesiz borçlu ve kefil arasındaki ilişkidir. Nitekim borçlu ve kefil arasında bağışlama niteliğinde bir iç ilişki olduğu ve bağışlamanın konusunu kefilin alacaklıya yaptığı ödeme teşkil ettiği takdirde, kefil alacaklıyı tatmin etse dahi, esas borçluya rüçü edemeyecektir.

⁸⁹ **Scyboz**, s. 127; **Engel** kefilin çoğu zaman esas borçluyu memnun etmek gayesiyle kefalet sözleşmesine girdiğini ve bu fikirden yola çıkan kanun koyucunun kefilin malvarlığındaki azalmayı giderme amacıyla hareket ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Engel**, Contrats, s. 655. Aynı yönde bkz. **Guhl**, s. 360.

⁹⁰ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 291.

üçüncü kişinin borcundan kaynaklandığını belirtmektedir.⁹¹ **Kuntalp**, kefaletin de bir türünü oluşturduğu kişisel teminat sözleşmelerinde, “*borçlu dışında 3. bir kişinin, kendi kişisel itibarını (borç ödemek konusundaki istek ve iradesi ile malvarlığının değerlerini) borçlununkine katarak, onun itibarını güçlendirmesi söz konusudur*” demek suretiyle, kefilin yüklendiği sorumluluğun kişisel mahiyetine ve borçlu açısından önemine değinmiştir.⁹² Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere geniş anlamda kefalet akdinden istifade eden tek taraf alacaklı olmamakta, kefilin taahhüdü çoğu zaman borçlunun da lehine olmaktadır.

İşte bu nedenle kefil tarafından kendi borcunun ifası yönünde gerçekleştirilen her türlü tasarruf işleminin şüphesiz, esas borcun sahibi olan esas borçlu açısından da bir yansıması olacaktır. Kefil alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde, alacaklı ve borçlu arasındaki talep hakkını sınırlandıracak ve dolayısıyla borçluyu alacaklıdan gelecek ifa talebine karşı korumuş olacaktır. Ancak **Rossel**'in de belirttiği üzere kefil tarafından kendi borcunu ifa etmek suretiyle esas borçluya yapılan bu kazandırmanın bir “*bedeli*” olmalıdır.⁹³ Kefilin kendi borcunu ifa etmesinin esas borç üzerindeki etkileri nedeniyle, bu ifadan menfaat sağlayan esas borçlunun, kefilin malvarlığındaki azalmayı gidermesi amacıyla, kefil ve borçlu arasında mevcut olabilecek iç ilişkiden bağımsız olarak ancak tarafların bu iç ilişkiden kaynaklanabilecek haklarını da saklı tutarak, kanun koyucu bu iki taraf arasında kendi iradelerinden bağımsız olarak kefilin alacaklının haklarına halef kılmak suretiyle ayrı bir ilişki yaratmaktadır.⁹⁴

b. Kefilin Halefîyetinin Emredici Nitelikte Olması

Borçlar Kanununda kimi hallerde tarafların halefîyet sonucunun doğmaması yönünde anlaşabilecekleri belirtilmekteyken, kefalet kapsamında düzenlenen halefîyetten önceden feragat edilemeyeceği ifade edilmek suretiyle halefîyetin kefalet akdi

⁹¹ **Tercier**, s. 856.

⁹² **Kuntalp**, Teminat, s. 289.

⁹³ **Rossel**, s. 594.

⁹⁴ Bu ilişki tarafların iradesinden o denli bağımsızdır ki, kanun koyucu kefilin bu halefîyet halinden feragatine dahi olanak vermemektedir (BK m. 496).

açısından emredici nitelikte olduğu düzenlenmiştir.⁹⁵ Bu husus BK m. 496'da “*Bu halefiyet kaidesinden evvelce feragat etmek caiz değildir*” demek suretiyle açıkça ortaya konmuştur.

Belirtmek isteriz ki, yukarıda incelemiş olduğumuz ve İsviçre borçlar hukukunun kefalete ilişkin göstermiş olduğu ve amacı kefile daha fazla koruma sağlamak olan 1941 değişikliği öncesinde dahi, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda kefilin halefiyetten rüçû edemeyeceği düzenlenmekteydi (1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 505). Mevcut İsviçre Borçlar Kanununda ise kefilin halefiyetten feragat edemeyecek olması ayrı bir düzenlemeye tabi olmayıp, genel olarak kefilin kendi lehine tanınan haklardan feragat edemeyeceğine ilişkin genel düzenleme altında ele alınmaktadır (İsviçre BK m. 492/IV). Borçlar Kanunu Tasarısında da kefil açısından genel feragat yasağı öngörülmüş olup, halefiyetten feragat edilemeyeceği ayrı olarak belirtilmemiştir (Tasarı BK m. 582/III).

c. Kefilin Halefiyetinin Temelinde Bir Rüçû Hakkı Bulunması

Her ne kadar borçlunun sözleşmesel anlamda kefalet akdinde herhangi bir rolü olmasa da, çoğu zaman esas borçlu ve kefil arasında, öğretilde kefalet akdinden bağımsız olmasına istinaden “iç ilişki” olarak nitelenen ayrı bir hukukî ilişki mevcuttur.⁹⁶ Kefil kimi zaman borçlunun vekili gibi hareket etmekte,⁹⁷ kimi zaman ise borçlunun bu yönde bir talimatı olmaksızın, borçlu yararına kefalet akdine girmekte ve bu suretle kefil ve borçlu arasındaki ilişki açısından vekaletsiz iş görme hükümleri işlemektedir.⁹⁸ Kefil ve borçlu arasında bu nitelikte bir ilişki mevcut olmadığı takdirde ise, kefil, borçlu lehine gerçekleştirmiş olduğu kazandırmayı, sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden borçludan talep edebilecektir.⁹⁹

⁹⁵ **Martin**, s. 369; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 11.

⁹⁶ **Tercier**, s. 889; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 282.

⁹⁷ **Reisoğlu**, Rüçû, s. 467; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 281.

⁹⁸ **Reisoğlu**, Rüçû, s. 467; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 281.

⁹⁹ **Reisoğlu**, Rüçû, s. 467; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 282; **Becker**, s. 1086; Yarg. 11. HD., 15.12.2003, 4923/11833 (Kazancı-İnternet). Yarg. 3. HD., 18.1.1963, 234/541 (Mustafa Reşit **Karahasan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C. 5, İstanbul 2004, s. 1270-1271).

Aşağıda daha detaylı olarak ele alacağımız üzere, kanunen kefil lehine tanınmış olan halefiyet hali kefil ve borçlu arasındaki bu iç ilişkiden bağımsız olarak düşünülemeyecek olup, bu iç ilişkiye istinaden bir rüçû hakkı söz konusu olması halinde, bu hakkın daha kolay icra edilebilmesi için kanunen tanınan ve adeta takviye niteliğinde olan bir haktır.¹⁰⁰ **Güral**, kefilin rüçû hakkı ve alacaklıya halef olması arasındaki ilişkiyi, kanun koyucunun kefil koruma gayesi ile özdeşleştirerek “*kanun koyucu belki kefil daha fazla himaye mülâhazası ile onun bu rüçû hakkı nispetinde alacaklının haklarına halef olacağını da derpiş etmiştir*” şeklinde izah etmektedir.¹⁰¹

Kefalet akdine ilişkin olarak öngörülen halefiyetin temelinde bir rüçû hakkını gerektirdiği kabul edilmektedir.¹⁰² Bu halde kanunen kefil lehine öngörülmüş olan halefiyet rüçû hakkının bir ferî olarak işlemekte ve rüçû hakkının işlevini daha kolay yerine getirmesini sağlamak suretiyle kefilin malvarlığındaki azalmayı daha kolay yoldan gidermesini amaçlamaktadır.¹⁰³ Taraflar arasındaki iç ilişkiye dayanan rüçû hakkı kefalet hukukuna özgü bir takım düzenlemelerle desteklenmektedir.¹⁰⁴

II. Kefilin Halefiyetinin Gerçekleşebilmesi İçin Gereken Şartlar

Halefiyet hallerinin kanunda sınırlı sayıda sayılmış olması ve Türk hukukunda sözleşmesel halefiyetin kabul edilmemiş olması neticesinde, kefilin alacaklının haklarına halef olabilmesi için kanunda açıkça öngörülmüş olan bir halin mevcut olması gerekmektedir. Bu hal kefil açısından BK m. 496’da öngörülmüş olup, şüphesiz her şeyden önce kefil ve alacaklı arasında geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmasını gerektirmektedir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 283.

¹⁰¹ **Güral**, s. 474.

¹⁰² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 15.

¹⁰³ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 283; **Oğuzman/Öz**, s. 207.

¹⁰⁴ **Tercier**, s. 889.

¹⁰⁵ Taraflar arasında yazılı olarak akdedilmiş bir kefalet belgesi olmaması ve bu nedenle ortada geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmaması nedeniyle kefil sıfatı altında ödeme yaptığını iddia eden tarafın rüçû talebinin reddi konusunda bkz. Yarg. 3. HD., 25.2.1965, 1310/914 (Senai **Olgaç**, Kefalet, Ankara 1978, s. 137).

Halefiyetin vuku bulması için bir diğzer zorunlu unsur ise alacaklının kefil tarafından tatmin edilmesidir. Nitekim halefiyet kanunda “*edinilen faydalar arasında bir muvazene tesis etmek*” amacıyla öngörölmüş olup,¹⁰⁶ alacaklıyı tatmin etmeyen kefil alacaklının alacağını elde etmesini sağlamayacak ve bunun neticesinde alacaklının borçluya karşı olan talep hakkını da bu oranda sukut ettirmemiş olacaktır. Sonuç olarak ne alacaklı ne de borçlu aralarında denge gözetilmesini gerektiren bir fayda sağlamamış olacaktır.

Öte yandan yukarıda da incelemiş olduğumuz üzere, kanun kefaletin esas borçlunun durumunu alacaklıya karşı olan durumundan daha güç bir hale getirmemesi gerektiğinden hareketle, kanunda esas borçluyu koruyucu nitelikte bir takım önlemlere yer vermiş ve bu suretle kefile bir takım külfetler yüklemiştir. İşte ancak kefil bu külfetleri yerine getirdiği takdirde esas borçluya rüçû imkanına sahip olacak ve bu suretle halefiyet rüçû sonucunu doğurarak amacına ulaşacaktır.¹⁰⁷

1. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Bulunması

a. Asıl borcun mevcudiyeti

Yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere kefaletin bir üçüncü kişinin borcunu alacaklı lehine teminat almak amacına hizmet ediyor olması ve fer’î nitelikte olması nedeniyle kefaletin geçerliliği teminat altına aldığı asıl borcun geçerliliğine bağlıdır.¹⁰⁸ Nitekim bu husus BK m. 485’de “*Kefalet ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder*” demek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Aksinin kabulü halinde, geçersiz bir borca istinaden ifa mecburiyetinde bulunmayan borçlu, kefilin alacaklıyı tatmini halinde kefile karşı sorumlu olmak durumunda kalacaktır ki¹⁰⁹ bu husus kefalet sözleşmesinin koruduğu amaçlara aykırıdır. Kanunun ifadesinden

¹⁰⁶ Yarg. İçt. Bir. K., 11.6.1969, 4/6 (Kazancı-İnternet).

¹⁰⁷ Halefiyetin temelinde bir rüçû hakkı olsa da olmasa da sonuçta daima rüçû sonucunu doğuracağına ilişkin olarak bkz. **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 16.

¹⁰⁸ **Scyboz**, s. 52.

¹⁰⁹ **Reisoğlu**, Rücû, s. 471.

anlaşılammakla birlikte esas borcun aynı zamanda ve doğal olarak kefil olunabilir nitelikte bir borç olması gerekmektedir.

aa. Kefaletle Teminat Altına Alınan Asıl Borca İlişkin Özellikler

BK m. 485’de henüz doğmamış bir borca kefil olunabileceği belirtilmiştir. **Özen** kanunda henüz doğmamış bir borca kefil olunabilmesinin kabul edilmesinin pratikte gösterdiği en büyük faydalardan birini henüz doğmamış kira borçları için kefil olunabilmesi olarak göstermektedir.¹¹⁰ Şüphesiz kefaletin fer’î niteliği nedeniyle, henüz doğmamış bir borca ilişkin kefalet ancak esas borcun doğumuyla hüküm ifade edecektir.¹¹¹ Mevcut bir borca kefil olunması halinde olduğu gibi, ileride doğacak olan borç da kefalet sözleşmesinde yeterince tanımlanmalıdır. **Barlas**, banka uygulamasında sıklıkla rastlandığı üzere “...müşterinin herhangi bir ilişkiden dolayı Bankaya karşı ileride doğacak her türlü borçları için...kefilim” şeklindeki beyanların esas borca ilişkin muayyenlik kistasını karşılamadığını ve bu suretle kefaletin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹¹²

Yine BK m. 485’de şarta bağlı bir borca da kefil olunabileceği kabul edilmiştir. Belirtmek isteriz ki, şarta bağlı bir borç için kefil olunabilecek olmakla beraber, esas borç şarta tabi iken kefalet sözleşmesinin fer’î niteliği nedeniyle kefalet sözleşmesinin de şarta bağlı olduğu kabul edilecektir.¹¹³ Bir diğer ifadeyle, kefil kefalet sözleşmesi ile bağlı olacak olmakla birlikte, kefilden ancak şartın gerçekleşmesi halinde talepte bulunulabilecektir.¹¹⁴

Eksik borçlara kefil olunup olunamayacağı konusunda İsviçre Borçlar Kanununun aksine Borçlar Kanununda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Eksik borçların kefalet akdi açısından gösterdiği özellikler öğretide İsviçre Borçlar Kanununda yer alan hükümlerden hareket etmek suretiyle belirlenmeye çalışılmıştır.

¹¹⁰ **Özen**, s.113.

¹¹¹ **Barlas**, Kefalet, s. 44.

¹¹² **Barlas**, Kefalet, s. 45.

¹¹³ **Tandoğan**, s. 721; **Özen**, s. 113; **Reisoğlu**, s. 17.

¹¹⁴ **Özen**, s. 113.

İsviçre Borçlar Kanunu zamanaşımına uğramış bir borca, bu durumu bilerek kefil olan kişinin durumunu yukarıda incelemiş olduğumuz hata veya sınırlı ehliyetsizlik nedeniyle tek taraflı iptal edilebilir nitelikte borçlar için kefil olan kişinin durumuyla benzer tutmuş ve bu suretle zamanaşımına uğramış bir borca bunu bilerek kefil olunmasının geçerli olacağını belirtmiştir. Ancak hemen belirtmek isteriz ki burada da esasında bir kefalet borcu söz konusu olmayıp, kefalet hükümlerine tabi tutulmuş garanti taahhüdü bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu bu şekilde taahhüt altına giren kişiyi belki de kefile tanıdığı en önemli haktan mahrum bırakmış olup, İsviçre BK m. 507/VI altında, bu kişilerin esas borçluya rüçü edemeyeceğini belirtmiştir. Bu husus esas borçlunun normalde ifa zorunda olmadığı bir borca ilişkin olarak, salt kefilin kendi borcunu ifası nedeniyle, bu defa kefilin malvarlığındaki azalmayı gidermek suretiyle parasal olarak ifa etmek zorunda bırakılmayacak olmasının doğal bir sonucudur.¹¹⁵

İsviçre Borçlar Kanununda zamanaşımına uğramış borçlara kefalete ilişkin bu düzenlemeye ek olarak, kumar ve bahis borçlarına da kefil olunabileceği belirtilmiştir. Buna göre bu durumu bilerek kefalet taahhüdü altına giren kefilin yine de bu borçların dava ve takip edilemeyeceğine ilişkin itirazı ileri sürebileceği “*Kumar veya bahisten doğan bir borç için güvence vermeyi kabul eden kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebilir*”¹¹⁶ demek suretiyle belirtilmiştir. (İsviçre BK m. 502/IV).¹¹⁷ Bu suretle İsviçre kanun koyucusu zamanaşımına uğramış borçlar ve kumar/bahis borcu arasında, ikinci halde kefile borcun niteliğini biliyor olması halinde dahi borcun niteliğine ilişkin defilerden istifade etmek hakkı vermek suretiyle bir fark gözetmiştir. Öte yandan yukarıda da değinmiş olduğumuz İsviçre BK m. 507/IV hükmü uyarınca, bu borca ilişkin olarak ödemede bulunan kefil borçluya rüçü hakkından mahrum olacaktır. Bu husus kefilin bu nitelikte bir borç altına girerken ne tür bir risk altında olduğunu bilerek girmiş olmasıyla izah edilmektedir.¹¹⁸

¹¹⁵ Claude **Frossard**, Les Obligations Naturelles et La Garantie de Leur Execution en Droit Suisse, Lausanne 1960, s. 87.

¹¹⁶ **Koç**, s. 272.

¹¹⁷ **Tandoğan**, s. 724; **Thévenoz/Werro**, s. 2544 ; **Guhl**, s. 354.

¹¹⁸ **Frossard**, s. 88.

Tunçomağ eksik borçlara kefil olunabilmesi hususunun genel bir çözümü olamayacağı ve her bir eksik borca ilişkin olarak kefaletin geçerliliğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, her bir eksik borca ilişkin kefaletin mutebelerliğini ayrıca değerlendirmemiştir.¹¹⁹ **Oğuzman/Öz** ise eksik borçlar konusunda bir ayırma gitmiş olup, kumar ve bahisten doğan borçlar (BK m. 504) ve evlenme tellallığından doğan borçlar için (BK m. 408) kefil olunamayacağını belirtmiştir.¹²⁰ Buna karşın yazar ahlaki vazifeler ve zamanaşımına uğramış borçlar için kefil olunabileceğini kabul etmektedir.¹²¹

Borçlar Kanununda zamanaşımına uğramış borçlara kefil olunabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, öğretide hukukumuz açısından da İsviçre Borçlar Kanununa paralel bir uygulamanın kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹²² Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısında bu yönde bir düzenleme yer almakta olup, bir borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek kefil olan kişi hakkında kefilin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmektedir. (Tasarı BK. m. 582/II). Tasarı BK m. 591/IV’de ise “*Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir*” demek suretiyle İsviçre Borçlar Kanununa paralel bir düzenleme kabul edilmiştir.¹²³ Borçlar Kanunu Tasarısının mevcut haliyle kanunlaşması halinde, yukarıda değinmiş olduğumuz ve eksik borçlara kefil olunabilmesine ilişkin doktrinel tartışma en azından zamanaşımına uğramış borçlar ve kumar/bahis borçlar açısından sona erecektir.

bb. Esas Borcun Geçerliliği

¹¹⁹ **Tunçomağ**, s. 41.

¹²⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 16. Aynı görüşte bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 27; **Özen**, s. 118. Aksi yönde bkz. **Tandoğan**, s. 724-725.

¹²¹ **Oğuzman/Öz**, s. 16-17; Zamanaşımına uğramış borçlara kefil olunabileceğine ilişkin olarak aynı yönde bkz. **Özen**, s.117. Öte yandan **Özen** ahlaki vazifelere kefil olunamayacağı görüşündedir. Bkz. **Özen**, s. 118.

¹²² **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, s. 369.

¹²³ Tasarı BK: m. 591/IV’de kullanılan “*def’ileri*” ifadesinin imla kuralları açısından eleştirisi ve doğru yazımın “*defiler*” olduğu konusunda bkz. **Kuntalp/Barlas/Moralı/İşintan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 270.

Kefalet akdine tabi olan borcun geçerlilik kuralları Borçlar Kanununda geçerliliğe ilişkin olarak yer alan genel hükümlere tabi olup, incelememiz kapsamında genel hükümlere kefalet sözleşmesi açısından özellik gösterdiği veya tartışmalı olduğu surette değinilecektir.

BK m. 485/III'de öngörülen ve esas borca ilişkin belirli sakatlıklar halinde dahi kefilin taahhüdünün geçerli olacağına ilişkin düzenlemeyi, yukarıda değinmiş olduğumuz için bu başlık altında ayrıca ele almamaktayız.

Esas borcun muteberliğinin kefalet sözleşmesine etkisi açısından ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Esas borç yok hükmünde olduğu takdirde kefalet sözleşmesi de hiç doğmamış kabul edilecek ve taraflar daha sonra yok olan işlem yerine aynı nitelikte bir işlem yapsa dahi, yok hükmünde olan kefalet sözleşmesi de geçerli hale gelmeyecek, bu sözleşmenin de aynı şekilde yeniden akdedilmesi gerekecektir.¹²⁴ Bir üçüncü kişinin borcuna ilişkin olarak kişisel teminat verilmesini öngören kefalet sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisi de kefilin teminatına konu olan esas borçtur.¹²⁵ Esas borç mevcut olmadığı takdirde, kefalet sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birisi de eksik olacak ve bu suretle kefalet sözleşmesi de kurulmamış kabul edilecektir.

Esas borcun iptal edilebilir bir işlem olması halinde ise hata ve sınırlı ehliyetsizlikdışındaki diğer iptal edilebilirlik hallerinde kefilin taahhüdünün muteberliği esas borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmamasına bağlı olacaktır. Tek taraflı iptal edilebilirlik halinin ortadan kalkması durumunda kefil de kendi taahhüdüyle sorumlu olacaktır.¹²⁶ Esas borcun taraflarından birinin sözleşmeyi iptal etmek yönündeki yenilik doğurucu hakkını kullanmasına kadar geçen evrede kefil borcunu ifa etmekten geçici olarak kaçınabilir; ancak bu iptal hakkını kendisi kullanamaz.¹²⁷ *Scyboz* bu halde kefilin “*pasif*” bir rolü olduğunu belirtmektedir.¹²⁸

¹²⁴ **Tandoğan**, s. 721; **Özen**, s. 113.

¹²⁵ **Tandoğan**, s. 749; Objektif esaslı noktalar ve sözleşmenin kuruluşuna etkisi için bkz. **Tunçomağ**, s. 202-203; **Oğuzman/Öz**, s. 67.

¹²⁶ **Tandoğan**, s. 721; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 18; **Rossel**, s. 573.

¹²⁷ **Tandoğan**, s. 722; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 18.

¹²⁸ **Scyboz**, s. 53.

Nitekim sözleşmeyi iptal edilebilir kılan hususlar doğrudan esas borçluya bağlı yenilik doğurucu haklar olup,¹²⁹ kefil nezdinde bu nitelikte bir hak doğmamaktadır. **Oğuzman/Barlas**'ın iptal edilebilirlik hallerine ilişkin “...*sakat muamelenin tam olarak hükümsüz hale gelmesi için, ihlal edilen geçerlilik şartı ile korunan tarafa bir iptal hakkı tanınmış olmasıdır*” yönündeki belirtmesini kefaletin bağlı olduğu esas borç ilişkisi açısından dikkate aldığımızda, esas borcun ilişkin olduğu sözleşmeyi iptal etmek hakkının salt esas borçluya ait olduğu ve kefilin sadece bu hak kullanılana kadar kendi borcunun ifa konusunda geçici bir korumadan istifade edebileceği daha net ortaya konmuş olacaktır.¹³⁰

b. Kefalet Sözleşmesinin Geçerliliği

Kefalet sözleşmesi de ancak diğer sözleşmelerin tabi olduğu genel geçerlilik şartlarının mevcudiyeti halinde geçerli olacaktır. İncelememiz kapsamında genel geçerlilik şartlarına ancak kefalet açısından özel bir durum gözetildiği surette değinilecektir.

aa. Ehliyet

¹²⁹ **Tandoğan**, s. 782.

¹³⁰ Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 15. Bası, İstanbul 2008, s. 195; Kefilin esas borçluya ait yenilik doğurucu hakları kullanamayacağına ilişkin olarak bkz. Reisoğlu, **Kefalet**, s. 177.

Kural olarak her gerçek ve tüzel kişi kefalet sözleşmesi taraf olabilecektir.¹³¹ Ancak kefalet sözleşmesi neticesinde kefilin başkasının borcunu teminat almak üzere bir borç altına girmesi ve kural olarak bu borcun ivazsız bir nitelikte olması nedeniyle kanunda kefil olabilme ehliyetine ilişkin olarak genel kuralların dışında da bir takım ek sınırlamalar öngörülmüştür. Şüphesiz kanun koyucunun kefil olabilmeye ilişkin olarak getirdiği bu sınırlamalar yukarıda da izah etmiş olduğumuz gibi kefil koruma amacının bir diğer yansımasıdır. Bu düzenlemelerle kanun koyucu kişiyi kefalet sözleşmesine taraf olmasından sonra değil, henüz daha taraf olmadan koruma altına almaktadır.¹³²

Genel kısıtlamalara ek olarak kanunda öngörülmüş bu sınırlamalar neticesinde konu öğretide “kefil olma ehliyeti” başlığı altında ele alınmıştır.¹³³

¹³¹ **Tercier**, s. 863; **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 350; Ticaret şirketlerinin kefil olabilmesi ve bu hususun *ultra vires* öğretisi kapsamında ne şekilde ele alınması gerektiği tartışmalı bir konudur. TTK m. 137’de “*Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.*” demek suretiyle ticaret şirketlerinin ehliyeti işletme mevzu ile sınırlandırılmaktadır. Bkz. Erden **Kuntalp**, Ticaret Ortaklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – Bildiriler-Tartışmalar II (11-12 Ocak 1985), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985, s. 6-7. Ticaret şirketlerinin kefil olup olamayacağı sorusu Yargıtay içtihatlarında zaman içinde farklılık göstermiş ve Yargıtay uygulaması bu konuda giderek daha liberal bir yaklaşıma kavuşmuştur. Yargıtay Ticaret Dairesinin 10 Aralık 1960 tarihli bir kararında ise, ortaklık mevzuu trikotaj ve tuhafiyecilik olan bir şirketin iplik alım ve satımı için verdiği kefaletin ortaklığın amacı ve konusu ile ilgili görülebilmesi nedeniyle geçerli olacağı sonucuna varılmıştır. Bkz. Yarg. TD., 10.12.1962, 3282/3381 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl 1, Sayı: 6, Haziran 1961, s. 427-429) Yargıtay’ın bu dar yorumunun eleştirisi için bkz. **Özen**, s. 138. Yargıtay ileri tarihli kararlarında ise ticaret şirketlerinin kefil olabilmesini ortaklık mevzuu kapsamında yer almasa dahi, kefil olmayı ticaret şirketlerinin faaliyetlerini kolaylaştıran bir unsur olarak görmüş ve bu suretle şirketin işletme mevzuu arasında yer almasa veya bununla ilgili olmasa dahi ticaret şirketlerinin kefil olabilmesini muteber kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 11. HD., 7.2.1978, 7/354 (Kazancı-İnternet); Yarg. 11. HD., 23.3.1982, 851/1225 (Kazancı-İnternet); Yarg. 11. HD., 19.7.2005, 4621/7778 (Kazancı-İnternet). **Franko** ise bu kararı işletme konuları arasında hiçbir ilişki bulunmayan iki şirketin birbirlerinin borcu için kefil olmasını eleştirmekte ve kefaletin muhakkak kefil olan şirketin işletme mevzuu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Nisim **Franko**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – Bildiriler-Tartışmalar II (11-12 Ocak 1985), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985, s. 51-52. Belirtmek isteriz ki, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, TTK m. 137 ile benimsenen ve ticaret şirketlerinin ehliyetlerini işletme mevzu ile sınırlayan yaklaşım terk edilmiş olup, “*Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanunî istisnalar saklıdır.*” demek suretiyle, ticaret şirketlerinin işletme mevzuunda yer almıyor olması halinde dahi herhangi bir tereddüde yer verilmeksizin kefil olabilmelerinin önü açılmıştır. (Tasarı TTK m. 125/II).

