

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI İLERİ SÜREBİLECEĞİ DEF'İLER**

**Ragıp GÖNÜLTAŞ**  
**0510032007**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Anabilim Dalı: Hukuk**  
**Programı: Özel Hukuk**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turgut ÖZ**

**OCAK 2009**

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI İLERİ SÜREBİLECEĞİ DEF'İLER**

**Ragıp GÖNÜLTAŞ**  
**0510032007**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Anabilim Dalı: Hukuk**  
**Programı: Özel Hukuk**

**Tezin Savunulduğu Tarih: 22 Ocak 2009**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Turgut ÖZ**  
**Diğer Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Atilla ALTOP**  
**Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ**

**OCAK 2009**

## KISALTMALAR

<b>Abs.</b>	: Abschnitt (Absatz)
<b>Art.</b>	: Artikel
<b>AÜHD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>BGE</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>BKT</b>	: Borçlar Kanunu Tasarısı
<b>GÜHD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>İBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İİK</b>	: İcra İflas Kanunu
<b>OR</b>	: Obligationenrecht
<b>TK</b>	: Ticaret Kanunu
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

<b>Üniversite</b>	<b>:</b>	<b>İstanbul Kültür Üniversitesi</b>
<b>Enstitüsü</b>	<b>:</b>	<b>Sosyal Bilimler</b>
<b>Anabilim Dalı</b>	<b>:</b>	<b>Hukuk</b>
<b>Programı</b>	<b>:</b>	<b>Özel Hukuk</b>
<b>Tez Danışmanı</b>	<b>:</b>	<b>Prof. Dr. Turgut ÖZ</b>
<b>Tez Türü ve Tarihi</b>	<b>:</b>	<b>Yüksek Lisans – Ocak 2009</b>

## **KISA ÖZET**

### **Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'iler**

**Ragıp GÖNÜLTAŞ**

**Bu çalışmanın konusu “Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def'iler” dir. Çalışma giriş ve sonuç bölümleri haricinde üç bölümden oluşmaktadır.**

**Çalışmada ikinci ana başlık altında genel olarak kefalet sözleşmesi ile birlikte kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği asıl borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler incelenecektir. Kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği asıl borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler; dar anlamda def'iler ve itirazlar olarak iki bölüm halinde incelenecektir.**

**Üçüncü ana başlık altında kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'iler incelenecektir. Bu bölüm dar anlamda def'iler ve itirazlar olarak iki kısım halinde ele alınacaktır.**

**Dördüncü ana başlık altında kefilin ve borçlunun sahip oldukları def'ileri ileri sürmemelerinin sonuçları ile kefilin ileri süremeyeceği asıl borçluya ait def'iler incelenecektir.**

**Anahtar Sözcükler: Kefil, Kefalet sözleşmesi, Def'i**

**Bilim Dalı Sayısal Kodu :**

**University** : **Istanbul Kültür University**  
**Institute** : **Institute of Social Sciences**  
**Department** : **Law**  
**Programme** : **Private Law**  
**Supervisor** : **Prof. Dr. Turgut Öz**  
**Degree Awarded and Date** : **MA – January 2009**

## **ABSTRACT**

### **Incidental Pleas That Surety May Claim From a Creditor**

**Ragıp GÖNÜLTAŞ**

**The subject of this study is “Incidental Pleas that Surety may claim from a Creditor”**

**This study is composed of 3 chapters except the introduction and conclusion parts main heading.**

**In this study under the second the suretyship contract and incidental pleas derived from main debt relationship that a surety may claim from a creditor will be examined. Incidental pleas derived from main debt relationship that surety may claim from a creditor will be examined in two chapters as incidental pleas in a limited sense and the other incidental pleas.**

**Under the third main heading incidental pleas that may be claimed to the creditor which may arise from the suretyship contract of the suarty. This chapter will be handled as incidental pleas in a limited sense and other incidental pleas.**

**Under the forth head title , the results of not claiming the incidental pleas that the surety and debtor have and incidental pleas, belonging to the main debtor, which the surety cannot claim will be examined.**

**Key Words: Surety, Suretyship, Incidental Pleas**

## **ÖNSÖZ**

“Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürebileceği Def’iler” konulu tezimi yoğun bir çalışma sonucu tamamladım. Çalışmada, konularla ilgili doktrindeki görüşlerle birlikte yüksek mahkeme kararlarından yararlanılmıştır. Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesine ilişkin olarak önemli değişiklik ve yenilikler getirmekte olup, getirilen bu düzenlemeler konular içerisinde ele alınmıştır.

Bu çalışmayı hazırlarken bana yol gösteren ve yardımcı olan tez danışmanım Prof. Dr. Turgut ÖZ’e teşekkürü bir borç bilirim.

**Ocak 2009**

**Ragıp GÖNÜLTAŞ**

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vii
KISA ÖZET TÜRKÇE.....	viii
KISA ÖZET İNGİLİZCE.....	ix
I.GİRİŞ.....	1
II. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE KEFİLİN SAHİP OLDUĞU ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN KAYNAKLANAN DEF'İLER.....	3
A. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi.....	3
1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı.....	3
2.Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri.....	4
a. Kefalet Sözleşmesinin Fer'iliği.....	4
b. Kefalet Sözleşmesinin İkincil Nitelikte Olması.....	5
c. Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleme.....	5
d. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Olması.....	6
B. Kefilin Sahip Olduğu Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklan Def'iler.....	6
1. Kefilin İleri sürebileceği Asıl borç İlişkisine Ait Dar Anlamda Defiler.....	8
a. Asıl Borç İlişkisine Ait Sözleşmede Edimin İfa Edilmediği Def'i.....	8
b. Asıl Borç İlişkisine Ait Sözleşmenin Zamanaşımına Uğramış Olduğu Def'i.....	9
c. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Def'i.....	11
2.Kefilin İleri Sürebileceği Asıl Borç İlişkisine Ait İtirazlar.....	12
a. Asıl Borcun Geçerli Olmadığı İtirazı.....	12
b. Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı.....	14
III. KEFİLİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN DEF'İLERİ... 15	
A. Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Dar Anlamda Def'ileri.....	16
1. Tüm Kefalet Türleri Açısından Kefilin Sahip Olduğu Def'iler.....	16
a. Kefalet Sözleşmesinin Muaccel Olmadığı Def'i.....	16
b. Kefalet Sözleşmesinin Zamanaşımına Uğramış Olduğu Defi.....	18

c. Alacaklının Elinde Bulunan Teminatları ve Delilleri Saklama Yükümlülüğüne Aykırı Davranması Nedeniyle Kefilin Sahip Olduğu Def'i Hakkı .....	19
d. Alacaklının Asıl Borçlunun İflası Halinde Alacağını İflas Masasına Kaydetmemesi ve İflastan Kefili Haberdar Etmemesi Sebebi İle Kefilin Sahip Olduğu Def'i Hakkı .....	21
2. Adi kefalette Kefilin Sahip Olduğu Def'i Hakları .....	23
a. Peşin Dava Def'i .....	23
aa. Anlamı .....	23
bb. Peşin Dava Def'i'nin Ortadan Kalktığı Durumlar .....	26
aaa. Asıl Borçlunun İflası .....	26
bbb. Borçlu hakkında Türkiye' de Takip Yapmanın İmkânsız Olması ...	28
b. Önce Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i .....	30
3. Adi Birlikte Kefalette Kefilin İleri Sürebileceği Def'i(Bölme Def'i) .....	32
B. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan İtirazlar .....	34
1. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olmadığı İtirazı .....	34
a. Kefalet Sözleşmesiyle Teminat Altına Alınmış asıl borcun geçerli olmadığı itirazı .....	34
b. Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasında Kefilin Gerekli Ehliyet Şartlarına Sahip Olmaması .....	36
aa. Gerçek Kişilerin kefalet Ehliyeti .....	36
aaa. Tam Ehliyetli Kişiler .....	36
bbb. Tam Ehliyetsiz Kişiler .....	37
ccc. Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti	37
ddd. Evli Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti .....	38
eee. Sınırlı Ehliyetsizler .....	42
fff. Müflisin ve Kendisine Konkordato Mehli Verilmiş Olan Borçlunun Kefil Olma Ehliyeti .....	44
bb. Tüzel Kişilerin Kefalet Ehliyeti .....	45
aaa. Dernek ve Vakıflar Bakımından .....	46
bbb. Ticaret Ortaklıkları Bakımından .....	46
c. Kefalet Sözleşmesinin Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olması .....	48
d. Kefilin İradesinin Sakatlanmış Olduğu İtirazı .....	51
aa. Kefilin İradesinin Hata Nedeniyle Sakatlanmış Olması .....	52
bb. Kefilin İradesinin Hile Nedeniyle Sakatlanmış Olması .....	54



cc. Kefilin İradesinin İkrahi Nedeniyle Sakatlanmış Olması .....	57
e. Kefalet Sözleşmesinde Gerekli Şekil Şartlarına Uyulmaması nedeniyle sözleşmenin Geçersiz Olduğu İtirazı .....	60
2. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermiş Olduğu İtirazı .....	66
a. Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi .....	66
aa. Kefalet Sözleşmesinin Kefilin Borcun Nakline İzin Vermemesi Nedeniyle Sona Ermesi .....	66
bb. Alacaklının Kefilin Ödeme Talebini Haklı Sebep Bulunmaksızın Kabul Etmemesi Durumunda Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	69
cc. Alacaklının Teminat Vasıtalarını Kefile Tevdi Yükümlülüğüne Aykırı Davranması Nedeniyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	72
dd. Belirli Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	75
ee. Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	80
ff. Resmi Memurlara ve Resmi Sıfatı Haiz Olmayan Müstahdemlere Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	83
gg. Birlikte Kefalet BK. m.488/son c. Nedeniyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi .....	84
b. Asıl borcun sona ermesi sebebiyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermiş Olduğu İtirazı .....	90
aa. Asıl Borcun İfa Edilmiş Olduğu İçin Sona Erdiği İtirazı .....	91
bb. Asıl Borcun Takas Suretiyle Sona erdiği İtirazı .....	92
cc. Asıl Borçlu ile Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi Halinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı .....	92
dd. Asıl Borçlu ile Alacaklının Aralarında Tecdit (Yenileme) Anlaşması Yapmaları Neticesinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı .....	93
ee. Alacaklı ile Asıl Borçlunun Aralarında İbra Anlaşması Yapmaları Neticesinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı .....	94
ff. Geciktirici Şarta Bağlı Borçta Şartın Gerçekleşmemesi, Bozucu Şarta Bağlı Borçta Şartın Gerçekleşmesi Hallerinde, Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı .....	95
gg. Borcun İfasının İmkansız Duruma Gelmesi Nedeniyle Asıl Borcun Sona erdiği İtirazı .....	95
<b>IV. KEFİLİN VE ASIL BORÇLUNUN SAHİP OLDUKLARI DEF'İLERDEN FERAGAT ETMELERİ İLE KEFİLİN İLERİ SÜREMEYECEĞİ ASIL BORÇLUYA AİT DEF'İLER .....</b>	<b>98</b>
A. Kefilin Sahip Olduğu Def'ilerden Feragat Etmesi .....	98
1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Def'ilerden Feragat Etmesi .....	98

2. Kefilin Kefalet Sözleşmesi Gereği Sahip Olduğu Def'ilerden Feragat Etmesi .....	99
B .Asıl Borçlunun Kendisine Ait Def'ilerden Feragat etmesi.....	101
C. Kefilin İleri Süremeyeceği Asıl Borçluya Ait Def'iler.....	103
V. SONUÇ .....	105
KAYNAKÇA.....	107

## I. GİRİŞ

Kefil, alacaklıya karşı bir takım def'ileri ileri sürme imkânına sahiptir. Kefilin sahip olduğu def'iler, kefalet sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi asıl borç ilişkisinden de kaynaklanabilir. Kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereği kefil, asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Çalışmada kefilin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği bütün def'iler ele alınıp incelenecektir. Def'i burada geniş anlamda kullanılmış olup, kefilin ileri sürebileceği dar anlamda def'i ve itirazları yani kefilin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği tüm savunmaları kapsamaktadır.

Kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu def'ilerin neler olduğu, bu def'ilerin ileri sürülmesinin sonuçlarının ne olduğu ve def'ilerin özelliklerinin neler olduğu sorularına bu çalışmada cevap aranacak. Ayrıca kefilin ileri süremeyeceği asıl borçluya ait def'iler ve kefilin sahip olduğu def'ileri ileri sürmemesinin sonuçlarından bahsedilecektir.

