

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA MÜTESELSİL KEFALET
SÖZLEŞMESİ

DOKTORA TEZİ

Özlem ACAR
(0810112002)

Anabilim Dalı: HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. İlhan ULUSAN

ŞUBAT 2014

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, NİTELİĞİ VE BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRDEDİLMESİ

§ 1. TANIMI VE NİTELİĞİ	4
1.1. TANIM	4
1.2. TARAFLARI	6
1.3. KURAL OLARAK TEK TARAFA BORÇ YÜKLEMESİ.....	7
1.4. BAĞIMLI (FER'İ) BORÇ NİTELİĞİ.....	8
1.4.1. Genel Olarak	8
1.4.2. Fer'i Borç Olmasına Bağlanan Sonuçlar	9
1.4.3. Kefaletin Fer'i Borç Olmasının İstisnaları.....	11
1.5. TÂLİ BORÇ NİTELİĞİ	13
1.6. AYRI BİR SÖZLEŞME OLMASI	14
1.6.1. Genel Olarak	14
1.6.2. Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Bir Borç Olmasına Bağlanan Sonuçlar.....	15
§ 2. BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ	16
2.1. BORCA KATILMADAN FARKI.....	16
2.1.1. Genel Olarak Borca Katılma.....	16
2.1.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Borca katılmadan Ayırt edilmesi.....	18

2.1.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Borca katılma Ayırımı İçin Kıstaslar.....	21
2.1.3.1. Aslilik-Fer'ilik Kıstası	21
2.1.3.2. Menfaat Kıstası	21
2.1.4. Kefalet Karinesi	22
2.2. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN FARKI.....	23
2.2.1. Genel Olarak Müteselsil Borçluluk.....	23
2.2.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Müteselsil Borçluluktan Ayırt edilmesi.....	24
2.2.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Müteselsil Borçluluk Ayırımı İçin Kıstaslar.....	29
2.2.3.1. Aslilik-Fer'ilik Kıstası	29
2.2.3.2. Menfaat Kıstası	29
2.2.3.3. Kullanılan Deyimlerin Değerlendirilmesi Kıstası.....	30
2.2.3.4. Aynen İfa Kıstası	31
2.2.4. Kefalet Karinesi	31
2.3. TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI.....	33
2.3.1. Genel Olarak Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi	33
2.3.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi.....	34
2.3.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesi Ayırımı İçin Kıstaslar	37
2.3.3.1. Genel Olarak	37
2.3.3.2. Asli Kıstaslar.....	38
2.3.3.2.1. Aslilik-Fer'ilik Kıstası	38
2.3.3.2.1.1. Temel Borç İlişkisine Atıf Kıstası	39
2.3.3.2.1.2. Def'i ve İtirazlardan Vazgeçilmesi Kıstası	40
2.3.3.2.1.3. İlk Talepte Ödeme Kaydının Bulunması Kıstası	42
2.3.3.2.2. Teminat verenin özel menfaatinin bulunması kıstası.....	44
2.3.3.2.3. Kişiyeye Yönelik İlgisi-Sonuca Yönelik İlgisi Kıstası	46
2.3.3.2.4. Aynen İfa Yükümlülüğü – Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası.....	48
2.3.3.3. Yan Kıstaslar.....	49

2.3.3.3.1. Müteselsil Sorumluluk Üstlenme Kısıtası.....	49
2.3.3.3.2. Rücu Hakkıyla ilgili Özel Düzenleme Yapılması.....	49
2.3.3.3.3. Belirli Belgelerin İbrazı Halinde Ödeme Yapılacağıın Kararlaştırılması Kısıtası	49
2.3.3.3.4. Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Kısıtası	50
2.3.3.3.5. Kefalet Sözleşmesine Özgü Def'ilerden Vazgeçilmesi Kısıtası	50
2.3.4. Kefalet Karinesi	52
2.4. AVALDEN FARKI	54
2.4.1. Genel Olarak Aval	54
2.4.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Avalden Ayırt Edilmesi	54
2.5. KREDİ (İTİBAR) EMRİNDEN FARKI	60
2.5.1. Genel Olarak Kredi Emri	60
2.5.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Kredi Emrinden Ayırt Edilmesi.....	61
2.6. ADİ KEFALETTEN FARKI.....	64
2.6.1. Genel Olarak Adi Kefalet	64
2.6.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Adi Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	68

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

§ 3. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ESASA (ASIL BORCA) İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	72
3.1. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN VARLIĞI	72
3.1.1. Genel Olarak	72
3.1.2. Gelecekte Doğacak veya Şarta Bağlanmış Borçlar.....	73
3.1.3. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borçlar	76
3.1.3.1. Genel Olarak	76
3.1.3.2. Asıl Borçlunun Sözleşmeyi İptal Hakkının Bulunması	80
3.1.3.3. Asıl Borçlunun Ehliyetsiz Olması.....	81
3.1.3.4. Eksik Borçlar	82
3.1.3.5. Ayıplı ifa sebebiyle borçlunun seçimlik haklarının bulunması.....	84
3.2. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	86
3.2.1. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasına Yönelik Öneri (İcap) ve Kabul.....	86
3.2.2. Kefil Olunan Borcun Belirlenmesine Yönelik Yorum.....	90
3.2.3. Müteselsil Kefil Olma İradesinin Yorumlanması	91
3.2.4. Müteselsil Kefilin Taahhüdünün Koşula (Şarta) Bağlı Olması	93
3.2.5. Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti	94
3.2.5.1. Gerçek Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti.....	94
3.2.5.2. Tüzel Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti	99
3.2.5.3. Eşin Rızası	103
3.2.5.3.1. Genel Olarak	103
3.2.5.3.2. Eşin Rızasının Aranacağı Durumlar	104
3.2.5.3.3. Eşin Rızasının (TBK md. 584) Uygulanma Şartları	107
3.2.5.3.4. Eşin Rızasının Aranmayacağı Durumlar.....	111

3.2.5.3.5. Eşin Rızasının Verileceği Zaman.....	115
3.2.5.3.6. Eşin Rızasının Şekli	116
3.2.5.3.7. Eşin Rızasının Bulunmamasının Sonuçları.....	119
3.2.6. Müteselsil Kefilin İrade Sakatlıkları	123
3.2.6.1. Genel Olarak	123
3.2.6.2. Yanılma.....	124
3.2.6.2.1. Genel Olarak	124
3.2.6.2.2. Saikte Yanılma.....	124
3.2.6.2.3. Beyanda Yanılma.....	126
3.2.6.3. Aldatma.....	129
3.2.6.4. Korkutma	134
§ 4.MÜTESELSİL KEFALETİN ŞEKLE İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI	137
4.1. YAZILI ŞEKİL KURALININ AMACI VE GEÇERLİLİK KOŞULU OLMASI ...	137
4.2. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	139
4.2.1. 818 Sayılı EBK md. 484'deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi	139
4.2.2. İBK md. 493'deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi.....	140
4.2.3. 6098 Sayılı TBK md. 583'deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi	141
4.3. YAZILI ŞEKİL ŞARTININ (KEFALET BELGESİNİN) KAPSAMI	144
4.3.1. Genel Olarak	144
4.3.2. El yazısı ile Yazılması Gereken Hususlar.....	144
4.3.2.1. Kefalet Tarihi	144
4.3.2.2. Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktar.....	146
4.3.2.3. Müteselsil Kefalet İbaresini	150
4.3.3. Ferdileştirilmiş Asıl Borç.....	153
4.3.4. Subjektif Esaslı Noktalar	156
4.4. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNDE ŞEKİL ŞARTI	158
4.5. KISMİ KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	159

4.6. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİ YAPMA VAADİNİN ŞEKLİ.....	161
4.7. BEYAZA (AÇIĞA) İMZA.....	162
4.8. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRI OLMASININ SONUÇLARI.....	163
4.8.1. Genel Olarak.....	163
4.8.2. Şekle Aykırılık İddiasıyla Hakkın Kötüye Kullanılması	164
4.8.3. Kefilin Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesini İfa Etmesi.....	166
4.9. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMSİL YOLUYLA YAPILMASI	169

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

§ 5. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI	175
5.1. KEFİLİN KANUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	175
5.1.1. Genel Olarak	175
5.1.2. Kefilin Asıl Borçtan Dolayı Sorumluluğu	176
5.1.3. Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçlarından Kaynaklanan Sorumluluğu.....	180
5.1.4. Dava ve Takip Masraflarından Dolayı Sorumluluğu	187
5.1.5. İşlemiş 1 Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faiz.....	190
5.2. KEFİLİN SORUMLULUĞU OLACAĞI AZAMİ MİKTARIN KEFALET BELGESİNDE GÖSTERİLMESİ ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN TBK MD. 583/F.1 HÜKMÜ İLE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMINI BELİRLEYEN TBK MD. 589 HÜKMÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	192
§ 6. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞMESİNİN ŞARTLARI	194
6.1. GENEL OLARAK.....	194
6.2. ALACAKLININ ASIL BORÇLUYA İHTAR GÖNDERMESİ.....	195
6.2.1. İhtar Gönderilmesine Gerek Olmayan Durumlar.....	199
6.3. TESLİME BAĞLI TAŞINIR REHNİ VE ALACAK REHNİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ.....	200
6.3.1. İİK md. 45 Hükmü Çerçevesinde Müteselsil Kefilin Rehnin Paraya Çevrilmesi Savunmasının Değerlendirilmesi	203
6.3.2. Müteselsil Kefilin Teslime Bağlı Taşınır Rehni ve Alacak Rehninin Öncelikle Paraya Çevrilmesi Savunmasını Yapamayacağı Durumlar	206
6.4. MÜTESELSİL KEFİL HAKKINDA TAKİBİN DURDURULMASI KARARININ VERİLMEMİŞ OLMASI	207
6.4.1. Genel Olarak	207
6.4.2. Takibin Durdurulmasının Şartları	208
6.4.3. Takibin Durdurulması Kararının Sonuçları	210

6.5. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNA ASIL BORÇLUDAN ÖNCE GİDİLMESİNİ ENGELLEYEN ÖZEL DÜZENLEMELERİN BULUNMAMASI	213
--	-----

§ 7. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİLER..... 217

7.1. KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI YAPABİLECEĞİ SAVUNMALAR.....

 217

7.1.1. Genel Olarak

 217

7.1.2. Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmalar

 219

7.1.2.1. Asıl Borcun Geçerli Olarak Doğmaması

 219

7.1.2.2. Asıl Borcun Sona Ermesi.....

 220

7.1.2.3. Esas Borcun Muaccel Olmaması

 220

7.1.2.4. Asıl Borçluya Alacaklı Tarafından Süre Verilmesi

 221

7.1.2.5. Esas Borcun Zamanaşımına Uğraması.....

 224

7.1.2.6. Alacaklının Borçluya Karşı Edimini Yerine Getirmemiş Olması.....

 226

7.1.2.7. Esas Borcun Kumar veya Bahisten Doğmuş Olması.....

 227

7.1.2.8. Esas Borçlunun Takas Hakkının Bulunması.....

 228

7.1.2.9. Esas Borçlunun Bağışlama Sözünü (Taahhüdünü) Geri Alabilmesi

 231

7.1.2.10. Esas Borçlu ve Alacaklı Arasındaki Davada Verilen Kesin Hükümün Kefilin Savunmasına Etkisi.....

 233

7.1.3. Esas Borçlunun Ölümü Üzerine Mirasçılarının Ait Olan ve Kefilin İleri Sürebileceği Savunmalar

 234

7.1.4. Asıl Borçluya Ait Olup Kefil Tarafından Yapılamayacak Savunmalar.....

 238

7.1.4.1. Kefilin Borçlunun Yanılma veya Ehliyetsizliğini Bilerek Yükümlülük Altına Girmesi.....

 238

7.1.4.2. Asıl Borçlunun Ödeme Güçsüzlüğü

 238

7.1.4.3. Esas Borçlunun Mirasçılarının Sahip Olduğu ve Kefil Tarafından İleri Sürülemeyen Savunmalar

 242

7.1.5. Esas Borçlunun Savunma İmkânlarından Vazgeçmesinin Müteselsil Kefile Etkisi.....

 243

7.1.6. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İmkânlarından Feragat Etmesi.....

 245

7.1.7. Kefilin Esas Borçluya Ait Def'ileri İleri Sürmemesinin Sonuçları.....

 246

7.1.8. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Savunmalar

 248

7.1.8.1. Genel Olarak

 248

7.1.8.2. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olmaması.....	248
7.1.8.3. Kefalet Sözleşmenin Sona Ermesi	249
7.1.8.4. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Borcun Henüz Muaccel Olmaması	249
7.1.8.5. Kefalet Sözleşmesinin Zamanaşımına Uğraması.....	250
7.1.8.6. Alacaklının Teminat ve İspat Vasıtalarını Muhafaza Yükümlülüğüne Aykırı Davranması	251
7.1.8.7. Alacaklının Kefile Süre Tanınması.....	251
7.1.8.8. Kefilin Alacaklıyla Arasındaki Kişisel İlişkilere Dayanan Savunmaları.....	251
7.1.8.9. Kefilin müteselsil Kefalet Sözleşmesine Özgü Def'ileri	252
7.2. ALACAKLININ KEFİLE KARŞI ÖDEVLERİ	253
7.2.1. Asıl Borçlunun İflası veya Konkordato İstemine İlişkin Yükümlülükleri.....	253
7.2.1.1. Genel Olarak.....	253
7.2.1.2. Alacaklının Bildirim Yükümlülüğü	254
7.2.1.3. Alacaklının Alacağı Yazdırma Yükümlülüğü.....	256
7.2.1.4. Alacaklının Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin Sonuçları.....	258
7.2.2. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Kabul Etme Yükümlülüğü.....	259
7.2.2.1. Genel Olarak.....	259
7.2.2.2. Alacaklının Ödemeyi Kabul Yükümlülüğünün Şartları.....	261
7.2.2.3. Alacaklının Ödemeyi Kabul Etme Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları	267
7.2.3. Alacaklının TBK md. 594/f.1 Kapsamında Bilgi Verme Yükümlülüğü.....	268
7.2.3.1. TBK md. 594/f.1'de Düzenlenen Bilgi Verme Yükümlülüğünün Kapsamı.....	268
7.2.3.2. TBK md. 594/f.1'de Düzenlenen Bilgi Verme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları	270
7.2.4. Alacaklının Rehin Hakları, Güvenceyi ve Rüçhan Haklarını Koruma Yükümlülüğü.....	271
7.2.4.1. Genel Olarak.....	271
7.2.4.2. Alacaklının Rehin Hakları, Güvence ve Rüçhan Haklarına Yönelik Koruma Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi.....	274
7.2.4.3. Alacaklının Teminatları Koruma Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları.....	277

7.2.5. Alacaklının Teminatları, Borç Senetleri Kefile Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğü	281
7.2.5.1. Genel Olarak.....	281
7.2.5.2. Alacaklının Teminatları, Borç Senetlerini Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi.....	282
7.2.5.3. Alacaklının Teminatları, Borç Senetlerini Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları.....	286
7.2.6. Çalışanlara Kefalet Halinde Alacaklının Özen ve Gözetim Yükümlülüğü.....	287
7.2.6.1. Alacaklının Çalışanlar Üzerindeki Özen ve Gözetim Yükümlülüğünün Kapsamı.....	287
7.2.6.2. Alacaklının Çalışanlar Üzerindeki Özen ve Gözetim Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları.....	289
§ 8. KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER	289
8.1. KEFİLİN ASIL BORÇLUDAN GÜVENCE VERİLMESİNİ VEYA BORÇTAN KURTARILMASINI TALEP HAKKI.....	289
8.1.1. Genel Olarak.....	289
8.1.2. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesini ya da Borçtan Kurtarılmasını Talep Edebileceği Durumlar	291
8.1.2.1. Asıl Borçlunun Kefile Karşı Olan Yükümlülüklerine Aykırı Davranması.....	291
8.1.2.2. Asıl Borçlunun Temerrüde Düşmesi veya Yerleşim Yerini Başka Bir Ülkeye Nakletmesi.....	292
8.1.2.3. Kefilin Üstlendiği Riskin Sonradan Önemli Derece Artması	293
8.1.3. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesi veya Borçtan Kurtarılması Talebi ve Borçlunun Buna Uymamasının Sonuçları.....	294
8.2. KEFİLİN ALACAKLIYA YAPTIĞI ÖDEMEYİ BORÇLUYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ	295
8.3. MÜTESELSİL KEFİLİN ALACAKLININ HAKLARINA HALEF OLMASI VE ASIL BORÇLUYA RÜCU HAKKI.....	300
8.3.1. Müteselsil Kefilin Alacaklının Haklarına Halefîyeti	300
8.3.1.1. Halefîyet Sonucu Teminatların Müteselsil Kefile Geçmesi.....	301
8.3.2. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sahip Olduğu Rücu Hakkı	303
8.3.2.1. Genel Olarak	303

8.3.2.2. Halefiyete Dayanan Rücu Talebi ile İç İlişkiye Dayanan Rücu Talebinin Karşılaştırılması	304
8.3.2.3. Kefilin İç İlişkiye Dayanan Rücu Hakkı.....	307
8.3.2.3.1. Genel Olarak	307
8.3.2.3.2. Kefilin Rücu Hakkının Vekalet Sözleşmesine Dayanması	307
8.3.2.3.3. Kefilin Rücu Hakkının Vekaletsiz İş Görmeye Dayanması.....	309
8.3.2.3.4. Kefilin Rücu Hakkının Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanması.....	310
8.3.2.4. Kanuni Halefiyete Dayanan Rücu Hakkı.....	310
8.3.2.4.1. Kefilin Halefiyete Dayanan Rücu Hakkına Başvurabilme Koşulları.....	310
8.3.2.4.1.1. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı.....	310
8.3.2.4.1.2. Kefilin Alacaklıyı Tatmin Etmiş Olması	311
8.3.2.4.1.3. Asıl Borcun Muaccel Olması.....	312
8.3.2.4.2. Halefiyete Dayanan Rücu Hakkının İleri Sürülemeyeceği Durumlar.....	313
8.3.2.4.3. Kısmi İfa Halinde Kefilin Rücu Hakkı	315
8.3.2.4.4. Kefilin Rücu Hakkından Feragat Etmesi	316
8.3.2.4.5. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkını Kaybetmesine Sebep Olan Durumlar	317
8.3.2.4.5.1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma Sebeplerini İleri Sürmemesi	317
8.3.2.4.5.2. Kefilin Alacaklıya Yaptığı Ödemeyi Borçluya Bildirmemesi	320
8.3.2.4.6. Rücu Hakkının Zamanaşımına Uğraması	320
§ 9. MÜTESELSİL KEFİL İLE REHİN VEREN ARASINDAKİ İLİŞKİLER.....	321

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN SONA ERMESİ

§ 10. MÜTESELSİL KEFALETİN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ	325
10.1. GENEL OLARAK	325
10.2. ASIL BORCUN İFA EDİLMİŞ OLMASI	326
10.3. ASIL BORCUN İFASININ İMKANSIZ HALE GELMESİ.....	327
10.4. ASIL BORCUN YENİLENMESİ	330
10.5. İBRA.....	332
10.6. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ.....	334
10.7. TAKAS	335
10.8. ASIL BORCUN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI.....	336
§ 11. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMSIZ VE KENDİNE ÖZGÜ SONA ERME NEDENLERİ	336
11.1. KEFALET BORCUNA ÖZGÜ GENEL SONA ERME SEBEPLERİ	336
11.2. MÜTESELSİL KEFALETE İLİŞKİN ON YILLIK SÜRENİN DOLMASI	339
11.2.1. Genel Olarak	339
11.2.2. On yıllık Süreye İlişkin Düzenlemenin Kapsamı.....	341
11.2.3. On yıllık Sorumluluk Süresinin Başlangıcı ve Uzatılması	341
11.2.4. Sürenin Tamamlanmasının Sonuçları	344
11.3. SÜRELİ MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	345
11.3.1. Genel Olarak	345
11.3.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Süreli Olduğunun Tespiti.....	349
11.3.3. Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları.....	353
11.4. SÜRELİ OLMAYAN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	354
11.4.1. Genel Olarak	354
11.4.2. TBK md. 601/f.1 kapsamında Müteselsil Kefilin Alacaklıdan Talepleri	356

11.4.3. TBK md. 601/f.1 Hükümü Kapsamında Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Şartları	358
11.4.4. Asıl Borcun Muaccel Olmasının Alacaklı Tarafından Yapılacak Bir Bildirimle Gerçekleşmesi.....	364
11.4.5. Belirsiz Süreli Müteselsil Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Borcundan Kurtulmasının Sonuçları.....	367
11.5. MÜTESELSİL KEFİLİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ.....	368
11.5.1. Genel Olarak	368
11.5.2. Müteselsil Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Dönme Hakkını Kullanabilmesinin Şartları.....	370
11.5.2.1. Asıl Borcun Henüz Doğmamış Olması.....	370
11.5.2.2. Asıl Borçlunun Mali Durumunun Önemli Ölçüde Bozulması ya da Müteselsil Kefilin Varsaydığından Çok Daha Kötü Olması	374
11.5.3. Müteselsil Kefilin Dönme Hakkını Kullanması ve Sonuçları.....	376
11.6. BORCUN ÜSTLENİLMESİ SEBEBİYLE MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	378
11.7. ÇALIŞANLARA KEFALETE ÖZGÜ MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	383

SONUÇ.....386

KAYNAKÇA395

KISALTMALAR

AD.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BKKKK	: Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dpn.	: dipnot
E.	: Esas
EBK	: Mülga Borçlar Kanunu
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKÜ	: İstanbul Kültür Üniversitesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
Nr.	: Numara
No.	: Numara

OR	: Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Kişisel teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 581 ve 603'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, 1942 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikler esas alınmış ancak uygulamadaki sorunlar da göz önüne alınarak farklı düzenlemelere de yer verilmiştir. Dolayısıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'na kıyasla önemli değişiklikler içermektedir.

TBK md. 581 hükmüne göre kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin taraflarını alacaklı ve kefil oluşturmaktadır. Borçlu ise sözleşmenin tarafı değildir. Bu sebeple borçlunun rızasından bağımsız olarak alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesi yapabilmektedir. Kefalet sözleşmelerinde genellikle kefil borç altına girdiğinden kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ancak alacaklının da bir karşı edim yükümlülüğü altına girmesi ve dolayısıyla tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde yapılması mümkündür. Kefalet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri fer'i bir sözleşme olmasıdır. Bu sebeple asıl borç ilişkisinin herhangi bir sebeple geçersiz olması kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Kefalet sözleşmesi fer'i bir sözleşme olmakla birlikte asıl borç ilişkisinden ayrı, kendine özgü hukuki sebebi ve içeriği olan bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin bir diğer özelliği ise tâliliktir. Buna göre alacaklı, alacağını önce asıl borçludan elde etmeye çalışmalı, alacağını elde edememesi durumunda kefile başvurmalıdır.

Kefalet sözleşmesi türlerinden birini oluşturan müteselsil kefalet sözleşmesi, TBK md. 586 hükmünde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu sistemi içerisinde istisnai bir kefalet türü olarak kabul edilmekle birlikte alacaklı açısından adi kefalet sözleşmesine göre çok daha avantajlı olması sebebiyle uygulamada en çok başvurulan kefalet sözleşmesi türü müteselsil kefalettir. Zira alacaklı asıl borçluyu

takip etmesine gerek olmadan müteselsil kefile başvurabilmektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesi de diğer kefalet sözleşmesi türlerinde olduğu gibi fer'î bir sorumluluk doğurur. Dolayısıyla asıl borç ilişkisinin sona ermesi müteselsil kefilin de borcundan kurtulması sonucunu doğurmaktadır. Müteselsil kefalet sözleşmesinin tâlilîlik unsuru ise adi kefalet nazaran daha zayıftır. Zira adi kefalet sözleşmesinde alacaklının adi kefile başvurabilmesi için önce asıl borçluyu takip etmesi ve bu takibin sonuçsuz kalması gerekmektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesinde ise böyle bir zorunluluk yoktur. 6098 sayılı TBK md. 586/f.1 hükmü ile getirilen yeni düzenlemeye göre alacaklının ifade geciken asıl borçluya ihtar göndermesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması yeterlidir. Borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması durumunda ise alacaklı asıl borçluya ihtar göndermeden müteselsil kefilî takip edebilmektedir. 818 sayılı EBK'nda müteselsil kefilin, adi kefilin sahip olduğu rehinin paraya çevrilmesi def'inden yararlanması söz konusu değildi. 6098 sayılı TBK md. 586/f.2 hükmüyle müteselsil kefile kısmen de olsa önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasını ileri sürebilme imkanı tanınmıştır. Buna göre alacak, teslimî bağı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa müteselsil kefil kendisine başvuran alacaklıya, önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilecektir.

Kefalet sözleşmesi türleri arasında önemli bir yere sahip olan müteselsil kefalet sözleşmesi çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. "Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi" konulu çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızda TBK'nun kefalet sözleşmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde müteselsil kefalet sözleşmesi incelenmiş ve 818 sayılı EBK başta olmak üzere kefalet sözleşmesine ilişkin düzenlemeler içeren diğer kanun hükümleri ve Yargı kararları esas alınarak değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde müteselsil kefalet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri incelenmiştir. Müteselsil kefalet sözleşmesine benzemekle birlikte farklı hüküm ve sonuçları olan sözleşme türleri de birinci bölümde ele alınmıştır. Müteselsil kefalet sözleşmesinin benzeri sözleşmelerle olan farklıları tespit edilmiş,

doktrin ve Yargı kararlarında ifade edilen kıstaslar doğrultusunda benzeri sözleşmelerden ayırımı üzerinde çalışılmıştır.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları ise çalışmamızın ikinci bölümünde yer almaktadır. 6098 sayılı TBK ile kefalet sözleşmesine getirilen en önemli yeniliklerden biri de kefilin eşinin rızasının aranmasına ilişkindir. Kefilin eşinin rızasının bulunmaması kefalet sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Bir diğer önemli değişiklik ise kefalet sözleşmesinin şekli bakımından getirilmiştir. Buna göre kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlendiğini kendi el yazısıyla kefalet sözleşmesinde yazması gerekmektedir. Söz konusu değişiklikler, müteselsil kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşulları olduğundan çalışmamızın ikinci bölümünde incelenmiştir.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin hükümleri çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alınmıştır. Müteselsil kefilin sorumluluğunun kapsamı incelenerek sorumluluk kalemleri üzerinde çalışılmıştır. Müteselsil kefilin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli olan şartlar, 6098 TBK hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. Kefil ile alacaklı arasındaki ilişkiler başlığı altında kefilin alacaklıya karşı yapabileceği savunmalar ve alacaklının kefile karşı ödevleri üzerinde çalışılmıştır. Kefalet sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte kefil bakımından büyük öneme sahip olan borçlu ve kefil arasındaki ilişkiler de üçüncü bölümde ele alınarak kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkı incelenmiştir. Müteselsil kefil ile rehin veren üçüncü kişi arasındaki ilişkiler de yine üçüncü bölümde çalışılmıştır.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin sona ermesi ise dördüncü bölümde incelenmiştir. Kefalet sözleşmesinin fer'i bir sözleşme olması sebebiyle müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borca bağlı olarak sona ermesi üzerinde durulmuş, asıl borcu sona erdiren sebeplerin kefalet sözleşmesi üzerindeki etkisi incelenmiştir. Kefalet sözleşmesinin kendine özgü sona erme sebepleri de dördüncü bölümde ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, NİTELİĞİ VE BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRDEDİLMESİ

1. TANIMI VE NİTELİĞİ

1.1. TANIM

Müteselsil kefalet sözleşmesi, 6098 sayılı TBK md. 586’da düzenlenmiştir. Müteselsil kefalet sözleşmesi kefalet sözleşmesinin bir türü olduğundan kefalet sözleşmesinin genel tanımı üzerinde durmak gerekir. Kefalet sözleşmesinin genel tanımı ise TBK md. 581’de düzenlenmiştir. Buna göre “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir”.

818 sayılı eski Borçlar kanunundaki tanım ise çok daha farklı şekilde düzenlenmişti. Eski Borçlar Kanunu md. 483’e göre “Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder”. Bu tanıma doktrinde üç noktada eleştiri getirilmekteydi. İlk olarak 818 sayılı Kanunda “borçlunun akdettiği borcun edasına” denilmek suretiyle sadece sözleşmeden doğan borçlara kefil olunabileceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Oysaki yalnızca sözleşmeden doğan borçlara değil haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden hatta nafaka borcu gibi kanundan kaynaklanan herhangi bir borca kefil olunması mümkündür¹. Ayrıca “borçlunun akdettiği” ifadesiyle de sadece mevcut borçlara

¹ ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 421 (Bundan sonra “ARAL, Özel” olarak anılacaktır); BARLAS, Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 43 (Bundan sonra “BARLAS, Sorunlar” olarak anılacaktır); BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 364 (Bundan sonra BİLGE, borçlar hukuku” olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s. 13 (Bundan sonra “ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları” olarak anılacaktır); HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 521; ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 51 (Bundan sonra “ÖZEN, Kefalet” olarak

kefil olunabileceği gibi bir sonucuna varılmaktadır. Oysaki kefilin sadece mevcut borçlara değil ileri de doğacak herhangi bir borca da kefil olması mümkündür².

Son olarak 818 sayılı eski Borçlar Kanunundaki “borçlunun edasını temin etmeği” ifadesinden kefilin borçlunun borcunun ödenmesinden sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ancak kefil, borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Eğer kefilin yükümlülüğü borçlunun borcunun ifasını temin etmek olsaydı, asıl borcun ifası için gereken tüm gayreti gösterdiğini ve kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispatlamak suretiyle borcundan kurtulurdu. Önemle belirtmek gerekir ki kefilin borçlunun borcunun ifasının sağlanması için çaba gösterme yükümlülüğü yoktur³. Kefalet yalnızca borçlunun borcunu ifa edememesi ya da etmemesi olasılığı karşısında alacaklı bakımından kişisel bir teminattır.

Müteselsil kefalet sözleşmesi ise TBK md. 586’da düzenlenmiştir. Buna göre “Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir”. Müteselsil kefalet sözleşmesinin alacaklıya tanıdığı en önemli imkan, alacaklının asıl borçluyu takip etmesine gerek olmadan müteselsil kefile başvurabilmesidir. Bu durum

anılacaktır); REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 21 (Bundan sonra “REİSOĞLU, Kefalet” olarak anılacaktır); TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 2010, s. 693; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul 2012, s. 666; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 653

² GÜMÜŞ, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, İstanbul 2012, s. 286 (Bundan sonra “GÜMÜŞ, C. II” olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 53.

³ ARAL, Özel, s. 421; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 359; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 33 (Bundan sonra DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti” olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 284; ÖZEN, Kefalet, s. 52; REİSOĞLU, Kefalet, s. 21; TANDOĞAN, s. 693; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 654

müteselsil kefalet sözleşmesini diğer kefalet sözleşmesi türlerinden ayıran en önemli unsurdur. Bu doğrultuda borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı, TBK md. 586'daki koşullar çerçevesinde müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilecektir. Ancak alacaklının asıl borçlu yerine müteselsil kefilini takip etme yükümlülüğü yoktur. Alacaklı dilerse asıl borçluyu takip edebileceği gibi dilerse borçlu yerine müteselsil kefile de başvurabilecektir. Bunun yanında alacaklının hem asıl borçluyu hem de müteselsil kefilini aynı anda takip etmesi de mümkün olabilecektir.

1.2. TARAFLARI

Müteselsil kefalet sözleşmesinin taraflarını müteselsil kefil ve alacaklı oluşturmaktadır. Her ne kadar kefalet sözleşmesinin yapılmasının temel sebebi asıl borç nedeniyle alacaklıya teminat vermek olsa da borçlu sözleşmenin tarafı değildir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak sözleşmenin yapılması için borçlunun onayı gerekmemektedir⁴. Hatta borçlu açıkça kefalet sözleşmesinin kurulmasına karşı çıkmış olsa dahi kefil ve alacaklının kefalet sözleşmesi yapmasına bir engel yoktur. Zira kefalet sözleşmesi her zaman için borçlunun yararına yapılan bir sözleşmedir⁵. Borçlu kefalet sözleşmesinde taraf olmamakla birlikte kefilin veya alacaklının temsilcisi ya da habercisi sıfatıyla sözleşmenin kurulmasında yer alabilir⁶.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin taraflarını alacaklı ve kefil oluşturmakla beraber doktrindeki bir görüşe göre, alacaklının taraf olmadığı sadece borçlu ile kefil arasında yapılan bir kefalet sözleşmesinin de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre borçlu ve kefil arasında yapılacak kefalet sözleşmesi alacaklı lehine yapılan tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kabul edilecektir⁷. Doktrindeki bir diğer görüş ise kefalet sözleşmesiyle ilgili Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin alacaklıya bir takım yükümlülükler ve külfetler yüklediğini, alacaklının taraf olmadığı bir kefalet sözleşmesinde, alacaklı dışında bir kimsenin bu yükümlülükleri

⁴ GOLSER, Karl, Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft, Bern 1956, s. 34; ÖZEN, Kefalet, s. 54; REİSOĞLU, Kefalet, s. 20; TANDOĞAN, s. 694; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 667; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 653

⁵ BECK, Emil, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942, Art 492, N. 43; GÜMÜŞ, C. II, s. 286; ÖZEN, Kefalet, s. 54; REİSOĞLU, Kefalet, s. 20; TANDOĞAN, s. 693-694; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 653

⁶ BECK, Art. 492, N. 44; GÜMÜŞ, C. II, s. 286; ÖZEN, Kefalet, s. 54

⁷ BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 287

yerine getirmesinin önemli ölçüde güç olacağını ileri sürmektedir⁸. Fikrimizce de kefalet sözleşmesinde alacaklının taraf olmaması halinde, alacaklıya ait yükümlülüklerin kim tarafından ve nasıl yerine getirileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Örneğin borçlunun iflasını kefile bildirmek veya alacağını iflas masasına yazdırmak ya da esas borca ilişkin teminat ve ispat araçlarının kefile teslim etmek gibi ödevlerin alacaklı dışında bir başkası tarafından yerine getirilmesi oldukça güçleşecektir. Ayrıca alacaklıya ifada bulunan kefilin alacaklının haklarına halef olmakta ve asıl borçluya rücu edebilmektedir. Böyle bir durumda müteselsil kefilin yasal halefiyet hakkını nasıl kullanacağı da ayrı bir sorun olacaktır.

1.3. KURAL OLARAK TEK TARAF A BORÇ YÜKLEMESİ

Diğer kefalet sözleşmesi türleri gibi müteselsil kefalet sözleşmesi de kural olarak tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşmedir. Zira kefalet sözleşmesinde genellikle yalnızca kefil borç altına girmekte, alacaklının ise bir karşı edim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁹. Ancak kefalet sözleşmesinin, alacaklının da karşı edim yükümlülüğü altına girerek iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması da mümkündür¹⁰. Burada önemli olan karşı taahhüdün alacaklı tarafından yapılmasıdır. Asıl borçlu tarafından kefile vaad edilen menfaatler, asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığından, sözleşmenin tek taraflı olma niteliğini etkilemeyecektir¹¹. Kefalet sözleşmesinde alacaklının karşı edim yükümlülüğünün kararlaştırılması durumunda ise sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacak ve Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre alacaklının edimini ifa etmemesi halinde kefil TBK md. 97 hükmüne göre ifadan

⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 55

⁹ DE BIASIO, Albino, Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Bern 1944, s. 2; GOLSER, s. 34; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001, s. 377; HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 187; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 92; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 14; GÜMÜŞ, C. II, s. 293; OLGAC, Senai, Kefalet, Ankara 1978, s. 14 (Bundan sonra "OLGAC, Kefalet" olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 112; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25; TANDOĞAN, s. 694; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 656

¹⁰ GOLSER, s. 34; GÜMÜŞ, C. II, s. 293; ÖZEN, Kefalet, s. 112; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25-26; TANDOĞAN, s. 694; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 670

¹¹ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 421; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 93; GÜMÜŞ, C. II, s. 293; Reisoğlu, Kefalet, s. 26; TANDOĞAN, s. 695; YAVUZ, Cevdet, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt:12, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 23; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 656

kaçınabilecek ya da alacaklının borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda TBK md. 125 gereği kendisine tanınan seçimlik haklarını kullanabilecektir¹². Eğer alacaklının taahhütleri karşı edim niteliğinde değilse başka bir deyişle ortada karşılıklı borçlar yoksa o takdirde kefalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan söz edilemeyecektir. Kefalet sözleşmesine ilişkin olarak kanun tarafından alacaklıya yüklenen yükümlülükler¹³, alacaklının kefile karşı olan haklarını ileri sürebilmesi koşulu niteliğindeki bir takım ödevler olduğundan karşı edim olarak nitelendirilemezler. Bu nedenle de alacaklının bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde kefile karşı olan bir takım hakları ortadan kalkacak ya da azalacak ancak kefilin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme hükümlerine başvurma imkânı bulunmayacaktır¹⁴.

1.4. BAĞIMLI (FER’İ) BORÇ NİTELİĞİ

1.4.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinde bağımlı yani fer’i bir borç ilişkisi mevcuttur. Öyleyse kefilin borcu geçerli bir asıl borcun bulunmasına bağlıdır. Kefalet sözleşmesinin en tipik özelliklerinden biri olan bu durum, kefaletin bağımlı bir borç olması şeklinde ifade edilmektedir¹⁵. Kefalet sözleşmesinin amacının alacaklıya teminat sağlamak ve garanti vermek olması, fer’i sorumluluğun hukuki temelini oluşturmaktadır. Geçerli bir esas borç olmadan kefilin alacaklıya vereceği teminat konusuz kalacağı için

¹² GIOVANOLİ, Silvio, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978, Art. 492, N. 29; PESTALOZZI, M. Christoph, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 492, N. 1; GOLSER, s. 35; GÜMÜŞ, C. II, s. 294; ÖZEN, Kefalet, s. 113; REİSOĞLU, Kefalet, s. 26; TANDOĞAN, s. 694; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 656

¹³ Örneğin TBK md. 592 hükmüne göre alacaklının asıl borç için verilen teminatları koruma yükümlülüğü, ispat araçlarını kefile teslim etme ve bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin mevcudiyeti kefalet sözleşmesini tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme yapmamaktadır.

¹⁴ GOLSER, s. 34; ÖZEN, Kefalet, s. 114; REİSOĞLU, Kefalet, s. 27;

¹⁵ BECK, Art. 492, N. 88; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 2; GOLSER, s. 32; HONSELL, s. 383; VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972, s. 286 (Bundan sonra “VON BÜREN, Besonderer” olarak anılacaktır); BİLGE, Necip, Kefilin Mesuliyetinin Şümü, AÜHFD 1956, C. XI-II, s. 98 (Bundan sonra “BİLGE, Mesuliyet” olarak anılacaktır); DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 112; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 286; ÖZEN, Kefalet, s. 80; REİSOĞLU, Kefalet, s. 22; TANDOĞAN, s. 695

kefaletin asıl borca bağımlı bir yapıda olması gerekmektedir¹⁶. Kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olması da fer'i bir sorumluluk doğurmasına engel değildir¹⁷.

Gelecekte doğacak veya koşula bağılı bir borca kefil olunması da müteselsil kefaletin fer'i niteliğine aykırılık oluşturmayacaktır¹⁸. Zira asıl borç doğmadan ya da geciktirici şart gerçekleşmeden kefilin sorumluluğuna gitmek mümkün olmayacaktır. Borç ancak geçerli bir şekilde mevcut olduğu zaman kefilin sorumluluğuna gidilebilecektir¹⁹. Dolayısıyla müteselsil kefilin sorumlu olabilmesi asıl borcun varlığına bağılı olacaktır.

1.4.2. Fer'i Borç Olmasına Bağılıanan Sonuçlar

Kefalet sözleşmesinin asıl borca bağımlı olmasına bir takım sonuçlar bağlamak mümkündür. Buna göre asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse kefalet sözleşmesi de kendiliğinden sona erer²⁰. Bunun gibi kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacağın, asıl alacaktan ayrı bir şekilde başkasına devri söz konusu değildir. Asıl borç ilişkisinden kaynaklanan alacak bir başkasına devredilirse kefalet sözleşmesi sebebiyle alacaklının sahip olduğu haklar da yeni alacaklıya geçer (TBK md. 189/f.1).

Fer'ilik ilkesinin bir diğeri sonucu, kefilin asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına girmemesidir. Buna göre kefilin yükümlü olduğu miktar, asıl borçlunun sorumluluğundan daha fazla olamaz²¹. Eğer taraflar (kefilin yükümlülüğünün borçludan daha ağır olacağını) bunun aksini kararlaştırmışlarsa o zaman kefalet sözleşmesi olarak öngörülen sözleşmeden başka bir sözleşmenin amaçlandığı ve

¹⁶ BECK, Art. 492, N. 88; FORRER, Fiona, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2003, s. 359; SCYBOZ, Georges, Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht, Band 7, Halbband 2, Basel-Stuttgart 1979, s. 363; ÖZEN, Kefalet, s. 80

¹⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 286, dipnot 1601; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 13; REİSOĞLU, Kefalet, s. 22; TANDOĞAN, s. 695

¹⁸ BÄR, Thomas, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Winterthur 1963, s. 21; BECK, Art. N. 492, N. 89; HUGUENİN, s. 193; GÜMÜŞ, C. II, s. 287; ÖZEN, Kefalet, s. 80

¹⁹ Özen, Kefalet, s. 80

²⁰ BECK, Art. 492, N. 88; VON BÜREN, Besonderer, s. 286; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 13; ÖZEN, Kefalet, s. 81; REİSOĞLU, Kefalet, s. 20; TANDOĞAN, s. 696; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 655

²¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 287; ÖZEN, Kefalet, s. 81; Reisöglu, Kefalet, s. 22 ; TANDOĞAN, s. 695; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 655

tarafların sözleşmeyi nitelendirmede hataya düştüğü yorumuna başvurulabilir. Bu takdirde sözleşmeyi hükümsüz saymak yerine TBK md. 19 gereğince tarafların gerçek arzuları esas alınarak sözleşme kurulmuş kabul edilir²². Diğer bir olasılık olarak, tarafların kefile asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük yüklemelerine rağmen amaçlarının kefalet sözleşmesi yapmak olduğu tespit edilirse o zaman kısmi geçersizlik olduğu kabul edilir ve sözleşmede kefile borçludan daha ağır yükümlülük yükleyen kısımlar geçersiz sayılarak kefilin borçludan daha fazla sorumlu olması engellenmiş olur²³.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği kefile, genel olarak asıl borçluya ait bütün def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilme imkanı verir (TBK md. 591/f.1) Asıl borçlunun savunma imkanlarından vazgeçmiş olması dahi kefilin bu haktan faydalanmasına engel değildir (TBK md. 591/f.2). Ancak kefilin borçluya ait bütün def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürmesinin bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre borçlunun aciz halinde olması sebebiyle sahip olduğu savunma imkanlarından kefilin yararlanması mümkün olmayacaktır²⁴. Kefalet sözleşmesinin amacının borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunma ihtimaline karşı alacaklıya güvence vermek olduğu düşünülürse, kefilin borçlunun aczine ilişkin def'ilerden yararlanamaması son derece doğaldır.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine bağlanan bir diğer sonuç da kefilin kusur sorumluluğu açısından gündeme gelir. Kefilin kusur sorumluluğu borçlununkinden daha ağır olamaz. Yani alacaklı ve borçlu arasında yapılan bir sorumsuzluk anlaşması neticesinde borçlunun hafif kusurlarından sorumlu olmayacağı kararlaştırılmışsa, fer'ilik prensibi gereği kefilin borçlunun hafif kusurlarından sorumlu tutulması söz konusu değildir²⁵.

²² OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013, s. 71; ÖZEN, Kefalet, s. 81

²³ BECK, Art. 492, N. 93; ÖZEN, Kefalet, s. 82, REİSOĞLU, Kefalet, s. 23

²⁴ BECK, Art. 492, N. 93; OLGAC, s. 12; ÖZEN, Kefalet, s. 85; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, s. 696

²⁵ ÖZEN, Kefalet, s. 85; REİSOĞLU, Kefalet, s. 23; TANDOĞAN, s. 696

Müteselsil kefalet sözleşmesine konu olan alacak asıl borçluya karşı muaccel hale gelmediyse kefile karşı da muaccel değildir²⁶. Eğer borcun muaccel olması, borçluya yapılacak bir ihbara bağlı ise TBK md. 590/f.3 gereği söz konusu ihbarın müteselsil kefile de yapılması gerekir. Aksi takdirde kefalet borcu muaccel olmaz. Aynı şekilde muacceliyet ihbarının yalnızca müteselsil kefile yapılması da yeterli değildir. Ayrıca borçluya bildirimde bulunulmadığı takdirde asıl borç ve dolayısıyla kefalet borcu muaccel olmayacaktır²⁷.

Kefalet sözleşmesinin fer'i nitelikte olmasının alacaklı açısından başka bir sonucu da ispat bakımındandır. Herhangi bir ihtilaf durumunda, alacaklının sadece kefalet sözleşmesini ispatlaması yeterli değildir. Kefalet borcu asıl borca bağımlı olduğu için ayrıca asıl borcun varlığını da ispat etmesi gerekecektir²⁸.

1.4.3. Kefaletin Fer'i Borç Olmasının İstisnaları

Müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borca bağımlı olmasına karşın buna ilişkin bazı kanun hükümleriyle getirilmiş bir takım istisnalar bulunmaktadır. Bu istisnalardan ilki İİK md. 295'de düzenlenmiştir. İİK md. 295/f.1'e²⁹ göre alacaklının konkordatoya onay vermemesi halinde kefil bu alacağın tamamından sorumlu olur. Oysa borçlu, konkordato tasdik edildikten sonra, konkordatoda belirtilen oranda sorumlu olur³⁰. İİK md. 295/f.2'de³¹ ise alacaklının konkordatoya onay vermesine karşın kefilin ödeme yapması karşılığında, kendi haklarını temlik etmeyi önermesi ve alacaklılar toplantısının gün, yer ve saatini en az 10 gün önceden kefile bildirmesi durumunda da alacağın tamamını kefiliden talep edebilir. Bunun dışında İİK md. 297'e göre konkordatoda oy hakkı bulunmayan imtiyazlı alacaklılar da,

²⁶ BÄR, s. 22; OLGAC, s. 12; ÖZEN, Kefalet, s. 85; REİSOĞLU, Kefalet, s. 23; TANDOĞAN, s. 695; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 655

²⁷ BİLGİN, Mahmut, Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargıtay Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 6; ÖZEN, Kefalet, s. 85-86; REİSOĞLU, Kefalet, s. 23; TANDOĞAN, s. 695

²⁸ BECK, Art. 492, N. 94; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24

²⁹ İİK md. 295/f.1 hükmüne göre "Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder".

³⁰ BİLGİN, s. 20; GÜMÜŞ, C. II, s. 287; ÖZEN, Kefalet, s. 96; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, s. 696; YAVUZ, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2009, s. 7 (Bundan sonra "YAVUZ, N, Kefalet" olarak anılacaktır)

³¹ İİK md. 295/f.2'deki düzenlemeye göre "Konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kimselere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder".

konkordatoya yazılmış olmak kaydıyla, kefiliden alacağın tamamını talep etme hakkına sahiptirler³². Görüldüğü gibi İİK'daki söz konusu hükümler, fer'ilik ilkesine ve dolayısıyla kefilin asıl borçludan daha fazla sorumlu tutulamayacağına bir istisna teşkil etmektedir. Ancak kefalet sözleşmesinin amacının asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü ihtimaline karşı alacaklıya bir kişisel teminat sağlamak olduğu göz önüne alınır, konkordatonun tasdik edilmesi hali için getirilen düzenleme oldukça yerindedir.

TMK md. 629 hükmüne göre borçlunun mirasçıları resmi defter tutulmasını talep etmişler ve mirası tutulan deftere göre kabul etmişlerse, alacaklarını süresi içerisinde yazdırmayan alacaklılara karşı ne terekeden geçen mallarla ne de kişisel malvarlıklarıyla bir sorumlulukları yoktur. Eğer alacaklının alacağını deftere yazdırmamada herhangi bir kusuru bulunmuyorsa ya da bildirimde bulunmasına rağmen deftere alacağı yazılmamışsa, bu durumu ispat etmesi halinde mirasçılar sadece miras sebebiyle zenginleştikleri oranda sorumlu olurlar. Görüldüğü gibi mirası tutulan deftere göre kabul etmiş olan mirasçı, kusursuz bir şekilde deftere yazılmayan alacaklar bakımından yalnızca tereke sebebiyle zenginleşmesi oranda sorumlu olmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre böyle bir durumda kefil borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder³³. Bir diğer görüşe göre ise alacaklarını kusuru olmadan yazdıramayan ya da talep etmesine karşın deftere yazılmayan alacaklılara karşı kefilin sorumluluğu da mirasçılar gibi sınırlı olacaktır. Buna göre kefil mirasçılara terekeden düşen miktar ne ise o oranda sorumlu olacak ve geri kalan kısım için sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³⁴. Fikrimizce de söz konusu durumda kefaletin fer'iliği ilkesinden ayrılmak gerekmemektedir. Zira İİK md. 295/f.1 hükmünde olduğu gibi fer'ilik ilkesine istisna getiren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Müteselsil kefil, TBK md. 591/f.1 hükmü gereği asıl borçluya ve mirasçılarına ait def'ileri ileri sürme hakkına sahip hatta bununla yükümlü olduğuna

³² KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2013; s. 1517-1518; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012, s. 795-796

³³ ARAL/AYRANCI, s. 420; ÖZEN, Kefalet, s. 523; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, s. 696

³⁴ BECK, Art. 509, N. 23; BİLGİN, s. 678; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2010; s. 373; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 47-48; TANDOĞAN, s. 798 (Yazar, kefilin sınırlı sorumluluğunu kabul etmektedir); YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 705-706. ŞAHAN, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 140

göre kefil mirasçılarının sorumluluğunun sınırlı olduğu savunmasında bulunacak ve bu suretle borcun tamamından sorumlu olmaktan kurtulacaktır³⁵.

1.5. TÂLİ BORÇ NİTELİĞİ

Kefalet sözleşmesinde, genel olarak kefilin borcu tâli yani ikincil bir niteliktedir. Özellikle adi kefalet sözleşmesinde kefalet borcunun tâli niteliği ön plandadır. Buna göre alacaklının öncelikle asıl borçluyu takip etmesi, varsa rehinleri paraya çevirmesi ve bu takibin sonuçsuz kalması üzerine kefile başvurması gerekmektedir. Alacaklının asıl borçludan önce adi kefile başvurması halinde kefil, peşin dava (tartışma) def'ini ileri sürerek alacaklıdan önce borçluyu takip etmesini talep edebilmektedir. Asıl borcun rehinle teminat altına alınmış olması halinde ise rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir³⁶.

Müteselsil kefil bakımından ise tâli sorumluluk, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu zamanında daha az belirgindi. Zira eski Borçlar Kanunu'nun müteselsil kefaletle ilişkin 487'inci maddesine göre alacaklının, asıl borçluyu takip etmeden ve rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurması mümkündü. Ancak asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcunun da muaccel hale gelmemesi tâli borç niteliğinin bir göstergesi olarak kabul edilmekteydi³⁷.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 586'ıncı maddesindeki düzenlemeyle müteselsil kefilin borcunun tâli niteliği daha belirgin hale getirilmiş hatta bir bakıma sorumluluk açısından adi kefile yaklaştırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için ifada geciken borçluya ihtar çekmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Bunun dışında alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına

³⁵ Bknz. "Esas Borçlunun Ölümü Üzerine Mirasçılara Ait Olan ve Kefilin İleri Sürebileceği Savunmalar" başlığı altındaki açıklamalarımız

³⁶ ARAL, Özel, s. 424; BİLGİN, s. 23; DEVELİOĞLU, 98; ÖZEN, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 697; YAVUZ, N., Kefalet, s. 9; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 655

³⁷ BECK, Art. 492, N. 99; BİLGİN, s. 23; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 669-670; YAVUZ, C., s. 23

alınmışsa söz konusu rehinler paraya çevrilmeden müteselsil kefilin sorumluluğuna gitmek, kanunda öngörülen istisnalar dışında mümkün olmayacaktır. Görüldüğü gibi yeni Borçlar Kanunu düzenlemesiyle, müteselsil kefilin sorumluluğunun asıl borçluya göre tâli nitelikte olması daha ön plana çıkarılmıştır.

1.6. AYRI BİR SÖZLEŞME OLMASI

1.6.1. Genel Olarak

Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefilin borcu her ne kadar geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olsa da kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı, kendi hukuki sebebi ve içeriği olan bir sözleşmedir³⁸. Kefalet sözleşmesine temel teşkil eden asıl borç ilişkisi sözleşmeye, sebepsiz zenginleşmeye ya da kanun hükmüne dayanabilirken kefalet sözleşmesinin amacı her zaman için alacaklıya, borçlunun ödeme güçsüzlüğü karşısında teminat sağlamaktır. Görüldüğü gibi iki sözleşmenin de farklı hukuki sebepleri bulunmaktadır. Bunun dışında asıl borçlunun ifa etmesi gereken edim para borcu olabileceği gibi bir şeyi verme, yapma ya da yapmama borcu da olabilirken kefilin edim borcu daima asıl borcun ifa edilmemesi sebebiyle ortaya çıkacak zararı tazmin borcudur³⁹. Ayrıca asıl borç ilişkisinin kaynağı olan sözleşmenin şekil koşulları sözleşmenin türüne göre değişiklik gösterebilirken müteselsil kefalet sözleşmesinin kanunda belirtilen şekil koşullarına uygun bir şekilde yapılması zorunlu bir unsurdur. Sonuç olarak kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin asıl borç ilişkisine bağımlı bir yapıda olması onun kendine özgü, ayrı bir sözleşme olmasına engel değildir.

³⁸ GOLSER, s. 30-31; GÜMÜŞ, C. II, s. 288; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, s. 700; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 670; YAVUZ, N., Kefalet, s. 13; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 654 Öğretide, kefalet borcunun asıl borç ilişkisinden ayrı bir borç olduğunu ifade etmek için “bağımsız” bir borç olduğu ifadesi kullanılmaktadır. Bknz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, s. 700; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 670; YAVUZ, N., Kefalet, s. 13; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 654. Ancak bağımsızlık, fer’i yani bağımlı borcun karşılığıdır ve kefalet borcu fer’i bir borç olduğundan bağımsız değildir. Kefalet borcu asıl borç ilişkisinden kaynaklanan borçtan “ayrı” bir borçtur.

³⁹ BÄR, s. 22; FORRER, s. 359; VON BÜREN, Besonderer, s. 285; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24; TANDOĞAN, Kefalet, s. 700; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 670; YAVUZ, N., Kefalet, s. 13

1.6.2. Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Bir Borç Olmasına Bağlı Sonuçlar

Müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir sözleşme olmasına bir takım sonuçlar bağlamak mümkündür. Buna göre asıl borç için herhangi bir vade ya da şart kararlaştırılmamış olsa bile müteselsil kefalet sözleşmesi şarta veya vadeye bağlanabilir⁴⁰.

Asıl borcun herhangi bir nedenle geçersizliği kural olarak kefalet sözleşmesinin de geçersiz olmasına sebep olurken; asıl borcun kaynağı olan sözleşmenin geçerli olması, müteselsil kefalet sözleşmesinin irade sakatlığı, ehliyetsizlik gibi kendine özgü bir sebeple geçersiz olmasına engel değildir⁴¹. Daha önce de açıklandığı üzere kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği asıl borç ilişkisindeki geçersizliği kefalet sözleşmesine yansıtmaktadır. Ancak kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşme olması, geçerli bir borç ilişkisine rağmen kefaletin kendine özgü sebeplerle geçersiz sayılabilmesi sonucunu doğurmaktadır. Diğer bir olasılık olarak da aynı geçersizlik sebebinin hem asıl borç ilişkisini hem de müteselsil kefalet sözleşmesini etkilemesi mümkündür. Örneğin karşı tarafın aldatması sonucu hem asıl borcu doğuran sözleşme hem de kefalet sözleşmesi yapılmış olabilir. Bu durumda asıl sözleşme için borçlunun iptal hakkını kullanmaması kefilin kefalet sözleşmesinin iptali için bu hakkı kullanmasına engel değildir. Zira ortada aynı irade sakatlığından etkilenen iki ayrı sözleşme bulunmaktadır⁴².

Müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşme olması, kefilin borcunu ifa edeceği yerin borçlunun ifa yerinden farklı olması sonucunu doğurur. Asıl borç ilişkisindeki ifa yeri borcun türüne bağlı olarak farklılık gösterebilir. Oysaki kefalet sözleşmesinde kefilin borcu her zaman için para borcudur ve para borcu götürülecek borçlardan olup alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yerinde ifa edilmesi gerekir⁴³. Elbette ki tarafların farklı bir ifa yeri kararlaştırmaları her zaman mümkündür.

⁴⁰ BECK, Art. 492, N. 95; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 118; ÖZEN, Kefalet, s. 66; TANDOĞAN, s. 701; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 654

⁴¹ BECK, Art. 492, N. 95; ÖZEN, Kefalet, s. 66; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25; TANDOĞAN, s. 701

⁴² BECK, Art. 492, N. 95; ÖZEN, Kefalet, s. 66

⁴³ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 21a; BİLGE, Mesuliyet, s. 100; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 117; ÖZEN, Kefalet, s. 67

Kefilin borcunu ifa etmemesi halinde kefil hakkında icra takibinin nerede yapılacağı ya da davanın nerede açılacağı meselesi asıl borç ilişkisinden ayrı olarak belirlenir. Buna göre kefil hakkında yapılacak olan takip ya da açılacak davada kefilin yerleşim yeri esas alınmalıdır⁴⁴.

Asıl borç ilişkisinde borçlunun iflası, vadesi gelmemiş borçlarının muaccel olmasına sebep olmakta ancak kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşme olması, kefilin borcunun vadesinden önce muaccel kılınmasına engel olmaktadır (TBK md. 590/f.1). Ayrıca iflas eden borçlu, borcunun muaccel olmadığı yönünde bir savunmada bulunamazken kefil esas borcun henüz muaccel olmadığını ileri sürerek ifadan kaçınabilir.

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı bir sözleşme olması sonucu, kefilin alacaklıya yapacağı ifa, yalnızca kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu sona erdirir. Böyle bir durumda asıl borç varlığını sürdürürken kefil alacaklının haklarına halef olacaktır⁴⁵.

2. BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ

2.1. BORCA KATILMADAN FARKI

2.1.1. Genel Olarak Borca Katılma

818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmemiş ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılması mümkün olan borca katılma kurumu⁴⁶, 6098 sayılı Türk

⁴⁴ BECK, Art. 492, N. 95; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 117; ÖZEN, Kefalet, s. 67; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25; TANDOĞAN, s. 701

⁴⁵ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 117; REİSOĞLU, Kefalet, s. 25; TANDOĞAN, s. 701

⁴⁶ DEVELİOĞLU, Hüseyin, Murat, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayırımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, Y. 3, S. 1, 2004/1, s. 300 (Bundan sonra "DEVELİOĞLU, Borca Katılma" olarak anılacaktır); EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 1254; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2013, s. 608

Borçlar Kanununun 201'inci maddesinde⁴⁷ hükme alınmıştır. Buna göre borca katılma, alacaklı ve borçlu arasında devam eden borç ilişkisine, üçüncü bir şahsın alacaklıyla anlaşmak suretiyle dahil olması ve söz konusu borç için alacaklıya karşı, borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır. Borcun üstlenilmesine benzemekle birlikte ondan farklı olarak, ilk borçlunun borcu ortadan kalkmamakta, borca katılan kimseyle birlikte sorumluluğu devam etmektedir.

Borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. İlk borçluyla alacaklı arasında yapılan sözleşme için kanun tarafından bir şekil koşulu öngörülmüş olsa bile borca katılma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilir. Örneğin ilk borçlu ve alacaklı arasında yapılacak taşınmaz satım sözleşmesi resmi şekle tabiyken bu sözleşme için sonradan yapılacak borca katılma sözleşmesi için herhangi bir şekil kuralı bulunmamaktadır. Ancak borca katılma sözleşmesinin alacaklıya teminat verme amacıyla yapılması halinde geçerlilik şekli bakımından TBK md. 603 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Zira borca katılan gerçek bir kimsenin sorumluluğu kefilin sorumluluğundan daha ağır olduğundan söz konusu şekil ve ehliyet kurallarının borca katılan kimse bakımından da zorunlu olması olağan karşılanmalıdır⁴⁸. TBK md. 603'e göre "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"⁴⁹. Buna göre borca katılma sözleşmesi TBK md. 583'de belirtilen yazılı şekil kuralına tabi olacak, ayrıca borca katılan kişi katıldığı borcun miktarını ve katılım tarihini de kendi el yazısıyla yazacaktır. Bunun dışında borca katılan kimsenin evli olması halinde, kanunda belirtilen istisnai durumlar haricinde, eşinin yazılı rızasının en geç katılma anında verilmesi gerekecektir. Tüm bu koşullar borca katılan kimsenin kişisel teminat olarak borca katılması ve gerçek kişi olması hallerinde söz konusu olacaktır. Zira TBK md.

⁴⁷ TBK md. 201'deki düzenlemeye göre "Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. – Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar".

⁴⁸ EREN, s. 1255; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 320; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 609; ÖZEN, Kefalet, s. 48-49. Karşı görüş için bkz. DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 320; GÜMÜŞ, C. II, s. 294

⁴⁹ TBK md. 603 hükmünün çok yerinde bir düzenleme olduğu yönünde ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Aralık 2005, s. 26 (Bundan sonra "ALTOP, Değişiklikler" olarak anılacaktır)

603 hükmü uygulamasını gerçek kişilerce verilen kişisel teminat sözleşmeleri oluşturmaktadır.

Borca katılma sözleşmesinin yapılmasıyla ilk borçlu ve borca katılan kimse alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar ve müteselsil borç ilişkisi meydana gelir. Ancak borca katılma, birden fazla kişinin birlikte bir borcu üstlenmesiyle meydana gelen müteselsil borçluluktan borcun doğuş anı itibariyle farklılık göstermektedir. Borca katılma sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin kurulduğu anda geçerli bir asıl borcun mevcut olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle borca katılma doğuş itibariyle ilk borca bağımlıdır⁵⁰. Ancak bu bağımlılık yalnızca borca katılmanın doğuş anı için gerekmede sonrasında ilk borçtan bağımsız bir niteliğe bürünmektedir. Yani ilk borcun ehliyetsizlik, imkansızlık gibi herhangi bir sebeple sonradan geçersiz hale gelmesi, borca katılan kimsenin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Müteselsil borçlulukta ise müteselsil borçlulardan her birinin borcu, borcun doğum anında ve devamında birbirinden bağımsızdır. Yani müteselsil borçlulardan biri için mevcut olan baştaki geçersizlik hali, diğer müteselsil borçluların borçlarında herhangi bir geçersizliğe sebep olmayacaktır. Görüldüğü gibi borca katılma ve müteselsil borçluluk borcun doğuş anı bakımından birbirinden ayrılmaktadırlar. Ancak borca katılmanın geçerli bir şekilde kurulmasından sonra söz konusu farklılık ortadan kalkarak müteselsil borçluluk ilişkisi ortaya çıkacaktır.

2.1.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Borca katılmadan Ayırt edilmesi

Müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borca kıyasla ikincil bir borç olması, borca katılma sözleşmesini kefaletten ayıran temel bir fark olmaktadır⁵¹. Borca katılmada alacaklının borca katılandan talepte bulunabilmesi için ilk borçluyu takip etme zorunluluğu yoktur. Müteselsil borçluluk ilişkisi gereği alacaklı isterse ilk borçludan ya da dilerse borca katılan kimseden borcunu talep edebilir⁵². Oysa müteselsil kefaletin ikincil niteliği, alacaklının borçludan önce müteselsil kefile başvurmasına

⁵⁰ AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 75; REİSOĞLU, Kefalet, s. 109; TANDOĞAN, s. 702; YAVUZ, N., Kefalet, s. 30

⁵¹ VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 349 (Bundan sonra "VON BÜREN, Allgemeiner" olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 10-11

⁵² VON BÜREN, Allgemeiner, s. 350; AKINTÜRK, s. 38; BİLGİN, s. 102; YAVUZ, N., Kefalet, s. 30

engel olur. İkincil borç olma özelliği, diğer kefalet sözleşmesi türlerine nazaran müteselsil kefalet sözleşmesinde çok belirgin değildir. Ancak daha önceki açıklamalarımızda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, müteselsil kefalet sözleşmesinin tâli borç niteliğinin daha görünür hale gelmesini sağlamıştır. Buna göre alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için öncelikle ifada geciken asıl borçluya ihtar çekmesi ya da borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Oysaki borca katılmada alacaklı herhangi bir ihtarla gerek olmadan ya da ilk borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekmeden borca katılan kimseye başvurabilir. Bunun dışında alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için varsa teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmesi gerekirken borca katılmada böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca borcun para borcu dışında bir borç olması halinde, müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilmek için öncelikle o borcun ifa edilmediğinin tespit edilmesi gerekir. Sonuç olarak müteselsil kefaletin diğer kefalet türleri gibi ikincil bir borç olması, borca katılmadan ayrılmasını sağlayan unsurlardan biri olmaktadır.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin asıl borca bağımlı yapısı, borca katılma sözleşmesiyle arasındaki başka bir farkı oluşturmaktadır. Müteselsil kefalet sözleşmesi fer'idir yani geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Bu durum kefaletin doğuş anından sona erme zamanına kadar devam etmektedir. Söz konusu bağımlılık gereği asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi müteselsil kefalet sözleşmesinin de sona ermesine sebep olacaktır. Fer'i niteliğinin bir başka sonucu olarak müteselsil kefil asıl borçluya ait bütün def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olacaktır. Borca katılma sözleşmesinde ise ilk borca bağımlı nitelik yalnızca borca katılmanın doğuş anında mevcut olmakta, sonradan bu durum ortadan kalkarak borca katılma sözleşmesi bağımsız bir borç ilişkisi haline gelmektedir. Görüldüğü gibi başlangıçta fer'i olan borca katılma sözleşmesi, sözleşme geçerli bir şekilde kurulduktan sonra bağımsız bir sözleşmeye dönüşmektedir. Bu sebeple de ilk borcun alacaklının tatmin edilmesi dışında bir sebeple sona ermesi borca katılan kimsenin de sorumluluğunun sona ermesine sebep olmamaktadır⁵³. İfa ya da takas gibi bir sebeple alacaklının tatmin edilerek borcun

⁵³ AKINTÜRK, s. 75; GÜMÜŞ, C. II, s. 295, dipnot 1659; ÖZEN, Kefalet, s. 12; REİSOĞLU, Kefalet, s. 109; TANDOĞAN, s. 702

borca katılan kimse için de sona ermesi ise başlangıçtaki fer'i nitelikten değil TBK md. 201/f.2 gereği borca katılma sözleşmesinin müteselsil borç ilişkisi oluşturmasından kaynaklanmaktadır⁵⁴. Borca katılma sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olduğundan borca katılan, ilk borçluya ait kişisel savunma araçlarından yararlanamaz. Oysa ki müteselsil kefil, asıl borçluya ait olan def'i ve itirazlardan yararlanma imkanına sahiptir⁵⁵.

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve borca katılma sözleşmesi arasındaki bir başka farklılık TBK md. 593 gereğince ortaya çıkmaktadır. Buna göre asıl borç muaccel olduktan sonra kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Eğer alacaklı haklı bir sebep olmadan ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu düzenleme doğrultusunda müteselsil kefilin, sorumlu olduğu miktarı tevdi etmesine gerek kalmadan borcu sona ermektedir. Oysaki borca katılma sözleşmesinde borca katılanın alacaklıya ifayı teklif etmesi ve alacaklının haklı bir neden olmadan ifayı kabul etmemesi, alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına sebep olacaktır. Bu doğrultuda borca katılan kimsenin tevdi yeri tayin ettirip borcunu oraya tevdi etmesi gerekecektir⁵⁶.

TBK md. 596 gereğince müteselsil kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil, alacaklıya yaptığı ödeme nispetinde alacaklının haklarına halef olur ve yaptığı ödemenin tamamı için borçluya rücu edebilir. Borca katılmada ise borca katılan, ödediği kısmın tamamını değil yalnızca iç ilişkide hissesine düşenden fazla olan kısmı ilk borçluya rücu edebilecektir⁵⁷.

⁵⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 12

⁵⁵ RESİOĞLU, Kefalet, s. 110; TANDOĞAN, s. 702; YAVUZ, N, Kefalet, s. 30

⁵⁶ TANDOĞAN, Kefalet, s. 706; YAVUZ, N, Kefalet, s. 31

⁵⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 295; ÖZEN, Kefalet, s. 15; REİSOĞLU, Kefalet, s. 110; YAVUZ, N, Kefalet, s. 31

2.1.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Borca katılma Ayırımı İçin Kıstaslar

2.1.3.1. Aslilik-Fer'ilik Kıstası

Müteselsil kefalet sözleşmesi ile borca katılma sözleşmesinin ayırımında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri asli-fer'i sözleşme kıstasıdır⁵⁸. Müteselsil kefalet sözleşmesi fer'idir yani asıl borç ilişkisine bağımlıdır. Daha önce de belirtildiğimiz gibi borca katılma sözleşmesinde ilk borç ilişkisine bağımlılık, yalnızca sözleşmenin kuruluş aşamasında bulunmakta sonrasında ise borca katılma sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olmaktadır. Eğer bir sözleşmenin başka bir sözleşmeye bağımlı yapıda olduğu kolaylıkla anlaşılabilirse o zaman borca katılma sözleşmesi değil de kefalet sözleşmesi olduğu konusunda kuşku olmayacaktır. Bunun dışında sorumluluğun ikincil nitelikte olduğunu gösteren ibareler de ayırımın yapılmasını kolaylaştıracaktır⁵⁹⁶⁰. Örneğin “A kişinin borcunu ödememesi halinde ödeme yapmayı kabul ediyorum” şeklinde bir ifade müteselsil kefalet sözleşmesinin varlığını gösterecektir⁶¹. Ancak çoğu zaman sözleşmenin bağımlı olup olmadığı ya da ikincil sorumluluğun varlığı çok belirgin olmayacaktır.

2.1.3.2. Menfaat Kıstası

Borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayırımı için ileri sürülen bir başka kıstas ise kişinin yükümlülük altına girmekte şahsi bir menfaatinin bulunup bulunmadığıdır. Buna göre bir kimse yükümlülük altına girmesiyle özel ve belirli bir menfaat elde edecekse o zaman kefalet sözleşmesinin değil borca katılmanın varlığı esastır. Zira borca katılmada borca katılan kimse belirli bir çıkar doğrultusunda hareket etmektedir. Kefalet ise genellikle hatır amaçlı ve çıkar amacı güdülmeyen kefil olunmaktadır. Bu doğrultuda teminat veren kimsenin sorumluluk altına girmekte

⁵⁸ TANDOĞAN, s. 706; REİSOĞLU, Kefalet, s. 110; DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 317; BİLGİN, s. 108

⁵⁹ Müteselsil kefalet sözleşmesinin de diğer kefalet sözleşmesi türleri gibi tâli nitelikte olduğu hususunda bkz. “Tâli Borç Niteliği” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁶⁰ DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 317-318; ÖZEN, Kefalet, s. 21-22; REİSOĞLU, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 706; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü? İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXII, S. 11-12, Kasım-Aralık 1958, s. 237

⁶¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 706

herhangi bir menfaatinin bulunmaması ortada kefalet sözleşmesi bulunduğu sonucuna götürebilecektir⁶². Ancak menfaat kıstası kefalet ve borca katılma ayırımı için yetersizdir⁶³. Zira kefilin de kefalet sözleşmesini yapmasında bir menfaatinin bulunması mümkündür⁶⁴. Bu sebeple somut olayın özellikleri çerçevesinde başka koşullarla birlikte değerlendirme yapılması gerekecektir⁶⁵.

2.1.4. Kefalet Karinesi

Doktrinde borca katılma ve kefalet sözleşmesi ayırımı için başka kıstaslar da ileri sürülmüş ancak söz konusu kıstasların ayırım yapabilmeye yeterli bir ölçüt olmaması sebebiyle eleştirilmiştir⁶⁶. Sözleşmenin niteliği tespit edilirken tarafların gerçek iradeleri esas alınmalıdır. Bu sebeple tarafların sözleşmeyi nitelendirmek amacıyla kullandıkları kelimelere bağlı kalınmadan gerçek irade tespit edilmeye çalışılmalıdır⁶⁷. Ancak tüm tespit çalışmalarına rağmen borca katılma ve müteselsil kefalet sözleşmesinin ayırımında tereddüt bulunması halinde kefalet lehine karine söz konusu olacaktır. Bir başka ifadeyle sözleşmenin borca katılma ya da kefalet olduğu konusunda kesin bir sonuca ulaşamıyorsa kefalet sözleşmesinin bulunduğu karine olarak kabul edilecektir⁶⁸. Zira tereddüt halinde yükümlülük altına giren kimse lehine sonuca varmak gerekmektedir⁶⁹. Kefalet sözleşmesi de borçlu bakımından, borca katılmaya kıyasla daha sınırlı bir sorumluluk doğurmaktadır.

⁶² FORRER, s. 362; HONSELL, s. 380; NEUMAYR, Matthias, Persönliche Sicherungsgeschäfte- Abgrenzungs- und Formfragen, Besonderes Vertragsrecht-aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 492-493; DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 314; ÖZEN, Kefalet, s. 19; REİSOĞLU, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 707-708

⁶³ Menfaat kıstasını ivaz olarak nitelendirip borca katılma ve kefalet ayırımında yeterli olmayacağı yönünde, REİSOĞLU, Kefalet, s. 111

⁶⁴ BİLGİN, s. 108; DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 316; REİSOĞLU, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 708;

⁶⁵ ÖZEN, Kefalet, s. 19

⁶⁶ Örneğin sorumluluğunun ivaz karşılığında üstlenilmesi halinde borca katılma; ivaz söz konusu değilse kefalet sözleşmesinin var olacağı gibi bir düşünce ayırım için yetersiz olacaktır. Zira kefalet sözleşmesinin ivazsız olması zorunlu bir unsur değildir. Söz konusu eleştiri için bkz. AKINTÜRK, s. 89; ÖZEN, Kefalet, s. 23; REİSOĞLU, Kefalet, s. 111; TANDOĞAN, s. 708-709

⁶⁷ NEUMAYR, s. 491

⁶⁸ BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 967 (Bundan sonra "BARLAS, Kredi Kartı" olarak anılacaktır); DEVELİOĞLU, Borca Katılma, s. 318; OLGAÇ, Kefalet, s. 13; ÖZEN, Kefalet, s. 17; TANDOĞAN, s. 709

⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 200; TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 152

2.2. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN FARKI

2.2.1. Genel Olarak Müteselsil Borçluluk

Müteselsil borçluluk, birden çok borçlunun bir veya birden fazla alacaklıya karşı, borcun tamamından sorumlu olduğu borç ilişkisidir. Borcun tamamından sorumluluk borçluların tümü için söz konusudur. Borçlulardan birinin ya da bir kaçının yapacağı ifa, diğer borçluları yapılan ifa oranında borçtan kurtarmaktadır. Alacaklı dilerse sadece bir borçluya başvurabileceği gibi dilerse birden çok borçluyu ya da borçluların tümünü takip edebilir⁷⁰.

Müteselsil borçlulukta borçlu sayısı kadar dar anlamda borç ilişkisi bulunduğunu ifade eden görüşe “borcun çokluğu teorisi” denilmektedir⁷¹. Bu görüş TBK sistemi bakımından da kabul edilmiştir⁷². Buna göre alacaklı ve borçluların her biri arasında birbirinden bağımsız borç ilişkisi bulunmaktadır. Bunun sonucunda da borçlular birbirinden farklı hükümlere tabidir. Örneğin borçlulardan biri için mevcut olan geçersizlik sebebi sadece o borçlunun borcunu sona erdirirken diğer borçlular bu durumdan etkilenmeyeceklerdir. Bunun dışında her bir borçlunun borcu farklı ifa zamanına ya da farklı zamanaşımı sürelerine tabi olabilecektir. Ancak söz konusu bağımsızlık tam bir bağımsızlık olmayıp nisbi bir niteliğe sahiptir⁷³. Çünkü TBK md. 166/f.1 uyarınca borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirirse, borcun sona eren kısmı için diğer borçluların borçları da sona ermiş olur. Görüldüğü gibi borçluların borçları arasındaki bağımsızlık hali, borçlardan birinin ifa ya da takasla sona ermesi halinde bağımlı bir görünüme kavuşup diğer borçluların borçlarını da etkilemektedir.

Müteselsil borçluluk ilişkisinde her bir borçlunun alacaklıya karşı borcun tümünden sorumlu olmasına karşın borçluların birbirlerine rücu imkanı bulunmaktadır. TBK md. 167/f.1 gereğince aksine bir düzenleme yoksa veya borçlular arasındaki hukuki

⁷⁰ AKINTÜRK, s. 35-36; CANYÜREK, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003, s. 13; EREN, s. 1201; NOMER, s. 318; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 452; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 442; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 285

⁷¹ Bu görüşle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK, s. 58 vd.

⁷² EREN, s. 1201; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 453

⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 454; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 289

ilişkinin niteliğinden başka şekilde anlaşılmıyorsa borçlular borçtan eşit paylarla sorumludurlar. Ancak müteselsil borçlular kendi aralarındaki iç ilişkide farklı bir paylaşma öngörmüşlerse o takdirde kendine düşen paydan daha fazla ödeme yapan borçlu, fazla yapılan ödeme oranında diğer borçlulara payları oranında rücu imkanına sahip bulunmaktadır⁷⁴.

2.2.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Müteselsil Borçluluktan Ayırt edilmesi

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk birbirinden farklı iki kurum olmakla birlikte müteselsil kefalet sözleşmesinde diğer kefalet türlerinden farklı olarak, alacaklının dilerse asıl borçluyu dilerse müteselsil kefil takip edebilmesi ve her iki kurumun da şahsi bir teminat olması müteselsil kefaletin müteselsil borçlulukla karıştırılmasına sebep olmaktadır. Hatta 818 sayılı EBK'nun 487'inci maddesinde "Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir" hükmü yer almıştı. Bu düzenlemeyle müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk kavramlarının aynı olduğu gibi bir anlam çıkmaktaydı. Oysaki müteselsil kefalet sözleşmesi müteselsil borçlulukta olduğu gibi asli değil fer'i bir sözleşmedir. Bir borç ilişkisinin aynı anda hem asli hem de fer'i niteliğe sahip olması imkansızdır⁷⁵. Müteselsil kefalet sözleşmesinin tâli niteliğinin diğer kefalet sözleşmesi türlerine göre zayıf olması hiçbir zaman ortada TBK md. 162 anlamında bir müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu anlamına gelmez⁷⁶. Borçlar Kanununda müteselsil kefalet sözleşmesi için öngörülen hükümlerin varlığı müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olur.

⁷⁴ AKINTÜRK, s. 207 vd.; CANYÜREK, s. 115-116; EREN, s. 1209 vd.; NOMER, s. 321; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 474 vd.; REİSOĞLU, Safa, s. 444; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 314 vd.

⁷⁵ TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, Adalet Dergisi 1956, Y: 47, S: 7, s. 746 (Bundan sonra "TEKİNAY, Müteselsil" olarak anılacaktır)

⁷⁶ AKINTÜRK, s. 80; ERLÜLE, Fulya, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Erzincan 2003, s. 632; ÖZEN, Kefalet, s. 286; REİSOĞLU, Kefalet, s. 113; TANDOĞAN, s. 703; TEKİNAY, Müteselsil, s. 745; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 675

Müteselsil kefalet sözleşmesi ile müteselsil borçluluk ilişkisi kurum olarak alacaklının durumunu kuvvetlendiren birer şahsi teminat olmakla birlikte, kefalet sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri genel olarak kefilî koruma amacına yönelik oldukları halde müteselsil borçlulukla ilgili hükümler borçlulardan ziyade alacaklıyı korumak amacıyla getirilmiştir. İki kurum arasındaki farklılıklar şu şekilde sıralanabilir:

Müteselsil kefalet sözleşmesi asıl borca bağımlı (fer'i) bir sözleşme olduğu için TBK md. 598/f.1 gereğince asıl borç herhangi bir sebeple ortadan kalkarsa kefalet sözleşmesi de sona erer. Oysa müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcundan kurtulması her zaman için diğer borçluların da borçlarından kurtulacağı anlamına gelmez⁷⁷. Bunun dışında asıl borcun geçersizliği kural olarak müteselsil kefalet sözleşmesinin de geçersiz olmasına sebep olur. Buna karşılık müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcunun geçersiz sayılması diğer borçluların borçlarının da geçersiz sayılması sonucunu doğurmayabilir⁷⁸. Örneğin müteselsil kefalet sözleşmesinde, asıl borç ilişkisindeki irade sakatlığı bu durumu bilmeyen müteselsil kefilin borcunun geçersiz sayılmasını sağlarken; müteselsil borçlulardan birinin irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkını kullanması yalnızca irade sakatlığı olan borçlunun borcunun geçersiz sayılması sonucunu doğurabilir. Benzer şekilde asıl borçlunun fiil ehliyetine sahip olmaması müteselsil kefilin borcundan kurtulmasına sebep olurken müteselsil borçlulardan birinin fiil ehliyetinin olmaması diğer borçluların borçtan kurtulmalarını sağlamayabilir. Ancak doktrinde söz konusu durumda kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK md. 27/f.2 (EBK md. 20/f.2) hükmünün uygulanması gerektiği ve bu doğrultuda diğer borçluların mevcut geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi yapmayacakları söylenebiliyorsa o takdirde sözleşmenin tamamının geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir⁷⁹.

Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun muacceliyeti asıl borca bağlıdır. Yani asıl borç muaccel olmadan kefilin borcu da muaccel olmaz. Müteselsil

⁷⁷ Bu durum TBK md. 166/f.2'de düzenlenmiştir. Buna göre "Borçlulardan biri, alacaklıya ifade bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler".

⁷⁸ AKINTÜRK, s. 85-86; BİLGİN, s. 107; ERLÜLE, s. 640; REİSOĞLU, Kefalet, s. 113; TANDOĞAN, s. 704; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 322; YAVUZ, N., Kefalet, s. 30

⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 463; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 313

borçlulukta ise borçlular birbirinden bağımsız olduklarından her bir borçlu için ayrı bir muacceliyet tarihi belirlenebilir⁸⁰.

TBK md. 589/bent 1'e göre müteselsil kefil, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, asıl borç ile borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere sorumludur. Müteselsil borçlulukta ise müteselsil borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağı TBK md. 165 hükmünden hareketle, bir müteselsil borçlu diğer bir borçlunun kusur ve temerrüdünden sorumlu olamaz⁸¹. Ancak kanun veya sözleşme ile aksinin belirlenmesi mümkündür.

TBK md. 583 hükmüne göre müteselsil kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarla kefalet tarihi ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenilmesi el yazısıyla gösterilmedikçe geçerli olmaz. Oysa sözleşmeden doğan müteselsil borçlulukta herhangi bir şekil kuralı öngörülmemiştir.

TBK md. 591 gereğince müteselsil kefil, asıl borçluya ait olan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi aynı zamanda bununla yükümlüdür. Halbuki müteselsil borçlu alacaklıya karşı yalnızca aralarındaki kişisel ilişkiden ya da müteselsil borcun sebep veya konusundan kaynaklanan def'i ve itirazları ileri sürebilir⁸². Diğer müteselsil borçlulara ait olan kişisel def'ilerinden yararlanamaz⁸³.

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve müteselsil borçluluk arasındaki bir başka farklılık ise "takas" bakımından kendini gösterir. TBK md. 140'daki⁸⁴ düzenlemeyle asıl borçlunun takas ileri sürme hakkı buldukça kefile, alacaklıya ödeme yapmaktan

⁸⁰ AKINTÜRK, s. 86; BİLGİN, s. 107; ERLÜLE, s. 641; REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, s. 704; YAVUZ, N., Kefalet, s. 30

⁸¹ AKINTÜRK, s. 85; ERLÜLE, s. 641; REİSOĞLU, Kefalet, s. 144; TANDOĞAN, s. 704; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 322; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁸² Bu durum TBK md. 164/f.1'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir".

⁸³ AKINTÜRK, s. 85; BİLGİN, s. 107; ERLÜLE, s. 639; TANDOĞAN, s. 704; TEKİNAY, s. 747; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 322; YAVUZ, N., Kefalet, s. 30

⁸⁴ TBK md. 140'daki düzenlemeye göre "Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı buldukça, kefile de alacaklıya ifade bulunmaktan kaçınabilir".

kaçınma hakkı tanınmıştır. Buna karşılık müteselsil borçlu, diğer bir borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu takas imkanına dayanarak ifadan kaçınmaz⁸⁵. Sadece TBK md. 166/f.1 hükmü uyarınca borçlulardan biri takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirirse diğer borçlular da o oranda borçtan kurtulmuş olur.

TBK md. 596/f.1'e göre kefil, ifada bulunduğu oranda alacaklının haklarına halef olur. Oysaki TBK md. 168/f.1 gereğince müteselsil borçlu, sadece kendi payından fazla ödemede bulunmuşsa o fazlalık oranında alacaklının haklarına halef olabilir⁸⁶.

TBK md. 582/f.3'deki düzenlemeye göre "*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez*". Bu hüküm doğrultusunda müteselsil kefilin, halefiyet gibi kendisine tanınan bir takım haklardan önceden vazgeçmesi geçersiz olacaktır. Müteselsil borçluluk için TBK'da böyle bir düzenleme olmadığından müteselsil borçluların kendilerine tanınan haklardan önceden feragat etmeleri geçerli olacaktır⁸⁷.

Kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil, borç muaccel hale gelince her zaman alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini isteyebilir. Alacaklının haklı bir neden olmadan ödemeyi kabul etmemesi halinde, alacaklı temerrüdünden farklı olarak, tevdi etmesine gerek kalmadan borcundan kurtulur (TBK md. 593/f.1-f.2). Müteselsil borçlulukta ise alacaklının borçluların yapacağı ödemeyi kabul etmemesi halinde, borçlular alacaklıyı temerrüde düşürüp borcu tevdi etmedikçe borç sona ermez⁸⁸.

TBK md. 595'de⁸⁹ sayılan hallerin varlığı halinde müteselsil kefil, asıl borçludan güvence vermesini ve borç muaccel hale gelmişse kendisini borçtan kurtarmasını

⁸⁵ AKINTÜRK, s. 85; BİLGİN, s. 107; REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, s. 704

⁸⁶ AKINTÜRK, s. 86; BİLGİN, s. 107; ERLÜLE, s. 643; REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, s. 705; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁸⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 114. EBK zamanında TBK md. 582/f.3'deki düzenleme bulunmadığından kefaletle ilişkin hükümler emredici olarak kabul edilmemekteydi. Ancak EBK md. 496 hükmünde kefilin halefiyet hakkından önceden feragat etmesi geçersizdi. Bu doğrultuda kefilin halefiyet hakkından önceden feragat etmesinin geçersiz olması ve müteselsil borçlulukta böyle bir düzenleme bulunmaması iki kurum arasında bir farklılık oluşturuyordu. Bknz. AKINTÜRK, s. 86; ERLÜLE, s. 643-644; TANDOĞAN, s. 705; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁸⁸ AKINTÜRK, s. 87; ERLÜLE, s. 644; TANDOĞAN, s. 706; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁸⁹ TBK md. 595'e göre "Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel olmuşsa, borçtan kurtarılmasını isteyebilir:

isteyebilir. Müteselsil borçlulukta ise böyle bir düzenleme olmadığından, borçluların birbirlerinden teminat ya da borçtan kurtarılmayı talep etmeleri söz konusu değildir⁹⁰.

Borcun üstlenilmesi (borcun nakli) halinde TBK md. 198/f.2'deki düzenleme uyarınca müteselsil kefil, bu duruma yazılı olarak rıza göstermezse sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Müteselsil borçlulukta ise buna ilişkin bir hüküm olmadığından, borçlulardan birinin borcunun nakline diğer borçlular rıza göstermeseler bile sorumlulukları devam eder⁹¹.

Belirli ve belirsiz süreli (müteselsil) kefalet sözleşmesi için, TBK md. 600 ve md. 601'de kefilin sorumluluğunun sona ermesini düzenleyen özel düzenlemeler yer almaktadır. Benzer bir düzenleme müteselsil borçluluk ilişkisi için öngörülmemiştir⁹².

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk arasındaki diğer bir fark ise zamanaşımının kesilmesi bakımındandır. TBK md. 155/f.3'deki düzenlemeye göre zamanaşımının kefile karşı kesilmesi asıl borçlu için de kesilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Aynı maddenin birinci fıkrasında ise zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesinin, diğerlerine karşı da kesilmiş olacağı düzenlenmiştir.

-
1. Asıl borçlu, kefile karşı üstlendiği yükümlülükler, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmışsa,
 2. Asıl borçlu temerrüde düşmüşse veya yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden takibat önemli ölçüde güçleşmişse,
 3. Asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlike, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmışsa.”

⁹⁰ AKINTÜRK, s. 87; ERLÜLE, s. 644; REİSOĞLU, s. 115; TANDOĞAN, s. 706; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁹¹ AKINTÜRK, s. 86; ERLÜLE, s. 643; REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, s. 705; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 324; YAVUZ, N., Kefalet, s. 31

⁹² REİSOĞLU, Kefalet, s. 114; TANDOĞAN, s. 706

2.2.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Müteselsil Borçluluk Ayırımı İçin Kıstaslar

2.2.3.1. Aslilik-Fer'ilik Kıstası

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk kavramlarının ayırımı için başvurulabilecek yollardan ilki aslilik-fer'ilik kıstasıdır. Müteselsil kefalette kefilin borcunun doğumu ve devamı bakımından asıl borç ilişkisine bağımlı (fer'i) bir yapı varken müteselsil borçlulukta borçlar hem doğum hem de geçerlilik açısından asıl borçtan bağımsız yani aslidir. Bu ayırımdan hareketle eğer borcun varlığı ve geçerliliği asıl borca bağlı ve asıl borcun sona ermesi söz konusu borcun da sona ermesine sebep oluyor ise müteselsil kefaletten, asıl borçtan tamamen bağımsız olarak varlık kazanıp esas borç ifa dışında sona erse bile geçerli olmaya devam ediyorsa o zaman müteselsil borçluluktan söz edilecektir⁹³. Ancak aslilik-fer'ilik kıstası çoğu zaman çok teorik ve uygulanması zor bir kıstas olacağından farklı kıstaslara göre değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı doktrinde ifade edilmektedir⁹⁴.

2.2.3.2. Menfaat Kıstası

Müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk ayırımı için öngörülen bir başka kıstas da menfaat kıstasıdır. Bu kıstas doğrultusunda asıl borçludan ayrı olarak borç altına giren kimse, sözleşmenin ifasından şahsi bir menfaat elde edecekse müteselsil borçluluk, yükümlülük altına girmesi yalnızca alacaklıya daha iyi bir güvence sağlayıp borçlunun kredisini güçlendirmekse o zaman müteselsil kefalet söz konusu olacaktır⁹⁵. Menfaat kıstası, kefalet sözleşmesinin de ivazlı yapılabilmesinin mümkün olması diğer bir deyişle kefilin de kefil olmakta bir menfaati bulunmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilememesi gerekçesiyle ayırım için yeterli bir ölçüt olamayacaktır⁹⁶.

⁹³ AKINTÜRK, s. 88; ERLÜLE, s. 632; REİSOĞLU, Kefalet, s. 115; TANDOĞAN, s. 706; TEKİNAY, s. 745

⁹⁴ AKINTÜRK, s. 88; ERLÜLE, s. 632; REİSOĞLU, Kefalet, s. 115

⁹⁵ AKINTÜRK, s. 89; ERLÜLE, s. 633; REİSOĞLU, Kefalet, s. 117; TANDOĞAN, s. 707

⁹⁶ AKINTÜRK, s. 89; ERLÜLE, s. 633; REİSOĞLU, Kefalet, s. 117

2.2.3.3. Kullanılan Deyimlerin Değerlendirilmesi Kıstası

Kullanılan deyimlerin değerlendirilmesi kıstasında tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için kullandıkları kelimelere göre sözleşmenin kefalet mi yoksa müteselsil borçluluk mu olduğuna karar verilecektir. Ancak taraflar sözleşmeyi nitelendirirken çoğu zaman gerçek iradelerinden farklı deyimlere yer verebildiklerinden söz konusu kıstas da ayırım için yeterli olmayacaktır⁹⁸. 818 sayılı EBK'nun 487'inci maddesinde “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” ibarelerinin birlikte yer alması uygulamada da söz konusu terimlerin birlikte kullanılmasına yol açtığından Yargıtay verdiği çeşitli kararlarında EBK md. 487/f.1'de geçen “borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı...” ifadesini çeviri yanlışlığı olarak görerek bu iki teriminin birlikte kullanılması halinde ortada bir kefalet sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermiştir⁹⁹.

⁹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 81 II 520) bu yönde bir karar vermiştir. Kararda “...Davalının borcun yerine getirilmesinde kişisel ve doğrudan doğruya bir çıkarı bulunması, tek başına müteselsil borcun kefaletle üstün tutulmasını gerektirmez. Böyle bir çıkar, borca katılma ya da bağımsız müteselsil borcun diğer bir çeşidinin varlığı yönünden yeterli sayılmaz. Çünkü kural olarak, müşterek borçlanmanın her çeşidinde ve bu arada kefalette, borç yüklenen kişisel ya da iktisadi bir çıkarı vardır...” Kararın Türkçe metni için bkz. KANETİ, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C. II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkisinde Yasaların Çatışması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968, s. 191-196.

⁹⁸ AKINTÜRK, s. 89

⁹⁹ Yarg. HGK 30.9.1987, T. 1986/11-617 E, 1987/684 K. sayılı kararına göre “Kefalet ve müteselsil borçluluk birbirinden farklı müesseseler olup geçerlilik koşulları, tabii oldukları hükümler birbirinden farklıdır. Türk Borçlar Kanununun 487. maddesinde uygulamada karışıklığa yol açan bir çeviri yanlışlığı yapılmıştır. Mevzuatın 496. maddesinde “müteselsil borçlu” kavramına yer verilmemişken Türkçe metninde “müteselsil borçlu” sözlerine de yer verilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 487. maddesini yorumlarken 20.9.1950 gün ve 4/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında benimsendiği üzere mevzuatın İsviçre metnine uygun olarak “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” sözlerini müşterek müteselsil kefil olarak anlamak gerekir. 487. maddenin 2. fıkrası kefaletle ilişkin hükümlerin müteselsil kefaletle de uygulanacağını hükme bağlamakla, müteselsil borçluluğun öngörülmediğini benimsemek suretiyle yanlışlığı ayrıca meydana koymaktadır. O halde kural BK'nun 487. maddesi açısından (müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu) sözleriyle müteselsil borçluluk halinin öngörülüp öngörülmediği konusunda değişmez bir esas ve ölçü konulması mümkün değildir. Kullanılan sözlerden ziyade tarafların amacı ve olayların özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sözlerinin birlikte kullanıldığı her durumda yasa metninin yorumunda olduğu gibi mutlaka (müteselsil kefalet)'in söz konusu olduğunun kabulü tarafların amacı ve gerçek durumla çatışır sonuçların doğmasına yol açabilir”. Karar için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat, C. II, İstanbul 2002, s. 1233-1234. Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararda da benzer sonuca varmıştır. Yargıtay 11. HD. T. 8.5.1986, E. 2111 E., K. 2772 sayılı kararına göre “davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak umumi taahhütnameyi imzalaması nedeniyle kefil olduğunu kabul etmekte ve her ne kadar sözleşmenin 28. maddesinde “müşterek borçlu” tabiri daha geçmekte ise de, gerek bu maddenin başlığındaki müteselsil kefil ibaresinden, gerekse buna

2.2.3.4. Aynen İfa Kıstası

Yargıtay'ın daha eski tarihli kararlarında¹⁰⁰ benimsediği başka bir kıstas da müteselsil borçlunun edimini bizzat yerine getirme yükümlüğü olması yani borcu aynen yerine getirmesi gerekirken müteselsil kefilin borcunun tazminat borcu olmasıdır. Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu kıstas, her iki kurumu ayırmada pratik olmakla birlikte müteselsil borçluluğun niteliğine uygun olmadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere Yargıtay'ın değerlendirmesi, müteselsil borçlulukta alacakların çokluğu ve birbirinden değişik içerikli olabilmesi ilkesine terstir. Borcun çokluğu teorisi çerçevesinde müteselsil borçlulukta birbirinden farklı borçlar olması mümkündür¹⁰¹ ve alacaklı her bir borç üzerinde ayrı ayrı tasarrufta bulunma hakkına sahiptir¹⁰². Bu nedenle de söz konusu kıstas müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk kavramlarını ayırmaktan uzaktır.

2.2.4. Kefalet Karinesi

Uygulamada özellikle banka kredi sözleşmelerinde birden fazla kimsenin müteselsil borçlu olarak sözleşmeyi imzaladıkları görülmektedir¹⁰³. Burada tespit edilmesi gereken husus bu kimselerin sözleşmeyi müteselsil borçlu olma amacıyla mı yoksa

uygun şekilde asıl kredinin 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 44. maddesinin 3. fıkrası uyarınca davalıya kullanılması açısından davalıyı müşterek borçlu kabul etmeye imkan bulunmamaktadır". Karar için bkz. KARAHASAN, s. 1232

¹⁰⁰ Yargıtay 3. HD. T. 22.1.1952, E. 592, K. 666 sayılı kararına göre "Müteselsil borçluluk ile müteselsil kefalet ayrı birer hukuki müessesedir. Kefil kefalet ettiği şahsın vebesini ifa etmemesi halinde borcun bizzat icabını yerine getirmeyi değil, ancak tazminat olarak muayyen bir miktar parayı ödemeyi taahhüt eder. Bu itibarla tazminat mükellefiyetini önlemek için müteselsil kefilin esas borcu doğuran akde mütaallik şahsen yapacağı bir edim yoktur. Zararı ödemekle mükelleftir. Halbuki müteselsil borçlulukta ise, borçlu akdin icabı bulunan borcu bizzat ifa etmeyi taahhüt eder". Karar için bkz. Adalet Dergisi, 1953, Y. 44, S. 9, s. 1072-1073. Benzer yöndeki başka bir karar için bkz. Yargıtay HGK. T. 1.7.1953, E. 3-258/88, K. 87, Adalet Dergisi, 1953, Y.44, S.11, s. 1341-1342

¹⁰¹ Örneğin aynı hukuki sebebe dayanmakla birlikte borçlulardan birinin alacaklıya 300.000 TL verilmesi diğerinin ise bir taşınmazın devredilmesine yönelik müteselsilen yükümlülük altına girmeleri mümkündür. Böyle bir durumda taraflardan birinin ifasını diğerinin de borçtan kurtulmasına imkân tanyorsa o takdirde ortada müteselsil borçluluk ilişkisinin bulunduğu kabul edilecektir. Bknz. OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 453; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 289

¹⁰² AKINTÜRK, s. 90; ERLÜLE, s. 634; REİSOĞLU, Kefalet, s. 120; TANDOĞAN, s. 708

¹⁰³ Doktrinde banka kredi sözleşmelerinin asıl borçlu haricinde üçüncü bir şahıs tarafından alacaklıya teminat sağlama amacıyla imzalanmasının "müteselsil borçluluk" tan çok "borca katılma" olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bknz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 116

müteselsil kefil olarak mı imzaladıklarıdır. Hem müteselsil borçluluğun hem de müteselsil kefaletin alacaklıya kişisel bir teminat sağlama amacına yönelik olduğu düşünülürse, bir kimse borçlu olmadığı halde teminat amacıyla asıl borçlunun yanında müteselsil borçlu olmak isteyebileceği gibi yalnızca müteselsil kefil olma amacıyla da hareket etmiş olabilir. Bu durumda sözleşmeyi müteselsil borçlu olarak imzalayan ama aslında müteselsil kefil olmak isteyen bir kimse kefil koruyan TBK hükümlerinden yararlanamayacak ve asli borçlu olarak TBK md. 162 vd. hükümlerine tabi olacaktır. Sözleşmenin müteselsil borçlu olarak imzalanması her zaman için ortada asli bir yükümlülük bulunduğu, müteselsil kefaletin söz konusu olmadığı anlamına gelmez. Tereddüt halinde TBK md. 19'dan¹⁰⁴ hareketle, tarafların amacının tespit edilmesi gerektiği ve amacın alacaklıya daha iyi bir teminat sağlamak için asıl borçlunun kredisini güçlendirmek olması halinde müteselsil kefaletin varlığını kabul etmenin doğru olacağı savunulmuştur¹⁰⁵. Müteselsil kefalet lehine böyle bir karinenin kabul edilebilmesi için sözleşme metninden, tarafların amacından ya da olayın koşullarının bütününden kesin bir sonuç çıkarılamaması gerekmektedir. Böyle bir durumda kefaletin varlığını kabul etmek borçlu lehine yorum ilkesinin bir gereği olacaktır. Zira müteselsil kefilin sorumluluğu, müteselsil borçluya kıyasla daha dar kapsamdadır.

6098 sayılı TBK'nun 583'üncü maddesinde yapılan düzenlemeyle "müşterek müteselsil borçlu" ifadesi terk edilmiş ve kefilin müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenlemenin müteselsil kefalet ve müteselsil borçluluk ayırımında ortaya çıkan tartışmaları büyük ölçüde azaltacağı kuşkusuzdur.

¹⁰⁴ TBK md. 19'daki düzenleme şu şekildedir: "Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır".

¹⁰⁵ GIOVANOLI, Art. 496, N. 13, N. 14; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: V. Band : Das Obligationenrecht: 3. Teil Art. 419-529, Zürich 1945, Art 492, N. 50; PESTALOZZI, Art. 496, N. 4; AKINTÜRK, s. 91; ERLÜLE, s. 635; REİSOĞLU, Kefalet, s. 117; TANDOĞAN, s. 709

2.3. TEMİNAT AMAÇLI GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

2.3.1. Genel Olarak Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi

Kişisel teminat sözleşmeleri arasında yer alan garanti sözleşmesinin genel olarak iki türünün bulunduğu ifade edilmektedir. Bu sözleşmelerden biri “teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi” ya da “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” diğeri ise “saf garanti sözleşmesi” veya “yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmesidir”. Saf garanti sözleşmesinde garanti alan ve garanti veren arasında yalnızca teminat amacı bulunmakta, ortada bir temel borç ilişkisi bulunmamaktadır¹⁰⁶. Diğer bir deyişle saf garanti sözleşmesi ikili bir ilişkiden oluşmaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ise garanti alan, garanti veren ve edimi garanti edilen kimseden oluşan üçlü bir ilişkiyi bünyesinde barındırmaktadır. Çalışmamız açısından önem arz eden garanti sözleşmesi türü kefalet sözleşmesine benzerliği nedeniyle teminatı amaçlayan garanti sözleşmesidir¹⁰⁷.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde tıpkı kefalet sözleşmesinde olduğu gibi bir asıl borç ilişkisi ve bunun dışında bir de teminat ilişkisi bulunmaktadır. Burada garanti veren, asıl borç ilişkisindeki borçlunun edimini yerine getireceğine ilişkin bir teminat vermekte ve edimin yerine getirilmemesi halinde doğacak zarardan sorumlu olmaktadır. Ancak söz konusu teminat ilişkisi asıl borçtan bağımsız bir nitelik taşır. Bunun sonucunda da asıl borcun geçersiz olması ya da dava veya takip edilememesi

¹⁰⁶ BARLAS, Kredi Kartı, s. 949

¹⁰⁷ Doktrinde teminat amaçlı garanti sözleşmesi ifadesi için bkz. ÖZEN, Kefalet, s. 23; TANDOĞAN, s. 804. Bazı yazarlar “teminat amaçlı garanti sözleşmesi” nitelendirmesini doğru bulmamakta ve gerekçe olarak garanti sözleşmesinin bütün türlerinin teminat amacı taşıdığını ifade etmektedirler. Bu nedenle de söz konusu garanti sözleşmesi için “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” deyimini kullanmaktadırlar. Bknz. BARLAS, Kredi Kartı, s. 948, dipnot 18. Ayrıca KOCAMAN, Arif, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara 2003, s. 70 (Bundan sonra “KOCAMAN, Kişisel Teminat” olarak anılacaktır). Bazı yazarlar ise bu sözleşme türünü “başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi” olarak isimlendirmektedirler. REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 62 (Bundan sonra “REİSOĞLU, Garanti” olarak anılacaktır); REİSOĞLU, Kefalet, s. 122. Fikrimizce de “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” ifadesi yerine “teminat amaçlı garanti sözleşmesi” ismini kullanmak daha yerinde olacaktır. Aksi takdirde kefalet sözleşmesine benzeyen diğer sözleşme türleri için de “kefalet benzeri” ifadesini kullanmak mümkün olacak ve bu durumda birbirinden farklı ancak kefaletle benzerlik taşıyan sözleşme türleri için bir kavram karmaşası yaratacaktır.

gibi sebepler teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁰⁸. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin asıl borca bağımlı olması karşısında teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin asli niteliği, alacaklı açısından daha kuvvetli bir teminat imkânı yaratmaktadır.

Uygulamada da sıklıkla karşılaşılan banka teminat mektuplarının hukuki niteliği de uzun yıllar doktrin ve Yargıtay kararlarında farklı görüşlerin yer almasına sebep olmuştur. Çalışmamızda da söz konusu tartışmalar esas alınarak kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımı yapılmaya çalışılmıştır.

2.3.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Farklı hüküm ve sonuçlara tabi olan müteselsil kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin ayırımı uygulama açısından büyük önem taşımaktadır¹⁰⁹. Müteselsil kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi arasındaki farklılıklardan ilki müteselsil kefaletin kanunda düzenlenmiş

¹⁰⁸ BARLAS, Kredi Kartı, s. 948-949; ÖZEN, Kefalet, s. 23-24; TANDOĞAN, s. 804

¹⁰⁹ Yarg. HGK'nun T. 4.7.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583 sayılı kararında garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi arasındaki farklar şu şekilde yer almıştır: "...Dava konusu uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Zira, yerel mahkeme bu ilişkiyi kefalet olarak nitelendirirken, Özel Daire ilişkinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu benimsemektedir. Somut olaya girilmeden önce, her iki sözleşmenin nitelikleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Kişisel (şahsi) teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları, esas itibariyle asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsi teminat (güvence) verilmesidir. Her iki sözleşme de temel amaçları itibari ile aynı hedefe yönelmekle birlikte, gerek doktrinde; gerekse bu konudaki uygulamanın öncüsü niteliğindeki 11.6.1969 gün ve 1969/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki belirlemelere göre, şu ana farkları bulunmaktadır. Öncelikle kefalet sözleşmesi, BK.nun 484. maddesi hükmü uyarınca, geçerliliği yazılı şekle tabi olması ve ayrıca bu sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktar gösterilmesi gerektiği halde, BK'nun 110. maddesindeki "Başkasının Fiilini Taahhüt" başlığı altında düzenlenmiş olan garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da öngörülmemiştir. Öte yandan, kefalette, BK.nun 497. maddesi hükmü uyarınca kefil, borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti akdinde teminat veren kişiye bu hak tanınmış değildir. Bunların dışında kefil kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra BK.nun 496. maddesi hükmü uyarınca asıl borçluya yasadan ötürü dönme (rücu) hakkı bulunduğu halde, garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmış değildir. Nihayet, BK..nun 492. maddesi gereğince kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, bir tür üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğini taşıyan garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır. Bu farklı hüküm ve sonuçlardan anlaşılacağı üzere, garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi de bu yönden titizlikle değerlendirilmelidir". Karar için bknz. www.kazanci.com

bir sözleşme tipi olmasına karşın; teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme olmasıdır¹¹⁰. Bu nedenle de TBK’da kefilin koruyan pek çok düzenleme mevcutken teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti veren, genel hukuk ilkeleri dışında herhangi bir himayeden yararlanamayacaktır¹¹¹.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ayrıca kefilin müteselsil kefil olduğunun kendi el yazısı belirtilmesi şarttır. Garanti sözleşmesi bakımından ise TBK md. 12/f.1¹¹² (EBK md. 11/f.1) gereği herhangi bir şekil zorunluluğu yoktu. Ancak TBK md. 603 hükmü uyarınca garanti verenin gerçek kişi olması durumunda, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi de bu hükmün kapsamına

¹¹⁰ Doktrindeki önemli tartışmalardan biri de teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenen bir sözleşme olup olmadığı ile ilgilidir. Doktrindeki baskın görüşe göre üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak TBK md. 128’de düzenlenmiştir. Bu doğrultuda da garanti sözleşmesi kısmen de olsa kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olarak düşünülmelidir. Bu konudaki görüşler için bkz. GIOVANOLI, Art. 492, N. 13, 13b; ZOBL, Dieter, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Berner Bankrechtstag, Band 4, Personensicherheiten, (Herausgegeben von Wolfgang Wiegand), Bern 1997, s. 28-29; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 406; REİSOĞLU, Garanti, s. 178 vd.; REİSOĞLU, Kefalet, s. 121 TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 520; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 228-229. Yargıtay’a göre de teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir sözleşmedir. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda “... Davacılar açılacak cebri tescil davasından kaynaklanan ekonomik açıdan zararlı bir olayın riski bağımsız bir sözleşme ile garanti edilmiştir. O nedenle; sözleşme, hukuki mahiyeti itibarıyla, BK.nun 110. maddesinde (TBK md. 128) sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir. Gerçekte de; anılan madde de anlatılan başkasının fiilini taahhüt üçüncü kişinin olumlu veya olumsuz, hukuki veya fiili belli bir davranışının taahhüt edilmesidir ki; bu davranışın gerçekleşmemesi ve beklenen sonucun çıkmaması tehlikesini garanti verenin üstlenmesi şeklinde kendini gösterir” sonucuna varmıştır. Yarg. 13. HD., T. 27.04.1992, 305, E. 1992/305, K. 1992/3896 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com

Başka bir görüşe göre ise üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi birbirinden farklı kurumlar olduğunu, TBK md. 128’in garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarını içermediğini ve bu çerçevede garanti sözleşmesinin ne kanunda ne de TBK md. 128’de düzenlenmediğini ileri sürmüşlerdir. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 26, dipnot 62; TANDOĞAN, s. 849 vd. Bu görüş doğrultusunda fikrimizce de garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerdendir. Zira garanti sözleşmesinin bir türü olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi düşünülse dahi TBK md. 128’de sözleşmenin zorunlu unsurları ya da temel sorunlara ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle de garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden farklı olarak kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme olarak kabul etmek daha yerinde olacaktır. TBK md. 128’den garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarının çıkarılabileceği yönünde aksi görüş için bkz. YÜCE, Bilgin, Melek, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 12-13.

¹¹¹ BARLAS, Kredi Kartı, 949; TURAN, Gamze, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 66, Eylül-Ekim 2006, s. 29-30; CANPOLAT, Ferhat/TOPUZ, Seçkin, Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 59

¹¹² TBK md. 12/f1’e göre “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”.

girecek ve kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil ve ehliyet ilgili düzenlemeler garanti sözleşmesi için de geçerli olacaktır.

Müteselsil kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisine bağlı yani fer'i bir sözleşme iken garanti sözleşmesi bağımsız bir sözleşmedir. Bunun sonucunda da asıl borcun sona ermesi kefilin sorumluluğunu da ortadan kaldırır. Garanti sözleşmesi temel borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme olduğundan asıl borcun sona ermesi garanti verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir¹¹³. Ancak temel borç ilişkisinin ifa gibi sebeplerle sona ermesi garantinin konusunun da ortadan kalmasına sebep oluyorsa elbette ki garanti verenin de sorumluluğu sona erecektir¹¹⁴.

Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'i ve itirazların yanı sıra asıl borç ilişkisine ait def'i ve itirazları da ileri sürme hakkına sahipken, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde garanti veren, temel borç ilişkisindeki borçlu konumundaki edimi garanti edilen kimseye ait olan def'i ve itirazları ileri süremez¹¹⁵. Yalnızca garanti alan kimseyle kendi aralarındaki kişisel ilişkiden doğan def'i ve itirazlarla aralarındaki garanti sözleşmesine ait savunma sebeplerini ileri sürebilir¹¹⁶.

Müteselsil kefil yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olur ve borçluya rücu edebilir. Garanti sözleşmesi ise kanunda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğundan garanti verenin yasal bir halefiyet hakkı ve dolayısıyla garanti verilen kimseye karşı yasal bir rücu imkanı bulunmamaktadır¹¹⁷.

Müteselsil kefil, gelecekte doğacak borçlara kefil olması halinde borç doğmadan önce TBK md. 599 hükmündeki şartlar çerçevesinde sözleşmeden dönebilmektedir. Söz konusu hüküm kefil açısından değerlendirildiğinde hakkaniyete uygun olup

¹¹³ FORRER, s. 361; HONSELL, s. 377-378; BARLAS, Kredi Kartı, s. 950; CANPOLAT/TOPUZ, s. 60; REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, s. 54 (Bundan sonra "REİSOĞLU, Teminat" olarak anılacaktır)

¹¹⁴ CANPOLAT/TOPUZ, s. 60

¹¹⁵ KLEİNER, Beat, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990, s. 196-197; ARAL, Özel, s. 426; BARLAS, Kredi Kartı, s. 950; KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 75-76; REİSOĞLU, Teminat, s. 77; TANDOĞAN, s. 818; TEKİNALP, s. 523

¹¹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 27

¹¹⁷ BARLAS, Kredi Kartı, 950; CANPOLAT/TOPUZ, s. 61; REİSOĞLU, Kefalet, s. 124; REİSOĞLU, Teminat, s. 77; TANDOĞAN, s. 819

elverişli sonuçlar doğurmakla birlikte; alacaklı açısından bakıldığında kefalet sözleşmesinin sağladığı güvence fonksiyonuna zarar verir. Zira asıl borç doğuncaya kadar alacaklı mevcut güvenceyi kaybetme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Oysa garanti sözleşmesinde garanti veren asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak taahhütte bulunduğundan teminat fonksiyonu garanti verilen kimse için işlevini tam olarak yerine getirir¹¹⁸.

Belirli süreli ve belirsiz süreli müteselsil kefalet sözleşmesi için TBK md. 600 ve 601’de kefilin kefaletten kurtulmasını sağlayan ve onu koruyan düzenlemeler mevcut olduğu halde garanti veren açısından garanti sözleşmesinden kurtulmasını sağlayan böyle bir koruma öngörülmemiştir.

2.3.3. Müteselsil kefalet Sözleşmesi ile Teminatı Amaçlayan Garanti Sözleşmesi Ayırımı İçin Kıstaslar

2.3.3.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ayırımını belirlemek uygulanacak hükümler ve doğuracağı sonuçlar bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu ayırım için uygulamada ve doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılarak bir takım kıstaslar belirlenmiş ancak tam bir fikir birliği sağlanamamıştır.

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ayırımı için öncelikle genel yorum ilkelerine başvurmak gerekmektedir. Bu çerçevede tarafların bilinçli ya da bilinçsizce sözleşmenin niteliğini ya da sorumluluğun türünü belirlemiş olmalarının bir önemi yoktur. TBK md. 19/f.1 uyarınca sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek niyetlerini gizlemek amacıyla kullandıkları kelimelere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınmalıdır. Buna göre tarafların “kefil olmak” ya da “garanti vermek” gibi kelimeleri kullanmasına dikkat etmeden gerçek iradelerinin tespit edilmesi

¹¹⁸ BÄR, s. 21

gerekir¹¹⁹. Bu tespiti yapabilmek için öncelikle lafzi yoruma başvurarak sözleşmede kullanılan deyimlerin anlamı üzerinde durulmalıdır. Ancak sadece kullanılan ifadelerin anlamlarıyla yetinilmemeli bunun haricinde sözleşme bir bütün olarak görülerek bütün maddi olgular birlikte değerlendirilmelidir. Yapılan değerlendirme sonucunda teminat verenin asıl borca bağımlı bir sorumluluk üstlenmek istediği yönünde bir anlam çıkıyorsa sözleşmenin kefalet olduğu tespit edilebilecektir. Buna karşılık söz konusu taahhüt temel borç ilişkisinden bağımsız bir nitelik arz ediyorsa o takdirde ortada bir garanti sözleşmesinin bulunduğu söylenebilecektir¹²⁰.

2.3.3.2. Asli Kıstaslar

2.3.3.2.1. Aslilik-Fer’ilik Kıstası

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ayrımı için başvurulabilecek önemli kıstaslardan biri aslilik-fer’ilik kıstasıdır. Bu kıstas doğrultusunda verilen garantinin asıl borç ilişkisine bağımlı yani fer’i nitelikte olması kefalet sözleşmesinin, asıl borç ilişkisinden bağımsız yani asli niteliğe sahip olması ise garanti sözleşmesinin varlığını göstermektedir¹²¹. Bu durumun sonucu olarak kefilin sorumluluğu asıl borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı bulunmakta ve asıl borç ilişkisindeki herhangi bir geçersizlik hali kefilin vermiş olduğu taahhüdü ortadan kaldırmaktadır. Oysa garanti sözleşmesinde garanti verenin taahhüdü temel borç ilişkisinden bağımsız nitelikte olduğundan asıl borcun geçersizliği ya da dava edilebilir olmaması garanti verenin sorumluluğunu

¹¹⁹ FORRER, s. 361; KLEİNER, s. 37; ARAL, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 137-138 (Bundan sonra “ARAL, Teminat” olarak anılacaktır); BARLAS, Kredi Kartı, s. 952; CANPOLAT/TOPUZ, s. 62

¹²⁰ BARLAS, Kredi Kartı, s. 951-952; ÖZEN, Kefalet, s. 30. Lafzi yorumun yeterli olmaması durumunda yardımcı yorum kurallarından yararlanılmalıdır. Buna göre bir hükmü kaleme alan taraf aleyhine nitelendirilmesi, tereddüt olması durumunda yükümlülük altına giren lehine karar verilmesi, sözleşmeyi geçerli kılacak yönde yorum tarzının benimsenmesi ve kanundaki yedek hukuk kurallarından ayrılan sözleşme kısımlarının olabildiğince dar yorumlanması yöntemlerine başvurulmalıdır. Bknz. BARLAS, Kredi Kartı, s. 953

¹²¹ BECKER, Herman, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Abteilung, Art. 1-183, 2. Auflage, Bern 1941, Art. 111, N. 17; GIOVANOLI, Art. 492, N. 13a; GUGGENHEIM, Daniel, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986, s. 47; ZOBL, s. 34; ARAL, Teminat, s. 136; BARLAS, Kredi Kartı, s. 955; CANPOLAT/TOPUZ, s. 63; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 72-73; REİSOĞLU, Teminat, s. 75; TURAN, s. 31-32

etkilememektedir. Garanti verenin vermiş olduğu garanti, borçlunun ödeme gücü haricinde borcun mevcut olması ve dava edilebilirliğini de kapsamaktadır¹²².

Aslilik-fer'ilik kıstası doğrultusunda kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ayırımı için sözleşme metni incelenerek verilen garantinin türü belirlenmeye çalışılacaktır. Buna göre verilen garanti, açık veya örtülü bir şekilde asıl borcun mevcut, geçerli ve dava edilebilir olması hali öngörülerek verilmişse o zaman garanti fer'i nitelik taşıyacak ve sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılacaktır. Buna karşılık garanti veren, asıl borcun mevcut olmaması, geçersiz olması ya da dava edilebilir olmaması ihtimalinde dahi verdiği teminatın geçerli olacağını taahhüt etmişse o takdirde söz konusu bağımsız taahhüt asli nitelikte olacak ve teminat garanti sözleşmesi olarak kabul edilecektir¹²³. Uygulamada sözleşme metinlerinde yer alan taahhütlerin bu kadar açık bir şekilde ifade edilmemesi, doktrinde aslilik-fer'ilik ayırımı için bir takım alt kıstaslar benimsenmesi sonucunu doğurmuştur.

2.3.3.2.1.1. Temel Borç İlişkisine Atıf Kıstası

Aslilik-fer'ilik ayırımı için yararlanılan alt kıstaslardan ilki *temel borç ilişkisine atıf yapılması* kıstasıdır. Buna göre garanti veren, taahhütte bulunurken temel borç ilişkisine atıf yapmışsa o zaman söz konusu atıf taahhüdün fer'i nitelikte olduğuna dair bir karine teşkil etmektedir. Ancak temel borç ilişkisine yapılan atıf her zaman ortada fer'iliğin bulunduğu göstergesi olamaz. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinde de temel borç ilişkisine atıf yapılmış olabilir. Başka bir deyişle temel borç ilişkisine atıf kıstası taahhüdün asli mi fer'i mi olduğu konusunda mutlaka doğru sonuca götürmez¹²⁴.

¹²² KLEİNER, s. 32-33; BARLAS, Kredi Kartı, s. 956; CANPOLAT/TOPUZ, s. 63; TANDOĞAN, s. 820-821

¹²³ BARLAS, Kredi Kartı, s. 956

¹²⁴ GUGGENHEİM, s. 147; ARAL, Teminat, s. 138; BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat mektupları, İstanbul 1986, s. 35 (Bundan sonra "BARLAS, Teminat Mektupları" olarak anılacaktır); BARLAS, Kredi Kartı, s. 957; CANPOLAT/TOPUZ, s. 64; TURAN, s. 35. Temel borç ilişkisine atıf yapılmakla birlikte sözleşmedeki diğer unsurlar taahhüdün asli olabileceğini gösteriyorsa o zaman fer'ilik karinesi ortadan kalkacağı yönünde TANDOĞAN, s. 823

Bu kıstas doğrultusunda fer'ilik sonucuna varılabilmesi için garanti verenin taahhüdünün asıl borçlunun edim yükümünü tamamen kapsar nitelikte olması ve asıl edim yükümünün yerine getirilmemesinden doğacak sonuçları üstlenir şekilde olması gerekir. Burada önemli olan garanti verenin taahhüdün temel borç ilişkisindeki asıl edim yükümünden bağımsız nitelik taşımasıdır. Eğer sözleşmedeki diğer unsurlar da ortada asli bir yükümlülük olmadığını gösteriyorsa o zaman taahhüdün fer'i niteliğe sahip olduğu ve bunun sonucunda da kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir. Buna karşılık garanti veren, temel borç ilişkisindeki asıl borçlunun ediminden tamamen bağımsız nitelikte taahhütte bulunmuş ve sadece kendi edimine dayanan bir sorumluluk üstlenmişse o zaman verilen garantinin asli olduğu ve sorumluluğun teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinden kaynaklandığı sonucuna varılabilecektir¹²⁵. Ancak garanti verenin asli (birincil) yükümlülük üstlendiğini gösteren ifadeler kullanması her zaman için ortada bir garanti sözleşmesinin var olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Zira müteselsil kefalet sözleşmesinin tâli niteliğinin çok zayıf olması yani alacaklının asıl borçluyu takip etmeden kefile başvurabilmesi borçlunun yanında müteselsil kefilin de bir bakıma asli (birincil) bir yükümlülük taşıdığı görünümünü oluşturmaktadır. Söz konusu asli yükümlülük garanti sözleşmesinde garanti veren için de mevcuttur¹²⁶. Bu nedenle taahhütte birincil nitelikte yükümlülük üstlenildiğine ilişkin ifadeler sözleşmenin mutlaka garanti sözleşmesi olduğunun göstergesi olamayacaktır. Ancak birincil yükümlülük üstlenilmekle birlikte verilen taahhüdün asıl borca bağımlı olduğu anlaşılabilirse o zaman müteselsil kefalet sözleşmesi varlığı kabul edilebilecektir.

2.3.3.2.1.2. Def'i ve İtirazlardan Vazgeçilmesi Kıstası

Aslilik-fer'ilik ayrımı için kabul edilen diğer bir alt kıstas def'i ve itirazlardan feragat edilmesidir. Bu kıstasa göre garanti verenin, temel borç ilişkisine dayanan def'i ve itirazların tümünden önceden feragat etmesi taahhüdün asli nitelik taşıdığını göstermektedir. Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre garanti verenin def'i ve itirazlardan önceden feragat etmesi, teminatın garanti sözleşmesi olduğu konusunda çok önemli bir göstergedir. Zira def'i ve itirazlardan önceden feragat eden

¹²⁵ KLEİNER, s. 44; PESTALOZZİ, Art. 111, N. 29; BARLAS, Kredi Kartı, s. 958

¹²⁶ BARLAS, Kredi Kartı, s. 958

garanti verenin kendisini koruyan bir takım düzenlemelerden peşinen vazgeçmiş olması ve bunun sonucunda da taahhüdünü temel borç ilişkisinden tamamen bağımsızlaştırması teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin varlığına işaret etmektedir¹²⁷. Doktrindeki diğer görüşe göre ise def'i ve itirazlardan önceden feragat edilmesi her zaman için ortada bağımsız bir taahhüt bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu görüş taraftarları İBK md. 492/f.4 hükmünü hukuki dayanak olarak göstermektedirler. 818 sayılı EBK'da bulunmayan ancak 6098 sayılı TBK'nun 582. maddesinin son fıkrasında yer alan bu düzenlemeye göre kanun tarafından farklı bir düzenleme olmadığı müddetçe kefil, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir. Bu görüşe göre def'i ve itirazlardan önceden vazgeçilmiş olması hali, ortada bir garanti sözleşmesinin bulunduğu kanıtı olabileceği gibi yapılmış olan feragatin geçersiz olması sonucunu doğuran bir kefalet sözleşmesinin varlığına da işaret edebilir. Bu nedenle garanti veren kimsenin önceden yapmış olduğu feragat, kefalet sözleşmesi ve teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ayırımı için belirleyici bir kıstas olmayacaktır¹²⁸. Başka bir görüşe göre ise garanti verenin def'i ve itirazlardan önceden vazgeçmesi kefaletin fer'i niteliğine aykırı olacaktır. Ancak böyle bir taahhüdü içeren bir sözleşme için mutlaka garanti sözleşmesidir ya da mutlaka kefalet sözleşmesidir demek yerine garanti ve kefalet sözleşmelerine ait edimlerin birlikte olduğu isimsiz bir sözleşme olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Bu görüş doğrultusunda garanti verenin def'i ve itirazlardan feragat ederek bu konuda bağımsız bir teminat verdiği, diğer hususlarla ilgili ise fer'i bir sorumluluk üstlendiği kabul edilerek sözleşmeyi geniş anlamda karma sözleşme olarak belirlemek yerinde olacaktır¹²⁹. Kanaatimizce de def'i ve itirazlardan önceden vazgeçilmesi halinde, her iki sözleşmenin de özelliğini taşıyan isimsiz bir sözleşmenin varlığını kabul etmek yerinde olacaktır. Zira ilk görüş benimsenirse bu tür bir taahhüt içeren sözleşmeyi teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek, garanti verenin aslında diğer hususlarla ilgili asıl borç ilişkisine bağımlı bir sorumluluk üstlenmek istediği varsayımında oldukça ağır sonuçlar ortaya

¹²⁷ FORRER, s. 362; GIOVANOLÌ, Art. 492, N. 14a; KLEİNER, s. 46, 79-80; SCYBOZ, s. 385; ZOBL, s. 34; ARAL, Özel, s. 426-427; ARAL, Teminat, s. 139-140; BARLAS, Kredi Kartı, s. 959-960; CANPOLAT/TOPUZ, s. 64-65; KAHYAOĞLU, s. 36-37; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 76-77; TANDOĞAN, s. 824; TEKİNALP, s. 523

¹²⁸ GIOVANOLÌ, N. 492, N. 14a ; REİSOĞLU, Garanti, s. 110

¹²⁹ Geniş anlamda karma sözleşme olarak kabul edilmesi sözleşmelerden kefalet sözleşmesinin yasa düzenlenmiş bir sözleşme olmasına karşın garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 370 dipnot 845

çıkacaktır. Böyle bir taahhüdün TBK md. 582/f.3'deki düzenleme kapsamında geçersiz sayılması ise sözleşmenin niteliğini belirlemede herhangi bir rol oynamayacaktır. Zira garanti veren temel ilişkiden tamamen bağımsız bir sorumluluk altına girmek istemiş olabileceği gibi alacaklının ısrarları sonucunda aslında fer'i bir yükümlülük yüklenmek isterken kendisi için faydalı olabilecek def'i ve itirazlardan vazgeçmiş olabilir. Bu durumda TBK md. 582/f.3 doğrultusunda önceden yapılan feragati geçersiz sayarak aslında bağımsız bir taahhüt altına girmek isteyen garanti vereni kefil koruyucu hükümlerle himaye etmek yerinde olmayacağı gibi tersi durumda kefil olma iradesi taşıyan bir kimseyi bağımsız bir taahhüt altında bırakmak da kuşkusuz kanunun amacına ters düşecektir. Bu nedenle tarafların amacını da dikkate alarak def'i ve itirazlardan feragat etme anlamında garanti sözleşmesinin varlığını diğer hususlarda ise kefalet sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Kuşkusuz taahhütte bulunanın amacının garanti sözleşmesi değil de kefalet sözleşmesi olması durumunda, yalnızca def'i ve itirazlardan önceden feragat edilmesi hususu geçersiz sayılıp sözleşme kefalet sözleşmesi olarak varlığını sürdürecektir. Bunu belirlemek için de sözleşmedeki diğer unsurlar bir bütün halinde değerlendirilecektir.

2.3.3.2.1.3. İlk Talepte Ödeme Kaydının Bulunması Kıstası

Doktrinde aslilik-fer'ilik ayırımı için kabul edilen bir başka alt kıstasta ilk talepte ödeme kaydının bulunmasıdır. Sözleşme metninde taahhütte bulunanın, alacaklının ilk talebinde ödemede bulunacağını belirtmesinin garanti sözleşmesinin varlığına dair bir işaret olup olmadığı doktrinde tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre teminat verenin, ilk talepte ödemede bulunacağını kabul etmesi, def'i ve itirazlardan peşinen feragat ettiği anlamına gelir ve bu durum taahhüdün asli nitelikte olduğuna ve dolayısıyla sözleşmenin de garanti sözleşmesi olduğuna dair güçlü bir kanıt oluşturur¹³⁰. Yargıtay'da bu görüşü benimsemiş ve sözleşme metninde ilk talepte ödeme kaydının bulunması halinde teminat verenin def'i ve itirazlardan peşinen

¹³⁰ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 14a; ARAL, Teminat, s. 141; ARKAN, Sabih, Kredi kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003, s. 987-988 (Bundan sonra "ARKAN, Kredi Kartı" olarak anılacaktır); ARKAN, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batıder, 1992, C. XVI, S. 4, s. 63 (Bundan sonra "ARKAN, Teminat" olarak anılacaktır); KAHYAOĞLU, s. 36; TANDOĞAN, s. 824; TEKİNALP, s. 523

feragat ettiğini kabul ederek sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹³¹.
Doktrindeki diğer görüş sahipleri ise ilk talepte ödemede kaydının varlığının tek

¹³¹ T. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na kararına göre "...Taahhütleri ihtiva eden sözleşmelerde çok defa taraflardan biri, karşı tarafın vecibesini yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istemekte ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denilmektedir. Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak teccüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaat eden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiş olup, o şeyin yerine getirilmemesi halinde müspet ve karşılık mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Garanti aktinin kefaletten farkı; kefilin borcu ferî mahiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun tediyeye edilmemesi halinde tazminat vermeyi değil asıl borçluca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde; garanti veren kimsenin borcu, ferî değil müstakil niteliği taşımasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasıyla değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür. Teminat mektubunu veren banka, bir borç yüklendiğinden bu aktin borçlusu ve teminatı alan ise alacaklısı durumundadır. Sözleşme hükümlerini yerine getirme yönünden fiili taahhüt edilen üçüncü şahıs ise bu garanti sözleşmesinin taraflarından değildir. Bu garantinin geçerli olabilmesi için, bu fiilin üçüncü şahıs tarafından yapılabileceğinin düşünülmesi yeterlidir. Teminat altına alınan sonucun gerçekleşmesi halinde bu taahhüt ortadan kalkar. İçtihat aykırılığı bulunan olaylarda taşıyıcının taşıma sözleşmesinin gereklerini yerine getireceği konusu banka tarafından verilen teminat mektubu ile taşıtan lehine teminat altına alınmış, taşıma akti yerine getirilmiş, teminat altına alınan fiiller gerçekleşmiş, teminat mektubunun iadesi gerektiği halde verilmediğinden, bu mektubun geri verilmesi hakkında dava açılmıştır. Davada taşıtan zamanasını definde bulunmuştur. Çözümlemesi gereken konu; teminat mektubunu taşıyıcıya iade etmeyen davalı taşıtanın Türk Ticaret Kanununun 767 ve kaldırılan 865 sayılı Ticaret Kanununun 889. maddelerine dayanmak suretiyle zamanasını definde bulunup bulunamayacağı ve böyle bir konuda sözü edilen zamanasının uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde toplanmaktadır. Taşıma sözleşmesinin tarafları (taşıtan) ve (taşıyıcı); teminat mektubu ile taahhüt edilen garanti aktinin tarafları ise (taşıtan) ile (Banka) dır. Kendi fiili taahhüt edilen taşıyıcı, yaptığı banka muamelesinden dolayı banka ile bu konuda bir anlaşmaya girmiş ve o anlaşmaya uygun olarak komisyon ödemiş ve karşı garanti göstermiştir. Taşıma aktinin ifası sonunda bu mektubu alıp bankaya iade edecek, ona karşı mükellefiyetlerinden kurtulacaktır. Bu durumlar, banka teminat mektubunun taşıtana verilmesi ve bankanın taşıyıcının fiilini taahhüdü, taşıma aktinin dışında ve ondan tamamıyla ayrı olduğunu göstermektedir. Teminat mektubunun bankadan taşıyıcı tarafından alınıp taşıtana verilmesi fiili ne bu akte ve ne de mektubun taşıyıcı tarafından iadesinin istenilmesi olayına taşıma akti vasfını vermez. Bu itibarla teminat senedinin iade edilmesine dair davada Türk Ticaret Kanununun 767. ve değiştirilen Ticaret Kanununun 889. maddelerinde gösterilen zamanasını tatbik edilemez. Borcun ödenmesi üzerine borçlu senedin geri verilmesini veya iptalini istemek hakkına sahiptir. Garanti edilen neticenin tahakkuk etmiş olması halinde dahi durum aynıdır. Garanti alanın, taahhüdünü muhtevi mektubu veren bankaya veya ona iade edilmek üzere fiili taahhüt edilen kimseye iade etmesi lazımdır. Bu mektubun iade edilmemesi üzerine açılan dava, bir alacak davası olmayıp bir belgenin iadesi veya bu belgenin hükmünü kaybetmiş olması itibarıyla iptali davasıdır. Böyle bir davada iade hükmü ile iptal hükmü arasında bir farklılık düşünülemez. Elinde bu belgeyi tutan yani garanti alan, taahhüt edilen fiilin tamamen yerine getirilmediğini beyanla savunmada bulunabilir. Muhtevasının hükmü kalmadığından bahisle iadesi veya iptali istenilen bir belgeyi elinde tutan tarafın aleyhine açılan davada davacının o belgeyi geri istemekte hukuki yararı bulunduğu müddetçe zamanasını itirazı ileri sürülemez. Esasen hakimin vereceği iade veya iptal kararı o belgenin yerini alacağından ve belgenin maddi bir değeri bulunmadığından zamanasını söz konusu olamaz". Karar için bkz. RG. T. 5.4.1968, S. 12867
T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6 sayılı başka bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ise şu şekildedir: "Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına

başına def'i ve itirazlardan feragat anlamına gelmeyeceğini, ödemenin gecikmeksizin yapılacağını ifade etmek için de kullanılmış olabileceğini ve bu nedenle bu tür bir kaydın hem kefalet sözleşmesi hem de garanti sözleşmesinde bulunmasının mümkün olduğunu ileri sürmüşlerdir¹³².

Fikrimizce ilk talepte ödeme kaydının bulunması iki anlama gelmektedir. Buna göre böyle bir kayıt koşulsuz şartsız, herhangi bir haklılık durumu ileri sürmeden ödemede bulunulacağı anlamına gelebileceği gibi ödeme talep edildiği anda gecikmeksizin ifada bulunulup sonradan haklılığı ileri sürmek suretiyle yapılan ödemenin iadesini talep etme şeklinde de gerçekleşebilir. Görüldüğü gibi ikinci olasılıkta teminat verenin amacı, alacaklıya edimin ifası konusunda herhangi bir gecikme olmayacağını taahhüt etmek ve sahip olduğu def'i ve itirazları ifadan sonra ileri sürmektir. Bu durumda teminat verenin def'i ve itirazlardan peşin olarak feragat ettiğini söylemek ve sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek yanlış bir tutum olacaktır. Ancak teminat verenin ilk talepte ödeme kaydı haricinde def'i ve itirazlardan da önceden feragat ettiğini belirtmesi kuşkusuz garanti sözleşmesinin varlığını kabul etmek konusunda çok önemli göstergeler olacaktır. Fakat yalnızca ilk talepte ödeme kaydının varlığı, sözleşmenin kefalet mi yoksa garanti mi olduğu konusunda yeterli bir kıstas olarak düşünülemez.