¹³² **Syboz** kanun koyucunun kefilin girdiği yükümlülüğü hafife almaması için onu koruma gayretinde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Syboz**, s. 76.

¹³³ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 350 ; **Özen**, s.131.

(i) Vesayet Altındaki Kişiler

MK m. 449'da vasinin vesayet altındaki kişi adına kefil olamayacağı düzenlenmekte ve MK m. 451'de vesayet altındaki kişinin vasinin açık veya zimni icazeti neticesinde yükümlülük altına girebileceği belirtilmekle birlikte, MK m. 449'da bu yükümlülüğün kapsamına kefaletin girmeyeceği ifade edilmiştir. Öğretide de belirtildiği üzere vesayet altındaki kişinin kefil olmasına daha sonradan vasinin icazet vermesi halinde de geçerlik kazanmaz.¹³⁴ Bu husus MK. m. 449'un doğal sonucudur. Bu madde kapsamında sınırlanan sadece vesayet altındaki kişinin kefil olması değil, aynı zamanda vasinin vesayet altındaki kişi adına bu sözleşmeyi bizzat akdetmesidir.

Vesayet altındaki kişilerin ve vasilerinin bu kişiler adına kefalet akdine girebilmesi konusundaki kısıtlama kanunun açık ifadesi karşısında tartışmasız kabul edilmekle birlikte,¹³⁵ bu sınırlamalara vesayet altındaki kişi tarafından uyulmaması halinde girilmiş olan kefalet sözleşmesinin akıbeti tartışmalıdır. Bir görüş bu halde işlemin akıbetinin kesin hükümsüzlük olacağını belirtmekle birlikte, bu nitelikte bir işlemin ancak kefil bağlamayacağı görüşünde olan yazarlar da vardır. **Reisoğlu**'na göre vesayet altındaki kişi, vesayet altından çıktıktan sonra bu işleme kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartlarına uygun bir şekilde icazet vererek geçerli hale getirebilecektir.¹³⁶ **Özen** ise vesayet altındaki kişinin kefalet sözleşmesine girdiği andaki durumuna göre bir ayırım yapmak gerektiğini belirterek, kişinin o anda ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde sonradan verilen icazetin de ehliyet noksanlığını gidermeyeceğini, bu durumun ancak kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlar açısından değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Yazar son tahlilde her iki durumda da sözleşmenin akıbetinin kesin hükümsüzlük olmasını daha yerinde olacağını belirtmektedir ve bu görüşüne dayanak olarak sözleşmeyi tek taraflı olarak geçersiz saymanın pratikte bir değişiklik yaratmayacağını belirtmektedir.

¹³⁴ Aydın **Zevkliler**/Ayşe **Havutçu**/Damla **Gürpınar**, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 6. Bası, Ankara 2008, s. 109; Serap **Helvacı**, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 58; Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998, s. 489; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 29; **Tercier**, s. 864.

¹³⁵ Yarg. 19. HD., 2.10.2001, 2053/6100 (Kazancı-İnternet).. Yarg. HGK., 4.5.2005, 198/308 (Kazancı-İnternet).

¹³⁶ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 29. Aynı yönde bkz. Yarg. 19. HD., 2.10.2001, 2053/6100 (Kazancı-İnternet).

Öte yandan MK m. 453 uyarınca vesayet altındaki kişilere vesayet makamı tarafından meslek veya sanatın icrası için izin verilmiş olması halinde, kısıtlı, kefil olmanın da bu sanat veya mesleğin icrası için gerekli olduğu ölçüde kefil olabileceklerdir.¹³⁷

(ii) Velayet Altındaki Kişiler

MK. m. 343’de “*velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir*” demek suretiyle vesayet hükümlerine atıf yapılmış olduğundan dolayı, vesayet altında incelediğimiz kefaletle ilişkin sınırlamaların velayet altındaki kişiler açısından da geçerli olacağını belirtmekle yetiniyoruz.¹³⁸

(iii) Yasal Danışmanı Bulunan Kişiler

Yasal danışmanı bulunan kişiler MK. m. 429 uyarınca yasal danışmanın izni olmaksızın kefalet sözleşmesine giremezler.¹³⁹ Bu halde vesayet ve velayetten farklı olarak yasal danışmanın, denetimi altında olan kişi adına kefalet sözleşmesi altında kefil sıfatıyla borç altına girme yetkisi sınırlanmamış olup, kendisine kefalet sözleşmesi açısından bir izin mercii sıfatı addedilmiştir. Öğretide, yasal danışmanın izni alınmaksızın akdedilen sözleşmenin yasal danışmanın icazet vermesi veya yasal danışmanlık sona erdikten sonra kişinin kendi icazetiyle geçerlilik kazanacağı belirtilmektedir.¹⁴⁰

(iv) Kayyım

¹³⁷ Turgut **Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2004, s. 507; **Tandoğan**, s. 726; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 29-30.

¹³⁸ **Oğuzman/Dural**, s. 194; **Akıntürk**, s. 406; Rona **Serozan**, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2005, s. 273; Bilge **Öztaş**, Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 2000, s. 535. Velayet altındaki kişiler adına kefil olunamayacağı yönünde bkz. Yarg. HGK., 4.5.2005, 1-298/308 (Kazancı-İnternet); Yarg. 2 HD., 18.4.1996, 2149/4226 (Kazancı-İnternet); Yarg. 2. HD., 2.4.2001, 3771/5058 (Kazancı-İnternet).

¹³⁹ Jale G. **Akıpek**/Turgut **Akıntürk**, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007, s. 337; Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1990, s. 643; **Oğuzman/Dural**, s. 524; **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 353.

¹⁴⁰ **Tandoğan**, s. 727; **Akıpek/Akıntürk**, s. 338.

Kendisine kayyum atanmış kişilerin kefil olabilme ehliyeti açısından herhangi bir sınırlama mevcut değildir.¹⁴¹

bb. İrade

Hukukî işlemler açısından iradeyi sakatlayan haller kefalet sözleşmesi açısından da geçerlidir. Ancak belirtmek isteriz ki, kefilin kural olarak kefalet sözleşmesine taraf olmakta herhangi bir çıkarı olmaması ve kanun koyucunun genel yaklaşımının kefilin koruma yönünde olması nedeniyle, kefalet akdinde kefilin iradesi açısından iradeyi sakatlayan genel haller daha geniş yorumlanmaktadır.¹⁴² Ancak bu husus kefilin korumak gayesiyle öngörülen ve kanunda açıkça belirtilen yazılı şekil şartı gibi hususlardan farklı olarak kanundan doğmamakta ve daha ziyade öğreti ve içtihat yoluyla yerleşmiş olmaktadır.¹⁴³

(i) Hata

BK m. 24’de akdin kuruluşuna ilişkin olarak beyan hatası olarak sayılacak haller belirtilmiş olup, yine sayılan bu hallerden olmamakla birlikte halin icabına göre temel hatası olarak değerlendirilebilecek diğer hallerde de, kişinin sözleşmeyle bağlı olmayacağı belirtilmektedir. Bu genel düzenlemeden hareketle kefilin hangi hallerde hata nedeniyle sözleşmeyle bağlı olmayacağına ilişkin olarak en belirgin örnekleri aşağıda ele alacak olup, bu hallerin tahdidi olarak değerlendirilemeyeceği ve her duruma göre değişiklik gösterebileceğini belirtmek isteriz.

Kefilin hata nedeniyle kefalet sözleşmesiyle bağlı olmaması hallerinden şüphesiz en önemlisi borçluya ilişkin olan hatalardır. Öğretide bu husus borçlunun kimliğinde hata ve ödeme gücüne ilişkin hata olarak iki farkı açıdan ele alınmıştır.

¹⁴¹ Yarg. 13. HD., 9.5.2005, 1879/8001 (Kazancı-İnternet).

¹⁴² **Özen**, s.149.

¹⁴³ Hal böyle olmakla birlikte, BK m. 488’de yer alan ve kefilin borca ilişkin başka kefillerin de olduğu zannıyla sözleşmeye girmesi haline ilişkin düzenlemenin, kefilin irade sakatlığı hallerine ilişkin olarak da açık kanuni koruma altında olduğu hallerden biri olarak nitelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/ Arpacı, hatanın ilgili olduğu kişiye ilişkin olarak hukukumuzda mevcut olan bir tartışmayı ele almakta ve yalnızca sözleşmenin karşı tarafında hatanın değil, sözleşmeye girerken kimliği nazaran alınan kişide hatanın da BK m. 24/II anlamında hata olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir ve bu görüşü kefalet sözleşmesinde esas borçlunun kimliğinde yanılmaya istinaden açıklamaktadırlar. Borçlunun kimliğinde hatanın kural olarak kefil açısından esaslı hata sayılacağı belirtilmektedir.¹⁴⁴ Bu yargıya hataya ilişkin BK m. 24/II’de yola çıkılarak varılmaktadır. Şöyle ki bu maddede “*hata ettiğini iddia eden tarafın ... üzerine borç alırken başlıca nazarı itibara aldığı şahısta yanılmış*” olması esaslı hata hallerden biri olarak sayılmaktadır.¹⁴⁵ Nitekim kefilin kefalet akdine girerken almakta olduğu riski doğru değerlendirebilmek için kimin borcunu teminat altına alıyor olduğunu da biliyor olması gerekmektedir.

Öte yandan, kefilin borçlunun mali durumuna ilişkin olarak hataya düşmesi kural olarak esaslı hata olarak kabul edilmemektedir.¹⁴⁶

Öte yandan Borçlar Kanununda kefil lehine, hataya ilişkin genel hüküm olan BK m. 24’den bağımsız olarak ve içine düşmüş olduğu yanılığının esaslı nitelikte bir hata olduğunu kanıtlama külfetini yüklemeksizin, bir diğer borçtan kurtulma imkanı öngörülmüştür.¹⁴⁷ Buna göre kefil kendisinden başka kefillerin de aynı borca ilişkin

¹⁴⁴ Necip **Kocayusupaşaoğlu**, Necip/Hüseyin **Hatemi** /Rona **Serozan** /Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme, C. I, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 397. **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 362; **Tandoğan**, s. 735; **Özen**, s. 151; **Thévenoz/Werro**, s. 2537; **Rossel**, s. 567; **Tercier**, s. 867.

¹⁴⁵ BK m. 24/II’de düzenlenen hata halinin yalnız sözleşmeye taraf olan kişinin kimliğinde hatayı mı yoksa aynı zamanda sözleşmeye girilirken kimliği esas alınan kişide hatanın da bu hal altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundaki tartışmalar için bkz. **Kocayusupaşaoğlu**, Necip/**Hatemi** / **Serozan** / **Arpacı**, Sözleşme, s. 397. Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 81.

¹⁴⁶ **Tandoğan**, s. 736; **Özen**, s. 151; **Thévenoz/Werro**, s. 2537. Ancak belirtmek isteriz ki, İsviçre Borçlar Kanununda ileride doğacak bir borç için kefalet sözleşmesine giren kefile borçlunun mali durumundaki değişimlere veya kefilin borçlunun mali durumunu değerlendirmesindeki yanılığa istinaden kefalet sözleşmesinden dönme imkanı tanınmıştır. Buna göre borçlunun mali durumu giderek azalmışsa veya borçlunun mali durumunun kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıktıysa, kefil alacaklının dönmeden doğan zararını karşılamak suretiyle sözleşmeden dönebilir (İsviçre BK m. 510/I). Borçlar Kanunu Tasarısında da bu düzenlemeye aynen yer verilmektedir (Tasarı BK m. 599/I). Esas borçlunun mali durumunun kefil tarafından iyiniyetle yanlış değerlendirilmesinin esasında BK m. 24 anlamında bir temel hatası olarak nitelenebildiği takdirde kefilin sözleşmeden dönebileceği ve bu nedenle bu halin özel olarak kefalet hükümleri arasında düzenlenmesinin yeri olmadığı hakkında bkz. **Kuntalp/Barlas/Moralı/Işıntan/İpek/Yaşar/Koç**, s. 272.

¹⁴⁷ **Tandoğan**, s. 736-737; **Thévenoz/Werro**, s. 2538.

olarak taahhüt altına gireceği varsayımıyla kefil olmuşsa ve kefilin bu unsuru dikkate aldığı alacaklı tarafından biliniyorsa, kefilin bu varsayımı gerçekleşmediği takdirde kefil borcundan kurtulur (BK m. 488).¹⁴⁸ **Barlas** burada kanun koyucunun “*zımnî bozucu şarta bağlı bir kefalet*” hali öngörerek hareket ettiğini belirtmektedir.¹⁴⁹ Maddenin ifadesinde diğer kefillerden bahsedilmiş olması nedeniyle, kefilin alacak için rehin tesis edileceği zannıyla kefalet sözleşmesine taraf olması halinde bu hükümden istifade edemeyeceği kabul edilmektedir.¹⁵⁰

Alacaklının kimliğinin istisnai haller dışında kefil açısından bir önem ifade etmediğinden hareketle alacaklının kimliğinde hatanın BK. m. 24/II anlamında hata kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir. Şöyle ki, kefalet akdi alacaklının kimliği kefalet senedinde gösterilmese dahi geçerli olarak kurulabilmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi kefalet akdi ivazlı nitelikte olduğu takdirde veya kefilin teminat yükümlülüğü altına girerken güttüğü amaç borçluya ilişkin bir sebepten ziyade alacaklının kimliğinden ötürü alacaklının alacağını teminat alma gayesi güdüyorsa, bu durumda alacaklının kimliğinde hata da BK. m. 24/II kapsamında değerlendirilebilecektir.¹⁵¹ Örnek olarak, kefil alacaklının kendisine kefil olunması şartıyla akdedeceği sözleşme neticesinde dolaylı bir menfaat elde edecektir. Kefil alacaklının sözleşme neticesinde satın alacağı malların, tamiri ve bakımı gibi ek işler konusunda alacaklı ile sözleşme imzalamak konusunda bir mutabakata varmıştır ve bu sözleşmenin meydana gelmesi alacaklının kefil bulmak şartıyla ilk aşamada alım sözleşmesini imzalamasına bağlıdır. İşte burada, kefil bütünüyle alacaklının kimliğini dikkate alarak kefalet yükümlülüğü altına girmiş olup, alacaklının kimliğinde hata olması halinde, bu husus BK m. 24/II kapsamında değerlendirilebilecektir.

¹⁴⁸ **Tandoğan**, s. 737.

¹⁴⁹ **Barlas**, Kefalet, s. 66. **Barlas**, BK m. 488/III’ün mevcudiyeti dikkate alınarak kefalet sözleşmesine girilen aynı borca ilişkin diğer kefaletin daha sonra geçersiz olması veya bu kefilin alacaklı tarafından ibra edilmesi hallerini de kapsadığını belirtmektedir. Yazara göre ikinci halin kabulü alacaklının diğer kefilde kefil olma iradesini oluşturabilmek amacıyla dürüstlük kuralına aykırı şekilde göstermelik bir kefil bulması hallerinin de önüne geçecektir. Bu sayılan hallerin BK m. 488’in kapsamı içinde olduğu yönünde aynı görüşte bkz. **Tercier**, s. 869.

¹⁵⁰ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 364.

¹⁵¹ **Tandoğan**, s.736.

(ii) Hile

Kefilin kefalet akdine girerken alacaklının yanıltıcı ifadeleri neticesinde kefil olma iradesinin olduğu hallerde kefil, kefalet akdiyle bağlı sayılmaz.¹⁵² Hile yapan taraf alacaklı olmamakla birlikte, bir diğer ifadeyle borçlunun veya üçüncü kişinin hilesi halinde, alacaklının kefilin maruz kaldığı hileden haberdar olduğu veya haberdar olması gereken durumlarda da kefil kefalet akdiyle bağlı olmadığını iddia edebilir. Öğretide alacaklının hangi hallerde hileli davranış sergilediği tartışılmış ve alacaklının kasten ve kefil kefalet altına sokmak için gerçek olmayan beyanlarda bulunması haline ek olarak, diğer hangi hallerde hileli davranmış sayılacağına ölçütleri konmaya çalışılmıştır. Şöyle ki:

Alacaklının herhangi bir açıklama yükümlülüğü olmasa dahi kendiliğinden kefile açıklamalarda bulunması halinde gerçek beyanlarda bulunması ve kefilin iradesine etki edeceğini bildiği olguları gizlememesi gerekmektedir.¹⁵³ Ancak esas sorun alacaklının hangi hallerde açıklama yapmak yükümlülüğü altında olduğunun tespitine ilişkindir. Alacaklının genel olarak bir açıklama yapmak yükümlülüğü altında olmadığı kabul edilmektedir. Ancak MK m. 2’de vücut bulan dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklının açıklama yapmasının gerekeceği haller söz konusu olabilir. **Oğuzman/Barlas**, dürüstlük kuralının uygulama alanı bulduğu haller arasında “yan borçları” da saymakta ve kimi hallerde bu yan borçların “*bir hususu bildirme yükümü*” şeklinde ortaya çıkacağını belirtmektedirler.¹⁵⁴ Alacaklıdan bilgi talep edilmesi halinde, alacaklının açıklama yükümlülüğünde olduğu ve yine kendi inisiyatifinde açıklama yapmaya başladığı takdirde gerçek beyanlarda bulunmak zorunluluğunda olduğu kabul edilmektedir. Ancak bir görüşe göre kendisinden bir açıklama talep edilmeyen alacaklının kefilin borca ilişkin hatalı bilgilere sahip olduğunu ve bu bilgilerin düzeltilmesi halinde kefilin akde girmeyeceğini anlasa dahi, kendisine MK m.2’ye istinaden bu hatayı düzeltmek yönünde bir yükümlülük

¹⁵² **Thévenoz/Werro**, s. 2538.

¹⁵³ **Özen**, s. 158.

¹⁵⁴ **Oğuzman/Barlas**, s. 249. Yazar dürüstlük kuralı çerçevesinde doğabilecek olan bildirme yükümünü alacaklı temerrüdü halinde, borçlunun tevdi yoluyla borçtan kurtulması halini alacaklıya bildirme yükümü olduğu örneği ile izah etmiştir.

yüklenemez.¹⁵⁵ Diğer bir görüş ise bu halde de alacaklının hilesinin söz konusu olacağını belirtmektedir.¹⁵⁶ Kanaatimizce, MK m. 2’de vücut bulan dürüstlük kuralı çerçevesinde, alacaklının esas borca ilişkin mühim bir yanılığ içinde olan kefilin bilgilendirme yükümünün bulunduğu kabul edilmelidir.

(iii) İkraah

Kefilin maruz kalabileceği ikraah halleri için ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre kefil olunması istenen kişi, kendisi veya yakınlarından birinin kendisinin veya malvarlığı haklarının ağır bir tehlikeye maruz kalabileceği yönünde korkutularak sözleşme ilişkisinin kurulması sağlanmışsa, bu durumda ikraahın mevcudiyetine kanaat getirilebilecek ve kefil sözleşmeyle bağlı sayılmayacaktır.¹⁵⁷

Bir diğer halde ise kefilin yakınlarından biri hakkında hukukî takip yapılacağı endişesiyle kefalet sözleşmesine taraf olması hali değerlendirilmektedir. Burada **Reisoğlu** ikili bir ayrıma gitmekte ve eğer hakkında takip yapılabilecek borçlunun borcu için kefil olunması talep ediliyorsa ikraahdan söz edilemeyeceği, ancak takibe konu olacağı söylenen borç dışında başka bir borç için kefil olunması isteniyorsa ikraahın söz konusu olacağını belirtmektedir.¹⁵⁸ Yazar, bir yakını hakkında cezai takibat başlatılacağı tehdidiyle kişinin kefil olması halinde ise kefil olunan borç açısından bir ayırım gözetmemekte ve her halükarda bunun ikraah olarak niteleneceğini belirtmektedir. Yazar bu hususu suçların cezalandırılmasının kamu düzeni ve menfaatin, ilgilendirdiği ve alacaklının bundan istifade ederek kendisi için bir çıkar elde etmesinin her halükarda mazur görülemeyeceği şeklinde açıklamaktadır.¹⁵⁹

cc. Şekil Şartı

¹⁵⁵ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 366.

¹⁵⁶ **Thévenoz/Werro**, s. 2538; **Scyboz**, s. 83.

¹⁵⁷ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 368; **Özen**, s. 161.

¹⁵⁸ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 368.

¹⁵⁹ **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 369.

(i) *Yazılı Şekil*

Kefalet akdi kanunen yazılı şekle tabi tutulmuş bir sözleşme türüdür. Maddenin “*kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe*” şeklindeki ifadesinden de anlaşılacağı üzere yazılı şekil şartı ispat şartı olmayıp muteberlik şartıdır (BK m. 484).¹⁶⁰ Öğretide belirtildiği üzere yazılı şekilde şartının amacı kural olarak herhangi bir karşı menfaati olmadan taahhüt altına giren kefil düşünmeye sevk etmek ve onun çıkarlarını korumaktır.¹⁶¹

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekle tabi olması ve bu şekil şartının ihtiva ettiği hususların mevcut Borçlar Kanunu hükümleri ve İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri arasındaki ayrım, Borçlar Kanunu Tasarısının öngördüğü yeni düzenlemeler ve doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler kapsamında ele alınması gerekmektedir.

Borçlar Kanununda kefalet sözleşmesi için adi yazılı şekil öngörülmüştür.¹⁶² Buna göre kefalet sözleşmesinin yalnızca yazılı olması aranmakta ve bu yazının kefilin el yazısı olması gerekmemektedir.¹⁶³ Hal böyle olmakla birlikte, öğretilde **Özen** kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartını adi yazılı şekil olarak nitelememekte ve kanun koyucunun kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın belirtilmesin şart koşarak, kefalet sözleşmesini geniş anlamda nitelikli yazılı şekle tabi bir sözleşme haline getirdiğini belirtmektedir.¹⁶⁴ Yazarın herhangi bir atıf yapmaksızın ileri sürdüğü bu görüşe, kanun koyucunun kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısını aramamasının bu sözleşmenin adi yazılı şekle tabi bir sözleşme olarak nitelenmesini sağlamakta yeterli olduğu ve sözleşmesinin içeriğine ilişkin olarak şart koşulan unsurların bu nitelemeden bağımsız olarak el alınması gerektiği gerekçesiyle katılmıyoruz. Yazılı şekil şartı konusunda İsviçre Borçlar Kanunu ise kefilin kimliğine ve sorumlu olduğu meblağa göre farklı bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre tüzel kişiler, komandit ve kolektif şirketler adi yazılı şekle tabi olarak

¹⁶⁰ **Tandoğan**, s.740.

¹⁶¹ **Tandoğan**, s. 740; **Özen**, s. 164; **Scyboz**, s. 84.

¹⁶² **Tandoğan**, s. 743; **Barlas**, Kefalet, s. 45; Aynı yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 118.

¹⁶³ Yazılı şekil şartı ve bu şarta ilişkin adi yazılı şekil, özel yazılı şekil ve resmi yazılı şekil ayrımı için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 180-181.

¹⁶⁴ **Özen**, s. 165-166.

kefalet sözleşmesi altında kefil sıfatıyla sorumluluk altına girebilmektedirler.¹⁶⁵ Bu husus aynı şekilde kamu hukukundan kaynaklanan borçlar için devlet kurumlarına gerçek kişileri de kapsayacak şekilde verilecek olan kefaletler için de geçerlidir.¹⁶⁶ Gerçek kişilerin kefil olabilmesi ise sorumlu olunan azami miktarın 2.000 Frangı aşmadığı hallerde sorumlu olunan azami miktarın ve eğer bu tür bir sorumluluk söz konusuysa müteselsilen kefil olduğu hususunun kefilin el yazısı ile yazılması şartına tabiidir (İsviçre BK m. 493/II). Kefil olarak sorumlu olunan miktarın 2.000 Frangı aşması halinde ise, gerçek kişinin kefalet ancak kefalet sözleşmesi resmi yazılı şekilde akdedilirse geçerli olacaktır.¹⁶⁷ Borçlar Kanunu Tasarısında ise İsviçre Borçlar Kanununda belirli şartlara tabi olarak öngörülen el yazısı koşulu, herhangi bir ayırım gözetilmeden tümüyle benimsenmiş olup, “*Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır*” demek suretiyle kefil olunan tutardan ve kefilin gerçek veya tüzel kişi olmasından bağımsız olarak el yazısı koşulu öngörülmüştür (Tasarı BK m. 583/I). Bu düzenlemenin ve el yazısı koşulunun özellikle tüzel kişilerin kefil sıfatıyla taraf olacakları sözleşmeler açısından yaratacağı sıkıntı **Özen** tarafından haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁶⁸

Kefalet sözleşmesinde kural olarak yalnızca kefil borç altına giriyor olduğu için, bir tek kefilin imzası aranmaktadır.¹⁶⁹ Alacaklının imzası, alacaklının da bu sözleşmeyle bir borç altına giriyor olduğu hallerde gereklidir.¹⁷⁰ **Özen** ise alacaklının bir taahhüt altına girdiği hallerde dahi kendisinin imzasının aranmayacak olduğu görüşündedir.¹⁷¹

¹⁶⁵ **Tandoğan**, s. 743.