Çalışmada, ikinci ana başlık altında genel olarak kefalet sözleşmesi ile birlikte kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'ilerden asıl borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler incelenecektir. Üçüncü ana başlık altında kefilin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'ilerden bahsedilecektir. Çalışmada dördüncü ana başlık altında kefilin ve alacaklının sahip

oldukları def'ileri ileri sürmemelerinin sonuçları ile kefilin ileri süremeyeceği asıl borçluya ait def'ilerden bahsedilecektir.

Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesi için önemli değişiklikler getirmekte olup, yapılan değişiklikler kefilin alacaklıya karşı ileri sürebileceği def'iler üzerinde de etkili olmaktadır. Tasarının getirdiği bu yenilikler konular içerisinde ele alınacaktır.

## II. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ VE KEFİLİN SAHİP OLDUĞU ASIL BORÇ İLİŞKİSİNDEN KAYNAKLANAN DEF'İLER

### A. Genel Olarak Kefalet Sözleşmesi

#### 1. Kefalet Sözleşmesinin Tanımı

Kefalet sözleşmesinin tanımı BK 483. maddede yapılmıştır. Madde metni “ kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi, alacaklıya karşı tekeffül eder.” şeklindedir

Tarifteki “borçlunun akdettiği borç” tabiri sadece sözleşmeden doğan sorumluluklar için kefil olunacağı anlamını vermektedir. Hâlbuki mehz kanunda (İBK 492) Üçüncü bir şahsın borcundan bahsedilmektedir. Kefalet, sözleşmeden doğan bir borç için verilebileceği gibi haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, kanundan doğan borçlar içinde verilebilir. Yasal tanımda yer alan bir diğer aksaklık ise kefilin edimini “borcun edasını temin etmek” olarak gösterilmesidir. Buna göre kefilin, esas borçlunun borcunu ifa etmesi için gayret göstereceği, bu konuda elinden geleni yapmasına rağmen borç ifa edilmez ise sorumlu tutulmayacağı sonucu ortaya çıkabilir. Bu şekilde ki bir sonucun, kefilin üstlendiği edimi tanımlamaktan ne kadar uzakta olduğu açıktır. Kefalet sözleşmesinde kefil, borcun ifa edilmesi için gayret göstermeyi değil, temin ettiği borcun ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesinden “şahsen” sorumlu tutulmayı üstlenir <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Seza Reisoğlu Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet Ankara 1992 s.2,7,8; Burak Özen Kefalet Sözleşmesi İstanbul 2008 s.45 46; Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuk Özel

Borçlar Kanunu Tasarısı 581. maddesinde yukarıda belirtilen yasal tanımdaki aksak olan hususlar düzeltilmiş olup madde metni “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”şeklindedir. Tasarı metninde yer alan bu tanım kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olduğunu ve diğer yandan da kefilin ediminin konusunun “kişisel sorumluluk üstlenme” olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir<sup>2</sup>.

## **2.Kefalet Sözleşmesinin Özellikleri**

### **a. Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği**

Kefalet sözleşmesinin en önemli ve esaslı özelliği fer’iliğidir. Kefalet sözleşmesi; her zaman mevcut ve geçerli bir esas borcun varlığını gerektirir Bu özellik gereğince kefalet sözleşmesinin varlığının devam etmesi ve sona ermesi asıl borca bağlıdır. Geçersiz veya olmayan bir borca kefil olunmuşsa, kefalet borcundan söz edilemez. Kefalet sözleşmesinin fer’i niteliğinden vazgeçilmesi mümkün değildir. Bütün kefalet türlerinde, ister adi, ister müteselsil kefalette kefil, her zaman fer’i olarak sorumlu olur. Bunun neticesi olarak da kefilin sorumluluğu esas borçlunun sorumluluğundan daha fazla olamaz. Yani kefil esas borçludan daha ağır şartlar altında sorumlu olamaz. Kefalet sözleşmesinde tarafların fer’ilik niteliğini bertaraf edecek şekilde anlaşmaları da geçerli değildir<sup>3</sup>. Böyle bir anlaşma kefalet değil olsa olsa BK m. 110 çerçevesinde “başkasının fiilini taahhüt” olarak yorumlanabilir. Bu sözleşme tipi ise konumuzun dışındadır. Şu kadarını belirtelim ki, bir

---

Borç ilişkileri Cilt 2 İstanbul 2002 s. 1293; Necip Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü AÜHFD Cilt 13 sayı 1-2 1956 s. 91.

<sup>2</sup> Özen s.47.

<sup>3</sup> Hasan Ayrancı ,Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet GÜHFD HaziranAralık2005 Cilt:IX, Sayı:12 s.113;Özen s. 67, 68 ,70 ; Gülçin Elçin Grassinger Borçlar kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları İstanbul 1996.

s.2 Karahasan s.1204; Cevdet Yavuz Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Beta Yayıncılık İstanbul 1997 s.784.

taahhüdün yorumunda kefalet mi yoksa başkasının fiilini taahhüttü bulunduğu hususunda tereddüt varsa; kefilin korunması ilkesi sebebiyle, bunun kefalet sayılması asıldır.

### **b. Kefalet Sözleşmesinin İkincil Nitelikte Olması**

Kefalet sözleşmesinin bir diğer özelliği ise kural olarak ikincil (tali) nitelikte olmasıdır. Bu nitelik kefilin, alacaklı tarafından, asıl borçlu takip edildikten sonra takip edilmesine imkân verir. Yani kural olarak esas borçlunun muaccel hale gelmiş borcu, ifa etmemesi bir başına kefile müracaat sebebi olamaz. Fakat kefilin sorumluluğunun ikincil olma niteliği, fer'i niteliği gibi esaslı nitelik olmadığından taraflarca bu hususun aksi kararlaştırılabilir. Kefalet sözleşmesi türlerinden sadece adi kefalet tali niteliği haizdir<sup>4</sup>.

### **c. Kefalet Sözleşmesinin Tek Tarafa Borç Yükleme**

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde nitelenmektedir. Bu sözleşmede alacaklının, kefile karşı edim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Her ne kadar kanun koyucu alacaklıya, kefile karşı bir takım yükümlülükler yüklenmişse de; bu yükümlülükler, kefalet borcunun karşılığı (ivazı) niteliğinde olmayıp, kefalet sözleşmesini tam iki taraflı borç sözleşmesine sokan nitelik de değildir<sup>5</sup>. Esasen bunlar ifa edilmemeleri tazminat yükümü doğuran borçlar değil, yerine getirilmemeleri üzerine alacaklının hakkını kullanmasını engelleyen ödevler (obliegenheit) niteliğindedir. Ancak BK m.500 hükmünün alacaklıyı teminatları azaltması üzerine kefilin rücu sırasında uğrayacağı zararı tazminle yükümlü tutması karşısında, kefaleti “eksik iki taraflı sözleşme” olarak da nitelendirilebilir. Gene, kefalet sözleşmesinin “zorunlu olarak”

---

<sup>4</sup> Grassinger s. 2 ; özen s. 70,88 ; Karahasan s. 1205; yavuz s.784 ;Bilge, Kefilin Mesuliyetinin Şümulü s. 97.

<sup>5</sup> Grassinger s. 2 Karahasan s.1205; Yavuz 785.

tek tarafa borç yüklediği söylenemez, kefilin üstlendiği edime karşılık alacaklının bir “karşı edim” üstlenmesi mümkündür<sup>6</sup>.

#### **d. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Olması**

Kefalet sözleşmesi, asıl borç ilişkisinden tamamen ayrı bir borç ilişkisidir. Kefalet borcu ile asıl borcun ayrı borç olmamaları nedeniyle her iki sözleşmenin konusu farklıdır. Kefalet sözleşmesinin konusunun daima para borcu olması sebebiyle asıl borç ilişkisinin konusu para borcu olması halinde iki sözleşmenin konuları bu durumda benzerlik gösterse de, asıl borcun konusunun parayla ifa edilmeyen borç olması halinde, örneğin yapma yapmama veya paradan başka verme borçlarında, kefalet borcu ile asıl borcun konuları arasındaki fark açık bir şekilde belirecektir<sup>7</sup>.

Asıl borç ile kefalet sözleşmesinin birbirinden ayrı olması nedeniyle kefalet sözleşmesinin kendisine özgü sona erme sebepleri mevcuttur. Kefalet sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden ayrı olarak şarta veya vadeye bağlanması mümkündür. Ayrıca kefalet sözleşmesi asıl borç ilişkisinden ayrı zamanaşımı süresine bağlıdır<sup>8</sup>.

### **B. Kefilin Sahip Olduğu Asıl Borç İlişkisinden Kaynaklan Def’iler**

Kefil asıl borçluya ait olan itirazları ve dar anlamda def’ileri ileri sürebilmesi kefalet sözleşmesinin fer’iliğinin doğrudan doğruya ve zaruri bir neticesidir. Fer’ ilik prensibi gereği kefil, alacaklıya karşı asıl borçludan daha ağır şartlarda sorumlu

---

<sup>6</sup> Özen s. 90.

<sup>7</sup> Grassinger s.14; Karahasan s.1206; Yavuz s. 785; Bilge, kefilin Mesuliyetinin Şümülü s. 95.

<sup>8</sup> Grassinger s.2.



olmayacak, onun savunma imkânlarını ileri sürerek ifadan kaçınabildiği durumlarda kural olarak aynı imkânlardan yararlanabilecektir<sup>9</sup>.

BK 497/I c.1 e göre; “ Kefil asıl borçluya ait bütün def’ileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkına haiz ve bununla mükelleftir”. Maddede asıl borçluya ait bütün defiler yer almakta ise de; asıl borçluya ait her türlü def’iden, kefilin istifade edeceği neticesine varmak da mümkün değildir. Zira böyle bir anlayış kefalet sözleşmesi ile amaçlanan gayeye ve kefaletin teminat fonksiyonuna tamamen aykırı olur<sup>10</sup>. Nitekim BK. m. 497 f.1 c.2’ ye göre; kefil, taahhüdünün mahiyetine nazaran hariç kalması gereken def’ilerden faydalanamaz. Böylece kefil maddeye göre, asıl borçlunun aczinden dolayı kendisine tanınan defi ve haklardan yararlanamayacaktır. Esasen kefalet böyle bir ihtimal göz önünde tutularak alacaklıya güvence sağlamak amacıyla verilmiştir Kefalet sözleşmesinin amacı, alacaklıyı asıl borçlunun aczine karşı korumak olduğundan, kefil, asıl borçlunun aczi dolayısıyla elde ettiği defi haklarından ve kolaylıklarından istifade edemez.

Asıl borçlu kendisine ait def’ilerden feragat etse dahi, kefil kural olarak bunlardan yararlanabilmelidir. Bu husus, asıl borçlunun kendi davranışlarıyla kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesinden çıkarılmaktadır. Ancak asıl borçlu kendisine ait iptal hakkı, takas gibi yenilik doğurucu hakları kullanmaktan feragat ederse, bu feragat kefil hakkında da hüküm ifade eder. Kefilin asıl borçluya ait def’ilerden kefalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde feragati mümkün değildir; böyle bir feragat gerçekleşmişse artık kefalet değil, garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Zaten BK. m. 497 f.2’ye göre; kefilin, borçluya ait def’ileri kullanması, bir hak olduğu kadar yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Aksi halde bu def’ilerden kusuru olmaksızın haberi olmadığını ispat etmedikçe kefil, bu def’ileri dermeyeran etmemesinden dolayı borçluya rücu hakkından mahrum olacaktır<sup>11</sup>. Bu

---

<sup>9</sup> Reisoğlu s. 171-Grassinger s.17.

<sup>10</sup> Reisoğlu s. 171.

<sup>11</sup> Yavuz s.806-807; Grassinger s.17; Necip Bilge Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1971 s. 384.

bölümde öncelikle kefilin sahip olduğu dar anlamda def'iler, daha sonra itirazlar incelenecektir.

## **1. Kefilin İleri sürebileceği Asıl borç İlişkisine Ait Dar Anlamda Defiler**

### **a. Asıl Borç İlişkisine Ait Sözleşmede Edimin İfa Edilmediği Def'i**

BK m. 81 “ Mütakabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylemiş olmak lazımdır.” şeklindedir.