2.3.3.2.2. Teminat verenin özel menfaatinin bulunması kıstası

çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmi olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akte dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibariyle Borçlar Kanununun 110. maddesinde sözü edilen 3. şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3. şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine, 11.6.1969 tarihinde yapılan birinci görüşmede oyçokluğuyla karar verilmiştir.” Karar için bkz. RG. T. 3.10.1969, S. 13317

¹³² GUGGENHEIM, s. 149; BARLAS, Kredi Kartı, s. 961; BARLAS, Teminat Mektupları, s. 37; CANPOLAT/TOPUZ, s. 65; KOCAMAN, Arif, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1990, C. XV, S. 3, s. 61 (Bundan sonra “KOCAMAN, Banka” olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 36-37. Bir başka görüşe göre ise ilk talepte ödeme kaydının varlığı, sözleşmenin garanti sözleşmesi olması yönünde zayıf bir gösterge olarak düşünülmeli ve tek başına bu kritere göre karar vermek yerine başka kriterlerden yararlanılmalıdır. KLEİNER, s. 52-54.

Aslilik-fer'ilik kıstasından sonra kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi ayırımında yararlanılan bir diğer temel kıstas “teminat verenin özel bir menfaatinin bulunması” kıstasıdır. Bu kıstasa dayanarak yapılacak ayırım da doktrinde farklı fikirlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre teminat verenin teminat vermekte özel bir menfaatinin bulunması kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında yararlanabilecek önemli bir kıstastır. Bu fikir doğrultusunda garanti sözleşmesinde garanti verenin amacı, garanti alanı belli bir düşünceye sevk etmek ve çoğu zaman özel bir menfaatinin bulunduğu hareket tarzına yönlendirmektir. Kefalet sözleşmesinde ise kefilin kefil olmakta bu şekilde özel bir menfaati bulunmamakta hatta çoğu kez hatır ilişkisi ya da kişisel yakınlıklar sebebiyle kefalet verilmektedir. Bu nedenle garanti verenin teminat vermekte özel bir menfaati bulunuyorsa bu durum garanti sözleşmesinin varlığına dair önemli bir işaret olmaktadır. Teminat verenin özel bir menfaatinin bulunmaması ise sözleşmenin kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmesini gerektirir¹³³.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise teminat verenin özel bir menfaatinin bulunması kıstası kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında başvurulacak bir kıstas olamaz. Teminat vermekte özel bir menfaatin bulunması yalnızca garanti verene özgü bir durum değildir. Aynı şekilde kefilin de kefil olmakta şahsi bir menfaatinin bulunması mümkündür. Bu nedenle, teminat verenin herhangi bir menfaatinin olması sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaz¹³⁴.

Bu konudaki bir diğer görüş ise her iki görüşü birleştirici niteliktedir. Buna göre teminat verenin özel bir menfaatinin bulunması garanti sözleşmesi lehine önemli bir göstergedir. Ancak bu kıstas tek başına değerlendirilmemeli başka kriterlerden de yararlanılmalıdır. Sözleşmenin kefalet mi garanti mi olduğu konusunda diğer kıstasların yetersiz kalması durumunda yardımcı kıstas olarak teminat verenin özel bir menfaatinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır¹³⁵.

¹³³ BECKER, Art. 111, N. 17; FORRER, s. 362; HONSELL, s. 378; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 77; KAHYAOĞLU, s. 39-40

¹³⁴ GUGGENHEİM, s. 149; KLEİNER, s. 60vd; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 50; ARAL, Teminat, 142

¹³⁵ BARLAS, Kredi Kartı, s. 962; REİSOĞLU, Garanti, s. 81-82; REİSOĞLU, Kefalet, s. 131 TANDOĞAN, s. 828

Başka bir görüşe göre özel menfaat kıstasına çok fazla anlam yüklemek doğru olmayacaktır. Zira bankalar gibi kişisel teminat veren kuruluşlar, müşterilerinden komisyon alarak ya da bazen almayarak teminat verebilmektedirler. Kişisel teminat veren bir kuruluşun, sadece bu teminatı vermekte herhangi bir özel menfaatinin olmaması, sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel olmamalıdır¹³⁶. Teminat verenin özel menfaatinin ancak temel borç ilişkisinin kurulmasına yönelik bir çıkar olması durumunda garanti sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Teminat veren tarafından yalnızca komisyon alınması durumunu özel bir menfaat olarak nitelendirmek doğru değildir¹³⁷.

Kanaatimizce teminat verenin bu teminatı vermekte özel bir menfaatinin bulunması durumu kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımı için dikkat edilmesi gereken bir kriter olmakla birlikte tek başına yeterli değildir. Zira kefilin de kefil olmakta özel bir menfaatinin bulunması mümkündür. Daha öncede açıklandığı üzere kefalet sözleşmesinin ivazsız olmak gibi bir zorunluluğu yoktur. Kefilin belli bir ivaz ve sonuç olarak belli bir menfaat karşılığı kefil olması mümkündür. Kefilin kefil olmakta özel bir menfaatinin olması kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğine göre sadece menfaat kıstasına bakarak teminatın asli niteliğe sahip olduğunu kabul etmek yerinde değildir. Bu nedenle tek başına özel menfaat kıstası kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımı için yeterli olmayacaktır. Ancak diğer kıstasların yanında yardımcı kıstas olarak teminat verenin özel menfaatinin bulunup bulunmadığını araştırmak yerinde olacaktır.

2.3.3.2.3. Kişiyeye Yönelik İlgi-Sonuca Yönelik İlgi Kıstası

Doktrinde ve bazı mahkeme kararlarında¹³⁸ garanti ve kefalet sözleşmesi ayırımı için kişiyeye yönelik ilgi-sonuca yönelik ilgi kıstasından yararlanılabileceği ileri

¹³⁶ ARKAN, Kredi Kartı, s. 988-989; AKMAN, Sermet, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1675; Özen, Kefalet, s. 40

¹³⁷ ÖZEN, Kefalet, s. 40-41

¹³⁸ YHGK, T. 4.7.2001, E. 2001/19-534, K. 2001/583 sayılı kararına göre "... Ana kıstasların dava konusu sözleşmeye uygulanmasına gelince; yukarıda da değinildiği üzere Davalının garanti beyanı kredi kartı sözleşmesinin hemen altına alınmış ve bu beyanın başlangıcında da kredi sözleşmesine yollama yapılarak bu sözleşmeden doğan ve doğacak borçlar için davalıdan teminat beyanı alınmış olmakla, garanti beyanı asli unsur olmaktan çıkmış, ferî nitelik yani kefalet amacına yönelik olduğu itibarıyla borçluya verilmiş bulunmaktadır. Keza, bu beyanın genel anlamından teminat verenin bağımsız

sürülmüştür. Bu görüşe göre kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun kişiliğini dikkate alarak sorumluluk altına girmekte yani kefil olmaktadır. Garanti sözleşmesinde ise garanti veren, asıl borçlunun kişiliğini geri planda tutarak belirli bir sonucun gerçekleşmesi için teminat vermektedir. Başka bir deyişle kefilin kefil olmasının amacını borçlunun kişiliği oluştururken, garanti sözleşmesinde garanti verenin amacı bir sonucun gerçekleşmesidir. Bu doğrultuda teminatın bir şahıs dikkate alınarak verilmesi durumu kefalet sözleşmesinin, bir sonucun gerçekleşmesi için verilmesi hali ise garanti sözleşmesinin varlığına işaret olarak kabul edilebilecektir¹³⁹.

Kişiye yönelik ilgi-sonuca yönelik ilgi kıstası doktrinde kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımı için yeterli bulunmayarak eleştirilmiştir. Buna göre garanti sözleşmesinde teminat veren bir sonucun gerçekleşmesi için teminat vermekle birlikte asıl borçlunun kişiliğini de dikkate almaktadır. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun şahsına dikkat ederek sorumluluk almakta ama aynı zamanda alacaklının ifaya olan menfaatini sağlamayı üstlenerek belirli bir sonuca yönelik hareket etmektedir. Bu nedenle kişiye-sonuca yönelik ilgi unsuru hem garanti hem de kefalet sözleşmesinin içinde barınmaktadır¹⁴⁰.

Fikrimizce de garanti ve kefalet sözleşmesi ayırımı için kişiye-sonuca yönelik ilgi kıstası yeterli bir kıstas değildir. Garanti sözleşmesinde garanti verenin tamamen sonuca yönelik amacı olduğunu ve borçlunun kişiliğini hiç dikkate almadığını söylemek yerinde olmaz. Zira garanti veren kefile nazaran çok daha ağır bir

bir borç değil, kredi kartı müşterisi asıl borçlunun sorumluluğu yüklenilmiş olmakla, ikinci ana kıstas bakımından da bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Diğer bir ana kıstas olan, teminat veren kimsenin bu sözleşmeyi yapmakta menfaati olduğu belirlenemediği gibi, bu husus davacı bankaca da ileri sürülüp kanıtlanabilmiş değildir. Nihayet, kişiye yönelik teminat verme amacı gerek sözleşme, gerekse garanti beyanından açıkca anlaşılmaktadır. Zira, verilen teminat, kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu Hüseyin isimli kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. BK.nun 18. maddesi uyarınca da davalının bu iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir.” Karar için bknz. www.kazanci.com

¹³⁹ GUGGENHEIM, s. 52-53; REİSOĞLU, Kefalet, s. 132-133; REİSOĞLU, Garanti, s. 82 vd; YÜCE, s. 82. Özel ya da idari kuruluşlar tarafından verilen öğrenim kredileri için öğrencinin eğitimini tamamlayacağına ve sonrasında mecburi hizmette bulunacağına dair alınan teminatların niteliğinin, kişiye yönelik ilgi olması sebebiyle kefalet olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. REİSOĞLU, Kefalet, s. 133-134

¹⁴⁰ BARLAS, Kredi Kartı, s. 963

sorumluluk altına girmektedir ve böyle bir durumda borçlunun kişiliğine bakmadan yalnızca sonuca yönelik hareket ettiğini kabul etmek oldukça zordur. Bu nedenle fikrimiz bu kıstasın ayırım için yeterli olmayacağı yönündedir.

2.3.3.2.4. Aynen İfa Yükümlülüğü – Tazminat Ödeme Yükümlülüğü Kıstası

Aynen ifa yükümlülüğü-tazminat ödeme yükümlülüğü kıstası kefalet ve garanti sözleşmesi için doktrinde ileri sürülen bir başka kıstastır. Bu kıstası savunanlara göre kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda asıl borç ilişkisindeki ifayı yerine getirmekle yükümlüken başka bir deyişle aynen ifa yükümlülüğü varken, garanti sözleşmesinde garanti veren ifanın gerçekleşmemesi durumunda aynen ifa değil tazminat ödeme borcuyla yükümlüdür. Bu nedenle teminat verenin taahhüdü asıl borcun ifasına yönelikse kefalet sözleşmesi, yalnızca tazminat ödemeyi kapsıyorsa garanti sözleşmesi vardır¹⁴¹.

Bu görüş doktrinde herşeyden önce kefalet sözleşmesinin temel özelliklerine aykırı bulunarak eleştirilmiş ve ayırımda kabul edilemeyecek bir kıstas olduğu ileri sürülmüştür¹⁴². Kanaatimizce de aynen ifa yükümlülüğü-tazminat ödeme yükümlülüğü kıstası kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımında kullanılabilecek bir kıstas değildir. Kefalet sözleşmesinde kefil, borcun ifa edilmemesi halinde o borcu yerine getirmeyi değil o borçtan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir. Aynen ifa yükümlülüğü kefalet sözleşmesinin özüne aykırı bir durumdur. Kefilin borcu, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olmak kaydıyla, her zaman için bir para borcudur. Nitekim EBK md. 483'deki çeviri yanlışlığı düzeltilerek, kefilin aynen ifa ile yükümlü olmadığı TBK md. 581'de hüküm altına alınmıştır.

¹⁴¹ BECKER, Art. 111, N. 4

¹⁴² GIOVANOLÌ, Art. 492, N. 10, 13b; GUGGENHEİM, s. 50-52; SCYBOZ, s. 386; BARLAS, Kredi Kartı, s. 964; CANPOLAT/TOPUZ, s. 66-67; REİSOĞLU, Kefalet, s. 127; REİSOĞLU, Garanti, s. 72-73; TANDOĞAN, s. 829-830; TEKİNALP, s. 524.

2.3.3.3. Yan Kıstaslar

2.3.3.3.1. Müteselsil Sorumluluk Üstlenme Kıstası

Teminat verenin asıl borçluyla beraber müteselsilen sorumlu olduğunu dair ibareler kullanması durumunda taahhüdün, garanti sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği doktrinde ifade edilmektedir¹⁴³. Zira garanti sözleşmesinde müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Farklı kriterlere bakarak teminatın garanti sözleşmesi olduğu sonucuna varılamıyorsa o takdirde sözleşmenin müteselsil kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir. Zira garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumluluğu aslidir ve asıl borçluyla birlikte müteselsilen sorumlu olması söz konusu değildir¹⁴⁴.

2.3.3.3.2. Rücu Hakkıyla ilgili Özel Düzenleme Yapılması Kıstası

Teminat verenin rücu hakkını alacaklı tamamen tatmin edildikten sonra kullanacağını taahhüt etmesi ya da rücu hakkına ilişkin benzer nitelikteki düzenlemeler bulunması durumu kefalet sözleşmesi lehine bir göstergedir. Rücuya ilişkin bu tarz düzenlemelerin asli nitelikteki garanti sözleşmesiyle bağdaşmayacağı dikkate alınırsa temel bir kıstas olmamakla birlikte yan kıstas olarak düşünülebilir¹⁴⁵.

2.3.3.3.3. Belirli Belgelerin İbrazı Halinde Ödeme Yapılacağıın Kararlaştırılması Kıstası

Sözleşme metninde teminat alanın edimin ifa edilmediğini gösteren bir belgeyi ibraz etmesi üzerine, teminat veren tarafından ödemedede bulunulacağı kararlaştırılmışsa ortada bir garanti sözleşmesinin bulunduğunu söylemek mümkün olabilecektir. Zira kefalet sözleşmesinde böyle bir taahhüdün bulunması kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırı bir durum olacaktır. Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğuna

¹⁴³ Burada dikkat edilmesi gereken nokta müteselsilen sorumluluk üstlenmenin asıl borçluyla birlikte olmasıdır. Zira garanti sözleşmesinde birden çok teminat verenin kendi aralarında müteselsilen sorumlu olacaklarını kararlaştırmaları mümkündür. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 38 dipnot 83

¹⁴⁴ GUGENHEİM, s. 148; BARLAS, Kredi Kartı, s. 964-96; KAHYAOĞLU, s. 38; ÖZEN, Kefalet, s. 37; TANDOĞAN, s. 826

¹⁴⁵ KLEİNER, s. 88; BARLAS, Kredi Kartı, s. 964-965; CANPOLAT/TOPUZ, s. 67; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 77; TURAN, s. 39

gidebilmek için yalnızca edimin ifa edilmemiş olması yeterli olmamakta ayrıca asıl borcun geçerli olup olmadığı ya da asıl borçlunun ödeme yapmaktan kaçınmasını sağlayan ve kefilin de yararlanabileceği def'i ve itirazlar devreye girmektedir. Oysa teminat verenin edimin ifasının gerçekleşmediğine ilişkin bazı belgelerin ibrazını, teminat alana ödemedede bulunmak için yeterli görmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız bir taahhüt altına girmek istediğine işaret etmektedir¹⁴⁶. Bu nedenle taahhüt metninde yer alan bu tür ifadeler garanti sözleşmesi lehine düşünülmesi gereken kriterler olarak kabul edilebilir.

2.3.3.3.4. Edimin Kusurlu Olarak Yerine Getirilmemesi Kıstası

Taahhütte bulunanın sorumluluğunun, ancak borçlunun kusurlu olarak edimi ifa etmemesi halinde söz konusu olacağı şeklinde bir ibarenin bulunması yan kıstas olarak kefalet lehine bir işaret teşkil eder. Öncelikle kefilin sorumluluğunun kapsamına borçlunun kusurlu hareketlerinin sonuçları da girmektedir. Böyle bir ibarenin varlığı tarafların teminat verenin borca aykırılıktan sorumlu olmasını istediklerini göstermektedir. Borca aykırılık kurumunun uygulanması da ancak geçerli bir borcun bulunması halinde söz konusu olabilecektir¹⁴⁷. Başka bir deyişle sözleşme metninde yer alan böyle bir şart asıl borç ilişkisine bağımlı bir durum yaratmaktadır. Garanti sözleşmesi ise temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Bu nedenle borçlunun kusuru sonucu edimin yerine getirilmemesi halinde taahhütte bulunanın sorumlu olacağını ilişkin bir şartın varlığı, kefalet sözleşmesi lehine düşünmeyi mümkün kılmaktadır.

2.3.3.3.5. Kefalet Sözleşmesine Özgü Def'ilerden Vazgeçilmesi Kıstası

Sözleşme metninde taahhütte bulunanın peşin dava def'i ve bölme def'i gibi bazı kefile özgü def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmeyeceğini beyan ederek bu def'ilerden vazgeçmesinin sözleşmeyi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmeyi mümkün kılacağı

¹⁴⁶ GUGGENHEİM, s. 148; BARLAS, Kredi Kartı, s. 966; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 251 vd.; KAHYAOĞLU, s. 35; ÖZEN, Kefalet, s. 34-35; TANDOĞAN, s. 825

¹⁴⁷ KLEİNER, s. 55; BARLAS, Kredi Kartı, s. 966-967; ÖZEN, Kefalet, s. 38; TANDOĞAN, s. 827

ileri sürülmüştür¹⁴⁸. Buna göre adi kefalette alacaklının borçluyu dava ve takip etmeden adi kefilin sorumluluğuna gitmesini önleyen peşin dava def'i ve adi birlikte kefalette kefillere payına düşenden fazlası için başvurulamamasını sağlayan bölme def'i gibi yalnızca kefalet sözleşmesinde bulunan def'ilerden önceden vazgeçilmesi tarafların kefalet sözleşmesi kurma amacında olduğunu göstermektedir.

Öncelikle TBK md. 582/f.3 gereğince kanundan farklı bir anlam çıkmadıkça kefil, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez. Böyle bir durumda kefilin vazgeçmeye ilişkin taahhüdü geçersiz sayılacaktır. Ancak kefilin tartışma ya da bölme def'i gibi savunmalardan önceden feragat etmesine dair taahhüdünün geçersiz sayılması halinin sözleşmenin nitelendirilmesine engel olmaması gerekir. Zira amaç sözleşmenin kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğunu belirlemektir. Fakat tartışma ve bölme def'i gibi def'iler kefalet sözleşmesine özgü savunma vasıtaları olmakla birlikte müteselsil kefilin yararlanabileceği def'iler değildir. Bu durumda ayırım yalnızca adi kefalet ve garanti sözleşmesini kapsayacaktır. O halde bu kıstastan yararlanarak sözleşmenin müteselsil kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğunu belirleyebilmemiz için müteselsil kefalet sözleşmesine özgü def'ilerden feragat edilip edilmediğinin araştırılması gerekir. Müteselsil kefilin EBK md. 487'deki düzenleme sebebiyle EBK zamanında peşin dava def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanması söz konusu değilken TBK md. 586/f.2'de¹⁴⁹ getirilen yeni düzenlemeyle rehnin paraya çevrilmesi def'inden kısmen yararlanması mümkün olmaktadır. Buna göre alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınması durumunda müteselsil kefil rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilecektir. Kefalet sözleşmesine özgü def'ilerden vazgeçilmesi kıstası doğrultusunda, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınması halinde teminat verenin rehnin paraya çevrilmesi def'inden önceden feragat ettiğini taahhüt etmesi, sözleşmenin müteselsil kefalet sözleşmesi

¹⁴⁸ GUGGENHEİM, s. 148; KLEİNER, s. 52; BARLAS, Kredi Kartı, s. 967; KAHYAOĞLU, s. 39; ÖZEN, Kefalet, s. 37-38; TANDOĞAN, s. 827. Ancak böyle bir durumun bütün def'i ve itirazlardan feragat ve özellikle asıl borç ilişkisine ilişkin savunma vasıtalarından vazgeçilmesi anlamına gelmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Zira aksi durumda kefalet sözleşmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Bknz. BARLAS, Kredi Kartı, s. 967; TANDOĞAN, s. 827

¹⁴⁹ TBK md. 586/f.2'deki düzenlemeye göre "Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. Ancak alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehnin paraya çevrilmesi paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir".

olarak nitelendirilmesine imkan tanıyacaktır. Daha önce de belirtildiği gibi bu taahhüt TBK md. 582/f.3 bağlamında geçersiz sayılacak olmasına karşın sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine yardımcı olacaktır.

2.3.4. Kefalet Karinesi

Garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesi ayırımında kullanılan genel yorum ilkelerine ve tüm temel ve yan kıstaslara rağmen net bir sonuç alınamaması halinde, sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğu karine olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰. Ancak kefalet sözleşmesinin neden karine olarak kabul edileceğine ilişkin doktrinde farklı fikirler görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden bir tanesi kefalet karinesinin temelini teminat verenin alacaklı karşısında daha güçsüz durumda olmasına dayandırmaktadır. Buna göre kefalet karinesinin kabul edilmesi taahhütte bulunan kimse için kefil koruyan hükümlerin uygulanmasını sağlayacak ve bu durum teminat verenin garanti sözleşmesine nazaran daha elverişli bir konumda olmasını sağlayacaktır¹⁵¹.

Bir diğer görüş ise kefalet karinesinin kabul edilme gerekçesini, kanunun kefalet sözleşmesi için öngördüğü emredici nitelikteki düzenlemelerin bertaraf edilmesini engellemek amacına dayandırmaktadır. Bu görüşe göre taahhütte bulunanın alacaklı karşısında özel olarak korunmasını gerektiren herhangi bir düzenleme yoktur. Yükümlülük altına girenin her zaman için ekonomik yönden alacaklıdan daha zayıf durumda olacağına dair bir kural yoktur. Başka bir deyişle hakkaniyet ilkesinin mutlaka yükümlülük altına gireni korumayı gerektirmesi söz konusu değildir. Kaldı ki teminat verenin gerçek kişi değil de örneğin bir banka olması durumunda gerçek kişi olan alacaklı yerine bir bankayı korumak adalet anlayışıyla bağdaşmaz. Ancak şüphe halinde kefalet karinesinin kabul edilmesi, tarafların kefalet sözleşmesine ilişkin şekil, ehliyet gibi emredici nitelikteki geçerlilik koşullarını dolanmalarına

¹⁵⁰ BECKER, Art. 111, N. 17; BUCHER, s. 289; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 14c; GUGGENHEİM, s. 150; ARAL, Teminat, s. 143; BARLAS, Kredi Kartı, s. 967; CANPOLAT/TOPUZ, s. 67; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 276; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 74-75; ÖZEN, Kefalet, s. 41; REİSOĞLU, Garanti, s. 88; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134; TANDOĞAN, s. 832

¹⁵¹ KOCAMAN, Banka, s. 64; KOCAMAN, Kişisel Teminat, s. 74-75; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 410; REİSOĞLU, Garanti, s. 88; TEKİNAY, s. 237

engel olur¹⁵². TBK md. 603'deki düzenleme gereğince artık kefaletin şekli, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasıyla ilgili hükümler gerçek kişilerce kişisel teminat verilmesine ilişkin diğer sözleşmelere de uygulanacağından, bu görüş taraftarlarınca ileri sürülen kefaletin emredici düzenlemelerinin bertaraf edilmesini engellemek amacıyla kefalet karinesinin kabul edilmesi gerekçesi anlamını yitirmiş bulunmaktadır. Hatta TBK md. 603'deki düzenleme sebebiyle artık kefalet karinesinin reddedilebileceği de ileri sürülmektedir¹⁵³.

Başka bir düşünceye göre ise gerçek kişiler tarafından verilen teminatlarda kuşku halinde kefalet sözleşmesi karinesini kabul etmek, uluslararası nitelikteki işlemler sebebiyle verilen teminatlarla bankalar tarafından ortaya konulan taahhütlerde ise karineyi garanti sözleşmesi lehine düşünmenin daha yerinde olacağı belirtilmektedir¹⁵⁴.

Fikrimizce de son görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira gerçek kişilerin sözleşmeyi nitelendirmede hataya düşmesi ya da gerçek iradelerini net bir şekilde ortaya koyamamaları oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bunun dışında tarafların amacının kefalet sözleşmesinin emredici nitelikteki geçerlilik koşullarını bertaraf etmek olması halinde ise TBK md. 603'deki düzenleme bu duruma engel olacaktır. Bu nedenle gerçek kişiler bakımından, sözleşmenin nitelendirmesinin hiçbir şekilde yapılamaması halinde kefalet karinesinin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Ancak sözleşmenin taraflarının gerçek kişiler olduğu her durum için kefalet sözleşmesi karinesinin varlığını kabul etmek fikrimizce doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Kanaatimizce somut olaya bakılarak karar verilmeli ve garanti verenin bu konularda uzman bir kişi olduğuna kanaat getirilebiliyorsa o takdirde garanti sözleşmesi lehine karine kabul edilmelidir. Bankalar ve uluslararası nitelikteki ticari kuruluşlar gibi işin uzmanı sayılan kurumlar tarafından verilen garantilerde ise

¹⁵² AKMAN, s. 1676; BARLAS, Teminat Mektupları, s. 39; TANDOĞAN, s. 832

¹⁵³ ÖZEN, Kefalet, s. 42

¹⁵⁴ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 14c; ZOBL, s. 35; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 283; ÖZEN, Kefalet, s. 42-43. Garanti sözleşmesi lehine karinenin banka ya da uluslararası ticari kuruluşlar aleyhine de bir durum oluşturmayacağı, aksine söz konusu kuruluşların hem ağır rekabet ortamında kendi müşterilerinin güvenini kaybetmeden komisyon almalarını sağlayacağı hem de garanti sözleşmesinin bağımsız yapısı sebebiyle alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkiden uzak kalarak tarafsız olmalarını sağlayacağı için tercih edebilecekleri ifade edilmektedir. Bknz. DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 282-283

garanti sözleşmesi lehine karineyi uygulamak gerekir. Zira bu tür kuruluşların bilgi ve tecrübesi göz önüne alınırsa sözleşmeyi nitelendirmede hatayı düşmeleri sıklıkla rastlanabilecek bir durum değildir. Böyle bir durumda söz konusu kuruluşlar bakımından asli bir taahhüdün varlığını kabul etmek hakkaniyete daha uygun olacaktır.

2.4. AVALDEN FARKI

2.4.1. Genel Olarak Aval

Ticaret Hukukuna özgü bir kurum olan aval, TTK md. 700-702 arasında düzenlenmiştir. Genel olarak aval, poliçe hamilinin haklarını garanti altına almasını sağlayan bir kişisel teminat türüdür¹⁵⁵. Aval kişisel teminat olması sebebiyle kefaletle benzetilmekle beraber kefalet sözleşmesi ile arasında farklar bulunmaktadır.

2.4.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Avalden Ayırt Edilmesi

Her borç türü için müteselsil kefalet sözleşmesi yapmak mümkün olduğu halde aval yalnızca ticari senetlerden doğan borçlar için verilebilir¹⁵⁶.

Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu asıl borca bağımlı yani fer'i bir yükümlülük iken aval verenin sorumluluğu lehine aval verdiği kimsenin borcundan bağımsızdır. TTK md. 702/f.2¹⁵⁷ hükmüne göre aval verenin teminat altına aldığı borcun, şekil eksikliği dışında bir sebepten geçersiz olması halinde dahi aval verenin taahhüdü geçerli olacaktır. Bu doğrultuda avale konu olan asıl borcun, şekil eksikliği dışında bir sebeple geçersiz olması örneğin lehine aval verilen kimsenin imzasının

¹⁵⁵ BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 78; DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990, s. 214; ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012, s. 168; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013, s. 207; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Aslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 169

¹⁵⁶ GÜRAL, Jale, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, Y. 1951, Sayı 3-4, s. 436-437; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134

¹⁵⁷ TTK md. 702/f.2'ye göre "Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir".

sahte olması ya da bu kimsenin hiç mevcut olmaması gibi durumlar aval verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Buna karşılık avale konu olan poliçe, bono ya da çekin zorunlu şekil kurallarına aykırı tanzim edilmesi halinde aval veren sorumluluktan kurtulacaktır¹⁵⁸. TTK md. 702/f.2'deki düzenlemeden çıkan sonuca göre aval veren senedin şeklen geçersizliğine ait savunma sebebinin ileri sürebilirken, avale konu olan borca ait diğer def'i ve itirazlardan yararlanması mümkün değildir¹⁵⁹. Oysa müteselsil kefil, asıl borç ilişkisine ait bütün def'i ve itirazlarla asıl borçlunun kişisel savunma sebeplerini de alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir.

TBK md. 155/f.2¹⁶⁰ hükmü gereğince zamanaşımının asıl borçluya karşı kesilmesi kefile karşı da kesilmiş sayılır. Oysaki TTK md. 751/f.1'deki¹⁶¹ düzenlemeye göre aval verilen kimse için zamanaşımının kesilmesi, aval veren kimse için zamanaşımı kesilmesi sonucunu doğurmaz¹⁶².

Müteselsil kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil, alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olup bunu borçluya rücu etme hakkına sahiptir. Avalde ise ödeme yapan aval veren, halefiyetten yararlanamaz. Ancak yaptığı ödeme için lehine aval verdiği kimse veya bu kimseye karşı sorumlu olan kişilere, kıymetli evrak hukukuna özgü bağımsız bir rücu hakkına dayanarak başvurabilir¹⁶³.

¹⁵⁸ ARAL, Özel, s. 428; BAHTİYAR, s. 82; DOMANIÇ, s. 218; İPEKÇİ, Nizam/İLBULDU, Nedret, Türk Ticaret Yasasında Aval, İstanbul 1999, s. 14; ÖZEN, Kefalet, s. 45; POROY/TEKİNALP, s. 211; REİSOĞLU, Kefalet, s. 134; TANDOĞAN, s. 713; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 172. TTK md. 702/f.1'de (ETTK md. 614/f.1) ise "Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre ise aval veren, asıl borçlu gibi sorumlu olacağına göre asıl borçluya ait def'i ve itirazlardan yararlanma imkanına sahip olacaktır. Bu hükmün TTK md. 702/f.2'deki (ETTK md. 614/f.2) hükümlerle çelişmesi ise doktrinde aval verenin, lehine aval verdiği kimsenin alacaklısıyla olan ikili ilişkideki savunma sebeplerinden yararlanabileceği ancak iyi niyetli diğer senet alacaklılarına karşı bu sebeplere dayanarak geçersizlik ileri süremeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır. Bknz. TANDOĞAN, s. 714

¹⁵⁹ ÖZTAN, s. 169; POROY/TEKİNALP, s. 207

¹⁶⁰ TBK md. 155/f.2'ye göre "Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur".

¹⁶¹ TTK md. 751/f.1'deki düzenlemeye göre "Zamanaşımını kesen işlem, kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder".

¹⁶² ÖZEN, s. 46; TANDOĞAN, s. 716

¹⁶³ ARAL, Özel, s. 428; ÖZEN, s. 46; POROY/TEKİNALP, s. 207; REİSOĞLU, Kefalet, s. 136; TANDOĞAN, s. 715; YAVUZ, N., Kefalet, s. 33; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 660

TBK md. 135/f.1¹⁶⁴ gereğince alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle borcun sona ermesi, kefalet sözleşmesinin asıl borca bağımlı yapıda olması nedeniyle, müteselsil kefalet sözleşmesinin de sona ermesi sonucunu doğurur. Buna karşılık avalde, aval verenin borcu devam eder¹⁶⁵.

Kefalet sözleşmesi metninde kefil, müteselsil kefil olduğunu kendi el yazısıyla belirtmemişse, ticari borçlar haricinde, kefalet türünün adi kefalet olduğu kabul edilir. Avalde ise aval veren, diğer poliçe borçlularıyla birlikte müteselsilen sorumlu olur¹⁶⁶.

MK md. 449'a¹⁶⁷ göre vasinin vesayet altındaki kişi adına kefil olması yasak işlemlerdendir. Oysa MK md. 462/5. Bent¹⁶⁸ uyarınca vasi, sulh hâkiminin iznini alarak aval verme hakkına sahiptir¹⁶⁹.

Aval için öngörülen şekil kuralı, TTK md. 701'de¹⁷⁰ düzenlenmiştir. Buna göre aval şerhinin poliçe veya alonj üzerine yazılması gerekmektedir. Müteselsil kefaletin ise asıl borç senedinde gösterilme zorunluluğu yoktur. Asıl borç senedinde müteselsil kefalet yer alabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak yapılması da mümkündür. Avalde muhatabın veya keşidecinin imzaları haricinde, poliçenin üstüne atılan her imza aval şerhi sayılmaktadır¹⁷¹. Ancak kefalet sözleşmesinin geçerlilik koşullarına

¹⁶⁴ TBK md. 135/f.1 'deki düzenlemeye göre "Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer".

¹⁶⁵ ÖZEN, s. 46; REİSOĞLU, Kefalet, s. 135

¹⁶⁶ ARAL, Özel, s. 428; BAHTİYAR, s. 84; DOMANIÇ, s. 218; İPEKÇİ/İLBULDU, s. 14; ÖZTAN, s. 169; POROY/TEKİNALP, s. 207; REİSOĞLU, Kefalet, s. 135; TANDOĞAN, s. 715; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 172

¹⁶⁷ MK md. 449'daki düzenlemeye göre "Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır".

¹⁶⁸ MK md. 462/5'e göre "Kambiyo taahhüdü altına girmek için vesayet makamının izni gereklidir".

¹⁶⁹ DOMANIÇ, s. 222; KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999, s. 209; REİSOĞLU, Kefalet, s. 136. Aksi yönde bir görüşe göre ise aval verme de kefalet olarak nitelendirilmeli ve vasinin sulh hakiminin iznini alarak dahi vesayet altındaki kişi adına aval vermesi mümkün olmamalıdır. Bu görüş için bkz. DEMİRKAPI, Ertan, Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003, s. 760-761 ve s. 760 dipnot 19'da atf yapılan yazarlar.

¹⁷⁰ TTK md. 701'e göre "(1) Aval şerhi, poliçe veya alonj şerhi üzerine yazılır. (2) Aval, "aval içindir" veya bununla eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilir ve aval veren kişi tarafından imzalanır. (3) Muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. (4) Kimin için verildiği belirtilmemişse aval, düzenleyici için verilmiş sayılır."

¹⁷¹ BAHTİYAR, s. 79; DOMANIÇ, s. 219; İPEKÇİ/İLBULDU, s. 15-16; ÖZTAN, s. 173; POROY/TEKİNALP, s. 209; REİSOĞLU, Kefalet, s. 135; TANDOĞAN, s. 714-715; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 170

uyarak poliçe veya bono üzerinde de kefalet sözleşmesi kurmak mümkün olmakla birlikte¹⁷² Yargıtay uygulaması poliçe üzerindeki kefalet şerhiyle atılan imzaları aval sayma yönündedir¹⁷³.

Aval için TTK md. 701'deki şekil kuralının mı geçerli olacağı yoksa TBK md. 603'deki düzenlemenin avalu de kapsayıp kefalet sözleşmesine özgü şekil ve ehliyet kurallarının uygulaması mı gerekeceği doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Zira TBK md. 603'ün avalu de kapsadığı kabul edilirse TTK md. 701 hükmünün uygulaması ortadan kalkacak ve bunun sonucunda da poliçenin aval veren tarafından imzalanmış olması aval vermek için yetersiz olacaktır. Aksi durum düşünüldüğünde ise kefalet sözleşmesinin sıkı şekil ve ehliyet koşullarından kurtulmak amacıyla kefalet sözleşmesi yerine aval vermek kaçınılmaz olacaktır. Bu doğrultuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre TBK md. 603'ün avalu de kapsamaması gerekmektedir. Zira kanun koyucu bütün kişisel teminat sözleşmelerini TBK md. 603 kapsamına almış ve aval için herhangi bir istisna tanımamıştır. Ancak bu durum kıymetli evrakın niteliği gereği uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır¹⁷⁴.

Başka bir görüşe göre TBK md. 603 hükmü aval için uygulanmayacaktır. Zira madde gerekçesinde belirtildiği gibi TBK md. 603'ün uygulama alanını, kefil koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla alacaklı lehine başka isimler altında yapılan kişisel

¹⁷² ÖZEN, Kefalet, s. 46; REİSOĞLU, Kefalet, s. 138

¹⁷³ Yargıtay 12. HD 18.10.1999 tarih ve E. 1999/11398 K. 1999/12463 sayılı kararına göre "Müteriz borçlu İsa kambiyo senedi niteliğinde olan bonoyu kefil şerhi ile imzalamış olup aval veren durumundadır. Kefil ibaresinin konulması aval veren kişi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyeceğinden diğer borçlu ile birlikte TTK'nun 613. Maddesi (Yeni TTK md. 701) gereğince alacaklıya karşı müteselsilen borçludur. Bono niteliğinde olan kambiyo senedinin kefil adı altında imzalanması halinde adi kefalet hükümleri uygulanmaz. Borçlu itirazının reddine karar verilmek gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü isabetsizdir". Karar için bkz. BİLGİN, s. 206.

Yargıtay 12. HD 16.02.2010 tarih ve E. 2009/21276 K. 2010/3241 sayılı başka bir kararında da aval ve kefalet sözleşmesi arasındaki farklara değinerek aynı yönde karar vermiştir. Karara göre "... Aval ile kefalet hukuki içerikleri ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklı müesseselerdir. Kefalet, fer'i nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve asli bir nitelik taşır. Aval veren lehine aval verilen ileri sürebileceği ve senedin şekline ilişkin olanlardan başka geçersizlik sebeplerini def'i veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya ait kişisel def'ilerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesi lüzum olmadığı halde aval şerhi bono ve poliçenin ön yüzü dışında arka yüzünde ise mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir. Bono üzerinde "kefil" ibresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren bononun diğer borçlusunu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur..." Karar için bkz. BİLGİN, s. 210

¹⁷⁴ BARLAS, Nami, Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 230 (Bundan sonra "BARLAS, Yenilikler" olarak anılacaktır)

teminat sözleşmeleri örneğın garanti sözleşmesi gibi sözleşmeler oluşturmaktadır. Oysa aval gibi kanunda açıkça şekli ve uygulanacak hükümleri düzenlenmiş ve bir gerçek kişinin asli borçlu olarak sorumlu olduğu sözleşmeler, TBK md. 603 kapsamı dışında kalacaktır. Bu nedenle avalin şekli, TTK md. 701 hükmü doğrultusunda olmalıdır. Kefalet sözleşmesine özgü şekil kuralları, kefilin ehliyeti ve eşin rızası aval için aranmamalıdır¹⁷⁵.

Bir başka görüşe göre aval, TBK md. 603 kapsamında değerlendirildiği takdirde TTK md. 701 hükmü özel kural olarak uygulanmalıdır. Bu görüş kapsamında aval bakımından TBK md. 603 hükmünün uygulaması, sadece kefilin ehliyetine ilişkin sınırlamalar dahilinde olmalı ve buna göre de eşin rızası aval veren kimse için de aranmalıdır¹⁷⁶. Başka bir görüşte bu görüşe benzer şekilde eşin rızasının aval vermede de uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁷.

Yargıtay ise avalin şekli ve eşin rızasına ilişkin olarak TBK md. 603 hükmünün uygulanamayacağını ifade etmemektedir. Yargıtay'a göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda özel hükümler bulunması sebebiyle TBK md. 584 ve md. 603 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ BAHTİYAR, s. 80-81; REİSOĞLU, Kefalet, s. 323. Avalde eşin rızasının aranmaması gerektiği yönünde OĞUZ, Sefer, 6098 Sayılı TBK m. 584/1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, Bankacılar Dergisi, S. 86, Eylül 2013, s. 74

¹⁷⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 47 ayrıca s. 49-50

¹⁷⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 329; KIRCA, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 437-438. Aval bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin ehliyet hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirterek benzer bir sonuca ulaşan bknz. DEMİRKAPI, s. 758-759

¹⁷⁸ Yargıtay 12. HD'nin T. 4.7.2013, E. 2013/16400, K. 2013/25100 sayılı kararı şu şekildedir: "Alacaklı tarafından çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, borçlu avalistlerin Borçlar Kanunu 584. Maddesine göre eşlerinin rızası bulunmadığından takibin iptalini talep ettikleri, mahkemece avalistlerin eşlerinin yazılı izinlerinin bulunmadığı gerekçesiyle takibin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Takibe konu çekin incelenmesinde; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olup, kambiyo vasfını taşıdığı, borçluların aval veren olduğu görülmektedir. 6102 Sayılı T.T.K. nun 702 (6762 Sayılı TTK nun 614). Maddesi hükmüne göre, avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumludur. Türk Ticaret Kanunu'nda taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulu düzenlenmemiştir. Kıymetli evraklar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 3. (6762 Sayılı TTK nun 3.) maddesine göre ticari iş sayıldıklarından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Borçlar Kanunu 584. maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur". www.kazanci.com.tr. Benzer şekilde Yargıtay 12. HD'nin T. 27.6.2013, E. 2013/10055, K. 2013/24337 sayılı kararına göre "Dava, takip dayanağı senedin şirket borcu için verilen teminat senedi olduğu ileri sürülerek yapılan itiraza ilişkindir. 6098 Sayılı Türk B.K.' nun 584/1. maddesine göre; "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir, bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır."

Fikrimizce TTK md. 701 hükmünün varlığı, avalin şekli bakımından TBK md. 603 hükmünün uygulanmasını engelleyecektir. Zira aksi düşüncenin kabulü TTK md. 701 hükmünü etkisiz bırakacaktır. Üstelik kıymetli evrakın yapısı gereği, kefalet sözleşmesinin şekil kurallarını uygulamak uygulamada sorunlar çıkmasına sebep olacaktır. Ancak eşin rızası bakımından aynı sonucu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Zira ehliyetle ilişkin olarak TTK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde aval verenin eşinin rızası aranacaktır. Ancak eşin rızası bakımından kefalet sözleşmeleri için getirilen istisna aval için de kabul edilmelidir. 11.04.2013 tarihinde 28615 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 77. maddesinde Türk Borçlar Kanunu’nun 584’üncü maddesinde üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Buna göre “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz”. Bu doğrultuda kanunun kefalet sözleşmesi için öngördüğü istisna durumlarda aval verenin eşinin rızası aranmayacaktır.

Somut olayda itiraz eden borçlu bonoyu kefil olarak imzalamıştır. Bono üzerine "kefil" ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusuyla birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK’nun 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret kanununda özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde B.K.nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. Kaldı ki borçlunun bu yönde bir şikayeti olmadığı halde B.K.584. madde hükmünün mahkemece resen değerlendirilmesi de mümkün değildir. O halde mahkemece itiraz eden borçlunun itirazları incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir”.
www.kazanci.com.tr

2.5. KREDİ (İTİBAR) EMRİNDEN FARKI

2.5.1. Genel Olarak Kredi Emri

Kredi emri TBK md. 516'da¹⁷⁹ düzenlenmiştir. Kredi emri genel olarak bir vekalet sözleşmesi çeşididir. Buna göre vekalet veren (amir) tarafından verilen kredi talimatı doğrultusunda vekil (memur), kendi adı ve hesabına üçüncü bir kişi için kredi açma ya da bir krediyi yenileme yükümlülüğü altına girmekte, vekalet veren de söz konusu kredi için kefil gibi sorumlu olmaktadır¹⁸⁰. Vekilin (memur) kredi açma işleminden elde edilecek faiz ve komisyonları edinebilmesi için krediyi kendi adı adına ve hesabına açması gerekmektedir.

Kredi emrinde vekalet veren (amir) ve vekil (memur) arasında sırasıyla iki ayrı hukuki işlem bulunmaktadır. Öncelikle taraflar arasında vekalet sözleşmesi kurulur ve diğer vekalet sözleşmesi türlerinde olduğu gibi bu sözleşme herhangi bir şekle tabi değildir. Kredinin vekil (memur) tarafından üçüncü kişiye açılmasından sonra ise vekil ve vekalet veren arasında kefalet ilişkisi söz konusu olur¹⁸¹. Bu noktada vekalet veren (amir) açılan kredi için, kefil gibi sorumlu olmayı üstlenmektedir. Ancak TBK md. 516 gereğince vekalet verenin sorumluluğu sadece kredi emrinin yazılı olması halinde söz konusu olabilecektir. Yazılı kredi emrinde yalnızca vekalet verenin (amirin) imzasının bulunmasının yeterli olduğu kefalet sözleşmesinde olduğu gibi sorumluluğun üst sınırının gösterilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir¹⁸².

TBK md. 516'da vekalet verenin kefil gibi sorumlu olacağı öngörülmüştür ve buradaki sorumluluk kefalet sözleşmesinde kefil olarak sorumlu olmaktan farklı bir durumdur. Bu nedenle kredi emrinde kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması kıyas yolu ile ve kredi emrinin yapısına uygun düştüğü oranda olacaktır¹⁸³.

¹⁷⁹ TBK md. 516'daki düzenleme şu şekildedir: "Bir kimse kendi adına ve hesabına kredi emri verenin sorumluluğu altında bir üçüncü kişiye kredi açmak veya krediyi yenilemek için emir almış ve kabul etmişse, kredi emri verilen vekaletini aşmadıkça emri veren, kredi borcundan kefil gibi sorumlu olur. Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emri veren sorumlu olmaz".

¹⁸⁰ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 479; TANDOĞAN, s. 709; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 600

¹⁸¹ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 480; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 600

¹⁸² YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 601

¹⁸³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 139; TANDOĞAN, s. 710; YAVUZ/ACAR/ÖZEN s. 602

2.5.2. Mütessesil Kefalet Sözleşmesinin Kredi Emrinden Ayırt Edilmesi

Kefalet sözleşmesinde kefil fer'i bir sorumluluk yüklenirken kredi emrinde amirin yükümlülüğü asli niteliktedir¹⁸⁴¹⁸⁵. TBK md. 517'de¹⁸⁶ de kredi emrini veren amirin, lehine kredi verilen kimsenin ehliyetsizliğini ileri sürerek vekile karşı sorumluluktan kurtulamayacağı hükme bağlanmıştır¹⁸⁷. Oysaki TBK md. 582/f.2 gereğince kefalet sözleşmesinde kefil asıl borçlunun ehliyetsizliğini yükümlülük altına girdiği sırada bilmiyorsa, borçlunun ehliyetsiz olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulur.

Kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürme hakkına sahip olmakla birlikte aynı zamanda bununla yükümlüdür. Kredi emrinde ise vekalet veren (amir), lehine kredi verilen kimseye ait def'i ve itirazları sürme hakkına sahiptir ancak bu bir yükümlülük değildir. Ancak söz konusu def'i ve itirazları ileri sürülmemesi özen borcuna aykırılık olarak kabul edilirse o takdirde lehine kredi verilene karşı rücu hakkını kaybetmesi olasılığı gündeme gelir¹⁸⁸.

Kefalet sözleşmesinde kefil mevcut veya müstakbel bir borcu üstlenirken, kredi emrinde vekalet verenin sorumluluğunu açılacak olan kredi veya bir kredinin yenilenmesi oluşturmaktadır¹⁸⁹.

¹⁸⁴ BİLGİN, s. 110; REİSOĞLU, Kefalet, s. 139; YAVUZ, N., Kefalet, s. 32

¹⁸⁵ "İtibar emri verenin (amirin) borcu, fer'i değil, asli bir borç niteliğindedir. İtibar emri veren ile alan arasındaki hukuki münasebet akdi değildir. Kendisine itibar emri verilen üçüncü şahıs, borcunu muahataba (memura) ödemezse, amir bu borcu ödemekle yükümlü ve ödedikten sonra kefil gibi üçüncü şahsa rücu etmeye yetkilidir. Kanun koyucu EBK'nun 403. Maddesini (TBK md. 516), amirin ve kendisine itibar verilen kimsenin hak ve borçlarında kefalet akdine ilişkin hükümlerden ancak itibar emrini özelliklerine aykırı olmayan 496 (TBK md. 596) ve müteakip hükümlerini kıyasen uygulanması gayesi ile koymuştur. O halde adi kefilin ileri sürebileceği peşin dava def'i (EBK md. 486, TBK md. 585) olayda söz konusu edilemez..." TD. 7.2.1966, 1964/814, 1966/486 Karar için bkz. OLGAÇ, Kefalet, s. 135

¹⁸⁶ TBK md. 517'deki düzenlemeye göre "Kredi emrini veren, kredi emrinden yararlananın ehliyetsizliğini ileri sürerek kredi emri verilene karşı sorumluluktan kurtulamaz".

¹⁸⁷ Doktrinde, amirin lehine kredi verilen üçüncü şahsın ehliyetsizliğini bilmemesine rağmen sorumlu olmasına karşın, irade bozukluğu sebebiyle sözleşmenin sakat olması halinde EBK md. 485 cümle 2'nin (TBK md. 582/f.2) kıyas yoluyla uygulanması gerektiği ve bu doğrultuda amirin irade sakatlığını kredi emrinin verilmesi sırada bilmemesi durumunda sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmüştür. Bknz. TANDOĞAN, s. 710

¹⁸⁸ TANDOĞAN, s. 711; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 604

¹⁸⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 43; TANDOĞAN, s. 711

Kredi emrinde vekilin lehine kredi verilen kimseye kredi açma yükümlülüğü varken gelecekteki bir borç için yapılan kefalet sözleşmesinde bile alacaklının asıl borçluya karşı sözleşme yapma yükümlülüğü yoktur¹⁹⁰.

Kredi emri bir vekalet sözleşmesi olduğundan vekalet veren (amir) kredi emrini verdikten sonra da vekile talimat verebilirken kefalet sözleşmesinde kefilin alacaklıya talimat vermesi söz konusu değildir. Vekilin vekalet verenin talimatına aykırı olarak lehine kredi verilene başvurmayı ihmal etmesi halinde, kredi emri veren TBK md. 518¹⁹¹ gereğince sorumluluktan kurtulur¹⁹².

Kefalet sözleşmesinde kefilin gelecekte doğacak bir borca kefil olması halinde yalnızca TBK md. 599'da sayılan hallerde kefalet sözleşmesinden tek taraflı dönme imkanına sahip iken, kredi emrinde kredi emri veren, kredi tahsis edilinceye kadar sözleşmeden dönebilir¹⁹³. Zira kredi emri veren ile vekil arasında vekalet sözleşmesi bulunmakta ve TBK md. 512¹⁹⁴ gereği vekalet veren ve vekilin her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkanı bulunmaktadır. Ancak kredi emri verenin kredi kullandırıldıktan sonra sözleşmeden dönmesi halinde sorumluluğu devam eder¹⁹⁵.

TBK md. 516 uyarınca kredi emrinin yazılı olması bir geçerlilik koşuludur. Aynı şekilde kefalet sözleşmesinin de geçerli olabilmesi için yazılı olması gerekmektedir. Ancak kefalet sözleşmesinin sadece yazılı olması yeterli olmamakta ayrıca TBK md. 583 uyarınca kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğun el yazısıyla yazılması şarttır. Eğer kredi emri TBK md. 603 kapsamına girmiyorsa sözleşmenin yazılı olması yeterli olacak ve azami sorumluluk miktarıyla kefalet tarihi sözleşmede el yazısıyla yazılmayacağı için kefalet sözleşmesinden ayırt

¹⁹⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 43; REİSOĞLU, Kefalet, s. 139; TANDOĞAN, s. 711; YAVUZ, N., Kefalet, s. 32-33

¹⁹¹ TBK md. 518'deki düzenlemeye göre "Kredi emri verilen, kredi emrinden yararlanana kendiliğinden önel verir veya kendisine talimat verildiği halde kredi emrinden yararlanana başvurmayı ihmal ederse, kredi emri veren sorumluluktan kurtulur".

¹⁹² TANDOĞAN, s. 711

¹⁹³ ÖZEN, Kefalet, s. 44; REİSOĞLU, Kefalet, s. 139; TANDOĞAN, s. 711; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 604

¹⁹⁴ TBK md. 512/c. 1'deki düzenlemeye göre "Vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir".

¹⁹⁵ TANDOĞAN, s. 711; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 604; YAVUZ, N., Kefalet, s. 32

etmek oldukça kolay olacaktır. TBK md. 603 kapsamına girmesi durumunda ise kredi emrinin yazılı olması yeterli olmayacak diğer yazılı şekil koşullarının da sözleşmede bulunması gerekecektir. Doktrinde TBK md. 603'ün kredi emrini de kapsamı gerektiği ve bu nedenle kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşullarının kredi emri için de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁹⁶. Fikrimizce de kredi emrinin niteliği kişisel teminata yöneliktir ve kredi emri için TBK md. 603'den ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur. Elbette ki kredi emrinin taraflarının gerçek kişi olmaması durumunda kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik koşulları uygulanmayacak ve kredi emrinin yalnızca yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin konusunun kapsamına her türlü borç girdiği halde kredi emrinin konusu yalnızca kredi verilmesi ve bir kredinin yenilenmesinden ibarettir¹⁹⁷. Kefalet sözleşmesinin konusunun kredi verilmesi veya kredi yenilenmesi olması halinde kefalet sözleşmesi ve kredi emri ayrımı çok açık bir şekilde belli olmayabilir. Böyle bir durumda sözleşmeden dönme hakkı sözleşme metninden anlaşılıyorsa o takdirde ortada kredi emri bulunmaktadır. Dönme hakkının bulunmadığı sözleşmeden açıkça anlaşılıyorsa o zaman kefalet ya da garanti sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılabilir¹⁹⁸.

Kredi emrinde kredi emri veren ile lehine kredi verilen kimsenin müteselsilen sorumlu olacağının kabul edilmesi, kredi emrinin niteliğine uygun düşmemektedir. Zira ortada müteselsil kefalet sözleşmesi anlamında müteselsil bir sorumluluk yoktur. Kredi emri veren, verilen krediden değil, kredi verilmesi sebebiyle vekilin uğradığı zarar ve masraflardan sorumludur. Eğer sözleşmede kredi emri verenin lehine kredi verilen kimse ile müteselsilen sorumlu olacağına dair bir ibare bulunuyorsa, o takdirde ortada kredi emri değil müteselsil kefalet sözleşmesinin varlığı söz konusu olacaktır.

Kredi emrinde kişisel çıkarın ön planda olduğu kabul edilmektedir. Buna göre kredi emri verenin üçüncü kişiye kredi temin edilmesi ve bu durum sebebiyle sorumluluk

¹⁹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 44. Aksi yönde BİLGİN, s. 110

¹⁹⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 139; YAVUZ, N., s. 33

¹⁹⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 44; REİSOĞLU, s. 140; TANDOĞAN, s. 712

üstlenmesinde kişisel çıkarının bulunması kredi emri lehine bir göstereyi oluşturmaktadır. Ancak kuşku halinde kefalet karinesinin varlığı kabul edilmelidir¹⁹⁹.

2.6. ADİ KEFALETEN FARKI

2.6.1. Genel Olarak Adi Kefalet

Adi Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 585'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre "Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefil takip edemez; ancak, aşağıdaki hallerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması. 2. Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi. 3. Borçlunun iflasına karar verilmesi. 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması." Türk Borçlar Kanunu'na göre asıl olan kefalet türü adi kefalettir. Bu nedenle kefaletin niteliğinin müteselsil olduğu sonucuna varılamaması halinde ortada adi kefalet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilir²⁰⁰. Müteselsil kefalet sözleşmesi ise istisnai kefalet türü olarak kabul edilmekle birlikte uygulamada adi kefalet nazaran müteselsil kefaletin tercih edildiği görülmektedir. Zira müteselsil kefalet sözleşmesi alacaklı açısından çok daha elverişli sonuçlar doğurmaktadır.

Adi kefalet sözleşmesi diğer kefalet sözleşmeleri gibi fer'i olmakla birlikte tâlilik özelliğinin en belirgin olduğu kefalet türünü oluşturur. Alacaklının önce asıl borçluyu takip edip alacağını ondan elde etmeye çalışması ve gerekli tüm özeni göstermesine rağmen bu takibin sonuçsuz kalması halinde adi kefile başvurması gerekmektedir. Alacaklının asıl borçluyu takip etmeden adi kefile başvurması durumunda adi kefil tartışma def'ini (peşin dava def'i) ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir²⁰¹. Kefil, tartışma (peşin dava) def'ini ileri sürmeden

¹⁹⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 45

²⁰⁰ GIOVANOLİ, Art. 495, N. 9; PESTALOZZİ, Art. 495, N. 1; ARAL, Özel, s. 440; GÜMÜŞ, C. II, s. 331; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 525; ÖZEN, Kefalet, s. 259; REİSOĞLU, Kefalet, s. 160; TANDOĞAN, s. 762; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 679; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 670

²⁰¹ BECK, Art. 495, N. 14; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 204; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 525-526; GÜMÜŞ, C. II, s. 331-332; ÖZEN, Kefalet, s. 259-260; REİSOĞLU, Kefalet, s. 160; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 679; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 670. Tartışma def'ine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. AYBAY, Aydın, Kefilin Önce Dava Defini İleri Sürme Sorunu, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83 vd.

alacaklıya ödemede bulunsa dahi ödediği miktarı borçluya rücu edebilecektir²⁰². TBK md. 585/f.1’de 4 bent halinde adi kefilin peşin dava def’ini ileri süremeyeceği haller sayılmıştır. Buna göre adi kefil, asıl borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınması, borçlu aleyhine Türkiye’de takip yapmanın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, borçlunun iflasına karar verilmiş olması veya konkordato mehli verilmiş olması halinde önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiği savunmasında bulunamayacaktır.

Bunun dışında adi kefilin sahip olduğu diğer bir önemli def’i de rehnin paraya çevrilmesi def’idir. TBK md. 585/f.2’ye²⁰³ göre alacağın kefaletten önce ya da en geç kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada rehinle de teminat altına alınması halinde, kefil öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesini talep etmek imkânına sahiptir. Rehin hakkının doğmuş olması gerekmeyp rehin kurma taahhüdünün kefalet sözleşmesinden önce ya da en geç sözleşmenin yapıldığı sırada var olması yeterli görülmektedir. Rehin kurma taahhüdünün en geç kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada var olması koşuluyla rehin hakkının sözleşmenin kurulmasından sonra doğması, kefilin rehinlerin paraya çevrilmesini talep etmesine engel değildir²⁰⁴.

Yasa koyucu rehnin türüne ilişkin herhangi bir kısıtlama getirmediğinden her türlü rehin hakkı bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Rehnin türü önemli olmamakla birlikte rehnin kurulma zamanının önemli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. TBK md. 585/f.2 hükmüne göre adi kefilin rehnin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürebilmesi için alacağın, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulduğu sırada rehinle teminat altına alınmış olması gerekir. Doktrindeki bir görüşe göre rehnin en geç sözleşmenin kurulması zamanında verilmiş olması kuralı, rehinle asıl borcu teminat altına alanın üçüncü bir kişi olması halinde söz konusu olacaktır. Rehni verenin asıl borçlu olması durumunda ise süre sınırlaması ortadan kalkacak ve kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra da asıl

²⁰² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 20; TANDOĞAN, s. 762; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 679

²⁰³ TBK md. 585/f.2’deki düzenleme şu şekildedir: “Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz”.

²⁰⁴ GIOVANOLİ, Art. 495 N. 23; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 216; ÖZEN, Kefalet, s. 277

borçlu tarafından verilen rehinler, kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmesini engellemeyecektir. Zira rehnin kefalet sözleşmesinden önce ya da en geç sözleşmenin yapıldığı sırada verilmiş olması halinde kefil, söz konusu rehin hakkına güvenerek kefil olmaktadır. Ancak rehnin üçüncü bir kişi tarafından kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilmesi durumunda, kefilin boşa çıkan bir güveni olmayacak ve üçüncü kişiye nazaran kefil lehine düşünmek anlamsız olacaktır. Rehni verenin asıl borçlu olması halinde ise rehnin kefalet sözleşmesinden önce ya da sonra verilmiş olması bir fark yaratmayacaktır²⁰⁵. Doktrindeki bir diğer görüşe göre İİK md. 45²⁰⁶ hükmü sebebiyle asıl borcun ne zaman rehinle teminat altına alındığının bir önemi bulunmamaktadır. İİK md. 45'deki düzenleme gereğince borcun rehinle güvence altına alınmış olması halinde alacaklı asıl borçluyu takip etmeden rehinleri paraya çevirmek zorundadır. Alacaklının önce asıl borçluya başvurması durumunda borçlu önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilir. TBK md. 591/f.1 gereğince kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip hatta böyle bir yükümlülüğü bulunduğundan rehin hakkının kurulma tarihinin bir anlamı kalmamaktadır. Başka bir deyişle rehin hakkının üçüncü bir kişi ya da borçlu tarafından verilmiş olması veya kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra verilmiş olması İİK md. 45 hükmü karşısında bir fark yaratmamaktadır. Eğer İİK md. 45 yerine TBK md. 585/f.2 dikkate alınırsa o takdirde kefil, kefaletten sonra üçüncü kişi tarafından verilmiş rehinler için rehnin paraya çevrilmesi savunmasını yapamayacak ve asıl borçluya rücu ederken sorunla karşılaşabilecektir²⁰⁷. Fikrimizce de son görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır. İİK md. 45 hükmü karşısında üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler bakımından kefalet sözleşmesinden önce ya da en geç kurulma zamanını aramak kefilin asıl borçluya rücu sorununu gündeme getirecektir. Zira kefil, TBK md. 591/f.1 gereği asıl borçluya ait bütün def'ileri ileri sürmekle

²⁰⁵ ARAL, Özel, 442; ARAL/AYRANCI, s. 434; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 375-376; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 216; REİSOĞLU, s. 168; TANDOĞAN, s. 767; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 671

²⁰⁶ İİK md. 45 hükmüne göre "Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yoluyla takip edebilir".

²⁰⁷ ÖZEN, Kefalet, s. 277-278; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 681. İİK md. 45 hükmü emredici nitelikte kabul edilmezse ve asıl borçlu bu hükümle kendisine tanınan savunma imkanından alacaklıyla yaptığı sözleşmede vazgeçmişse o takdirde kefilin İİK md. 45'deki savunmadan yararlanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda kefil, TBK md. 585/f.2 doğrultusunda kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişi tarafından verilen rehinler için rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunamayacaktır. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 278 dipnot 624

yükümlüdür. Bu savunma imkanlarını kullanmaması ödemede bulunan kefilin, asıl borçluya gitmeden önce halefiyet yoluyla sahip olduğu rehinleri paraya çevirmesi gerekeceği sonucunu doğuracaktır. Zira borçlu kendisine başvuran kefilden, İİK md. 45 çerçevesinde önce rehinleri paraya çevirmesini talep etme hakkına sahip olacaktır. TBK md. 585/f.2’de ise kefilin rehnin paraya çevrilmesi def’inden yararlanamayacağı haller sayılmıştır. Buna göre asıl borçlu iflas etmişse ya da kendisine konkordato verilmesine karar verilmişse kefil, önce rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği savunmasını yapamayacaktır.

Tartışma (peşin dava) def’i ve rehnin paraya çevrilmesi def’ini kefil alacaklıya karşı aynı anda ileri sürebileceği gibi önce birini sonra diğerini ileri sürme imkanına da sahiptir. Bu nedenle önce tartışma def’ini ileri süren kefil, daha sonra rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilir. Aynı şekilde önce rehinlerin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürmüş ve alacaklı alacağını elde edemeyip kalan kısım için kefile başvurmuşsa o zaman da önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiği savunmasında bulunabilir²⁰⁸.

Adi kefilin sahip olduğu her iki savunma imkanı da teknik olarak def’i niteliğindedir. Bu nedenle bu def’iler ileri sürülmediği takdirde hakim tarafından re’sen göz önüne alınmazlar. Başka bir deyişle adi kefil, alacaklının asıl borçluyu takip etmeden kendisine başvurduğunu ya da mevcut rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürmezse bu durum hakim tarafından dikkate alınmayacaktır²⁰⁹. TMK md. 6²¹⁰ gereği bir kimse dayandığı olguların varlığını ve bu nedenle de def’i hakkının varlığını ispatla yükümlü olurken, kefil açısından ispat yükü yer değiştirmiş durumdadır. Zira söz konusu def’i hakkı kanunda özel olarak düzenlenmiştir ve kefilin ispatla yükümlü olduğunu kabul etmek, onu menfi olguları ispatla yükümlü tutmak anlamına gelecektir. Bu nedenle kefil, önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini def’i olarak ileri sürdüğünde alacaklı borçluyu takip ettiğini ve bu takibin semeresiz kaldığını ispatla yükümlü olacaktır. Aynı şekilde alacaklı, borçlunun iflası

²⁰⁸ BECKER, Art. 495 N. 13; ARAL, Özel, s. 442; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 376; ELÇİN GRASSİNGER, Savuma İmkanları, s. 214; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 671

²⁰⁹ PESTALOZZİ, Art. 495, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 205; ÖZEN, s. 261; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162

²¹⁰ TMK md. 6’daki düzenlemeye göre “Kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”.

ya da borçlu hakkında kesin aciz belgesi alındığı gibi TBK md. 585/f.1’de 4 bent halinde sayılan halleri ispatla yükümlü olacaktır²¹¹.

TBK md. 582/f.3 hükmü gereğince adi kefilin, tartışma def’i ve rehnin paraya çevrilmesi def’inden önceden feragat etmesi geçersiz olacaktır. Ancak sonradan kefilin, def’i haklarından açıkça ya da örtülü bir şekilde feragat etmesi her zaman mümkündür. Buna göre kefil, def’i haklarından feragat ettiğini açık bir şekilde belirtebileceği gibi asıl borçluyu takip etmeden kendisine başvuran alacaklıya ödemede bulunarak veya mevcut rehinlerin paraya çevrilmesini talep etmeyerek de örtülü bir şekilde feragat edebilir. Kefil, def’i hakkını ileri sürmeden alacaklıya kısmi ödemede bulunursa, geri kalan kısımlar açısından def’i hakkı varlığını sürdürür²¹².

2.6.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Adi Kefalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Müteselsil kefalet sözleşmesi ve adi kefalet sözleşmesi arasındaki temel farklardan ilkinin adi kefilin sahip olduğu tartışma def’i oluşturur. Adi kefalet sözleşmesinde alacaklının kefilden önce asıl borçluyu takip etmesi ve alacağını ondan elde etmeye çalışması gerekirken müteselsil kefalet sözleşmesinde böyle bir durum yoktur. Alacaklı TBK md. 586/f.1 gereğince borçluyu takip etmeden müteselsil kefile başvurabilir. Bunun için yalnızca asıl borçlunun ifada gecikmesi ve kendisine yapılan ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması yeterlidir. Başka bir deyişle adi kefilin sahip olduğu tartışma def’i imkanı müteselsil kefile tanınmamıştır²¹³. Ancak kefalet sözleşmesinde taraflar müteselsil kefil veya benzer ifadelerle ifadeler yer verip bunun yanında alacaklının kefilden önce asıl borçluyu takip etmesi gerektiğine karar vermişlerse o takdirde sözleşme adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edilecektir²¹⁴.

²¹¹ BECK, Art. 495 N. 20; GIOVANOLLİ, Art. 495, N. 9; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 206; ÖZEN, s. 262; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162

²¹² BECK, Art. 493, N. 15; ÖZEN, Kefalet, s. 263; REİSOĞLU, Kefalet, s. 162

²¹³ ARAL, Özel, s. 443; GÜMÜŞ, C. II, s. 341; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 526; REİSOĞLU, Kefalet, s. 169; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 682; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 673

²¹⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

Adi kefalet sözleşmesinde adi kefilin sahip olduğu rehnin paraya çevrilmesi def'i müteselsil kefalet için TBK md. 586/f.2'de daha farklı şekilde düzenlenmiştir. EBK zamanında müteselsil kefile ilk önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunması tanınmamıştı²¹⁵. Bu nedenle rehnin paraya çevrilmesi def'i, adi kefalet ve müteselsil kefalet ayırımında önemli bir kıstas olarak yer alıyordu. TBK md. 586/f.2'de ise müteselsil kefile, sınırlı da olsa ilk önce rehinlerin paraya çevrilmesini talep etme imkanı tanınmıştır. Buna göre müteselsil kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'i hakkı ancak alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınması halinde söz konusu olabilecektir²¹⁶. Başka bir deyişle adi kefalette ise adi kefil her türlü rehin hakkı bakımından ilk önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilirken müteselsil kefalette bu savunma yalnızca taşınır rehni veya alacak rehni için söz konusu olacaktır. Ancak bizim de katıldığımız bir görüşe göre tarafların sözleşmeyle müteselsil kefilin sahip olduğu rehnin paraya çevrilmesi def'inin kapsamını genişletmesi mümkündür. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin amacının kefilin korumak ve niteliklerinin de nisbi emredici olması bu durumu mümkün kılmaktadır. Zira bu şekilde kanunun müteselsil kefile tanıdığı def'i hakkının kapsamı daraltılmamakta aksine genişletilmektedir. Buna göre TBK md. 586/f.1 gereğince alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurma hakkına sahiptir. Bu hükmün aksinin kararlaştırılması yani alacaklının taşınmaz rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefile başvuramayacağını belirlenmesi mümkündür²¹⁷. Sonuç olarak TBK tarafından, adi kefile nazaran müteselsil kefile getirilen rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasına ilişkin sınırlamalar tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılabilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu kapsamında adi kefil her türlü rehin hakkı bakımından önce rehinlerin paraya çevrilmesini ileri sürebilirken müteselsil kefil yalnızca teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni açısından bu savunmayı yapabilecektir.

²¹⁵ ARAL, Özel, s. 443; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 526; TANDOĞAN, s. 769

²¹⁶ ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s. 158 (Bundan sonra "ALTOP, Tasarı" olarak anılacaktır); ALTOP, Değişiklikler, s. 24; BURCUOĞLU, Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s. 283; GÜMÜŞ, C. II, s. 349; ÖZEN, Burak, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 3-4, Aralık 2006, s. 480 (Bundan sonra "ÖZEN, Müteselsil" olarak anılacaktır); REİSOĞLU, Kefalet, s. 171; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 682

²¹⁷ BECK, Art. 496, N. 6; ÖZEN, Kefalet, s. 282

TBK md. 583/f.1 gereğince hem adi kefalet hem de müteselsil kefalet sözleşmesi bakımından zorunlu şekil unsuru olarak kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefalet tarihi ile kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefil tarafından kendi el yazısıyla sözleşmede yer alması gerekir. Kefaletin müteselsil olması durumunda ise kefilin müteselsil kefil olduğuna dair iradesini kefalet belgesinde kendi el yazısıyla belirtmesi zorunludur. Ancak “müteselsil” kelimesinin mutlaka kullanılması gerekmekte, bu anlama gelen herhangi bir ifadenin kefil tarafından kefalet belgesine kendi el yazısıyla yazılmış olması yeterli olmaktadır²¹⁸. Adi kefalet sözleşmesi bakımından ise böyle bir şekil kuralı öngörülmediğinden kefilin adi kefil olduğuna dair bir ibarenin kefalet sözleşmesinde yer alması gerekmemektedir. Zira asıl olan kefalet türü adi kefalettir ve kefalet belgesinden kefaletin türünün müteselsil olduğu anlaşılıyorsa o zaman adi kefaletin varlığı kabul edilir. Başlangıçta adi kefalet olarak belirlenen sözleşmenin sonradan müteselsil kefalete dönüştürülmesi halinde ise müteselsil kefalet türüne özgü şekil kurallarına uymak gerekecektir. Zira TBK md. 583/f.3 hükmü kapsamında kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişiklikler kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmamaktadır. Buna göre adi kefaletin müteselsil kefalet türüne dönüştürülmesi durumunda kefilin müteselsil kefil olma iradesinin kendi el yazısıyla kefalet sözleşmesinde yer alması gerekecektir.

TBK md. 590/f.2'deki²¹⁹ düzenleme kapsamında kefil, aynı teminat karşılığında aleyhinde yürütülen takibin, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar durdurulmasını hakimden talep edebilmektedir. 818 sayılı EBK zamanında olmayan ve Türk Borçlar Kanunuyla getirilen bu yeni düzenleme tüm kefalet sözleşmesi türlerini kapsamaktadır. Ancak söz konusu düzenleme, adi kefaletten ziyade müteselsil kefalet sözleşmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira adi kefalette alacaklının önce asıl borçluyu takip edip alacağını borçludan elde etmeye çalışması

²¹⁸ ALTOP, Tasarı, s. 156; ARAL, Özel, s. 443; GÜMÜŞ, C. II, s. 315; REİSOĞLU, Kefalet, s. 173; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 665

²¹⁹ TBK md. 590/f.2'deki düzenlemeye göre “Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhinde yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir”.

gerekmektedir. Bunun dışında asıl borç rehinle de teminat altına alınmışsa, alacaklı mevcut rehinleri paraya çevirmeden adi kefile başvurduğu takdirde önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasıyla karşılaşacaktır. TBK md. 590/f.2 hükmüne göre ise kefil hakkında başlayan takibi aynı güvence karşılığında, mevcut rehinler paraya çevirilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar durdurabilecektir. Oysa adi kefilin takip edilebilmesi de aynı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. O halde adi kefil, aynı teminat göstermek yerine tartışma def'i ya da rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürerek alacaklının kendisini takip etmesini engelleyebilecektir. Bu durumda TBK md. 590/f.2 düzenlemesi müteselsil kefil açısından fayda sağlamaktadır. Hakkında takip başlatılan müteselsil kefil, aynı teminat göstermek suretiyle söz konusu takibi durdurma imkânı elde etmekte ancak bu durum müteselsil kefaleti adi kefalete yaklaştırmaktadır. Müteselsil kefil bakımından oldukça avantajlı bir düzenleme olmakla birlikte alacaklı açısından bakıldığında kefilin adi ya da müteselsil olması bir fark yaratmamaktadır. Zira asıl borçlu yerine müteselsil kefilin takip etme imkanına sahip olan alacaklı bu sefer de aynı teminat engeliyle karşılaşacak ve alacağını elde etmek için mevcut rehinlerin paraya çevrilmesini ve borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınmasını veya konkordato kararı verilmesini beklemek zorunda kalacaktır. Başka bir deyişle alacaklı aynı teminata sahip olmasına karşın alacağını elde etmek için beklemesi kaçınılmaz olacaktır. Sonuç olarak TBK md. 590/f.2 hükmünün, adi kefalet ve müteselsil kefalet sözleşmesi arasındaki temel farklılıkları ortadan kaldıran bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

3. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ESASA (ASIL BORCA) İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

3.1. GEÇERLİ BİR ASIL BORCUN VARLIĞI

3.1.1. Genel Olarak

Müteselsil kefalet sözleşmesinin hüküm ifade edebilmesi için öncelikle geçerli bir asıl borç bulunmalıdır. Bu durum kefalet sözleşmesinin fer'i bir yükümlülük doğurmasından kaynaklanmaktadır. TBK md. 582/f.1'in ilk cümlesinde de kefalet sözleşmesinin ancak mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği hükmü bağlanmıştır. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesine esas teşkil eden borcun imkansız olması, kişilik haklarına, emredici hukuk kurallarına, ahlâka ve adaba²²⁰, kamu düzenine aykırılık gibi sebeplerle geçersizliği müteselsil kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır²²¹. Kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada

²²⁰ Ahlâka ve adaba aykırı bir borcun kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınması halinde kefalet sözleşmesinin de geçersiz olacağı ortadadır. Bunun dışında ahlâka ve adaba aykırı bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik verilecek paraya ilişkin kefalet sözleşmesi de aynı şekilde geçersiz kabul edilecektir. Yargıtay HGK da vermiş olduğu bir kararda “Asıl borcun geçersizliği iadeye ilişkin borcun da geçersizliği sonucunu doğuracak hallerde söz konusu olabilir. Örneğin ahlâka ve adaba aykırı bir gayenin gerçekleşmesi için verilen paranın gayenin gerçekleşmemesi halinde iadesine kefalette Borçlar Kanununun 65. Maddesi (TBK md. 81) hükmünce bu iade borcunun geçerli bir surette doğduğundan söz edilemez. Bunun sonucu olarak esas sözleşmenin geçersizliği, bu sözleşme zımında verilen paranın iadesine de şamildir.” hükmüne varmıştır. Yarg. HGK'nun T. 9.2.1977, E. 1976/13.22, K. 1977/216 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com

Doktrindeki bir görüşe göre ahlâka ve adaba aykırı olmamakla birlikte ahlâki ancak hukuken bir bağlayıcılığı olmayan yükümlülüklerin de kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınamayacağı kabul edilmektedir. SCYBOZ, s. 366; ÖZEN, Kefalet, s. 148; REİSOĞLU, Kefalet, s. 48. Doktrindeki diğer görüş sahipleri ise ahlâki bir görevin kefaletle teminat altına alınabileceğini ileri sürmektedirler. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 20; EREN, S.92

²²¹ GIOVANOLÍ, Art. 502, N. 4; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 158; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 19-20; GÜMÜŞ, C. II, s. 298; REİSOĞLU, Kefalet, s. 45

hükümsüz olan bir sözleşmenin sonradan yeni bir sözleşmeyle geçerli hale getirilmesi, geçersiz olan kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez. Yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmadığı müddetçe mevcut kefalet sözleşmesi hükümsüz olmaya devam eder²²². Kefilin hata sonucu aslında mevcut olmayan bir borca kefil olması durumunda kefalet sözleşmesi yine hükümsüz sayılacak ve bu borç sonradan varlık kazansa bile müteselsil kefalet sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir²²³.

Belirlilik ilkesi gereği asıl borcun belirli olması gerekir. Bir başka deyişle hangi borcun kefaletle teminat altına alındığının kefalet sözleşmesinden anlaşılması gerekmektedir. Örneğin “X kişinin Y şirketine olan borçlarının 10.000 TL’lik kısmına müteselsilen kefilim” şeklindeki bir ifade hangi borç için kefil olduğu anlaşılmadığı için geçersizdir²²⁴.

Müteselsil kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınan asıl borca ilişkin kanunda herhangi bir sınırlama bulunmadığından her türlü borç için kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Asıl borcun kaynağı uygulamada en sık rastlanan şekliyle bir sözleşme olabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da kanundan kaynaklanan herhangi bir borç olabilir. Söz konusu borcun verme, yapma ya da yapmama borcu olması da mümkündür. Hatta borçlunun kişisel özellikleri dikkate alınarak sadece onun tarafından yerine getirilecek bir edim de müteselsil kefalet sözleşmesine konu olabilir. Zira önemli olan kefilin borcunun para ile ölçülebilen bir borç olmasıdır²²⁵.

3.1.2. Gelecekte Doğacak veya Şarta Bağlanmış Borçlar

TBK md. 582/f.1 ilk cümlede kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli bir borç için kurulabileceği belirtildikten sonra ikinci cümlesinde²²⁶ gelecekte doğacak veya

²²² BECK, Art 492, N. 117; SCYBOZ, s. 366; ÖZEN, Kefalet, s. 142; REİSOĞLU, Kefalet, s. 45

²²³ DE BIASIO, s. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 142; REİSOĞLU, Kefalet, s. 47

²²⁴ BARLAS, Nami, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 351 (Bundan sonra “BARLAS, Geçerlilik Şartları” olarak anılacaktır)

²²⁵ GIOVANOLI, Art. 492, N. 9; ÖZEN, Kefalet, s. 139; TANDOĞAN, s. 693; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 653

²²⁶ TBK md. 582/f.1’in 2. cümlesine göre “Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir”.

koşula bağlı bir borç için de kefalet sözleşmesi kurmanın mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada henüz mevcut olmayan borçlar kefil için bağlayıcı olmakla birlikte kefilden talepte bulunabilmesi ancak borç doğduktan ya da koşul gerçekleştikten sonra söz konusu olabilecektir.

Gelecekte doğacak borçlara kefil olunması hali özellikle süreklilik taşıyan borç ilişkilerinde kendini gösterir. Kira, hizmet ya da kredi açma sözleşmelerinde borç henüz mevcut olmamakta ancak gelecekte doğması muhtemel borçlar olarak kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınmaktadır. Burada kefalet sözleşmesi yapıldığı anda kefil için bağlayıcı bir sözleşme niteliğine bürünmekle birlikte kefilin takip edilebilmesi borcun doğumu koşuluna bağlanmaktadır²²⁷. Borç doğmadığı takdirde kefilden herhangi bir talepte bulunulması mümkün olmamaktadır. Bunun dışında borç gelecekte doğacak olmakla birlikte belirlilik ilkesi uyarınca hangi borç için kefil olunduğunun kefalet senedinden anlaşılması gerekmektedir. Borçlunun doğması muhtemel bütün borçları için kefil olunması gibi taahhütler geçersiz kabul edilecektir²²⁸. Aynı şekilde borçlunun doğmuş ve doğacak bütün borçlarına kefil olunması da söz konusu olmayacaktır. Herşeyden önce bu durum TMK md. 23 (İBK md. 27) hükmüne aykırılık oluşturur²²⁹. Ayrıca TBK md. 589/f.3 hükmünde de kefilin borçlunun yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun gelecekte doğacak bir borç olması ve kefalet sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren kefilin bağlanması kefil için sakıncalı durumlar yaratabilecektir. Buna istinaden TBK md. 599/f.1²³⁰ hükmünde kefile gelecekte doğacak borçlar için kefalet sözleşmesinden dönme imkanı tanınmıştır.

²²⁷ DE BIASIO, s. 5; GIOVANOLI, Art. 492, N. 69

²²⁸ HONSELL, s. 383; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 351; GÜMÜŞ, C. II, s. 299; ÖZEN, Kefalet, s. 214; REİSOĞLU, Kefalet, s. 35-36

²²⁹ Bu konuda BGE 120 II 35 sayılı İsviçre Federal Mahkemesi kararı çerçevesinde yapılan değerlendirme için bkz. GRUBER, Michael, Schutz des Bürgen Vor Globalen Haftungserklärungen – eine rechtsvergleichende Skizze, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 510-511

²³⁰ TBK md. 599/f.1'e göre "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir".

Bunun için borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde kötüleşmesi veya kefilin iyiniyetli olarak borçlunun mali durumunun kötü olduğunu anlayamaması gerekmektedir. Böyle bir durumda kefil, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Ancak TBK md. 599/f.2 hükmü gereği kefil, alacaklının kefalet sözleşmesine güvenmesi sebebiyle uğradığı menfi zararları gidermekle yükümlü olacaktır.

TBK md. 589/f.3'de²³¹ tarafların sözleşmeyle aksini kararlaştırmadıkları müddetçe kefilin yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden önce EBK zamanında, kefilin mevcut bir borca mı yoksa gelecekte doğacak bir borca mı kefil olduğu konusunda tereddüt olması halinde taraf iradelerinin yorumu yoluyla çözüm bulunması gerektiği ve bu yöntemle de bir sonuç alınamaması halinde borcun gelecekte doğacak bir borç olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı belirtilmekteydi²³². TBK md. 589/f.3'de getirilen yeni düzenleme doğrultusunda taraflar artık sözleşmede açıkça kefilin mevcut borca kefil olduğunu belirtmek zorundadır. Sözleşmede böyle bir hüküm yoksa o takdirde kefaletin kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki bir borç için verildiği kabul edilecektir.

Kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınacak borcun geciktirici ya da bozucu koşula bağlı bir borç olması da mümkündür. Kefalet sözleşmesi geciktirici koşula bağlı borç için yapıldığı takdirde koşul gerçekleşene kadar sözleşme kefil için bağlayıcı olacak ancak kefilin talepte bulunabilmesi geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır. Bozucu şarta bağlı borçlara kefil olunması halinde ise kefalet sözleşmesi kurulduğu anda kefil için hüküm ifade eder ve kefilin talepte bulunmak mümkündür. Ancak bozucu şartın gerçekleşmesi durumunda asıl borçla birlikte kefilin borcu da sona erer²³³.

²³¹ TBK md. 589/f.3'deki düzenlemeye göre "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur".

²³² BECKER, Art.494, N. 1; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 85-86; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 17; TANDOĞAN, s. 720

²³³ GÜMÜŞ, C. II, s. 300; ÖZEN, Kefalet, s. 141-142; REİSOĞLU, Kefalet, s. 49; YAVUZ C., s. 25

3.1.3. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borçlar

3.1.3.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği asıl borcun geçersizliği, kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucuna yol açmaktadır. Bunun dışında asıl borcun geçersiz olup olmayacağı borçlunun yapacağı bir iptal beyanına²³⁴ ya da borçlunun sınırlı ehliyetsiz olduğu durumlarda kanuni temsilcisinin icazet vermesine bağlı olabilir. Asıl borçlu TBK md. 39/f.1'de belirtilen süre için de iptal beyanında bulunursa ya da sınırlı ehliyetsiz borçlunun kanuni temsilcisi icazet vermezse asıl borç geçerli olmayacağı için kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Aksi durumda yani borçlunun iptal beyanında bulunmaması ya da sınırlı ehliyetsizlik borçluya kanuni temsilcinin icazet vermesi halinde asıl borç geçerli hale geleceğinden kefilin de sorumluluğu gündeme gelecektir.

TBK md. 582/f.2'deki²³⁵ düzenlemeye göre kefil, borçlunun yanılma veya ehliyetsizliği sebebiyle sözleşmenin sakat olduğunu bilerek yükümlülük altına giriyorsa kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural TBK md. 582/f.2 gereği borcun zamanaşımına uğradığını bilerek kefil olan kimse için de geçerlidir.

TBK md. 582/f.2'de yer alan bu düzenleme aslında kefaletin fer'iliği ilkesinin bir istisnası olarak gözükmekle birlikte istisna olarak kabul etmek yanlış bir düşünce olacaktır. Zira kanun koyucu kefilin, sözleşmedeki sakatlığı bildiği durumlarda bir başka deyişle asıl borç ilişkisinin geçersizliği olasılığında kefalet sözleşmesinin geçerli sayılmasını istememiştir. Madde metninde "kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur" denilerek burada bir kefalet sözleşmesi olmadığı ancak

²³⁴ TBK md. 39'a göre "Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak 1 yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır."

²³⁵ TBK md. 582/f.2'deki düzenleme şu şekildedir: "Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da uygulanır".

sözleşmenin kefalet hükümlerine tabi olacağına altı çizilmek istenmiştir. Bu hüküm 818 sayılı EBK md. 485'in üçüncü cümlesindeki²³⁶ düzenlemeye paraleldir ancak EBK'da "kefalet geçerli olur" şeklindeki ifade "kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik kanun koyucunun amacının, asıl borç ilişkisinin geçersizliğine rağmen kefalet sözleşmesinin geçerli olacağı şeklinde olmadığını daha net bir biçimde ortaya çıkarmıştır. Zira asıl borcun geçersiz olmasına karşın kefaletin geçerli olacağını kabul etmek fer'ilik ilkesine aykırı bir düşünce olacaktır.

Müteselsil kefilin borçlunun hatasını ya da ehliyetsizliğini bilerek yükümlülük altına girmesinde iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk olasılıkta kefil, borçlunun yanılma sebebine dayanarak sözleşmeyi iptal hakkını kullanmayacağı ya da diğer halde sınırlı ehliyetsiz borçluya kanuni temsilcisinin icazet vereceğini düşünerek hareket etmiş olabilir. Bir başka deyişle teminat veren kimse, borçlunun iptal hakkını kullanmaması ya da kanuni temsilcinin icazet vermesi koşuluna bağlı olarak kefil olmuşsa o zaman TBK md. 582/f.2 hükmü uygulanmaz. Böyle bir durumda ortada koşula bağlı bir kefalet sözleşmesi vardır ve koşul gerçekleşmediği takdirde kefil sorumlu olmayacaktır²³⁷.

Kefilin borçluya ait yanılma ya da ehliyetsizlik durumunu bilerek sorumluluk altına girdiği diğer olasılıkta kefil, borcun geçersiz olma ihtimalini de gözönüne almış ve geçersizliğe rağmen teminat vermek amacıyla hareket etmiş olabilir. Böyle bir durumda TBK md. 582/f.2 uygulanacaktır. Asıl borç ilişkisine dair sözleşmenin geçersiz olması durumunda ortada geçerli bir kefalet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak söz konusu sözleşmenin kefalet sözleşmesi olmamakla birlikte kefalet hükümlerine tabi bir sözleşme olacağı madde metninde belirtilmektedir. Sözleşmenin niteliğinin ne olacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

²³⁶ EBK'nun 485'inci maddesinin 3. cümlesindeki düzenlemeye göre "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".

²³⁷ BECK, Art. 492, N. 126; TOBLER, Hans, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1926, s. 21, 23; BARLAS, Yenilikler, s. 215; ÖZEN, Kefalet, s. 106; YAVUZ, C, s. 25; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 671

Doktrindeki baskın görüşe göre TBK md. 582/f.2 düzenlemesinde (EBK md. 485 üçüncü cümle) ifade edilmek istenen sözleşme kefalet hükümlerine tâbi bir garanti sözleşmesidir²³⁸. Bu sözleşme asıl borcun geçerliliğine bağlı olmadığı için garanti sözleşmesine benzemekle birlikte kanun koyucu tarafından kefalet sözleşmesinin hükümlerine tabi tutulmuştur. Burada kanun koyucunun amacının, kefile nazaran çok daha ağır sorumluluk altına giren teminat vereni korumak olduğu ifade edilmektedir. Zira teminat yükümlülüğü altına giren kimse, aslında alacaklıyla arasında kefalet sözleşmesi kurulduğunu ve kendisinin kefil olduğunu düşünerek hareket etmektedir²³⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre TBK md. 582/f.2 kapsamında kefilin, borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilerek yükümlülük altına girmesi kefalet hükümlerine tabi bir garanti sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Böyle bir sözleşme, kısmen garanti kısmen kefalet sözleşmesinin özelliklerini içinde barındıran geniş anlamda karma bir sözleşmedir²⁴⁰.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre kefalet hükümlerine tabi garanti sözleşmesi nitelendirmesi, TBK md. 603 hükmü karşısında anlamını yitirmektedir. Zira söz konusu hüküm, gerçek kişilerce verilen bütün kişisel teminat sözleşmelerini kefalet sözleşmesine ilişkin geçerlilik koşullarına tabi tutmaktadır. Bu bağlamda TBK md. 582/f.2'deki düzenlemeyi farklı şekilde değerlendirmek gerekecektir. Kefilin, borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilerek teminat vermesi durumunda kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği ortada geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunmayacağı açıktır. Ancak böyle bir sözleşmeyi tümüyle garanti sözleşmesi saymak, kefil olma iradesiyle hareket eden kişiyi sözleşmenin her noktasında bağımsız yükümlülük altına sokacaktır. Oysaki kefil, borçlunun hatası veya ehliyetsizliği ile ilgili kısımlar hariç olmak üzere sözleşmenin geri kalanında fer'i bir

²³⁸ BECKER, Art. 494, N. 3; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 80; HUGUENİN, s. 193; SCYBOZ, s. 368; ARAL/AYRANCI, s. 428; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 353; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 118; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 58; GÜMÜŞ, C. II, s. 301; REİSOĞLU, Kefalet, s. 49; PESTALOZZİ, Art. 492, N. 25; TANDOĞAN, s. 722

²³⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 59; REİSOĞLU, Kefalet, s. 49; TANDOĞAN, s. 722 dipnot 6

²⁴⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 102. Dar anlamda karma sözleşmeler kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerden oluşmaktadır. Geniş anlamda karma sözleşmeler ise bazı unsurları kanunda düzenlenmiş bazı unsurları da kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerden oluşur. Bu nedenle sözleşme geniş anlamda karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir. ÖZEN, Kefalet, s. 103

yükümlülük altına girmek istiyor olabilir. Bir başka deyişle yalnızca borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği hallerinde asıl borç ilişkisinin geçersizliğine rağmen teminat sözleşmesinin geçerli olacağını taahhüt etmekte geri kalan noktalarda kefil gibi bağımlı yükümlülük altına girme iradesiyle hareket etmektedir. Bu noktada sözleşmeyi bir bütün olarak garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek, kefil olma iradesine sahip olan bir kimse için oldukça ağır sonuçlara sebep olacaktır. Zira teminat veren kimse borçlunun hatasını ya da ehliyetsizliğini bilmesine rağmen alacaklıyla arasındaki sözleşmeyi kefalet olarak nitelendirerek aslında kefil olma iradesine sahip olduğunu göstermiştir. Kefilin borçlunun yanılmasını veya ehliyetsizliğini bilerek teminat verdiği sözleşmeleri garanti sözleşmesi olarak kabul etmenin bir diğer sakıncası da asıl borç ilişkisine ilişkin sözleşmenin geçerli hale gelmesinde kendini gösterir. Borçlunun yanılmaya dayanarak iptal hakkını kullanmaması ya da sınırlı ehliyetsiz olması durumunda kanuni temsilcinin icazet vermesi halinde sözleşme geçerli hale gelecektir. Alacaklı ve kefil arasındaki sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde asıl borç ilişkisine ait sözleşme geçerli olsa bile kefil alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edemeyecektir. Bu nedenle borçlunun yanılması veya ehliyetsizlik nedeniyle sözleşmenin askıda olduğu dönemde teminat veren, garanti veren sıfatına sahip olup bu noktalarda bağımsız sorumluluk üstlenmiş olacak ve borçluya rücu imkanı bulunmayacaktır. Borçlunun yanılmaya dayanarak iptal hakkını kullanmaması veya ehliyetsiz borçluya kanuni temsilcinin icazet vermesi halinde askı durumu sona erip sözleşme geçerli hale geleceğinden artık teminat veren kefil sıfatına sahip olacak ve alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edebilecektir²⁴¹.

TBK md. 582/f.2 son cümleye göre borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi de bu madde hükmüne tabi olacaktır. Bu doğrultuda kefil, borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilerek teminat vermişse kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır. Borçlunun yanılması veya ehliyetsizliğinden farklı olarak zamanaşımına uğramış bir borç söz konusu olduğunda geçersiz değil eksik bir borç söz konusu olur. Kefil, borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden kefil olmuşsa, alacaklı kendisinden talepte bulunduğu borcun zamanaşımına uğramış olduğunu def'i olarak ileri sürüp ödeme yapmaktan

²⁴¹ ÖZEN, Kefalet, s. 100-104

kaçınabilecektir. Kefilin borcun zamanaşımına uğradığını bilerek teminat vermesi halinde ise alacaklıya karşı borcun zamanaşımına uğramasına karşı garanti vermek istediği kabul edilebilir. Bu doğrultuda borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilen kefil gibi asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek teminat verenin alacaklıyla yaptığı sözleşme, fikrimizce kefalet ve garanti sözleşmesine özgü niteliklerden oluşan karma bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Buna göre kefilin borcun zamanaşımına uğradığı yönünde bir savunma yapmayacağı ve bu bağlamda zamanaşımına ilişkin bağımsız bir sorumluluk üstlendiği ancak geri kalan noktalarda asıl borç ilişkisine bağımlı bir yükümlülük altına girdiği düşünülmelidir²⁴².

3.1.3.2. Asıl Borçlunun Sözleşmeyi İptal Hakkının Bulunması

Temel borç ilişkisinde borçlunun irade sakatlığının bulunması asıl borç ilişkisinin de geçersiz olması sonucunu doğurabilir. Aynı şekilde borçlunun gabine maruz kalması halinde de sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunmaktadır. TBK md. 39/f.1 hükmüne göre borçlu iradesini sakatlayan durumu öğrenmesinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçersiz hale getirebilir. Borçlunun iptal hakkını kullanmasıyla asıl sözleşme geçersiz hale geleceğinden kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Diğer olasılıkta borçlu 1 yıllık süre içerisinde iptal hakkını kullanmaz veya sözleşmeyi onayladığını bildirirse o takdirde asıl borç ilişkisi geçerli hale gelecek ve kefilin yükümlülüğü söz konusu olacaktır²⁴³.

Borçlunun sözleşmeyi onaylayıp onaylamayacağını belli olmadığı dönemde kefalet sözleşmesi kefil için bağlayıcı olmaya devam edecektir. Asıl borç ilişkisine ilişkin iptal hakkını kefilin kullanması mümkün değildir. Zira bu bir yenilik doğuran haktır ve bu hak iradesi sakatlanan kimseye tanınmıştır. Ancak kefil, asıl borçlunun iptal hakkını kullanıp kullanmayacağı belli oluncaya kadar geçici def'i hakkını ileri sürerek alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir²⁴⁴. Söz konusu geçici def'i hakkı TBK md. 140 hükmünün kıyasen uygulanmasından çıkarılabilecektir. TBK md. 140

²⁴² ÖZEN, Kefalet, s. 108

²⁴³ BECK, Art. 502, N. 14; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 159; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 42; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 671

²⁴⁴ BECK, Art. 502, N. 14; LERCH, Emil/TUASON, Vincente, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich 1936, s. 58; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 159; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 41; TANDOĞAN, s. 721-722

gereğince kefil, asıl borçlunun takası ileri sürme imkanı buldukça alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilmektedir. Bu doğrultuda asıl borçlunun iptal hakkı bulunduğu müddetçe kefilin de alacaklının taleplerini geri çevirebileceği kabul edilmektedir²⁴⁵. Kefil, söz konusu geçici def'i hakkını kullanmadan alacaklıya ödeme yaparsa ve sonrasında borçlu iptal hakkını kullanıp sözleşmeyi geçersiz hale getirirse o takdirde kefil ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme davası ile geri alabilecektir²⁴⁶.

Kefilin borçlunun yanılmasını bilerek yükümlülük altına girmesi ise TBK md. 582/f.2 kapsamına girmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere böyle bir durumda alacaklı ve kefil arasındaki sözleşmeyi, kefalet ve garanti sözleşmesine özgü niteliklerden oluşan karma bir sözleşme olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, borçluya ait tüm irade sakatlıklarının bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceği, yalnızca borçlunun yanılması halinde söz konusu hükmün uygulanmasının söz konusu olacağıdır. Buna göre borçlunun aldatılması ya da korkutulması hallerinde bu durumu bilerek kefil olan kimse TBK md. 582/f.2 kapsamında değerlendirilemez. Zira aldatma veya korkutma halleri haksız fiil niteliğindedir ve bu durumu bilerek kefil olunması hali hukuka ve ahlâka aykırı olduğundan geçersiz kabul edilecektir²⁴⁷.

Kefilin borçlunun yanılması sebebiyle oluşan irade sakatlığını bilerek yükümlülük altına girdiğini ispat yükü Türk Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesi²⁴⁸ gereğince alacaklıya ait olacaktır²⁴⁹.

3.1.3.3. Asıl Borçlunun Ehliyetsiz Olması

Borçlunun ehliyetsiz olması durumunda iki ihtimal söz konusu olur. Birinci ihtimalde borçlu tam ehliyetsiz olabilir. Böyle bir durumda borçlu ayırt etme gücüne sahip olmadığından asıl borç ilişkisi geçersizdir ve dolayısıyla kefalet sözleşmesi de

²⁴⁵ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 77; ARAL/AYRANCI, s. 428; ÖZEN, Kefalet, s. 143; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 41; REİSOĞLU, Kefalet, s. 50; TANDOĞAN, s. 721-722

²⁴⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 42

²⁴⁷ BECK, Art. 492, N. 130; ÖZEN, Kefalet, s. 107-108; REİSOĞLU, Kefalet, s. 51; TANDOĞAN, s. 723

²⁴⁸ TMK md. 6'daki düzenlemeye göre "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür".

²⁴⁹ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 80,83; ÖZEN, Kefalet, s. 107

geçersiz olacaktır. İkinci ihtimalde borçlu ayırt etme gücüne sahip ancak sınırlı ehliyetsizdir ve yasal temsilcisinin izni olmadan borçlandırıcı işlemle bir yükümlülük altına girmiştir. Bu ihtimalde yasal temsilcisi borçlandırıcı işleme icazet vermezse sözleşme geçersiz sayılacak ve buna bağlı olarak kefilin yükümlülüğü de sona erecektir. Yasal temsilcinin icazet vermesi halinde ise asıl borç ilişkisi geçerli hale geleceğinden kefilin sorumluluğu netlik kazanacaktır²⁵⁰.

Kefilin borçlunun ehliyetsiz olduğunu bilerek yükümlülük altına girmesi durumunda eğer kefil borçlunun yasal temsilcisinin onay vermesi koşuluyla kefil olmuşsa o takdirde koşula bağlı kefalet sözleşmesi söz konusu olacak ve koşul gerçekleştiği takdirde kefalet sözleşmesi hüküm ifade edecektir. Ortada böyle bir koşul yoksa ve kefilin borçluya ait ehliyetsizlik durumunu bilerek teminat vermişse o zaman yukarıda açıklandığı üzere TBK md. 582/f.2 hükmü uygulanacaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki TBK md. 582/f.2 hükmünün uygulanması borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması halinde söz konusu olacaktır. Zira borçlunun tam ehliyetsiz olması durumunda asıl borç ilişkisinin geçersizliği kesindir ve ortada üstlenilmesi gereken bir risk bulunmamaktadır. Böyle bir durumda asıl borç ilişkisinin geçersizliği kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır²⁵¹.

3.1.3.4. Eksik Borçlar

Eksik borçlardan kumar ve bahisten doğan borçlara kefil olunması hali TBK md. 591/f.4'de²⁵² düzenlenmiştir. Buna göre kumar ve bahisten doğan borçlara kefil olunabileceği, kefilin borcun niteliğini bilerek kefil olsa bile asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır.

Kumar ve bahisten kaynaklanan borçlara karşı dava açılmayıp takip yapılamayacağı TBK md. 604/f.1'de²⁵³ düzenlenmiştir. Bu tür borçlar eksik borç niteliğinde olup alacaklının borçludan talepte bulunması halinde borçlu borcun dava ve takip

²⁵⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 146; REİSOĞLU, Kefalet, s. 49-50

²⁵¹ TANDOĞAN, s. 723

²⁵² TBK md. 591/f.4 hükmüne göre "Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir".

²⁵³ TBK md. 604/f.1'deki düzenlemeye göre "Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz".

edilemeyeceğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınma imkanına sahiptir. Aynı şekilde kefil de asıl borçluya ait def'ileri ileri sürme imkanına sahip olduğundan borcun eksik borç niteliğine sahip olduğunu belirterek alacaklının talebini geri çevirebilir. Evlenme simsarlığından doğan borçların da kumar ve bahis borçları gibi dava ve takip edilemeyeceği TBK md. 524'de²⁵⁴ hükme bağlanmıştır. Bu hüküm doğrultusunda evlenme simsarlığından kaynaklanan borçlar da eksik borç niteliğine sahiptir. Bizim de katıldığımız görüşe göre evlenme simsarlığından doğan borçların da kumar ve bahis borçlarıyla aynı hukuki niteliğe sahip olduğu ve TBK md. 591/f.4 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁵.

Kumar veya bahisten doğan borçlara kefil olunması halinde, kefil borcun eksik borç olduğunu bilse bile TBK md. 594/f.4 gereğince asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilecektir. Bu doğrultuda borcun evlenme simsarlığından kaynaklandığını bilen kefil de borcun dava ve takip edilemeyeceğini ileri sürerek alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabileceği kabul edilmelidir.

Bir başka eksik borç niteliğindeki zamanaşımına uğramış borçların da kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınmaları mümkündür. Zamanaşımına uğramış bir borca kefil olunması açısından farklı ihtimaller söz konusu olabilir. Bunlardan ilki kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilmeden yükümlülük altına girmesi ihtimalidir. Böyle bir durumda kefil asıl borçluya ait zamanaşımı def'inden yararlanarak alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. TBK md. 591/f.2²⁵⁶ gereğince borçlu zamanaşımı def'inden vazgeçmiş olsa da kefil zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir²⁵⁷. Kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek güvence vermesi durumu ise TBK md. 582/f.2 kapsamında değerlendirilecektir. Buna göre kefil, yükümlülük altına girdiği sırada asıl borcun zamanaşımına uğradığını biliyorsa

²⁵⁴ TBK md. 524'e göre "Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz".

²⁵⁵ ÖZEN, Kefalet, s. 147. Evlenme simsarlığından doğan borçların kefaletle teminat altına alınmayacağı, bu borçlar için verilen kefaletlerin geçersiz sayılacağı görüşü için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 33; GÜMÜŞ, C. II, s. 301

²⁵⁶ TBK md. 591/f.2'deki düzenlemeye göre "Asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir".

²⁵⁷ Kefilin asıl borçlunun vekili olarak hareket edip zamanaşımına uğramış bir borcu teminat altına alması durumunda, asıl borçlunun zımni olarak zamanaşımı def'inden feragat etmiş sayılacağı ve böyle bir durumda zamanaşımı def'ini ileri sürme imkanının hem asıl borçlu hem de kefil için ortadan kalkacağı belirtilmektedir. REİSOĞLU, Kefalet, s. 227 dipnot 682.

o takdirde kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Daha önceki açıklamalarımızda olduğu gibi böyle bir durumda sözleşmenin kefalet ve garanti sözleşmesine özgü niteliklerden oluşan karma bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir. Buna göre de kefil zamanaşımı def'ini ileri süremeyecek ve dolayısıyla zamanaşımı bakımından bağımsız bir sorumluluk üstlenecek ancak bunun dışında kalan kısımlar bakımından kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁵⁸.

3.1.3.5. Ayıplı ifa sebebiyle borçlunun seçimlik haklarının bulunması

Satış sözleşmesinde satım konusunun ayıplı olması durumunda satıcının alıcıya karşı ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük çerçevesinde, TBK md. 227/f.1 hükmünde²⁵⁹ alıcıya tanınan seçimlik haklar dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre alıcı sözleşmeden dönebilir veya ayıp oranında bedel indirimi isteyebilir ya da malın ayıpsız misliyle değiştirilmesini veya ücretsiz onarımını talep edebilir.

Alıcının satıcıya ödeyeceği satım bedeli için güvence veren kefilin durumu ise alıcı (asıl borçlu) seçimlik haklarından birini kullanana kadar belirsizdir. Zira alıcının satış sözleşmesinden dönmek istemesi durumunda asıl borç ortadan kalkacak ve kefil de kendisinden talepte bulunan alacaklıya (satıcı) asıl borç ilişkisinin ortadan kalktığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak alıcının (asıl borçlunun) seçimlik hakkını henüz kullanmadığı belirsizlik döneminde, kefilin alacaklı durumundaki satıcıya karşı TBK md. 140 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle geçici def'i hakkı ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınma imkânı bulunduğu kabul edilmelidir²⁶⁰. Aksi durumda kefil kendisinden talepte bulunan alacaklıya ödeme

²⁵⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 146. Doktrinde kefilin asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek güvence vermesi durumunda sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ve kefalet sözleşmesinin şekil ve rücuyla ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla dahi uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Bknz. TANDOĞAN, s. 724

²⁵⁹ TBK'nun 227'inci maddesinin 1. Fıkrasındaki düzenleme şu şekildedir: "Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.
2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.
4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme."

²⁶⁰ BECKER, Art. 506, N. 3; GIOVANOLÍ, Art. 502, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 44; ÖZEN, Kefalet, s. 145; REİSOĞLU, Kefalet, s. 233

yapmak zorunda kalacak ve borçlunun sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda ise kefilin borçluya rücu imkânı olmayacaktır. Böyle bir durumda kefilin başvurabileceği tek yol, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açarak ödediği kısmı geri istemek olacaktır.

Alıcı konumundaki borçlunun sözleşmeden dönme yerine ayıp oranında bedel indirimi talep etmesi halinde ise borcun miktarı değişecek ve kefil oluşacak yeni miktara göre sorumlu olacaktır. Burada da borçlu seçimlik hakkını kullanana kadar ki sürede kefil geçici def'i ileri sürerek alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilmelidir²⁶¹.

Satış sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinde de eserin ayıplı olması durumunda yüklenicinin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül yükümlülüğü bulunmaktadır. TBK md. 475/f.1²⁶² hükmünde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar üç bent halinde sayılmıştır. Buna göre iş sahibinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelde indirim ya da ücretsiz onarım talep etme şekilde seçimlik hakları bulunmaktadır. Yükleniciye karşı iş sahibinin eser sözleşmesinden kaynaklanan ücret borcuna teminat veren kefil ise iş sahibi (asıl borçlu) seçimlik haklarını kullanıncaya kadar, kendisinden talepte bulunan yükleniciye (alacaklı) geçici def'i hakkını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir²⁶³.

²⁶¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 44-45; ÖZEN, Kefalet, s. 145. Söz konusu geçici def'i hakkı ise TBK md. 140 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasına dayandırılabilir. Daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi TBK md. 140'daki düzenlemeye göre asıl borçlunun takas ileri sürme imkanı buldukça kefil alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Bu bağlamda aynı imkanın, borçlu ayıp nedeniyle sahip olduğu seçimlik haklarından birini kullanıncaya kadar, kefile tanınması da mümkündür. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 145; REİSOĞLU, Kefalet, s. 233

²⁶² TBK md. 475/f.1'deki düzenlemeye göre "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafi gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme."

²⁶³ BECKER, Art. 506, N. 3; GIOVANOLÍ, Art. 502, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 44-45

3.2. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINA İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

3.2.1. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasına Yönelik Öneri (İcap) ve Kabul

TBK md. 1²⁶⁴ gereğince bir sözleşmenin kurulabilmesi için herşeyden önce tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı gerekmektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için de alacaklı ve müteselsil kefilin müteselsil kefalet sözleşmesi kurmak adına karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmalıdır. Alacaklı ya da müteselsil kefil tarafından yapılacak önerinin karşı tarafça kabulünün ardından sözleşme kurulmuş olacaktır.

Müteselsil kefalet sözleşmesi, hazırlar arasında yani alacaklı ve kefilin aynı anda hazır bulunduğu bir ortamda kurulabileceği gibi hazır olmayanlar arasında da kurulması mümkündür. Önerinin tarafların karşılıklı hazır bulunduğu bir ortamda yapılması durumunda, karşı taraf öneriyi hemen kabul etmezse önerinin bağlayıcılığı sona erecektir²⁶⁵. Öneri ile kurulmak istenen sözleşme, kanun veya tarafların anlaşmasıyla herhangi bir şekil kuralına tabi ise önerinin de aynı şekil kuralına uygun yapılması gerekir. Aksi takdirde öneri geçerli olmayacaktır²⁶⁶. Müteselsil kefalet sözleşmesi de TBK md. 583 gereğince yazılı şekil kuralına tabi olduğundan müteselsil kefalet sözleşmesi kurmaya yönelik önerinin de kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarına uygun olması gerekecektir. Bu durumda önerinin alacaklı ya da müteselsil kefil tarafından yapılması arasında bir farklılık bulunacaktır. Hazırlar arasında kurulacak bir kefalet sözleşmesine yönelik önerinin müteselsil kefil tarafından yapılması durumunda, kefilin yazılı şekilde hazırlayacağı öneri metninde müteselsil kefil olarak sorumluluk üstleneceğini ve sorumlu olmak istediği azami miktarla kefalet tarihini kendi el yazısıyla yazması gerekecektir. Öneride bulunan kişinin alacaklı olması durumunda önerinin herhangi bir şekilde uyulmadan yapılması

²⁶⁴ TBK md. 1 hükmüne göre “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”.

²⁶⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Albulkadir, Borçlar Hukuku Genel Hüküm, C. I, İstanbul 2010, s. 197; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 63; EREN, s. 252; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 87

²⁶⁶ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 175; EREN, s. 246 ; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 57

sözleşmeyi geçersiz kılmayacaktır²⁶⁷. Hazırlar arasında kabul beyanının müteselsil kefil ya da alacaklı tarafından yapılmasını farklı değerlendirmelere tabi tutmak gerekecektir. Kabul beyanında bulunacak kimsenin müteselsil kefil olması halinde yazılı kabul beyanının yalnızca imzalaması yeterli olmayacak ayrıca müteselsil kefil olduğunu, sorumlu olması istenilen azami miktarı ve kefalet tarihini kendi el yazısıyla yazması gerekecektir. Kabul beyanının alacaklı tarafından yapılacak olması halinde herhangi bir şekle tabi olmadan bu beyanda bulunabilecektir²⁶⁸.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin hazır olmayan kimseler arasında yapılması durumunda önerinin alacaklı ya da müteselsil kefil yapılması farklı değerlendirmelere tabi olacaktır. Öneriyi yapanın müteselsil kefil olması durumunda kefilin kanundaki şekle uygun yazılı bir öneri metni hazırlayıp imzalaması ve bunu alacaklıya göndermesi gerekmektedir. Zira kanunen şekle tabi bir sözleşmeye ilişkin öneri, aynı şekil kuralına uygun olmak zorundadır. O halde önerinin yalnızca yazılı şekilde yapılması yeterli olmayacak ayrıca müteselsil kefilin sorumlu olacağı üst sınırı ve müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlendiğini kendi el yazısıyla yazması gerekecektir. Kefilin el yazısıyla yazması gerekli bir başka unsur ise kefalet tarihidir. Kefalet tarihinin ise sözleşmenin kurulma tarihi olması gerekmektedir. Tarafların hazır olmadığı bir durumda sözleşmenin kurulma tarihi ve hükümlerini doğurduğu an farklılık göstermektedir. TBK md. 5 hükmünde kanun koyucu sözleşmenin kurulma anı olarak kabul haberinin önerene ulaşma anı esasını kabul etmiştir. Bir başka ifadeyle sözleşme, kabul haberinin öneride bulunana ulaştığı anda kurulmuş sayılacaktır. Hükümlerini doğurma anı ise TBK md. 11 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre hazır olmayanlar arasında kurulan bir sözleşme, kabul haberinin gönderildiği andan başlayarak hükümlerini doğuracaktır. Alacaklı ve kefilin hazır olmadığı bir ortamda öneride bulunan kişinin kefil olmak isteyen kimse olması halinde el yazısıyla hangi tarihin yazılması gerektiği sorunu gündeme gelecektir. Kefil öneride bulunan olduğu için kefalet tarihi olarak sözleşmenin kurulma tarihini yazamayacaktır. O halde kefilin öneride bulunduğu tarihi el yazısı ile yazması gerekecektir. Ancak kefilin öneride bulunduğu tarih de sözleşmenin kurulma tarihi olmayacaktır. Örneğin kefil alacaklıya 1.1.2013 tarihinde öneride bulunmuş, alacaklı

²⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 57 dipnot 61

²⁶⁸ EREN, s. 258

ise kabul haberini 20.1.2013 tarihinde göndermiştir. 24.1.2013 tarihinde ise kabul haberi kefile ulaşmıştır. Buna göre kefalet sözleşmesi 24.1.2013 tarihinde kurulmuş sayılacak hükümlerini ise 20.1.2013 tarihinde doğuracaktır. Kefilin öneride bulunduğu 1.1.2013 tarihi ise kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi olamayacaktır. Oysaki kanun koyucu kefil bakımından son derece önem taşıyan kefalet hükümlerinde sözleşmenin kurulma tarihini esas almıştır. TBK md. 589/f.3 hükmüne göre sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olur. O halde kefilin sorumlu olacağı borçların tespitinde kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi esas alınmaktadır. Kefilin el yazısıyla öneride bulunduğu tarihi yazması, sorumlu olacağı borçlar bakımından bir anlam ifade etmeyecektir. Kanun koyucu ise kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla yazılmasını istemiş ve bu şekilde kefil aleyhine tarihte değişiklik yapılmasının önüne geçmek istemiştir. Sözleşmenin kurulma tarihinin esas alındığı bir başka hüküm ise TBK md. 598/f.3'de düzenlenmiştir. Buna göre bir gerçek kişi tarafından verilen her türlü kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yıllık bir sürenin geçmesiyle ortadan kalkmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu on yıllık sürenin başlangıcı olarak kefalet sözleşmesinin kurulma tarihini esas almıştır. Dolayısıyla kefilin icapta bulunduğu tarih sürenin başlangıcının tespitinde bir önem arz etmeyecektir. Yukarıda verdiğimiz örneği esas alacak olursak kefil 1.1.2013 tarihinden değil 24.1.2013 tarihinden on yıl sonra kefalet borcundan kurtulacaktır. Kefalet sözleşmesinin kurulma tarihinin esas alındığı bir diğer düzenleme ise kefilin eşinin yazılı rızasının alınma zamanıdır. Eşin rızasının kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulma anında verilmiş olması gerekmektedir (TBK md. 584/f.1). Örneğin 1.5.2013 tarihinde öneride bulunan kefilin önerisine ilişkin kabul haberinin 20.5.2013 tarihinde kefile ulaşması halinde sözleşme, 20.5.2013 tarihinde kurulmuş olacaktır. 1.5.2013'de evli olmayan kefilin 15.5.2013 tarihinde evlenmesi durumunda, 20.5.2013 tarihinde eşinin rızası yoksa sözleşme geçerli bir şekilde kurulmamış sayılacaktır. Dolayısıyla öneride bulunan kefilin eşinin 20.5.2013 tarihine kadar kefalet sözleşmesine yazılı rıza göstermesi gerekecektir. Zira öneride bulunduğu tarihte evli olmayan kefilin 15.5.2013 tarihinde evlenmesi, yaptığı öneriyi geçersiz kılmamakla birlikte sözleşmenin kurulma anına kadar eşinin rıza göstermemesi kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını engelleyecektir. Dolayısıyla kefilin öneri metninde öneride bulunduğu tarihi el yazısıyla yazması, eşin rızasının gerekip gerekmeyeceğinin tespitinde bir anlam ifade

etmeyecektir. Görüldüğü gibi kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi kefil bakımından son derece önem arz etmektedir. Hazır olmayanlar arasında yapılacak bir kefalet sözleşmesine ilişkin önerinin kefil tarafından yapılması halinde kefilin öneride bulunma tarihini kendi el yazısıyla yazması gerekli şekil koşulunu yerine getirmeyecektir. Oysaki kefalet belgesinde kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi olarak tek bir tarih olması ve söz konusu tarihin kefilin el yazısıyla yazılması gerekmektedir. Bu şekilde tarih bakımından kefil aleyhine ileri sürülebilecek iddialar ve yapılabilecek oynamalar önlenmiş olacaktır. O halde hazır olmayanlar arasında kefil öneride bulunamayacak ve kefilin yapmış olduğu öneri, öneriye davet olarak nitelendirilecektir. Bu çerçevede kabul beyanında bulunanın mutlaka kefil olması gerekecektir. Ancak bu düşüncenin kabulü halinde de kefilin el yazısıyla yazacağı tarih, kefalet sözleşmesinin kurulma tarihi olamayacaktır. Zira hazır olmayanlar arasında sözleşme, kabul haberinin gönderildiği anda değil öneride bulunana ulaştığı anda kurulmaktadır. O halde kabul beyanı bakımından da kefil gerekli şekil koşulunu yerine getiremeyecektir²⁶⁹. Bu doğrultuda hazır olmayanlar arasında kefalet sözleşmesi kurulamaz şeklinde bir sonuca varmamız gerekecektir. Ancak böyle bir sonucun kabulü yerine hazır olmayanlar arasında kurulacak bir kefalet sözleşmesinde kefalet tarihi olarak kefilin kabul beyanında bulunma tarihini el yazısıyla yazması ve kefalet tarihinin sözleşmenin hükümlerini doğurduğu an olarak kabul edilmesi daha makul bir çözüm olacaktır. Sonuç olarak hazır olmayanlar arasında kurulacak bir kefalet sözleşmesinde kefilin yapmış olduğu öneri, öneriye davet olarak nitelendirilecek ve sözleşme kefilin kabul beyanıyla kurulacaktır. Kefil kabul beyanında sorumlu olacağı azami miktarı, müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlendiğini ve beyanda bulunma tarihini el yazısıyla yazacaktır. Sözleşme kabul beyanının alacaklıya ulaştığı anda kurulacak ancak hükümlerini beyanının gönderildiği anda doğuracaktır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinin kurulma tarihinin esas alındığı kefalet hükümlerinde, kefalet tarihi olarak sözleşmenin hükümlerini doğurduğu ana göre tespit yapılacaktır.

²⁶⁹ Doktrinde kabul beyanının kanunda öngörülen şekle uygun olmaması halinde sözleşmenin kurulacağı ancak yapılan sözleşmenin geçerli olmayacağı kabul edilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 67

3.2.2. Kefil Olunan Borcun Belirlenmesine Yönelik Yorum

Müteselsil kefilin sorumlu olabilmesi için herşeyden önce hangi borç için güvence verdiğinin belli olması gerekmektedir. Bu durum kefalette belirlilik ilkesinin bir sonucudur. Kefalet sözleşmesine ilişkin metinde açık bir şekilde kefilin sorumlu olacağı borç yer alabileceği gibi bazen hangi borç için kefil olduğunu anlaşılmayabilir. Örneğin bir kira sözleşmesinde müteselsil kefil olunması durumunda kefil, kefalet sözleşmesinde açıkça kira sözleşmesinden kaynaklanan hangi borca kefil olduğunu belirtilmemişse kefalet borcunun kapsamı ne olacaktır? Kefil, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar tüm borçlardan mı sorumlu tutulacak yoksa sorumluluk ödenmeyen kira bedellerini mi kapsayacaktır? Böyle bir durumda kefalet sözleşmesinin yorumlanması yöntemiyle kefilin gerçek iradesi belirlenerek hangi borçtan sorumlu olacağı anlaşılmaya çalışılacaktır.

Kefalet sözleşmesinde genellikle yalnızca kefilin borç altına girmesi ve çoğu zaman ivazsız olması nedeniyle sözleşmenin yorumunda kefilin objektif iyi niyet kurallarının korumasından yararlanması gerektiği kabul edilmektedir²⁷⁰. Bu doğrultuda dürüstlük kuralı kapsamında, sözleşmenin kurulması esnasında kefilin hangi borç için güvence verdiği anlaşılıyorsa o borç için sorumlu tutulacaktır²⁷¹. Ancak kefilin kefalet sözleşmesinden bir menfaat elde etmesi veya belli bir ivaz karşılığı sorumluluk üstlenmesi durumlarında kefilin dürüstlük kuralının korumasından yararlanması uygun olmayacaktır²⁷².

Kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında hangi olgulardan yararlanılması gerektiğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan görüşe göre kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında yalnızca kefalet belgesiyle bağlı kalınmamalı, kefalet metni dışındaki diğer tüm hususlardan yararlanılmalıdır. Bu görüş kapsamında herhangi bir olgu, kefalet metninde yer almamakla birlikte tarafların gerçek iradelerini yansıtıyorsa bu olguya dayanarak kefalet sözleşmesi

²⁷⁰ BECK, Art. 492, N. 47; ÖZEN, Kefalet, s. 153; REİSOĞLU, Kefalet, s. 62

²⁷¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 63

²⁷² ÖZEN, Kefalet, s. 153

yorumlanabilir²⁷³. Fikrimizce de kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında kefalet belgesine dayanmayan sözleşme dışı olgulardan da yararlanılabileceğine dair görüş isabetlidir. TBK md. 19/f.1²⁷⁴ hükmüne göre sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları ifadeler yerine gerçek iradelerinin bulunması esas alınacaktır. Bu doğrultuda tarafların gerçek iradelerinin ne olduğunun belirlenmesi adına sözleşme dışı olgulardan da yararlanılması gerekecektir. Bu olguların kefalet metninde bir dayanağının bulunup bulunmamasının ise bir önemi yoktur. Zira başvuru olguların mutlaka kefalet belgesinde bir dayanağının bulunmasını aramak, yapılacak yorumun kapsamını çok daraltacak ve çoğu zaman gerçek iradenin bulunmasından uzaklaştıracaktır.

3.2.3. Müteselsil Kefil Olma İradesinin Yorumlanması

Kefalet sözleşmesinin yorumlanmasında önemli olan bir diğer bir husus ise müteselsil kefil olma iradesinin belirlenmesidir. Ancak bunun için öncelikle sözleşmenin kefalet sözleşmesi olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Kefil olma iradesinin varlığı da sözleşmenin kefalet olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde büyük önem taşımaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi TBK md. 19/f.1 gereğince sözleşme yorumlanırken tarafların sözleşmeyi nitelendirmek için kullandığı yanlış veya yanıltıcı ifadeler dikkate alınmayacak, tarafların gerçek iradeleri araştırılacaktır. Bu doğrultuda sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğunu kabul etmek için içinde “kefalet” kelimesinin yer aldığı ifadeleri aramak gerekmeyecektir²⁷⁵. Benzer şekilde aslında kefil olmak isteyen bir kimsenin “garanti ediyorum” şeklinde bir ifade kullanmasına ya da bağımsız bir sorumluluk üstlenmek isterken kefil olma ifadesine yer verilmesine uygulamada sıkça rastlanmaktadır²⁷⁶. Bu noktada tarafların kullandığı kelimelere göre değil yoruma göre nitelendirme yapmak gerekecektir. Ancak yorum yaparken de ikili bir ayırıma gidilmeli ve kişiye yönelik subjektif esaslar dikkate alınmalıdır. Zira taraf iradeleri yorumlanırken hukuki bilgisi eksik ve

²⁷³ BECK, Art. 492, N. 48; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 86; REİSOĞLU, Kefalet, s. 62-63; ÖZEN, Kefalet, s. 155-157

²⁷⁴ TBK md. 19/f.1’deki düzenlemeye göre “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerini esas alınır”.

²⁷⁵ BECK, Art. 492, N. 49; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 4; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 227; ÖZEN, Kefalet, s. 159

²⁷⁶ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 4; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 228-229

iş tecrübesi az olan bir kimseyle tecrübeli ve hukuki anlamda tam bir donanıma sahip birinin kullandığı ifadeleri bir tutmak doğru olmayacaktır²⁷⁷. Örneğin iş hayatında tecrübesiz bir kimsenin verdiği taahhüdün aslında kefalet olduğunu ama hatalı ifadeler sonucu garanti sözleşmesi olarak algılandığını iddia etmesiyle aynı iddianın bir banka tarafından yapılmasını farklı değerlendirmelere tabi tutmak gerekecektir²⁷⁸.

Buna göre sözleşmenin yorumlanmasında daha çok hatır amaçlı hareket eden ve kefil olmakta belli bir menfaati olmayan tecrübesiz bir kimsenin verdiği taahhüdü kefalet olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Böyle bir kimsenin asıl borçtan bağımsız olarak sorumluluk altına girdiğini düşünmek hayatın olağan akışına aykırı olur. Aksini ispatlamak ise taahhüdün bağımsız bir taahhüt olduğunu iddia eden kimseye düşecektir. Taahhütte bulunanın banka ya da bu konularda uzman bir kimse olması halinde kullanılan ifadelerden bağımsız bir sorumluluk üstlendiği anlaşılıyorsa o zaman gerçek iradenin belirlenmesinde sözleşmede yer alan tabirlere üstünlük tanınacaktır²⁷⁹.

Sözleşmenin yorumundan kefalet sözleşmesi olduğunun anlaşılması halinde kefaletin hangi kefalet olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu noktada kefilin iradesinin müteselsil kefalet olduğunu kabul edebilmek için kefalet metninin incelenmesi gerekecektir. Zira TBK 583/f.1 gereğince kefilin müteselsilen sorumluluk altına girdiğini kefalet belgesinde el yazısıyla yazmak durumundadır. Kefilin mutlaka “müteselsil kefil” ifadesini kullanması gerekmekle birlikte bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini el yazısıyla yazması gerektiği kanunda belirtilmiştir. Buna göre müteselsil kefil olma iradesinin belirlenmesinde kefalet metni esas alınmalıdır. Kefalet belgesinin yorumlanmasından kefilin müteselsil kefil olduğuna dair bir anlam çıkmıyorsa o takdirde kefalet adi kefalet olarak belirlenir. Zira müteselsil kefalet, adi kefaletle göre daha ağır sorumluluk gerektiren bir kefalet türüdür ve kanunda açıkça el yazısıyla yazılma zorunluluğu getirilmiştir.

²⁷⁷ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 234; ÖZEN, Kefalet, s. 160; REİSOĞLU, Kefalet, s. 65

²⁷⁸ BECK, Art. 492, N. 50; ÖZEN, Kefalet, s. 160-161; REİSOĞLU, s. 65

²⁷⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 161; REİSOĞLU, Kefalet, s. 65

3.2.4. Müttesel Kefilin Taahhüdünün Koşula (Şarta) Bağlı Olması

Daha önce de belirtildiği gibi koşula bağlı bir borca kefil olunması mümkündür. Bunun dışında asıl borcun koşula bağlı olup olmamasından bağımsız olarak kefil, taahhüt altına girerken kendi borcunu şarta bağlı kılabilir²⁸⁰. Örneğin kefil, asıl borçlunun (Y) bankasından kredi alması koşuluna bağlı olarak teminat verebilir veya başka kefillerin de güvence vermesi şartıyla kefil olmayı kabul edebilir. Önemli olan husus kefilin taahhüdünü bağladığı unsurların kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesini etkileyecek türden bir “koşul” olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Aksi durumda söz konusu koşullar kefilin kefil olmasını etkileyen bir saik olarak düşünülecek ve sözleşmenin hüküm ifade etmesini etkilemeyecektir²⁸¹.

Genel olarak koşul, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmemekle birlikte hukuki işlemi etkileyen olgudur. Tarafların sözleşmenin hüküm ifade etmesini ya da hükümden düşmesini gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir olguya bağlamaları halinde koşula bağlı bir sözleşme söz konusu olur²⁸². Bir olgunun kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesini etkileyecek türden bir “koşul” olarak kabul edilip edilemeyeceğini her somut olay için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Öncelikle söz konusu olgunun kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada mevcut olmaması ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirsiz olması gerekir. Kefilin mevcut bir olguya bağlı olarak borç altına girmesi halinde ortada koşula bağlı kefalet sözleşmesi yoktur. Böyle bir durum kefilin kefil olmasını etkileyen saikler olarak nitelendirilir. Bunun dışında kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesinin gerçekleşmesi belirsiz olguya bağlandığının alacaklı tarafından da bilinmesi gerekir. Kefilin tek başına kefil olmasını bazı olgulara bağlaması kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesini etkilemeyecektir. Böyle bir durumda ortada TBK md. 170 ve devamı hükümleri anlamında koşula bağlı bir borç ilişkisi yoktur²⁸³.

²⁸⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 161; REİSOĞLU, Kefalet, s. 61

²⁸¹ BECK, Art. 493, N. 53; ÖZEN, Kefalet, s. 162; REİSOĞLU, Kefalet, s. 61

²⁸² EREN, s. 1161; NOMER, s. 324; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 492; REİSOĞLU, Safa, s. 449; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 328

²⁸³ BECK, Art. 492, N. 53; ÖZEN, Kefalet, s. 162; REİSOĞLU, Kefalet, s. 61

3.2.5. Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

3.2.5.1. Gerçek Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

Gerçek kişi müteselsil kefil tam fiil ehliyetine sahip ise tek başına kefalet sözleşmesi yapabilecektir²⁸⁴. Buna göre kefil olacak kimse, 18 yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlanmamış olmalıdır. Tam fiil ehliyetine sahip olmayan kimselerin kefil olabilmesi ise Türk Medeni Kanunu tarafından bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur.

TMK md. 449'da²⁸⁵ vesayet altına bulunan kimseler için yasak olan işlemler sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlılar adına kefalet sözleşmesi yapılması yasaktır. Bu doğrultuda vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlıların kendi adlarına kefalet sözleşmesi yapmaları mümkün olmadığı gibi yasal temsilcilerinin de onlar adına bu sözleşmeyi yapması yasaktır. TMK md. 342/f.3'de²⁸⁶ yapılan atıf sonucu vesayet altındaki kimseler için uygulanacak hükümler velayet altındaki küçükler de uygulanmaktadır. Buna göre kefil olma yasağına ilişkin düzenleme velayet altındaki küçükler için de geçerli olacaktır. Tıpkı vesayet altında bulunan küçük ve kısıtlılarda olduğu gibi velayet altında bulunan küçük de kefil olamayacak ve yasal temsilcisi olan velisi de onun adına kefalet sözleşmesi yapamayacaktır.

Vesayet altında bulunan küçük veya kısıtlının ya da velayet altında bulunan küçüğün yapmış olduğu kefalet sözleşmesine vasinin ya da velinin izin veya sonradan icazet vermesi de sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Hatta vasinin bağlı olduğu sulh ya da asliye mahkemelerinin izniyle dahi küçük veya kısıtlı adına kefalet sözleşmesi yapmak mümkün değildir²⁸⁷. Ancak vasi ya da velinin, küçük veya kısıtlının alacaklı

²⁸⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 72; GÜMÜŞ, C. II, s. 304; REİSOĞLU, Kefalet, s. 52; YAVU/ACAR/ÖZEN, s. 673; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 663

²⁸⁵ TMK md. 449'daki düzenlemeye göre "Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır".

²⁸⁶ TMK md. 342/f.3'e göre "Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsilde de uygulanır".

²⁸⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art 492, N.80; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 73; ÖZEN, Kefalet, s. 163; REİSOĞLU, Kefalet, s. 59; TANDOĞAN, s. 726-727; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 673; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 663

olduğu bir durumda onlar adına kefalet sözleşmesi yapması mümkündür. Zira böyle bir durumda küçük ya da kısıtlı kefil olmayacağı için Medeni Kanun tarafından yasaklanmış bir işlem söz konusu olmayacaktır²⁸⁸.

Vesayet veya velayet altında bulunan bir kimse ya da onun kanuni temsilcisi tarafından yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmakla birlikte geçersizliğinin niteliğinin ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre TMK md. 449'da belirtilen kefalet yasağına aykırılık, kefalet sözleşmesini "kesin hükümsüz" kılar. Kesin hükümsüzlük yaptırımının bir sonucu olarak kefalet sözleşmesinin herhangi bir şekilde geçerlilik kazanması mümkün olmayacak ve ilgili herkes tarafından hükümsüzlük ileri sürülebilecektir²⁸⁹. Başka bir görüşe göre ise böyle bir durumda sözleşmede kesin hükümsüzlük değil tek taraflı bağlamazlık bulunmaktadır. Bu fikir doğrultusunda kısıtlı ya da küçük bir kimse kefalet sözleşmesini yaptığı sırada ayırt etme gücüne sahipse²⁹⁰ üzerindeki vesayet veya velayet kalktıktan sonra kendi yaptığı kefalet sözleşmesine onay verebilecektir. Ancak bunun için verilecek onayın kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralına uygun olması gerekmektedir²⁹¹. Yargıtayın görüşü de aynı yöndedir²⁹². Fikrimizce burada herhangi bir ayırıma gidilmeden hem vesayet veya velayet altında bulunan bir kimsenin hem de yasal temsilcisinin yapmış olduğu kefalet sözleşmesini "kesin hükümsüz" saymak gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ya da kısıtlının

²⁸⁸ BECK, Art. 492, N. 14; ÖZEN, Kefalet, s. 163; TANDOĞAN, s. 726

²⁸⁹ BECK, Art. 492, N. 14; GÜMÜŞ, C. II, s. 304; ÖZEN, Kefalet, s. 165-166

²⁹⁰ Aynı görüşü savunmamakla birlikte kısıtlı bir kimsenin kefalet sözleşmesini yaptığı zaman ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde ayırt etme gücü kazanıldıktan sonra da sözleşmenin geçerli hale getirilemeyeceği doktrinde belirtilmiştir. TANDOĞAN, s. 726 dipnot 25

²⁹¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 59

²⁹² Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda ayırt etme gücüne sahip kısıtlı bir kimsenin vesayet kalktıktan sonra kefalet sözleşmesine yazılı onay vererek sözleşmeyi geçerli hale getirebileceğini kabul etmektedir. Söz konusu karar şu şekildedir: "Davalının, hapis sebebiyle hacir altında iken davacı ile dava dışı İsmail Hakkı arasında düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Vesayet altındaki kişi ya da vasisi kefalet akdi yapamaz (TMK. md.392-TMK md. 449) Hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kimse üzerindeki vesayet hapsin hitamıyla nihayet bulur. Muvakkaten veya bir şart ile serbest bırakılmış olan mahpus vesayet altında kalır (TMK.md.415-TMK md. 471). Bu hususlar gözetildiğinde, davalının henüz vesayeti sona ermeden imzaladığı kefalet akdinin geçerliliğinden söz edilemez. Olayımızda TMK. 2. maddesi hükmünün uygulanma olanağı da yoktur. Mümeyyiz mahcur iken kefalet sözleşmesi imzalayan kişinin vesayeti sona erdikten sonra bu sözleşmeyi benimseyebileceği düşünülebilir. Ancak akdin geçerlik kazanabilmesi için BK.nun 484. maddesi hükmü karşısında bu benimsemenin de yazılı şekilde yapılması şarttır. Olayımızda yazılı bir benimseme bulunmamaktadır. O halde imzalandığı anda geçersiz olan sözleşmenin sonradan geçerlik kazandığı da söylenemez." Yarg. 19. HD. 02.10.2001 tarih E. 2001/2053, K. 2001/6100 sayılı karar için bknz. www.kazanci.com

kefil sıfatına sahip olduğu kefalet sözleşmesinin ne yapıldığı anda ne de ayırt etme gücü kazanıldıktan sonra geçerli hale gelmeyeceği kuşkusuzdur. Bunun dışında ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin sonradan verebilecekleri icazetle geçerli hale gelebileceğini kabul etmenin pratik bir önemi yoktur. Zira verilecek icazet, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil koşullarına tabi olacağından yazılı olması yeterli olmayacak ayrıca kefalet tarihi, sorumlu olunacak azami miktar ve müteselsil kefaletin el yazısıyla yazılması gerekecektir. Bu noktada yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasıyla mevcut sözleşmeye icazet verilmesi arasında çok büyük bir fark olmayacaktır²⁹³. Diğer taraftan MK md. 449'da kesin bir şekilde vesayet altında bulunan kimselerin kefil olamayacağı ve bu kimseler adına yasal temsilcilerinin de kefalet sözleşmesi yapamayacakları belirtilmiştir. Bu doğrultuda geçersiz bir kefalet sözleşmesinin sonradan verilecek icazetle geçerli olacağını kabul etmek yerinde değildir. Ayrıca vesayet altında bulunan kısıtlı bir kimsenin kefil olması halinde sözleşmenin diğer tarafı olan alacaklı belirsiz bir tarihe kadar kefalet sözleşmesiyle bağlı kalacaktır. Bu açıdan da kesin hükümsüzlük görüşünün kabulü daha uygun olacaktır.