¹⁶⁶ **Tandoğan**, s. 743.

¹⁶⁷ **Tandoğan**, s. 743.

¹⁶⁸ **Özen**, s. 167-168.

¹⁶⁹ **Tandoğan**, s. 748.

¹⁷⁰ **Barlas**, Kefalet, s. 45.

¹⁷¹ **Özen**, s. 164.

Alacaklının kimliğinin istisnai haller dışında kefil için bir önem teşkil etmiyor olduğu gerekçesiyle, alacaklının isminin kefalet sözleşmesinde belirtilmesi zorunlu değildir.¹⁷² Belirlenebilir olması yeterlidir.¹⁷³ Borçlunun kimliğinin, bir diğer ifadeyle ise ödeme gücünün ise, kefil açısından ifade ettiği öneme atfen borçlunun kefalet sözleşmesinde ismen belirtilmesi gerekmektedir.¹⁷⁴

Öte yandan, kefalet sözleşmesinde kefilin hangi borç için kefalet taahhüdü altına girdiğinin de açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu husus Yargıtay 13. Dairesinin 3 Aralık 1991 tarihli bir kararında aşağıdaki ifadelerle belirtilmiştir.¹⁷⁵

“Öte yandan kefaletin şekle bağlı kılınması ön planda kefilin korumasına yöneliktir. Bu nedenle asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Her hangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz. Asıl borçlunun çeşitli yükümlülüklerinden hangisi için verildiği saptanamayan kefalet hüküm taşımaz (BK. md. 484).”

Bu açıklamalardan hareketle belirtmek isteriz ki, uygulamada sıklıkla rastlanan ve kefilin bankanın müşterisinin bankaya karşı sebebi ne olursa olsun doğacak tüm borçları için kefil olunacağı yönündeki taahhütlerin esas borcun yeterince tamamlanmamış olması nedeniyle geçersiz addedilmesi gerekmektedir. Öte yandan öğretilerde bu tür bir ifadenin kefalet sözleşmesini geçersiz kılmayacağını görüşünde olan yazarlar da vardır.¹⁷⁶

(ii) *Kefilin Sorumluluğunun Üst Sınırının Gösterilmesi*

Kefilin borcu, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, alacaklının esas borcun ifasına ilişkin menfaatini kefilin sorumlu olacağını beyan ettiği azami tutara kadar parasal olarak karşılamaktan ibarettir. Bir diğer ifadeyle, kefil alacaklının ifaya olan

¹⁷² **Reisoğlu**, Kefalet, s. 51.

¹⁷³ **Tandoğan**, s. 751; **Özen**, s. 173.

¹⁷⁴ **Tandoğan**, s. 752.

¹⁷⁵ Yarg. 13. HD, 3.12.1991, 7229/10997 (Kazancı-İnternet). Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, s. 752-753; **Reisoğlu**, Muteberlik, s. 339; **Barlas**, Kefalet, s. 45; **Özen**, s. 153.

¹⁷⁶ **Özen**, s. 154-155.

tüm parasal menfaatini karşılamakla yükümlü olmayıp, sorumluluğu ödemeyi taahhüt ettiği miktar ile sınırlıdır. İşte Borçlar Kanununda da kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın gösterilmesi “...kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır” demek suretiyle şart koşulmuştur (BK m. 484).

Öğretide BK m.484’ün uygulanmasına ilişkin olarak ileri sürülen farklı görüşlere ek olarak, Yargıtay uygulaması da farklılık göstermiştir. Bir görüş uyarınca, kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet sözleşmesinde belirtilmesi şart olmayıp, esas borcun tutarının belirtildiği veya içerdiği veriler suretiyle bu tutarın belirlenebilir olduğu bir belgeye yapılan atıf da BK m. 484’de yer verilen şartı karşılamak için yeterlidir. Bir diğer görüş ise kefaletin konusunu oluşturan esas borca ilişkin belgede esas borç tutarının belirtilmiş olmasını kefilin de kefil sıfatıyla bu belgeyi imzalamış olduğu hallerle sınırlı olmak üzere kefilin sorumluluğunun azami miktarının gösterilmiş olması açısından kabul eder. BK m. 484’ü daha dar yorumlayan görüş uyarınca ise, kefilin sorumluluğunun azami miktarı mutlak suretle kefalet senedinde belirtilmelidir.¹⁷⁷

Yargıtay’ın 12 Nisan 1944 tarihli içtihadı birleştirme kararında kefaletle ilişkin şekil şartı detaylı bir suretle tartışılmış olup, “*Bu itibarla kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın anlaşılması kabil olup olamayacağı hususunun hakim tarafından resen nazara alınması lazım geldiğine...*” ifadesi kullanılmak suretiyle dolaylı yoldan kefilin sorumluluğunun azami miktarının kefalet senedinde gösterilmesinin şart olduğu belirtilmiştir.¹⁷⁸ **Tandoğan**, Yargıtay’ın bu içtihadı birleştirme kararının kefalet senedi dışındaki verilere istinaden kefilin sorumlu olduğu azami miktarın tespit edilebilmesi halinde kefalet sözleşmesini geçerli sayan kararlara nispeten daha koruyucu bir yaklaşım içerdiğini belirtmekte ancak sorumluluk miktarının kefalet senedince açıkça belirtilmemekle birlikte, kefalet senedinden bu miktarın anlaşılabilir olması halinde sözleşmesinin geçerli sayılması gerektiği sonucuna götürdüğünü ifade etmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁷ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 54.

¹⁷⁸ Yarg. İçt. Bir. K., 12.4.1944, 14/13 (Kazancı-İnternet).

¹⁷⁹ **Tandoğan**, s. 756; Aynı yönde bkz. **Barlas**, Kefalet, s. 49.

İçtihadı birleştirme kararıyla azami sorumluluk miktarının kefalet senedinde gösterilmesi gerekliliğine ilişkin olarak ortaya konulan bu prensip Yargıtay'ın takip eden içtihatlarında istikrarlı bir seyir izlememiş olup, Yargıtay'ın birbiriyle çelişmekte olan birçok kararı mevcuttur. Bu kararlara değinmeden önce belirtmek isteriz ki, önemli olan husus kefilin sorumluluğunun azami miktarına ilişkin olarak iradesini doğrudan veya dolaylı yoldan kefalet senedinde ortaya koymuş olmasıdır. Aksi takdirde, kanun koyucunun gerek yazılı şekil şartını gerek ise kefalet sözleşmesinin içeriğine ilişkin olarak kefil düşünmeye sevk etmek gayesiyle öngördüğü düzenlemelerin amacına ulaşması mümkün olmayacaktır. **Barlas** kefilin sorumluluğunun azami miktarının kefalet senedinden ayrı bir belgeye atıf yoluyla belirlenmesi ve bunun kefaletin geçerliliğine etkisini kefilin kendi sorumluluğuna ilişkin bir irade açıklamasının olup olmaması açısından ele almış ve bu ayrımı göz ardı eden Yargıtay uygulamasını ise haklı olarak eleştirmiştir.¹⁸⁰ Yazara göre kefilin esas borcun tutarını bilerek kefil olması ile bu borcun tutarı oranında sorumlu olmayı kabul ettiği yönündeki iradesini belirtmesi farklı şeylerdir ve ilk halin varlığı kefalet sözleşmesinin kurulması açısından yeterli değildir.¹⁸¹ Yargıtay'ın 23 Haziran 2003 tarihli bir kararında Barlas tarafından savunulan bu görüş başarıyla yansıtılmış olup, “*Davacının kefil olduğu dosyada yer alan kredili satış sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu muayyen miktar belirtilmemiştir. Bu nedenle kefaletin geçerliliğinden söz edilemez.*” demek suretiyle kredi limitini bilen ancak bu limite kadar sorumlu olacağı yönünde bir irade açıklaması bulunmayan kefilin taahhüdünü geçersiz saymıştır.¹⁸² Hemen belirtmek isteriz ki, **Barlas**'ın bu görüşü Borçlar Kanununun mevcut hükümlerinin kefilin korunmasına olanak verdiği ölçüde nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin olup, yazar ideal olanın kefilin sorumluluğunun azami miktarının

¹⁸⁰ **Barlas**, Kefalet, s. 50-51. Kefilin sorumluluğunun, borçlunun sorumlu olacağını beyan ettiği tutar olduğunu kabul eden ve **Barlas** tarafından eleştirilen kararlar için bkz. Yarg. HGK., 22.3.1995, 19-829/214 (Kazancı-İnternet); Yarg. 19. HD., 9.6.2000, 2387/4536 (Kazancı-İnternet).

¹⁸¹ **Barlas**, Kefalet, s. 51; **Barlas**'ın atıfta bulunduğu Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 3 Mayıs 2002 tarihli kararı kefilin sorumluluğunun azami tutarının kefalet senedinden farklı bir belgeye atıf yapmak suretiyle belirtildiği ancak kefilin sorumlu olduğu miktar konusundaki iradesinin açıkça ortaya konmuş olduğu bir durumda Borçlar Kanununun mevcut hükümleri uyarınca kefalete ilişkin şekil şartının yerine gelmiş sayılması gerektiğine ilişkin bir örnek teşkil eder. Bkz. Yarg. 19. HD., 3.5.2002, 8930/3318 (Kazancı-İnternet).

¹⁸² Yarg. 13. HD., 23.6.2003, 2543/8151 (Kazancı-İnternet).

bizzat kefalet sözleşmesinde yer alması olduğunu belirtmektedir.¹⁸³ **Barlas** tarafından ideal hukuk olarak belirtilen bu husus, İsviçre Borçlar Kanununda açık bir kanun hükmü olarak yer almakta ve kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefalet senedinde gösterilmesi şart koşulmaktadır (İsviçre BK m. 493). Borçlar Kanunu Tasarısında da paralel bir düzenleme benimsenmiş olup, tasarının bu şekliyle kanunlaşması halinde yukarıda değinmiş olduğumuz ve kefalet limitinin tespitine ilişkin hatalı ve istikrarsız Yargıtay uygulaması açık kanun hükmü karşısında uygulanabilirliğini yitirecektir (Tasarı BK m. 583).

2. Kefilin Alacaklıyı Tatmin Etmesi

BK m. 496'da. "*kefil, eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur*" demek suretiyle halefiyeti, alacaklının tatmin edilmesi koşuluna bağlamış ve halefiyetin kapsamını ancak alacaklının tatmin edildiği oranla sınırlı tutmuştur. İlgili madde "*eda ettiği şey nispetinde*" demek suretiyle, kefilin ancak alacaklıya bir edada bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olacağı ve eda olmaksızın borcu sukut ettiren hallerin halefiyet neticesini doğurmayacağı izlenimini uyandırmaktadır.¹⁸⁴ Öğretide ise bu ifadenin dar anlamda yorumlanmaması gerektiği ve alacaklının tatmin edilmesi sonucunu doğuracak her türlü borcu sona erdiren işlemin halefiyet sonucunu doğuracağı belirtilmektedir.¹⁸⁵ Borçlar Kanunu Tasarısında "*kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur*" ifadesi kullanılmaktadır (Tasarı BK m. 596/I). Kanaatimizce bu tanım hala takas, tecdit gibi borcu sona erdiren ancak ifa başlığı altında nitelendirilmeyen hukukî muameleleri kapsamına almamak suretiyle eksiktir.

Öte yandan, kefil tarafından alacaklıya yapılmış ifa veya borcu sona erdiren tasarruf işlemleri arasında halefiyetin hükümlerinin doğmasına yol açmak suretiyle bir fark olmasa da, bu işlemin hukukî sebebi halefiyetin doğumu üzerinde olumlu veya

¹⁸³ **Barlas**, Kefalet, s. 50; **Bilge** de kefilin sorumluluğunun azami miktarının kefalet senedinde gösterilmesinin zorunlu olduğu görüşünde olup, yazar uygulamada tarafların bir takım harç ve vergilerden kurtulmak için azami miktara kefalet senedinde yer vermediği ve bu hususun birçok ihtilafa sebep olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, s. 372.

¹⁸⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 214.

¹⁸⁵ **Thévenoz/Werro**, s. 2632; **Scyboz**, s. 131; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 26-27; **Rossel**, s. 595; **Martin**, s. 369; **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, s. 392.

olumsuz bir rol oynayacaktır. Kefil tarafından ifanın hangi gaye ile yapıldığı tespit edilmelidir. Kefilin ancak kefalet akdinden doğan borcun sona erdirilmesi amacıyla yapmış olduğu ifa halefiyetin sonuçlarının doğmasına sebebiyet verecektir. Bir diğer ifadeyle kefilin alacaklıya teminat sağlamak amacıyla girmiş olduğu borcu ifa etmesi veya alacaklıyı başka surette tatmin ederek sona erdirmesi halefiyet ile sonuçlanacaktır. Öğretide çoğunlukla örnek verildiği üzere kefil tarafından alacaklıya bağış amacıyla yapılan bir ödeme asıl borcun borçlusunun borcunu sukut ettirmeyeceğinden dolayı bu nitelikte bir ifa alacaklının haklarına halef olmak suretiyle kefilin borçluya rüçû imkanını doğurmayacaktır.¹⁸⁶

Kefilin esas borç henüz muaccel olmadan ödeme yapması halinde, alacaklının esas borçluya karşı olan talep hakkı sona erecek ancak kefilin rüçû hakkı ancak esas borç muaccel hale geldiği anda ifa edilebilir hale gelecektir.¹⁸⁷ Borçlunun kendi taraf olduğu akde istinaden bir ecelden faydalanabiliyorken salt taraf olmadığı başka bir sözleşmeden doğan borcun erken ifası nedeniyle borcunu ifa etmek zorunda kalması doğal olarak beklenemez. Bu husus yukarıda da değindiğimiz gibi kefaletin alacaklının olduğu kadar borçlunun da durumunu daha elverişsiz bir hale getirmemesi gerekliliğinin bir sonucudur. Bu husus İsviçre BK m. 504/III'de hem kefilin alacaklının kabulüne bağlı olarak erken ödeme imkanı hem de rüçû hakkının esas borcun muacceliyeti anında doğacak olması açısından açıkça belirtilmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısında ise kefilin rüçû hakkının ancak esas borcun muacceliyeti anında talep edilebilir hale geleceği açıkça belirtilmiştir (Tasarı BK m. 593/III).

a. Kefilin Borcunu Sona Erdiren Haller

Borçlar Kanununda sayılmış olan ve borcu sona erdiren hallerin kefil ve alacaklı arasında kefalet sözleşmesinden doğan ilişkiyi de sona erdireceği aşıkardır. Borcu sona erdiren hallerin her birine kefalette halefiyet açısından kısaca değinilecek olup, her birinin kefalet borcunun sona ermesi neticesinde kanunda öngörülmüş olan kanuni halefiyete yol açıp açmayacağı ayrıca ele alınacaktır.

¹⁸⁶ **Becker**, s. 1087; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 81; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 213.

¹⁸⁷ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 26; ATF 106 III 114.

aa. Esas Borcun Kefil Tarafından Aynen İfası

Kefilin borcunun niteliği kapsamında yukarıda kısaca değindiğimiz üzere kefilin borcu esas borçlunun kendi borcunu ifasını sağlamak olmadığı gibi, borcun kendisi tarafından ifa edilmesi de değildir.¹⁸⁸ Kefilin sorumluluğu alacaklının esas borcun ifasına ilişkin olan menfaatini parasal olarak karşılamaktır. Bu suretle alacaklının kefilden borcun aynen ifasını talep etmek hakkı yoktur. Kefilin borcu yalnızca para borcudur. Bu husus tarafların kefalet akdinde kefilin borcunu aynen ifa suretiyle yerine getirilmesi yönünde anlaşılmasına engel olarak görülmemektedir. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, bu yönde bir sözleşmesel düzenlemeye gidilmesi halinde dahi, alacaklının kefilin aynen ifaya zorlayamayacağı ve kefilin dilerse ödeme suretiyle borcunu ifa edebileceği kabul edilmektedir.¹⁸⁹ Kefilin aynen ifa suretiyle borcu sukut ettirebilecek olmasına dayanak olarak BK. m. 67’de borcu ifa eden kişinin kimliğinin alacaklı açısından bir fark yaratmadığı durumlarda borcun bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilmesinin kabul edilmiş olması ve kefilin bu imkandan istifade edememesi için herhangi bir gerekçe olmadığı gösterilmektedir.¹⁹⁰

Belirtmek isteriz ki, bu nitelikte bir ifanın alacaklının esas borçluya olan talep hakkını sukut ettirmek suretiyle kefilin de borcunu sukut ettireceği konusunda bir tartışma olmamakla birlikte, aynen ifanın kefilin alacaklının haklarına halef olup olmaması açısından yaratacağı etkinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. **Barlas**’a göre bu halde borç kefil sıfatıyla değil ancak bir üçüncü kişi sıfatıyla yerine getirilmiş olacağı için kefil ve borçlu arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan rücu hükümleri saklı kalmakla birlikte, kefilin kefalet akdine ilişkin olarak öngörülmüş olan kanuni halefiyetten yararlanması mümkün değildir.¹⁹¹ **Tandoğan** ise bu halde de ifanın kefil sıfatıyla yapılmış olduğunun kabul edileceği ve halefiyetin doğacağını savunmaktadır.¹⁹² Kanaatimizce de burada gerçekleştirilen ifa BK m. 67’de tanınan

¹⁸⁸ Bu husus kefalet ve borca katılma arasındaki en belirgin farklardan birisidir.

¹⁸⁹ Kefilin borcunu ancak esas borcun aynen ifası suretiyle yerine getirilebileceği yönündeki sözleşmesel bir düzenleme halinde, taraflar arasındaki esas ilişkinin kefalet değil birlikte borç üstlenme olarak niteleneceği yönünde Bkz. **Tandoğan**, s. 698; **Barlas**, Kefalet, s. 44; **Rossel**, s. 570.

¹⁹⁰ **Tandoğan**, s. 698.

¹⁹¹ **Barlas**, Kefalet, s. 44.

¹⁹² **Tandoğan**, s. 698. Aynı yönde bkz. **Reisoğlu**, Mesuliyet, s.344.

imkana istinaden gerçekleştirilmektedir. Kanunun sınırlı halde kefil lehine tanımış olduğu kanuni halefiyet halinin kefilin başka bir sıfat altında gerçekleştirmiş olduğu ifa hali için de söz konusu olacağını söylemek, Borçlar Kanununda tahdidi olarak sayılmış kanuni halefiyet hallerinin genişletilmesi anlamına gelecektir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere Türk hukuku kanunu halefiyet halleri sınırlı olarak sayılmıştır ve bu haller genişletilemez. Öte yandan, kefilin BK m. 67'ye istinaden borcu aynen ifa suretiyle sukut ettirmesi halinde, yukarıda değinmiş olduğumuz ve BK m. 109/II'de borçlunun alacaklıya ihbarıyla vuku bulan halefiyet halinden istifade edebileceği kanaatindeyiz. BK m. 67'ye istinaden aynen ifada bulunan kefil, bir üçüncü kişi olarak hareket etmiş olacak ve bu suretle BK m. 109/II anlamında üçüncü şahıs olarak addedilebilecektir.¹⁹³

İfa yerini tutan edim halinde de kefilin borcu sukut edecektir ve esas borcun kefil tarafından aynen ifasından farklı olarak halefiyet hükümlerinin işlemesine de olanak verecektir.¹⁹⁴ **Barlas** bu hususu ifa yerini tutan edimle kefaletten doğan borcun yine kefil sıfatıyla ifa ediliyor olması gerekçesine dayanarak açıklamıştır.¹⁹⁵

bb. İbra

İbra borcu sona erdiren diğer durumlardan farklı olarak alacaklının borçlu ile yaptığı bir anlaşma neticesinde, alacağından vazgeçmek suretiyle borçluyu borcundan kurtarması anlamına gelmektedir.¹⁹⁶ İsviçre BK m. 115'de düzenlenmiş olan bu kuruma, Borçlar Kanununda yer verilmemiştir. Kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, hukukumuz açısından da tarafların ibra konusunda anlaşmaları muteber

¹⁹³ **Reisoğlu** ise bu hususu kefalet benzeri garanti mukavelesine istinaden belirtilmiştir. Garanti veren üçüncü kişinin borcunu ifa etmek ister ve esas borçlu BK m. 109/II anlamında alacaklıya halefiyeti bildirirse, garanti veren alacaklının haklarına halef olacaktır. Ancak bu halefiyet garanti veren sıfatına istinaden değil, ifada bulunan üçüncü kişi sıfatına istinaden vuku bulacaktır. Bkz. Seza **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 162. BK m. 67'e istinaden üçüncü kişi sıfatıyla ifada bulunan kefil içinde aynı yargıya varılabileceği kanaatindeyiz. Karşı yönde. bkz. **Bilge**, atif yapmakta olduğu Federal Mahkeme kararında, bir kimsenin İsviçre BK m. 110 (BK m. 109)'da bahsedilen anlamda üçüncü şahıs sayılabilmesi için alacaklı ile hiçbir surette hukukî ilişki içinde olmaması gerektiğini belirtir. **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 292.

¹⁹⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 431.

¹⁹⁵ **Barlas**, Kefalet, s. 44.

¹⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 431; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 985.

kabul edilmektedir.¹⁹⁷ Belirtmez isteriz ki, incelememiz kapsamında ele aldığımız ibra alacaklı tarafından kefilin ibra edilmesi halidir. Esas borca ilişkin olarak borçlunun ibra edilmesi halinde, asıl borç ibra suretiyle sonra erince fer'î niteliği nedeniyle kefalet borcunun da sona ereceği şüphesizdir.¹⁹⁸ Böyle bir durumda kefilin ödemesi olmaksızın borç sona ereceği için kefilin sorumluluğu da sonra erince fakat halefiyet doğmayacaktır.¹⁹⁹

Buradan hareketle belirtmek isteriz ki, alacaklının yalnızca kefilin ibra etmesi de mümkün ve geçerlidir. Nitekim kefil ve alacaklı arasında esas borç ilişkisinden bağımsız ayrı bir borç ilişkisi mevcuttur.²⁰⁰ Alacaklının kefilin ibra etmesinin kefalet borcunu sona erdireceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, ibranın halefiyet açısından doğuracağı sonuçlar öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre halefiyet, kefilin bir üçüncü kişinin borcu için yaptığı ödemedan dolayı zarara uğramaması için, ona borçlunun malvarlığına başvurmak imkanını verir. Bu nedenle kefilin malvarlığında bir azalma olmaksızın ona yine de borçluya başvurabilme imkanını vermek halefiyetin amacıyla bağdaşmayacaktır.²⁰¹ **Kılıçoğlu**'na göre ise ibra neticesinde alacaklının malvarlığında doğrudan artma suretiyle olmasa da, azalmanın engellenmesi suretiyle bir artma vuku bulacağı için bu halde de ibra halinde halefiyet sonucu doğmalıdır.²⁰² **Kılıçoğlu** tarafından ileri sürülen bu görüş uyarınca, alacaklının ibra neticesinde ne tür bir kazanım içinde olacağını anlayamamakla birlikte, halefiyetin amacının kefilin malvarlığında vuku bulan azalmayı gidermek olduğunu ve bu suretle kefilin malvarlığında herhangi bir azalmanın gerçekleşmemesi halinde, halefiyet sonucunun doğmaması gerektiği görüşünde olduğumuzu belirtmek isteriz. Yarg. İçt. Bir. Gen. Kur.'u 11 Haziran 1969 tarihli kararında "*Kanun koyucu belirli hallerde kanuni halefiyet kabul etmiştir.*

¹⁹⁷ **Saymen/Elbir**, s. 854; **Tunçomağ**, s. 1171; **Oğuzman/Öz**, s. 431.

¹⁹⁸ **Reisoğlu**, s. 229; BK m. 113 uyarınca asıl borç sona erince kefaleti de içerecek şekilde asıl borca bağlı fer'î hakların da sona erince olmasının ibra açısından da geçerli olduğu konusunda bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 435; Bir uygulama örneği olarak bkz. ATF 126 III 375.

¹⁹⁹ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 215.

²⁰⁰ **Tandoğan**, s. 696.

²⁰¹ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 216; **Martin**, s. 369; **Rossel**, s. 595.

²⁰² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 33.

Bunda güdülen amaç edinilen faydalar arasında bir muvazene tesisidir” belirtmesinde bulunmuş ve dolaylı yoldan halefiyetin bir diğer kişinin malvarlığında artış sağlamak suretiyle kendi malvarlığını azaltıma uğratan kişinin menfaatlerini koruma amacına hizmet ettiğini belirtmiştir.²⁰³ İbra edilmek suretiyle, herhangi bir ödeme yapmaksızın borcundan kurtulan kefilin halefiyet hükümlerinden yararlanması kabul edilemez.