Maddeye göre; iki tarafa borç yükleyen sözleşmede, taraflardan birinin akit, kanun veya işin mahiyeti gereği edimini öncelikle yerine getirmesi gerekmediği durumlarda, her iki taraf edimini karşılıklı ve aynı anda ifa etmek zorundadır. Belirtelim ki burada kastedilenin herhangi bir “iki tarafa borç yükleyen sözleşme” değil, “karşılıklı edimler içeren (sinallagmatik) sözleşme” olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir sözleşmede taraflardan birinin kendi asli edimini yerine getirmeden veya yerine getirmeyi teklif etmeden karşı taraftan karşılık edimini (ivazı) ifa etmesini talep etmesi halinde “sözleşmenin ifa edilmediği def'ine” maruz kalacaktır<sup>12</sup>.

Ancak Borçlar Kanunu 81. maddesinin taraflara ne gibi bir yetki sağladığı tartışmalı bir konudur. Bir tarafın ifaya zorlayabilmesi için kendi ediminin ifa etmiş olmasının bir şart mı teşkil edeceği, yoksa karşı tarafa durumu ileri sürerek ifadan kaçınma yetkisinin mi tanındığı madde metninden kesin olarak anlaşılamamaktadır. Bu konuda Pandekt hukukçularından beri görüş ayrılığı mevcuttur. Bir görüş bu konuda ödemezlik def'ini “dava temelini yetersizliği” savunması saydığı halde, diğer görüş gerçek anlamda bir def'i saymaktadır. İsviçre ve Türk hukuklarında hakim olan görüş BK m. 81'de taraflara tanınan yetkinin gerçek anlamda bir def'i

---

<sup>12</sup> Grassinger s. 27.

olduğudur<sup>13</sup>. Buradaki farklılık hakimin açılan bir davada bu hususu resen nazara alıp almaması bakımından önem arz etmektedir. Birinci görüşün kabulü halinde hakim dava temelini teşkil eden hususu resen nazara alacak “defi” olduğu görüşünün kabulü halinde ise bu hususu resen göz önüne alamayacaktır. Bu nokta kefile karşı açılan davalarda da aynı şekilde kefalet sözleşmesinin fer’i niteliği gereğince önem arz etmektedir.

Kefalet sözleşmesinin feriliği niteliği gereğince asıl borçlunun alacaklıya karşı sözleşmenin ifa edilmediği def’ini ileri sürme hakkı mevcut olduğu sürece kefil de bu def’iyi alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Alacaklının ediminin ayıplı olması halinde, kefilin, asıl borçlunun aktin gereği gibi ifa edilmediği def’ini ileri sürme hakkı mevcut olduğu sürece, alacaklıya karşı geçici def’i hakkını kullanabilecektir. Bununla beraber asıl borçlu, alacaklının karşı edimini sözleşmeye uygun bir ifa olarak kabul etmiş ise; borçlu BK 81. maddeden kaynaklanan def’i hakkına sahip olmayacağı için kefilin de artık alacaklıya karşı ileri sürebileceği bir hakkı olmayacaktır. Buradaki durum asıl borçlunun def’i ya da itirazlardan feragat etmesinin kefilin bağlamayacağı prensibine aykırılık oluşturmaz. Burada söz konusu olan kefilin mevcut olamayan bir hakkı, aynı sürenin geçmesi ile asıl borçlunun savunma hakkını kaybetmesinde olduğu gibi kullanamamasıdır<sup>14</sup>.

## **b. Asıl Borç İlişkisine Ait Sözleşmenin Zamanaşımına Uğramış Olduğu Def’i**

Kefalet borcu henüz zamanaşımına uğramamış olsa dahi asıl borç zamanaşımına uğramış ise kefil, alacaklıya karşı asıl borcun zaman aşımına uğradığı def’ini ileri sürebilir. Asıl borçlu zamanaşımı def’inden feragat etse dahi, kefil bu

---

<sup>13</sup> Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 2005, s.268.

<sup>14</sup> Grassinger s.28.

def'iyi ileri sürme hakkını muhafaza eder(BK. 139/II). Bu düzenleme asıl borçlunun fiili ile kefilin durumun ağırlaştırılamayacağı ilkesinin bir sonucudur<sup>15</sup>.

Kefalet sözleşmesi ile zamanaşımına uğramış bir borç da teminat altına alınabilir. Ancak kefil bu hususu bilerek teminat borcu altına girmiş ise ve kefalet borcunun yerine getirileceği kararlaştırılmış ise, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliği ile bağdaşmayan bu durumda, kefalet sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesinin şekil ve hükümlerine tabi bir garanti akti var olacaktır. Zira alacaklı ile teminat borcu altına giren gerçekten kefalet sözleşmesinin şekil ve hükümlerine tabi bir sözleşme kurmayı istemekte ve bu düşünce ile hareket etmektedirler. Ancak kefilin zamanaşımına girmiş bir borç için alacaklıya karşı sorumlu olacağı taahhüdü kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliği ile bağdaşmayacağından bu durumda BK 485/son c. anlamında kefalet sözleşmesi hükümlerine tabi garanti sözleşmesi hükümlerinin varlığı kabul edilmelidir. Hata ve işlem ehliyetsizliği için BK 485/son c.de kabul edilmiş olan hükümden zamanaşımına uğramış borç için bilerek teminat veren ve kendisinin sorumlu olduğunu zanneden kefilin yaralanmamasının bir sebebi olmalıdır. BK md. 485/son hükmünün teminat borcu altına gireni korumak amacı ile konulmuş olduğunu değerlendirildiğinde, bu sonucun gerekliliği daha çok ortaya çıkacaktır. İsviçre Borçlar Kanununda BK 485/ son c.'nin karşılığı İBK m. 492/III 'ün kapsamına zaman aşımına uğramış borçlar da dahil edilmiştir<sup>16</sup>. Bu konuda; Reisoğlu, zamanaşımına uğramış bir borcun bilerek taahhüt edilmesinin kefaletten ziyade bir garanti mukavelesi veya müstakil diğer bir mükellefiyet olabileceğini belirtmektedir<sup>17</sup>.

Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilmiş ise kefile karşı da kesilmiş olur.(BK m. 134/II) Buna karşılık eğer zamanaşımı sadece kefile karşı kesilmiş ise alacaklı bunu asıl borçluya karşı ileri süremeyecektir (BK m. 134 III). Böylece kefil

---

<sup>15</sup> Reisoğlu s. 174–175.

<sup>16</sup> Grassinger s. 32–33.

<sup>17</sup> Reisoğlu s.176.

kefaletten ötürü zamanaşımı kesilmesine rağmen asıl borçluya ait zaman aşımı def'ini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir<sup>18</sup>.

Asıl borç zamanaşımına tabi bir borç değilse ne olacaktır? Örneğin bir gayrimenkul ile temin edilmiş olan alacak hakkında zamanaşımı cereyan etmez (MK m. 864 ). Bu durumda kefalet borcu için zamanaşımı cereyan edip etmeme meselesi ortaya çıkmaktadır. Federal mahkeme böyle bir durumda kefaletin zamanaşımına tesir etmeyeceği neticesine varmıştır. Gerçi kefalet fer'i mahiyeti gereğince asıl borca tabi olmaktadır. Ancak bu demek değildir ki, kefalet asıl borçtan bağımsız olarak sona ermez. Fer'i bir borcun varlığı asli bir borcu gerektirse de bunun aksi varit değildir. Asıl borç kefaletin mukadderatı ile ilgili olmaksızın var olmaya devam edecektir. Kefaletin borçları sona erme prensiplerinden ayırmak için makul bir sebep mevcut değildir. Zamanaşımına tabi olmayan bir borç için verilmiş bir kefalet de şartların gerçekleşmesi halinde kendisinin tabi olduğu zamanaşımına uğrar<sup>19</sup>.

### **c. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Def'i**

Alacaklının kefilin takip edebilmesi için kefalet borcu ile birlikte asıl borcun da muaccel olması gerekir.

Asıl borçlu ile alacaklı aralarında tecil anlaşması yaparak borcun vadesini uzatabilirler. Böyle bir durum kefilin lehine olabileceği gibi, aksine aleyhine de olabilir. Asıl borçluya verilen ek süre ile borcun vadesi uzamış ise, kefil bu süre için kefalet borcunu yerine getirmekten kurtulacaktır. Ancak verilen ek süreye rağmen borçlu, borcunu ifa edemez ise, böyle bir durumda asıl borç tutarında meydana gelecek artma sebebiyle kefilin sorumluluğunda da sorumlu olduğu en üst tutarla sınırlı olarak, artış olacaktır<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Reisoğlu s.174-175.

<sup>19</sup> Reisoğlu s.174-175.

<sup>20</sup> Grassinger s.29.

Bu konuda doktrinde savunulan bir görüşe<sup>21</sup> göre; tecil anlaşması her durumda kefile karşı etkili olacaktır. Ancak kefil bu durumda BK m.493- m.494' de yer alan şartların gerçekleşmesi halinde sorumluluktan kurtulabilecektir. Başka bir görüşte bu konuda tecil anlaşmasının kefile karşı faydalı ve sakıncalı noktaları ile bir bütün oluşturduğunu, kefilin alacaklıya karşı tecil anlaşması sonucu verilen mehilden yaralanabilmesi için onun bu anlaşmayı BK m. 484' deki şekil şartına uygun olarak onaylaması gerektiğini belirtmektedir<sup>22</sup>.

Bu iki görüş haricinde daha isabetli olan bir diğer görüşe göre ise; kefil, kefalet sözleşmesinin fer'iliği gereğince asıl borçlunun alacaklı karşısında hukuki pozisyonunda oluşacak faydalı durumdan kendiliğinden yaralanacak; yani kefil, tecil anlaşması onaylasın veya onaylamasın borcun muaccel olmadığı def'ini ileri sürebilecektir. Eğer tecil anlaşmasının sonucunda borçta bir artış olur ise, bununla sorumlu olabilmesi için ise tecil anlaşmasını onaylaması gerekecektir. Bu görüşü kabul etmemiz durumunda kefil tecil anlaşmasının onaylamamış ise gerek belirli süreli kefalette (BK m. 493) gerek belirsiz süreli kefalette (BK m. 494) şartların gerçekleşmesi üzere kefalet sözleşmesinin sona erdiği itirazında bulunabilecektir<sup>23</sup>.

## **2. Kefilin İleri Sürebileceği Asıl Borç İlişkisine Ait İtirazlar**

### **a. Asıl Borcun Geçerli Olmadığı İtirazı**

Kefalet daima fer'i bir mükellefiyeti ifade ettiğinden, ancak geçerli bir borç için söz konusu olabilir.(BK. 485/I). Kefil, asıl borcun herhangi bir sebepten ötürü geçersiz olduğunu mesela medeni hakları kullanma ehliyetsizliği, sözleşmede

---

<sup>21</sup> Schulthes s.103 ( Nakleden Grassinger s.30 dip not. 51).

<sup>22</sup> Grassinger s.29–30.

<sup>23</sup> Grassinger s. 18; Reisoğlu 160–161.

zorunlu olan şekle riayet edilmemesi, iradelerde uyuşmazlık, borcun içeriğinin kanuna ahlak ve adaba aykırı olması sebebiyle geçersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir<sup>24</sup>.

Asıl borcun rıza fesadı sebepleriyle sakat olması keyfiyetini kefilin dermeyan edebilip edemeyeceği hususu daha nazik bir meseledir. Borçlu Borçlar Kanunu 31. maddedeki bir yıllık müddeti geçirmek suretiyle zımnem veya icazet vererek açık olarak sözleşmeye onay verdiği takdirde, kefilin artık rıza fesadı sebeplerini ileri sürmesine imkan yoktur. Çünkü böyle bir muvafakat sonucunda borç kesin bir şekilde geçerli hale gelir. Ancak asıl borçlu henüz onay vermediği ve bir senelik müddet de geçmediği takdirde kefilin, borçlu tarafından icazet verilmemesi taliki şartına bağlı olarak bu de'fileri ileri sürebileceğini kabul etmek lazımdır<sup>25</sup>.