Vesayet veya velayet altında bulunan küçük ya da kısıtlının kefil olma ehliyetine sahip olduğunu bilmeden kefalet sözleşmesi yapan alacaklının, iyi niyetli olması da sözleşmenin geçersiz sayılmasına engel olamayacaktır. Zira genel kural olarak ehliyetsiz bir kimseyle sözleşme yapan kimsenin iyi niyeti korunmaz. Ancak istisnai bir durum olarak MK md. 410/f.2²⁹⁴ hükmüne göre bir kimse hakkında verilen kısıtlama kararı ilan edilmeden önceki aşamada, durumdan haberi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilerin iyi niyetli korunmaktadır. Bu bağlamda hakkında kısıtlama kararı verilmiş ancak henüz kararı ilan edilmemiş bir kimseyle kefalet sözleşmesi yapan alacaklı iyi niyetli ise yani kısıtlama kararından haberi yoksa ya da haberi olması gerekmiyorsa, sözleşmenin geçersizliği iyi niyetli alacaklıya karşı ileri sürülemeyecektir²⁹⁵.

²⁹³ ÖZEN, Kefalet, s. 166

²⁹⁴ TMK md. 410/f.2'deki düzenlemeye göre "Kısıtlama, iyiniyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemez".

²⁹⁵ GIOVANOLÌ, Art. 492, N. 40; ÖZEN, Kefalet, s. 166

Ehliyet yönünden geçersiz olan kefalet sözleşmesinin ifa edilmesi durumunda, ödenen tutar sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında alacaklıdan geri istenebilecektir. Kısıtlı ya da küçüğün kefil olma ehliyeti yokken yaptığı geçersiz sözleşmeyi, kısıtlılık ortadan kalktıktan ya da reşit olduktan sonra ifa etmesi de yapılan ödemenin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak istenebilmesine engel olmaz. Zira ehliyetsiz bir kimse tarafından yapılan kefalet sözleşmenin “kesin hükümsüz” olduğunu kabul edersek sözleşmenin sonradan geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Bu noktada kısıtlı ya da küçüğün kefil olma ehliyetine sahip olduktan sonra yaptığı ödeme “borç olmayan şeyin ifası”²⁹⁶ olarak kabul edilip sebepsiz zenginleşme hükümleriyle geri istenecektir. “Tek taraflı bağlamazlık” görüşünün kabul edilmesi halinde de geçersiz olan kefalet sözleşmesinin geçerli hale gelebilmesi için kefil olma ehliyetini kazanan kısıtlı ya da küçük tarafından kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarına uyarak sözleşmenin onaylanması gerekecektir. Bu doğrultuda söz konusu onaylama işlemi yapılmadan yapılan ifa, yine “borç olmayan şeyin ifası” olarak kabul edilip sebepsiz zenginleşme sebebiyle alacaklı tarafından iadesi gerekecektir. Kefalet sözleşmesinin kısıtlı ya da küçük adına yasal temsilcisi tarafından yapılması durumunda da aynı şekilde geçersiz bir borca ilişkin ifa olacağından sebepsiz zenginleşmeye dayanarak alacaklıdan iadesi talep edilebilecektir²⁹⁷.

TMK md. 453²⁹⁸ hükmüne göre vesayet altında bulunan sınırlı ehliyetsiz bir kimseye bir meslek veya sanatın yürütülmesi için vesayet makamı tarafından izin verilmişse o kimse yapmış olduğu meslek veya sanatla ilgili olağan işlemleri tek başına yapmaya yetkilidir. Bu bağlamda söz konusu kişinin yürüttüğü meslek veya sanatla ilgili olmak koşuluyla tek başına kefalet sözleşmesi yapabileceği kabul edilmelidir²⁹⁹.

²⁹⁶ TBK md. 78/f.1’deki düzenlemeye göre “Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir”.

²⁹⁷ GIOVANOLI, Art. 492, N. 39; ÖZEN, Kefalet, s. 167-168

²⁹⁸ TMK md. 453’deki düzenleme şu şekildedir: “Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur”.

²⁹⁹ ARAL, Özel, s. 433; GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 73; ÖZEN, Kefalet, s. 163; REİSOĞLU, Kefalet, s. 59; TANDOĞAN, s. 726; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 673; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 663

Kendisine yasal danışman atanan kimseler MK md. 429/f.1³⁰⁰ hükmünde 9 bent halinde sayılan işlemleri yapmak için yasal danışmanın iznini almak zorundadırlar. MK md. 429/b.9 gereğince de kendisine yasal danışman atanan bir kimsenin kefil olabilmesi için yasal danışmanın onayı gerekmektedir. Bu doğrultuda bu kimselerin tek başına kefil olabilmeleri mümkün olmamakla birlikte yasal danışmanın izin veya onay vermesi halinde kefalet sözleşmesi kurabilirler. Yasal danışmanın izni ya da onayı olmadan yapılan kefalet sözleşmesi ise geçersiz bir sözleşme olacaktır. Buradaki geçersizliğin niteliği ise “tek taraflı bağlamazlık” şeklindedir³⁰¹. Zira vesayet veya velayet altında bulunan bir kimse yasal temsilcisinin izniyle dahi kefil olamazken kendisine yasal danışman atanan bir kimsenin danışmanın izni ile kefil olabilmesi mümkündür. Bu nedenle yasal danışmanın izni alınmadan yapılan bir kefalet sözleşmesi danışman onay verene kadar askıda hükümsüz olacaktır. Yasal danışmanın onay vermesi halinde ise kefalet sözleşmesi geçerli bir hale gelecektir. Danışman tarafından verilecek onay ise herhangi bir şekle tabi değildir. Kendisine yasal danışman atanan kimse de fiil ehliyetindeki sınırlama ortadan kalktıktan sonra kefalet sözleşmesine onay vererek sözleşmeyi geçerli hale getirebilir. Ancak danışmanın onayından farklı olarak kendisine yasal danışman atanan kimsenin vereceği onay, kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarına uygun olmak zorundadır³⁰². Buna göre onayın yazılı olması haricinde kefalet tarihini, sorumlu olacağı azami miktarı ve kefaletin müteselsil kefalet olduğunu el yazısıyla yazması gerekmektedir.

³⁰⁰ TMK md. 429/f.1’e göre “Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamasıyla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır:

1. Dava açma ve sulh olma,
2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması,
3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi,
4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
5. Ödünç verme ve alma,
6. Ana parayı alma,
7. Bağışlama,
8. Kambiyo taahhüdü altına girme,
9. Kefil olma.”

³⁰¹ BECK, Art. 492, N. 16; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 73-74; ÖZEN, Kefalet, s. 168; REİSOĞLU, Kefalet, s. 58; TANDOĞAN, s. 727

³⁰² BECK, Art. 492, N.16; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 74; ÖZEN, Kefalet, s. 168; REİSOĞLU, Kefalet, s. 58; TANDOĞAN, s. 727; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 168

Kendisine kayyım tayin edilen bir kimse ise herhangi bir ehliyet sınırlamasına tabi olmadan kefil olabilir³⁰³.

İflasın açılmasıyla beraber müflisin tasarruf yetkisi ortadan kalkmakla birlikte (İİK md. 191)³⁰⁴ kefil sıfatıyla kefalet sözleşmesi yapmasına bir engel yoktur. Zira kefil olmak müflis için bir tasarruf işlemi değil borçlandırıcı bir işlemdir. Ancak alacaklı, kefalet sözleşmesinden doğan alacağını iflas masasına karşı ileri sürememekle birlikte iflas kaldırıldıktan sonra kefinden talepte bulunabilmesi mümkündür³⁰⁵.

Bir kimseye konkordato için süre verilmişse bu sürenin ilanından itibaren bu kimsenin, icra mahkemesinin izni dışında kefil olması yasaklanmıştır (İİK md. 290/f.2³⁰⁶). Yasağa rağmen yapılan sözleşmenin ise “kesin hükümsüz” olduğu kabul edilebilir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin hükümsüz olduğunu konkordato süresi verilmiş kefil ileri sürebileceği gibi kefilin diğer alacaklıları veya ilgili olan üçüncü kişiler de ileri sürebilmelilerdir. Hükümsüz olan kefalet sözleşmesi, komiserin izniyle ya da kefil olan borçlunun alacaklıların rızasıyla veya konkordatonun reddedilmesiyle bile geçerli hale gelmeyecektir³⁰⁷.

3.2.5.2. Tüzel Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

Belirli bir amacı gerçekleştirmek için örgütlenen ve hukuk düzenince bağımsız birer varlık olarak tanınan tüzel kişiler³⁰⁸ kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Şirketler, dernekler ve vakıflar özel hukuk tüzel kişilerini oluşturmaktadırlar.

³⁰³ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 80; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 74; GÜMÜŞ, C. II, s. 304; TANDOĞAN, s. 727; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 663

³⁰⁴ İİK md. 191/f. 1 hükmüne göre “Borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür”.

³⁰⁵ BECK, Art. 492, N. 20; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 78; ÖZEN, Kefalet, s. 169; REİSOĞLU, Kefalet, s. 57-58; TANDOĞAN, s. 730; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 673

³⁰⁶ İİK md. 290/f.2'deki düzenleme şu şekildedir: “Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan işlemler hükümsüzdür”.

³⁰⁷ BECK, Art. 492, N. 20; GIOVANOLI, Art. 492, N. 42; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 77; ÖZEN, Kefalet, s. 169; TANDOĞAN, s. 730

³⁰⁸ ESENER, Turhan; Hukuk Başlangıcı, İstanbul 1998, s. 53; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2010, s. 214

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş olarak özel hukuk tüzel kişilerinden olan dernek ve vakıflar için “amaç dışı işlem yapma yasağı” (ultra vires ilkesi) bulunduğu kabul edilmektedir³⁰⁹. Buna göre dernek ve vakıfların kefil olabilmesinin kuruluş aşamasında belirlenen amaçlarla sınırlı olacağı kabul edilmektedir. Dernek veya vakfın kefil olmasının sebebi, dernek tüzüğü ya da vakıf senedinde belirtilen amacı gerçekleştirmeye yönelikse kefil olma ehliyetinin varlığı kabul edilecektir. Aksi durumda yani dernek ya da vakfın kefil olmasının, kuruluş aşamasında belirlenen amaçla bir ilgisinin bulunmaması halinde kefil olma ehliyeti bulunmadığından yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır³¹⁰. Doktrinde dernek ve vakıfların kuruluş belgesinde kefil olabileceklerine dair bir ibarenin de yer almasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür³¹¹.

Ticaret şirketlerinin hukuki işlem yapabilme ehliyeti açısından 6762 sayılı Ticaret Kanunu zamanında ETTK 137’inci³¹² madde hükmü uygulanmaktaydı. Bu hükme göre ticaret şirketlerinin hukuki işlem ehliyetinin sınırlarını şirketin işletme konusu belirlemekteydi. Bir başka deyişle ticaret şirketleri ana sözleşmelerinde belirlenen işletme konusu ne ise o konuda hukuki işlem ehliyetine sahip olmakta ancak işletme konusunun dışında kalan bir alan söz konusu olduğunda ehliyetsiz sayılmaktaydılar. Bu hüküm “ultra vires” ilkesinin görünümünü oluşturmaktaydı. Dolayısıyla eski TTK md. 137 kapsamında bir ticari şirketin kefil olabilmesi yalnızca ticari işletme konusunu ilgilendiren alanlarda mümkün olabiliyordu. Ticari hayatın gösterdiği çeşitlilik ise şirketlerin yalnızca kendi işletme konusu sınırlarında hukuki işlem ehliyetine sahip olmalarını zorlaştırıyordu. Bu sorun zaman içinde değişen Yargıtay uygulamasıyla aşılmaya çalışılmıştı. Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında daha dar

³⁰⁹ AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2007, s. 546; ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 62; ÖZTAN, Bilge, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1993, s. 29; SEROZAN, Rona, Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s. 33-34; ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Ankara 1999, s. 593

³¹⁰ ARAL, Özel, s. 433; ÖZEN, Kefalet, s. 169; REİSOĞLU, Kefalet, s. 53-54; TANDOĞAN, s. 730-731; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 673; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 664

³¹¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 78-79; ÖZEN, Kefalet, s. 170

³¹² Eski TTK md. 137’deki düzenleme şu şekildeydi: “Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler”.

yorumlanmaktaydı. Buna göre Yargıtay vermiş olduğu bir kararında³¹³ işletme konusu trikotaj ve tuhafiyecilik olan bir şirketin iplik alım satımı işi için verdiği kefaleti işletme konusuyla ilgili bulunduğu için geçerli saymıştır. Daha sonraki yıllarda verdiği kararlarında ise mülga TTK md. 137’i dar yorumlamak vazgeçerek ticari hayatın gereklerini daha ön planda tutmuştur³¹⁴.

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nda ise eski TTK md. 137’deki “*ultra vires*” ilkesi terk edilmiştir. Yeni TTK md. 125/f.2’de³¹⁵ ticaret şirketlerinin TMK md. 48

³¹³ Yarg. Ticaret Dairesi’nin 10.12.1960 tarih, E. 3282, K. 3381 sayılı kararı için bkz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 55

³¹⁴ Söz konusu karara konu olan olayda işletme konusu iplik sanayi olan bir anonim şirket, konserve ve koli işiyle uğraşan bir kollektif şirketin bir bankadan kendi işi için aldığı krediye kefil olmuştur. Olayda geçen kefaletin geçerli olacağına ilişkin Yargıtay kararı ve gerekçesi ise şu şekildedir: “... taraflar arasındaki uyuşmazlık, anasözleşmesinde (şirket mevzuu) içinde (kefalet) konusu yer almayan davalı ... İplik Sanayii A.Ş.nin, dava dışı ... Konserve Koll. Şti.nin davacı bankadan kredi alabilmek için imzaladığı (kredi taahhütname)’lerine kefil olup olamayacağı diğer bir deyişle, şirket yetkililerince kefil sıfatıyla imzalanmış bulunan bu sözleşmeden dolayı o şirketin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunundan kaynaklanmaktadır. (6762 sayılı) TTK.nun 137. maddesi hükmü gereğince, ticaret ortaklıkları tüzel kişiliğe haiz olduklarından kendi ana sözleşmelerinde yazılı (işletme konusu) çerçevesi içinde kalmak şartı ile bütün hakları edinebildikleri gibi, bütün borçları da yükümlenebilirler. Bir şirketin işletme konusu (işgal konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin anasözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi anasözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdinin) de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan (bir muamele) den ibaret olduğu gözönünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir.” Yarg. 11. HD’nin T. 23.3.1982, E. 1982/851, K. 1982/1225 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com Kararın gerekçesinde de görüldüğü gibi Yargıtay bir ticari şirketin kefil olma ehliyeti açısından mülga TTK md. 137’i daha geniş yorumlayarak şirketin işletme konusu dışında kalan alanlarda da kefil olunabileceği, bu durumun ticari hayatın bir gereği olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay’ın benzer yöndeki bir başka kararı ise şu şekildedir: “Türk Ticaret Kanunu’nun 137. maddesinde, “Ticaret şirketleri hükmi şahsiyete haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler.” hükmü mevcut olup, bu hükme göre ticaret şirketlerinin ehliyetleri, ana sözleşmelerinde belirlenen konu ve amaç ile sınırlı olduğundan bu sınırlar dışında yapılan işlemler ehliyetsizlik nedeniyle batıldır. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin ana sözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletme mevzuu içinde bulunduğu doktrin ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Bir ticari işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi için gerektiğinde kredi temini yoluna gitmesi ve bu nedenle başkasının kefaletini temin etmesi olağan olduğu gibi, başka bir şirkete kefil olması da olağan ve mutad bir işlemdir. O halde kefalet akdi, ticari hayatın gereği olarak yapılan mutad iş ve muamelelerden olduğundan, şirket ana sözleşmesinde bu hususta açık hüküm olmasa dahi normal koşullarda şirketi bağlayıcı ve geçerli kabul edilmelidir” Yarg. 13. HD. T. 23.3.2009, E. 2008/10689, K. 2009/3770 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com

³¹⁵ 6102 sayılı TTK md. 125/f.2’deki düzenlemeye göre “Ticaret şirketleri, Türk Medeni Kanununun 48’inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar saklıdır”.

çerçevesinde bütün haklardan yararlanıp borç üstlenebilecekleri hükme bağlanmıştır. TMK md. 48'de³¹⁶ ise tüzel kişilerin insana özgü özellikler haricinde bütün hak ve borçlara ehil oldukları düzenlenmiştir. Yeni TTK md. 125/f.2'deki düzenleme doğrultusunda ticaret şirketlerinin hukuki işlem ehliyeti işletme konusuyla sınırlı olmayacak ve dolayısıyla işletme konusu dışında kalan alanlarda da kefil olabileceklerdir. Her ne kadar 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu yürürlükteyken de uygulamada şirketin işletme konusu geniş düşünülerek “*ultra vires*” engeli aşmaya çalışılmışsa da yeni Türk Ticaret Kanunu ile yasal bir düzene oturtulmuştur. Ancak anonim şirketler bakımından bir istisna bulunmaktadır. Anonim şirketlere ilişkin yeni TTK md. 371/f.2³¹⁷ hükmüne göre anonim şirketi temsile yetkili organ tarafından üçüncü kişilerle işletme konusu dışında kalan konularda yapılan hukuki işlemler şirketi bağlamaktadır. Ancak söz konusu işlemin işletme konusu dışında kaldığı üçüncü kişi tarafından biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa o takdirde işlem şirketi bağlamayacaktır. Kanun koyucu burada üçüncü kişinin iyi niyetli olması durumunda işletme konusu dışında kalan işlemlerin anonim şirketi bağlayacağını hükme bağlamıştır. Yapılan işlemin işletme konusu dışında kaldığının üçüncü kişi tarafından bilindiğini ispat yükü ise anonim şirkete aittir ve işletme konusunun ilan edilmiş olması da ispat için yeterli sayılmayacaktır³¹⁸. Yeni TTK md. 371/f.2 hükmü ile anonim şirketler açısından eski TTK md. 137 hükmüne benzer bir düzenleme yapıldığı ve bu nedenle anonim şirketin kefil olma ehliyetinin işletme konusuyla sınırlandırıldığı ancak bu durumun Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla aşılabileceği kabul edilmektedir³¹⁹.

Özel hukuk tüzel kişisi olan kooperatiflerin kefil olabilmelerine ilişkin olarak 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte söz

³¹⁶ TMK md. 48 hükmüne göre “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler”.

³¹⁷ 6102 sayılı TTK md. 371/f.2'deki düzenleme şu şekildedir: “Temsile yetkili olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından, tek başına yeterli delil değildir”.

³¹⁸ PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 65; TURANLI, Hüsnü, Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, Y. 2012, s. 69

³¹⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 54-55

konusu kanununun 98'inci³²⁰ maddesinde hüküm bulunmayan konularda Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere özgü hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle kooperatiflerin kefil olabilme ehliyetleri TTK md. 125/f.2 ve bu hükmün istisnasını oluşturan TTK md. 371/f.2 kapsamında değerlendirilmelidir.³²¹

Kamu tüzel kişilerinin kefil olabilme ehliyetleri özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak kendi kuruluş kanun veya kararnamelerinde açık bir düzenleme olması halinde söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kamu tüzel kişilerinin kuruluş ve görevlerine ilişkin mevzuatta kefil olabilecekleri yönünde açık bir düzenleme yoksa o takdirde kefil olma ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilecektir³²².

3.2.5.3. Eşin Rızası³²³

3.2.5.3.1. Genel Olarak

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494'üncü maddesine İBK'da 1942 yılında gerçekleştirilen revizyonla giren "eşin rızası"yla ilgili hükme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584'üncü³²⁴ maddesinde yer verilmiştir. TBK md. 584'de herhangi bir ayırım yapılmadığı için

³²⁰ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98'inci maddesindeki düzenlemeye göre "Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır".

³²¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 57. Ultra vires ilkesinin yerini "iyiniyet halinde yetki dahilinde" ilkesinin aldığı, yapılan işlemlerin şirketin amaç ve işletme konusu kapsamında kalması zorunluluğunun kural olarak devam ettiği yönünde bkz. TURANLI, s. 69

³²² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 81; REİSOĞLU, Kefalet, s. 57; TANDOĞAN, s. 735; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 673

³²³ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının gerekliliğinin, bir şekil kuralı olmaktan ziyade kefil olma ehliyetine getirilen bir sınırlama olduğu fikrinde olduğumuz için çalışmamızda "eşin rızası" "müteselsil kefil olma ehliyeti" ne ilişkin bölümde incelenmiştir. Eşin rızasının kefil olma ehliyetine getirilen bir sınırlama olduğu yönünde bkz. BECK, Art. 494, N.3; GIOVANOLİ, Art. 494, N. 3; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 3-4; PESTALOZZİ, Art. 494, N. 1; ÇEVİK, ÖKTEM, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, C. 8, s. 89-90; KIRCA, s. 438; ÖZEN, Kefalet, s. 174; YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara 2011, s. 809 (Bundan sonra "YAVUZ, N, Yenilikler" olarak anılacaktır); Şekil koşulu olduğu yönünde REİSOĞLU, Kefalet, s. 90

³²⁴ TBK md. 584'de yer alan düzenlemeye göre "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez".

bütün kefalet sözleşmesi türlerinde olduğu gibi müteselsil kefalette de kefilin eşinin yazılı rızasının³²⁵ bulunması zorunludur. Özellikle müteselsil kefalet sözleşmesinin kefile diğer kefalet türlerine kıyasla daha ağır yükümlülükler yüklediği göz önüne alınır, “kefilin eşinin rızası” kavramı çalışmamız bakımından ayrı bir önem arz etmektedir.

Söz konusu hükmün düzenlenme amacında ailenin ekonomik birliğinin korunması yatmaktadır. Bu doğrultuda evli olan kişiler tarafından üzerinde çok düşünülmeden girilen hatır kefaletleri engellenmeye çalışılmış ve özellikle aile bütünlüğünün korunması açısından önem arz eden ekonomik sorunlar dikkate alınarak kefalet borcu altına girecek kimsenin eşinin de kefalet borcunda söz sahibi olması amaçlanmıştır³²⁶.

TBK md. 584 hükmü emredici niteliktedir. Bu nedenle alacaklı ve kefil, kefilin eşinin rızasının aranmayacağını kararlaştıramayacakları gibi eşler tarafından yapılan feragatler de geçersiz olacaktır³²⁷.

3.2.5.3.2. Eşin Rızasının Aranacağı Durumlar

TBK md. 584’ün uygulama alanını evli olan kişiler oluşturmaktadır. Bu nedenle resmi bir evliliğin bulunmadığı hallerde diğer eşin rızası aranmayacaktır. Evliliğin mutlak butlan ya da nisbi butlanla batıl olduğunun kesinleşmesinden sonra da diğer eşin yazılı rızası gerekmeyecektir³²⁸. Bunun dışında eşler arasındaki mal rejiminin ne

³²⁵ Doktrinde TBK’nun 584’üncü madde başlığında ve metninde geçen “rıza” kelimesi, hem izin hem de icazeti kapsamı sebebiyle eleştirilmiştir. Eşin en geç kefalet sözleşmesinin kurulması zamanında izin vermesi gerektiği ve sonradan icazet vermesinin mümkün olmadığı belirtilerek “rıza” kelimesi yerine “izin” kelimesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir. KIRCA, Eşin izni, s. 435, dipnot 2

³²⁶ HONSELL, s. 381-382. Doktrinde kefalet sözleşmelerinde eşin rızasını arayan düzenlemeye TBK’da yer verilmemiş olsaydı dahi TMK md. 199’dan yola çıkarak bu tür bir sınırlandırmaya gidilebileceği ileri sürülmüştür. TMK md. 199’daki düzenlemeye göre ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilmektedir. Bu hükmün tasarruf işlemleri haricinde borçlandırıcı işlemleri de kapsadığı kabul edilirse, borçlandırıcı bir işlem olan kefalet sözleşmesinin de istem üzerine diğer eşin rızasına bağlı olmasına hakim karar verebilecektir. BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 360

³²⁷ BECK, Art. 494, N. 4; PESTALOZZI, Art. 494, N. 1; STAFFELBACH, Daniel, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 494, N. 1

³²⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 90

olduğunu bir önem arz etmemektedir. Mal rejiminin türü ne olursa olsun hatta eşler arasında mal ayrılığı rejimi bulursa dahi kefilin eşinin rızası gerekmektedir³²⁹. Eşin yazılı rızası kefilin kendi adına yaptığı kefalet sözleşmeleri için aranacaktır. Kefalet sözleşmesinin üçüncü bir kişinin temsilcisi olarak imzalanması ya da bir tüzel kişinin organı sıfatıyla kefil olunması hallerinde, evli olan kimse kişisel sorumluluk altına girmediği için eşinin rızası gerekmez³³⁰.

Kefilin eşinin vereceği rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmadığı ve bu nedenle eşin ehliyetsiz olması durumunda yasal temsilcisinin ehliyetsiz eş adına rıza verebileceği doktrinde kabul edilmektedir³³¹. Aranan rıza, bir kimsenin kendisi için değil de eşinin kefil olabilmesi için gerektiğinden, kanuni temsilcinin ehliyetsiz eş adına rıza vermesi TMK md. 449 kapsamındaki yasak işlem olarak değerlendirilmeyecektir. Ehliyetsiz eşin yasal temsilcisinin kefil olacak eş olması durumunda ise yasal temsilci tarafından verilen rızanın kabul olmaması gerekir³³². Böyle bir durumda menfaatler çatıştığından TMK md. 426/bent 2³³³ gereği temsil kayyımı atanmasının uygun olacağı belirtilmektedir³³⁴.

TBK md. 583/f.2'de³³⁵ yer alan düzenlemede, kefil olma konusunda özel yetki verilmesi veya kefil olma vaadinde bulunulması halinde kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralının uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle kefalet sözleşmesi yapmak için temsil yetkisi verilmesi veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulması durumunda, kefalet sözleşmesi ilişkin olarak kanunda belirtilen şekil kurallarına uyulmadığı takdirde geçersizlik söz konusu olacaktır. TBK md. 583/f.2'de şekil zorunluluğu açık bir şekilde belirtilmekle birlikte kefalet sözleşmesi yapmak için temsil yetkisi verilmesi anında ya da kefalet sözleşmesi

³²⁹ BECK, Art. 494, N. 6; GIOVANOLÌ, Art. 494, N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 7; KIRCA, Eşin İzni, s. 439; ÖZEN, Kefalet, s. 175

³³⁰ KIRCA, Eşin İzni, s. 439; ÖZEN, Kefalet, s. 175

³³¹ BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, s. 123; ÇEVİK, ÖKTEM, s. 120; GIOVANOLÌ, Art. 494, N. 15; GÜMÜŞ, C. II, s. 308; ÖZEN, Kefalet, s. 175; REİSOĞLU, Kefalet, s. 93

³³² BAŞ, s. 124; ÇEVİK, ÖKTEM, s. 120

³³³ TMK md. 426/bent 2 hükmü şu şekildedir: "Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hallerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar:

2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa."

³³⁴ BAŞ, s. 124

³³⁵ TBK md. 583/f.2'deki düzenlemenin ilk cümlesine göre "Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır".

yapma vaadinde bulunulması durumunda eşin rızasının aranıp aranmayacağı düzenlenmemiştir. Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre TBK md. 583/f.2 (İBK md. 493/IV) hükmü kıyasen uygulanarak hem kefalet sözleşmesi yapmak için temsil yetkisi verilmesi halinde hem de kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulması durumunda eşin yazılı rızası aranmalıdır. Zira bu şekilde kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarının dolanılmasının önüne geçilmiş olacaktır. Rızanın bir kere alınması yeterli olacak ve kefalet sözleşmesi yapılırken tekrar rızanın alınması gerekmeyecektir³³⁶. Bir diğer görüş ise temsil yetkisi verilmesinin ya da vaade bulunulmasının kişiyi borç altına sokup sokmadığından yola çıkmaktadır. Buna göre kefalet sözleşmesi yapmak için temsil yetkisi verilmesi halinde, temsil yetkisi veren eş borç altına girmeyeceğinden yetkinin verilme aşamasında eşinin rızasının aranması gerekmeyecektir. Temsil olunan kimsenin eşinin yazılı rızası, temsilcinin üçüncü kişi ile temsil olunan adına ve hesabına kefalet sözleşmesi yapması aşamasında aranmalıdır. Alacaklıya ya da üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde ise eşin yazılı rızasının alınması gerekir. Zira kefalet ön sözleşmesi kefil olmaya benzer bir durum yaratarak risk oluşturmaktadır³³⁷. Fikrimizce de ikinci görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır. Kefalet sözleşmesi için temsil yetkisi verilmesiyle temsil yetkisi veren kimse borç altına girmeyeceğinden kanunun “eşin rızası”nı aramaktaki amacını oluşturan ailenin ekonomik birliği tehlikeye girmeyecektir. Eşin rızasını TBK md. 584/f.1’de öngörüldüğü gibi kefalet sözleşmesinden önce ya da en geç sözleşmenin kurulduğu an aramak yeterli olacaktır. Alacaklıya ya da üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde ise kefilin eşinin rızasını aramak gerekecektir. Zira kefilin, kefil olma vadiyle taahhüt ettiği asıl kefalet sözleşmesini yapmaması halinde alacaklı kefilini ifaya zorlamak için dava açabilir. Bu dava sonucunda hakimin vereceği kararın vaatte bulunan kimsenin irade beyanı sayılarak asıl sözleşmenin kurulacağı kabul edilmektedir³³⁸. Bu nedenle kefalet sözleşmesi yapma vaadi kefilin eşi için de bir risk oluşturacak ve eşin rızasını aramak gerekecektir. Rızanın yalnızca kefil olma

³³⁶ BECK, Art. 494, N. 14; PESTALOZZI, Art. 494, N. 3; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 179, dipnot 691; GÜMÜŞ, C. II, s. 309; ÖZEN, Kefalet, s. 176; Temsil yetkisi verilmesi veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulması durumlarında sonuçta bir kefalet sözleşmesi imzalanacağından eşin rızasının aranması gerektiği yönünde bkz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 91-92

³³⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 21-22 BAŞ, s. 121; KIRCA, Eşin İzni, s. 440-441; YAVUZ, N, Yenilikler, s. 267.

³³⁸ KIRCA, s. 441; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 196

vaadine ilişkin sözleşmenin yapılması sırasında verilmesi yeterli olacak, asıl sözleşme yapılırken rıza gerekmeyecektir.

Kefilin kefil olacağı borcun eşine ait olması durumunda bir başka deyişle asıl borçlunun diğer eş olması halinde eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kefil olunacak borcun diğer eşe ait olması halinde de asıl borçlu olan eşin rızası alınmalıdır. Zira böyle bir durumda aile üzerindeki ekonomik yük miktarı artmış olduğundan diğer eşin rızası gerekmektedir³³⁹. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre böyle bir durumda eşin rızası aranmamalıdır. Zira asıl borçlu konumundaki eşin lehine bir kefalet sözleşmesi yapılmaktadır³⁴⁰. Ayrıca eşin rızasının aranmasının altında yatan düşünce ailenin ekonomik birliğinin zarar görmemesi olmakla birlikte, diğer eş dışında başka bir kimse kefil olsa bile alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edecektir. Bu durumda borçlu olan eşin rızasının aranmasında korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır. Bunun dışında kefalet sözleşmesinin asıl borçlunun rızasına bağlı olmayan bir sözleşme olduğu da göz önüne alınırsa evli bir kimsenin eşinin borcu için kefil olmasında da borçlu eşin rızasını aramak anlamsız olacaktır.

Eşlerden birinin alacaklı olduğu bir borca diğer eşin kefil olmak istemesi halinde alacaklı olan eşin rızasının gerekmeyeceğini kabul etmek gerekir. Zira kefalet sözleşmesinin taraflarını eşler oluşturmaktadır ve alacaklı olan eşin zaten kefalet sözleşmesinin tarafı olarak rızası bulunmaktadır. Böyle bir durumda ayrıca eş sıfatıyla rızasını aramak, gereksiz bir işlem olmaktadır³⁴¹.

3.2.5.3.3. Eşin Rızasının (TBK md. 584) Uygulanma Şartları

TBK md. 584/f.1'deki düzenlemeye göre eşlerin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça ya da yasal olarak ayrı yaşama hakları bulunmadıkça eşlerden biri

³³⁹ BAŞ, s. 124; ÇEVİK, ÖKTEM, s. 121; ÖZEN, Kefalet, s. 177

³⁴⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 91

³⁴¹ ÖZEN, Kefalet, s. 177; REİSOĞLU, Kefalet, s. 91; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 179; ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 103 (Bundan sonra "ÖZ, Yenilikler" olarak anılacaktır)

tarafından verilen kefalete diğerinin yazılı rıza göstermesi gerekmektedir. Söz konusu yazılı rıza sözleşmenin kurulmasından önce verilebileceği gibi en geç sözleşmenin kurulması anında verilmiş olmalıdır. Kaynak İBK md. 494/f.1'deki düzenlemeye göre evli olan bir kimse, mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmemişse, ancak eşinin yazılı rızasıyla geçerli bir kefalet sözleşmesi yapabilir. Rızanın önceden ya da en geç sözleşmenin yapıldığı anda verilmiş olması gerekir. Dikkat edilirse İBK md. 494/f.1'de yalnızca mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmemişse diğer eşin yazılı rızasının gerektiği düzenlenmişken TBK md. 584/f.1'de mahkeme tarafından verilmiş ayrılık kararı veya böyle bir karar yoksa eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunmadıkça yazılı rızanın aranacağı hükme bağlanmıştır. TBK md. 584/f.1 hükmüne göre TMK md. 170/f.1³⁴² kapsamında “mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmesi” halinde diğer eşin yazılı rızası aranmayacaktır. Bu doğrultuda eşlerin boşanması haricinde hakimin ayrılığa karar vermesi halinde de eşin rızası gerekmeyecektir. Boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı bulunup bulunmadığına ilişkin yasada bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde boşanma davasının açılmasıyla eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunduğu kabul edilmektedir³⁴³. Böyle bir durumda TBK md. 584/f.1 gereği kefilin eşinin rızası da aranmayacaktır. Boşanma davası aşamasında olan eşlerin birbirlerinin verecekleri kefalete rıza göstermeyecekleri ve kanun koyucunun amacının aile bütünlüğü olduğu göz önüne alınırsa eşin rızasını aramak anlamsız olacaktır³⁴⁴.

TBK md. 584/f.1'de kararın kesinleşmesi gerektiğine ilişkin bir ibare bulunmadığından mahkemenin ayrılık kararı vermesi yeterli olacaktır³⁴⁵. Ancak söz konusu ayrılığın mahkeme kararına dayanması gerekmektedir aksi takdirde eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır³⁴⁶. TBK md. 584/f.1'de sayılan eşin rızasının aranmayacağı diğer hal, yasal olarak ayrı yaşama hakkının bulunmasıdır. Eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı TMK md.

³⁴² TMK md. 170/f.1 hükmüne göre “Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hakim boşanmaya veya ayrılığa karar verir”.

³⁴³ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2012, s. 283; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005, s. 130

³⁴⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 176; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90

³⁴⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 89

³⁴⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 176

197/f.1'de³⁴⁷ düzenlenmiştir. Bu hükme göre eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği ya da aile huzuru ortak hayattan dolayı ciddi bir biçimde tehlikeye düşmüşse o takdirde ayrı yaşama hakkına sahiptir³⁴⁸. Bu doğrultuda eşlerden birinin TMK md. 197/f.1'de sayılan sebeplere dayanan ayrı yaşama hakkı bulunuyorsa o takdirde eşin rızası alınmadan kefalet sözleşmesi yapılabilecektir. Ayrı yaşamanın TMK md. 197/f.1'de sayılan bir sebebe dayanmaması halinde rızası alınmayan eş, kefalet sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilecektir. Doktrinde böyle bir durumda alacaklının da kefil olan eşin ayrı yaşamasının MK md. 197/f.1'e dayandığını ve bu nedenle eşin rızası olmadan yapılan kefalet sözleşmesinin geçerli olduğunu açacağı tespit davasıyla ileri sürebileceği ifade edilmiştir³⁴⁹.

TBK md. 584/f.2'deki düzenlemeye göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan değişikliklerle adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesi halinde eşin rızası aranacaktır. Ayrıca kefil yararına olan teminatların önemli ölçüde azaltılmasına sebep olan değişiklikler için de eşin rızası gerekecektir. Madde metninde sınırlı bir şekilde sayılan bu üç hal dışında eşin rızası aranmayacaktır. TBK md. 584/f.2 hükmü ile eşin rızasını arayan TBK md. 584/f.1'deki düzenlemenin dolanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır³⁵⁰. Kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olan her türlü değişiklik TBK md. 584/f.2 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle miktar artışının az veya çok olması eşin rızasının aranması açısından bir fark yaratmamaktadır. Burada önemli olan sorumluluk miktarındaki artıştır³⁵¹. TBK md. 583/f.3 uyarınca kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kurallarına uymak gerekmektedir.

Adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesi halinde de eşin rızası aranacaktır. Kefilin sorumluluğunu ciddi bir şekilde artıran böyle bir durumda eşin rızasının alınması doğaldır. Bunun dışında kefalet sözleşmesinde yapılan değişikliklerle asıl

³⁴⁷ TMK md. 197/f.1 hükmü şu şekildedir: "Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir".

³⁴⁸ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 137; DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 254

³⁴⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 90

³⁵⁰ BECK, Art. 494, N. 15; KIRCA, Eşin İzni, s. 441

³⁵¹ BECK, Art. 494, N. 16; KIRCA, Eşin İzni, s. 441

borçluyla kefil arasında teselsül kararlaştırılması durumu da TBK md. 584/f.2 kapsamında değerlendirilerek eşin rızası aranmalıdır³⁵².

Eşin rızasının aranması gereken bir diğer durum da yapılan değişiklikle kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasıdır. Söz konusu madde metninde geçen “güvence”nin kapsamına nelerin gireceği ve “önemli ölçüde azalma” dan ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Doktrinde “güvence” kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve bu nedenle yalnızca aynı teminatların değil şahsi teminatların da madde kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir³⁵³. Madde metninde sözü edilen “azalma” tabirinin de geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir³⁵⁴. Buna göre alacaklının teminatların bir kısmından vazgeçmesi, birden çok kefil varsa kefillerden birini veya müteselsil borçluluk söz konusu ise müteselsil borçlulardan birini ibra etmesi gibi durumlar kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda kefilin eşinin rızasının alınması zorunludur. Eşin rızasının alınmaması, kefilin rızasının alınmamasıyla aynı yaptırıma tabi olacaktır. Bu bağlamda kefilin rızası alınmadan yapılan değişiklikler kefilin borçtan kurtulmasına sebep olduğundan eşin rızasının bulunmaması da aynı sonuca sebep olacaktır.

Borcun üstlenilmesi halinde asıl borçlu değişeceğinden böyle bir durumda da eşin rızasının alınması gerektiği kabul edilmektedir³⁵⁵. Güvence kavramının geniş yorumlanması bu düşünceye imkan tanımaktadır. Zira asıl borçlunun ödeme gücü de kefil için güvence olmaktadır. Borçlunun değişmesi halinde söz konusu güvencenin devam edip etmeyeceği bir başka deyişle yeni borçlunun ödeme gücünün bulunup bulunmadığı belirsiz olacaktır. Bu nedenle TBK md. 198/f.2 hükmü gereğince borcun üstlenilmesinde de yalnızca kefilin rızası yeterli olmamalı ayrıca eşinin rızası da aranmalıdır.

³⁵² BECK, Art. 494, N. 17; KIRCA, Eşin İzni, s. 441; ÖZEN, Kefalet, s. 177-178

³⁵³ BECK, Art. 494, N. 18; PESTALOZZİ, Art. 494, N. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 178; KIRCA, Eşin İzni, s. 442

³⁵⁴ BECK, Art. 494, N. 18; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 180; ÖZEN, Kefalet, s. 178; KIRCA, Eşin İzni, s. 442

³⁵⁵ PESTALOZZİ, Art. 494, N. 5; BAŞ, s. 120; ÖZEN, Kefalet, s. 179; KIRCA, Eşin İzni, s. 442; REİSOĞLU, Kefalet, s. 92. Doktrinde borcu üstlenen yeni borçlunun eski borçluya kıyasla ödeme gücünün daha fazla ve daha güvenilir olması halinde, eşin rızasının olmadığını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmüştür. REİSOĞLU, Kefalet, s. 92

Teminatların değerinin asıl borca kıyasla çok düşük bir değerde olması halinde söz konusu teminatların değerinin önemli ölçüde azaltılmasının yine eşin rızasını gerektirip gerektirmeyeceği belirsizdir. Örneğin asıl borcun değerinin 200.000 TL olması ve bu borç için verilen rehlin değerinin ise 5.000 TL olarak belirlendiği bir olasılıkta alacaklının 5.000 TL'lik rehinden vazgeçmesi halinde eşin rızasını aramak gerekecek midir? Alacaklının söz konusu rehinden tamamen vazgeçmesi, elbette ki güvencenin önemli ölçüde azaltılması olarak nitelendirilecektir. Ancak güvencenin değerinin asıl borca kıyasla çok az miktarda olması fikrimizce eşin rızasının aranmasını gerektirmeyecektir. Zira TBK md. 584/f.2'de sayılan hallere istinaden kefalet sözleşmesinde yapılacak değişikliklerde eşin rızasının aranması gerekliliğinin amacı ailenin ekonomik bütünlüğünün etkilenmemesidir. Bu bağlamda asıl borca kıyasla çok düşük değerdeki güvencelerden vazgeçilmesi kefilin ailesini etkileyecek bir durum oluşturmayacak ve bu nedenle eşin rızasını gerektirmeyecektir.

Piyasa şartlarındaki değişiklikler sebebiyle mevcut rehlin piyasa değerinin düşmesi, birlikte kefillerin ya da müteselsil borçlulukta borçluların ekonomik gücünün azalması gibi durumlar ise objektif sebeplerle güvencenin azalmasını oluşturacağı için eşin rızası aranmayacaktır³⁵⁶. “Güvencenin önemli ölçüde azalması” kavramını ifade edecek belirli kriterler bulunmadığı için her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Güvencelerin değerindeki azalma miktarının eski durumla kıyaslanması, güvencelerin değeri ile asıl borcun miktarı arasındaki ilişki gibi bir takım etkenler göz önünde bulundurularak önemli ölçüde azalma olup olmadığını belirlenebilecektir³⁵⁷.

3.2.5.3.4. Eşin Rızasının Aranmayacağı Durumlar

Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranması özellikle ticari hayatta çok büyük sıkıntılara sebep olmaktaydı. Bu hüküm en çok iş hayatında işleri yavaşlattığı

³⁵⁶ BECK, Art. 494, N. 20; PESTALOZZİ, Art. 494, N. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 178; KIRCA, Eşin İzni, s. 442; REİSOĞLU, Kefalet, s. 92

³⁵⁷ BECK, Art. 494, N. 20; KIRCA, Eşin İzni, s. 443

gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Aslında ticari işlere kefalette eşin rızasının aranmamasına ilişkin düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu tasarısının ilk zamanlarında yer verilmişti. Tasarıda yer alan hüküm, kaynak İBK'nun 494'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki³⁵⁸ düzenlemeye paralel bir nitelik arz etmekteydi. TBK Tasarısı md. 584/f.2'deki düzenleme şu şekildeydi: “*Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz*”. İBK'nun mülga md. 494/f.2'den farklı olarak “işletmeyle ilgili olarak kefaletin verilmesi” gerektiği ibaresine yer verilmişti. Oysa İBK mülga md. 494/f.2'de böyle bir sınırlandırmaya gidilmemişti. Ancak söz konusu hüküm İsviçre'de 1.12.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldı ve ticari işlere kefalette de eşin rızasının aranması zorunlu hale geldi. İBK'da yapılan değişiklikten sonra, İBK mülga md. 494/f.2'ye paralel düzenleme içeren Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 584'üncü maddesinin ikinci fıkrası da tasarıdan çıkartılarak 6098 sayılı TBK'na alınmadı. Bu şekilde ticari işler için eşin rızasına getirilen istisna kaldırılmış oldu. Ancak iş hayatında yarattığı sorunlar sebebiyle uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesi adına 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77'inci maddesi ile yeni bir düzenlemeye gidildi. Söz konusu Kanunun 90'ıncı maddesinde ise yürürlük tarihinin resmi gazete yayımlanma tarihi olan 11.04.2013 olacağı hükmü yer aldı.

TBK Tasarısı md. 584/f.2 ve mülga İBK md. 494/f.2'ye göre genişletilerek 6098 sayılı TBK'nun 584'üncü maddesine eklenen 6455 sayılı Kanun'un 77'inci maddesindeki düzenleme şu şekildedir: “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkarlar tarafından verilecek kefaletler,

³⁵⁸ İBK mülga md. 494/f.2'deki düzenlemeye göre kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kimse tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi; bir kollektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı, bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü, bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı sıfatıyla verilmişse, eşin rızası aranmaz.

27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz”.

6455 sayılı Kanun’un 77’inci maddesindeki düzenlemede TBK tasarısı md. 584/f.2’de olduğu gibi ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticileri tarafından verilecek kefaletlerin işletme veya şirketle ilgisi olması aranmıştır. Hükümün zıt anlamından çıkarılacak sonuca göre işletme sahibi ya da şirket ortak ve yöneticileri tarafından verilecek kefaletlerin şirketle ya da işletmeyle ilgisi bulunmuyorsa eşin rızası gerekecektir. Doktrinde yalnızca işletmeyle ilgili olarak verilecek kefaletlerde eşin rızasının aranmaması eleştirilmiştir. Buna göre bir işletmenin sahibi ya da bir şirketin ortak ve yöneticilerinin eşinin rızasının aranmaması yalnızca işletme ya da şirketin borçlarına kefalet için söz konusu olabilecektir. Ortada bir çelişkinin bulunduğu, bir kimsenin kendi borcu için kefil olmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir³⁵⁹. Ancak burada işletme sahibi ya da şirket ortağı kendi borcu için değil işletme ya da şirketin borcu için kefil olmaktadır. İşletme ya da şirketle ilgisi olmayan bir borca kefil olması halinde eşinin rızasının gerekeceği açıktır. Kanun koyucu bu hükümle eşin rızası alınmadan yapılacak kefalet sözleşmesinin konusunu sınırlandırma yoluna gitmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesinin konusu şirket ya işletmeyle ilgili ise kefil olan işletme sahibi ya da şirket ortak veya yöneticisinin eşinin rızasına gerek olmadan kefalet sözleşmesi yapabilecektir. Ancak söz konusu sıfata sahip olmayan bir kimsenin bir işletme ya da şirketin borcuna kefil olması halinde kefalet sözleşmesinin geçerliliği, eşinin rızasına bağlı olacaktır. Örneğin yönetici sıfatına sahip olmayan bir şirket çalışanının çalıştığı şirketin borcuna kefil olabilmesi eşinin rıza vermesine bağlıdır.

6455 sayılı Kanun’un 77’inci maddesinde TBK tasarısı md. 584/f.2’den farklı olarak ortaklıklar tek tek sayılmak yerine “ticaret şirketi” denilerek genel bir ifade kullanılmıştır.

³⁵⁹ KIRCA, Eşin İzni, s. 448-449

Eşin rızasının aranmaması için hükümde bahsi geçen bir başka zorunluluk ise ticari işletmenin ticaret siciline kayıtlı olmasıdır. İşletmenin ticaret siciline kayıtlı olmaması halinde kefalet sözleşmesinin konusu işletme ile ilgili olsa bile işletmenin sahibinin eşinin rızası gerekecektir.

TBK Tasarısı md. 584/f.2’de ve İBK’nun mülga 494/f.2 hükmünde bulunmayan bir düzenlemeye 6455 sayılı Kanun’un 77’inci maddesinde yer verilerek eşin rızasının aranmayacağı durumlar genişletilmiştir. Söz konusu hükme göre mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Kanun koyucu burada da kefalet konusuna ilişkin bir sınırlandırmaya giderek esnaf ve sanatkârların yalnızca mesleki faaliyetleriyle ilgili olarak verecekleri kefaletlerde eş rızasının aranmayacağını hükme bağlamıştır. Bunun dışında esnaf veya sanatkârın esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olmaması halinde istisna uygulanmayacak ve yaptıkları kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi eşlerinin rızasına bağlı olacaktır.

6455 sayılı Kanun’un 77’inci maddesinde yer verilen başka bir düzenlemeye göre 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı “Kamu Sermayeli Bankalar tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun” kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde de eşin rızası aranmayacaktır. Madde metninde de belirtildiği gibi kullanılacak kredinin 5570 sayılı Kanun kapsamında olması gerekmektedir. Bu kanunun amacı tarımsal üretimle esnaf ve sanatkârların desteklenmesidir. Buna göre söz konusu kanun kapsamında kullanılacak kredilere kefil olunması halinde eşin rızası gerekmeyecektir.

Bunun dışında 6455 sayılı Kanun’un 77’inci maddesinde tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde de eşin rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre tarım kredi kooperatifleri veya tarım satış kooperatifleri ya da esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri tarafından kooperatif ortaklarına kullanılacak krediler için verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Ayrıca kamu kurum ve

kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kredi kullandırılması durumunda da kefil olacak kimsenin eşinin rızası gerekmeyecektir.

3.2.5.3.5. Eşin Rızasının Verileceği Zaman

TBK md. 584/f.1 hükmünde eşin rızasının sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında verilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre kefilin eşinin rızasını verebileceği son tarih kefalet sözleşmesinin kurulma anıdır ve bu doğrultuda sözleşmenin kurulmasından sonra verilecek rıza sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Kanun koyucunun rızanın verileceği zamanı en geç sözleşmenin kurulmasıyla sınırlama amacının, sözleşmenin imzalanmasından sonra eşe yapılabilecek baskıları engellemek olduğu belirtilmektedir³⁶⁰. Gerçekten de sözleşmenin kurulmasından sonra alınacak rıza, eşin sağlıklı düşünmesini engelleyecek ve alacaklı ya da kefilin hatta borçlunun baskıları sonucu rıza göstermesine sebep olabilecektir.

Doktrinde “sözleşmenin kurulduğu an” kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve kefil ile eşinin aynı anda hazır bulunduğu bir ortamda önce kefilin hemen sonra eşinin imzalamasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir³⁶¹. Önemli olan hususun arada kesinti olarak kabul edilebilecek bir süreç yaşanmadan işlemin bütünlük arz etmesi olduğu ifade edilmektedir³⁶².

Kefilin eşi rızasını belli bir koşulun gerçekleşmesine tabi tutarak vermek isteyebilir. Bu şekilde koşula bağlı rızayla uygulamada sıklıkla karşılaşmak mümkün olabilir. Zira kefilin eşinin, kefalet sözleşmesine rıza vermek istemekle beraber borçlunun ödeme gücü veya mevcut teminatların yetersizliği şeklinde çekincelerinin olması muhtemeldir. Bu doğrultuda rızasını başka müteselsil kefillerin de olması ya da mevcut teminatların arttırılması gibi koşullara bağlaması mümkün olmalıdır. Böyle bir durumda sözleşmenin kurulması anında verilen rızayı geçerli kabul edip

³⁶⁰ BECK, Art. 494, N. 24; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 26; KIRCA, s. 447

³⁶¹ BECK, Art. 494, N. 23; GIOVANOLÌ, Art. 494, N. 10; ÖZEN, Kefalet, s. 179; KIRCA, Eşin İzni, 447

³⁶² BECK, Art. 494, N. 23; BAŞ, s. 122; KIRCA, Eşin İzni, s. 447

sözleşmenin hüküm ifade etmesini koşulun gerçekleşme anına bağlamak yerinde olacaktır³⁶³.

“Sözleşmenin kurulduğu an” kefalet sözleşmesinin hazırlar arasında ya da hazır olmayan kimseler arasında yapılmasına göre farklılık gösterecektir. TBK md. 1 hükmüne göre sözleşmenin kurulması, karşılıklı irade beyanlarının uyuştugu anda gerçekleşecektir. Buna göre taraflardan biri tarafından yapılan önerinin karşı tarafça kabulüyle sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin alacaklı ve kefilin aynı zamanda hazır bulunduğu bir ortamda yapılması halinde, öneri ve kabul aynı anda açıklanacağından sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesinde bir zorluk olmayacaktır. Böyle bir durumda kefilin eşinin yazılı rıza beyanı ya sözleşmenin kurulmasından önceki bir zamanda verilecek ya da en geç karşılıklı irade beyanlarının uyuştugu anda verilmiş olacaktır. Kefalet sözleşmesinin hazır olmayanlar arasında yapılması halinde sözleşmenin kurulması kabul beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla gerçekleşecektir. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi hazır olmayanlar arasında kefil öneride bulunmayacak ve yapmış olduğu öneri öneriye davet olarak nitelendirilecektir. Dolayısıyla hazır olmayanlar arasında kabul beyanında bulunacak kimse mutlaka kefil olacak ve eşin rızası kabul beyanı alacaklıya ulaşmadan önce verilmiş olacaktır.

3.2.5.3.6. Eşin Rızasının Şekli

TBK md. 584/f.1 hükmü gereğince eşin rızası yazılı şekilde olmalıdır ve bu şekil adi yazılı şekildir. Buna göre eşin rızasına ilişkin beyanın kendisi tarafından imzalanması yeterli olacaktır³⁶⁴. Eşin rıza beyanı kefalet sözleşmesinde yer alabileceği gibi ayrı bir belgede yer alması da mümkündür. Rıza beyanının kefalet sözleşmesinde verilmesi halinde eşin kefaletin türü, kefilin sorumlu olacağı miktar gibi risk konularını bilerek rıza gösterdiği hususunda tereddüt bulunmayacaktır. Beyanın ayrı

³⁶³ BECK, Art. N. 23; ÖZEN, Kefalet, s. 179

³⁶⁴ 5570 sayılı Güvenli Elektronik İmza Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında güvenli elektronik imzanın elle atılan imzayla aynı hukuki sonucu doğuracağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında teminat sözleşmelerinin bu kapsamda olmadığı belirtilmiştir. Doktrinde ise eşin rızasına ilişkin beyanın güvenli elektronik imzayla da verilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre kefalet sözleşmesi her ne kadar bir teminat sözleşmesi olsa da eşin rızasına ilişkin beyanın sözleşme değil de bir hukuki işlem olması ve rızanın bir teminat niteliği taşıması sebebiyle 5570 sayılı Kanun md. 5/f.2 kapsamında değerlendirilmeyecektir. KIRCA, Eşin Rızası, s. 443, dipnot 49

belgeyle verilmesi halinde ise belgede özellikle asıl borçlunun kim olduğu, kefaletin türü, kefilin sorumlu olduğu azami miktar gibi kefalet sözleşmesiyle ilgili önemli hususların bulunması yerinde olacaktır. Bu durum bir şekil şartı olmayıp rızanın eş tarafından bilgi sahibi olunarak verildiğini ispat açısından kolaylık sağlayacaktır³⁶⁵. Doktrinde rızanın ayrı bir belgede verilmesi halinde kefalet sözleşmesine ilişkin metnin bu belgede yer alması gerektiği ileri sürülmüştür³⁶⁶

Eşin rızasına ilişkin beyanın her bir kefalet sözleşmesi için ayrı ayrı verilmesi gerekmektedir. Beyandan rızanın hangi kefalet sözleşmesi için verildiği anlaşılmalıdır. Kanun koyucunun amacının kefilin eşinin kefalet sözleşmesiyle ilgili bilgi sahibi olması ve buna dayanarak rıza göstermesi olduğuna göre beyandan hangi kefalet sözleşmesi için verildiği belli olmayan rızayı geçersiz saymak gerekir³⁶⁷. Bu doğrultuda rıza beyanının gelecekte yapılacak ya da belirli bir sorumluluk sınırına kadar veya yalnızca belli bir kefalet türüne ilişkin, bütün kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde genel nitelikteki ifadelerle verilmesi geçersiz olacaktır. Ancak tek bir beyanda her bir kefalet sözleşmesi ayrı ayrı somutlaştırılmak koşuluyla rıza göstermek mümkün olmalıdır³⁶⁸.

Kefalet sözleşmesine yönelik yazılı rıza beyanında bulunan eşin beyanından, kefaletin hangi türü için rıza gösterdiğinin anlaşılması mümkündür. Rıza beyanının kefalet sözleşmesi metninde yer aldığı hallerde ya da ayrı bir belgede olmakla birlikte sözleşme metniyle beraber verilmesi hallerinde eşin imzasının müteselsil kefaleti kapsadığı yönünde bir kuşku olmayacaktır. Ancak ayrı bir belgeyle verilip rızanın müteselsil kefalet sözleşmesi için verildiği belirtilmezse rızanın hangi kefalet türü için verildiği belli olmayacaktır. Bu durum özellikle kefalet sözleşmesinin müteselsil olması halinde önem arz edecektir. Söz konusu rıza TBK md. 584/f.1’de belirtilen adi yazılı şekil kuralına aykırı olmamakla birlikte kefalet sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı ya da rızanın geçerli sayılması halinde hangi kefalet türünü kapsayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre eşin rızasının

³⁶⁵ Giovanoli, Art. 494, N. 5; BAŞ, s. 123; KIRCA, Eşin İzni, s. 444; ÖZEN, Kefalet, s. 180; ÖKTEM ÇEVİK, s. 125

³⁶⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 92

³⁶⁷ BECK, Art. 494, N. 26; Giovanoli, Art. 494, N. 7; ÖZEN, Kefalet, s. 180; REİSOĞLU, Kefalet, s. 92; KIRCA, Eşin Rızası, s. 444

³⁶⁸ Beck, Art. 494, N. 27; KIRCA, Eşin İzni, s. 444; ÖZEN, Kefalet, s. 180;

hangi kefalet türünü kapsadığı anlaşılıyorsa o takdirde rızanın olağan kefalet sözleşmesi türü olan adi kefalet için verildiği kabul edilmelidir. Rızanın müteselsil kefalet sözleşmesi için verildiğini kabul etmek ancak rızanın müteselsil kefaletle yönelik olduğunun belirtilmesi halinde söz konusu olabilecektir. Aksi düşünce kanun koyucunun eşin rızası hükmündeki amacına aykırı bir tutum olur³⁶⁹. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise rızanın hangi kefaletle yönelik olduğunun anlaşılmaması kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Rızanın hangi kefalet türü için verildiğini belirlemek için de eşin bulunduğu bölgedeki uygulamaya bakılacaktır. Buna göre eğer uygulamada en çok başvuru kefalet türü müteselsil kefalet ise bir başka deyişle uygulamada olağan kefalet sözleşmesi türünün müteselsil kefalet olduğu anlaşılıyorsa o takdirde rızanın müteselsil kefalet için verildiği kabul edilecektir³⁷⁰. Her ne kadar TBK kapsamında olağan kefalet türü adi kefalet olsa da uygulamada en sık rastlanılan kefalet türü müteselsil kefalettir. Kanun koyucu eşin rıza beyanına ilişkin nitelikli yazılı şekil kuralı öngörmediğinden eşin hangi sözleşme türüne rıza gösterdiğinin anlaşılmaması durumunda rızanın müteselsil kefaletle yönelik olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olarak yapıldığı ancak eşin yazılı rıza beyanının adi kefalet sözleşmesine yönelik olması durumunda beyanın geçerli olup olmayacağı ya da kefaletin adi kefalet olduğunun kabulü mü gerekeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre eşin rızasının adi kefalet sözleşmesi için verilmesi halinde rıza eksikliği sebebiyle müteselsil kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Eşin rızasının adi kefalet sözleşmesine yönelik olması, müteselsil kefalet sözleşmesine rızası olmadığını göstermektedir. Böyle bir durumda müteselsil kefalet sözleşmesini adi kefalet sözleşmesi olarak ayakta tutmak yerine sözleşmeyi geçersiz saymak yerinde olacaktır³⁷¹. Bir diğer görüşe göre sözleşmeyi geçersiz saymak yerine adi kefalet sözleşmesi olarak ayakta tutmak mümkündür³⁷². Fikrimizce böyle bir durumda sözleşmeyi tamamen geçersiz saymak yerinde olmayacaktır. Öncelikle eşin TBK md. 31/bent 1³⁷³ hükmü gereğince esaslı

³⁶⁹ BAŞ, s. 124-125

³⁷⁰ Giovanoli, Art. 494, N. 6; KIRCA, s. 445; ÖZEN, Kefalet, s. 183

³⁷¹ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 197; ÖZEN, Kefalet, s. 182-183

³⁷² GIOVANOLİ, Art. 494, N. 5; YAVUZ, N., Yenilikler, s. 816

³⁷³ TBK md. 31/bent 1 hükmüne göre “Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır: 1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa”.

yanılmaya dayanarak beyanını iptal ettirme hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak TBK md. 34/f.2³⁷⁴ hükmüne göre alacaklı sözleşmenin adi kefalet olarak devam etmesine hazır olduğunu bildirirse o takdirde eşin beyanını iptal ettirme hakkı ortadan kalkacaktır³⁷⁵. Eşin iptal hakkını kullanmaması halinde rızanın şarta bağlı olarak verildiği kabul etmek mümkündür. Her ne kadar rıza müteselsil kefalet yerine adi kefalet için verilmiş olsa da rızayı tamamen yok saymak yerine şarta bağlı rıza olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Zira eş, iradesini hiç rıza vermemek yerine adi kefalet sözleşmesinden yana kullanmıştır. Buna göre de kefalet sözleşmesi müteselsil kefalet olarak geçersiz sayılmakla birlikte istenirse adi kefalet sözleşmesi olarak hüküm ifade edebilecektir. Böyle bir durumda eşin rızasının tekrar alınması gereği olmayacaktır. Ancak taraflar iradeleri kefalet sözleşmesinin mutlaka müteselsil olması yönünde ise o zaman eşin rızası adi kefaletle yönelik olduğu için sözleşme geçersiz olacaktır.

3.2.5.3.7. Eşin Rızasının Bulunmamasının Sonuçları

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi eşin rıza beyanının bulunmaması ehliyet eksikliği sebebiyle müteselsil kefalet sözleşmesinin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde rıza beyanının sözleşmenin kurulmasından sonra verilmesi de sözleşmenin geçersiz sayılmasını engellemeyecektir. Bu noktada eşin rıza beyanı bulunmadığı için geçersiz olan bir kefalet sözleşmesinin eşler sonradan boşanmış olsalar ya da yasal ayrı yaşama hakları doğsa dahi geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır³⁷⁶. Rıza eksikliği nedeniyle geçersiz olan bir kefalet sözleşmesinin şekil kurallarına uygun olarak yeniden yapılması ve evliliğin birliğinin devam etmesi halinde de eşin rızasının tekrar alınması gerekecektir.

³⁷⁴ TBK md. 34/f.2'deki düzenlemeye göre "Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır".

³⁷⁵ GIOVANOLI, Art. 494, N. 6

³⁷⁶ BECK, Art. 494, N. 32; BAŞ, s. 126; ÖKTEM, ÇEVİK, s. 117; ÖZEN, Kefalet, s. 181; REİSOĞLU, Kefalet, s. 92

TMK'nun bazı hükümlerinde³⁷⁷ eşin rıza vermemesinin haklı bir nedene dayanmaması halinde hakimin müdahalesinin istenebileceği ve hakim kararının eşin rızasının yerine geçeceği düzenlenmiştir. Hakimin müdahalesinin talep edilmesinin koşulunu rızanın haklı bir nedene dayanmadan verilmemesi oluşturmaktadır. TBK md. 584'de ise eşin kefalet sözleşmesine rıza göstermemesi halinde hakimin müdahalesinin talep edilebileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde bu konuda farklı düşünceler bulunmaktadır. Bir görüşe göre TMK md. 2³⁷⁸ çerçevesinde düşünülmeli ve hakimin müdahalesi kabul edilebilmelidir³⁷⁹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre eşin rızasının bulunmaması halinde hakimin müdahalesi istenemeyecektir³⁸⁰. Bu nedenle de eş rıza vermemekte haklı olup olmadığını gerekçelendirmekle yükümlü olmayacaktır. Zira kefil olacak kimsenin eşinin ailenin ekonomik bütünlüğüne zarar gelmemesi adına eşinin kefalet borcu altına girmesini istememesi doğaldır ve aslında bu durum da kendi içinde bir haklı sebep oluşturmaktadır. Bu bağlamda TMK hükümlerinin kıyas yoluyla TBK md. 584'e uygulanması söz konusu olmayacaktır.

TBK md. 587/f.3'deki³⁸¹ düzenlemeye göre birlikte kefalet durumunda kefiller aynı alacak için başka kefillerin de bulunduğu ya da bulunacağını varsayarak kefil olmuşlarsa ve bu durum alacaklı tarafından biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa, kefillerden biri için mevcut olan geçersizlik hali diğer kefillerinde borçtan kurtulmalarını sağlamaktadır. Buna göre kefillerden birinin eşi kefalet sözleşmesine rıza göstermezse o kefil için kefalet sözleşmesi geçersiz olacağı gibi diğer kefiller de başka kefillerin mevcut olduğu ya da olacağı düşüncesiyle kefalet borcu altına

³⁷⁷ Aile konutuna ilişkin TMK md. 194/f.2 hükmüne göre "Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir". Mirasın kabulü veya reddiyle ilgili TMK md. 265/f.2'deki düzenlemede ise "Diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunmazsa veya bu konudaki istem onun tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilirse, istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir".

³⁷⁸ TMK md. 2 hükmüne göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz".

³⁷⁹ YILMAZ, Merve, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y.2, S. 7, 2011, s. 79

³⁸⁰ BECK, Art. 494, N. 31, GIOVANOLÌ, Art. 494, N. 12; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 34; PESTALOZZI, Art. 494, N. 3; BAŞ, s. 126-127; REİSOĞLU, Kefalet, s. 90; KIRCA, Eşin İzni, s. 447, dipnot 67

³⁸¹ TBK md. 587/f.3 hükmüne göre "Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur".

girmişlerse ve bu durum alacaklı tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa diğer kefiller de borçtan kurtulacaktır.³⁸²

TBK md. 584/f.2’de sayılan durumlarda sözleşme değişikliğine gidilmesi halinde eşin rızasının bulunmaması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamakla birlikte değişikliğin hüküm ifade etmesini engeller. Bir başka deyişle kefalet sözleşmesi geçerli kalırken yapılan değişiklikler geçersiz olur. Buna göre kefilin sorumluluk miktarının arttırılmasına ilişkin bir değişiklik yapılmışsa eşin rızası bulunmadığı için, kefil sözleşme kurulurken belirlenen sorumluluk miktarıyla sorumlu olmaya devam eder. Bu noktada kefilin değişikliğe onay vermesinin bir hükmü olmayacaktır. Bunun gibi değişiklik adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine yönelik ise alacaklı ve kefil bu konuda anlaşmış olsalar dahi sözleşme adi kefalet olarak devam edecektir. Ancak müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefalet olarak değiştirilmesine karar verilirse o zaman eşin rızasının bulunmasına gerek olmayacaktır³⁸³. Mevcut teminatların azaltılması söz konusu ise ve azalmanın önemli ölçüde olduğu yargısına varılabiliyorsa eşin rızasının bulunmaması halinde TBK md. 592³⁸⁴ uygulama alanı bulacaktır. Buna göre tıpkı kefilin onayı olmadan kefil zararına güvencelerin azaltılmasında olduğu gibi teminat miktarındaki azalma miktarı oranında kefilin sorumluluğu azalacaktır³⁸⁵. Teminat miktarındaki azalmanın önemli bir azalma olmadığını ve bu sebeple eşin rızasının gerekmediğini ispat yükü ise alacaklıda olacaktır. Daha önceki açıklamalarımızda TBK md. 584/f.2’de yer alan “güvence” kavramının geniş düşünülmesi gerektiği ve kefile birlikte sorumlu olan diğer kefillerin de bu kavramın içine gireceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesi kurulurken eşin rızası bulunmakla beraber sonradan alacaklı tarafından kefillerinden birinin ibra edilmesi halinde kefil olan eşin onayı bulursa dahi eşin rıza göstermezse TBK md. 587/f.3 hükmü uygulanır ve eşin rıza göstermeyen kefilin sorumluluğu sona erer³⁸⁶. Görüldüğü gibi sözleşmede yapılacak değişikliklerde kefil

³⁸² BAŞ, s. 125-126; ÖZEN, Kefalet, s. 181

³⁸³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 91

³⁸⁴ TBK md. 592’deki düzenlemeye göre “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. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır”.

³⁸⁵ BAŞ, s. 126; ÖKTEM, ÇEVİK, s. 128; ÖZEN, Kefalet, s. 182; REİSOĞLU, Kefalet, s. 91

³⁸⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 182

eşin onayı yeterli olmamakta hatta eşinin rızası yoksa kefilin de onayı yokmuş gibi bir sonuç doğmaktadır.

Eşin rızasında herhangi bir irade sakatlığının bulunması durumunda TBK md. 39 hükmü gereğince izin beyanını iptal ettirebilir³⁸⁷. Ancak söz konusu irade sakatlıkları TBK md. 30 vd. hükümleri kapsamında olmalı ve geçerli bir rıza beyanında bulunan eşin sonradan tam bilgi sahibi olmadan ya da dikkat etmeden rıza verdiğiine yönelik iddiaları dinlenmemelidir³⁸⁸. Doktrinde asıl borçlunun aldatması sonucu eş izin beyanında bulunmuşsa asıl borçlunun aldatmasının üçüncü kişinin hilesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Bu doğrultuda TBK md. 36/f.2³⁸⁹ gereğince alacaklının asıl borçlunun hilesini bilmemesi veya bilecek durumda olmaması halinde eşin rıza beyanını iptal etmesi söz konusu olmayacaktır³⁹⁰.

Kefalet sözleşmesi için kefilin eşi rıza beyanında bulunduktan sonra, herhangi bir irade sakatlığının bulunması haricinde beyanını iptal ettirmesi veya geri alması söz konusu değildir. Ancak gelecekte doğacak borçlara kefalet halinde TBK md. 599'da kefile tanınan dönme imkanı, kıyasen eşin rızasına da uygulanabilmelidir. Zira madde metninde kefilin sözleşmeden dönebilmesinin koşulları olarak borçlunun mali durumunun sözleşme yapıldıktan sonra önemli ölçüde bozulması veya kefilin iyi niyetli olarak borçlunun mali durumunun kötü olduğunu anlayamaması sayılmıştır. Kanun koyucunun kefalet sözleşmelerinde eşin rızasını aramasının amacı ailenin ekonomik bütünlüğünün bozulmaması olduğuna göre TBK md. 599'da sayılan hallerin ailenin ekonomik bütünlüğünü etkileyeceği ortadadır. Bu doğrultuda gelecekte doğacak borçlara kefalette, kefilin eşi de rıza beyanını geri alabilmelidir. Ancak bunun için kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra borçlunun mali durumu önemli ölçüde bozulmuş olmalı veya kefilin eşi, borçlunun mali durumunun düşündüğünden çok daha kötü olduğunu iyi niyetli bir şekilde anlamamış olmalıdır. Fakat mevcut borçlar için verilen rıza beyanının geri alınamayacağını da kabul etmek

³⁸⁷ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 494, N. 31; PESTALOZZI, Art. 494, N. 3; KIRCA, Eşin İzni, s. 446; ÖZEN, Kefalet, s. 182; REİSOĞLU, Kefalet, s. 93

³⁸⁸ BECK, Art. 494, N. 26

³⁸⁹ TBK md. 36/f.2'deki düzenlemeye göre "Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir".

³⁹⁰ GIOVANOLÌ, Art. N. 13; ÖZEN, Kefalet, s. 182

gerekir. Doktrinde kefilin eşinin TBK md. 599'dan yararlanamayacağı, söz konusu hükmün yalnızca kefile tanınmış bir dönme hakkı olduğu ileri sürülmüştür³⁹¹.

Eşin rızasının bulunup bulunmadığını veya sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında verildiğini ispat yükü TMK md. 6 gereği alacaklıda olacaktır³⁹².

3.2.6. Müteselsil Kefilin İrade Sakatlıkları

3.2.6.1. Genel Olarak

TBK md. 1 gereğince sözleşmeler tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulmakla birlikte taraf iradelerini etkileyen bir takım hususlar sebebiyle iradelerin sakatlanması da mümkündür. Taraf iradelerinde sakatlık ise sözleşmenin geçerliliğini etkilemektedir. Kanun koyucu her tür irade sakatlığının sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini istememiş bunun yerine sadece TBK'da md. 30-39 hükümlerinin söz konusu olduğu durumda sözleşmeyi iptal hakkı tanımıştır. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi müteselsil kefalet sözleşmesinde de irade beyanında sakatlık bulunan alacaklı ya da kefil genel hükümlere göre sözleşmeyi iptal ettirme hakkına sahiptir.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin genellikle kefile borç yükleyen ve alacaklının menfaatine yapılan bir kişisel teminat sözleşmesi olması nedeniyle alacaklının irade bozukluğuna sebep olan durumlarla çok sık karşılaşılmamaktadır³⁹³. Bu nedenle çalışmamızda yalnızca kefile özgü durumlara ilişkin irade sakatlıkları incelenecektir.

³⁹¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 93

³⁹² GIOVANOLİ, Art. 494, N. 11; KIRCA, Eşin İzni, s. 446; ÖZEN, Kefalet, s. 181; YAVUZ, N, Yenilikler, s. 816

³⁹³ Doktrinde kefalet sözleşmesinde alacaklının iradesini sakatlayan duruma örnek olarak alacaklının yanılarak ödeme gücü yüksek olan kefil yerine daha az ödeme gücüne sahip adaşıyla sözleşme yapması gösterilmektedir. ÖZEN, Kefalet, s. 183

3.2.6.2. Yanılma

3.2.6.2.1. Genel Olarak

Yanılmada iki durum söz konusu olabilir. Buna göre bir kimsenin irade beyanı istemeyerek gerçek iradesine aykırı olabileceği (beyanda yanılma) gibi irade beyanında bulunmasına sebep olan düşünceler gerçek duruma uygun olmayabilir (saikte yanılma)³⁹⁴. TBK md. 30³⁹⁵ hükmüne göre sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan biri esaslı bir yanılmaya düşmüşse o zaman sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Ancak söz konusu düzenlemede de belirtildiği gibi her yanılma değil yalnızca esaslı bir yanılma sözleşmenin geçerliliğini etkileyecektir. Bu nedenle müteselsil kefil iradesini etkileyen her yanılma halini değil yalnızca esaslı sayılan yanılmaları ileri sürebilecektir.

3.2.6.2.2. Saikte Yanılma

Müteselsil kefilin kefil olma iradesine etki eden pek çok husus bulunmaktadır ve kefilin en çok bu hususlarda yanılması söz konusu olmaktadır. Kefil, asıl borçlunun ya da birlikte müteselsil kefalet halinde diğer kefillerin ödeme gücünün yüksek olduğu veya asıl borç için teslimine bağlı taşınır rehni ya da alacak rehni bulunduğu veya halefiyet yoluyla kendisine geçecek rehinlerin varlığı gibi hususlarda yanılarak kefalet borcu altına girmiş olabilir³⁹⁶. İrade beyanını etkileyen bu tür durumlar saikte yanılma oluşturmaktadır. Zira kefil, kefil olmaya karar verirken göz önüne aldığı hususlarda yanılmıştır ve söz konusu hususlar gerçek durum ile bağdaşmamaktadır. Kanun koyucu her saikte yanılmanın sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmasını istememiş ve ancak kanunda sayılan durumların varlığı halinde yanılmaya düşen tarafa iptal beyanında bulunma hakkı tanımıştır. TBK md. 32³⁹⁷ hükmüne göre saikte yanılmaya dayanarak sözleşmenin geçersiz sayılması ancak yanılmanın “temel

³⁹⁴ ANTALYA, s. 218; EREN, s. 379; NOMER, s. 63; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 94; REİSOĞLU, Safa, s. 120; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 427-428

³⁹⁵ TBK md. 30'daki düzenlemeye göre “Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, o sözleşme ile bağlı olmaz”.

³⁹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 185; REİSOĞLU, Kefalet, s. 67

³⁹⁷ TBK md. 32 hükmü şu şekildedir: “Saike yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir”.

yanılması” olması halinde mümkündür. Buna göre kefilin yanılmasının temelde yanılma olduğunu söyleyebilmek için kefilin kefalet sözleşmesi yapma arzusunun oluşmasına etki eden bir hususta yanılmış olması ve bu hususta yanılmamış olsaydı sözleşmeyi yapmayacağını söyleyebilmesi gerekir. Ancak temelde yanılmanın varlığını kabul etmek için bu durum da yeterli olmamakta ayrıca iş hayatındaki dürüstlük kuralları da kefilin yanıldığı hususun kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkileyecek türden bir yanılma olduğunu desteklemelidir. Son olarak saikte yanılmayı oluşturan husus nedeniyle müteselsil kefilin kefil olduğu alacaklı tarafından bilinmeli ya da bilinecek durumda olmalıdır³⁹⁸.

Kefilin saikte yanılmasının temelde yanılma olup olmadığı, somut olayın şartları ve iş hayatındaki dürüstlük kuralları dikkate alınarak belirlenecektir. Öğretide kefilin borçlunun ödeme gücü hakkında yanılmasının, temelde yanılma olmadığı için kefile sözleşmeyi iptal hakkı tanımadığı haklı olarak kabul edilmektedir. Zira alacaklının özellikle müteselsil kefalet sözleşmesi yapmasındaki amacını, borçlunun ödeme gücüne çok güvenmemesi ve kendisini güvence altına almak istemesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda iş hayatındaki dürüstlük kuralları da kefilin kefalet sözleşmesini yaparken borçlunun ödeme gücüne güvenerek hareket etmesini desteklememektedir. Zira kefalet sözleşmesinin temelinde borçlunun ödeme gücünün yetersizliğine karşı bir kişisel teminat sağlanması yatmaktadır³⁹⁹.

Kefil, başka kefillerin de mevcut olduğu ya da olacağı düşüncesiyle kefalet borcu altına girmişse TBK md. 587/f.3’de özel bir düzenleme bulunduğundan TBK md. 32’deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmayacaktır. Bu nedenle iş hayatındaki dürüstlük kurallarınca, kefilin başka kefillerin de bulunduğu ya da bulunacağı düşüncesiyle hareket etmesini haklı göstermesi aranmayacaktır. Kefilin kefalet borcundan kurtulması için alacaklının bu durumu bilmesi ya da biliyor olması yeterli olacaktır⁴⁰⁰.

³⁹⁸ BECK, Art. 492, N. 56; ÖZEN, Kefalet, s. 185; REİSOĞLU, Kefalet, s. 67; TANDOĞAN, s. 736

³⁹⁹ BECK, Art. 492, N. 8; ÖZEN, Kefalet, s. 185-186;

⁴⁰⁰ TANDOĞAN, Kefalet, s. 736-737

3.2.6.2.3. Beyanda Yanılma

Müteselsil kefilin beyanının, yanılması sonucunda gerçek iradesinden farklı olması “beyanda yanılma” olarak nitelendirilmektedir. Her beyanda yanılma hali sözleşmeyi iptal hakkı vermemekte ancak esaslı sayılan beyan hatalarına dayanarak kefalet sözleşmesinin iptal edilmesi mümkün olmaktadır. Hangi beyan hatalarının esaslı sayılabileceği TBK md. 31’de⁴⁰¹ 5 bent halinde sayılmıştır. Söz konusu hükümde sayılan haller sınırlı sayıda değildir. Bir konunun esaslı yanılma olup olmadığı dürüstlük kuralına bakarak belirlenecektir.

TBK md. 31/bent 1 hükmüne göre bir kimsenin beyan hatası sonucunda gerçek iradesinden farklı bir sözleşme yapması esaslı bir beyan hatası olup sözleşmeyi iptal etme imkanı vermektedir. Her ne kadar kefalet sözleşmesine özgü sıkı şekil kuralları kolay kolay böyle bir hatanın yapılmasını engelleyecek olsa da bir kimsenin yapmayı arzu ettiği sözleşmeden başka bir sözleşme yapması mümkündür. Örneğin kefilin adı kefalet sözleşmesi yapmak isterken müteselsil kefalet sözleşmesi yapması pek mümkün görünmemektedir. Zira kefilin kefalet belgesinde müteselsil kefil olduğuna ilişkin bir ibareyi el yazısıyla yazması gerekmektedir. Ancak bir kimsenin aslında müteselsil kefil olmak isterken garanti sözleşmesi yapması ya da müteselsil kefil yerine müteselsil borçlu olması mümkündür. Bunun dışında bir kimsenin taşınmaz üzerinde rehin hakkı tanımak isterken yanılma sonucu müteselsil kefalet borcu altına girmesi de esaslı yanılmaya örnek olarak gösterilebilir⁴⁰². Bu tür durumlar TBK gereğince esaslı sayılan açıklama yanılmalarını oluşturmakta ve yanılan kimseye sözleşmeyi iptal hakkı tanımaktadır.

⁴⁰¹ TBK md. 31 hükmündeki düzenleme şu şekildedir: “Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esastır:

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.
2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.
4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.
5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir”.

⁴⁰² BECK, Art. 492, N. 59; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 197; ÖZEN, Kefalet, s. 186; REİSOĞLU, Kefalet, s. 67

TBK md. 31/b. 2 gereğince bir kimsenin yanılarak istediğinden başka bir konu için iradesini açıklaması esaslı bir yanılma sayılmaktadır⁴⁰³. Bu bağlamda kefil olunan asıl borçta yanılmak da TBK md. 31/b. 2 kapsamında esaslı bir yanılmadır. Örneğin kefilin yanılarak, bir eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye olan eser bedeli borcu için yükümlülük altına girdiğini beyan etmesi ancak asıl iradesinin yüklenici ve iş sahibi arasındaki alım-satım sözleşmesinden kaynaklanan satım bedeli için kefil olma yönünde olması hali esaslı bir yanılma olacaktır. Zira kefilin yanılarak başka bir borç için yükümlülük altına girmesi, borcun niteliğine göre kefil üzerindeki riskin değişmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁰⁴.

Kefilin yanılarak gerçek iradesinden farklı bir beyanda bulunduğunu alacaklı biliyor veya durumun özelliğine göre anlaması gerekiyorsa o takdirde yanılma hükümleri uygulanmamaktadır. Buna göre yanılma sonucu ortaya çıkan irade beyanı, kefilin gerçek iradesine uygun olarak hüküm ifade edecektir. Bu doğrultuda alacaklının irade beyanının kefilin gerçek arzusuna uygun olup olmamasına göre ya kefalet sözleşmesi kefilin gerçek iradesine uygun olarak kurulacak ya da hiç kurulmamış sayılacaktır. Kefilin asıl borcun niteliğinde yanılarak farklı bir borç için kefil olması halinin alacaklı tarafından bilinmesi veya biliniyor olması ihtimalinde kefalet sözleşmesinin kefilin gerçekte kefil olmak istediği borca uygun olarak kurulacağı ifade edilmektedir⁴⁰⁵.

TBK md. 31/b. 4 kapsamında beyanda yanılmaya düşen kimsenin, sözleşmeyi yaparken göz önünde tuttuğu kişiden başka bir kimse için iradesini açıklaması esaslı yanılma sayılmaktadır. Buna göre müteselsil kefilin, asıl borçlunun kimliğinde yanılması da esaslı yanılma olarak nitelendirilecektir⁴⁰⁶. Asıl borçlunun kim olduğunun kefilin kefalet borcu altına girmesinde büyük önem taşıdığı kuşkusuzdur. Kefilin alacaklının kimliğinde yanılarak kefil olması ise esaslı bir yanılma olarak kabul edilmemektedir⁴⁰⁷. Kefalet sözleşmesinde alacaklının kimliğinin kefil için bir

⁴⁰³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 66; ÖZEN, Kefalet, s. 187; TANDOĞAN, s. 735

⁴⁰⁴ TANDOĞAN, s. 735

⁴⁰⁵ BECK, Art. N. 492, N. 60; ÖZEN, Kefalet, s. 187-188

⁴⁰⁶ BECK, Art. 492, N. 59; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 84; ÖZEN, Kefalet, s. 186; REİSOĞLU, Kefalet, s. 66; TANDOĞAN, S. 735; Karşı Görüş için bkz. DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 200

⁴⁰⁷ BECK, Art. 492, N. 59; LERCH-TUASON s. 45; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 84; ÖZEN, Kefalet, s. 186; REİSOĞLU, Kefalet, s. 66; TANDOĞAN, S. 735-736

önem arz etmemesi ve sözleşmenin genel olarak kefile borç yüklemesi gerekçe olarak gösterilebilir. Ancak istisnaen de olsa kefilin, kefil olma amacının belli bir alacaklıya menfaat sağlamak olması ya da alacaklının da sözleşmeyle karşı edim yükümü altına girmesi hallerinde kefilin alacaklının kimliğinde yanılması esaslı bir yanılma olarak düşünülmelidir⁴⁰⁸.

Kefilin gelecekte doğacak borçlara kefil olmak isterken yanılarak mevcut borçlara kefil olması halinin esaslı yanılma kapsamında değerlendirilmesine TBK'na yeni düzenleme doğrultusunda gerek kalmamıştır. Zira TBK md. 589/f.3 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmadığı takdirde kefil, borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi söz konusu maddede kefilin, sözleşmenin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacağına dair bir karine bulunmaktadır. Taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe kefilin sözleşmenin kurulmasından sonraki borçlara kefil olduğu asıldır⁴⁰⁹. Aynı şekilde kefil yanılarak gelecekte doğacak borçlara kefil olduğunu aslında mevcut borçlara kefil olmak istediğini ileri süremeyecektir⁴¹⁰.

TBK md. 34/f. 2 gereği alacaklı, kefilin gerçek iradesine uygun olarak sözleşmenin hüküm ifade etmesini kabul ederse o takdirde sözleşme kefilin gerçek iradesine göre kurulmuş sayılır. Artık kefilin yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal ettirmesi mümkün değildir. Örneğin kefilin yanılarak asıl borcun rehinle teminat altına alındığı düşüncesiyle kefil olması halinde alacaklının da kabulüyle sözleşme sanki rehin hakkı varmış gibi hüküm doğuracaktır. Buna göre rehnin varlığı kefilin sorumluluğunu ne kadar azaltacaksa kefil de o miktarla sorumlu olacaktır⁴¹¹.

TBK md. 39/f.1'deki düzenleme kapsamında kefil, yanılmayı öğrendiği tarihten başlayarak 1 yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanmazsa o takdirde sözleşmeyi onaylamış sayılacaktır. Kefil alacaklıya herhangi bir ödemede

⁴⁰⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 66; TANDOĞAN, s. 736

⁴⁰⁹ GIOVANOLI, Art. 492, N. 64; TANDOĞAN, s. 736

⁴¹⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 67-68

⁴¹¹ BECK, Art. 492, N. 60; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 87; ÖZEN, Kefalet, s. 188; REİSOĞLU, Kefalet, s. 68; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 492, N. 87

bulunmuşsa, sözleşmeyi süresi içerisinde iptal ettirmek koşuluyla ödediğini sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda geri alabilecektir⁴¹².

Müteselsil kefil, yanılmasında kusurlu ise TBK md. 35/f.1⁴¹³ gereği sözleşmenin iptal edilmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olur. Ancak alacaklı, kefilin yanıldığını biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa kefilden tazminat isteyemez.

3.2.6.3. Aldatma

Genel olarak aldatma, bir kimsenin bir hukuki işlemi yapmasını sağlamak amacıyla o kişinin yanlış bir düşünceye sahip olmasına kasten sebep olmak olarak nitelendirilebilir⁴¹⁴. Aldatmanın, bir kimsenin kasten saik hatasına düşürülmesi olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁵.

Kefalet sözleşmesi bakımından ise kefilin yükümlülük altına girmesinin sebebini, alacaklının ya da üçüncü bir kişinin hileli davranışları oluşturuyorsa o takdirde kefil TBK md. 36⁴¹⁶ hükmüne dayanarak sözleşmeyi iptal ettirme hakkına sahiptir. Aldatılma sonucu yanılmaya düşen kefil, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyi iptal ettirebilir.

Alacaklı kefile asıl borçlunun ödeme gücü, borcun niteliği ve kullanılma amacı, asıl borç için başka teminatların bulunduğu gibi konularda gerçeğe aykırı bilgiler vererek onun kefil olmasına sebep olmuşsa bu tür davranışlar TBK md. 36 anlamında aldatılma sayılmaktadır. Alacaklının bilgi sahibi olduğu ve kefilin kefil olmasını etkileyecek bir takım hususlarda susmasının ise aldatma teşkil edip etmeyeceği ve alacaklının kefile bilgi verme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı doktrinde

⁴¹² REİSOĞLU, Kefalet, s. 68

⁴¹³ TBK md. 35/f.1 hükmüne göre “Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez”.

⁴¹⁴ ANTALYA, s. 236; EREN, s. 397; NOMER, s. 65; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 111; REİSOĞLU, Safa, s. 124; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 444

⁴¹⁵ ANTALYA, s. 236; EREN, s. 397; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 445

⁴¹⁶ TBK md. 36 hükmüne göre “Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. - Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir”.

tartışmalıdır. Bir görüşe göre alacaklının kefile kefalet borcu sonucu oluşacak risklerle ilgili bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Sadece TBK md. 594/f.1 son cümledeki⁴¹⁷ düzenlemeye göre kefilin talep etmesi halinde asıl borcun kapsamı hakkında bilgi verme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu doğrultuda kefilin herhangi bir talebi olmaması halinde alacaklının, kefilin kefil olma iradesini etkileyecek hususlarda susması aldatma olarak nitelendirilemeyecektir. Fakat kefilin kefalet borcuna ilişkin rizikoları öğrenmek için alacaklıdan talepte bulunmasına karşın alacaklının susması ise TBK md. 36 anlamında aldatma sayılacak ve kefile sözleşmeyi iptal ettirme hakkı verecektir. Sonuç olarak alacaklının kendi kendine ya da kefilin talebi üzerine verdiği gerçeğe aykırı bilgiler sonucu kefil kefalet sözleşmesini yapmışsa bu tür davranışlar aldatma teşkil edecektir. Bunun haricinde alacaklının susması, yalnızca kefilin kefalet sözleşmesine ilişkin riskleri öğrenmek istemesi halinde aldatma sayılacaktır⁴¹⁸. Bir diğer görüşe göre alacaklının kendiliğinden ya da kefilin talebi üzerine vereceği bilgilerin gerçeğe aykırı olması ve söz konusu gerçek dışı bilgilere dayanarak kefilin kefalet borcu altına girmesi halinde ortada sözleşmeyi iptal ettirme hakkı tanıyan türden bir aldatma durumu söz konusu olacaktır. Ancak bunun haricinde borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu bilen alacaklı, bu durumun kefil tarafından bilinmediğini veya yanlış bilgilendirildiğini ve gerçek durum bilinseydi kefalet sözleşmesini yapmayacağını biliyorsa kefilin talebi olmasa dahi bilgi vermekle yükümlüdür. Her ne kadar alacaklının kefile genel bir açıklama yükümlülüğü bulunmasa da ve kefalet sözleşmesine ilişkin rizikoları kefil araştırmakla yükümlü olsa dahi bazı hallerde dürüstlük kuralı gereği alacaklının kefile bilgi verme yükümlülüğü bulunabilir. Bir başka deyişle alacaklının, kefilin talebi olmasa dahi kendiliğinden bilgi verme yükümlülüğü dürüstlük kuralından kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde kefilin bilgi talebi olmasa da alacaklının kefilin yanlış bildiği hususlarda susması da dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Buna göre kefalet sözleşmesinin yarattığı rizikolar kefilin kefalet sözleşmesini yapmasını etkileyecek türde ise ve söz konusu riskler hakkında kefilin yanlış bilgilendirildiğini ya da bilgisinin olmadığını alacaklı biliyorsa o takdirde dürüstlük kuralı gereği alacaklının kefile bu konularda bilgi vermesi

⁴¹⁷ TBK md. 594/f.1 son cümleye göre “İstek halinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır”.

⁴¹⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 69. Benzer yönde BECK, Art. 492, N. 64

gerekir⁴¹⁹. Doktrindeki bir başka görüş ise dürüstlük kuralı gereği alacaklının kefile bilgi verme yükümlüğü olduğunu kabul etmekle birlikte alacaklının ne zaman bilgi vermesi gerektiğine ilişkin farklı bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe göre iş hayatındaki tecrübesizlik ya da kefalet sözleşmesine ilişkin bilgisizlik kefilin yanlış düşünceler içerisinde olmasına sebep olmuşsa o takdirde alacaklının kefile bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Ancak alacaklı kefilin söz konusu yanlış bilgiler sonucu kefalet borcu altına girdiğini biliyorsa bir başka deyişle hile kastı varsa o zaman bilgi vermesi gerekmektedir. Kefilin hatalı düşünceleri iş hayatındaki tecrübesizlikten değil de mevcut durumdan kaynaklanıyorsa örneğin asıl borç ilişkisinin adi kredi sözleşmesi olduğunu düşünüyor ancak inşaat kredisi için yükümlülük altına giriyorsa ve gerçek durumu bilseydi kefalet sözleşmesi yapmayacağı alacaklı tarafından biliniyorsa o zaman alacaklı kefile gerçek duruma ilişkin bilgi vermek zorundadır⁴²⁰.

Fikrimizce kefilin talebi üzerine veya kendiliğinden alacaklının bilgi vermesi halinde söz konusu bilgilerin yanıltıcı olmaması ve gerçek durumu yansıtması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Ayrıca böyle bir durumda alacaklı kefilin yanlış bilgi sahibi olduğu hususları da düzeltmekle yükümlüdür. Söz konusu eksik veya yanlış bilgilerin kefilin kefalet borcu altına girmesine sebep olacağı alacaklı tarafından biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa o takdirde alacaklının davranışı hile teşkil edecektir. Bir diğer durum olarak kefilin bilgi talebi olsun ya da olmasın alacaklının gerçek durumu gizlemek ya da kefilin yanlış bilgilerini düzeltmemek amacıyla susması dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olduğu için aldatma olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Ancak aldatmanın varlığını kabul edebilmek için kefilin gerçek durumu bilseydi kefalet sözleşmesini yapmayacak olduğunun alacaklı tarafından bilmesi veya biliyor olması gerekmektedir. Alacaklının gerçekleri gizlemek suretiyle kefilin kefalet sözleşmesini yapmasına sebebiyet vermesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kefalet sözleşmesinin genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması ve kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kefilin koruma amacı gütmesi kefil lehine yorum yapmaya imkan vermektedir. Söz konusu bilgi verme yükümlülüğünün kapsamına borçlunun ödeme gücü girebileceği gibi asıl

⁴¹⁹ SCYBOZ, s. 397; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 213-214; ÖZEN, Kefalet, s. 194-195. Doktrinde, borçlunun ödeme gücünde gibi birlikte kefalet halinde alacaklının birlikte kefillerin ödeme gücüne ilişkin olarak alacaklının bilgi verme yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. ÖZEN, Kefalet, s. 196-197

⁴²⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 91-92

borç için verilen teminatların mevcudiyeti ve değeri gibi kefilin kefil olmasını etkileyecek hususların da gireceği kabul edilmelidir.

Alacaklının kefile bilgi vermemesi ya da kefilin yanlış bilgilerini düzeltmemesi ihmeline dayanıyorsa o takdirde alacaklının culpa in contrahendo doğrultusunda sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda kefil, kefalet sözleşmesinden dönme imkanına sahip olabilecektir⁴²¹.

TBK md. 36/f.2 gereğince üçüncü bir kişinin aldatması sonucunda bir kimse sözleşme yapmışsa, sözleşmenin karşı tarafı bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa aldatılan taraf sözleşmeyi iptal edebilmektedir. Bu doğrultuda kefilin alacaklı dışında bir kimsenin aldatmasıyla kefalet sözleşmesini yapması halinde alacaklının söz konusu aldatmayı bilmesi ya da bilecek durumda olması kefile sözleşmeyi iptal ettirme hakkı sağlar. Kefalet sözleşmelerinde kefilin asıl borçlu tarafından aldatılmasına sıklıkla rastlanır. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığı için üçüncü kişi olarak değerlendirilebilecektir⁴²². Buna göre de asıl borçlu kefil aldatarak kefalet sözleşmesi yapmasına sebep olmuşsa kefil ancak alacaklının bu durumu bildiği ya da bilecek durumda olduğunu ispat edebildiği takdirde sözleşmeyi iptal edebilecektir. Aksi durumda kefil sözleşmeyle bağlı olmaya devam edecektir⁴²³. Ancak alacaklının asıl borçlunun hilesini bilmemesi sebebiyle kefil sözleşmeyi TBK md. 36 anlamında aldatmaya dayanarak iptal edememekle birlikte asıl borçlunun aldatması kefil için aynı zamanda esaslı bir yanılma hali oluşturuyorsa o takdirde sözleşmeyi yanılmaya dayanarak iptal ettirmesi mümkündür⁴²⁴.

Asıl borçlunun alacaklının temsilcisi olması halinde alacaklının, borçlunun aldatma oluşturan fiillerini bildiği kabul edilir ve bu durum üçüncü kişinin değil alacaklının hilesi olarak düşünülür⁴²⁵. Alacaklının temsilcisi olmamakla beraber kefalet

⁴²¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 93

⁴²² BECK, Art. 492, N. 61; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 65; VON BÜREN, Besonderer, s. 303; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 215; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 94; ÖZEN, Kefalet, s. 192; REİSOĞLU, Kefalet, s. 70

⁴²³ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 215; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 94; ÖZEN, Kefalet, s. 192; REİSOĞLU, Kefalet, s. 70

⁴²⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 192;

⁴²⁵ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 215; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 95; ÖZEN, Kefalet, s. 192; REİSOĞLU, Kefalet, s. 70

sözleşmesinin yapılmasında kendisine yardımcı olan kişilerin aldatma teşkil eden davranışları da alacaklının aldatması gibi sonuç doğuracaktır. Tüzel kişi olan alacaklının organlarını oluşturan kişilerin kefil aldatması halinde ise tüzel kişinin organı üçüncü kişi olarak düşünülmecektir ve söz konusu hile alacaklı tarafından yapılmış olarak kabul edilecektir⁴²⁶. Alacaklının kefalet sözleşmesini hazırlayıp sadece kefile ulaştırması için asıl borçluya vermesi halinde borçlu alacaklının temsilcisi olarak kabul edilmeyecektir⁴²⁷.

Alacaklının aldatma teşkil eden davranışları sonucu sözleşmeyi iptal ettirmek isteyen kefil, TBK md. 36 anlamında bir aldatmanın bulunup bulunmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Buna göre alacaklının hileli davranışlarının bulunduğunu ve alacaklının aldatma kastı ile hareket ettiğini ispatlamalıdır. Bir başka deyişle alacaklının kefilde yanlış düşüncelere sebep olma amacını kefalet sözleşmesinin yapılması oluşturmamalıdır. Bunun dışında hileli davranışlar neticesinde kefalet sözleşmesini yaptığını ispatlaması gerekir. Bir başka deyişle söz konusu davranışlarla kefalet sözleşmesinin yapılması arasında bir nedensellik bağı bulunduğunu ispatlamalıdır. Üçüncü kişinin hilesinin söz konusu olması halinde ise kefil tarafından ispatlanması gereken husus, üçüncü kişinin aldatmasının alacaklı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiğidir. Üçüncü kişinin temsilci ya da sözleşmenin yapılmasında yardımından yararlanan kişiler olması durumunda, bu kişilerin hileli davranışları alacaklının davranışı olarak kabul edileceği için alacaklının bu durumdan haberdar olduğunu ispat etmesi gerekmez. Kefil yalnızca aldatma fiilinde bulunan üçüncü kişinin alacaklının temsilcisi ya da alacaklının yardımdan yararlandığı kişiler olduğunu ispatlayacaktır⁴²⁸.

TBK md. 39/f. 1 gereği kefil, aldatmayı öğrendiği andan başlayarak sözleşmeyi bir yıl içinde iptal ettirebilir. Kefilin söz konusu süre içerisinde iptal hakkını kullanmaması halinde sözleşmeyi onaylamış sayılacaktır. Ancak TBK md. 39/f.2⁴²⁹

⁴²⁶ BECK, Art. 492, N. 61; GIOVANOLI, Art. 492, N. 66; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 215, dipnot 837; ÖZEN, Kefalet, s. 192

⁴²⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 95; REİSOĞLU, Kefalet, s. 70; TANDOĞAN, s. 737

⁴²⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 192-193

⁴²⁹ TBK md. 39/f.2'deki düzenlemeye göre "Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onanmış olması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz".

gereği sözleşmenin onanmış olması aldatma sebebiyle aldatandan tazminat isteme hakkını ortadan kaldırmayacaktır.

3.2.6.4. Korkutma

Korkutma, hukuka aykırı bir tehdit sonucunda bir kimsenin gerçek iradesinden farklı bir irade beyanında bulunmaya zorlanmasıdır⁴³⁰. TBK md. 38/f.1’de⁴³¹ hangi durumlarda korkutmanın gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre kefil, kendisinin veya yakınlarından⁴³² birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın zarar tehlikesinin bulunduğuna inanmakta haklı ise korkutma mevcut demektir.

Kefilin korkutulmaya dayanarak sözleşmeyi iptal ettirebilmesi için korkutulmanın alacaklı ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılmasının önemi yoktur (TBK md. 37/f.1⁴³³). Hatta korkutulmanın üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde alacaklı bu durumu bilmeseydi ya da bilecek durumda olmasa dahi kefil sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak TBK md. 37/f.2⁴³⁴ gereği durumdan haberdar olmayan alacaklıya hakkaniyet gerektirdiği takdirde tazminat ödemekle yükümlü olur.

TBK md. 38/f.2’deki⁴³⁵ düzenleme kapsamında kefil, bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle kefalet sözleşmesi yapmışsa, tehditte bulunan kimsenin bu durumdan aşırı bir menfaat elde etmesi halinde kefilin

⁴³⁰ ANTALYA, s. 243; EREN, s. 402; NOMER, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 115-116; REİSOĞLU, Safa, s. 127; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 449

⁴³¹ TBK md. 38/f.1 hükmüne göre “Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır”.

⁴³² EBK md. 30/f.1’de yakın yerine “yakın akraba” ifadesi kullanılmıştı. Bu ifade eleştirilere maruz kaldığından TBK md. 38/f.1’de “yakınları” deyimini ile kapsamına girecek kimseler genişletildi. Doktrinde kişinin kederini, sevincini paylaştığı kimselerin iradesi sakatlanmış kimsenin yakını olarak kabul edileceği belirtilmektedir. ANTALYA, s. 245; EREN, s. 404; NOMER, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 117; REİSOĞLU, Safa, s. 128; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 449

⁴³³ TBK md. 37/f.1 hükmü şu şekildedir: “Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir”.

⁴³⁴ TBK md. 37/f.2’deki düzenlemeye göre “Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür”.

⁴³⁵ TBK md. 38/f.2 hükmüne göre “Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde, korkutmanın varlığı kabul edilir”.

sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunacaktır. Bu bağlamda bir kimsenin bir hakkını ya da kanundan doğan bir yetkisini kullanacağı tehdidiyle kefil kefalet sözleşmesi yapmaya zorlaması her koşulda korkutma sayılmayacak ve dolayısıyla kefile sözleşmeyi iptal ettirme hakkı vermeyecektir. Ancak söz konusu kişi, bu şekilde aşırı bir menfaat elde ediyorsa o takdirde korkutmanın varlığı kabul edilecektir.

Alacaklının asıl borçlunun yakını durumundaki bir kimseye, kefil olmadığı takdirde asıl borçluya karşı dava açacağını ya da hakkında icra takibi yapacağını bildirmesi veya ceza takibi yapılması için ihbarda bulunacağını söylemesi uygulamada sıklıkla rastlanılan örneklerdir. Alacaklının dava açacağını veya icra takibi yapacağını ya da ceza takibi için ihbarda bulunacağını söylemesi tek başına bir korkutma oluşturmamaktadır. Aksine söz konusu durumlar kanun tarafından bir kimseye tanınan haklardır. Söz konusu hak ve yetkilerin kullanılmasının ne zaman korkutma teşkil edeceği bir başka ifadeyle yapılan tehdit sonucu kefilin kefalet borcu altına girmesinin alacaklı için ne zaman aşırı bir menfaat sağladığının kabul edileceği doktrinde, alacaklının hak ve yetkilerini kullanmasının hukuka aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine göre belirlenmektedir⁴³⁶. Buna göre alacaklının borçlunun bir yakınına kefil olmadığı takdirde borçlu hakkında dava açacağını ya da icra takibi yapacağını söylemesi hukuka aykırı değildir. Örneğin oğlunun borcu için babasından kefil olmasını isteyen ve kefil olmazsa oğlu hakkında icra takibi yapacağını söyleyen alacaklının bu davranışı korkutma olarak nitelendirilmeyecektir. Zira burada alacaklı kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı kullanacağını söylemektedir. Ancak alacaklının bir borçlusunun yakınına kefil olmazsa başka bir borçlusunu hakkında dava açacağını ya da icra takibi yapacağını söylemesi hukuka uygun bir hareket olmayacaktır. Zira burada alacaklı kanunun kendisine tanıdığı hakkı bir baskı aracı olarak kendi menfaatine kullanmaktadır. Örneğin bir babanın hem kızının hem de oğlunun bir alacaklıya borçlu olması durumunda alacaklı kızının borcu için babasından kefil olmasını istemekte ve kefil olmadığını takdirde oğlunun borcu için icra takibi yapacağını belirtmektedir. Burada alacaklının davranışı hukuka aykırı olarak nitelendirilip bir tehdit oluşturacak ve kefile sözleşmeyi iptal etme hakkı verecektir. Bu konuda verilebilecek bir başka örneğe göre alacaklı bir

⁴³⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 95; REİSOĞLU, Kefalet, s. 71; TANDOĞAN, s. 738-739

borçludan olan 50.000 TL'lik borca kefil olması için kendisine 20.000 TL borcu olan bir başka borçlusunun annesine gitmekte ve 50.000 TL'lik borca kefil olmazsa oğluna karşı 20.000 TL'lik borç için dava açacağını söylemektedir. Görüldüğü gibi bu örnekte de alacaklının kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı veya yetkiyi kullanması tehdit oluşturmaktadır⁴³⁷. Bunun gibi alacaklının kendisine birden fazla borcu bulunan borçlusunun bir yakınına söz konusu borçlardan birisi için kefil olmazsa diğer bir borç için dava açacağını ya da icra takibi yapacağını belirtmesi de tehdit oluşturacaktır. Örneğin borçlunun alacaklıya 10.000 ve 20.000 TL değerinde iki borcu olması halinde alacaklının borçlunun kardeşinden 10.000 TL'lik borç için kefil olmasını istemesi ve kefil olmadığı takdirde 20.000 TL'lik borç için icra takibi yapacağını söylemesi hali kefil için bir korkutma oluşturacaktır⁴³⁸.

Alacaklının borçlunun yakınının kefil olmasını sağlamak adına borçlu hakkında ceza takibi yapılması için ihbarda veya şikâyette bulunacağını bildirmesi ise korkutma sayılacaktır. Bunun gibi alacaklının kefil olmasını istediği kişiye yönelik ceza takibi tehdidinde bulunması da aynı şekilde bir korkutma oluşturacaktır. Her ne kadar ceza takibi için ihbarda veya şikâyette bulunmak kanun tarafından tanınan bir yetki olsa da bu yetkinin kişisel menfaatler için kullanılması hukuka aykırıdır. Söz konusu yetki kamu düzeni ve kamu menfaatiyle ilgilidir⁴³⁹.

Alacaklının kendisine karşı haksız fiil işleyen bir kimsenin söz konusu haksız fiil sebebiyle oluşan zararın tazmini için bir kefil bulmadığı takdirde hakkında ceza takibi yapacağını bildirmesi korkutma oluşturmayacaktır. Ancak alacaklının borçlunun bir yakınına kefil olmazsa borçlu hakkında ceza takibinde bulunacağını söylemesi korkutma sayılacaktır⁴⁴⁰.

Kefilin korkutmaya dayanarak kefalet sözleşmesini iptal edebilmesi için alacaklı ya da üçüncü kişinin korkutması sonucunda kefalet sözleşmesini yapmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle korkutmayla kefalet sözleşmesinin yapılması arasında nedensellik

⁴³⁷ BECK, Art. 492, N. 67; VON BÜREN, Besonderer, s. 305; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 96; ÖZEN, Kefalet, s. 198; REİSOĞLU, Kefalet, s. 71; TANDOĞAN, s. 738-739

⁴³⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 96; REİSOĞLU, Kefalet, s. 71; TANDOĞAN, s. 738-739

⁴³⁹ BECK, Art. N. 68; REİSOĞLU, Kefalet, s. 71; TANDOĞAN, s. 739

⁴⁴⁰ BECK, Art. N. 68

bağı bulunmalıdır⁴⁴¹. Bu bağlamda alacaklı ya da üçüncü kişinin tehdidine maruz kalan kefilin kefalet sözleşmesini yine de yapacağı söylenebiliyorsa kefilin korkutmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkı yoktur.

Kefil, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Söz konusu süre içerisinde kefil sözleşmeyi iptal etmezse sözleşme onanmış sayılır ancak TBK md. 39/f.2 gereği korkutma sebebiyle tazminat talep etme hakkı devam eder.

4. MÜTESELSİL KEFALETİN ŞEKLE İLİŞKİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

4.1. YAZILI ŞEKİL KURALININ AMACI VE GEÇERLİLİK KOŞULU OLMASI

Genel olarak tüm kefalet sözleşmelerinin tabi olduğu şekil kuralı TBK md. 583/f.1'de düzenlenmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin kefalet senesinde kefilin el yazısı ile gösterilmesi gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin şekle tabi olmasının amacında kefilin korunması düşünmesi yatmaktadır. Zira kefalet sözleşmesiyle genellikle sadece kefil borç altına girmekte ve sözleşmenin sıkı şekil kuralına tabi olması kefilin düşünmeden hareket etmesini önlemektedir⁴⁴². TBK md. 583/f.1'de yalnızca müteselsil kefalet sözleşmesine özgü bir şekil kuralı daha getirilmiştir. Buna göre kefilin müteselsil kefil olması halinde, kefilin müteselsil kefil olduğunu ifade edecek bir ibarenin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısıyla yer alması gerekmektedir. Görüldüğü gibi kanun koyucu müteselsil kefalet sözleşmesi bakımından kefilin himayesini bir adım daha ileri götürmüştür. Söz konusu şekil kuralıyla kefilin diğer kefalet sözleşmesi türlerine göre daha ağır bir yükümlülük yüklendiğinin bilincinde olması amaçlanmıştır.

⁴⁴¹ ÖZEN, Kefalet, s. 199

⁴⁴² REİSOĞLU, Kefalet, s. 72-73; TANDOĞAN, s. 740

Kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralı bir ispat değil geçerlilik şeklidir. TBK md. 583/f.1’de de açıkça madde metninde yer alan şekil kuralına uyulmazsa sözleşmenin geçerli olmayacağı belirtilmiştir. Hükümün amacı da bir geçerlilik şekli olduğunu desteklemektedir. Bu sonuca TBK md. 12/f.2’den⁴⁴³ de ulaşmak mümkündür. Söz konusu maddede kanunda bir sözleşme için şekil kuralı öngörülmüşse, kural olarak geçerlilik şekli olduğu hükme bağlanmıştır. Bir başka ifadeyle kanunda aksi belirtilmedikçe bir sözleşme için öngörülen şekil geçerlilik şekli olacaktır⁴⁴⁴. Kefalet sözleşmesine özgü şekil kuralının ispat değil de geçerlilik şekli olması da şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracaktır.

TBK md. 583/f.1’deki şekil kuralının tek taraflı bir geçerlilik şekli olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Zira kefalet sözleşmesi genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakta ve öngörülen şekil kuralının amacını alacaklının değil kefilin korunması oluşturmaktadır. Bu noktada alacaklının irade beyanı herhangi bir şekle tabi olmamakta ve alacaklının sözleşmeyi imzalamasına dahi gerek bulunmamaktadır. Doktrinde kefalet sözleşmesiyle alacaklının da yükümlülük altına girdiği hallerde bir başka ifadeyle kefalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda dahi TBK md. 14/f.1’in⁴⁴⁶ uygulanmayacağı ve alacaklının herhangi bir şekle uymadan iradesini açıklayacağı ileri sürülmüştür. Bu düşüncenin gerekçesi olarak da TBK md. 583/f.1’deki düzenlemenin yalnızca kefilin koruma amacı taşıdığı ve sözleşme iki tarafa borç yükleyse bile amaç kefilin himayesi olduğundan TBK md. 14/f.1’deki düzenlemeye uymanın gerekmediği gösterilmiştir⁴⁴⁷. Fikrimizce kefalet sözleşmesinin yalnızca kefile borç yüklemesi halinde yalnızca kefilin iradesinin TBK md. 583/f.1’de öngörülen şekil kuralına tabi olacağında şüphe olmaması gerekir. Zira tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde şekil kuralı yalnızca borç altına gireni kapsamaktadır. Bu durumun kanun koyucunun

⁴⁴³ TBK md. 12/f.2’deki düzenlemeye göre “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”.

⁴⁴⁴ BECK, Art. 493, N. 15; GIOVANOLÌ, Art. 493, N. 10; ÖZEN, Kefalet, s. 200

⁴⁴⁵ GIOVANOLÌ, Art. 493, N. 9; PESTALOZZI, Art. 493, N. 2; WIEGAND, Wolfgang, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, Berner Bankrechtstag, Band 4, Personelsicherheiten, (Herausgegeben von Wolfgang Wiegand), Bern 1997, s. 192; ÖZEN, Kefalet, s. 200

⁴⁴⁶ TBK md. 14/f.1’deki düzenlemeye göre “Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur”.

⁴⁴⁷ ÖZEN, Kefalet, s. 200-201

şekil kuralı öngörmesindeki amacına uygun olacağına da kuşku yoktur. Bu bağlamda yalnızca kefilin yükümlülük altına girdiği kefalet sözleşmelerinde alacaklının iradesi herhangi bir şekle tabi olmayacaktır. Ancak kefalet sözleşmesiyle alacaklının da yükümlülük altına girdiği hallerde alacaklının imzasının dahi bulunmadan kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulacağı fikrine katılmıyoruz. Elbette ki TBK md. 583/f.1'deki şekil kuralının düzenlenmesindeki amaç alacaklının değil kefilin korunmasıdır. Bu nedenle kefalet sözleşmesiyle alacaklının da borç altına girmesi durumunda alacaklının iradesi TBK md. 583/f.1 kapsamında olmayacaktır. Bir başka deyişle alacaklının kefalet sözleşmesinde bazı kısımları elle yazması gerekmeyecektir. Ancak burada TBK md. 14/f.1'den ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Söz konusu hükümde de açıkça belirttiği gibi yazılı şekil kuralı öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması gerekecektir. Kefalet sözleşmesiyle alacaklı da yükümlülük altına girdiğine göre kefalet sözleşmesinde onun da imzasının bulunması gerekmektedir.

4.2. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

4.2.1. 818 Sayılı EBK md. 484'deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi

818 sayılı EBK md. 484 hükmündeki düzenlemeye göre “*Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır*”. Bu hükümde kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına ve kefilin sorumlu olacağını miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesine tabi tutulmuştu. Söz konusu şekil kuralının niteliği doktrinde tartışmalara sebep olmuştu. Bir görüşe göre kefalet sözleşmesi adi yazılı şekle tabiydi⁴⁴⁸. Bir diğer görüş ise kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesinden yola çıkarak geniş anlamda nitelikli yazılı şekil kuralı bulunduğunu ileri sürmekteydi⁴⁴⁹. Fikrimizce de EBK md. 484'deki düzenlemenin adi yazılı şekil olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Zira adi yazılı şekil, sözleşmenin

⁴⁴⁸ BARLAS, Sorunlar, s. 48; TAŞDELEN, Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 732; TANDOĞAN, s. 743

⁴⁴⁹ GIOVANOLI, Art. 493, N. 6; ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi Özellikleri, Kuruluşu, Türleri, İstanbul 2008, s. 165 vd

taraflarının ya da taraflarından birinin irade beyanının yazılı bir şekilde açıklanması ve irade beyanı sahibi tarafından imzalanmasıdır⁴⁵⁰. Kanun koyucunun EBK md. 484’de kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde yer alması gerektiğini öngörmesi kefalet sözleşmesinin adi yazılı şekle tabi olduğu düşüncesini engellemektedir. Ayrıca madde metninde azami sorumluluk miktarının el yazısıyla yazılması öngörülmediğinden geniş anlamda nitelikli yazılı şekil kuralı bulunduğu görüşüne katılmaktayız.

4.2.2. İBK md. 493’deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi

İBK md. 493’de yer alan kefalet sözleşmesi şekil kuralı, farklı ihtimaller değerlendirilerek düzenlenmiş ve değişik olasılıklarda kefalet sözleşmesinin şeklinin de değişik olacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre İBK md. 493/f.2’deki düzenleme doğrultusunda kefilin bir gerçek kişi olması durumunda kefilin sorumlu olacağı miktara göre kefalet sözleşmesinin şekli de değişmektedir. Gerçek kişi kefilin sorumluluğu 2000 frangı aşılırsa kefalet sözleşmesi resmi şekle tabidir⁴⁵¹. Kefilin sorumluluğu 2000 frangın üzerinde olmakla birlikte tarafların resmi şekil zorunluluğundan kurtulmak amacıyla sorumluluğu parçalara bölerek yaptıkları nitelikli yazılı sözleşmeler ise İBK md. 493/f.4 gereği geçersiz sayılacaktır. Sorumluluk 2000 frangın altında ise o zaman sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı miktarla müteselsil kefalet sözleşmesinde müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk altına girdiğini el yazısıyla yazması yeterli olacaktır⁴⁵². İBK md. 493/f.3’de ise gerçek kişi kefillerin kamu hukukundan doğan borçlar için verdikleri kefaletlerin yazılı şekilde yapılmasını ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde yer almasını öngörmüştür. Buna göre kefilin sorumlu olacağı miktarın ve müteselsil kefalette müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlendiğinin kefilin el yazısıyla yazılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı şekil kuralı tüzel kişilerin yapacağı kefalet sözleşmeleri için de öngörülmüştür⁴⁵³. Görüldüğü gibi İBK md. 493/f.3 ile EBK md. 484 hükmünün öngördüğü şekil kuralı aynıdır.

⁴⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 144

⁴⁵¹ BECK, Art. 493, N. 40; PESTALOZZİ, Art. 493, N. 13; STAFFELBACH, Art. 493, N. 6

⁴⁵² PESTALOZZİ, Art. 493, N. 11; STAFFELBACH, Art. 493, N. 5

⁴⁵³ GIOVANOLİ, Art. 493, N. 8

4.2.3. 6098 Sayılı TBK md. 583'deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi

6098 sayılı TBK md. 583/f.1'de kefalet sözleşmeleri için öngörülen şekil kuralı ise EBK md. 484 ve İBK md. 493'den daha farklı şekilde hükme bağlanmıştır. EBK md. 484'de kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet senedinde yer alması öngörülmüşken TBK md. 583/f.1'de sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının yanı sıra EBK md. 484'den farklı olarak kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlenildiğine ilişkin ibarenin el yazısıyla yazılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi 6098 sayılı TBK'da getirilen şekil kuralıyla kefilin EBK'na göre daha çok koruma altına alınması amaçlanmıştır. TBK md. 583/f.1 hükmü İBK md. 493/f.2'de gerçek kişinin 2000 frangın altında vereceği kefaletler için öngörülen şekil kuralına benzemekle beraber İBK'nundan farklı olarak herhangi bir ayırma gidilmeden bütün kefalet sözleşmelerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. TBK'na göre kefilin sorumluluk üstlendiği miktarın bir önemi yoktur. Bunun dışında kamu hukukundan kaynaklanan borçlara ilişkin bir ayırma da gidilmemiştir. Ayrıca kefilin gerçek kişi veya tüzel kişi olması da TBK md. 583/f.1 hükmü kapsamında bir fark yaratmamakta tüzel kişilerin de sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil sıfatını el yazısıyla yazmaları gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesinde belli kısımların el yazısıyla yazılması gerekliliği sebebiyle doktrinde, yazma bilmeyenlerin veya bir sakatlığı sebebiyle yazı yazamayanların kefil olamayacakları belirtilmiştir⁴⁵⁴. Bu düşünceye göre kefalet sözleşmesi noterde yapılsa bile kefilin TBK md. 583/f.1'de belirtilen hususları yine kendi el yazısıyla yazması gerekecektir⁴⁵⁵. Fikrimizce kefalet sözleşmesi noterde yapıldığı takdirde kefilin söz konusu kısımları el yazısı ile yazmasını beklemek anlamsız olacaktır⁴⁵⁶. Kanun koyucunun kefilin el yazısını aramasının amacı, kefilin daha iyi düşünmesini sağlamak ve özellikle kefalet belgesinde oynamalar yapılarak kefil aleyhine değiştirilmesini engellemek olduğuna göre noterde yapılacak bir kefalet sözleşmesi

⁴⁵⁴ ÖZ, Yenilikler, s. 102; REİSOĞLU, Kefalet, s. 89; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 666

⁴⁵⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 89

⁴⁵⁶ Kefalet sözleşmesi için verilecek temsil yetkisinin noterde re'sen düzenlenmesi halinde TBK md. 583/f.1'de belirtilen hususları kefilin el yazısı ile yazması gerekmeyeceği yönünde bknz. BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 356; BARLAS, Yenilikler, s. 217

söz konusu hususlarda kefile tam bir koruma sağlayacaktır. O halde yazma bilmeyen veya sakatlığı sebebiyle yazı yazamayan bir kimse de noterde kefalet sözleşmesi yapmak suretiyle şekil şartını yerine getirmiş sayılacaktır. Aksi düşüncenin kabulü halinde yazma bilmeyen ya da sakatlık sonucu yazı yazamayan bir kimse, tam fiil ehliyetine sahip olsa bile kefil olabilme bakımından ehliyetsiz sayılacak ve bu durum fiil ehliyetine ilişkin genel hükümlere aykırılık oluşturacaktır.

TBK md. 583/f.1'deki şekil kuralının tüzel kişileri de kapsayacak şekilde hükme bağlanması uygulama açısından sorun yaratacak niteliktedir. Öncelikle kefalet sözleşmesinde el yazısı ile yazılması gereken kısımların kim tarafından gerçekleştirileceği belirlenmelidir. Tüzel kişi bir gerçek bir kişi olmadığına göre el yazısıyla yazma işlemi tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişiler tarafından yerine getirilecektir. Ancak tüzel kişinin yetkili organının birden çok kişi olması halinde bu kişilerin hepsinin mi yazması gerekeceği yoksa sadece birinin el yazısıyla yazıp diğerlerinin imzalamasının yeterli mi olacağı belirsizdir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kefalet belgesinde tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişilerin hepsinin el yazısının bulunması gerekecektir⁴⁵⁷. Bir başka görüşe göre ise tüzel kişiliğin yetkili organını oluşturan herkesin söz konusu kısımları el yazısıyla yazması yerine bir kişinin yazması yeterli olmalıdır⁴⁵⁸. Fikrimizce de yetkili organı oluşturan tüm gerçek kişilerin el yazısının aranması yerine içlerinden birinin el yazısıyla yazıp diğerlerinin imzalamasını kabul etmek yerinde olacaktır. Söz konusu şekil kuralıyla kanun koyucunun amacının kefalet sözleşmesinin yaratacağı rizikolar hakkında kefilin düşünerek hareket etmesini sağlamak ve doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere alacaklının sonradan sorumluluk miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil sıfatına ilişkin boş bırakılan kısımları doldurmasını engellemek⁴⁵⁹ olduğuna göre tüzel kişinin yetkili organının tamamının el yazısını aramak anlamsız olacaktır.

⁴⁵⁷ ÖZ, Yenilikler, s. 102; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 666

⁴⁵⁸ BAŞ, s. 129; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 357; GÜMÜŞ, C. II, s. 315; ÖZEN, Kefalet, s. 207; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 675

⁴⁵⁹ BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 356-357

TBK md. 583/f.1’de düzenlenen kefalet sözleşmesine özgü şekil şartının niteliğinin dar anlamda nitelikli yazılı şekil şartı olduğu kanaatindeyiz⁴⁶⁰. Söz konusu şekil şartının adi yazılı şekil kuralı olmadığı ortadadır. Daha öncede belirtildiği gibi adi yazılı şekil şartında önemli olan sözleşmenin taraflarının veya tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme ise sadece borç altına giren tarafın iradesinin yazılı şekilde açıklanması ve imzasının bulunmasıdır. TBK md. 583/f.1’de ise kefalet sözleşmesinin yalnızca yazılı şekilde yapılması yeterli görülmemekte ayrıca kefalet tarihi, kefilin azami sorumluluk miktarı ve kefilin müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girdiğini gösteren bir ibarenin kefilin el yazısıyla yazılması gerekmektedir. Kanun koyucu söz konusu hususların kefalet belgesinde yer almasını yeterli görmeyip ayrıca el yazısıyla yazılmasını öngörmesi sebebiyle kefalet sözleşmesinin şeklinin dar anlamda nitelikli yazılı şekil kuralı olduğunun kabulü gerekir⁴⁶¹.

Kefalet sözleşmesinin elektronik imza kullanarak imzalanması mümkün olmayacaktır. Her ne kadar TBK md. 15/f.1 c.2’de⁴⁶² güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imzayla aynı hukuki sonuçları doğuracağı düzenlemesi yer alsada 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenleme olmasaydı bile kefalet sözleşmesinin belli kısımlarının el yazısıyla yazılması zorunluluğu elektronik ortamda kefalet sözleşmesinin hazırlanıp imzalanmasına imkân vermeyecekti⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Doktrinde bir görüş, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK md. 583/f.1 hükmü ile kanun koyucunun EBK zamanında olduğu gibi adi yazılı şekil kuralını benimsediği ancak bazı hususların el yazısıyla yazılması şartını arayarak klasik adi yazılı şekil kuralında yer almayan bazı ek özellikler getirdiğini ifade etmektedir. BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 354

⁴⁶¹ BAŞ, s. 128; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 675; ÖZEN, Kefalet, s. 203; SAĞLAM, İpek, Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Y. 3, S. 34, s. 3692

⁴⁶² TBK md. 15/f.1 c.2’deki düzenlemeye göre “Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur”.

⁴⁶³ ÖZEN, Kefalet, s. 204; REİSOĞLU, Kefalet, s. 77

4.3. YAZILI ŞEKİL ŞARTININ (KEFALET BELGESİNİN) KAPSAMI

4.3.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesine ilişkin belgede kefilin yükümlülüğüne dair objektif ve sübjektif esaslı noktaların yer alması gerekmektedir⁴⁶⁴. Buna göre sözleşmede kefilin irade beyanı bulunmalı ve bu beyandan kefilin sorumluluğunun fer'i bir sorumluluk olduğu anlaşılmalıdır⁴⁶⁵. Bunun dışında sözleşmede asıl borcun ferdileştirilmiş olması ve asıl borçlunun kim olduğunun sözleşmede belli olması gerekmektedir. Her ne kadar alacaklı kefalet sözleşmesinin tarafı olsa da kefalet belgesinde alacaklının ismen gösterilmesi gerekmemektedir. Alacaklının kim olduğunun belirlenebilir olması yeterlidir⁴⁶⁶. Zira kefil için alacaklının kim olduğundan ziyade borçlunun kimliği ve dolayısıyla ödeme gücü önem arz etmektedir. Kefalet belgesinde kefilin sorumluluğunun azami miktar ve kefalet tarihi yer almalıdır. Ayrıca kefaletin müteselsil kefalet olduğunun da sözleşmeden anlaşılması gerekir. Sübjektif esaslı noktalara da kefalet belgesinde mutlaka yer verilmesi gerekmektedir. Doktrinde kanunda izin verildiği ölçüde kefilin haklarından vazgeçtiği durumların sözleşmenin sübjektif esaslı noktalarını oluşturacağı ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Buna göre de kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmaların sübjektif esaslı nokta olarak sözleşmede yer alması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶⁸.

4.3.2. El yazısı ile Yazılması Gereken Hususlar

4.3.2.1. Kefalet Tarihi

818 sayılı EBK'nda yer almayan bir düzenlemeye 6098 sayılı TBK'nun 583'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer verilmiş ve kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla

⁴⁶⁴ BECK, Art. 493, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 101; ÖZEN, Kefalet, s. 208; TANDOĞAN, s. 735; TAŞDELEN, s. 741;

⁴⁶⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 78-79

⁴⁶⁶ BECK, Art. 493, N. 8; BECKER, Art. 493, N. 4; GIOVANOLİ, Art. 493, N. 15; AYRANCI, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD Y. 2004, C. 53, S. 2, s. 100 (Bundan sonra "AYRANCI, Şekil" olarak anılacaktır); BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 354; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 103; REİSOĞLU, Kefalet, s. 79

⁴⁶⁷ GIOVANOLİ, Art. 493, N. 17; PESTALOZZİ, Art. 493, N. 8

⁴⁶⁸ BECK, Art. 493, N. 8; AYRANCI, Şekil, s. 100; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 110; TANDOĞAN, s. 749; TAŞDELEN, s. 741

yazılması gerekliliği hükme bağlanmıştır. EBK zamanında kefalet tarihinin gösterilmemesi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen türden bir unsur değildi. Ancak TBK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla yazılmadığı kefalet sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır. Bu düzenlemeyle uygulamada matbu halde hazırlanan ve tarih kısımları boş bırakılan kefalet sözleşmelerinin kefil aleyhine alacaklı tarafından doldurulması önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁴⁶⁹.

Kefalet sözleşmelerinde kefalet tarihi, TBK md. 589/f.3'de hükmü kapsamında önem arz etmektedir. Söz konusu hükme göre taraflar aralarında anlaşmadığı takdirde kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacaktır. Sözleşmenin kurulma tarihinin kefalet belgesinde yer almaması halinde alacaklı rahatlıkla mevcut borcun sözleşmenin kurulmasından sonra doğduğunu iddia edebilecektir. Bunun gibi kefalet tarihinin kefil tarafından el yazısıyla doldurulma zorunluluğunun bulunmadığı bir olasılıkta tarih kısmı alacaklı tarafından doldurularak kefilin sözleşmenin kurulmasından önceki borçlardan da sorumlu olması mümkün olabilecektir⁴⁷⁰. Bu çerçevede kefilin el yazısıyla kefalet tarihini yazması, tarihsel olarak hangi borçlardan sorumlu olacağını göstergesi olacaktır⁴⁷¹. Bunun dışında kefalet tarihinin belli olması süreli kefaletler bakımından ayrı bir öneme sahiptir⁴⁷². Zira süreli kefalet sözleşmelerinde TBK md. 600 gereği kefil sürenin sonunda borcundan kurtulmaktadır. Bu bağlamda kefalet tarihinin belli olmaması ya da alacaklı tarafından kefil aleyhine değiştirilmesi kefilin borcundan kurtulmasına engel olacaktır⁴⁷³. Ayrıca TBK md. 598/f.3⁴⁷⁴ hükmüne göre gerçek kişi tarafından verilen kefaletler sözleşmenin kurulmasından başlayarak 10 yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. 10 yıllık sürenin belirlenmesi bakımından sözleşmenin kurulma tarihi esas alındığından kefalet tarihinin kefilin el

⁴⁶⁹ ALTOP, Atilla, Neuerungen und Änderungen bei den Bestimmungen zum Bürgschaftsvertrag in Entwurf des türkischen Obligationengesetzes, Reformen im österreichischen und im türkischen Recht, Vorträge der Österreichisch-Türkischen Juristenwoche 14. Bis 17. April 2010 in Wien Herausgegeben von Rudolf Welsch, Band IV, Wien 2010, s. 119 (Bundan sonra "ALTOP, Bürgschaftsvertrag" olarak anılacaktır); ALTOP, Değişiklikler, s. 22; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 355

⁴⁷⁰ BAŞ, s. 132; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 355

⁴⁷¹ BURCUOĞLU, s. 282

⁴⁷² BURCUOĞLU, s. 282

⁴⁷³ SAĞLAM, s. 3692

⁴⁷⁴ TBK md. 598/f.3'deki düzenlemeye göre "Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar".

yazısıyla yazılması gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır⁴⁷⁵. Son olarak kefalet tarihi, kefilin eşinin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin belirleyici bir etken olmaktadır. Zira kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce evlenmiş olması halinde eşinin rızası aranacak aksi durumda eşin rızasına gerek olmayacaktır. Bu bağlamda kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla yazılma zorunluluğu bulunmasaydı alacaklının, eşin rızasından kurtulmak amacıyla kefalet tarihini kefilin evliliğinden önceki bir tarih olarak değiştirmesi mümkün olabilecekti⁴⁷⁶. Sonuç olarak yukarıda açıklanan gerekçelerle 6098 sayılı TBK'nun kefalet tarihine ilişkin getirdiği düzenlemenin gayet yerinde olduğu kanaatindeyiz.