Öğretide bir diğer tartışma kefilin ibrasının herhangi bir şekle tabi olup olmadığı noktasındadır. İsviçre Borçlar Kanunun-da ibraya konu olan borç kanunen veya sözleşmesel olarak şekle tabi olsa bile, borcun bütünüyle sukut etmesine veya azalmasına yol açan ibra anlaşması herhangi bir şekle tabi değildir (İsviçre BK m. 115) Borçlar Kanununda ibra herhangi bir kanuni düzenlemeye tabi olmadığı için, şekli konusunda da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, ibra konusunu teşkil ettiği borcun doğduğu sözleşmenin tadil edilmesi sonucunu doğuracaktır ve bu nedenle BK m. 12 uyarınca şekle tabi olmalıdır.²⁰⁴ **Saymen/Elbir**, Borçlar Kanununda, İsviçre BK m. 115 muadili bir düzenleme yer almadığı gerekçesiyle, “...kefili kefaletten ibra için, kefaletin tabi olduğu yazılı şekle riayet lazımdır” demek suretiyle kefilin ibrasının da yazılı şekil şartına tabi olduğu belirtmektedir.²⁰⁵ İbranın sözleşmeye ilişkin herhangi bir değişiklik teşkil etmediği görüşünde olanlar ise ibra için şekil şartının söz konusu olmadığını belirtirler.²⁰⁶ Kefalet sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi olmasının gerekçesi, başka bir kişinin borcunu teminat altına almak suretiyle kendi malvarlığına başvurulmasına yol açacak şekilde sorumluluk altına giren kefil düşünmeye sevk etmek ve bu suretle kefil korumak gayesiyle izah edilir. Bu nedenle, bir an için kefil üstlendiği bu yükümlülükten kurtaracak olan ibranın herhangi bir şekil şartına tabi olmamasının yerinde olacağı düşünülmeyle birlikte, Borçlar Kanunun mevcut halinde BK m. 12 ile öngörülmüş olan kuraldan sapmaya olanak veren bir düzenlemenin yer olmadığı kanaatindeyiz. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, Borçlar Kanunu Tasarısında İsviçre

²⁰³ Yarg. İçt. Bir. Gen. K., 11.6.1969, 4/6 (Kazancı-İnternet).

²⁰⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 432.

²⁰⁵ **Saymen/Elbir**, s. 855.

²⁰⁶ **Eren**, s. 1224; İbranın sözleşme değişikliği anlamına geldiği ancak şeklin koruduğu tarafın ibra sonucunu borcunun ortadan kalkması veya azalması söz konusu olacağı için ibranın şekle tabi tutulmaması gerektiği yönünde bkz. **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 989; Aynı yönde Bkz. **Tunçomağ**, s. 1173; Nuri **Turanboy**, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 87.

BK m. 115 muadili bir düzenleme öngörülmüş olup, “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır.*” demek suretiyle ibranın herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı hükmü getirilmiştir (Tasarı BK m. 132).

cc. Takas

Takas kurumu tek taraflı bir beyana tabi olmak üzere tarafların birbirine karşı aynı cinsten olan borçlarının azı miktarında sona ermesini ifade etmektedir.²⁰⁷ Yukarıda belirttiğimiz üzere kefalet sözleşmesi kural olarak kefil açısından bir kazanım içermemektedir. Bu suretle istisnai haller dışında kefil ve alacaklı arasında takasa konu edilebilecek nitelikte türdeş ve kefalet sözleşmesinden doğan borçlar olmayacaktır. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, takasa tabi olacak borçların aynı borç ilişkisinden kaynaklanması da gerekmez.²⁰⁸ Bu duruma istinaden kefil farklı bir ilişkiden doğmuş olan, alacaklıya karşı ileri sürebileceği alacak hakkını kefalet sözleşmesinden doğan borcu ile takas edebilecektir.²⁰⁹

Yine yukarıdaki tanımdan hareketle ancak aynı kişiler arasında doğan borçların takasa konu olabileceği dikkate alındığında, asıl borçlunun alacaklıdan bir alacağı olması halinde, asıl borçlunun bu alacağının kefil tarafından takasa konu edebilmesi, bu alacağa ilişkin hak sahibinin kefil olmaması nedeniyle mümkün değildir.²¹⁰ Borçlunun alacaklıya karşı takasa konu olabilecek bir borca sahip olması ancak

²⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 452.

²⁰⁸ Oğuzman/Öz, s. 453.

²⁰⁹ Belirtmek isteriz ki, ileride de inceleyeceğimiz üzere kefile bazı hallerde, alacaklının kendisine yüklenen bir takım külfetleri yerine getirmemesi nedeniyle uğradığı kimi zararları, alacaklıya kefalet akdinden dolayı olan borcundan mahsup etme hakkı tanınmıştır. Kanunda kefilin bu hakkına ilişkin açık bir ifade kullanılmamış olmakla birlikte (alacaklıya borçlunun iflasını kefile bildirme ve alacağı iflas masasına kaydettirme külfetini yükleyen BK m. 502), alacaklıya karşı olan borcunun alacaklının kendisine yüklenen külfeti yerine getirmemesinden dolayı uğradığı zarar neticesinde azalacağı belirtilmektedir. Öğretide de bu halde kefilin alacaklının ona olan borcunu kendi borcuyla takas edebileceği belirtilmektedir. Bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 187. Nitekim bu durumda kefil ve alacaklı arasında para borcu olmak suretiyle türdeş ve takasa konu olabilecek nitelikte iki borç bulunmaktadır.

²¹⁰ Saymen/Elbir, s. 889; Oğuzman/Öz, s. 454; Her ne kadar kefil esas borçluya ait olan takas hakkını alacaklıya karşı ileri süremeyecek olsa da, BK m. 119 uyarınca, esas borçlunun takası ileri sürmek hakkı bulunduğu sürece, kefil kendi borcunun ifasından da kaçınabilecektir.

kefile kefalet sözleşmesinin fer'î niteliğinden dolayı kendi borcunu ifadan kaçınma yönünde bir defî hakkı verecektir. Nitekim bu husus BK m. 119'da "*asıl borçlunun takası dermeyan etmeğe hakkı oldukça, kefilî alacaklıya tediyede bulunmaktan imtina edebilir*" demek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

dd. Tecdit

Yeni bir borç meydana getirilmesi suretiyle bir önceki borcun sona erdirilmesine tecdit denilmektedir.²¹¹ Tecdidin uygulama biçimi açısından sözleşme değişikliği kurumuna benzerlik göstermesi nedeniyle BK. m.114'de "*borcun tecdidi akitten vazih surette anlaşılmalı lazımdır*" denmekte ve bu suretle tarafların yaptığı değişikliğin tecdit iradesine yönelik olmasının aranacağı belirtilmektedir. Tecdit ilk borcu sona erdirmesi ve yeni bir borç doğurması itibarıyla içinde iki farklı sonucu barındıran bir işlemdir. Tecdit neticesinde ilk borcun sona erecek olması zorunlu olarak bu borca bağlı fer'î hakların da sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Bu fer'î haklar arasında şüphesiz kefalet de yer almaktadır.²¹²

Kefilin alacaklının ifaya olan menfaatini tatmin ettiği ve bu suretle borçluya karşı olan talep hakkını yine alacaklıya karşı yeni bir borç yaratmak suretiyle sukut ettirdiği hallerde de halefiyet sonucu doğacaktır.

ee. Kefil ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde borç sona erer. Bu husus BK m. 116'da açıkça ifade edilmiştir. Buna göre alacaklı ölür ve kefil de onun tek mirasçısı sıfatıyla alacak hakkının sahibi haline gelirse, kefalet borcu sukut edecektir. Kimsenin kendi borcunun alacaklısı olamayacak olmasının yanında, kimsenin kendi alacağı için teminat vermesi de beklenemeyecektir.

ff. İfa İmkansızlığı

²¹¹ **Tunçomağ**, s. 1183; **Oğuzman/Öz**, s. 435; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 989; **Tennur Koyuncuoğlu**, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio), İstanbul 1972, s. 49.

²¹² **Oğuzman/Öz**, s. 438.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi kefilin borcu daima bir para borcudur. Öğretide görüş birliğiyle kabul edildiği üzere para borçlarında imkansızlık esasen söz konusu olmamaktadır.²¹³ Bu suretle kefilin borcunun sona ermesi açısından imkansızlık hali söz konusu olamayacağı için bu kurum kefilin borcu açısından borcu sukut ettiren bir halde olamayacaktır.

Hal böyle olmakla birlikte, yukarıda değindiğimiz üzere öğretide kimi yazarlar BK m. 67'ye istinaden kefilin esas borcu aynen ifa etmek suretiyle de sukut ettirebileceğini ve bu halde de alacaklının haklarına halef olacağını belirtmektedirler. Ancak esas borcun aynen ifasının imkansız hale gelmesi halinde, bu durum kefile nasıl etki edecektir?²¹⁴ Esas borç alacaklı açısından kusurlu bir şekilde imkansız halde geldiyse ve bu suretle borç sukut etmeyerek tazminat borcuna dönüştüyse,²¹⁵ kefil yine de aynen ifa suretiyle borcunu ifa edebilecek midir yoksa bu halde artık borcunu para borcu olarak ödemekten başka bir seçeneği yok mudur? Kanaatimizce bu soruyu kefilin de esas borcu aynen ifa suretiyle kendi borcundan kurtulabilmesinin dayanağı olarak gösterilen BK m. 67 kapsamında ele almak gerekmektedir. Borcun bir üçüncü kişi tarafından ifası, salt ifa edenin kimliğine ilişkin bir değişiklik öngörmekle birlikte, bu borcun muhtevasını değiştiren bir unsur değildir. Bu suretle, artık esas borçlunun borcu bir tazminat borcu halini aldıysa, BK m. 67 uyarınca bu borcu ifa eden kişinin de bu borcu ancak bir bedel ödemek suretiyle yerine getirebileceği kanaatindeyiz. Öte yandan belirtmek isteriz ki, aynen tazmine hükmedildiği halleri bu durumdan ayrı tutmak gerekebilecek ve bu hallerde üçüncü kişinin de aynen tazmin yoluna gidebileceğini kabul etmek gerekecektir.

b. Alacaklının Kısmen Tatmin Edilmesi

²¹³ **Oğuzman/Öz**, s. 332; Nami **Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s.18; Mustafa **Dural**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 144-145.

²¹⁴ İncelememiz kapsamında esas borcun baştan itibaren imkansız olması ve bu suretle kefaletin ferî niteliğiyle geçersiz olması haline değinilmemektedir.

²¹⁵ Öğretide çoğunlukla kabul edilen ve borçlunun kusurlu olduğu imkansızlık halinde, borcun sukut etmeyerek tazminat borcuna dönüşeceği yönündeki görüşe (bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 853), karşıt olarak borcun her türlü imkansızlık halinde sona erdiği görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 311. **Oğuzman/Öz** borcun bu halde sukut etmesine rağmen kefalet gibi ferî haklardan kaynaklanan borçların devam etmesini kefilin borçlunun temerrüdünün sonuçlarından da mesul olacağını belirten BK m. 490/1'e istinaden izah etmektedir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 313.

BK m. 496'nın lafzından hareketle alacaklının kısmen tatmin edilmesi halinde, halefiyetin de bu kısmen tatmin oranında ortaya çıkacağı sonucuna varılmaktadır. Bu hal tarzı halefiyetin yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere menfaatler arasındaki dengeyi kurma amacının doğal bir sonudur.

Belirtmek isteriz ki, alacaklı bütünüyle muaccel hale gelmiş bir borç açısından kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir.²¹⁶ Bu durumda BK m. 496 alacaklının kefil tarafından yapılan kısmi ifa teklifini kabul ettiği hallerle, alacağın ancak bir kısmının muaccel hale geldiği ve kefilin muaccel olan bu kısma ilişkin olarak alacaklıyı tatmin ettiği halleri düzenlemektedir. Burada ele alınan kısmi ifa terimi kefilin borcu açısından kısmi ifaya ilişkin olup, esas borcun kısmi ifasından bağımsızdır. Kefilin kefalet akdi altında yüklendiği azami sorumluluk esas borcun yalnızca bir kısmına tekabül ediyorsa, bu borcu bütünüyle ifa eden kefilin kendi borcu açısından kısmi ifadan söz edilemeyecektir.²¹⁷

Kısmi ifa alacaklının borca ilişkin talep hakkını bütünüyle sona erdirmemektedir. Alacaklının da halen borçluya karşı bir talep hakkının devam ediyor olması, nedeniyle kısmi ifa halefiyetin sonuçları açısından ayrı bir takım neticeler doğurmaktadır. Bu konu halefiyetin hukukî sonuçları kapsamında ayrı olarak ele alınacaktır.

3. Kefilin Borçluya Karşı Rücû Hakkına Sahip Olması

Kefilin alacaklıyı tatmin etmesi sonucunda, kendi malvarlığında gerçekleştirmiş olan azalmayı borçludan talep edebilmesi için borçluya karşı rücû hakkına sahip olması gerekmektedir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi kefil lehine öngörülmüş olan kanuni halefiyet hali temelinde bir rücû hakkını gerektiren nitelikteki kanuni halefiyet hallerinden biridir. Alacaklının haklarına halef olan kefil borçlu ile arasında olan ve rücû hakkına olanak veren iç münasebeti kanıtlamak zorunda olmasa da,

²¹⁶ Bu husus BK Madde 68'in ifadesinden ortaya çıkmaktadır: “*Borcun miktarı muayyen ve tamamı muaccel olduğu takdirde alacaklı kısmen vukubulan tediyeyi reddedebilir*”; Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 220; Kefalet borcunun alacaklısının kısmi ödemeyi reddedebileceği konusunda bkz. **Reisoğlu**, Kefalet, s. 188.

²¹⁷ Her halükarda halefiyet kefilin malvarlığında vuku bulan azalmaya ilişkin olarak söz konusu olacak olsa da, kefil kendi borcunun tamamını ifa etmiş olacaktır.

borçlu aralarındaki iç ilişkiden dolayı kefilin kendisine rüçû hakkı olmadığını kanıtlamak suretiyle, kanunen kefil lehine öngörülmüş olan halefiyet halini de neticesiz bırakabilecektir.²¹⁸ Nitekim Borçlar Kanununda kullanılmış olan “*şu kadar ki kefil ile borçlu beynindeki hukukî münasebetlerden mütevellit dava ve defî hakları mahfuzdur*” ifadesi, kefilin esas borçluya karşı iç ilişkiden sahip olduğu hakları da kullanabileceğini belirtmenin yanı sıra, esas borçlunun da bu ilişkiden kaynaklanan ve kefile karşı ileri sürebileceği ve kimi hallerde kefilin halefiyet hakkını neticesiz bırakabileceği haklarının da saklı olduğunu belirtmek olduğu kanaatindeyiz (BK m. 496). Öğretide ise bu ifadenin yalnızca kefilin iç ilişkiden kaynaklanan haklarından da istifade edebileceğini belirtme işlevi gördüğü belirtilmekte,²¹⁹ esas borçlunun haklarına da atıf yapmakta olduğu açıkça belirtilmemektedir.

Kefil ve esas borçlu arasında söz konusu olan iç ilişkiden kaynaklanabilecek ve kefilin halefiyeti üzerinde etki doğurabilecek bu hallere ek olarak, kanun koyucu bu iç ilişkiden bağımsız olarak da halefiyet neticesinde kefilin alacaklıya rüçû edebilmesini kefilin bir takım külfetlerin yerine getirmesi şartına tabi tutmuştur.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasında borçlunun rızasının herhangi bir rolünün olmamasının gerekçesi kefil tarafından esas borçlunun borcuna ilişkin olarak alacaklıya güvence verilmesinin borçlu için herhangi bir zarar doğurmayacağı, hatta çoğu zaman kefil tarafından sağlanan bu teminatın alacaklının borçlu ile sözleşme ilişkisine girmeye ilişkin iradesinin oluşmasında büyük bir etkisi vardır. Uygulamada bankalar kişisel kredi taleplerinde hemen hemen her zaman bir kefilin varlığını şart koşturmaktadırlar. Belirtmek isteriz ki, kefalet sözleşmesinin oluşmasında esas borçlunun rızasının alınmamasına gerekçe olarak gösterilen “kefaletin borçlunun zararına olmayacağı” yönündeki gerekçenin tutarlılığı açısından, kanun koyucu esas borçlunun kefalet sözleşmesinin oluşumunda rızasını aramamakla birlikte, bu akdin oluşumdan sonra da esas borçlunun zararına sonuçlar doğurmaması için önlemler almıştır. İşte bu nedenle kanun koyucu aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz şekilde kefile de, bu sefer borçlunun çıkarlarını korumak gayesiyle, bir takım külfetler yüklemiştir (BK m. 497I/II ve 498) ve bu külfetleri yerine getirmemesini kefilin borçluya karşı rüçû hakkını yitirmesi sonucuna bağlamıştır.

²¹⁸ **Reisoğlu**, Rücû, s. 467; **Becker**, s. 1086.

²¹⁹ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 283-284; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 210.

Kanun koyucu tanıdığı kanuni halefiyet neticesinde borçluya rüçû edebilmesi için kefile de bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Kanun koyucu burada mevcut bir takım hukukî olanakları kullanmayan kefilin rüçû hakkını kısıtlamış, bu suretle kefile de bir nevi borçlunun haklarını gözetmek yükümlülüğünü yüklemiştir.

a. Borçluya Ait Defilerin İleri Sürülmemesi

Öncelikle belirtmek isteriz ki, BK m. 497’de yalnızca “*defiler*” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, ileri sürülmemesi halinde kefilin esas borçluya karşı rüçû hakkının ortadan kalkmasına yol açacak haller defiler olduğu kadar itiraz haklarını da kapsamakta ve bu suretle geniş anlamda “savunma imkanları” olarak ele alınmaktadır.²²⁰ Kefilin esas borcun sona ermiş olduğuna ilişkin itiraz hakkını ileri sürmeksizin ödeme yapması halinde, borçluya karşı rüçû hakkı söz konusu olmayacaktır.²²¹ Bu husus kefilin taahhüdünün fer’î niteliğine istinaden borçluya ait bütün defileri alacaklıya karşı dermayan edebileceğini düzenleyen BK m. 497’nin ikinci fıkrasında yer almakta olup, buna göre “*kefil kendi kusuru olmaksızın bu defilere vakıf olmadığını ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu defileri dermayan etmemesinden naşi, alacaklıya rüçû etmek hakkından mahrum olur*”.²²²

Hemen belirtmek isteriz ki, rüçû hakkının kaybı ancak borcun sona ermiş olduğuna ilişkin defiler açısından söz konusu olup, borcun ifasının talep edilebilirliğini geciktiren defiler söz konusu olduğu takdirde, rüçû hakkı ortadan kalmayacak ve yalnızca bu defilerin geçerli olduğu süre boyunca askıda kalacaktır.²²³ Buna göre kefil asıl borçlunun ödemezlik defini ileri sürme hakkı olduğu sürece ve bu hakkı ileri sürmeksizin yaptığı ödemeye ilişkin olarak borçluya rüçû hakkını yitirmeyecek

²²⁰ Defiler olduğu kadar itirazların da BK m. 497 kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Reisoğlu**, Kefalet, s. 169.

²²¹ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 82.

²²² Maddenin ifadesinden kefilin borçluya ait bütün defileri ileri sürebileceği anlamı çıkmaktaysa da, kefilin borçlunun şahsına bağlı defileri ileri süremeyecek olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, s. 782; Gülçin Elçin **Grassinger**, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Ankara 1996, s. 51 vd. ; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 170.

²²³ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 219.

olup, bu hak ancak ödemezlik def'inin ortadan kalkmasıyla icra edilebilir hale gelecektir.²²⁴

Bu düzenleme, yukarıda da belirttiğimiz ve borç muaccel olmaksızın rüçû hakkının doğmaması halinde olduğu gibi borçlunun ifa şartlarının kefalet nedeniyle ağırlaşmaması gerekliliğinin doğal bir sonucudur. Borçlu def'i ileri sürerek borcundan kurtulabiliyorken, kefilin bu def'i ileri sürmemesi sonucu alacaklıyla olmasa da kefile ödeme yapmak durumunda kalmamalıdır.

b. Kefilin Alacaklıyı Tatmin Ettiğini Borçluya İhbar Etmemesi

BK m. 498'de kefile bir külfet yüklenmekte ve kefilin alacaklıyı tatmin ettiğini esas borçluya bildirmemesi ve esas borçlunun alacaklıya ikinci bir ödeme yapması halinde, kefilin esas borçluya karşı rüçû hakkını kaybedeceği düzenlenmektedir.²²⁵

Maddenin ifadesinde “*ihbar etmemesinden dolayı asıl borçlu ikinci defa olarak borcunu eda ederse*” ifadesi kullanılmış ve bu suretle borcun ikinci defa edasının kefilin ihbar külfetini yerine getirmemesinden bağımsız şekilde gerçekleştiğinin kanıtlanması halinde kefilin rüçû hakkının baki kalacağı belirtilmek istenmiştir.²²⁶ Kefilin vaktinde gönderilmiş olan ihbarın kefilin kusuru olmaksızın borçlunun eline geç ulaştığını, esas borçlunun ihbar olmaksızın da yapılan ödemenin farkında olduğunu²²⁷ veya ihtara rağmen esas borçlunun yine de aynı şekilde ödemede bulunacağını kanıtlanması halinde rüçû hakkını muhafaza edeceği kabul edilmektedir.²²⁸

²²⁴ Ödemezlik definin taraflara karşı edim ifa edilinceye veya ifası teklif edilinceye kadar borçtan kaçınma hakkı verdiğiine ilişkin olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 269.

²²⁵ BK'da benzer bir düzenleme alacağın temlikli kurumuna ilişkin olarak temlik edilen borcun borçlusu lehine öngörülmekte ve borçlunun iyiniyetle temlik öncesi alacaklıya ödeme yapması halinde borcundan kurtulacağı m. 165'de belirtilmektedir. Burada da, alacağın temlikinin borçluya bildirilmesi temliğin geçerliliği açısından kurucu unsur olmamakla birlikte, borcu temlik alana ihbar yönünde bir külfet yüklenmekte ve aksi takdirde borçludan ifa talep edemeyeceği düzenlenmektedir.

²²⁶ **Tandoğan**, s.790.

²²⁷ **Martin**, s. 373.

²²⁸ **Tandoğan**, s.790; Talih Uygur, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, 2. Bası, Ankara 2003, s. 9438.

Öğretide kefilin ihbar külfeti yönünde düzenleme olmasaydı da, esas borçlunun alacaklıyı ikinci kere tatmin etmesi halinde, yaptığı ödeme oranında kefilin rüçû talebi ile karşı karşıya kalabilecek olan esas borçlunun, iki defa tatmin edilmiş olan alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebileceğini belirten yazarlar, bu defa kanun koyucunun ihbar külfetini yerine getirmeyen kefilin rüçû hakkından mahrum ederek borçlu lehine, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurma gerekliliğini ortadan kaldırarak, bir koruma getirmek gayesini güttüğü belirtilmektedir.²²⁹ Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, kendi borcunun kefilin kişisel teminatına konu olması hususunda hiçbir söz hakkı olmayan esas borçlu lehine öngörülen bu düzenlemenin kanun koyucunun geniş anlamda kefalet ilişkisinin tarafları arasında gözettiği dengenin bir yansıması olduğu kanaatindeyiz.²³⁰

BK m. 498’de düzenleme altına halin bu halin sonuçlarını doğurması için alacaklının iki kez tatmin edilmiş olmasının gerekeceğinden hareketle, ilgili maddenin son fıkrasında “ *alacaklı aleyhine haksız mal edinmesinden dolayı dava hakkı mahfuzdur*” denmekte ve sebepsiz şekilde ödeme yapan tarafın malvarlığındaki bu azalmayı alacaklıya yöneltebileceği bir sebepsiz zenginleşme iddiasıyla giderebileceği belirtilmektedir. Borçlar Kanununda sebepsiz zenginleşme iddiasını kimin ileri süreceği belirtilmiş olmamakla birlikte, kanun koyucunun alacaklının ikinci ifayı da kabul etmesi sonucu borçluya rüçû hakkını kaybeden kefile bu yönde bir hak tanıma gayesiyle hareket ettiği belirtilmektedir.²³¹ Bu husus İsviçre BK m. 508/III ve Tasarı BK m. 597/III’de “*kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır*” demek suretiyle açıkça belirtilmektedir.

²²⁹ **Reisoğlu**, Kefalet, s.204; **Tandoğan**, s.790.

²³⁰ Her ne kadar konuyu kefilin ihbar külfeti açısından ele almamış olsa da, **Oğuzman/Öz**’ün alacağın temlik kapsamında borcu temlik alanın bunu borçluya ihbar etmesinden önce ifada bulunan borçlunun borcundan kurtulacağını düzenleyen BK m. 165’e istinaden “*Gerçi böyle durumlarda genel esaslara göre borçlunun hataen ifada bulunduğu eski alacaklı (devreden) bu kazandırmayı iade etmek yükümlülüğü altında olacaktır. Zira onun alacağı temlik ettikten sonra borçlunun yaptığı kazandırmayı kabul etmesi, duruma (mülkiyeti iktisap edip etmemesine) göre, haksız zilyet veya sebepsiz zenginleşen olmasına yol açar ve borçlu istihkak veya zenginleşmenin iadesi talebiyle bunu geri isteyebilir. Fakat bu sonuç adaleti sağlamaya yetmez. Alacaklısının değişmesinde hiç bir söz hakkı bulunmayan borçlunun, bu temlikten haberi olması da beklenemeyecek bir durumda ifada bulunması üzerine, böyle dolambaçlı veya riskli bir yola başvurmaya mecbur tutulmaması gerekir.*” şeklindeki ifadelerinin kendi borcu kefalet ile teminat altına alınmış olan borçlu açısından da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 940. Aynı yönde bkz. **von Tuhr**, s. 857.

²³¹ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 205; **Tercier**, s. 893; **Martin**, s. 373.

Öte yandan, kefilin asıl borçluya karşı rüçû hakkı bulunmadığı hallerde alacaklının iki kere tatmin edilmesi halinde, sebepsiz zenginleşme davası açmak hakkının borçluya geçtiği kabul edilmektedir.²³² Eğer, borçlu kefile ödemedede bulunursa, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme iddiası bu sefer borçlu tarafından ileri sürülebilir.

Kefil tarafından yapılması lazım gelen ihbar kanun tarafından herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır.²³³

III. Alacaklının Kefile Karşı Sorumluluğu

Alacaklısı olduğu borcun ifasına ilişkin menfaatinin sağlanması açısından, esas borçluya ilaveten bir üçüncü kişinin de malvarlığına başvurma olanağını alacaklıya sağlamasından dolayı kefaletin hizmet ettiği gerçek taraf alacaklıdır. Hal böyle olmakla birlikte, MK m. 2’de vücut bulan ve hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan prensip uyarınca, alacaklının da kefalet sözleşmesinden doğan haklarını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenmeyecek şekilde kullanması gerekmektedir.