Asıl borç ilişkisinin geçersiz olması halinde kefil de alacaklıya karşı sorumlu olmayacaktır. Kefilin asıl borç ilişkisi geçerli olmamasına rağmen, alacaklıya karşı sorumlu olduğunu kabul etmek kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliği ile bağdaşmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu aşağıda belirtilen olayda şu şekilde karar vermiştir. Olayda; kefalet sözleşmesine konu olan satım sözleşmesinin şekil şartına uyulmaması sebebiyle geçersiz olduğunda, alacaklı, kefilinden satım parasına mahsuben ödediği paranın iadesini istemiştir. Kurul; alacaklı ile asıl borçlu arasındaki satım sözleşmesinin geçersiz olduğunu, satım sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle verilen paranın iadesi borcunun doğduğunu, bu borcun geçerli bir borç olduğunu ve kefilin de bu borca kefil olduğunu belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu bu karar isabetli gözükmemektedir. Çünkü satım sözleşmesinin geçersiz olması halinde her ne kadar alacaklının önceden verdiği paranın iadesini talep hakkı doğacaksa da, bu alacak hakkı, kural olarak kefalet sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Kefil satım sözleşmesinin geçersiz olması sebebiyle artık bu akitten doğan bir yükümlülük altında olmamalıdır. Satım sözleşmesinin geçersiz olması durumunda kefalet altına alınmış borç da geçersiz olduğundan, alacaklının

---

<sup>24</sup> Reisoğlu s.171.

<sup>25</sup> Bilge s.385.

geçersiz akde dayanarak kefilî takip etmesi düşünülemez<sup>26</sup>. Şu kadar ki, esasen kefaletî konusu sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunu teminat altına almak ise, bu geçerlidir. Fakat bu pratikte nadir rastlanacak bir durumdur.

### **b. Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı**

Borcun sona erme nedenleri BK. m. 113 ve devamında yer alan maddelerde düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan asıl borcun ifa edilmiş olması, BK. Md.114 gereği alacaklı ile asıl borçlunun; asıl borcun konusu, tabii olduğu hükümler, borcun sebebi ya da taraflarını değiştirme hususunda tecdit anlaşması yapmış olmaları; BK. m. 116/I uyarınca alacaklı ile asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi; BK. m. 122'e göre asıl borçlunun karşı alacağı ile kefalet konusu alacağın takas suretiyle sona ermesi, alacaklının asıl borçluyu ibra etmesi veya alacaklı ile asıl borçlunun aralarında yapacakları sulh anlaşması ile borçluyu borcundan kurtarmaları; asıl borcun konusunun sonradan asıl borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması gibi sebeplerden biri ile sona ermiş olması halinde kefil, tüm bu durumlarda asıl borcun sona erdiği itirazında bulunacaktır<sup>27</sup>. Asıl borcun sona ermesi kefalet sözleşmesini de sona erdireceğinden “kefalet sözleşmesinin sona ermiş olduğu itirazı” konusu içerisinde asıl borcun sona erme durumları ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

---

<sup>26</sup> Y.HGK 9.3.1977 E.13-22, K.216 ( Grassinger s.20-21).

<sup>27</sup> Grassinger s.22; Reisoğlu 171.



### III. KEFİLİN KEFALET SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN DEF'İLERİ

Kefalet sözleşmesinin niteliği gereği kefil iki tür def'i hakkına sahiptir. Bunların bir kısmı yukarıda belirtilen asıl borç ilişkisine ait def'ilerdir. Bu def'ileri kefil kendi kusuru olmaksızın haberdar olmadığını ispat edemez ise , ileri sürmemesi sonucunda asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybeder (BK m. 497/II). İkinci grup def'iler ise kefalet sözleşmesinden doğan def'ilerdir. Bunlara kefilin şahsi def'ileri de denmektedir. Bu tür def'iler sadece kefile aittirler ve asıl borç ilişkisinin borçlusu tarafından kullanılamazlar. Kefil tarafından bu def'ilerin ileri sürülmemesi, asıl borçlunun durumunu ağırlaştırmaz. Kefil kendisine ait şahsi def'leri ileri sürmese dahi kural olarak yine de asıl borçluya rücu hakkı olacaktır<sup>28</sup>. Fakat geçerli bir kefalet sözleşmesinin mevcut olmadığı hususundaki def'iler hariç, zira o takdirde kefalet ilişkisine dayanarak ödeme yapılmamış olacağından, kefalet ait rücu hakkını ileri sürmek mümkün olmayacaktır.

Bu bölümde öncelikle kefilin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği dar anlamda def'iler incelenecek daha sonra ise, kefilin sahip olduğu itirazlar incelenecektir.

---

<sup>28</sup> Reisoğlu s.180.

## **A. Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Dar Anlamda Def'ileri**

### **1. Tüm Kefalet Türleri Açısından Kefilin Sahip Olduğu Def'iler**

#### **a. Kefalet Sözleşmesinin Muaccel Olmadığı Def'i**

Kefalet en erken asıl borcun muaccel olduğu anda muaccel olur ve bu nedenle alacaklı asıl borç muaccel olmadan önce kefilin borcunun muaccel olduğunu ileri sürerek kefilin takip edemez. Aksi halde kefil alacaklıya asıl borcun muaccel olmadığı defini ileri sürer<sup>29</sup>.

Asıl borcun borçluya karşı muaccel olmadan kefilin borcunu muaccel olacağını kabul eden anlaşmalar kefalet borcunun en erken asıl borçla beraber muaccel olacağı yolundaki prensip fer'ilik prensibinden kaynaklandığı için hükümsüz olacaktır. Buna karşın taraflar kefaletin, asıl borçtan sonra muaccel olmasını kararlaştırabilirler<sup>30</sup>.

Taraflar arasında kefalet borcunun, asıl borçtan sonra muaccel olması kararlaştırılmamışsa kefalet borcu asıl borçla birlikte muacceliyet kazanacaktır. Ancak BK. m. 491/c.1'e göre asıl borcun, borçlunun iflas etmesi sebebiyle kararlaştırıldan daha erken muaccel hale gelmesi durumunda kefil, asıl borcun ifası için tayin olunan vadeden evvel borcu ödemeye zorlamaz<sup>31</sup>. Kanun koyucu kefilin korumak amacıyla, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınmış borç, asıl borçlunun iflası sebebiyle kararlaştırılmış vadeden evvel muaccel hale gelse bile kefalet borcunun muaccel olmayacağını kabul etmiştir<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Reisoğlu s.182; Grassinger s.167; Senai Olgaç, Kefalet Ankara 1978 s.32.

<sup>30</sup> Reisoğlu s.182; Grassinger s.167.

<sup>31</sup> Reisoğlu s.182.

<sup>32</sup> Grassinger s.167.

BK. m. 491/c.2 "Asıl borcun muacceliyet kesbetmesi evvelce borçluya ihbar vukuuna mütevakkıf ise, bu ihbar kefile de icra olunmak lâzım gelir" şeklinde olup, maddeye göre asıl borcun muaccel olması, alacaklının bir ihbarına tabi ise, ihbar aynı zamanda kefile yapılmalıdır. Kefil için muacceliyet tarihi kendisine yapılan ihbar gününden başlayacaktır<sup>33</sup>. Buna göre asıl borç, muacceliyet ihbarının yapılmasıyla talep edilebilir olacağı için muacceliyet ihbarının yapıldığı kefile bildirilmediği takdirde alacaklı kefile karşı takibe geçemeyecektir. Kefil bu durumda borcun muaccel olmadığı defini ileri sürebilecektir<sup>34</sup>. Ayrıca asıl borçluya muacceliyet için ihbar yapılması gereken hallerde bu ihbar zamanında ihbar yapılmadığı takdirde, kefile yapılan bir ihbarın değeri yoktur<sup>35</sup>.

Madde metninde yer alan "ihbar kefile de icra olunmak lazım gelir" ile kast olunan, ihbarın yapılmış olduğunun kefile "bildirilmesidir". Alacaklı ile borçlu arasındaki yapılan sözleşmeye kefil taraf olmadığından ona karşı muacceliyet ihbarının yapılmasının bir anlamı olmaz. Bu konuda 1942 tarihli değişiklik sonucu İBK m. 501'e eklenen fıkra ile yapılmış muacceliyet ihbarının kefile bildirilmesinden söz edilmiştir.

Muacceliyet ihbarı kendisine geç bildirilmiş olan kefilin, borçlunun temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş<sup>36</sup>, kefilin söz konusu durumda itiraz hakkının olacağını kabul ederken, başka görüş<sup>37</sup> bu durumda kefilin sorumluluğunda bir değişme olmayacağını belirtir. Burada alacaklının zararının artmasına kendi kusurlu davranışıyla sebep olması, yani alacaklının müterafik kusuru söz konusudur. Bu durumda kefil sorumluluğunun kapsamının ve miktarının belirlenmesinde alacaklının müterafik kusurunun da dikkate alınmasını itiraz olarak ileri sürebilmelidir<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Reisoğlu 182.

<sup>34</sup> Grassinger s.169.

<sup>35</sup> Ogaç s.32.

<sup>36</sup> Beck Art.501 N.18(Nakleden Grassinger s.170, dip not.506).

<sup>37</sup> Gut 76–77. (Nakleden Grassinger s.170 dip not. 507).

<sup>38</sup> Grassinger s.170.

## **b. Kefalet Sözleşmesinin Zamanaşımına Uğramış Olduğu Defi**

Diğer sözleşmeden doğan borçlar gibi kefalet borcu da BK m.125'e göre on yılda zamanaşımına uğrar. Zamanaşımı kefalet borcunun muaccel olduğu, başka bir deyişle alacaklının kefile başvurabileceği andan itibaren başlar<sup>39</sup>. Kefalet sözleşmesi, asıl borç sözleşmesinden bağımsız olarak ayrı zamanaşımı süresine sahiptir<sup>40</sup>.

Kural olarak asıl borç, kefaletten önce veya kefaletle birlikte zamanaşımına uğrayacağından kefilin, asıl borçluya ait zamanaşımını ileri sürmesi yeterli olacak, ayrıca kefalet zamanaşımına dayanması gerekmeyecektir<sup>41</sup>. BK. m. 134/II'e göre asıl borçluya karşı zamanaşımının kesilmesi kefile karşı da etkili olur. Buna rağmen kefile karşı zamanaşımının kesilmesi asıl borçluya karşı etkili olmaz. Bu hüküm ise, kefilin yararlıdır. Çünkü alacaklının sadece kefilin takip edip, ona karşı zamanaşımı süresini kesmesi durumunda, şartların gerçekleşmesi üzerine asıl borç zamanaşımına uğrarsa kefil, alacaklıya asıl borcun zamanaşımına uğradığı defini ileri sürebilecektir<sup>42</sup>.

MK. m. 779. 'a göre asıl borç için gayrimenkul rehni verilmesi durumunda bu borç için zamanaşımı süresi işlemez. Ve yine alacaklıya, asıl borçluya karşı yaptığı takip sonucunda aciz vesikası verilmesi durumunda yine asıl borç için zamanaşımı işlemez (İİK .m. 143, m. 251.) .Asıl borç için zamanaşımı süresinin işlemeyecek olması kefalet borcuna etki etmez ve kefalet borcu için zamanaşımı süresi işlemeye devam eder. Zamanaşımı süresinin dolması üzerine ise, kefil kefalet sözleşmesinin zamanaşımına uğradığı defini alacaklıya karşı ileri sürebilecektir<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Reisoğlu s.182.

<sup>40</sup> Grassinger s.172.

<sup>41</sup> Reisoğlu s.183.

<sup>42</sup> Grassinger 172.

<sup>43</sup> Reisoğlu 183,Grassinger 172.

### **c. Alacaklının Elinde Bulunan Teminatları ve Delilleri Saklama Yükümlülüğüne Aykırı Davranması Nedeniyle Kefilin Sahip Olduğu Def'i Hakkı**

BK. m.500/1'e göre; asıl borç için kefalet sözleşmesinden başka teminatların varlığı durumunda alacaklı bu teminatların değerini koruma ve teminatları kefilin zararına olacak şekilde elden çıkarmamakla yükümlüdür. Aynı şekilde alacaklının alacağın takibi için gerekli olan belgeleri, delilleri de saklama yükümlülüğü bulunmaktadır.

BK. m. 500'de düzenlenmiş bu hükmün amacı, kefalet borcunu yerine getirerek alacaklının haklarına halef olan ve asıl borçluya karşı rücu hakkı doğan kefilin, rücu hakkını alabilmesine imkân sağlamaktır. Zira alacağın teminatı olan diğer haklar, alacağın kefil tarafından ifası ile birlikte artık kefilin rücu hakkının teminatını oluşturacaklardır. Bundan dolayı teminatlar henüz alacaklının kendi tasarrufu altında iken bunları elden çıkarmaması, değerlerini kaybetmemelerine özen göstermesi gerekir. Eğer alacaklı özen yükümlülüğüne aykırı davranarak teminat ve ispat vasıtalarını elden çıkarır veya teminatların değerlerinde azalmaya sebep olursa ve bunun neticesinde kefil bir zarara uğrar ise, bu durumda alacaklı sorumlu olacaktır. Kefil, alacaklının bu yükümlülüğe uymaması sebebi ile uğramış olduğu zararın tazminini alacaklıya karşı defi yolu ile ileri sürebilecektir<sup>44</sup>.