4.3.2.2. Kefilin Sorumlu Olacağı Azami Miktar

TBK md. 583/f.1 hükmüne göre kefalet belgesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısıyla yazılması zorunludur. EBK md. 484'deki düzenlemede ise kefilin sorumlu olacağı üst sınırın sözleşmede yer alması gerektiği belirtilmiş ancak kefilin el yazısıyla yazılması gerekliliğinden söz edilmemişti. EBK zamanında kefalet sözleşmesine ilişkin tartışmalı olan konulardan birini de kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın nasıl gösterilmesi gerektiği oluşturuyordu. Doktrindeki bir görüşe göre kefilin sorumluluğunun üst sınırının kefalet belgesinde gösterilmesi gerekmekte ve asıl borca ilişkin belgeye yollama yapılması yeterli olmaktadır. Buna göre asıl borç miktarı belli veya belirlenebilir nitelikte ise asıl borca yapılan atıf neticesinde kefilin sorumluluğun üst sınırını asıl borç tutarı oluşturmaktadır. Bu şekilde de kefilin sorumluluğunun azami miktarına ilişkin bilgi sahibi olması ve bu durumu dikkate alarak sorumluluk altına girmesi söz konusu olmakta ve böylece kanun koyucunun amacı gerçekleşmiş bulunmaktadır⁴⁷⁷. Doktrinde ve Yargıtay uygulaması tarafından benimsenen bir başka görüşe göre ise kefalet belgesinde asıl borç ilişkisine yapılan yollamayı yeterli bulmamakta ve sorumluluğun üst sınırının kefalet belgesinde bulunması gerektiğini savunmaktadır. Sorumluluğun üst sınırına ilişkin olarak asıl borç ilişkisine yapılan yollamanın

⁴⁷⁵ BAŞ, s. 132

⁴⁷⁶ SAĞLAM, s. 3692

⁴⁷⁷ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 688; İBK'nda 1942 yılında yapılan değişiklikten önce İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları da bu görüş yönündeydi. Bknz. BGE 42.II. 152. 1942 yılından önceki uygulama için bknz. BECK, Art. 493, N. 24; BUCHER, s. 291; GIOVANOLİ, Art. 493, N. 21

geçerli olabilmesi için kefalet belgesi ve asıl borç senedi arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Buna göre asıl borç senediyle kefalet belgesinin aynı belgede olması halinde bir başka deyişle asıl borca ilişkin sözleşmede kefil olma iradesinin de bulunması durumunda asıl borcun miktarının kefilin sorumluluğunun üst sınırı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu doğrultuda kefil, sorumlu olacağı azami miktarı göstermese bile asıl borcun miktarı kefilin sorumluluğunun sınırını belirleyecek ve kefalet sözleşmesi geçerli sayılacaktır⁴⁷⁸. Doktrindeki bir diğer görüş ise kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet belgesinde mutlaka rakamla yazılarak yer almasını gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüş doğrultusunda asıl borç senedinde asıl borcun miktarı belli olsa dahi kefalet belgesinde asıl borç ilişkisine atıf yapılması yeterli olmayacaktır. Kefilin irade beyanından sorumluluğun üst

⁴⁷⁸ TAŞDELEN, s. 748. Yargıtay'ın kira sözleşmesine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında "Davacının kefil sıfatıyla imza ettiği ve dosya arasında bulunan 1.11.1969 günlü kira sözleşmesinin kefaletle ilişkin bölümünde aynen (işbu dairede kiracı oturduğu müddetçe müteselsil kefaleti kabul ederim) denilmiştir. Kira sözleşmesinde kira başlangıcı 1.11.1969 olmak üzere sözleşmenin bir yıl için yapıldığı yazılı bulunmaktadır. Bir yılın sona ermesinden sonra kira sözleşmesi kanun gereği yıldan yıla yenilenmektedir ve bir yıldan sonra kira sözleşmesinin daha ne kadar süreceği ve dolayısıyla kira parası tutarı belli değildir. Borçlar Kanunu'nun 484 üncü maddesi hükmü uyarınca, kefaletin geçerliliği diğer koşul yanında kefilin sorumlu olacağı belli bir miktar gösterilmesine bağlıdır. Az önce belirtildiği üzere bir yıldan sonrası için kefilin sorumlu olacağı tutar belli olmadığına göre kefalet sözleşmesi bir yıldan sonrası için davacı kefilini bağlamaz". 11. HD.'nin T. 13.6.1974, E. 1974/1640, K. 1974/1443 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com. Yargıtay'ın başka bir kararı ise şu şekildedir: "... (818 sayılı) BK 484. maddesine göre kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde düzenlenmesi ve kefilin sorumlu olacağı miktarın açıkça gösterilmesi zorunludur. 12.04.1944 tarih ve 14/13 sayılı içtihadı birleştirme kararında da "sözleşmede kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup, olmadığı ve sözleşme içeriğinden böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasına olanak bulunup bulunmadığının hakim tarafından gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. BK 484. maddesi ile içtihadı birleştirme kararı birlikte değerlendirildiğinde yazılı şekilde düzenlenmiş, süresi ve ödenecek kira paralarının miktarı açıkça gösterilmiş bir kira sözleşmesini kiracının kefil sıfatıyla imzalayan kişi: sözleşmede gösterilen kira süresi boyunca kiracının ödemekle yükümlü bulunduğu kira paralarından, kefil sıfatıyla kiralayana karşı sorumludur. Zira böylesi bir durumda kefilin sorumluluğu süre ve miktar itibarıyla belirlidir. Kefil sorumluluğunun kapsamını ve sınırlarını bilmektedir. Kira süresinin 6570 Sayılı Kanunun 11. maddesi gereğince uzadığı hallerde uzayan kira süresi bakımından kefilin sorumluluğunun devam edebilmesi için öncelikle bu hususun (kefilin sorumluluğunun uzayan dönem içinde devam edeceğinin) sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Bunun yanında kefilin uzayan dönemdeki sorumluluğunun azami hangi süreyle ve hangi miktarla sınırlı olacağını açıkça gösterilmiş olması da şarttır. Eş söyleş ile ne kadar uzayacağı belirsiz bir kira süresine ilişkin olan ve kefilin sınırsız bir sorumluluk altına sokan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Hakim bu yönleri re'sen dikkate almak zorundadır. Somut olayda yukarıda belirtildiği üzere sözleşmede davalı borçlunun "tahliye kadar müşterek ve müteselsil borçlu" olduğu belirtilmiş ise de kefilin gerek sorumlu olacağı süre ve gerekse sorumlu tutulacağı azami miktar gösterilmemiştir. Bu nedenle kefilin sorumluluğu kira sözleşmesinin süresindedir. İtirazın kaldırılması isteminin konusunu oluşturan icra takibinde 29.06.2006 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesine dayanılmıştır. Ancak tahsili istenilen kira paraları kira süresinin bittiği 29.06.2007 tarihinden sonraki döneme, yani 2008 yılına aittir. Bu durumda davalı kefilin takibe konu kira paralarından sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle davalı kefil hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir". Yarg. 6. HD. T. 23.11.2009, E. 2009/9131, K. 2009/10243 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com

sınırının anlaşılabilir olması da şekil açısından geçerliliği sağlamayacaktır. Kefilin irade beyanında rakamsal olarak kefilin sorumlu olacağı üst sınır gösterilmek zorundadır⁴⁷⁹.

İBK md. 493/f.1’de kefilin sorumlu olacağı miktarın rakamla gösterilmesi gerektiği düzenlemesi yer almakla birlikte TBK md. 583/f.1’de el yazısıyla yazılma zorunluluğu getirilmesine karşın rakamla gösterilip gösterilmemesi gerektiğine dair bir ibare bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre TBK md. 583/f.1’de sorumluluğun üst sınırının rakamla açıkça gösterilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından EBK md. 484 zamanındaki tartışmalar çözüme kavuşturulmamıştır. Zira kefalet belgesinde kefilin el yazısıyla asıl borca yollama yapması ve sorumluluğunun üst sınırını asıl borcun miktarı olarak belirlemesi mümkündür. Ancak kanun koyucunun kefilin koruma amacına uygun olarak kefilin kefalet belgesinde açıkça rakamsal olarak sorumlu olacağı üst sınırını el yazısıyla yazması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde kefilin üstlendiği rizikonun farkında olarak sorumluluk altına girmesi mümkün olabilecektir⁴⁸⁰. Doktrindeki bir başka görüş de TBK md. 583/f.1’de sorumluluğun üst sınırının rakamsal olarak gösterilip gösterilmeyeceğine dair bir açıklığın bulunmadığını ancak madde metninde geçen “miktar” ibaresinin rakamsal bir belirlemeyi zorunlu kıldığını ifade etmektedir. Bu doğrultuda asıl borç ilişkisine yapılan atıflar her ne kadar bir miktarı ifade etse de geçersiz sayılacaktır⁴⁸¹. Doktrinde bir görüş ise sorumluluk tutarının rakamla gösterilmesi gerekliliğini farklı şekilde değerlendirmiştir. Bu görüş kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet belgesinde rakamsal olarak gösterilmesi gerektiğini savunmakla birlikte söz konusu tutarın el yazısıyla yazılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu doğrultuda örneğin kefilin sorumluluk sınırı “150.000 TL” ise söz konusu tutar el yazısıyla “yüz elli bin Türk Lirası” şeklinde yazılmalıdır. Zira rakamsal olarak tutarın yazılması halinde üzerinde oynanarak farklı bir tutar

⁴⁷⁹ GIOVANOLİ, Art. 493, N. 22; PESTALOZZİ, Art. 493, N. 10; AYRANCI, Şekil, s. 102; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 54; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 677. Doktrinde bir görüş kefalet belgesinde sorumluluğun üst sınırının açıkça yer alması görüşünü desteklemekle birlikte kefalet belgesinde yer alan bilgiler doğrultusunda yapılacak basit bir hesaplama yöntemiyle sınırın belirlenmesini de mümkün görmektedir. GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 108. Bir başka görüş ise kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefalet belgesinde yer alması gerektiğini ancak mevcut düzenleme açısından kefilin asıl borca yaptığı yollamanın da geçerli sayılmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. BARLAS, Sorunlar, s. 50.

⁴⁸⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 212-213; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 677

⁴⁸¹ BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 359

yazılması mümkündür. Aynı zamanda kanun koyucu sorumluluk tutarının el yazısıyla yazılması gerektiği öngördüğünden el yazısı yerine yalnızca rakam kullanılması halinde sözleşmenin geçersizliği iddia edilebilecektir⁴⁸².

Fikrimizce TBK md. 583/f.1'deki düzenleme kefilin sorumlu olacağı üst sınırı kefalet belgesinde yer almasa bile hesaplama yöntemiyle belirlenebilir olmasının yeterli olup olmayacağı ya da asıl borç tutarının kefilin sorumluluğunun üst sınırı sayılıp sayılmayacağı gibi tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Buna göre kefilin azami sorumlu olacağı miktar kefalet belgesinde yer almak zorundadır. Aksi halde sözleşme geçersiz sayılacaktır. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere miktarın ne şekilde gösterilmesi gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kefalet belgesinde kefilin asıl borç kadar ya da asıl borcun iki katına kadar sorumlu olacağını el yazısıyla yazması da geçerlilik şeklinin yerine getirildiği düşüncesine sebep olabilir. Kanun koyucunun İBK md. 493/f.1'deki gibi sorumluluk miktarının rakamla gösterilmesi gereğine dair bir düzenleme yaparak bu konuda herhangi bir tereddüte mahal vermemesi yerinde olurdu. Kanaatimizce TBK md. 583/f.1 hükmü dar yorumlanmalı ve kefilin sorumluluk sınırı açık bir şekilde rakamsal olarak kefilin el yazısıyla yazılmalıdır. Kanun koyucunun kefilin himaye amacına en uygun çözümün bu olacağı düşüncesindeyiz. Üst sorumluluk sınırının rakamlarla mı yoksa harflerle mi yazılacağı hususunda ise önemli olanın kefilin el yazısıyla yazılması olduğu ve bu nedenle rakamlarla yazılan miktarın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kanaatindeyiz. Kuşkusuz miktarın rakamlarla belirtildiği hallerde rakamların üzerinde değişiklik yapılması daha kolay olacaktır. Bu nedenle tutarın harfler kullanarak yazılması bu tür durumları engelleyici etkiye sahiptir. Ancak önemli olan husus rakamların elektronik ortamda ya da bir daktilo yardımıyla yazılmayıp kefilin el yazısıyla yazılmasıdır.

Kefil olunan asıl borcun yabancı para üzerinden olması halinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın Türk Lirası olarak gösterilmesi mümkün olduğu gibi yabancı para üzerinden de gösterilebileceği doktrinde kabul edilmektedir⁴⁸³. TMK md.

⁴⁸² REİSOĞLU, Kefalet, s. 85

⁴⁸³ BARLAS, Nami, Kefaletin Şekle İlişkin Geçerlilik Şartları ve Buna Bağlı Sorunlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, BARLAS, Sorunlar, s. 53; ELÇİN GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 109; REİSOĞLU, Kefalet, s. 87; REİSOĞLU, Seza, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt

851/f.2'ye⁴⁸⁴ göre yabancı para üzerinden taşınmaz rehninin dahi kurulabilmesi ve TBK'nunda kefilin sorumlu olacağı miktarın Türk Lirası ile gösterilmesi gerektiğine dair bir hüküm bulunmaması bu sonucun kabulünü gerektirir⁴⁸⁵. Kefil borcunu yabancı para üzerinden ödeyebileceği gibi TBK md. 99/f.2⁴⁸⁶ hükmü doğrultusunda borcun Türk Lirası karşılığını da ödemesi mümkündür⁴⁸⁷. Ancak kefilin sorumlu olacağı üst sınır tutarının belirlenmesi sırasında yabancı paranın Türk Lirası karşısında olağan şartlar dahilinde ne kadar değer kazanabileceği göz önünde tutulmalıdır. Türk Lirasının yabancı para karşısında beklentinin çok üzerinde değer kaybetmesi halinde kefil, önceden öngörülemeyen şartlar sebebiyle işlem temelinin çöktüğü iddiasında bulunarak sorumluluğunun aradaki farkı kapsamadığını ileri sürebilecektir⁴⁸⁸. Buna göre Türk Lirasının yabancı para karşısında değer kaybetmesinin kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada öngörülememesi ve kefilin ediminin aynen ifasını beklemenin dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir. Bu şartlar altında kefil işlem temelinin çöktüğünü iddia ederek sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebilecektir⁴⁸⁹.

4.3.2.3. Müteselsil Kefalet İbaresini

TBK md. 583/f.1'deki düzenlemeye göre kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olması halinde kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelebilecek herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla kefalet belgesinde belirtmesi şarttır. Kanunda gerçek kişi ya da tüzel kişi ayrımı yapılmadığı için tüzel kişilerin yetkili organını oluşturan kişiler tarafından da kefaletin müteselsil kefalet

Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, BATIDER, Y. 1987, C. XIII, S. 3-4, s. 150 (Bundan sonra "REİSOĞLU, Yabancı Para" olarak anılacaktır)

⁴⁸⁴ TMK md. 851/f.2'nin 1'inci cümlesindeki düzenleme şu şekildedir: "Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilir".

⁴⁸⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 87

⁴⁸⁶ TBK md. 99/f.2 hükmüne göre "Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla da ödenebilir".

⁴⁸⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 109-110

⁴⁸⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 110; ÖZEN, Kefalet, s. 257; REİSOĞLU, Kefalet, s. 88; TAŞDELEN, s. 751-752

⁴⁸⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 257

olduğu el yazısıyla belirtilmelidir⁴⁹⁰. Söz konusu hüküm doğrultusunda kefil mutlaka “müteselsil kefil” ibaresini kullanmakla zorunda değildir. Kefilin yükümlülüğün müteselsil olduğunu gösteren başka ifadelerin kullanılması da şekil şartının yerine getirilmesi için yeterlidir. Önemli olan kefalet belgesinde kullanılan ifadelerden kefaletin müteselsil olduğunun anlaşılması ve söz konusu hususların kefilin el yazısıyla yazılmasıdır. Örneğın kefilin asıl borçlu hakkında takip yapılmadan kendisine başvurulabileceğini el yazısıyla belirtmesi halinde kefaletin müteselsil olduğu sonucuna varılabilecektir. Ancak kefilin “müteselsil kefil” olarak sorumluluk altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmesine rağmen kefalet belgesinde önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiği belirtilmişse o takdirde kefalet müteselsil olarak nitelendirilemeyecektir⁴⁹¹.

Kefalet belgesinde kefilin “müteselsil kefil” ibaresini kullanmaması halinde kullandığı diğer ifadelerin yorumlanması yardımıyla müteselsil kefil olma iradesi belirlenecektir. Ancak TBK md. 583/f.1 hükmü karşısında yapılacak yorum yalnızca kefalet belgesine dayanacaktır. Bir başka deyişle kefalet belgesi dışında kalan ve belgede bir dayanağı bulunmayan unsurlar esas alınarak sözleşmenin kefalet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁴⁹². Hatta kefalet belgesinde kefilin müteselsilen yükümlülük altına girdiğini gösteren ifadeler bulunmakla birlikte söz konusu ibareler kefilin el yazısıyla yazılmamışsa kefalet, müteselsil kefalet olarak kabul edilmeyecektir.

Kefilin müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen başka bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla yazmaması halinde sözleşme tamamen geçersiz sayılmayacak ancak müteselsil kefalet sözleşmesi yerine adi kefalet olarak kabul edilecektir⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Tüzel kişilerin yetkili organını oluşturan kişilerin el yazılı şekil şartını nasıl yerine getireceğine ilişkin için bkz. “6098 Sayılı TBK md. 583’deki Şekil Şartının Değerlendirilmesi” başlığı altındaki açıklamalarımız

⁴⁹¹ BECK, Art. 496, N. 11; ÖZEN, Kefalet, s. 294; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

⁴⁹² ÖZEN, Kefalet, s. 293-294

⁴⁹³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 169-170

TTK md. 7/f.1'deki⁴⁹⁴ düzenlemeye göre ticari işlere kefalette teselsül karinesi bulunmaktadır. Bu doğrultuda ticari bir işten kaynaklanan bir borca kefil olduğunda taraflar sözleşmede kefaletin türünü belirtmemişlerse kefilin müteselsilen yükümlülük altına girdiği kabul edilmektedir. Söz konusu maddede birlikte kefalet halinde de kefiller arasındaki ilişkinin müteselsil kefalet olacağı hükme bağlanmıştır. Buna karşılık TBK md. 583/f.1 hükmünde kefilin müteselsil kefil olması durumunda bu durumu ifade eden ibareyi kefalet sözleşmesinde el yazısıyla yazması gerekmektedir. Söz konusu madde metninde ticari işlere kefaletin hükmün istisnası olduğu yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda ticari işlere kefalette TBK md. 583/f.1'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre TTK md. 7/f.1 ticari işler bakımından getirilmiş özel bir hükümdür ve bu nedenle ticari işten kaynaklanan bir borca kefaletin türü belirtilmeden kefil olduğunda, kefil el yazısıyla müteselsil sorumluluk altına girdiğini belirtmese dahi kefalet müteselsil olarak kabul edilecektir⁴⁹⁵. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise TBK md. 583/f.1 hükmü, ticari işler bakımından TTK md. 7/f.1'de öngörülen teselsül karinesini ortadan kaldıracaktır⁴⁹⁶. Zira TTK md. 7/f.1 hükmünde öngörülen teselsül karinesi ispat bakımındandır. Dolayısıyla söz konusu karine TBK md. 583/f.1'de öngörülen şekil şartını bertaraf edemeyecektir. Bu nedenle ticari işlerde de TBK md. 583/f.1 hükmü uygulanacak ve kefilin müteselsil kefil olduğunu bu sıfatla veya bu anlama gelebilecek ifadelerle kefalet belgesine kendi el yazısıyla yazmaması halinde kefaletin müteselsil olduğu kabul edilemeyecektir. Böyle bir durumda kefalet adi kefalet olarak nitelendirilecektir.

Hakkında takip başlamış olan bir borçlunun borcunun ödenmesi ve özellikle takside bağlanmasını sağlamak amacıyla üçüncü bir kişinin icra dairesinde kefil olması

⁴⁹⁴ TTK md. 7/f.1 hükmüne göre "İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez. Ticari borçlara kefalet halinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arasındaki ilişkilerde de birinci fıkra hükmü geçerli olur".

⁴⁹⁵ BAŞ, s. 134. Doktrinde bazı yazarlar TBK md. 583/f.1'in ticari işlerde uygulanıp uygulanmayacağı yönünde görüş bildirmemle birlikte TTK md. 7/f.1 hükmü gereği ticari işlere kefalette teselsül karinesinin mevcut olduğunu belirtmeleri sebebiyle bu görüşü destekledikleri yönünde bkz. GÜMÜŞ, C. II, s. 345-346; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 683; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 675-676.

⁴⁹⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 35

durumuna icra kefaleti denilmektedir⁴⁹⁷. İİK md. 38'de⁴⁹⁸ ise icra kefaletlerinin müteselsil kefalet hükmünde olacağı düzenlenmesi yer almaktadır. TBK md. 583/f.1 hükmündeki düzenleme doğrultusunda icra kefaletinde kefilin el yazısıyla müteselsilen sorumluluk üstlendiğini yazması gerekip gerekmeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Fikrimizce TBK md. 583/f.1 hükmü icra kefaletleri için uygulanmayacaktır. Zira ticari işler için teselsül karinesini düzenleyen TTK'nun 7'inci maddesinden farklı olarak İİK md. 38'de bir karine mevcut değildir. Bu doğrultuda İİK md. 38'de kanunla ya da sözleşmeyle aksinin düzenlenmesi öngörülmemiştir. O halde söz konusu maddede icra kefaletlerinin müteselsil kefalet olacağını hükme bağladığından tarafların sözleşmenin adi kefalet olduğunu kararlaştırmaları mümkün olmayacaktır. Açıklanan gerekçeler doğrultusunda icra kefaletleri bakımından kefilin el yazısıyla müteselsil kefil olduğunu yazması gerekmeyeceği gibi kefalet belgesinden sorumluluğun müteselsil olduğunun anlaşılması da gerekmeyecektir. Ancak kefalet sözleşmesine ilişkin diğer şekil şartlarının mevcudiyeti aranacaktır. Buna göre kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihinin kefilin el yazısıyla yazılması gerekecektir⁴⁹⁹.

4.3.3. Ferdileştirilmiş Asıl Borç

Kefalet sözleşmesinde asıl borç, borcun türü, borcun kapsamı, borçlanma sebebi, alacaklının ve borçlunun kim olduğu gibi hususların gösterilmesiyle asıl borç ferdileştirilir. Ancak kefalet belgesinde kanunda özellikle belirtilen hususlar dışındaki tüm konuların yer alması gerekmemektedir. Bu nedenle bu hususlardan bazılarının eksikliğine rağmen kefalet sözleşmesindeki diğer bilgiler aracılığıyla asıl borç tespit edilebiliyorsa sözleşme geçerli kabul edilecektir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ KURU, s. 896-897; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s. 385

⁴⁹⁸ İİK md. 38 hükmüne göre "Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir".

⁴⁹⁹ Aynı yönde REİSOĞLU, Kefalet, s. 142. İcra kefaletlerinin müteselsil kefalet hükmünde olacağı yönünde YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 683; GÜMÜŞ, C. II, s. 345.

⁵⁰⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 79; TANDOĞAN, s. 751; TAŞDELEN, s. 742

Alacaklı kefalet sözleşmesinin tarafı olmakla birlikte kefalet belgesinde alacaklının ismen yer alması gerekli değildir. Zira kefalet sözleşmelerinde kefil için alacaklıdan çok asıl borçlu ve dolayısıyla asıl borçlunun ödeme gücü önemlidir.

Alacaklının ismen kefalet belgesinde yer alması gerekmemekle birlikte sözleşmenin tarafı olmayan asıl borçlunun kefalet belgesinde nasıl gösterilmesi gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre asıl borçlunun kefalet belgesinde açıkça ismen gösterilmesi gerekmektedir⁵⁰¹. Bir diğer görüşe göre ise kefalet belgesinde asıl borçlunun ismen yer alması gerekmemekte kefalet belgesinde borçlunun kimliğini tespit etmeye yarayacak verilerin bulunması yeterli olacaktır⁵⁰². Fikrimizce asıl borçlunun kefalet belgesinde ismen gösterilmesi gerekmektedir. Zira asıl borçlunun kim olduğu kefilin üstlendiği rizikonun farkında olması bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Her ne kadar adi kefalet sözleşmesinden farklı olarak müteselsil kefalette alacaklının kefil ya borçludan dilediğine başvurma imkanı bulunduğu söylenebilse de TBK md. 586/f.1 gereğince alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için öncelikle asıl borçlunun ifada gecikmesi ve bu nedenle yapılacak ihtarın sonuçsuz kalması veya borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda asıl borçlunun ödeme gücü müteselsil kefil bakımından da son derece önemli olacaktır. Ayrıca alacaklıya ödemede bulunan müteselsil kefilin asıl borçluya rücu etme imkanı bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Söz konusu gerekçelerle asıl borçlu her ne kadar kefalet sözleşmesinin tarafı olmasa da asıl borçlunun kim olduğu kefalet sözleşmesinin temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle kefalet belgesinden asıl borçlunun kimliğinin belirlenebilir olmasını yeterli bulmamakta asıl borçlunun ismen kefalet belgesinde yer alması gerektiği kanaatindeyiz. Kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun kim olduğunun belli olmaması ya da kefalet belgesinde belirli bir borcun herhangi bir borçlusu için kefil olunacağını belirtmesi halinde sözleşme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Zira TBK md. 198/f.2 hükmü gereğince kefil olunan borcun üstlenilmesi durumunda kefil, borcun üstlenilmesine yazılı olarak razı olmadıkça kefalet sözleşmesinden sorumlu olmayacaktır. Görüldüğü gibi asıl

⁵⁰¹ BECK, Art. 493, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 103; REİSOĞLU, Kefalet, s. 80; TAŞDELEN, s. 745

⁵⁰² PESTALOZZİ, Art. 493, N. 7; ÖZEN, Kefalet, s. 215

borçlunun değişmesi durumunda kefalet sözleşmesinin devam etmesi, asıl borçlunun kimliğinin taşıdığı önem sebebiyle kefilin yazılı rızasına tabi tutulmuřtur⁵⁰³.

Kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan asıl borcun kefalet belgesinde gösterilmesi gerekmektedir. Kefalet senedinin yorumlanmasından hangi borç için kefil olunduğunun anlaşılması durumunda da asıl borcun ferdileştirilmiş olduğu kabul edilecektir⁵⁰⁴. Asıl borç tutarının gösterilmesinin gerekip gerekmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kefalet belgesinde asıl borç tutarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Asıl borç tutarının gösterilmemesi sözleşmenin şekle aykırı olması sonucunu doğurmayacaktır⁵⁰⁵. Bir başka görüşe göre ise asıl borç tutarının kefalet belgesinde gösterilmesi gerekmektedir. Ancak kesin rakamlarla belirtilmiş olması gerekmemekte kefalet belgesinin yorumlanmasından ya da asıl borç senedine yapılacak yollamadan tespit edilebilmesinin mümkün olması yeterli görülmektedir⁵⁰⁶. Fikrimizce kefalet belgesinde asıl borç tutarının gösterilmesi gerekmemektedir. Özellikle sözleşmede kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısıyla yazılması gerekliliği ve kanaatimizce bu şekil kuralının miktarın rakamsal olarak yazılmasını gerektirmesi sebebiyle asıl borç miktarının kefalet senedinde yer almasına gerek olmayacaktır. Zira kefilin üstlendiği rizikonun sınırlarını asıl borç tutarı değil kefilin sorumlu olacağı azami miktar göstermektedir. Bu doğrultuda kefalet belgesinden asıl borç tutarının anlaşılmasında da sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek bir husus olmayacaktır.

Asıl borçlunun alacaklıya karşı birden fazla borcu olması halinde kefalet sözleşmesinin hangi borcu kapsadığının belli olması gerekmektedir. Ancak borçlunun alacaklıya karşı olan birden fazla borcunu kapsayacak şekilde kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Önemli olan kefilin sorumluluğunun kefalet belgesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olması ve kefilin yükümlülüğünün kapsamının belli olmasıdır. Bunun yanında birbirinden farklı ve değişik yükümlülükler içeren sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan borçların, sınırları belli

⁵⁰³ ÖZEN, Kefalet, s. 215

⁵⁰⁴ AYRANCI, şekil, s. 100; BAş, s. 131; REİSOğLU, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik şartları, AÜHFD, Y. 1962, c. 19; S. 1-4, s. 339 (Bundan sonra "REİSOğLU, Muteberlik" olarak anılacaktır); TAşDELEN, s. 742-743

⁵⁰⁵ Giovanoli, Art. 493, N. 15; ÖZEN, Kefalet, s. 214; REİSOğLU, Kefalet, s. 82

⁵⁰⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 102-103; TANDOğAN, s. 753; TAşDELEN, s. 743

olmak kaydıyla kefaletle güvence altına alınabileceği kabul edilmektedir⁵⁰⁷. Ayrıca aynı alacaklının birden fazla borçlusunun çeşitli borçları da aynı kefalet belgesinde güvence altına alınabilir. Ancak birden fazla borçlunun birbirinden farklı alacaklılara olan borçları tek bir kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınamaz⁵⁰⁸.

4.3.4. Subjektif Esaslı Noktalar

Kefalet sözleşmesinde objektif esaslı noktaların bulunması gerekli olmakla beraber kefil açısından subjektif esaslı noktaların da kefalet belgesinde yer alması gerekmektedir. Kefil açısından subjektif esaslı noktaların kefalet sözleşmesinde yer almamasının sözleşmesinin geçerliliğini nasıl etkileyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kefil, irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olacaktır. Bu doğrultuda kefilin iradesini sakatlayan durumu ispatlaması gerekecektir. Özellikle yanılmaya dayanarak kefilin sözleşmeyi iptal edebileceği ve bu durumun bir beyan hatası olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda kefil, kendisi bakımından sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturan hususların kefalet sözleşmesinde yer almadığını ispat edecektir⁵⁰⁹. Doktrindeki bizim de isabetli bulduğumuz bir başka görüşe göre ise kefalet belgesinde kefil açısından subjektif esaslı nokta oluşturan hususlara yer verilmemesi halinde kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Zira söz konusu hususların bulunmaması durumunda şekil şartı yerine getirilmiş olmayacak ve sözleşme şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır⁵¹⁰. Bunun yanında subjektif esaslı noktaların kefilin kefil olma iradesini etkileyeceği ve bu hususlarda anlaşmaya varılmamış olması halinde kefilin kefalet sözleşmesini yapmayacağını da söylemek mümkün olabilir. Böyle bir durumda ise kefalet sözleşmesi kurulmamış sayılacaktır⁵¹¹.

Kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmaların da kefalet belgesinde yer alması gerekmektedir⁵¹². Ancak bu tür bir anlaşmanın kefalet belgesinde bulunmaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sadece söz konusu anlaşma kefil için geçersiz

⁵⁰⁷ Beck, Art. 492, N. 107; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 101-102; ÖZEN, Kefalet, s. 214; REİSOĞLU, Kefalet, s. 37

⁵⁰⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 114; REİSOĞLU, Kefalet, s. 76

⁵⁰⁹ GIOVANOLI, Art. 493, N. 17; PESTALOZZI, Art. 493, N. 8

⁵¹⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 217

⁵¹¹ ÖZEN, Kefalet, s. 217

⁵¹² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 110; TAŞDELEN, s. 741; TANDOĞAN, s. 749

kabul edilir. Bir başka deyişle kefil, yükümlülüğünü arttıran anlaşma yokmuş gibi sorumlu olmaya devam eder⁵¹³. Daha önce de belirtildiği gibi kefilin müteselsil kefil olmasının kararlaştırılması kuşkusuz sorumluluğunu arttıran bir anlaşma olarak nitelendirilecek ve kefalet belgesinde kefilin müteselsilen sorumluluk üstlendiğini el yazısıyla yazması kefalet sözleşmesinin adi kefalet olarak nitelendirilmesine sebep olacaktır. Bunun gibi TBK md. 589/f.3 gereği kefil, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olacaktır. Ancak tarafların sözleşmede kefilin mevcut borçlardan sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkündür. Eğer taraflar kefilin sözleşmenin kurulmasından önceki borçlardan sorumlu olmasını istiyorlarsa bu durum kefalet belgesinde yer almadığı takdirde hüküm ifade etmeyecektir. Ancak kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra gerekli şekil şartlarına uyulmak suretiyle, kefilin sözleşmenin kurulmasından önceki borçlardan sorumlu olacağını kararlaştırmaları mümkün olabilecektir. Kefilin sahip olduğu savunma imkanlarından vazgeçtiğine dair anlaşmaların da kefalet belgesinde yer alması gerektiği ifade edilmekle birlikte⁵¹⁴ TBK md. 582/f.3 gereğince kefil, kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerle kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir. Bu tür anlaşmalar kefalet belgesinde yer alsın ya da almasın hükümsüz sayılacaktır.

Tarafların, kefalet belgesinde kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmaların yer almaması halinde söz konusu anlaşmanın geçersiz sayılmasına dayanarak tüm sözleşmenin TBK md. 27/f.2⁵¹⁵ hükmü gereğince geçersiz olacağını ileri sürmeleri söz konusu olmayacaktır. Zira kefil açısından bakıldığında kefilin sorumluluğunu arttıran anlaşmanın geçersiz sayılması kefilin yararına olacaktır. Bu durumda kefilin söz konusu anlaşma olmasaydı kefalet sözleşmesini yapmayacağını belirtmesi mümkün olmayacaktır. Alacaklı açısından ise kefalet sözleşmesi onun menfaatine bir sözleşme olduğundan sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması sahip olduğu güvenceyi kaybetmesine neden olacaktır. Bu nedenle alacaklının kefilin

⁵¹³ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 147; ÖZEN, Kefalet, s. 217

⁵¹⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 110

⁵¹⁵ TBK md. 27/f.2 hükmüne göre “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”.

sorumluluğunu arttıran anlaşmanın bulunmaması halinde sözleşmeyi yapmayacağını söylemesi mümkün görünmemektedir⁵¹⁶.

Kefilin sorumluluğunu azaltan anlaşmalar ise kefalet belgesinde yer alması bile geçerli kabul edilecektir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesinin belli bir süreyle sınırlı olması, kefilin sorumluluğunun belli bir şarta bağlı olması gibi hususlar herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilecektir⁵¹⁷.

4.4. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİNDE ŞEKİL ŞARTI

Şekle tabi olan bir sözleşmede değişiklik yapılması, TBK md. 13/f.1 hükmü gereğince aynı şekle uyularak yapılmalıdır. Ancak şekil kuralının sözleşmenin taraflarından birini koruma amacını taşıması hallerinde onun sorumluluğunu azaltan değişikliklerin şekle tabi olmayacağı doktrinde ifade edilmektedir⁵¹⁸. Kefalet sözleşmesi bakımından ise sözleşmede yapılacak değişiklikler, TBK md. 583/f.3'de hüküm altına alınmıştır. TBK md. 583/f.3 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu arttıran değişiklikler kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uygun şekilde yapılmalıdır. Aksi halde yapılan değişiklik hüküm doğurmayacak ve kefalet sözleşmesi değiştirilmemiş sayılacaktır. Örneğin adi kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olarak değiştirilmesi isteniyorsa ya da kefilin sorumlu olacağı azami miktar artırılmak isteniyorsa söz konusu değişiklikler kefalet sözleşmesinin şekil kuralına uygun olarak yapılmalıdır.

TBK md. 583/f.3 hükmünde kefilin sorumluluğunu azaltan değişikliklerin şekle tabi olup olmayacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Her ne kadar TBK md. 13/f.1'de şekle tabi sözleşmede yapılacak değişikliklerin aynı şekil kuralına tabi olacağı hükmü yer olsa da kefalet sözleşmesindeki şekil kuralına ilişkin düzenlemenin amacı kefilin himayesi olduğuna göre yükümlülüğünü azaltan değişikliklerin herhangi bir şekle tabi olmaması gerekmektedir. Ayrıca TBK md. 583/f.3'ün karşıt anlamından da aynı sonuca ulaşmak gerekir. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinde yapılacak

⁵¹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 218

⁵¹⁷ BECK, Art. 493, N. 11; GIOVANOLI, Art. 493, N. 17; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 110-111; ÖZEN, Kefalet, s. 218-219

⁵¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 130

değişiklik kefilin durumunu ağırlaştırmıyor hatta kefilin sorumluluğunu azaltıyor ya da kaldırıyorsa o takdirde söz konusu değişiklik şekle tabi olmadan yapılabilecektir⁵¹⁹. Örneğin müteselsil kefalet sözleşmesinde alacaklının taşınmaz rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile başvuramayacağı kararlaştırılmışsa yapılacak değişiklik için şekil kuralına uyma zorunluluğu yoktur. Ancak yapılacak değişikliklerin ispat bakımından adi yazılı şekilde yapılmasının yerine olacağı kanaatindeyiz. Özellikle HMK md. 200/f.1⁵²⁰ hükmü gereği 2500 TL’yi aşan değerlerde bir değişiklik söz konusu ise senetle ispat olunması gerekecektir.

4.5. KISMİ KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

TBK md. 583/f.2’nin 2’inci cümlesine⁵²¹ göre sözleşmede kefilin sorumluluk sınırının borcun belli bir miktarıyla sınırlandırılması isteniyorsa o zaman taraflar yazılı şekle uymak zorundadırlar. Bu hükmün varlığı doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre söz konusu düzenleme sözleşmenin kuruluş aşamasına ilişkin ise böyle bir hüküm olmadan da tarafların serbestçe kefilin sorumlu olacağı üst sınırın borcun belli bir miktarına kadar olacağını kararlaştırabilecekleri ve sınırlandırmanın kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılması gerekeceğine kuşku olmadığı belirtilmektedir⁵²². TBK md. 583/f.2 hükmü sonradan kefilin sorumluluk sınırının azaltılmasını öngörüyorsa o takdirde bu durumun kısmi ibra sayılacağı ve TBK md. 132⁵²³ hükmü ile çelişeceği ifade edilmektedir. Zira TBK md. 132 hükmüne göre sözleşme şekle tabi olsa da borçlunun kısmen ya da tamamen ibrası herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilecektir. Ayrıca kefilin sorumlu olacağı miktarın azaltılması kefil lehine bir değişiklik olacağından ve şekil kuralının amacı kefilin

⁵¹⁹ GIOVANOLİ, Art. 493, N. 46; BAŞ, s. 135; ÖZEN, Kefalet, s. 219; TAŞDELEN, s. 757

⁵²⁰ HMK md. 200/f.1 hükmündeki düzenlemeye göre “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yaptıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”.

⁵²¹ TBK md. 583/f.2 c.2’ye göre “Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler”.

⁵²² REİSOĞLU, Kefalet, s. 85; BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 357; BARLAS, Yenilikler, s. 218

⁵²³ TBK md. 132’deki düzenlemeye göre “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”.

himayesi olduğundan söz konusu değişikliğin şekle tabi olmadan gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁵²⁴.

TBK md. 583/f.2'deki düzenlemenin kaynağı İBK md. 493/f.6'dır. Söz konusu hükümde tarafların yazılı şekle uymak koşuluyla kefilin sorumluluğunun borcun ilk ödenecek kısmıyla sınırlı olacağını kararlaştırabilecekleri düzenlemesi yer almaktadır. Düzenlemenin amacı, kefilin asıl borç tutarından daha düşük bir sorumluluk üstlenmesi halinde borcun belli bir kısmı sona erince kefilin sorumluluğunun da bitmesinin sağlanmasıdır. Zira asıl borç tutarından daha düşük bir sorumluluk üstlenen kefil, asıl borcun üstlendiği sorumluluk tutarına kadar ki kısmı sona erdiğinde kendi borcunun da biteceğini düşünmektedir. Örneğin asıl borcun 20.000 TL ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın ise 10.000 TL olması durumunda asıl borcun 10.000 TL'si ödense bile kefil borcun tamamı sona erinceye kadar sorumlu olmaya devam edecektir. Oysaki çoğu zaman kefil, borcun 10.000 TL'si ödendiğinde sorumluluktan kurtulduğunu düşünmektedir. Bu nedenle İBK md. 493/f.6'da kefilin sorumluluğunun asıl borcun ilk ödenecek kısmıyla sınırlandırılabilmesi düzenlemesi kabul edilmiştir⁵²⁵. TBK md. 583/f.2'de ise İBK md. 493/f.6'dan farklı olarak kefilin sorumluluğunun borcun ilk sona erecek kısmıyla değil "borcun belli bir miktarıyla" sınırlandırılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bu nedenle söz konusu ifadeden kısmi kefalet sözleşmesi yapılabileceğinden ziyade kefilin sorumlu olacağı miktarın asıl borç tutarından daha düşük bir tutar olarak belirlenebileceği anlamı çıkmaktadır. Bu nedenle de doktrindeki eleştiriler yerindedir. Zira taraflar serbestçe kefilin sorumlu olacağı miktarı belirleyebilirler. Kefilin asıl borç tutarından daha düşük bir miktarla sorumlu olacağını kararlaştırılmasına bir engel olmadığı gibi sorumluluk miktarının kefalet sözleşmesi için öngörülen şekilden daha farklı bir şekilde yapılmasına bir sebep de yoktur.

TBK md. 583/f.2 hükmüne göre kısmi kefalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartına uygun olmalıdır. Fikrimizce söz konusu şekil koşulu gereksizdir. Zira kefilin sorumluluğunun borcun belli bir miktarının sona ermesiyle sınırlandırılması kefalet sözleşmesinin şekil kuralından ayrılmayı gerektirecek bir

⁵²⁴ BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 357-358; BARLAS, Yenilikler, s. 218-219

⁵²⁵ BECK, Art. 493, N. 12; GIOVANOLI, Art. 493, N. 3

durum değildir. Bu nedenle söz konusu sınırlandırmanın TBK md. 583/f.2'deki düzenleme olmasa bile şekil kuralına tabi olacağı ortadadır. Kefilin yine kendi el yazısıyla sorumlu olacağı miktarı yazması gerekecektir. Doktrinde kısmi kefaletin kefil lehine bir düzenleme olduğu ve bu nedenle kısmi kefaletin kurulmasına yönelik kefil iradesinin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle tabi olmaması gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁶. Fikrimizce kısmi kefalet kefil için daha avantajlı olsa da kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılması gerekecektir. Bu nedenle kefilin sorumluluğu sınırlandırılmış dahi olsa sorumlu olacağı miktarı el yazısıyla yazmalıdır. Ancak kefalet belgesinde kefilin el yazısıyla sorumlu olacağı miktarı yazmasının yeterli olacağı, sorumluluğunun sınırlandırıldığına ilişkin ibarenin kefilin el yazısıyla yazılmasına gerek olmayacağı kanaatindeyiz.

Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki bir zamanda kefilin sorumluluğunun asıl borcun ilk sona erecek belli bir kısmıyla sınırlandırılmak istenmesi halinde ise, yapılacak değişiklik kefilin sorumluluğunu azaltacağından herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilecektir. Ancak ispat bakımından adi yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır.

4.6. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİ YAPMA VAADİNİN ŞEKLİ

TBK md. 583/f.2'deki düzenleme doğrultusunda sözleşmenin diğer tarafına veya üçüncü bir kişiye müteselsil kefil olma vaadinde bulunulması halinde kefalet sözleşmesine özgü şekil koşullarına uymak gerekecektir.

818 sayılı EBK zamanında ise kefalet sözleşmesi yapma vaadinin hangi şekilde yapılması gerekeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Yalnızca EBK md. 22/f.2'de⁵²⁷ (TBK md. 29/f.2) ön sözleşmenin şeklinin ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin şekline bağlı olacağı hükmü yer almaktaydı. Bu nedenle kefalet sözleşmesi yapma vaadinin ön sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği dolayısıyla da kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılmasının gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştı. Bu doğrultuda kefilin alacaklıya karşı kefil olma

⁵²⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 321

⁵²⁷ EBK md. 22/f.2'deki düzenleme göre "Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur".

vaadinde bulunması ön sözleşme olarak kabul edilmekte ve kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmak zorunda olduğu belirtilmekteydi. Kefilin asıl borçluya karşı yapacağı kefil olma vaadi ise ön sözleşme olarak kabul edilmemekle bu nedenle de kefalet sözleşmesinin şekline tabi olmayacağı ifade edilmekteydi⁵²⁸. Doktrindeki bir diğer görüş ise kefilin asıl borçluya yapacağı kefil olma vaaadinin de kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılması gerektiğini kabul etmekteydi⁵²⁹. Kefalet ön sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olması gibi bir zorunluluk olmadığından kefil ve asıl borçlu arasında da kefalet ön sözleşmesi yapılabilmelidir⁵³⁰. Bu bağlamda TBK md. 583/f.2 hükmü olmasa dahi kefilin asıl borçluya kefil olma vaadinde bulunması da TBK md. 29/f.2⁵³¹ (EBK md. 22/f.2) kapsamında değerlendirilerek kefalet sözleşmesinin şekline uygun yapılması sonucuna varmak gerekir.

6098 sayılı TBK’nu ile söz konusu tartışmalar son bulmuştur. TBK md. 583/f.2 hükmü doğrultusunda kefilin alacaklıyla ya da asıl borçluyla hatta üçüncü bir kişiyle yapacağı kefil olma vaaidine ilişkin sözleşme kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Bu doğrultuda kefilin alacaklı ya da asıl borçluya kefil olma vaadinde bulunması halinde sözleşme yazılı şekilde yapılmalıdır. Ayrıca kefilin sorumlu olmayı taahhüt ettiği miktar, kefalet sözleşmesinin tarihi ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstleneceğine ilişkin ifadelerin kefilin el yazısıyla yazılması gerekecektir.

4.7. BEYAZA (AÇIĞA) İMZA

818 sayılı EBK zamanında kefalet sözleşmesinde el yazısı ile doldurulması gereken kısımların bulunmaması sebebiyle beyaza imza yöntemiyle kefalet sözleşmesinin yapılması mümkündür. Bu doğrultuda kefil, boş bir belgeyi imzalamakta ve imzanın üst kısmı doldurularak kefalet sözleşmesi yapılmaktaydı. Söz konusu durum her ne kadar pratiklik ve hızlilik açısından faydalı olsa da boş belgenin kefilin iradesine

⁵²⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 120

⁵²⁹ DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006, s. 48-49; TANDOĞAN, s. 760

⁵³⁰ DOĞAN, s. 63; ÖZEN, Kefalet, s. 56, dipnot 119

⁵³¹ TBK md. 29/f.2’deki düzenleme şu şekildedir: “Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, ön sözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır”.

aykırı olarak doldurulması kefil açısından önemli sorunlara sebep olabilmekteydi. Borçlunun kefalet belgesini kefilin iradesine aykırı olarak düzenlemesi halinde alacaklının iyi niyetli olduğu olasılıkta kefalet sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı doktrinde tartışmalıydı⁵³².

6098 sayılı TBK'nun 583'üncü maddesiyle getirilen şekle ilişkin düzenlemeler doğrultusunda artık beyaza imza yöntemiyle kefalet sözleşmesinin yapılması söz konusu olmayacaktır. Zira kefalet belgesinde kefilin sorumluluk sınırı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlenildiğinin kefilin el yazısıyla yazılması gerekmektedir. Bu doğrultuda kefilin yalnızca boş bir belgeyi imzalaması kefalet sözleşmesinin şekil şartına aykırı olacaktır.

4.8. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLE AYKIRI OLMASININ SONUÇLARI

4.8.1. Genel Olarak

TBK md. 12/f.2'deki düzenlemeye göre kanunen şekle tabi bir sözleşmenin öngörülen şekle uyulmadan yapılması halinde sözleşme hüküm doğurmayacaktır. Söz konusu geçersizlik doktrindeki baskın görüşe göre "kesin hükümsüzlük" olarak nitelendirilmektedir⁵³³.

Kefalet sözleşmesi de kanunen şekle tabi bir sözleşme olduğundan, kanunda öngörülen şekle uyulmadan yapılmaması halinde sözleşmenin kesin hükümsüzlük olacağı doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁵³⁴. Sözleşmenin kesin hükümsüz olması sebebiyle söz konusu geçersizliği ilgili herkes ileri sürebileceği gibi hakim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Kefilin borcunu ifa etmesi ya da sözleşmeye icazet vermesi de sözleşmenin geçerli olması sonucunu

⁵³² Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÖZEN, Kefalet, s. 220-226; TANDOĞAN, s. 748; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 49-50

⁵³³ ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 143 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 157; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 102

⁵³⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 325; ÖZEN, Kefalet, s. 228; REİSOĞLU, Kefalet, s. 93; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 11, N. 29; PESTALOZZI, Art. 493, N. 3; TANDOĞAN, s. 740-741; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 676; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 664

doğurmayacaktır⁵³⁵. Sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüz olması, alacaklıya şekle uygun bir kefalet sözleşmesi yapılmasına ilişkin talep hakkı vermez⁵³⁶.

Şekle aykırı olan kefalet sözleşmesinde kefilin kefalet borcunu mahkeme önünde ikrar etmesi kefalet sözleşmesini geçerli kılmayacağı gibi kefile yemin de teklif edilemez. Bunun dışında tanık dinlenerek de kefalet sözleşmesinin geçerli hale gelmesi sağlanamaz. Ancak kefalet sözleşmesinin şekle uygun olarak geçerli bir şekilde kurulduktan sonra kaybolması veya tahrip edilmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak alacaklının kefilin talepte bulunacağı zaman kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulduğunu ispat etmesi gerekecektir. Böyle bir durumda kefilin ikrarı ya da kefile yemin ettirilmesi suretiyle ispat gerçekleştirilebilecektir⁵³⁷.

4.8.2. Şekle Aykırılık İddiasıyla Hakkın Kötüye Kullanılması

Kefilin kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada sözleşmenin şekle aykırı olduğunu bilmeyerek kefil olması ve sonradan geçersizliği öğrendiğinde şekle aykırılığı iddia etmesi genel olarak hakkın kötüye kullanılması oluşturmaz. Hatta kefalet sözleşmesine özgü şekil şartlarının kefilin koruma amacına uygun olarak kefilin üstlendiği rizikoların farkında olarak kefil olması da şekle aykırılık iddiasında bulunmasına engel değildir. Kefilin kendisinden talepte bulunan alacaklının ödeme talebini, sözleşmenin şekle aykırı olması sebebiyle reddetmesi asıl borçluya rücu edemeyecek olması bakımından da ayrı bir önem arz etmektedir⁵³⁸

Bazı durumlarda kefilin sözleşmenin şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir. Kefilin ileride sözleşmenin geçersizliğini iddia edebilmek için bilinçli olarak şekle aykırılığa sebep olması halinde yapacağı itiraz, hakkın kötüye kullanılması olacaktır⁵³⁹. Örneğin

⁵³⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 94-95; ÖZEN, Kefalet, s. 229; TAŞDELEN, s. 760

⁵³⁶ BECK, Art. 493, N. 17; REİSOĞLU, Kefalet, s. 94

⁵³⁷ GIOVANOLI, Art. 492, N. 13; ÖZEN, Kefalet, s. 229; REİSOĞLU, Kefalet, s. 96; TANDOĞAN, s. 742

⁵³⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 97

⁵³⁹ Beck, Art. 493, N. 18; ÖZEN, Kefalet, s. 230; TANDOĞAN, s. 741

kefilin bir yakınına kredi verilmesini sağlamak amacıyla kefalet sözleşmesi yapması ve alacaklı tarafından kredi verildikten sonra sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. Zira bu örnekte kefilin amacı kefalet sözleşmesinin yapılması değil kredinin sağlanmasıdır. Kefalet borcundan kurtulmak amacıyla da kasten sözleşmenin şekle aykırı olarak yapılmasına sebep olmuştur. Benzer şekilde bir ticaret şirketine sağlanacak kredi için aynı şirketin yöneticisinin ya da ortağının kefil olduğu ve söz konusu kefalet sözleşmesi olmasa kredinin verilmeyeceği bir durumda sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı doktrinde ifade edilmektedir. Zira böyle bir durumda kefil, asıl borçluyla olan ekonomik ya da hukuki bağlantısı sebebiyle verilecek krediden dolayı bir fayda elde etmektedir⁵⁴⁰.

Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak karşılaşılabilecek bir başka olasılıkta kefalet sözleşmesiyle alacaklının da kefile karşı bir edimi ifa ile yükümlü olmasıdır. Kefilin borcunu ifa etmesine rağmen alacaklının karşı edim yükümlülüğünden kaçmak amacıyla sözleşmenin şekle aykırılığını ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir. Söz konusu durumlardaki gibi şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunun anlaşılması halinde geçersizliği iddia eden tarafın bu iddiası dinlenmeyecek ve sözleşme kurulmuş kabul edilecektir⁵⁴¹. Buna göre de kefilin yükümlü olduğu olasılıkta alacaklı kefilin talepte bulunabilecektir. Aynı şekilde alacaklının karşı edim yükümünden kaçmak amacıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü durumlarda kefil de alacaklıyı ifaya zorlayabilecektir.

Kefilin kasten sözleşmenin şekle aykırı olmasına sebep olması durumunda alacaklının kefilin tazminat talep edebileceğine kuşku yoktur. Söz konusu tazminat talebinin hukuki dayanağının ne olacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre alacaklı TBK md. 49/f.2⁵⁴² hükmüne dayanarak kefilin tazminat talep edebilir. Buna göre kefilin kasten kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olmasını sağlaması ahlâka aykırı bir fiil olarak nitelendirilir. Ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten

⁵⁴⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 230

⁵⁴¹ ÖZEN, Kefalet, s. 231

⁵⁴² TBK md. 49/f.2'deki düzenlemeye göre "Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür".

zarar veren kimse de bu zararı gidermekle yükümlü olduğundan kefilin de alacaklının zararlarını karşılaması gerekmektedir⁵⁴³. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise alacaklının kefiliden isteyebileceği tazminat talebini culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandırmaktadır⁵⁴⁴. Zira ilk görüşte belirtildiği gibi TBK md. 49/f.2 hükmüne dayanmak için kefilin alacaklıya kasten zarar vermesi gerekmektedir. Oysaki olayların çok büyük çoğunluğunda kefil yalnızca kendi çıkarlarını düşünerek sözleşmenin şekle aykırı olmasına sebep olmaktadır. Bu bağlamda kefilin alacaklıya zarar verme kastıyla hareket ettiğini söylemek güç olacaktır. Bu nedenle kefilin kasten şekle aykırılığa yol açtığı ancak alacaklıya zarar kastının bulunmadığı durumlarda TBK md. 49/f.2'ye dayanmak mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce kefilin kasıtlı olarak sözleşmenin şekle aykırı olmasına sebep olması Culpa in Contrahendo (sözleşme görüşmeleri sırasında kusur) sorumluluğu⁵⁴⁵ kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira dürüstlük kuralı gereği taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında bir takım yükümlülükler altına girmektedirler. Söz konusu yükümlülükler aykırı davranan kimse karşı tarafın zararını culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında ödemekle yükümlü olacaktır. O halde kefilin kasten sözleşmenin şeklen geçersiz olmasına sebep olan davranışı da bu kapsamda değerlendirilebilmeli ve kefil alacaklının sözleşmenin geçersizliği nedeniyle uğradığı zararını tazmin etmelidir. Ayrıca bu şekilde alacaklının kefiliden tazminat talebi genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Oysa alacaklının TBK md. 49/f.2'ye dayanması halinde TBK md. 72/f.1⁵⁴⁶ gereği zamanaşımı süresi iki yıl olacaktır⁵⁴⁷.

4.8.3. Kefilin Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesini İfa Etmesi

Daha öncede belirtildiği gibi kefalet sözleşmesinin şekle aykırı olması sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurmaktadır. Kefil sözleşmenin geçersiz

⁵⁴³ GIOVANOLİ, Art. 492, N. 12; REİSOĞLU, Kefalet, s. 96

⁵⁴⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 231

⁵⁴⁵ Culpa İn Contrahendo sorumluluğuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi bkz. SEROZAN, Rona, "Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, Y. 1968, s. 108 vd; ULUSAN, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. 1'den Ayrı Basım, İstanbul 1982, s. 275-319

⁵⁴⁶ TBK md. 72/f.1 hükmüne göre "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır".

⁵⁴⁷ ÖZEN, Kefalet, s. 231-232

olduğunu bilmeyerek borcunu ifa ederse sebepsiz zenginleşmeye dayanarak verdiği geri alabilecektir⁵⁴⁸. Böyle bir durum “borç olmayan şeyin ifası” olarak nitelendirilir. TBK md. 78/f.1⁵⁴⁹ hükmüne göre bir kimse kendisini borçlu sanarak borçlanmadığı bir edimi ifa ederse ödediğini geri isteyebilmektedir. Bunun için bir kimsenin geçersiz bir borç ilişkisine dayanarak ifa amacıyla kazandırmada bulunması ve söz konusu ifanın yanılarak yapılmış olması gerekmektedir⁵⁵⁰. Bu bağlamda kefilin sebepsiz zenginleşme davasıyla ödediğini geri alabilmesi için kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilmeyerek ifada bulunmuş olması gerekir. Eğer kefil sözleşmenin şekle aykırı olduğunu bilmesine rağmen edimi ifa etmişse o takdirde bu durumun elden bağışlama olarak kabul edileceği ve verdiği geri isteyemeyeceği ifade edilmiştir⁵⁵¹. Kefilin sebepsiz zenginleşmeye dayanarak verdiği geri isteyebilmesi için ifa yanılarak yapılmış olmalıdır. Bu bağlamda kefilin kendisini borçlu zannederek ifada bulunması gerekir. Kefilin yanılmasının kendi kusurundan kaynaklanması da sebepsiz zenginleşmeye dayanmasına engel değildir⁵⁵². Kefilin hukuki hatası sebebiyle kefalet sözleşmesini geçerli zannettiği durumlarda da verdiği iadesini talep edebilecektir. Kefilin sebepsiz zenginleşmeye dayanabilmesi için kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu hususunda yanılarak ifada bulunduğu ispat etmesi gerekir⁵⁵³. Kefil bu hususu ispat edemezse ödediğini geri isteyemeyecektir.

Şekle aykırı kefalet sözleşmesini ifa eden kefilin sebepsiz zenginleşme davasını kime karşı açacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay farklı görüşlere sahiptir. Yargıtay vermiş olduğu bir

⁵⁴⁸ BECK, Art. 493, N. 21; GIOVANOLI, Art. 493, N. 12; STAFFELBACH, Art. 493, N. 3; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 99; GÜMÜŞ, C. II, s. 326; REİSOĞLU, Kefalet, s. 94; TANDOĞAN, s. 741

⁵⁴⁹ TBK md. 78/f.1 hükmündeki düzenlemeye göre “Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak, kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilir”.

⁵⁵⁰ ANTALYA, s. 807-808; EREN, s. 877; NOMER, s. 188; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 346-353; ÖZ, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 88 (Bundan sonra ÖZ, Zenginleşme olarak anılacaktır); SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 25, N. 3-4, s. 278-279 (Bundan sonra “SEROZAN, İfa Engelleri” olarak anılacaktır); REİSOĞLU, Safa, s. 277-278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 743

⁵⁵¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 94; TANDOĞAN, s. 741

⁵⁵² ANTALYA, s. 809; EREN, s. 878; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 351; ÖZ, Zenginleşme, s. 90; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 744. Doktrinde iade borçlusunun yanılmasında kusurlu olması halinde, iade alacaklısının TBK md. 35 hükmüne göre tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 351

⁵⁵³ BECK, Art. 493, N. 21; AYRANCI, Şekil, s. 109; ÖZEN, Kefalet, s. 233; REİSOĞLU, Kefalet, s. 97; TANDOĞAN, s. 741

kararında kefilin şeklen geçersiz bir kefalet sözleşmesini ifa etmesi durumunda asıl borcun sona ermiş olacağına ve bu bağlamda da sebepsiz zenginleşmenin borçlu üzerinde gerçekleşeceğine karar vermiş ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme davasının borçluya karşı açılması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁵⁴. Daha sonraki yıllarda verdiği bir kararında ise sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya karşı açılmaması halinde asıl borçluya karşı açılması gerektiğine karar vermiştir⁵⁵⁵.

Doktrindeki bir görüş de sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya karşı açılması gerektiği ancak kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinden feragat etmesi veya talebinin zamanaşımına uğraması halinde kefilin asıl borçluya karşı da sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceğini ifade etmektedir⁵⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında ise kefalet sözleşmesinin kefil ile alacaklı arasında yapıldığı ve bu bağlamda kefilin ifa ettiği borcun kendi borcu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de kefilin yaptığı ifa ile asıl borcun sona ermediği ve bu doğrultuda sebepsiz zenginleşme talebinin muhatabının alacaklı olacağına karar verilmiştir⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Yarg. 3. HD., T. 06.04.1989, E. 9431, K. 3528 sayılı kararına göre "... Şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefalete dayanılarak ödemede bulunan kefilin nedensiz zenginleşme iddiasında bulunabileceğine hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Zira ödeme sonucunda alacak sona ermiş ise, haksız olarak borçlunun zenginleştiğinin kabulü gerekir. Öyle ki alacağın sona ermesiyle, alacaklı hakkı olan bir edayı kabul etmiş olacak, buna karşılık borçlu nedensiz olarak borcundan kurtulmuş, mal varlığında haklı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunacaktır". Karar için bkz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 98

⁵⁵⁵ Yarg. 11. HD.'nin T. 8.12.2003, E. 2003/4557, K. 2003/11483 sayılı kararına göre "Dava, kefalet limiti üzerinde fazladan ödenen paranın bankadan istirdadı istemine ilişkindir. Davalı banka vekili, davacının sözleşmeyi kefil olarak değil, garanti eden sıfatıyla imzaladığını, bu nedenle borcun tamamından sorumlu olduğunu savunmuş ise de, davacının, bağımsız bir borç değil, asıl borçlu Mehmet D.'in sorumluluğunu yüklenmiş olması, sözleşmeyi yapmakta menfaati bulunmaması, objektif olarak belli bir sonucunda gerçekleşmesi amacına değil, kişiye yönelik olarak teminat vermesi nedeniyle kefil olduğunun kabulü gerekir. Garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Ancak davalı kefil, asıl borçlunun borcunu ödememesi yüzünden hakkında başlatılmış bir icra takibi ya da açılmış bir dava yokken, bankanın kendisine ihtarname göndermesi üzerine, ihtiyati tedbir kararı ile aleyhine icra takibi yapılmasını durdurma menfi tespit davası açma gibi hakları olduğu halde bunları kullanmadan ve ihtirazi kayıt dahi koymadan kendi serbest iradesiyle ödeme yaptığı için davalı bankaya yönelik istirdat davası açamaz. Şekil noksanı veya yokluğu nedeniyle geçerli bulunmayan bir kefaletle istinaden ödeme yapsaydı ancak o zaman sebepsiz zenginleşme iddiasıyla banka aleyhine dava açabilirdi. Böyle bir iddiada bulunup ispat edilmediğine göre davacı ancak nedensiz olarak borcundan kurtulmuş olan ve malvarlığında hakkı olmayan bir artış meydana gelmiş bulunan asıl borçluya karşı dava açabilecektir." Karar için bkz. www.kazanci.com

⁵⁵⁶ PESTALOZZI, Art. 493, N. 4; ÖZEN, Kefalet, s. 233-236

⁵⁵⁷ BGE 70 II 271; BGE 70 II 275

Doktrinde de baskın görüş olarak sebepsiz zenginleşme davasının alacaklıya karşı açılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵⁸. Kanaatimiz de sebepsiz zenginleşme davasının muhatabının alacaklı olacağı yönündedir. Zira kefalet sözleşmesi alacaklı ve kefil arasında yapılmaktadır ve asıl borçlu sözleşmenin tarafı değildir. Kefilin şekle aykırı kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu hususunda yanılarak alacaklıya yaptığı ödeme kendi ediminin ifası olacaktır. Geçerli bir kefalet sözleşmesinde de kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemekte ve yaptığı ifa neticesinde asıl borçluya rücu etme imkanına sahip olmaktadır. Doktrinde de belirtildiği üzere geçersiz bir kefalet sözleşmesinde kefilin yaptığı ifa, asıl borcun üçüncü bir kişi tarafından ifası olarak da nitelendirilemez⁵⁵⁹. Zira üçüncü kişinin ifasının geçerli olabilmesi için ifanın başkasının borcunu ifa maksadıyla yapılmış olması gerekir⁵⁶⁰. Geçersiz kefalet sözleşmesinde ise ödemede bulunan kefilin asıl borcu ifa etme maksadı bulunmamakta kefil kefalet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmektedir. Bu nedenle kefilin yaptığı ifa ile asıl borç sona ermemektedir. Söz konusu nedenlerle kefilin sebepsiz zenginleşme talebini “borç olmayan şeyin ifası”na dayandırarak alacaklıya yöneltmesi gerekir.

4.9. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TEMSİL YOLUYLA YAPILMASI

Kefalet sözleşmesini hem alacaklının hem kefilin temsilci aracılığıyla yapmasında bir engel bulunmamaktadır⁵⁶¹. Ancak kefilin şahsının kefalet sözleşmesindeki yeri ve dolayısıyla alacaklı için taşıdığı önem sebebiyle kefilin yalnızca doğrudan temsilci vasıtasıyla kefalet sözleşmesini kurabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁶².

Kefilin temsil yetkisini verirken kefalet sözleşmesinin şekline tabi olup olmayacağı doktrinde tartışılmalıydı. Zira temsil yetkisiyle yapılacak sözleşmenin şekle tabi olması halinde temsil yetkisi verilmesi için de aynı şekil kuralının uygulanmasının

⁵⁵⁸ STAFFELBACH, Art. 493, N. 3; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 100; REİSOĞLU, Kefalet, s. 97-98; TANDOĞAN, s. 741

⁵⁵⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 233

⁵⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 265

⁵⁶¹ BECK, Art. 493, N. 37; STAFFELBACH, Art. 493, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 118; REİSOĞLU, Kefalet, 99-100; ÖZEN, Kefalet, s. 246; TANDOĞAN, s. 739

⁵⁶² AKKANAT, Halil, Temsilci Aracılığı İle Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 56; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 118; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 674

gerekip gerekmeyeceği konusunda 818 sayılı EBK’nda bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Bir görüşe göre yapılacak sözleşme şekle tabi olsa da temsil yetkisi verilirken herhangi bir şekil kuralına uymak gerekmeyecektir⁵⁶³. Bir başka görüşe göre kanunda temsil yetkisinin şekle tabi olması gerektiğine yönelik bir hüküm bulunmamakla birlikte ispat sorunun aşılması bakımından yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır⁵⁶⁴. Bir diğer görüşe göre ise şekle tabi sözleşmelerde verilecek temsil yetkisinde aynı şekil kuralına uymak gerekeceğini zira aksi durumun kanun koyucunun şekil kuralı öngörmesindeki amacıyla bağdaşmayacağını ifade etmektedir⁵⁶⁵. Biz de özellikle kanundaki şekil kuralından kurtulmak amacıyla temsil yetkisi verilmesi mümkün olduğundan son görüşe üstünlük tanımaktayız.

818 sayılı EBK döneminde tartışmalı olan bir diğer konuda kefalet sözleşmesinin genel yetki ile yapılmasının mümkün olup olmadığıdır. Zira kefalet sözleşmesi EBK md. 388/f.3⁵⁶⁶,de özel yetki gerektiren durumlar arasında yer almamaktaydı. Doktrindeki bir görüş EBK md. 388/f.3’de sayılan hallerin sınırlı sayıda olmadığından yola çıkarak kefalet sözleşmesinin özel yetki ile yapılabileceğini savunmaktaydı⁵⁶⁷. Bir diğer görüş ise kefalet sözleşmesi yapabilmek için mutlaka özel yetki gerekeceğini kabul etmemekle birlikte somut olayın özelliğine bakılması gerekeceğini ve bu bağlamda somut olaydan vekaleten kefil olmanın mutad dışı bir işlem olduğuna karar verirse o takdirde özel yetkinin aranması gerekeceğini ifade etmektedirler⁵⁶⁸.

Söz konusu olan iki tartışmalı konu da 6098 sayılı TBK’nun yürürlüğe girmesiyle sona ermiş bulunmaktadır. Öncelikle kefalet sözleşmesinin yapılması için genel yetki

⁵⁶³ AKYOL, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 181; ALTAŞ, s. 48; ESENER, Turhan, Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 34; EREN, s. 437; TAŞDELEN, Şekil, s. 756; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 173

⁵⁶⁴ AKKANAT, s. 58

⁵⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 231

⁵⁶⁶ EBK md. 388/f.3 hükmündeki düzenleme şu şekildeydi: “Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez”.

⁵⁶⁷ TAŞDELEN, s. 755

⁵⁶⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 119; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 42; TANDOĞAN, s. 740;

mi özel yetki mi gerekeceğine ilişkin belirsizlik TBK md. 504⁵⁶⁹ hükmü ile ortadan kalkmıştır. TBK md. 504/f.3’de özel yetki gereken haller arasında kefil olmak da sayılmıştır. Bu bağlamda genel yetki ile kefil olunması söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce söz konusu düzenleme oldukça yerindedir. Zira kefalet sözleşmesiyle kefil çok ağır yükümlülükler altına girebilmektedir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesinin genel yetkiyle yapılabilmesi kefil açısından beklenmedik sürprizlerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir.

Kefalet sözleşmesi için verilecek temsil yetkisinin şekline ilişkin İBK md. 493/f.6 hükmüne paralel bir düzenlemeye TBK md. 583/f.2’de yer verilmiştir. TBK md. 583/f.2’ye göre kefalet sözleşmesinin yapılmasına ilişkin verilecek özel yetki, kefalet sözleşmesi için kanunda öngörülen şekle uygun olmalıdır. Bu doğrultuda kefil, temsil yetkisi verdiği dair iradesini yazılı şekilde açıklayacak ayrıca sorumlu olacağı üst sınırı, temsil yetkisini verdiği tarihi ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlendiğini el yazısıyla yazacaktır⁵⁷⁰.

Doktrinde noterde re’sen düzenlenecek olan temsil belgelerinde kefilin el yazısıyla yazması gereken hususları yazmasının gerekli olup olmayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki bir görüşe göre noterde verilecek özel temsil yetkilerinde de kefilin el yazısıyla yazması gereken hususları vekâletnameye yazması gerekeceğini ifade edilmektedir.⁵⁷¹ Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise vekâletname metninde kefilin sorumlu olacağı üst sınır, tarih ve müteselsilen sorumluluk üstlenildiğine dair ifadelerin açık ve eksiksiz yer alması koşuluyla kefilin tekrar el yazısıyla yazmasına gerek olmayacaktır. Zira kanun koyucunun amacı söz konusu kısımların kefil aleyhine alacaklı tarafından doldurulmasına engel olmak ve kefilin üstlendiği rizikonun bilincinde olarak sorumluluk üstlenmesi olduğuna göre noterde re’sen düzenlenecek vekâletnamelerde bu amaç yerine gelmiş olacaktır⁵⁷².

⁵⁶⁹ TBK md. 504/f.3’deki düzenlemeye göre “Vekil özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz”.

⁵⁷⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 250

⁵⁷¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 101; BAŞ, s. 138

⁵⁷² BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 356; BARLAS, Yenilikler, s. 217; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 668

Bir tüzel kişinin temsil yetkisi vermesi halinde el yazısıyla yazılması gereken hususların tüzel kişinin organını oluşturan herkes tarafından mı yazılması gerekeceği yoksa içlerinden birinin mi yazması gerekeceği belirsizdir. Doktrinde temsil yetkisi verilirken tüzel kişinin organını oluşturan kişilerin en az ikisinin zorunlu hususları el yazısıyla yazması gerekeceği, şirket sirkülerinde şirket adına kefil olacakların ismen belirtilmesinin yeterli olmayacağı ifade edilmiştir⁵⁷³. Kanaatimizce tüzel kişi adına verilecek temsil yetkisinde tüzel kişiliğin organını oluşturan herkesin el yazısıyla yazılması gereken hususları yazması gerekmeyecektir. İçlerinden birinin el yazısının bulunması diğerlerinin imzalarının bulunması koşuluyla yeterli sayılmalıdır. Tüzel kişinin adına organın kefil olması halinde ise özel temsil yetkisine gerek olmayacağı ortadadır. Zira tüzel kişi adına hareket etme yetkisi organa aittir⁵⁷⁴.

Kefalet sözleşmesi için özel yetki verildikten sonra temsilcinin sözleşmeyi yaparken kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kurallarına uymasının gerekip gerekmeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde temsilcinin kefalet belgesinde tekrar el yazısıyla yazılması zorunlu hususları yazmasına gerek olmayacağı ileri sürülmüştür. Zira özel yetkinin kefalet sözleşmesinin şekline tabi olmasıyla kefilin himayesi gerçekleşmiş olacaktır. Alacaklının da özel yetkide belirtilen hususları bilmesi gerekeğinden temsilcinin tekrar kefilin sorumluluk sınırını, tarihi ve müteselsilen sorumluluk üstlenildiğini yazması gerekmeyecektir⁵⁷⁵. Doktrindeki bir başka görüş ise temsilcinin kefalet sözleşmesini yine kanunda öngörülen şekle uygun yapacağını ifade etmektedir⁵⁷⁶. Fikrimizce de özel yetkiye sahip temsilci kefalet belgesinde tekrar el yazısıyla yazılması gereken hususları yazmalıdır. Her ne kadar kefil özel yetki verirken üstlendiği rizikoların farkında olaksa da temsilcinin zorunlu hususları el yazısıyla yazmaması halinde kefil aleyhine alacaklı tarafından doldurulma imkanı doğacaktır. Bu nedenle de temsilcinin kefalet belgesinde tekrar el yazısıyla yazması bu olasılığın önüne geçecektir.

⁵⁷³ REİSOĞLU, Kefalet, s. 101

⁵⁷⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 101

⁵⁷⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 101

⁵⁷⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 324. Müşterek temsil durumunda özel yetkiye sahip temsilcilerden yalnızca birisinin kefalet belgesinde el yazısıyla yazılması zorunlu hususları yazmasının yeterli olacağı görüşünde olduğu için aynı yönde BARLAS, Geçerlilik Şartları, s. 356-357; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 668

Ticari temsilcinin⁵⁷⁷ işletme adına kefil olabilmesi için özel yetki gerekip gerekmeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. TBK md. 548⁵⁷⁸ hükmünün 1. fıkrasında ticari temsilcinin işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili olduğu belirtildikten sonra 2. fıkrasında açıkça yetkili kılınmadığı takdirde taşınmazları devredemeyeceği veya bir hak ile sınırlandıramayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kefil olmak ticari temsilcinin yapamayacağı işlemler arasında sayılmamıştır. TBK md. 548/f.1’de ise ticari temsilcinin işletme adına işletmenin amacına giren işlemleri yapmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu noktada kefalet sözleşmesi yapmanın işletmenin amacına giren bir işlem olması halinde TBK md. 583/f.1’de düzenlenen şekil kuralına uygun özel bir temsil yetkisi vermeye gerek olmadan ticari temsilci kefalet sözleşmesi yapabilecektir. Ancak kefil olmanın işletmenin amacına giren bir iş sayılması çok sık rastlanacak bir durum olmamakla beraber somut olayın şartlarına bakarak değerlendirme yapılması gerekecektir⁵⁷⁹.

Ticari vekilin yapabileceği ve yapamayacağı işlemler ise TBK md. 551/f.2’de⁵⁸⁰ sayılmıştır. Buna göre ticari vekil işletmenin alışılmış bütün işlemlerini yapabilirken ödünç para alma, kambiyo taahhüdünde bulunma, dava açma ve açılmış davayı takip etme yetkisi yoktur. Bunun için ayrıca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Ticari temsilci de olduğu gibi ticari vekilin de yapamayacağı işlemler arasında kefalet sözleşmesi yapmak sayılmamıştır. Bu bağlamda kefalet sözleşmesi yapmanın işletme bakımından alışılmış bir işlem olup olmadığını belirlemek gerekir. Eğer işletmenin genel uğraşı alanı içerisine kefalet sözleşmesi yapmak giriyorsa o takdirde kefalet sözleşmesinin şekil kuralına uygun özel temsil yetkisi verilmeden ticari vekil kefalet sözleşmesi yapabilecektir. Kefalet sözleşmesi yapmanın işletme için mutad dışı bir işlem olması halinde ise ticari vekil ancak TBK md. 583/f.1’de belirtilen şekle uygun özel yetki verilmesi halinde işletme adına kefalet sözleşmesi yapması mümkün

⁵⁷⁷ Ticari temsilcinin Alman Hukukundaki görünümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSAN, İlhan, İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 625 vd.

⁵⁷⁸ TBK md. 548 hükmüne göre “Ticari temsilci, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili sayılır.

Ticari temsilci, açıkça yetkili kılınmadıkça, taşınmazları devredemez veya bir hak ile sınırlandıramaz”.

⁵⁷⁹ Benzer yönde REİSOĞLU, Kefalet, s. 103, ÖZEN, Kefalet, s. 251

⁵⁸⁰ TBK md. 551/f.2’deki düzenlemeye göre “Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez”.

olacaktır. Fikrimizce pek çok işletme bakımından kefalet sözleşmesi yapmak mutad dışı bir işlem olacaktır. Ancak çok istisnai olmakla birlikte işletmenin olağan işleri arasında kefalet sözleşmesi yapmak da girebilir. Bu nedenle ticari temsilci de olduğu gibi somut olayın Şartları doğrultusunda bir değerlendirme yapılması en uygun çözüm olacaktır⁵⁸¹.

⁵⁸¹ Benzer yönde BECK, Art. 493, N. 67; GÜMÜŞ, C. II, s. 324; ÖZEN, Kefalet, s. 251. Ticari vekillerin yapamayacağı işlemler arasında kefalet sözleşmesi sayılmamakla beraber ticari vekilin yetkileri dikkate alındığında özel temsil yetkisi olmadan kefalet sözleşmesi yapamayacağı yönünde REİSOĞLU, Kefalet, s. 103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN

HÜKÜMLERİ

5. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

5.1. KEFİLİN KANUNDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

5.1.1. Genel Olarak

Kefilin kanundan kaynaklanan sorumluluğunun kapsamına nelerin dahi olduğu TBK md. 589/f.2 hükmünde 3 bent halinde sayılmıştır. TBK md. 589/f.2’deki düzenleme şu şekildedir :

“Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:

1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.
2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.
3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri.”

Söz konusu hükümde açık bir şekilde ifade edildiği gibi kefilin kanundan kaynaklanan sorumluluğunun kapsamına giren hususlar emredici nitelikte değildir. Bu bağlamda taraflar kefilin sorumluluğunun kapsamını daraltabilecekleri gibi genişletmeleri de söz konusu olabilecektir. TBK md. 582/f.3 hükmünde kanundan aksi anlaşılmadıkça kefilin kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanunda izin verildiği ölçüde kefilin

kendisine tanınan haklardan feragat ederek sorumluluğunun arttırılması mümkün olabilecektir. TBK md. 589/f.2’de de kefilin yasadan kaynaklanan sorumluluğunun taraflarca farklı şekilde düzenlenmesinin mümkün olduğu hükme bağlandığından taraflar sorumluluğun kapsamı konusunda söz konusu hükümle sınırlı kalmayacaklardır⁵⁸². Ancak sorumluluğun arttırılmasına yönelik anlaşmalar kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak yapılmak zorundadır. Bu bağlamda kefilin sorumluluğunun arttırılması kefalet sözleşmesinde kefilin iradesine uygun bir şekilde yazılı olarak yer almadığı takdirde hüküm ifade etmeyecektir.

Bunun dışında kefilin sorumluluğunun kapsamı her koşulda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami sorumluluk sınırını geçemeyecektir⁵⁸³. Bu bağlamda tarafların kefilin sorumluluğunun kapsamını yasa dışı öngörülenden farklı bir şekilde genişletmeleri halinde de kefil kefalet belgesinde el yazısıyla yazdığı üst sınıra kadar sorumlu olabilecektir.

5.1.2. Kefilin Asıl Borçtan Dolayı Sorumluluğu

Kefilin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kefilin talepte bulunduğu zaman geçerli bir asıl borç mevcut olmalıdır. Bu bağlamda kefalet sözleşmesi yapıldığı zaman asıl borç ilişkisi geçersiz ise kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Kefalet sözleşmesi kurulduğu zaman geçersiz olan asıl borç ilişkisinin sonradan geçerli hale getirilmesi halinde de kefilin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kefilin bu borçtan sorumlu olması isteniyorsa kefalet sözleşmesi yeniden yapılmalıdır. Ancak asıl borçlunun irade sakatlığı sebebiyle asıl borç ilişkisini iptal ettirme hakkı bulunduğu durumlarda borçlu bu hakkını kullanmazsa kefil sorumlu olmayacağını iddia edemeyecektir⁵⁸⁴. Zira borçlunun iptal hakkını kullanmayarak sözleşmeyi geçerli hale getirmesi kefil açısından borcun aleyhine ağırlaştırılması demek değildir⁵⁸⁵.

⁵⁸² ÖZEN, Kefalet, s. 133

⁵⁸³ Kefilin sorumluluğunun kapsamının TBK md. 583’deki azami sorumluluk miktarıyla ilişkisi için bkz. “Kefilin Sorumluluğu Olacağı Azami Miktarın Kefalet Belgesinde Gösterilmesi Sorunluluğuna İlişkin TBK md. 583/f.1 Hükümü ile Kefilin Sorumluluğunun Kapsamını Belirleyen TBK md. 589 Hükümü Arasındaki İlişki” başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵⁸⁴ BECK, Art. 499, N. 15; ÖZEN, Kefalet, s. 120-121; REİSOĞLU, Kefalet, s. 206

⁵⁸⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 206

TBK md. 589/f.3 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece kefil borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Bu bağlamda kefilin borçlunun her türlü borcundan değil yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Alacaklı ve kefilin kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunun borçlunun mevcut borçlarını da kapsayacağını düzenlemeleri mümkündür. 818 sayılı EBK’nda yer almayan bu hükmün İBK md. 499/f.3’deki düzenlemesinde ise kefalet sözleşmesinden veya durum ve koşulların değerlendirmesinden aksi anlaşılmadıkça, kefilin asıl borçlunun kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlardan sorumlu olması İBK md. 499/f.3 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde aksinin kararlaştırılmamasına bağlı olduğu gibi bunun yanında diğer bir olasılık olarak durum veya koşulların değerlendirilmesinden aksinin anlaşılmamasına bağlıdır. Bir başka deyişle kefalet belgesinde bu konuda bir hükmün bulunmaması halinde durum veya koşulların değerlendirmesinden kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önceki borçlardan da sorumlu olmak istediği sonucuna ulaşırsa kefilin sorumluluğu bu borçları da kapsayacaktır. İBK md. 499/f.3’de yasal bir karine kabul edilmiştir. Bu bağlamda alacaklı, kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmak istediğini ispatlamak zorundadır. İsviçre öğretisinde ise kefilin sorumlu olmak istediği borçların tespitinde kefalet belgesiyle sınırlı kalınması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre kefalet belgesinde mevcut borçlara yapılacak yollamanın kefilin bu borçlardan haberdar olduğunu ve dolayısıyla söz konusu borçlardan sorumlu olmak istediği sonucuna ulaşılabilecektir. Kefalet belgesinde bu konuda herhangi bir açıklık olmadığı takdirde kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmak istemediği kabul edilecektir⁵⁸⁶. İBK md. 499/f.3’den farklı olarak TBK md. 589/f.3’de kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmasının tek koşulu, bu hususun açıkça kefalet sözleşmesinde düzenlenmesidir. Türk öğretisinde bir görüş ise TBK md. 589/f.3’ün lafzına bağlı olmadan kaynak İBK md. 499/f.3’e göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre kefilin mevcut borçlardan sorumlu olabilmesi kefalet sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmasına bağlı olduğu gibi sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde durum veya koşulların değerlendirilmesi

⁵⁸⁶ BECK, Art. 499, N. 37; GIOVANOLİ, Art. 499, N. 22-23; PESTALOZZİ, Art. 499, N. 11

yapılmak suretiyle de kefilin sorumluluğunun mevcut borçları kapsayıp kapsamadığı belirlenebilmelidir⁵⁸⁷. Durum ve koşulların değerlendirilmesi yapılırken de kefalet belgesiyle sınırlı kalınmamalı sözleşme görüşmeleri sırasında mevcut olan tanık ifadelerine ya da yapılan yazışmalara başvurulabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸⁸. Doktrindeki bir diğer görüş ise kefalet sözleşmesinin taraflarının sözleşmede kefilin mevcut borçlardan sorumlu olduğunu kararlaştırmamaları halinde kefilin bu borçlardan sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda alacaklının kefilin mevcut bir borca kefil olduğunu iddia ve ispat etmesi hatta kefilin bu hususu kabul etmesi bile geçerli olmayacaktır. Tarafların kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmasını sağlayacak tek imkân kefalet sözleşmesinin şekline uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapmaları ya da sözleşmede değişikliğe gitmeleridir⁵⁸⁹. Fikrimizce TBK md. 589/f.3 hükmüne bağlı kalınması gerekmektedir. Söz konusu maddede sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı takdirde kefilin kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle sözleşme metninden kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmak istediği sonucuna varılmadığı takdirde sözleşme dışı imkanlara başvurulup yorum yapılması söz konusu olmayacaktır. Zira mevcut borçlara kefalet, kefil için çok ağır yükümlülükler getirebilecek bir husus olduğundan TBK md. 589/f.3'ün lafzi yorumu kefil için en üst himayeyi sağlayacaktır. Kanun koyucunun kefalet sözleşmesi için öngördüğü sıkı şekil kuralları da bu görüşü destekler niteliktedir. Zira kefilin sorumluluğunu arttıran böyle önemli bir hususun kefalet belgesinde varlığını aramamak kefalet sözleşmesi için öngörülen sıkı şekil kuralları dikkate alındığında oldukça anlamsız olacaktır.

Kefil kendisinden talepte bulunulduğu zaman asıl borç tutarı ne oranda ise bu tutardan kefalet belgesinde belirtilen azami sorumluluk sınırına kadar sorumludur. Bu doğrultuda kefilen talepte bulunulmadan önce asıl borç ibra ile ya da ödemeler sonucunda azalmışsa kefil kalan borç miktarı üzerinden sorumlu olacaktır⁵⁹⁰.

Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçta bir takım değişiklikler olması mümkündür. Söz konusu değişikliklerin asıl borcun miktarında olması mümkün

⁵⁸⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 365; ÖZEN, Kefalet, s. 122

⁵⁸⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 122-123

⁵⁸⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 205

⁵⁹⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 120

olduğu gibi asıl borç ilişkisine ait sözleşme hükümlerinde de olabilir. Asıl borcun miktarında bir azalma meydana gelirse söz konusu azalmadan kefilin de yararlanacağı kuşkusuzdur. Zira kefalet sözleşmesi fer'i nitelikte bir sözleşmedir ve kefilin lehine olacak böyle bir durumdan kefil de kendiliğinden faydalanacaktır⁵⁹¹. Alacaklı ve borçlu asıl borcun azalmasından kefilin yararlanamayacağını da kararlaştıramazlar. Böyle bir koşul kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği sebebiyle geçersiz sayılacaktır⁵⁹².

Asıl borcun miktarında artış olması halinde söz konusu artış, borçlunun kusur ve temerrüdünün kanuni sonuçlarından kaynaklanıyorsa kefil TBK md. 589/f.2 bent 1 gereği sorumlu olacaktır. Asıl borçlu ve alacaklının aralarında anlaşarak asıl borcun artmasına sebep olmaları halinde kefil asıl borçtaki bu artıştan etkilenmeyecektir⁵⁹³. Örneğin borcun taksit sayısının arttırılması için asıl borcun miktarının da arttırılması halinde kefil artıştan sorumlu olmayacaktır. Zira kefil aleyhine olan değişikliklerde kefilin rıza göstermemesi halinde söz konusu değişiklikten kefil etkilenmeyecektir. Ancak kefalet sözleşmesi kurulurken kefilin, tarafların anlaşmasıyla oluşacak artışlardan sözleşmede belirtilen azami sorumluluk miktarı çerçevesinde sorumlu olacağını belirtmesi mümkündür⁵⁹⁴. Doktrinde haklı olarak sözleşmede bu tarz bir hüküm bulunması halinde geçerliliğinin, söz konusu hükmün önem ve ağırlığının kefil tarafından anlaşılmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁵. Asıl borç miktarındaki artışın işin niteliğinden kaynaklanması halinde ise kefil bu artıştan sorumlu olacaktır. Doktrinde cari hesap kredilerinde asıl borçta sıklıkla azalma ve artmalar meydana geldiğinden ve kefilin kefalet sözleşmesini yaparken bu durumu göz önüne alması gerektiğinden kefilin asıl borçtaki artıştan sorumlu olmayacağını iddia edemeyeceği belirtilmektedir⁵⁹⁶.

Asıl borcun miktarında bir değişiklik olmamakla birlikte asıl borçta asıl borçlu lehine yapılacak değişikliklerden kefil de yararlanacaktır. Bunun gibi asıl borçtaki değişiklik asıl borçlu aleyhine ise kefil değişiklikten etkilenmeyecektir. Kefilin

⁵⁹¹ BECK, Art. 499, N.11; ÖZEN, Kefalet, s. 119-120; REİSOĞLU, Kefalet, s. 208-209; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 681

⁵⁹² REİSOĞLU, Kefalet, s. 209

⁵⁹³ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 301

⁵⁹⁴ BECK, Art. 499, N. 11; REİSOĞLU, Kefalet, s. 210; ÖZEN, Kefalet, s. 210

⁵⁹⁵ BECK, Art. 499, N. 11; GIOVANOLİ, Art. 499, N. 10; ÖZEN, Kefalet, s. 120

⁵⁹⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 209

durumunu ağırlaştıracak böyle bir değişiklikten sorumlu olması ancak kefalet sözleşmesinin şekline tabi olarak vereceği onaya bağlıdır. Örneğin asıl borcun muaccel olacağı tarihin daha erkene alınması ya da taksitlerin kaldırılması gibi asıl borcu ağırlaştıran değişikliklerin kefile karşı ileri sürülebilmesi ancak kefilin bu işleme onay vermesi halinde söz konusu olabilecektir. Alacaklı ve asıl borçlunun aralarında yapacakları değişikliklerin bir kısmının borçlunun lehine bir kısmının aleyhine olması halinde işlemin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda kefilin borçlunun lehine yapılan değişiklikten yararlanmak için aleyhe olan kısımlara da onay vermesi gerekeceği doktrinde ifade edilmiştir⁵⁹⁷. Bizim de katıldığımız bir başka görüş ise asıl borçlunun lehine olan değişikliklerden kefilin yararlanmasının kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği kendiliğinden olacağını, aleyhte olan kısımların ise ancak kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak onay vermesi halinde kendisine karşı ileri sürülebileceğini ifade etmektedir⁵⁹⁸.

5.1.3. Borçlunun Kusur ve Temerrüdünün Kanuni Sonuçlarından Kaynaklanan Sorumluluğu

TBK md. 589/f.2 bent 1 gereğince kefil, kefalet belgesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olmak şartıyla borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Kefilin borçlunun kusurlu davranışlarından sorumluluğu TBK md. 112⁵⁹⁹ kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu hükme göre borçlu kusuru sebebiyle borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklının bu sebeple oluşan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür. Kefilin sorumluluğunun kapsamına giren zararlar da borçlunun kusuruyla borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle oluşan alacaklının müspet zararlarıdır⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ BECK, Art. 499, N. 15

⁵⁹⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 121; REİSOĞLU, Kefalet, s. 211

⁵⁹⁹ TBK md. 112'deki düzenleme şu şekildedir: "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür".

⁶⁰⁰ PESTALOZZİ, Art. 499, N. 6; GÜMÜŞ, C. II, s. 366; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 161; ÖZEN, Kefalet, s. 123; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 682

Borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından biri de karşılıklı sözleşmelerde alacaklının TBK md. 125/f.3⁶⁰¹ hükmü gereğince sözleşmeden dönüp kusurlu olan borçludan menfi zararlarını talep edebilmesidir. TBK md. 589/f.2 bent 1 gereğince kefil, borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olacaktır. Bu bağlamda kefilin de menfi zararlardan sorumlu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu noktada sözleşmeden dönmenin borç ilişkisini ortadan kaldırıp kaldırmayacağına göre bir değerlendirme yaparak cevap vermek gerekecektir. Doktrinde klasik teori olarak adlandırılan görüş yanlılarına göre sözleşmeden dönme üzerine sözleşme ilişkisi tamamen ortadan kalkmaktadır⁶⁰². Bu görüş doğrultusunda asıl borç ilişkisi ortadan kalkacağından kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Zira kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisine bağımlıdır ve bunun sonucu olarak asıl borç ilişkisinin geçersiz olması kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğurur. Bu doğrultuda kefilin de menfi zararlardan sorumlu olmayacağı ortadadır. Klasik teorinin kabul edilmesi halinde kefalet güvencesinin devam etmesini isteyen alacaklının sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik haklarına başvurması yerinde olacaktır. Yeni dönme teorisi olarak adlandırılan diğer görüş tarafları ise sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisinin ortadan kalkmadığını bir tasfiye ilişkisine döndüğünü ifade etmektedirler⁶⁰³. Bu bağlamda asıl borç ilişkisi sona ermediği için kefalet sözleşmesi de geçerli olacaktır. Sözleşmeden dönme de temerrüdün yasal sonuçlarından biri olduğu için kefilin sorumluluğunun kapsamına alacaklının menfi zararları da girecektir. Zira ortada kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırı bir durum olmayacaktır.

⁶⁰¹ TBK md. 125/f.3'deki düzenlemeye göre "Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir".

⁶⁰² BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 65 vd; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 534; ÖZ, Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Y. 1985, S. 16, s. 163; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 41; ULUSAN, İlhan, "İyi niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu", İstanbul 1984, s. 77, Dipnot 52; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 504

⁶⁰³ SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 78 vd. (Bundan sonra "SEROZAN, Sözleşmeden Dönme" olarak anılacaktır); SEROZAN, İfa Engelleri, § 17, N. 15, s. 201 ; EREN, s. 1122; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 970-971

TBK md. 589/f.4'deki⁶⁰⁴ düzenlemede ise kefilin, asıl borç ilişkisinin geçersiz olmasından kaynaklanan zararlardan sorumlu olacağına yönelik anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Asıl borç ilişkisinin hükümsüz olmasının sebep olduğu zararlar menfi zararlardır. Bu bağlamda alacaklı ve kefilin aralarında anlaşarak kefilin menfi zararlardan sorumlu olacağını kararlaştırmaları kesin hükümsüzlük engeline takılacak ve dolayısıyla geçerli olmayacaktır. Söz konusu hüküm doktrindeki “klasik teori” kapsamında değerlendirilecek olursa aynı sonuca varan iki olasılık ortaya çıkacaktır. İlk olasılıkta kefil ve alacaklı arasında kefilin menfi zararlardan sorumlu olacağı yönünde bir anlaşma bulunmuyorsa sözleşmeden dönme üzerinde asıl borç ilişkisi ortadan kalkacağından kefalet sözleşmesi de hükümsüz hale gelecek ve sonuçta kefilin menfi zararlardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İkinci olasılıkta tarafların kefilin menfi zararlardan sorumlu olacağını kararlaştırmaları halinde söz konusu anlaşma TBK md. 589/f.4 hükmü gereğince kesin hükümsüz olacak ve kefil yine menfi zararlardan sorumlu olmayacaktır. Ancak söz konusu hükümde getirilen böyle bir sınırlama sözleşme serbestisi ilkesiyle bağdaşmaz. Zira alacaklı ve kefilin sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi üzerine ortaya çıkacak menfi zararları “asıl borç” olarak belirlenmelerinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira kanundaki genel ilkelere aykırı olmamak kaydıyla alacaklı ve kefilin her türlü borcu kefalet sözleşmesiyle güvence altına almaları mümkündür. Borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesiyle ortaya çıkacak menfi zararların da kamu düzenine, kişilik haklarına ya da genel ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁶⁰⁵. Ayrıca asıl borç olarak menfi zararların belirlenmesi kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine de aykırı değildir. Zira kefalet sözleşmesinde belirlenen asıl borcu, sözleşmenin hükümsüz hale gelmesiyle ortaya çıkan menfi zararlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda kefalet belgesinde iki ayrı asıl borç belirlenmesi ve bu borçlardan birini asıl borç ilişkisinin, diğerini ise asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesi sebebiyle ortaya çıkan menfi zararların oluşturması kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırı olmayacaktır⁶⁰⁶. Bunun gibi kefalet sözleşmesinin yalnızca menfi zararları güvence altına alması da mümkün

⁶⁰⁴ TBK md. 589/f.4'deki düzenleme şu şekildedir: “Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür”.

⁶⁰⁵ GÜMÜŞ, C. II, s. 366; ÖZEN, Kefalet, s. 131

⁶⁰⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 130

olabilecektir. Ancak tüm bu ihtimaller emredici nitelikteki⁶⁰⁷ TBK md. 589/f.4 karşısında kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Kanaatimizce söz konusu hükmün emredici nitelikte olmaması ve bu bağlamda İBK md. 499/f.2 bent 1 hükmüne uygun şekilde sözleşmede açıkça aksi kararlaştırılmadığı takdirde kefilin sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zararlardan sorumlu olmayacağına yönelik bir düzenleme olması yerinde olacaktır.

TBK md. 589/f.4'deki düzenlemeye göre kefilin ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır. Ancak menfi zararda olduğu gibi sözleşme cezasının da asıl borç olarak nitelendirilip kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınabilmesi mümkün olmalıydı. Zira bir borç ilişkisinde kanundaki istisnai haller haricinde⁶⁰⁸ sözleşme cezası belirlenmesinde bir sakınca yoktur. Buna göre kefalet sözleşmesindeki asıl borç ilişkisinden kaynaklanan borcun yanında bir diğer esas borç olarak sözleşme cezasının belirlenmesi ya da ayrı bir kefalet sözleşmesiyle sözleşme cezasının güvence altına alınması, kamu düzenine, kişilik haklarına ya da genel ahlâka aykırı olmayacaktır. Bunun dışında kefalet sözleşmesinde asıl borç olarak sözleşme cezası belirlenmesi kefaletin fer'iliği ilkesine de aykırı değildir. Zira sözleşme cezasının geçerliliği TBK md. 182/f.2 cümle 1⁶⁰⁹ hükmü gereği mevcut borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır⁶¹⁰. Sözleşme cezası kararlaştırılan asıl borç ilişkisi geçersiz olduğu takdirde kefalet sözleşmesi de geçersiz olacağından kefilin sözleşme cezasından kaynaklanan sorumluluğu da sona erecektir. TBK md. 182/f.3'deki⁶¹¹ düzenlemede hakim in aşırı bulduğu sözleşme cezasını kendiliğinden indirme yetkisi bulunmaktadır. Sözleşme cezasında yapılacak böyle bir indirim kefilin sorumluluğunu azaltacağından kefilin de söz konusu indirimden yararlanacağı

⁶⁰⁷ Doktrinde TBK md. 589/f.4 hükmünün emredici nitelikte olmadığı ve bu bağlamda aksine anlaşma yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bknz. GÜMÜŞ, C. II, s. 366. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu yönünde BARLAS, Yenilikler, s. 226; ÖZEN, Kefalet, s. 131; YILMAZ, Merve, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 97, s. 163

⁶⁰⁸ Sözleşme cezası kararlaştırılmayan borçlara TBK md. 346'daki düzenleme örnek gösterilebilir. TBK md. 346 hükmüne göre "Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir".

⁶⁰⁹ TBK md. 182/f.2'deki düzenlemeye göre "Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmişse, cezanın ifası istenemez".

⁶¹⁰ EREN, s. 596; NOMER, s. 334; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 524 vd.; REİSOĞLU, Safa, s. 455; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342 vd.

⁶¹¹ TBK md. 182/f.3 hükmüne göre "*Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*".

ortadadır⁶¹². Bu bağlamda kefilin aşırı görülebilecek sözleşme cezaları karşısında himayesi TBK md. 182/f.3 hükmü kapsamında gerçekleşecektir. Ancak açıklanan tüm gerekçeler TBK md. 589/f.4'deki düzenleme karşısında bir anlam ifade etmeyecektir. Zira söz konusu hüküm emredici niteliktedir ve bu nedenle kefilin sözleşme cezasından sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır. Sonuç olarak kanun koyucunun kefile karşı aşırı korumacı tutumu sözleşme serbestisi ilkesine aykırılık oluşturmakta ve hukuki dayanaktan uzaklaştırmaktadır. Fikrimizce İBK md. 499/f.2 bent 1 hükmünde belirtildiği gibi sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde kefilin ceza koşulundan sorumlu olmayacağına yönelik emredici olmayan bir düzenleme, hem kefilin himayesi görevini yerine getirecek hem de sözleşme serbestisi ilkesini bu denli daraltmamış olacaktır.

Kefilin sorumluluğunun kapsamına borçlunun kusurlu davranışları sonucunda oluşan borca aykırılık halleri girdiğinden doktrinde borçlunun sözleşme ya da kanun gereği kusursuz olarak sorumlu olduğu durumlarda kefilin sorumluluğunun söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Örneğin bir satış sözleşmesinde satıcı, alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine ayıplı mal nedeniyle uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile karşılamakla yükümlüdür (TBK md. 229/f.1 bent 3). Satıcının borcu için kefil olunması durumunda kefil söz konusu zararlardan sorumlu olmayacaktır⁶¹³. Doktrindeki bir diğer görüş ise TBK md. 589/f.2 bent 1'de borçlunun kusurundan kefilin sorumlu olacağı ifade edilse de borçlunun kusursuz sorumlu olduğu sözleşme ihlallerinden de kefilin sorumlu olması gerektiği savunmaktadır. Ayrıca borçlunun ifa yardımcılarının fiillerinden dolayı kusursuz sorumlu olduğu haller de kefilin sorumluluğunun söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Bu görüş gerekçe olarak temerrüdün yasal sonuçlarından biri olan temerrüt faizinin talep edilebilmesinin borçlunun kusuruna bağlı olmadığını, kefilin de borçlu kusursuz olsa bile temerrüt faizinden sorumlu olduğunu ve dolayısıyla borçlunun kusursuz sorumlu olduğu durumlarda da kefilin sorumlu olabileceğini ifade etmektedir⁶¹⁴. Fikrimizce kefilin sorumluluğuna borçlunun kusuruyla sebep olduğu borca aykırılık halleri girmektedir. Zira TBK md. 589/f.2 bent 1 hükmü

⁶¹² BECK, Art. 499, N. 22; ÖZEN, Kefalet, s. 131

⁶¹³ BİLGE, Mesuliyet, s. 134-135; ÖZEN, Kefalet, s. 124; REİSOĞLU, Kefalet, s. 215; TANDOĞAN, s. 776; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 683

⁶¹⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 367

açıkça kefilin borçlunun kusurlu olduğu sözleşme ihlallerinden sorumlu olacağını hükme bağlamıştır. Borçlunun temerrüdünün yasal bir sonucu olan temerrüt faizinden sorumluluk ise yine söz konusu hükümde ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. O halde kefilin, borçlunun kusuru olmadan temerrüde düşmesi sonucu oluşacak temerrüt faizinden sorumlu olması, borçlunun kusursuz sorumlu olduğu diğer durumlarda da kefilin sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir.

Asıl borç ilişkisine ait sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmesi durumunda ortaya çıkacak zararlardan kefil sorumlu olmayacaktır⁶¹⁵. Örneğin borçlu yanılmasında kusurlu ise TBK md. 35 gereği sözleşmenin hükümsüz olması sebebiyle alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Kefil, borçlunun yanılmasını bilmediği takdirde söz konusu zararlardan sorumlu olmayacaktır.

TBK md. 589/f.2 bent 1 gereği kefil borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu olacaktır. Borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından bir kısmında borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun bulunması aranırken bir kısmında kusursuz olsa bile sorumluluğu söz konusu olmaktadır. TBK md. 589/f.2 bent 1’de borçlu temerrüdünden kefilin sorumlu olması için borçlunun kusuru aranmamaktadır. Bu nedenle borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmasa da sorumlu olacağı durumlarda kefilin sorumluluğuna da gidilebilecektir.

Borçlu temerrüdünün yasal sonuçlarından birini gecikme tazminatı oluşturmaktadır. Bu bağlamda borcun geç ifa edilmesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararlar kefilin sorumluluğunun kapsamına girmektedir. TBK md. 118⁶¹⁶ hükmüne göre asıl borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat edemezse alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı zararları karşılamak zorundadır. O halde borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığı durumlarda kefil de alacaklının zararından sorumlu olmayacaktır.

⁶¹⁵ BİLGE, Mesuliyet, s. 139; ÖZEN, Kefalet, s. 124; REİSOĞLU, Kefalet, s. 214-215; TANDOĞAN, s. 776

⁶¹⁶ TBK md. 118 hükmüne göre “Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”.

Temerrüt konusu borcun bir para olması halinde borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile temerrüt faizinden sorumlu olduğu için, kefaletle güvence altına alınan borcun para borcu olması halinde kefil de borçlunun kusurundan bağımsız olarak temerrüt faizinden sorumlu olacaktır. Doktrinde alacaklı ve borçlunun temerrüt faizi oranını belirlemeleri durumunda söz konusu faizin sözleşme faizi olmayacağı ve bu nedenle TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmünün uygulama alanına girmeyeceği ifade edilmektedir⁶¹⁷. Buna göre TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmünde sözleşme faizleri ile ilgili bir sınırlama getirmekte ve işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan yıla ait olan sözleşme faizlerinin kefilden talep edilebileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda alacaklı ve borçlunun belirlemiş oldukları temerrüt faizi oranının TBK md. 589/f.2 bent 3 anlamında akdi faiz sayılmayacağı için işlemiş ve işlemekte olan temerrüt faizinin tamamının kefilden azami sorumluluk miktarını aşmamak koşuluyla istenebileceği belirtilmektedir⁶¹⁸.

6102 sayılı TTK md. 7/f.1 c.2⁶¹⁹ hükmüne göre kefilin asıl borca ilişkin temerrüt faizinden sorumlu olabilmesi için borçlunun temerrüde düştüğü konusunda bir ihbarda bulunulması gerekmektedir. Kefile böyle bir ihbarda bulunulmaması halinde kefil temerrüt faizinden sorumlu olmayacaktır. İhbarın kefile borçlu temerrüde düştükten daha sonraki bir zamanda yapılması durumunda ise kefil ihbar kendisine ulaştıktan sonra işleyen faizden sorumlu olacaktır. 6098 sayılı TBK’da yer almayan bu hükmün TTK’da düzenlenmiş olması sebebiyle hükmün uygulama alanını ticari işlere kefalet oluşturacaktır. Dolayısıyla kefilin korunması açısından oldukça yerinde olan bu düzenleme adi işlere kefalette uygulanmayacak ve ticari bir borca kefil olan kimse adi bir borca kefil olan bir kimseye nazaran oldukça avantajlı durumda olacaktır. Zira TBK’na göre kefilin asıl borca ilişkin temerrüt faizinden sorumluluğu herhangi bir ihbar şartına bağlanmamıştır. Bu doğrultuda kefil azami sorumluluk sınırı içinde kalmak kalmak kaydıyla habersiz olduğu temerrüt faizinden de sorumlu olacaktır. TTK md. 7 hükmünde getirilen ihbar yükümlülüğü, TBK md. 590/f.3 hükmündeki muacceliyet bildirim ile karıştırılmamalıdır. Zira TBK md. 590/f.3 hükmü asıl borcun muacceliyetine yönelik bildirim kefile de yapılması

⁶¹⁷ BECK, Art. 499, N. 26; PESTALOZZI, Art. 499, N. 6; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 303; ÖZEN, Kefalet, s. 123

⁶¹⁸ PESTALOZZI, Art. 499, N. 6; ÖZEN, Kefalet, s. 124

⁶¹⁹ TTK md. 7/f.1 c.2’deki düzenleme şu şekildedir: “Ancak, kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez”.

gerekliliğine ilişkindir. TTK md. 7/f.1 c.2’de getirilen düzenlemenin TBK yerine TTK’da yer alması, kanun yapma tekniğine aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁶²⁰. Söz konusu hükmün yalnızca ticari borçlara kefalet halinde uygulanması, adi borçlara kefil olan kimselerin daha ağır bir sorumluluk taşımaya yol açacaktır. Bu tür bir ayırıma gitmek yerine hükmün kefil koruma amacı ön plana alınarak ticari olmayan işlere kefalette de TTK md. 7/f.1 c.2 hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁶²¹. Fikrimizce de adi bir borca kefil olan bir kimsenin ticari bir borca kefil olan kimseye göre daha ağır bir sorumluluk taşımaya yerine TTK md. 7/f.1 c.2 hükmünün kıyas yoluyla tüm kefalet sözleşmelerine uygulamak yerinde olacaktır.

TBK md. 119/f.1⁶²² hükmü gereğince borçlu temerrüde düştüğü takdirde beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan da sorumludur. Kefil de borçlu temerrüde düştükten sonra meydana gelebilecek kazalar sebebiyle oluşacak zararlardan sorumlu olacaktır. Ancak borçlu temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ya da borcu zamanında ifa etmiş olsaydı bile kazanın ifa konusuna zarar vereceğini ispatlarsa sorumluluk kurtulmaktadır (TBK md. 119/f.2)⁶²³. Bu bağlamda kefil, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığı ya da borçlu temerrüde düşmese dahi aynı kazanın vuku bulacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur⁶²⁴.

5.1.4. Dava ve Takip Masraflarından Dolayı Sorumluluğu

TBK md. 589/f.2 bent 2 hükmü gereğince kefilin sorumluluğuna borçlu hakkındaki dava ve takip masrafları da girmektedir. Kefilin borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerinden sorumluluğu adi kefaletin yanında müteselsil kefalet için de geçerlidir. Zira müteselsil kefalet sözleşmesinde alacaklının kefil yerine borçluyu takip etmeyi

⁶²⁰ AYDOĞDU, Murat/AYAN, Serkan, Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler, Ankara 2013, s. 188; KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 41

⁶²¹ AYDOĞDU/AYAN, s. 189

⁶²² TBK md. 119/f.1 hükmüne göre “*Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumludur*”.

⁶²³ TBK md. 119/f.2’deki düzenlemeye göre “*Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir*”.

⁶²⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 124; REİSOĞLU, Kefalet, s. 215

tercih ettiği olasılıkta, kefil borçlu hakkında yapılan takiple borçlu aleyhine açılan davanın masraflarından kefalet belgesinde el yazısıyla belirttiği azami sorumluluk miktarına kadar sorumlu olacaktır⁶²⁵.

TBK md. 589/f.2 bent 2 hükmündeki düzenleme EBK md. 490/f.2'de⁶²⁶ kefilin yalnızca dava masraflarından sorumlu olacağını şeklinde yer almaktaydı. Doktrinde ise dava masraflarının yanında takip giderlerinin de kefilin sorumluluğunun kapsamına girmesi gerektiği ifade edilmekteydi⁶²⁷. TBK'daki yeni düzenlemede ise İBK md. 499'daki düzenlemeye uygun olarak dava giderlerinin yanında takip giderlerinin de kefilin sorumluluğunun kapsamında olduğu hükme bağlanmıştır.

Alacaklının kefilden asıl borçlu aleyhine yaptığı takip ya da açtığı dava masraflarını talep edebilmesi için öncelikle kefil bu konudan haberdar olması ve kefile borcu ödeyebilmesi için uygun bir süre vermesi gerekmektedir. Eğer alacaklı kefil haberdar etmeyip borcu ödeyebileceği uygun zamanı tanımazsa yaptığı masrafları kefilden talep edemeyecektir. Bir başka deyişle kefile borçlu hakkındaki takip veya davayı önleme imkanı tanınmalıdır. Kefil, borçlu aleyhindeki dava veya takipten haberdar olmadığını ve bilgisi olsaydı borcu ödeyerek söz konusu dava veya takibi engelleyebileceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur⁶²⁸.

Alacaklı takip ve dava masraflarını yaparken iyiniyetli olması gerekir. Başka bir ifadeyle bu masrafları uygun bir şekilde ve zamanda yapmalıdır. Olağan giderleri aşan masrafları kefilden talep edebilmesi mümkün olmayacaktır⁶²⁹. Örneğin asıl borç muaccel olmadan yapılan takip veya açılan dava masrafları kefilden istenemez. Bunun gibi alacaklının takibe başlayıp kendi kusuruyla devam etmemesi halinde söz konusu takip giderlerini kefilden talep etmesi beklenemeyecektir⁶³⁰.

⁶²⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 215; TANDOĞAN, s. 777

⁶²⁶ EBK md. 490/f.2'deki düzenleme şu şekildeydi: "Kefil, alacaklının metalibini ifa ederek dava ikamesini bertaraf etmek için kendisine vakit ve zamaniyle ihtar vuku bulmuş olmadıkça asıl borçlu aleyhine ikame olunan dava masraflarını edaya mecbur değildir".

⁶²⁷ BİLGE, Mesuliyet, s. 146; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 163; TANDOĞAN, s. 776

⁶²⁸ GÜMÜŞ, C. II, s. 368; ÖZEN, Kefalet, s. 126; REİSOĞLU, Kefalet, s. 215; TANDOĞAN, s. 777; PESTALOZZİ, Art. 499, N. 8

⁶²⁹ GIOVANOLİ, Art. 499, N. 13; PESTALOZZİ, Art. 499, N. 8; GÜMÜŞ, C. II, s. 368; ÖZEN, Kefalet, s. 126

⁶³⁰ GÜMÜŞ, C. II, s. 368

Alacaklının asıl borç için verilmiş olan rehinleri paraya çevirmesinin, asıl borçluya karşı yapılacak olan takibin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu bağlamda rehinlerin paraya çevrilmesi için yapılacak masrafin da kefilin sorumluluğu kapsamında düşünülmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Zira İİK md. 45 hükmü doğrultusunda alacaklı asıl borçluyu takip etmeden önce mevcut rehinleri paraya çevirmek zorundadır. Bu nedenle de rehnin paraya çevrilmesi işleminin borçlu hakkında yapılacak takibin bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği ve kefilin bu amaçla oluşacak masraflardan sorumlu olacağı belirtilmektedir⁶³¹.

Asıl borç muaccel olup da kefilin borcunun henüz muaccel olmadığı bir olasılıkta alacaklı, borçlu aleyhine yapacağı takip veya açacağı davadan kefil zamanında bilgilendirse bile söz konusu masraflardan kefil sorumlu olmayacaktır. Zira kefilin borcu muaccel olmadan borçlu hakkındaki takip ve dava masraflarına ilişkin bir yükümlülüğü söz konusu olamaz⁶³².

Kefilin borçlu hakkındaki takip ve dava masraflarından sorumluluğu kefalet belgesinde belirtilen azami sorumluluk miktarıyla sınırlıdır⁶³³. Ancak kefilin kendi hakkında yapılacak takip ve dava masraflarından sorumluluğu TBK md. 589/f.2 bent 2 kapsamında değildir. Bu nedenle kefil hakkında açılan dava ve yapılan takip masrafları bakımından sorumluluğunun üst sınırıyla bağlı değildir. Söz konusu masraflardan kefil herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan sorumlu olacaktır⁶³⁴.

Birlikte müteselsil kefalet durumunda ise diğer kefiller hakkında yapılan takip ve dava giderleri TBK md. 589/f.2 bent 2 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu bağlamda birlikte kefillerden biri aleyhine yapılan takip ve dava masrafları diğer kefillerden talep edilemez⁶³⁵. Aynı şekilde borçlunun, aleyhine açılan davaya karşılık olarak açmış olduğu davanın masrafları da kefilin sorumluluğuna girmemektedir⁶³⁶.

⁶³¹ ÖZEN, Kefalet, s. 125

⁶³² BECK, Art. 499, N. 32; ÖZEN, Kefalet, s. 126; REİSOĞLU, Kefalet, s. 215; TANDOĞAN, s. 777

⁶³³ GIOVANOLI, Art. 499, N. 13; PESTALOZZI, Art. 499, N. 8

⁶³⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 125; TANDOĞAN, s. 777

⁶³⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 499, N. 32; PESTALOZZI, Art. 499, N. 8; GÜMÜŞ, C. II, s. 368; ÖZEN, Kefalet, s. 125; REİSOĞLU, Kefalet, s. 216; TANDOĞAN, s. 777

⁶³⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 216

TBK md. 589/f.2 bent 2 hükmündeki düzenlemeye göre kefile rehinlerin teslimi ve rehin haklarının devri için yapılan masraflar da kefilin sorumluluğunun kapsamına girmektedir. Kefil, alacaklıya yapacağı ifa sonrasında alacaklının haklarına halef olacağından asıl borç için verilmiş olan rehinler de kendiliğinden kefile geçecektir. Söz konusu geçiş maddi hukuk anlamında kendiliğinden gerçekleşse de şekli açıdan yapılması gereken bir takım işlemler bulunacaktır. Bu bağlamda resmi sicillerinde kefilin söz konusu rehin haklarına sahip olduğunu yansıtması gerekecektir. Rehlin alacaklıdan kefile geçirilmesi için yapılacak olan şekli masraflarında kefilin sorumluluğunda olacağı TBK md. 589/f.2 bent 2’de hükme bağlanmıştır⁶³⁷.

TBK md. 589/f.2 bent 2 hükmü emredici olmadığından alacaklı ve kefilin aksini kararlaştırmaları mümkündür. Bu bağlamda kefilin, borçlu hakkındaki dava ve takip giderlerinden veya rehinlerin alacaklıdan kefile geçirilmesi için yapılacak masraflardan sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmalar yapılabilir. Aynı şekilde kefilin sorumlu olacağı dava ve takip masraflarını genişleten veya kefilin bu masraflardan sorumlu olabilmesinin TBK md. 589/f.2 bent 2’de belirtilen koşulları kaldıran anlaşmalar da yapılabilecektir. Ancak söz konusu anlaşmalar kefilin sorumluluğunu arttırdığından kefalet sözleşmesi için öngörülen şekilde yapılması zorunlu olacaktır⁶³⁸.

5.1.5. İşlemiş 1 Yıllık ve İşlemekte Olan Akdi Faiz

TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmünde işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerin kefilin sorumluluğunun kapsamında olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde düzenlenen faizler madde metninde de belirtildiği gibi akdi faizlerdir. Bu nedenle temerrüt faizi bu hükmün kapsamında değildir. Para borçları için yasada öngörülen temerrüt faizinin sözleşmede kararlaştırılmasına gerek yoktur. Temerrüt faizi borçlunun temerrüdünün kanundan kaynaklanan bir sonucudur. Bu nedenle daha önce de belirtildiği gibi temerrüt faizi TBK md. 589/f.2 bent 1 kapsamında değerlendirilmelidir. Bunun doğal bir sonucu

⁶³⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 368; ÖZEN, Kefalet, s. 126

⁶³⁸ BECK, Art. 499, N. 3; ÖZEN, Kefalet, s. 126-127

olarak kefil, temerrüt faizinden herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmadan kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacaktır. Akdi faizler bakımından ise kefilin sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Kefilin sözleşmede kararlaştırılan faizlerin işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan kısmına kadar sorumlu olması yasada öngörülmüştür⁶³⁹.

TBK md. 589/f.2 bent 3’de kefilin sorumlu olacağı akdi faizlerin işlemiş 1 yıl ve işlemekte olan yıla ait olacağı yönünde bir sınırlama getirilmiş olmakla beraber söz konusu faizlerin geriye doğru ne zamandan itibaren başlamış sayılacağı ve dolayısıyla işlemekte olan yıla ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Doktrinde yıllık sürenin hesaplanmasında asıl borç ilişkisinin hükümlerini doğurduğu tarihin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre kefilden talepte bulunulduğunda o yıla ait vadenin bitme tarihinden geriye doğru 1 yıl hesaplanarak işlemiş 1 yıllık sözleşme faizi belirlenmiş olacaktır. İşlemekte olan yıla ait olan faizler içinse son vade tarihinin bitiminden kefilden talepte bulunulduğu zamana kadar geçen süre dikkate alınacaktır⁶⁴⁰. Bir örnekle ifade edilecek olursa, alacaklı ve borçlunun 01.01.2011 tarihinde yaptıkları bir tüketim ödünçü (karz) sözleşmesinde⁶⁴¹ yıllık faiz oranı %5 olarak belirlenmiştir. Alacaklı kefilden ödenmeyen akdi faizlere ilişkin 01.05.2013 tarihinde talepte bulunmuştur. İşlemiş 1 yıllık faize ait vadenin dolma süresi 01.01.2013’tür. TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmüne göre kefilden işlemiş 1 yıllık akdi faiz talep edilebileceğinden kefil 01.01.2012-01.01.2013 tarihleri arasındaki akdi faizden sorumlu olacaktır. Görüldüğü gibi kefil 01.01.2011-01.01.2012 tarihleri arasında işleyen faizden sorumlu olmayacaktır. İşlemekte olan faizlere ilişkin sorumluluğu ise 01.01.2013 tarihinden kendisinden talepte bulunulan 01.05.2013 tarihine kadar ki zaman dilimini kapsayacaktır. Doktrinde faizin vade tarihi ile kefilden talepte bulunulma tarihinin aynı zaman olması halinde kefilin işlemiş 1 yıllık faizden sorumlu olacağı ancak işletmekte olan faizlere ilişkin bir

⁶³⁹ BECK, Art. 499, N. 26; GIOVANOLİ, Art. 499, N. 14; PESTALOZZİ, Art. 499, N. 10; ÖZEN, Kefalet, s. 127; REİSOĞLU, Kefalet, s. 216; TANDOĞAN, s. 777-778

⁶⁴⁰ GÜMÜŞ, C. II, s. 369; ÖZEN, Kefalet, s. 128

⁶⁴¹ Akdi faize ilişkin düzenlemelere en çok tüketim ödünçü (karz) sözleşmelerinde rastlanmaktadır. Tüketim ödünçü (karz) sözleşmelerindeki akdi faize ilişkin TBK md. 388/f.2’deki düzenlemeye göre “Sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, belirlenen faiz, yıllık olarak ödenir”. Bu bağlamda asıl borç ilişkisine ait sözleşmede taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, akdi faizin yıllık olarak ödeneceğine ilişkin TBK md. 388/f.2 hükmünün işlemiş 1 yıl ve işlemekte olan faizin tespitinde kıstas olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. REİSOĞLU, Kefalet, s. 217

yükümlülüğünün bulunmayacağı ifade edilmektedir⁶⁴². Buna göre yukarıda verilen örnekte kefiliden 01.01.2013 tarihinde talepte bulunursa kefil yalnızca 01.01.2012-01.01.2013 tarihleri arasındaki akdi faizden sorumlu olacaktır.

TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmünde ayrıca tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerinin de kefilin sorumluluğunun kapsamında olacağı düzenlenmiştir.

Cari hesap sözleşmeleri bakımından ise işlemiş faizler anaparaya eklenerek bakiye belirlendiğinden TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmü uygulanmayacak ve kefil işlemiş bütün faizlerden hesabın bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu sorumlu olacaktır⁶⁴³.

Kefilin işlemiş 1 yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizlerden sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 589/f.2 bent 3 hükmü emredici değildir. Dolayısıyla taraflar kefilin akdi faizlerden sorumlu olmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi yalnızca işlemiş 1 yıllık ya da yalnızca işlemekte olan yıla ait faizlerden sorumlu olacağını düzenleyebilirler. Bu şekilde kefilin sorumluluğunu azaltan bir anlaşma şekle tabi olmadan yapılabilecektir. Ancak tarafların akdi faizler için öngörülen süre sınırlamasını kaldırmaları ya da kefilin 2 senelik işlemiş faizlerden sorumlu olacağını kararlaştırmaları gibi kefilin sorumluluğunun artırılması durumlarında yapılan anlaşma, kefalet sözleşmesinin şekline tabi olacaktır⁶⁴⁴.

5.2. KEFİLİN SORUMLULUĞU OLACAĞI AZAMI MİKTARIN KEFALET BELGESİNDE GÖSTERİLMESİ ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN TBK MD. 583/F.1 HÜKMÜ İLE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMINI BELİRLEYEN TBK MD. 589 HÜKMÜ ARASINDAKİ İLİŞKİ

818 sayılı EBK'nun 484'üncü maddesinde kefilin sorumlu olacağı belli bir miktarın kefalet sözleşmesinde gösterilmesi zorunluydu. Ancak söz konusu sorumluluk

⁶⁴² BİLGE, Mesuliyet, s. 149; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 165

⁶⁴³ BECK, Art. 499, N. 25; ÖZEN, Kefalet, s. 128; REİSOĞLU, Kefalet, s. 217

⁶⁴⁴ BECK, Art. 499, N. 23; ÖZEN, Kefalet, s. 127-128

miktarının kapsamına nelerin girdiği belirsizdi. Zira kefilin sorumluluğuna asıl borçla birlikte EBK md. 490'da sorumluluk kalemleri de girmektedir. Bu bağlamda kefilin asıl borcun yanında borçlunun temerrüdünden ya da takip giderlerinden veya akdi faizden sorumlu olması durumunda söz konusu sorumluluğunun kefalet belgesinde belirtilen miktarla mı sınırlı olacağı konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktaydı. İBK'nda ise 1942 yılında yapılan değişiklikten sonra md. 499/f.1'de kefilin sorumluluğunun her zaman için kefalet belgesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olacağı hükme bağlanmıştır⁶⁴⁵. Doktrinde ise EBK md. 484 gereğince kefalet belgesinde gösterilecek miktarın kefilin bütün sorumluluklarının üst sınırı olacağı baskın görüş olarak kabul edilmekteydi⁶⁴⁶. Yargıtay kararları da bu yöndeydi⁶⁴⁷.

818 sayılı EBK zamanında kefilin sorumlu olacağı azami miktarın neleri kapsadığına ilişkin belirsizlik, 6098 sayılı TBK ile yasal bir zemine oturmuştur. TBK md. 589/f.1'deki⁶⁴⁸ düzenlemede kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. TBK md. 589/f.1'deki düzenlemenin yanında ikinci fıkrada da 3 bent halinde sayılan sorumluluk

⁶⁴⁵ FORRER, s. 364; FOUNTOULAKIS, Christiana, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması (Çeviren Ar. Gör. Mine Tan Dehmen), Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, 317; GIOVANOLI, Art. 499, N. 1

⁶⁴⁶ BARLAS, Sorunlar, s. 54; BİLGE, Borçlar Hukuku, s. 381; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 153; TANDOĞAN, s. 780

⁶⁴⁷ Yarg. 13. HD'nin T. 18.2.2003, E. 2002/12935, K. 2003/1555 sayılı kararına göre "Borçlar Kanunu 484. maddesi ve Yargıtay 12.4.1944 tarih 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kefaletin yazılı şekle tabi olacağı ve kefilin sorumlu olacağı muayyen bir meblağla sınırlı tutulması gerektiği öngörülmüştür. Yasanın bu hükmü kefaletin geçerlilik koşullarındandır. Her ne kadar sözleşmenin 18. maddesinde "kefilin kefaleti kiracı konutta oturduğu müddetçe ve mecuru boşaltsa dahi oturduğu süre içindeki borçları bitene kadar devam eder. Bu kefaleti müteselsilen kefalettir" ibaresi varsa da yasanın açıklanan buyurucu bu hükmü gereğince kefilin sorumlu olacağı muayyen miktar açıkça gösterilmediğinden kefaletin kira parasına ilişkin kısmı dışındaki hükümleri geçersizdir. Kefil bu durumda sadece ödenmeyen kira bedeli ile sorumludur. Kira bedeli dışında hor kullanma, elektrik, su bedeli, yeniden tamir ve kiraya verme süresinden doğan alacaklardan müteselsil kefilin sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırıdır. Bu kalem isteklerin reddi yerine kabulü hükmün bozulmasını gerektirmiştir." Karar için bkz. www.kazanci.com. Benzer şekilde Yarg. 19. HD'nin T. 20.1.2010, E. 2009/2902, K. 2010/284 sayılı kararı ise şu şekildedir: "... Mahkemece sözleşmede kefalet limitinin olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davalı icra takip dosyasında yaptığı itirazında; sözleşme limitinin 25000 TL olduğunu belirterek, bu miktarı icra dosyasına yatırmış olup, bakiye borç için takibin durdurulmasını talep etmiştir. Bu sebeple mahkemenin, kefaletin geçerli olmadığına ilişkin gerekçesi doğru değil ise de kefilin kefalet limitini aşan borçtan sorumlu tutulması mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmesi sonucu itibarıyla doğrudur. Bu sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438, son hükmü uyarınca sonucu itibarıyla doğru olan kararın gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." Karar için bkz. www.kazanci.com

⁶⁴⁸ TBK md. 589/f.1'deki düzenlemeye göre "Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur".

kalemlerinin toplamının kefalet belgesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu iki düzenleme doğrultusunda kefilin asıl borcun yanında diğer kanuni sorumluluklarının da toplamı kefalet belgesinde belirtilen üst sınıra kadar olacaktır. Bunun dışında kefilin sözleşmesel sorumluluklarının da öngörülmesi halinde yine sorumluluk kalemlerinin toplamı kefilin sorumlu olacağı azami miktarla sınırlı olacaktır.

Kefalet belgesinde gösterilen sorumluluğun üst sınırının asıl borç tutarından düşük ya da yüksek olması mümkün olabilecektir. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın asıl borç tutarında düşük olması durumunda kefil yine kefalet belgesinde gösterilen üst sınıra kadar sorumlu olacaktır. Bu bağlamda alacaklının kefilin bulunabileceği talepler de sınırlı olacaktır. Benzer şekilde asıl borç tutarı ile kefilin sorumluluğunun aynı olması halinde de alacaklının borçlunun kusuru veya temerrüdü gibi nedenlerle asıl borç miktarını aşan talepleri kefilin sorumluluk sınırını aşamayacaktır. Bu doğrultuda alacaklının yalnızca asıl borcu değil ayrıca kefilin diğer sorumluluk kalemlerini de göz önünde bulundurması yerinde olacaktır⁶⁴⁹.

Kefilin sorumluluğunun kefalet belgesinde gösterilen tutarla sınırlı olması, kefilin kendisinin temerrüde düşmesi ya da hakkında takip yapılması veya dava açılması halinde söz konusu olmayacaktır. Söz konusu durumlarda kefilin sorumluluğu herhangi bir sınırlamaya tabi değildir⁶⁵⁰. Zira TBK md. 589/f.1 ve f.2’de öngörülen sınırlama asıl borç ilişkisine ilişkindir.

6. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN GERÇEKLEŞMESİNİN ŞARTLARI

6.1. GENEL OLARAK

Alacaklının müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilmesi için hem asıl borca hem de kefalet sözleşmesine ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Müteselsil kefilin sorumluluğunun asıl borca yönelik şartlarından birincisi asıl borcun muaccel

⁶⁴⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 136

⁶⁵⁰ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 305; ÖZEN, Kefalet, s. 137; REİSOĞLU, Kefalet, s. 211

olmasıdır. Asıl borç muaccel olmadığı takdirde alacaklı müteselsil kefilin sorumluluğuna gidemeyecektir. Diğer şart ise müteselsil kefilin borcunu ifadan kaçınabileceği asıl borca ilişkin herhangi bir def'i ve itirazın bulunmamasıdır. TBK md. 591/f.1 gereğince kefilin asıl borçluya ait olan def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilmesi kendisi için hem bir hak hem de yükümlülüktür. Bu sebeple kefilin borcunu ifa etmekten kaçınmasına imkan verecek asıl borçluya ait herhangi bir savunma imkanının varlığı halinde alacaklı kefilin sorumluluğuna gidemeyecektir.

Müteselsil kefilin sorumluluğunun gerçekleşmesinin diğer şartları ise kefalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre kefilin borcu muaccel olmadığı takdirde alacaklı kefilden ifa talep edemeyecektir. Bunun dışında müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ve alacaklının kefilin sorumluluğuna gitmesini engelleyecek bir savunma imkanı bulunduğu müddetçe kefil ifadan kaçınabilecektir.

Müteselsil kefilin sorumluluğunun gerçekleşmesinin muacceliyete ve diğer savunma imkanlarına dayanan şartları çalışmamızın diğer bölümlerinde ayrıntılı olarak incelendiğinden bu bölümde yalnızca müteselsil kefalet sözleşmesine özgü şartlar çerçevesinde kefilin sorumluluğunun gerçekleşmesi incelenecektir.

6.2. ALACAKLININ ASIL BORÇLUYA İHTAR GÖNDERMESİ

TBK md. 586/f.1'deki düzenlemeye göre alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için öncelikle borçlunun ifada gecikmesi gerekir. Ancak borçlunun yalnızca ifada gecikmesi yeterli olmayıp ayrıca alacaklının borçluya bir ihtar göndermesi ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Söz konusu hükümde borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde ihtara gerek olmadan alacaklının kefilin takip edebileceği belirtilmiştir. Müteselsil kefalet sözleşmesi için 6098 sayılı TBK ile getirilen bu düzenleme 818 sayılı EBK'nda bulunmamaktaydı. Bu doğrultuda alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için herhangi bir ihtar zorunluluğu öngörülmemiştir. Buna göre EBK zamanında alacaklı, asıl borç ve kefalet borcu muaccel olduğu takdirde borçlunun ödeme gücü yerinde olsa bile ister borçluyu isterse de müteselsil kefilin takip edebilmekteydi. Önemli olan husus asıl borcun muaccel olmasına karşın borçlunun ifada gecikmesiydi. İfade geciken borçluya alacaklı tarafından ihtar gönderilmesi gerekmemekteydi. Bu kapsamda

borçlu ifada geciktiği ve kefalet borcu da muaccel olduğu takdirde ve kefilin ileri sürebileceği asıl borçluya ya da kendisine ait herhangi bir savunma imkanı bulunmaması durumunda alacaklı doğrudan müteselsil kefil takip edebilmekteydi. 6098 sayılı TBK’nda ise İBK md. 496/f.1 hükmüne uygun olarak alacaklıya borçluya ihtarda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.

Alacaklının borçluya ihtar yükümlülüğünün doğması için öncelikle asıl borcun muaccel olması ve buna rağmen borçlunun borcunu ifa etmemiş olması gerekir. Borçlunun ifada gecikmesi demek TBK md. 117 vd. hükümleri kapsamında borçlunun temerrüde düşmesi demek değildir. O halde alacaklının müteselsil kefil takip edebilmek için önce asıl borçluyu temerrüde düşürmesi gerekmeyecektir. Bu bağlamda alacaklının müteselsil kefil takip edebilmesi için borçluya TBK md. 586/f.1 kapsamında göndereceği ihtarın temerrüt ihtar olması da şart değildir. Önemli olan husus borcun muaccel olmasına karşın borçlu tarafından alacaklıya ifada bulunulmamış olmasıdır⁶⁵¹. Dolayısıyla asıl borçlu temerrüde düşmüş olmasa bile alacaklı tarafından borçluya gönderilecek bir ihtar sonrası kefil takip edilebilecektir. Bu durum özellikle borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarla gerek olmayan durumlarda önem arz edecektir. TBK md. 117/f.2⁶⁵² hükmünde sayılan hallerde borçluyu temerrüde düşürmek için ihtarla gerek olmasa da alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için borçluya ihtar göndermesi gerekecektir⁶⁵³.

TBK md. 590/f.3’deki düzenlemeye göre asıl borcun muaccel olması, alacaklı ya da borçlunun önceden süre içeren bir bildirimde bulunmasına bağlı ise, söz konusu bildirim kefile de yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla kefile böyle bir bildirimde bulunulmadığı takdirde kefil için asıl borcun ifasında gecikme koşulu gerçekleşmiş olmayacaktır⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ BECK, Art. 496, N. 20; BARLAS, Yenilikler, s. 223; GÜMÜŞ, C. II, s. 347; ÖZEN, Kefalet, s. 296-297; ÖZEN, Müteselsil, s. 486; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 682; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 674

⁶⁵² TBK md. 117/f.2’deki düzenlemeye göre “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşmenin iyiniyetli olduğu hallerde temerrüt için bildirim şarttır”.

⁶⁵³ BECK, Art. 496, N. 20; GIOVANOLI, Art. 496, N. 16; PESTALOZZI, Art. 496, N. 7; GÜMÜŞ, C. II, s. 347; ÖZEN, Kefalet, s. 298; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 682

⁶⁵⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 297

Asıl borçlunun ifada gecikmesinin kabulü için herhangi bir sürenin geçmesi gerekmemektedir. Bu doğrultuda borç muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmemiş olması yeterli olacaktır⁶⁵⁵. Ancak doktrinde asıl borç muaccel olduktan sonra borçlunun ifada gecikmesinin kabulü için makul bir bekleme sürenin bulunması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶⁵⁶. Fikrimizce borçlunun ifada gecikmesinin kabulü için belli bir süre beklenmesi şart değildir. Borç muaccel olduktan sonra borçlunun ifayı gerçekleştirilmemiş olması yeterlidir. Ancak TBK md. 586/f.1 hükmüne göre alacaklının borçluya yalnızca ihtarda bulunması yeterli olmayacak aynı zamanda ihtarın sonuçsuz kalması da gerekecektir. Bu çerçevede ihtarın sonuçsuz kaldığının kabulü için iş hayatındaki yaygın anlayışa göre makul bir sürenin geçmesi gereklidir⁶⁵⁷. Söz konusu süre ihtarda belirtilebilir ancak ihtarın geçerliliği için belli bir süre içermesi zorunlu değildir⁶⁵⁸. İhtarın bir süre içermemesi halinde ise iş hayatındaki yaygın anlayış doğrultusunda makul bir sürenin geçmesi ihtarın sonuçsuz kaldığının göstergesi olacaktır.

Alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için asıl borçluyu takip etmesi ve yapılan takip sonucunda alacağını elde edememesi gibi bir zorunluluk yoktur. Alacaklının önce asıl borçluyu takip etmesi zorunluluğu adi kefaletle özgü bir durumdur. Ancak alacaklı dilerse müteselsil kefalet sözleşmesinde de önce asıl borçluyu takip etme yoluna başvurabilir. Bu durum alacaklının tercihi kapsamında olacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki alacaklının asıl borçluya ihtar göndermesi ve ihtarın sonuçsuz kalması asıl borçlunun takip edilmesi zorunluluğu anlamına gelmemektedir⁶⁵⁹. Bu doğrultuda ihtarın sonuçsuz kalması demek borçlunun ihtara rağmen alacaklıya ifada bulunmamasını ifade etmektedir.

⁶⁵⁵ BECK, Art. 496, N. 20; ÖZEN, Kefalet, s. 297; ÖZEN, Müteselsil, s. 487

⁶⁵⁶ GUHL, Theo, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942, s. 58

⁶⁵⁷ Aynı yönde GÜMÜŞ, C. II, s. 348; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

⁶⁵⁸ BECK, Art. 496, N. 20; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 299; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 682

⁶⁵⁹ BECK, Art. 496, N. 20; BARLAS, Yenilikler, s. 224; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 297

Alacaklının asıl borç muaccel olmadan önce borçluya ihtar göndermesi halinde ihtar şartı yerine gelmiş olmayacaktır. Böyle bir durumda alacaklının borç muaccel olduktan sonra borçluya tekrar ihtar göndermesi gerekir⁶⁶⁰.