Şüphesiz, MK m. 2 genel bir düzenlemedir ve *Oğuzman/Barlas*’ın da ifade ettiği üzere bu genel düzenlemenin gerekçesi “*pozitif hukukun meseleleri en küçük ayrıntısına kadar düzenlemesine imkan olmaması*”dır.²³⁴ Hal böyle olmakla birlikte, kanun koyucu yine kefil koruma gayesiyle hareket ederek, meseleleri biraz daha ayrıntılı olarak düzenlemeye eğilmiş ve hangi hallerde alacaklının hakkını kötüye kullanmış sayılıp, alacak hakkından mahrum kalacağı konusunda bir takım özel düzenlemeler öngörmüştür. Bir diğer ifadeyle kanun koyucu hakkın kötüye kullanılması hallerini kefil için adeta somutlaştırmıştır.

Bu husus kanun koyucunun kefalet akdine ilişkin müdahaleci tavrıyla alacaklının hareketlerini de bir nevi kontrol altına alma arzusunun bir neticesidir. Alacaklının

²³² **Reisoğlu**, Kefalet, s. 205; **Tandoğan**, s. 790-791.

²³³ **Rossel**, s. 597.

²³⁴ **Oğuzman/Barlas**, s. 220.

kefile karşı kanunen üstlenmekte olduğu bu külfetleri incelememiz kapsamında “alacaklının ödevi” olarak niteleyeceğiz. *Tercier*'e göre alacaklının bu ödevlerine ilişkin gerekçeyi alacaklı ve kefil arasındaki ilişkide değil, kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkide aramak gerekmektedir.²³⁵ Aşağıda inceleyeceğimiz üzere alacaklının ödevlerinin hepsi, kefilin esas borçluya karşı sahip olduğu rüçû hakkını emniyete almak ve icrasını kolaylaştırmaya yönelik ödevlerdir. Bu suretle biz de *Tercier*'nin bu nitelemesine katlıyoruz.

1. Özen Ödevi

Bu başlık altında ele alacağımız özen ödevi yukarıda kefalet sözleşmesinin sıhhati açısından incelemiş olduğumuz ve akdin sıhhati kapsamında değerlendirilen alacaklı davranışlarından farklı olup, salt sözleşmenin kuruluşundan sonraki sürece ilişkindir.

Alacaklının kural olarak kefalet akdindeki alacaklı sıfatına istinaden genel bir özen ödevi olmadığı kabul edilmektedir.²³⁶ *Becker*, aksinin kabulü halinde, bu durumun kefaletin değerini büyük ölçüde azaltacağını belirtmektedir.²³⁷ *Scyboz*'a göre ise kendi lehine bir güvence elde etmek gayesiyle kefalet sözleşmesine taraf olan alacaklıya, ayrıca kefilin menfaatlerini korumak yükümlülüğünü üstlenmemektedir.²³⁸ Ancak alacaklı kefalet akdine istinaden elde etmiş olduğu hakları dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdır.²³⁹ İşte kanun koyucu da bu gerekçeden hareketle, alacaklının haklarını ne şekilde kullanması gerektiğine ilişkin olarak bir takım düzenlemeler getirmekte ve adeta dürüstlük kuralını alacaklının kefil ile ilişkisi açısından somutlaştırmaktadır.

Bu başlık altında inceleyeceğimiz özen ödevine aykırı hareketler, alacaklının kefile karşı haklarını kefilin uğradığı zarar oranında yitirmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak ödevlerin kendisine kusur atfedilemeyecek bir surette yerine getirilmediğinin

²³⁵ *Tercier*, s. 883.

²³⁶ *Scyboz*, s. 92; *Engel*, *Contrats*, s. 653.

²³⁷ *Becker*, s. 1097.

²³⁸ *Scyboz*, s. 92; *Tercier*, s. 882.

²³⁹ *Thévenoz/Werro*, s. 2610.

alacaklı tarafından kanıtlanması halinde, alacaklının hak mahrumiyetine uğramayacağı kabul edilmektedir.²⁴⁰ İsviçre Borçlar Kanununda alacaklının kasten veya ağır ihmaliyle bu ödevleri ihlal etmesi halinde, kefilin borcunun bütünüyle ortadan kalkacağı düzenlenmiştir (İsviçre BK m. 503/IV).²⁴¹ Bu husus Borçlar Kanunu Tasarısında da kabul edilmiştir (Tasarı BK m. 592/IV).

a. Bilgi Verme Ödevi

Alacaklının özen yükümlülüğü kapsamında tartışılan hususlardan birisi, alacaklının kefilin borçlunun mali durumuna ilişkin olarak bilgilendirme yükümlülüğü altında olup olmadığıdır.

Konu hukukumuz açısından ele alındığında BK m. 502/I’de alacaklıya borçlunun iflasını kefile bildirme yönünde bir yükümlülük yükleyen düzenleme dışında, alacaklı için herhangi bir bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir.

İsviçre Borçlar Kanununda ise bu konudaki düzenlemeler Borçlar Kanunundan daha geniş olup, İsviçre BK m. 505/I’de “*istek halinde alacaklı, her zaman, borcun durumu hakkında, kefile bilgi vermek zorundadır*” demek suretiyle, kefilin talebine bağlı olarak alacaklı için genel bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür.²⁴² Yine Borçlar Kanunundan farklı olarak, İsviçre Borçlar Kanunu uyarınca, kefilin bu yönde bir talebi olmasa dahi, alacaklının para borçlarına ilişkin olarak esas borçlunun ödeme gücü içinde olduğunu gösteren emareler olduğu takdirde, alacaklı bunları kefile bildirmekle yükümlüdür. Kanun koyucu bu hali de tarafların takdirine bırakmayarak, ödeme gücünün göstergesi olabilecek durumları tanımlama yoluna gitmiş ve bu suretle ana paranın veya yarım yıllık bir döneme ait faizin ya da tahvil karşılığında ödünç aldığı ana paranın yıllık geri ödemesinde altı ay gecikilmesi halinde, bu durumun kefile bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir (İsviçre BK m. 505/I).²⁴³ Alacaklının bu ödevi yerine getirmemesine bağlanan sonuç ise, alacaklının

²⁴⁰ **Becker**, s. 1100; **Engel**, Contrats, s. 653; **Scyboz**, s. 93.

²⁴¹ **Scyboz**, s. 94.

²⁴² Bu bildirim yükümlülüğü alacaklının borçlunun durumuna ilişkin olarak kefilin daha çok bilgi sahibi olmasına dayandırılmaktadır. Bkz. **Scyboz**, s. 95.

²⁴³ **Scyboz**, s. 95.

kefilin bu aykırılıktan dolayı uğradığı zarar oranında kefile karşı rüçû hakkını yitirecek olmasıdır (İsviçre BK m. 505/III). Görüleceği üzere, İsviçre Borçlar Kanunu, kefilin talebi üzerinde yapılması gereken bilgilendirmede esas borcun niteliğine ilişkin bir ayırım gözetmiş olup, koşulsuz bildirim yükümlülüğünü sadece para borçlarına hasretmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısında da İsviçre BK m. 505 ile paralel bir düzenleme kabul edilmiş olup, alacaklının bildirim yükümlülüğü mevcut Borçlar Kanununa istinaden İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda genişletilmiştir (Tasarı BK m. 594).

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, alacaklının BK m. 499 uyarınca kefile esas borca bağlı teminat ve ispat vasıtalarını devretmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu teminat ve ispat vasıtalarına ilişkin olarak alacaklının kefile bilgi verme yükümlülüğü ise Borçlar Kanununda düzenlenmemektedir. Ancak alacağını temlik edenin yükümlülüğünü düzenleyen BK m. 168/II'ye kıyasen, bu maddede öngörülen teminat ve ispat vasıtalarına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğün kefalet akdine taraf kefil ve alacaklı arasında da mevcut olması gerektiği belirtilmektedir.²⁴⁴ Bu husus İsviçre BK m. 503/III²⁴⁵ ve Tasarı BK m. 592/III'de alacağın temliki hükümlerine benzer bir düzenlemeyle açık olarak kefil ve alacaklı arasındaki ilişkiye istinaden yer almaktadır.

b. Borçlunun İflasını Kefile Bildirme ve Alacağı İflas Masasına Kaydettirme
Ödevi

BK m. 502 alacaklıya borçlunun iflası halinde borcunu iflas masasına kaydettirme ve iflasın açıldığını kefile bildirme ödevini yüklemektedir.²⁴⁶ Öğretide alacaklının bu yükümlülüğüne uymaması neticesinde alacaklının kefilin zararını tazmin etmek yükümlülüğü altında olacağı, ancak kefilin borcundan kurtulamayacağı

²⁴⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 187.

²⁴⁵ **Scyboz**, s. 133.

²⁴⁶ **Tercier**, s. 886; **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, s. 389; Yarg. 4. HD., 31.12.1945, 450/4835 (**Olgaç**, s. 144); Yarg. HGK., 18.12.1971, 893/752 (**Olgaç**, s. 147). **Becker** bu yöndeki bilgilendirmenin kefilin iflasın nerede meydana geldiği ve nereye başvurması gerektiği konularında açık olarak haberdar olması sonucunu doğuracak nitelikte bir bilgilendirme olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Becker**, s. 1106.

belirtilmektedir.²⁴⁷ **Reisoğlu**, kefilin alacaklıyı henüz tatmin etmemiş olduğu hallerde kefilin bu suretle uğradığı zararı kendi borcuyla takas edebileceğini belirtmektedir.²⁴⁸ İlgili fıkra “...*bu tekasülünden dolayı kefile terettüp eden zarar nisbetinde kefile karşı haiz olduğu haklarını gaip eder*” denmektedir. (BK m. 502/II) Kanaatimizce, bu maddeye istinaden alacaklının bildirim veya masaya kayıt yükümlülüğünü yerine getirmemesi doğrudan kefilin borcunu sukut ettirmemekle birlikte, kefil kendi borcunu ifa etmesi halinde borçluya karşı doğacak olan rüçû hakkı neticesinde alacağının tümünü masadan alabilecek idiyse, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi de kefilin borcunu bütünüyle sukut etmesi sonucunu doğuracaktır.

2. Teminatları Kefile Devretme ve Bu Teminatlara İlişkin Olarak Koruyucu Nitelikteki Ödevleri

BK m. 501’de “*Alacaklı...haiz olduğu teminatı ona ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur*” demek suretiyle, alacaklıya dolaylı bir ifade yöntemiyle de olsa teminatları kefile geçirme yönünde bir külfet yüklenmiştir.²⁴⁹ Bu husus ödev kapsamındaki teminatlar ve bu teminatların kefile devredilme zamanı açısından ayrı olarak ele alınmalıdır.

a. Düzenleme Kapsamındaki Teminatlar

BK m. 501’de alacaklının teminatları kefile geçirmemesi halinde, kefilin borcundan kurtulacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu teminatların kapsamına nelerin girdiği belirtilmemiştir.

Borçlar Kanunu anlamında alacaklının teminatların değerini azaltmamasına ilişkin ödevini düzenleyen BK m. 500/I kanun koyucunun teminatların kapsamına nelerin girdiği konusundaki niyetine ilişkin olarak biraz daha yol gösterici olmakla birlikte, inceleyeceğimiz üzere esasen bu madde de teminatların kapsamını tam olarak

²⁴⁷ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 187, Alacaklının kefilin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmek borcu için bkz. Yarg. HGK., 18.12.1971, 893/752 (**Uygur**, s. 9446); Yarg. 11. HD., 6.6.1989, 6428/3474 (**Uygur**, s. 9447).

²⁴⁸ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 187.

²⁴⁹ **Tandoğan**, s. 786; Aynı yönde bkz. **Barlas**, Kefalet, s. 44; **Tercier**, s. 883; Yarg. 11. HD., 25.9.2003, 1925/8287 (Kazancı-İnternet).

belirlememektedir. Maddede “*Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefaletin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı...*” demek suretiyle, alacaklının korumak yükümlülüğünde olduğu teminatların kapsamını teminat altına alınan esas borca ilişkin olarak kefalet sözleşmesinin kuruluşu esnasında mevcut olan veya sonradan verilen teminatlar olarak belirlemiştir. Kanunun bu ifadesinden, verilen teminatın alacaklının başka alacaklarını da güvence alıyor olması halinde dahi alacaklı tarafından korunması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Yine kefalet sözleşmesinin oluşumundan sonra borçluya ek olarak bir üçüncü kişi tarafından verilen teminatlar da bu madde kapsamına girmektedir. Bir diğer ifadeyle esasen BK m. 500/I teminatların kapsamına ilişkin bir sınır çizmemektedir.

Borçlar Kanununun lafzi yorumundan çıkan ve kefilin halefiyet neticesinde hak sahibi olacağı teminatlara ilişkin olarak bir sınır olmadığı yönündeki bu sonucun, mevcut İsviçre Borçlar Kanununda yer alan düzenleme, İsviçre kanun koyucusunu bu düzenlemeye gitmeye iten nedenler ve öğretide maddenin nasıl yorumlanması gerektiği yönündeki görüşler çerçevesinde değerlendirilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda alacaklının koruma yükümlülüğünün kefalet akdi kurulurken mevcut olan veya sonradan asıl borçlu tarafından verilen teminatlarla sınırlı olduğu düzenlenmekteydi.²⁵⁰ 1911 tarihli değişikliklerde ise sonradan verilen teminatın yalnızca kefaletle konu esas borca ilişkin olarak verilmesi halinde alacaklıya koruma ödevi yüklenmiş ve bu teminatın sonradan borçlu tarafından verilmiş olması şartı ise ortadan kaldırılmıştır.

Mevcut 1941 tarihli düzenlemede ise, alacaklının koruma sorumluluğu kefalet sözleşmesinin kuruluşu esnasında mevcut olan teminatlara ek olarak sonradan yalnızca kefaletle konu borca ilişkin olarak ve esas borçlu tarafından verilen teminatlar ile sınırlı tutulmaktadır.²⁵¹ İsviçre Borçlar Kanununda yaşanan bu gelişmelerden de anlaşılacağı üzere, gerek alacaklının koruma gerek devir ödevi

²⁵⁰ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 192.

²⁵¹ **Tercier**, s. 884; Taraflar aksini kararlaştırabilmektedir. Bkz. **Tercier**, 892.

kapsamına giren teminatlara ilişkin ayırım, teminatların veriliş zamanı, teminatları veren kişi ve hangi borca ilişkin olarak verildiği noktasında meydana gelmektedir.

İsviçre Borçlar Kanununda düzenlenen ve sonradan verilen teminatların yalnız borçlu tarafından verilmiş olması halinde alacaklının devir külfeti kapsamına girmesi hususu, kefilin kefalet taahhüdünde bulunurken bu teminatları dikkate almadan borç üstlenmekte olduğu ve sonrasında da bunlardan istifade etmemesi gerektiğiyle izah edilmektedir.

Daha sonradan verilen teminatın ise yalnız kefaletin konusu borç için verilmesi gerekliliği ise İsviçre Borçlar Kanununa daha ziyade bankaların ısrarıyla girmiş olan bir hüküm olarak nitelendirilmektedir.²⁵² Şöyle ki, bankalar çoğu zaman bir kişinin kendilerine karşı olan bütün borçlarını kapsayacak şekilde rehin almaktadırlar. Ancak alacaklıya kanunen yüklenen teminatların değerini azaltmama zorunluluğu karşısında, bu rehinden kefalet ile teminat altına alınmamış olan bir borcun ödenmemesi halinde dahi istifade edememekteydiler. Rehin hakkının da bankalarca ödeme halinde kanunen halef haline gelen kefile devredilmesi gerekiyordu. İşte bu suretle 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu bu hususu alacaklının koruma ve devir yükümlülüğünü sonradan verilen teminatlar açısından yalnızca kefalete konu borca ilişkin olarak verilen teminatlar ile sınırlamış olup, aynı hüküm mevcut İsviçre Borçlar Kanununda da korunmaktadır.²⁵³ Borçlar Kanunu Tasarısında da bu yönde bir düzenleme kabul edilmiştir (Tasarı BK m.592/I).

Alacaklının teminatları ödemede bulunan kefile devretme yükümlülüğü açısından değerlendirilmesi gereken bir başka husus, teminatların kefalet sözleşmesinin kuruluşu anında veya önceden verilmiş olduğu ve alacaklının diğer alacaklarını da güvence altına almakta olduğu hallerdir. Bu durumda alacaklıya bir öncelik verilmemesi gerektiği ve alacaklı ve kefilin hangisinin hakkı önce geliyorsa buna riayet edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁵⁴

²⁵² **Becker**, s. 1100.

²⁵³ **Scyboz**, s. 93.

²⁵⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 195; **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 289; **Scyboz**, s. 96.

Yargıtay'ın 19. Hukuk Dairesinin 12 Nisan 1999 tarihli bir kararında borçlunun diğer borçlarını da güvence altına alan ipotek ve teminat senetlerinin banka tarafından ödemede bulunan kefile devredilmesi zorunluluğu olmadığına kanaat getirilmiştir.²⁵⁵ Ancak Yargıtay bu kararında bu teminatlara ilişkin olarak kefil veya alacaklıdan hangisinin hakkının önce geldiği hususunu tartışmamıştır.

b. Alacaklının Teminatları Devretme Yükümlülüğünün Önce Kefilin Ödemede Bulunması Koşuluna Tabi Olup Olmaması

İncelenmesi gereken bir diğer nokta ise, alacaklının teminatları tevdi yükümlülüğünün ne zaman doğacağıdır. Alacaklı ancak kefil tarafından tatmin edilmesini takiben mi teminatları kefile tevdi edecektir, yoksa kefil koruyan bir anlayışla kefilin ödeme yükümlülüğünün teminatları teslim almadan doğmayacağı mı kabul edilecektir? Bu konuya ilişkin olarak öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar halefiyetin sonuçlarından hareket ederek konuyu bir sonuca bağlamakta, diğer bazı yazarlar ise konuyu kefil ve alacaklının menfaatleri arasında denge açısından ele almaktadırlar. Buna göre, kefilin alacaklıyı tatmin etmesi halinde, ek bir işleme gerek kalmaksızın halefiyet sonucu teminatlar kefile geçecektir. Oysa teminatları devreden alacaklı, alacağına ilişkin diğer güvencelerden henüz kefil kendisini tatmin etmemişse mahrum kalacaktır.²⁵⁶

Bir diğer görüşe göre ise, her ne kadar kefilin ödeme borcu ile alacaklının teminatları tevdi yönündeki külfeti BK m. 81 anlamında, karşılıklı borçlar olarak mütalaa edilemeseler de, burada hakkaniyet sonucu bir ödemezlik def'i söz konusu olacağı düşünülebilecek ve bu suretle her iki tarafın çıkarı da eşit derecede korunacaktır. Bu görüşü savunanlar, kanuni halefiyetin kefil lehine teminatların geçmesi açısından yeterli bir koruma sağlamadığını belirtmektedirler.²⁵⁷ Bu görüşün kabulü halinde, kefilin ödemesinin ve alacaklı tarafından esas borca ilişkin teminatların kefile devrinin eş zamanlı olarak gerçekleştirilmesi gerektiği, aksi takdirde diğer tarafın

²⁵⁵ Yarg. 19. HD., 12.4.1999, 1519/2356 (Kazancı-İnternet).

²⁵⁶ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 200.

²⁵⁷ **Tandoğan**, s. 785-786; Kendisinden ödeme talep edilen kefilin henüz kendisine teminatların geçirilmemiş olduğu yönünde bir def'i ileri sürebileceğine ilişkin olarak bkz. **Tercier**, s. 886.

ödemezlik def'ini ileri sürerek borcunu veya üzerine düşen külfeti ifa etmekten kaçınabileceği sonucuna varılır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 10 Aralık 1993 tarihli bir kararında kefalet sözleşmesinin konusu olan borca ilişkin olarak yatlar üzerinde kurulan ipoteğin kendilerine geçirilmesi halinde, kefalet borcunu ödeyeceklerini beyan eden kefilleri haksız bulmuş ve teminatların devri ve ödemenin eş zamanlı olarak gerçekleşmesi gerektiği sonucuna varmıştır.²⁵⁸ Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu yaklaşımı doğrudur. Aksinin kabulü halinde, kanunda öngörülmemiş olduğu halde, kefil lehine bir öncelik tanınmış olacak ve alacaklının henüz alacağı tatmin edilmemiş olmasına rağmen alacağı ilişkin teminatlardan mahrum kalması sonucu doğacaktır.

Kanun açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, alacaklının teminatları devretmemesi halinde kefil borcundan bütünüyle kurtulur (BK m. 501).

c. Teminatları Azaltmamak ve Elden Çıkarmamak Yükümlülüğü

BK m. 500 uyarınca alacaklı kefalet sözleşmesinin akdedilmesi sırasında mevcut olan veya daha sonradan o borca ilişkin olarak borçlu tarafından verilen teminatların değerini azaltmamak, bu teminatları elden çıkarmamak ve devretmemekle yükümlüdür.²⁵⁹ Kanunun ifadesi bu şekilde olmakla beraber, yukarıda da incelemiş olduğumuz üzere, henüz kanunumuzda bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra esas borca ilişkin olarak verilen her türlü teminat kefilin halefiyet sonucu lehdarı olduğu haklar arasında yer almamaktadır. Nitekim, sonradan bir üçüncü kişi tarafından borca ilişkin olarak rehin hakkı tesis edilmişse, kefilin alacaklıyı tatmin etmesi halinde rehlinli malın malikine başvurmak hakkı yoktur.²⁶⁰ Kanunun ifadesinde teminatı veren kişi ve zamanına ilişkin ayırım gözetilmemiş olmasının bu nedenle isabetli olmadığı ve bu ödevin de yukarıda incelemiş olduğumuz ve alacaklıya teminatları kefile geçirme ödevi

²⁵⁸ Yarg. 19. HD., 10.12.1993, 181/8484 (Kazancı-İnternet).

²⁵⁹ **Tandoğan**, s. 784-785.

²⁶⁰ Bu konuyu ileride kefile teminatların intikali ve buna ilişkin sorunlar kapsamında ele alacağız.

yükleyen BK m. 501 kapsamındaki teminatlara ilişkin açıklamalarımızın dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İsviçre BK m. 503’de “*Alacaklı, kefilin zararına olarak, kefalet sırasında var olan veya sonradan, alacağın özel güvencesi olmak üzere borçludan elde ettiği rehin haklarını, güvenceleri ve rüçhan haklarını azaltırsa, zararın daha az olduğu ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da, buna uygun düşen bir miktarda azalır*”²⁶¹ denilmek suretiyle alacaklının teminatları azaltmama zorunluluğu kapsamının da, kefilin halefiyet nedeniyle kendisine geçecek teminatlarla sınırlı olduğu açıkça belirtilmektedir. Esasen bu husus, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kefile hangi teminatların geçeceğine ilişkin açık bir düzenleme içeren İsviçre BK m. 507/II’nin bir uzantısı ve doğal sonucudur. Scyboz alacaklının teminatları azaltmamak ve elden çıkarmamak yükümlülüğünün kefalet sözleşmesinin inikadından sonra üçüncü kişiler tarafından verilen teminatları kapsamadığını açıkça ifade etmektedir.²⁶² Borçlar Kanununda hangi teminatların geçeceğine ilişkin bir düzenleme olmaması da benzer şekilde hangi teminatların azaltılmaması gerektiği konusundaki düzenlemenin eksikliğine yol açmıştır. Tasarı BK m. 592/I’de ise “*Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır*” demek suretiyle birebir İsviçre BK m. 507/II yönünde bir düzenleme kabul edilmiştir.

Alacaklının teminatların değerini azaltması veya elde çıkarması halinde kefilin bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmek yükümlülüğü doğar. **Tandoğan**’a göre, bu nedenle, BK m. 500 alacaklıya bir külfet değil gerçek anlamda bir yükümlülük yüklemektedir.²⁶³ Hemen belirtmek isteriz ki, burada alacaklının ödeve uymamasının sonucu olarak kefilin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekliliği düzenlenmiş olup,

²⁶¹ **Koç**, Kefalet, s. 272-273.

²⁶² **Scyboz**, s. 93.

²⁶³ **Tandoğan**, s. 785.

teminatları devretmek yükümlülüğünün aksine bütünüyle borçtan kurtulma söz konusu olmamaktadır.²⁶⁴

Alacaklının teminatların değerlerini azaltmasının bir ihmal, bir diğer anlamda eylemsizlik veya doğrudan buna yönelik bir eylemle söz konusu olabileceği belirtilmektedir.²⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, müteselsil borçlulardan birinin alacaklı tarafından ibra edilmesini, teminatların değerini azaltır nitelikte bir hareket olarak nitelemiştir.²⁶⁶ **Guhl** ise diğer kefillerden birinin ibrasının aynı mahiyette olduğunu ifade etmektedir.²⁶⁷ **Bilge** ise teminatın haczine izin vermemek, gayrimenkul rehninin değerinin düşmemesini sağlamak ve müşterek kefillerin iflas masasına iştirak etmeyi, alacaklının teminatları azaltmama ödevi altında gerçekleştirebileceği hareketler olarak nitelemektedir.²⁶⁸

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 29 Mayıs 1984 tarihli bir kararında kefil olduğu borçlunun borcuna ilişkin olarak verilen ipoteğin elden çıkarıldığını bilen ve buna göz yuman kefilin, BK m. 500'e dayanamayacağını belirtmiştir.²⁶⁹ Kararda ipoteğin elden çıkmasına göz yuman kefilin daha sonra BK m. 500 kapsamında yer alan düzenlemeden istifade edemeyecek olması bu hususun MK m. 2'ye aykırı olacağı gerekçesiyle sonuca bağlanmıştır.

Kefil BK m. 500'de kendisine tanınan bu haktan feragat edebilir.²⁷⁰

3. Ödemeyi Kabul Etme Ödevi

²⁶⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 202.

²⁶⁵ **Tercier**, s. 884.

²⁶⁶ ATF 106 II 161; Kredi sözleşmesinden kaynaklanan borca ilişkin olarak verilen rehnin kaldırılmasının BK m. 500 anlamında teminatların azaltılması anlamına geldiğine ilişkin olarak bkz. Yarg. 11. HD, 29.6.2000, 4704/6136 (Kazancı-İnternet).

²⁶⁷ **Guhl**, s. 356.

²⁶⁸ **Bilge**, Özel Borç Münasebetleri, s. 388.