Alacaklının BK. m. 500'deki özen yükümlülüğüne aykırı davranması, yapması gerekli olan davranışta bulunmamak şeklinde olabileceği gibi, yapmaması gerekli davranış yapması şeklinde de olabilir. Örneğin alacaklının teminat hakkından feragat etmesi, mevcut teminatı elinden çıkararak yerine daha az değerde teminat kabul etmesi; kefile asıl borçlu hakkındaki hacizi haber vermemesi; keza birlikte kefillerden birinin iflası ya da mallarının haczini diğer birlikte kefillere bildirmemesi; İİK. m. 218–219 gereği asıl borçlunun iflası halinde alacağının masaya kaydetmemesi' ipotekle temin edilmiş alacağın İİK. .m. 233 gereği sıra cetveline kabul edilmemesi üzerine bu hakkını takip etmemesi; İİK. m. 235 gereği sıra cetveline itiraz etmemesi; İİK. m. 298/b.3 konkordatoyu kabul eden alacaklının asıl

<sup>44</sup> Reisoğlu s.184; Grassinger s.173-174.

borçlunun göstermiş olduğu teminattan vazgeçmesi; İİK. m. 295 alacaklının alacağını konkordatoya yazdırmaması; İİK. m. 97 gereği mahcuz mala istihkak iddiasına itiraz etmemesi ve buna benzer davranışlarda bulunması halinde BK. m. 500'deki özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır<sup>45</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu madde 503/son hükmüne göre alacaklının teminat ve ispat vasıtalarını elinden çıkarması kasten ya da ağır ihmali neticesinde olmuşsa kefil, kefalet borcundan tamamen kurtulacaktır. Bunun dışında hafif ihmali halinde İBK. m. 503/1 gereği kefil sadece uğradığı zarar oranında kefalet borcundan kurtulduğu defini ileri sürecektir. İsviçre Borçlar Kanununa bu hüküm 1942 tarihli değişiklikle getirilmiştir. Değişiklik ile birlikte maddede belirtildiği gibi kusurunun derecesine göre farklı yaptırım düzenlenmiştir. Böylece daha evvelce İsviçre'de uygulanmış ve bizde halen mevcut düzenleme ile Alman Hukuku'ndaki uygulama arasında orta yol bulunmuştur<sup>46</sup>.

Kefilin defii hakkını ileri sürebilmesi için alacaklının kanunen üzerine düşen gerekli davranışta bulunmaması ve bu sebepten dolayı kefilin zarara uğramış olması gerekmektedir. Yani kefilin alacaklının teminat ve ispat vasıtalarını elden çıkartmış ya da değerlerini azaltmış olması sebebiyle asıl borçluya karşı rücu talebini hiç ya da kısmen ileri sürememesinden dolayı zarara uğraması gerekmektedir. Alacaklının elindeki teminat ve ispat vasıtalarını elden çıkarması veya bunların değerlerinin azalması kefil açısından bir zarar meydana getirmeyecek ise alacaklının bu şekilde davranmış olması onun sorumlu olmasına sebep olmayacaktır. Örneğin; alacaklının asıl borç için verilmiş diğer teminatları elinden çıkartmış olmasına rağmen elinden çıkardığı teminatın yerine aynı değerde başka teminat almış olması, elinden çıkarttığı teminatların zaten değersiz olması, asıl borçlunun mevcut malvarlığının kefaletle temin edilmiş borcu karşılamaya yetecek değerde olması gibi durumlarda kefilin zararı söz konusu olmadığı için alacaklının da sorumluluğu olmayacaktır<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Reisoğlu s.. 106-107 ;Grassinger s.174.

<sup>46</sup> Grassinger s.175.

<sup>47</sup> Grassinger s.175;Reisoğlu s.201.

İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikte BK. 500/I hükmünü karşılayan İBK. m. 503/I'de şöyle bir çözüm getirilmiştir; kefil, teminatlarda azalma olduğunu bu azalma miktarını ispat edecektir. Alacaklı ise, zararın hiç olmadığını ya da daha az olduğunu ispatlayacaktır. Alacaklının Asıl borçlunun malvarlığının ya da diğer mevcut teminatların rücu hakkını karşılamaya yeteceğini veya zararın doğmasında kendisinin kusurunun olmadığını ispatlaması yeterli olacaktır<sup>48</sup>. Borçlar Kanununun Tasarısı bu konuda İsviçre Borçlar Kanuna paralel bir şekilde düzenlenmiş olup, Tasarı m.592/I “Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağı 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.” şeklindedir

#### **d. Alacaklının Asıl Borçlunun İflası Halinde Alacağını İflas Masasına Kaydetmemesi ve İflastan Kefili Haberdar Etmemesi Sebebi İle Kefilin Sahip Olduğu Defi Hakkı**

BK. m. 502'e göre alacaklı, asıl borçlunun iflası halinde alacağını iflas masasına kaydetmek ve iflastan derhal kefil haberdar etmek mecburiyetindedir. Alacaklı, asıl borçlunun mali durumunu kefile nazaran daha yakından takip etmek zorunda olduğundan, alacaklıya kanun koyucu böyle bir yükümlülük yüklemiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere alacaklıya asıl borçlunun iflası halinde iflası kefile bildirme ve hem de alacağını iflas masasına kaydettirme şeklinde iki tür yükümlülük yüklenmiştir.

BK. m. 502'nin amacı asıl borçlunun iflası halinde kefil bu durumdan haberdar ederek, kefilin rücu hakkını elde edebilmesi için gerekli tedbirleri zamanında almasına yardımcı olmaktır. Asıl borçlunun iflası durumunda bundan kefilin iflasından haberi

---

<sup>48</sup> Grassinger s.175.

olmaması halinde alacaklı kefilin alacağını kanundaki süreler içinde (İİK. m. 219, 236) iflas masasına kaydedebilmesi için kefile asıl borçlunun iflas ettiğini en kısa zamanda bildirmesi gerekir. Kefile yapılacak ihbar bir şekilde tabi değilse de ispat bakımından yazılı olarak yapılmasında fayda vardır. Alacaklı, kefilin zamanında iflas masasına başvurabilmesine imkân sağlamalıdır. Aynı şekilde alacaklı kendisi de İİK. m. 219 uyarınca gerekli belgelerle zamanında yetkili makama başvurarak alacağını kaydettirmelidir. BK. m. 502'deki bu yükümlülüğü alacaklı kusurlu olarak yerine getirmemezse kefilin bu sebeple uğradığı zararı tazmin etmek durumunda kalacaktır. Kefil alacaklıya karşı, uğradığı zarar oranında kefalet borcundan kurtulmuş olacak, kendisine ifa talebinde bulunan alacaklıya karşı bu durumu defi yoluyla ileri sürecek veya henüz alacağını ifa etmemiş ise, bu oranda kefalet borcu ile tazminat alacağını takas edebilecektir<sup>49</sup>.

Alacaklının buradaki sorumluluğu madde metninde açık olmasa bile kusur sorumluluğudur. Kefil burada alacaklının özen yükümlülüğünü kusuru ile ihlal etmiş olduğunu ve bu nedenden dolayı zarara uğradığını, alacaklı ise kusurunun olmadığını ispat etmek durumundadır. Alacaklının iflastan hiç haberi olmaması kusursuzluğunun kabulü için yeterli değildir. Alacaklı burada kendisinden beklenen ihtimamı göstermesine rağmen iflastan haberdar olmadığını ispat edecektir. Alacaklının buradaki ihtimam yükümlülüğü şahsa göre değişecektir. Mesela bu tür işlerle iştigal eden bir tacir olan bankadan beklenen özen herhangi bir kimseninkinden çok daha fazla olacaktır<sup>50</sup>.

İİK. m.287 gereği asıl borçlu hakkında konkordato mehilinin verilmesi durumunda alacaklının, bu durumu kefile haber vermesi ve alacağını İİK. m. 292 gereği süresi içinde konkordato komiserine bildirme yükümlülüğü BK m. 502 kapsamında değildir. Ancak bu durum BK m. 500 kapsamında kabul edilebilir. BK. m. 500/I' de kusur sorumluluğu söz konusu olduğundan böyle bir durumda alacaklının alacağını konkordatoya yazdırmamasında kusuru varsa alacaklı alacağını konkordatoya yazdırmamış olması sebebiyle kefilin yararlanamayacağı teminattan dolayı kefile karşı BK. m. 500 göre sorumlu olacaktır<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Grassinger s.178–179; Reisoğlu s.111.

<sup>50</sup> Reisoğlu s.111.

<sup>51</sup> Reisoğlu s.107; Grassinger s. 180–181.



Nitekim BK m. 502. maddeye karşılık gelen Borçlar Kanunu Tasarısı 594. madde ikinci fıkrasında asıl borçlunun iflası durumuyla birlikte konkordato durumu da düzenlenmiştir madde metni aşağıdaki şekildedir:

“Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda durumu kefile bildirmesi gerekir.”

İBK. m. 505/II’ de yapılan değişiklikle de asıl borçlunun iflasın yanı sıra asıl borçlu hakkında konkordato mehlinin verilmesi halinde de alacaklıya bu durumu kefile bildirme ve İİK. m. 292 gereği alacağını kaydettirme yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>52</sup>

## **2. Adi kefalette Kefilin Sahip Olduğu Defi Hakları**

### **a. Peşin Dava Defi**

#### **aa. Anlamı**

Kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun borcunu ifa edememesi durumunda alacaklının ifa menfaatini karşılamayı tekeffül eder. BK m. 486 f.1 gereğince; alacaklının adi kefileden talepte bulunabilmesi önce esas borçluyu takip etmesine, yapacağı bu takibi gerekli özeni göstererek yürütmesine ve gerekli özeni göstermesine rağmen yapılan takibin semeresiz kalmasına bağlıdır. Alacaklının alacağını asıl borçludan alamaması üzerine kefile başvurması kefalet sözleşmesinin tali niteliğini göstermektedir. Kefalet türlerinden sadece adi kefalet fer’iliğin yanı sıra tali niteliğe de sahiptir. Peşin dava defi yalnız adi kefalette söz konusu olur. Bu nedenle gerek adi birlikte kefalette, gerek adi

---

<sup>52</sup> Grassinger s.181.

kefaletin diğerk alt türlerinde örneğın kefile kefalette, rücu kefalette, açığa (zarara) kefalette peşın dava defi hakkı mevcuttur<sup>53</sup>.

Peşın dava defi ile amaçlanan alacaklının alacağıının ifasını öncelikle ve mümkün olduğı ölçüde asıl borçludan almasını sağlamaktır. Esas borçlu hakkındaki takibin semeresiz kaldığını kabul edilmesi için, özenli yürütölen takibin sonunda “borç ödmeden aciz belgesi” alınmalıdır. Esas borçlu hakkındaki takibin semeresiz kaldığını kabul etmek için geçici aciz belgesi yeterli değildir. Bu konuda Borçlar Kanunu Tasarısı m. 585 f.1 b.1’de borçlu aleyhine yapılan takibin sonunda kesin aciz belgesi alınmasının, alacaklının adi kefile başvurmasını mümkün kılacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Alacaklının önceden asıl borçlu aleyhine takibin semeresiz kalacağını ispat etmesi bir anlam taşımaz, alacaklının takibi sonuna kadar yürütüp kesin aciz belgesini aldıktan sonra kefil aleyhine takip başlatması gerekir<sup>54</sup>.

Kesin aciz belgesi alındıktan sonra, kefil takip edilene kadar esas borçlu yeni mal varlığı edinmiş olsa dahi, kefil alacaklıya karşı peşın dava defini ileri süremez. Kefilin önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiğı savunması bir kere için kullanılabilir bir savunmadır. Yani kefil asıl borçlunun sonradan yeni mallarının ortaya çıktığını ileri sürerek alacaklının tekrardan asıl borçluyu takip etmesini isteyemez<sup>55</sup>.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada alacaklı zaten asıl borçluyu takip etmiş ve bu takip semersiz kalmış ise, bu durumu bilerek kefil olan kişinin adi kefil olduğu söylenemez. BK m. 486 f.1 de belirttiğı üzere esas borçlu hakkındaki semeresiz kalan takibin, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra gerçekleşmesi gerekir. Aksi

---

<sup>53</sup> Özen s.217; Grassinger s.184

<sup>54</sup> Özen s.217 -218.