Alacaklının asıl borçluya göndereceği ihtar sonrasında borçlu kısmi ifada bulunmak istediği takdirde alacaklı iki şekilde hareket edebilir. İlk olasılıkta alacaklı kısmi ifayı kabul etmeyerek müteselsil kefile başvurma yoluna gidebilir. Diğer bir olasılık olarak da alacaklı borçlunun yaptığı kısmi ifayı kabul edebilir. Böyle bir durumda alacaklının borçluya gönderdiği ihtarın sonuçsuz kalmış sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla alacaklının müteselsil kefile başvurup başvuramayacağı konusunda herhangi bir düzenleme yoktur. Fikrimizce borçlu tarafından yapılan kısmi ifada da ihtarın sonuçsuz kaldığının kabulü gerekir. Buna göre borçlunun ifa etmediği kısım bakımından ihtar şartı gerçekleşmiş olacak ve alacaklı müteselsil kefile başvurabilecektir. Doktrinde isabetli bir şekilde borçlunun alacaklı tarafından yapılan ihtara rağmen borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda da ihtarın sonuçsuz kaldığının kabulünün gerekeceği ifade edilmektedir⁶⁶¹.

Alacaklı tarafından borçluya yapılacak ihtar geçerlilik bakımından herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak ispat kolaylığı bakımından yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır⁶⁶². İhtarda alacaklının borçludan ifada bulunmasını talep etmesi yeterlidir.

TBK md. 586/f.1 hükmünde yer alan ihtar şartı emredici niteliktedir⁶⁶³. Bu kapsamda müteselsil kefilin ihtar şartından önceden feragat ederek asıl borç muaccel olduğu takdirde alacaklının kendisini takip edebileceğini belirtmesi geçersiz kabul edilecektir.

⁶⁶⁰ BECK, Art. 496, N. 20; PESTALOZZI, Art. 496, N. 7; STAFFELBACH, Art. 496, N. 4; ÖZEN, Kefalet, s. 297

⁶⁶¹ BECK, Art. 496, N. 20; GIOVANOLI, Art. 496, N. 21; ÖZEN, Kefalet, s. 299

⁶⁶² BECK, Art. 496, N. 21; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 299; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

⁶⁶³ BECK, Art. 496, N. 18; GIOVANOLI, Art. 496, N. 18; ÖZEN, Kefalet, s. 297; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 674

6.2.1. İhtar Gönderilmesine Gerek Olmayan Durumlar

TBK md. 586/f.1 hükmüne göre asıl borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde ise alacaklının borçluya ihtar göndermesi gerek olmadan müteselsil kefilî takip edebilecektir. Ancak ihtar zorunluluğunun ortadan kalkması ve bu doğrultuda müteselsil kefilin takip edilebilmesi için asıl borcun muaccel olması ve borçlunun ifada gecikmesi gerekmektedir.

Borçlunun iflas etmesi ya da borçlu hakkında konkordato mehli verilmesi durumlarında borçlunun açıkça bir ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu kuşku yoktur. Bu çerçevede borçlu iflas ettiği ya da hakkında konkordato mehli verildiği hallerde alacaklı, borçluya herhangi bir ihtar göndermeden müteselsil kefile başvurabilecektir. Bunun dışında borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınması da borçlunun ödeme güçsüzlüğünün bir göstergesi olduğundan böyle bir durumda da alacaklının borçluya ihtar gönderme zorunluluğu ortadan kalkacaktır⁶⁶⁴. Kesin aciz belgesini mutlaka müteselsil kefalet sözleşmesinin tarafı olan alacaklının alması gerekmez. Borçluyu takip eden başka bir alacaklının aldığı kesin aciz belgesi de borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu ispatı olacaktır⁶⁶⁵. Asıl borçlu hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmişse o takdirde borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğu kanaat getirilemeyecek ve bu kapsamda alacaklının borçluya ihtar göndermesi gerekecektir⁶⁶⁶.

TBK md. 586/f.1'deki düzenlemede ihtar şartının ortadan kalkmasının koşulu olarak yalnızca borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması belirtilse de doktrinde asıl borçlu aleyhine Türkiye'de takibin imkansız hale gelmesi veya çok güç olması durumunda da alacaklının borçluya ihtarda bulunmadan müteselsil kefilî takip edebileceği ifade edilmektedir. Zira alacaklının borçluyu takip etmesine gerek olmadan adi kefile başvurabileceği bir imkan da borçluyu Türkiye'de takip etmenin imkansız ya da çok güç olmasıdır. Alacaklı söz konusu durumda adi kefile

⁶⁶⁴ BECK, Art. 496, N. 22; GIOVANOLI, Art. 496, N. 22; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 299; ÖZEN, Müteselsil, s. 489; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

⁶⁶⁵ BECK, Art. 496, N. 22; GIOVANOLI, Art. 496, N. 22; STAFFELBACH, Art. 496, N. 4; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 299-300; ÖZEN, Müteselsil, s. 489

⁶⁶⁶ PESTALOZZI, Art. 498, N. 8a; ÖZEN, Kefalet, s. 300; ÖZEN, Müteselsil, s. 489

başvurabildiğine göre aynı sonucu müteselsil kefalet sözleşmesinde de kabulü etmek gerekir⁶⁶⁷.

6.3. TESLİME BAĞLI TAŞINIR REHNİ VE ALACAK REHNİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Alacaklının müteselsil kefil takip edebilmesi için ifada geciken borçluya ihtar çekmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması yeterli olmamakta bunun dışında alacağın teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehniyle güvence altına alınmış olması halinde söz konusu rehinlerin paraya çevrilmesi gerekmektedir. EBK zamanında müteselsil kefilin rehni paraya çevrilmesi def'inden yararlanması söz konusu olmamaktaydı. Dolayısıyla müteselsil kefil, kendisine başvuran alacaklıya öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği savunmasını yapamamaktaydı. 6098 sayılı TBK ile müteselsil kefile, sınırlı olarak rehni paraya çevrilmesi savunması imkanı tanınmıştır. Buna göre müteselsil kefil, kefaletle güvence altına alacağın teminatı olan teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni için öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiğini def'i olarak ileri sürebilecektir.

Müteselsil kefil, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni bakımından rehni paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilmekle birlikte rehni ne zaman ve kim tarafından verildiğinin önemli olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre müteselsil kefilin rehni paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği rehinlerin TBK md. 596/f.2 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. TBK md. 596/f.2'de alacaklıya ifada bulunan kefilin yalnızca kefalet anında var olan veya kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlu tarafından ve alacağın özel güvencesi olarak verilen rehinlere halef olacağı düzenlemesi yer almaktadır. Müteselsil kefilin de önce rehinlerin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebileceği rehinler yalnızca kanuni halefiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek olanlardır. Dolayısıyla müteselsil kefil, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada mevcutsa alacaklıya önce rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürebilir. Söz konusu rehinler kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra

⁶⁶⁷ BECK, Art. 496, N. 22; GIOVANOLÌ, Art. 496, N. 22a; PESTALOZZI, Art. 496, N. 9; GÜMÜŞ, C. II, s. 348; ÖZEN, Kefalet, s. 300; ÖZEN, Müteselsil, s. 489-490; REİSOĞLU, Kefalet, s. 170

verilmişse o takdirde yalnızca asıl borçlu tarafından ve alacağın özel güvencesi olarak verilenler için önce rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği savunmasında bulunabilir⁶⁶⁸. Bir diğer görüşe göre müteselsil kefilin rehinlerin öncelikle paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilmesi için rehinlerin kim tarafından ve ne zaman verildiğinin önemi yoktur. Buna göre müteselsil kefil, alacaklı kendisinden talepte bulunduğu zaman mevcut olan bütün teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni bakımından öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği savunmasında bulunabilir. Bunun yanında rehni asıl borçlu ya da üçüncü kişi tarafından verilmiş olması da bir önem arz etmeyecektir. Zira TBK md. 592/f.1 kapsamında alacaklının korumakla yükümlü olduğu ve TBK md. 596/f.2 gereğince kefile halefiyet yoluyla geçecek olan rehinlerin kapsamına ilişkin sınırlamalar, rehinlerin paraya çevrilmesi def'i bakımından geçerli değildir. Söz konusu düzenlemeler kanuni halefiyetle ilgilidir⁶⁶⁹. Fikrimizce de ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Bu doğrultuda müteselsil kefil, alacaklının ifa talebi esnasında mevcut olan teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilecektir. Zira TBK md. 596/f.2'de öngörülen sınırlama kefilin kanuni halefiyet hakkına ilişkindir. Aynı sınırlamayı müteselsil kefilin sahip olduğu rehni paraya çevrilmesi savunması bakımından uygulamak kanun koyucunun kefilini himaye amacına aykırı düşer. Müteselsil kefilin rehni paraya çevrilmesi def'inden yalnızca teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni bakımından yararlandığı gözönüne alınırsa ikinci bir sınırlandırmaya gitmek müteselsil kefilin durumunu daha da ağırlaştırmak olacaktır. Aynı şekilde İBK md. 496/f.2'de de benzer bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu sebeple TBK md. 586/f.2'de yapılan ayırım yalnızca rehinlerin türüne yöneliktir. Rehni kim tarafından ve ne zaman verildiği bir önem arz etmeyecektir.

Teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni kavramlarının geniş düşünülmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bu doğrultuda teslim bağli taşınır rehni'nin kapsamına ipotekli borç senedi ve irat senedinin de girmesi gerektiği ifade edilmektedir. Her ne kadar ipotekli borç senedi ve irat senedi taşınmaz rehni türleri arasında yer alsada kıymetli evrak niteliği taşınmaları ve kıymetli evrak rehni'nin de teslim bağli taşınır

⁶⁶⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 171

⁶⁶⁹ BECK, Art. 496, N. 28; PESTALOZZI, Art. 496, N. 11; GÜMÜŞ, C. II, s. 349; ÖZEN, Müteselsil, s. 491-492; ÖZEN, Kefalet, s. 302 ve dipnot 675

rehni olarak değerlendirilmesi sebebiyle söz konusu rehinler bakımından kefilin önce rehlin paraya çevrilmesi savunmasını yapabileceği belirtilmektedir⁶⁷⁰. Fikrimizce ipotekli borç senedi ve irat senedinin taşınmaz rehni türleri arasında yer alması, teslimine bağlı taşınır rehni olarak kabul edilmesine engeldir. Kıymetli evrak niteliği taşınmaları da bu sonucu değiştirmeyecektir.

Doktrinde taşınır üzerindeki hapis hakkı bakımından da genişletici yorumla aynı sonuca varılabileceği ve dolayısıyla alacaklının üzerinde hapis hakkına sahip olduğu taşınırın da TBK md. 586/f.2 çerçevesinde değerlendirileceği ifade edilmektedir⁶⁷¹. Bunun dışında TBK md. 586/f.2 hükmünde yalnızca alacak hakkı üzerinde kurulan rehinler bakımından müteselsil kefilin rehlin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabileceği belirtilse de öğretilerde alacak hakkı dışında kalan hak rehinlerinin de hükmün kapsamında sayılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷². Buna göre ortaklık payları üzerindeki rehinler için de müteselsil kefil öncelikle paraya çevrilmesi talebinde bulunabilecektir⁶⁷³. Fikrimizce TBK md. 586/f.2 hükmünün bu denli geniş düşünülmesi yerinde değildir. Hapis hakkı ve alacak hakkı dışında kalan hakların rehinlerinin hükmün kapsamında değerlendirilmesini gerektirecek bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Neticede kanun koyucu TBK md. 586/f.2 hükmünün çerçevesini teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehniyle sınırlandırmıştır. Bu noktada hükmün lafzından bu denli uzaklaşmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Doktrinde taşıt rehinlerinin de teslimine bağlı taşınır rehni çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve bu doğrultuda alacaklının taşıt rehnini de paraya çevirmeden müteselsil kefile başvuramayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşün gerekçesi ayrık durumlar başlıklı TMK md. 940/f.2⁶⁷⁴ hükmüne dayanmaktadır. Söz konusu hükümde kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde taşınır rehminin zilyetlik devredilmeden de kurulabileceği haller

⁶⁷⁰ BECK, Art. 496, N. 25; PESTALOZZİ, Art. 496, N. 11; BARLAS, Yenilikler, s. 224; GÜMÜŞ, C. II, s. 349; ÖZEN, Kefalet, s. 301; ÖZEN, Müteselsil, s. 490

⁶⁷¹ GIOVANOLİ, Art. 496, N. 24; PESTALOZZİ, Art. 496, N. 11; BARLAS, Yenilikler, s. 224; GÜMÜŞ, C. II, s. 349; ÖZEN, Kefalet, s. 301; ÖZEN, Müteselsil, s. 491

⁶⁷² BARLAS, Yenilikler, s. 224; ÖZEN, Kefalet, s. 301-302

⁶⁷³ ÖZEN, Kefalet, s. 302

⁶⁷⁴ TMK md. 940/f.2 hükmüne göre “Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehlin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir”.

düzenlenmiştir. TMK md. 940/f.2 hükmü her ne kadar teslimsiz taşınır rehnini düzenlemiş olsa da teslim bağı rehni başlığı altında yer alan bir hüküm olduğundan karayolları trafik siciline tescili zorunlu taşıtlar üzerinde kurulan rehinler de TBK md. 586/f.2 kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla taşıt rehinleri de teslim bağı taşınır rehni çerçevesinde düşünülecek ve alacaklının söz konusu rehni paraya çevirmeden müteselsil kefil takip edemeyecektir⁶⁷⁵. Fikrimizce karayolları trafik siciline tescili zorunlu araçlar üzerinde kurulan rehinleri TBK md. 586/f.2 kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Zira TMK md. 940/f.2 hükmü açık bir şekilde teslim şartı olmadan kurulabilecek taşınır rehni türlerini düzenlemiştir. Her ne kadar söz konusu hüküm teslim bağı taşınır rehnine ilişkin hükümler arasında yer alsada da madde başlığında belirtildiği gibi “ayrık durumlar” ı bir başka ifadeyle teslim şartına gerek olmayan halleri düzenlemiştir. Bu nedenle taşıt rehinlerini teslim bağı taşınır rehni kapsamına almak ve dolayısıyla TBK md. 586/f.2 çerçevesinde değerlendirmek söz konusu değildir.

TBK md. 586/f.2 hükmü emredici niteliktedir. TBK md. 582/f.3 gereğince müteselsil kefil rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasından peşinen vazgeçemeyecektir. Zira TBK md. 586/f.2 düzenlemesinde aksinin kararlaştırılabileceğine dair bir düzenleme yoktur⁶⁷⁶. Ancak rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasının içeriğinin genişletilmesi mümkündür. Örneğin müteselsil kefilin bütün rehinler bakımından bu savunmayı yapabileceği kararlaştırılabilir. Bu çerçevede müteselsil kefilin taşınmaz rehni paraya çevrilmeden takip edilemeyeceği yönünde bir anlaşma da yapılabilir. Böyle bir anlaşma kefil lehine olacağından kefalet sözleşmesine özgü şekil şartlarına bağı olmadan yapılabilecektir.

6.3.1. İİK md. 45 Hükmü Çerçevesinde Müteselsil Kefilin Rehnin Paraya Çevrilmesi Savunmasının Değerlendirilmesi

İİK md. 45 hükmüne göre rehinle teminat altına alınmış bir borcun alacaklısı borçluyu takip etmeden önce mevcut rehinleri paraya çevirmek zorundadır. Söz konusu düzenlemenin amacı, borçlunun birden çok alacaklısı olması durumunda

⁶⁷⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 171

⁶⁷⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 350; ÖZEN, Kefalet, s. 305; ÖZEN, Müteselsil, s. 493-494

rehinle teminat altına alınmamış borçların alacaklılarının korunmasıdır. Söz konusu hüküm sebebiyle rehin hakkına sahip olan alacaklı önce alacağını mevcut rehinlerden elde etmeye çalışacak ve borçlunun diğer malvarlığı değerlerine dokunamayacaktır⁶⁷⁷. Bu şekilde de rehin hakkına sahip olmayan alacaklılar borçlunun diğer mallarına başvurabilme imkanı yakalayacaklardır. İİK md. 45 düzenlemesi adi kefil kısmen ilgilendirmekle birlikte en çok müteselsil kefalet sözleşmesi yönünden önem arz etmektedir. Özellikle EBK döneminde İİK md. 45 hükmü ayrı bir yere sahipti. Zira müteselsil kefilin rehnin paraya çevrilmesi def'inden kısmen de olsa yararlanması söz konusu değildi. Buna göre EBK md. 487 hükmü dikkate alındığında kefil kendisine başvuran alacaklıya önce rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürmemekteydi. Ancak İİK md. 45'deki düzenleme kapsamında müteselsilin kefilin söz konusu def'iden yararlanması mümkün görülebilirdi. Zira alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide alacaklı borçludan ifa talebinde bulunduğu anda borçlu önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabildiğine ve kefil de borçluya ait bütün savunmaları ileri sürme hakkına sahip olduğuna göre müteselsil kefilin de bu savunma kapsamında rehinler paraya çevrilmeden takip edilememesi gerekirdi. Aksi durumda müteselsil kefil söz konusu def'iden yararlanmadan alacaklıya ifada bulunacak ve mevcut rehinler bakımından alacaklının haklarına halef olmakla birlikte asıl borçluya rücu ettiğinde borçlunun yapacağı önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasıyla karşılaşacaktı. Bu konuda Yargıtay'ın uygulaması kefilin müteselsilen sorumluluk altına girmeyi kabul etmesi halinde İİK md. 45 hükmünden vazgeçmiş sayılacağı yönündedir⁶⁷⁸. Doktrinde de

⁶⁷⁷ KURU, s. 985; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 125; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 472

⁶⁷⁸ Yarg. 12. HD'nin 19.11.2009 tarihli ve 2009/14166, 2009/23090 sayılı kararı şu şekildedir: "... İİK'nun 45. maddesi asıl borçlular ile ilgili olarak düzenlenmiş olup, alacağı rehinle temin edilen kimsenin "rehin veren" hakkında doğrudan doğruya genel haciz yolu ile takibe geçilmesini önlemekte ve rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklının yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceğine ilişkin bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki, İİK'nun 45. maddesi borçlu için getirilmiş bir kural olup, kefiller hakkında uygulanmaz. Borçlar Kanununun 487. maddesinde (TBK md. 586) ise (kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise; alacaklı, asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel, kefil aleyhine takibat icra edebilir.) denilmektedir. Borçlar Kanununun açıklanan hükmüne ve takip dayanağı kredi sözleşmesi içeriğinde kefaletin müteselsil olduğunun yazılmasına göre şikayetçi hakkında genel haciz yolu ile takip yapılmasında yasaya aykırılık yoktur". Karar için bkz. BİLGİN, s. 311. Yarg. 11. HD'nin T. 11.4.2012, E. 2012/4254, K. 2012/5778 sayılı kararında da benzer sonuca ulaşılmıştır. Söz konusu karara göre "İİK'nun 45. maddesi hükmüne göre, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı, yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak, poliçe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki takip hükümleri saklıdır. Aynı Kanunun 257. maddesi uyarınca da ihtiyati hacze karar verilebilmesi için gerekli koşullardan biri de alacağın rehinle

müteselsil kefalet sözleşmesinin niteliği gereği İİK md. 45 hükmünden yararlanamayacağı ileri sürülmüştür⁶⁷⁹. Ancak doktrindeki bir başka görüşe göre ise müteselsil kefilin açıkça ifade etmedikçe kendiliğinden İİK md. 45 hükmünden yararlanmayacağını kabul edilmesi doğru değildir. Buna göre İİK md. 45 hükmü emredici kabul edilsin ya da edilmesin kefil bu savunmadan feragat edebilir. Zira hükmün amacı, borçlunun rehin güvencesinden yararlanamayan alacaklılarının korunmasıdır. Bu noktada müteselsil kefilin İİK md. 45 hükmünden vazgeçmesi borçlunun diğer alacaklılarının haklarını zedelemeyiz. Ancak müteselsil kefilin sırf müteselsil sorumluluk altına girmeyi kabul etmesine dayanarak İİK md. 45 düzenlemesinden yararlanmayacağı sonucuna varmak yerinde değildir⁶⁸⁰.

6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girmesi ile söz konusu tartışma farklı bir boyuta ulaşmıştır. Zira TBK md. 586 hükmü ile kefile sınırlı da olsa rehnin paraya çevrilmesi savunmasından yararlanma imkanı tanınmıştır. Bu doğrultuda alacak rehni ve teslimine bağlı taşınır rehni bakımından İİK md. 45 hükmünün uygulaması söz konusu olmayacaktır. Söz konusu rehinler bakımından kefilin zaten öncelikle paraya çevrilmesi talebi TBK md. 586 gereği mevcuttur. Taşınmaz rehni bakımından ise kefilin İİK md. 45'den yararlanıp yararlanamayacağı konusundaki belirsizlik halen devam etmektedir. Ancak EBK döneminde ifade edildiği gibi müteselsil kefilin müteselsil sorumluluk üstlenerek rehnin paraya çevrilmesi def'inden vazgeçmiş sayılacağı söylenemeyecektir⁶⁸¹. Fikrimizce müteselsil kefil de asıl borçlu gibi İİK md. 45 hükmünden TBK md. 591/f.1 gereği yararlanabilecek ve bu kapsamda taşınmaz rehninin önce paraya çevrilmesi gerektiğini ileri sürebilecektir⁶⁸². Zira TBK md. 591/f.1 hükmüne göre kefil asıl borçluya ait olan savunmaları ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi bunları ileri sürme yükümlülüğü altındadır. Kefilin İİK

temin edilmemiş olmasıdır. Bahse konu yasal düzenlemeler, borçluya yöneliktir. Kefillerin sorumluluğu ise B.K.nun 487/1. maddesinde hükme bağlanmış olup. anılan düzenlemeye göre kefil, borçluyla beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmiş ise, alacaklı, asıl borçluya müracaatla rehinleri paraya çevirtmeden önce kefil aleyhine de takibat yapabilir". Karar için bkz. www.kazanci.com

⁶⁷⁹ BUDAK, Ali Cem, İpoteğin paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008, s. 29-30; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 472-473

⁶⁸⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 290-291

⁶⁸¹ ÖZEN, Kefalet, s. 292-293

⁶⁸² Aynı yönde ÖZEN, Kefalet, s. 293; ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 376 (Bundan sonra "ÖZEN, Türler" olarak anılacaktır). Doktrinde taşınmaz rehni bakımından müteselsil kefilin İİK md. 45 hükmünden yararlanamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre asıl borç değil de kefalet borcu taşınmaz rehni ile güvence altına alınmışsa o takdirde kefil İİK md. 45 hükmünü ileri sürebilecektir. REİSOĞLU, Kefalet, s. 144.

md. 45 hükmünün sağladığı savunma imkanını ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunup borçluya rücu etmesi durumunda borçlu tarafından ileri sürülen önce rehinlerin paraya çevrilmesi def'i ile karşılaşacaktır. Doktrinde her ne kadar İİK md. 45 hükmünün emredici nitelikte olduğu ifade edilse de⁶⁸³ kefilin İİK md. 45 hükmündeki savunma imkanından vazgeçebileceğinin de kabulü gerekir. Zira hükmün emredici niteliği alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki bakımından geçerli olacaktır⁶⁸⁴. Buna göre alacaklı ve müteselsil kefil, kefilin taşınmaz rehni bakımından İİK md. 45 hükmüne dayanmayacağını kararlaştırabilirler. Kefilin söz konusu feragati TBK md. 591/f.1 hükmünde kefile tanınan bir haktan yararlanmamak anlamına geldiğine göre böyle bir anlaşma kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle tabi olmak zorundadır. Bunun dışında kefilin kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada feragat etmesi de geçersiz sayılacaktır.

6.3.2. Müteselsil Kefilin Teslime Bağlı Taşınır Rehni ve Alacak Rehninin Öncelikle Paraya Çevrilmesi Savunmasını Yapamayacağı Durumlar

TBK md. 586/f.2'deki düzenlemede alacaklının bazı durumlarda rehnin paraya çevrilmesinden önce de müteselsil kefile başvurabileceği belirtilmiştir. Buna göre alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi durumunda alacaklı rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefilini takip edebilecektir. Bu durumda alacaklının mahkemeye başvurarak tespit talep etmesi gerekecektir. Hakimin yapacağı tespit sonrasında rehinlerin alacağı karşılayıp karşılamadığına karar verecektir. Bunun dışında rehinlerin alacağın tamamını karşılamaya yetmediği durumlarda hakimin ne kadarlık bir kısmın karşılanmadığını tespit etmesi gerekir⁶⁸⁵. TBK md. 586/f.2'de yalnızca rehinlerin alacağın tamamını karşılamaya yetmemesi halinde alacaklının müteselsil kefilini rehinleri paraya çevirmeden takip edebileceği belirtilmiştir. Doktrinde de ifade edildiği üzere böyle bir durumda mahkeme tarafından alacağın ne kadarlık bir

⁶⁸³ KURU, s. 985, 986 dipnot 5

⁶⁸⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 290

⁶⁸⁵ BECK, Art. 496, N. 31; ÖZEN, Kefalet, s. 303

kısımının rehinlerle karşılanamayacağı tespit edilmeli ve alacaklı rehinlerle karşılanmayan alacak kısmı için müteselsil kefile başvurabilmelidir⁶⁸⁶.

Asıl borçlunun iflas etmesi halinde de alacaklı, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmeden müteselsil kefil takip edebilecektir. Ancak borçlunun iflas etmesi durumunda alacaklının kefil takip edebilmesini engelleyecek bir husus bulunmaktadır. Buna göre borçlunun iflas etmesiyle birlikte tüm borçları muaccel hale gelmektedir. Fakat TBK md. 590/f.1 hükmü gereğince borçlunun iflas etmesi sebebiyle asıl borç vadeden önce muaccel olsa bile vade tarihi gelmeden alacaklı kefil takip edemeyecektir. Bu doğrultuda alacaklı vadesi gelmemiş borç bakımından mevcut rehinler paraya çevrilmeden kefilin takip edilebileceğini ileri süremeyecektir⁶⁸⁷. Böyle bir durumda alacaklı vade tarihini beklemekle yükümlü olacak ve kefalet borcu muaccel hale geldikten sonra rehinleri paraya çevirmesine gerek olmadan kefil takip edebilecektir. TBK md. 586/f.2 gereğince borçluya konkordato mehli verilmesi durumunda da alacaklı rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurabilecektir.

6.4. MÜTESELSİL KEFİL HAKKINDA TAKİBİN DURDURULMASI KARARININ VERİLMEMİŞ OLMASI

6.4.1. Genel Olarak

818 sayılı EBK döneminde olmayan bir düzenlemeye TBK md. 590/f.2’de yer verilmiş ve bu çerçevede müteselsil kefile kendisi hakkında başlatılan takibi aynı teminat göstererek durdurabilme yetkisi tanınmıştır. TBK md. 590/f.2’deki düzenlemeye göre “*Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı teminat karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir*”. Söz konusu düzenleme bütün kefalet türlerini kapsadığından müteselsil kefil de aynı teminat karşılığı takibin durdurulmasını talep edebilecektir. TBK md. 590/f.2 hükmünün

⁶⁸⁶ BECK, Art. 496, N. 22; BARLAS, Yenilikler, s. 224; GÜMÜŞ, C. II, s. 350; ÖZEN, Kefalet, s. 303; ÖZEN, Müteselsil, s. 492

⁶⁸⁷ BECK, Art. 496, N. 33; ÖZEN, Kefalet, s. 304; ÖZEN, Müteselsil, s. 493

getirdiği yenilik en çok müteselsil kefalet sözleşmesinde hissedilecektir⁶⁸⁸. Zira alacaklıya karşı tartışma def'inden yoksun olan müteselsil kefil, aynı teminat göstererek alacaklının asıl borçluyu takip etmesini sağlayabilmekte hatta bütün rehinlerin paraya çevrilmesini talep edebilmektedir. Şu halde daha önce de ifade ettiğimiz İİK md. 45 hükmündeki düzenlemeden müteselsil kefilin yararlanamayacağı kabul edilse bile müteselsil kefil, aynı teminat göstererek taşınmaz rehni de dahil olmak üzere mevcut bütün rehinlerin paraya çevrilmesini talep edebilme imkanına kavuşmuştur. TBK md. 590/f.2'deki düzenleme doğrultusunda müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefaletle göre daha zayıf olan tâlilik unsuru daha belirgin hale getirilmiş ve müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefalet sözleşmesine daha da yaklaşması sağlanmıştır. Söz konusu düzenleme göstermektedir ki 818 sayılı EBK'na nazaran kanun koyucunun müteselsil kefilini himaye amacı daha belirginleştirilmiştir.

Kefilin aynı teminat karşılığı takibi durdurabilmesi hakkı, kefile tanınmış son bir şans olarak da nitelendirilebilir. Zira müteselsil kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği ve sorumluluğuna gidilmesini engelleyen kendisine ya da asıl borçluya ait def'i ve itirazlar olduğu sürece öncelikle bu savunma imkanlarından yararlanmak isteyecektir. Müteselsil kefilin alacaklının talebi karşısında herhangi bir savunma imkanı kalmaması halinde ise alacaklıya karşı aynı teminat göstererek hakkında başlayan takibi durdurabilecektir⁶⁸⁹.

6.4.2. Takibin Durdurulmasının Şartları

TBK md. 590/f.2 hükmünün uygulanabilmesi için alacaklının kefil hakkında takibe başlamış olması gerekmektedir. Bu doğrultuda hakkında herhangi bir takip başlamamış olan müteselsil kefil, alacaklıya aynı teminat göstererek önce asıl borçlunun takip edilmesini ve mevcut rehinlerin tamamının paraya çevrilmesini

⁶⁸⁸ BECK, Art. 501, N. 20; GIOVANOLİ, Art. 501, N. 9; PESTALOZZİ, Art. 501, N. 7

⁶⁸⁹ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 314-315

sağlayamaz⁶⁹⁰. Aynı teminat karşılığı takibin durdurulması talebi takibin her aşamasında talep edilebilir⁶⁹¹.

Kefil aynı teminat karşılığı takibin durdurulmasını talebini hakimden talep edecektir⁶⁹². Bu doğrultuda kefilin talebi karşısında takibin durdurulması kararı hakime ait olacaktır. İcra memurlarına böyle bir yetki tanınmamıştır⁶⁹³.

Kefilin hakkında başlayan takibi durdurabilmesi için göstereceği teminatın türünün aynı teminat olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre kefilin kişisel teminat göstermesi takibi durdurmaya yetmeyecektir. Örneğin kefilin başka bir kefil bulması halinde hakim, başlayan takibi durdurmaz. Kanunda hangi aynı teminatların gösterilebileceği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte doktrinde de ifade edildiği üzere müteselsil kefil, gayrimenkul ve menkul rehni, alacak rehni, teminat amaçlı mülkiyet devri, kıymetli evrak rehni gibi teminatları göstererek takibi durdurabilecektir⁶⁹⁴.

TBK md. 590/f.2’de gösterilecek aynı teminatın değerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre hakimin takdir edeceği aynı teminatın değeri, kefilin azami sorumluluk sınırını karşılayacak değerde olmalıdır. Bir başka ifadeyle kefalet borcunun tamamını kapsayacak nitelikte aynı teminat gösterilmesi gerekecektir⁶⁹⁵. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise kefilin göstereceği aynı teminatın değerinin azami sorumluluk sınırı kadar olmasına gerek yoktur. Buna göre alacaklı müteselsil kefil hakkında başladığı takibi tamamlamış olsaydı elde edeceği tutar ne olursa kefilin o değerde teminat göstermesi gerekecektir. Bu noktada alacaklının eline geçebilecek alacak miktarı,

⁶⁹⁰ PESTALOZZİ, Art. 501, N. 8; ÖZEN, Kefalet, s. 77; Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre adi ya da müteselsil kefilin borcu muaccel olduğu takdirde alacaklı tarafından takip başlamadan önce aynı teminat göstererek takibin başlamasını engelleyebilecektir. REİSOĞLU, Kefalet, s. 239

⁶⁹¹ BECK, Art. 501, N. 20; PESTALOZZİ, Art. 501, N. 7; GÜMÜŞ, C. II, s. 373; ÖZEN, Kefalet, s. 75

⁶⁹² BARLAS, Yenilikler, s. 226; ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinde Def’iler ve Sona Erme, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 368 (Bundan sonra ELÇİN GRASSİNGER, Sona Erme” olarak anılacaktır); GÜMÜŞ, C. II, s. 375; ÖZEN, Kefalet, s. 77

⁶⁹³ GÜMÜŞ, C. II, s. 375; ÖZEN, Kefalet, s. 77

⁶⁹⁴ BECK, Art. 501, N. 21; GIOVANOLİ, Art. 501, N. 14; PESTALOZZİ, Art. 501, N. 8; GÜMÜŞ, C. II, s. 373-374; ÖZEN, Kefalet, s. 76

⁶⁹⁵ GIOVANOLİ, Art. 501, N. 13; PESTALOZZİ, Art. 501, N. 9; REİSOĞLU, Kefalet, s. 239. Müteselsil kefil bakımından bir görüş bildirmemekle birlikte adi kefilin göstereceği teminatın değerinin sorumluluğunun üst sınırı olması gerektiği yönünde bkz. GÜMÜŞ, C. II, s. 375

temerrüt faizi ve takip giderleri hesap edilerek aynı teminatın değeri hakim tarafından belirlenmelidir⁶⁹⁶. Fikrimizce müteselsil kefilin hakkında başlayan takibi durdurabilmesi için hakim tarafından takdir edilecek aynı teminatın değeri azami sorumluluk sınırını karşılamalıdır. Buna göre azami sorumluluk miktarı içinde kalmak kaydıyla asıl borç, faiz ve diğer masraflar gözönüne alınmalıdır. Zira TBK md. 590/f.2'deki düzenlemeyle müteselsil kefilin korunması amacı yeterince sağlanmaktadır. Aynı teminat karşılığında müteselsil kefil asıl borçlunun takip edilmesini ve rehinlerin paraya çevrilmesini talep etme imkanına kavuştuğuna göre göstereceği teminatın değerinin azami sorumluluk miktarını karşılayacak nitelikte olması hakkaniyete uygun olacaktır.

Takibin durdurulması kararı verildikten sonra teminatların değerinde bir azalma olursa alacaklı teminatın arttırılmasını talep edebilecektir⁶⁹⁷. Ancak bunun için değer azalmasında alacaklının kusurunun bulunmaması gerekir⁶⁹⁸.

6.4.3. Takibin Durdurulması Kararının Sonuçları

Müteselsil kefilin göstereceği aynı teminat karşılığında kefil hakkında başlayan takibin durdurulmasına karar verilmesi durumunda mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya kadar alacaklı kefilin takip edemeyecektir. TBK md. 590/f.2'de belirtilen takibin durdurulması kararının bir diğer sonucu da kefilin borçlu hakkında konkordato kararı verilmesine kadar takip edilememesidir. Doktrinde de ifade edildiği üzere müteselsil kefalet sözleşmesi hakim tarafından takibin durdurulması kararı vermesiyle birlikte açığın (zararın) kapatılmasına kefalet dönüşecektir⁶⁹⁹. Açığın kapatılmasına kefalet TBK md. 585/f.3'de düzenlenen bir kefalet türüdür ve alacaklının asıl borçludan alacağını elde edemediği kesin olan zarar kısmına kefil olunmaktadır. TBK md. 585/f.3'deki düzenlemeye göre "*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine*

⁶⁹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 76

⁶⁹⁷ PESTALOZZI, Art. 501, N. 9; GÜMÜŞ, C. II, s. 375; ÖZEN, Kefalet, s. 77

⁶⁹⁸ GIOVANOLI, Art. 501, N. 15

⁶⁹⁹ BECK, Art. 501, N. 27; GUT, Gottlieb, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen, Bern 1941, s. 84; PESTALOZZI, Art. 501, N. 10; GÜMÜŞ, C. II, s. 375; ÖZEN, Kefalet, s. 78

Türkiye’de takibatın imkansız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir”. Bu düzenleme doğrultusunda açığın kapatılmasına kefil olan kişinin sorumluluğu ancak söz konusu hükümde sayılan şartların gerçekleşmesi halinde söz konusu olmaktadır. Hükümde belirtilen şartların gerçekleşmesi de alacaklının elde edemediği alacak kısmını başka bir ifadeyle zararını göstermektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesinin hakimine vereceği takibin durdurulması kararı sonucunda açığın kapatılmasına kefalete dönüşmesiyle birlikte kefil hakkında tekrar takibin başlaması TBK md. 585/f.3’deki şartların gerçekleşmesi bir başka ifadeyle alacaklının zararının ortaya çıkması durumunda söz konusu olacaktır. Buna göre kefil hakkında durdurulan takibin tekrar başlayabilmesi için alacaklının asıl borçluyu takip edip hakkında kesin aciz belgesi alması ve rehinlerin paraya çevrilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda alacaklının asıl borçludan elde edemediği kesin zararı ortaya çıkacak ve oluşan zarar için kefilin tekrar takip edebileceği. Bunun dışında borçlu hakkında verilen konkordato kararının kesinleşmesiyle de konkordatonun kapsamı dışında kalan alacak kısmı alacaklı bakımından bir zarar oluşturmakta ve alacaklı söz konusu zarar için müteselsil kefil hakkında duran takibi tekrar başlatabilecektir. Son olarak TBK md. 585/f.3’de borçluyu Türkiye’de takip etmenin imkansız olması durumunda alacaklının açığa kefilin takip edebileceği belirtilmiştir. TBK md. 590/f.2’de yer almamakla birlikte borçluyu Türkiye’de takip etmek imkansızlaşmışsa da alacaklının kefil hakkında duran takibe tekrar başlayabileceği doktrinde ifade edilmektedir⁷⁰⁰.

Kefil hakkında verilen takibin durdurulması kararı sonrasında alacaklının asıl borçlu hakkında takip yapması ve mevcut rehinleri paraya çevirmesi gerekecektir. Müteselsil kefil, alacaklıyı harekete geçirmek adına TBK md. 601/f.1 hükmünde kendisine tanınan imkandan yararlanarak alacaklıdan bir ay içinde asıl borçluyu takip etmesini ve rehinleri paraya çevirmesini talep edebilmelidir⁷⁰¹. Zira TBK md. 601/f.1’deki düzenlemede müteselsil kefilin kanunun öngördüğü hallerde alacaklıdan asıl borçluyu takip ve rehinlerin paraya çevrilmesini talep edebileceği belirtilmiştir.

⁷⁰⁰ BECK, Art. 501, N. 17; PESTALOZZI, Art. 501, N. 10; ÖZEN, Kefalet, s. 78

⁷⁰¹ GÜMÜŞ, C. II, s. 376; ÖZEN, Kefalet, s. 79

TBK md. 598/f.3 hükmüne göre gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler, kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak 10 yıl sonra kalkmaktadır. Takibin durdurulması kararının söz konusu 10 yıllık süre üzerinde nasıl bir etkisi olacağı konusunda kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre takibin durdurulmasına karar verilmesi üzerine 10 yıllık sürenin işlemesi de duracaktır. Kefil hakkında tekrar takibe devam edilmesi halinde ise süre kaldığı yerden işlemeye devam edecektir⁷⁰². Fikrimizce TBK md. 598/f.3 hükmünde yer alan 10 yıllık süre zamanaşımı süresi değil hak düşürücü bir süredir. Hak düşürücü sürenin kesilmesi ya da durması söz konusu olmamaktadır. Süre hak düşürücü olmakla beraber alacaklı müteselsil kefil hakkında takibe on yıllık süre içerisinde başlamışsa süre dolmuş olsa bile takibe devam edebilmektedir. TBK md. 590/f.2 hükmü çerçevesinde müteselsil kefilin aynı teminat göstermesi de hakkında başlayan takibi durdurmak adına yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle müteselsil kefilin aynı teminat göstererek hakkında başlayan takibi durdurabilmesi alacaklının on yıllık süre içerisinde müteselsil kefil hakkında takibe başlamasına dayanmaktadır. TBK md. 590/f.2’de bahsi geçen şartlar oluştuğunda ise alacaklı müteselsil kefile karşı duran takibe kaldığı yerden devam edebilmektedir. Alacaklı on yıllık süre içerisinde müteselsil kefile başvurabilme hakkını kullanmış olduğundan takibin durması sebebiyle on yıllık süre dolsa bile takibe kaldığı yerden devam edebilecektir. Sonuç olarak müteselsil kefil tarafından aynı teminat gösterilmesi sebebiyle takibin durması on yıllık sürenin dolmasına sebep olsa bile TBK md. 590/f.2’deki şartlar gerçekleştiğinde alacaklı duran takibe devam edebilecektir. Ancak bu durum aynı teminat gösterilmesinin on yıllık süreyi durdurmasından kaynaklanmamakta aksine hak düşürücü süre içerisinde alacaklının kefile karşı takip başlatarak hakkını kullanmış olmasına dayanmaktadır.

Kefil hakkında verilen durdurma kararının hak düşürücü süre üzerinde bir etkisi olmamakla birlikte zamanaşımı süresini kesen bir etkisi olacaktır⁷⁰³. Bu sebeple kararın verilmesi üzerine kefalet borcu için işleyen zamanaşımı süresi kesilecektir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki TBK md. 155/f.3 gereğince zamanaşımı kefile karşı kesilince asıl borçluya karşı kesilmiş olmayacağından asıl borca ilişkin

⁷⁰² BARLAS, Yenilikler, s. 226-227

⁷⁰³ BECK, Art. 501, N. 28; PESTALOZZI, Art. 501, N. 10; GÜMÜŞ, C. II, s. 376; ÖZEN, Kefalet, s. 79

zamanaşımı süresi, kefil hakkında verilen takibin durdurulması kararından bağımsız olarak işlemeye devam edecektir.

Takibin durdurulması kararını engelleyen bir durumun ortaya çıkması halinde alacaklı durmuş olan takibin devam etmesini isteyecek ve müteselsil kefile başvurabilecektir. Ancak böyle bir durumda alacaklı bir seçim hakkı elde edecek ve dilerse takibin durdurulması için verilen aynı teminatın paraya çevrilmesi yoluna da gidebilecektir⁷⁰⁴.

6.5. MÜTESELSİL KEFİLİN SORUMLULUĞUNA ASIL BORÇLUDAN ÖNCE GİDİLMESİNİ ENGELLEYEN ÖZEL DÜZENLEMELERİN BULUNMAMASI

Bazı özel kanun maddelerinde müteselsil kefilin korunması adına alacaklının asıl borçluyu takip etmeden müteselsil kefile başvurabilmesi emredici hukuk kurallarıyla engellenmiştir. Böyle bir düzenlemenin bulunması halinde alacaklı, öncelikle asıl borçludan alacağını elde etmeye çalıştıktan sonra müteselsil kefile başvurabilecektir. 4077 sayılı TKHK md. 10/f.3 son cümledeki düzenlemeye göre “*Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez*”⁷⁰⁵. Bu düzenleme doğrultusunda tüketici kredisinden kaynaklanan bir borca müteselsil kefil olunması halinde, her ne kadar şahsi teminat müteselsil kefalet olsa da alacaklı önce asıl borçluya başvurmak zorunda kalacaktır. Benzer bir düzenleme 4077 sayılı TKHK md. 10B/f.8’de görülmektedir. Buna göre “*Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez*”. Söz konusu düzenleme konut finansmanına ilişkindir. Bu çerçevede konut finansmanı borcuna müteselsil kefil olunması durumunda konut finansmanı kuruluşu olan alacaklı, asıl borçluya

⁷⁰⁴ BECK, Art. 501, N. 30; GIOVANOLİ, Art. 501, N. 18; PESTALOZZI, Art. 501, N. 10

⁷⁰⁵ Söz konusu hükümden “kefilden borcun ifasını isteyemez” ifadesi kullanılmıştır. Ancak kefil asıl borcu ifa etmekle yükümlü değildir. Kefilin ifa edeceği borç kefalet borcudur. Doktrinde hükmün “kefilden borcunun ifasını isteyemez” şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bknz. HELVACI, İlhan, Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 267 (Bundan sonra “HELVACI, Kredi Sözleşmeleri” olarak anılacaktır)

başvurmadan ve mevcut teminatları paraya çevirmeden müteselsil kefile başvuramamaktadır. Söz konusu düzenlemelerin uygulanabilirliği için asıl borçlunun tüketici olması gerekmektedir. Her iki düzenlemede de kanun koyucu açık bir şekilde kefaletin türünün adi kefalet olacağını belirtmemiş ancak alacaklının önce asıl borçluya başvurması gerektiğini ifade etmiştir. Müteselsil kefalete ilişkin TBK md. 586/f.1'deki düzenlemede de alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için önce asıl borçlunun ifada gecikmesi ve ifada geciken borçluya alacaklının ihtar göndermesi gerekmektedir. Söz konusu ihtar sonuçsuz kalmadan alacaklı müteselsil kefileden talepte bulunamamaktadır. Ancak adi kefaletten farklı olarak alacaklının asıl borçluyu takip etmesi gerekmemektedir. Bu çerçevede müteselsil kefalet bakımından da alacaklının önce asıl borçluya başvurması zorunlu bir unsur olmaktadır. O halde 4077 sayılı TKHK kapsamında alacaklının önce asıl borçluya başvurma zorunluluğundan ne anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır. Eğer asıl borçluya başvuru zorunluluğu alacaklının önce asıl borçluyu takip etmesi ve bu takibin sonuçsuz kalması anlamına geliyorsa kanun koyucunun adi kefilin sahip olduğu tartışma def'ini müteselsil kefile de tanıdığı söylenebilecektir. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda alacaklının asıl borçluya başvurma koşulunun yerine gelmiş sayılması için alacaklının asıl borçluyu takip ederek kesin aciz belgesi alması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁰⁶. Fikrimizce de 4077 sayılı TKHK'da ifade edilen asıl borçluya başvuru zorunluluğunu, alacaklının asıl borçlu hakkında takipte bulunması ve bu takibin sonuçsuz kalması şeklinde anlamak gerekir⁷⁰⁷.

4077 sayılı TKHK md. 10/f.3'de kanun koyucu tüketici kredileri bakımından adi kefilin sahip olduğu tartışma def'ini müteselsil kefile tanımış ayrıca konut

⁷⁰⁶ YHGK'nun T. 22.6.2011, E. 2011/13-303, K. 2011/437 sayılı kararı şu şekildedir: "... 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 10. maddesinin 3.fikrasının son cümlesi "Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefileden borcun ifasını isteyemez." hükmünü içermektedir. Yukarıda madde metninden de anlaşılacağı üzere, kredi verenin, şahsi teminat veren kefileden asıl borcun ödenmesini isteyebilmesi için, asıl borçlu hakkında İİK'nun 105 ve 143. maddeleri kapsamında kesin aciz vesikası alması gerekir. Dolayısıyla, asıl borçlu hakkında kesin aciz vesikası alınmadan, asıl borcun ödenmesi için şahsi teminat veren kefile başvurama olanağından söz edilemez. Şu hale göre, borçlunun yapılan tüm araştırmalara rağmen herhangi bir malvarlığı tespit edilememişse, bağını koparmadığı anlaşılan adresinde yapılan hacizde, haczi kabil bir malına rastlanmadığına ilişkin düzenlenen tutanak, kesin aciz vesikasının yasal sonuçlarını doğurmaya elverişli sayılır. Belirtilen iki şartın gerçekleşmesi durumunda, yasal anlamda "asıl borçluya başvuru" şartı gerçekleşir ve kredi veren alacaklı, şahsi teminat veren kefileden borcun ödenmesini isteyebilir". Karar için bkz. www.kazanci.com

⁷⁰⁷ Aynı yönde ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşulları, Doğu Üniversitesi 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 366 (Bundan sonra "ÖZEN, Tüketici Kredileri" olarak anılacaktır)

finansmanı bakımından da md. 10B/f.8'de müteselsil kefile hem tartışma def'i hem de rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürme imkanı tanımıştır. Her iki düzenlemeyle de borçlu olan tüketicinin yanında bu borca kefil olan kimsenin de korunmasını amaçlamıştır. Doktrinde söz konusu düzenlemeler çerçevesinde 4077 sayılı TKHK'nun tüketici kredileri ve konut finansmanı için verilecek güvencelerin zorunlu olarak adi kefalet olacağını hükme bağladığı ifade edilmektedir⁷⁰⁸. Bir başka görüş ise 4077 sayılı TKHK'da yapılan düzenlemelerin bir tür değiştirilmiş kısmi butlan kuralı olduğu ve bu sebeple sözleşme müteselsil kefalet niteliğini taşıya bile tartışma def'i ve/veya rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından adi kefalet sözleşmesi gibi işlem göreceği ifade etmiştir⁷⁰⁹. Bir diğer görüş ise müteselsil kefalet sözleşmesinin 4077 sayılı TKHK karşısında kesin hükümsüz sayılacağını ancak şartları varsa tahvil yoluyla⁷¹⁰ adi kefaletle dönüştürüleceğini kabul etmektedir⁷¹¹. Fikrimizce öncelikle tüketici kredileri ve konut finansmanından kaynaklanan borçlar arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Buna göre tüketici kredilerinin teminatı olarak müteselsil kefalet sözleşmesi yapılması durumunda müteselsil kefil adi kefilin sahip olduğu tartışma def'inden yararlanabilecektir. Ancak tüketici kredileri bakımından mevcut teminatların paraya çevrilmesi zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kredi veren müteselsil kefile başvurduğunda müteselsil kefil öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini ileri sürebilecek ancak teminatların paraya çevrilmesini talep edemeyecektir. Konut finansmanının teminatı olarak şahsi teminat verilmesi durumunda ise müteselsil

⁷⁰⁸ AYDOĞDU, Murat, Konut Finansmanı Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 582; ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2004, s. 293-294. Doktrindeki bir diğer görüş ise tüketici kredileri bakımından kefaletin zorunlu olarak adi kefalet olacağını açık bir şekilde ifade etmemle birlikte kefilin peşin dava def'inin emredici hüküm olarak tüketici kredilerine kefil olan kimseye de tanındığını belirtmiştir. Bknz. SEROZAN, Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFİM, C. LXI, S. 1-2, Y. 2003, s. 345. TKHK'da tüketici kredileri bakımından açık bir şekilde adi kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtilmesi gerektiği yönünde ASLAN, Yılmaz, Tüketici Hukuku, İstanbul 2006, s. 377

⁷⁰⁹ GÜMÜŞ, C. II, s. 346

⁷¹⁰ Tahvil, TBK'da açık bir şekilde düzenlenmemle birlikte doktrinde mevcudiyeti kabul edilmektedir. Buna göre kesin hükümsüz olan bir sözleşme yakın amaç taşıyan başka bir sözleşmenin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve tarafların yapmış oldukları sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu bilselerdi diğer geçerli olan sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa o takdirde hükümsüz olan sözleşmenin, geçerlilik şartları tamam olan sözleşmeye tahvili (çevrilmesi) mümkün olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bknz. EREN, s. 295-296; KANETİ, Selim, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972, s. 107 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 182; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 110-111

⁷¹¹ HELVACI, Kredi Sözleşmeleri, s. 271-272; ÖZEN, Tüketici Kredileri, s. 366

kefil, tüketici kredilerinden farklı olarak hem asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini hem de mevcut teminatların paraya çevrilmesini def'i olarak ileri sürebilecektir. Tüketici kredilerinde olduğu gibi konut finansmanından doğan borçlar bakımından da kanun koyucu kişisel teminatın adi kefalet olacağını belirtmediğinden sözleşme müteselsil kefalet niteliğini taşıyacak ancak kefil tartışma def'inden ve rehlin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilecektir. Bu görüşün kabulü halinde müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefalet sözleşmesinden bir farkı olmayacağı ve dolayısıyla sözleşmenin müteselsil kefalet niteliği taşımasının bir anlam ifade etmeyeceği düşünülebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu şekilde müteselsil kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılması engellenmekte ve tahvilin şartlarını aramak gerekmemektedir. Zira her iki düzenlemede de kanun koyucu açık bir şekilde verilecek şahsi teminatın adi kefalet olacağını belirtmemiştir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6502 sayılı TKHK md. 4/f.6⁷¹² hükmünde ise tüketici kredileri ya da konut finansmanı işlemleri gibi bir ayırım kaldırılarak tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimleri için verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda tüketici lehine verilen müteselsil kefalet sözleşmesi kanun gereği adi kefalet sayılacaktır. Görüldüğü gibi 6502 sayılı TKHK kapsamında müteselsil kefalet sözleşmesinin adi kefalet tahvili, kanun gereği olacaktır. Aynı hükmün ikinci cümlesinde ise tüketicinin alacakları için verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm TTK md. 7 hükmünde olduğu gibi müteselsil kefalet lehine bir karine getirmiştir. Ancak söz konusu karine ispat bakımındandır. Dolayısıyla TBK md. 583/f.1 hükmünün uygulanmasını engelleyemez. O halde müteselsil kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartlarına haiz olmayan bir sözleşmenin, tüketicinin alacakları için verilmiş bir şahsi teminat olsa dahi müteselsil kefalet olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Alacaklının müteselsil kefilisi asıl borçludan önce takip edemeyeceği başka bir yasa hükmü Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda yer almaktadır. Sözleşme

⁷¹² 6502 sayılı TKHK md. 4/f.6 hükmündeki düzenlemeye göre "Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır".

şartları başlıklı BKKKK md. 24/f.5 hükmündeki düzenlemeye göre “*Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanununda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez*”. Söz konusu hükümle kredi kartı sahibinin borçları için müteselsil kefil olursa dahi BKKKK kapsamında adi kefalet kabul edilecek ve alacaklı olan banka, asıl borçluyu takip etmeden ve mevcut teminatları paraya çevirmeden kefile başvuramayacaktır. Ancak BKKKK md. 43 gereği tacirlere verilen kurumsal kredi kartları bakımından kefaletin adi kefalet olduğu kabul edilemeyecek ve alacaklının öncelikle asıl borçluyu takip etme zorunluluğu ortadan kalkacaktır.

7. KEFİL İLE ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİLER

7.1. KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI YAPABİLECEĞİ SAVUNMALAR

7.1.1. Genel Olarak

TBK md. 591’de⁷¹³ “def’iler” başlığı altında kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu savunma imkanları düzenlenmiştir. Söz konusu def’i kavramına, teknik anlamda kullanılan def’ilerin (dar anlamda def’i) yanında itirazların da girdiği doktrinde kabul edilmektedir⁷¹⁴.

⁷¹³ TBK md. 591’deki düzenlemeye göre “Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca kefalet hali bu hükmün dışındadır.

Asıl borçlu kendisine ait olan bir def’iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def’i alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil, asıl borçluya ait def’ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu def’ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemedden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir”.

⁷¹⁴ BECK, Art. 502, N. 9; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 3; PESTALOZZİ, Art. 502, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 17; RESİOĞLU, Kefalet, s. 221. Bir hakkın doğumunu engelleyen ya da sona erdiren olguların ileri sürülmesi itiraz oluştururken; teknik anlamda def’i,

TBK md. 591/f.1'deki düzenlemeye göre kefil, asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Kefilin asıl borçluya veya mirasçılarına ait olan def'ileri ileri sürme hakkı tüm kefalet türlerini kapsadığından müteselsil kefil için de bir hak oluşturmaktadır. Madde metninde kefilin söz konusu def'ileri ileri sürmesinin kendisi için bir hak olmasının yanı sıra bir zorunluluk da olduğu ifade edilmiştir. Kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesinin yaptırımını asıl borçluya rücu aşamasında gündeme gelecektir. TBK md. 591/f.1'de ise kefilin asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ileri ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. Alacaklının kefalet sözleşmesi yapma amacı, borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı bir güvenceye sahip olmak olduğuna göre kefilin asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğan def'ileri ileri süremeyeceği açıktır.

TBK md. 591/f.3 hükmünde kefilin asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden ödemede bulunması halinde rücu hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise asıl borçlunun kefilin söz konusu def'ilerin varlığını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde söz konusu def'ilerin ileri sürülmesiyle azalacak ödeme ölçüsünde kefilin borçluya rücu hakkını kaybedeceği hükme bağlanmıştır. EBK'nun 497'inci maddesinin 2. Fıkrasında "*Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu def'ileri dermayen etmemesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur*" düzenlemesi yer almaktaydı. Söz konusu hükümde geçen "vakıf olduğunu" ibaresinin "vakıf olmadığını" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesi halinde alacaklıya değil borçluya rücu etme hakkından mahrum olacağı belirtilmekteydi⁷¹⁵. Madde metninde geçen hatalı ifadeler TBK md. 591/f.3'de giderilmiş bulunmaktadır. Kefil asıl borçluya ait olan savunma imkanları haricinde kefalet sözleşmesinden ve alacaklıyla arasındaki ilişkiden doğan savunma sebeplerini de ileri sürme imkanına

borçlunun edimini geçici ya da sürekli olarak ifa etmesinden kaçınmasına imkan sağlayan bir savunma yoludur. İtiraz ve def'i arasındaki en temel fark, itiraz oluşturan olgu ileri sürülmemiş olsa dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınırken def'i teşkil eden husus borçlu tarafından ileri sürülmedikçe re'sen dikkate alınmaz. OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006, s. 232-233

⁷¹⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 226; TANDOĞAN, s. 783

sahiptir. Müteselsil kefilin söz konusu savunma imkanlarını ileri sürmemesi halinde asıl borçluya ait olan savunma sebeplerinden farklı olarak herhangi bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda kefil, asıl borçluya rücu edebilecektir⁷¹⁶.

7.1.2. Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklanan Savunmalar

7.1.2.1. Asıl Borcun Geçerli Olarak Doğmaması

Kefalet sözleşmesi fer'i nitelikte bir sözleşme olduğundan ancak geçerli bir asıl borcun bulunması halinde alacaklı kefilen talepte bulunabilecektir. Asıl borcun herhangi bir nedenle geçersiz olması kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle kefil, asıl borç ilişkisinin geçersiz olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu bağlamda kefil, asıl borç ilişkisine dair sözleşmenin şekle aykırılıktan ya da sözleşmenin taraflarının hukuki işlem ehliyetine sahip olmadığından dolayı geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Benzer şekilde asıl borcun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka ya da kişilik haklarına aykırı olması veya borcun konusunun imkansız olması gibi sebeplere dayanarak da asıl borcun geçerli olarak doğmadığı itirazında bulunabilecektir⁷¹⁷.

Asıl borçlunun irade sakatlığı bulunması halinde borçlu TBK md. 39'da öngörülen süre içerisinde sözleşmeyi onamadığını açıklarsa sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelecektir. Bu durumda kefil, asıl borç ilişkisinin geçersiz olduğu savunmasında bulunabilecektir. Ancak borçlunun sözleşmeyi onaması ya da kanunda öngörülen süre içerisinde iptal hakkını kullanmaması durumunda, kefil artık asıl borç ilişkisine ait sözleşmenin geçersiz olduğu itirazında bulunamayacaktır. Borçlunun sözleşmeyi onayıp onamayacağını belli olmadığı askıda hükümsüzlük döneminde ise kefil borçluya ait yenilik doğuran hakkı kullanıp sözleşmeyi geçersiz hale getiremeyeceği için sözleşmenin akıbeti belli oluncaya kadar geçici def'i hakkı ileri sürüp ödeme yapmaktan kaçınabileceğine daha önceki açıklamalarımızda değinmiştik. Bunun gibi borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması halinde yasal temsilcisi işleme icazet verip

⁷¹⁶ BECK, Art. 502, N. 49; BECKER, Art. 506, N. 6; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 233; GÜMÜŞ, C. II, s. 413-414

⁷¹⁷ BECK, Art. 502, N. 12; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 4; VON BÜREN, Besonderer, s. 292; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 19-20; ÖZEN, Kefalet, s. 355-356; REİSOĞLU, Kefalet, s. 224;

vermeyeceğinin belirsiz olduğu dönemde kefil geçici def'i ileri sürebilecektir. Yasal temsilcinin icazet vermemesi durumunda ise sözleşmenin hükümsüz olduğu itirazında bulunacaktır⁷¹⁸.

7.1.2.2. Asıl Borcun Sona Ermesi

TBK md. 598/f.1⁷¹⁹ hükmüne göre asıl borç sona erince kefil de borcundan kurtulmaktadır. Aynı şekilde TBK md. 131/f.1'deki⁷²⁰ düzenlemede de asıl borcun ifa ya da başka bir sebeple sona ermesi halinde kefalet sözleşmesinin de sona ereceği hükme bağlanmıştır. Bu durum kefalet sözleşmesinin fer'i bir sözleşme olmasının en temel sonuçlarından birini oluşturmaktadır. Bu çerçevede kefil, asıl borcun ifa, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, yenileme gibi sebeplerle kısmen veya tamamen sona erdiği savunmasından yararlanabilecektir⁷²¹.

7.1.2.3. Esas Borcun Muaccel Olmaması

Esas borç muaccel olmadığı sürece kefil alacaklıya ödeme yapmak zorunda değildir. Bu bağlamda kefil, kendisinden talepte bulunan alacaklıya asıl borcun muaccel olmadığına yönelik bir def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Kefalet borcunun asıl borçtan önce muaccel olacağına yönelik anlaşmalar geçersiz olup kefil bağlamayacaktır⁷²². Zira aksi durum kefalet sözleşmesinin fer'iliğine aykırı bir durum olacaktır.

İİK md. 195/f.1⁷²³ hükmü gereğince iflasın açılmasıyla müflisin borçları muaccel olmaktadır. Ancak TBK md. 590/f.1'deki⁷²⁴ düzenlemede borçlunun iflas etmiş

⁷¹⁸ GIOVANOLİ, Art. 502, N. 4; ÖZEN, Kefalet, s. 356

⁷¹⁹ TBK md. 598/f.1'deki düzenlemeye göre "Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur".

⁷²⁰ TBK md. 131/f.1 hükmüne göre "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlarda sona ermiş olur".

⁷²¹ BECK, Art. 507, N. 13; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 21-26; ÖZEN, Kefalet, s. 363; REİSOĞLU, Kefalet, s. 224

⁷²² GUT, s. 77; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 32; REİSOĞLU, Kefalet, s. 225

⁷²³ İİK md. 195 hükmüne göre "Borçlunun gayri taşınır mallarının rehni suretiyle temin edilmiş olan alacaklar müstesna olmak üzere iflasın açılması müflisin borçlarını muaccel kılar. İflasın açıldığı güne kadar işlemiş faiz ile takip masrafları anaparaya zammolunur".

⁷²⁴ TBK md. 590/f.1'deki düzenleme şu şekildedir: "Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz".

olması sebebiyle asıl borcun vadesinden önce muaccel olmasının kefil bakımından etkili olmayacağı, kefilin belirlenen vadeden önce takip edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle kefil, borçlu iflas etse bile asıl borcun vadesi gelmeden önce ifada bulunmayacağını def'i olarak ileri sürüp ödemedi kaçınabilecektir. Benzer şekilde İİK md. 257/f.3'de⁷²⁵ borçlunun mallarına ihtiyati haciz konması halinde vadesi gelmemiş borcun, yalnızca borçlu bakımından muaccel olacağı hükmü yer almaktadır.

Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlu tarafından yapılacak bir ihbara bağlı ise söz konusu ihbar kefile bildirilmediği takdirde TBK md. 590/f.3⁷²⁶ hükmü gereğince kefil bakımından asıl borç muaccel olmaz. Zira kefil, asıl borç ilişkisinin tarafı değildir⁷²⁷. Böyle bir durumda kefil, muacceliyet ihbarından haberdar edilmediğini ileri sürerek ifadan kaçınabilir⁷²⁸.

7.1.2.4. Asıl Borçluya Alacaklı Tarafından Süre Verilmesi

Alacaklının asıl borçluya edimini ifa için ek süre vermesi halinde kefilin söz konusu ertelemeye ilişkin def'i ileri sürmesi için tecil anlaşmasına onay vermesinin gerekip

⁷²⁵ İİK md. 257/f.3'deki düzenlemeye göre "Bu suretle ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder".

⁷²⁶ TBK md. 590/f.3 hükmündeki düzenlemeye göre "Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar".

⁷²⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011, s. 128 (Bundan sonra "ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum" olarak anılacaktır)

⁷²⁸ Yarg. 19. HD, T. 22.03.2012, 2011/14399, 2012/4844 sayılı kararına göre "... Dava genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsiline yönelik başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı bankaca kredi borcunun ödenmemesi üzerine kat ihtarnamesi düzenlenmiştir. Hesabın kat edilmesiyle alacak en geç bu tarihte muaccel hale gelmiş olacaktır. Kat ihtarnamesinin kredi sözleşmesinde kefil olan davalılara tebliğinin ise BK'nun 101 vd. maddeleri uyarınca kefillerin temerrüde düşürülmesi ve kefillerin kendi temerrütlerinden dolayı sorumlu tutulmalarına ilişkin olup mahkemece alacağın muaccel olduğu gözden kaçırılarak yanlış gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir". Karar için bkz. BİLGİN, s. 356 Yarg. 11. HD'nin T. 8.4.2010, E. 2009/14361, K. 2010/3937 sayılı kararına göre "... Kefil yönünden alacağın muaccel olabilmesi için BK'nun 491. maddesi uyarınca kefile de ayrıca ihbarda bulunarak temerrüde düşürülmesi gerekmektedir. Kefilin kendisine ihbarda bulunulmasından sözleşme ile önceden vazgeçmesini geçerli saymak mümkün değildir. Zira muacceliyetten haberdar olmayan kefilin, asıl borçluya karşı önlem alma imkanı kalmayacaktır. Kefil için muacceliyet tarihi, kendisine yapılan ihbar gününden başlayacaktır". Karar için bkz. www.kazanci.com

gerekmeyeceği doktrinde tartışmalı bir husustur. Zira asıl borçluya verilecek ek sürede kefil söz konusu süre sebebiyle borcun henüz muaccel olmadığını ileri sürebilecektir. Bunun yanında alacaklının verilen ek süre sonunda müteselsil kefil yerine asıl borçluya başvurmak istemesi halinde geçen süre içerisinde borçlunun ekonomik durumu iyileşme gösterip borcu ödeyebilecek duruma gelebilecektir. Ancak verilen ek süreye rağmen borçlunun borcunu ödeyememesi halinde borçlu temerrüdü ya da akdi faiz gibi sebeplerle asıl borcun miktarında meydana gelebilecek artış, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı aşmamak kaydıyla kefile de yansiyacaktır⁷²⁹. Doktrindeki bir görüşe göre alacaklının borçluya ek süre tanınması kefilin hem yararına hem de zararına olabileceğinden kefilin söz konusu ek süreden yararlanabilmesi için kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uygun bir şekilde onay vermesi gerekmektedir⁷³⁰. Bir diğer görüş ise erteleme anlaşmasının kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişiklik olup olmamasına bağlı olarak sonuca varmaktadır. Alacaklının borçluya tanıyacağı sürenin borçlunun menfaatine olan sonuçlarından kefilin, tecil anlaşmasına onay verip vermemesinden bağımsız olarak yararlanabileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda tecil anlaşmasını onaylamamış olan kefil de vadenin ertelenmesi sebebiyle borcun muaccel olmadığını def'i olarak ileri sürebilecektir. Tecil anlaşmasının kefilin sorumluluğunun artmasına sebep olması halinde söz konusu artıştan kefilin sorumlu olabilmesi kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak verilecek onaya bağlı olacaktır⁷³¹. Fikrimizce ikinci görüşün kabulü kefilin himayesi bakımından kanun koyucunun amacına da daha uygun olacaktır. Zira borçlu lehine yapılan değişikliklerden kefil de kendiliğinden faydalanmaktadır. Bu doğrultuda kefilin erteleme anlaşmasını onaylamaması borcun vadesinin henüz gelmediği savunmasına engel olmayacaktır. Ayrıca kefilin verilen ek süreye onay vermeyerek borcunu ödemek istemesi halinde de alacaklı TBK md. 593 gereği ifayı kabul etmek zorunda kalır. Kefilin asıl borçta meydana gelebilecek artıştan etkilenmemek için bu yola başvurması mümkündür. Böyle bir durumda alacaklı ödemeyi kabul etmezse kefil borcundan kurtulur⁷³².

⁷²⁹ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 29

⁷³⁰BECK, Art. 499, N. 15; BİLGE; Mesuliyet, s. 118

⁷³¹GUT, s. 31; LERCH-TUASON, s. 48; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 30; REİSOĞLU, Kefalet, s. 210-211

⁷³²REİSOĞLU, Kefalet, s. 226

Kefilin erteleme anlaşmasına onay verip vermemesi özellikle belirli ve belirsiz süreli kefaletlerde önem taşımaktadır. Belirli süreli kefalet sözleşmesinde TBK md. 600 gereği sürenin sonunda kefil borcundan kurtulmaktadır. Kefilin erteleme anlaşmasına onay vermemesi halinde alacaklının asıl borçluya tanıdığı süre esnasında kefalet sözleşmesinin süresi dolarsa kefil tanınan ek süreden etkilenmeyecek ve asıl borç sona ermeseye bile borcundan kurtulacaktır⁷³³. Belirsiz süreli müteselsil kefalet sözleşmesi söz konusu ise müteselsil kefalet sözleşmesinin niteliği gereği müteselsil kefil TBK md. 601/f.1⁷³⁴ hükmünden ancak bazı hallerde yararlanabilmektedir. Buna göre müteselsil kefil, adi kefil gibi asıl borç muaccel olunca alacaklıdan 1 ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını talep edemeyecektir. Ancak müteselsil kefilin de borç muaccel olduktan sonra bir ay içinde alacaklıdan varsa teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmesini talep etme imkanı bulunmaktadır. Bu bağlamda kefilin erteleme anlaşmasına onay vermemesi halinde alacaklının asıl borçluya ek süre vermesi kefilin bağlamayacak ve alacaklı borç muaccel olduktan sonra 1 ay içinde söz konusu rehinleri paraya çevirmese müteselsil kefil borcundan kurtulacaktır. Müteselsil kefilin erteleme anlaşmasına onay vermesi halinde ise asıl borcun muaccel olması alacaklı ve borçlu arasında belirlenen bir tarihe ertelendiğinden, kefil TBK md. 600 ve md. 601 hükümlerindeki şartların gerçekleşmesine rağmen kefalet borcunun sona erdiğini iddia edemeyecektir⁷³⁵.

İcra İflas Kanunu'ndaki hükümler doğrultusunda borçluya süre tanınmışsa söz konusu süreden müteselsil kefil yararlanamayacaktır⁷³⁶. Buna göre kefil, borçluya tanınan süre sebebiyle ödeme yapmayacağını def'i olarak ileri süremeyecektir. İİK

⁷³³ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 30; REİSOĞLU, Kefalet, s. 210. Doktrinde kefilin haberi olmamakla birlikte erteleme anlaşmasının kefilin menfaati düşünülerek yapılması durumunda kefilin ek süreden etkilenmeden TBK md. 600 ve 601 hükümlerinin şartlarının gerçekleştiğini iddia etmesinin ve bu bağlamda borcunun sona erdiği savunmasında bulunmasının hakkın kötüye kullanılması olacağı ifade edilmektedir. REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 160

⁷³⁴ TBK md. 601/f.1 hükmüne göre "Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir".

⁷³⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 30

⁷³⁶ BECK, Art. 502, N. 17; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 16; ÖZEN, Kefalet, s. 357; REİSOĞLU, Kefalet, s. 225-226

md. 179 vd. hükümleri uyarınca iflasın ertelenmesine karar verilmesi durumunda müteselsil kefil kendisi hakkında da takip yapılamayacağını iddia edemeyecektir⁷³⁷.

7.1.2.5. Esas Borcun Zamanaşımına Uğraması

Asıl borcun zamanaşımına uğramış olması halinde kefil borcun zamanaşımına uğradığını def'i olarak ileri sürüp ödeme yapmaktan kaçınabilir. Asıl borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmesinin kefil açısından bir önemi yoktur. Zira zamanaşımından feragat başlıklı TBK md. 160/f.4⁷³⁸ hükmünde asıl borçlunun zamanaşımından feragat etmesinin kefile karşı ileri sürülemeyeceği düzenlemesi yer almaktadır. Bunun dışında TBK md. 591/f.2'deki düzenlemede de asıl borçlunun kendisine ait bir def'iden feragat etmesinin kefilin bu def'iden yararlanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Kefil kefalet borcu altına girdiği zaman asıl borç zamanaşımına uğramışsa kefilin bu durumu bilip bilmemesine göre farklı sonuçlar söz konusu olmaktadır. Kefil borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilmeden kefil olmuşsa zamanaşımına def'inden yine de yararlanabilecektir. Kefilin borcun zamanaşımına uğradığını bilerek yükümlülük altına girmesine ilişkin değerlendirmelerimizi daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik⁷³⁹.

Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcunun zamanaşımına uğramamış olması, asıl borca ilişkin zamanaşımına def'inde bulunmasına engel olmaz. Bu durum kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin bir gereğini oluşturmaktadır. TBK md. 155/f.3⁷⁴⁰ hükmüne göre zamanaşımının kefile karşı kesilmesi, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz. Bu bağlamda kefile karşı zamanaşımı kesilmiş olsa bile asıl borca ilişkin zamanaşımı kesilmiş olmayacağından asıl borcun kefilin borcundan önce

⁷³⁷ Yargıtay 19. HD'nin, T. 17.3.2005, E. 2004/11750, K. 2005/2789 sayılı kararına göre "İflasın ertelenmesi kararının etkileri İİK.nun 179/b maddesinde düzenlenmiştir. Erteleme talebinde bulunan lehine müteselsil kefil olanların erteleme kararı sonucu verilen takip yasağından faydalanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından erteleme talebi müteselsil kefiller yönünden geçerli değildir. Mahkemece bu yönün gözetilmemesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir". Karar için bknz. www.kazanci.com

⁷³⁸ TBK md. 160/f.4'deki düzenlemeye göre "Asıl borçlunun feragati de kefile karşı ileri sürülmez".

⁷³⁹ Bknz. "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borçlar" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁷⁴⁰ TBK md. 155/f.3 hükmüne göre "Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz".

zamanaşımına uğramış olması kefilî etkilemeyecek ve alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir. Doktrinde özellikle müteselsil kefalette alacaklının söz konusu sakıncayı bertaraf etmek için TBK md. 154⁷⁴¹ hükmü gereğince zamanaşımını kesen eylemleri asıl borçluya karşı gerçekleştirmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Zira TBK md. 155/f.2'deki⁷⁴² düzenlemeye göre zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince kefile karşı da kesilmiş olmaktadır⁷⁴³.

Asıl borcun zamanaşımına uğramayan bir borç olması, kefilin kendi borcu için zamanaşımının işleyip işlemeyeceği konusunda özellik arz etmektedir. Örneğin TMK md. 864⁷⁴⁴ hükmüne göre borcun taşınmaz rehni ile güvence altına alınması halinde zamanaşımı işlememektedir. Benzer şekilde borçlu hakkında kesin aciz vesikası alınması halinde belgenin düzenlenmesinin üzerinden 20 yıl geçmeden zamanaşımının işlemeyeceği İİK md. 143/f.6 c.1⁷⁴⁵ hükmünde düzenlenmiştir. Bu gibi durumlarda asıl borç zamanaşımına uğramayacak olduğu için kefilin de asıl borcun zamanaşımına uğradığı def'ini ileri sürmesi mümkün olmayacaktır⁷⁴⁶. Ancak kefilin kendi borcu bakımından zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Her ne kadar kefalet borcu, asıl borca bağımlı yani fer'i nitelikte olsa da kefalet borcunun asıl borçtan bağımsız olarak sona ermesi mümkündür. Zira kefalet sözleşmesi asıl borca bağımlı olmakla birlikte aynı zamanda kendi başına, ayrı bir borçtur. Borçların sona erme nedenleri kefalet sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Bu çerçevede asıl borç zamanaşımına uğramayacak olsa bile kefalet sözleşmesi için zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Bunun gibi kefile karşı zamanaşımının kesilmesi de söz konusu olacaktır. TBK md. 154'deki sayılan hallerin kefilin borcu üzerinde gerçekleşmesi halinde kefalet borcu için zamanaşımının kesileceği ortadadır. Bunun yanında hatırlanacağı üzere TBK md. 155/f.2'deki düzenlemede zamanaşımının asıl borçluya

⁷⁴¹ TBK md. 154'deki düzenleme şu şekildedir : “Aşağıdaki durumlarda zamanaşımı kesilir:

1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse.
2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa.”

⁷⁴² TBK md. 155/f.2'deki düzenlemeye göre “Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur”.

⁷⁴³ ÖZEN, Kefalet, s. 358

⁷⁴⁴ TMK md. 864'deki düzenlemeye göre “Rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez”.

⁷⁴⁵ İİK md. 143/f.6 c.1'deki düzenleme şu şekildedir “Bu borç, borçluya karşı, aciz vesikasının düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar”.

⁷⁴⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 35

karşı kesilmesi kefile karşı da kesilmesi sonucunu doğuracağı hükmü yer almaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre asıl borç zamanaşımına uğramayacak bir borç olsa da TBK md. 154 hükmünde yer alan zamanaşımını kesen hususların asıl borç üzerinde gerçekleşmesi durumunda kefilin borcu bakımından da zamanaşımının kesilmiş sayılacaktır⁷⁴⁷. Bir başka görüşe göre ise asıl borcun zamanaşımına uğramayacak bir borç olması durumunda asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarda bulunması kefalet zamanaşımı üzerinde bir etkide bulunmayacaktır⁷⁴⁸. Fikrimizce ikinci görüş kefilin himayesi bakımından daha uygundur. Dolayısıyla asıl borçlunun zamanaşımını kesen davranışlarda bulunması, zamanaşımına uğramayacak bir borç üzerinde bir etkide bulunmayacağına göre kefalet zamanaşımını da etkilemeyecektir.

7.1.2.6. Alacaklının Borçluya Karşı Edimini Yerine Getirmemiş Olması

TBK md. 97⁷⁴⁹ hükmüne göre iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin karşı tarafın ediminin ifasını talep edebilmesi için, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa veya durumun özelliğinden farklı bir sonuç çıkmıyorsa, önce kendi edimini ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olmalıdır. Böyle bir durumda borçlu henüz karşı tarafın borcunu ifa etmediğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. “Ödemezlik def’i” olarak nitelendirilen bu savunmanın niteliği konusunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcut olmakla birlikte hakim görüş söz konusu savunmanın gerçek anlamda bir def’i olduğunu kabul etmektedir⁷⁵⁰.

TBK md. 591/f.1 hükmü gereğince kefil, asıl borçluya ait olan def’ileri ileri sürme hakkına sahip olduğundan alacaklının borçluya karşı olan edimini ifa etmemesi

⁷⁴⁷ BİLGİN, s. 703; ÖZEN, Kefalet, s. 359; REİSOĞLU, Kefalet, s. 226-227. İsviçre Federal Mahkemesi bu yönde verdiği bir kararında asıl borçlunun borcunu ikrar etmesi veya faizleri ödememesi gibi zamanaşımını kesen durumların zamanaşımına uğramayacak bir alacak için verilen kefalette zamanaşımını keseceği sonucuna varmıştır. (BGE 50 II 405)

⁷⁴⁸ BECK, Art. 502, N. 16; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 193

⁷⁴⁹ TBK md. 97’deki düzenlemeye göre “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir”.

⁷⁵⁰ EREN, s. 82; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 346; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 827 vd; KANİTİ, Salomon, Akdin İfa Edilmediği Def’i, İstanbul 1962, s. 33 vd.

sebebiyle borçlunun ödemezlik def'ini ileri sürme hakkı bulunduğu durumlarda kefil de ödemezlik def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir⁷⁵¹.

7.1.2.7. Esas Borcun Kumar veya Bahisten Doğmuş Olması

TBK md. 591/f.4 hükmünde kumar veya bahisten doğan borca kefil olunması halinde, kefil borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na yeni eklenen bu hüküm, kumar veya bahisten doğan borçlara kefil olmanın mümkün olup olmadığına yönelik tartışmalara son vermiş ve kumar veya bahisten doğan borca kefil olunabilmesi yasal bir zemine oturmuştur⁷⁵².

TBK md. 604/f.1 hükmü gereğince kumar veya bahisten doğan borçlar hakkında dava açılmayıp takip yapılamayacağından borçlunun sahip olduğu dava edilemezlik savunmasını⁷⁵³ kefil de yapma imkânına sahiptir. Ayrıca kefilin asıl borcun kumar veya bahisten kaynaklandığını bilmesi de söz konusu savunmayı yapmasına engel değildir. Kefilin alacaklıya peşinen bu savunmadan vazgeçtiğini bildirmesi de beyanının geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Kefil dava edilemezlik savunmasında bulunmadan alacaklıya ödemedede bulunursa ödediğini geri alma hakkına sahip değildir (TBK md. 605/f.2 c.1⁷⁵⁴). Bu doğrultuda borçluya rücu imkanı da söz konusu olmayacaktır⁷⁵⁵. Ancak kefilin borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilmeden alacaklıya ödeme yapması halinde ödediğini miktarı sebepsiz zenginleşmeye dayanarak alacaklıdan geri isteyebilecektir⁷⁵⁶.

⁷⁵¹ BECK, Art. 502, N. 18; GIOVANOLI, Art. 502, N. 4; LERCH-TUASON, s. 55; GUT, s. 69; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 27; ÖZEN, Kefalet, s. 357; REİSOĞLU, Kefalet, s. 230

⁷⁵² Bknz. "Eksik Borçlar" başlığı altındaki açıklamalarımız

⁷⁵³ Dava edilemezlik savunmasını teknik anlamda bir itirazdır ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır. EREN, s. 89; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 29

⁷⁵⁴ TBK md. 605/f.1 c.1'deki düzenlemeye göre "Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınamaz".

⁷⁵⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 68; ÖZEN, Kefalet, s. 360; REİSOĞLU, Kefalet, s. 230

⁷⁵⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 68; ÖZEN, Kefalet, s. 361

TBK md. 605/f.1 c.1⁷⁵⁷ hükmünde kumar veya bahisten doğan borçların üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde de dava ve takip yapılamayacağı düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre kefaletle teminat altına alınmış borcun üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda üçüncü kişi durumundaki yeni alacaklı da müteselsil kefil takip etme hakkına sahip olmayacaktır. Müteselsil kefil, devralan üçüncü kişiye karşı da dava edilemezlik def'ini ileri sürebilecektir.

TBK md. 605/f.2 c.2'deki⁷⁵⁸ şartların gerçekleşmesi halinde borçlu alacaklıya isteyerek ödeme yapmış olsa dahi ödediğini geri alma imkanına sahiptir. Kefil de borçludan daha ağır şartlar altında sorumluluk altına giremeyeceğinden TBK md. 605/f.2 c.2'de sayılan durumların varlığı halinde kefil de isteyerek yaptığı ödemeyi alacaklıdan talep edebilecektir⁷⁵⁹. O halde kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik bir olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf hile yapmışsa kefil ödediği tutarı alacaklıdan geri isteyebilecektir.

7.1.2.8. Esas Borçlunun Takas Hakkının Bulunması

Asıl borçlunun alacaklıya karşı takas ileri sürebileceği bir karşı alacağının bulunması halinde kefil de TBK md. 140 hükmüne göre ifadan kaçınabilecektir. TBK md. 143/f.1 c.1⁷⁶⁰ hükmünde takasın ancak borçlunun alacaklıya yapacağı takas iradesiyle gerçekleşebileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede yenilik doğuran bir hak olarak takas hakkının ileri sürülebilmesi imkanı yalnızca borçluya tanınmıştır. O halde kefilin bu hakkı kullanarak takas ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak kefil her ne kadar takas hakkını kullanmayacak olsa da asıl borçlunun takas ileri sürme hakkı bulunduğu sürece kendisinden talepte bulunan alacaklıya karşı geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ TBK md. 605/f.1 c.1 hükmüne göre “Kumar veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambiyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz”.

⁷⁵⁸ TBK md. 605/f.2 c.2'deki düzenleme şu şekildedir : “Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir”.

⁷⁵⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 361

⁷⁶⁰ TBK md. 143/f.1 c. 1'deki düzenlemeye göre “Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir”.

⁷⁶¹ BECK, Art. 502, N. 19; GIOVANOLÌ, Art. 502, N. 5; HUGUENİN, s. 194; SCYBOZ, s. 384; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 37

Kefilin takas hakkı için geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilmesi borcun tamamı için değil borçlunun karşılık alacağına ilişkin kısmı bakımından söz konusu olacaktır⁷⁶².

TBK md. 144⁷⁶³ hükmünde madde metninde sayılan alacakların ancak alacaklılarının rızasıyla takas edilebileceği düzenlenmiştir. Asıl borçlunun alacaklıdan olan karşı alacağı TBK md. 144 kapsamında olan alacaklardan biri olması halinde kefilin geçici def'i ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınıp kaçınamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre asıl borçlunun karşı alacağının TBK md. 144'e tabi alacaklardan olması halinde borçlunun rızasıyla takas mümkün olduğundan kefil geçici def'i ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır⁷⁶⁴. Bir diğer görüş ise TBK md. 140'ın lafzından yola çıkmakta ve TBK md. 140 hükmünün kıyasen TBK md. 144 hükmünde sayılan borçlar için de uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Bu bağlamda kefilin geçici def'i imkanına sahip olduğu ve borçlunun takas imkanı bulunduğu sürece kefilin alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabileceğini belirtmektedir⁷⁶⁵. Fikrimizce TBK md. 144 kapsamında kalan borçlar bakımından da asıl borçlunun takas hakkı bulunduğu sürece kefil geçici def'i ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Zira TBK md. 144 hükmünde söz konusu alacakların takas edilebileceği ancak bunun için alacaklısının rızası olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu bağlamda asıl borçlunun alacaklıdan karşı alacak olarak örneğin nafaka veya işçi ücreti ya da haksız fiilden doğan bir alacağı varsa söz konusu alacağın takas edilebilmesi borçlunun rızasına bağlı olacaktır. Borçlu rıza göstermediğini beyan etmediği müddetçe takas hakkı varlığını sürdürecektir. O halde borçlu söz konusu alacakları bakımından takasa razı olmadığını açıklamadığı sürece

⁷⁶² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 37-38

⁷⁶³ TBK md. 144 hükmüne göre "Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.
2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.
3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar."

⁷⁶⁴ GIOVANOLİ, Art. 502, N. 5a; LERCH-TUASON, s. 58; SCYBOZ, s. 384; BİLGİN, s. 602; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 40-41

⁷⁶⁵ BECK, Art. 502, N. 20; ÖZEN, Kefalet, s. 361-362; REİSOĞLU, Kefalet, s. 232

kefil alacaklıya ifadan kaçınabilecektir⁷⁶⁶. Ancak borçlunun takasa rızası olmadığını açıklaması halinde kefil için artık geçici def'i imkanı ortadan kalkacak ve alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalacaktır⁷⁶⁷.

Asıl borçlunun takas hakkından feragat etmesi mümkündür. TBK md. 145⁷⁶⁸ hükmüne göre borçlu takas hakkından önceden feragat edebileceği gibi takas hakkı doğduktan sonra da feragat edebilir. Asıl borçlunun takas hakkından feragat etmesi durumunda kefil artık geçici def'i ileri sürüp ifadan kaçınamayacaktır⁷⁶⁹. Zira takas hakkı borçlu için bir def'i değil yenilik doğuran bir haktır. Bu bağlamda TBK md. 591/f.2 kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olmaz.

Kefil, takas hakkının varlığına rağmen alacaklıya ödemede bulunursa ödediğini sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri alamaz. Bu noktada kefilin takas hakkının varlığını bilip bilmemesinin bir önemi olmadığı doktrinde ifade edilmektedir⁷⁷⁰. Ancak takas hakkı kullanılıp asıl borç ve karşı alacak takas edildikten sonra kefil takastan habersiz olarak alacaklıya ifada bulunmuşsa o takdirde söz konusu ödeme sebepsiz zenginleşme oluşturacak ve kefil ödediği kısmı geri alabilecektir⁷⁷¹.

Kefilin takas hakkı mevcutken geçici def'i ileri sürmeden alacaklıya yaptığı ifayı asıl borçluya rücu edip edemeyeceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre kefil yaptığı ödemeyi borçluya rücu edebilir⁷⁷². Bir diğer görüş ise TBK md. 140 gereği kefilin sahip olduğu def'i hakkının TBK md. 591'de belirtilen def'ilerle ortak niteliklere sahip olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Bu doğrultuda TBK md. 591/f.1 gereği kefilin söz konusu def'i ileri sürmesinin kendisi için bir hak olduğu kadar bir yükümlülükte olduğu ve takas hakkı neticesinde sahip

⁷⁶⁶ Alacaklının asıl borçludan olan karşı alacağına TBK md. 144 hükmüne tabi alacaklardan olması halinde de söz konusu alacak ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilecektir. Böyle bir durumda da alacaklı takasa rıza gösterene kadar müteselsil kefil alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilmelidir. Örneğin borçlunun alacaklıya karşı 10.000 TL'lik nafaka borcunun kefaletle güvence altına alınması ve nafaka alacaklısının da borçluya 10.000 TL'lik satış bedeli borcu olması durumunda takas ancak nafaka alacaklının rızasıyla söz konusu olabilecektir. Nafaka alacaklısı rıza gösterene kadar kefil de ifadan kaçınabilecektir. Nafaka alacaklısının takasa razı olmadığını açıklaması halinde kefil alacaklıya ifada bulunmakla yükümlü olacaktır.

⁷⁶⁷ ÖZEN, Kefalet, s. 361-362

⁷⁶⁸ TBK md. 145 hükmüne göre "Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir".

⁷⁶⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 38

⁷⁷⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 232

⁷⁷¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 38

⁷⁷² REİSOĞLU, Kefalet, s. 232 ve s. 280

olduğu geçici def'i ileri sürmeden alacaklıya ödeme yapması durumunda asıl borçluya rücu hakkını kaybedebileceği ifade edilmektedir⁷⁷³. Fikrimizce kefilin TBK md. 140 hükmüyle kendisine tanınan def'i hakkından yararlanmadan alacaklıya ödeme yapması durumunda asıl borçluya rücu imkanını kaybetmeyecektir. Zira takas hakkı bir def'i olmadığından TBK md. 591 hükmü kapsamında değerlendirilemez. TBK md. 591/f.3 hükmünde kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmeden ödeme yapması halinde asıl borçluya rücu imkanını kaybedebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde kefil borçluya ait def'ileri ileri sürmüş olsaydı ödemedi kurtulacağı ölçüde borçluya rücu imkanını kaybedebileceği ifade edilmiştir. Hükümün amacı borçlunun ödeme yapmaktan kurtulabileceği hususlarda kefilin borçluya rücu edememesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda borçlunun borcunu azaltacak veya ortadan kaldıracak durumlarda kefilin daha dikkatli davranması amaçlanmıştır. Takas da ise borçlunun zaten mevcut olan bir alacağı söz konusudur. Takas hakkının kullanılmasıyla borçlu ve alacaklının karşılıklı ve aynı cins borçlarının azı oranında sona erdirilmesi amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle takas imkanı borçlunun malvarlığında bir değişikliğe yol açmamaktadır. Bu nedenle kefilin takas hakkına ilişkin def'i ileri sürmeden ödeme yapması ve sonrasında borçluya rücu edememesi borçlunun sebepsiz zenginleşmesine yol açacaktır. Sonuç olarak takas hakkının bir def'i olmaması ve TBK md. 591/f.3 kapsamında değerlendirilememesi sebebiyle, kefilin TBK md. 140 hükmü doğrultusunda sahip olduğu geçici def'i ileri sürmeden alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edebileceği kanaatindeyiz.

7.1.2.9. Esas Borçlunun Bağışlama Sözünü (Taahhüdünü) Geri Alabilmesi

TBK md. 296⁷⁷⁴ hükmünde bağışlama sözü verenin bazı şartların varlığı halinde taahhüdünü (sözünü) geri alabileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda bağışlama sözü verenin mali durumu önemli ölçüde kötüleşmiş ve bu nedenle bağışlama sözünün

⁷⁷³ BECK, Art. 502, N. 21; ÖZEN, Kefalet, s. 362

⁷⁷⁴ TBK md. 296'daki düzenleme şu şekildedir: "Bağışlama sözü veren, aşağıdaki durumlarda sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir:

1. Elden bağışlanan bir malın geri verilmesini isteyebileceği sebeplerden biri varsa.
2. Mali durumu, sonradan sözün yerine getirilmesini kendisi için olağanüstü ağır kılacak ölçüde değişmişse.
3. Bağışlama sözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğmuş veya bu yükümlülükleri önemli ölçüde ağırlaştırsa.

Bağışlama sözü verenin borcunu ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasına karar verilirse, ifa yükümlülüğü ortadan kalkar".

ifası olağanüstü ağır bir yükümlülük getirecekse veya taahhütten sonra yeni aile yükümlülükleri doğmuş ya da mevcut yükümlülükler önemli ölçüde artmışsa bağışlama sözünü geri alıp ifadan kaçınabilecektir. Bağışlayanın geri alma hakkı bir yenilik doğuran haktır ve kullanılması halinde asıl borçlunun (bağışlayanın) borcu ortadan kalkmaktadır⁷⁷⁵.

Bağışlama sözü, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınmış ve bağışlayanın geri alma hakkının şartları oluşmasına karşın bağışlayan henüz bu hakkını kullanmamışsa, kefilin alacaklıya ifayla yükümlü olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bağışlayanın geri alma hakkını kullanmasıyla asıl borç sona ereceği için kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak geri alma hakkına ilişkin şartlar oluşmakla beraber bağışlayan henüz geri alma hakkını kullanmamışsa alacaklı müteselsil kefilin talepte bulunabilecektir⁷⁷⁶. Bu kapsamda müteselsil kefilin yapacağı ifa ile bağışlayanın geri alma hakkı da ortadan kalkmış olacaktır⁷⁷⁷. Bir diğer görüşe göre ise bağışlayan için TBK md. 296'daki şartlar oluşmuşsa başka bir deyişle bağışlayanın geri alma hakkı mevcut ise kefil geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilmelidir⁷⁷⁸. Fikrimizce de TBK md. 296'da öngörülen şartlar çerçevesinde borçlunun geri alma hakkının doğması durumunda, borçlu geri alma hakkını kullanıncaya kadar müteselsil kefilin geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınması mümkün olmalıdır. Zira aksi düşüncenin kabulü halinde kefilin alacaklıya yapacağı ifa, borçlunun bağışlama sözünü geri alma hakkını ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla TBK md. 296'daki şartlar oluşmasına karşın borçlu, bağışlama sözünden geri dönemeyecektir. Müteselsil kefil ise alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya rücu edecek ve kanun koyucunun bağışlama sözü vereni koruma amacıyla yaptığı düzenleme hükümsüz kalacaktır. O halde müteselsil kefil, borçlu geri alma hakkını kullanana kadar alacaklıya ifadan kaçınmalıdır. Ancak borçlu, geri alma hakkını kullanmayacağını bildirdiği takdirde müteselsil kefil de alacaklının ifa talebini reddemeyecektir. Borçlu geri alma hakkını kullanmadan önce

⁷⁷⁵ HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 150-151; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 173; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 181

⁷⁷⁶ BECK, Art. 502, N. 34; REİSOĞLU, Kefalet, s. 229

⁷⁷⁷ BECK, Art. 502, N. 34

⁷⁷⁸ LERCH-TUASON, s. 56; TOBLER, s. 67; ÖZEN, Kefalet, s. 367

kefil alacaklıya ifada bulunursa ve sonrasında borçlu da geri alma hakkını kullanırsa kefilin borçluya rücu hakkının ortadan kalkacağına da kabulü gerekecektir⁷⁷⁹.

TBK md. 296/f.2’de ise bağışlama sözü verenin ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya iflasına karar verilmesi halinde ifa yükümlülüğünün ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Söz konusu durumların tespiti halinde borçlunun geri alma hakkını kullanmasına gerek olmamakta borç kanun gereği kendiliğinden ortadan kalkmaktadır⁷⁸⁰. Böyle bir durumun varlığı kefilin sorumluluğunun da ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır.

7.1.2.10. Esas Borçlu ve Alacaklı Arasındaki Davada Verilen Kesin Hükümün Kefilin Savunmasına Etkisi

Asıl borca ilişkin borçlu ve alacaklı arasındaki davada borçlu lehine verilen kararlardan kefilin de yararlanması söz konusu olacaktır. Kefil her ne kadar davada taraf olmasa da kefalet sözleşmesi fer’i bir sözleşme olduğu için kefilin de borçlu lehine verilen hükümden yararlanabilmesi gerekir. Zira kefilin durumu asıl borçludan daha ağır olamayacağına göre borçlunun sorumlu olmaması halinde kefilin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında TBK md. 591 hükmünde kefilin asıl borçluya ait savunma imkanlarından yararlanabileceği düzenlemesi de bu sonucu destekler niteliktedir. Bu bağlamda asıl borçlu ve alacaklı arasındaki davada asıl borcun mevcut olmadığına hükmedilmesi halinde kefil de söz konusu kesin hükümü alacaklıya karşı ileri sürebilecektir⁷⁸¹.

Asıl borçlu aleyhine hüküm verilmesi halinde ise söz konusu kesin hüküm kefilin bağlamayacaktır. Bu bağlamda alacaklı asıl borcun mevcudiyetine ilişkin kesin hüküm verildiğini ileri sürerek kefilin ifaya zorlayamayacaktır. Zira kefilin asıl borçluya ait olan def’iler haricinde de sahip olduğu def’i imkanları mevcuttur.

⁷⁷⁹ Aynı yönde ÖZEN, Kefalet, s. 367

⁷⁸⁰ ARAL, Özel, s. 205; OLGAÇ, Senai, Satış Trampa Bağışlama, İstanbul 1977 (Bundan sonra “OLGAÇ, Satış” olarak anılacaktır), s. 482; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 175; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 184

⁷⁸¹ BECK, Art. 502, N. 22; PESTALOZZI, Art. 502, N. 17; BİLGE, Mesuliyet, s. 114; BİLGE, Necip, Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri, A.D, 1954, s. 599 (Bundan sonra “BİLGE; Kesin Hüküm” olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 49; REİSOĞLU, Kefalet, s. 290

Kefilin bu def'ileri ileri sürüp ifadan kaçınması mümkündür. Ayrıca asıl borçlunun kendisine ait def'ilerden feragat etmesi ve bunun sonucunda kesin hüküm verilmesi de söz konusu olabilir. TBK md. 591/f.2 gereğince asıl borçlu kendisine ait def'ilerden vazgeçmiş olsa bile kefil bu def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Bu nedenle kefil asıl borçlunun feragat ettiği savunma imkanlarından yararlanarak da ifadan kaçınabilir. Bunun dışında asıl borçlunun ispat vasıtalarını mahkemeye sunmaması ya da davayı kabul etmesi gibi sebepler de borçlu aleyhine kesin hükmün verilmesine yol açmış olabilir. Böyle durumlarda da sadece kesin hüküm verilmesine dayanarak kefil alacaklıya ifaya zorlamak asıl borçlunun iradesiyle kefilin durumunu ağırlaştırmak olacaktır ve bu sonuç kefalet hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Sonuç olarak alacaklının borcun mevcudiyetine ilişkin bir kesin hükme dayanarak her zaman için kefil ifaya zorlayabilmesi mümkün olmayacaktır⁷⁸².

7.1.3. Esas Borçlunun Ölümü Üzerine Mirasçılara Ait Olan ve Kefilin İleri Sürebileceği Savunmalar

Asıl borçlunun ölümü üzerine mirasçılarını mirası kayıtsız şartsız kabul edebilecekleri gibi reddetme imkanına (TMK md. 605-618) da sahiptirler. Bunun dışında resmi tasfiye (TMK md. 632-636) ya da resmi defter tutulmasını istemek (TMK md. 619-631) gibi farklı seçeneklere başvurmaları da mümkündür. Mirasçılarının mirası reddetmeleri ya da resmi tasfiye istemeleri halinde miras bırakanının borçlarından sorumlulukları ortadan kalkmaktadır. Ancak söz konusu durum kefilin sorumluluğunu etkilememekte asıl borçlunun mirasçılarını mirası reddetmiş olsalar bile kefilin borçlardan dolayı sorumluluğu devam etmektedir. Aynı şekilde mirasçılarının resmi tasfiye talep etmesi durumunda tasfiye sonucunda borç ödenmemiş ise kefil yine asıl borçtan sorumlu olmaya devam edecektir⁷⁸³.

Asıl borçlunun mirasçılarının resmi defter tutularak mirasın ona göre kabulünü istemeleri halinde TMK md. 625⁷⁸⁴ hükmüne göre resmi defterin tutulması işlemleri

⁷⁸² BECK, Art. 502, N. 22; BİLGE, Kesin Hüküm, s. 597; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 50; ÖZEN, Kefalet, s. 362-363; REİSOĞLU, Kefalet, s. 290-291

⁷⁸³ TANDOĞAN, s. 798; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 174

⁷⁸⁴ TMK md. 625 hükmüne göre "Resmi defter tutulması devam ettiği sürece mirasbırakanın borçları için icra takibi yapılamaz. Bu süre içinde zamanaşımı işlemez. Acele haller dışında, davalara devam edilemeyeceği gibi, yeni dava da açılmaz".

devam ettiği müddetçe mirasbırakanın borçları için icra takibi yapılamayacak ve zamanaşımı işlemeyecektir. Bunun dışında açılmış davalara devam edilemeyecek ve yeni dava da açılmayacaktır. Bu bağlamda mirasbırakanın mirasçuları kendilerinden talepte bulunan alacaklılara karşı resmi defter tutulması işlemlerinin devam ettiğini ileri sürerek ifadan kaçınabileceklerdir. Ancak müteselsil kefilin resmi defter tutulması işlemlerinin devam ettiği savunmasında bulunması söz konusu olmayacak ve alacaklının ifa talebini reddedemeyecektir⁷⁸⁵. Fakat burada bir ayırım yapmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz. Eğer asıl borçlu ifade gecikmiş ve alacaklı borçluya ihtarda bulunduktan sonra ölmüşse o takdirde alacaklı kefil takip edebilecektir. Benzer şekilde asıl borçlu açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde ölmüşse de alacaklı müteselsil kefile başvurabilecektir. Ancak asıl borçlunun ölümü alacaklı henüz bir ihtarda bulunmadan gerçekleşmişse o zaman müteselsil kefil de resmi defter tutulması işlemleri devam ettiği sürece ifadan kaçınabilmelidir.

Resmi defter tutulması işlemleri tamamlandıktan sonra mirasbırakanın mirasçılarının kabulü halinde TMK md. 628/f.1⁷⁸⁶ hükmüne göre yalnızca deftere yazılmış olan borçlar mirasçılara geçer. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de deftere yazılmış borçlardan dolayı mirasçılar hem tereke malları hem de kendi malvarlıklarıyla sorumlu olurlar. Bu çerçevede kefaletle güvence altına alınan ve deftere yazılmış olan borçtan dolayı müteselsil kefil de alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecektir.

Alacaklarını deftere kaydettirmemiş alacaklıların durumunun ne olacağı ise TMK md. 629'da⁷⁸⁷ düzenlenmiştir. Kanun koyucu alacaklının alacağını deftere yazdırmada kusurlu olup olmamasına göre bir ayırıma gitmiştir. Alacaklının kendi kusuruyla alacağını deftere yazdırmamış olması halinde mirasçılar ne şahsi malvarlıklarıyla ne de tereke mallarıyla sorumlu olmayacaklardır. Zira mirasçılar

⁷⁸⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 45; TANDOĞAN, s. 798

⁷⁸⁶ TMK md. 628/f.1'deki düzenlemeye göre "Resmi deftere göre kabul edilen miras, mirasçıya sadece deftere yazılmış borçlarla geçer".

⁷⁸⁷ TMK md. 629 hükmüne göre "Alacaklarını süresi içinde yazdırmayan alacaklılara karşı mirasçı, kendi kişisel mallarıyla sorumlu olmadığı gibi; terekeden kendisine geçen mallarla da sorumlu tutulamaz. Ancak, alacaklının kusuru olmadan deftere yazdıramadığı veya bildirdiği halde deftere yazılmamış alacakları için mirasçı, zenginleşmesi ölçüsünde sorumlu kalır. Alacakları, tereke mallarıyla güvence altına alınmış alacaklılar deftere geçirilmemiş olsa bile bu haklarını güvenceden alabilirler".

mirası resmi defterde yazılı olan borçlara göre kabul etmiş bulunmaktadırlar⁷⁸⁸. TBK md. 591/f.1 hükmü gereğince kefil asıl borçlunun mirasçılarında ait olan savunma imkânlarından yararlanabileceğinden o da alacaklının kusurlu olarak alacağını deftere yazdırmadığını ileri sürebilecektir⁷⁸⁹. Zira TMK md. 629 hükmündeki amaç alacaklının ihmalinin sonuçlarına katlanmasıdır. Bu bağlamda asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü karşısında teminat işlevi gören kefilin alacaklının ihmali karşısında sorumlu tutulması kefalet sözleşmesinin amacıyla bağdaşmaz. Kefilin de asıl borçlunun mirasçılarının savunma imkanlarına sahip olması bu sonucu destekler niteliktedir. Bunun haricinde kefilin alacaklının kusuruyla deftere kaydettirmemiş olduğu bir alacağı ödemesinin sonuçları rücu bakımından da değerlendirilmelidir. Kefilin söz konusu alacağı ödedikten sonra asıl borçlunun mirasçılara rücu edebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira mirasçılara rücu ettiği takdirde mirasçılar da söz konusu borçtan sorumlu olmadıkları savunmasında bulunacaklardır. Bu bağlamda kefilin herhangi bir ihmali olmadan rücu edemeyeceği bir borçtan sorumlu tutulması kefalet sözleşmesinin özü ile bağdaşmayacaktır. Ancak kefilin herhangi bir savunmada bulunmadan deftere kusurlu olarak kaydettirilmemiş bir alacağı ödemesi halinde ise TBK md. 591/f.3 hükmü çerçevesinde rücu hakkını kaybetmesi gündeme gelebilecektir.

Kefil, alacaklının kusurlu olarak alacağını kaydettirmemesi halinde mirasçılara ait olan bu savunma imkanından yararlanabilmekle beraber söz konusu savunmanın kefilin sorumluluğunu nasıl etkileyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre kefil, alacaklı alacağını resmi deftere kaydettirmiş olsaydı ne oranda sorumluluktan kurtulacaksa o oranda borcundan kurtulacak, kalan kısım için sorumlu olmaya devam edecektir. Bu bağlamda alacak deftere kaydedilmiş olsaydı mirasçılar tarafından karşılanabilecek kısım dikkate alınacak ve kefil o oranda borcundan kurtulmuş sayılıp sorumlu olmayacaktır⁷⁹⁰. Bir diğer görüşe göre alacaklı kusurlu olarak alacağını deftere yazdırmadığı takdirde mirasçılar için alacak sona erdiğinden kefil de söz konusu borçtan sorumlu olmayacaktır. Bu doğrultuda

⁷⁸⁸ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 417; İMRE/ERMAN, s. 371; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2004, s. 517; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 641

⁷⁸⁹ BECK, Art. 502, N. 10; GIOVANOLÌ, Art. 502, N. 12; GUT, s. 70; LERCH-TUASON, s. 53; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 46-47; ÖZEN, Kefalet, s. 523; TANDOĞAN, s. 798

⁷⁹⁰ BECK, Art. 509, N. 23; GIOVANOLÌ, Art. 509, N. 9; PESTALOZZI, Art. 509, N. 11

kefil asıl borcun sona ermesi sebebiyle kefalet sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulacaktır⁷⁹¹. Fikrimizce söz konusu durumlarda ikinci görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır. Zira asıl borcun sona ermesi halinde fer'i bir sözleşme olan kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Kanun koyucunun TMK md. 629/f.1 hükmündeki amacı alacaklının ihmalden mirasçılarını sorumlu tutmamak olduğuna göre söz konusu ihmalden kefil de sorumlu tutmamak gerekir.

TMK md. 629/f.2'deki düzenlemeye göre alacaklı alacağını kusuru olmadan deftere yazdıramamışsa ya da bildirdiği halde deftere kaydedilmemişse o zaman mirasçılar miras sebebiyle zenginleştikleri oranda sorumlu olurlar. Bu bağlamda mirasçılarının ne şahsi malvarlıklarıyla ne de miras payı oranıyla sınırlı sorumlulukları söz konusudur. Mirasçılarının sorumluluğunun kapsamını miras sebebiyle zenginleşme oranları oluşturmaktadır⁷⁹². Doktrinde TMK md. 629/f.2'de düzenlenen durumlarda mirasçılarının zenginleşmeleri ölçüsünde sorumlu olmalarına karşın kefilin borcun tamamından sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Söz konusu durumun kefaletin fer'iliğine getirilen bir istisna olduğu belirtilmektedir⁷⁹³. Bizim de katıldığımız doktrindeki bir başka görüşe göre ise kefilin sorumluluğunun mirasçılarının sorumluluğuyla aynı olacağını ve bu çerçevede kefilin sorumluluğunun kapsamının mirasçılarının miras sebebiyle zenginleşme oranı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre kefil mirasçılara terekeden düşen miktar ne ise o oranda sorumlu olacak ve geri kalan kısım için sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁷⁹⁴. Burada kefaletin fer'i niteliğinden ayrılmanın bir gereği yoktur. Kefil asıl borçludan daha fazla sorumluluk altına giremeyeceği prensibinden hareketle kefilin sorumluluğu mirasçılarının sorumluluğuyla aynı oranda olmalıdır. Ayrıca TBK md. 591/f.1 gereği kefil mirasçılara ait savunma imkânlarından yararlanabildiğine göre TMK md. 629/f.2'de sayılan hallerde de kefil mirasçılar gibi sınırlı sorumluluğunun söz konusu olduğu savunmasında bulunabilmelidir. Aksi düşüncenin kabulü halinde kefil, yaptığı ödemenin bir kısmını mirasçılara rücu edemeyecektir.

⁷⁹¹ GUT, s. 70; İMRE/ERMAN, s. 373; ÖZEN, Kefalet, s. 523; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 705

⁷⁹² DURAL/ÖZ, s. 417; İMRE/ERMAN, s. 372; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 517; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 641-642

⁷⁹³ ÖZEN, Kefalet, s. 523; REİSOĞLU, Kefalet, s. 24

⁷⁹⁴ BECK, Art. 509, N. 23; GIOVANOLI, Art. 502, N. 12; BİLGİN, s. 678; İMRE/ERMAN, s. 373; GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 47-48; TANDOĞAN, s. 798; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 705-706. ŞAHAN, s. 140

7.1.4. Asıl Borçluya Ait Olup Kefil Tarafından Yapılamayacak Savunmalar

7.1.4.1. Kefilin Borçlunun Yanılma veya Ehliyetsizliğini Bilerek Yükümlülük Altına Girmesi

TBK md. 591/f.1 c.2'deki⁷⁹⁵ düzenlemeye göre kefil, TBK md. 582/f.2 hükmü kapsamında asıl borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilerek yükümlülük altına girmişse o takdirde borçlunun yanılmasına ya da ehliyetsizliğine dayanan savunmalarını alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Bu doğrultuda asıl borçlu yanılmasına dayanarak sözleşmeyi iptal ettirse dahi kefil alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Benzer şekilde borçlunun sınırlı ehliyetsiz olması halinde yasal temsilcisi sözleşmeye icazet vermezse borçlu ehliyetsizliği sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürebilirken kefil alacaklıya sözleşmenin geçersiz olduğu savunmasında bulunamayacaktır. Zamanaşımına uğramış bir borca bilerek kefil olan kişi de TBK md. 582/f.2 hükmü kapsamında değerlendirildiğinden TBK md. 591/f.1 c.2 gereğince asıl borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁷⁹⁶. Sonuç olarak normalde kefilin borçlunun yanılması veya ehliyetsizliği ya da asıl borcun zamanaşımına uğramış olması sebebiyle yapabileceği asıl borçluya ait savunmalar, bilerek yükümlülük altına girmesi halinde elinden alınmaktadır.

7.1.4.2. Asıl Borçlunun Ödeme Güçsüzlüğü

TBK md. 591/f.1 c.1 hükmüne göre kefil asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilmekle birlikte borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebiyle sahip olduğu bir takım savunma imkanlarından yararlanması söz konusu olmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin amacının asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne karşı alacaklının

⁷⁹⁵ TBK md. 591/f.1 c.2'deki düzenleme şu şekildedir: “Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hali bu hükmün dışındadır”.

⁷⁹⁶ BECK, Art. 502, N. 42; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 18; ÖZEN, Kefalet, s. 363; REİSOĞLU, Kefalet, s. 231

güvence altına alınması olduğu göz önüne alınırsa kefilin borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanarak sorumluluktan kurtulamaması doğaldır.

Borçlunun ödeme güçsüzlüğünün bir sonucu olarak iflas etmesi halinde müteselsil kefilin kendisine başvuran alacaklıya karşı borçlunun iflas ettiğini ileri süremeyeceği ortadadır. Bunun dışında borçlunun iflası sebebiyle kendisine tanınan bir takım kolaylıklardan da kefilin yararlanması mümkün olmayacaktır. Örneğin İİK md. 251/f.1 c.1⁷⁹⁷ hükmü gereğince iflasın tasfiyesi sonunda alacağın tamamını alamamış alacaklılar için aciz vesikası düzenlenmektedir. Aciz vesikası verildikten sonra alacaklı, müflis borçluyu yeniden takip etmek isterse borçlu İİK md. 251/f.2 c.2⁷⁹⁸ hükmü doğrultusunda yeni mal iktisap etmediği savunmasında bulunabilirken kefil bu durumu gerekçe göstererek ödeme yapmaktan kaçınmaz⁷⁹⁹. Alacaklının asıl borçluyu icra yoluyla takip edip alacağının karşılanmayan kısmı için aciz vesikası alması halinde İİK md. 143/f.4⁸⁰⁰ gereği alacaklı aciz vesikasında yazan alacak için borçludan faiz isteyemeyecektir. Doktrinde söz konusu durumlarda kefilin faiz ödemekle yükümlü olacağı ifade edilmektedir⁸⁰¹.

Asıl borçlu ödeme güçsüzlüğü içinde olması halinde icra mahkemesinden İİK md. 285 gereğince konkordato talebinde bulunabilir. Borçlunun konkordato talebinin kabul edilmesi halinde kendisine İİK md. 287 hükmü doğrultusunda konkordato süresi verilir. Söz konusu sürenin alacaklılar bakımından sonuçları ise İİK md. 289'da⁸⁰² düzenlenmiştir. Buna göre borçluya verilen konkordato mühleti içerisinde

⁷⁹⁷ İİK md. 251/f.1 hükmüne göre "İdare, paraları dağıtırken alacağının tamamını alamamış olan her alacaklıya ödenmemiş miktar için aciz vesikası verir".

⁷⁹⁸ İİK md. 251/f.2 c. 2'deki düzenlemeye göre "... Fakat, müflis yeni mal iktisap etmedikçe hakkında yeniden takip talebinde bulunulamaz".

⁷⁹⁹ ÖZEN, Kefalet, s. 364; REİSOĞLU, Kefalet, s. 230-231

⁸⁰⁰ İİK md. 143/f.4 hükmüne göre "Aciz vesikasında yazan alacak miktarı için faiz istenemez".

⁸⁰¹ GIOVANOLİ, Art. 502, N. 16; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 57; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 170

⁸⁰² İİK md. 289'daki düzenleme şu şekildedir: "Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren mühletler işlemez.

Mühlet sırasında taşınır ve taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.

206'ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.

Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesini durdurur.

asıl borçlu takip edilemeyecek ve başlamış takipler duracaktır. Müteselsil kefilin kendisinden talepte bulunan alacaklıya asıl borçlu hakkında konkordato süresi verildiğini ve bu nedenle hakkında takip yapılamayacağı ileri sürmesinin mümkün olmayacağı açıktır⁸⁰³.

Konkordatoya onay vermeyen alacaklıların durumu İİK md. 295/f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre konkordatoya kabul oyu vermeyen alacaklı kefile karşı olan bütün haklarını muhafaza eder. Bu doğrultuda borçlu hakkında verilen konkordato kararının kefil üzerinde hiçbir etkisi olmamakta ve kefil borçlunun aksine asıl borcun tamamından sorumlu olmaktadır⁸⁰⁴. Kefil borcu alacaklıya ödediği zaman alacaklının haklarına halef olmakla birlikte asıl borçluya rücu edebilmesi konkordato için belirlenen kapsam dahilinde olacaktır⁸⁰⁵.

Alacaklının konkordatoya onay vermesi halinde kefile başvurma hakkı bulunmakla birlikte kefiliden talepleri konkordato için belirlenen şartlar ve oranlar dahilinde olacaktır. Bu çerçevede asıl borçlu borcun ne kadarından sorumlu olacaksa kefilin sorumluluğu da o oranla sınırlı olacaktır⁸⁰⁶.

İİK md. 295/f.2 hükmüne göre alacaklı konkordatoya onay vermekle birlikte kefile ödeme karşılığında kendi haklarını devretmeyi teklif etmiş ve alacaklılar toplantısının gününü ve yerini en az 10 gün önceden kefile haber vermişse konkordatoya onay vermemiş alacaklı gibi kefil borcun tamamından sorumlu tutabilecektir⁸⁰⁷. Alacaklının alacaklılar toplantısının yeri ve zamanını kefile geç bildirmesine karşın kefil toplantının yeri ve zamanı hakkında bilgi sahibi ise o takdirde alacaklı yine kefile borcun tamamı için başvurabilecektir⁸⁰⁸. Alacaklının

Takas bu Kanunun 200 ve 201’inci maddelere tabidir. Bu maddelerin uygulanmasında konkordato mühletinin veya iflasın ertelenmesi kararının ilanı tarihi esas alınır”.

⁸⁰³ BECK, Art. 502, N. 32; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 54; ÖZEN, Kefalet, s. 365; REİSOĞLU, Kefalet, s. 153

⁸⁰⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 55; KURU, s. 1516; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 795; REİSOĞLU, Kefalet, s. 150

⁸⁰⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 55; REİSOĞLU, Kefalet, s. 150

⁸⁰⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 55; KURU, s. 1516; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 641; ÖZEN, Kefalet, s. 365; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 780; REİSOĞLU, Kefalet, s. 151

⁸⁰⁷ KURU, s. 1518; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 795-796

⁸⁰⁸ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 56; KURU, s. 1518; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 641; ÖZEN, Kefalet, s. 365

ödeme karşılığı kendi haklarını devretmesine yönelik teklifin kefil tarafından kabul edilmemesi halinde alacaklı konkordatoya onay verse dahi kefile alacağının tamamı için başvurabilecektir⁸⁰⁹.

Kefaletin alacağın tamamı için değil de yalnızca belli bir kısmı için verilmesi halinde alacaklı, kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınmamış kısmı için konkordatoya onay verebilir. Ancak alacağın kefaletle teminat altına alınan kısmının tamamı için kefile başvurabilmesi İİK md. 295/f.2 kapsamında hareket etmesine bağlıdır. Bu doğrultuda alacaklı kefile, ödeme karşılığında haklarını devretmeyi önermeli ve alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını en az 10 gün önceden kefile bildirmelidir⁸¹⁰.

İİK md. 295/f.3⁸¹¹ hükmüne göre alacaklı konkordatoya ilişkin görüşmelere katılma yetkisini kefile verir ve kefilin vereceği kararı kabul edeceğini bildirirse o zaman yine borcun tamamını kefiliden talep edebilecektir⁸¹². Kefilin alacaklılar toplantısında konkordatoya onay vermesinin veya reddetmesinin bir önemi olmayacak, alacaklı alacağının tamamı için kefile başvurabilecektir. Kefilin görüşmelere katılma yetkisini kullanmaması halinde de alacaklı konkordatoya onay vermiş olsa bile konkordatoda belirtilen oran ve şartlara bağlı olmadan kefilini takip edebilecektir⁸¹³.

İİK md. 317'deki⁸¹⁴ düzenlemeye göre fevkalade hallerde borçluya borçlarını ifa edebilmesi için süre tanınması mümkündür. Bunun için borçlunun kusuru olmaksızın borçlarını ifa edememesi ve sürenin sonunda ödeyebileceğini ispat etmesi gerekir (İİK md. 318/f.1⁸¹⁵). Borçluya tanınan süre içerisinde borçlu hakkında takip

⁸⁰⁹ KURU, s. 1518; REİSOĞLU, Kefalet, s. 151

⁸¹⁰ BECK, Art. 502, N. 27; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 56; ÖZEN, Kefalet, s. 365; REİSOĞLU, Kefalet, s. 152

⁸¹¹ İİK md. 295/f.3'deki düzenleme şu şekildedir: "Alacaklı müracaat hakkına hanel gelmeksizin yukarıdaki kimselere konkordato müzakeresine iştirak etmek yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir".

⁸¹² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 56; KURU, s. 1518; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 641; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 796; REİSOĞLU, Kefalet, s. 152

⁸¹³ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 56; KURU, s. 1518; REİSOĞLU, Kefalet, s. 152

⁸¹⁴ İİK md. 317'deki düzenleme şu şekildedir: "Fevkalade hallerde hususile devamlı iktisadi buhranlarda İcra Vekilleri Heyeti 318'den 329'uncuya kadar olan maddeler hükümlerinin muayyen bir müddet için bu hallerden müteessir olan mıntika borçlularına tatbik edilmesine karar verebilir".

⁸¹⁵ İİK md. 318/f.1'deki düzenlemeye göre "İcra Vekilleri Heyetince bu suretle tayin edilen mıntikalarda 317'inci maddede gösterilen haller sebebiyle kusuru olmaksızın taahhütlerini ifa

yapılması söz konusu olmayacaktır (İİK md. 318/f.3⁸¹⁶). İİK md. 317 vd. hükümleri doğrultusunda borçluya tanınan süreden müteselsil kefil yararlanamayacak ve bu süre içerisinde hakkında takip yapılamayacağını iddia edemeyecektir⁸¹⁷.

7.1.4.3. Esas Borçlunun Mirasçılarının Sahip Olduğu ve Kefil Tarafından İleri Sürülemeyen Savunmalar

TBK md. 591/f.1 hükmü gereğince kefil asıl borçlunun mirasçılarının sahip olduğu savunma imkânlarına başvurabilmekle birlikte miras hukuku kapsamında mirasçılara tanınan bir takım haklardan kefilin yararlanması mümkün olmamaktadır. Buna göre mirasçılarının mirası reddetmeleri halinde mirasbırakanın borçlarından dolayı sorumlulukları ortadan kalkmaktadır. Benzer şekilde TMK md. 612⁸¹⁸ hükmünde en yakın yasal mirasçılarının tümünün mirası reddetmesi halinde mirasın sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre (İİK md. 180) tasfiye edileceği düzenlemesi yer almaktadır. Böyle bir durumda mirasbırakanın borçları tasfiye edilen terekeden karşılanacaktır. Tasfiye sonunda alacaklıların alacaklarını alamamaları halinde karşılanamayan kısım bakımından mirası reddeden mirasçılarının sorumluluğu TMK md. 618⁸¹⁹ kapsamında olacaktır. Buna göre mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar⁸²⁰. Ancak kefilin

edemeyen borçlu mühletin hitamında borçlarını tamamen tediye edebileceğini ahval ümit ettiriyorsa icra mahkemesinden nihayet altı ayı geçmemek üzere fevkalade bir müddet isteyebilir”.

⁸¹⁶ İİK md. 318/f.3 hükmüne göre “Dilekçe verilmesinden sonra icra mahkemesi, 326’ncı maddede öngörülen alacaklar hariç, tedbir yoluyla derdest takipleri durdurabilir. İcra mahkemesi, takiplerin durdurulması süresinin fevkalade mühletten indirilip indirilmeyeceğini ve indirilecekse ne ölçüde indirileceğini belirler”.

⁸¹⁷ BECK, Art. 502, N. 35; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 16; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 57

⁸¹⁸ TMK md. 612’deki düzenleme şu şekildedir: “En yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından redd-olunan miras, sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir”.

⁸¹⁹ TMK md. 618 hükmüne göre “Ödemeden aciz bir mirasbırakanın mirasını reddeden mirasçılar, onun alacaklılarına karşı, ölümünden önceki beş yıl içinde ondan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olurlar. – Olağan eğitim ve öğrenim giderleriyle adet üzere verilen çeyiz, bu sorumluluğun dışındadır. – İyiniyetli mirasçılar, ancak geri verme zamanındaki zenginleşmeleri ölçüsünde sorumlu olurlar”.

⁸²⁰ DURAL/ÖZ, s. 410; HELVACI, İlhan, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-MK. m. 618), İstanbul 2002, s. 238 (Bundan sonra “HELVACI, Mirasın Reddi” olarak anılacaktır); İMRE/ERMAN, s. 357; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507-508; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 632-633

mirası reddetmek gibi bir hakkı bulunmadığından asıl borçtan, kefalet sözleşmesinde belirtilen üst sınıra kadar sorumluluğu devam edecektir⁸²¹.

Mirasbırakanın yasal mirasçılarının başvurabileceği bir imkan da terekenin resmi tasfiyesinin istenmesidir. Resmi tasfiye istenmesi halinde mirasçılar terekenin borçlarından sorumlu olmazlar (TMK md. 632/f.3). Alacaklılar alacakları için mirasçıların şahsi malvarlıklarına başvuramamaktadırlar. Alacaklarını yalnızca terekeden talep edebilirler⁸²². Kefilin ise alacaklının alacağını terekeden elde etmesini ileri sürüp ifadan kaçınması söz konusu olmayacaktır⁸²³.

Mirasın devlete geçmesi hali TMK md. 631'de⁸²⁴ düzenlenmiştir. Buna göre mirasın devlete geçmesi halinde terekenin resmi defteri düzenlenecektir. Devletin mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu yalnızca miras yoluyla edindiği değerler kapsamında olacaktır. Kefil sorumluluğu ise asıl borcun tamamına yöneliktir⁸²⁵.

7.1.5. Esas Borçlunun Savunma İmkânlarından Vazgeçmesinin Müteselsil Kefile Etkisi

Asıl borçlunun kendisine tanınan savunma imkanlarından vazgeçmesi halinde kefilin söz konusu savunma imkanlarına başvurup başvuramayacağına ilişkin yasal bir düzenleme 818 sayılı EBK döneminde bulunmamaktaydı. Yalnızca EBK md. 139/f.3 c.2'de⁸²⁶ asıl borçlunun zamanaşımı def'inden feragat etmesinin kefile karşı etkili olmayacağı düzenlemesi yer almaktaydı. Asıl borçlunun kendi davranışlarıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinden hareketle EBK md. 139/f.3 c.2'deki düzenlemenin kıyas yoluyla EBK md. 497'e uygulanması ve bu çerçevede asıl

⁸²¹ BİLGİN, s. 678-679; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 53; TANDOĞAN, s. 797

⁸²² DURAL/ÖZ, s. 419; İMRE/ERMAN, s. 387; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 524; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 652

⁸²³ BECK, Art. 502, N. 11; PESTALOZZİ, Art. 502, N. 23; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 54; TANDOĞAN, s. 798

⁸²⁴ TMK md. 631 hükmüne göre "Mirasın devlete geçmesi halinde sulh mahkemesi, re'sen yukarıdaki usuller uyarınca terekenin resmi defterini düzenler.

Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur".

⁸²⁵ PESTALOZZİ, Art. 502, N. 23; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 53

⁸²⁶ EBK md. 139/f.3 c.2'deki düzenleme şu şekildeydi: "Asıl borçlu tarafından vuku bulan feragat, kezalet kefile karşı dermeyan olunamaz".

borçlu vazgeçmiş olsa bile kefilin söz konusu savunma imkanlarına başvurabileceği doktrinde kabul edilmekteydi⁸²⁷.

İBK’nda 1942 yılında yapılan değişiklikle İBK md. 502/f.2 hükmünde asıl borçlunun kendisine ait def’ilerden vazgeçse bile kefilin söz konusu def’ileri ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır⁸²⁸. Aynı düzenleme 6098 sayılı TBK’nun 591’inci maddesinin ikinci fıkrasına da alınmış ve bu bağlamda asıl borçlunun kendisine ait bir def’iden vazgeçmesinin kefilin etkilemeyeceği yasal bir temele dayanmıştır. Ancak bazı durumlarda asıl borçlunun bir takım haklarını süresi içerisinde kullanmaması veya vazgeçmesi kefil üzerinde de sonuçlar doğurmaktadır. Asıl borçlunun irade sakatlığı sebebiyle sahip olduğu sözleşmeyi iptal hakkı bu duruma örnek gösterilebilir. Borçlunun TBK md. 39’da öngörülen süre içerisinde iptal hakkını kullanmaması durumunda kefil bu hakkı kendi kullanamayacağı gibi asıl borçtan da sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda kefil, borçlunun fiilleriyle sorumluluğunun arttırılamayacağını savunmasında bulunamayacaktır. Aynı şekilde borçlunun bu hakkından süresi içerisinde feragat etmesi durumunda da TBK md. 591/f.2’ye dayanarak iptal hakkını alacaklıya karşı ileri süremeyecektir⁸²⁹. Ancak asıl borcun zamanaşımına uğramış olması veya sözleşmenin şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olması gibi durumlarda kefil, asıl borçlunun savunma imkanlarından vazgeçmiş olmasından etkilenmeyerek ifadan kaçınabilecektir. Görüldüğü gibi asıl borçlunun sahip olduğu yenilik doğuran hakkı süresi içerisinde kullanmaması veya bu haktan feragat etmesi kefilin sorumluluğunu ağırlaştırmakla birlikte kefil bu duruma katlanmak zorunda kalmaktadır.

Asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkanlarını ileri sürmesinin TMK md. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu durumlarda kefilin de söz konusu savunma imkanları dayanması TMK md. 2’ye aykırılık olarak nitelendirileceği ortadadır. Bu çerçevede doktrinde asıl borçlunun feragat ettiği savunmanın dürüstlük kuralına aykırı olması durumunda kefilin TBK md. 591/f.2’yi

⁸²⁷ ATAOL, Hüseyin, Kefalet Akdinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def’i ve İtirazlar, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 2, Kocaeli 1998-1999, s. 51; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 62; RESİOĞLU, Kefalet, 1992, s. 179; TANDOĞAN, s. 782

⁸²⁸ HARRER, Friedrich, Einreden des Bürgen, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 516; HUGUENİN, s. 194

⁸²⁹ BECK, Art. 502, N. 15; PESTALOZZI, Art. 502, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 63-64; ÖZEN, Kefalet, s. 369

gerekçe göstererek aynı savunma sebebini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması oluşturacağı ifade edilmektedir⁸³⁰. Buna göre kefil her ne kadar borçluya ait savunma imkânlarına borçlunun feragatine rağmen başvurabilse de söz konusu hakkın sınırını dürüstlük kuralı oluşturacaktır.

Müteselsil kefilin asıl borçluya ait olan savunmaları ileri sürmesi kendisi için hem bir hak hem de yükümlülük oluşturmaktadır. Müteselsil kefil söz konusu savunmaları ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunursa borçluya rücu hakkını kaybedebilir⁸³¹. Ancak asıl borçlunun feragat ettiği savunmayı yapmadan alacaklıya ödeme yapması halinde asıl borçluya rücu edebilecektir⁸³². Asıl borçlu da TBK md. 591/f.3 hükmünün uygulanması gerektiğini ileri süremeyecektir. Zira TBK md. 591/f.3'deki düzenleme kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmeden alacaklıya yapacağı ifanın rücu hakkını etkileyeceğine yöneliktir. Söz konusu hükmün kapsamını asıl borçlunun feragat etmediği def'iler oluşturmaktadır. Bu doğrultuda asıl borçlunun feragat ettiği def'inin kefil tarafından bilinip bilinmemesi bir önem arz etmeyecek ve kefilin alacaklıya yaptığı ifayı asıl borçluya rücu etmesine bir engel bulunmayacaktır.

7.1.6. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma İmkânlarından Feragat Etmesi

Kefilin asıl borçluya ait def'ilerden vazgeçebilip geçemeyeceğine ilişkin 818 sayılı EBK ve 6098 sayılı TBK'ya göre farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. 818 sayılı sayılı EBK zamanında kefilin asıl borçluya ait def'ilerden feragatini engelleyecek herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde tarafların gerçek iradelerinin kefalet sözleşmesi kurmak olması halinde sözleşmenin fer'i niteliği gereği kefilin asıl borçludan daha ağır yükümlülük altına giremeyeceği ve bu kapsamda asıl borçluya ait savunma imkanlarından önceden feragatin geçersiz olacağı ifade edilmekteydi⁸³³. Kefilin asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına girmesine sebep olan böyle bir feragatin sözleşmenin kefalet olarak

⁸³⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 63

⁸³¹ HARRER, s. 516, dipnot 6; HUGUENİN, s. 194

⁸³² REİSOĞLU, Kefalet, s. 234

⁸³³ GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 223; REİSOĞLU, Kefalet, s. 180; TANDOĞAN, s. 783

nitelendirilmesini etkileyeceği ve bu çerçevede sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabul edilebileceği belirtilmekteydi⁸³⁴.

Kefilin asıl borçluya ait def'ilerden önceden feragatine ilişkin bir düzenlemeye 6098 sayılı TBK'nun 582'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre kanundan aksi anlaşılmadığı sürece kefil, kendisine kefalet hükümleri kapsamında tanınan haklardan önceden feragat edemeyecektir. Kefalet hükümlerinin nisbi emredici yapısı tarafların aralarında anlaşarak kefilin asıl borçluya ait def'ilerden vazgeçtiğine yönelik anlaşmaları geçersiz sayacaktır⁸³⁵. Böylece EBK zamanında mevcut olmayan yasal bir düzenleme 6098 sayılı TBK'nu ile getirilmiş bulunmaktadır. TBK md. 582/f.3 hükmüne göre kanunda aksi bir düzenleme varsa kefilin önceden feragati de geçerli sayılacaktır. Ancak TBK'da asıl borçluya ait def'ilerden önceden feragat izin veren bir hüküm bulunmadığından söz konusu feragat geçersiz sayılacaktır. Kefilin asıl borçluya ait def'ilerden önceden vazgeçmesine yönelik anlaşmalar geçersiz sayılmakla birlikte tarafların kefalet sözleşmesinden başka bir sözleşme yapmak istediği anlamı da gelebilecektir⁸³⁶. Böyle bir durumda daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi garanti ve kefalet sözleşmesine özgü nitelikleri birlikte barındıran isimsiz bir teminat sözleşmesi bulunduğu sonucuna varılabilecektir⁸³⁷.

7.1.7. Kefilin Esas Borçluya Ait Def'ileri İleri Sürmemesinin Sonuçları

TBK md. 591/f.3 hükmünde kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesi halinde asıl borçluya rücu edip edemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre kefil, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden alacaklıya ifada bulunursa asıl borçluya rücu edebilecektir. Başka bir ifadeyle asıl borçluya ait ve asıl borcun değerini azaltacak ya da ortadan kaldıracak bir takım savunma imkanları bulunmakla birlikte kefil bu savunma imkanlarının varlığını bilmeden alacaklıya ödemede bulunursa rücu hakkını kaybetmeyecektir. Ancak TBK md. 591/f.3 c.2'de ise asıl borçlu, kefilin kendisine ait def'ilerin varlığını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse o zaman kefilin

⁸³⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 225

⁸³⁵ BECK, Art. 492, N. 136; GIOVANOLİ, Art. 492, N. 85

⁸³⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 370; PESTALOZZİ, Art. 502, N. 12

⁸³⁷ Bknz. "Def'i ve İtirazlardan Vazgeçilmesi Kıstası" başlığı altındaki açıklamalarımız

borçluya rücu hakkı etkilenecektir. Kefil, asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürmüş olsaydı yapacağı ödemede ne ölçüde azalacaksa o oranda borçluya rücu hakkını kaybedecektir. Kanun koyucunun söz konusu hükümdeki amacının, kefilin nasıl olsa asıl borçluya rücu edeceği düşüncesiyle ihmalkar davranışlarda bulunarak asıl borçlunun mevcut durumunu ağırlaştırmasını engellemek olduğu söylenebilir⁸³⁸. EBK md. 497/f.2'de de benzer bir düzenleme yer almakla birlikte TBK md. 591/f.3'de bir takım değişiklikler yapılmış ve ispat yükü yer değiştirmiştir. EBK md. 497/f.2'ye göre kefil, asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmemesinde kusuru olmadığını ispat etmek zorundadır. TBK md. 591/f.3'de ise asıl borçlu kefilin kendisine ait def'ileri bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etmekle yükümlüdür. Başka bir ifadeyle 6098 sayılı TBK'da kefilin kusurunu ispat yükü asıl borçluya geçmiştir⁸³⁹.

Kefilin asıl borçluya ait def'ileri ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunmasındaki kusuru iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki kefilin asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmesine karşın alacaklıya ödemede bulunmasıdır. Bu noktada asıl borçlu kefilin kendisine ait def'ilerden haberdar olduğunu ispat edecektir. Diğer olasılık kefilin asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeden borcu ifa etmesidir. Böyle bir durumda borçlu kefilin söz konusu savunma imkanlarını bilmesi gerektiğini ispatla yükümlü olacaktır. Asıl borçluya ait def'i ve itirazların neler olduğu konusunda kefilin borçludan bilgi edinme konusunda ihmalkar davranması kusurlu olduğunun göstergesi olacak ve borçluya rücu hakkını kaybetmesine yol açabilecektir⁸⁴⁰. Ancak borçlunun kötü niyetle kendisine ait savunma imkanlarına ilişkin bilgi vermemesi ya da eksik bilgilendirmesi halinde kefilin kusurlu sayılması söz konusu olmayacaktır⁸⁴¹.