²⁶⁹ Yarg. 11. HD., 29.5.1984, 2457/3150 (**Uygur**, s. 9444).

²⁷⁰ Yarg. 19. HD., 6.3.2003, 9844/1845 (Kazancı-İnternet).

BK m. 501 kapsamında esas borç muaccel olduğu takdirde, kefil her zaman alacaklıya ödemeyi teklif edebilir ve alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödeme teklifini reddederse kefil borcundan kurtulur. Maddenin ifadesinden, haklı sebebe dayanan veya dayanmayan ret ayrımı yapılmaksızın kefilin muaccel bir borca ilişkin olarak ödeme teklifinin alacaklı tarafından reddedilmesi halinde, borcundan kurtulacağı anlamı çıkmaktadır. Ancak öğretide, alacaklının reddinin haklı bir sebebe dayanması halinde kefilin borçtan kurtulamaması gerektiği belirtilmektedir.²⁷¹ Bu husus İsviçre Borçlar Kanununda “haklı bir sebep olmaksızın” demek suretiyle açıkça ifade edilmektedir (İsviçre BK m. 504/II). Bu husus Borçlar Kanunu Tasarısında da “*Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.*” Demek suretiyle benimsenmiştir (Tasarı BK m. 593/II). Alacaklının ödeme teklifini hangi hallerde haklı olarak reddetmiş sayılacağı hususunda, kanaatimizce alacaklı temerrüdü kapsamında ele alınan ve alacaklının borcun ifasını reddetmekle birlikte, haklı sebebin varlığından dolayı temerrüde düşmemesine ilişkin olarak öğretide verilen örnekler kefil ve alacaklı arasındaki ilişki açısından da yol gösterici olacaktır. **Oğuzman/Öz** faizleri ödemedi ana parayı ödemek isteyen borçlunun ifa teklifinin alacaklı tarafından reddini haklı sebepler arasında saymaktadır.²⁷²

Esasen kefil ve alacaklı arasındaki ilişkide de BK m. 90 ve devamında düzenlenen alacaklının temerrüdü hükümlerinin bir uygulaması söz konusudur. Ancak bu genel hükümlerden farklı olarak burada alacaklının temerrüdüne bağlanan sonuçlar kefil lehine genişletilmiş ve kefilin alacaklının temerrüdü halinde borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. Bu husus öğretide alacaklı temerrüdünün sonuçları açısından kanunda öngörülen bir istisna olarak nitelenmektedir.²⁷³ Çünkü BK m. 91 uyarınca, borçlu borcundan ancak borç konusunu tevdi ettiği takdirde kurtulabilecektir.²⁷⁴

²⁷¹ **Tandoğan**, s. 787; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 189.

²⁷² **Oğuzman/Öz**, s. 283; Aynı yönde bkz. Nevzat **Koç**, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s. 160.

²⁷³ **Oğuzman/Öz**, s. 284.

²⁷⁴ Borç bir verme borcu olmadığı takdirde ise borçlu sözleşmeyi feshedebilecektir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 290.

Hal böyle olmakla birlikte, kefalet sözleşmesinden farklı bir sözleşmenin borçlusunun alacaklının temerrüdü karşısında malı tevdi onu borçtan kurtaracaktır ve aynı zamanda karşılıklı bir sözleşme söz konusu ise karşı edimi de talep etmek hakkını verecektir.²⁷⁵ İşte kural olarak ivazsız nitelikte bir borç olan kefilin borcu tevdi olmaksızın sukut edecek olmakla birlikte, kefilin alacaklının haklarına halef olarak bir nevi borçlu ve alacaklı arasındaki karşılıklı ilişki kapsamında talep sahibi konuma gelebilmesi için, yani bir diğer ifadeyle halefîyetin hükümlerinin doğması için, kefilin borcunu tevdi etmesi gerekmektedir.²⁷⁶ Aksinin kabulü yukarıda da belirttiğimiz şekilde, kefilin herhangi bir ödemede bulunmaksızın borçluya rücu etmek imkanına sahip olması anlamına gelir ki bu da menfaatler dengesine uymaz.

BK m. 501'in ifadesinden "borç muacceliyet iktisap edince" denildiğine göre, kefilin alacaklıya ancak esas borcun muacceliyetinden sonra ödeme teklifinde bulunabileceği ve ancak o zaman bir ret halinde borcundan kurtulabileceği anlamı çıkmaktadır. Oysa Borçlar Kanununda alacağın muacceliyeti ve ifa kabiliyeti arasında fark gözetilmiş olup, kural olarak borçlunun borcunu muacceliyetten önce ifa etmek yükümlülüğünde olmadığı ancak vadenin kural olarak borçlu lehine bir düzenleme içermesi nedeniyle, borçlunun dilerse muacceliyet öncesinde de ifada bulunabileceği kabul edilmektedir.²⁷⁷ Bu husus "*akdin hükmünden veya mahiyetinden veya hal icabından iki tarafın hilafını kastettikleri anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu vadesinden evvel ifa edebilir*" demek suretiyle BK m. 80'de açıkça düzenlenmektedir. Öğretide, BK m.80'in kefilin borcu açısından da uygulanacağı ve kefilin bu halde de ödeme teklif edip borcundan ödeme veya alacaklının temerrüdü nedeniyle kurtulacağı kabul edilmektedir.²⁷⁸

Kefilin, alacaklının temerrüdü halinde kefalet borcundan kurtulabilmesine ilişkin hakkından önceden feragat edebileceği kabul edilmektedir.²⁷⁹ Bu husus İsviçre

²⁷⁵ Kefalet sözleşmesinin kural olarak ivazsız bir sözleşme olduğu ancak alacaklının da bir yükümlülük altına gireceğinin kararlaştırılabilecek olmasına istinaden BK m. 81 ve m. 106'da yer bulan düzenlemeler kefalet sözleşmesine de uygulanabilecektir.

²⁷⁶ **Kılıçoğlu**, Halefîyet, s. 30.

²⁷⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 805; **Koç**, alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s. 91.

²⁷⁸ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 188; **Tandoğan**, s. 787; **Scyboz**, s. 91; **Tercier**, s. 883.

²⁷⁹ **Reisoğlu**, Kefalet, s. 189; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23 Ekim 2002 tarihli kararında ise kefilin haklarından feragatinin caiz olduğu sınırlı süreli ve süresiz kefaletlerde kefilin borcundan

Borçlar Kanununun 492/IV maddesinde yer alan ve kanunda aksi belirtilmediği sürece kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği şeklindeki düzenleme karşısında söz konusu değildir. Borçlar Kanunu Tasarısında da aynı düzenleme kabul edilmiştir (Tasarı BK 582/III).

kurtulabileceğini düzenleyen kurtulma halleri açısından teyit etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında “*Kefili kredi sözleşmesi kurulurken, anılan hükümlerle kendisine kefaletten kurtulma olanağını veren haklarından peşinen feragat edebilir; böyle bir feragat hukuken geçerlidir*” demek suretiyle feragatin hukuken geçerli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yarg. HGK., 23.10.2002, 2002/845.

II. BÖLÜM

KEFİLİN ALACAKLIYA HALEF OLMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

I. Alacağa Bağlı Hakların Kefile İntikali

1. Teminatların intikali

Halefiyetin ödemede bulunan kefile sağladığı faydalardan en önemlisi alacağa bağlı teminatların ödeme sonucu ve ödeme nispetinde kefile geçmesidir. Şöyle ki adi kefalette, alacaklı ancak asıl borçluya karşı başlatmış olduğu takibin semeresiz kalması üzerine kefile başvurabilecektir.²⁸⁰ Bu halde kefil kendini çoğu zaman, kendi borcu için takibe maruz kalmış ve ödeme borcu zayıf bir borçluyu karşısında bulacaktır.²⁸¹ İşte bu nedenle alacağa bağlı teminatların kefile intikali kefilin malvarlığında vuku bulan azalmayı giderebilmesi açısından oldukça önemlidir. Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, kefil şahsi sorumluluğunu ortaya koymak üzere alacaklı lehine bir teminat sağlamakta, onu alacağına ilişkin bir güvenceye kavuşturmaktadır. İşte alacağa bağlı teminatların kefile intikali de, kefil açısından bu nitelikte bir güvence sağlayacaktır. Nitekim öğretilerde kefil lehine öngörölmüş olan halefiyetin en büyük sonucunun teminatların da kefile geçmesi olduğu belirtilmektedir.²⁸²

Kefilin halefiyeti neticesinde alacağa bağlı tüm teminatlar ek bir işleme veya irade açıklamasına gerek olmaksızın kefile geçer.²⁸³ Bu hususta sözleşmesel veya kanuni

²⁸⁰ BK m. 486 uyarınca, esas borçlunun iflası veya kendisine karşı Türkiye’de takip yoluna başvurulmasının imkansız hale gelmesi halinde de adi kefilen ödeme talep edilebilecektir.

²⁸¹ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 282.

²⁸² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 97; **Oğuzman/Öz**, s. 207.

²⁸³ **Thévenoz/Werro**, s. 2633 ; **Reisoğu**, Kefalet, s. 196; **Scyboz**, s. 96; **Uygur**, s. 9440.

teminatlar arasında bir ayırım gözetilmemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi kefalet hükümleri kapsamında “teminat” terimi ile neyin kastedildiğini ele almış ve “*alerede alacaklılara istinaden alacaklının durumunu daha iyi hale getiren her türlü hak*” kın bu anlama geleceğini belirterek, müteselsil borçluluğun da bu anlamda bir teminat olduğuna kanaat getirmiştir.²⁸⁴

a. Kişisel teminatların İntikali

Borcunu ifa eden kefil yalnızca esas borçlu lehine bir kazandırmada bulunmamakta, alacaklının borçtan veya borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından şahsi olarak sorumlu olan diğer kişilere karşı talep hakkını da sukut ettirmektedir.²⁸⁵ İşte bu nedenle halefiyetin neticesinde ve bu kişilere karşı rüçû hakkını haiz olduğu sürece, kefilin borca ilişkin şahsi sorumluluk altına girmiş kişilere karşı da rüçû hakkı doğmaktadır.

aa. Kefalet

Kanuni halefiyet hallerinde yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi halef, alacaklının haklarına halef olmakta ve bu surette alacağı teminat altına alan her türlü haktan da istifade etmektedir. Ancak kefalet kurumu açısından kefile halefiyet sonucu intikal edecek teminatlar arasında kefaletin ayrı olarak ele alınması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kefilin halefiyeti temelde bir rüçû ilişkisini gerektirmektedir. Bu suretle kefil halefiyet sonucu aynı borca ilişkin olarak kefil olmuş kişilere, ancak onlara karşı rüçû hakkını haiz olduğu sürece başvurabilecektir.²⁸⁶

Bu hususun her bir kefalet türü için ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

²⁸⁴ ATF 106 II 161; Aynı yönde bkz. **Becker**, s. 1098.

²⁸⁵ **Scyboz**, s. 136.

²⁸⁶ **Kılıçoğlu** kefilin diğer kefillere karşı rüçû hakkı olmadığına kanaat getirildiği takdirde, onun bir fer'i niteliğinde olan halefiyetten de söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 103, **Dauppen**'e göre kanunda açıkça kefilin alacaklıyı tatmin etmesi halinde diğer kefillere karşı alacak hakkına sahip olacağı yönünde bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle kefillerin birbirlerine rüçû edip edemeyeceğini aralarındaki iç ilişkiye göre belirlemek gerekecektir. Bkz. **Dauppen**, s. 409.

(i) Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet

Türk Borçlar Kanunda bu şekilde bir ifade yer almamakla birlikte, birbirlerinden habersiz şekilde birden çok kişinin aynı borca kefil olması hali “gerçek olmayan birlikte kefalet” olarak nitelendirilmektedir.²⁸⁷ Bu nitelikte bir kefalet halinde, ödemede bulunan kefilin diğer kefillere rüçü hakkı olup olmadığı İsviçre Borçlar Kanunu açısından 1941 tarihli değişiklikle açıklığa kavuşturulmuş olup, Türk hukuku açısından halen kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre Borçlar Kanununda ödemede bulunan kefilin diğer gerçek olmayan kefillere borca katılımdaki hisseleri oranında rüçü edebileceği yönünde bir değişiklik yapılmıştır. Bu hususa ilişkin olarak **Reisoğlu**, gerçek olmayan birlikte kefalet halinde ödemede bulunan kefilin diğer kefil veya kefillere rüçü hakkının olmamasının adil olmayacağı görüşünü savunmaktadır.²⁸⁸ Yazara göre her ne kadar birlikte bir tekeffül söz konusu olmasa da aynı alacağı tekeffül etmiş kefiller zararı aralarında paylaşmalıdırlar.²⁸⁹ **Tercier** ise gerçek olmayan birlikte kefalette, kefillerin birbirlerine karşı rüçü hakkına imkan veren İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeyi aksinin kabulünün hakkaniyete uymayacağı düşüncesiyle haklı görmektedir.²⁹⁰

Kılıçoğlu ise kanunda kefilin alacaklının haklarına halef olması konusunda bir sınırlama getirilmemiş olduğu gerekçesiyle ödemede bulunan kefilin halefiyete istinaden diğer kefillere de rüçü edebileceğini belirtmektedir.²⁹¹

Borçlar Kanunu Tasarısında da İsviçre Borçlar Kanununa paralel nitelikte bir düzenlemeyle gerçek olmayan birlikte kefillerinin birbirlerine karşı rüçü hakkına sahip oldukları belirtilmektedir (Tasarı BK m. 587). Tasarının bu şekilde kanunlaşması halinde, bu husus hukukumuz açısından da açıklığa kavuşacaktır.

(ii) Adi Birlikte Kefalet

²⁸⁷ **Reisoğlu**, Kefalet, s.125; **Thévenoz/Werro**, s. 2578.

²⁸⁸ **Reisoğlu**, Kefalet, s.126.

²⁸⁹ **Reisoğlu**, Rücû, s. 506.

²⁹⁰ **Tercier**, s. 894; Aynı yönde bkz. **Scyboz**, s. 137.

²⁹¹ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s.104.

“Adi birlikte kefalet” ifadesi birden fazla kişinin aynı borca kendi hisselerine ilişkin olarak adi kefil gibi, diğer kefillerin hisselerine ilişkin olarak ise kefile kefil gibi sorumlu oldukları kefalet türünü tanımlamak için kullanılmaktadır (BK m. 488/I).²⁹²

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında hissesinden fazla bir ödeme yapmak suretiyle alacaklıyı tatmin eden kefilin diğer kefillere ilişkin rüçû hakkına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur.²⁹³ Müteselsil borçlular için kanunda kendi hisselerine düşen miktardan fazla bir ödeme yapmaları halinde tanınan birbirlerine karşı rüçû imkanının (BK m. 146) birlikte kefiller için tanınmamış olması, kimi yazarlarca kanun koyucunun iradesinin birlikte kefillere rüçû hakkı tanımamak yönünde olduğu şeklinde yorumlanmıştır.²⁹⁴

Reisoğlu ve **İpek** konuyu genel olarak birlikte kefilin her ne suretle olursa olsun kendi hissesinden fazla bir kısım için ödeme yapması hali altında incelemiştir.²⁹⁵ Her iki yazar da, BK m. 488/I’de adi birlikte kefillerin birbirlerinin hissesine ilişkin olarak kefile kefil sıfatıyla sorumlu olacağı düzenlemesine atıfla konuya çözüm getirmişlerdir. BK m. 488/I’de zikredilen kefile kefil kurumunu düzenleyen BK m. 489/I’de kefile kefil ve borcuna ilişkin ödeme yaptığı kefil arasındaki ilişkinin, adi kefil ve esas borçlu arasındaki ilişki niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu suretle ödemede bulunan kefil, diğer kefiller karşısında alacaklı sıfatına haiz olacak, bu ilişki açısından esas borçlu sıfatına haiz olan diğer kefillere ise rüçû edebilecektir.²⁹⁶

Thévenoz/Werro ise bu hususu müteselsil borçluluğa ilişkin düzenlemelere istinaden çözümlenmekte ve müteselsil borçluların hisselerinden fazla ödemeleri için

²⁹² **Reisoğlu**, Kefalet, s. 131; **Özen**, s. 251; **Tandoğan**, s. 772; **Thévenoz/Werro**, s. 2579; BK m. 488/I’de bu kefalet türünün bölünebilir bir borca ilişkin olarak söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Oysa yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, ancak parasal değeri olan borçlara kefil olunabilir. Bir borcun parasal değeri olduğu sürece de, bu borç bölünemez nitelikte olsa dahi, kefilin borcu daima para borcu olduğu için, parasal değeri olan ancak bölünemeyen borçlara da kefil olunabileceği kanaatindeyiz. Buna örnek olarak parasal değeri olan ancak bölünemeyen nitelikte olan tablo teslimi borcunu gösterebiliriz.

²⁹³ **Reisoğlu**, Rücû, s. 507; **İpek**, s. 538.

²⁹⁴ **Reisoğlu**, Rücû, s. 507.

²⁹⁵ **Reisoğlu**, Rücû, s. 506; **İpek**, s. 538.

²⁹⁶ **Reisoğlu**, Rücû, s. 507; **İpek**, s. 539; Aynı yönde bkz. **Tercier**, s. 893.

birbirlerine rüçû edebileceklerine ilişkin düzenlemenin kıyasen adi birlikte kefiller için de uygulanması gerektiğini belirtmektedir.²⁹⁷ (İsviçre BK m. 148, BK m. 146). Yargıtay da birlikte adi kefillerin birbirlerine karşı rüçû hakkı olduğunu müteselsil borçlulara tanınan bu hakka kıyasen kabul etmiştir.²⁹⁸

Scyboz ise adi birlikte kefillerin birbirlerine rüçû hakkının kendi aralarındaki iç ilişkiden veya kefile kefil sıfatıyla ödeme yapmalarından kaynaklanabileceğini belirtmektedir.²⁹⁹

Biz de, BK m. 488/I'de adi kefillerin birbirlerinin hisselerinden “kefile kefil” sıfatıyla sorumlu olduklarının belirtilmesi, BK m. 489'da kefile kefil ve onun borcunu kefil sıfatıyla ödediği ilk kefil arasındaki ilişkinin adi kefil ve esas borçlu arasındaki ilişki hükmünde kabul edilmesi ve en nihayetinde adi kefilin ödemesi neticesinde esas borçluya rüçû edebilecek olması karşısında, birlikte kefillerin birbirine rüçû hakkının kefile kefil sıfatına istinaden vuku bulduğu görüşündeyiz.

(iii) Müteselsil Birlikte Kefalet

Müteselsil birlikte kefalette rüçû münasebeti Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş olup, BK m. 488 uyarınca her bir müteselsil kefil payından fazla ödediği kısım için hisseleri oranında diğer müteselsil kefillere rüçû edebilecektir.³⁰⁰

²⁹⁷ **Thévenoz/Werro**, s. 2580.

²⁹⁸ Yarg. 3. HD, 22.2.1999, 1445/1605 (Kazancı-İnternet) (“*Borçlar Kanununun 496. maddesi uyarınca kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarına halef olur. Bu haklar arasında alacaklının, diğer birlikte kefillere müracaat hakkı da mevcuttur. Eğer aksi kararlaştırılmamış ise, Borçlar Kanununun 146. maddesi kıyas yolu ile uygulanacak, her kefil alacaklıya yapılan ödemeden aynı payı üzerine alacak ve kendi payından fazla olan ödeme oranında diğer birlikte kefillere rüçû edecektir. Şu hususta açıklanmalıdır ki, müteselsil birlikte kefaletle de kefillerin herbirine iç ilişkide düşen sorumluluk payı başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, bunların eşit paylarla sorumlu tutulmaları gerekir.*”). Aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD, 18.11.1976, 10018/11690 (Kazancı-İnternet); Yarg. 13. HD., 30.9.1976, 1159/6240 (Kazancı-İnternet). Yarg. 3. HD., 19.2.2001, 1308/1601 (Kazancı-İnternet). **Reisoğlu** ise adi birlikte kefillerin birbirlerine karşı olan rüçû hakkının BK m. 146'ya kıyasen çözümlenmesine karşı çıkmakta ve kanun koyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı, BK m. 146'daki düzenlemenin bir benzeri yalnızca müteselsil kefiller için değil aynı zamanda adi birlikte kefiller için de öngörümüş olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Rücû, s. 507.

²⁹⁹ **Scyboz**, s. 138; Yarg. 12. HD., 25.5.1981, 3086/5136 (Kazancı-İnternet).

³⁰⁰ **Tercier**, s. 893; **Scyboz**, s. 138; **Thévenoz/Werro**, s. 2582.

İsviçre Borçlar Kanununda müteselsil birlikte kefillerin birbirine rüçû hakkı daha detaylı şekilde düzenlenmiş olup, müteselsil birlikte kefillerin diğer müteselsil birlikte kefillere kendi paylarını ödemedikleri sürece ve borçluya dahi başvurmadan önce başvurabilecekleri belirtilmiştir (İsviçre BK m. 497/II). Rüçû hakkının kullanılabilmesi için kefilin alacaklıya ödeme yapmış olması yeterli olup, bu ödemenin rüçû eden kefilin hissesi oranında veya daha fazla olması aranmamaktadır.³⁰¹ Bu hal aynı zamanda alacaklının kısmi ifayı kabule zorunlu olduğu bir haldir.³⁰²

İsviçre Borçlar Kanununda yer alan bu düzenleme müteselsil birlikte kefillere, esas borçluya ve payını ödemiş diğer müteselsil kefillere karşı eş zamanlı bir rüçû hakkı vermekte ve ödemede bulunan kefilin dilerse esas borçludan önce diğer müteselsil kefillere rüçû edebileceği öngörülmektedir (İsviçre BK m. 497/II). Öte yandan, ödemede bulunan kefil alacaklının haklarına halef olacağı için, diğer müteselsil kefiller ile alacaklı arasındaki sözleşmesel düzenlemelerle de bağlı olacaktır. Şöyle ki, müteselsil kefillerin kanunun olanak vermiş olduğu ölçüde herhangi bir defî haklarından feragat etmiş olmaları, bu hakkı alacaklının haklarına ödeme suretiyle halef olan diğer müteselsil kefile karşı da süremeyecekleri anlamına gelecektir. İsviçre BK m. 496/II'de düzenlenen ve önce rehne başvurma def'inden feragat bu hale örnek olarak gösterilmektedir.³⁰³

Öte yandan, esas borçlunun iflası halinde alacaklının rehinden önce müteselsil birlikte kefillere başvurabileceğine ilişkin düzenleme, ödemede bulunan kefilin diğer müteselsil birlikte kefillere rüçû olanakları açısından da geçerlidir.³⁰⁴

(iv) Kefile Kefalet

³⁰¹ **Tercier**, s. 894; **Thévenoz/Werro**, s. 2582. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, müteselsil birlikte kefillerin rüçû hakkını müteselsil borçlularınkinden öteye götürmüştür. Müteselsil borçluların birbirlerine rüçû hakkı ancak kendi hisselerinden daha fazla ödeme yaptıkları surette söz konusu olmaktadır (İsviçre BK m. 148, BK m. 146). Bkz. **Scyboz**, s. 138; **Thévenoz/Werro**, s. 2582.

³⁰² ATF 133 III 598.

³⁰³ **Scyboz**, s. 139.

³⁰⁴ ATF 94 III 1.

Kefile kefil, ilk kefilin alacaklıya karşı olan borcunu yine kefil sıfatıyla borç altına girmek suretiyle teminat altına almaktadır.³⁰⁵ Kefile kefil, ilk kefilin borcuna ilişkin olarak alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun haklarına halef olur ve bu suretle ilk kefile rüçû edebilir. Alacaklıyı tatmin eden kefile kefil ve kefalet borcunu yerine getirmeyen ilk kefil arasındaki ilişki, alacaklıyı tatmin eden kefil ve esas borçlu arasındaki ilişkinin aynısıdır (BK m. 489).

(v) Rücûa Kefalet

Rücûa kefalette, rücûa kefil, esas borçlunun kendisine rücû başvurusunda bulunan kefile ödeme yapmaması halinde, asıl kefilin bu ödemenin yapılmasına ilişkin menfaatini karşılamayı taahhüt eder (BK m. 489/II). Esas borcun alacaklısı bu ilişkinin bütünüyle dışındadır. Rücûa kefilin teminat altına aldığı borç, esas borçlunun kefile karşı olan rücû borcudur. *Becker*, rücûa kefilin de kanunda esas kefil lehine öngörölmüş olan halefiyet halinden istifade edeceğini belirtmektedir.³⁰⁶

bb. Nesnel Teminatların İntikali

(i) Rehin Hakkı

Rehin hakkı alacağa bağılı fer'î nitelikte bir hak olması nedeniyle, halefiyet sonucu ödemede bulunan kefile geçer.³⁰⁷ Halefiyet alacaklının haklarının kefile kanunen devrini öngörmekte ve bu nedenle devir için bu hakların tabi olduğı usuli aşamalar takip edilmeksizin devir gerçekleşmektedir.³⁰⁸ Bir menkul üzerinde rehin hakkının kurulması için rehin sözleşmesi ve nesnenin zilyetliğinin devri gerekmele birlikte, halefiyet sayesinde bu hakkın kefile intikalinde, rehin sözleşmesi ve rehin konusu malın kefile teslimi aranmamaktadır.³⁰⁹

³⁰⁵ *Tercier*, s. 862; *Velidedeoğlu/Özdemir*, s. 688.

³⁰⁶ *Becker*, s. 1089.

³⁰⁷ *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s. 98; Yarg. 19. HD., 2.4.1998, 1670/2470 (Kazancı-İnternet); Yarg. 19. HD., 17.3.2005, 8037/2835 (Kazancı-İnternet).

³⁰⁸ *Fick*, s. 241.

³⁰⁹ *Kılıçoğlu*, Halefiyet, s.99.