<sup>55</sup> Özen s.218;Reisoğlu 117; Grassinger 186.

takdirde kefaletin müteselsil olduğu ayrıca belirtilmiş olmasa dahi müteselsil kefaletin varlığı kabul edilmelidir<sup>56</sup>.

Alacaklının, kefil takip edebilmesi için esas borçlu hakkında yapılan ve semeresiz kalan takibin alacaklının herhangi bir alacağı için değil, kefalet ile güvence altına alınan borca ilişkin olması gerekir. Alacaklının başka bir alacağı için yapılmış takibin sonunda esas borçlu hakkında kesin aciz belgesi alınması yeterli olmadığı gibi herhangi bir alacaklının yaptığı bir takibin sonunda esas borçlu hakkında aciz belgesi alınması da yeterli değildir<sup>57</sup>.

Alacaklı, esas borçlu aleyhine yapmış olduğu takibi “gerekli özeni göstererek” yürütmelidir. Alacaklının göstermesi gereken özen somut olaya göre değişir. Bu konuda genel olarak, alacaklının elindeki belgeleri zamanında ibraz etmiş olması, süreleri kaçırmamak için dikkat etmesi, esas borçlu itiraz etmiş ise bu itirazın iptali ve kaldırılması için çaba göstermesi gerektiği söylenebilir<sup>58</sup>. Ancak Borçlar Kanunundaki bu hükmün alacaklıya borcun muaccel olması ile birlikte asıl borçluyu takip hususunda bir mükellefiyet yüklediği zannedilmemelidir. Alacaklının asıl borçluyu takip zorunluluğu, yalnız belli süreli kefaletlerde, kefaletin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde ortaya çıkmaktadır ki bunun da yaptırımını kefilin borçtan kurtulmasıdır. Süresiz kefaletin söz konusu olduğu durumlarda ise; alacaklı, borçluyu takip etmeyebilir. Bu nedenden ötürü sonradan yapılan takibin semeresiz kaldığı ispat edilse bile alacaklı bundan dolayı sorumlu tutulamaz<sup>59</sup>.

Kefil alacaklıya karşı peşin dava defini ileri sürdüğünde, MK. m. 6 gereği bu defi hakkının varlığını ispatlaması gerekir iken, burada ispat yükü yer değiştirmiştir. Çünkü bu defi hakkı kefile kanunen tanınmıştır. Alacaklı defi hakkının şartlarının oluşmadığını

---

<sup>56</sup> Özen s.218.

<sup>57</sup> Özen s.218.

<sup>58</sup> Özen s.219.

<sup>59</sup> Reisoğlu s.117.

ispatlamak durumundadır. Böyle olunca kefilin defi hakkının varlığı kendiliğinden kabul edilmiştir. Bu defi hakkının ileri sürülemeyeceğini iddia eden alacaklı iddiasını ispat edecektir. Alacaklının esas borçlu hakkında takip yaptığını ve bu takibin semeresiz kaldığını ispat etmesi gerekir . Buna karşılık, bu durumda kefil de alacaklının gerekli özeni göstermemesi sebebi ile takibin semeresiz kaldığını ispat edecektir. Kefili buradaki ispat külfetini yerine getirmiş sayabilmek için, alacaklının takip esnasında özensizliğini ve bu özensizliğe bağlı olarak takibin hangi oranda semeresiz kaldığını ispat etmesi gerekmektedir. Alacaklı yüzünden takip hangi oranda semeresiz kalmış ise, kefil de o oranda alacaklıya karşı sorumluluktan kurtulacaktır<sup>60</sup>.

Kefalet sözleşmesinin kuruluşu esnasında kefil, alacaklı ile anlaşarak peşin dava definden feragat etmeyi kararlaştırabileceği gibi, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra da alacaklı kendisini takip ettiği sırada defi hakkını ileri sürmeyebilir. Peşin dava definden feragat dair anlaşma kefilin yükümlülüğünü ağırlaştırır mahiyette bir anlaşmadır. Bundan dolayı ister kefalet sözleşmesi kurulurken yapılmış olsun, ister kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra yapılsın mutlaka kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekilde yapılması gerekmektedir.

## **bb. Peşin Dava Definin Ortadan Kalktığı Durumlar**

### **aaa. Asıl Borçlunun İflası**

Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra esas borçlu iflas ederse, bu durumda alacaklı adi kefile başvurabilir. Bu durumda esas borçlunun iflası ile birlikte tartışma def'i de ortadan kalkmaktadır. Alacaklının kefil takibe geçmesi için asıl borçlu hakkında iflasın açılmasına karar verilmesi yeterli olup ayrıca iflas prosedürünün sonuçlanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira aksi halde alacaklı çok uzun süre hakkını alma imkânına sahip olamazdı<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Grassinger s.185; Özen s.220.

<sup>61</sup> Özen s. 220; Grassinger s.187; Seza Reisoğlu: Türk Kefalet Hukuku Ankara, 1964 s.98

İflasın açılmasının mutlaka alacağı kefaletle teminat altına alınmış alacaklı tarafından istenmesi gerekli olmayıp, asıl borçlu hakkında iflasın açılmasını bizzat kendisi veya alacaklı ya da üçüncü şahıs durumundaki diğer alacaklıları talep edebilirler<sup>62</sup>.

İflasın açılması ile birlikte kefile başvuru hakkı doğan alacaklıya BK m. 502 bir takım yükümlülükler getirmiştir. Buna göre, “Borçlu, iflas eder ise alacaklı alacağını İflas masasına kayıt ettirmeğe mecburdur.-Alacaklı, borçlunun iflasına muttali olur olmaz ondan kefilî haberdar etmekle mükelleftir. Böyle yapmadığı takdirde bu tekasülünden dolayı kefile terettüp eden zarar nisbetinde kefile karşı haiz olduğu haklarını gaip eder”.Bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu daha ileri bir düzenleme getirerek iflasın açılması ile birlikte alacaklının, hakkını korumak için kendisinden beklenebilecek bütün tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir. BKT m. 594 f.2’ de buna paralel olarak şu düzenlemeyi getirmektedir” Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir”<sup>63</sup>.

Alacaklının yukarıda belirtilen mükellefiyetlerini yerine getirmemesi BK m. 502 f.3’ e göre kefilin bu nedenle uğramış olduğu zarar oranında, kefile karşı hakları kaybetmesine yol açacaktır

Borçlu hakkında iflasın kalkmış olması, iflasla birlikte adi kefile başvurma olanağı ortaya çıkmış olan alacaklının bu olanağını ortadan kaldırmaz. Yalnız

---

<sup>62</sup> Grassinger s. 187; Reisoğlu s.115–116; Özen s. 221.

<sup>63</sup> Özen s.221.

doktrinde, kefilin muvafakati olmadan iflasın kaldırılmasına muvafakat eden alacaklının, adi kefile başvurma olanağını yitirmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>64</sup>.

Asıl borçlunun iflası ile birlikte adi kefile başvurma olanağı ortaya çıkan alacaklının, bu olanağı kaybetmek istemiyorsa kefilin onayını almadan iflasın kaldırılmamasına onay vermemesi gerekir. Alacaklı, iflasın kalkmasına onay vermeden önce kefilin onayını almışsa böyle bir durumda kefilin onayı kural olarak iflasın kaldırılmasına rağmen tartışma def'ini kullanmayacağı, bu def'iyi kullanmaktan vazgeçtiği anlamı taşıyacaktır<sup>65</sup>.

Borçluya konkordato mehli verilmesinin BK 486. maddede düzenlenmemiş olmasının iflasa denk etkiler doğuracağı ve alacaklının konkordatonun sonucunu beklemeden adi kefile başvurabileceği doktrinde savunulmaktadır<sup>66</sup>. Bu konuda BK Tasarısı m. 585 f. 1 b.4'de - İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan 1941 yılındaki değişikliğe uygun olarak- borçluya konkordato mehli verilmesinin, adi kefile doğrudan başvuru olanağı sağlayacağı belirtilmiştir. Adi kefile başvuru imkanının doğabilmesi için konkordato mehlinin verilmesi yeterli olup, ayrıca konkordato sürecinin tamamlanmasına gerek bulunmamaktadır<sup>67</sup>.

### **bbb. Borçlu hakkında Türkiye' de Takip Yapmanın İmkânsız Olması**

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra asıl borçlu ikametgâhını, yurtdışına nakletmişse ve artık borçluyu Türkiye'de de takip imkânı yoksa alacaklı doğrudan kefile başvurabilir. Esas borçlu hakkında takip yapmanın imkânsızlaşması geniş yorumlanmalıdır.

---

<sup>64</sup> Reisoğlu s.116; Özen s.221; grassinger 188.

<sup>65</sup> Giovanoli Art.495 N.12 (Nakleden Özen s.222, dip not 579).

<sup>66</sup> Reisoğlu s.116.

<sup>67</sup> Beck ,Art. 495, N. 28(Nakleden Özen s.222, dip not 583).

Takibin yapılması imkânsız olmamakla beraber, aşırı masraflı ve çok güç hale gelmiş ise alacaklının doğrudan adi kefile başvurabileceği ileri sürülebilir. Bu konuda BKT m. 585 f. 1 b.2 de borçlu hakkında Türkiye’de takibi imkânsız olması yanında önemli ölçüde güçleşmesi durumu da belirtmiştir<sup>68</sup>.

Borçlu hakkında Türkiye’de takip yapmanın imkânsızlaşması, borçlunun Türkiye’deki yerleşim yerini terk ederek, yabancı bir ülkede yeni bir yerleşim yeri edinmesi üzerine gerçekleşecektir. Alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için borçlu hakkında Türkiye de takip yapılması bakımından hukuki bir imkânsızlık çıkmış olması yeterli olup, ayrıca borçluya karşı takip yapılmasında fiili bir imkânsızlığın bulunması gerekli değildir. Esas borçlu hakkında yabancı ülkede takip yapılabilir olması, hatta böyle bir takibin alacaklı açısından fazla bir zorluk yaratmayacak olması bu sonucu değiştirmeyecektir<sup>69</sup>.

Esas borçlu, Türkiye’deki yerleşim yerini bırakmakla birlikte yabancı ülkede henüz yerleşim yeri edinmemiş ise, MK m. 20 f.1’ e göre yerleşim yerinin değişmesi, yeni bir yerleşim yeri edinilmesiyle gerçekleşeceğinden borçlunun yerleşim yeri değişmemiş sayılır ve borçlu hakkında Türkiye’de takip yapılması hukuki olarak mümkün olacaktır. Böyle bir durumda da alacaklı için doğrudan adi kefile başvuru olanağı doğmayacaktır. Alacaklı, ancak borçlu hakkında yapılan takibin semeresiz kalmasından sonra kefile başvurabilecektir<sup>70</sup>.

Asıl borçlunun Türkiye ’de takibinin kefalet sözleşmesi kurulmasından sonra imkânsız olması gerekir. Borçlunun yerleşim yeri kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada yabancı ülkede ise, kefil bu durumda alacaklıya karşı tartışma def’ini ileri sürebilir. Kefalet sözleşmesinin kuruluşu sırasında yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun sonradan takibin daha güç olduğu başka bir ülkeye yerleşim yerini nakletmesi halinde eğer alacaklı bu nakilden dolayı takip bakımından esaslı bir zorluk ile karşılaşıyorsa, bu durumda kefil

---

<sup>68</sup> Özen s.222; Grassinger s. 192; Reisoğlu s.114; Reisoğlu (Kefalet) s. 102.

<sup>69</sup> Özen s. 222-223.