Kefilin asıl borçluya ait savunma imkanlarını alacaklıya karşı ileri sürmemesi rücu hakkını kaybetmesine sebep olmakla birlikte borçluya ait tüm savunma imkanları bakımından aynı sonuca varmak mümkün değildir. Bu çerçevede asıl borcun azalmasına ya da ortadan kalkmasına yol açacak kesin def'i ve itirazlar bakımından

⁸³⁸ DE BIASIO, s. 108; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 227

⁸³⁹ ALTOP, Bürgschaftsvertrag, s. 121; ALTOP, Değişiklikler, s. 25; ALTOP, Tasarı, s. 159; BURCUOĞLU, s. 285; GÜMÜŞ, C. II, s. 418; ÖZEN, Kefalet, s. 372

⁸⁴⁰ BECK, Art. 502, N. 53; GIOVANOLI, Art. 502, N. 19; PESTALOZZI, Art. 502, N. 30; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 227

⁸⁴¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 228

kefil rücu hakkını kaybedebilecektir. Örneğin asıl borcun geçerli olmadığı ya da sona erdiği yolundaki savunma imkanlarını kusuruyla ileri sürmeyen kefil, alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edemeyecektir. Ancak asıl borcun muaccel olmadığı gibi geçici süreyle ifayı geciktirmesine sebep olan geçici def'iler bakımından asıl borçluya rücu hakkı varlığını sürdürecektir. Kefilin geçici def'ileri ileri sürmemesi belli bir süreyle asıl borçluya rücu etmesini engelleyecek ancak rücu hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁸⁴².

7.1.8. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Savunmalar

7.1.8.1. Genel Olarak

Müteselsil kefilin asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkı haricinde müteselsil kefalet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan savunma imkanları da bulunmaktadır. Bunun dışında kefalet sözleşmesinden kaynaklanmayan, alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkilere dayanan savunmaları da söz konusu olabilir. Kefilin asıl borçluya ait savunma imkanlarını ileri sürmemesinin yaptırımını borçluya rücu imkanını kaybetmesidir. Şahsi def'ilerini ileri sürmeden yapacağı ifade ise borçluya rücu hakkı devam edecektir. Zira asıl borçluya ait savunma imkanlarından farklı olarak kefilin şahsına ait def'iler kendisi için bir yükümlülük değil haktır⁸⁴³.

7.1.8.2. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olmaması

Asıl borç ilişkisi geçerli olmakla beraber kefil ve alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesinin geçerli olmaması mümkündür. Bu çerçevede borçlar hukuku anlamında sözleşmenin geçersizliğini sebep olan hususlar kefalet sözleşmesinin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Buna göre kefil, kefalet sözleşmesinin şekle aykırılık, iradelerin uyuşmaması, ehliyetsizlik, irade sakatlığı gibi sebeplerle geçerli olarak doğmadığı itirazında bulunabilecektir⁸⁴⁴.

⁸⁴² BECK, Art. 502, N. 50; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 228; REİSOĞLU, Kefalet, s. 280

⁸⁴³ BECK, Art. 502, N. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 372; REİSOĞLU, Kefalet, s. 235

⁸⁴⁴ ATAOL, s. 40-41; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 65; REİSOĞLU, Kefalet, s. 235-236

7.1.8.3. Kefalet Sözleşmenin Sona Ermesi

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği gereği asıl borç sona erdiğinde kefalet sözleşmesi de sona ermekle birlikte kefaletin asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak da sona ermesi mümkündür. TBK md. 198/f.2'deki düzenlemeye göre kefil, borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermezse sorumluluğu sona erer. Bu doğrultuda kefil borcun üstlenilmesine rıza göstermemişse kendisinden talepte bulunan alacaklıya kefalet sözleşmesinin sona erdiği savunmasında bulunabilecektir⁸⁴⁵.

Kefalet sözleşmesinin belirli süreli olması halinde süre bitiminde kefil borcundan kurtulacağından alacaklıya sürenin bittiğini ve bu nedenle sözleşmenin sona erdiğini ileri sürebilecektir (TBK md. 600). Belirsiz süreli kefalette ise TBK md. 601/f.1 gereğince müteselsil kefil, asıl borç muaccel olduktan sonra 1 ay içinde alacaklıdan teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmesini talep edebilmektedir. Alacaklıya yapılan ihtara rağmen alacaklı 1 aylık sürede rehinlerin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmazsa kefil borcundan kurtulmaktadır. Böyle bir durumda kefil alacaklıya kefalet sözleşmesinin sona erdiği itirazında bulunup ifadan kaçınabilecektir.

Bunun dışında alacaklının kefilini ibra etmesi, kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi ya da borcun yenilenmesi gibi kefalet sözleşmesini sona erdiren sebeplerin varlığı halinde kefil kefalet sözleşmesinin sona erdiği savunmasında bulunabilecektir⁸⁴⁶.

7.1.8.4. Kefalet Sözleşmesinden Doğan Borcun Henüz Muaccel Olmaması

Alacaklının kefilini takip edebilmesi için asıl borcun muaccel olması gerektiği gibi kefilin borcunun da muaccel olması gerekmektedir. Alacaklının kefilini kefalet borcu muaccel olmadan önce takip etmesi halinde kefil borcun henüz muaccel olmadığını ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir.

⁸⁴⁵ ATAOL, s. 48; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 138-139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 277

⁸⁴⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 236

Kefilin borcunun ne zaman muaccel olacağı konusunda taraflar bir vade belirlememişlerse kural olarak kefalet borcunun muacceliyeti için asıl borcun muaccel olacağı zaman esas alınır. Kefalet borcunun asıl borçtan önce muaccel olacağına yönelik anlaşmalar kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırı sayılacak ve TBK md. 582/f.3 hükmü gereğince geçersiz olacaktır⁸⁴⁷. Tarafların kefalet borcunun asıl borç muaccel olduktan sonra muaccel olacağını kararlaştırmaları da mümkündür. Kefil ve alacaklı aralarında vade kararlaştırmadıkları takdirde kefalet borcu asıl borçla aynı zamanda muaccel olacaksa da kanunda kefil lehine bir takım istisnalar mevcuttur. Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi borçlunun iflas etmiş olması asıl borcun vadesinden önce muaccel olmasına sebep olurken TBK md. 590/f.1 hükmü gereği kefil vadeden önce takip edilemeyecektir. Bir diğer istisna da İİK md. 257/f.3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun mallarına ihtiyati haciz konması durumunda asıl borç yalnızca borçlu bakımından vadeden önce muaccel hale gelecektir⁸⁴⁸.

7.1.8.5. Kefalet Sözleşmesinin Zamanaşımına Uğraması

TBK md. 146'daki⁸⁴⁹ düzenlemeye göre borçlar 10 yılda zamanaşımına uğramaktadır. Diğer sözleşmelerden doğan borçlar gibi kefalet borcu da 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Kefalet borcunun zamanaşımına uğramış olması halinde kefil alacaklıya borcunun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir.

Kefaletten doğan borç ile asıl borç ayrı zamanaşımı sürelerine tabidir. Kefalet sözleşmesi için zamanaşımı süresi TBK md. 149/f.1⁸⁵⁰ gereği kefalet borcunun muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Kefalet borcu asıl borçtan önce muaccel olmayacağı için kefalet sözleşmesi için zamanaşımı süresi en erken asıl borcun muaccel olmasıyla başlayacaktır⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ BECK, Art. 510, N. 14; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 187; REİSOĞLU, Kefalet, s. 236

⁸⁴⁸ BECK, Art. 501, N. 13; GIOVANOLİ, Art. 501, N. 6; PESTALOZZI, Art. 501, N. 9; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 188

⁸⁴⁹ TBK md. 146'daki düzenleme şu şekildedir: "Kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir".

⁸⁵⁰ TBK md. 149/f.1 hükmüne göre "Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar".

⁸⁵¹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 192; REİSOĞLU, Kefalet, s. 237

7.1.8.6. Alacaklının Teminat ve İspat Vasıtalarını Muhafaza Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

TBK md. 592/f.1'deki⁸⁵² düzenlemeye göre alacaklının kefalet sırasında var olan veya daha sonradan elde ettiği teminat ve ispat vasıtalarını saklama yükümlülüğü vardır. Eğer alacaklı asıl borç için verilen teminat ve ispat vasıtalarını kefilin zararına olarak elden çıkarırsa veya azaltırsa, alacaklı zarar miktarının daha az olduğunu ispat edemediği takdirde kefilin sorumluluğu zarar miktarınca azalır. Böyle bir durumda kefil, teminat ve ispat vasıtalarının zararına olarak azaltıldığını ileri sürerek zarar miktarınca ifadan kaçınabilir⁸⁵³.

7.1.8.7. Alacaklının Kefile Süre Tanınması

Alacaklı tarafından asıl borçluya borcunu ödemesi için süre tanınması mümkün olduğu gibi alacaklı müteselsil kefile de asıl borçludan ayrı olarak süre tanıyabilir. Kefil asıl borçluya tanınan süreden yararlanabilirken asıl borçlu kefile tanınan süreden yararlanamayacaktır. Kefil, alacaklı kendisinden talepte bulunduğu zaman söz konusu süreyi ileri sürerek ifadan kaçınabilir⁸⁵⁴.

7.1.8.8. Kefilin Alacaklıyla Arasındaki Kişisel İlişkilere Dayanan Savunmaları

Kefil, asıl borç ilişkisi ve kefalet sözleşmesinin niteliğinden ve türünden kaynaklanan savunma imkanları haricinde alacaklıyla arasındaki kişisel ilişkiler sebebiyle sahip olduğu savunma imkanlarına da başvurabilecektir. Bu durum kefalet sözleşmesinin Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olmasının doğal bir sonucudur. Söz konusu savunmalarda bulunup bulunmamak kefilin borçluya rücu hakkını

⁸⁵² TBK md. 592/f.1 hükmüne göre "Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvencesi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır".

⁸⁵³ Bknz. "Alacaklının Teminatları Koruma Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸⁵⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 237

engellemeyecektir⁸⁵⁵. Örneğin kefil asıl borçlunun sahip olduğu takas hakkını alacaklıya karşı kullanmayacak olsa da kendisine ait takas hakkını kefalet sözleşmesinden doğan borcu için alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Zira söz konusu takas hakkı kefilin asıl borç ilişkisinden bağımsız olarak sahip olduğu bir haktır. Ancak alacaklının müteselsil kefil yerine asıl borçluyu takip etmesi halinde borçlu, kefilin alacaklıya karşı takas hakkı bulunduğu gerekçesiyle borcunu ifa etmekten kaçınamaz. Bunun gibi kefilin kendi ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanan savunma imkanları da söz konusu olabilir. Örneğin kefil, kendisine konkordato mehli verilmiş olduğunu alacaklıya karşı ileri sürebilecektir⁸⁵⁶. Görüldüğü gibi söz konusu savunmalar kefalet sözleşmesinin bir sözleşme olmasından kaynaklanmakta ve asıl borç ilişkisi veya kefalet sözleşmesinin kefile tanıdığı savunma imkanlarından ayrı bir niteliğe sahip bulunmaktadır.

7.1.8.9. Kefilin müteselsil Kefalet Sözleşmesine Özgü Def'ileri

Kefilin müteselsil kefalet sözleşmesine özgü bir takım def'i hakları bulunmaktadır. Örneğin alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmış olması halinde müteselsil kefil öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiğini def'i olarak alacaklıya ileri sürebilecektir⁸⁵⁷. Bunun dışında TBK md. 590/f.2 gereği müteselsil kefil, hakkında başlayan takibin aynı güvence karşılığında durdurulmasını talep edebilecektir. Müteselsil kefilin hakkında takibin durdurulmasına karar verilmişse alacaklı kefilin takip edemeyecektir. Buna rağmen alacaklı müteselsil kefilin talepte bulunursa kefilin takibin durdurulduğu ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir⁸⁵⁸. Bunun dışında TBK md. 590/f.4 hükmü gereğince yerleşim yeri yurt dışında olan borçlunun borcunu ödemesi döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi bir sebeple o ülkenin mevzuatı gereği imkansız hale gelmiş ya da sınırlandırılmışsa müteselsil kefilin takibe bu sebeple itiraz ederek ödeme

⁸⁵⁵ TANDOĞAN, s. 783

⁸⁵⁶ BECK, Art. 502, N. 7; ÖZEN, Kefalet, s. 373

⁸⁵⁷ Bknz. "Teslime Bağlı Taşınır Rehni ve Alacak Rehninin Paraya Çevrilmesi" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸⁵⁸ Bknz. "Müteselsil Kefil Hakkında Takibin Durdurulması Kararının Verilmemiş Olması" başlığı altındaki açıklamalarımız.

yapmaktan kaçınabilecektir⁸⁵⁹. Söz konusu hususlar çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden tekrara düşmemek adına genel bilgiler vermekle yetiniyoruz.

7.2. ALACAKLININ KEFİLE KARŞI ÖDEVLERİ

7.2.1. Asıl Borçlunun İflası veya Konkordato İstemine İlişkin Yükümlülükleri

7.2.1.1. Genel Olarak

TBK md. 594/f.2⁸⁶⁰ hükmünde asıl borçlunun iflas etmesi ya da konkordato talep etmesi halinde alacaklının kefile karşı yerine getirmesi gereken bir takım yükümlükler yer almaktadır. Buna göre alacaklı, asıl borçlu hakkındaki iflas kararını veya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda kefile bildirmekle yükümlüdür. Ayrıca söz konusu durumlarda alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması gerekenleri yapmak zorunda olacaktır. 818 sayılı EBK'ndaki düzenlemede ise yalnızca asıl borçlunun iflas etmesi halinde alacaklının kefile haberdar etme yükümlülüğüne değinilmiştir (EBK md. 502/f.2⁸⁶¹). Bunun dışında TBK md. 594/f.2'den farklı olarak EBK md. 502/f.1'de⁸⁶² borçlunun iflas etmesi durumunda yalnızca alacaklının alacağını iflas masasına kaydettirme zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. TBK md. 594/f.2'deki düzenlemeye göre ise alacaklı alacağını kaydettirmekle yetinmeyecek aynı zamanda haklarının korunması için gerekeni yapmakla yükümlü olacaktır.

Birlikte müteselsil kefalet durumunda da alacaklı asıl borçlunun iflası veya konkordato istemi sebebiyle oluşan yükümlülüklerini kefillerin hepsine karşı yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Ancak borçlunun değil de birlikte kefillerden birinin iflası ya da konkordato talep etmesi durumunda alacaklının TBK md. 594/f.2

⁸⁵⁹ Bknz. "Asıl Borcun İflasının İmkansız Hale Gelmesi" başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁸⁶⁰ TBK md. 594/f.2'deki düzenlemeye göre "Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarını korumak için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir".

⁸⁶¹ EBK md. 502/f.2 c.1'e göre "Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefile haberdar etmekle mükelleftir".

⁸⁶² EBK md. 502/f.1'deki düzenleme şu şekildeydi: "Borçlu, iflas eder ise alacaklı alacağını iflas masasına kayıt ettirmeğe mecburdur".

gereğince yüklendiği yükümlülükleri diğer kefillere karşı yerine getirip getirmeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde baskın görüş olarak birlikte kefillerin iflası ya da konkordato talep etmesi halinde alacaklının yükümlülüğü bulunmadığı zira TBK md. 594/f.2'nin yalnızca asıl borçlunun iflası ya da konkordato talebine ilişkin bir düzenleme olduğu belirtilmektedir⁸⁶³. Bizim de katıldığımız bir başka görüş ise TBK md. 592/f.1 hükmünden hareketle alacaklının TBK md. 594/f.2 anlamında birlikte kefillere karşı, kefillerden birisinin iflasından ya da konkordato isteminden dolayı yükümlülükleri olabileceğini ileri sürmüştür. Zira TBK md. 592/f.1 hükmüne göre alacaklının, sahip olduğu teminatları kefilin zararına olarak azaltmamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu teminatların kapsamına her türlü teminat girdiğinden şahsi teminatlar bakımından da alacaklının sorumluluğu bulunmaktadır. Kefaletle bir şahsi teminat olduğundan alacaklı birlikte kefalet sebebiyle elde ettiği hakları korumakla yükümlüdür. Bu kapsamda birlikte kefillerden birinin iflas etmiş olması ya da konkordato talep etmesi halinde alacaklının TBK md. 594/f.2'de belirtilen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekecektir. Aksi takdirde TBK md. 592/f.1'deki yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır⁸⁶⁴.

7.2.1.2. Alacaklının Bildirim Yükümlülüğü

TBK md. 594/f.2 c.2'deki düzenlemeye göre alacaklı borçlu hakkında verilen iflas kararını öğrendiği anda kefile bildirmekle mükelleftir. Söz konusu bildirim herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı açısından önemli olacaktır. Müteselsil kefil asıl borçlunun iflasına ilişkin bilgi sahibi olmuşsa, alacaklının herhangi bir bildirimde bulunmaması TBK md. 594/f.2'de öngörülen yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlamına gelmeyecektir⁸⁶⁵.

⁸⁶³ BECK, Art. 505, N. 15; GIOVANOLI, Art. 505, N. 20; ATAOL, s. 27; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 203-204; REİSOĞLU, Kefalet, s. 157

⁸⁶⁴ BECK, Art. 505, N. 15; ÇINAR, s. 148, dipnot, s. 499; GÜMÜŞ, C. II, s. 429; ÖZEN, Kefalet, s. 375

⁸⁶⁵ BECK, Art. 505, N. 18; GIOVANOLI, Art. 505, N. 18; ÖZEN, Kefalet, s. 376; REİSOĞLU, Kefalet, s. 156

Alacaklı asıl borçlunun iflas ettiğine dair bildirim kefilin kefaletten doğan rücu alacağını iflas masasına yazdırabilmesi için gerekli olan en kısa sürede yapmalıdır⁸⁶⁶. Bu şekilde borçlu iflas etmeden önce alacaklıya ödemede bulunan kefil, kanuni halefiyet hakkı gereğince oluşan rücu alacağını iflas masasına yazdırabilecektir. Borçlunun iflas etmiş olduğu ancak kefilin alacaklıya ödemede bulunmadığı olasılıkta ise kefilin doğması muhtemel olan rücu alacağını iflas masasına yazdırıp yazdıramayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre kefilin doğması muhtemel rücu alacağını iflas masasına yazdırması mümkündür⁸⁶⁷. Buna göre söz konusu alacağın iflas masasına kaydettirebilmesi İİK md. 197/f.1⁸⁶⁸ hükmüne dayanmaktadır. Zira söz konusu hükümde geciktirici şarta bağlı alacakların da iflas masasına kaydettirilebileceği ve alacaklının şart gerçekleşince alacağını alabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda kefilin alacaklıya ödemede bulunmadığı aşamada rücu alacağı geciktirici şarta bağlanmış kabul edilecek ve kefil alacaklıya ödemede bulunduğu şart gerçekleşmiş olacaktır⁸⁶⁹. Bir diğer görüşe göre kefil alacaklıya hiçbir ödemede bulunmadığı takdirde rücu alacağını iflas masasına yazdırması mümkün değildir⁸⁷⁰. Fikrimizce doğması muhtemel rücu alacağının geciktirici şarta bağlı bir alacak olarak kabul edilmesini engelleyecek bir durum bulunmamaktadır. Bu doğrultuda kefilin alacaklıya yapacağı ifa geciktirici şart olarak kabul edilecek ve ifa ile şart da gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu şekilde de İİK md. 197/f.1 kapsamında değerlendirilip iflas masasına yazılması mümkün olacaktır. Alacaklının alacağını iflas masasına yazdırması halinde ise kefilin tekrar rücu alacağını yazdırması gerekmeseydi de alacaklının alacağını yazdırmama ihtimaline karşı, kefilin haklarına zarar gelmemesi açısından alacaklının bu bildirimde bulunması zorunlu olacaktır⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ GIOVANOLI, Art. 505, N. 8

⁸⁶⁷ LERCH-TUASON, s. 96; BİLGİN, s. 454; REİSOĞLU, Kefalet, s. 156

⁸⁶⁸ İİK md. 197/f.1'deki düzenlemeye göre "Alacaklı tâliki bir şarta veya gayrimuayyen bir vadeye muallak bulunan alacağını da kaydettirebilir. Fakat hissesini şartın tahakkukunda veya vadenin hülulünde alır".

⁸⁶⁹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 156

⁸⁷⁰ KURU, s. 1256; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 714. Doktrinde kefilin müstakbel rücu alacağını iflas masasına yazdıramayacağı zira aksi durumda alacaklının kefile yönelik bildirim yükümünün bir anlamı kalmayacağı ve bu nedenle kefilin de borçlunun ekonomik durumunu takiple yükümlü olması gerekeceği belirtilmiştir. ÇINAR, s. 152, dipnot 507; GÜMÜŞ, C. II, s. 432-433

⁸⁷¹ ÖZEN, Kefalet, s. 376

Alacaklı TBK md. 594/f.2 gereğince borçluya verilen konkordato mehlini de kefile bildirmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük EBK md. 502 hükmünde yer almamakla birlikte doktrinde EBK md. 500/f.1'deki (TBK md. 592/f.1) düzenlemeden hareketle alacaklının konkordato mehlini kefile bildirmekle yükümlü olduğu sonucuna varılmaktaydı⁸⁷². 6098 sayılı TBK'nda ise alacaklıya açık bir şekilde borçluya verilen konkordato süresini bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir.

Alacaklının borçlu hakkındaki iflas kararını veya konkordato mehli verildiğini kefile bildirmesi yükümlülüğü tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılamaz. Söz konusu anlaşmalar, kefaletle ilgili TBK hükümlerinin nisbi emredici yapısı sebebiyle geçersiz sayılacaktır⁸⁷³.

7.2.1.3. Alacaklının Alacağını Yazdırma Yükümlülüğü

TBK md. 594/f.2 gereğince asıl borçlunun iflas etmiş olması halinde alacaklı alacağını iflas masasına kaydettirmekle yükümlüdür. Alacaklının asıl borçlu yerine müteselsil kefilini takip etmeyi tercih etmesi halinde de alacaklı alacağını iflas masasına yazdırmakla yükümlü olacaktır⁸⁷⁴. Alacaklı alacağını iflas masasına yazdırdıktan sonra kefil alacaklıya yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacağından rücu alacağını iflas masasına yazdırmasına gerek olmadan talepte bulunabilecektir.

Kefil borcun bir kısmını ödemiş ise alacaklı yine de alacağın tamamını iflas masasına yazdırmak zorundadır. Zira İİK md. 204/f.1⁸⁷⁵ hükmüne göre müşterek borçluluk durumunda borçlulardan biri iflas etmişse, alacaklı diğer borçludan alacağının bir kısmını almış olsa bile alacağın tamamı iflas masasına kaydedilmektedir. Buradaki müşterek borçluluk kavramının geniş düşünülmesi gerektiği ve bu bağlamda müteselsil kefilin de söz konusu hüküm kapsamında değerlendirileceği doktrinde

⁸⁷² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 201; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 107; TANDOĞAN, s. 764

⁸⁷³ GÜMÜŞ, C. II, s. 429; REİSOĞLU, Kefalet, s. 157; ÖZEN, Kefalet, s. 376

⁸⁷⁴ BECK, Art. 505, N. 20; ÖZEN, Kefalet, s. 376

⁸⁷⁵ İİK md. 204/f.1'deki düzenlemeye göre "Alacaklı müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamı masaya kaydolunur".

ifade edilmektedir⁸⁷⁶. İİK md.204/f.3'deki⁸⁷⁷ düzenlemeye göre kısmi ifa halinde alacağın tamamı masaya kaydedildiği için önce alacaklı alacağının kalan kısmını alır. Geriye kalan ise kefilin rücu hakkı kapsamında kefile verilir. İİK md. 204/f.2⁸⁷⁸ hükmü gereğince kefilin kısmi ifada bulunması durumunda alacağının tamamını iflas masasına yazdırmak konusunda hem kefil hem de alacaklı yetkili olacaktır⁸⁷⁹. Ancak birinin yazdırması yeterli olacak, ikisinin birden aynı zamanda alacağı kaydettirmesi mümkün olmayacaktır⁸⁸⁰. Zira alacaklı alacağın tamamını masaya kaydettirmişse kefilin artık rücu alacağını masaya kaydettirmesi aynı alacağın iki defa masaya kaydedilmesi sonucunu doğuracaktır.

Kefil, alacaklıya asıl borçlu iflas etmeden önce ifada bulunmuşsa o takdirde alacaklının kefilin rücu alacağını iflas masasına kaydettirmek gibi bir yükümlülüğü olmayacaktır. Böyle bir durumda rücu alacağını iflas masasına yazdıracak olan kefiledir⁸⁸¹.

Asıl borçlunun konkordato isteminde bulunması halinde ise EBK'nda bir düzenleme bulunmamakla birlikte 6098 sayılı TBK md. 594/f.2 gereğince alacaklı, alacağını konkordatoya yazdırmakla yükümlü olacaktır. Zira İİK md. 298/f.1 bent 3'deki⁸⁸² düzenlemeye göre mahkemenin konkordato teklifini kabul etmesinin koşullarından biri de borçlunun alacakları karşılayacak şekilde teminat göstermesidir. Bu teminattan yalnızca alacaklarını konkordatoya yazdırmış olan alacaklılar yararlanabilecektir. Bu doğrultuda kefaletle güvence altına alınmış bir borcun alacaklısı alacağını konkordatoya yazdırmadığı takdirde kendisi söz konusu

⁸⁷⁶ BİLGİN, s. 454; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 202; ÖZEN, Kefalet, s. 377; REİSOĞLU, Kefalet, s. 155

⁸⁷⁷ İİK md. 204/f.3 hükmüne göre "Alacaklı masaca yapılacak taksimde alacağının tamamına düşen hisseden alacağını tamamlayacak kadarını alır; geriye kalan paradan müşterek borçluya, rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir. Artan para da masaya kalır".

⁸⁷⁸ İİK md. 204/f.2'deki düzenlemeye göre "İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklının ve müşterek borçlunundur".

⁸⁷⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 202; KURU, s. 1256; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 714; REİSOĞLU, s. 155

⁸⁸⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 202; REİSOĞLU, s. 155

⁸⁸¹ BECK, Art. 505, N. 22; ÖZEN, Kefalet, s. 377

⁸⁸² İİK md. 298/f.1 bent 3'deki düzenlemeye göre "... hükümler dairesinde yapılan konkordato teklifinin tasdiki aşağıdaki şartların tahakkukuna bağlıdır:

3. Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacaklıların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi."

teminattan mahrum kalacağı gibi alacaklıya ifada bulunan kefil de teminattan yararlanamayacaktır. Bu sebeple kanun koyucu TBK md. 594/f.2 hükmünde alacaklıya alacağını konkordatoya yazdırma yükümlülüğü yüklemiştir.

TBK md. 594/f.2'ye göre alacaklı alacağını iflas masasına ya da konkordatoya yazdırmakla yetinmeyecek aynı zamanda haklarının korunması için gerekeni yapmakla yükümlü olacaktır. Bu bağlamda alacaklı, somut olayın özelliğine göre alacağını korumak için gerekli tedbirleri almak zorunda kalacaktır⁸⁸³. Alacaklının alacaklılar toplantısına katılması, gerekli hallerde sıra cetveline ya da mükellefiyetler listesine itiraz etmesi, konkordatoda ise alacağının itiraza uğraması halinde İİK md. 302 gereğince dava açmak örnek gösterilebilir⁸⁸⁴.

7.2.1.4. Alacaklının Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin Sonuçları

Alacaklının TBK md. 594/f.2'de öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sonuçları TBK md. 594/f.3'de⁸⁸⁵ düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı, söz konusu yükümlülüklerine aykırı davranırsa kefilin bu sebeple uğradığı zarar miktarınca ona karşı olan haklarını kaybedecektir. Görüldüğü gibi asıl borçlunun iflası ya da konkordato talep etmesi halinde alacaklının yükümlülüklerini yerine getirmemesinin sonucu kefilin borcundan kurtulması değil zarar miktarınca kefile karşı haklarını kaybetmesidir. Bu çerçevede kefil uğradığı zarar oranında ifadan kurtulacaktır. Ancak kefilin zararının kefalet borcundan fazla olması durumunda kefil borcu ifa etmeyeceği gibi fazla olan zararını da alacaklıdan talep edebilecektir⁸⁸⁶.

Alacaklının yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle kefilin oluşacak zararı rücu alacağına ilişkindir. Borçlunun iflas ya da konkordato talep etmesi halinde, alacaklının herhangi bir bildirimde bulunmaması kefilin müstakbel rücu alacağını şarta bağlı bir alacak olarak kaydettirebilmesine engel olacak ve bu bağlamda kefilin rücu alacağını elde etmesi tehlikeye girecektir. Alacaklının alacağını iflas masasına kaydettirmesi halinde kefil alacaklıya yapacağı ifa sonucunda alacaklının haklarına

⁸⁸³ PESTALOZZI, Art. 505, N. 8; ÖZEN, Kefalet, s. 378

⁸⁸⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 431

⁸⁸⁵ TBK md. 594/f.3 hükmüne göre "Alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmese, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder".

⁸⁸⁶ BECK, Art. 505, N. 33; ÖZEN, Kefalet, 380

halef olarak iflas masasından rücu alacağını talep edebileceken aksi durumda rücu alacağını alamama riski söz konusu olacaktır. Benzer şekilde kısmi ifada bulunan kefil bakımından da aynı sonuçlar hüküm doğuracaktır. Borçluya konkordato mehli verilmesi durumunda ise alacağını konkordato komiserine bildirmeyen alacaklı borçlu tarafından verilen teminattan yararlanamayacağından alacaklıya edimini ifa eden kefil de rücu alacağı için söz konusu teminattan yoksun kalacaktır⁸⁸⁷.

Kefil alacaklının TBK md. 594/f.2’de belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu nedenle oluşan zararını ispatla yükümlü olacaktır. Alacaklının ise yükümlülükleri yerine getirmemesinde kusuru bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir (TBK md. 112). Zira söz konusu yükümlülükler nedeniyle sorumluluk zararın tazmininden doğmaktadır ve alacaklı kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁸⁸⁸. Alacaklının borçlunun iflasından ya da hakkında konkordato mehli verilmesinden haberi olmadığını belirtmesi sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayacaktır. Zira alacaklının gerekli özeni göstermiş olsaydı⁸⁸⁹ borçlunun iflasını ya da konkordato mehli verildiğini öğrenebilecek durumda olması kusurlu olduğu anlamına gelecektir⁸⁹⁰.

7.2.2. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Kabul Etme Yükümlülüğü

7.2.2.1. Genel Olarak

Alacaklının kefilin yapacağı ifa talebini kabul etmesi gerekliliği ve bu yükümlülüğüne uymamasının sonuçları TBK md. 593’de düzenlenmiştir. Diğer kefalet türlerinde olduğu gibi müteselsil kefalette de alacaklının kefilin yapacağı ifayı kabul yükümlülüğü vardır. TBK md. 593 hükmü yalnızca alacaklıya yükümlülük yüklemektedir. Bu doğrultuda kefilin TBK md. 593 kapsamında

⁸⁸⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma imkanları, s. 200-201; REİSOĞLU, Kefalet, s. 152 ve s. 157

⁸⁸⁸ BECK, Art. 505, N. 33; ÇINAR, Ömer, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013, s. 151; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 199; GÜMÜŞ, C. II, s. 432; ÖZEN, Kefalet, s. 379-380

⁸⁸⁹ Doktrinde alacaklının gerekli özeni göstermiş olup olmadığı konusunda kıstasın somut olayın şartlarına ve dolayısıyla alacaklının kişiliğine ve tecrübesine bakılarak belirleneceği belirtilmektedir. Bu çerçevede bir bankanın göstereceği özen ile ticari hayat konusunda fazla tecrübesi olmayan bir kimsenin göstermesi gereken özen aynı olmayacaktır. ÖZEN, Kefalet, s. 380

⁸⁹⁰ GIOVANOLİ, Art. 505, N. 19; REİSOĞLU, s. 157

yapacağı ifa kendisi için bir yükümlülük oluşturmaz. Aksine kanun tarafından tanınmış bir haktır⁸⁹¹. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: *“Borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.- Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.- Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı riucu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz”*. Hükümün 818 sayılı EBK’undaki karşılığı ise md. 501’deki düzenlemededir. EBK md. 501 hükmündeki düzenleme ise şu şekildedir: *“Borç muacceliyet iktisap edince, kefil her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini kefaletten tahlise icbar edebilir. Alacaklı edayı kabul etmez yahut haiz olduğu teminatı ita ve nakilden imtina eylerse kefil kendiliğinden kurtulur”*. İki hüküm arasında göze çarpan ilk farklılık 6098 sayılı TBK’nda birlikte kefalet durumunda yapılacak kısmi ifaya ilişkin düzenlemelere yer verilmesidir. Bunun dışında alacaklının kefilin yapacağı ifa sonrasında rehin ve borç senetlerini devretme yükümlülüğüyle ilgili düzenleme kaldırılmış ve TBK md. 592’de ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. EBK md. 501 hükmünde yer almayan bir düzenlemeye TBK md. 593/f.3’de yer verilerek kefilin asıl borç muaccel olmadan önce yapacağı ifa ve sonuçları hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda 818 sayılı EBK zamanında kefilin asıl borç muaccel olmadan önce ifada bulunup bulunmayacağına ilişkin tartışmalar bir sonuca kavuşturulmuştur⁸⁹².

TBK md. 593’deki düzenlemeyle kefile alacaklı temerrüdü hükümlerine (TBK md. 106-md.111) başvurmadan borcundan kurtulma imkanı tanınmıştır. Zira söz konusu hüküm olmasaydı alacaklının kefilin ifa teklifini kabul etmemesi yeterli olmayacak, kefilin yapacağı ödemeyi TBK md. 107⁸⁹³ gereğince tevdi etmesi gerekecekti. TBK md. 593 hükmü sayesinde kefilin yapacağı ödemenin alacaklı tarafından haklı bir

⁸⁹¹ GIOVANOLI, Art. 504, N. 2

⁸⁹² Söz konusu tartışmalar için bkz. ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 158-159

⁸⁹³ TBK md. 107’deki düzenlemeye göre “Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir”.

neden olmadan kabul edilmemesi yeterli olacak ve kefil borcundan kurtulmuş sayılacaktır⁸⁹⁴. Bu şekilde kefil de kefalet borcunun muaccel olmasını beklemek zorunda kalmayarak borçlunun ödeme gücünün kötüleşmesi ihtimaline karşı vakit geçirmeden rücu hakkını kullanma imkanına sahip olacaktır⁸⁹⁵. Bunun yanında her ne kadar müteselsil kefalet sözleşmesinde alacaklının asıl borçluyu takip zorunluluğu bulunmasa da alacaklının kefil yerine borçluyu takip etmesi sonucu oluşacak dava ve takip masraflarından da kurtulmuş olacaktır.

TBK md. 582/f.3'deki düzenleme gereğince kefil kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğinden TBK md. 593 hükmü de emredici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle taraflar alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını kararlaştıramayacaklardır⁸⁹⁶.

7.2.2.2. Alacaklının Ödemeyi Kabul Yükümlülüğünün Şartları

TBK md. 593/f.1 hükmüne göre asıl borç muaccel olduğu takdirde kefil alacaklının yapacağı ifayı kabul etmesini her zaman isteyebilir. Söz konusu düzenlemeye göre asıl borcun vadesi gelmemekle birlikte borcun muaccel olması asıl borçlunun iflasına dayansa bile kefil ifayı teklif edebilecektir. Ancak borçlunun iflası üzerine kefalet borcu muaccel olmasa bile kefilin alacaklıyı ifayı kabule zorlayabilmesi sadece kefil bakımından söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle söz konusu hükme dayanarak alacaklı asıl borçlunun iflası üzerine kefalet borcu muaccel olmadan kefil ifaya zorlayamayacaktır. Zira TBK md. 590/f.1'de borçlunun iflası nedeniyle asıl borcun muaccel olsa bile kefalet borcu muaccel olmadan alacaklının kefil ifayı takip edemeyeceği hükme bağlanmıştır. TBK md. 593/f.1'de yalnızca borçlunun iflası halinde asıl borcun vadeden önce muaccel olmasından söz edilse de hükmün lafzından önemli olan hususun asıl borcun herhangi bir şekilde muaccel olması gerektiği anlaşılmaktadır⁸⁹⁷. Bu çerçevede İİK md. 257 gereğince asıl borçlunun mallarına ihtiyati haciz konması durumunda da borç vadeden önce muaccel

⁸⁹⁴ HUGUENİN, s. 194; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 157; REİSOĞLU, Kefalet, s. 244

⁸⁹⁵ GIOVANOLI, Art. 504, N.1; PESTALOZZİ, Art. 504, N. 1; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 157-158; REİSOĞLU, Kefalet, s. 244

⁸⁹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 388

⁸⁹⁷ PESTALOZZİ, Art. 504, N. 2; ÖZEN, Kefalet, s. 383; REİSOĞLU, Kefalet, s. 244

olacağından kefil yine alacaklıya ödeme teklifinde bulunabilecektir⁸⁹⁸. Böyle bir durumda da İİK md. 257/f.3'deki düzenleme uyarınca yalnızca asıl borç muaccel hale geleceğinden alacaklının kefalet borcunun vadesinden önce kefilin takip edebilmesi söz konusu olmayacaktır.

TBK md. 590/f.3'deki düzenlemeye göre asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun yapacağı muacceliyet ihbarına bağlı ise kefalet borcunun muacceliyeti, kefile bildirim yapıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Söz konusu bildirim yapılmaması durumunda kefil yine de alacaklıya ifa teklifinde bulunabilecektir. Zira TBK md. 593/f.1 hükmünün uygulanabilmesi için muaccel olması gereken borç asıl borçtur. Kefalet borcunun muaccel olmaması bir önem arz etmemektedir⁸⁹⁹.

TBK md. 593/f.3 hükmündeki düzenlemeye göre alacaklının rızası olması durumunda kefil, asıl borç muaccel olmadan önce de alacaklıya ifada bulunabilir. Söz konusu düzenleme EBK'nda yer almamakla birlikte doktrindeki baskın görüş tarafından kefilin asıl borç muaccel hale gelmeden de alacaklıya ifada bulunabileceği EBK md. 80 (TBK md. 96) gereğince kabul edilmekteydi⁹⁰⁰. TBK md. 593/f.3 düzenlemesi doğrultusunda söz konusu tartışma sona erdirilmiş ve kefilin asıl borç muaccel olmadan da alacaklıya ifada bulunabileceği hükme bağlanmıştır. TBK md. 593/f.3 hükmünün amacı, asıl borçlunun borcunu ifa etmeme ihtimali bulunduğu durumlarda kefilin erken ifada bulunarak temerrüt faizi ya da dava ve takip giderlerinden kaçınabilmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda erken ifada bulunmanın kefil bakımından bir yükümlülük değil de bir hak olduğuna kuşku yoktur⁹⁰¹. TBK md. 593/f.3'deki düzenlemede ilk dikkat çekici husus hükmün lafzına ilişkindir. Zira *“Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir”* ibaresinden çıkacak anlam şudur: Alacaklı rıza gösterirse, muaccel olmadan önce kefilin ödeyeceği borç asıl borçtur. Bu durumda kefil kendi borcunu ifa etmiş olmayacağından üçüncü kişinin ifası olarak nitelendirilecek (TBK md. 83⁹⁰²) ve bu durumun kefalet sözleşmesiyle bir ilgisi olmayacaktır. Fikrimizce TBK md. 593/f.3

⁸⁹⁸ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 400; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 158

⁸⁹⁹ ÇINAR, s. 123; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 159; REİSOĞLU, Kefalet, s. 244

⁹⁰⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 159; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 1988; TANDOĞAN, s. 787

⁹⁰¹ GIOVANOLİ, Art. 504, N. 1

⁹⁰² TBK md. 83'deki düzenlemeye göre *“Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir”*.

hükmüyle ifade edilmek istenen kefalet borcunun asıl borç muaccel olmadan önce ifasıdır. Zira kefilin borcu asıl borcu ifa etmek olmadığı gibi kefaletten doğan borç her zaman için bir para borcu iken asıl borcun mutlaka para borcu olması gerekmemektedir. Asıl borcun yapma ya da yapmama borcu olduğu durumlarda da kefaletle güvence altına alınması mümkündür. Örneğin bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda yüklenicinin eser yapma borcuna kefil olan kişinin asıl borcu yerine getirmesi mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda TBK md. 593/f.3'ün lafzı dikkate alınırsa asıl borcun yalnızca para borcu olduğu durumlarda kefil asıl borç muaccel olmadan önce alacaklıya asıl borcun ifasını teklif edebilecektir. Bunun dışında hükmün ikinci cümlesinde asıl borç muaccel olmadan alacaklıya ifade bulunan kefilin asıl borçluya rücu hakkını borç muaccel olmadan önce kullanamayacağı belirtilmiştir. Üçüncü şahsın ifasında ise rücu hakkı TBK md. 127 hükmüne dayanmaktadır. Buna göre üçüncü kişi borçluya TBK md. 127 hükmündeki şartlar kapsamında rücu edebilecektir. Fikrimizce TBK md. 593/f.3 hükmü, İBK md. 504/f.3'deki düzenlemesine paralel bir düzenleme olarak 6098 sayılı TBK'na alınmak istenmiş ancak çeviri hatası sonucu yanlış bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira İBK md. 504/f.3 hükmünde alacaklının kabule hazır olması halinde kefilin asıl borcun muaccel olmasından önce de alacaklıyı tatmin edebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle TBK md. 593/f.3 hükmündeki düzenlemenin asıl borç muaccel olmadan önce, kefilin kefalet borcunu alacaklının kabule hazır olması halinde ifa edebileceği şeklinde anlamak yerinde olacaktır⁹⁰³.

TBK md. 593/f.3 hükmünde kefilin asıl borç muaccel olmadan önce yapacağı ifanın alacaklının rızasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede alacaklı rıza göstermediği takdirde kefilin asıl borç muaccel olmadan önce ifada bulunması mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle asıl borç muaccel olmadığı takdirde alacaklının kefilin yapacağı ifayı kabul yükümlülüğü bulunmadığıdır. İBK md. 504/f.3'de ise alacaklı kabule hazır olması halinde kefilin erken ifada bulunabileceği ifade edilmiştir. İsviçre öğretisinde alacaklının kabule hazır olmasından ne anlaşılması gerektiğinin İBK md. 81 (TBK md. 96) hükmü çerçevesinde

⁹⁰³ Aynı yönde GÜMÜŞ, C. II, s. 403-404. Doktrinde TBK md. 593/f.3 düzenlemesinin bulunmadığı 818 sayılı EBK zamanında kefilin asıl borç muaccel olmadan önce EBK md. 80 (TBK md. 96) hükmü kapsamında yapacağı ifanın kefalet borcu olacağı belirtilmiştir. ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 159

değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. İBK md. 81 (TBK md. 96) hükmünde borçlunun sözleşme hükümleri veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadığı müddetçe borcunu muaccel olmadan önce ifa edebileceği düzenlenmiştir. Borçlunun vadeden önce yapacağı ifa alacaklının rızasına bağlı değildir. Ancak borcun vadeye bağlanmasında alacaklının da menfaati varsa o takdirde alacaklı erken ifayı reddedebilecektir. Buna göre kefilin yapacağı erken ifayı alacaklının kabul etmemesi haklı bir sebebe dayanmıyorsa kefil ifada bulunabilecektir. Bir başka deyişle alacaklının borçlunun erken ifa talebini kabul etme yükümlülüğü bulunan her durumda kefil de alacaklının rızasına bağlı olmadan ifayı gerçekleştirebilecektir. Ancak erken ifanın alacaklının çıkarlarına ters olduğu durumlarda bir başka ifadeyle vade alacaklının da menfaatine ise o zaman kefilin yapacağı erken ifayı kabul yükümlülüğü olmayacaktır⁹⁰⁴. Örneğin ticari tüketim öduncü sözleşmesinde TBK md. 387/f.2 gereği taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceğinden alacaklının vadeden önce yapılacak ifayı kabul etmemekte çıkarı bulunduğu ortadadır. TBK md. 593/f.3'deki düzenlemede ise İBK md. 504/f.3'den farklı olarak kefilin yapacağı erken ifanın alacaklının rızasına bağlı olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Türk öğretisinde de haklı olarak TBK md. 593/f.3'deki düzenlemenin TBK md. 96 hükmü çerçevesinde düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre kefilin asıl borç muaccel olmadan önce yapacağı ifa alacaklının menfaatine aykırı değilse rızaya ihtiyaç olmayacaktır. Ancak asıl borcun vadeye bağlanmasında alacaklının da menfaati bulunuyorsa o zaman kefil alacaklının rızası olmadan erken ifada bulunamayacaktır⁹⁰⁵.

TBK md. 593/f.2 c.1 hükmüne göre kefil tarafından yapılacak ifa önerisini alacaklı haklı bir sebep olmadan kabul etmekten kaçınırsa kefil borcundan kurtulmaktadır. Bu çerçevede alacaklının ödemeyi kabul yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için alacaklının ifayı kabul etmemekte haklı bir sebebinin bulunmaması gerekir. Alacaklı haklı bir sebeple kefil tarafından yapılan ifa teklifini kabul etmiyorsa o takdirde ödemeyi kabul yükümlülüğü bulunmayacak ve kefil de borcundan kurtulamayacaktır. Kefilin borcundan kurtulabilmesi için alacaklının ifayı haklı bir

⁹⁰⁴ BECK, Art. 504, N. 7; GIOVANOLÌ, Art. 504, N. 1; PESTALOZZI, Art. 504, N. 5; STAFFELBACH, Art. 504, N. 2

⁹⁰⁵ ÇINAR, s. 126; ELÇİN GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 159-160; ÖZEN, Kefalet, s. 383-384; GÜMÜŞ, C. II, s. 403; TANDOĞAN, s. 787

sebepten reddetmesine ilişkin düzenleme EBK’nda bulunmamaktaydı. Ancak alacaklı temerrüdünün mevcudiyeti için alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ifayı reddetmesi şartı arandığından (EBK md. 90 – TBK md. 106) aynı sonuca varılması mümkündür. Bu çerçevede doktrinde de EBK md. 501 hükmünün uygulanma şartları kapsamında alacaklının haklı bir sebebinin mevcut olmaması koşulu aranmaktaydı⁹⁰⁶. 6098 sayılı TBK md. 593 hükmünde açık bir şekilde alacaklının haklı bir sebep olmadan ifayı kabulden kaçınması gerekeceği belirtilerek söz konusu husus yasal bir düzenleme altına alınmıştır. Alacaklının haklı bir sebep olmadan ifayı reddetmesi durumunda haklı sebebin varlığını alacaklının ispat etmesi gerekecektir⁹⁰⁷. Alacaklı temerrüdü için kusur aranmadığından⁹⁰⁸ alacaklının haklı sebebin varlığını ispatlaması yeterli olacak ayrıca kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmez⁹⁰⁹.

TBK md. 593 hükmünde müteselsil kefilin alacaklıya yapabileceği kısmi ifa teklifine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple kısmi ifa TBK md. 84⁹¹⁰ kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu hükme göre borcun tamamı belli ve muaccel ise alacaklı kısmi ifa teklifini reddedebilecektir. Bu doğrultuda eğer kefilin borcunun tamamı belli ve muaccel ise alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğü olmayacaktır. Ancak TBK md. 84 hükmü çerçevesinde alacaklının kısmi ifayı kabul etme yükümlülüğü bulunduğu durumlarda alacaklı kefilin yapacağı kısmi ifayı kabul etmek zorunda olacak ve kefil yaptığı ödeme oranında borcundan kurtulacaktır⁹¹¹. Bu çerçevede asıl borçlunun kısmi ifa yapabileceği durumlarda kefilin de kısmi ifada bulunabileceği yönünde bir değerlendirme yapılabilir⁹¹². Ancak kefil borcun tamamı için değil de bir kısmı için güvence vermişse o takdirde kefilin güvence verdiği

⁹⁰⁶ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 160; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 189; TANDOĞAN, s. 787

⁹⁰⁷ GIOVANOLİ, Art. 505, N. 5; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 401; ELÇİN GRASSİNGER, savunma İmkanları, s. 160; ÖZEN, Kefalet, s. REİSOĞLU, Kefalet, s. 245

⁹⁰⁸ EREN, s. 1015; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 365; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 841

⁹⁰⁹ GIOVANOLİ, Art. 505, N. 5; ÇINAR, s. 129; GÜMÜŞ, C. II, s. 404; ÖZEN, Kefalet, s. 385

⁹¹⁰ TBK md. 84’deki düzenlemeye göre “Borcun tamamı belli ve muaccel ise, alacaklı kısmen ifayı reddedebilir.- Alacaklı kısmen ifayı kabul ederse borçlu, borcun kendisi tarafından ikrar olunan kısmını ifadan kaçınmaz”.

⁹¹¹ BECK, Art. 504, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 160; ÖZEN, Kefalet, s. 384; REİSOĞLU, Kefalet, s. 245

⁹¹² DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 384

kısmın tamamı için yapacağı ifa, kısmi ifa olarak düşünülmecektir. Zira kefilin ifası kendi borcunun tamamına yöneliktir⁹¹³.

TBK md. 593 hükmünde kefilin kısmi ifasına yönelik bir düzenleme bulunmasa da birlikte kefalet durumunda yapılacak kısmi ifaya ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. TBK md. 593/f.1 c.2'deki düzenlemeye göre birlikte kefalet halinde alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, ödemedede bulunmak isteyen kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla kabul etmek zorundadır. Bu doğrultuda birlikte müteselsil kefillerden biri, iç ilişkide kendisine düşen paydan az olmamak şartıyla kısmi ifada bulunmak isterse alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğü gündeme gelecektir. Doktrinde söz konusu düzenlemenin TBK md. 587/f.2⁹¹⁴ hükmünü tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir⁹¹⁵. Zira müteselsil birlikte kefil TBK md. 587/f.2'de öngörülen durumların varlığı halinde kendi payından fazlasını ödemekten kaçınma hakkına sahiptir. Bu bağlamda TBK md. 587/f.2 düzenlemesinde yer alan koşullar gerçekleşmeden kendi payından fazlasını ödeme yükümlülüğü bulunmayan müteselsil birlikte kefilin kendi payını ödemek istemesi halinde, alacaklı kısmi ifayı kabule zorunlu olacaktır⁹¹⁶. Alacaklı kısmi ifayı kabul etmediği takdirde TBK md. 593/f.2 hükmü gündeme gelecektir. Buna göre kısmi ifa teklifi alacaklı tarafından reddedilen müteselsil birlikte kefil borcundan kurtulacaktır. Diğer müteselsil birlikte kefillerin sorumlulukları ise borcundan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı oranında azalacaktır⁹¹⁷.

⁹¹³ ÖZEN, Kefalet, s. 384

⁹¹⁴ TBK md. 587/f.2'deki düzenleme şu şekildedir: “Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücutan önce de kullanılabilir”.

⁹¹⁵ GÜMÜŞ, C. II, s. 402; ÖZEN, Kefalet, s. 385

⁹¹⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 385

⁹¹⁷ ÇINAR, s. 128; GÜMÜŞ, C. II, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 385; REİSOĞLU, Kefalet, s. 245

7.2.2.3. Alacaklının Ödemeyi Kabul Etme Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları

TBK md. 593 kapsamında kefilin yapacağı ifayı alacaklının haklı bir sebep olmadan reddetmesi durumunda, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin aksine kefilin borcunu tevdi etmesine gerek olmadan borcundan kurtulacaktır (TBK md. 593/f.2). Ancak kefil sorumluluktan kurtulmakla birlikte daha önceki bir zamanda borcun belli bir kısmını ödemişse ifa edilen kısmın iadesini talep edemeyecektir⁹¹⁸. Kefilin sorumluluğunun sona ermesiyle yalnızca kefalet sözleşmesi sona ermekte, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu hakları devam etmektedir.

Alacaklının müteselsil kefilin TBK md. 84 hükmündeki şartlar kapsamında yapacağı kısmi ifayı haklı bir neden olmadan kabul etmemesi halinde de kefil kısmi ifa oranında borcundan kurtulacaktır⁹¹⁹. Müteselsil birlikte kefalet söz konusu ise o takdirde kısmi ifada bulunmak isteyen kefil için kefalet sözleşmesi sona erecektir. Diğer kefillerin sorumluluğu ise sorumluluktan kurtulan kefilin iç ilişkideki payı oranında azalacaktır. Ancak TBK md. 593/f.2'deki düzenlemenin lafzından aynı anlam çıkmamakta ve bu nedenle de doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁹²⁰. Zira TBK md. 593/f.2'de "*Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır*" şeklinde yer alan ifadeye dikkat edilirse çok farklı anlamlar çıkabilmektedir. Öncelikle hükmün lafzından kısmi ifa teklifi alacaklı tarafından reddedilen müteselsil birlikte kefilin sorumluluğunun kendisine düşen pay oranında azalacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Oysa ifası kabul edilmeyen müteselsil birlikte kefil borcundan tamamen kurtulacaktır. İkinci olarak ifa teklifinde bulunmayan diğer müteselsil kefillerin sorumluluklarının kendilerine düşen pay miktarınca azalması söz konusu olmayacaktır. Burada anlaşılması gereken borcundan kurtulan müteselsil birlikte kefilin iç ilişkideki payı oranında diğer kefillerin sorumluluklarının azalmasıdır. İBK md. 504/f.2'de yer alan bu düzenlemenin TBK md. 593/f.2'ye hatalı olarak aktarıldığı ve bu nedenle kaynak İBK md. 504/f.2'ye göre yorumlanması

⁹¹⁸ BECK, Art. 504, N. 11; GÜMÜŞ, C. II, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 386

⁹¹⁹ BECK, Art. 504, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 160

⁹²⁰ GÜMÜŞ, C. II, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 381-382

gerekmektedir⁹²¹. Sonuç olarak TBK md. 593/f.2 düzenlemesinden çıkarılacak anlam şu şekilde olmalıdır: Müteselsil birlikte kefalette kefillerinden birinin ya da bir kısmının yapmak istediği kısmi ifa alacaklı tarafından haklı bir neden olmadan kabul edilmezse kısmi ifa teklifinde bulunan kefil ya da kefiller borcundan kurtulacaklardır. Diğer müteselsil birlikte kefiller ise sorumluluktan kurtulan kefil ya da kefillerin iç ilişkideki payları oranında sorumlulukları azalacaktır.

Asıl borç muaccel olmadan önce kefilin yapacağı ifa ise TBK md. 593/f.3 kapsamında değerlendirilecektir. Daha önce de ifade edildiği gibi eğer borcun vadeye bağlanmasında alacaklının menfaati yoksa alacaklı ifayı kabule yükümlü olacaktır. Bu doğrultuda alacaklının haklı bir sebep olmadan rıza göstermemesi halinde kefil borcundan kurtulacaktır. Alacaklının ifaya razı olması durumunda ise kefil asıl borçluya rücu hakkını ancak asıl borç muaccel olduğu takdirde kullanabilecektir.

7.2.3. Alacaklının TBK md. 594/f.1 Kapsamında Bilgi Verme Yükümlülüğü

7.2.3.1. TBK md. 594/f.1’de Düzenlenen Bilgi Verme Yükümlülüğünün Kapsamı

TBK md. 594/f.1’deki düzenlemede alacaklıya, söz konusu maddede sayılan hallerin gerçekleşmesi durumunda kefile bilgi verme yükümlülüğü verilmiştir⁹²². TBK md. 594/f.1’deki düzenleme şu şekildedir: “*Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek*

⁹²¹ ÇINAR, s. 128; GÜMÜŞ, C. II, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 382

⁹²² Doktrinde de ifade edildiği üzere kanunda sayılan haller dışında alacaklının kefile asıl borçlunun mali durumu hakkında bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Bu kapsamda asıl borca ve borçluya ilişkin genel bir bilgilendirme bir başka ifadeyle genel bir özen yükümlülüğünün bulunduğu söylenemeyecektir. Örneğin alacaklı, asıl borçlunun mali durumunu takip etmek ve mali durumu bozulduğunda hemen kefile bilgilendirmekle yükümlü değildir. Aynı şekilde alacaklının özen yükümlülüğü ancak kanunda sayılan hallerde söz konusu olacaktır. Ancak alacaklının genel bir özen yükümlülüğü bulunmamakla birlikte dürüstlük kuralından kaynaklanan bir takım yükümlülükleri olabilecektir. Dürüstlük kuralının alacaklıya yüklediği yükümlülükler ise somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Kefalet, s. 393-395; REİSOĞLU, Kefalet, s. 240-242

halinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır”.

EBK md. 502’de yer almayan bu düzenlemeye TBK’nda yer verilmiştir. Söz konusu hüküm doğrultusunda alacaklının bilgi verme yükümlüğünün doğması için asıl borçlunun anapara veya yarım yıllık döneme ait faiz ya da yıldan yıla yapılacak olan anapara ödemesinde altı ay gecikmesi gerekir. Burada önemli olan husus borcun muaccel olmasına karşın borçlunun ifada gecikmesidir. Borçlunun temerrüde düşürülmüş olması şart değildir⁹²³. Ancak alacaklının bildirim yükümlülüğünün mevcudiyeti için borçlunun gecikmesinin altı ay olması gerekecektir. Bu bağlamda altı aydan daha az süreli gecikmelerde alacaklının bilgi verme yükümlülüğü olmayacaktır. Altı aylık gecikmenin başlangıç tarihi borcun muaccel olma zamanıdır⁹²⁴. Doğaldır ki borç muaccel olmadan bir gecikme söz konusu olamayacaktır. Alacaklının asıl borçlunun gecikmesine ilişkin bilgi verme yükümlülüğünün doğması için altı aylık bir süreç öngörülmüş olsa da altı ay dolmadan da gecikmeyle ilgili kefile bilgi vermesi mümkündür. Böyle bir durumda altı aylık süre dolduktan sonra alacaklının tekrar bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre alacaklının bildirimde bulunmasının üzerinden çok zaman geçmiş ve borçlunun mali durumunda ciddi bir kötüleşme söz konusu ise alacaklının tekrar bildirimde bulunması gerekecektir⁹²⁵. Bir diğer görüşe göre ise alacaklının tekrar bildirimde bulunması gerekmeyecektir⁹²⁶. Fikrimizce de alacaklı borçlunun ifada gecikmesinin üzerinden çok zaman geçmeden bildirimde bulunmuş ve bu zaman zarfında borçlunun mali durumundaki kötüleşme giderek artmakta ise o zaman alacaklının tekrar bildirimde bulunması gerekir. Ancak alacaklı altı aylık süre dolmadan kısa bir zaman önce bildirimde bulunmuş ya da daha erken bildirimde bulunmakla beraber borçlunun mali durumunda önemli bir değişiklik meydana gelmemişse o zaman tekrar bildirimde bulunmasının gerekmeyeceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Alacaklı altı aylık gecikme süresinin dolmasından sonra kefile bilgi vermiş ancak ikinci altı aylık süreçte yeni bir gecikme yaşanmışsa o takdirde alacaklının diğer

⁹²³ BECK, Art. 505, N. 8; GIOVANOLÌ, Art. 505, N.3; PESTALOZZI, Art. 505, N. 4; GÜMÜŞ, C. II, s. 427; ÖZEN, Kefalet, s. 390

⁹²⁴ GÜMÜŞ, C. II, s. 428

⁹²⁵ GIOVANOLÌ, Art. 505, N. 3a; PESTALOZZI, Art. 505, N. 4

⁹²⁶ BECK, Art. 505, N. 10; ÇINAR, s. 147; ÖZEN, Kefalet, s. 390

gecikmeyi de kefile bildirmesi gerekecektir⁹²⁷. Bildirim herhangi bir şekilde tabii değildir⁹²⁸. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasına fayda olacaktır.

TBK md. 594/f.1 c.2'deki düzenlemeye göre, kefilin talepte bulunduğu her zaman alacaklı, asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermekle yükümlüdür. Madde metninde geçen "asıl borcun kapsamı" ibaresinin geniş düşünülmesi gerektiği ve bu çerçevede kefilin alacaklıdan anaparanın yanında faiz ve vergilere ilişkin de bilgi alabileceği de ifade edilmektedir⁹²⁹. Söz konusu düzenleme sebebiyle bankaların sır saklama yükümlülüğünü ileri sürerek bilgi vermekten kaçınması mümkün olmayacaktır⁹³⁰.

7.2.3.2. TBK md. 594/f.1'de Düzenlenen Bilgi Verme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Alacaklının TBK md. 594/f.1'de öngörülen bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmese TBK md. 594/f.3 hükmü gereğince kefilin bu sebeple uğradığı zarar oranında kefile karşı olan haklarını kaybeder. Hükmün kapsamına alacaklının hem TBK md. 594/f.1 c.1'de öngörülen hallerde borçlunun altı ay gecikmesine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü hem de kefilin talep etmesi halinde asıl borcun kapsamıyla ilgili bilgi verme yükümlülüğü girer. Bu doğrultuda her iki bilgi verme yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını kefilin zararı oranında alacaklının haklarını kaybetmesidir. Örneğin asıl borçlunun anapara veya yarım yıllık döneme ait faiz ödemesinde altı aylık gecikmesini alacaklının kefile bildirmemesi sebebiyle kefil borçlunun temerrüdü ya da takip masraflarından dolayı bir zarara uğramışsa alacaklı zarar oranında kefiliden talepte bulunamayacaktır.

Kefil alacaklının TBK md. 594/f.1 düzenlemesinde yer alan bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve bu nedenle oluşan zararını ispatla yükümlü

⁹²⁷ BECK, Art. 505, N. 10; GÜMÜŞ, C. II, s. 428; ÖZEN, Kefalet, s. 390

⁹²⁸ BECK, Art. 505, N. 12; PESTALOZZI, Art. 505, N. 4; GÜMÜŞ, C. II, s. 428

⁹²⁹ BECK, Art. 505, N. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 428; ÖZEN, Kefalet, s. 391

⁹³⁰ PESTALOZZI, Art. 505, N. 5; GIOVANOLI, Art. 505, N. 5; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 404; ÖZEN, Kefalet, s. 391

olacaktır. Alacaklı da bildirimde bulunduğunu ya da bildirimde bulunmamakta bir kusuru olmadığını ispat edecektir. Bu noktada bankaların sır saklama yükümlülüğünün bulunması kusursuz oldukları anlamına gelmeyecektir⁹³¹.

7.2.4. Alacaklının Rehin Hakları, Güvenciyi ve Rüçhan Haklarını Koruma Yükümlülüğü

7.2.4.1. Genel Olarak

Alacaklının teminatlara ve rüçhan haklarına yönelik koruma yükümlülüğü TBK md. 592/f.1’de düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “*Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenciyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır*”. TBK md. 592/f.1’deki düzenlemenin 818 sayılı EBK’ndaki karşılığı ise EBK md. 500/f.1 hükmündeydi. Buna göre “*Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefalet akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mes’ul olur*”. Görüldüğü gibi EBK düzenlemesinde kefaletten önce veya sonradan verilen teminatlar bakımından hiçbir ayırım yapılmamışken İBK md. 503/f.1 düzenlemesine paralel bir şekilde TBK md. 592/f.1 hükmünde kefaletten sonra verilen teminatların asıl borçlu tarafından ve kefaletle teminat altına alınan alacak için verilmesini öngörmüştür. EBK md. 500/f.1’de yalnızca teminat tabiri kullanılmakta TBK md. 592/f.1 düzenlemesinde rehin hakları, güvenceler ve rüçhan hakları şeklinde daha geniş bir ifadeye yer verilmiştir. Ancak EBK döneminde de teminat kavramı geniş bir şekilde yorumlanarak benzer bir sonuca ulaşmak mümkündür⁹³². Bunun dışında TBK md. 592/f.1’de alacaklının koruma yükümlülüğüne aykırı davranarak teminatları kefilin zararına olarak azaltması halinde kefilin sorumluluğunun nasıl takdir edileceği

⁹³¹ BECK, Art. 503, N. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 428; ÖZEN, Kefalet, s. 391

⁹³² ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 162; TANDOĞAN, s. 784; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 189-191

düzenlenmiştir. Ayrıca TBK md. 592/f.4'deki⁹³³ düzenleme doğrultusunda alacaklının ağır kusuruyla mevcut güvenceleri elinden çıkarması halinde kefilin sorumluluğunun sona ermesi gündeme gelecektir.

TBK md. 592/f.1 düzenlemesindeki alacaklının rehin hakları, rüçhan hakları ve diğer güvencelere yönelik koruma yükümlülüğünün amacını kefilin rücu hakkı oluşturmaktadır. Zira kefil, alacaklıya ödemede bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olacak ve bu çerçevede mevcut güvenceler de kefile geçecektir. Kefil asıl borçluya rücu ettiği takdirde de söz konusu güvenceler kefilin rücu hakkının teminatını oluşturacaktır. Her ne kadar kefil alacaklıya ifada bulunmadan önce güvenceler alacaklının tasarrufu altında bulunsun da ileride gerçekleşecek halefiyet ve bu kapsamda rücu hakkı gereği kefilin zarara uğramaması adına, alacaklıya söz konusu güvenceler üzerinde koruma yükümlülüğü yüklenmiştir⁹³⁴.

Alacaklının rehin hakları, rüçhan hakları ve diğer güvencelere yönelik koruma yükümlülüğünün kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Zira TBK md. 582/f.3 gereği kefil kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler sebebiyle kendisine tanınan haklardan önceden vazgeçemeyeceği için söz konusu yükümlülük emredici niteliktedir. Bu bağlamda kefalet sözleşmesinin kurulduğu sırada taraflar alacaklının teminatlara ilişkin koruma yükümlülüğü bulunmayacağını kararlaştıramazlar. Benzer şekilde alacaklının ağır kusuruyla teminatları elden çıkarması halinde kefilin sorumluluğunun devam edeceği ya da söz konusu durumda kefilin ödediği kısmı geri alamayacağını kararlaştırmaları da mümkün olmayacaktır. Ancak hükmün emredici niteliği kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ortadan kalkacaktır. Bu çerçevede doktrinde alacaklının teminatları koruma yükümlülüğünün bulunmayacağına ilişkin anlaşmaların adi yazılı şekilde yapılması ve varsa eşinin rızasının alınması (TBK md. 584/f.2) koşuluyla geçerli olacağı ileri sürülmüştür⁹³⁵. Bir başka görüş ise böyle bir

⁹³³ TBK md. 592/f.4'deki düzenlemeye göre "Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir".

⁹³⁴ BECK, Art. 503, N. 15; GIOVANOLI, Art. 503, N. 12; GUT, s. 106; ELÇİN GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 193

⁹³⁵ BECK, Art. 503, N. 9; ÖZEN, Kefalet, s. 393

durumda TBK md. 115⁹³⁶ hükmünün kıyasen uygulanması gerekeceğini ifade etmiştir. Buna göre alacaklının ağır kusuruyla teminatı azaltması ya da elinden çıkartması halinde alacaklının sorumlu olmayacağı ve kefilin kefalet borcunun devam edeceğinin kararlaştırılması sorumsuzluk kaydı olarak nitelendirilecek ve önceden yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır. Bu görüş doğrultusunda alacaklının ağır kusuruyla teminatların azalmasına sebep olmasından ya da elinden çıkarmasından sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşma ancak azaltmaya ya da elden çıkartmaya yönelik davranış gerçekleştikten sonra eşin yazılı rızası alınarak geçerli olacaktır⁹³⁷. Fikrimizce alacaklının teminatları azaltması ya da elden çıkarması durumunda sorumlu olmayacağına ve kefilin sorumlu olmaya devam edeceğine yönelik bir anlaşma, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra yapılırsa TBK md. 583/f.3 gereği kefilin sorumluluğunu artıran bir değişiklik olacağından, kefalet sözleşmesine özgü şekil şartına uyularak yapılacaktır. Söz konusu anlaşma adi yazılı şekilde yapılırsa beyaza imza sorunu gündeme gelebilecek ve dolayısıyla kefil tarafından boş bir belgeye atılan imzanın alacaklı tarafından doldurulması mümkün olabilecektir. Kefilin asıl borçluya rücu hakkı bakımından mevcut teminatların son derece önem arz ettiği ortadadır. Zira borçlunun ödeme gücünün yeterli olmaması halinde kefilin rücu hakkını kullanarak alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçludan alabilmesi imkanı, mevcut teminatlar kapsamında gerçekleştirilecektir. Bu doğrultuda adi yazılı şekille kefilin böyle bir himayeden vazgeçmesi kanun koyucunun kefilin koruma amacına uygun düşmeyecektir. TBK md. 584/f.2 gereği eşin rızası alınacaksa da beyaza imzanın yaratacağı sorun engellenemeyecektir. Oysaki TBK md. 583/f.3 hükmünün uygulanması söz konusu sorunları ortadan kaldırılabilecek niteliktedir. Ancak kefalet sözleşmesi için öngörülen nitelikli yazılı şekil şartının böyle bir durumda nasıl uygulanacağı ayrı bir sorunu gündeme getirecektir. Zira kefilin sorumluluğu artmakla birlikte sorumlu olacağı azami miktar değişmeyeceğine göre kefilin el yazısıyla yazması gereken bir husus bulunmayacak ve bu çerçevede söz konusu anlaşma adi yazılı şekilde yapılabilecektir. Ancak kefilin

⁹³⁶ TBK md. 115'deki düzenleme şu şekildedir: "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. – Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. – Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

⁹³⁷ ÇINAR, s. 140-141

sorumluluğunu artıran tüm değişikliklerin de TBK md. 583/f.3 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kefilin sorumlu olacağı azami miktar değişmese de sorumluluğunu artıran tüm değişiklikler yazılı şekilde sözleşme metninde bulunmalı ve bunun yanında TBK md. 583/f.1 hükmünde belirtilen hususları kefil tekrar el yazısıyla yazmalıdır. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlendiğini tekrar el yazısıyla yazması, sorumluluğu artırmaya yönelik anlaşmanın adi yazılı şekilde yapılmasını engelleyecek ve dolayısıyla beyaza imza yoluyla kefil aleyhine yapılabilecek değişikliklerin önüne geçilmiş olacaktır.

7.2.4.2. Alacaklının Rehin Hakları, Güvence ve Rüçhan Haklarına Yönelik Koruma Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi

TBK md. 592/f.1 hükmüne göre alacaklının korumakla yükümlü olduğu teminatlar bakımından bir ayırımı gidilmiştir. Buna göre alacaklı kefalet sırasında var olan rehin hakkı, rüçhan hakkı ve diğer güvenceleri kefilin zararına azaltmamakla yükümlü olacaktır. Kefalet sırasında mevcut olan teminatların asıl borçlu ya da üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması önemli değildir. Zira kefil, söz konusu teminatların varlığını göz önüne alarak kefalet borcu altına girmiştir. Alacaklının koruma yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için bahsi geçen teminatların alacağın özel güvencesi olarak verilip verilmemesi gerektiği konusunda ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre alacaklının koruma yükümlülüğü, teminat ister kefalet sözleşmesinden önce verilsin isterse sözleşme kurulduktan sonra asıl borçlu tarafından verilsin mutlaka kefaletle teminat altına alınan alacağın özel güvencesi olmak zorundadır. Bu doğrultuda kefalet güvencesi altında olan alacak için özel olarak verilmeyen teminatlar bakımından alacaklının koruma yükümlülüğü yoktur. Bir başka ifadeyle asıl borcun özel güvencesi olmayan genel nitelikteki teminatlar için alacaklının kefile karşı bir koruma yükümlülüğü olmayacaktır. Zira aksi durumun kabulü alacaklının menfaatlerini tamamen yok saymak olacaktır. Örneğin mevcut teminat, alacaklının asıl borçludan olan birden çok alacağını genel

teminat kaydı⁹³⁸ ile güvence altına almışsa o takdirde alacaklının genel nitelikteki teminat bakımından koruma yükümlülüğü söz konusu değildir⁹³⁹. Ancak bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş TBK md. 592/f.1'in lafzına uygun olarak kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce verilen teminatlar bakımından asıl borcun özel güvencesi olma koşulunu aramamakta ve bu bağlamda genel teminatlar bakımından da alacaklının koruma yükümlülüğünün varlığını kabul etmektedir⁹⁴⁰.

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ise alacaklının rehin hakkı, rüçhan hakkı ve diğer güvencelere yönelik koruma yükümlülüğü, TBK md. 592/f.1 kapsamında bir takım sınırlamalara tabi tutmuştur. Buna göre söz konusu teminatın asıl borçlu tarafından verilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişiler ya da birlikte kefalet halinde kefillerden herhangi biri tarafından verilen güvenceler asıl borç için özel güvence olarak verilmiş olsalar dahi alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamında değildir. Bunun dışında asıl borçlu tarafından verilen teminat, kefaletle güvence altına alınan alacağın özel güvencesi olarak verilmiş olmalıdır. Buna göre asıl borçlu tarafından alacaklıya verilmiş genel nitelikteki teminatlar hükmün kapsamı dışında kalacak ve bu çerçevede alacaklının koruma yükümlülüğüne dahil olmayacaktır. Sonuç olarak kefalet sözleşmesinden sonra verilen teminatlar bakımından alacaklının koruma yükümlülüğü, söz konusu teminatın asıl borçlu tarafından ve kefaletle teminat altına alınan alacağın özel güvencesi olarak verilmesi halinde gündeme gelecektir⁹⁴¹.

TBK md. 592/f.1 hükmüne göre alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına rehin hakları girmektedir. Müteselsil kefalet sözleşmesinde kefil yalnızca teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni bakımından rehinlerin önce paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilirken (TBK md. 586/f.2) alacaklının korumakla yükümlü olduğu rehin türleri bakımından yasada herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu bağlamda alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamına her türlü rehin hakkı girecektir. Buna göre taşınır ve taşınmaz rehni, alacak ya da haklar üzerindeki rehin

⁹³⁸ Genel teminat kayıtlarının genellikle bankalar tarafından kullanıldığı ve bu kayıt sayesinde mevcut teminatın, borçlunun kredi borcundan başka bankaya olan diğer borçlarını da güvence altına aldığı ifade edilmektedir. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 401

⁹³⁹ GIOVANOLI, Art. 503, N. 9; ELÇİN GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 167

⁹⁴⁰ BECK, Art. 503, N. 20; GUT, s. 121; LERCH-TUASON, s. 66; ÇINAR, s. 134; GÜMÜŞ, C. II, s. 420-421; ÖZEN, Kefalet, s. 400; REİSOĞLU, Kefalet, s. 245-246

⁹⁴¹ BECK, Art. 503, N. 24; ÖZEN, Kefalet, s. 401; REİSOĞLU, Kefalet, s. 246

hakları hükmün kapsamında olacağı gibi rehin hakkının sözleşmeden ya da yasadan kaynaklanması da bir farklılık oluşturmayacaktır⁹⁴².

Alacaklının hapis hakkı üzerinde de koruma yükümlülüğü bulunduğu ve bu doğrultuda kiralayanın hapis hakkının (TBK md. 336) TBK md. 592/f.1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁹⁴³. Fikrimizce de kiralayanın hapis hakkı üzerinde alacaklının koruma yükümlülüğü bulunmalıdır. TBK md. 336/f.1⁹⁴⁴ hükmüne göre kiraya veren, kiracının kiralananın döşenmesi ya da kullanılmasına yarayan taşınırları üzerinde hapis hakkına sahiptir. Bu çerçevede kira bedeli borcu için yapılan kefalet sözleşmesinde kefil alacaklıya (kiralayana) ifade bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olacak ve bu aşamada artık kefil asıl borçlunun (kiracının) taşınırları üzerinde hapis hakkına sahip olacaktır. Buna göre de alacaklının (kiralayanın) hapis hakkına ilişkin koruma yükümlülüğü kefilin zarara uğramaması açısından gerekli olacaktır. Genel nitelikteki hapis hakkı (TMK md. 950-953) bakımından ise doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre genel nitelikteki hapis hakkı halefiyet yoluyla kefile geçmeyeceği için alacaklının koruma yükümlülüğü söz konusu değildir⁹⁴⁵. Bir diğer görüş ise genel nitelikteki hapis hakkının da kefile halefiyet yoluyla geçeceğini ve bu doğrultuda alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁴⁶. Fikrimizce kiralayanın hapis hakkı ile benzer şekilde düşünülmeli ve buna göre TBK md. 950-953 hükümleri arasında düzenlenen genel nitelikteki hapis hakkı bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Zira TBK md. 950/f.1'deki⁹⁴⁷ düzenlemeye göre borçluya ait olan ve borçlunun rızasıyla alacaklının zilyet bulunduğu taşınır eşya veya kıymetli evrak, asıl borçla bağlantılı ise alacaklının söz konusu eşya üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır. Söz konusu hapis hakkının kefile halefiyet yoluyla geçmemesini gerektirecek herhangi bir durum yoktur. Zira hapis

⁹⁴² BECK, Art. 503, N. 17; ÇINAR, s. 135; ÖZEN, Kefalet, s. 396; REİSOĞLU, Kefalet, s. 246

⁹⁴³ BECK, Art. 503, N. 17; DE BIASIO, s. 60; GIOVANOLI, Art. 503, N. 10; GUT, s. 119; LERCH-TUASON, s. 65; TOBLER, s. 124; ÖZEN, Kefalet, s. 396; REİSOĞLU, Kefalet, s. 246

⁹⁴⁴ TBK md. 336/f.1'deki düzenlemeye göre "*Taşınmaz kiralalarında kiraya veren, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedelinin güvencesi olmak üzere, kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar üzerinde hapis hakkına sahiptir*".

⁹⁴⁵ GUT, s. 109

⁹⁴⁶ BECKER, Art. 509, N. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 396-397; RESİOĞLU, Kefalet, s. 246-247

⁹⁴⁷ TMK md. 950/f.1'deki düzenleme şu şekildedir: "Alacaklı borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir".

hakkı alacaklının şahsına bağlı bir hak değildir. O halde alacaklının geçerli bir hapis hakkı bulunuyorsa bu hak üzerinde alacaklının koruma yükümlülüğünün bulunduğu da kabulü gerekir⁹⁴⁸. Doktrinde mülkiyeti saklı tutma anlaşmasından doğan haklar bakımından da alacaklının koruma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁴⁹.

EBK md. 500/f.1'deki düzenlemede yer almayan rüçhan hakkına TBK md. 592/f.1'de yer verilmiştir. Buna göre alacaklı rüçhan hakkını da korumakla yükümlü olacaktır. Rüçhan hakkı, alacaklının alacağını öncelikli olarak elde etmesine yarayan haktır. TBK md. 592/f.1 düzenlemesi doğrultusunda alacaklının rüçhan hakkına ilişkin koruma yükümlülüğü bulunacak ve bu çerçevede alacaklı rüçhan hakkından feragat etmesi halinde kefile karşı sorumlu olacaktır⁹⁵⁰. Zira kefil alacaklıya halef olduğu takdirde rücu alacağını öncelikli alma hakkına sahip olacak ve borçluyu tekrar takip etmesi ya da hakkında dava açması gerekmeyecektir⁹⁵¹.

TBK md. 592/f.1 hükmü aynı teminatlar kadar şahsi teminatları da kapsamaktadır. Buna göre alacaklının diğer kefillere karşı sahip olduğu haklar halefiyet yoluyla ifade bulunan kefile geçeceğinden alacaklı söz konusu hakları da korumakla yükümlü olacaktır⁹⁵². Doktrinde haklı olarak teminat amacıyla borca katılma sonucu alacaklının borca katılan kimselere karşı sahip olduğu haklar üzerinde de alacaklının koruma yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmektedir⁹⁵³.

7.2.4.3. Alacaklının Teminatları Koruma Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları

Alacaklının rehin hakları, rüçhan hakkı ve diğer güvencelere yönelik koruma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçları TBK md. 592/f.1 ve f.4'de düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada bir ayırımı giderek alacaklının teminatların azaltmasına ve elden çıkarmasına farklı sonuçlar bağlamıştır.

⁹⁴⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 246-247

⁹⁴⁹ BECK, Art. 503, N. 17; GIOVANOLİ, Art. 503, N. 10; GÜMÜŞ, C. II, s. 420; REİSOĞLU, Kefalet, s. 248

⁹⁵⁰ BECK, Art. 503, N. 19; GUT, s. 111; ÖZEN, Kefalet, s. 387; REİSOĞLU, Kefalet, s. 248

⁹⁵¹ BECK, Art. 503, N. 19; REİSOĞLU, Kefalet, s. 248

⁹⁵² BECK, Art. 507, N. 35; ÇINAR, s. 136; ÖZEN, Kefalet, s. 397; REİSOĞLU, Kefalet, s. 247

⁹⁵³ BECK, Art. 503, N. 18; ÖZEN, Kefalet, s. 397

TBK md. 592/f.1 hükmüne göre alacaklının teminatları kefilin zararına olarak azaltmasının yaptırımını, kefilin sorumluluğunun zarar miktarınca azalmasıdır. Buna göre alacaklının teminatın alacağın tamamını değil de bir kısmını güvence altına alacağı yönünde anlaşma yapması, taşınmaz rehninde rehinli taşınmazın değerini düşüren davranışlarda bulunması ya da değerinin düşmemesi için gerekli önlemleri almaması, rehnedilen alacağın faizlerini ve vadesi dolduğunda alacağı tahsil etmemesi, teminatın haczedilmesine karşı yapabileceklerini yapmaması gibi durumlarda alacaklı teminattaki azalma sebebiyle kefile karşı sorumlu olacaktır⁹⁵⁴. Görüldüğü gibi teminatların azalması bazı durumlarda alacaklının belli bir davranışta bulunması sonucu gerçekleşmekte bazı hallerde ise yapması gerekli davranışlardan kaçınması sebebiyle azalma ortaya çıkmaktadır.

Teminatlardaki azalma sebebiyle alacaklının sorumlu olabilmesi için kefilin zarara uğraması gerekmektedir. Kefilin zararının bulunmaması halinde kefilin sorumluluğu teminattaki azalma olmamış gibi devam edecektir. Örneğin asıl borçlunun ödeme gücünün yerinde olması ve dolayısıyla kefilin rücu hakkının asıl borçlunun malvarlığıyla karşılanabilecek durumda olması halinde kefilin teminattaki azalma sebebiyle zarara uğradığı söylenemeyecektir. Ancak böyle bir durumda kefil alacaklıya ifada bulunup asıl borçluya rücu etmeden zararın varlığından söz edilemeyecektir. Kefil asıl borçluya rücu edip alacağını elde edemediği takdirde zararın varlığı ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda da kefil alacaklıya zaten ifada bulunduğundan zarar miktarınca alacaklıdan ödediği tutarı geri isteyecektir⁹⁵⁵. Ancak asıl borçlu iflas etmişse ya da borç ödemediği aciz vesikası alınmışsa o takdirde söz konusu durumlar borçlunun ödeme güçsüzlüğünün bir göstergesi olduğundan kefil asıl borçluyu takip etmeden de alacaklıya zararını ileri sürebilmelidir. Bunun gibi kefil, alacaklıya yapacağı ifa sonrası rehinleri paraya çevirmeyeceğine yönelik bir anlaşma yapmışsa o takdirde rehinlerdeki azalma ister alacaklının kusuru ile ister kusuru olmadan olsun kefilin ilgilendirmeyecek ve bu doğrultuda sorumluluğunda bir azalma olmayacaktır. Zira kefil, rehinleri paraya çeviremeyeceğinden ortada bir zarar

⁹⁵⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 194; ÖZEN, Kefalet, s. 402 ve 405; TANDOĞAN, s. 785

⁹⁵⁵ BECK, Art. 503, N. 29

da bulunmayacaktır⁹⁵⁶. Ayrıca kefil ve varsa eşi, teminattaki azalmaya yazılı rıza göstermişlerse o takdirde kefilin teminattaki azalma sebebiyle sorumluluğunda bir değişiklik olmayacaktır.

Alacaklının teminatları azaltması halinde kefilin sorumluluğu, zarar oranında değil zarar miktarınca azalacaktır. Bunun yanında teminattaki azalma miktarı, kefilin sorumlu olacağı azami miktardan indirilmeyecektir. Teminatta herhangi bir azalma olmasaydı kefilin alacaklıya ödeyeceği miktardan teminattaki azalma miktarı indirilerek kefilin sorumluluğu bulunacaktır⁹⁵⁷.

Alacaklının teminattaki azalma sebebiyle kefile karşı sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Bu bağlamda azalmadan alacaklının herhangi bir kusuru yoksa kefilin sorumluluğunda azalma söz konusu olmayacaktır. Kanun koyucu yalnızca teminatların elden çıkarılmasında (TBK md. 592/f.4) ağır kusuru aradığı için alacaklı hafif kusuru bulursa dahi teminattaki azalma yüzünden kefile karşı sorumlu olacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki teminatlarda azalmaya alacaklı ağır kusuruyla yol açmış olsa bile kefil sorumluluktan kurtulmayacaktır. Zira kanun koyucunun TBK md. 592/f.1 ve f.4 hükmü bakımından yaptığı ayırım teminatların azaltılması veya elden çıkarılmasına yöneliktir. Bu nedenle kusurun derecesi ve bu kapsamda kefilin sorumluluğunun ne olacağı, teminatın azaltılmış olduğu ya da elden çıkarılmış olduğuna göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak teminattaki azalma önemli ölçüde ise ve alacaklı bu duruma ağır kusuruyla sebep olmuşsa o takdirde TBK md. 592/f.4'ün uygulanmasının hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyiz⁹⁵⁸.

Alacaklının TBK md. 592/f.1'de öngörülen koruma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde kefil, teminatlarda bir azalma meydana geldiğini ve azalmanın miktarını ispatla yükümlü olacaktır. Görüldüğü gibi kefil, uğradığı zararın miktarını ispatla yükümlü olmamakta yalnızca teminatlardaki azalma miktarını ispat etmesi gerekmektedir. Alacaklı ise söz konusu azalmada bir kusuru bulunmadığı veya kusuru bulunmakla birlikte kefilin zarara uğramadığını ya da azalma miktarından

⁹⁵⁶ BECK, Art. 503, N. 29; ÖZEN, Kefalet, s. 404

⁹⁵⁷ BECK, Art. 503, N. 33; ÇINAR, s. 138; GÜMÜŞ, C. II, s. 422-423; ÖZEN, Kefalet, s. 407; REİSOĞLU, Kefalet, s. 259

⁹⁵⁸ Aynı yönde REİSOĞLU, Kefalet, s. 261

daha az zarara uğradığını ispat edecektir. Alacaklının söz konusu hususları ispat edememesi halinde kefilin sorumluluğu, teminatlardaki azalma miktarınca azalacaktır⁹⁵⁹. Kefil teminattaki azalma miktarını dikkate almaksızın alacaklıya ifade bulunmuşsa TBK md. 592/f.1 son cümle gereğince fazladan ödediği kısmı geri isteyebilecektir.

Alacaklının teminatları elden çıkarmasının sonuçları ise TBK md. 592/f.4 düzenlemesinde yer almaktadır. Alacaklı teminatları elden çıkarmayıp yalnızca değerlerinin azalmasına sebep olmuşsa kefil TBK md. 592/f.1 kapsamında değerlendirilip sorumluluğu azalarak devam ederken alacaklı teminatları elden çıkarmışsa kefil TBK md. 592/f.4 gereği sorumluluktan kurtulmaktadır. Ancak alacaklının mevcut teminatı elden çıkarmakla beraber yerine aynı ya da daha yüksek değerinde bir teminat koyması halinde kefilin sorumluluktan kurtulması söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında kefilin sorumluluktan kurtulabilmesi için alacaklının yalnızca teminatları elden çıkarması yeterli değildir. Ayrıca alacaklının ağır kusurlu olması gerekmektedir. Bu doğrultuda alacaklının kastı ya da ağır ihmali söz konusu değilse kefil sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak alacaklının teminatları elden çıkarmasındaki kusuru kast ya ağır ihmal seviyesinde olmamakla birlikte hafif ihmal şeklinde ise o takdirde TBK md. 592/f.1 hükmünün uygulanması gerekecektir. Buna göre de alacaklının kusurlu olarak elden çıkardığı teminat miktarınca kefilin sorumluluğu azalacaktır⁹⁶⁰.

Alacaklının teminatları elden çıkarması halinde kefil, alacaklının teminatı elden çıkardığını ispat edecektir. Alacaklı ise teminatı elden çıkarmadığını ya da elden çıkarmasında ağır kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlü olacaktır⁹⁶¹. Alacaklı söz konusu hususları ispat edemediği takdirde kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Alacaklı teminatları ağır kusuruyla elden çıkarmasına rağmen kefil alacaklıya ifade bulunmuşsa yaptığı ödemenin geri verilmesini talep edebilecektir.

⁹⁵⁹ BECK, Art. 503, N. 32; ÖZEN, Kefalet, s. 406-407; REİSOĞLU, Kefalet, s. 259

⁹⁶⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 405

⁹⁶¹ REİSOĞLU, Kefalet, s. 259

7.2.5. Alacaklının Teminatları, Borç Senetleri Kefile Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğü

7.2.5.1. Genel Olarak

TBK md. 592/f.3 hükmüne göre “Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıraya önce geldikleri ölçüde saklıdır”. Söz konusu düzenleme TBK md. 592/f.1’de yer alan alacaklının teminatları koruma yükümlülüğünün devamı niteliğindedir. Buna göre alacaklı, kendisine ifada bulunan kefile korumakla yükümlü olduğu teminatları devretmekle yükümlü olacaktır. Bunun dışında alacaklıya, kefil asıl borçluya rücu hakkını kullanırken gerekli olabilecek ispat vasıtalarını da kefile teslim etme ve bu konuda gerekli bilgileri verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Alacaklının yükümlülüklerine aykırı davranmasının sonuçları ise TBK md. 592/f.4 hükmünde düzenlenmiştir.

Teminatlara ve ispat vasıtalarına ilişkin teslim yükümlülüğünün amacı, kefilin asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını güvence altına almasını sağlamaktır⁹⁶². Bu çerçevede kefil alacaklıya ifada bulunup alacaklının haklarına halef olduğunda, yaptığı ifayı asıl borçluya rücu edecek ve söz konusu rücu hakkının güvencesini de asıl borç için verilmiş olan teminatlar oluşturacaktır. Bu noktada kefil asıl borçlunun ödeme gücünün yetersiz olması halinde alacaklıya yaptığı ödemeyi, mevcut teminatları paraya çevirerek elde etmeye çalışacaktır. Benzer şekilde asıl borca ilişkin ispat vasıtaları sayesinde asıl borcun geçerliliğini ispat etmesine gerek olmadan asıl borçluya rücu edebilecektir.

Kefil, TBK md. 592/f.3’de kendisine tanınan haklardan TBK md. 582/f.3 gereği önceden feragat edemeyecektir. Ancak kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra ve

⁹⁶² FORRER, s. 367; ÇINAR, s. 141; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 161

kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil şartlarına uyulmak suretiyle kefil söz konusu haktan feragat edebilecektir. Kefil evli ise eşinin yazılı rızasının da alınması gerekecektir.

7.2.5.2. Alacaklının Teminatları, Borç Senetlerini Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi

TBK md. 592/f.3 c.1'de alacaklıya, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayacak borç senetlerini teslim etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Doktrinde söz konusu borç senetleri kavramının geniş düşünülmesi gerektiği ve bu bağlamda kefilin rücu hakkını kullanabilmesi için kendisine yardımcı olacak her türlü belge şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre alacaklı, asıl borç senedi dışında rehin senedi, yazılı borç ikrarı, asıl borca ilişkin takiple ilgili belgeler, mahkeme kararları ve yazışmalar gibi asıl borcun geçerliliğine ilişkin belgeleri vermekle yükümlü olduğu gibi teminatların ve diğer güvencelerin geçerliliğine ilişkin belgeleri de kefile verme yükümlülüğünde olacaktır⁹⁶³. Ancak kefilin borcun tamamını değil de bir kısmını ödemesi halinde veya ispat vasıtalarının alacaklının başka alacaklarına ilişkin bilgiler içermesi durumunda, alacaklı söz konusu ispat vasıtalarının aslını vermekle yükümlü olmayacaktır. Böyle bir durumda belgelerin onaylı bir örneğini kefile vermesi yeterli olacaktır⁹⁶⁴.

EBK md. 499/f.1'de yer almayan bir düzenlemeye TBK md. 592/f.1 c.1'de yer verilerek alacaklının ispat vasıtalarına ilişkin yükümlülüğü genişletilmiştir. Bu göre alacaklı ispat vasıtalarını kefile teslim etmek dışında gerekli bilgileri kefile vermekle yükümlüdür. Bu çerçevede alacaklı, kefilin rücu hakkını kullanmasına yarayacak her türlü bilgiyi kefile verme yükümlülüğünde olacaktır⁹⁶⁵.

TBK md. 592/f.3 c.2'de alacaklıya, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri kefile teslim etme veya bunları devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü yüklenmiştir.

⁹⁶³ BECK, Art. 503, N. 51; GIOVANOLİ, Art. 503, N. 26; PESTALOZZİ, Art. 503, N. 19; GÜMÜŞ, C. II, s. 424 ÖZEN, Kefalet, s. 408, dipnot 947

⁹⁶⁴ BECK, Art. 503, N. 53; GIOVANOLİ, Art. 503, N. 26; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 169; GÜMÜŞ, C. II, s. 424; ÖZEN, Kefalet, s. 409

⁹⁶⁵ ÇINAR, s. 144; GÜMÜŞ, C. II, s. 424

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki alacaklı TBK md. 592/f.1 gereği korumakla yükümlü olduğu teminatları kendisine ifada bulunan kefile teslim etme yükümlülüğü altındadır. Aksi durumda alacaklıya teminatları koruma yükümlülüğü yüklenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle alacaklı TBK md. 592/f.1 hükmünde bahsi geçen teminatları önce korumakla yükümlü olacak, kefil kendisine ifada bulunduktan sonra ise TBK md. 592/f.3 gereği teslimle yükümlü olacaktır. TBK md. 592/f.3 c.2’de “asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinler ve diğer güvenceler” denilerek eksik ifade kullanılmıştır. Burada asıl borçlu tarafından sonradan sağlanan rehinlerin alacağın özel güvencesi olarak verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyi kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlu tarafından ve alacağın özel güvencesi olarak verilen rehinler ve güvenceler şeklinde anlamak gerekir⁹⁶⁶.

Alacaklının ispat vasıtalarını ve teminatları kefile teslim yükümlülüğü, kefilin alacaklıya yapacağı ifa sonrası söz konusu olacaktır. Bu noktada alacaklının kefilden ifa talep etmesine karşılık kefilin de alacaklıdan ispat vasıtalarına ve teminatlara ilişkin teslim yükümlülüğünü yerine getirmesini talep etmesi ve talebinin yerine getirilmemesi halinde ifadan kaçınmasının mümkün olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme İBK ve TBK’da bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu husus doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre böyle bir durumda TBK md. 97⁹⁶⁷ hükmü her ne kadar karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler için düzenlenmiş olsa da hakkaniyet gereği kıyas yoluyla uygulanacak ve kefil ödemezlik def’i ileri sürüp ifadan kaçınabilecektir⁹⁶⁸. Bir diğer görüşe göre ise kefil alacaklıya yapacağı ifa sonrasında alacaklı teslim etmese dahi kanuni olarak ispat vasıtalarına ve teminatlara sahip olduğu ve bu nedenle alacaklı yükümlülüğünü yerine getirmese dahi yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşmeye dayanarak isteyebileceğini belirterek kefilin ödemezlik def’i ileri sürüp ifadan kaçınmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedir⁹⁶⁹. Fikrimizce alacaklının ifa talebi karşısında kefile ödemezlik def’i ileri sürüp ifadan kaçınma imkanı tanımak yerinde olacaktır. Zira böyle bir durumda her iki tarafın

⁹⁶⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 425; REİSOĞLU, Kefalet, s. 246

⁹⁶⁷ TBK md. 97 hükmüne göre “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir”.

⁹⁶⁸ BECK, Art. 503, N. 44; DE BIASIO, s. 79; GIOVANOLI, Art. 503, N. 34; ELÇİN GRASSINGER, Savunma İmkanları, s. 163; GÜMÜŞ, C. II, s. 426; TANDOĞAN, s. 786

⁹⁶⁹ TOBLER, s. 114

menfaati de göz önünde tutularak aynı anda ifa gerçekleşmelidir. Alacaklının menfaatinin daha üstün tutulmasını gerektiren bir durum yoktur. Kefile ödemekten kaçınma imkanı verilmemesi halinde kefil, her ne kadar yaptığı ödemeyi alacaklıdan sebepsiz zenginleşme davasıyla geri alabileceksede bu durum alacaklının menfaatlerini kefile tercih etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle alacaklının ifa talebi karşısında kefile ödemezlik def'i ileri sürme imkanı tanımak hakkaniyete daha uygun bir çözüm olacaktır.

Kefil alacaklıya yapacağı ifa sonrasında alacaklının haklarına halef olduğundan alacakla ilgili teminatların geçişi yasa gereği kendiliğinden olmaktadır. Bu nedenle TBK md. 592/f.3'de alacaklıya yüklenen teminatları teslim ve devir yükümlülüğü kurucu nitelikte değildir. Söz konusu teslim ve devir işlemleri açıklayıcı niteliktedir. Bu şekilde kefilin asıl borçluya rücu hakkını kullanırken mevcut teminatları hak sahiplerine ileri sürmesi mümkün hale gelecektir⁹⁷⁰. Örneğin alacaklının taşınmaz rehnini kefile devretmek için tapu kütüğünde yapacağı tescil açıklayıcı nitelikte olacak ve kefil rehin hakkını iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecektir. Bunun gibi taşınır rehni söz konusu olduğunda kefil her ne kadar halefiyet gereği rehin hakkına sahip olsa da zilyetlik kefile geçirilmediği sürece rehni paraya çevirmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca iyi niyetli üçüncü kişilerin emin sıfatıyla zilyet olan alacaklıdan taşınır malın mülkiyetini kazanmaları mümkündür. Bu sebeple alacaklı tarafından taşınır malın zilyetliğinin kefile geçirilmesi gerekmektedir⁹⁷¹.

TBK md. 592/f.3'de alacaklıya teminatların teslimi ve devri için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu doğrultuda alacaklı, taşınmaz rehninde tapuda gerekli tescil işlemlerini yapmak, taşınır rehni söz konusu olduğunda taşınırın zilyetliğini kefile devretmek, alacak rehninde TMK md. 955/f.1⁹⁷² hükmüne uygun olarak alacak rehlinin kefile geçtiğine dair yazılı bir belge oluşturması ve yazılı senedi kefile teslim etmesi gerekir. Asıl borç için kıymetli evraka bağlı bir alacağın

⁹⁷⁰ BECK, Art. 503, N. 47; ÇINAR, s. 143; GÜMÜŞ, C. II, s. 424; ÖZEN, Kefalet, s. 410-411; REİSOĞLU, Kefalet, s. 252

⁹⁷¹ ÖZEN, Kefalet, s. 412

⁹⁷² TMK md. 955/f.1 hükmüne göre "Senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir".

rehnedilmesi halinde hamile yazılı bir senet söz konusu ise TMK md. 956/f.1⁹⁷³ gereği senedin teslimi, emre yazılı bir senet ise kefile ciro+teslim edilmesi gerekecektir. Nama yazılı bir senette senedin alacaklıdan kefile geçtiğine dair yazılı devir beyanı ve senedin kefile teslim edilmesi edilecektir⁹⁷⁴. TBK md. 589/f.2 bent 2 gereğince teminatların teslim ve devir masraflarından kefil sorumlu olacaktır. Bu nedenle alacaklının söz konusu masrafları teslim ve devirden önce kefilден isteyebilmesi mümkün olabilecektir⁹⁷⁵. Kefil de yapmış olduğu teslim ve devir masraflarını asıl borçludan talep edebilecektir⁹⁷⁶.

Kefilin borcunun bir bölümünü ödemesi halinde kısmi de olsa alacaklının haklarına halef olacaktır. Bu durum TBK md. 596/f.2 c.2’de “*Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur*” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak böyle bir durumda alacaklı ve kefil açısından teminatlardan yararlanmanın ne şekilde olacağı EBK zamanında belirsizdi. TBK’da ise md. 596/f.2 c.3’de bu konu hükme bağlanmıştır. Buna göre “*Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından ön sırada gelir*”. Bu düzenleme doğrultusunda alacaklı borcun ödenmeyen kısmı için teminatlardan yararlanma bakımından öncelik hakkına sahip olacaktır. Buna göre teminat paraya çevrildiği zaman öncelikle alacaklının elde edemediği kısım alacaklıya ödenecek geriye kalan ise kefile verilecektir. Eğer alacaklıya yapılan ödeme sonrasında geriye bir şey kalmazsa kefil teminattan yararlanamayacaktır⁹⁷⁷. Bu nedenle kefil alacaklıya yaptığı kısmi ödeme karşılığında teminatların ve ispat araçlarının kendisine devir ya da teslimini alacaklıdan talep edemeyecektir. Ancak teminatların kısmen devri mümkün ise o takdirde alacaklının öncelik hakkına zarar gelmemesi koşuluyla, borcun ifa edilmiş kısmına dair teminatlar teslim edilecektir⁹⁷⁸.

⁹⁷³ TMK md. 956/f.1’deki düzenlemeye göre “Hamile yazılı senetlerin rehni için senetlerin rehnin alacaklısına teslimi yeterlidir”.

⁹⁷⁴ GIOVANOLİ, Art. 503, N. 30; ÇINAR, s. 143; GÜMÜŞ, C. II, s. 425; ÖZEN, Kefalet, s. 413; REİSOĞLU, Kefalet, s. 252-257

⁹⁷⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 257

⁹⁷⁶ BECK, Art. 503, N. 48; ÖZEN, Kefalet, s. 413

⁹⁷⁷ BECK, Art. 503, N. 49; ÖZEN, Kefalet, s. 410; REİSOĞLU, Kefalet, 249-250

⁹⁷⁸ BECK, Art. 503, N. 49; DE BIASIO, s. 81; GIOVANOLİ, Art. 503, N. 31; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 171; ÖZEN, Kefalet, s. 410

TBK md. 592/f.3'de alacaklının diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis haklarının, kefilin haklarından sıraya önce geldikleri ölçüde saklı oldukları hükme bağlanmıştır. Buna göre asıl borca ilişkin teminatların alacaklının başka alacaklarının da güvencesini oluşturması ve bu teminatlara başvurma konusunda alacaklının önceliği varsa o takdirde kefil teminatın devrini talep edemeyecek ya da alacaklının öncelik hakkına zarar gelmeden devrinin mümkün olması halinde devri isteyebilecektir. Böyle bir durumda söz konusu teminattan önce alacaklı alacağını elde edecek, geriye kalan kısım kefile verilecektir⁹⁷⁹. Ancak burada önemli olan kefilin yararlanabileceği bir teminatın mevcudiyetidir. Eğer teminat, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra üçüncü kişiler tarafından verilmişse ya da kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlu tarafından verilmekle birlikte alacağın özel güvencesi olarak değil de borçlunun alacaklıya karşı olan diğer alacaklarını da kapsayacak nitelikte ise o zaman kefil söz konusu teminattan yararlanamayacak ve bu durumda alacaklının öncelik hakkının bulunup bulunmadığı kefilin ilgilendirmeyecektir⁹⁸⁰.

7.2.5.3. Alacaklının Teminatları, Borç Senetlerini Teslim Etme ve Bilgi Verme Yükümlülüğüne Uymamasının Sonuçları

Alacaklının teminatlara ve ispat vasıtalarına ilişkin devir ve teslim yükümlülüğüne uymamasının sonuçları TBK md. 592/f.4'de düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı haklı bir sebep olmaksızın devir ve teslim yükümlülüğünü yerine getirmezse kefil borcundan kurtulacaktır. Dikkat edilirse söz konusu yükümlülüğe aykırılık sebebiyle kefilin borcundan kurtulması için alacaklının kusuru aranmamaktadır. Önemli olan alacaklının haklı bir sebep olmadan yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Alacaklı kendisine ifada bulunan kefilin teminat ve ispat vasıtalarına ilişkin devir ve teslim talebine rağmen haklı bir nedene dayanmadan talebini yerine getirmiyorsa kefil borcundan kurtulacak ve ödediğinin geri verilmesini isteyebilecektir⁹⁸¹. Bunun dışında kefil ek bir zararı varsa bunu da alacaklıdan talep edebilecektir. Ancak ek

⁹⁷⁹ BECK, Art. 503, N. 49; DE BIASIO, s. 81; GÜMÜŞ, C. II, s. 426; ÖZEN, Kefalet, s. 410; REİSOĞLU, Kefalet, s. 251-252

⁹⁸⁰ REİSOĞLU, Kefalet, s. 251

⁹⁸¹ BECK, Art. 503, N. 57; GIOVANOLI, Art. 503, N. 35; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkânları, s. 171; GÜMÜŞ, C. II, s. 426; ÖZEN, Kefalet, s. 415; PESTALOZZI, Art. 503, N. 23

zararların tazmini için alacaklının kusurlu olması gerekir⁹⁸² (TBK md. 112). Benzer şekilde alacaklının kefilin rücu hakkını kullanmasına yarayacak bilgileri kefile vermemesi haklı bir sebebe dayanmıyorsa kefil yine borcundan kurtulacaktır.

Alacaklının kefile devretmesi gereken teminat ve ispat vasıtalarını ağır kusuruyla elden çıkarması alacaklının hem teminatları koruma yükümlülüğü hem de devir ve teslim yükümlülüğüyle bağlantılıdır. Bu kapsamda alacaklının teminatları devir ve teslim etmemesinin sebebi söz konusu teminatları elden çıkarmasına dayanıyorsa o takdirde kefilin borcundan kurtulması alacaklının ağır kusuruna bağlıdır. Bir başka ifadeyle alacaklı teminat ve ispat vasıtalarını ağır kusuruyla elden çıkarmışsa kefil borcundan kurtulacak ve yaptığı ödemeyi geri isteyebilecektir⁹⁸³.

7.2.6. Çalışanlara Kefalet Halinde Alacaklının Özen ve Gözetim Yükümlülüğü

7.2.6.1. Alacaklının Çalışanlar Üzerindeki Özen ve Gözetim Yükümlülüğünün Kapsamı

Çalışanlara kefalette alacaklının çalışan kimseler üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğü TBK md. 592/f.2’de düzenlenmiştir. Buna göre “*Çalışanlara kefalet halinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi halinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefinden isteyemez*”.

TBK md. 592/f.2 hükmü çalışan kimselerin sebep olabilecekleri zararlara kefil olunması halidir. Burada kefil, müstakbel bir borca kefil olmaktadır. Bu nedenle borcun doğmaması ya da doğsa bile çok artmaması adına kanun koyucu alacaklıya bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Söz konusu hükme göre alacaklının çalışanları üzerinde gözetim ve özen yükümü olacaktır. Alacaklı çalışanlarına gerekli özen ve gözetimi göstererek zararın ortaya çıkmasına ya da ortaya çıksa bile artmasına engel

⁹⁸² GIOVANOLİ, Art. 503, N. 36; GÜMÜŞ, C. II, s. 426; PESTALOZZİ, Art. 503, N. 23

⁹⁸³ GÜMÜŞ, C. II, s. 426; ÖZEN, Kefalet, s. 414

olacaktır. Alacaklı gerekli özen ve denetimi göstermesine rağmen zarar ortaya çıkmışsa o takdirde kefile karşı sorumlu olmayacaktır.

Alacaklının göstermesi gerekli olan özenin derecesi somut olayın şartlarına göre değişecektir. İşverenin çalışanlar üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğüne ilişkin özel bir yasa hükmü bulunması halinde bu hüküm uygulanacak ve bu kapsamda alacaklının yükümlülüğünü yerine getirip getirmeyeceği belirlenecektir. Özel bir hüküm bulunmaması halinde alacaklının beklenen özen ve denetimi gösterip göstermediği kefil ve alacaklının bu konudaki anlaşmalarına ya da iş hayatındaki genel ilkelere göre belirlenecektir⁹⁸⁴.

Alacaklının çalışanları üzerindeki özen yükümünden doğan sorumluluğun kusura dayanıp dayanmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre alacaklının özen ve denetim yükümlülüğünden sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Bu doğrultuda alacaklının gerekli özeni göstermemekte kusuru yoksa kefile karşı sorumlu olmayacaktır⁹⁸⁵. Bir diğer görüşe göre alacaklının çalışanlar üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğünden sorumluluğu kusura dayanmamaktadır. Burada objektif özen yükümüne dayalı bir sorumluluk bulunmaktadır. Bu çerçevede alacaklının kusurunun bulunmaması kefile karşı sorumlu olmasını engellemeyecektir⁹⁸⁶. Fikrimizce böyle bir durumda alacaklının objektif özen yükümü bulunmamakta ve bu nedenle sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çalışanlara kefalette TBK md. 66 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir durum yoktur. Zira böyle bir düşünce alacaklının kefalet sözleşmesindeki menfaatlerini hiçe saymak olur. Kefilin himayesi zaten alacaklıya yüklenen özen ve gözetim yükümlülüğü ile yerine getirilmektedir. Bu şekilde bir himayenin üstüne bir de alacaklının kusuru olmasa bile kefile başvuramayacağını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır.

⁹⁸⁴ BECK, Art. 503, N. 38; ÇINAR, s. 167; ÖZEN, Kefalet, s. 574-575

⁹⁸⁵ BECK, Art. 503, N. 39; GIOVANOLI, Art. 503, N. 20; PESTALOZZI, Art. 503, N. 15; ÖZEN, Kefalet, s. 575

⁹⁸⁶ ÇINAR, s. 167-168; GÜMÜŞ, C. II, s. 427

7.2.6.2. Alacaklının Çalışanlar Üzerindeki Özen ve Gözetim Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Sonuçları

Alacaklının çalışanlar üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçları TBK md. 592/f.2’de yer almaktadır. Buna göre alacaklının kendisinden beklenen özeni göstermemesi sebebiyle borç doğmuşsa bu borcu kefilden isteyemeyecektir. Bunun dışında madde metninde geçen “*bu özeni göstermesi halinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa*” ifadesinin çok iyi bir şekilde kaleme alınmadığı ancak bu ifadenin “borç doğmakla birlikte alacaklı beklenen özeni göstermediği için daha da artmışsa” şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda çalışanın sebep olduğu zarar doğmuş ancak alacaklı kendisinden beklenen özeni göstermediği için zarar olması gerekenden daha da fazlalaşmışsa o takdirde alacaklı, zarardaki artışı kefilden talep edemeyecektir. İBK md. 503/f.2’de alacaklının çalışanı üzerindeki özen ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etmesinin yaptırımını, kefilin alacaklıdan uğradığı zararların tazminini isteyebilmesidir⁹⁸⁷. TBK md. 592/f.2’de ise İBK’ndan farklı bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre alacaklı, kefilden beklenen özeni göstermemesi sebebiyle oluşan borcu veya borçtaki artışı talep edemeyecektir. Bir başka ifadeyle alacaklının yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucu borç ortaya çıkmışsa kefilin borcu ortadan kalkacaktır. Özen ve gözetim yükümlülüğünün ihlali borcun artmasına sebep olmuşsa da artışı talep edemeyecek ve kefilin borcu azalacaktır⁹⁸⁸.

8. KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER

8.1. KEFİLİN ASIL BORÇLUDAN GÜVENCE VERİLMESİNİ VEYA BORÇTAN KURTARILMASINI TALEP HAKKI

8.1.1. Genel Olarak

Kefilin asıl borçludan güvence verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı TBK md. 595 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “*Kefil, aşağıdaki durumlarda asıl borçludan güvence verilmesini ve borç muaccel*

⁹⁸⁷ BECK, Art. 503, N. 40

⁹⁸⁸ GÜMÜŞ, C. II, s. 427; ÖZEN, Kefalet, s. 575

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

TBK md. 595’de sayılan hususların gerçekleşmesi halinde kefil asıl borçludan teminat göstermesini ya da borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir. Söz konusu düzenleme, kefil ve kefalet sözleşmesinin tarafı olmayan asıl borçluya ilişkindir. Adi kefalet sözleşmesinde olduğu gibi müteselsil kefalet sözleşmesinde de kefil TBK md. 595 gereğince kendisine tanınan haklardan yararlanabilir. Kanun koyucu kefalet sözleşmesinde genellikle kefilin herhangi bir menfaati olmadan sorumluluk yüklenmesini gözönüne almış ve bu nedenle kefile asıl borçluya karşı ileri sürebileceği bir takım haklar tanımıştır. Kefil, TBK md. 595’deki koşullar kapsamında asıl borçludan ya borçtan kurtarmasını ya da teminat göstermesini talep edebilecektir. Bu şekilde kefil, alacaklıya borcunu ifa ettikten sonra asıl borçluya karşı ileri sürebileceği rücu hakkını güvence altına almakta ya da alacaklıya ifada bulunmaktan kurtulmaktadır⁹⁸⁹.

Kefilin TBK md. 595’de sayılan imkanlardan yararlanabilmesi için kefil ve asıl borçlu arasında örneğin vekalet ya da vekaletsiz iş görme gibi bir hukuki ilişkinin bulunması şart değildir⁹⁹⁰. Kefilin asıl borçludan güvence istemesi veya borçtan kurtarılmasını talep edebilmesinin temel şartı asıl borçluya rücu hakkının bulunmasıdır⁹⁹¹. Kefilin rücu hakkının varlığı da kefil ve asıl borçlu arasında bir iç ilişkinin bulunmasına bağlı değildir. TBK md. 595’de kefilin asıl borçluya karşı olan rücu alacağının korunması amaçlandığından kefilin asıl borçluya rücu hakkı bulunmadığı durumlarda kefil TBK md. 595’de tanınan imkanlardan

⁹⁸⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İHFM, C. LV, Y. 1996, S. 1-2, s. 393 (Bundan sonra “ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki” olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 418

⁹⁹⁰ BECK, Art. 506, N. 3; LERCH-TUASON, s. 76; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 393; REİSOĞLU, Kefalet, s. 264; ÖZEN, Kefalet, s. 418

⁹⁹¹ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 393; ÖZEN, Kefalet, s. 418

yararlanamayacaktır. Buna göre kefil ve asıl borçlu arasındaki iç ilişkiye göre kefilin asıl borçluya rücu imkanı yoksa TBK md. 595’de düzenlenen hakları kullanamayacaktır. Aynı şekilde kefilin kefalet borcu altına girmesinde asıl borca ilişkin çıkarı söz konusuysa kefilin yasal rücu hakkı bulunmayacaktır. Örneğin bir kimsenin çoğunluk hissesine sahip olduğu şirketinin borcu için kefalet borcu altına girmesi halinde TBK md. 595’de tanınan imkanlardan yararlanamayacaktır⁹⁹².

EBK’nun aksine TBK md. 595’deki düzenleme, TBK md. 582/f.3 hükmü gereği nisbi emredici niteliktedir. Kefilin söz konusu haklardan önceden feragat etmesi mümkün değildir. Ancak tarafların TBK md. 595’de üç bent halinde sayılan hususları kefil lehine genişletebilmeleri mümkündür. Bu kapsamda kefilin kanunda sayılan haller dışında başka unsurların varlığı halinde, asıl borçludan güvence verilmesini ya da borçtan kurtarılmasını talep edebileceği kararlaştırılabilir⁹⁹³.

8.1.2. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesini ya da Borçtan Kurtarılmasını Talep Edebileceği Durumlar

8.1.2.1. Asıl Borçlunun Kefile Karşı Olan Yükümlülüklerine Aykırı Davranması

Asıl borçlunun kefil kefalet sözleşmesi yapmaya ikna edebilmek için bir takım yükümlülükler üstlenmeyi taahhüt etmiş olabilir. Bu durum kefil ve asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirmekle beraber kanun koyucu asıl borçlunun kefile karşı olan yükümlülüklerine aykırı davranmasını bir takım yaptırımlara tabi tutarak kefilin himayesini amaçlamıştır. TBK md. 595/ bent 1 hükmüne göre kefilin asıl borçluya karşı üstlendiği yükümlülüklerle ve özellikle kefil borçtan kurtarma vaadine aykırı davranması halinde kefil güvence verilmesini veya borç muaccel olmuşsa borçtan kurtarılmasını isteyebilecektir. Kefile karşı borçtan kurtarma vaadinin tipik örneğini asıl borçlunun alacaklıya yapacağı ifa oluşturur. Buna göre asıl borçlu alacaklıya ifada bulunup kefil borçtan kurtaracağına dair vaatte bulunmuş ancak bu

⁹⁹² GÜMÜŞ, C. II, s. 444; ÖZEN, Kefalet, s. 418

⁹⁹³ GÜMÜŞ, C. II, s. 444; REİSOĞLU, Kefalet, s. 204. TBK md. 595’de sayılan hallerin genişletilemeyeceği yönünde bkz. ÖZEN, Kefalet, s. 419; HOŞLAN, Osman, Kefilin Teminat Verilmesini ve Kefaletten Kurtulmayı İsteme Hakkı (BK md. 503), AD, S. 1-2; 1979, s. 99

vaadini yerine getirmemişse kefile karşı sorumlu olacaktır. Bunun gibi kefilin yerine başka kefiller bulacağını ya da göstereceği teminat vasıtasıyla alacaklının kefilini ibra etmesini sağlayacağını taahhüt etmesi de kefil borçtan kurtarma vaadine örnek olarak gösterilebilir. Bunun dışında kefil borçtan kurtarma vaadi haricinde de kefile karşı bir takım yükümlülükler üstlenmiş olabilir. Örneğin asıl borçlunun kendi adına kefalet sözleşmesi yapmayacağını, kefil olması karşılığında ivaz vereceğini, yapacağı işlemlere ilişkin defter tutacağını ve bu defterleri kontrol etme yetkisi vereceğini, taşınmazları üzerinde rehin hakkı kurmayacağını taahhüt etmiş olabilir⁹⁹⁴. Asıl borçlunun bu şekilde taahhütlerde bulunması ve söz konusu taahhütlerine aykırı davranışları kefil karşı sorumlu olması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde asıl borçlunun kefile karşı olan taahhütlerine aykırı davranması halinde TBK md. 595 hükmüne göre sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusurlu olması gerekmediği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle asıl borçlunun taahhütlerini yerine getirmemesinde kusurlu olup olmadığı önem arz etmemektedir⁹⁹⁵.

8.1.2.2. Asıl Borçlunun Temerrüde Düşmesi veya Yerleşim Yerini Başka Bir Ülkeye Nakletmesi

TBK md. 595/ bent 2 hükmüne göre borçlunun temerrüde düşmesi halinde kefil asıl borçludan talepte bulunabilecektir. Bunun için temerrüdün gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Temerrüt gerçekleştikten sonra alacaklının borçluya süre tanınması kefilin borçludan talepte bulunmasını engellemeyecektir⁹⁹⁶.

Kefilin borçtan kurtulmasını veya teminat gösterilmesini isteyebilmesi için EBK md. 503/ bent 2'de yalnızca borçlunun temerrüde düşmesine ilişkin bir düzenleme mevcuttu. TBK md. 595/ bent 2'de ise borçlunun yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi sebebiyle hakkında takip yapılması önemli ölçüde güçleşmişse de kefil asıl borçludan talepte bulunabilecektir. Ancak önemli olan borçlunun yerleşim yerinin ülke sınırları dışına nakledilmesi sebebiyle takibin güçleşmesidir. Bu

⁹⁹⁴ BECK, Art. 506, N. 8; GIOVANOLI, Art. 506, N. 7; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 394-395; ÖZEN, Kefalet, s. 420; REİSOĞLU, Kefalet, s. 264; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 698

⁹⁹⁵ BECK, Art. 506, N. 8; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 395; ÖZEN, Kefalet, s. 420; REİSOĞLU, Kefalet, s. 264-265; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 698. Aksi görüş için bkz. GÜMÜŞ, C. II, s. 421

⁹⁹⁶ BECK, Art. 506, N. 11; GÜMÜŞ, C. II, s. 446; HOŞLAN, s. 94; ÖZEN, Kefalet, s. 421; REİSOĞLU, Kefalet, s. 265

doğrultuda borçlunun ülke sınırları içerisindeki yerleşim yeri değişiklikleri kefile talepte bulunma imkanı vermez⁹⁹⁷.

8.1.2.3. Kefilin Üstlendiği Riskin Sonradan Önemli Derece Artması

TBK md. 595/ bent 3 hükmündeki düzenlemeye göre borçlunun ekonomik durumunun kötüleşmesi veya mevcut teminatların değer kaybetmesi ya da borçlunun kusuru sebebiyle kefilin üstlendiği rizikonun, kefalet sözleşmesinin kurulma tarihine kıyasla önemli ölçüde artması halinde kefil asıl borçludan güvence verilmesini ya da borçtan kurtarılmasını isteyebilecektir.

Borçlunun ekonomik durumunun kötüleşmesi sebebiyle kefilin üstlendiği riskin artmasında borçlunun kusurunun bulunması gerekli değildir. Borçlunun kusuru bulunmadan da mali durumunun ciddi bir biçimde kötüleşmesi kefilin talepte bulunması için yeterlidir. Ancak önemli olan borçlunun mali durumunun kötüleşmesi sebebiyle kefilin üstlendiği riskin kefalet sözleşmesinin kurulduğu zamana kıyasla önemli ölçüde artmasıdır⁹⁹⁸.

EBK md. 503/ bent 3'de yer almayan bir düzenlemeye TBK md. 595/ bent 3'de yer verilmiştir. Buna göre güvencelerin değer kaybetmesi, kefilin üstlendiği rizikonun önemli ölçüde artmasına sebep olmuşsa kefil borçludan talepte bulunabilecektir. Doktrinde söz konusu güvence kavramının geniş düşünülmesi gerektiği ve bu doğrultuda aynı teminatlar kadar kişisel teminatların değerindeki azalmanın da madde kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir. Buna göre birlikte kefalet halinde kefillerden birinin maddi durumunun kötüleşmesi durumunda da kefilin üstlendiği risk önemli ölçüde artmışsa kefil borçludan güvence verilmesini ya da borçtan kurtarılmasını talep edebilecektir⁹⁹⁹. Güvencelerin değer kaybetmesinde borçlunun kusurlu olup olmaması önemli değildir¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ DE BIASIO, s. 124; GÜMÜŞ, C. II, s. 446; REİSOĞLU, Kefalet, s. 265

⁹⁹⁸ BECK, Art. 506, N. 14; GIOVANOLI, ART. 506, N. 9; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 396; ÖZEN, Kefalet, s. 421; REİSOĞLU, Kefalet, s. 265;

⁹⁹⁹ DE BIASIO, s. 125; ÖZEN, Kefalet, s. 421; REİSOĞLU, Kefalet, s. 265

¹⁰⁰⁰ GIOVANOLI, Art. 506, N. 9; PESTALOZZI, Art. 506, N. 4

TBK md. 595 hükmünden kefilin yararlanmasını sağlayacak bir diğer durum da asıl borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlikenin önemli ölçüde artmasıdır. Böyle bir durumda asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesine ya da teminatların değer kaybetmesine gerek olmadan kefil borçludan talepte bulunabilecektir. Önemli olan borçlunun kusurlu davranışlarıyla kefil üzerindeki rizikonun önemli derecede artmasına sebebiyet vermesidir¹⁰⁰¹.

8.1.3. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesi veya Borçtan Kurtarılması Talebi ve Borçlunun Buna Uymamasının Sonuçları

TBK md. 595’de sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde kefil, asıl borç muaccel olmamışsa borçludan güvence vermesini talep edebilecektir. Söz konusu güvencenin niteliği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu nedenle aynı teminat gibi şahsi teminat sağlanması da mümkün olabilecektir. Bu durum somut olayın şartlarına göre belirlenecektir. Asıl borçlunun aynı teminat vermesinin mümkün olduğu durumlarda kefilin aynı teminat talebinde bulunmayı tercih edeceği ortadadır. Ancak somut olay kapsamında borçlunun kişisel teminat yoluna başvurması da mümkün olacaktır. Buna göre borçlu, kefilin alacaklıya borçlu olduğu tutar oranında rücu kefil bulabilecektir¹⁰⁰².

Asıl borcun muaccel olması durumunda kefilin borçludan kefalet borcundan kurtarılmasını talep etmesi mümkün olacaktır. Ancak kefil bu talebini alacaklıya değil borçluya karşı ileri sürebilecektir. Borçlu da kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığından kefil yalnızca borçlunun bir takım eylemleri sonucunda kefalet borcundan kurtulabilecektir. Zira borçlunun alacaklı gibi kefilin ibra etme hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda borçlu alacaklıya olan borcunu ifa ederek kefilin borçtan kurtulmasını sağlayabilecektir. Bunun dışında borçlu kefilin yerine başka kefiller bulmak veya aynı teminat gibi yöntemlere başvurarak alacaklının kefilin ibra etmesini sağlamaya çalışacaktır¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ BECK, Art. 506, N. 14

¹⁰⁰² GIOVANOLÌ, Art. 506, N. 4; GUHL, s. 96; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 398; ÖZEN, Kefalet, s. 423; REİSOĞLU, Kefalet, s. 266

¹⁰⁰³ BECK, Art. 506, N. 18; GIOVANOLÌ, Art. 506, N. 4; ÖZEN, Kefalet, s. 423; REİSOĞLU, Kefalet, s. 266; TANDOĞAN, s. 789

Kefilin talebi üzerine asıl borçlunun teminat göstermemesinin ya da kefil borçtan kurtarmamasının yaptırımını konusunda TBK md. 595’de herhangi bir düzenleme yoktur. Borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığına göre kefilin kefalet borcundan kurtulması düşünülemez. Bu nedenle kefil alacaklıya karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Böyle bir durumda kefil genel hükümlere başvuracaktır. Bu kapsamda borçluyu takip edecek ya da aralarındaki anlaşmaya uymaması sebebiyle tazminat talebinde bulunacaktır¹⁰⁰⁴. TBK md. 595’de sayılan hususların gerçekleştiğini ispat yükü ise kefile ait olacaktır¹⁰⁰⁵. Görüldüğü gibi TBK md. 595 hükmü uygulama anlamında kefil bakımından çok fazla anlam ifade etmemektedir.

8.2. KEFİLİN ALACAKLIYA YAPTIĞI ÖDEMİYİ BORÇLUYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kefilin alacaklıya yaptığı ifayı asıl borçluya bildirme yükümlülüğü TBK md. 597 hükmünde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre “*Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. - Kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifade bulunursa, rücu hakkını kaybeder. - Kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklıdır*”. Kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacı, asıl borçlu tarafından alacaklıya yapılacak ikinci ödemenin engellenmesidir. Kefil tarafından yapılacak bildirim sayesinde borçlunun alacaklıya yapacağı ikinci ifanın önüne geçilecektir. Aslında kefil tarafından ödeme yapıldıktan sonra alacaklının borçlunun yapacağı ifayı kabul etmemesi gerekir. Ancak alacaklının kötü niyetli olma ihtimali gözönüne alınarak TBK md. 597’deki düzenleme öngörülmüştür. Kefilin alacaklıya yapmış olduğu ödemeyi asıl borçluya bildirmemesinin yaptırımını ise kefilin borçluya olan rücu hakkını kaybetmesidir. Bu şekilde kefil yaptığı ödemeyi borçluya rücu edemeyeceği için borçlu ikinci kez ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Böyle bir durumda kefil alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açarak yaptığı ödemeyi alacaklıdan talep edecektir.

¹⁰⁰⁴ BECK, Art. 506, N. 19; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki ilişki, s. 398; REİSOĞLU, Kefalet, s. 266

¹⁰⁰⁵ GIOVANOLİ, Art. 506, N. 3; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 409

TBK md. 597/f.1'deki düzenlemeye göre kefilin asıl borçluya bildirim yükümlülüğünün doğması için borcunun tamamını ödemesi zorunlu değildir. Kefil kısmi ifada bulunmuş olsa bile bu durumu borçluya bildirmekle yükümlü olacaktır. Kefilin yapmış olduğu ödeme icra yoluyla olsa bile ödemeyi borçluya haber vermelidir. Zira bildirim amacı, borçlu tarafından yapılacak ikinci ödemenin engellenmesidir. Kefil anapara ödemesini bildirmekle yükümlü olduğu gibi faiz ödemesini de bildirmek zorundadır¹⁰⁰⁶. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği gibi kefil yalnızca ödemeyi değil borçludan rücu hakkı çerçevesinde talepte bulunabileceği ve alacaklının tatmin edilmesi sonucunu doğuran her durumu borçluya bildirmelidir¹⁰⁰⁷. Örneğin kefil alacaklıya karşı ileri sürebileceği takas hakkı varsa ve bu hakkını kullanarak alacaklıya ifada bulunmuşsa bu durum da kefilin bildirim yükümlülüğü kapsamında olmalıdır. Bunun gibi kefil ifa yerine edim vasıtasıyla alacaklıyı tatmin etmişse yine borçluyu bu duruma ilişkin bilgilendirmek zorundadır. Zira TBK md. 597 hükmünün amacı kefilin rücu hakkı sebebiyle borçlunun hem alacaklıya hem de kefile ödemedede bulunmak zorunda kalmamasıdır. Kefilin asıl borçluya bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmakla beraber borçlu kefilin alacaklıya yaptığı ödemeye ilişkin bilgi sahibi ise veya bilmesi gerekiyorsa, kefil herhangi bir bildirimde bulunmasa dahi rücu hakkını kaybetmez¹⁰⁰⁸. Ancak kefil, borçlunun yapılan ödemededen haberi olduğunu ya da gerekli özeni göstermiş olsa haberdar olacağını kanıtlamak zorundadır.

Kefilin yapacağı bildirim şekliyle ilgili kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu doğrultuda bildirim herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilir¹⁰⁰⁹. Ancak yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı açısından yerinde olacaktır. Kefil bildirim, alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra, iş hayatındaki dürüstlük kuralı çerçevesinde uygun olan en kısa zamanda yapmalıdır¹⁰¹⁰. Dolayısıyla kefilin zamanında

¹⁰⁰⁶ BECK, Art. 508, N. 2; PESTALOZZI, Art. 508, N. 1

¹⁰⁰⁷ GÜMÜŞ, C. II, s. 443

¹⁰⁰⁸ BECK, Art. 508, N. 5; GIOVANOLI, Art. 508, N. 2; KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 83

¹⁰⁰⁹ BECK, Art. 508, N. 4; PESTALOZZI, Art. 508, N. 2; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 390; GÜMÜŞ, C. II, s. 443

¹⁰¹⁰ BECK, Art. 508, N. 4; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 390; GÜMÜŞ, C. II, s. 443; ÖZEN, Kefalet, s. 505

bildirimde bulunup bulunmadığı takdir edilirken iş hayatındaki prensipler göz önünde tutulacaktır¹⁰¹¹.

Kefilin bildirimde bulunmaması sebebiyle borçluya rücu hakkını kaybetmesi için kusurlu olarak bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir. Örneğin borçlunun adresinin bilinmemesi sebebiyle kefil bildirimde bulunamıyorsa o takdirde kefilin rücu hakkının devam edeceğinin kabulü gerekir. Bunun gibi kefil bildirimde bulunmakla beraber bildirim borçluya ulaşmasında kefilin kusuruna bağlı olmayan bir gecikme yaşanmış ve bu esnada borçlu alacaklıya ifada bulunmuş olabilir. Böyle bir durumda doktrindeki baskın görüşe göre kefil bildirimde bulunmuş sayılacak ve borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir¹⁰¹². Öğretideki bir diğer görüş ise bu düşünceye karşı çıkmakta ve kefilin borçluya rücu hakkının bulunmayacağını kabul etmektedir. Bu düşünce TBK md. 186'daki¹⁰¹³ alacağın devrine ilişkin hükümden yola çıkmakta ve borçlunun iyi niyetle alacaklıya yaptığı ifa sebebiyle borcundan kurtulması gerektiğini kabul etmektedir. Kefilin rücu hakkının kaybına alacaklı sebep olduğu için kefil sebepsiz zenginleşme talebini alacaklıya yöneltmek zorunda kalmalıdır¹⁰¹⁴. Fikrimizce kefilin bildirimde bulunmasına rağmen kefile ve aynı zamanda asıl borçluya yüklenemeyen bir sebeple bildirim asıl borçluya ulaşmamışsa kefil rücu hakkını kaybetmemelidir. Söz konusu durumda hem kefilin hem de asıl borçlunun kusuru bulunmamakla beraber kefil lehine sonuca varmak yerinde olacaktır. Zira en nihayetinde kefalet sözleşmesi asıl borçlunun menfaatleri gözetilerek yapılmıştır. Kefil genellikle tek taraflı borç altına girmekte ve çoğu zaman herhangi bir çıkarı olmadan borçluya yarar sağlama amacıyla hareket etmektedir. Bu nedenle hem kefilin hem de borçlunun kusurunun bulunmadığı hallerde kefilin himayesi asıl borçludan önce gelmelidir. Sonuç olarak böyle bir durumda kefilin bildirimde bulunduğu kabul edilmeli ve bildirim borçluya ulaşmamasının sonuçlarına borçlu katlanmalıdır. Bu doğrultuda kefil alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edebilmelidir. Borçlu ise sebepsiz

¹⁰¹¹ ÖZEN, Kefalet, s. 505

¹⁰¹² BECK, Art. 508, N. 5; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 391; KILIÇOĞLU, s. 83; GIOVANOLI, Art. 508, N. 2; PESTALOZZI, Art. 508, N. 3; TANDOĞAN, s. 790

¹⁰¹³ TBK md. 186'daki düzenlemeye göre "*Borçlu, alacağın devredildiğini, devreden veya devralan tarafından kendisine bildirilmemişse, önceki alacaklıya; alacak birkaç kez devredilmişse, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunarak borcundan kurtulur*".

¹⁰¹⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 503-504

zenginleşme hükümleri doğrultusunda alacaklıdan, kefile yaptığı ödemeyi geri isteyebilmelidir.

Kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi asıl borçluya bildirmemesi sebebiyle rücu hakkını kaybetmesi için kefilin yapacağı bildirimle borçlunun alacaklıya yapacağı ikinci ifa arasında illiyet bağı olması gerekir. Buna göre borçlunun alacaklıya yapacağı ifanın kefilin bildirimde bulunmaması sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. Asıl borçlu kefilin yapacağı bildirimden dolayısıyla kefilin alacaklıya yapacağı ifadan bağımsız olarak alacaklıya yine de ifada bulunacağı söylenebilirse o takdirde kefilin bildirimde bulunmamasıyla borçlunun ifası arasında illiyet bağı bulunmayacak ve kefil borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir. Bir başka ifadeyle borçlunun kefilin alacaklıya yapacağı ifayla ilgili bilgi sahibi olsa bile alacaklıya ifada bulunacaksa o takdirde kefilin borçluya rücu hakkı devam edecektir¹⁰¹⁵. Borçlunun kefilin yapmış olduğu ifaya ilişkin bilgi sahibi olması ve buna rağmen alacaklıya ifada bulunması, kefilin ödemeyi bildirme yükümlülüğü ile asıl borçlunun ifası arasında illiyet bağı bulunmadığının göstergesidir.

İspat yükleri bakımından borçlu alacaklıya ikinci bir ifada bulunduğunu ispat edecektir. Kefil ise alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya bildirdiğini ispatla yükümlü olacaktır. Kefilin borçluya ihbarda bulunmaması halinde borçlu, kefilin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle alacaklıya ikinci bir ifada bulunduğunu ispatlayacaktır. Kefil de bildirimde bulunmamakla birlikte borçlunun, alacaklıya yaptığı ödemedan haberdar olduğunu ya da gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilgi sahibi olacağını ispatlayacaktır¹⁰¹⁶.

Kefil alacaklıya ifada bulunduğu takdirde alacaklının haklarına halef olacak ve alacağı ait teminatlar da kefile geçecektir. Kefilin alacaklıya yaptığı ifayı asıl borçluya bildirmemesi üzerine rücu hakkını kaybetmekle beraber teminatlardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda TBK md. 597’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere kefil rücu hakkını kaybederse halefiyet yoluyla kendisine geçen teminatlara da

¹⁰¹⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 391; GÜMÜŞ, C. II, s. 443; ÖZEN, Kefalet, s. 504

¹⁰¹⁶ BECK, Art. 508, N. 4; GÜMÜŞ, C. II, s. 443; ÖZEN, Kefalet, s. 505

başvuramamalıdır. Zira aksi durumda TBK md. 597 düzenlemesinin bir anlamı olmayacak ve kefil rücu hakkını kaybetmesine rağmen teminatları paraya çevirerek alacağını elde etmeye çalışacaktır. Bu durum da kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır¹⁰¹⁷.