Keza, alacak hakkının teminatı olarak bir gayrimenkul rehni söz konusu ise, bu hakkın tapuda halef olan kefil adına tescili aranmamaktadır. Öğretide BK m. 499/II’de yer alan “*borç bir gayrimenkul rehni ile temin olunmuş ise, alacaklı rehin hakkının kefile intikali için lazım gelen merasimi icra ile mükelleftir*” denmesinin yanıltıcı nitelikte olduğu ve sanki gayrimenkuller üzerindeki hakların halefiyet ile ek bir işleme gerek kalmaksızın kefile intikal etmediği izlenimini uyandırdığı, ancak bunun kurucu nitelikte bir işlem olmadığı belirtilmektedir.³¹⁰ Ancak belirtmek isteriz ki, hal böyle olmakla birlikte, halefiyet neticesinde ek bir işleme gerek kalmaksızın otomatik olarak gerçekleşen rehin hakkının intikali tapu sicil kayıtlarına ve zilyetliğe güvenerek hak elde eden kişilere karşı hüküm ifade etmez.³¹¹ Nitekim bu husus MK m. 1022/II’de de “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*” demek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce bu noktada da, BK m. 499/II’de yer alan ifadenin anlamı daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Tapuda rehin hakkının devrine ilişkin gerekli işlemleri yapmayan alacaklı, bu işlemler gerçekleşmediği için tapu kaydına güvenerek işlem yapan kişilerin haklarının korunacak olmasından dolayı, kefilin uğrayacağı zararı tazminle mükelleftir.

2. Faiz ve Sözleşme Cezası Alacağının İntikali

a. Faiz

Borçlar Kanununda kefilin halefiyeti halinde asıl alacağa ilişkin olarak işleyen faizlerin de kefile intikal edip etmeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Sorun alacağın temlikine ilişkin olarak, temlik halinde ödenmemiş faizlerin de yeni alacaklıya geçeceğine ilişkin kural (BK m. 168) kapsamında ele alınmakta ve aynı durumun kefilin halefiyeti halinde de geçerli olması gerektiği belirtilmektedir.³¹²

³¹⁰ **Reisoğlu**, Rücû, s. 483.

³¹¹ Turhan **Esener/Kudret Güven**, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s. 114; Kemal Tahir **Gürsoy**, Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 300; Hüseyin **Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 436; M. Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2006, s. 134; Mustafa Reşit **Karahasan**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2002, s. 634; Şeref **Ertaş**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6. Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Baskı, Ankara 2005, s. 134; **Becker**, 1095.

³¹² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 111.

Ancak burada alacağın temliki ve kefalet kurumlarındaki alacaklı ve kefil arasındaki farktan hareket ederek, kefilin halefiyet anına kadar işlemiş olan faizleri borçludan talep etmek hakkının ancak doğmuş olan faize ilişkin olarak alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde doğacağı belirtilmektedir.³¹³ Bu husus kefilin halefiyetinin alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde doğacağı kuralının doğal bir sonucudur.

Halefiyetin doğumundan sonra işlemekte olan faizlere gelindiğinde ise **Kılıçoğlu** işlemekte olan faizlerin alacağın bir ferî olduğu ve halefiyetin alacaklının haklarının halefe geçmesi sonucunu doğurmakta olduğu gerekçesiyle, işlemekte olan faizlerin de halefe intikal edeceği görüşünü savunmakta ve **Pfister**'in işlemekte olan faizlere ilişkin olarak henüz ödeme yapmamış olan halefin bu faizlere hak kazanamayacağı yönündeki görüşüne³¹⁴ katılmamaktadır.³¹⁵ Kanaatimizce sorunun ele alınması gereken nokta kefilin faiz hakkı olup olmaması değil, bu faiz hakkının niteliğidir. İncelememiz kapsamında da ele aldığımız üzere, kanunun kefil alacaklının haklarına halef kılmasının yegane sebebi, malvarlığındaki azalmayı daha kolay yoldan gidermesini sağlamaktır. Hal böyle iken, kanun koyucunun kefilin alacaklıyı tatmin ettiği, bir diğer ifadeyle malvarlığında azalmanın vuku bulduğu an ve borçluya rücu etmek suretiyle bu azalmayı giderdiği an arasında para değerindeki değişimden zarar görmesine olanak vereceği düşünülemez. Ancak bu faizin niteliğinin yine kanun koyucunun kefil alacaklının haklarına halef kılmasının nedenlerine uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. **Kılıçoğlu**, alacaklı ve borçlunun aralarında kanuni temerrüt faizinden daha yüksek bir temerrüt faiz kararlaştırmış olmaları halinde kefilin bu faizden istifade edebileceğini belirtmektedir.³¹⁶ Kanaatimizce bu öneri kefilin alacaklı ve borçlu arasındaki iç ilişkiden istifade ederek zenginleşmesi sonucunu doğuracağı ve halefiyetin amacının bu olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez nitelikte görülebilir. En nihayetinde kanunen öngörülmüş olan temerrüt faiz oranı, ülkenin ekonomik verilerine göre paranın değerini korumasını sağlayacak şekilde tespit edilmektedir. Ancak öte yandan alacaklı ve borçlu arasında kararlaştırılmış olan temerrüt faizi oranının borçlu üzerinde onu ifaya yöneltmek

³¹³ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 111.

³¹⁴ Walter **Pfister**, Der gesetzliche Eintritt eines Dritten in die Rechte des Gläubigers nach, Basel 1946, s. 56 (**Kılıçoğlu**'dan naklen, bkz. **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 111)

³¹⁵ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 111; Aynı yönde bkz. **Martin**, s. 368.

³¹⁶ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 112.

üzere bir baskı unsuru olarak işleyebileceği ve borçlu üzerindeki bu baskı unsurundan kefilin de istifade etmesi gerekeceği de düşünülebilir. Bu suretle, kanaatimizce her ne kadar şahsî ve aynı teminatlar ile aynı amaca hizmet etmese de,³¹⁷ kefilin kefalet sözleşmesi uyarınca yükümlülük altına girerken esas borcun tabi olduğu temerrüt faizi oranını da dikkate alarak bu taahhüt altına girmiş olabileceği de varsayılarak, akdi faize ilişkin hakkın da kefile geçeceği yönündeki fikre katılıyoruz. Esas borca ilişkin olarak bir kapital faizi işlemekte olduğu hallerde ise, kefil alacaklıyı işlemiş olan kapital faizine ilişkin olarak tatmin ettiği ölçüde, bu faizi talep etmek hakkı kendisine geçecektir. Bu husus yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, kefilin halefiyet anına kadar olan işlemiş faizlere ancak alacaklıyı bu faizlere ilişkin olarak tatmin ettiği ölçüde hak kazanacağı ve kapital faizinin ise doğası gereği borcun vade tarihine kadar işleyen bir faiz türü olmasının doğal sonucudur.³¹⁸

Öte yandan, Yargıtay 15 Aralık 2004 tarihli bir kararında sözleşmesel olarak temerrüt faiz kararlaştırılmış olmasa dahi, kefilin her şekilde alacaklının yerine geçecek olması nedeniyle, alacaklı ne zamandan itibaren faiz isteyebileceksse kefilin de yaptığı ödemeye ilişkin olarak aynı şartlar altında temerrüt faizi isteyebileceğini belirtmiştir.³¹⁹

b. Sözleşme Cezası

Kural olarak kefil borçlunun kusurunun veya temerrüdünün akdi sonuçlarından mesul değildir. BK m. 490'da "*kefil borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden sorumludur*" demek suretiyle kural olarak kefilin ancak temerrüde ilişkin olarak kanunen öngörölmüş neticelerden sorumlu

³¹⁷ En nihayetinde kefilin bu teminatlardan istifade edebileceği oran malvarlığında vuku bulan azalmayla sınırlıdır. Borca bağlı teminatlar kefilin borçludan talep edebileceği meblağı artırmaz, ancak başvurabileceği imkanları genişletmek suretiyle alacağını daha kolay yoldan tatmin etmesine hizmet eder. Şüphesiz kefilin sözleşmesel faize hakkı olduğuna kanaat getirilirse, teminatlardan bu suretle de istifade edecektir. Ancak bu husus teminatların hizmet ettiği amacın niteliğini değiştirmez. Bu husus sadece kefilin alacağının kapsamı konusunda varılan sonuca bağlı bir neticedir.

³¹⁸ Kapital faizinin borcun vadesine kadar olan dönem süresince işlediğine ilişkin olarak bkz. Mehmet **Helvacı**, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Bası, İstanbul 2000, s. 102.

³¹⁹ Yarg. HGK., 15.12.2004, 13-761/708 (Kazancı-İnternet). Aynı yönde bkz. Yarg. 13. HD., 20.2.2006, 14902/2026 (Kazancı-İnternet).

olacağı kurala bağlanmıştır. Ancak sözleşmede bunun aksi kararlaştırılabilir.³²⁰ Sözleşme cezası da tarafların yükümlülüklerinin ifa edilmemesinin sonuçlarını kusurlu tarafa belirli bir miktarı ödeme yükümlülüğü getirecek şekilde sözleşmesel yaptırıma tabi tutmaları anlamına gelmektedir.

Bu durumda kefil ile alacaklı aralarındaki sözleşmede kefilin sorumluluğunun sözleşme cezasını da kapsayacağını düzenleyebilirler. Kefil şüphesiz alacaklıyı sözleşme cezası açısından da tatmin ettiği ölçüde, onun haklarına halef olur.

Henüz sözleşme cezasını ödeme borcu muaccel hale gelmeden önce kefilin alacaklıyı tatmin etmesi halinde,³²¹ sözleşme cezasına ilişkin talep hakkının esas borçluya geçeceği kabul edilmektedir.³²²

II. Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Sorunlar

1. Kefalet Konu Esas Borcun Bir Üçüncü Kişi Tarafından Rehin Verilmek Suretiyle Güvence Altına Alınması

Kanuni halefiyet hallerinden bir diğeri de BK m.109/II'da başkasının borcuna ilişkin olarak temin edilmiş bir rehlin konusu mal üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynı haklardan herhangi birine sahip olan bir üçüncü kişinin, bu malı rehinden kurtarması halinde bu kişi lehine öngörülen halefiyet halidir. BK m. 109/II'da öngörülen bu hal açısından menkul veya gayrimenkul rehni arasında bir fark gözetilmemektedir.³²³ MK m. 884'de de başkasının borcu için verilmiş olan ipoteği kaldıran kimsenin

³²⁰ **Tandoğan**, s. 775.

³²¹ İsviçre BK m. 504/III ve Tasarı BK m. 593/III'da kefilin erken ödemesine olanak tanınmaktadır.

³²² **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 113.

³²³ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 292; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 210; **Daepen**, s. 208; **Thévenoz/Werro**, s. 657. **Kılıçoğlu** ise konuyu doğrudan ele almamış olmakla birlikte, MK m. 884'de (Eski MK m. 799) düzenlenen halefiyet halini, BK m. 109'da düzenlenen halefiyet halininin özel bir uygulaması olarak niteleyerek, BK m. 109/I'de düzenlenen halefiyet halinin menkul ve gayrimenkul malları kapsayan genel bir düzenleme olduğu görüşüne sahip olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 10. **Reisoğlu** ise BK m. 109'u yalnızca menkul rehni açısından ele almakta ve gayrimenkul rehni konusunda MK hükümlerine atıf yapmaktadır. Bkz. **Reisoğlu**, Rücû, s. 500. Aynı yönde bkz. **von Tuhr**, s. 490.

alacağı devralacağı belirtilmekte ve BK m. 109/II'a ek olarak halefiyetin gayrimenkul rehni açısından da vuku bulacağı bir kere daha ifade edilmektedir.

Rehinli malın maliki ve kefilin ödemede bulunmak suretiyle sahip olacakları halefiyet hakkının birbiriyle ne şekilde ötüşeceği ve kimin hakkına daha öncelik verilmesi gerekeceği tartışmalı bir husustur. İsviçre borçlar hukuku açısından 1941 tarihli değişiklikle bu husus açıklığa kavuşturulmuş olup (İsviçre BK m. 507/II), hukukumuz açısından ise halen kanuni bir düzenlemeye tabi değildir ve sorun öğretide tartışılmaktadır.

Mevcut durumda bir üçüncü kişinin borcunu kendi kişisel sorumluluğunu ortaya koymak üzere teminat altına alan kefil ve yine bir üçüncü kişinin borcunu kendi malvarlığında yer alan bir unsur üzerinde bu alacağı ilişkin olarak rehin hakkı tesis etmek üzere teminat altına alan rehinli malın maliki bulunmaktadır. Kanun koyucu her ikisi lehine de bir kanuni halefiyet hali öngörerek, her iki kişinin de korunması yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Ancak bu iki kişinin sağlamış olduğu teminatın aynı borcu hedef alması halinde, kanun koyucu hangi tarafı daha çok koruyacaktır? Öğretide ağırlıklı olarak bu konu adeta aynî teminatlar ve şahsî teminatlar arasındaki ayırım açısından ele alınmakta ve daha ağır bir sorumluluk içermekte olan teminatın borçlusu lehine bir çözüm öngörülmektedir.

Ağırlıklı olarak kefilin tüm malvarlığı ile takip edilebilecek olması nedeniyle, aynî teminata konu hak veya malın malikine nazaran sorumluluğunun daha ağır olduğuna kanaat getirilmekte ve bu husus kefil lehine bir çözümü beraberinde getirmektedir. Kefil lehine varılan bu sonuç aşağıdaki ek gerekçelerle de desteklenmektedir. Bu gerekçelerin bir kısmı Borçlar Kanununda rehin ve kefalet hükümlerinin birlikte ele alındığı düzenlemelere, bir kısmı ise salt kefil lehine öngörülmüş olmakla birlikte, kanunda rehinli malın maliki açısından öngörülmemiş olan koruyucu nitelikteki bir takım düzenlemelere dayandırılmaktadır.³²⁴

Buna göre:

³²⁴ Uygur, s. 9432.

1. BK m. 486'da adi kefaletle konu olan bir alacak için, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya eş zamanlı olarak rehin tesis edilmiş olması halinde, adi kefile kendisine müracat eden alacaklıdan önce rehne başvurmasını talep edebilmek hakkı tanınmıştır. Alacaklının rehni paraya çevirmek suretiyle alacağını tatmin etmesi halinde, rehinli malın malikine kefile karşı rüçû edebilmek olanağını tanımak BK m. 486'da yer alan ve adi kefilin borcunu hem esas borçlunun hem de rehinli malın malikinin borcuna nispetle talî nitelikte kılan düzenlemenin işlerliğini bütünüyle ortadan kaldıracaktır.³²⁵ Hemen belirtmek isteriz ki, bu gerekçe yalnızca adi kefalet açısından geçerlidir. Müteselsil kefalette kefilin borcu esas borçlu ve rehin borçlusunun borçlarına göre talî nitelikte değildir.³²⁶
2. BK m. 499 ve m. 500'de esas alacaklının kefile karşı ödevlerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, alacaklı kefile, esas borca ilişkin ispat araçlarını, alacağa ilişkin teminatları devretmek yükümlülüğündedir. Aynı şekilde alacaklı alacağa bağlı teminatların değerini azaltacak muamelelerden kaçınmak zorunda olup, bu tür bir muamelelerden veya ispat araçlarını elden çıkarmasından dolayı vuku bulabilecek olan zarardan dolayı kefile karşı sorumludur veya bu oranda kefile karşı olan talep hakkını yitirir. Her türlü kefil lehine öngörülmüş bu koruyucu düzenlemeler, rehinli malın maliki lehine öngörülmemektedir. Bu husus kanun koyucunun kefilini daha fazla himaye etmek yönündeki iradesini göstermektedir.³²⁷ **Bilge**, kanun koyucunun kefilini daha fazla korumasının gerekçesi olarak yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, kefilin sorumluluğunun bütün malvarlığı açısından söz konusu olması, rehin malın malikinin sorumluluğunun ise rehin verilmiş olan mal ile sınırlı olmasını göstermektedir.³²⁸

³²⁵ **Bilge**, Kefilin Halefîyeti, s.293; **Kılıçoğlu**, Halefîyet, s. 108; **Reisoğlu**, Rücû, s.502.

³²⁶ İsviçre Borçlar Kanununda müteselsil kefillerin de eğer söz konusu rehin hakkı bir menkul rehni veya alacak rehni ise önce rehinli malın malikine başvurulması yönünde bir defa hakları vardır (İsviçre BK m. 496). Ancak gayrimenkul rehni için aynı hak söz konusu değildir.

³²⁷ **Bilge**, Kefilin Halefîyeti, s. 294.

³²⁸ **Bilge**, Kefilin Halefîyeti, s. 294; **Reisoğlu**, Rücû, s.502.

3. BK m. 109/I'da öngörülen halefiyet hali genel nitelikte bir düzenleme olup, salt kefalet akdine ilişkin olarak halefiyeti öngören BK m. 496 özel bir düzenlemedir ve genel bir hukuk kaidesi olarak özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geliyor olması nedeniyle, kefilin halefiyet hakkı rehinli malın malikinin bu hakkına göre daha üstündür.³²⁹

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, BK m. 109'da belirtilmekte olan halefiyet hali, Borçlar Kanununun diğer muhtelif hükümlerinde yer alan halefiyet hallerine kıyasen genel nitelikte bir düzenleme olmakla birlikte, bu hal Borçlar Kanunun halefiyet hükümlerinin sistematığına ilişkin bir durum olup, farklı kişiler lehine halefiyet hali öngörmekte olan BK m. 109/II ve BK m. 496 arasında bu nitelikte bir sonucu da beraberinde getirecek şekilde genel-özel hüküm nitelmesi yapılamayacağı kanaatindeyiz.

Öğretide ileri sürülen tüm bu gerekçeler halen hukukumuz açısından kefil ve rehinli malın maliki arasındaki rüçû ilişkisinin tabi olacağı düzenlemeler konusunda varılacak sonuç açısından etkili olmakla birlikte, İsviçre hukukunda bu husus kanuni bir düzenlemeye sahiptir (İsviçre BK m. 507).³³⁰ Buna göre eğer rehin kefalet sözleşmesinin kurulduğu esnada mevcut ise veya sonradan borçlu tarafından yalnızca kefalet ile teminat altına alınan borca ilişkin olarak verilmiş ise, ödemede bulunan kefil, rehinli malın malikine başvurabilecektir. Ancak rehin esas borçlu dışında bir üçüncü şahıs tarafından kefalet sözleşmesinin akdedilmesinden sonra verilmişse, bu durumda alacaklının rehinli malı paraya çevirmek suretiyle alacağını tatmin etmesi halinde, rehinli malın maliki alacaklının haklarına halefiyeti kapsamında kefile de

³²⁹ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 294; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 108, **Reisoğlu**, Rücû, s.502. Ancak öğretide genel nitelikte olan düzenlemenin BK m. 109/II'ye ilişkin olduğu, BK m. 109/I'in ise özel nitelikte bir hal olduğu görüşünde yazarlar da vardır. Bkz. **Kılıçoğlu**, İhbar, s. 440; **Fick**, s. 241. **Kılıçoğlu** bu suretle hem rehinli malın maliki lehine öngörülen düzenlemeyi özel bir hal olarak nitelermekte, hem de kefilin halefiyetinin rehinli malın malikinden önce gelmesi halinin gerekçelerinden birini kefilin halefiyetine ilişkin düzenlemenin özel, rehinli malın malikinin halefiyetine ilişkin düzenlemenin ise genel nitelikte olmasına bağlamaktadır.

³³⁰ **Reisoğlu**, öğretide bu yönde sunulan çözüm önerilerini (i) birbirine rücû konusunda tediye anının dikkate alınması gerektiği, (ii) kefilin daima rehinli malın malikine rücû edebilmesi ve (iii) zararın rehinli malın maliki ve kefil arasında paylaşılması şeklinde özetlemektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Rücû, s. 501.

rücû etmek hakkına sahip olacaktır (İsviçre BK m. 507/IV).³³¹ Ancak bu hak ödemede bulunan kefil için söz konusu olmayacaktır. Ancak alacaklının borca ilişkin teminatları kefilin zararına olacak şekilde azaltmamak külfeti (BK m. 500) rehinli malın maliki lehine söz konusu olmadığı için, rehinli malın malikinin rücû hakkı kefilinki kadar sağlam nitelikte olmayacaktır.³³²

İsviçre BK m. 507/IV’de rehin malın malikinin kefile başvurabilme kabiliyeti açısından yalnızca üçüncü kişi tarafından verilen rehin ele alınmaktadır. Bu husus asıl borçlunun BK m. 109/I anlamında üçüncü kişi olarak nitelenemeyecek olması ve bu nedenle kendisi lehine halefiyet tanınmamış olmasının doğal bir sonucudur. Öte yandan kefilin asıl borçlu tarafından verilen rehne, rehnin verilme zamanından bağımsız olarak başvurabilme olanağı olması da adi kefaletin talî nitelikte olmasının doğal bir sonucudur. Diğer kefalet halleri için de, ödemede bulunan kefilin alacaklıya halef olmak suretiyle borçluya rücû edebilecekken, bu rücû kapsamında bizzat borçlu tarafından verilmiş olan bir teminata başvurabilmesi de teminat borçtan sonra verilmiş olsa dahi olağan kabul edilmelidir.

Bilge ve **Kılıçoğlu**, rehinli malın malikinin ve kefilin halefiyetinin birbirlerine olan etkisini incelerken, rehnin verildiği zamandan bağımsız hareket etmektedirler.³³³ Bu suretle de, rehin kefaletten sonra verilse dahi kefilin rehinli malın malikine başvurabileceği zannını uyandırmaktadırlar.³³⁴ **Reisoğlu** ise, rehnin verilme zamanlamasını da dikkate alarak, bu halde hakkaniyete uygun olan çözümün kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilen teminatlardan kefilin yararlandırılmaması yönünde olduğunu belirtmektedir.³³⁵ **Tandoğan** da bu tespiti yerinde bulmaktadır.³³⁶

³³¹ **Guhl**, s. 363.

³³² **Reisoğlu**, Rücû, s. 503; Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 217.

³³³ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 293-295.; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 107-109.

³³⁴ **Özen** ise, rehinle teminat altına alınmış bir alacağın borçlusunun ancak rehnin paraya çevrilmesi suretiyle takip yapıldıktan sonra takibe konu edilebileceğini belirten İİK m. 45’den hareketle, rehnin ne zaman verilmiş olduğundan bağımsız olarak, borçlunun her zaman alacaklıdan önce rehinli mala başvurmasını talep edebilecekken, adi kefilin böyle bir imkandan mahrum bırakılmasının anlamsız olacağıdır. **Özen** kefilin borçlunun sahip olduğu defileri ileri sürebilecek olmasından hareket etmektedirler. Bkz. **Özen**, s. 226.

³³⁵ **Reisoğlu**, Rücû, s. 503.

³³⁶ **Tandoğan**, s. 786.

Borçlar Kanunu Tasarısında bu husus bir düzenlemeye kavuşturulmakta ve İsviçre Borçlar Kanunu paralelinde bir değişiklikle kefilin ancak kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya kurulması anında verilen rehinlere müracat edebileceği belirtilmektedir. Öte yandan rehnin esas borçlu tarafından verilmiş olması halinde ise rehnin verilme zamanının kefilin rüçû hakkına etki etmediği kabul edilmekte, ancak bu rehnin salt kefalet ile teminat altına alınan borç için verilmiş olması aranmaktadır (Tasarı BK m. 596/IV).

2. Alacaklının Kısmen Tatmin Edilmesi Hali ve Bunun Teminatların Kefile İntikaline Etkisi

Kanun kısmi ödeme ve buna bağlı halefiyet halinde alacaklı ve kefilin özellikle borca bağlı teminatlar açısından haklarının ne olacağı konusunda açık bir hüküm içermemektedir. Borca ilişkin olarak rehin tesis edilmişse ve rehnin değeri hem alacaklının henüz alacağına ifa edilmeyen kısmını, hem de kefilin rüçû talebini karşılamaya yetiyorsa kolayca çözüme ulaşılacaktır. Ters ihtimalde ise alacaklı ve kefilin menfaatleri ve önceliği açısından bir değerlendirme yapmak gerekecektir.³³⁷ Hemen belirtmek isteriz ki, bu husus İsviçre Borçlar Kanunu açısından artık bir sorun teşkil etmemekte ve 1941 tarihli değişikliklerle m. 507/II'de kısmi ödeme halinde, alacaklının mevcut rehinlere ilişkin hakkının, kefilden önde geldiği kabul edilmiştir.³³⁸

Bu husus kefaletin alacaklının zararına olamayacağına ilişkin “*nemo subrogat contra se*” prensibinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir.³³⁹

İsviçre Borçlar Kanunu açısından hal böyle olmakla birlikte, mesele bizim hukukumuz açısından henüz kanuni bir açıklığa kavuşturulmamış olup öğretide İsviçre Borçlar Kanununda yer verilen düzenlemeye de göndermede bulunarak bir takım çözümler önerilmektedir. Müşterek borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye istinaden İİK m. 204'de borçlunun iflas etmiş olması halinde, alacaklının masadan

³³⁷ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s.287.

³³⁸ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s.288; **Guhl**, s. 358; **Tercier**, s. 892; **Engel**, Contrats, s. 654; **Scyboz**, s. 133.

³³⁹ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 288; **Tercier**, s. 892; **Saymen/Elbir**, s. 762.

alacağıın ancak tamamını almasından sonra geriye kalan paradan müşterek borçlunun rüçü hakkı olduğu nispet ve ölçüde istifade edebileceği düzenlenmekte ve bu suretle alacaklıya bir öncelik verilmektedir. Öğretide bu hükmün kıyasen kefil ve alacaklı arasındaki ilişkiye rehin alacağı açısından uygulanabileceği, ana prensibin kefilin alacaklı zararına bir hak iddia edemeyecek olması olduğu belirtilmektedir.³⁴⁰ Sorun Borçlar Kanunu Tasarısında da alacaklı lehine çözüme kavuşturulmuştur (Tasarı BK m. 596/II).