<sup>70</sup> Özen s.222-223.

tartışma def'ini alacaklıya karşı ileri süremez. Bu konuda İsviçre Borçlar Kanunu 495/2' de yabancı memlekette oturan borçlunun yerleşim yerini başka bir memlekete nakletmesi, alacaklının takibi bakımından önemli bir güçlüğü neden oluyor ise, adi kefile başvurulabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>71</sup>. BK m.486 f.1 hükmü bu olasılığı kapsamıyor gibi görünse de esas borçlunun yerleşim yerini Türkiye'den yabancı ülkeye aktarması olgusu ile esas borçlunun yerleşim yerini bir yabancı ülkeden diğerine aktarması olgusu ortak özelliğe sahiptir. Bu nedenle aynı netice elde edilmelidir.<sup>72</sup>

## **b. Önce Rehnin Paraya Çevrilmesi Def'i**

Önce rehnin paraya çevrilmesi def'i BK m. 486 f. 2 'de düzenlenmiş olup "Alacaklının alacağı kefaletten evvel yahut aynı zamanda rehin ile temin olunmuş olduğu takdirde, adi kefalette kefil borcun evveleminde merhundan istifa olunmasını talep edebilir. Fakat borçlu müflis ise yahut borçlunun iflası ilan olunmadıkça rehnin nakde tahvili kabil olmazsa bu hüküm cereyan etmez. " şeklinde düzenlenmiştir. Maddeden anlaşılan adi kefilin kefaletten önce veya kefalet ile aynı zamanda temin olunmuş rehinleri paraya çevirmeden kendisine başvuran alacaklıya karşı kural olarak önce rehnin paraya çevrilmesini talep edebileceğidir.

BK m.486 f.2'nin kapsamına, yasaya ve sözleşmeye dayanan bütün rehin hakları girmektedir. Kefil esas borcu güvence altına alan her türlü rehin hakkını alacaklıya karşı def'i olarak ileri sürebilir. Esas borca güvence olarak taşınır rehni ya da taşınmaz eşya üzerinde ipotek hakkı kurulmuş olabileceği gibi hak ve alacaklar üzerinde de rehin hakkı kurulmuş olabilir. Alacaklı yasadan kaynaklanan hapis hakkı gibi bir rehin hakkına da sahip olabilir<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Reisoğlu s.118.

<sup>72</sup> Özen s. 224.

<sup>73</sup> Özen s. 224; Reisoğlu (kefalet) s.103.



Rehnin paraya çevrilmesi def'i, peşin dava definden farklı olarak adi kefaletin tali niteliğinin bir sonucu değildir. Madde metninden de adi kefil açısından teknik anlamda bir def'inin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır<sup>74</sup>.

Önce rehnin paraya çevrilmesi def'i peşin dava defi ile aynı anda veya önce biri sonra diğeri ileri sürülmek koşuluyla kullanılabilir. Bu nedenle kefil, alacaklıya karşı önce peşin dava defini ileri sürdükten sonra, eğer bu alacak için aynı zamanda rehin ile teminat verilmişse rehnin paraya çevrilmesi defini de ileri sürme imkanını bulacaktır. Kefil rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürdükten sonra alacağının karşılanmayan kısmı için peşin dava definden de yararlanabilecektir<sup>75</sup>.

BK m. 486 f.2, kefilin def'i hakkına konu olan rehin türü açısından herhangi bir kısıtlama getirmezken rehnin kurulma zamanı açısından bir sınırlama getirmektedir. Buna göre rehnin kefaletten evvel veya kefalet ile aynı zamanda temin edilmiş olması gerekir. Rehin kurma taahhüdünün kefalet sözleşmesinden önce yapılmış olması yeterli olup, rehin hakkının kefaletten evvel veya aynı zamanda doğmuş olması gerekmez<sup>76</sup>.

Rehnin kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya onunla aynı anda kurulmuş olması şartı, yalnız rehnin üçüncü şahıslar tarafından verilmesi halinde söz konusu olur. Rehnin bizzat borçlu tarafından verilmiş olduğu takdirde bu şart aranmaz. Çünkü adi kefalette alacaklı önce asıl borçluya karşı talepte bulunmak zorundadır ve ona ait merhun da doğal olarak takibe uğrayacaktır<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Grassinger s.194; Özen s. 224.

<sup>75</sup> Grassinger s. 194.

<sup>76</sup> Özen s. 225.

<sup>77</sup> Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Ankara 2002s.460; Reisoğlu s. 119; Özen s.225.

Doktrinde BK m. 486 f.2 de rehnin temin edildiği zamana ilişkin getirilen kısıtlamanın İİK m. 45 karşısında bir önemi kalmadığı belirtilmektedir. İİK m. 45'e göre "rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir". Böylece asıl borçlu hakkında cari olan önceden rehne başvurulması gereği, adi kefil hakkında davadır. İİK m.45 hükmünün varlığı karşısında BK m. 486 f.2, de böyle bir hüküm olmasaydı bile BK m.497 f. 1 den bu sonucun çıkartılması mümkün olacaktır. BK m.497 f. 1 göre; kefil, asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip ve bununla mükelleftir. Bu bağlamda; kefil İİK.45 f.1'deki önce rehnin paraya çevrilmesi gerektiği yönündeki savunmasını alacaklıya karşı ileri sürmekle mükellef olacaktır. Bu bakımdan rehnin kefaletten önce veya aynı zamanda olmasını arayan BK m. 486 f.2 kaydın hukuki değeri İİK m.45 ve BK m. 497 karşısında kalmamaktadır<sup>78</sup>.

İsviçre hukukunda, önce rehnin paraya çevrilmesi def'i bakımından getirilen sınırlamalar kalkmıştır böylece adi kefil, aynı borç için rehin veren üçüncü kişilere göre; imtiyazlı bir konum kazanmıştır. OR Art 495 Abs. 2 hükmünün getirdiği düzenlemeye göre, adi kefil, ister kefalet sözleşmesinden önce, ister sonra verilmiş olsun her türlü rehnin öncelik ile paraya çevrilmesini isteyebilir. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra temin edilen rehinlerin, esas borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından verilmiş olması da bu konuda fark yaratmaz<sup>79</sup>. Bu konuda Borçlar Kanunu Tasarısı 585. Maddesinin ikinci fıkrası hükmü rehnin temin edilme zamanı bakımından getirilen kısıtlamayı aynen muhafaza ederek "Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa" ibaresine yer vermiştir.

### **3. Adi Birlikte Kefalette Kefilin İleri Sürebileceği Def'i(Bölme Def'i)**

---

<sup>78</sup> Yavuz s.796; Özen s.226.

<sup>79</sup> Beck, Art. 495 N.38 Giovanoli, Art. 495, N.23 (Nakleden Özen s.227, dip not 596).

Adi birlikte kefaletle ilişkin olarak BK m. 488 c. 1 Şu Şekilde bir dŐzenleme getirmiştir. “Birden ziyade eŐhas birlikte mŐtecezzi bir borca kefil oldukları takdirde bunlardan her biri kendi hisseleri miktarınca adi kefil gibi ve diŐerlerinin hisseleri hakkında kefile kefil sıfatı ile mesul olur”. Bu dŐzenlemeye göre adi birlikte kefaletin baŐta gelen ŐzelliŐi borcun yerine getirilmemesinden sorumluluŐun kefiller arasında paylaŐılmasıdır. Bu kefalet tŐrŐnde, kefillerden her biri kefil olunan borçtan kendisine dŐŐen pay bakımından “kefile kefil” sıfatıyla sorumlu olacaktır<sup>80</sup>.

Kendisine dŐŐen pay bakımından “adi kefil” sıfatı taşıyan birlikte kefil, adi kefile ait savunmalara sahip olup bunları alacaklıya karşı ileri sŐrebilir. Bu durumda adi birlikte kefil alacaklıdan Önce esas borçlunun takip edilmesini (tartışma def’i) ve var olan rehinlerin Öncelikle paraya cŐvrilmesi def’ini ileri sŐrebilir. Adi birlikte kefil, adi kefile ait savunma imkânlarından başka olarak bölme def’i adı verilen bir savunmaya da sahiptir. Bu bŐlŐmde bölme def’i aŐıklanacaktır.

Adi birlikte kefalette alacaklıya karşı kefillerden her biri asıl borcun sadece belli bir bŐlŐmŐnden sorumludurlar. Yapılan kefalet sözleşmesinde asıl borçtan dolayı kefillerin sorumlu olacakları oran belirtilmişse bu durumda bu oran nispetinde, ancak böyle bir anlaşma yapılmamıŐsa her bir kefil eŐit oranda alacaklıya karşı sorumlu olacaklardır<sup>81</sup>.

Adi birlikte kefillere, alacaklı asıl borçtan sorumlu oldukları oran nispetinde başvurabilecektir. Alacaklının adi birlikte kefillerden birine, bu kefilin asıl borçtan sorumlu olduŐu oranı dikkate almadan başvurması durumunda adi birlikte kefil, bölme def’ini kefile karşı ileri sŐrebilir. BÖlme def’i ile kefil, alacaklının kendisini ancak asıl borcun kendi hissesine dŐŐen kısmı ile sorumlu tutabileceŐini, hissesini aşan bŐlŐm işin diŐer birlikte kefillere başvurmasını bildirecektir<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Özen s.251; ReisoŐlu s.129-130.

<sup>81</sup> ReisoŐlu s.130; Grassinger s.199.

<sup>82</sup> ReisoŐlu s.131; Grassinger s. 199.

## **B. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan İtirazlar**

### **1. Kefalet Sözleşmesinin Geçerli Olmadığı İtirazı**

Kefil burada kefalet sözleşmesinin geçersizliğine neden olabilecek tüm itirazları alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Genel olarak sözleşmelerin geçersizliğine neden olan sebepler kefalet sözleşmesinin de geçersizliğine sebep olacaktır.

#### **a. Kefalet Sözleşmesiyle Teminat Altına Alınmış asıl borcun geçerli olmadığı itirazı**

Kefalet sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için asıl borcun geçerli olması şarttır. Asıl borcun herhangi bir şekilde hükümsüz olması halinde mesela; başlangıçtan itibaren imkânsızlık, kanuna, ahlak ve adaba aykırılık, iradelerde uyumsuzluk, medeni hakları kullanma ehliyetsizliği gibi bir sebeple hükümsüz veya kurulmamış sayılması halinde, kefalet sözleşmesi de fer'iliği gereği geçersiz olacaktır. BK m. 485 c.1'de “ Kefalet, ancak muteber bir borç hakkında cereyan eder” denerek bu durum ifade edilmiştir. Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun herhangi bir şekilde geçersiz olması halinde kefil kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu itirazında bulunabilecektir. Kefalet sözleşmesinin kurulması sırasında geçersiz olan sözleşmenin sonradan geçerlilik kazanması imkânsızdır. Taraflar ileride aynı içerikte bir akit meydana getirirler dahi yeni bir akdi ilişkiye vücut vermiş olacaklarından eski hükümsüz borç için verilmiş kefalet dayanamazlar<sup>83</sup>.

Geçerli bir borcun, kefaletin muacceliyeti zamanında varlığı yeterlidir. Buna ilişkin olarak müstakbel bir borç için kefil olunabileceği BK m. 485/c.2 de şu şekilde belirtilmiştir. “ Müstakbel zamana muzaf yahut şarta muallâk bir borç, hüküm ifade

---

<sup>83</sup> Aral s. 438, 469; Grassinger s.65; Reisoğlu s. 15.

edeceği zamanın hululü ve şartın tahakkuk halinde muteber olmak üzere kefalet raptolunabilir” Maddede müstakbel zamana muzaf borç ile anlatılmak istenen vadeye bağlı borç değildir. Burada kast olunan ya mevcut borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçların, mesela ödünç sözleşmesinden doğacak faiz alacağının veya henüz doğmamış geniş anlamda borç ilişkisinden doğacak dar anlamda borçların kefalet altına alınmasıdır<sup>84</sup>. Müstakbel bir borca kefalet daha ziyade devamlı nitelik taşıyan cari hesap borçları, değişen kredi borçları gibi hallerde ortaya çıkar. Kefalet senesinde bahsedilmese bile, kefilin mevcut veya müstakbel bir borç için kefil olmak istediği tarafların iradelerinin yorumundan anlaşılabilir. Şüphe durumunda müstakbel bir borcun kefaletinin taahhüt edildiği kabul edilmelidir. Çünkü kefil kural olarak alacaklının değil, borçlunun menfaatine hareket ettiğinden alacaklının mevcut alacağını teminat altına almak yerine borçluya yeni kredi açılması gayesini güdecektir<sup>85</sup>.

BK m. 485/c. 2 de belirtildiği gibi şarta bağlı bir borç için kefil olmak mümkündür. Burada kefalet borcu sözleşmenin inikadı anından itibaren doğar. Geciktirici (Taliki) şarta bağlı borcun kefalet altına alınması halinde kefil, kefalet sözleşmesinin kurulması ile borç altına girer. Buna karşın alacaklıya karşı, geciktirici şartın gerçekleşip, asıl borcun muteber olarak ortaya çıkması halinde sorumlu olur. Bozucu (infisahi) şarta bağlı kefalette, kefil kefalet sözleşmesinin kurulmasından itibaren şartın gerçekleşip, asıl borcun sona ermesine kadar alacaklıya karşı sorumlu olacaktır.