TBK md. 597/f.3’de kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. EBK md. 498’de ise “Alacaklı aleyhine haksız mal edinmesinden dolayı dava hakkı mahfuzdur” ibaresi sebebiyle alacaklı aleyhine sebepsiz zenginleşme davasının kim tarafından açılacağına belli olmadığı ancak kanun koyucunun amacının kefilin rücu hakkını kaybettiği durumlarda alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açması yönünde olduğu doktrinde ifade edilmiştir¹⁰¹⁸. TBK md. 597/f.3’de ise açık bir şekilde kefilin alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme davası açacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda kefil, alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya bildirmediği için rücu hakkını kaybetmekle beraber yaptığı ödemeyi alacaklıdan sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda talep edebilecektir. Ancak kefil rücu hakkını kaybetmesine karşın asıl borçluya rücu ederse o takdirde borçlu alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunacaktır¹⁰¹⁹.

Kefilin asıl borçluya rücu hakkı hiç bulunmuyorsa alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya bildirmemesi durumunda kefil herhangi bir hak kaybına da uğramayacaktır. Örneğin kefilin borçluya karşı bağışlama amacı bulunuyorsa alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya rücu edemeyecektir. Borçlu kefilin alacaklıya yaptığı ifadan habersiz olarak alacaklıya ikinci bir ifa gerçekleştirirse alacaklıya sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı borçluya ait olacaktır. Zira kefilin rücu hakkı bulunmadığı için hak kaybına uğraması da söz konusu olmayacak ve bu durumda alacaklı borçlu aleyhine zenginleşmiş olacaktır¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 392; REİSOĞLU, Kefalet, s. 262; TANDOĞAN, s. 791

¹⁰¹⁸ KILIÇOĞLU, s. 84; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 205

¹⁰¹⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 392; GÜMÜŞ, C. II, s. 444; KILIÇOĞLU, s. 84; REİSOĞLU, Seza, Kefilin Rücu İle İlgili Meseleler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Y. 1962, s. 497 (Bundan sonra “REİSOĞLU, Rücu” olarak anılacaktır); REİSOĞLU, Kefalet, s. 263

¹⁰²⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 392; GÜMÜŞ, C. II, s. 444; REİSOĞLU, Kefalet, s. 263; TANDOĞAN, s. 790-791

8.3. MÜTESELSİL KEFİLİN ALACAKLININ HAKLARINA HALEF OLMASI VE ASIL BORÇLUYA RÜCU HAKKI

8.3.1. Müteselsil Kefilin Alacaklının Haklarına Halefîyeti

TBK md. 596/f.1'deki¹⁰²¹ düzenlemeye göre kefil alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacaktır. Kefilin alacaklıya ifada bulunmasıyla kefalet borcu sona ermekle birlikte kefil alacaklı yerine geçerek borçluyu takip etme imkanı kazanmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu kefilin himayesi amacıyla alacaklının asıl borç ilişkisinde sahip olduğu haklara halef olmasını ve bu şekilde asıl borçluya rücu edebilmesini öngörmüştür. Bu kapsamda kefilin alacaklıya halef olmasının amacını, asıl borçluya rücu hakkı oluşturmaktadır. Kefilin alacaklının haklarına halef olması, bütün kefalet sözleşmeleri için mevcuttur. Bu doğrultuda müteselsil kefil de alacaklıya yaptığı ifa oranında alacaklının haklarına halef olacaktır.

Kefilin alacaklının haklarına halef olması kanundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kefilin alacaklının haklarına sahip olması kendiliğinden gerçekleşmektedir. Halefîyetin söz konusu olabilmesi için alacaklının rızası gerekmemektedir. TBK md. 596 hükmünde düzenlenen halefîyet, genel hükümlerde yer alan TBK md. 127¹⁰²² hükmündeki halefîyetten farklıdır. Zira TBK md. 127 hükmünde üçüncü bir kişi kendi borcunu değil başkasının borcunu ifa etmek suretiyle alacaklının haklarına halef olmaktadır. Oysa kefalet sözleşmesinde kefil kendi borcunu ifa etmesine karşın kanun gereği alacaklının haklarına halef olmaktadır¹⁰²³. Bu doğrultuda asıl borçlunun TBK md. 127/f.1 bent 2 hükmündeki gibi ifadan önce kefilin alacaklının haklarına halef olacağını bildirme yükümlülüğü yoktur¹⁰²⁴. Bunun dışında kefilin yaptığı ifa sonucunda alacaklının haklarına halef olmasıyla birlikte asıl borcun niteliği

¹⁰²¹ TBK md. 596/f.1'deki düzenleme şu şekildedir: "Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir".

¹⁰²² TBK md. 127 hükmüne göre "Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hallerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:

1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde.
2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.

Diğer halefîyet hallerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır".

¹⁰²³ GÜMÜŞ, C. II, s. 434

¹⁰²⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 458

değişmektedir. Kefilin asıl borçluya rücu edebileceği borç bir para borcu olmaktadır. Bu doğrultuda asıl borçlunun borcunun para borcu dışında bir borç olmasının bir önemi olmayacaktır¹⁰²⁵. Örneğin alacaklı ve asıl borçlu arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi olması ve kefilin eser borcunun yerine getirilmesi için kefalet borcu altına girmesi halinde, kefil alacaklıya ifada bulunduktan sonra asıl borçludan eser meydana getirmesini istemeyecektir. Zira kefilin borcu daima bir para borcudur, eseri meydana getirmek değildir. Dolayısıyla kefilin borçluya rücu edeceği borç da para borcu olacaktır.

Kefilin alacaklıya yapacağı ifa sonucu alacaklının haklarına halef olmasıyla birlikte alacak hakkı ve bu hakka bağlı olan fer'i nitelikteki haklar da kanundaki sınırlamalar ölçüsünde kendiliğinden kefile geçmektedir.

8.3.1.1. Halefiyet Sonucu Teminatların Müteselsil Kefile Geçmesi

Kefilin alacaklının haklarına halef olması sonucunda mevcut teminatlar da TBK md. 596/f.2 c.1'deki sınırlamaya uygun olduğu ölçüde kefile geçecektir. Teminatların kefile geçmesiyle kefil asıl borçluya karşı sahip olduğu rücu hakkını güvence altına almış olacaktır. TBK md. 596/f.2 c.1'deki düzenlemeye göre "*Kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur*". Görüldüğü gibi TBK md. 596/f.2 c.1'de kefile halefiyet yoluyla geçecek teminatlara ilişkin bir sınırlandırma getirilmiştir. Oysaki 818 sayılı EBK zamanında böyle bir sınırlama bulunmamaktaydı. Bu doğrultuda güvencelerin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da sonra kim tarafından verildiği önem arz etmemekteydi. 6098 sayılı TBK'ndaki düzenlemede ise kefile geçecek rehin hakları ve diğer güvenceler kefalet sözleşmesi kurulmadan önce mevcut ise asıl borçlu veya üçüncü kişi tarafından verilmesi önem arz etmeyecek ve kefalet sözleşmesi kurulduğu zaman mevcut olan teminatlar halefiyet yoluyla kefile geçecektir. Bu noktada verilen teminatın alacağın özel güvencesi olması da fark yaratmayacaktır. Kefalet sözleşmesi kurulmasından

¹⁰²⁵ GIOVANOLİ, Art. 507, N. 12a; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 399; GÜMÜŞ, C. II, s. 434; REİSOĞLU, Kefalet, s. 269; TANDOĞAN, s. 789

sonra ise yalnızca asıl borçlu tarafından ve alacağın özel güvencesi olarak verilen teminatlar kefile geçecektir. Dikkat edilirse TBK md. 596/f.2 c.1 hükmü TBK md. 592/f.1 ve f.3 hükmü ile bağlantılıdır. Buna göre alacaklının korumakla ve kefile devretmekle yükümlü olduğu teminatlar, aynı zamanda halefiyet yoluyla kefile geçecek olan teminatlardır. Aslında kanun koyucunun yasada belirlediği teminatlar bakımından alacaklıya koruma yükümlülüğü yüklemesinin sebebi, kefilin halefiyet yoluyla sahip olacağı teminatlara zarar gelmemesi ve dolayısıyla kefilin rücu hakkının korunmasıdır. Yasada belirlenen teminatların halefiyet yoluyla kefile geçmesi de TBK md. 596/f.2 c.1’de hükme bağlanmıştır¹⁰²⁶.

TBK md. 596/f.2 c.1’e göre kefilin madde metninde sayılan teminatlara halef olması aksi kararlaştırılmamışsa söz konusu olacaktır. Buna göre kefile halefiyet yoluyla geçecek teminatların genişletilmesi mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra yalnızca borçlu değil üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların da kefile geçişi sağlanabilir. Bunun dışında asıl borçlu tarafından alacağın özel güvencesi olarak verilmeyen başka bir ifadeyle genel nitelikteki teminatların da kefile geçeceği kararlaştırılabilir. Halefiyet yoluyla geçecek teminatların daraltılmasının ya da teminatların geçmeyeceğinin kararlaştırılmasının geçerli olup olmayacağı belirsizdir. Öğretide bu şekilde yapılan anlaşmaların kefilin aleyhine olacağı ve kefalet sözleşmesi hükümlerinin nisbi emredici yapısı gereği geçerli olmayacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁷. Bu kapsamda kefil lehine yapılacak değişikliklerin geçerli olacağı ancak kefilin haklarını kullanmasını engelleyecek kapsamdaki aleyhe değişikliklerin yapılamayacağı sonucuna varılabilir.

Kefilin alacaklıya yapacağı ifa ile halefiyet gereği kendiliğinden geçecek olan haklar fer’i nitelikteki haklardır. Bu kapsamda rehin hakkının kefile geçişi kendiliğinden olacaktır. Daha önce de ifade edildiği gibi taşınmaz rehni söz konusu olduğunda tapu sicilinde yapılacak tescil işlemi de açıklayıcı nitelikte olacaktır. Taşınır rehninde ise taşınır malın kefile teslimi gerekecektir. Ancak fer’i nitelikte olan teminatların kefile geçişi kendiliğinden olmayacaktır. Bu kapsamda teminat amacıyla devir yapılmışsa

¹⁰²⁶ GIOVANOLİ, Art. 507, N. 5; ÖZEN, Kefalet, s. 462

¹⁰²⁷ BECK, Art. 507, N. 38; PESTALOZZİ, Art. 507, N. 7; ÖZEN, Kefalet, s. 472; REİSOĞLU, Kefalet, s. 268; PESTALOZZİ, Art. 507, N. 7

halefiyet ilkesi gereği alacaklının bu teminatlar üzerindeki tasarruf yetkisini kullanarak teminatları kefile devretmesi gerekecektir¹⁰²⁸.

8.3.2. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sahip Olduğu Rücu Hakkı

8.3.2.1. Genel Olarak

TBK md. 596 hükmüne göre kefil alacaklıya ifada bulunarak alacaklının haklarına halef olmaktadır. Kefilin alacaklıya yaptığı ifa asıl borcun sona ermesine sebep olmamaktadır. Bu kapsamda kefil de yaptığı ifayı asıl borçludan talep edebilmektedir. Kefilin, asıl borçludan yaptığı ifayı talep edebilmesi ise rücu hakkına dayanmaktadır.

Kefilin kefil olma sebebini asıl borçlu ile arasındaki hukuki ilişki oluşturmaktadır. Kefil ve asıl borçlu arasında vekalet sözleşmesi olması ve kefilin asıl borçlunun vekili olarak hareket etmesi mümkündür. Böyle bir durumda kefil isterse asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiye dayanarak da yaptığı ödemeyi borçluya rücu etme imkanına sahip olacaktır. Bunun gibi aralarındaki iç ilişkinin vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmesi ve kefilin buna dayanarak borçluya rücu etmesi de mümkündür. Bir diğer olasılık olarak iç ilişkinin vekalet ya da vekaletsiz iş görme olarak kabul edilememesi halinde kefil asıl borçludan sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda da talepte bulunabilecektir¹⁰²⁹. Söz konusu sebeplere dayanarak kefil borçludan talepte bulunabilmekle birlikte kanun koyucu kefil ve asıl borçlu arasında hiçbir ilişki bulunmaması ihtimalini de gözönüne alarak kefile yasal rücu hakkı tanımıştır. Bu kapsamda kefil kanuni halefiyete dayanan rücu hakkına başvurabileceği gibi borçluyla arasındaki iç ilişkiden doğan rücu hakkına da dayanabilecektir¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ GÜMÜŞ, C. II, s. 439; ÖZEN, Kefalet, s. 463

¹⁰²⁹ BECK, Art. 507, N. 8; GIOVANOLI, Art. 507, N. 1; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 416; GÜMÜŞ, C. II, s. 425; ÖZEN, s. 424; REİSOĞLU, Rücu, s. 466; REİSOĞLU, Kefalet, s. 270; TANDOĞAN, s. 787

¹⁰³⁰ BÄR, s. 24; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 399; ÖZEN, Kefalet, s. 424-425; REİSOĞLU, Kefalet, s. 270

8.3.2.2. Halefiyete Dayanan Rücu Talebi ile İç İlişkiye Dayanan Rücu Talebinin Karşılaştırılması

Kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi geri almak için sahip olduğu iki imkan bulunmaktadır. Buna göre kefil, kanuni halefiyete dayanan rücu hakkını kullanabileceği gibi asıl borçluyla arasındaki iç ilişki sebebiyle sahip olduğu özel rücu hakkını da ileri sürebilir. Her iki rücu hakkının amacı kefilin yaptığı ödemeyi geri alabilmesidir. Bu doğrultuda kefil borçluya her iki rücu talebini aynı anda ileri süremez. Zira bu durum rücu hakkının amacına aykırı olur. Ancak kefil rücu taleplerinden birinin kapsamına girmeyen bir masrafı diğer rücu hakkı ile ileri sürebilir. Örneğin kefilin önce kanuni halefiyete dayanan rücu hakkını ileri sürmesi ve bu rücu hakkının kapsamına girmeyen masraflarını iç ilişkiden kaynaklanan rücu hakkıyla elde etmeye çalışması mümkündür¹⁰³¹. TBK md. 596/f.3 hükmünde yer alan kefilin asıl borçlu ile arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'ilerin saklı olduğuna dair düzenlemede bu durumu destekler niteliktedir.

Halefiyete dayanan rücu hakkı ve iç ilişkiye dayanan rücu hakkının her ikisi de aynı amaca hizmet etmekle birlikte bir takım farklılıkları mevcuttur. Kefil bakımından her iki rücu hakkının da sağladığı bazı kolaylıklar bulunmaktadır. Ancak bunun yanında her ikisi de bazı dezavantajlara sahiptir. Bu sebeple kefil bakımından hangi rücu hakkının daha avantajlı olacağını belirlemek zordur. Öncelikle ispat bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Halefiyete dayanan rücu hakkında kefil yalnızca alacaklıya yaptığı ifayı ispatla yükümlü olacaktır. Bu doğrultuda kefilin asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiyi ispatlaması gerekmemektedir. Zira kefilin rücu hakkının kaynağı yasadır ve tarafların arasındaki iç ilişkiden bağımsızdır. Kefilin asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiye dayanması halinde hem alacaklıya yaptığı ödemeyi hem de asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiyi ispatlaması gerekecektir¹⁰³².

¹⁰³¹ DE BIASIO, s. 20; PESTALOZZI, Art. 507, N. 2; GÜMÜŞ, C. II, s. 435; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 400; KILIÇOĞLU, s. 19; ÖZEN, Kefalet, s. 434-435; ; REİSOĞLU, Rücu, s. 469; REİSOĞLU, Kefalet, s. 272

¹⁰³² DE BIASIO, s. 12; GIOVANOLI, Art. 507, N. 10 ; BİLGE, Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1954, C. 11, S. 1-2, s. 284 (Bundan sonra "BİLGE, Halefiyet" olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 432-433; REİSOĞLU, Rücu, s. 469

Halefiyete dayanan rücu ile iç ilişkiye dayanan özel rücu hakkı arasındaki bir başka farklılık teminatlar bakımındandır. Buna göre kefil yasal halefiyetten kaynaklanan rücu hakkını kullandığında teminatların sağladığı güvenceden de yararlanacaktır. Zira kefil alacaklıya halef olduğunda alacağına bağlı haklar da kefile geçmektedir. Kefilin asıl borçlusuyla aralarındaki iç ilişki sebebiyle borçludan talepte bulunması halinde ise teminatlardan yararlanamayacaktır¹⁰³³. Zira böyle bir durumda kefil iç ilişki kapsamında borçludan talepte bulunmaktadır. Örneğin aralarındaki ilişki vekalet sözleşmesi ise kefilin dayanağını da bu sözleşme oluşturacaktır.

Halefiyete dayanan rücu hakkının ispat ve teminatlar bakımından sağladığı avantajlar bulunmakla birlikte iç ilişkiye dayanan rücu hakkı da bazı durumlarda kefil için daha faydalı olabilmektedir. Zira iç ilişkiye dayanan rücu hakkının kapsamı halefiyete dayanan rücu hakkından daha geniştir. Halefiyete dayanan rücu hakkında kefil ancak alacaklıya yaptığı ödemeyi borçludan talep edebilir. Oysa kefilin iç ilişkiye dayanması halinde kefil sıfatıyla alamayacağı diğer yan masrafları da borçludan alabilecektir. Bunun dışında kefilin alacaklıya ifa yerine edim olarak bir mal verdiği bir olasılıkta malın değeri kefilin borcundan daha yüksek olsa bile kefilin halefiyete dayanan rücu vasıtasıyla borçludan isteyebileceği miktar kefil sıfatıyla üstlendiği tutardır. Oysa kefil iç ilişkiye dayanırsa ve iç ilişkinin niteliğine göre koşullar buna imkan tanıyorsa, kefilin malın değerini borçludan talep edebilmesi mümkün olacaktır¹⁰³⁴. İç ilişkinin vekalet sözleşmesi ya da vekaletsiz iş görme olması halinde TBK md. 510/f.1¹⁰³⁵ ve TBK md. 529/f.1¹⁰³⁶ kapsamında faiz talepleri de olabilecektir¹⁰³⁷. Asıl borçlu ve kefilin aralarında faiz oranı kararlaştırmamaları

¹⁰³³ BİLGE, Halefiyet, s. 284; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 417; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 434-435

¹⁰³⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 435; REİSOĞLU, Rücu, s. 470

¹⁰³⁵ TBK md. 510 hükmü şu şekildedir: “*Vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür*”

¹⁰³⁶ TBK md. 529/f.1’deki düzenlemeye göre “*İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması halinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hakimın takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır*”.

¹⁰³⁷ GIOVANOLİ, Art. 507, N. 9; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 435-436; REİSOĞLU, Rücu, s. 469-470

halinde kefilin talepleri yasal faiz oranı üzerinden olacaktır. Taraflar faiz oranını belirlemişlerse o takdirde kefil belirlenen oran üzerinden faiz talep edebilecektir¹⁰³⁸. Kefilin halefiyete dayanan rücu hakkını ileri sürebilmesinin temel koşulu kefilin alacaklıyı yapacağı ifa sonucunda tatmin etmesidir. İfanın kısmi ifa olması halinde farklı sonuçlar bulunmakla birlikte önemli olan alacaklıya yapılacak ifadadır. İç ilişkiye dayanan rücu talebinde ise alacaklının ifa sonucu tatmin edilmiş olması şart değildir. Örneğin alacaklının tam ehliyetsiz olduğu bir olasılıkta kefilin alacaklının kanuni temsilcisi yerine kusuru olmadan alacaklıya ifada bulunsa da TBK md. 510'daki şartları yerine getirmek koşuluyla asıl borçluya iç ilişkiye dayanarak rücu edebilecektir¹⁰³⁹. Benzer şekilde örneğin kefalet sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersizse ve kefil iyiniyetle alacaklıya ifada bulunmuşsa bu alacağını halefiyete dayanan rücu hakkı ile borçludan talep edemeyecektir. Ancak borçlu ile arasındaki iç ilişkiye dayanarak talepte bulunması mümkündür.

Görüldüğü gibi kefil bakımından hangi rücu hakkının daha avantajlı olduğu konusunda kesin bir yargıya varmak mümkün değildir. Somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirmek ve buna göre kefil için hangi rücu hakkının daha yararlı olacağına bakmak gerekir. Ancak kefilin yaptığı ödemenin bir kısmını halefiyete dayanan rücu hakkı ile talep etmesi ve bu kapsamda mevcut teminatlardan yararlanması, söz konusu rücu hakkıyla talep edemeyeceği kısımlar bakımından ise iç ilişkiye dayanan rücu hakkına başvurması mümkün olabilecektir.

Halefiyete dayanan rücu hakkı, kefilin asıl borçluya arasındaki iç ilişkiden bağımsız olmakla birlikte iç ilişkinin kefilin rücu hakkı üzerinde bir takım etkileri mevcuttur. Örneğin asıl borçlu ile kefil arasındaki iç ilişki kapsamında kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için bir vade belirlenmişse kefil halefiyete dayanan rücu hakkını kullanırken de bu vadeyi dikkate almak zorundadır¹⁰⁴⁰. Bunun dışında kefil ve borçlu arasındaki iç ilişkinin niteliği gereği kefil borçluya rücu etme imkanına sahip değilse halefiyete dayanan rücu hakkını kullanması da mümkün olmayacaktır. Örneğin

¹⁰³⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 436

¹⁰³⁹ DE BIASIO, s.20; REİSOĞLU, Rücu, s. 470; ÖZEN, Kefalet, s. 440

¹⁰⁴⁰ BECK, Art. 507, N. 32; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 401; REİSOĞLU, Rücu, s. 471

kefilin borçluya bağışlama kastının bulunduğu durumlarda halefiyete dayanan rücu hakkını kullanması söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴¹.

8.3.2.3. Kefilin İç İlişkiye Dayanan Rücu Hakkı

8.3.2.3.1. Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kefil ve borçlu arasındaki iç ilişkinin çeşitli sebeplere dayanması mümkündür. Buna göre en sık karşılaşılan durum kefil ve borçlu arasında vekalet sözleşmesi bulunmasıdır. Bu doğrultuda kefil alacaklıya yaptığı ifayı, yasal halefiyete dayanan rücu hakkı kapsamında istemek yerine, asıl borçlu ile arasındaki vekalet sözleşmesine dayanarak talep edebilecektir. Bunun gibi kefilin borçludan taleplerinin vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşmeye dayanması da mümkündür¹⁰⁴². Böyle bir durumda kefil iç ilişkiye dayanan rücu hakkını, söz konusu ilişkinin niteliğine göre kullanacaktır.

8.3.2.3.2. Kefilin Rücu Hakkının Vekalet Sözleşmesine Dayanması

Bir kimsenin asıl borçlunun talebi doğrultusunda kefil olmayı kabul etmesi halinde taraflar arasında genellikle vekalet sözleşmesinin bulunduğu kanaat getirilebilecektir¹⁰⁴³. Kefil ve asıl borçlunun arasındaki sözleşmenin vekalet olması halinde kefil, vekalet sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülükler uygun hareket ettiği müddetçe borçluya, yapmış olduğu ödemeleri rücu edebilecektir. Ancak iç ilişkiye dayanan rücu talebinin mevcut olabilmesi için alacaklıya ifada bulunmalı veya bir zarara uğramalıdır¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹ GÜMÜŞ, C. II, s. 434; ÖZEN, Kefalet, s. 427-428

¹⁰⁴² DE BIASIO, s. 27; BİLGE, Halefiyet, s. 281; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 67-68; ELÇİN GRASSINGER, Hukuki İlişki, s. 400; ÖZEN, Burak, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1469 (Bundan sonra "ÖZEN, Özel Rücu Talebi" olarak anılacaktır); ÖZEN, Kefalet, s. 443; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 697; YENİCE, Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009, s. 67-68

¹⁰⁴³ DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 416; KILIÇOĞLU, s. 17; ÖZEN, Kefalet, s. 444; ÖZEN, Özel Rücu Talebi, s. 1469

¹⁰⁴⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 444; ÖZEN, Özel Rücu Talebi, s. 1469-1470

Vekil olan kimse, vekalet sözleşmesi kapsamında işi yaparken gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altındadır¹⁰⁴⁵. Bu doğrultuda kefil kefalet sözleşmesine ilişkin yükümlülükleri yerine getirirken gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Aksi durumda borçluya karşı sahip olduğu iç ilişkiden doğan rücu hakkını kaybedebilir. Bu çerçevede kefilin TBK md. 591/f.1 gereğince asıl borçluya ait olan def'ileri ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunması halefiyete dayanan rücu hakkının kaybı sonucunu doğurduğu gibi aynı zamanda vekalet sözleşmesinden kaynaklanan rücu talebine de engel olur. Zira böyle bir durumda kefil vekalet sözleşmesinin kendisine yüklediği özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır¹⁰⁴⁶. TBK md. 508/f.1¹⁰⁴⁷ gereğince vekil, yürüttüğü işle bağlantılı olarak hesap verme yükümlülüğü altındadır. Buna göre kefil de kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ifa ederken borçluya hesap vermek durumunda olacaktır. TBK md. 597 hükmü doğrultusunda kefilin alacaklıya yaptığı ödemeyi borçluya bildirme yükümlülüğü, vekilin hesap verme borcu kapsamında değerlendirilecektir. Kefilin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde vekalet sözleşmesi gereğince yürüttüğü işe yönelik hesap verme yükümlülüğüne aykırı davranış olacaktır. Bu durum da hem vekalet sözleşmesi kapsamında hem de yasal halefiyete doğrultusunda rücu hakkını tehlikeye düşürecek¹⁰⁴⁸.

Kefilin vekalet sözleşmesi kapsamında borçludan talepleri, TBK md. 510¹⁰⁴⁹ hükmü doğrultusunda olacaktır. Kefil, alacaklıya yaptığı ödeme haricinde işin gereği gibi ifası için yapmış olduğu diğer masrafları da faiziyle birlikte borçludan talep edebilecektir¹⁰⁵⁰. Kefil, işin görülmesi sırasında zarara uğramışsa bu zararları da borçludan isteyebilecektir. Ancak TBK md. 510/f.2 gereği borçlu, zararın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 607; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 545

¹⁰⁴⁶ DE BIASIO, s. 29; ÖZEN, Kefalet, s. 445; ÖZEN, Özel Rücu Talebi, s. 1472-1473

¹⁰⁴⁷ TBK md. 508/f.1'deki düzenlemeye göre "*Vekil, vekalet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene vermekle yükümlüdür*".

¹⁰⁴⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 446

¹⁰⁴⁹ TBK md. 510'daki düzenleme şu şekildedir: "Vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. – Vekil, vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekalet verenden isteyebilir. Ancak vekalet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir".

¹⁰⁵⁰ BİLGE, Halefiyet, s. 282; KILIÇOĞLU, s. 17; GIOVANOLI, Art. 507, N. 15; REİSOĞLU, Rücu, s. 469

¹⁰⁵¹ ÖZEN, Kefalet, s. 453

TBK md. 510/f.1 hükmüne göre vekil vekalet verenden kendisini borçtan kurtarmasını talep edebilmektedir. Kefilin ise borçludan kefalet borcundan kurtulması talebi ancak TBK md. 595 hükmü kapsamında olur. Buna göre kefil, TBK md. 595'deki koşulların mevcut olması halinde borçludan kendisini borçtan kurtarmasını talep edebilir¹⁰⁵².

8.3.2.3.3. Kefilin Rücu Hakkının Vekaletsiz İş Görmeye Dayanması

Kefil, kefalet sözleşmesini asıl borçlunun herhangi bir talebi ve bilgisi olmadan yapmış olabilir. Böyle bir durumda eğer şartları varsa kefil ve borçlu arasındaki ilişkinin vekaletsiz iş görme olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir. Vekaletsiz iş görmenin varlığını kabul edebilmek için bir takım unsurların mevcudiyeti gereklidir. Buna göre bir işin görülmesi, görülen işin başkasına ait olması, işi yapan kimseye vekalet verilmemiş olması ve iş görme iradesinin bulunması halinde vekaletsiz iş görmenin bulunduğu kanaat getirilebilecektir¹⁰⁵³.

TBK md. 526¹⁰⁵⁴ hükmüne göre vekaleti olmadan başkasının hesabına iş gören kimse, o işi iş sahibinin menfaatine ve tahmin edilen iradesine uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Bu doğrultuda kefil, asıl borçlunun menfaatine ve varsayılan iradesine uygun hareket ettiği takdirde yapmış olduğu ödemeleri asıl borçluya rücu edebilecektir. Kefilin vekaletsiz iş görme kapsamında asıl borçludan talepte bulunması TBK md. 529/f.1¹⁰⁵⁵ hükmü çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna göre kefil, asıl borçlunun menfaatine uygun hareket ettiği takdirde borçlu, kefilin zorunlu ve faydalı bütün masraflarını faiziyle birlikte ödemek zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi vekaletsiz iş görmeye dayanarak borçludan talepte bulunan kefil zorunlu ve faydalı masrafları talep edebilirken, vekalet sözleşmesi kapsamında rücu eden kefil

¹⁰⁵² BECK, Art. 492, N. 74; ÖZEN, Kefalet, s. 453

¹⁰⁵³ Vekaletsiz iş görmenin unsurları için bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 489-491; TANDOĞAN, s. 678-680; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 630-631

¹⁰⁵⁴ TBK md. 526 hükmüne göre "Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür".

¹⁰⁵⁵ TBK md. 529/f.1'deki düzenlemeye göre "İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması halinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hakimnin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır".

yalnızca zorunlu masrafları borçludan isteyebilmektedir¹⁰⁵⁶. Vekaletsiz iş görmeye zararın tazmini ise hakim tarafından takdir edilecektir. Buna göre kefilin vekaletsiz iş görmeye dayanarak kefalet sözleşmesi sebebiyle uğradığı zararlarının tazmini hakimin takdir yetkisinde olacaktır.

8.3.2.3.4. Kefilin Rücu Hakkının Sebepsiz Zenginleşmeye Dayanması

Kefil ve borçlu arasında vekalet ya da vekaletsiz iş görmeye dayanan bir ilişkinin bulunmaması durumunda kefil borçludan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talepte bulunabilecektir¹⁰⁵⁷. Buna göre kefilin alacaklıyı tatmin etmesi borçlu bakımından bir zenginleşme şeklinde kabul edilebiliyorsa o takdirde kefilin rücu hakkı sebepsiz zenginleşmeye dayanır. Ancak doktrinde kefilin alacaklının haklarına halef olmasına dayanan rücu hakkı mevcut olduğu sürece kefilin sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir rücu hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre kefil, alacaklının haklarına halef olduğunda borçlu borcundan kurtulmamaktadır. Borçlunun borcu sona ermediği için sebepsiz zenginleşmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu doğrultuda kefilin halefiyete dayanan rücu hakkı varsa sebepsiz zenginleşmeye dayanan rücu hakkından söz edilemeyecektir¹⁰⁵⁸.

8.3.2.4. Kanuni Halefiyete Dayanan Rücu Hakkı

8.3.2.4.1. Kefilin Halefiyete Dayanan Rücu Hakkına Başvurabilme Koşulları

8.3.2.4.1.1. Geçerli Bir Kefalet Sözleşmesinin Varlığı

Kefil ancak geçerli bir kefalet sözleşmesinin bulunması halinde alacaklıya yapacağı ifayı asıl borçluya yasal halefiyet hakkına dayanarak rücu edebilecektir. Kefalet sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde kefilin TBK md. 596

¹⁰⁵⁶ DE BIASIO, s. 32; ÖZEN, Kefalet, s. 451

¹⁰⁵⁷ BECK, Art. 507, N. 8; GIOVANOLI, Art. 507, N. 1; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 416; GÜMÜŞ, C. II, s. 425; KILIÇOĞLU, s. 16; ÖZEN, s. 424; REİSOĞLU, Rücu, s. 466; REİSOĞLU, Kefalet, s. 270; TANDOĞAN, s. 787

¹⁰⁵⁸ KILIÇOĞLU, s. 17

anlamında rücu hakkı olmayacaktır. Böyle bir durumda kefilin alacaklıya yaptığı ifayı iyi niyetle gerçekleştirmesi de bir anlam ifade etmeyecektir. Kefilin halefiyete dayanan rücu hakkı bulunmama ile birlikte alacaklıya yaptığı ödemeyi borçludan sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda talep edebilecektir. Bunun dışında kefil talebini asıl borçlu ile arasındaki iç ilişkiye de dayandırabilecektir. Örneğin kefil ve borçlu iç ilişkisinin vekalet ya da vekaletsiz iş görme olması durumunda talebini bu ilişki çerçevesinde de borçluya karşı ileri sürebilecektir¹⁰⁵⁹.

Alacaklı ve kefilin aralarındaki sözleşmeyi kefalet olarak nitelendirmelerine karşın sözleşmenin başka bir teminat sözleşmesi örneğin bir garanti sözleşmesi olması halinde de halefiyete dayanan rücu talebinin ileri sürülemeyeceği ortadadır¹⁰⁶⁰.

8.3.2.4.1.2. Kefilin Alacaklıyı Tatmin Etmiş Olması

Kefilin halefiyete dayanan rücu hakkına başvurabilmesi için alacaklının tatmin edilmiş olması gerekmektedir. Bu doğrultuda kefilin yapacağı ödeme ile alacaklı tatmin edeceği açıktır. Kefilin ifa yerine edimde bulunması durumunda da alacaklı tatmin olacağından kefil rücu hakkına sahip olacaktır. Bunun dışında kefilin alacaklıya karşı takas hakkı bulunduğu hallerde kefil bu imkanı kullanarak kefalet borcu ile alacaklıdan olan karşı alacağını takas edebilir. Böyle bir durumda da kefilin rücu hakkının varlığı tartışılmaz¹⁰⁶¹. Kefilin ifa uğruna edim olarak alacaklıya bir mal veya kıymetli evrak vermesi halinde ise kefilin rücu hakkı ancak mal veya kıymetli evrak paraya çevrilip alacaklıya ödendiği anda söz konusu olacaktır. İfa uğruna edim olarak mal veya kıymetli evrakın verilmesi alacaklının tatmin edilmesi için yeterli olmayacaktır¹⁰⁶².

Alacaklının kefilin ifa talebini kabul etmemesi halinde TBK md. 593 gereği kefil borcundan kurtulacağından rücu hakkı da söz konusu olmayacaktır. Ancak kefil ve borçlu arasındaki iç ilişki gereğince kefilin menfaati alacaklıya yapacağı ifayı

¹⁰⁵⁹ BECK, Art. 507, N. 16; PESTALOZZI, Art. 507, N. 4; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 403; GÜMÜŞ, C. II, s. 426; YENİCE, s. 56

¹⁰⁶⁰ BECK, Art. 507, N. 17; ÖZEN, Kefalet, s. 456

¹⁰⁶¹ BECK, Art. 507, N. 20; DE BIASIO, s. 47; GIOVANOLI, Art. 507, N. 4; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 404; KILIÇOĞLU, s. 81; REİSOĞLU, Rücu, s. 473

¹⁰⁶² BECK, Art. 507, N. 20; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 404; KILIÇOĞLU, s. 81; ÖZEN, Kefalet, s. 457; REİSOĞLU, Rücu, s. 473

gerektirebilir. Böyle bir durumda kefile tevdi imkanı tanınması ve bu şekilde alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya rücu edebilmesinin mümkün olması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Zira TBK md. 593'deki düzenlemenin amacı alacaklının ifayı kabul etmediği durumlarda kefilin himayesini sağlamaktır. Bu çerçevede kefilin çıkarları aksini gerektiriyorsa alacaklı temerrüdü hükümleri kapsamında kefil borcunu tevdi edebilmelidir¹⁰⁶³.

Alacaklının kefile bağışta bulunmak amacıyla kefilin ibra etmesi halinde kefilin asıl borçluya karşı rücu imkanı olup olmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelini kefilin mutlaka malvarlığı unsurlarına başvurarak mı alacaklıyı tatmin etmesi gerektiği sorununa dayanmaktadır. Bir görüşe göre alacaklının kefilin bağışlama kastıyla ibra etmesi halinde kefilin bağışlanan değer için asıl borçluya rücu edebilecektir. Zira bu şekilde asıl borçlu borcundan kurtulmakta ve kefilin için yapılan bağışlama kastıyla ibranın yarattığı malvarlığındaki artış ancak rücu sonrasında ortaya çıkmaktadır. Aksi halde yapılan ibra sebebiyle kefilin malvarlığı bir değişikliğe uğramayacaktır¹⁰⁶⁴. Doktrindeki diğer görüşe göre ise böyle bir durumda kefilin rücu hakkı bulunmamaktadır. Zira alacaklının kefilin ibra etmesiyle kefalet borcu sona ermekle birlikte asıl borç devam etmektedir. Asıl borç devam ettiğine göre kefilin borçluya rücu imkanı da olmayacaktır¹⁰⁶⁵. Fikrimizce de alacaklının bağışlama kastıyla ibra etmesi halinde kefilin borçluya rücu hakkı bulunmamaktadır. Zira ifade edildiği gibi kefalet borcunun sona ermesi asıl borcu sona erdirmez. İbra edilmiş kefilin asıl borçluya rücu etmesi ise borcu devam eden borçlu bakımından hem alacaklıya hem de kefile ifada bulunmasını gerektirir ki bu sonuç hakkaniyetle bağdaşmaz.

8.3.2.4.1.3. Asıl Borcun Muaccel Olması

Kefilin asıl borçludan rücu talebinde bulunabilmesi için asıl borcun muaccel olması gerekmektedir. Bu kapsamda kefil asıl borç muaccel olmadan önce alacaklıya ifada bulursa bile alacaklının haklarına halef olup asıl borçluya rücu edebilmesi borç

¹⁰⁶³ KILIÇOĞLU, s. 30; ÖZEN, Kefalet, s. 457-458

¹⁰⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 33; REİSOĞLU, Rücu, s. 476

¹⁰⁶⁵ BECK, Art. 507, N. 20; GIOVANOLI, Art. 507, N. 4; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 404

muaccel olduktan sonra gerçekleşecektir¹⁰⁶⁶. Bu durum TBK md. 596/f.1 c.2’de “*Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde TBK md. 593/f.3 hükmünde de kefilin asıl borç muaccel olmadan önce de alacaklıya ifade bulunabileceği ancak rücu hakkını borç muaccel olmadan önce kullanamayacağı belirtilmiştir. Kefilin asıl borç muaccel olmadan önce borçluya rücu edebilmesi, borçlunun borcu muaccel olmadan ifa etmesi zorunluluğunu doğurur ki bu sonuç kabul edilemez.

8.3.2.4.2. Halefiyete Dayanan Rücu Hakkının İleri Sürülemeyeceği Durumlar

TBK md. 596/f.6’daki düzenlemeye göre “*Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse asıl borçlu, ona karşı vekalet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur*”. Kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacı, borçlunun sorumlu olmadığı bir borçtan kefilin rücu hakkı vasıtasıyla sorumlu olmasının engellenmesidir. Buna göre kefil asıl borcun dava hakkı vermemesi ya da irade sakatlığı veya ehliyetsizlik sebebiyle borçluyu bağlamaması durumlarında alacaklıya ifade bulunduğu takdirde rücu hakkına sahip olmayacaktır. Borçlunun irade sakatlığı bulunan durumlarda, borçlunun asıl borç ilişkisini iptal edip etmeyeceğinin belirsiz olduğu dönemde kefil, alacaklının ifa talebine karşı geçici def’i ileri sürerek ifadan kaçınabilmektedir. Kefilin böyle bir def’i ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunması ve borçlunun da sözleşmeyi iptal hakkını kullanması halinde kefil yaptığı ödeme için asıl borçluya rücu etme hakkına sahip olmayacaktır. Benzer şekilde asıl borçlu sınırlı ehliyetsizse ve yasal temsilcinin sözleşmeye icazet verip vermeyeceğinin belli olmadığı dönemde kefil alacaklıya bu durumu bilmeden ifade bulunursa ve yasal temsilci sözleşmeye icazet vermezse sözleşme hükümsüz olacak ve kefil ödediği tutar için borçluya rücu edemeyecektir. Böyle bir durumda kefil ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda alacaklıdan ödediği miktarı geri isteyebilecektir.

¹⁰⁶⁶ BECK, Art. 507, N. 22; PESTALOZZI, Art. 507, N. 5; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 405; GÜMÜŞ, C. II, s. 437

Bir kimsenin borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilerek kişisel güvence vermesi hali ise TBK md. 582/f.2’de düzenlenmiş ve bu kimsenin kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olacağı belirtilmiştir. TBK md. 591/f.1 c.2’de ise kefilin borçlunun yanılmasını ya da ehliyetsizliğini bilerek yükümlülük altına girmesi durumunda borçluya ait def’ileri ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede kefil alacaklının ifa talebi karşısında ödeme yükümlülüğünde olacak ve TBK md. 596/f.6 gereğince asıl borçluya rücu edemeyecektir¹⁰⁶⁷.

Zamanaşımına uğramış borçlar bakımından ise aynı sonuca varmak mümkündür. Bu kapsamda kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını bilerek yükümlülük altına girmişse TBK md. 591/f.1 c.2 gereği asıl borçluya ait def’ileri ileri süremeyecek ve ödediği tutarı borçluya rücu edemeyecektir. Ancak TBK md. 596/f.6 hükmüne göre kefilin zamanaşımına uğramış bir borçtan sorumlu olması borçlunun vekili sıfatıyla hareket etmesinden kaynaklanıyorsa o takdirde borçlu vekalet sözleşmesi hükümleri uyarınca kefile karşı sorumlu olacaktır. Söz konusu düzenlemenin kapsamı kefilin bilerek zamanaşımına uğramış bir borca kefil olmasıdır. Eğer kefil vekil sıfatına sahipse bu borca bilerek kefil olsa bile asıl borçludan vekalet sözleşmesine dayanarak talepte bulunabilecektir¹⁰⁶⁸.

Kumar veya bahisten doğan bir borca kefil olmanın mümkün olduğunu daha önceki açıklamalarımızda ifade etmiştik. TBK md. 591/f.4 hükmüne göre kefil borcun kumar veya bahisten doğduğunu bilse bile asıl borçluya ait def’ileri ileri sürerek ifadan kaçınabilmektedir. Kefilin def’i ileri sürmeden ve borcun kumar veya bahisten kaynaklandığını bilerek alacaklıya ifada bulunması halinde ödediği tutar için borçluya rücu etmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁶⁹. Aynı şekilde kefilin borcun kumar veya bahisten kaynaklandığını bilmeyerek yapacağı ifa da rücu kapsamında olmayacaktır. Zira TBK md. 596/f.6’da kefilin dava hakkı vermeyen bir borca kefil olması halinde alacaklıya yapacağı ödeme için borçluya rücu edemeyeceği düzenlenmiştir. TBK md. 604 hükmünde de kumar veya bahisten doğan alacaklar için dava açılmayıp takip yapılamayacağı düzenlemesi yer aldığından kefil asıl

¹⁰⁶⁷ REİSOĞLU, Kefalet, s. 274

¹⁰⁶⁸ BECK, Art. 507, N. 26; GÜMÜŞ, C. II, s. 440; REİSOĞLU, Kefalet, s. 274-275

¹⁰⁶⁹ BECK, Art. 507, N. 25; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 403; GÜMÜŞ, C. II, s. 440

borcun söz konusu niteliğini bilmese bile borçluya rücu edemeyecektir. Ancak böyle bir durumda kefil alacaklıdan sebepsiz zenginleşmeye dayanarak ödediğini geri alabilecektir.

8.3.2.4.3. Kısmi İfa Halinde Kefilin Rücu Hakkı

TBK md. 596/f.1c.1 hükmünde kefilin alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağı düzenlemesi yer almaktadır. Bu doğrultuda kefilin kefalet borcunun bir kısmını ifa etmesi halinde alacaklının haklarına halef olması da ifa ettiği kısım oranında olacaktır. TBK md. 596/f.2’de yer alan “*Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur*” düzenlemesi de bu sonucu teyit eder niteliktedir.

Kefilin yaptığı kısmi ifa oranında alacaklının haklarına halef olması sonucu olarak alacaklıya yaptığı ödeme için borçluya rücu edebilecektir. Zira TBK md. 596/f.1 c.2 hükmünde kefilin halefiyete dayanan haklarını asıl borç muaccel olunca kullanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler göstermektedir ki kefilin asıl borçluya rücu edebilmesi için alacaklının tamamen tatmin edilmesine gerek olmayacaktır. Başka bir ifadeyle kefil, alacaklının alacağının tamamını elde etmesini beklemeye gerek olmadan yaptığı ödemeyi derhal borçluya rücu edebilecektir. Ancak bunun için asıl borcun muaccel olması şarttır¹⁰⁷⁰.

TBK md. 596/f.1 c.2’de kefilin halefiyete dayanan haklarını asıl borç muaccel olunca kullanabileceği belirtilmiştir. TBK’nun kefaletle ilişkin hükümlerinin nisbi-emredici nitelikte olması sebebiyle kefilin halefiyete dayanan haklarından önceden feragat etmesi geçersiz olacaktır. Kefilin önceden yapmış olduğu feragatler geçersiz olduğundan kısmi ifa halinde asıl borçluya rücu hakkından feragat etmesi de geçersiz kabul edilecektir. Bu çerçevede kefilin alacaklı tamamen tatmin edilmeden yapmış olduğu kısmi ifayı asıl borçluya rücu edemeyeceğine dair anlaşmalar geçersiz kabul edilecektir¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ BECK, Art. 507, N. 21; GÜMÜŞ, C. II, s. 438; ÖZEN, Kefalet, s. 480

¹⁰⁷¹ BECK, Art. 607, N. 13; PESTALOZZI, Art. 507, N. 7; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 482-483

Kefaletle güvence altına alınmış borcun aynı zamanda rehinle de teminat altına alınması durumunda kısmi ifada bulunan kefilin mevcut teminatlardan yararlanması TBK md. 596/f.2 c.2 ve c.3 kapsamında olacaktır. Buna göre kısmi ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece ifayı karşılayan kısmına halef olacaktır. Ancak alacaklı, kısmi ifa ile elde edemediği alacak kısmı üzerinde rehin hakkı bakımından önceliğe sahip olacaktır. Bu düzenlemenin temelini “*alacaklının zararına halefiyet olmaz*” ilkesi oluşturmaktadır. Kanun koyucu kısmi ifada bulunan kefilin asıl borçluya rücu hakkı bakımından herhangi bir zaman sınırlaması getirmemesine karşın mevcut rehinlerden yararlanma bakımından alacaklıya öncelik hakkı tanımıştır. Bu çerçevede rehinlerin paraya çevrilmesi durumunda önce alacaklının elde edemediği alacak kısmı karşılanacak, geriye kalan ise kefilin yaptığı kısmi ifaya istinaden kefile verilecektir¹⁰⁷². Geriye bir şey kalmaması halinde kefilin yaptığı kısmi ifa, mevcut rehinlerin güvencesinden yoksun kalacaktır. Doktrinde taşınmaz rehininin söz konusu olduğu durumlarda alacaklının kısmi ifa halinde sahip olduğu öncelik hakkının tapuda gösterilmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir¹⁰⁷³.

8.3.2.4.4. Kefilin Rücu Hakkından Feragat Etmesi

TBK md. 582/f.3 gereğince kefil kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemeyeceğinden kefil rücu hakkından önceden vazgeçemeyecektir. Kefaletle ilişkin hükümlerin nisbi-emredici yapısı bu şekilde yapılan anlaşmaların geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra da kefalet sözleşmesinde değişiklik yapmak suretiyle kefilin rücu hakkından feragatine dair bir düzenleme yapamazlar. Bu kapsamda kefilin rücu hakkı doğmadan önce, kefilin rücu hakkını ileri sürmeyeceğine yönelik tüm anlaşmalar geçersiz kabul edilecektir¹⁰⁷⁴. Ancak kefilin rücu hakkı doğduktan sonra bu haktan feragat ettiğine dair düzenleme yapılması mümkündür. Benzer şekilde bu yönde bir anlaşma olmasa

¹⁰⁷² BECK, Art. 507, N. 40; GIOVANOLİ, Art. 507, N. 7; GÜMÜŞ, C. II, s. 439; ÖZEN, Kefalet, s. 484

¹⁰⁷³ BECK, Art. 507, N. 40; ÖZEN, Kefalet, s. 40

¹⁰⁷⁴ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 405; ÖZEN, Kefalet, s. 495; REİSOĞLU, Rücu, s. 498-499; REİSOĞLU, Kefalet, s. 278

dahi kefil asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanmayarak da zımni bir şekilde hakkından feragat edebilir¹⁰⁷⁵.

Kefilin rücu hakkından feragatine ilişkin anlaşmaların hükümsüzlüğü, kefil ve alacaklı arasında yapılacak anlaşmalara ilişkindir. Kefil ve borçlunun aralarındaki iç ilişkide kefilin alacaklıya yaptığı ödeme dolayısıyla asıl borçluya rücu etmeyeceğini kararlaştırmaları geçerli kabul edilecektir.

8.3.2.4.5. Kefilin Asıl Borçluya Karşı Rücu Hakkını Kaybetmesine Sebep Olan Durumlar

8.3.2.4.5.1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Savunma Sebeplerini İleri Sürmemesi

TBK md. 591/f.1 c.1 hükmündeki düzenleme gereğince kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin olmayan bütün savunma sebeplerini alacaklıya karşı ileri sürmekle yükümlüdür. Kefilin bu yükümlülüğüne uymadan alacaklıya ifada bulunması, asıl borçluya rücu hakkını kaybetmesi sonucunu doğurabilecektir.

Borçluya ait savunma sebeplerinin tamamı bakımından kefilin rücu hakkını kaybedebileceğini söylemek söz konusu değildir. Kefilin rücu hakkını kaybetmesine sebep olabilecek borçluya ait savunmalar, yalnızca borçlunun borcundan tamamen kurtulmasına yol açan def'i ve itirazlardır¹⁰⁷⁶. Buna göre asıl borcun doğumuna, hüküm ifade etmesine yönelik savunma sebepleri ile borcun sona erdiğine yönelik savunmaların kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürülmemesi kefilin asıl borçluya rücu hakkını kaybetmesine yol açar. Örneğin asıl borç ilişkisinin geçerli olarak kurulmadığına yönelik bir savunma sebebini ileri sürmeden kefilin alacaklıya ifada bulunması durumunda kefil, asıl borçluya rücu hakkını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu sonuç yadırganmamalıdır. Asıl borçlunun sorumlu olmadığı

¹⁰⁷⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 405; REİSOĞLU, Rücu, s. 499; REİSOĞLU, Kefalet, s. 278

¹⁰⁷⁶ BECK, Art. 502, N. 50; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 408; ÖZEN, Kefalet, s. 498; REİSOĞLU, Kefalet, s. 280; YENİCE, s. 70

bir borçtan rücu hakkı kapsamında sorumlu olmasını beklemek hakkaniyet ilkesine aykırı bir durum oluşturur.

Kefilin asıl borçluya ait bazı savunma sebeplerini ileri sürmemesi ise rücu hakkının kaybı sonucunu doğurmaz. Bu tür savunmalarda bulunmadan alacaklıya ifade bulunan kefil, geçici süreyle asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanamaz. Örneğin asıl borç muaccel olmadan önce kefil muacceliyet eksikliğini ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunursa, borç muaccel olana kadar borçluya rücu edemez¹⁰⁷⁷. Bunun dışında kefil, asıl borçluya ait olan yenilik doğuran hakları kullanamaz. Bu hakları kullanma yetkisi yalnızca hak sahibi olan borçluya aittir. Bu bağlamda bu hakların kefil tarafından alacaklıya karşı kullanılması kendisinden beklenmeyecektir zira söz konusu haklar yenilik doğuran haklardır, savunma sebebi değildir. Böyle bir durumda kefil, asıl borçlu yenilik doğuran hakkını kullanana kadar geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Yenilik doğuran hakların niteliğine bağlı olarak kefil rücu hakkını kaybedebilir. Örneğin asıl borçlunun irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı bulunduğu hallerde kefil, geçici def'i ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunmuşsa ve borçlu yenilik doğuran hakkını kullanıp sözleşmeyi iptal ederse o zaman kefil asıl borçluya rücu edemeyecektir. Böyle bir durumda kefil, borç olmayan şeyin ifasına dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda alacaklıdan talepte bulunabilir. Borçlunun takas hakkının bulunduğu durumlarda ise kefil geçici def'i ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunursa asıl borçluya rücu hakkını kaybetmez¹⁰⁷⁸.

TBK md. 591/f.3'deki düzenlemeye göre kefil asıl borçluya ait savunma sebeplerini bilmeden ifade bulunursa da asıl borçluya rücu etme imkanına sahip olacaktır. Ancak burada önemli olan husus, kefilin söz konusu savunma sebeplerini ileri sürmemesinde kusurunun bulunmamasıdır. Bu doğrultuda kefilin borçluya ait savunma sebeplerini bilmesine rağmen ileri sürmemesi kusurlu olduğunun göstergesidir. Bunun gibi kefilin borçluya ait savunmaları bilmesinin gerekmesi halinde de kusurlu olduğu kabul edilecektir. Kusurun kim tarafından ispatlanacağı konusunda TBK, 818 sayılı EBK ve İBK'ndan farklı bir düzenleme getirmiştir. EBK

¹⁰⁷⁷ BECK, Art. 502, N. 50; DE BIASIO, s. 106; ELÇİN GRASSINGER, Hukuki İlişki, s. 408; KILIÇOĞLU, s. 82; REİSOĞLU, Kefalet, s. 280

¹⁰⁷⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 280

md. 497/f.2'deki¹⁰⁷⁹ düzenlemeye göre kefil, borçluya ait savunmaları ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunduğu takdirde, asıl borçluya ait olan savunma sebeplerini bilmemesinde bir kusurunun bulunmadığını ispatla yükümlüdür. Aynı şekilde İBK md. 502/f.3'deki düzenlemede de kefil, asıl borçluya ait savunmaları bilmemesinde kusuru olmadığını ispatla yükümlüdür. TBK md. 591/f.3'de ise borçlu, kefilin kendisine ait savunmaları bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat etmek durumundadır. Bu durum yarattığı temel farklılık ise EBK zamanında kefil asıl borçludan savunma sebeplerine ilişkin bilgi almakla yükümlüdür. Bu çerçevede kefil, asıl borçludan bilgi almak için gereken özeni göstermiş olmalıydı. Kefil, bütün çabasına rağmen asıl borçlunun kendisine bilgi vermediğini ispatlayarak asıl borçluya rücu edebilirdi¹⁰⁸⁰. TBK'ya göre ise tam tersi bir durum söz konusudur. Buna göre asıl borçlu kefile bilgi verme konusunda gereken çabayı göstermelidir. Bir başka ifadeyle kefil değil asıl borçlu kefile irtibata geçip sahip olduğu savunma imkanlarına ilişkin bilgi vermelidir. Zira borçlu, bu şekilde kefilin kendisine ait savunma sebeplerini bildiğini ya da bilmesi gerektiğini ispat edebilir¹⁰⁸¹. Ancak borçlunun savunma imkanlarına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü ispat bakımından zorunlu değildir. Kefilin, başka bir yolla kendisine ait olan savunmalara ilişkin bilgisi olduğunu veya olması gerektiğini de ispatlaması mümkündür¹⁰⁸². İspat yüküne ilişkin söz konusu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira bu durum borçlunun, kendisine ait savunma vasıtalarına ilişkin bilgi verme konusunda daha dikkatli davranmasına yol açacaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki kefilin borçluya ait savunma sebebini kusurlu olarak ileri sürmemesi, borçluya karşı olan rücu hakkını tamamen kaybetmesine yol açmaz. TBK md. 591/f.3'deki düzenleme doğrultusunda asıl borçlu, kefilin kendisine ait olan savunma imkanlarını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etse bile kefil, söz konusu savunmayı ileri sürülseydi ne oranda kefalet borcundan kurtulacaksa o oranda rücu hakkını kaybeder. Sonuç olarak kefil rücu hakkını kullanmak için alacaklıya ifada bulunduğunu ispat edecektir. Borçlu da alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunma imkanı bulunduğunu ancak kefil

¹⁰⁷⁹ EBK md. 497/f.2 hükmüne göre “Kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def’ilere vakıf olduğunu ispat etmediği surette kendisini borcunu edadan vareste edecek bu def’ileri dermeyan etmemesinden naşi, alacaklıya rücu etmek hakkından mahrum olur”.

¹⁰⁸⁰ BECK, Art. 502, N. 51; GIOVANOLİ, Art. 502, N. 19; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 409

¹⁰⁸¹ ÖZEN, Kefalet, s. 500; REİSOĞLU, Kefalet, s. 279-280

¹⁰⁸² ÖZEN, Kefalet, s. 501

tarafından ileri sürülmediğini ve kefilin bu savunma imkanını bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat edecektir.

Kefilin asıl borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürmemesi kefilin rücu hakkını etkilerken kendisine ait savunma imkanlarına başvurmaması rücu talebini engellemez. Bu noktada borçlu, kefilin söz konusu savunma sebeplerine dayanmadığı gerekçesiyle kendisine ödeme yapmaktan kaçınmaz¹⁰⁸³. Ancak kefalet sözleşmesinin geçersiz olmasına karşın kefilin bunu ileri sürmeden alacaklıya ifada bulunması durumunda kefil asıl borçluya rücu edemeyecektir. Böyle bir durumda ödediğini sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında alacaklıdan talep edebilecektir¹⁰⁸⁴.

8.3.2.4.5.2. Kefilin Alacaklıya Yaptığı Ödemeyi Borçluya Bildirmemesi

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi TBK md. 597 hükmü gereğince kefilin alacaklıya yaptığı ödemeye ilişkin asıl borçluyu bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kefilin yaptığı ödemeye ilişkin borçluya bilgi vermemesi sonucu borçlunun alacaklıya ifada bulunması, kefilin rücu hakkını kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁸⁵.

8.3.2.4.6. Rücu Hakkının Zamanaşımına Uğraması

Kefilin yasal halefiyete dayanan rücu hakkı, genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK md. 146¹⁰⁸⁶). Bu bağlamda kefilin rücu hakkı, on yılda zamanaşımına uğrar. Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı konusunda 818 sayılı EBK’nda herhangi bir düzenleme yoktu. Ancak doktrinde kefilin rücu hakkının alacaklıya yapacağı ifa sonrasında muaccel olmasından hareketle rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin kefilin alacaklıya yapacağı ifa ile başlayacağı ifade

¹⁰⁸³ BECK, Art. 502, N. 50; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 409-410; KILIÇOĞLU, s. 82

¹⁰⁸⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 502

¹⁰⁸⁵ Bknz. “Kefilin Alacaklıya Yaptığı Ödemeyi Borçluya Bildirim Yükümlülüğü” başlıklı altındaki açıklamalarımız.

¹⁰⁸⁶ TBK md. 146’daki düzenlemeye göre “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir”.

edilmekteydi¹⁰⁸⁷. 6098 sayılı TBK’nda ise İBK md. 507/f.5’deki düzenlemeye uygun olarak kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı yasa hükmüne bağlanmıştır. TBK md. 596/f.5 hükmüne göre kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresi, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlayacaktır.

Kefilin rücu hakkının zamanaşımına uğraması ile asıl borcun zamanaşımına uğraması birbirinden farklı olmakla birlikte asıl borç zamanaşımına uğramışsa, kefil rücu alacağının zamanaşımına uğramadığını iddia edemeyecektir. Zira asıl borç zamanaşımına uğramışsa kefil, zamanaşımı def’ini ileri sürerek alacaklıya ifadan kaçınabilecektir. Ancak kefil, zamanaşımı savunmasında bulunmadan alacaklıya borcunu ifa ederse, asıl borçluya rücu etme imkanına sahip olmayacaktır¹⁰⁸⁸.

Kefil alacaklıya yaptığı ödemeyi, halefiyete dayanan rücu hakkı yerine asıl borçlu ile arasındaki iç ilişki kapsamında rücu etmek isteyebilir. Böyle bir durumda zamanaşımı süresinin başlangıcı ve zamanaşımı süresinin ne olacağı kefil ve borçlu arasındaki iç ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir¹⁰⁸⁹.

9. MÜTESELSİL KEFİL İLE REHİN VEREN ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Bir alacağın hem kefaletle hem de rehinle teminat altına alınması durumunda kefilin alacaklıyı tatmin etmesiyle haklarına halef olacağına ve bu kapsamda TBK md. 596/f.2’de bahsi geçen rehin haklarına başvurma imkanı olacağına daha önceki açıklamalarımızda yer vermiştik. Rehnin üçüncü bir kişi tarafından verilmesi durumunda da kefil, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulma anında verilen rehinlere alacaklının halefi olarak başvurma hakkına sahiptir. Ancak üçüncü kişinin, verdiği rehnin paraya çevrilmesine engel olmak amacıyla alacaklıyı tatmin etmesi halinde kefile rücu hakkının bulunup bulunmadığı

¹⁰⁸⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 406; KILIÇOĞLU, s. 135 vd.; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 217-218

¹⁰⁸⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 279

¹⁰⁸⁹ GÜMÜŞ, C. II, s. 441; ÖZEN, Kefalet, s. 507; REİSOĞLU, Kefalet, s. 279

konusunda 818 sayılı EBK’nda bir düzenleme bulunmamaktaydı¹⁰⁹⁰. Bu durum özellikle TMK md. 884 ve EBK md. 109 hükümleri sebebiyle oldukça karmaşık bir durum oluşturmaktaydı. Buna göre rehlin üçüncü kişi tarafından verilen bir ipotek olması durumunda TMK md. 884¹⁰⁹¹ uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hüküm doğrultusunda taşınmaz maliki alacaklıyı tatmin edip taşınmazını ipotekten kurtarmakta ve alacaklının haklarına halef olmaktadır. Bunun gibi EBK md. 109/ bent 1 (TBK md. 127/ bent 1) gereğince de rehin veren üçüncü kişi, alacaklıyı tatmin ederek rehni paraya çevrilmekten kurtardığı takdirde alacaklının haklarına halef olmaktadır¹⁰⁹². Bu çerçevede hem kefil hem de rehin veren üçüncü kişi alacaklının haklarına halef olarak diğerine rücu etme hakkına sahiptir. Bu durumun yaratacağı sorunlarla iki farklı şekilde karşılaşılabilir. Borçlunun ödeme güçsüzlüğü sebebiyle zarara uğramamak isteyen kefil ya da rehin veren üçüncü kişiden hangisi daha önce alacaklıyı tatmin ederse diğerine rücu etme şansına sahip olacaktır. Bunun dışında alacaklı da bir tercih yapma şansına sahip olmakta ve kefile başvurma ya da rehinlerin paraya çevrilmesi yollarından birini seçerek kimin haklarına halef olacağına ve dolayısıyla diğerine rücu edebileceğine karar verebilmektedir¹⁰⁹³.

6098 sayılı TBK döneminde de TMK md. 884 ve EBK md. 109/ bent 1’deki düzenlemenin karşılığı olarak TBK md. 127/bent 1 hükmü yürürlükte olmakla beraber, TBK md. 596/f.4 hükmünde rehin veren üçüncü kişinin kefile hangi koşullarda rücu edebileceği konusunda yasal bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu hükme göre *“Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını,*

¹⁰⁹⁰ Doktrinde EBK’nun yürürlükte olduğu dönemde müteselsil kefilin alacaklının haklarına halef olmasıyla üçüncü kişi tarafından verilen rehinden yararlanabileceği ancak üçüncü kişinin böyle bir durumda müteselsil kefile karşı bir rücu hakkı bulunmadığı ileri sürülmüştür. Bu düşüncenin temel nedeni müteselsil kefilin rehlin paraya çevrilmesi def’ini ileri sürememesi ve bu kapsamda rehinlerden yararlanma imkanının bulunmamasıdır. BİLGE, Halefîyet, s. 295. Fikrimizce bu görüş isabetli değildir. Zira EBK zamanında müteselsil kefil rehlin paraya çevrilmesini ileri sürememekle birlikte rehin veren üçüncü kişi, alacaklıyı tatmin ettiği takdirde alacaklının haklarına halef olmaktadır. Üçüncü kişinin müteselsil kefile rücu hakkı ise alacaklının haklarına halef olmasının bir sonucudur. Müteselsil kefil her ne kadar önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunamasa da alacaklının halefi olarak mevcut rehinlerden yararlanabildiğine göre rehin veren üçüncü kişinin de kefile rücu hakkı bulunacağına kabulü gerekir.

¹⁰⁹¹ TMK md. 884’deki düzenleme şu şekildedir: *“Borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilir. - Alacak, borcu ödeyen malike geçer”.*

¹⁰⁹² BİLGE, Halefîyet, s. 290-291; KILIÇOĞLU, s.107-108; ÖZEN, Kefalet, s. 510-511; REİSOĞLU, Rücu, s. 500; REİSOĞLU, Kefalet, s. 281

¹⁰⁹³ ÖZEN, Kefalet, s. 511; REİSOĞLU, Rücu, s. 500

ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanılabilir". Buna göre rehin veren üçüncü kişinin kefile karşı rücu hakkını kullanabilmesi için öncelikle alacağı teminat altına alan rehlin paraya çevrilmesi veya borcun rehin veren üçüncü kişi tarafından ödenmesi gerekir. Ancak söz konusu iki durumdan birinin gerçekleşmesi de yeterli olmayacaktır. Bunun dışında diğer koşul rehni veren üçüncü kişinin rehni kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra vermesidir. Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra üçüncü kişi tarafından verilen rehinlerden kefil alacaklının haklarına halef olsa bile yararlanamamaktadır. Zira söz konusu rehinlerin mevcudiyeti kefilin sorumluluk üstlenirken göz önünde tuttuğu bir husus değildir. Bu doğrultuda kanun koyucu üçüncü kişi tarafından kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra verilen rehinler bakımından üçüncü kişiye kefile rücu hakkı tanımıştır. Kefalet sözleşmesinin müteselsil olması da bir farklılık yaratmayacaktır. Her ne kadar müteselsil kefil yalnızca teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni bakımından önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasında bulunabilse de rehin veren üçüncü kişi bakımından böyle bir sınırlama söz konusu olmayacaktır. Zira sonradan verilen rehinler bakımından üçüncü kişinin kefile rücu hakkı üçüncü kişinin alacaklıya halef olmasıyla oluşan bir durumdur. Müteselsil kefil alacaklıyı tatmin etmesiyle üçüncü kişi tarafından kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da kurulması esnasında verilen rehinlerden herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan yararlanabildiğine göre üçüncü kişinin de kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilen rehinler bakımından müteselsil kefile rücu hakkının bulunacağı kabulü gerekir. Zira müteselsil kefilin önce rehinlerin paraya çevrilmesi savunmasından sınırlı olarak yararlanması halefiyetten bağımsız olarak alacaklının kefilin takip edebilmesine ilişkindir. Ancak rehin üçüncü kişi tarafından kefalet sözleşmesi kurulmadan önce ya da kurulması sırasında verilmişse o takdirde rehlin paraya çevrilmesi ya da üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmiş olması bir önem arz etmeyecek ve üçüncü kişi kefile rücu edemeyecektir. Kefil ise alacaklıyı tatmin ettiği takdirde alacaklının halefi olarak söz konusu rehinlerden yararlanabilecektir¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁴ BECK, Art. 507, N. 46; GIOVANOLI, Art. 507, N. 13; GÜMÜŞ, C. II, s. 441; KILIÇOĞLU, s. 110; ÖZEN, Kefalet, s. 514; REİSOĞLU, Rücu, s. 503; REİSOĞLU, Kefalet, s. 281

Rehnin paraya çevrilmesi ya da rehin veren üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmesi durumunda üçüncü kişinin kefile rücu hakkının bulunacağı bir diğer hal de kefil ve üçüncü kişi arasında rücuyla ilişkin bir anlaşmanın olmasıdır. Bu kapsamda rehin veren ile kefil, kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya kurulması sırasında verilen rehinler bakımından da üçüncü kişinin kefile rücu etme imkanı olacağını kararlaştırmışlarsa üçüncü kişi kefile başvurabilecektir. Kefil ve rehin veren üçüncü kişi arasında farklı anlaşmaların da yapılması mümkündür. Örneğin rehin veren üçüncü kişi rehni kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra vermiş olsa bile kefile rücu etmeyeceğini kararlaştırabilirler. Aynı şekilde kefilin rehin veren üçüncü kişiye karşı rücu hakkı olmayacağına ilişkin bir düzenleme de yapabilirler¹⁰⁹⁵. Birbirlerine rücu etmeyecekleri yönünde bir anlaşma yapmaları da mümkündür. Söz konusu anlaşmalar herhangi bir şekle tabi değildir¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁵ DE BIASIO, s. 135; REİSOĞLU, Rücu, s. 504; ÖZEN, Kefalet, s. 514-515

¹⁰⁹⁶ BECK, Art. 507, N. 47; KILIÇOĞLU, s. 110; ÖZEN, Kefalet, s. 515

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN SONA ERMESİ

10. MÜTESELSİL KEFALETİN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ

10.1. GENEL OLARAK

Müteselsil kefalet sözleşmesinin fer'i bir sözleşme olması sebebiyle asıl borç herhangi bir sebeple sona erdiği takdirde kefalet sözleşmesi de sona ermektedir. Bu durum TBK md. 598/f.1 hükmünde de ifade edilmiştir. Buna göre asıl borç sona erdiği takdirde kefil de sorumluluktan kurtulmaktadır. Asıl borcun hangi sebeple sona erdiği bir önem arz etmemektedir. Benzer bir hükme TBK md. 131/f.1'de yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre asıl borcun ifa ya da başka bir sebeple sona ermesi kefalet borcunun da sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Bu doğrultuda asıl borcu sona erdiren durumlarda kefalet sözleşmesinin de sona ermesi kanun gereği kendiliğinden gerçekleşecektir. Asıl borcun sona ermesi sebebiyle kefilin sorumlu olmayacağını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmeyecektir¹⁰⁹⁷.

Asıl borç sona erdikten sonra borcu sona erdiren sebebin ortadan kalkması ve dolayısıyla asıl borcun yeniden canlanması mümkündür. Böyle bir durumda kanunda öngörülen hallerde sona ermiş olan kefalet borcu da asıl borçla birlikte yeniden geçerlilik kazanacaktır. Örneğin TBK md. 107/f.1'de¹⁰⁹⁸ alacaklının temerrüde düşmesi üzerine borçlunun teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabileceği düzenlemesi yer almaktadır. Bu çerçevede müteselsil kefil de

¹⁰⁹⁷ BECK, Art. 509, N. 8; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 10; ÇINAR, s. 5; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 126; ÖZEN, Kefalet, s. 517; REİSOĞLU, s. 282

¹⁰⁹⁸ TBK md. 107/f.1'deki düzenlemeye göre "Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir".

borçlunun borç konusunu tevdi etmesiyle birlikte borcundan kurtulacaktır. Ancak TBK md. 109/f.2¹⁰⁹⁹ hükmünde borçlunun tevdi edilen şeyi geri alması halinde borcun bütün yan haklarıyla birlikte yeniden varlık kazanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla borçlunun tevdi ettiği şeyi geri alması, müteselsil kefilin borcunun da tekrar doğmasına sebep olacaktır. Bunun dışında asıl borçla birlikte kefalet borcunun da yeniden canlanacağına ilişkin bir düzenleme borcun üstlenilmesinde söz konusudur. TBK md. 196/f.1 hükmüne göre borçlunun yerine borcu üstlenen kimsenin geçmesi ve borçlunun borcundan kurtulması için borcu üstlenen ile alacaklı arasında borcun dış üstlenme sözleşmesi yapılmalıdır. TBK md. 200/f.1¹¹⁰⁰ gereğince borcun dış üstlenme sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesi borcun fer'ileriyle birlikte yeniden canlanması sonucunu doğuracaktır. Bu doğrultuda müteselsil kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan borç da tekrar ortaya çıkmış olacaktır. Bu iki hüküm dışında kanunda açıkça asıl borcun yeniden canlanmasıyla birlikte kefalet borcunun da varlık kazanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK md. 135/f.2'de alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde birleşme sebebi geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa asıl borcun varlığını sürdüreceği düzenlemesi yer almaktadır. Doktrinde böyle bir durumda kefalet borcunun da yeniden canlanacağı ifade edilmektedir¹¹⁰¹.

10.2. ASIL BORCUN İFA EDİLMİŞ OLMASI

Asıl borç ifa edilip alacaklı tatmin edildiği takdirde kefalet borcu da sona ermiş olacaktır. Ancak borçlu borcunu ödemediği takdirde temerrüde düşmüşse o takdirde yalnızca asıl borcun ifa edilmesi yeterli olmayacak ve borç sona ermeyecektir. Buna göre temerrüdün yasal sonuçlarından da borçlu ve kefil sorumlu olacaktır. Dolayısıyla alacaklı tamamen tatmin edilmeden kefalet borcu sona ermeyecektir. Asıl borcun kısmen ifası halinde ise kefilin borcu da ifa edilen borç nispetinde sona erecektir.

¹⁰⁹⁹ TBK md. 109/f.2 hükmüne göre “Tevdi edilen şey geri alındığı anda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür”.

¹¹⁰⁰ TBK md. 200/f.1'deki düzenlemeye göre “Dış üstlenme sözleşmesi hükümsüz hale gelirse, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, eski borç bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürür”.

¹¹⁰¹ BECK, Art. 509, N. 11; GUHL, s. 119; LERCH-TUASON, s. 83; PESTALOZZI, Art. 509, N. 6; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 567; ÖZEN, Kefalet, s. 519; REİSOĞLU, Kefalet, s. 287; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 997

TBK md. 83 hükmüne göre borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının bir menfaati yoksa borçlu borcu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Bu sebeple asıl borcun ifası, alacaklının bir menfaati bulunmadığı durumlarda asıl borçlu tarafından yerine getirilebileceği gibi üçüncü bir şahıs tarafından da gerçekleştirilebilir. Üçüncü bir şahsın ifası halinde de kural olarak TBK md. 131/f.1 gereği asıl borç ve buna bağlı olarak kefalet borcu sona erer. Ancak alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi TBK md. 127 gereği alacaklının haklarına halef olacaksa o takdirde asıl borç sona ermeyeceği için kefilin sorumluluğu da devam edecektir¹¹⁰².

Cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmeleri bakımından ise asıl borcun ifasının kefalet sözleşmesinin sona ermesi üzerindeki etkisi özellik arz etmektedir. Cari hesap şeklinde işleyen genel kredi sözleşmelerinde asıl borçlunun almış olduğu krediyi tamamen ödemesi bir başka ifadeyle hesabın sıfırlanmış olması genel kredi sözleşmesine kefil olan bir kimsenin kefalet borcunun sona ermesine yol açmaz. Zira cari hesap şeklinde işleyen kredilerde banka ve borçlu arasındaki kredi ilişkisi süreklilik arz etmekte ve sözleşmede belirlenen limitler dahilinde banka borçluya kredi kullandırmaktadır. Dolayısıyla borçlunun genel kredi sözleşmesi kapsamında kullandığı kredinin ödenmesi yalnızca kullanılan kredinin sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Zira kefil genel kredi sözleşmesi çerçevesinde alınan münferit kredilere değil, genel kredi sözleşmesine güvence vermektedir. Bu doğrultuda genel kredi sözleşmesi tamamen sona ermediği takdirde kefilin sorumluluğu da devam edecektir¹¹⁰³.

10.3. ASIL BORCUN İFASININ İMKANSIZ HALE GELMESİ

TBK md. 136/f.1 hükmüne göre borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkansız hale gelmesi durumunda borç sona ermektedir. Böyle bir durumda asıl borç sona erdiği için kefil de sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak

¹¹⁰² ÇINAR, s. 8-9; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 272; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 208

¹¹⁰³ AKKANAT, Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, s. 281-282; BARLAS, Sorunlar, s. 46; BAŞYİĞİT, Özgür, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 33, Eylül 2005, s. 3319; ÇINAR, s. 9-10; GÜMÜŞ, C. II, s. 378; ŞAHAN, s. 120

imkansızlık baştan itibaren söz konusu ise o takdirde asıl borç mevcut olmadığı için kefalet sözleşmesi de geçerli bir şekilde kurulmamış olacaktır.

Asıl borcun ifasının imkansız hale gelmesinde borçlunun sorumlu tutulabildiği hallerde borcun sona erip ermeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı asıl borcu sona erdirmez. Böyle bir durumda borcun içeriği değişmekte ve yerini tazmin borcu almaktadır. Asıl borç sona ermediği için kefilin sorumluluğu da devam edecektir¹¹⁰⁴. Azınlıkta kalan diğer görüşe göre ise borçlunun kusurlu ya da kusursuz olması ifanın imkansız hale gelmesinde bir fark yaratmamakta ve her iki halde de borç sona ermektedir. Borçlunun kusuruyla ifayı imkansızlaştırması durumunda alacaklının uğradığı zararı tazmin etme yükümlülüğü doğacak ancak eski borç sona erdiği için söz konusu yükümlülük yeni bir borç olarak kabul edilecektir¹¹⁰⁵. Bu görüş doğrultusunda kefalet borcu da sona ermeyecek ve kefil TBK md. 589/b. 1 gereği asıl borçlunun kusurun veya temerrüdünün yasal sonuçlarında sorumlu olduğu için borçlunun tazmin yükümlülüğü bakımından sorumlu olmaya devam edecektir¹¹⁰⁶. Görüldüğü gibi her iki görüşün de kabulü halinde kefilin sorumluluğu sona ermemektedir. Ancak ikinci görüş taraftarları borçlunun kusuruyla ifanın imkansızlaşması halinde kefilin sorumluluğunu TBK md. 589/f.1 hükmüne dayandırmakla birlikte kefilin söz konusu hüküm nedeniyle sorumluluğu için asıl borcun sona ermemesi gerekmektedir. Zira asıl borç sona erdiği takdirde kefalet borcu da sona ermektedir. Bu doğrultuda imkansızlık sebebiyle asıl borcun sona ermesi ve yerine alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünden kaynaklanan yeni bir borcun varlık kazanması olasılığında kefilin sorumluluğunu TBK md. 589/f.1 hükmüne dayandırmak fikrimizce mümkün görünmemektedir.

Asıl borcun bir kısmının imkansız hale gelmesi durumuna ilişkin bir düzenleme TBK md. 137 hükmünde yer almaktadır. Buna göre “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşırsa borçlu, borcunun sadece*

¹¹⁰⁴ DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 124; EREN, 1036 vd; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 288; SEROZAN, İfa Engelleri, § 16, N. 3, s. 168; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 853-854;

¹¹⁰⁵ GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 200; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 462-463

¹¹⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 465

imkansızlaşan kısımdan kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.- Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkansızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkansızlık hükümleri uygulanır". Söz konusu hüküm gereğince borçlunun sorumluluğu olmadan asıl borcun bir kısmı imkansızlaşır ise borçlu imkansızlaşan kısım bakımından borcundan kurtulduğunda göre kefil de aynı şekilde imkansızlaşan kısım çerçevesinde sorumlu olmayacaktır. Ancak imkansızlaşmayan kısım bakımından kefilin sorumluluğu devam edecektir. Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusuysa ve alacaklı kısmi ifaya razı olmayacaksa ya da karşı edim bölünemeyen bir nitelikte ise o zaman asıl borcun tamamı imkansız sayılıp sona erecek ve dolayısıyla kefil de sorumluluktan kurtulacaktır.

Asıl borcun imkansız hale gelmesi asıl borçlunun değil de kefilin kusurundan kaynaklanıyorsa o takdirde kefalet sorumluluğunun devam edip etmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki baskın görüşe göre borcun imkansız hale gelmesi kefilin kusurundan kaynaklanıyorsa TBK md. 136/f.1 gereği asıl borç sona erdiği için kefalet borcu da sona erecektir¹¹⁰⁷. Bu görüş doğrultusunda kabul edildiği üzere TMK md. 2 gereğince dürüstlük kuralına aykırı bir durum yoktur. Zira kefilin asıl borcu kusuruyla imkansız hale getirmesinde bir hak kullanımı ya da bir borcun yerine getirilmesi söz konusu değildir. Ancak alacaklı haksız fiil hükümlerine dayanarak kefilin zararlarını talep edebilecektir¹¹⁰⁸. Doktrindeki diğer görüşe göre ise kefil kendi kusuruyla edimin ifasını imkansız hale getirdiğinde kefilin sorumluluğu devam etmelidir¹¹⁰⁹. Bu görüş taraftarlarının bir kısmına göre kefilin ahlâka aykırı hareketine dayanmak suretiyle borcunu ifadan kaçınması iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturacağından kefilin sorumluluğu kabul etmek gerekmektedir¹¹¹⁰. Kefilin söz konusu durumda sorumluluğunun devam edeceğini kabul eden diğer görüş taraftarları ise kefilin kendi kusuruyla borcun

¹¹⁰⁷ BECK, Art. 509, N. 19; GIOVANOLI, Art. 509, N. 7; GÜMÜŞ, C. II, s. 379; REİSOĞLU, Kefalet, s. 284; ŞAHAN, s. 122; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 699

¹¹⁰⁸ REİSOĞLU, Kefalet, s. 284-285

¹¹⁰⁹ ÇINAR, s. 16; ÖZEN, Kefalet, s. 521; TANDOĞAN, s. 792

¹¹¹⁰ TANDOĞAN, s. 792

imkansızlaşmasına sebep olması halinde fer'ilik ilkesine dayanarak kefalet borcunun sona erdiğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini kabul etmektedirler¹¹¹¹. Fikrimizce de kefilin kendi kusuruyla asıl borcun imkansızlaşmasına sebep olması halinde asıl borcun sona ermesine dayanarak sorumlu olmadığını iddia etmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Buna göre de kefilin fer'ilik ilkesine dayanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirip kefilin sorumluluğunun devam edeceğine karar vermek yerinde olacaktır.

TBK md. 590/f.4'deki düzenlemeye göre *“Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkansız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir”*. Bu hükümlerle kanun koyucu ifanın borçlunun sorumlu olmadığı hukuki bir sebebe dayanarak imkansız hale gelmesi durumunda kefile takibe itiraz etme hakkı tanımıştır. Buna göre müteselsil kefilin borcu son bulmamakla birlikte söz konusu hükme dayanarak ifadan kaçınabilecektir.

10.4. ASIL BORCUN YENİLENMESİ

Bir borcun yerine yeni bir borcun getirilmesi ve önceki borcun sona erdirilmesine yenileme denilmektedir¹¹¹². Yenilemede asıl borcun sona ermesine sebep olmaktadır. Yenilemeye ilişkin TBK md. 133'deki düzenlemeye göre *“Yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi, ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur”*. Bu doğrultuda bir borcun yenilenme suretiyle sona erdiğini ve yerine yeni bir borcun geldiğini kabul etmek için tarafların yenileme konusundaki iradelerinin açık bir şekilde anlaşılması gerekecektir. TBK md. 133/f.2'de ise tarafların açık yenileme iradeleri olmadığı müddetçe yenileme sayılmayacak durumlar ifade edilmiştir. TBK md. 133/f.2'deki düzenlemeye göre *“Özellikle mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesi, tarafların açık yenileme iradeleri olmadıkça yenileme sayılmaz”*.

¹¹¹¹ ÇINAR, s. 16; ÖZEN, Kefalet, s. 521

¹¹¹² EREN, s. 1263; KOYUNCUOĞLU, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio), İstanbul 1972, s. 49-50; NOMER, s. 295; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 559; REİSOĞLU, Safa, s. 405; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 989

Dolayısıyla asıl borç için kambiyo taahhüdünde bulunması veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlemesi yenileme sayılmayacak ve asıl borç sona ermeyecektir. Ancak tarafların aksini kararlaştırmaları mümkün olabilecektir.

Yenilemeyle birlikte asıl borç sona ereceğinden kefalet borcu da ortadan kalkacaktır¹¹¹³. Bu sebeple yenilenen borç için kefalet sözleşmesinin şekline uygun yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekecektir.

TMK md. 910 hükmünde ise ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlenmesinin mevcut borcun yenilenmesi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucu tarafların iradesi borcun yenilemesi yönünde olmasa bile mevcut borç için ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlenmesini yenileme olarak kabul etmektedir. TMK md. 910/f.2 gereği aksine yapılan anlaşma da yalnızca anlaşmanın taraflarını ve iyi niyetli olmayan üçüncü kişileri bağlayacağı ifade edilmiştir. O halde mevcut borç için ipotekli borç senedi veya irat senedi düzenlenen durumlarda asıl borç sona ereceğinden kefalet borcu da sona erecektir¹¹¹⁴.

Alacaklı ve borçlu arasında cari hesap ilişkisinin bulunması¹¹¹⁵ kefalet borcu bakımından önem arz etmektedir. TBK md. 134 hükmüne göre “*Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez.- Ancak, hesabın kesilmiş ve hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur.- Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez*”. Bu düzenleme gereğince çeşitli kalemlerin cari hesaba yazılması borcun yenilendiği anlamına gelmeyecektir. Ancak hesap kesilip hesap sonucu karşı tarafça kabul edilirse borç yenilenmiş olacaktır. Her ne kadar hesap kesilip karşı tarafça kabul edildiği takdirde borç yenilenecek olsa da TBK md. 134/f.3 gereğince kefil

¹¹¹³ BECK, Art. 509, N. 25; HONSELL, s. 383; HUGUENİN, s. 193; VON BÜREN, Besonderer, s. 296; ÇINAR, s. 28; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 129; GÜMÜŞ, C. II, s. 379; ÖZEN, Kefalet, s. 523; REİSOĞLU, Kefalet, s. 287

¹¹¹⁴ BECK, Art. 509, N. 27; ÇINAR, s. 28; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 129; ÖZEN, Kefalet, s. 524

¹¹¹⁵ Cari hesap TTK md. 89/f.1’de tanımlanmıştır. Buna göre “*İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir*”.

sorumlu olmaya devam edecektir. Kanun koyucu söz konusu hükümlerle kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine bir istisna getirmiştir¹¹¹⁶. Ancak tarafların aksini kararlaştırmaları ve kefilin sorumluluğunun sona ereceği yönünde anlaşmaları mümkündür. Cari hesap ilişkisinde borcun yenilenmesiyle birlikte kefilin sorumluluğu, hesap dönemi sonunda kesilen ve hesap sonucunun karşı tarafça kabulüyle ortaya çıkan yeni borç olacaktır¹¹¹⁷. Kefil, cari hesap ilişkisindeki borç kalemlerinden biri için kefil olmuşsa o takdirde azami sorumluluk sınırı içerisinde kalmak kaydıyla hesap sonucundan sorumlu olmakla birlikte, hesap sonucunun sorumluluk sınırının altında olması halinde söz konusu düşük tutardan sorumlu olacaktır¹¹¹⁸. Hesap sonucunun sonradan artması kefilin daha düşük tutardan sorumlu olmasını engellemez. Hesap sonucunun sıfırlanması halinde kefilin sorumluluğu da sona erer. Sıfırlanan hesap sonucunda meydana gelen değişiklikler kefilin etkilemeyecek ve sorumluluğunun tekrar ortaya çıkması gibi bir durum oluşmayacaktır. Ancak kefil cari hesap ilişkisindeki borç kalemleri için değil de cari hesap sonucu ortaya çıkacak borç bakiyesi için kefil olmuşsa cari hesap ilişkisi sona ermeden kefilin sorumluluğu da sona ermeyecektir¹¹¹⁹. Böyle bir durumda kefil, sorumluluğunun azami miktarıyla sınırlı olmak kaydıyla bakiyenin tamamı için sorumlu olacaktır¹¹²⁰.

10.5. İBRA

İbraya ilişkin bir düzenleme TBK md. 132 hükmünde yer almaktadır. Buna göre *“Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle tabi tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır”*. Bu çerçevede asıl borç ilişkisi herhangi bir şekle tabi olsa bile alacaklı ve asıl borçlu belli bir şekil kuralına tabi olmadan ibra anlaşması

¹¹¹⁶ Kanun koyucu söz konusu hükümlerle, hesap dönemi sonunda alacaklının fer'i hakların sağladığı güvenceden yoksun kalmamasını amaçlamıştır. Bknz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, s. 364 (Bundan sonra “ARKAN, Ticari İşletme” olarak anılacaktır)

¹¹¹⁷ BECK, Art. 509, N. 26; AYRANCI, Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 118 (Bundan sonra “AYRANCI, Kefalet” olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 129; ÖZEN, Kefalet, s. 524;

¹¹¹⁸ ÇINAR, s. 31; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 129-130; ÖZEN, Kefalet, s. 524; REİSOĞLU, Kefalet, s. 288; TANDOĞAN, s. 794

¹¹¹⁹ BECK, Art. 509, N. 26; ARKAN, Ticari İşletme, s. 365; ÇINAR, s. 31; ÖZEN, Kefalet, s. 524; REİSOĞLU, Kefalet, s. 289

¹¹²⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 130; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 565

yapabileceklerdir¹¹²¹. İbra anlaşmasının yapılmasıyla asıl borçla birlikte kefalet borcu da sona erecektir¹¹²².

İbra sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre ibra sözleşmesi tasarruf muamelesi olduğundan hukuki sebebe bağlı olduğunun kabulü gerekir¹¹²³. Diğer bir görüş ise ibra sözleşmesinin hukuki sebepten soyut olduğunu ve bu sebeple hukuki sebepteki sakatlığın ibra sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyeceğini ileri sürmektedir¹¹²⁴. Her iki görüşün de kefalet sözleşmesi üzerinde yaratacağı etki şu şekilde açıklanabilir: İbra sözleşmesinin sebebe bağlı olduğunun kabulü halinde hukuki sebepteki sakatlık ibra sözleşmesini de etkileyecek ve sözleşme geçersiz olacaktır. Bu durumda asıl borç ve dolayısıyla kefalet borcu da sona ermemiş sayılacaktır. İbranın sebepten soyut olduğunun kabulü halinde ise hukuki sebepteki sakatlık ibra sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecek ve asıl borçla birlikte kefalet sözleşmesi de sona ermiş olacaktır. Alacaklının asıl borçluya karşı olan sebepsiz zenginleşme talebi de kefilin sorumluluğunun sona erdiği gerçeğini değiştirmeyecektir¹¹²⁵.

Alacaklının asıl borçlu yerine kefilini ibra etmesi halinde kefilin borcunun sona ermesi doğaldır. Ancak böyle bir durumda yalnızca kefil borcundan kurtulmakta, asıl borçlunun sorumluluğu devam etmektedir¹¹²⁶

TBK md. 166/f.3'deki düzenlemeye göre "*Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır*". Bu düzenleme doğrultusunda müşterek borçlulardan birinin borcu için güvence vermiş olan kefil, borçlunun ibra edilmesiyle birlikte kefalet borcundan kurtulacaktır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre müteselsil borçlunun borcu için kişisel güvence veren kefilin müteselsil borçlunun ibra edilmesiyle birlikte borcundan kurtulması, borcun üstlenilmesi halinde kefilin

¹¹²¹ EREN, s. 1273; NOMER, s. 290; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 555; REİSOĞLU, Safa, s. 404; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 989

¹¹²² BAŞYİĞİT, s. 3323; ÇINAR, s. 24; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki ilişki, s. 130;

¹¹²³ EREN, s. 1272

¹¹²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 558; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 987

¹¹²⁵ ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 131; REİSOĞLU, Kefalet, s. 289; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 700

¹¹²⁶ ÇINAR, s. 26-27

durumuna benzemekte ve bu bağlamda kefil TBK md. 198/f.2 hükmü gereği borcundan kurtulmaktadır. Buna göre kefil, diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumlu olmaya razı olmazsa kefalet borcu sona erecektir¹¹²⁷. Diğer bir görüş ise kefilin müteselsil borçlunun ibra edilmesiyle birlikte borçtan kurtulmasının TBK md. 166 hükmünün bir sonucu olduğunu ve bu nedenle borcun üstlenilmesi hükümlerinin uygulanmasının gerekmediğini ifade etmiştir¹¹²⁸. Fikrimizce söz konusu durumda kefilin ibra edilen müteselsil borçluyla birlikte borçtan kurtulması TBK md. 198/f.2 hükmünün bir sonucudur. Zira müteselsil borçluluk ilişkisinde borçlulardan her biri borcun tamamından sorumlu olduklarına göre kefilin güvence verdiği borçlunun ibra edilmesi kefilin de borcunun sona ermesi sonucu doğurmayacaktır. Böyle bir durumda güvence verilen asıl borç borcun tamamı olmakta ve müteselsil borçlunun ibra edilmesiyle asıl borç sona ermemektedir. Ancak borcun üstlenilmesi kurumuyla bağlantılı olarak kefilin borçtan kurtulması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla kefil diğer müteselsil borçlularla birlikte sorumlu olmak istemediği takdirde rıza göstermediği için sorumluluktan kurtulacaktır.

10.6. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATLARININ BİRLEŞMESİ

TBK md. 135’de alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre “Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut hakları birleşmeden etkilenmez. – Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür. – Taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin hükümler saklıdır”. Söz konusu düzenleme kapsamında alacaklı ve borçlu sıfatı aynı kişide birleştiği takdirde asıl borç sona erecektir. Asıl borcun sona ermesi, kefalet borcunun da sona ermesi sonucunu doğuracaktır¹¹²⁹.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi her ne kadar asıl borcun sona ermesine sebep olsa da birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda asıl

¹¹²⁷ BECK, Art. 509, N. 22; ÖZEN, Kefalet, s. 523

¹¹²⁸ ÇINAR, s. 26 dipnot 88

¹¹²⁹ FORRER, s. 368; BAŞYİĞİT, s. 3322; ÇINAR, s. 18; EREN, s. 1268; GÜMÜŞ, M. Alper, Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi (BK md. 116), Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 7, C. 7, S. 2, Temmuz 2008, s. 40 (Bundan sonra “GÜMÜŞ, Birleşme” olarak anılacaktır); GÜMÜŞ, C. II, s. 381; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 566; ÖZEN, Kefalet, s.525; REİSOĞLU, Kefalet, s. 286; ŞAHAN, s. 126

borçla birlikte kefalet borcu da yeniden varlık kazanacaktır¹¹³⁰. Zira böyle bir durumda asıl borç ve dolayısıyla kefalet borcu hiç sona ermemiş olacaktır. Örneğin asıl borçlunun alacaklının tek mirasçısı olması ve mirası reddedilmesi halinde birleşme geçmişse etkili olarak ortadan kalkacak ve asıl borçla birlikte kefalet borcu da hiç sona ermemiş kabul edilecektir¹¹³¹.

TBK md. 135/f.3’de taşınmaz rehni ve kıymetli evraka ilişkin özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre taşınmaz rehni olarak kabul edilen ipotekli borç senedi ve irat senedi, senedin borçlusu olan taşınmaz malikine geçtiği takdirde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olacaktır. Ancak TMK md. 918¹¹³² gereği borçlu ipotekli borç senedi ve irat senedini yeniden tedavüle çıkarma hakkına sahiptir. Böyle bir durumda borç sona ermeyecek ve dolayısıyla senetlere sahip olan kişi kefalet güvencesinden yararlanabilecektir. Bunun dışında kıymetli evrak bakımından da benzer sonuçlara ulaşmak mümkündür. Emre yazılı bir kıymetli evrakın borçluya ciro edilmesi halinde alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş olacaktır. Bunun gibi hamile yazılı bir kıymetli evrakın borçluya teslimi de aynı sonucu doğuracaktır¹¹³³. TTK md. 681 gereği kıymetli evrakın başkasına ciro edilmesi ya da hamile yazılı olanlar bakımından başkasına teslimi mümkün olduğundan kıymetli evrakı iktisap eden yeni alacaklı müteselsil kefile başvurabilme imkanına sahip olacaktır¹¹³⁴.

10.7. TAKAS

Takas da borcu sona erdiren sebeplerden birini oluşturmaktadır. TBK md. 143/f.1 c.2 hükmüne göre her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona ermektedir. Buna göre asıl borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya takas hakkını

¹¹³⁰ BECK, Art. 509, N. 32; GÜMÜŞ, Birleşme, s. 46; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 567; ÖZEN, Kefalet, s. 525; REİSOĞLU, s. 287; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 997

¹¹³¹ ÇINAR, s. 19; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 567; REİSOĞLU, Kefalet, s. 287

¹¹³² TMK md. 918’deki düzenlemeye göre “Alacaklı yoksa veya rehin hakkından feragat ederse borçlu, tapu kütüğündeki tescili terkin ettirip ettirmemekte serbesttir. – Borçlu, zilyetliğine geçmiş olan senedi yeniden tedavüle çıkarabilir”.

¹¹³³ GÜMÜŞ, Birleşme, s. 50; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 567; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 998

¹¹³⁴ BECK, Art. 509, N. 33; BAŞYİĞİT, s. 3322; ÇINAR, s. 20; GÜMÜŞ, Birleşme, s. 50-51; ÖZEN, Kefalet, s. 526; REİSOĞLU, Kefalet, s. 287

kullanabileceği bir karşı alacağının bulunması halinde, borçlu takas hakkını kullandığında asıl borcun sona erdiği oranda kefilin borcu da sona erecektir¹¹³⁵.

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi kefil asıl borçlu yerine takas hakkını kullanmayacak olsa da TBK md. 140 hükmü gereğince asıl borçlunun takas ileri sürme imkanı bulunduğu sürece kefil de alacaklıya geçici bir def'i ileri sürüp ifadan kaçınabilecektir¹¹³⁶.

10.8. ASIL BORCUN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASI

Asıl borcun zamanaşımına uğraması her ne kadar borcun sona ermesine sebep olmasa da borçluya daimi olarak borcu ifa etmekten kaçınma hakkı verir. Bu doğrultuda borçlu, kendisinden talepte bulunan alacaklıya zamanaşımı def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir. Aynı şekilde asıl borcun zamanaşımına uğraması halinde kefilin borcu da sona ermeyecek olsa da kefil de TBK md. 591/f.1 gereği borçlunun sahip olduğu zamanaşımı def'ini alacaklıya karşı ileri sürerek sorumluluktan kurtulacaktır¹¹³⁷.

11. MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN BAĞIMSIZ VE KENDİNE ÖZGÜ SONA ERME NEDENLERİ

11.1. KEFALET BOROUNA ÖZGÜ GENEL SONA ERME SEBEPLERİ

Müteselsil kefil, kefalet borcunu alacaklıya karşı ifa ettiği takdirde kefalet sözleşmesi sona erecektir. Asıl borçlunun alacaklıya yapacağı ifa müteselsil kefalet sözleşmesinin sona ermesine sebep olmakla birlikte tersi bir durum söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle müteselsil kefalet sözleşmesinin sona ermesi asıl borçlunun borcunu sona erdirmeyecektir. Böyle bir durumda kefil alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde alacaklının haklarına halef olacak ve asıl borçluya rücu edecektir¹¹³⁸.

¹¹³⁵ BECK, Art. 509, N. 17; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 5; LERCH-TUASON, s. 83; ÇINAR, s. 32; ELÇİN GRASSİNGER, Hukuki İlişki, s. 126; REİSOĞLU, Kefalet, s. 290; TANDOĞAN, s. 795

¹¹³⁶ Bknz. "Esas Borçlunun Takas Hakkının Bulunması" başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹¹³⁷ Bknz. "Esas Borcun Zamanaşımına Uğraması" başlığı altındaki açıklamalarımız.

¹¹³⁸ BECK, Art. 509, N. 37; ÖZEN, Kefalet, s. 527

Asıl borcun ifasının imkansızlaşması halinde kefil sorumluluktan kurtulmaktadır. Ancak aynı durum kefilin borcu için söz konusu olmayacaktır. Kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcu para borcudur. Para borçları ise cins borcu oldukları için para borcunun ifasında imkansızlık söz konusu olmamaktadır¹¹³⁹.

Alacaklı ve kefil arasında ibra sözleşmesi yapılarak da kefil kefalet borcundan kurtulabilir¹¹⁴⁰. Söz konusu ibra sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmadan yapılabilecektir. Kefilin ibra edilmesiyle kefalet borcu sona ererken asıl borç ilişkisi bu durum etkilenmeyecek ve alacaklı asıl borçluya başvurabilecektir. Uygulamada bankaların borçlunun başka bir teminat vermesi koşuluyla kefilin ibra etmelerine sıklıkla rastlanmaktadır¹¹⁴¹.

Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkün olduğu gibi alacaklı ve kefil sıfatı da birleşebilir. Böyle bir durumda TBK md. 135 hükmü uygulanacak ve kefalet borcu sona erecektir. Ancak asıl borç devam edeceğinden kefil artık alacaklı sıfatıyla borçludan talepte bulunabilecektir. Alacaklı ve kefil sıfatının birleşmesi gibi asıl borçlu ve kefil sıfatı da aynı kişide birleşebilir. Örneğin asıl borçlunun kefilin tek mirasçısı ise kefilin ölümüyle birlikte kefil ve borçlu sıfatı aynı kişide birleşmiş olur. Ancak bu durumun yaratacağı sonuç alacaklı ve kefil sıfatının birleşmesinden daha farklı olacaktır. Zira borçlu ve kefil sıfatının birleşmesiyle asıl borcun devam edeceği ancak kefalet borcunun sona ereceği kabul edilirse alacaklı asıl borç için sahip olduğu kişisel güvenceyi kaybedeceği gibi kefalet borcu ile birlikte sahip olduğu fer'i haklar da sona erecektir¹¹⁴². Örneğin kefilin borcu için verilen rehin hakkı ortadan kalkacağı gibi varsa kefile kefalet sözleşmesi de sona erecektir. EBK döneminde tartışmalı olan bu husus hakkında 6098 sayılı TBK'nda yasal bir düzenleme yapılmıştır. TBK md. 598/f.2'deki düzenlemeye göre "*Borçlu ve kefil sıfatı aynı*

¹¹³⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 386

¹¹⁴⁰ BECK, Art. 509, N. 44; PESTALOZZI, Art. 509, N. 3; ARAL/AYRANCI, s. 453; BAŞYİĞİT, s. 3324-3325; ÇINAR, s. 26; ÖZEN, Kefalet, s. 529

¹¹⁴¹ BAŞYİĞİT, s. 3325; REİSOĞLU, Kefalet, s. 291

¹¹⁴² Doktrinde kefil ve borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde yükümlülüklerin yarışacağı ifade edilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin birbiriyle örtüşmeleri durumunda yükümlülüklerden biri diğerinin içinde eriyecektir. Kefalet borcu da fer'i borç olduğu için diğerinin içinde eriyip giden kefalet borcu olacak ve asıl borç varlığını sürdürecektir. BECK, Art. 509, N. 48

*kişide birleşmiş olursa, alacaklı için kefaletten doğan özel yararlar saklı kalır*¹¹⁴³. Söz konusu hüküm çerçevesinde borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesine karşın alacaklının kefalet sözleşmesi sebebiyle sahip olduğu özel yararlar varlığını sürdürecektir¹¹⁴⁴. Bu doğrultuda alacaklı kefalet borcu için verilmiş olan rehin hakkına ve kefile kefalet söz konusu olduğu durumlarda kefile kefil olan kimseye başvurma hakkına sahip olacaktır.

Kefil ve alacaklı TBK md. 133 hükmü gereğince kefalet borcunun yenilenmesine karar verebilirler. Asıl borca ilişkin herhangi bir yenileme yapmadan da sadece kefilin borcunun yenileneceği üzerinde anlaşabilirler. Böyle bir durumda eski kefalet borcu sona erecektir. Ancak bunun için kefil ve alacaklının borcun yenilenmesi yönünde açık iradesi ve kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulması gerekecektir¹¹⁴⁵.

Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borcun zamanaşımına uğraması halinde kefalet borcu sona ermemekle birlikte kefil alacaklıya karşı borcunun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir. Böylece kefalet borcunun zamanaşımına uğraması kefile kefalet borcunun ifasından kaçınabileceği daimi def'i hakkı tanımaktadır. Kefalet borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi ile asıl borç ilişkisinin tabi olduğu zamanaşımı süresi birbirinden farklıdır. Asıl borcun tabi olduğu zamanaşımı süresi alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinin niteliğine göre belirlenir. Kefalet borcu için TBK md. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Buna göre kefalet borcu muaccel olduktan 10 yıl sonra zamanaşımına uğrar¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³ TBK md. 598/f.2 hükmünün gerekçesi ise şu şekildedir: “Maddenin ikinci fıkrasında, borçlu ve kefil sıfatının aynı kişide birleşmesi durumunda, alacaklı için kefaletten doğan özel yararların saklı kalacağı belirtilmiştir. Mesela, borçlu kefilin ölümüyle onun tek mirasçısı olmuşsa, bu durumda kefil ve asıl borçlu sıfatları aynı kişide birleştiğinden, kefalet borcu sona erecektir. Ancak, kefile kefalet söz konusu olduğunda, böyle bir sona ermenin mutlak olarak kabul edilmesi halinde, kefile kefalet de sona ereceği ve bu durum alacaklıyı kefile kefalet güvencesinden yoksun bırakacağı için, fıkarda, alacaklının kefaletten doğan özel yararlarının saklı kalacağı hükme bağlanmış ve kefalet borcu sona ermemiş gibi, kefile kefalet borcunun varlığını sürdüreceği kabul edilmiştir”.

¹¹⁴⁴ BECK, Art. 509, N. 49; BAŞYİĞİT, s. 3326-3327; ÇINAR, s. 22; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 460; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 132; GÜMÜŞ, Birleşme, s. 29; ÖZEN, Kefalet, s. 531; REİSOĞLU, s. 286.

¹¹⁴⁵ BECK, Art. 509, N. 43; ÖZEN, Kefalet, s. 529

¹¹⁴⁶ BECK, Art. 509, N. 39; GUHL, s. 120; ÇINAR, s. 40; ÖZEN, Kefalet, s. 528; REİSOĞLU, Kefalet, s. 237

Kefilin ölümü halinde kefalet borcu sona ermemektedir. Kefilin mirasçuları mirası kabul ederlerse kefalet borcu mirasçılara geçer. Mirasın en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddedilmesi halinde TMK md. 612 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre miras sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre (İİK md. 180) tasfiye edilmektedir. Kefalet borcu da tasfiye edilen terekeden karşılanacak ve böyle bir durumda kefilin mirasçılarının şahsi sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak terekenin aktiflerinin kefalet borcunu karşılamaya yetmemesi halinde TMK md. 618 hükmü gereği mirasçılarının sorumlulukları söz konusu olacaktır. Buna göre mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden önceki beş yıl içinde mirasbırakandan almış oldukları ve mirasın paylaşılmasında geri vermekle yükümlü olacakları değer ölçüsünde sorumlu olacaklardır¹¹⁴⁷. Kefilin mirasçuları terekenin resmi defterinin tutulmasını talep etmişlerse TMK md. 630¹¹⁴⁸ hükmüne göre mirasbırakanın kefaletten doğan borçları ayrı bir deftere yazılacaktır. Mirasçılar mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş olsalar bile sorumlulukları, terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde alacaklıya düşecek miktarla sınırlı olacaktır¹¹⁴⁹. Söz konusu hüküm sadece mirası tutulan resmi deftere göre kabul eden mirasçuları değil aynı zamanda resmi defter tutulması talebinden sonra mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçuları kapsamaktadır. Ancak resmi defter tutulmadan önce mirası kayıtsız şartsız kabul eden mirasçı, kefalet borcunun tamamından sorumlu olacaktır¹¹⁵⁰.

11.2. MÜTESELSİL KEFALETE İLİŞKİN ON YILLIK SÜRENİN DOLMASI

11.2.1. Genel Olarak

6098 sayılı TBK'na getirilen yeni bir hükümlerle gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler için belli bir süre sınırlaması öngörülmüştür. Buna göre gerçek kişiler

¹¹⁴⁷ DURAL/ÖZ, s. 410; HELVACI, Mirasın Reddi, s. 238; İMRE/ERMAN, s. 357; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 507-508; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 632-633

¹¹⁴⁸ TMK md. 630'daki düzenleme şu şekildedir: "Mirasbırakanın kefaletten doğan borçları defterde ayrı bir yere yazılır ve mirasçılar, mirası kayıtsız ve şartsız kabul etmiş olsalar bile, bu borçlardan terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi halinde kefalet sebebiyle alacaklı olanlara ne düşecek idiyse ancak o miktarla sorumlu olurlar".

¹¹⁴⁹ BECK, Art. 509, N. 47; ÖZEN, Kefalet, s. 529-530; ŞAHAN, s. 140-141; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 706; TANDOĞAN, s. 798

¹¹⁵⁰ DURAL/ÖZ, s. 418; İMRE/ERMAN, s. 373-374; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 517-518; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 642-643

tarafından verilen kefaletler, kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Söz konusu düzenleme bütün kefalet sözleşmeleri için geçerli olduğundan müteselsil kefalet sözleşmesi de kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kanun koyucu söz konusu düzenlemede kefillerin özellikle hatır amaçlı ve üzerinde çok düşünmeden borç altına girmelerini göz önüne alarak kişilik hakkını ihlal edecek uzunlukta kefalet sözleşmesi yapılmasının önüne geçmek istemiştir¹¹⁵¹.

TBK md. 598 hükmüyle getirilen on yıllık süre sınırlamasına ilişkin düzenlemede kaynak İBK'nun 509'uncu maddesi göz önünde tutulmakla birlikte önemli farklılıklar içermektedir. İBK md. 509/f.3'de gerçek kişi tarafından verilen kefaletler için yirmi yıllık süre sınırlaması öngörülmüşken TBK md. 598/f.3'de süre on yıl olarak belirlenmiştir. Bunun dışında aynı fıkrafta kamu hukukundan kaynaklanan borçlara kefaletle resmi memur ve işçiler için verilen kefaletler ve dönemsel edimler içeren borçlar için verilen kefaletler hükmün kapsamına alınmayarak söz konusu kefaletler için herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. TBK md. 598'de ise kaynak İBK'ndaki gibi istisnalar bulunmamaktadır. İBK md. 509/f.6'da ise kefalet borcu için öngörülen yirmi yıllık sürenin dolmasına iki yıldan az bir zaman kala borç muaccel olacaksa veya alacaklı yapacağı bildirimle borcun muaccel olmasını sağlayamıyorsa o takdirde alacaklı asıl borçluya başvurması gerekmeden ve rehinleri paraya çevirmeden kefile başvurabileceği düzenlemesi yer almaktadır. Kefil de böyle bir durumda asıl borç muaccel olmadan önce asıl borçluya rücu edebilir. Söz konusu düzenleme 6098 sayılı TBK'na alınmamıştır.

TBK md. 598 hükmü ile getirilen on yıllık süre emredici niteliktedir. Bu nedenle alacaklı ve kefil anlaşmış olsalar bile on yıldan uzun süreli kefalet sözleşmesi yapamazlar. Ancak taraflar dilerse TBK md. 598/f.5 hükmü çerçevesinde süre uzatımı yapabilirler. Alacaklı ve kefilin on yıldan daha uzun süreli kefalet sözleşmesi yapmaları durumunda ise kefalet sözleşmesi kesin hükümsüz olmayacaktır. Böyle bir durumda kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Zira TBK md. 598/f.4 hükmünde kefalet on yıldan daha uzun süreli verilmiş olsa bile kefilin ancak on yıllık süre

¹¹⁵¹ BECK, Art. 509, N. 51; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 22; PESTALOZZİ, Art. 509, N. 11; ÇINAR, s. 64; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 132; GÜMÜŞ, C. II, s. 382; ÖZEN, Kefalet, s. 555

doluncaya kadar takip edilebileceği düzenlenmiştir. O halde kefalet sözleşmesinin on yılı aşan kısmı hükümsüz sayılarak kefilin sorumluluğu on yıllla sınırlandırılacaktır¹¹⁵².

11.2.2. On yıllık Süreye İlişkin Düzenlemenin Kapsamı

Kefaletten doğan borçların on yıllık sürenin sonunda kendiliğinden ortadan kalkmasına ilişkin düzenleme, yalnızca gerçek kişi kefiller bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle tüzel kişi kefiller için kefalet sözleşmesinin on yıllık süre sonunda biteceği söylenemeyecektir¹¹⁵³.

TBK md. 598 hükmünde öngörülen süre zamanaşımı süresi değildir. Söz konusu süre hak düşürücü bir süredir. Zira TBK md. 598/f.3'deki düzenlemede kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak on yıl geçmekle kendiliğinden ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. Alacaklının on yıllık süre içerisinde kefile karşı olan hakkını kullanmaması söz konusu hakkın kaybına yol açmaktadır. Sürenin zamanaşımı süresi olmaması sebebiyle kesilmesi ya da durması söz konusu olmayacaktır¹¹⁵⁴.

11.2.3. On yıllık Sorumluluk Süresinin Başlangıcı ve Uzatılması

TBK md. 583/f.3 hükmüne göre on yıllık sürenin başlangıcı, kefalet sözleşmesinin kurulma anı olacaktır¹¹⁵⁵. Ancak sözleşmenin kurulma anı bakımından TBK md. 1 hükmü göz önüne alınacak ancak hazır olanlar ve olmayanlar arasında farklılık gösterecektir. Hazır olanlar arasında sözleşme, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralına uygun olarak hazırlanmış önerinin kabul edildiği anda kurulmuş olacaktır. Hazır olmayanlar bakımından ise daha önceki açıklamalarımızda da

¹¹⁵² BECK, Art. 509, N. 53; GIOVANOLI, Art. 509, N. 24; ÇINAR, s. 62-63; ELÇİN GRASSINGER, Sempozyum, s. 133; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 556

¹¹⁵³ ÇINAR, s. 64; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 455; ELÇİN GRASSINGER, Sempozyum, s. 132; ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü sebeplerle Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, C. 10, Y. 10, S. 2 s. 69 (Bundan sonra "ÖZEN, Sona Erme" olarak anılacaktır)

¹¹⁵⁴ ÇINAR, s. 62, dipnot 211; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 559;

¹¹⁵⁵ GIOVANOLI, Art. 509, N. 23; PESTALOZZI, Art. 509, N. 12; ÇINAR, s. 66; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 558

belirttiğimiz gibi kefil öneride bulunamayacak ve kabul beyanının mutlaka kefil tarafından verilmesi gerekecektir. Dolayısıyla on yıllık süre, kefilin kabul beyanında el yazısıyla yazdığı kefalet tarihinden itibaren başlayacaktır.

Kefilin sorumlu olacağı sürenin başlangıcı açısından asıl borcun doğup doğmamış olması bir önem arz etmemektedir. Dolayısıyla müstakbel bir borca kefalet halinde de on yıllık süre kefalet sözleşmesinin kurulma anı olacaktır. On yıllık süre dolmakla birlikte asıl borç hala muaccel olmamış olsa bile kefilin kefalet borcu ortadan kalkacaktır¹¹⁵⁶.

Tarafların kefalet sözleşmesi değil de kefalet ön sözleşmesi yapması halinde on yıllık sürenin başlangıcının kefalet ön sözleşmesinin mi yoksa kefalet sözleşmesinin kurulma anından itibaren başlayacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. On yıllık sürenin başlangıcının kefalet sözleşmesinin kurulma anı olduğuna karar verilirse alacaklı kefile kefalet ön sözleşmesi yapmayı tercih edecektir. Zira bu şekilde kefilin on yıldan daha uzun süre sorumlu tutulması mümkün olabilecektir. Söz konusu nedenlerle doktrinde haklı olarak on yıllık sürenin başlangıcının kefalet ön sözleşmesi olması gerektiği ve asıl kefalet sözleşmesi yapıldığında da yeni bir on yıllık sürenin işlemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁵⁷.

TBK md. 598/f.4'deki düzenlemeye göre “*Kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefil, ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilir*”. Söz konusu hüküm göstermektedir ki kefilin sorumluluğu bakımından her ne kadar on yıllık bir süre öngörülmüş olsa da sürenin uzatımı mümkün olabilecektir. TBK md. 598/f.5'de ise süre uzatımının koşulları yer almaktadır. Buna göre “*Kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilir*”. O halde taraflar kefalet sözleşmesinin süresini uzatmak istedikleri takdirde süre uzatımını en erken kefalet sözleşmesinin sona ermesinden bir yıl önce yapabileceklerdir. Bu şekilde kefilin daha erken bir zamanda süre uzatımını kabul etmesi engellenmiş

¹¹⁵⁶ BECK, Art. 509, N. 56; ÇINAR, s. 65; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 38; ÖZEN, Kefalet, s. 558; ÖZEN, Sona Erme, s. 70

¹¹⁵⁷ ÇINAR, s. 67; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 559

olacaktır. Zira sürenin dolmasına yakın bir süreçte kefilin üstlendiği rizikonun ağırlığını anlaması ve buna uygun hareket etmesi sağlanmış olmaktadır. Uzatmanın yapılabileceği en erken tarih kefalet sözleşmesinin sona ermesinden bir yıl önceki zaman olduğuna göre sözleşmenin kurulmasından itibaren dokuz yıllık bir sürenin dolmuş olması gerekecektir. O halde onuncu yılın işlemeye başladığı ilk günden onuncu yılın dolacağı güne kadar uzatma yapılabilecektir. Uzatmanın yapılabilmesi için kefilin yazılı açıklaması gerekmektedir. Ancak söz konusu yazılı açıklamada kefilin imzasının bulunması yeterli olmayacak, açıklamanın kefalet sözleşmesinin şekline uygun olması gerekecektir. Bu bağlamda kefil, sorumlu olacağı azami miktarı, uzatma tarihini ve müteselsil kefil ibaresini el yazısıyla yazacaktır. Eşin rızasının gerekip gerekmeyeceği konusunda TBK md. 598’de bir düzenleme yoktur. Doktrinde eşin rızasının TBK md. 584/f.2 kapsamında değerlendirileceği ve bu doğrultuda kefalet sözleşmesinin uzaması halinde kefilin sorumlu olacağı miktarın artması ya da mevcut güvencelerin önemli ölçüde azalması halinde eşin rızasının alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre süre uzadığı takdirde örneğin bir rehin hakkı sona erecekse ya da birlikte kefalet halinde kefillerden birinin sorumluluğu sona erecekse o takdirde eşin rızası alınmalıdır¹¹⁵⁸. Fikrimizce süre uzatımına gidilmesi halinde her koşulda eşin yazılı rızası alınmalıdır. Bu doğrultuda yalnızca kefilin sorumlu olacağı miktarın artması ya da mevcut güvencelerin önemli ölçüde azalması hallerinde değil uzatmanın olduğu her durumda eşin rızası aranmalıdır. Zira eşin rızasının aranmasının temelinde yatan düşünce ailenin ekonomik birliğinin korunmasıdır. Sürenin uzatılmasıyla kefil üzerindeki sorumluluk sona ermek yerine varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu doğrultuda kefilin sorumluluğunun sona ermemesi aksine devam etmesi kefilin sorumluluğunun arttırılması olarak kabul edilmelidir. Kanun koyucu kefalet sözleşmesinin yapılırken ve TBK md. 584/f.2 gereği kefilin sorumluluğunu arttıran hallerde ailenin ekonomik bütünlüğünü göz önüne alarak eşin rızasını arıyorsa süre uzatımında da aynı ilke doğrultusunda hareket edilmelidir.

TBK md. 598/f.5’de öngörülen süre uzatımı en fazla on yıllık yeni bir dönem için söz konusu olabilir. Bu sebeple süre uzatımı bir defaya mahsustur. Başka bir deyişle

¹¹⁵⁸ BECK, Art. 509, N. 68; ÇINAR, s. 70; GÜMÜŞ, C. II, s. 384; ÖZEN, Kefalet, s. 561; REİSOĞLU, Kefalet, s. 297

kefilin sorumlu olacağı azami süre yirmi yılı geçemeyecektir. On yıllık uzama süresinin tamamlanmasının ardından kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir¹¹⁵⁹.

TBK md. 598/f.4'deki düzenleme gereğince süre uzatımının mümkün olması yanında alacaklının kefilin sorumluluğuna başvurabilmesi için bir diğer imkan da yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasıdır. Söz konusu hükümde uzatmanın yapılabileceği süre bakımından bir sınırlama getirilmişken yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasında aynı sınırlama söz konusu olmayacaktır. Buna göre taraflar on yıllık süre dolmadan herhangi bir zamanda yeni bir kefalet sözleşmesi yapabilirler. Ancak yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması halinde kefalet sözleşmesine özgü şekil kurallarına uyulacak ve eşin rızası alınacaktır. Yeni bir kefalet sözleşmesi yapılmasıyla sözleşmenin kurulmasından itibaren yeni bir on yıllık süre başlayacaktır. Yeni yapılan kefalet sözleşmesinin de azami on yıl için uzatılması mümkün olabilecektir¹¹⁶⁰. Görüldüğü gibi kanun koyucu bir taraftan gerçek kişilerin yirmi yıldan fazla sorumluluk altına girmelerini istememiş ancak diğer taraftan yeni bir kefalet sözleşmesi yapılarak kefilin yirmi yıldan daha uzun süreli sorumluluk altına girmesinin kapılarını açmıştır. Kanaatimizce söz konusu düzenlemedeki amaç, her on yıllık zaman dilimi bakımından kefilin yeniden düşünmeye sevk etmek ve on yıllık sürenin sonunda sorumluluğunun devam edip etmeyeceğine kefilin karar vermesini sağlamaktır.

11.2.4. Sürenin Tamamlanmasının Sonuçları

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kefalet sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkacaktır¹¹⁶¹. Bu doğrultuda sözleşmenin ortadan kalkması yasa gereği olmaktadır. Bu nedenle kefilin ya da alacaklının beyanına veya hakim kararına gerek yoktur. Süre hak düşürücü olduğu için sürenin dolması halinde hakim re'sen dikkate alacaktır¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ BECK, Art. 509, N. 69; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 25; PESTALOZZI, Art. 509, N. 16; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 133; GÜMÜŞ, C. II, s. 384; ÖZEN, Kefalet, s. 562

¹¹⁶⁰ BECK, Art. 509, N. 70; ÇINAR, s. 71; GIOVANOLİ, Art. 509, N. 27; GÜMÜŞ, C. II, s. 385; ÖZEN, Kefalet, s. 562

¹¹⁶¹ BECK, Art. 509, N. 58; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 559

¹¹⁶² BECK, Art. 509, N. 58; ÇINAR, s. 71; ÖZEN, Kefalet, s. 559

Kefilin sorumluluğu için öngörülen on yıllık sürenin dolmasıyla kefilin sorumluluğunun ortadan kalkmasının etkisi ileriye dönüktür. Zira aksi durumda kefil tarafından alacaklıya yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme oluşturacak ve kefil alacaklıdan iadesini talep edebilecektir. Bu sebeple sürenin dolmasıyla birlikte sorumluluğunun kendiliğinden ortadan kalkmasının ileri dönük etkisi olacağı kabul edilecektir¹¹⁶³. Bu sebeple kefil, süre sona ermeden önce alacaklıya yapmış olduğu ifayı asıl borçluya rücu edebilecektir¹¹⁶⁴. Ancak süre sona erdikten sonra kefilin alacaklıya yapacağı ifa sebepsiz zenginleşme oluşturacaktır¹¹⁶⁵.

TBK md. 598/f.4 gereği alacaklı kefilini ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edebilecektir. Bu sebeple on yıllık süre dolduğunda asıl borç ve dolayısıyla kefalet borcu henüz muaccel olmamışsa alacaklı kefilini takip edemeyecektir. Benzer şekilde borç muaccel olmuş ancak alacaklı kefilini takip etmemiş ve on yıllık süre dolmuşsa yine alacaklı kefilini takip imkanı bulunmayacaktır. Ancak süre dolmadan önce alacaklı kefil hakkında takip başlatmış ya da dava açmış ve takip ya da dava devam ederken on yıllık süre dolmuşsa o takdirde alacaklı kefil hakkında başlanan dava veya takibe devam etmesi mümkün olabilecektir. Zira böyle bir durumda alacaklı kefilini takip edebilme hakkını süre dolmadan önce kullanmış olmaktadır. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere alacaklı kefil hakkında söz konusu takip ya da davayı kesintisiz bir şekilde devam ettirmesi gerekir¹¹⁶⁶.

11.3. SÜRELİ MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

11.3.1. Genel Olarak

Sürelî kefalet sözleşmesi TBK md. 600’de düzenlenmiştir. Buna göre “*Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur*”. Müteselsil kefalet sözleşmesinin de sürelî olarak yapılmasında herhangi bir engel yoktur¹¹⁶⁷. Belirli

¹¹⁶³ BECK, Art. 509, N. 59; PESTALOZZİ, Art. 509, N. 12; ÇINAR, s. 72; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 560

¹¹⁶⁴ BECK, Art. 509, N. 59; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 133; ÖZEN, Kefalet, s. 560

¹¹⁶⁵ PESTALOZZİ, Art. 509, N. 12; ÖZEN, Kefalet, s. 560

¹¹⁶⁶ BECK, Art. 509, N. 59; ÇINAR, s. 73; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 133; GÜMÜŞ, C. II, s. 383; ÖZEN, Kefalet, s. 560; REİSOĞLU, Kefalet, s. 295

¹¹⁶⁷ BECK, Art. 510, N. 25; GIOVANOLİ, Art. 510, N. 14; LERCH-TUASON, s. 88; PESTALOZZİ, Art. 510, N. 9; GÜMÜŞ, C. II, s. 385; ÖZEN, Kefalet, s. 532

sürelî kefalet sözleşmesini düzenleyen EBK md. 493 hükmünde ise kefalet sözleşmesi için belirlenen sürenin sona ermesinden itibaren bir ay içinde alacaklı dava veya takip yoluna başvurmazsa ya da başlamış olduğu dava veya icra yoluyla takibe uzun bir süre ara verirse kefilin kefalet borcundan kurtulacağı düzenlemesi yer almaktaydı. Kaynak İBK md. 510/f.3'deki düzenleme de EBK md. 493'le aynıdır. İBK md. 510/f.3'de de kefalet sözleşmesi için belirlenen sürenin sona ermesiyle kefil borcundan kurtulmamakta, sürenin sona ermesinden itibaren dört hafta içinde alacaklının dava ve takip yoluna başvurmaması veya başladığı dava ya da takibe uzun bir süre ara vermesi halinde kefilin sorumluluktan kurtulmaktadır. Görüldüğü gibi TBK md. 600 hem İBK md. 510/f.3 hem de EBK md. 493'den farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre EBK zamanında alacaklıya verilen bir aylık süre TBK md. 600'de kaldırılmış ve sürenin sona ermesiyle birlikte kefilin borcundan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. TBK md. 600'ün gerekçesinde¹¹⁶⁸ de ifade edildiği gibi kanun koyucu EBK md. 493 hükmünde alacaklı lehine konmuş olan bir aylık süreyi kaldırarak kefil lehine bir düzenlemeye gitmiştir. Bu çerçevede kefilin sorumluluktan kurtulması için belirlenen sürenin sona ermesi yeterli olacaktır.

Belirli süreli kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğun belirli bir zaman aralığı ile sınırlandırılmıştır¹¹⁶⁹. Bu bağlamda belirlenen sürenin geçmesi kefilin de sorumluluktan kurtulacağı anlamına gelmektedir¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ TBK md. 600'ün gerekçesi şu şekildedir: "... 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 493 üncü maddesi ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak, süreli kefaletin, sürenin geçmesiyle kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulacağı belirtilmiştir. Böylece, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, sürenin geçmesi kefalet sözleşmesinde de mutlak bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Kefaletin süreli yapılması alacaklı ile kefil arasında gerçekleşmiş bir anlaşma sonucu olduğundan bu şekilde sona ermenin kabulünde alacaklının iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Üstelik kefalet sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve kefil bu sözleşmeyle bir edim elde etmeksizin borç altına girmektedir. Bu durumda karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunmasının yeğlenmesi gerektiğinden madde bu şekilde düzenlenmiştir".

¹¹⁶⁹ BECK, Art. 510, N. 25; ÇINAR, s. 47; GÜMÜŞ, C. II, s. 385; ÖZEN, Kefalet, s. 532; ŞAHAN, s. 72; REİSOĞLU, Kefalet, s. 297

¹¹⁷⁰ Doktrinde de ifade edildiği üzere belirli süreli kefalet sözleşmesi için kullanılan vadeli kefalet sözleşmesi ibaresi yanlış bir nitelendirmedir. Vadeli kefalette kefilin borcunun muaccel olması belirli bir vadeye bağlanmaktadır. Zira kefalet borcu asıl borçtan önce muaccel olmamakla birlikte asıl borçtan farklı bir vadeye tabi olması da mümkündür. Bu çerçevede vadeli kefalet, kefalet borcunun vadeye bağlanmasını dolayısıyla borcun muaccel olacağı zamanı işaret eder. Belirli süreli kefalet ise kefilin belirli bir süreyle sorumlu olacağını ifade etmektedir. Buna göre kefalet sözleşmesi için belirlenen sürede kefalet borcunun muaccel olmaması da mümkün olabilecektir. Bu takdirde alacaklı kefile başvuramayacak ve sürenin sona ermesiyle kefil de borcundan kurtulacaktır. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 532

Alacaklı ve kefil, kefilin sorumlu olacağı süreyi serbestçe belirleyebilirler. Ancak gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler bakımından bir sınırlama söz konusudur. Buna göre TBK md. 598/f.3 gereği gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler bakımından on yıllık bir süre sınırlaması olduğundan belirli süreli kefalet sözleşmesinin de yapılabileceği azami süre on yıl olacaktır. Ancak bu durum yalnızca gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler bakımından geçerlidir. Bu nedenle kefilin tüzel kişi olduğu durumlarda taraflar, kefalet sürenin on yıldan daha fazla olacağını kararlaştırabilirler¹¹⁷¹.

Belirli süreli kefalet sözleşmesinde kararlaştırılan sürenin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre söz konusu süre, sözleşmeye dayanan hak düşürücü süre olarak kabul edilebilir¹¹⁷². Doktrindeki diğer görüş ise sürenin hak düşürücü olmadığını ve süreye bağlı bir hak olarak nitelendirilerek “süreye bağlı bir kefalet alacağı” olduğunu ifade etmektedir¹¹⁷³. Fikrimizce belirli süreli kefalet sözleşmesi bakımından kararlaştırılan süre TBK md. 598/f.3’de öngörülen on yıllık süre gibi hak düşürücü süredir. Zira alacaklı söz konusu süre içerisinde kefilin takip etme hakkını kullanmadığı takdirde hakkını kaybetmekte ancak süresi içinde başlattığı takibe süre sona ermiş olsa bile devam edebilmektedir. Bu doğrultuda TBK md. 598/f.3’de gerçek kişi kefiller bakımından öngörülen on yıllık sürenin belirli süreli kefalet sözleşmesinin sona ermesi için kararlaştırılan süreden nitelik olarak bir farkı yoktur. Süreye bağlı hak ise hak düşürücü süreden daha farklı bir kavramdır. Süreye bağlı hakkın söz konusu olduğu hallerde hakkın kullanımı belli bir süreye bağlı olmakta ve süre sona erdiğinde hak da ortadan kalkmaktadır. Örneğin intifa hakkı, TMK md. 797/f.2 hükmüne göre gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü, tüzel kişilerde ise kararlaştırılan sürenin dolmasıyla sona erer. Burada hakkın kullanımı belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Hak düşürücü süre söz konusu olduğunda hakkın kaybı, hak sahibinin hakkını kullanması veya yapılması gerekeni yapmamış olmasından ileri gelir¹¹⁷⁴. Açıklanan gerekçelerle belirli süreli kefalet

¹¹⁷¹ GÜMÜŞ, C. II, s. 386. Gerçek kişi – tüzel kişi ayrımı yapılmamakla birlikte TBK md. 598/f.3’deki sınırlamanın göz önünde tutulması gerektiği yönünde ÖZEN, Kefalet, s. 533

¹¹⁷² ÇINAR, s. 59; ÖZEN, Kefalet, s. 532. İBK md. 510/f.3 ve EBK md. 493 hükümlerinde kefalet sözleşmesinin sona ermesi üzerine alacaklının hareketle geçmekle yükümlü olduğu bir aylık sürenin hak düşürücü olduğu yönünde ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 146; GIOVANOLI, Art. 510, N. 15; PESTALOZZI, Art. 510, N. 12; ŞAHAN, s. 74; TANDOĞAN, s. 801

¹¹⁷³ GÜMÜŞ, C. II, s. 388

¹¹⁷⁴ OĞUZMAN/BARLAS, s. 176

sözleşmesi bakımından kararlaştırılan sürenin süreye bağlı alacak hakkı olmadığı, hak düşürücü süre olduğu kanaatindeyiz.

Kefalet sözleşmesinin süreli olması durumunda belirlenen sürenin sona ermesi geçmişe değil ileriye etkili sonuç doğuracaktır. Bu bağlamda belirlenen sürenin sona ermesinden önce kefilin alacaklıya yaptığı ifa sebepsiz zenginleşme oluşturmayacak ve kefil yapmış olduğu ifa nedeniyle asıl borçluya rücu edebilecektir. Belirlenen süre, zamanaşımı süresi olmadığından durması ya da kesilmesi söz konusu olmayacaktır. Alacaklı, süre dolmadan önce müteselsil kefile karşı dava ya da takip yoluna başvurmuşsa süre dolmuş olsa bile dava ya da takibe devam edebilecektir. Ancak söz konusu dava ya da takibi kesintisiz sürdürmesi gerekir aksi takdirde kefil sorumluluktan kurtulur. Belirlenen süre içerisinde kefalet borcu muaccel olmamış ve alacaklı kefile başvuramamışsa sürenin sona ermesiyle birlikte alacaklı müteselsil kefile başvurma hakkını kaybedecektir. Benzer şekilde kefilin sorumluluk süresi içerisinde kefalet borcu muaccel olmuş ancak alacaklı kefile başvuramamışsa o takdirde sürenin sona ermesiyle birlikte kefile başvuru hakkı ortadan kalkacaktır¹¹⁷⁵. Kefalet sözleşmesinin süreli olacağı konusunda bir karine bulunmamaktadır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin süreli olduğunu iddia eden kefil bu durumu ispatla yükümlü olacaktır. İspatlanamaması halinde kefaletin belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir¹¹⁷⁶.

Kefalet sözleşmesinin belirli süreyle sınırlı olacağı konusunda tarafların kefalet sözleşmesini yaparken anlaşmaları mümkündür. Bunun dışında baştan belirsiz süreli olan kefalet sözleşmesinin sonradan belirli süreli olacağına da karar verebilirler. Bu şekilde kefalet sözleşmesi için bir süre belirlenmesi durumunda yapılacak anlaşmanın şeklinin ne olacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre kefalet sözleşmesi için süre belirlemeye yönelik anlaşmanın herhangi bir şekle tabi olması gerekmemektedir. Zira kefilin sorumluluğunun süre ile sınırlandırılması kefilin yararına bir durum oluşturacak ve

¹¹⁷⁵ GÜMÜŞ, C. II, s. 388-389

¹¹⁷⁶ BECK, Art. 510, N. 35; PESTALOZZI, Art. 510, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Belirsiz Süreli Kefaletle Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s. 211 (Bundan sonra “ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları” olarak anılacaktır); ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 146; GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ÖZEN, Kefalet, s. 535; REİSOĞLU, Kefalet, s. 300; TANDOĞAN, s. 800

belirsiz süreli kefalet nazaran kefilin sorumluluğunun şiddeti hafifleyecektir¹¹⁷⁷. Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise kefalet sözleşmesinin süreli olmasına yönelik her anlaşma bakımından şekle tabi olmadığına kanaat getirilemez. Zira süreli olmayan kefalet sözleşmesinin süreli hale getirildiği her durumun kefilin lehine olacağını söylemek mümkün olmayacaktır. TBK md. 601 hükmüne göre belirsiz süreli kefalette müteselsil kefil, alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınması halinde asıl borç muaccel olduktan sonra alacaklıdan bir ay içinde rehinlerin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini talep edebilmektedir. Alacaklının söz konusu yükümlülüğe uymaması durumunda ise kefil borcundan kurtulmaktadır. Buna göre kefilin kefalet sözleşmesiyle bağlı olacağı süre, asıl borcun muaccel olmasına kadar geçecek olan süre ve onu takip eden bir aylık zaman dilimi olacaktır. Alacaklının yükümlülüğüne uymaması halinde de kefil borcundan kurtulacaktır. Kefalet sözleşmesi için belirlenen sürenin TBK md. 601 hükmüyle kefile tanınan imkandan daha uzun olması durumunda kefalet sözleşmesinin belirli süreli olması kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişiklik olacaktır. Bu sebeple belirsiz süreli kefalet sözleşmesi için süre sınırlaması kararlaştırılan her anlaşma bakımından şekle tabi olmadığı tespiti yerinde olmayacaktır. Süre kararlaştırılmasının kefilin sorumluluğunu arttıran bir değişiklik olduğu kabul edilemiyorsa o takdirde TBK md. 583/f.3 kapsamında değerlendirilecektir¹¹⁷⁸.

11.3.2. Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Süreli Olduğunun Tespiti

Müteselsil kefalet sözleşmesinin belirli süreli olduğunu tespit bakımından kefilin sorumluluğunun belli bir süreyle sınırlandırılmış olması gerekmektedir. Buna göre taraflar açık bir şekilde kefilin belli bir tarihe kadar sorumlu olacağını kararlaştırmış olabilirler¹¹⁷⁹. Örneğin kefilin 12.12.2015 tarihine kadar ya da kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren beş yıl süreyle sorumlu olacağını kararlaştırılması kefalet sözleşmesinin süreli olduğunun göstergesi olacaktır.