İcra ve İflas Kanunu hükümlerine kıyasen kefil ve alacaklı arasındaki ilişki açısından da varılmak istenen sonucun, borca bağlı teminatların alacaklının diğer alacaklarının da teminatı teşkil ettiği haller için geçerli olmayacağını belirtmek isteriz. Öğretide bu tür bir durumda kefil ve alacaklının bu teminatlar açısından eşit durumda oldukları ve bu teminatlardan ne şekilde istifade edileceğinin genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁴¹

Kefilin alacaklının haklarına halefiyeti alacaklının tatmin edildiği anda doğar. Alacaklının alacakla ilişkisi tatmin edildiği ölçüde ve tatmin zamanında kesilir.³⁴²

III. Zamanaşımı

1. Kefilin Borcunun Tabi Olduğu Zamanaşımı

Borçlar Kanununda kefalet borcunun tabi olduğu zamanaşımına ilişkin olarak özel bir süre öngörülmediğinden hareketle, alacaklının kefile karşı sahip olduğu talep hakkının da BK m. 125’de öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımı süresi kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren değil ancak kefilin ödeme borcunun muaccel hale gelmesinden itibaren başlar. Bu husus da genel nitelikte bir hüküm olan BK m.128’in kefalet sözleşmesine ilişkin yansımasıdır.

³⁴⁰ **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s.289; **Reisoğlu**, Kefalet, s.194;

³⁴¹ **Reisoğlu**, Kefalet, s.195; **Guhl**, s. 358. **Bilge** de açıkça bu hususu belirmemekle beraber, teminatın başka borca da ilişkin olması halinde kefilin alacaklılının diğer alacaklarının itfasına kadar teminattan istifade imkanından mahrum bırakılmasının kefilin halefiyetten feragat edemeyecek olması hali ile aykırı düşeceğini belirtmektedir. Bkz. **Bilge**, Kefilin Halefiyeti, s. 289.

³⁴² **von Tuhr**, s. 491; **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s. 94.

Ancak belirtmek isteriz ki, kefalet sözleşmesi ayrı bir zamanaşımına tabi olmakla birlikte, asıl borcun sukut etmesi halinde fer'î niteliğine istinaden kefilin borcu da sukut edecektir.³⁴³ Kefaletin tabi olduğu zamanaşımının önemi ise asıl borç sukut etmeksizin alacaklının kefile karşı olan talep hakkının ortadan kalktığı hallerdir. **Reisoğlu** bu kısıtlı hallere örnek olarak asıl borca ilişkin olarak zamanaşımının işlemediği hallerde, borç halen mevcutken alacaklının kefile karşı olan talep hakkının sona ermesini göstermiştir.³⁴⁴

Öğretide tartışılan bir diğer husus ise asıl borcun zamanaşımına tabi olmayan bir borç olması halinde ve esas borçlunun eğer bu borç zamanaşımına tabi olsaydı zamanaşımını kesecek nitelikte yaptığı işlemlerin kefilin borcuna etkisinin ne olacağıdır.³⁴⁵ **Reisoğlu** burada İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına gönderme yapmak suretiyle, esas borçlunun zamanaşımını kesici bu nitelikte işlemlerinin kefile karşı da zaman aşımını keseceğini belirtmektedir.³⁴⁶ **Grassinger** ise kefilin korumak gayesi ile ve kefalet sözleşmesinin sözleşmesel olarak bağımsız nitelikte olmasından hareket ederek asıl borçlunun bu nitelikte hareketlerinin kefil açısından zamanaşımını kesmeyeceğini belirtmektedir.³⁴⁷ **Grassinger** ve **Reisoğlu** sorunu salt esas borçlunun zamanaşımını kesici nitelikteki hareketlerine istinaden ele almış olup, alacaklının bu tür bir durumda zamanaşımını kesici nitelikte işlemler yapması haline değinmemişlerdir. Oysa BK m. 133/II'de alacaklının da kendi eylemleri ile zamanaşımını kesebileceği belirtilmektedir. Kanaatimizce **Reisoğlu**'nun atıfta bulunmuş olduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararında kullanılmış olan “*asıl borç zamanaşımına tabi bir borç olsaydı, zamanaşımını kesecek olan haller kefil için de zamanaşımını kesecektir*” ifadesi, mahkemenin zamanaşımını kesen işlemin kimin tarafından gerçekleştirildiği yönünde bir ayırım yapmadığını ortaya koymaktadır. Biz ise esas borçlunun zamanaşımını kesici nitelikteki hareketlerinin, bir başka borcun borçlusu olan kefilin borcunun tabi olduğu zamanaşımına etki etmeyeceği

³⁴³ **Scyboz**, s. 59.

³⁴⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s.183. Aynı yönde bkz. **Grassinger**, s. 192.

³⁴⁵ Zamanaşımını kesici işlemler BK m. 133'de belirtilmiş olup daha detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 475-476.

³⁴⁶ **Reisoğlu**, Kefalet, s.183. **Reisoğlu**'nun atıfta bulunduğu federal mahkeme kararı için bkz. ATF 50 II 401.

³⁴⁷ **Grassinger**, s. 192-193.

kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde kefilin durumu, kendi onayına tabi olmaksızın, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ve kefil olma iradesini ortaya koyarken dikkate aldığı hususlardan bağımsız olarak ortaya çıkmış bir husus neticesinde ağırlaştırılmış olacaktır.

2. Kefilin Rücû Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Halefin bütünüyle alacaklının yerini aldığı ve bu suretle borç ilişkisine ilişkin tek değişikliğin alacaklının kimliğine ilişkin olarak gerçekleştiği kabul edilirse, halefin mevcut ve henüz ifa edilmemiş olan bir borç ilişkisinin alacaklısı konumuna geleceği ve bu borç ilişkisine dair her türlü hukukî sonuçla bağlı olacağı sonucuna varılır. Ancak kanunen kefil lehine öngörülmüş olan halefîyet hali, borçlu ve kefil arasındaki kefile talep hakkı veren ilişkiyi kuran esaslı unsur olarak kabul edilmeyip, başka bir hukukî nedene istinaden zaten var olan bu ilişkiye bir takviye niteliğinde kabul edilirse, o halde kefilin talep hakkına bağlı hukukî sonuçları esas borç ilişkisinin tabi olduğu hukukî sonuçlardan ayrı olarak ele almak gerekecektir.

Kefilin halefîyetinin niteliği açısından incelenmesi gereken bu ayrıma bağlı en önemli hukukî sonuç, konuyu Yargıtay'ın da bu açıdan defalarca ele almasına sebep olduğu şekilde, halefin esas borçluya karşı olan rücû hakkının tabi olduğu zamanaşımının tespit edilmesidir.

Kefilin bütünüyle alacaklının yerine geçtiği kabul edilirse, halef mevcut bir hakkı devralmış olacaktır ve bu suretle o borca ilişkin olarak işlemekte olan zamanaşımı ile bağlı olacaktır. Ancak kefilin nezdinde bağımsız bir hak doğduğu kabul edilirse, kefilin rücû talebinin tabi olduğu zamanaşımı, borçlunun kefile olan ödeme borcunun muaccel hale gelmesinden itibaren başlayacaktır.

Her ne kadar doğrudan kefil lehine öngörülmüş olan kanuni halefîyet haline ilişkin olmamakla birlikte, Yargıtay bu konuyu SSK m. 26/II'de Sosyal Sigortalar Kurumunun bu kanun kapsamında yapmış olduğu ödemeleri, kanun kapsamındaki kişilere zarar vermek suretiyle bu ödemelere sebep olan kişilerden geri tahsil etmek hakkına ilişkin düzenleme açısından etraflıca ele almıştır. Yargıtay'ın bu incelemeleri kapsamında vardığı sonuçların halefîyet hallerini sınıflandırması ve bu

suretle her bir halefiyet haline zamanaşımına ilişkin olarak farklı sonuçlar bağlaması nedeniyle, kefilin rüçü hakkının tabi olduğu zamanaşımının değerlendirilmesi açısından da önemli olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay 29 Ocak 1992 tarihli bir kararında, Sosyal Sigortalar Kurumuna kanunen tanınan halefiyet hakkının özünde bir rüçü hakkı içermeyen salt halefiyet hakkı olduğu tespitinde bulunarak, Sosyal Sigortalar Kurumunun halefiyet sonucu devraldığı alacak hakkının zamanaşımının, gerçek hak sahiplerinin alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresine tabi olduğu sonucuna varmıştır.³⁴⁸

“Kurumun gelirlerdeki artışlarla ilgili açtığı dava salt halefiyet ilkesine dayandığından, giderek 26. madde bu konuda rüçü hakkı vermediğinden, artışların onay tarihinde kurumun şahsında yeni bir hak doğmamakta, hak sahiplerinin isteyebileceği alacak hakkı karşılanmamış zararlarla sınırlı olmak üzere) işlemeye başlayan zamanaşımı ile birlikte kuruma intikal etmektedir.”

Yargıtay yine aynı karar çerçevesinde aşağıdaki ifadeleri kullanarak, halefiyet hallerinin sınıflandırılmasının işleyecek zamanaşımına etki edeceğini belirtmektedir:

“Salt halefiyet halleri ile (B.K. 109; T.K. 1301) yasanın rüçü hakkı verdiği haller arasındaki (B.K. 69, 147, 496, SSK. 26/II)³⁴⁹ en önemli fark birincisinden alacaklıya ait bir hakkın intikal etmesi, ikinci halde ise, rüçü hakkı sahibinin şahsında yeni bir hakkın doğmasıdır. Halefiyetin temelde bir rüçü hakkına dayanmadığı hallerde alacak hakkı daha önceden işlemeye başlayan zamanaşımı ile birlikte intikal eder. İkinci halde ise, rüçü hakkı sahibi lehine, alacaklının hakkından bağımsız olan yeni bir hak meydana geldiğinden bu andan itibaren yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar.”

Ancak Yargıtay daha sonra 1 Temmuz 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıyla SSK m. 26/II’de Sosyal Sigortalar Kurumu lehine öngörülen hakkı, temelinde rüçü hakkı olan bir halefiyet hali olarak nitelemiş ve bu hakkın tabi olduğu zamanaşımının

³⁴⁸ Yarg. HGK., 29.1.1992, 10-549/20 (Kazancı-İnternet).

³⁴⁹ Burada Yargıtay’ın SSK m. 26/II’de öngörülen halefiyet halini temelinde rüçü hakkı olan halefiyet hali olarak nitelemesi ancak vardığı sonuç arasındaki tezada dikkat çekmek isteriz.

kurumun ödeme yapmak suretiyle halef olmasından itibaren başlaması gerektiğine karar vermiştir.³⁵⁰

Yargıtay, daha sonra, SSK m. 26/II hükmünün kurum lehine halefiyet öngörüldüğü sonucunu doğuran “*sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere*” kısmını iptal eden 23 Kasım 2006 tarih ve 10/106 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı³⁵¹ neticesinde, SSK m. 26/II’de kurum lehine öngörülen hakkı alelade rüçû hakkı olarak niteleme yoluna gitmiş ve zamanaşımını yine kurumun ödeme tarihinden itibaren işletmiştir.³⁵² Yargıtay’ın SSK m. 26/II hükmünde öngörülen hakkın niteliğine ilişkin olarak gerek içtihat değişikliği yoluna gitmek, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarının gereğini yerine getirmek suretiyle değişik yaklaşımlar sergilemiş olduğu ortadadır. Ancak bu kararlar Yargıtay’ın halefiyet hallerini bir ayrıma tabi tuttuğu ve işleyecek zamanaşımı süreleri konusunda da bu ayrımı göre hareket ettiğini de aynı zamanda ortaya koymaktadır.

Bu suretle Yargıtay, BK m. 496’da kefil lehine öngörülen halefiyet halini temelinde rüçû hakkı olan halefiyet hali olarak nitelemek suretiyle, dolaylı bir şekilde bu hakkın alacaklının tatmininden itibaren başlayacak olan yeni bir zamanaşımı süresine tabi olacağını belirlemektedir.³⁵³

İsviçre kefalet hukukunda İsviçre Borçlar Kanununda yer alan açık hükümle kefilin rüçû hakkına ilişkin zamanaşımın alacaklıyı tatmin ettiği anda başlayacağı açık suretle belirtilmiştir (İsviçre BK m. 507/V). Borçlar Kanununda ise böyle bir hüküm yer almamaktadır. Ancak öğretilde İsviçre’de yer alan düzenlemenin bizim hukukumuz açısından da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁵⁴ **Kılıçoğlu**, zamanaşımının halefiyet anında başlaması gerektiğini, rüçû hakkının asıl alacaktan

³⁵⁰ Yarg. İçt. Bir. K., 1.7.1994, 3/3 (Kazancı-İnternet); Aynı yönde bkz. Yarg. 10. HD. 7.2.1989, 1/1157 (İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl 31, Sayı 361, Ocak 1991, s. 8107) Yarg. HGK., 8.11.2006, 10-696/704 (Kazancı-İnternet).

³⁵¹ 21 Mart 2007 tarih ve 26469 sayılı RG’da yayımlanmıştır.

³⁵² Yarg. HGK., 22.11.2007, 2943/19582 (Kazancı-İnternet).

³⁵³ Yarg. HGK., 29.1.1992, 10-549/20 (Kazancı-İnternet); Aksi yönde bkz. Yarg. 4. HD., 1.3.1966, 965/2550 (**Olgaç**, s. 135).

³⁵⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s.218.

bağımsız bir hak olduğu ve bu nedenle ayrı bir zamanaşımına tabi olması gerektiği şeklinde açıklamaktadır.³⁵⁵

Borçlar Kanunu Tasarısında bu husus hukukumuz açısından da açık hale getirilmekte ve “*kefilin rüçû hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar*” demek suretiyle, halefiyet anında yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı kabul edilmektedir (Tasarı BK m. 596). Rücû hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresi ise, bu hakkın artık kefilin nezdinde yeni bir hak doğuruyor olmasından ve halefiyetin yalnızca kefil nezdinde doğan bu bağımsız hakkın bir takviyesi niteliğinde olmasında dolayı BK m. 125’de düzenlemesini bulan genel zaman aşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Öte yandan, kefil borçluya halefiyet nedeniyle değil aralarındaki iç ilişki nedeniyle rücû ettiği takdirde, zamanaşımı aradaki iç ilişkinin tabi olduğu kurallara göre tespit edilecektir. Bu iç ilişki sebep zenginleşme hükümlerine tabiyse, kefilin borçluya müradatına ilişkin zamanaşımı, kefilin bu hakkını öğrenmesinden itibaren bir yıldır (BK m. 66). Esas borçlu ve kefil arasındaki iç ilişkinin vekalet akdine dayanması halinde ise, BK m. 126/4 hükmü uyarınca, kefilin talep hakkı beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2 Aralık 2004 tarihli kararında, bir kredi sözleşmesinden doğan borca ilişkin olarak alacaklıyı tatmin eden kefilin rücû talebinin sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirerek bir yıllık zamanaşımı süresine tabi tutan esas mahkemesinin kararını bozmuş ve kanuni halef olarak talepte bulunan kefilin bu hakkının on yıllık zamanaşımına tabi olduğu tespitinde bulunmuştur.³⁵⁶ Karar kapsamında, zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren başlayacağı ele alınmamış olup, zamanaşımı kavramı iç ilişkiye istinaden rücû ve halefiyete istinaden rücû halinde göstereceği farklılıklar açısından değerlendirilmiştir. “*Davacı kanuni halef olarak talepte bulunmakta olup dava zamanaşımı süresi Borçlar Kanununun 66.maddesine göre değil 125.maddesinde*

³⁵⁵ **Kılıçoğlu**, Halefiyet, s.137.; Aksi yönde bkz. **Yavuz**, s. 795; **Martin**, s. 368. (*Martin*’in bu belirtmesi 1941 tarihli İsviçre BK öncesine dayanmak suretiyle, mevcut İsviçre Borçlar Kanununda yer alan açık hüküm karşısında yazarın konuya bakış açısını belirtmenin ötesinde fonksiyonel bir değeri yoktur.).

³⁵⁶ Yarg. 13. HD., 2.12.2004, 9956/17583 (Kazancı-İnternet).

belirtilen 10 yıllık süreye tabidir.” ifadesini kullanmak suretiyle taraflar arasındaki olası iç ilişkiyi bertaraf etmiş olup, kefilin halef sıfatıyla talepte bulunması dikkate alınmıştır.

SONUÇ

Bu incelememiz kapsamında varmış olduğumuz sonuçları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

1. Kanun koyucu kefalet sözleşmesine ilişkin olarak öngördüğü düzenlemelerde ağırlıklı olarak sözleşme özgürlüğü ilkesinden uzaklaşmıştır. Bu uzaklaşma ise kefilî koruma gayesi ile gerçekleşmiş olup, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında kefil lehine öngörölmüş birçok düzenlemenin yer alması ile somutlaşmıştır. Kanun koyucunun bu şekilde hareket etmesi, kefalet sözleşmesinin şahsî teminat sözleşmeleri arasında yer alması ve kefilin bir üçüncü kişinin borcunu teminat almak için kendi sorumluluğunu ortaya koyması ile açıklanabilir olmakla birlikte, kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer alan borca katılma ve özellikle teminat amaçlı garanti sözleşmesi altında yükümlölük altına giren taraf lehine bu şekilde korumacı bir yaklaşım sergilenmemiş olmasının nedeni anlaşılamamaktadır.
2. Halefiyet geniş anlamda üçlü bir ilişkinin taraflarına ilişkin olarak kazanımlar arasında bir denge oluşturmak amacına hizmet etmektedir. Halefiyetin özel görünömlerinden biri de Borçlar Kanununda kefil lehine öngörölen halefiyet halidir. Kefilin alacaklının haklarına halef kılınması sebepsiz şekilde esas borçlunun kefilin kendi borcunu ifasından istifade etmemesi ve bu suretle kefilin de kendi malvarlığındaki azalmayı gidermesi amacına hizmet eder. Ancak kefil ve esas borçlu arasında mevcut olabilecek ve kefilin esas borçludan ödeme talep etmesini sebepsiz hale getirecek her türlü iç ilişki saklıdır. Bir diğere ifadeyle, esas borçlu kefilin bu menfaatler dengesi kapsamında kendisinden ödeme talep edemeyeceğini kanıtlamak ve bu suretle kefile ödeme yapmaktan kurtulabilmek hakkına sahiptir.

3. Kanunen kefil lehine öngörölmüş olan halefiyetin kefil açısından en önemli sonucu alacağa bağlı teminatların da bu halefiyet sonucu herhangi bir ek işleme gerek kalmaksızın kefile geçmesidir. Kefilden ödeme talep edilmiş olması, bir takım özel kefalet halleri ayrı kalmak üzere, çoğu zaman esas borçlunun ödeme güçlüğünde olduğu anlamına gelecektir. İşte bu suretle kefilin kendi malvarlığında vuku bulan azalmayı giderebilmesi için bu teminatlar önemli bir rol oynayacaktır. Ancak kanun koyucu bu halde de menfaatler dengesine olabildiğince sağdık kalabilme gayesiyle, hangi teminatların kefile geçeceği konusunda da bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrım Borçlar Kanunu açısından henüz açık bir kanuni düzenlemeye sahip olmasa da, öğretide ve İsviçre Borçlar Kanununda açıkça kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut** : Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2004
- Akıpek, Jale G. / Akıntürk, Turgut** : Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2007
- Aral, Fahrettin** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007
- Barlas, Nami** : Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s. 937-991 (Kredi Kartı)
- Barlas, Nami** : Yeni Medeni Kanunun Ayni Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, s. 569-591 (Ayni Teminat)
- Barlas, Nami** : Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2006, s. 39-67 (Kefalet)
- Barlas, Nami** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 (Borçlunun Temerrüdü)
- Bartu, Nihat** : Kanuni Halefiyet Halleri, İBM, C. XVI, S. 2, 1942, s. 109-118
- Becker, Hermann** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri: Madde 184-551, Ankara 1993 (Çeviren: Suat Dura)
- Bilge, Necip** : Kefilin Mesuliyetinin Şümülu, AÜHFD, C: XIII, S. 1-2, 1956, s. 86-171 (Kefilin Mesuliyeti)

- Bilge, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, 2. Bası, Ankara 1971 (Özel Borç Münasebetleri)
- Bilge, Necip** : Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, AÜHFD, C. XI, S.1-2, 1954, s. 281-296 (Kefilin Halefiyeti)
- Daepfen, Oscar** : Le Code Fédéral des Obligations, Zurich 1936
- Develioğlu, Murat** : İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2004, s. 293-322 (Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayrımı)
- Develioğlu, Murat** : Les Garanties Indépendantes Examinées A La Lumière des Règles Relatives Au Cautionnement, Berne 2006, s. 293-322 (Garanties Indépendantes)
- Dural, Mustafa** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976
- Engel, Pierre** : Contrats de Droit Suisse, Berne 2000 (Contrats)
- Engel, Pierre** : Traité des Obligations en Droit Suisse (Dispositions Générales du CO), 2eme Edition, Berne 1997 (Traité)
- Ertaş, Şeref** : Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6. Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Baskı, Ankara 2005
- Esener, Turhan / Güven, Kudret : Eşya Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2008, s. 114
- Feyzioğlu, Feyzi** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977
- Necmeddin**
- Fick, F.** : Code Fédéral des Obligations, Neuchatel 1915
- Franko, Nisim** : Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – Bildiriler-Tartışmalar II (11-12 Ocak 1985), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985, s. 37-53
- Frossard, Claude** : Les Obligations Naturelles et la Garantie de Leur Execution en Droit Suisse, Lausanne 1960
- Göktürk, Hüseyin Avni** : Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 3-4, 1950, s. 325-352

- Grassinger, Gülçin Elçin** : Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, Ankara 1996
- Guhl, Théo** : Le Droit Fédéral des Obligations, Zurich 1947
- Güral, Jale** : Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFD, C. VIII, S. 1-2, 1951, s. 435-478
- Gürsoy, Kemal Tahir** : Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir** : Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- Helvacı, Mehmet** : Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Bası, İstanbul 2000
- Helvacı, Serap** : Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007
- Henry, Xavier/Jacob, Francois/Tisserand, Alice/Venandet, Guy/Wiederkehr, Georges** : Code Civil, Paris 1989
- İpek, Mehtap** : Birlikte Kefalet, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I, Özel Hukuk, İstanbul 2004, s. 531-552
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C. 5, İstanbul 2004 (Borçlar Özel)
- Karahasan, Mustafa Reşit** : Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2002 (Eşya Hukuku)
- Kılıçoğlu,Ahmet** : Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979 (Halefiyet)
- Kılıçoğlu,Ahmet** : Borçlunun Alacaklıya İhbarı İle Halefiyetin Doğumu, AÜHFD, C: XXXIV, S. 1-4, 1978, s. 439-446 (İhbar)
- Kocaağa, Köksal** : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003
- Kocayusupaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan,** : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukukî İşlem – Sözleşme, C. I, 4. Bası, İstanbul 2008 (Sözleşme)

**Rona/Arpacı,
Abdülkadir**

**Kocayusupaşaoğlu,
Necip/Hatemi,
Hüseyin/Serozan,
Rona/Arpacı,
Abdülkadir** : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-
Sebepsiz Zenginleşme, C. III, 2. Bası, İstanbul
1998 (İfa)

Koç, Nevzat : İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü,
Ankara 1992 (Alacaklının Temerrüdü)

Koç, Nevzat : İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine
İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik
Birsal'e Armağan, İzmir 2001 (Kefalet)

Koyuncuoğlu, Tennur : Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi
(Novatio), İstanbul 1972

Kuntalp, Erden : Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan
Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan,
İstanbul 1995, s. 5-17 (Teminat)

Kuntalp, Erden : Ticaret Ortaklarının Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve
Yargıtay Kararları Sempozyumu – Bildiriler-
Tartışmalar II (11-12 Ocak 1985), Banka ve
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara
1985, s. 1-17 (Ticaret Ortaklarının Ehliyeti)

**Kuntalp, Erden/Barlas,
Nami/Moralı, Ahu
Ayanoğlu/Işıntan, Pelin
Çavuşoğlu/İpek,
Mehtap/Yaşar,
Mert/Koç, Sedef** : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin
Değerlendirmeler, İstanbul 2005

**Kuru, Baki/Arslan,
Ejder/Aslan, Yılmaz** : İcra ve İflas Hukuku, 22. Bası, Ankara 2008

Martin, Alfred : Le Code Des Obligations Des Contrats De Droit
Civil, Lausanne 1923

**Oğuzman, Kemal/Öz,
Turgut** : Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Gözden
Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2009

**Oğuzman,
Kemal/Barlas,Nami** : Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel
Kavramlar, 15. Bası, İstanbul 2008

**Oğuzman, M. Kemal/
Seliçi, Özer/Oktay-
Özdemir, Saibe** : Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası,
İstanbul 2006

- Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa** : Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998
- Olgaç, Senai** : Kefalet, Ankara 1978
- Özen, Burak** : Kefalet Sözleşmesi, Özellikleri – Kuruluşu – Türleri, İstanbul 2008
- Öztan, Bilge** : Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 2000
- Ramoni, Claude** : Demeure du Débiteur et Contrats de Droit Suisse, Lausanne 2002
- Reisoğlu, Seza** : Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 317-392 (Muteberlik)
- Reisoğlu, Seza** : Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (Garanti)
- Reisoğlu, Seza** : Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Kefalet)
- Rossel, Virgile** : Droit Fédéral des Obligations, Genève 1920
- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.** : Türk Borçlar Hukuku I Umumî Hükümler, İkinci Cilt, İstanbul 1958
- Schneider/Fick** : Code Fédéral des Obligations, Neuchatel 1915
- Scyboz, Georges** : Le Contrat de Garantie et le Cautionnement ; Fribourg 1979
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar-Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler – Satım –Trampa – Bağışlama, Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002 (Borçlar Özel)
- Serozan, Rona** : Çocuk Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2005 (Çocuk)
- Tandoğan, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 4. Tıpkı Basım, İstanbul 1989
- Tekinay, Selâhattin Sulhi** : Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1990
- Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop** : Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993

- Tercier, Pierre** : Les Contrats Spéciaux, 3^{eme} Edition, Zurich 2003
- Thévenoz, Luc/Werro, Franz** : Commentaire Romand Code des Obligations I, Volume I, Genève 2003
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976
- Turanboy, Nuri** : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998
- Uygur, Turgut** : Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, 2. Bası, Ankara 2003
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet** : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Genel-Özel, Ankara 1987
- Von Tuhr, Andreas** : Borçlar Hukuku Umumi Kısmı, Ankara 1983 (Çeviren: Cevat Edege)
- Yavuz, Cevdet/Özen, Burak / Acar, Faruk** : Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007
- Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe / Gürpınar, Damla** : Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 6. Bası, Ankara 2008