¹¹⁷⁷ GIOVANOLI, Art. 510, N. 10; PESTALOZZI, Art. 510, N. 11; GÜMÜŞ, C. II, s. 388; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 144. İspat bakımından yazılı şekilde yapılması gerektiği yönünde REİSOĞLU, Kefalet, s. 300

¹¹⁷⁸ ÇINAR, s. 50-51; ÖZEN, Kefalet, s. 535

¹¹⁷⁹ ÇINAR, s. 51; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 144; GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ÖZEN, Kefalet, s. 536; REİSOĞLU, Kefalet, s. 297; ŞAHAN, s. 75; TANDOĞAN, s. 800

Kefalet sözleşmesinin süreli olduğunu kabul etmek için mutlaka bir tarih gösterilmesi gerekmemektedir. Kefilin sorumlu olacağı tarihin objektif kriterlere göre belirlenebilir olması da kefaletin süreli olarak yapıldığını gösterecektir¹¹⁸⁰. Örneğin kefilin ölümüyle birlikte kefalet sözleşmesinin sona ereceğinin kararlaştırılması halinde kefalet sözleşmesi sürelidir¹¹⁸¹. Zira henüz gerçekleşmemekle birlikte kefilin bir gün öleceği ortadadır. Bu nedenle sözleşmenin sona ereceği tarih bellidir. Ancak TBK md. 598/f.3 düzenlemesiyle gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler için on yıllık süre sınırlaması bulunduğundan kefil daha önce ölmediği takdirde sorumluluğu, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten on yıl sonra kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kefalet sözleşmesi kefilin ölümü ile birlikte sona ereceğinden mirasçılarının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹¹⁸². Ancak on yıllık süre sınırlaması gerçek kişiler için söz konusu olduğundan tüzel kişiler bakımından tüzel kişiliğin sona ereceği ya da tasfiye edileceği zamana kadar kefalet sözleşmesi yapılabilecektir¹¹⁸³.

Kefaletin belli süreli olduğuna kanaat getirebilmek için önemli olan husus kefilin sorumluluğuna ilişkin sürenin sınırlanması olduğundan asıl borç ilişkisindeki süre sınırlamaları kefaletin süreli olduğunun göstergesi olamayacaktır¹¹⁸⁴. Zira kefalet sözleşmesi her ne kadar asıl borç ilişkisine bağımlı (fer'i) bir sözleşme olsa da aynı zamanda asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşmedir. Örneğin asıl borç ilişkisine dair sözleşmenin beş yıllık olması kefaletin süreli olduğunu kabule imkan vermeyecektir. Yargıtay'a göre¹¹⁸⁵ kira sözleşmesinin belli bir süreyle yapılması,

¹¹⁸⁰ BECK, Art. 510, N. 31; PESTALOZZI, Art. 510, N. 10; GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ÖZEN, Kefalet, s. 536

¹¹⁸¹ BECK, Art. 510, N. 31; ÇINAR, s. 52; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 144; ÖZEN, Kefalet, s. 536; REİSOĞLU, Kefalet, s. 298, dipnot, 881; ŞAHAN, s. 75; TANDOĞAN, s. 800

¹¹⁸² BECK, Art. 510, N. 31; ÖZEN, Kefalet, s. 536; ÖZEN, Sona Erme, s. 57

¹¹⁸³ ÇINAR, s. 53

¹¹⁸⁴ BECK, Art. 510, N. 31; GIOVANOLI, Art. 510, N. 10; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 210; ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s. 295 (Bundan sonra "ELÇİN GRASSİNGER, Bazı Sorunlar" olarak anılacaktır); GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ÖZEN, s. 538; REİSOĞLU, Kefalet, s. 299

¹¹⁸⁵ Yarg. HGK, T. 13.11.1996, E. 1996/12-589, K. 1996/760 sayılı kararına göre "...Alacaklı ile borçlulardan A.K. arasındaki kira sözleşmesi 01.01.1993 başlangıç tarihli ve 1 yıl sürelidir. Borçlular A.Ü. ve S.B. sözleşmeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzalamışlardır. Sorumlulukları kira süresi ile sınırlıdır. Sözleşmenin 11. maddesinde adı geçenlerin sözleşmenin yenilenmesi halinde kefaletin devam edeceklerine ilişkin beyan kira miktarı gayrimuayyen olduğundan geçerli değildir".

kefalet sözleşmesinin de süreli olduğu anlamına gelmektedir. Ancak asıl borç ilişkisinin süreli olması kefalet sözleşmesinin de mutlaka süreli olacağı anlamına gelmediğinden Yargıtay'ın bu tutumu yerinde değildir. Asıl borç ilişkisi için belirlenen sürede aynı zamanda kefilin de sorumluluğunun sona ereceği anlaşılıyorsa o takdirde asıl borç ilişkisinin süreli olması kefalet sözleşmesinin de süreli olduğu sonucunu doğuracaktır¹¹⁸⁶. Örneğin alacaklı ve asıl borçlu arasındaki kira sözleşmesinin 3 yıl olduğu ve 3 yılın sonunda kefilin de sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılmışsa kefalet sözleşmesinin süreli olduğu kabul edilecektir.

Kefalet sözleşmesinde belli bir süre öngörülmeyle beraber söz konusu süre kefilin, ortaya çıkabilecek borçlardan dolayı sorumluluğunun kapsamının sınırlandırılmasına yönelik ise kefalet belli süreli olmayacaktır. Örneğin alacaklı ve borçlu arasında cari hesap sözleşmesi söz konusu ise kefilin yalnızca belli bir dönemde ortaya çıkacak olan borçlardan sorumlu olması kefaletin süreli olduğunu göstermez. Zira böyle bir durumda kefilin sorumluluğunun kapsamına giren borç kalemleri sınırlandırılmış ancak söz konusu borçlar sebebiyle sorumluluğu belli bir süreyle sınırlandırılmamıştır¹¹⁸⁷.

Alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesinin taraflardan birinin yapacağı bir bildirimle sona ereceğini kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir düzenlemenin varlığı tek başına,

Karar için bkz. www.kazanci.com. Yarg. 3. HD, T. 05.03.2012, E. 2012/1020, K. 2012/5525 sayılı kararı ise şu şekildedir: "... Kira sözleşmesinin başlangıç ve bitiş tarihi belli olduğuna göre kefilin kefaletinin belirli süreli olduğunun kabulü gerekmektedir. Sözleşmede her ne kadar kefilin sözleşme uzadığı takdirde sorumluluğunun süreceği kararlaştırılmış ise de; HGK'nun 13/11/1996 tarih ve 1996/12-589 sayılı kararı uyarınca kefaletin süresiz olduğuna dair bu koşul geçersizdir. BK'nun 484. maddesi hükmüne göre kefaletin muteber olabilmesi, kefilin sorumlu olacağı belli bir miktarın gösterilmesi ile mümkündür. Kefalet süresinin ve kefilin sorumlu olacağı en yüksek tutarın gösterilmemesi halinde kefalet ancak kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira süresi için geçerlidir. Dava konusu olayda da davalının kefaleti bu açıklamalar uyarınca sınırlı bir kefalet olup, BK'nun 493. maddesinde belirtildiği üzere, kefalet süresinin bitimini takip eden bir ay zarfında alacaklı icraya ya da mahkemeye müracaatla hakkını talep etmezse, yahut takibatına uzun süre ara verirse, kefil kefaletten beri olur. Davacının kira sözleşmesinin süresi 21/02/2008 tarihinde sona ermiş, takip eden bir ay içerisinde icra takibi başlatılmamış ya da dava açılmamıştır. Bu durumda BK'nun 493. maddesindeki sürenin "hak düşürücü" süre niteliğinde olduğu gözetilerek davanın reddi gerekirken, kısmen kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...". Karar için bkz. BİLGİN, s. 620-621

¹¹⁸⁶ ÇINAR, s. 52; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 145; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 211; ÖZEN, Kefalet, s. 537

¹¹⁸⁷ BECK, Art. 510, N. 32; GIOVANOLİ, Art. 510, N. 10; LERCH-TUASON, s. 87; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 145; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 211; ELÇİN GRASSİNGER, Bazı Sorunlar, s. 295-296

kefalet sözleşmesinin süreli olduğunun göstergesi olamayacaktır¹¹⁸⁸. Örneğin kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren 6 ay geçtikten sonra kefalet sözleşmesini istedikleri zaman sona erdirilebileceklerini kararlaştırılmışsa söz konusu sözleşme belirli süreli olmayacaktır. Zira böyle bir durumda kefalet sözleşmesinin sona ereceği tarih belirsizdir. Benzer şekilde kefalet sözleşmesinin kurulmasından 1 yıl geçtikten sonra ve 3 ay önceden bildirimde bulunmak koşuluyla kefalet sözleşmesinin sona erdirileceğine yönelik anlaşma da belirsiz sürelidir¹¹⁸⁹. Zira TBK md. 600 gereği sürenin sonunda kefilin sorumluluktan kurtulacağı bir tarih belli değildir. Ancak sözleşmenin belli bir süre sonra sona ereceği ve tarafların dilerse bu süreden önce tek taraflı fesih beyanıyla sözleşmeyi sona erdirebileceği kararlaştırılmışsa o takdirde kefilin sorumluluğu için belli bir süre sınırı öngörüldüğünden süreli kefalet sözleşmesi sayılacaktır¹¹⁹⁰. Örneğin sözleşmenin 5 yıllık süreye tabi olacağı ancak tarafların 3 ay önceden bildirmek kaydıyla sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirebileceklerine ilişkin düzenleme belirli sürelidir.

Kefalet sözleşmesinin bozucu şarta bağlı olarak yapılması halinde eğer kefilin sorumluluğunun sona ereceği herhangi bir süre kararlaştırılmamışsa kefalet sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilecektir¹¹⁹¹. Örneğin kefalet sözleşmesi 1 yıl içinde başka bir kefil bulunacağı ya da asıl borç için mevcut güvence sayısının arttırılacağı şartına bağlı olarak yapılmışsa ve ayrıca kefilin sorumlu olacağı süreye ilişkin bir sınırlandırmaya gidilmemişse o takdirde sözleşme şarta bağlı kefalet olmasına karşın belirli süreli değildir. Bozucu şarta bağlı kefalet sözleşmesinde şartın gerçekleşmesiyle birlikte kefil sorumluluktan kurtulmaktadır. Aynı şekilde belirli süreli kefalet sözleşmesinde de sürenin sona ermesiyle kefilin sorumluluğu da sona ermektedir. Her iki durumda da kefalet sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir.

¹¹⁸⁸ BECK, Art. 510, N. 32; ÇINAR, s. 54; GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 144; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 211; ÖZEN, Kefalet, s. 537; ŞAHAN, s. 77

¹¹⁸⁹ Doktrinde benzer bir örnekte kefalet sözleşmesinin süreli olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Söz konusu örnek şu şekildedir: “Kefalet akdinin iki yıl geçmesinden sonra iki aylık feshi ihbar süresi ile sona erdirilmesini kabul etmişlerse belirli süreli kefalet akdi kabul edilebilir”. Bknz. ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 144. Fikrimizce böyle bir durumda kefalet sözleşmesi belirli süreli olmamaktadır. Zira kefilin sorumluluğunun sona ereceği tarih hala belirsizdir. Doktrinde benzer yöndeki örneklerde kefalet süresinin belirsiz süreli olacağı kabul edilmektedir. Bknz. ÇINAR, s. 55; GÜMÜŞ, C. II, s. 386; ÖZEN, Kefalet, s. 537

¹¹⁹⁰ ÇINAR, s. 55; ÖZEN, Kefalet, s. 536-537; ŞAHAN, s. 77

¹¹⁹¹ BECK, Art. 510, N. 32; ÇINAR, s. 53; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 146; ÖZEN, Kefalet, s. 537; REİSOĞLU, Kefalet, s. 300

Bu durum özellikle 6098 sayılı TBK'nun 600'üncü maddesindeki düzenlemenin yarattığı bir sonuçtur. Zira EBK md. 493'de sürenin sona ermesi kefilin hemen sorumluluktan kurtulmasını sağlamamaktadır. Bu kapsamda TBK md. 600 hükmünün yürürlüğe girmesiyle bozucu şarta bağlı kefalet sözleşmesinde şartın gerçekleşmesi ve süreli kefalet sözleşmesinde sürenin dolması sonuç bakımından bir farklılık arz etmemektedir¹¹⁹². Ancak TBK md. 173¹¹⁹³ hükmü gereğince bozucu şartın geçmişe etkili olacağı kararlaştırılmışsa o takdirde kefilin sorumluluğu baştan itibaren ortadan kalkacaktır. Bu noktada sözleşmenin şarta mı bağlı olarak yapıldığı ya da belli bir süreye mi tabi olduğunu tespit önem taşır¹¹⁹⁴. Zira sözleşmenin şarta bağlı olarak yapıldığı sonucuna varılırsa kefil alacaklıya yaptığı ifayı geri alabilecektir. Sözleşme şarta bağlı değil de süreli kefalet ise o takdirde kefil sürenin sonunda sorumluluktan kurtulacak ancak ödediklerinin iadesi söz konusu olmayacaktır. Zira sürenin dolması kefilin sorumluluğunu geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin süreli kefalet olup olmadığının tespitinde kefalet belgesinin yorumu yoluna gidilebilir. Bu noktada taraf iradelerinin yorumlanması suretiyle kefaletin süreli olup olmadığı belirlenmeye çalışılacaktır. Kefalet belgesi dışında kalan unsurlara da başvurulabilecek ve söz konusu unsurların belgede bir dayanağı olması gerekmeyecektir¹¹⁹⁵. Ancak yapılacak tüm yorumlara rağmen kefaletin süreli olduğu tespit edilemiyorsa o takdirde belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir.

11.3.3. Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları

TBK md. 600 hükmü gereğince süreli kefalet sözleşmesinde sürenin sona ermesiyle birlikte müteselsil kefil, kendiliğinden borcundan kurtulacaktır¹¹⁹⁶. Kefilin

¹¹⁹² ÇINAR, s. 53-54; ÖZEN, Kefalet, s. 537 dipnot 1259

¹¹⁹³ TBK md. 173'deki düzenlemeye göre "Sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur. – Bozucu koşula bağlanmış sözleşmenin hükümleri, koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkar. – Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin niteliğinden anlaşılmadıkça sona erme, geçmişe etkili olmaz".

¹¹⁹⁴ ÇINAR, s. 54

¹¹⁹⁵ BECK, Art. 510, N. 30; GIOVANOLÌ, Art. 510, N. 10; PESTALOZZI, Art. 510, N. 11; ÖZEN, Kefalet, s. 533

¹¹⁹⁶ BAŞYİĞİT, s. 3332; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 134; ÇINAR, s. 59; GÜMÜŞ, C. II, s. 388; ÖZEN, Kefalet, s. 534; REİSOĞLU, Kefalet, s. 297

borcundan kurtulması yasa gereği gerçekleştiğinden sürenin sonunda bir mahkeme kararına ya da alacaklı veya kefil tarafından verilecek bir beyana ihtiyaç yoktur. TBK md. 600, EBK md. 493'deki gibi alacaklıya bir aylık harekete geçme süresi tanımadığından sürenin geçmesiyle birlikte beklemeye gerek olmaksızın kefil borcundan kurtulacaktır. Belirtmek gerekir ki söz konusu süre zamanaşımı süresi olmadığından sürenin durması ya da kesilmesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁹⁷.

Sürelî kefalet sözleşmesinde sürenin bitiminde kefilin derhal sorumluluktan kurtulmayacağına yönelik anlaşmalar TBK md. 582/f.3 gereğince hükümsüz sayılacaktır. Zira söz konusu hüküm emredici niteliktedir ve kefilin söz konusu hakkından peşinen vazgeçmesi hükümsüzdür. Bunun gibi EBK md. 493'de olduğu gibi sürenin bitimiyle birlikte alacaklının bir ay içinde harekete geçmesi gerektiğinin kararlaştırılması da TBK'da yer alan yeni düzenleme çerçevesinde artık hükümsüz olarak kabul edilecektir¹¹⁹⁸.

11.4. SÜRELİ OLMAYAN KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

11.4.1. Genel Olarak

Belirsiz sürelî ya da diğeri bir tabirle sürelî olmayan kefalet sözleşmesine ilişkin düzenleme TBK md. 601 hükmünde yer almaktadır. Buna göre “Sürelî olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hallerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip hakkını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir. – Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. – Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmese, kefil borcundan kurtulur”. Söz konusu düzenlemede kanun koyucu, kefilin belirsiz sürelî kefalet sözleşmesinin yaratacağı uzun bekleme dönemine maruz kalmasını istememiş

¹¹⁹⁷ ÇINAR, s. 59

¹¹⁹⁸ ÇINAR, s. 61; GÜMÜŞ, C. II, s. 388; ÖZEN, Kefalet, s. 539; ÖZEN, Sona Erme, s. 58-59

ve kefile alacaklıyı harekete geçirebilme imkanı tanımıştır. Zira aksi durumda müteselsil kefil, belirsiz bir süre için alacaklının kendisini takip edebilme ihtimaline karşı sürekli hazır bulunmak zorunda kalacaktır. Ayrıca bu süreç içerisinde asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi ihtimali söz konusu olacak ve kefilin rücu hakkı tehlikeye düşebilecektir¹¹⁹⁹. Her ne kadar TBK md. 593 hükmü gereğince kefil asıl borç muaccel olduğu takdirde alacaklıdan yapacağı ifayı kabul etmesini talep edebilse de TBK md. 601 hükmünün müteselsil kefile sağladığı avantaj alacaklıyı teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehnini paraya çevirmeye zorlayabilmesi olacaktır. Zira TBK md. 593 hükmünde müteselsil kefilin rehinlerin paraya çevrilmesi talebi değil yapacağı ifanın kabul edilmesi söz konusudur. Aynı zamanda TBK md. 601/f.2 hükmü doğrultusunda müteselsil kefil, bazı koşulların varlığı halinde asıl borcun muaccel kılınmasını sağlayabilmektedir.

TBK md. 601 hükmünün 818 sayılı EBK'ndaki karşılığını oluşturan md. 494¹²⁰⁰ hükmünde açık bir şekilde müteselsil kefil ibaresine yer verilmemişti. Müteselsil kefilin TBK md. 494/f.1 hükmünden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktaydı. EBK döneminde müteselsil kefilin rehinlerin paraya çevrilmesini talep etme imkanının bulunmaması sebebiyle tartışmaların temelini alacaklının EBK md. 494/f.1'de belirtilen bir aylık sürede dava ve takip hakkını kime karşı kullanacağı oluşturmaktaydı. Doktrindeki bir görüş müteselsil kefilin EBK md. 494/f.1'den yararlanmasının mümkün olmadığını zira müteselsil kefilin alacaklıdan asıl borçluyu takip etmesini talep edemeyeceği gibi kendisini takip etmesini de talep edemeyeceğini savunmaktaydı¹²⁰¹. Diğer görüş ise müteselsil kefilin EBK md. 494/f.1 hükmünden yararlanmasının mümkün olduğunu ve müteselsil kefilin alacaklıdan kendisini takip etmesini talep edebileceği ileri

¹¹⁹⁹ ÇINAR, s. 77; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 150; REİSOĞLU, Kefalet, s. 301; ŞAHAN, s. 84

¹²⁰⁰ TBK md. 494'deki düzenleme şu şekildeydi: “*Kefalet gayri mahdut bir zaman için akdolanmış ise asıl borç muacceliyet kesbettikten sonra kefil alacaklıdan bir ay zarfında icra veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini ve uzun müddet fasıla vermeksizin takibata devam etmesini talep edebilir. – Bir borcun muacceliyet kesbetmesi alacaklı tarafından borçluya ihbar vukuuna mütevakıf olmadığı takdirde, kefil, kefaleti tarihinden bir sene sonra alacaklıdan bu ihbarın yapılmasını ve borç muacceliyet kesbedince yukarıda zikrolunduğu veçhile icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmesini talep edebilir. Alacaklı, kefilin bu talebini nazara almazsa kefil kefaletten beri olur.*”

¹²⁰¹ BARLAS, Nami, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK md. 494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 192 (Bundan sonra “BARLAS, Belirsiz Süreli Kefalet” olarak anılacaktır); OLGAC, Kefalet, s. 36; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 240-241; ŞAHAN, s. 88; TANDOĞAN, s. 801; YAVUZ, N., Kefalet, s. 868-869

sürmüştü¹²⁰². Ancak 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girmesiyle söz konusu tartışma son bulmuştur. Herşeyden önce TBK md. 601 hükmünde alacaklının dava ve takip haklarını kullanacağı kişinin asıl borçlu olacağı düzenlemesi yer almaktadır. Bu noktada müteselsil kefilin alacaklıdan kendisi hakkında takipte bulunmasını isteme hakkı yoktur. Ancak madde metninde açıkça müteselsil kefilin kanunun öngördüğü hallerde TBK md. 601/1 hükmünden yararlanabileceği düzenlendiğinden müteselsil kefil de söz konusu hüküm kapsamında alacaklıdan talepte bulunabilecektir.

11.4.2. TBK md. 601/f.1 kapsamında Müteselsil Kefilin Alacaklıdan Talepleri

TBK md. 601/f.1 hükmü kapsamında müteselsil kefilin alacaklıya karşı yönelteceği talepler adi kefile göre daha sınırlı olacağı ortadadır. Müteselsil kefil, tartışma def'ini ileri sürme hakkına sahip olmadığı için alacaklıdan asıl borçluya karşı dava ve takip hakkını kullanmasını talep edemeyecektir. Bu sebeple TBK md. 601/f.1 hükmünde müteselsil kefilin kanunun öngördüğü hallerde alacaklıdan talepte bulunabileceği ifade edilmiştir. Ancak kanunun öngördüğü hallerin neler olduğu konuda madde metninde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Kaynak İBK md. 511/f.1'de ise adi veya müteselsil kefalet ayırımı yapılmadan kefilin asıl borç muaccel olduktan sonra alacaklıdan dört hafta içerisinde asıl borçluyu takip etmesini varsa elindeki rehinleri paraya çevirmesini talep edebileceği ifade edilmiştir. Ancak kefilin alacaklıdan bulunabileceği talepler kapsamı, alacaklının kefile başvurabilmesinin bir gereği olmak zorundadır. Bu doğrultuda TBK md. 601/f.1'de bahsi geçen "kanunun öngördüğü hallerde" ifadesini alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için yapması zorunlu olan yükümlülükler şeklinde anlamak gerekir¹²⁰³. Bu çerçevede bir sonuca varmak gerekirse alacaklı müteselsil kefileden talepte bulunabilmek için öncelikle teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmekle yükümlüdür. O halde söz konusu rehinleri paraya çevrilmesini müteselsil kefil TBK md. 601/f.1 kapsamında alacaklıdan talep edebilecektir¹²⁰⁴. TBK md. 601/f.1 hükmünde de varsa rehinlerin paraya çevrilmesinin talep edilebileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda asıl borç muaccel olduktan sonra müteselsil kefil

¹²⁰² LERCH-TUASON, s. 91; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 229; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 154-155

¹²⁰³ ÇINAR, s. 89; GÜMÜŞ, C. II, s. 391; ÖZEN, Kefalet, s. 545

¹²⁰⁴ ÇINAR, s. 89; GÜMÜŞ, C. II, s. 391; ÖZEN, Kefalet, s. 545; REİSOĞLU, Kefalet, s. 307

alacaklıdan bir ay içinde teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmesini talep edebilecektir. Alacaklı söz konusu süre içerisinde rehinlerin paraya çevrilmesi için gerekli olan işlemlere başlamaz ya da başlamakla birlikte uzun bir süre ara verirse müteselsil kefil borcundan kurtulur.

Alacaklı teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmişse müteselsil kefilin rehinlerin paraya çevrilmesi talebi olamayacağı ortadadır. Bunun dışında TBK md. 586/f.2'de alacaklının rehinlerin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurabileceği haller belirtilmiştir. Buna göre alacağın rehinlerin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hallerinde alacaklı rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefile başvurabilmektedir. Söz konusu durumların mevcudiyeti halinde müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 hükmü kapsamında rehinlerin paraya çevrilmesini talep edemeyeceğinin kabulü gerekir. Zira TBK md. 586/f.2'de sayılan hususların mevcudiyeti halinde alacaklının rehinleri paraya çevirme yükümlülüğü yoktur.

TBK md. 586/f.1 hükmüne göre alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun ifada gecikmesi ve bunun üzerine alacaklı tarafından borçluya bir ihtar gönderilmesi gerekmektedir. Söz konusu ihtar gönderilmediği takdirde alacaklı müteselsil kefilin takip edememektedir. TBK md. 601/f.1 hükmü kapsamında da müteselsil kefil, alacaklıdan asıl borçluya ihtar göndermesini talep edebilmelidir. Zira TBK md. 601/f.1 hükmünün uygulanabilmesi için asıl borcun muaccel olması gerekmektedir. Asıl borç muaccel olmasına karşın borçlunun alacaklıya ifada bulunmaması halinde borçlunun TBK md. 586/f.1 anlamında ifada geciktiği söylenebilecektir. Bu doğrultuda müteselsil kefil, alacaklıdan asıl borçluyu takip etmesini talep edemeyecek olsa da borçluya ihtar göndermesini talep edebilecektir. Söz konusu ihtarda alacaklı borçludan ifada bulunmasını isteyecektir. Alacaklının borçluya göndereceği ihtar, alacaklının asıl borçluyu takip etme zorunluluğu anlamına gelmediğinden müteselsil kefilin böyle bir talepte bulunması mümkün olacaktır. Buna göre müteselsil kefil, asıl borç muaccel olduktan sonra alacaklıdan bir ay içinde borçluya ifada bulunmasına yönelik bir ihtar göndermesini talep edecek ve alacaklı söz konusu süre içerisinde ihtarını göndermediği takdirde kefil borcundan kurtulacaktır.

11.4.3. TBK md. 601/f.1 Hükümü Kapsamında Müteselsil Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Şartları

TBK md. 601/f.1 hükmü yalnızca belirsiz süreli müteselsil kefalet sözleşmesi için öngörülmüştür. Süreli kefalet sözleşmesinde TBK md. 600 gereği sürenin sonunda müteselsil kefil kendiliğinden borcundan kurtulduğundan TBK md. 601/f.1'in uygulama alanına girmez. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle asıl borcun muaccel olması gerekmektedir. Asıl borç muaccel olmadığı takdirde alacaklının müteselsil kefilin taleplerini yerine getirme yükümlülüğü söz konusu olmaz. Alacaklı ve borçlunun asıl borcun muaccel olacağı zamanı daha ileri bir tarihe ertelemeleri halinde söz konusu erteleme müteselsil kefil bakımından önem arz etmeyecektir. Kefil borcun muaccel olacağı eski tarihe göre alacaklıdan talepte bulunabilecektir¹²⁰⁵. Asıl borcun muacceliyet tarihini ertelemeye yönelik olarak yapılacak değişikliklerin kefilin bağlanması ancak kefil tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Söz konusu anlaşma kefilin sorumluluğunu ağırlaştıran bir durum oluşturduğu için kefilin vereceği onayın TBK md. 583/f.3 gereğince kefalet sözleşmesinin şekline uygun olması gerekir¹²⁰⁶.

Müteselsil kefilin borç muaccel olduktan sonra hüküm ifade etmek üzere alacaklıdan asıl borç muaccel olmadan önce talepte bulunmasının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre asıl borç muaccel olmadan kısa bir zaman önce kefil alacaklıdan TBK md. 601/f.1 anlamında talepte bulunmuşsa o takdirde borç muaccel olduğu zaman tekrar talepte bulunmasına gerek olmayacak ve talebi muacceliyet tarihinden itibaren geçerli olacaktır¹²⁰⁷. Doktrinindeki diğer görüş ise kefilin asıl borç muaccel olmadan önce alacaklıdan istemde bulunmasının geçerli olmayacağını ve bu nedenle borç muaccel olduktan sonra tekrar talepte bulunması gerekeceğini ileri sürmektedir¹²⁰⁸. Fikrimizce kanun koyucunun söz konusu düzenlemedeki amacı asıl borç muaccel olduktan sonra kefilin alacaklıyı harekete geçirebilmesini sağlamak olduğuna göre borç muaccel olmadan kısa bir

¹²⁰⁵ BECK, Art. 511, N. 25; PESTALOZZI, Art. 511, N. 7; ÇINAR, s. 96; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 213; GÜMÜŞ, C. II, s. 393; ÖZEN, Kefalet, s. 542

¹²⁰⁶ BECK, Art. 511, N. 15; ÇINAR, s. 96; ÖZEN, Kefalet, s. 542-543

¹²⁰⁷ BECK, Art. 511, N. 19; GIOVANOLI, Art. 511, N. 3; PESTALOZZI, Art. 511, N. 5; ÇINAR, s. 95; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 212; ÖZEN, Kefalet, s. 548

¹²⁰⁸ LERCH-TUASON, s. 90; GÜMÜŞ, C. II, s. 392; REİSOĞLU, Kefalet, s. 304

zaman önce yapılan bildirim de borç muaccel olduktan sonra hüküm ifade etmek koşuluyla geçerli saymak gerekir.

Belirsiz süreli müteselsil kefalette kefilin borcundan kurtulabilmesi için asıl borç muaccel olduktan sonra alacaklıdan bir ay içerisinde borçluya ifade bulunmasına yönelik bir ihtar göndermesini veya teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmesini talep etmesi gerekir. Söz konusu talebin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki baskın görüş kefilin alacaklıya yapacağı bildirim, varması gerekli bir irade beyanıdır¹²⁰⁹. Diğer bir görüşe göre söz konusu bildirim bir ihtardır¹²¹⁰. Bir başka görüşe göre ise kefilin alacaklıdan talepleri külfet doğurucu kurucu yenilik doğuran haktır¹²¹¹. Fikrimizce kefilin alacaklıya yapacağı bildirim niteliği varması gerekli irade beyanı olarak kabul edilmelidir.

Müteselsil kefilin alacaklıdan talepte bulunabileceği en erken zaman asıl borcun muaccel olmasıdır. Asıl borç muaccel olduktan sonra ise müteselsil kefil için alacaklıdan talepte bulunabileceği gerekli şartlar mevcutsa, her zaman alacaklıya yönelteceği bir irade beyanı ile talepte bulunabilecektir. TBK md. 601/f.1’de sözü geçen bir aylık sürenin¹²¹² başlangıcı ise beyanın alacaklıya ulaştığı an olacaktır¹²¹³. Doktrinde farklı bir görüş olarak bir aylık sürenin başlangıcının alacaklının ihbarı öğrendiği tarih olacak ifade edilmiştir¹²¹⁴. Ancak aynı görüş sürenin alacaklının talebi aldığı günü takip eden günden itibaren başlayacağını da ifade edilmiştir¹²¹⁵. Öncelikle bizim savunduğumuz görüş doğrultusunda kefilin talepleri alacaklıya

¹²⁰⁹ BECK, Art. 511, N. 18; GIOVANOLI, Art. 511, N. 1; PESTALOZZI, Art. 511, N. 4; ÇINAR, s. 94; ÖZEN, Kefalet, s. 548

¹²¹⁰ ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 214-215; ELÇİN GRASSİNGER, Bazı Sorunlar, s. 297

¹²¹¹ GÜMÜŞ, C. II, s. 392

¹²¹² Doktrinde bir aylık süre ve 30 gün tabirlerinin birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bknz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 302. Ancak TBK md. 601/f.1 hükmünde söz konusu süre otuz gün değil bir ay olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple TBK md. 92/f.1 bent 3 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Buna göre “Bir borcun veya taraflardan birine düşen herhangi bir yükümlülüğün sözleşmenin kurulmasından başlayarak belli bir sürenin sonunda ifası gerekiyorsa, ifa zamanı aşağıdaki biçimde belirlenir: 3. Ay olarak veya yıl, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi birden çok ayı içeren bir zaman olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçınıcı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır”. Örneğin kefilin beyanı 01.11.2013 tarihinde alacaklıya ulaşmışsa bir aylık süre 01.12.2013 tarihinde dolmuş olacaktır. Aynı yönde bknz. ÇINAR, s. 99 dipnot 330

¹²¹³ BECK, Art. 511, N. 25; ÇINAR, s. 99; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 219-220; GÜMÜŞ, C. II, s. 393; ÖZEN, Kefalet, s. 550

¹²¹⁴ REİSOĞLU, Kefalet, s. 304

¹²¹⁵ REİSOĞLU, Kefalet, s. 302.

varması gereken irade beyanı olduğundan beyanın alacaklıya ulaşması gerekecektir. Bu çerçevede alacaklının öğrenmesi sürenin başlaması açısından yeterli olmayacaktır. Her ne kadar sürenin başlangıcının alacaklının öğrenmesine bağlı olması görüşü kefilin lehine sonuç doğuracak olsa da bir aylık sürenin sonunda kefilin borcundan kurtulma ihtimali olduğundan yalnızca öğrenmeyi yeterli saymamak gerekir.

Müteselsil kefilin alacaklıya yönelteceği beyanında bir ay içinde teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehninin paraya çevrilmesi için gerekli işlemleri yapmasını ve asıl borçluya ifada bulunması için ihtar çekmesini aksi takdirde sorumluluktan kurtulacağını belirtecektir. Fakat doktrinde de ifade edildiği gibi beyanın içeriğinde bulunması gereken hususların mevcudiyetinin çok katı bir şekilde değerlendirilmemesi gerekir. Ancak kefil beyanında alacaklıya herhangi bir talep belirtmeden yalnızca gerekeni yapmasını söylemişse ya da sadece kefalet sözleşmesinin sona ereceğini veya kefaletten kurtarılmasını beyan etmişse TBK md. 601/f.3 hükmündeki sonuca ulaşamaz¹²¹⁶. Buna karşılık beyanında TBK md. 601 hükmüne atıf yaparak talepte bulunuyorsa o takdirde geçerli saymak gerekir¹²¹⁷. Doktrinde EBK dönemindeki bir görüşe göre müteselsil kefilin beyanında kime yönelik takipte bulunulmasını istediğini açıkça belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir¹²¹⁸. Bu görüş müteselsil kefilin alacaklının kime yönelik takipte bulunacağını belirleyemeyeceği ve bu nedenle talebinde böyle bir hususu göstermesi gerekmeyeceği ileri sürülerek eleştirilmiştir¹²¹⁹. Ancak 6098 sayılı TBK md. 601/f.1 hükmünde kefilin asıl borçlu hakkında takip yapılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 kapsamındaki talepleri ise varsa teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehninin paraya çevrilmesi ve ifada geciken borçluya ihtar gönderilmesinden ibarettir. Müteselsil kefilin talepleri, alacaklının kendisi takip edebilmesi için kanunen yerine getirmesi zorunlu yükümlülükleriyle sınırlı olduğundan müteselsil kefil asıl borçluya yönelik takip başlatılmasını talep

¹²¹⁶ BECK, Art. 511, N. 22; GIOVANOLİ, Art. 511, N. 4; ÇINAR, s. 98; GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 215; GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 153-154; GÜMÜŞ, C. II, s. 393; ÖZEN, Kefalet, s. 548; REİSOĞLU, Kefalet, s. 303; ŞAHAN, s. 92

¹²¹⁷ ÇINAR, s. 98; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 215; GÜMÜŞ, C. II, s. 393; ÖZEN, Kefalet, s. 548; REİSOĞLU, Kefalet, s. 303

¹²¹⁸ BARLAS, Belirsiz süreli kefalet, s. 188

¹²¹⁹ ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 216

edemeyecektir. Bu nedenle beyanında kime yönelik takipte bulunulmasını istediğini belirtmesi gerekmeyecek zira böyle bir talebi olamayacaktır.

Müteselsil kefilin alacaklıya taleplerini yönelteceği beyanının şekline ilişkin olarak TBK md. 601’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle beyan herhangi bir şekle tabi değildir¹²²⁰. Ancak ispat bakımından yazılı şekilde yapılmasında fayda olacağı kuşkusuzdur.

Müteselsil kefilin TBK md. 601/f.3 hükmü gereğince sorumluluktan kurtulması için alacaklıya beyanda bulunması tek başına yeterli olmamakta ayrıca alacaklının kefilin talepleri doğrultusunda ve kendisine tanınan bir aylık süre içerisinde harekete geçmemesi gerekmektedir. Bu doğrultuda alacaklı müteselsil kefilin beyanının kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içerisinde kefilin taleplerine uygun bir biçimde harekete geçerse müteselsil kefil borcundan kurtulamaz. Buna göre müteselsil kefilin teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehninin paraya çevrilmesi talebi karşısında alacaklının bir aylık süre içerisinde rehinlerin paraya çevrilmesi için gerekli olan takibi başlatması gerekmektedir. TBK md. 601/f.1 hükmüne göre alacaklının müteselsil kefilin talepleri doğrultusunda harekete geçmesi için öngörülen bir aylık süre hak düşürücü niteliktedir. Bu sebeple sürenin kesilmesi ya da durması söz konusu olmayacaktır. Ancak bir aylık süre içerisinde takibin başlatılması yeterli olacak, ayrıca rehinlerin tamamen paraya çevrilmiş olması aranmayacaktır¹²²¹. Zira böyle bir durumda alacaklı bir aylık süre içerisinde hakkını kullanmış olmaktadır. Bu doğrultuda alacaklı bir aylık süre geçtikten sonra da takibe devam edebilecektir. Ancak TBK md. 601/f.1 hükmüne göre alacaklının söz konusu takibe ara vermeden devam etmesi gerekmektedir. EBK md. 494’de ise alacaklının takibe uzun süre ara vermemesi gerektiği ifade edilmişti. Aynı düzenleme İBK md. 511/f.1’de önemli bir ara verilmemesi şeklinde ifade edilmiştir. TBK md. 601/f.1’de geçen “takibe ara vermeme” ibaresi doktrinde farklı görüşlere sebep olmuştur. Baskın görüşe göre kefilin borçtan kurtulması için alacaklının takibe uzun bir süre ara vermemesi ya da başka bir ifadeyle önemli bir kesintinin oluşmaması

¹²²⁰ BECK, Art. 511, N. 23; GIOVANOLİ, Art. 511, N. 4; PESTALOZZI, Art. 511, N. 4; ÇINAR, s. 94; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 219; GÜMÜŞ, C. II, s. 392; ÖZEN, Kefalet, s. 548; REİSOĞLU, Kefalet, s. 302; ŞAHAN, s. 91

¹²²¹ ÇINAR, s. 100; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 222; ÖZEN, Kefalet, s. 550-551; ÖZEN, Sona Erme, s. 65

gerekmektedir¹²²². Kanunun lafzından hareket eden bir başka görüşe göre ise alacaklının takibe ara vermemesi gerekmektedir. Bu görüş doğrultusunda uzun süreli sayılmayacak bir kesinti de kefilin borcundan kurtulmasına sebep olacaktır¹²²³. Fikrimizce TBK md. 601/f.1 hükmünde geçen takibe ara vermeme ibaresi takibe uzun süre ara vermeme gerekliliği olarak anlaşılmalıdır. Öncelikle TBK md. 601 hükmünün gerekçesinde¹²²⁴ söz konusu hususa ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Aynı zamanda gerekçede kaynak İBK'nun 511'inci maddesinin göz önünde tutulduğu belirtilmiştir. O halde kanun koyucunun bir ihmali sonucu TBK md. 601/f.1 hükmünde “takibe ara vermeme” ifadesi kullanılmıştır. Bu doğrultuda alacaklının bir aylık süre içerisinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlaması ve başlattığı takibe önemli sayılmayacak bir ara vermesi halinde müteselsil kefil borcundan kurtulmayacaktır. Aksi düşüncenin kabulü halinde müteselsil kefil alacaklı tarafından başlatılan takibe ilişkin en ufak bir kesilmede borcundan kurtulduğunu iddia edecek ve bu davranış dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır.

Alacaklının başlattığı takibe önemli bir ara vermeksizin devam etme zorunluluğundan ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre alacaklının başlattığı takibe yönelik

¹²²² BİLGİN, s. 647; GÜMÜŞ, C. II, s. 395; ÖZEN, Kefalet, s. 551; ÖZEN, Sona Erme, s. 65; REİSOĞLU, Kefalet, s. 301

¹²²³ ÇINAR, s. 103

¹²²⁴ TBK md. 601 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesini karşılamaktadır. Tasarının üç fıkradan oluşan 601 inci maddesinde, süreli olmayan kefalette, kefaletin sona ermesi düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “III. Mahdut olmayan zaman için kefalet” şeklindeki ibare, Tasarıda “IV. Süreli olmayan kefalette” şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, asıl borcun muaccel olması koşuluyla, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hâllerde, kefil, alacaklıyı bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabilecektir. Böylece, diğer süreli olmayan sözleşmelere benzer biçimde, kefilin, açıklanan yolu izleyerek kefalet sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yapılan çeviri yanlışlığı düzeltilerek, Tasarıda “alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacağı” denilmiştir. Maddenin son fıkrası ise, 818 sayılı Borçlar Kanununun 494 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesiyle benzer içeriğe sahiptir. Ancak bu cümle Tasarıda ayrı bir fıkra hâlinde kaleme alınmış ve böylece maddenin birinci ve ikinci fıkralarını kapsayacak şekilde, kefilin, yaptığı istemlerin gereğinin alacaklı tarafından yerine getirilmemesi durumunda borcundan kurtulacağı hükme bağlanmıştır. Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur. Maddenin düzenlenmesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 511 inci maddesi göz önünde tutulmuştur”.

bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır¹²²⁵. Gösterilecek özenin derecesini ise bir görüş dürüst, makul bir alacaklının göstermekle yükümlü olduğu özen olarak ifade ederken¹²²⁶ bazı görüşlere göre basiretli bir tacirin TMK md. 2 gereği göstereceği dikkat ve özen olarak kabul edilmektedir¹²²⁷. Fikrimizce alacaklının göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi TMK md. 2 çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi müteselsil kefilin alacaklıdan diğer bir talebi ise ifada geciken borçluya ihtar çekmesi olacaktır. Zira alacaklının müteselsil kefilin takip edebilmesi için ifada geciken borçluya ihtar göndermesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Bu doğrultuda alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmamış olması halinde de müteselsil kefil TBK md. 601/f.1 hükmünden yararlanması mümkün olabilecektir. Bu nedenle alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmamış olması veya alacaklının söz konusu rehinleri daha önceden paraya çevirmiş olması durumunda müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 hükmünden yararlanamayacağını ifade eden görüşlere katılmamaktayız¹²²⁸. Müteselsil kefilin talebi üzerine alacaklı, ifada geciken borçluya bir ihtar gönderip borcunu ödemesini talep edecektir. Gönderilen ihtar karşısında borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklı müteselsil kefile başvurabilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 anlamındaki talebi alacaklının asıl borçluyu takip etmesi değildir. Alacaklının yapması gereken yalnızca asıl borçluya borcunu ödemesi için bir ihtar göndermektedir. Alacaklı müteselsil kefilin talebi üzerine bir aylık süre içerisinde asıl borçluya ihtar göndermezse kefil borcundan kurtulur. Görüldüğü üzere müteselsil kefilin asıl borçluya ihtar gönderilmesi talebi üzerine alacaklının hareketsiz kalması kefilin borcunun sona ermesine sebep olmaktadır.

¹²²⁵ BECK, Art. 510, N. 43; GIOVANOLI, Art. 510, N. 12; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 147-148; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 221; GÜMÜŞ, C. II, s. 394

¹²²⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 394

¹²²⁷ BECK, Art. 510, N. 43; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 148

¹²²⁸ GÜMÜŞ, C. II, s. 391; ÖZEN, Kefalet, s. 545; REİSOĞLU, Kefalet, s. 307

11.4.4. Asıl Borcun Muaccel Olmasının Alacaklı Tarafından Yapılacak Bir Bildirimle Gerçekleşmesi

TBK md. 601/f.2 hükmündeki düzenlemeye göre “*Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir*”. Bir kez daha anımsatmak gerekirse; TBK md. 601 hükmünün düzenleme amacı, genel olarak belirsiz süreli kefalet sözleşmesinde kefilin belli olmayan bir süre için sorumluluk altına girmesini engellemektir. Bu doğrultuda TBK md. 601/f.1 hükmünde müteselsil kefile söz konusu belirsizliği önleyebileceği bir takım imkanlar tanınmıştır. Ancak bilindiği gibi müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 hükmünden yararlanabilmesi asıl borcun muaccel olmasına bağlıdır. Asıl borç muaccel değilse kefil bakımından belirsizlik devam edecektir. Borcun muaccel olması alacaklı tarafından borçluya yapılacak bir bildirimle bağlı tutulmuşsa alacaklı söz konusu bildirimde bulunmayarak müteselsil kefilin TBK md. 601/f.1 hükmünden yararlanmasını engelleyebilir. Bu sebeple kanun koyucu TBK md. 601/f.2 hükmünde kefile asıl borcun muaccel olabilmesi için alacaklıyı harekete geçirebilme imkanı tanımıştır. Adi kefil gibi müteselsil kefil de müteselsil kefalet sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK md. 601/f.2 hükmünden yararlanabilecektir¹²²⁹.

TBK md. 601/f.2 hükmüne göre müteselsil kefilin alacaklıdan asıl borcun muaccel kılınması adına borçluya bildirimde bulunmasını isteyebileceği en erken tarih kefalet sözleşmesinin kurulmasından bir yıl sonrasıdır. Ancak alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişkide alacaklının yapacağı bildirimle borcun en erken muaccel olabileceği tarihe ilişkin olarak daha uzun bir süre kararlaştırılmışsa o takdirde kararlaştırılan sürenin dikkate alınması gerekir. Örneğin alacaklı ve borçlu arasında yapılan sözleşmede, alacaklının sözleşmenin kurulmasından itibaren iki yıl geçmeden borcu muaccel kılamayacağı kararlaştırılmışsa müteselsil kefil kefalet sözleşmesinin kurulmasından bir yıl sonra alacaklıdan böyle bir talepte bulunamaz.

¹²²⁹ BARLAS, Belirsiz Süreli Kefalet, s. 176; ÇINAR, s. 102; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 229; ÖZEN, Kefalet, s. 552, dipnot 1289; REİSOĞLU, Kefalet, s. 307; TANDOĞAN, s. 802-803; ŞAHAN, s. 88

Bu durumda bir yıldan daha uzun süreye göre kefil alacaklıdan muacceliyet talebinde bulunabilecektir¹²³⁰.

Müteselsil kefilin asıl borca ilişkin muacceliyet talebi alacaklıya ulaştığı takdirde alacaklının ne kadar sürede ihbarda bulunması gerektiğine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ise farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre müteselsil kefilin talebi alacaklıya ulaştığında alacaklı derhal asıl borçluya muacceliyet ihbarında bulunmalıdır¹²³¹. Diğer bir görüşe göre ise müteselsil kefil alacaklıya muacceliyet ihbarında bulunmak için uygun bir süre vermelidir¹²³². Bizim de katıldığımız bir başka görüş ise müteselsil kefilin alacaklıya muacceliyet ihbarı için bir süre tanınmasının yerinde olduğunu kabul etmekle birlikte kefil için böyle bir zorunluluk bulunmadığını ve kefilin alacaklıya süre tanımadığı durumlarda TMK md. 2 hükmü çerçevesinde alacaklının en kısa süre içerisinde borçluya muacceliyet ihbarında bulunması gerektiğini savunmaktadır¹²³³.

TBK md. 590/f.3 hükmüne göre asıl borcun muaccel olması alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bir bildirimde bulunmasına bağlı olduğu durumlarda söz konusu bildirim müteselsil kefile de yapılması gerekir. Böyle bir bildirimde bulunulmaması, kefil bakımından borcunun muaccel sayılmaması sonucunu doğurur. TBK md. 601/f.2 gereği kefilin alacaklıdan muacceliyet ihbarında bulunmasını talep etmesi halinde ise söz konusu ihbarın yapılmasının ardından TBK md. 590/f.3 gereği kefile bilgi verilmesi gerekip gerekmeyeceğine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre TBK md. 601/f.2 gereği alacaklının asıl borçluya muacceliyet ihbarında bulunması halinde de kefilin ayrıca bilgilendirmesi gerekir. Ancak alacaklının kefilin bilgilendirmemesi kefilin borcundan kurtulması sonucunu doğurmaz. Böyle bir durumda alacaklı kefile bilgilendirene kadar kefalet borcu

¹²³⁰ BECK, Art. 511, N. 35; PESTALOZZİ, Art. 511, N. 10; ÇINAR, s. 97; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 213-214; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 152; GÜMÜŞ, C. II, s. 396; ÖZEN, Kefalet, s. 552; REİSOĞLU, Kefalet, s. 305

¹²³¹ BECK, Art. 511, N. 36; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 511, N. 24; PESTALOZZİ, Art. 511, N. 11; GÜMÜŞ, C. II, s. 396; OLGAC, Kefalet, s. 36; ÖZEN, Kefalet, s. 553.

¹²³² REİSOĞLU, Kefalet, s. 306; TANDOĞAN, s. 802; ŞAHAN, s. 94. Doktrindeki bir görüş, muacceliyet ihbarında bulunmak için kefilin alacaklıya uygun bir süre vermesi gerektiği görüşünü savunmakla birlikte diğer bir çözüm yolu olarak alacaklının muacceliyet ihbarında bulunmakta geciktiği sürenin TBK md. 601/f.1 hükmündeki bir aylık süreden düşülebileceği ileri sürülmüştür. Bknz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 306

¹²³³ ÇINAR, s. 105; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 226; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 152

muaccel olmaz¹²³⁴. Bir diğ er görü Ő e göre TBK md. 601/f.2 gereğ i alacaklı muacceliyet ihbarında bulunmu Ő sa kefil bilgilendirmesine gerek yoktur¹²³⁵. Öncelikle Ő unu belirtmek gerekir ki her iki görü Ő bakımından da alacaklı nın borç luya yaptığ ı muacceliyet ihbarına ili Ő kin kefil bilgilendirmemesi müteselsil kefilin borcundan kurtulmasına sebep olmayacaktır. Tartı Ő ılması gereken husus alacaklı nın kefilin talebi üzerine muacceliyet ihbarında bulunmasının TBK md. 590/f.3 anlamında bir zorunluluk olu Ő turup olu Ő turmadığ ıdır. Bö yle bir gerekliliğ in kabul edilip edilmemesi ise kefilin borcunun muaccel olup olmayacağ ını belirleyecektir. Fikrimizce muacceliyet ihbarını kefil talep etmi Ő se alacaklı nın yaptığ ı ihbara ili Ő kin kefil bilgilendirmesi gerekmemelidir. Zira bu konuda talepte bulunan zaten kefil dir. TBK md. 590/f.3 hükmü nün amacı asıl borca ili Ő kin muacceliyetten kefilin bilgi sahibi olması ve ona göre nasıl hareket edeceğ ine karar verebilmesidir. Muacceliyet talebi kefil den geldiğ ine göre tekrar yapılacak bir bilgilendirme gereksiz olacaktır. Kald ı ki kefil TBK md. 601/f.2 hükmü kapsamında alacaklı dan bö yle bir talepte bulunduğ unda talebinin yerine getirilip getirilmediğ ini zaten kendisi takip edecektir. Zira talebinin yerine getirilmemesi borcundan kurtulması sonucunu doğ uracaktır.

TBK md. 601/f.2 hükmünde adi kefil ya da müteselsil kefil ayırımı yapılmadan asıl borç muaccel olduktan sonra kefilin birinci fıkr a hükmü doğ rultusunda alacaklı dan takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebileceğ i düzenlenmi Ő tir. Müteselsil kefil TBK md. 601/f.1 hükmü çerçevesinde alacaklı dan asıl borç luya kar Ő ı dava ve takip haklarını kullanmasını isteyemeyeceğ i ortadadır. Bu nedenle müteselsil kefilin talepleri, varsa alacak rehni veya ta Ő ınmaz rehninin paraya çevirilmesine yönelik takip ba Ő ılatılması ve ifada geciken borç luya ifada bulunması için ihtar gönderilmesi Ő eklinde olacaktır. Ancak Ő unu belirtmek gerekir ki müteselsil kefil alacaklı dan yalnızca asıl borcun muaccel kılınmasını talep etmi Ő se o takdirde alacaklı nın rehinlerin paraya çevrilmesi için gerekli i Ő lemleri yapmasını ya da borç luya ifada bulunması için ihtar göndermesini bekleyemeyecektir. Fikrimizce TBK md. 601/f.2 hükmü anlamında iki talep mevcuttur. Taleplerden biri asıl borcun muaccel kılınmasına yönelik iken diğ er talep TBK md. 601/f.1 hükmüne yöneliktir. Bu sebeple müteselsil kefilin alacaklı ya yönelteceğ i beyanında yalnızca asıl borcun

¹²³⁴ BECK, Art. 511, N. 36; LERCH-TUASON, s. 90; PESTALOZZI, Art. 511, N. 11; ÇINAR, s. 105, dipnot 352; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 227-228; GÜMÜ Ő , C. II, s. 397

¹²³⁵ ÖZEN, Kefalet, s. 553

muaccel olmasını talep etmesi, TBK md. 601/f.1 hükmünün sonuçlarını doğurmaz. Bir başka ifadeyle borcun muaccel kılınması için harekete geçerek üzerine düşeni yapan alacaklı rehinlerin paraya çevrilmesi için gereken takibi başlatmadığı için müteselsil kefil sorumluluktan kurtulmayacaktır. Ancak müteselsil kefilin mutlaka iki ayrı beyanda talepte bulunması da gerekmeyecektir. Buna göre müteselsil kefilin aynı beyanı içinde hem asıl borcun muaccel kılınmasını hem de borç muaccel olduktan sonra bir ay içinde alacaklıdan TBK md. 601/f.1 kapsamında harekete geçmesini talep edebilecektir. Böyle bir durumda alacaklının yapması gereken öncelikle asıl borcun muaccel kılınmasını sağlamaktır. Asıl borçluya muacceliyet ihbarı ulaştıktan sonra ise bir ay içinde teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehininin paraya çevrilmesi için gerekli işlemleri başlatmalı ve yapacağı takibe önemli bir süre ara vermeden devam etmelidir. Aksi takdirde müteselsil kefil herhangi bir zarara uğramamış olsa bile borcundan kurtulur¹²³⁶. Bunun dışında müteselsil kefilin ifade geciken borçluya ihtar gönderilmesi talebini yerine getirmeyen alacaklı karşısında da kefil borcundan kurtulacaktır.

11.4.5. Belirsiz Süreli Müteselsil Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Borcundan Kurtulmasının Sonuçları

Alacaklının müteselsil kefilin hem TBK md. 601/f.1 hem de TBK md. 601/f.2 hükümleri kapsamındaki taleplerini yerine getirmemesi halinde kefil borcundan kurtulmaktadır. Zira TBK md. 601/f.3 hükmünde bu husus “Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre müteselsil kefil alacaklıdan asıl borçluya muacceliyet ihbarında bulunmasını talep etmiş ancak alacaklı yerine getirmemişse kefil borcundan kurtulur. Bunun dışında asıl borca yönelik muacceliyet ihbarında bulunmuşsa ya da borç hali hazırda muaccel ise kendisine tanınan bir aylık süre içerisinde teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehnini paraya çevirmek için takibe başlamazsa da kefil borcundan kurtulacaktır. Takibe başlamakla birlikte takibe önemli sayılabilecek bir süre vermesi de yine kefil borcundan kurtulması sonucunu doğuracaktır. Müteselsil kefilin talebi

¹²³⁶ BECK, Art. 511, N. 36; GIOVANOLİ, Art. 511, N. 7; PESTALOZZİ, Art. 511, N. 12; GÜMÜŞ, C. II, s. 396; ÖZEN, Kefalet, s. 553

ifada geciken borçluya ifada bulunmasına yönelik ihtar gönderilmesi ise alacaklının bu talebi yerine getirmemesi halinde de kefil borcundan kurtulur.

Müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden kurtulması kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir. Alacaklının ya da kefilin herhangi bir beyanda bulunmasına ya da hakim kararına ihtiyaç duyulmayacaktır. Bunun dışında müteselsil kefilin herhangi bir zarara uğramış olması da gerekmeyecektir¹²³⁷. Kefilin kefalet sözleşmesinden kurtulması ileriye etkili sonuç doğuracaktır. Buna göre şartlar oluşup kefilin borcu sona erdikten sonra alacaklı müteselsil kefilde talepte bulunamayacaktır. Ancak şartlar oluşmadan önce kefil bir takım edimleri yerine getirmişse iadesini talep edememesi gerekir. Oysa doktrinde kefilin borcundan kurtulması halinde daha önce yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edebileceği ifade edilmiştir¹²³⁸. Müteselsil kefilin böyle bir talebi olabilmesi için kefalet sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ve bu sebeple kefil tarafından yerine getirilmiş edimlerin sebepsiz zenginleşme oluşturması gerekir. Ancak TBK md. 601/f.3 hükmü kapsamında kefalet sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmamakta yalnızca kefalet sözleşmesi sona erdiği için kefil borcundan kurtulmaktadır. Bu sebeple de belirsiz süreli kefalet sözleşmesinin TBK md. 601 hükmü kapsamında sona ermesi halinde kefil daha önce yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edemeyecektir¹²³⁹.

11.5. MÜTESELSİL KEFİLİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ

11.5.1. Genel Olarak

TBK md. 599'daki düzenlemeye göre *“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.- Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle*

¹²³⁷ PESTALOZZI, Art. 511, N. 11; ELÇİN GRASSİNGER, Kefilin Hakları, s. 224; GÜMÜŞ, C. II, s. 396; ÖZEN, Kefalet, s. 553; ÖZEN, Sona Erme, s. 66

¹²³⁸ ÖZEN, Kefalet, s. 551; ÖZEN, Sona Erme, s. 66

¹²³⁹ BECK, Art. 511, N. 32; GÜMÜŞ, C. II, s. 397

uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür". EBK zamanında bulunmayan bir hükme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilerek kefile bazı şartlar altında kefalet sözleşmesinden dönebilme hakkı tanımıştır. Aslında TBK md. 599 hükmü haricinde de kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi mümkündür. Kefalet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması durumunda kefil, sözleşmenin karşı tarafı olan alacaklının kendi edimi ifa etmede temerrüde düşmesi halinde TBK md. 125 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönebilir¹²⁴⁰. Bunun dışında alacaklının ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda TBK md. 98¹²⁴¹ hükmü gereğince alacaklıdan güvence talep edebilir. Alacaklının verilen süre içerisinde güvence vermemesi halinde kefil kefalet sözleşmesinden dönebilir¹²⁴². Ancak söz konusu hükümlere dayanarak kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için kefalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması gerekmektedir. Oysa ki kefalet sözleşmeleri uygulamada genellikle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılmaktadır. Bunun dışında TBK md. 98 hükmü kapsamında sözleşmeden dönebilmesi asıl borçlunun değil alacaklının ifa güçsüzlüğüne düşmesi halinde söz konusudur. Kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesini sağlayacak bir başka imkan ise TBK md. 138¹²⁴³ hükmünde yer almaktadır. Ancak söz konusu düzenleme de asıl borçlunun değil kefilin ifa güçlüğü içinde bulunmasına özgü bir durumdur. Kefalet sözleşmesinin yapılma amacının asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin rizikolara karşı alacaklıya güvence sağlamak olduğu dikkate alınırsa kefilin kural olarak borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanması söz konusu olmamaktadır. Üstelik müteselsil kefilin asıl borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin tarafı olmaması da borçlunun ödeme güçsüzlüğüne dayanamaması sonucunu doğurmaktadır. Ancak kanun koyucu kefalet sözleşmelerinde genellikle kefilin hatır amaçlı sorumluluk

¹²⁴⁰ BECK, Art. 510, N. 3; ÇINAR, s. 108; GÜMÜŞ, C. II, s. 398

¹²⁴¹ TBK md. 98 hükmündeki düzenleme şu şekildedir: "Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. – Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir".

¹²⁴² PESTALOZZİ, Art. 510, N. 3; ÇINAR, s. 108; GÜMÜŞ, C. II, s. 398

¹²⁴³ TBK md. 138 hükmüne göre "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. – Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır".

altına girdiğini göz önüne alarak bazı koşulların varlığı halinde kefile kefalet sözleşmesinden dönebilme imkanı tanımıştır. Buna göre gelecekte doğacak bir borca kefil olunması halinde, borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya mali durumunda bir değişiklik olmamakla birlikte kefilin iyi niyetli olarak borçlunun mali durumunun kötü olduğu anlayamamış olması halinde kefil kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Ancak bunun için asıl borcun doğmamış olması gerekmektedir. Borç doğmuşsa kefil TBK md. 599 hükmüyle kendisine tanınan dönme hakkını kullanamaz. Söz konusu dönme hakkına ilişkin kefalet türleri bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından müteselsil kefil de şartlar oluştuğunda kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Müteselsil kefalet sözleşmesinin belirli süreli olması ya da olmaması dönme hakkının kullanılabilmesi bakımından bir fark yaratmayacaktır¹²⁴⁴.

11.5.2. Müteselsil Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Dönme Hakkını Kullanabilmesinin Şartları

11.5.2.1. Asıl Borcun Henüz Doğmamış Olması

TBK md. 599 hükmü kapsamında kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için gelecekte doğacak bir borca kefil olması gerekmektedir. Daha önceki açıklamalarımızdan da hatırlanacağı üzere TBK md. 582/f.1 hükmü gereği gelecekte doğacak borçlara kefil olunması mümkündür¹²⁴⁵. Bu doğrultuda müteselsil kefil gelecekte doğacak bir borca kefil olduğunda, TBK md. 599 hükmündeki diğer şartların da varlığı halinde kefalet sözleşmesinden dönebilir. Ancak dönme hakkını borç doğmadan önce kullanması gerekmektedir. Kefaletle güvence altına alınan borcun doğması halinde kefil TBK md. 599 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebilir. Dikkat edilmelidir ki borcun henüz doğmamış olması ile borcun doğmuş ancak muaccel olmaması farklı kavramlardır. Bu sebeple asıl borç doğmuş fakat henüz muaccel olmamışsa müteselsil kefil kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Örneğin kefil, alacaklı ve borçlu arasında yapılan satış sözleşmesinden kaynaklanan satış bedeli borcu için kefil olmuş ve borç henüz muaccel olmamışsa kefilin kefalet

¹²⁴⁴ BECK, Art. 510, N. 1; GIOVANOLI, Art. 510, N. 9; PESTALOZZI, Art. 510, N. 3; ÇINAR, s. 109; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 458; GÜMÜŞ, C. II, s. 397; ÖZEN, Kefalet, s. 562

¹²⁴⁵ Bknz. “Gelecekte Doğacak ve Şarta Bağlanmış Borçlar” başlığı altındaki açıklamalarımız.

sözleşmesinden dönme hakkı yoktur. Zira borç muaccel olmamakla birlikte doğumu gerçekleşmiştir. Ancak kefalet borcu gelecekte yapılacak bir satım sözleşmesinden kaynaklanan satım bedeli borcu ise o takdirde kefil satım sözleşmesi yapılanaya kadar kefalet sözleşmesinden diğer şartların da varlığı halinde dönebilecektir¹²⁴⁶. Gelecekte doğacak bir borca kefalet dönemsil edimler içeren bir sözleşme bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin ileride yapılacak bir kira sözleşmesinde kefilin henüz doğmamış kira bedeli ödeme borcu için kefil olması mümkündür. Böyle bir durumda kira sözleşmesi yapıldığında ilk ay kira bedeli ödeme borcu da doğmuş olacak ve bu noktada kefil kefalet sözleşmesinden dönemeyecektir. Kira sözleşmesi kurulduktan sonra henüz doğmamış kira bedeli borcu için kefil olunmuşsa söz konusu borç doğmadan müteselsil kefil kefalet sözleşmesinden dönebilir. Örneğin kira sözleşmesinin kurulma tarihi 01.01.2014'tür. Söz konusu kira sözleşmesinden kaynaklanan kira bedeli ödeme borcu için 15.03.2014 tarihinde müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmıştır. TBK md. 589/f.3 hükmü kapsamında sözleşmede açıkça kararlaştırılmadıkça müteselsil kefil, borçlunun (kiracının) kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda müteselsil kefilin sorumlu olacağı kira bedeli borcu 01.04.2014 tarihinde doğmuş olacaktır. O halde müteselsil kefil 01.04.2014 tarihine kadar kefalet sözleşmesinden dönebilecektir¹²⁴⁷.

Doktrinde verilen bir başka örnek ise çerçeve sözleşme niteliğindeki genel kredi açma sözleşmesine kefil olunmasıdır. Böyle bir durumda kefilin sözleşmeden dönme hakkını ne zamana kadar kullanabileceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre ise çerçeve sözleşme niteliğindeki genel kredi açma sözleşmesinin imzalanmasıyla birlikte kefilin kefalet sözleşmesinden dönme hakkı ortadan kalkar¹²⁴⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre genel kredi sözleşmesi imzalanmış ancak henüz belli bir kredi kullanılmamışsa müteselsil kefil kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Zira henüz borç doğmamıştır. Ancak banka örneğin söz konusu kefalet sözleşmesine güvenerek üçüncü bir kişiye teminat mektubu vermişse o takdirde yükümlülük altına girmiş olduğundan müteselsil kefil kefalet

¹²⁴⁶ BECK, Art. 510, N. 9; ÇINAR, s. 114; GÜMÜŞ, C. II, s. 398-399; ÖZEN, Kefalet, s. 564; ÖZEN, Sona Erme, s. 73

¹²⁴⁷ ÇINAR, s. 114; GÜMÜŞ, C. II, s. 399

¹²⁴⁸ PESTALOZZI, Art. 510, N. 4

sözleşmesinden dönemeyecektir¹²⁴⁹. Fikrimizce genel kredi açma sözleşmesinin imzalanması durumunda kefilin kefalet sözleşmesinden dönme hakkının kalkacağını kabul etmek yerinde değildir. Zira çerçeve sözleşme niteliğindeki genel kredi açma sözleşmelerinde banka farklı hukuki sebeplere yönelik kredi verme yükümlülüğü altına girmekle birlikte münferit kredinin talep edilme sebebini oluşturan sözleşme henüz imzalanmadığı takdirde kefil kefalet sözleşmesinden dönebilmelidir.

Asıl borç ilişkisinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının TBK md. 125 hükmü gereğince sözleşmeden dönme hakkı bulunabilir. Benzer şekilde asıl borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle alacaklının TBK md. 98 hükmü kapsamında güvence talep etmesi ve güvence verilmediği takdirde sözleşmeden dönmesi mümkün olabilir. Tüm bu olasılıklarda kefaletle güvence altına alınan borç doğmuştur. Söz konusu iki halde başka bir ifadeyle alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu müddetçe kefilin de TBK md. 599 çerçevesinde kefalet sözleşmesinden dönebileceği doktrinde ifade edilmiştir. Bu görüşe göre kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesinin asıl borcun doğmamış olması koşuluna bağlanmasındaki amaç, alacaklının kefalet sözleşmesine güvenerek dönülmez bir şekilde yükümlülük altına girmemiş olmasıdır. Alacaklı sözleşmeden dönerek yükümlülükten kurtulabilme imkanına sahip olabiliyorsa ortada kesin bir bağlılık bulunmamaktadır. Bu doğrultuda TBK md. 125 ve TBK md. 98 hükümleri çerçevesinde alacaklının sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu müddetçe kefaletle güvence altına alınan borç doğmuş olsa bile kefil TBK md. 599 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönebilir¹²⁵⁰. İsviçre öğretisinde bir başka görüş ise alacaklının TBK md. 98 (İBK md. 83) gereğince sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu durumlarda kefilin TBK md. 599 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedir. Ancak aynı görüş TBK md. 125 (İBK md. 107) hükmü çerçevesinde alacaklının borçlu temerrüdüne dayanarak sözleşmeden dönebileceği hallerde ise kefilin TBK md. 599 (İBK md. 510) hükmüne göre kefalet sözleşmesinden dönemeyeceğini ifade etmektedir¹²⁵¹. Fikrimizce her iki görüş de müteselsil kefalet sözleşmesi bakımından uygulama alanı bulmaz. Zira alacaklı müteselsil kefalet sözleşmesinde asıl borçluyu takip etmekle yükümlü değildir. Alacaklı asıl borçluyu

¹²⁴⁹ ÇINAR, s. 115; GÜMÜŞ, C. II, s. 399; REİSOĞLU, Kefalet, s. 293

¹²⁵⁰ ÖZEN, Kefalet, s. 564-565

¹²⁵¹ BECK, Art. 510, N. 10; PESTALOZZI, Art. 510, N. 4

takip edebileceği gibi tercihini müteselsil kefil takip etmekten yana da kullanabilir. Aynı şekilde hem asıl borçluyu hem de müteselsil kefil takip etmesi de mümkündür. O halde TBK md. 98 hükmü gereğince asıl borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi halinde alacaklı müteselsil kefile başvurma yolunu tercih edebilir. Bu doğrultuda alacaklının sözleşmeden dönme hakkına sahip olması sebebiyle kesin bir bağlılığının bulunmadığını ve müteselsil kefilin TBK md. 599 hükmü uyarınca kefalet sözleşmesinden dönebileceğini kabul etmek doğru olmaz. Aynı durum TBK md. 125 hükmü bakımından da geçerlidir. Borçlunun borçlu temerrüdüne düşmesi halinde alacaklı müteselsil kefil takip etmeyi tercih edebilecektir. Sonuç olarak alacaklının TBK md. 98 ve TBK md. 125 hükümleri doğrultusunda sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu durumlarda müteselsil kefilin de sözleşmeden dönebileceğini kabul etmek alacaklıyı zorunlu olarak dönme hakkını kullanmaya yönlendirir ki bu sonuç müteselsil kefalet sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmaz.

İBK md. 510/f.1'de çalışanlara kefalet söz konusu olduğunda hizmet ilişkisi kurulduktan sonra kefalet sözleşmesinden dönmenin mümkün olmayacağı düzenlenmiştir. Çalışanlara kefalette çalışanın verebileceği muhtemel zararlara kefil olunmaktadır. Bu sebeple gelecekte doğacak bir borca kefalet söz konusudur. Ancak İBK md. 510/f.1 hükmü çerçevesinde zarar henüz ortaya çıkmasa bir başka ifadeyle borç henüz doğmasa bile hizmet ilişkisi kurulduktan sonra kefalet sözleşmesinden dönülemez. Söz konusu düzenleme TBK md. 599 hükmüne alınmamıştır. Bu sebeple çalışanlara kefalette hizmet ilişkisi kurulmuş olsa bile çalışanın verdiği zarar ortaya çıkana kadar kefil kefalet sözleşmesinden dönebilecektir¹²⁵².

Müteselsil kefilin dönme hakkını kullanarak sözleşmeden dönebilmesi için dönme beyanı alacaklıya ulaşıncaya kadar borcun doğmamış olması gerekir. Bu sebeple müteselsil kefil dönme beyanında bulunduğu anda borç doğmamış ancak beyan alacaklıya ulaştığı anda borç doğmuşsa kefil kefalet sözleşmesinden dönemez¹²⁵³.

¹²⁵² GÜMÜŞ, C. II, s. 399; ÖZEN, Kefalet, s. 565; ÖZEN, Sona Erme, s. 74

¹²⁵³ PESTALOZZI, Art. 510, N. 5; ÇINAR, s. 113; DEVELİOĞLU, s. 458, dipnot 1800; GÜMÜŞ, C. II, s. 399; ÖZEN, Kefalet, s. 566; ÖZEN, Sona Erme, s. 74

11.5.2.2. Asıl Borçlunun Mali Durumunun Önemli Ölçüde Bozulması ya da Müteselsil Kefilin Varsaydığından Çok Daha Kötü Olması

TBK md. 599 hükmü çerçevesinde müteselsilin kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için kefaletle güvence altına alınan borcun henüz doğmamış olması koşulunun yanında aranması gereken diğer bir koşul da asıl borçlunun mali durumunun önemli ölçüde bozulması ya da mali durumunun kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü durumda olmasıdır. Görüldüğü gibi asıl borçlunun mali durumuna ilişkin olarak söz konusu hükümde alternatif iki olasılık öngörülmüştür. İki ihtimalden birinin gerçekleşmiş olması kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için yeterli olacaktır. Borçlunun mali durumuna ilişkin olarak müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi imkanının temelinde yatan düşünce kefilin üstlendiği rizikonun sorumluluk altına girerken göze aldığından çok daha fazla artmış olmasıdır. Müteselsil kefilin göze aldığı rizikonun esaslı bir şekilde artması müteselsil kefilin TBK md. 599 hükmü kapsamında kefalet sözleşmesinden dönebilmesine imkan tanımaktadır¹²⁵⁴.

TBK md. 599'daki düzenlemeye göre müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için asıl borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olması gerekmektedir. Hükmün lafzına dikkat edilirse önemli ölçüde bozulmanın değerlendirilmesinde kefalet sözleşmesinin yapılma anı esas alınacaktır.

Borçlunun mali durumunun kötüleşmesine dayanarak müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden dönebilmesi için değişikliğin önemli ölçüde olması gerekmektedir. Bu sebeple önemli olmayan değişikliklere dayanarak kefalet sözleşmesinden dönülemez. Burada takdir yetkisi hakime ait olacaktır¹²⁵⁵. Ancak borçlunun mali durumundaki kötüleşmenin sebebinin ne olduğu kefilin dönme hakkını kullanabilmesi bakımından önem arz etmez. Aynı şekilde borçlunun mali durumunun kötüleşmesinde kusurlu olup olmadığı da önemli değildir¹²⁵⁶. Asıl borçlunun iflas etmiş olması, hakkında yapılan takibin semeresiz kalması veya konkordato mehli

¹²⁵⁴ BECK, Art. 510, N. 14; GÜMÜŞ, C. II, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 566; ÖZEN, Sona Erme, s. 75

¹²⁵⁵ BECK, Art. 510, N. 6; ÇINAR, s. 118; GÜMÜŞ, C. II, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 567

¹²⁵⁶ GÜMÜŞ, C. II, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 566; REİSOĞLU, Kefalet, s. 293

verilmesi gibi durumlar borçlunun mali durumunun önemli ölçüde kötüleştiğinin göstergesi olacaktır¹²⁵⁷. Doktrinde de ifade edildiği gibi müteselsil kefilin asıl borçlunun mali durumundaki kötüleşmeyi bilseydi kefalet sözleşmesini yapmayacağını tespit edilebilmesi kefilin dönme hakkı kullanabilmesinde önem arz edecektir¹²⁵⁸.

Müteselsil kefilin asıl borçlunun mali durumuna ilişkin olarak iyi niyetle gerçek duruma uygun olmayan bir değerlendirme yapması halinde de kefalet sözleşmesinden dönmesi mümkündür. Aslında söz konusu durum saikte yanılma olarak nitelendirilebilir. Ancak saikte yanılmanın olduğu her durumda yanılan kimse sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olmaz. Saikte yanılmaya dayanarak sözleşmenin iptal ettirilebilmesi için TBK md. 32'deki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bu durumun iş hayatında geçerli olan dürüstlük kurallarına uygun olması halinde yanılan sözleşmeyi iptal ettirebilir. Bunun dışında bu durumun sözleşmenin karşı tarafınca bilinebilir olması da gerekmektedir. Kanun koyucu ise TBK md. 599 hükmünde kefil bakımından söz konusu koşulları aramamış ve müteselsil kefilin asıl borçlunun mali durumuna ilişkin olarak yanılmasını dönme sebebi olarak kabul etmiştir¹²⁵⁹. Ancak müteselsil kefilin borçlunun mali durumuna ilişkin olarak yalnızca yanlış değerlendirme yapmış olması yeterli olmamakta ayrıca tespitte bulunurken iyiniyetli olması gerekmektedir. Buna göre müteselsil kefil asıl borçlunun mali durumuna ilişkin gerçeği biliyorsa ya da gerekli özeni göstererek bilebilecek durumda ise kefilin iyi niyetli olduğundan söz edilemeyecektir.

Müteselsil kefilin borçlunun mali durumunda yanılmasına dayanarak sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun maddi durumunun kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olması gerekmektedir. Yapılacak tespitte borçlunun maddi durumunun gerçekte ne olduğu ile kefilin iyiniyetle yapmış olduğu varsayım arasındaki fark esas

¹²⁵⁷ BECK, Art. 510, N. 6; PESTALOZZI, Art. 510, N. 6; ÇINAR, s. 118; GÜMÜŞ, C. II, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 567; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁵⁸ BECK, Art. 510, N. 16; GIOVANOLI, Art. 510, N. 3; PESTALOZZI, Art. 510, N. 6; ÇINAR, s. 118; ELÇİN GRASSINGER, Sempozyum, s. 134; GÜMÜŞ, C. II, s. 400; ÖZEN, Kefalet, s. 567; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁵⁹ BECK, Art. 510, N. 18; ÇINAR, s. 116; ÖZEN, Kefalet, s.568

alınacaktır¹²⁶⁰. Bu doğrultuda müteselsil kefil borçlunun maddi durumuna ilişkin olarak yanılmış ancak kefil olurken göze aldığı rizikonun büyüklüğü ile gerçek durumun yarattığı rizikonun arasındaki fark çok büyük değilse o takdirde sözleşmeden dönemeyecektir.

11.5.3. Müteselsil Kefilin Dönme Hakkını Kullanması ve Sonuçları

Müteselsil kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Bu doğrultuda şartlar oluştuğu takdirde kefil dönme beyanında bulunabilir. Ancak dönme hakkı kefaletle güvence altına alınan borç doğmadan önce kullanılmak zorundadır. Müteselsil kefilin dönme hakkının kullanabilmesi için alacaklıya varması gerekli bir irade beyanında bulunacaktır. Kanun koyucu beyanın yazılı şekilde yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu sebeple sözlü olarak yapılan dönme beyanı geçerli kabul edilmeyecektir. Müteselsil kefilin beyanından sorumluluktan kurtulma iradesinin açık bir şekilde anlaşılması gerekecektir¹²⁶¹. Ancak beyanda herhangi bir gerekçe göstermeden yalnızca kefalet sözleşmesinden döndüğünü belirtmesi yeterli sayılmayacaktır. Buna karşılık doktrinde kefilin beyanında TBK md. 599 hükmüne atıf yaparak döndüğünü ifade etmesinin geçerli bir dönme beyanı olarak nitelendirileceği ifade edilmektedir¹²⁶².

Müteselsil kefil dönme hakkını kullandığı takdirde kefalet borcu sona ermiş olacaktır. Dönme sonucunda kefalet sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır¹²⁶³. Sözleşmenin ortadan kalkmasıyla birlikte müteselsil kefil, daha önceden ifa etmiş olduğu edimlerin iadesini talep edebilecektir. Birlikte müteselsil kefaletin söz konusu olduğu durumlarda kefillerden birinin dönme hakkını

¹²⁶⁰ BECK, Art. 510, N. 17; PESTALOZZİ, Art. 510, N. 6; ÇINAR, s. 116; ÖZEN, Kefalet, s. 567; ÖZEN, Sona Erme, s. 75

¹²⁶¹ BECK, Art. 510, N. 19; ELÇİN GRASSINGER, Sempozyum, s. 134; GÜMÜŞ, C. II, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 568; ÖZEN, Sona Erme, s. 76

¹²⁶² ÇINAR, s. 111; REİSOĞLU, Kefalet, s. 293

¹²⁶³ PESTALOZZİ, Art. 510, N. 7; ÇINAR, s. 118, dipnot 393; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 459. Doktrinde haklı olarak kefalet sözleşmesinin dönme sonucunda ne şekilde ortadan kalktığını ve bunun sonucunda da iade talebinin dayanağını tespit bakımından klasik dönme teorisi veya yeni dönme teorisi çerçevesinde bir sonuca varmak gerekeceği ve söz konusu değerlendirmenin konunun kapsamı dışında kalacağı ifade edilmiş ve bu sebeple yalnızca kefalet sözleşmesinin ortadan kalkacağı belirtilerek iade talebinin dayanağını bakımından bir açıklama yapılmamıştır. Bknz. ÖZEN, Kefalet, s. 568, dipnot 1340. Söz konusu gerekçeye katılmakla birlikte dönme teorileri bakımından bir değerlendirmeye girmeyerek klasik dönme teorisi kapsamında kefalet sözleşmesinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı görüşüne katılmaktayız.

kullanmasıyla diğer kefil ya da kefiller TBK md. 587/f.3'deki koşulların mevcudiyeti halinde kefalet borcundan kurtulabileceklerdir¹²⁶⁴.

TBK md. 599/f.2 hükmüne göre müteselsil kefil, alacaklının kefalet sözleşmesine güvenmesi sebebiyle oluşan zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Müteselsil kefilin tazminle yükümlü olduğu zarar alacaklının menfi zararlarıdır¹²⁶⁵. Bu doğrultuda alacaklının kefalet sözleşmesine güvenmesi sebebiyle malvarlığının içinde bulunduğu durum ile kefalet sözleşmesine güvenmiş olmasaydı içinde bulunacağı durum arasındaki fark alacaklının zararlarını oluşturacaktır¹²⁶⁶. Örneğin kefalet sözleşmesinin yapılması için alacaklının iyiniyetle yaptığı masrafların kefil tarafından tazmini gerekecektir¹²⁶⁷. Müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi sonucu asıl borçlunun uğramış olduğu zararlar ise TBK md. 599 hükmü kapsamında istenemez¹²⁶⁸. Söz konusu zararların tazmininin mümkün olup olmadığı asıl borçlu ve kefil arasındaki iç ilişkiye göre belirlenecektir¹²⁶⁹.

Müteselsil kefilin TBK md. 599 hükmü kapsamında kefalet sözleşmesinden dönmesi TBK md. 125/f.3 kapsamındaki dönme hakkı ile aynı değildir. Bu sebeple müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden dönmesi sonucu oluşan menfi zararlarının tazmin edilmesi gerekmez¹²⁷⁰.

TBK md. 599 hükmü TBK md. 582/f.3 gereği emredici niteliktedir¹²⁷¹. Bu sebeple müteselsil kefil peşinen dönme hakkından feragat edemeyecektir.

¹²⁶⁴ ÇINAR, s. 119; GÜMÜŞ, C. II, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 569

¹²⁶⁵ BECK, Art. 510, N. 22; GIOVANOLÌ, Art. 510, N. 7; PESTALOZZÌ, Art. 510, N. 7; ÇINAR, s. 119; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 134; GÜMÜŞ, C. II, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 569; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁶⁶ BECK, Art. 510, N. 22; GIOVANOLÌ, Art. 510, N. 8; GÜMÜŞ, C. II, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 401

¹²⁶⁷ ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 134; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁶⁸ BECK, Art. 510, N. 23; ÇINAR, s. 120; GÜMÜŞ, C. II, s. 402; ÖZEN, Kefalet, s. 569; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁶⁹ ÇINAR, s. 120; GÜMÜŞ, C. II, s. 401; ÖZEN, Kefalet, s. 569; ÖZEN, Sona Erme, s. 77; REİSOĞLU, Kefalet, s. 294

¹²⁷⁰ BECK, Art. 510, N. 22; ELÇİN GRASSİNGER, Sempozyum, s. 134; ÖZEN, Kefalet, s. 569

¹²⁷¹ ÇINAR, s. 119; DEVELİOĞLU, Bağımsız Garanti, s. 459

11.6. BORCUN ÜSTLENİLMESİ SEBEBİYLE MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Kefil kefalet sözleşmesiyle sorumluluk altına girerken asıl borçlunun kişiliği ve ödeme gücüne sahip olup olmadığı büyük öneme sahiptir. Kefalet sözleşmesinin müteselsil kefalet olması da bu durumu değiştirmez. Zira alacaklı asıl borçluyu takip etmek yerine müteselsil kefilin takip etmeyi tercih etse de borçlunun ödeme gücü müteselsil kefilin rücu hakkını kullanabilmesi bakımından önem arz edecektir. Bu sebeple kanun koyucu TBK md. 198/f.2 hükmünde borçlunun değişmesi halinde kefilin sorumluluğunun devam etmesini borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermesi koşuluna tabi tutmuştur. Müteselsil kefilin borçlunun değişmesine rıza göstermemesi halinde sorumluluğu sona erecektir.

TBK md. 198/f.2 hükmüne göre borcun üstlenilmesi halinde müteselsil kefil rızasını yazılı bir şekilde açıklamak zorundadır. Söz konusu hükmün EBK md. 176/f.2'deki karşılığında ise rızanın şekli konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu konu doktrinde tartışmalıydı¹²⁷². TBK md. 198/f.2'de ise söz konusu tartışmalara son verilerek rızasının yazılı olmadıkça geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır. Yazılı rızanın ne zaman verileceğine ilişkin olarak kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde ise bir görüş yazılı rızanın borcun üstlenilmesi gerçekleşinceye kadar verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁷³. Bir diğer görüşe göre ise borcun üstlenilmesinden sonra da kefilin rıza göstermesi mümkündür. Ancak böyle bir durumda rıza değil icazet söz konusu olacaktır¹²⁷⁴. Fikrimizce borcun üstlenilmesi gerçekleştikten sonra verilecek icazeti geçerli saymamak gerekir. Bu nedenle en geç borcun üstlenilmesi tamamlanıncaya kadar müteselsil kefil borcun üstlenilmesine rıza göstermelidir. Aksi takdirde kefil borcundan kurtulur. Aksi düşüncenin kabulü halinde borcun üstlenilmesinden sonra kefilin ne zamana kadar

¹²⁷² Doktrinde kefilin rızasının yazılı olması gerektiğini kabul eden görüşler için bkz. ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 139; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 967; REİSOĞLU, Kefalet, 1992, s. 246; TANDOĞAN, s. 761. Kefilin rızasının yazılı şekle tabi olmadığı hatta zımni olarak rızanın verilebileceği görüşü için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 277

¹²⁷³ DEVELİOĞLU, s. 474; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 140; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 600-601; ÖZEN, Kefalet, s. 96

¹²⁷⁴ ÇINAR, s. 172; GÜMÜŞ, C. II, s. 380; REİSOĞLU, Kefalet, s. 308; TANDOĞAN, s. 796; ŞAHAN, s. 99

icazet verebileceği belirsiz olacaktır. Böyle bir durumun yaratacağı sonuç ise kefil icazet verene kadar kefalet sözleşmesi ile bağlı kalıp kalmayacağıdır. Kefilin icazet verene kadar ve dolayısıyla borcun üstlenilmesinden sonra kefalet sözleşmesi ile bağlı kalacağı söylenebilirse alacaklı borcun üstlenilmesine rağmen kefil takip edilebileceğinin de kabulü gerekir ki bu düşünce TBK md. 198/f.2 hükmü ile bağdaşmaz. Kefilin icazet verene kadar kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığı kabul edilirse de alacaklı bakımından bir belirsizlik dönemi oluşacaktır. Zira özellikle müteselsil kefalette alacaklı kefile başvuramayacak ve asıl borçlu yerine kefil takip etmek isterse kefil icazet verene kadar beklemek zorunda kalacaktır. Üstelik kefil icazet vermesi konusunda harekete geçirecek herhangi bir yasal imkanı da bulunmayacaktır. Bunun dışında borcun üstlenilmesiyle borçlunun borcundan kurtulması ancak alacaklının kabulü ve bu doğrultuda borcun dış üstlenme sözleşmesi ile olur. Alacaklının, borcun üçüncü bir kişi tarafından üstlenilmesini kabul ederken borcun kefaletle teminat altına alınmış olduğunu göz önünde tutmuş olabilir. Kefalet güvencesinin ortadan kalkacak olması halinde borcun bir başkası tarafından üstlenilmesini kabul etmeyecek olması gayet mümkündür. Bu sebeple alacaklının kabul beyanıyla borcun üstlenilmesi tamamlanıncaya kadar bir başka ifadeyle borcun dış üstlenme sözleşmesi yapılmıncaya kadar müteselsil kefilin rıza gösterip göstermeyeceğinin belli olması gerekir. Zira kefilin rıza göstermemesi durumunda alacaklı borcun üstlenilmesine ilişkin öneriyi kabul etmeyerek kefalet güvencesinin devam etmesini tercih edebilecektir.

Müteselsil borçluluk ilişkisinde kefilin müteselsil borçlulardan biri lehine kefil olması mümkündür. Kefalet güvencesinden yararlanan borçlunun borçtan kurtulması halinde kefilin sorumlu olmaya devam etmesi TBK md. 198/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu yazılı rıza göstermesine bağlı olacaktır¹²⁷⁵.

İİK md. 125/f.1¹²⁷⁶ hükmü çerçevesinde cebri icra yoluyla gerçekleştirilecek taşınmaz satışı söz konusu olduğunda taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış borcu

¹²⁷⁵ ÇINAR, s. 173; GÜMÜŞ, C. II, s. 380; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 141; ÖZEN, Kefalet, s. 90

¹²⁷⁶ İİK md. 125/f.1'deki düzenlemeye göre "Artırma şartnamesinde taşınmazın, üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal eyleyeceğini tasrih olunur".

yeni malik yasa gereği üstlenmiş olacaktır. İİK md. 125/f.2'de¹²⁷⁷ ise alacaklının ihaleden itibaren bir sene içinde borçlunun borçtan kurtulmadığını bildirmesi halinde borçlunun borcu sona ermediği için kefilin sorumluluğu da devam edecektir. Ancak alacaklı söz konusu süre içerisinde böyle bir bildirimde bulunmazsa o takdirde borçlu borcundan kurtulmuş olacak ve taşınmazı iktisap eden yeni malik yasa gereği borcu üstlenmiş olacaktır. Böyle bir durumda kefil TBK md. 198/f.2 hükmünden yararlanamayacak ve rızası aranmadan sorumlu kalmaya devam edecektir¹²⁷⁸.

TMK md. 888¹²⁷⁹ hükmüne göre ise ipotekli taşınmazın devri halinde aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun ve kefilin sorumluluğunun devam edeceği düzenlemesi yer almaktadır. Eğer taşınmazın yeni malikinin borcu üstleneceği kararlaştırılmışsa TMK md. 890¹²⁸⁰ hükmüne göre yeni malikin borcu üstlenmek istediği tapu idaresi tarafından alacaklıya bildirilir. Alacaklı kendisine yapılan bildirim karşılık bir yıl içinde borcun yeni malik tarafından üstlenilmesini kabul etmediğini açıklamazsa borçlu borcundan kurtulur. Böyle bir durumda borcun yeni malik tarafından üstlenilmesi yasadan kaynaklanmamakta aksine borçlu ve yeni malik arasında yapılan bir anlaşmaya dayanmaktadır. Bu bakımından müteselsil kefilin sorumluluğunun devam etmesi TBK md. 198/f.2 kapsamında değerlendirilecek ve kefil borcun üstlenilmesine rıza göstermezse sorumluluktan kurtulacaktır¹²⁸¹.

TBK md. 202¹²⁸² hükmüne göre bir malvarlığı veya bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi halinde devralan söz konusu işletme veya

¹²⁷⁷ İİK md. 125/f.2 hükmüne göre “İpotek ve ipotekli borç senediyle temin edilmiş olup da bu suretle müşteriye devrolunan borçtan asıl borçlunun kurtulması alacaklının müracaat hakkının mahfuz olduğunu ihaleden itibaren bir sene içinde kendisine bildirmemiş olmasına bağlıdır. (K. M. 803)”.

¹²⁷⁸ ÇINAR, s. 181; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 141-142; GÜMÜŞ, C. II, s. 380; ÖZEN, Kefalet, s. 92-93; TANDOĞAN, s. 796

¹²⁷⁹ TMK md. 888'deki düzenleme şu şekildedir: “İpotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez. – Yeni malik borcu yüklediği takdirde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse, borçlu borcundan kurtulur”.

¹²⁸⁰ TMK md. 890'daki düzenleme şu şekildedir: “Taşınmazın yeni maliki borcu yüklenirse, tapu idaresi bunu alacaklıya bildirir. – Alacaklıya tanınan hakkını saklı tuttuğuna ilişkin bir yıllık beyan süresi, tapu idaresince yapılan bildirim tebliği tarihinden işlemeye başlar”.

¹²⁸¹ BECK, Art. 493, N. 77; ÇINAR, s. 180; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 143; GÜMÜŞ, C. II, s. 380; ÖZEN, Kefalet, s. 94-95; TANDOĞAN, s. 797

¹²⁸² TBK md. 202'deki düzenlemeye göre “Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu

malvarlığına ait olan borçlardan sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda malvarlığı veya işletmeyi devreden kimsenin işletme veya malvarlığına ait olan borçlardan dolayı sorumluluğu sona ermeyecektir. TBK md. 202/f.2 hükmüne göre malvarlığı veya işletmeyi devralanla birlikte devreden kimse söz konusu borçlardan dolayı iki yıl süreyle müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacaklardır. Söz konusu iki yıllık sürede müteselsil kefilin de sorumlu olmaya devam edip etmeyeceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre devreden borçlu ile devralan kimse arasında müteselsil borçluluk ilişkisi kurulması yasal bir borca katılma olarak kabul edilirse kefil yazılı rıza göstermediği takdirde kefalet sözleşmesi sona erecektir. Dolayısıyla kefil iki yıllık süre boyunca sorumlu olmayacaktır¹²⁸³. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre ise devreden borçlunun sorumluluğu sona ermediği için söz konusu borçlara güvence veren müteselsil kefilin sorumluluğu da devam edecektir. Bu noktada müteselsil kefilin yazılı rızasına da ihtiyaç olmayacaktır. Zira borçlunun sorumluluğu sona ermemektedir. İki yıllık sürenin geçmesiyle birlikte devreden borçlu borcundan kurtulacaktır. Müteselsil kefil iki yıllık süre tamamlanıp devreden borçlu borcundan kurtuluncaya kadar devralanla birlikte borçtan sorumlu olmaya rıza göstermediği takdirde sorumluluğu sona erecektir¹²⁸⁴. Zira iki yıllık sürenin sona ermesiyle birlikte borçlu değişmektedir. Sonuç olarak devir işlemlerinin gerçekleşme aşamasında müteselsil kefilin yazılı rızasına gerek olmadan sorumluluğu devam edecektir. Kefilin sorumluluğunun devamına ilişkin yazılı rızası ise devreden borçlunun sorumluluğunun sona erdiği anda aranacaktır. Kefil rıza göstermediği takdirde borcundan kurtulacaktır.

tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. – Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar. – Borçların bu yoldan üstlenilmesinin sonuçları, dış üstlenme sözleşmesinden doğan sonuçlarla özdeştir. – Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, ikinci fıkrada öngörülen iki yıllık süre işlemeye başlamaz”.

¹²⁸³ GÜMÜŞ, C. II, s. 380

¹²⁸⁴ BECK, Art. 493, N. 75; PESTALOZZI, Art. 493, N. 19; ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 134; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 142; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 615; ÖZEN, Kefalet, s. 91; REİSOĞLU, Kefalet, s. 308; TANDOĞAN, s. 797; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 283.

TBK md. 203¹²⁸⁵ hükmünde ise bir işletmenin başka bir işletme ile birleşmesi veya bir işletmenin tür değiştirmesi halinde söz konusu işletmelerin alacaklıları alacaklarını yeni işletmeden alabileceklerdir. Buna göre bir işletmenin başka bir işletmeyle birleşmesi ya da devralınması durumunda birleşme ya da devralmadan önceki borçlar için verilmiş olan kefaletlerin devamı için rızanın gerekli olup olmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bir şirketin başka bir şirketle birleşmesi ya da başka bir şirket tarafından devralınması durumunda TBK md. 198/f.2 hükmü uygulanmayacak ve kefil rızasına gerek olmadan sorumluluğu devam edecektir. Zira şirketlerin birleşmesi ya da devralınmasında külli halefiyet söz konusudur. Asıl borçlunun ölümü ve mirasçılarının külli halefiyet sıfatıyla borçtan sorumlu olmalarında kefilin sorumluluğunun devamı için rızası aranmıyorsa şirket birleşmelerinde de aynı esas kabul edilmelidir¹²⁸⁶. Doktrindeki diğer görüş ise bir işletmenin başka bir işletme tarafından devralınması ya da şirketlerin birleşmesi halinde TBK md. 198/f.2 uygulanacak ve kefil yazılı rıza göstermezse sorumlu olmayacaktır¹²⁸⁷. Fikrimizce de birleşmeye rağmen kefilin sorumlu kalacağını kabul etmek yerinde değildir. Zira bir işletmenin başka bir işletmeyle birleşmesi ya da bir işletme tarafından devralınması iradi bir borçlu değişikliğidir. Bu sebeple kefilin sorumluluğunun devamında söz hakkı bulunmalıdır.

Bir şirketin tür değiştirmesi halinde ise borçlu sıfatında bir değişiklik olmadığından TBK md. 198/f.2 hükmü uygulanmaz. Bu sebeple şirketin türünün değişmesine rağmen kefilin rızası aranmadan sorumluluğu devam eder¹²⁸⁸.

Müteselsil kefalet sözleşmesi yapıldığı sırada kefilin peşinen borcun bir başka kimse tarafından üstlenilmesine rıza göstermesi söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle kefilin TBK md. 198/f.2 hükmünün kendisine tanıdığı imkandan feragat etmesi ve

¹²⁸⁵ TBK md. 203'deki düzenlemeye göre "Bir işletme, başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler. – Bir tek kişiye ait olup da, kollektif veya komandit ortaklık haline dönüştürülen bir işletmenin borçları hakkında da aynı hüküm uygulanır".

¹²⁸⁶ ÖZEN, Kefalet, s. 91-92

¹²⁸⁷ ÇINAR, s. 178; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 142; ŞAHAN, s. 101; TANDOĞAN, s. 797

¹²⁸⁸ ÇINAR, s. 179; ÖZEN, Kefalet, s. 92; ŞAHAN, s. 103. Aksi görüş için bkz. ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 142; GÜMÜŞ, C. II, s. 380

borç kim tarafından üstlenilirse üstlenilsin sorumlu kalacağını taahhüt etmesi hükümsüz olacaktır. Bu sebeple borcun bir başka kimse tarafından üstlenildiği her durumda müteselsil kefilin rızasının aranması gerekecektir¹²⁸⁹. Zira yeni borçlunun kişiliği ve mali durumu kefil bakımından büyük önem arz etmektedir.

11.7. ÇALIŞANLARA KEFALETE ÖZGÜ MÜTESELSİL KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Çalışanlara kefalette kefil, çalışan bir kimsenin hizmet ilişkisine aykırı davranması sebebiyle alacaklının oluşabilecek zararları teminat altına almaktadır¹²⁹⁰. Çalışanlara kefaletin, müteselsil kefalet sözleşmesi şeklinde yapılması mümkündür. TBK md. 602 hükmündeki düzenlemeye göre “Çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir, ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir”. Hükümde “çalışan” ifadesi kullanıldığından kamuya tabi olarak ya da özel sektörde çalışma arasında bir fark yaratılmayacaktır. Ancak 2489 sayılı Kefalet Kanununun kapsamına giren bir çalışan bakımından söz konusu kanun hükümleri uygulanacaktır¹²⁹¹.

TBK md. 602 hükmünün uygulama alanı belirsiz süreli kefalet sözleşmesi olacaktır. Çalışana kefalet belirli süreli olarak yapılmışsa süre sonunda kefil TBK md. 600 gereği borcundan kurtulur. Çalışana belirsiz süreli kefalette TBK md. 601 hükmünün uygulanması da pek mümkün olmayabilir. Zira çalışana kefalette henüz doğmamış ve dolayısıyla gelecekte doğacak bir borca kefil olunmaktadır. Kefalet borcuna konu olan zararın ne zaman doğacağı belli değildir. Bu doğrultuda borcun ne zaman muaccel olacağı kefil bakımından belirsizlik yaratmakta ve kefil ne zaman sona ereceğini bilmediği bir sorumluluk altına girmektedir. Her ne kadar TBK md. 598/f.3

¹²⁸⁹ BECK, Art. 493, N. 76; GUHL, s. 115; ÇINAR, s. 174; ELÇİN GRASSİNGER, Savunma İmkanları, s. 141; GÜMÜŞ, C. II, s. 380; ÖZEN, Kefalet, s. 95; REİSOĞLU, Kefalet, s. 308; TANDOĞAN, s. 796

¹²⁹⁰ BECK, Art. 512, N. 3; PESTALOZZİ, Art. 512, N. 1; GÜMÜŞ, C. II, s. 409; ÖZEN, Kefalet, s. 571.

¹²⁹¹ 2489 sayılı Kefalet Kanunu md. 1'deki düzenlemeye göre “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bu idarelere bağlı döner sermayeli kuruluşlarda para, menkul kıymet ve ayniyatı alıp veren ve elinde tutan; memur, sözleşmeli personel ve işçiler (geçici işçiler hariç) için müteselsil kefalet usulü kabul edilmiş ve bu maksatla tüzel kişiliği haiz Kefalet Sandığı kurulmuştur. Bu Kanundaki memur ve müstahdem ibarelerinden bu fıkra geçen kefalet tabi personel anlaşılır”.

gereğince gerçek kişi kefiller bakımından kefalet sözleşmesi on yılda kendiliğinden ortadan kalksa da ve TBK md. 599 gereği kefilin borçlunun mali durumuna bağlı olarak kefalet sözleşmesinden dönmesi mümkün olsa da kanun koyucu çalışanlara belirsiz süreli kefalette kefile belli şartlarla sözleşmeyi feshetme hakkı tanımıştır¹²⁹². Zira aksi durumda kefil on yıllık sürenin dolmasını beklemekle yükümlü olacak ya da TBK md. 598/f.3'deki şartlar yerine gelmediği takdirde sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır.

TBK md. 602 hükmündeki düzenlemeye göre müteselsil kefil fesih hakkını üç yılda bir ve ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere kullanabilecektir. Fesih hakkının kullanılmasına ilişkin üç yıllık sürenin başlangıcına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaynak İBK md. 512'de ise sürenin başlangıcının çalışanın çalışmaya başladığı tarih olduğu ifade edilmiştir. O halde TBK md. 602 hükmü gereğince kefile tanınan fesih hakkına ilişkin üç yıllık sürenin başlangıcı olarak kefil olunan kimsenin çalışmaya başladığı tarih esas alınacaktır. Buna göre müteselsil kefil, çalışanın çalışmaya başladığı tarihten itibaren üç yıl sonunda fesih hakkını kullanabilecek ve söz konusu fesih bildirimini bir yıl sonra hüküm ifade edecektir. Bunun gibi çalışma sürenin başlangıcından itibaren altı yıl sonunda fesih bildiriminde bulunacak ve yedinci yılda hüküm ifade etmesi mümkün olacaktır. Fesih bildirimini herhangi bir şekilde tabi olmayacaktır¹²⁹³. Kefilin üç yıllık periyotlar haricinde fesih bildiriminde bulunup bulunamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre böyle bir durumda kefilin üç yıllık periyodu beklemesi gerekecek ve fesih hakkını üç yıl dolunca kullanabilecektir. Örneğin kefil çalışma süresinin başlangıcından beş yıl sonra fesih hakkını kullanmak isterse bir yıl daha bekleyecek ve altıncı yılın sonunda kullandığı fesih hakkı yedinci yılda hüküm ifade edecektir¹²⁹⁴. Diğer bir görüşe göre kefilin fesih hakkını kullanması için üç yıllık sürenin dolmasını beklemesi gerekmeyecektir. Ancak fesih hakkının hüküm doğurması üç yıllık sürenin ardından gelen ertesi yılda olacaktır. Örneğin kefil çalışma süresinin başlangıcından iki yıl sonra fesih bildiriminde bulunabilecek ancak sonucunu dördüncü yılın sonunda doğuracaktır¹²⁹⁵. Fikrimizce her iki görüş sonuç

¹²⁹² ÇINAR, s. 164; ÖZEN, Kefalet, s. 573

¹²⁹³ BECK, Art. 512, N. 16; GÜMÜŞ, C. II, s. 410; ÖZEN, Kefalet, s. 573

¹²⁹⁴ ÖZEN, Kefalet, s. 574

¹²⁹⁵ ÇINAR, s. 165

bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Bu sebeple TBK md. 602 hükmünün lafzına uygun olarak kefilin üç yıllık sürenin sonunda fesih beyanında bulunabileceği kabul etmek daha uygun olacaktır.

SONUÇ

6098 sayılı TBK'nun 586'ncı maddesinde düzenlenen müteselsil kefalet sözleşmesi, diğer kefalet sözleşmesi türlerinde olduğu gibi asıl borç ilişkisine bağımlı yani fer'i bir sözleşmedir. Kefaletin müteselsil olması da fer'i bir sözleşme olmasına engel değildir. Müteselsil kefalet sözleşmesinin tâli niteliği ise 818 sayılı EBK'na nazaran 6098 sayılı TBK'nda daha belirgin hale getirilmiştir.

818 sayılı EBK'nda ve kaynak İBK'nda yer almayan bir hükme 6098 sayılı TBK'nun 603'üncü maddesinde yer verilmiş ve bu suretle kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka isimlerde yapılan diğer teminat sözleşmelerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Aval bakımından ise TBK md. 603 hükmü kısmen uygulanacaktır. Zira avalin şekli, TTK md. 701 hükmünde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda şekil bakımından aval TTK md. 701 hükmüne tabi olacaktır. Ehliyet bakımından ise herhangi bir sınırlama TTK'nda yer almadığından aval verenin eşinin rızası aranacaktır. Ancak eşin rızasına ilişkin olarak 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77. maddesiyle getirilen istisna, aval verenin eşinin rızası bakımından da uygulanacak ve 77. maddede sayılan durumların varlığı halinde rıza aranmayacaktır.

Müteselsil kefalet sözleşmesi tarafların karşılıklı olarak hazır bulunduğu bir ortamda yapılabileceği gibi hazır olmayanlar arasında da yapılabilecektir. Ancak hazır olmayanlar arasında kurulacak bir kefalet sözleşmesinde kefilin öneride bulunması mümkün olmayacaktır. Zira önerinin kefalet sözleşmesinin şekil şartına uygun olması ve dolayısıyla kefilin öneri metninde kefalet tarihini el yazısıyla yazması gerekecektir. Oysa kefilin söz konusu şekil şartını yerine getirebilmek için yazabileceği tek tarih öneride bulunma tarihi olacaktır. Öneride bulunma tarihinin el yazısıyla yazılması da TBK md. 583/f.1 hükmünde öngörülen şekil şartını yerini getirmeyecektir. Dolayısıyla kefil tarafından alacaklıya yapılan öneri, öneriye davet

olarak nitelendirilecek ve kabul beyanında bulunan her zaman için kefil olacaktır. Kefilin kabul beyanında bulunma tarihi ise kefalet tarihi olarak kabul edilecektir.

TBK md. 584/f.1 hükmüne göre eşlerden biri mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabilmektedir. Rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Müteselsil kefalet sözleşmesinin yapılması için temsil yetkisi verilmesi halinde temsil yetkisi veren kimse borç altına girmeyeceği için eşin yazılı rızası temsil yetkisinin verildiği anda aranmayacaktır. Eşin rızasını kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulma anında aramak yeterli olacaktır. Alacaklıya ya da üçüncü bir kişiye kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulması halinde ise kefilin eşinin rızasını aranması gerekecektir.

Müteselsil kefilin kefalet güvencesini vereceği borcun eşine ait olması durumunda eşin rızası aranmayacaktır. Zira asıl borçlu konumundaki eşin lehine bir kefalet sözleşmesi yapılmaktadır. Eşlerden birinin alacaklı olduğu bir borca diğer eşin kefil olmak istemesi halinde de alacaklı olan eşin rızası gerekmeyecektir.

TBK md. 584/f.2 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına ya da adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine veya kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için eşin rızası gerekmektedir. Madde metninde geçen güvence kavramı geniş yorumlanmalı ve yalnızca aynı teminatların değil şahsi teminatların azaltılmasında da eşin rızası aranmalıdır. Güvencenin değerinin asıl borca kıyasla çok düşük bir değerde olması durumunda alacaklı söz konusu güvenceden tamamen vazgeçse bile eşin rızasını aramaya gerek olmayacaktır. Borcun üstlenilmesi halinde ise asıl borçlu değişeceği için eşin rızası aranmalıdır.

6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 77'inci maddesi ile TBK'nun 584'üncü maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve bazı durumlarda eşin rızasının alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya

ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler için eşin rızası gerekmeyecektir. Ancak ticari işletme sahibinin ya da ticaret şirketinin ortak ve yönetici tarafından verilecek kefalet, işletme ya da şirketle ilgili bir borç için değilse o takdirde eşin rızası aranacaktır. Bunun yanında ticari işletmenin sahibi ticaret siciline kayıtlı değilse de eşinin rızası alınmalıdır. 6455 sayılı Kanun'un 77'inci maddesinde mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletlerde eşin rızasına gerek olmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede esnaf ve sanatkârların yalnızca mesleki faaliyetleriyle ilgili olarak verecekleri kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır. Ayrıca esnaf veya sanatkârın esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı olmaması halinde yaptıkları kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşlerinin rızasına bağlı olacaktır. 6455 sayılı Kanun'un 77'inci maddesinde yer alan bir başka düzenlemeye göre 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı "Kamu Sermayeli Bankalar tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun" kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde de eşin rızası aranmayacaktır. Söz konusu kredi 5570 sayılı Kanun kapsamında değilse eşin rızasının bulunması gerekecektir. Bunun dışında tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde de eşin rızasının aranmayacaktır. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kredi kullanılması durumunda da eşin rızası gerekmeyecektir.

TBK md. 583/f.1 hükmüne göre müteselsil kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olarak sorumluluk üstlendiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile yazması şarttır. Kefil sorumluluk sınırını, açık bir şekilde rakamsal olarak el yazısıyla yazacaktır. Kefalet sözleşmesinin noterde yapılması halinde ise kefilin söz konusu hususları el yazısıyla yazması gerekmeyecektir. Bu şekilde yazma bilmeyen veya sakatlığı sebebiyle yazı yazamayan bir kimsenin kefil olabilmesi mümkün olacaktır.

Bir tüzel kişinin kefil olması halinde ise kefalet sözleşmesinde el yazısıyla yazılması gerekli hususlar tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kişiler tarafından yerine getirilecektir. Yetkili organı oluşturan kişilerin birden çok kişi olması halinde

içlerinden yalnızca birinin TBK md. 583/f.1 hükmünde belirtilen hususları el yazısıyla yazması ve diğerlerinin imzalaması yeterli olacaktır.

TTK md. 7/f.1 hükmüne göre ticari işlere kefalette teselsül karinesi bulunmaktadır. Buna göre ticari bir borca kefalet halinde taraflar aksini öngörmemişse kefaletin türü müteselsil kefalet olarak kabul edilecektir. Söz konusu karine ispat bakımından önem arz ettiğinden TBK md. 583/f.1 hükmündeki şekil kuralını bertaraf edemeyecektir. Bu nedenle ticari bir borca kefil olursa bile kefil kendi el yazısıyla müteselsilen sorumluluk altına girdiğine dair bir ifadeyi yazmamışsa kefalet müteselsil olarak kabul edilemeyecektir. Böyle bir durumda kefalet sözleşmesinin adi kefalet olduğu kabul edilecektir.

TBK md. 583/f.2 hükmüne göre kefalet sözleşmesinin yapılması için verilecek özel yetki, kefalet sözleşmesinin şekline uygun olmak zorundadır. Ancak temsil yetkisinin noterde re'sen düzenlenmesi halinde kefalet tarihi, kefilin sorumlu olacağı üst sınır ve müteselsilen sorumluluk üstlendiğine dair bir ifadenin yetki belgesinde yer alması yeterli olacak, kefilin el yazısıyla yazması gerekmeyecektir.

TBK md. 583/f.3 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil kuralına uygun yapılması gerekmektedir. Yapılacak değişiklik kefilin sorumlu olacağı miktarı artırmamakla birlikte sorumluluğunu artırıyor da TBK md. 583/f.1 hükmüne uygun olmak zorundadır. Örneğin alacaklının mevcut teminatları koruma yükümlülüğünün kaldırılmasına yönelik bir anlaşma, kefilin sorumluluğunu artırmakla birlikte sorumlu olacağı miktarda bir değişiklik yapmamaktadır. Böyle bir durumda kefalet sözleşmesinin şekline uygun bir anlaşmanın nasıl yapılabileceği sorunu gündeme gelecektir. Zira kefilin el yazısıyla yazmasını gerektirecek bir değişiklik söz konusu olmayacak ve adi yazılı şekilde kefilin sorumluluğunu artıran bir sözleşme yapılabilecektir. Bu sebeple kefilin sorumluluğunu artıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve sözleşme metninde kefilin tekrar el yazısıyla kefalet tarihini, sorumlu olacağı azami miktarı ve müteselsil kefil sıfatıyla sorumluluk üstlendiğini yazması uygun olacaktır. Bu şekilde özellikle beyaza imza yoluyla ortaya çıkabilecek sorunlar önlenecek ve kefilin himayesi sağlanmış olacaktır.

6102 sayılı TTK md. 7/f.1 c.2 hükmüne göre kefilin asıl borca ilişkin temerrüt faizinden sorumlu olabilmesi için borçlunun temerrüde düştüğü konusunda bir ihbarda bulunulması gerekmektedir. Söz konusu ihbarın yapılmaması durumunda kefil temerrüt faizinden sorumlu olmayacaktır. Ancak hükmün Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması sebebiyle uygulama alanını ticari işlere kefalet oluşturacaktır. Adi bir borca kefil olan kimsenin temerrüt faizinden sorumluluğu ise herhangi bir ihtar şartına bağlı değildir. Söz konusu hükmün TBK yerine TTK'da yer alması kanun yapma tekniğine aykırıdır. TTK md. 7/f.1 c.2 hükmünü kıyas yoluyla adi borçlara kefalette de uygulamak yerinde olacaktır.

TBK md. 589/f.3 hükmündeki düzenlemeye göre sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı takdirde kefil, borçlunun yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu olacaktır. Kefalet sözleşmesi metninde kefilin mevcut borçlardan sorumlu olmak istediği sonucuna varılmadığı takdirde sözleşme metni dışındaki imkanlara başvurulup yorum yapılamayacaktır.

TBK md. 589/f.4'deki düzenleme kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda alacaklı ve kefilin aralarında anlaşarak sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi üzerine ortaya çıkacak menfi zararları “asıl borç” olarak belirlemeleri mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde sözleşme cezası da “asıl borç” olarak belirlenemeyecektir. TBK md. 589/f.4 hükmüyle getirilen düzenleme sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında oldukça sınırlayıcıdır. Söz konusu düzenlemede aksi kararlaştırılmadıkça kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmaların kesin hükümsüz olacağına belirtilmesi yerinde olurdu.

TBK md. 589/f.2 bent 1 hükmüne göre kefil, kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktarla sınırlı olmak kaydıyla asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumludur. Hükmün kapsamına borçlunun kusuruyla sebep olduğu borca aykırılık halleri girmektedir. Borçlunun temerrüdünün yasal sonuçları bakımından ise kefilin sorumluluğuna gidebilmek için borçlunun kusuru aranmayacaktır. Buna göre borçlunun kusuru olmasa da temerrüde düşmesi sonucu

ortaya çıkan temerrüt faizinden kefil sorumlu olacak ancak borçlunun kusursuz sorumlu olduğu diğer borca aykırılık hallerinde kefil sorumlu olmayacaktır.

TBK md. 586/f.1 hükmüne göre müteselsil kefilin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için asıl borçlunun ifada gecikmesi ve alacaklının ifada geciken borçluya ihtar göndermesi gerekmektedir. Borçlunun ifada gecikmesi demek mutlaka borçlunun temerrüde düşmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Borçluya gönderilecek ihtarın da temerrüt ihtar olması şart değildir. Bu sebeple borçlunun temerrüde düşürülmesi için ihtarla gerek olmayan durumlarda da alacaklı borçluya ihtar göndermeden müteselsil kefilin sorumluluğuna gidemeyecektir. Söz konusu ihtar geçerlilik bakımından herhangi bir şekilde tabi değildir. Ancak ispat bakımından yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır. Alacaklının müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilmesi için yalnızca asıl borçluya ihtar göndermesi yeterli olmamakta ayrıca ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. İhtarın sonuçsuz kaldığının kabulü için alacaklı göndereceği ihtarla belli bir süre öngörebilir. Ancak ihtarla süre belirtilmesi zorunlu değildir. Böyle bir durumda iş hayatındaki yaygın anlayış doğrultusunda makul bir sürenin geçmesine karşın borçlunun ifada bulunmaması ihtarın sonuçsuz kaldığının göstergesi olacaktır. Borçlunun gereği gibi ifada bulunmaması durumunda da ihtarın sonuçsuz kaldığı düşünülecektir.

Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa alacaklı söz konusu rehinleri paraya çevirmeden müteselsil kefilin sorumluluğuna gidemeyecektir. İpotekli borç senedi ve irat senedi taşınmaz rehni türleri arasında yer aldığından müteselsil kefil iptotekli borç senedi ve irat senedinin öncelikle paraya çevrilmesi savunmasında bulunamayacaktır. Ayrıca hapis hakkı ve alacak hakkı dışında kalan hak rehinleri de hükmün kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bunun gibi karayolları trafik siciline tescili zorunlu taşıtlar üzerinde kurulan rehinler için de müteselsil kefil öncelikle rehinlerin paraya çevrilmesi gerektiği savunmasında bulunamayacaktır.

4077 sayılı TKHK md. 10/f.3 hükmüne göre tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verilmişse kredi veren, asıl borçluya başvurmadan kefilin borcun ifasını talep edemeyecektir. Bu çerçevede tüketici kredisinin teminatı olarak müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmışsa sözleşme müteselsil kefalet niteliğini koruyacak ancak

alacaklı asıl borçluyu takip edip bu takip sonuçsuz kalmadıkça müteselsil kefile başvuramayacaktır. Benzer bir düzenleme 4077 sayılı TKHK md. 10/B/f.8 hükmünde yer almaktadır. Buna göre konut finansmanının teminatı olarak şahsi teminat verilmişse konut finansmanı kuruluşu, asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan kefileden talepte bulunamayacaktır. Tüketici kredilerinden farklı olarak konut finansmanından kaynaklanan borçlar için şahsi teminat verilmesi halinde konut finansmanı kuruluşu, kefile başvurmadan önce hem asıl borçluyu takip edecek hem de mevcut teminatları paraya çevirecektir. Kanun koyucu bu düzenlemede de kefaletin adi kefalet olacağını açık bir şekilde belirtmediğinden sözleşme müteselsil kefalet niteliğini koruyacak ancak müteselsil kefil adi kefilin sahip olduğu tartışma def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'inden yararlanabilecektir. Bu şekilde müteselsil kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz sayılması engellenecek ve adi kefalet tahvili için gerekli şartlar aranmayacaktır. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6502 sayılı TKHK md. 4/f.6'da ise tüketici kredileri ve konut finansmanından kaynaklanan borçlar arasındaki ayırım kaldırılmış ve genel olarak tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimleri için verilen şahsi teminatların adi kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla tüketici işlemleri için tüketici lehine verilen müteselsil kefalet sözleşmelerinin adi kefalet tahvili kanun gereği olacaktır. 6502 sayılı TKHK md. 4/f.6 ikinci cümlede ise tüketicinin alacakları için verilen şahsi teminatların diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır. Müteselsil kefalet sözleşmesi lehine getirilen bu karene ispat bakımındandır. Dolayısıyla TBK md. 583/f.1 hükmünde müteselsil kefalet sözleşmesi için getirilen şekil kuralını bertaraf edemeyecektir. Bu sebeple müteselsil kefalet sözleşmesi bakımından gerekli olan şekil şartına sahip olmayan bir sözleşmenin müteselsil kefalet sayılması söz konusu olmayacaktır.

TBK md. 590/f.2 hükmüne göre bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar hakkında başlayan takibin durdurulmasını talep edebilmektedir. Hakim tarafından takdir edilecek aynı teminat değeri, azami sorumluluk sınırını karşılayacak nitelikte olmalıdır. Bu doğrultuda azami sorumluluk sınırı içerisinde kalmak kaydıyla asıl borç, faiz ve diğer masraflar göz önünde tutulmalıdır.

Müteselsil kefilin göstereceği aynı teminat karşılığında hakkında başlayan takibin durdurulmasına karar verilmesi, TBK md. 598/f.3 hükmünde belirtilen on yıllık süreyi etkilemeyecektir. Söz konusu on yıllık süre hak düşürücü bir süredir ve alacaklı on yıllık süre içerisinde kefile karşı takip hakkını kullanmaktadır. Dolayısıyla müteselsil kefil hakkında başlayan takibin durmasına karar verilmesi ve bu esnada on yıllık sürenin dolması, alacaklının kefile karşı başlattığı takibe şartlar tekrar oluştuğunda devam edemeyeceği anlamına gelmemektedir.

TBK md. 140 hükmüne göre asıl borçlunun takas ileri sürme hakkı bulunduğu müddetçe kefil alacaklıya ifade bulunmaktan kaçınabilmektedir. Takası ileri sürme hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğundan kefil asıl borçlu yerine bu hakkı kullanamaz. Ancak takas hakkı mevcut olduğu sürece geçici def'i ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Kefil bu hakkı ileri sürmeden alacaklıya ifade bulunursa asıl borçluya rücu hakkını kaybetmeyecektir. Zira takas hakkı, bir def'i olmadığından TBK md. 591 kapsamında değerlendirilemez. TBK md. 144 hükmü kapsamında kalan borçlar bakımından da asıl borçlunun takas hakkı bulunduğu sürece kefil geçici def'i ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Asıl borçlunun ölümü halinde borç sona ermemekte ve kural olarak mirasçılara geçmektedir. Dolayısıyla müteselsil kefilin sorumluluğu da devam edecektir. Asıl borçlunun mirasçılarının terekenin resmi defterinin tutulmasını talep etmeleri halinde TMK md. 628/f.1 hükmüne göre deftere yazılmış borçlar, asıl borçlunun mirasçılara geçmektedir. Alacaklının kusurlu olarak alacağını deftere yazdırmaması halinde mirasçılar bakımından asıl borç sona erecektir. Kefalet sözleşmesi fer'i bir sözleşme olduğundan müteselsil kefil de sorumluluktan kurtulacaktır.

Asıl borçlunun alacaklıya bağışlama sözü vermesi ve bağışlama sözünün müteselsil kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınması mümkündür. TBK md. 296 hükmünde kanun koyucu bağışlama sözü verene bazı şartların varlığı halinde sözünü geri alabilme imkanı tanımıştır. Söz konusu şartlar oluşup bağışlama sözü veren geri alma hakkını kullanana kadar müteselsil kefil geçici def'i ileri sürerek alacaklıya ifadan kaçınabilecektir. Ancak bağışlama sözü veren geri alma hakkını kullanmayacağını bildirirse kefil ifadan kaçınamayacaktır.

TBK md. 593/f.3 hükmünde “alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu hükmün lafzından kefilin muaccel olmadan önce ödeyeceği borcun asıl borç olması gerektiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Hükümden anlaşılması gereken asıl borcun muaccel olmasından önce kefilin kendi kefalet borcunu ifa edebileceğidir. Bunun dışında söz konusu hükümde alacaklının rızası varsa kefilin asıl borç muaccel olmadan önce ifada bulunabileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar hükümde “alacaklının rızası” ifadesi kullanılmış olsa da alacaklının erken ifayı kabul etmemesi haklı bir nedene dayanmıyorsa kefil kefalet borcunu ifa edebilecektir. Alacaklının erken ifayı kabul etmemesinde haklı bir gerekçesinin bulunması halinde ise kefil erken ifada bulunamayacaktır.

TBK md. 598/f.3 hükmüne göre bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Söz konusu süre hak düşürücü süredir. Süre zamanaşımı süresi olmadığı için kesilmesi ya da durması söz konusu olmayacaktır. Alacaklının on yıllık süre içerisinde kefile karşı olan haklarını kullanmaması hakkın kaybına yol açacaktır. Ancak alacaklı on yıllık süre içerisinde kefil hakkında takibe başlamış ya da dava açmışsa sürenin dolmasına rağmen başlamış olduğu takibe ya da açmış olduğu davaya devam edebilecektir. TBK md. 598/f.5 hükmüne göre kefalet süresi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla ve kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla, azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabilmektedir. Böyle bir durumda eşin rızasının da alınması gerekecektir.

TBK md. 198/f.2 hükmüne göre borcun üstlenilmesi halinde müteselsil kefilin sorumluluğu ancak borcun üstlenilmesine yazılı rıza göstermesi halinde devam edecektir. Söz konusu rızanın en geç borcun üstlenilmesi tamamlanıncaya kadar verilmesi gerekir. Borcun üstlenilmesinden sonra verilecek icazeti geçersiz saymak gerekecektir.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971

AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971

AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, İstanbul 2012

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2007

AKKANAT, Halil, Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, İstanbul 2004, s. 275-289

AKKANAT, Halil, Temsilci Aracılığı İle Kefalet Sözleşmesi Akdedilebilir mi?, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 55-68

AKMAN, Sermet, Garantör Sıfatıyla Girişilen Taahhüdün Mahiyeti ve Bu Bağlamda Garanti ve Kefalet Sözleşmelerini Birbirinden Ayıran Temel Kriterler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2007, s. 1669-1677

AKYOL, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009

ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998

ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, Aralık 2005, s. 3-26 (Değişiklikler)

ALTOP, Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul 2007, s. 141-160 (Tasarı)

ALTOP, Atilla, Neuerungen und Änderungen bei den Bestimmungen zum Bürgschaftsvertrag in Entwurf des türkischen Obligationengesetzes, Reformen im österreichischen und im türkischen Recht, Vorträge der Österreichisch-Türkischen Juristenwoche 14. Bis 17. April 2010 in Wien Herausgegeben von Rudolf Welsler, Band IV, Wien 2010, s. 117-122 (Bürgschaftsvertrag)

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012

ARAL, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 131-145 (Teminat)

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007 (Özel)

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012

ARKAN, Sabih, Kredi kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003, s. 983-991 (Kredi Kartı)

ARKAN, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batıder, 1992, C. XVI, S. 4, s. 59-84 (Teminat)

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011 (Ticari İşletme)

ASLAN, Yılmaz, Tüketici Hukuku, İstanbul 2006

ATAOL, Hüseyin, Kefalet Akdinde Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'i ve İtirazlar, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 2, Kocaeli 1998-1999, s. 19-54

AYBAY, Aydın, Kefilin Önce Dava Defini İleri Sürme Sorunu, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83-89

AYDOĞDU, Murat, Konut Finansmanı Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, Y. 2007, s. 553-632

AYDOĞDU, Murat/AYAN, Serkan, Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemeler, Ankara 2013

AYRANCI, Hasan, Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 107-126 (Kefalet)

AYRANCI, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD Y. 2004, C. 53, S. 2, s. 96-120 (Şekil)

BAHTİYAR, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013

BÄR, Thomas, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Winterthur 1963

BARLAS, Nami, Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmelerinde Asıl Borcun Muaccel Olması Halinde Müteselsil Kefilin BK md. 494/f.1 Hükmünden Yararlanmasının Mümkün Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 170-194 (Belirsiz Süreli Kefalet)

BARLAS, Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI (9-10 Aralık 2005), Ankara 2006, s. 42-43 (Sorunlar)

BARLAS, Nami, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 349-362 (Geçerlilik Şartları)

BARLAS, Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 937-989 (Kredi Kartı)

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat mektupları, İstanbul 1986 (Teminat Mektupları)

BARLAS, Nami, Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 213-230 (Yenilikler)

BAŞ, Ece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, C. LXX, S. 2, s. 115-144

BAŞYİĞİT, Özgür, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Legal Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 33, Eylül 2005, s. 3317-3338

BECK, Emil, Das neue Bürgschaftsrecht, Kommentar, Zürich 1942

BECKER, Herman, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Abteilung, Art. 1-183, 2. Auflage, Bern 1941

BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971 (Borçlar Hukuku)

BİLGE, Necip, Borçlu Hakkındaki Kesin Hükümün Kefile Tesiri, A.D, Y. 1954, s. 599 (Kesin Hüküm)

BİLGE, Necip, Kefilin Alacaklıya Halef Olmasından Doğan Bazı Meseleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1954, C. 11, S. 1-2, s. 281-295 (Halefiyet)

BİLGE, Necip, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü, AÜHFD, Y. 1956, C. XI-II, s. 86-171
(Mesuliyet)

BİLGİN, Mahmut, Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargıtay Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara 2013

BUCHER, Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988

BUDAK, Ali Cem, İpoteğin paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008

BURCUOĞLU, Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s. 275-292

BUZ, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998

CANPOLAT, Ferhat/TOPUZ, Seçkin, Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kıstaslar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 53-76

CANYÜREK, Murat, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003

ÇEVİK, ÖKTEM, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, C. 8, S. 89-90, s. 113-133

DE BIASIO, Albino, Der Übergang Der Gläubigerrechte auf den Bürgen und dessen Regressrechte, Bern 1944

DEMİRKAPI, Ertan, Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003, s. 753-766

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009 (Bağımsız Garanti)

DEVELİOĞLU, Hüseyin, Murat, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23 Eylül 2003 Tarihli Kararı Işığında Kefalet Sözleşmesi – Borca Katılma Ayırımı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, Y. 3, S. 1, 2004/1, s. 293-322 (Borca Katılma)

DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006

DOMANIÇ, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1990

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2005

DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2009

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, İstanbul 2004, s. 209-236 (Kefilin Hakları)

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996 (Savunma İmkanları)

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinde Def'iler ve Sona Erme, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 363-369 (Sona Erme)

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İHFM, C. LV, Y. 1996, S. 1-2, s. 389-412 (Hukuki İlişki)

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s. 293-308 (Bazı Sorunlar)

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011, s. 123-134 (Sempozyum)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014

ERLÜLE, Fulya, Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması, AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, Erzincan 2003, s. 629-644

ESENER, Turhan, Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961

ESENER, Turhan; Hukuk Başlangıcı, İstanbul 1998

FORRER, Fiona, Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2003

FOUNTOULAKİS, Christiana, İsviçre Hukukunda Kefilin Korunması (Çeviren Ar. Gör. Mine Tan Dehmen), Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul 2010, s. 309-326

GIOVANOLİ, Silvio, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern 1978

GOLSER, Karl, Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft, Bern 1956

GRUBER, Michael, Schutz des Bürgen Vor Globalen Haftungserklärungen – eine rechtsvergleichende Skizze, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 503-514

GUGGENHEIM, Daniel, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986

GUHL, Theo, Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1942

GUT, Gottlieb, Die Wirkungen der Solidarbürgschaft im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen, Bern 1941

GÜMÜŞ, M. Alper, Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi (BK md. 116), Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 7, C. 7, S. 2, Temmuz 2008, s. 25-59 (Birleşme)

GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II, İstanbul 2012 (C. II)

GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014

GÜRAL, Jale, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, Y. 1951, Sayı 3-4, s. 435-478

HARRER, Friedrich, Einreden des Bürgen, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 515-526

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992

HELVACI, İlhan, Banka Kredi Sözleşmeleri Çerçevesinde Adi Kefalet Sözleşmesine İlişkin Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXV, S. 1, Y. 2007, s. 263-272 (Kredi Sözleşmeleri)

HELVACI, İlhan, Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-MK. m. 618), İstanbul 2002 (Mirasın Reddi)

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Auflage, Bern 2001

HOŞLAN, Osman, Kefilin Teminat Verilmesini ve Kefaletten Kurtulmayı İsteme Hakkı (EBK md. 503), AD, S. 1-2; 1979

HUGUENİN, Claire, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2008

İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 2010

İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2004

İPEKÇİ, Nizam/İLBULDU, Nedret, Türk Ticaret Yasasında Aval, İstanbul 1999

KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996

KANETİ, Selim, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972

KANETİ, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), C. II, Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkisinde Yasaların Çatışması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968

KANİTİ, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Öğreti-Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat, C. II, İstanbul 2002

KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011

KILIÇOĞLU, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979

KINACIOĞLU, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1999

KIRCA, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457

KLEİNER, Beat, Bankgarantie, 4. Auflage, Zürich 1990

KOCAMAN, Arif, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1990, C. XV, S. 3, s. 49-64 (Banka)

KOCAMAN, Arif, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi Kefalet mi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIX, 10 Mayıs 2003, Ankara 2003, s. 67-86 (Kişisel Teminat).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1978

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Albulkadir, Borçlar Hukuku Genel Hüküm, C. I, İstanbul 2010

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

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2013

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011

LERCH, Emil/TUASON, Vincente, Die Bürgschaft im schweizerischen Recht, Zürich 1936

NEUMAYR, Matthias, Persönliche Sicherungsgeschäfte-Abgrenzungs- und Formfragen, Besonderes Vertragsrecht-aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, s. 481-502

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012

OĞUZ, Sefer, 6098 Sayılı TBK m. 584/I'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, Bankacılar Dergisi, S. 86, Eylül 2013, s. 67-77

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2006

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2013

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2010

OLGAÇ, Senai, Kefalet, Ankara 1978 (Kefalet)

OLGAÇ, Senai, Satış Trampa Bağışlama, İstanbul 1977 (Satış)

OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: V. Band : Das Obligationenrecht: 3. Teil Art. 419-529, Zürich 1945

ÖZ, Turgut, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Y. 1985, S. 16

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989

ÖZ, Turgut, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Zenginleşme)

ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011 (Yenilikler)

ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012 (Kefalet)

ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü sebeplerle Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, C. 10, Y. 10, S. 2, s. 53-77 (Sona Erme)

ÖZEN, Burak, Borçlar Kanunu Tasarısı m. 586 Hükmünün Müteselsil Kefaletle İlişkin Getirdiği Düzenleme, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 3-4, Aralık 2006, s. 477-494 (Müteselsil)

ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi Özellikleri, Kuruluşu, Türleri, İstanbul 2008

ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesinin Türleri, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 371-387 (Türler)

ÖZEN, Burak, Kefilin Özel Rücu Talebi ve Bu Talebin Halefiyete Dayanan (Genel) Rücu Talebiyle İlişkisi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1445-1479 (Özel Rücu Talebi)

ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşulları, Doğuş Üniversitesi 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 354-366 (Tüketici Kredileri)

ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982

ÖZTAN, Bilge, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1993

ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012

PESTALOZZİ, M. Christoph, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2002

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013

PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003 (Teminat)

REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (Garanti)

REİSOĞLU, Seza, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, AÜHFD, Y. 1962, C. XIX; S. 1-4, s. 327-392 (Muteberlik)

REİSOĞLU, Seza, Kefilin Rücuu İle İlgili Meseleler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 1, S. 4, Y. 1962, s. 465-509 (Rücu)

REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (1992)

REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013 (Kefalet)

REİSOĞLU, Seza, Yabancı Para Üzerinden Taahhüt Altına Girilmesi ve Hukuki Sonuçları, BATIDER, Y. 1987, C. XIII, S. 3-4, s. 144-156 (Yabancı Para)

SAĞLAM, İpek, Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Y. 3, S. 34, s. 3691-3694

SCYBOZ, Georges, Garantievertrag und Bürgschaft, Schweizerisches Privatrecht, Band 7, Halbband 2, Basel-Stuttgart 1979

SEROZAN, Rona, “Culpa İn Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, Y. 1968, s. 108-129

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Sözleşmeden Dönme)

SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 25, N. 3-4, s. 278-279 (İfa Engelleri)

SEROZAN, Rona, Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri, İÜHFİM, C. LXI, S. 1-2, Y. 2003, s. 339-356

SEROZAN, Rona, Tüzel Kişiler Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994

STAFFELBACH, Daniel, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002

ŞAHAN, Gökhan, Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku –Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 2010

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961

TAŞDELEN, Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 731-765

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Kefalet mi, Borcun Dış Yüklenilmesi (Borcun Nakli) mi, Mevcut Borca İltihak mı, Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt mü?, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXXII, S. 11-12, Kasım-Aralık 1958, s. 233-238

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese, Adalet Dergisi 1956, Y: 47, S: 7 (Müteselsil)

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

TOBLER, Hans, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Bern 1926

TURAN, Gamze, Garanti ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 66, Eylül-Ekim 2006, s. 27-50

TURANLI, Hüsnü, Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, Y. 2012, s. 49-74

ULUSAN, İlhan, İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 625-673

ULUSAN, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, C. I'den Ayrı Basım, İstanbul 1982, s. 275-319

ULUSAN, İlhan, İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Aslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ÖZDEMİR, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987

VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (Allgemeiner)

VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972 (Besonderer)

WIEGAND, Wolfgang, Die Bürgschaft im Bankgeschäft, Berner Bankrechtstag, Band 4, Personensicherheiten, (Herausgegeben von Wolfgang Wiegand), Bern 1997, s. 175-216

YAVUZ, Cevdet, Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi, Geçerliliği ve Türleri, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt:12, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 17-61

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2012

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara 2011 (Yenilikler)

YAVUZ, Nihat, Öğreti ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2009, s. 7 (Kefalet)

YENİCE, Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri, İstanbul 2009

YILMAZ, Merve, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, TBB Dergisi, Y. 2011, S. 97, s. 155-170

YILMAZ, Merve, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y.2, S. 7, 2011, s. 67-92

YÜCE, Bilgin, Melek, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Ankara 1999

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2004

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013

ZOBL, Dieter, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Berner Bankrechtstag, Band 4, Personensicherheiten, (Herausgegeben von Wolfgang Wiegand), Bern 1997, s. 23-53