Kumar ve bahis borcu ile evlenme tellallığında ücret borcunun geçerli olarak kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınamayacağı, buna ilişkin kefil olmanın hükümsüz olduğu çoğunluk tarafından kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Bu yöndeki görüşlere göre bu tür borçların kefalet ile teminat altına alınması kabul edilecek olursa, dolaylı olarak borçlunun söz konusu eksik borçların ifasına zorlanması

---

<sup>84</sup> Grassinger s.66.

<sup>85</sup> Reisoğlu s.17.

<sup>86</sup> Reisoğlu s.19; Grassinger s.66.

mümkün olacaktır. Oysa BK. m. 504 uyarınca bu borçların borçlusu ifaya zorlanamaz.

Bu konuda başka bir görüş kumar ve bahis ile evlenme tellallığından doğan borçlar için kefalet verilmesini geçerli görür. Ancak burada da alacaklı kefile başvurduğunda kefil, fer'ilik prensibi gereğince asıl borçludan daha ağır şartlarla sorumlu olamayacağından dava edilmezlik def'ini alacaklıya karşı ileri sürülebilecektir<sup>87</sup>.

## **b. Kefalet Sözleşmesinin Kurulmasında Kefilin Gerekli Ehliyet Şartlarına Sahip Olmaması**

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin kanunda aranan gerekli ehliyet şartına sahip olması gerekir. Aksi halde kefil kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir. Kefalet sözleşmesinin özelliği gereği kefil olma ehliyeti diğer hukuki işlemlere oranla daha ağır koşullara tabidir. Bu konuda gerçek ve tüzel kişilerin kefil olmalarına ilişkin ehliyet şartları incelenecektir.

### **aa. Gerçek Kişilerin kefalet Ehliyeti**

#### **aaa. Tam Ehliyetli Kişiler**

Kısıtlı olmamak şartı ile ergin olan ve ayırt etme gücüne sahip kişiler tam ehliyetli kişilerdir. Medeni Kanununun 10. maddesine göre “ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır” şeklinde tam ehliyetlilerin durumu belirtilmiştir. Tam ehliyetli kişiler bütün hukuki işlemleri yapabilir, bütün hakları kullanabilirler. Bunun tabi sonucu olarak kefalet sözleşmesi de yapabilirler<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Grassinger s.67.

<sup>88</sup> Akipek, Jale Güral/ Akıntürk, Turgut: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış aşlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C. I, 5. B., İstanbul 2004, s. 319; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C. II, 7. B.İstanbul 2004, s. 59; İnan, Ali Naim: Medeni Hukuk, Ankara 2005, s. 101; Zevkliler, Aydın: Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. B., Ankara2004, s. 398.

### **bbb. Tam Ehliyetsiz Kişiler**

MK m. 13 ve 15 göre ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler fiil ehliyeti yönünden tam ehliyetsiz kişilerdir. Tam ehliyetsiz kişinin irade beyanı geçersiz olduğu gibi bu kişiye karşı yapılan irade açıklamaları da bir hukuki netice doğurmayacaktır. Tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi, tam ehliyetsiz kişi ayırt etme gücüne sahip olmadığı için tüm işlemleri onun adına yapar. Medeni Kanun bazı işlemlerin yasal temsilci tarafından dahi yapılmasını yasaklamış olup, yasaklanan bu işlemler MK md. 449’da belirtilmiştir. Belirtilen bu işlemlerin arasında kefalet sözleşmesi yapmak da vardır. Böylece tam ehliyetsiz kişi kefalet sözleşmesi yapmayacağı gibi onu temsilen yasal temsilcisinin bu sözleşmeyi yapma imkânı yoktur.

### **ccc. Kendilerine Yasal Danışman Atanan Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti**

Kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunmaları bakımından fiil ehliyetlerinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişilere MK md. 429 gereğince hâkim tarafından bir yasal danışman atanır. Bu kişiler, esas olarak medeni hakları kullanma yetkisine sahiptirler.

Kendilerine hakim tarafından yasal danışman atanan kişiler MK m. 429’da sayılan durumlarda yasal temsilcilerinin iznini almak zorundadırlar. İzin gerektiren durumlar arasında “kefil olma” da vardır. Kendisine yasal danışman atanan kişiler bizzat kefalet sözleşmesi yapamamakta, ancak yasal temsilcilerinin izni ile kefalet sözleşmesi yapabilmektedirler. Yasal temsilcinin izni olmadan yapılan kefalet sözleşmesi bu kişiyi bağlamayacak, tek taraflı olarak bağlayıcı olacaktır<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Karahasan, s. 1214; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey, İsmet): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1964, s. 115; Reisoğlu, s. 28; Akipek/ Akıntürk, s. 355- 356; Yavuz, s. 500; Franko, Nisim Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara

Yasal danışmanın izni olmadan yapılan kefalet sözleşmesi sonradan verilecek izin veya sınırlı ehliyetli kişinin kendisine yasal danışman atanma durumunun ortadan kalkması halinde bizzat kendisinin vereceği onay ile kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanacaktır. Böyle bir durumda yasal danışmanın vereceği izin herhangi bir şekil şartına bağlı değil iken, kefalet altına giren kişinin vereceği onay kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekil şartına tabidir<sup>90</sup>.

Bir kimseye yasal danışman atandığı henüz ilan edilmemişse, kefil olma ehliyeti bakımından o kişi için ortaya çıkan sınırlama iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez<sup>91</sup>.

#### **ddd. Evli Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti**

Eski Medeni Kanunu'nun 169/ II hükmü gereğince, karı tarafından kocanın yararına uygun olarak, üçüncü şahsa karşı girilen borçlar için sulh hakiminin onayı gerekmektedir ve bu gerçekleşmedikçe hukuki işlem geçerli olmamaktaydı. Bu durumda evli kadının kocanın yararına kefil olabilmesi ancak sulh hakiminin vereceği izin ile mümkün olabilmekteydi. Bu hükümle kastedilen yarar, ekonomik temele dayanan bir yararadır. Bu anlamda kadının, kocasının borcu için âdi ya da müteselsil kefil ya da kocasının borcuna kefil olana kefil olması (kefile kefil) halinde EMK md. 169/ II hükmüne göre kocanın yararı söz konusu olmakta ve kocanın yararı için yapılan kefalet sözleşmesi için mutlaka sulh hakiminin izin vermesi gerekmektedir<sup>92</sup>.

---

1985 , s. 19; Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. VIII, Ankara 2003, s. 9283; Aral, s. 449; Bilge, s. 370; Zevkliler, s. 398, özen 136.

<sup>90</sup> Grassinger, s. 60; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. bası, Ankara 1987, s. 727; Reisoğlu, , s. 29.

<sup>91</sup> Özen s. 136.

<sup>92</sup> Bilge, s. 370; Bilge, Necip: “Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, AÜHFD, 1951, C. VIII, Sayı. 1-2, s. 575-584; Ardiç, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Ankara 2002, s. 201; Reisoğlu, s. 26; Reisoğlu, Muteberlik



Eski düzenlemeye göre kocanın ortaklık borcundan şahsen sorumlu olduğu ortaklık tiplerinde, kollektif ortaklık ya da kocanın komandite ortak olduğu komandit ortaklıkta, kadının ortaklık borcu için kefalet altına girmesi MK md.169/II gereği sulh hâkiminin onayına bağlıydı. Zira bu durumda kadın, kocanın menfaati için kefalet altına girmektedir. Diğer ifade ile kadının kefaleti ile kocasının hukuki durumu kuvvetlenmektedir<sup>93</sup>.

EMK md. 169'da yer alan; karının, kocası yararına üçüncü kişilere karşı borç altına girmesini sulh hakiminin onayına bağlayan hüküm, eşitlik ilkesi gereği yeni kanunda terk edilmiştir<sup>94</sup>.

Medeni Kanunumuzda kefalet sözleşmesine ilişkin eşler için bir kısıtlama düzenlenmemekle beraber MK md. 199/ I ve II düzenlemesinde “Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verir. Hakim bu konuda gerekli önlemleri alır” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün tasarruf işlemleri ile birlikte borçlandırıcı işlemleri de kapsadığı kabul edilirse ve eşlerden birinin başvurusu üzerine hakim böyle bir karar almışsa, bu durumda eşin kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlanabilir. Böyle bir durumda evlilik bağı neticesinde kefalet sözleşmesi yapılması ile ilgili bir kısıtlama meydana gelebilir<sup>95</sup>.

---

Şartları, s. 351; Tandoğan, s. 727; Göktürk, Hüseyin Avni: “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, AÜHFD, 1950, C. VII, S. 3-4, s. 336;

<sup>93</sup> Reisoğlu 27; Tandoğan; 727Grassinger, s. 61- 62.

<sup>94</sup> Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2003, s. 119.

<sup>95</sup> Barlas, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 132vd.; Nami Barlas, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara, 2005, s. 55.

İsviçre Hukukunda ise, evli kişilerin kefil olmalarını sınırlayan özel bir düzenleme vardır.. İsviçre Borçlar Kanunu md. 494’de evli kimsenin kefil olabilmesi için ortada mahkeme tarafından verilmiş bir ayrılık kararı bulunmadığı takdirde eşin yazılı izni (muafakati) gerekir şeklinde bir düzenleme mevcuttur<sup>96</sup>.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan bu düzenlemeye paralel bir düzenleme yer almaktadır. Tasarının 584. maddesi uyarınca;

“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, 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.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.”<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 159; Göktürk, s. 336; Yavuz, s. 500; Tandoğan, s. 730; Akipek/ Akıntürk, s. 354.

<sup>97</sup> Kuntalp/ Barlas, s. 434; Kurdoğlu, Bülent Nuri: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi”, ABD, 2005, Y. 63, S. 2005/ 3, s. 79- 80).

OR Art.494 Abs 1 hükmüne göre, “evli olan kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi, yargıç ayrılığa karar vermiş olmadıkça, eşlerin, daha önceden veya en geç kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda verdikleri rızaya bağlıdır.” İsviçre kaynağından farklı olarak Tasarının 584. maddesinin ilk fıkrasında, sadece ayrılık konusunda verilmiş bir yargı kararının değil, eşlerin ayrı yaşama haklarının doğmuş olmasının da diğer eşin rızasını aranması gerekliliğini ortadan kaldıracığı hükme bağlanmıştır. Evli kişinin kefaletine sınırlama getiren bu tasarının bu şekli ile yasalaşması durumunda, MK m. 170 f.1 uyarınca yargıç tarafından ayrılık kararı verilmesi halinde ve MK m. 197 uyarınca eşlerin ayrı yaşama haklarının ortaya çıktığı hallerde, eşlerin birinin diğerinin rızası olmadan kefil olması mümkün olacaktır<sup>98</sup>.

Tasarıdaki bu düzenleme tamamıyla yeni bir düzenlemedir. Getirilen bu yeniliğin ailenin korunması düşüncesine hizmet ettiği ortadadır. Kefil olan kişi ister kadın eş olsun ister erkek eş, kefaletin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Bunun sonucu olarak aile hayatı için sıkıntı yaratabilecek ve ailenin ekonomik geleceği bakımından tehlike oluşturabilecek hatırı kefaletlerinin, olabildiğince engellenmesi amaçlanmıştır<sup>99</sup>. Ayrıca getirilen bu düzenleme Medeni Kanun ile getirilen evli kişiler bakımından hukuki işlem rejiminin sistematiğine uygundur<sup>100</sup>. (MK m. 199/I- II).

Tasarıdaki düzenlemeye göre; eşin rızası, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmiş olmalıdır. Bu düzenlemeye göre kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasını beyan etmiş olması, kefalet sözleşmesinin geçerli olmasını sağlamaz<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Özen s.140.

<sup>99</sup> Özen s.140.

<sup>100</sup> Barlas, Kefalet Hukuku, s. 55.

<sup>101</sup> Özen s.145; Barlas, Kefalet Hukuku, s. 55.

Eşin rızasının yazılı şekilde verilmesi gerekmektedir. Burada söz konusu olan adi yazılı şekildir. Kefilin yazılı beyanının BKT m. 583 f. 1 uyarınca, kısmen (:sorumluluk sınırı ve /veya müteselsil kefil olma iradesine yönelik açıklamalar için ) kendi el yazısına dayanması gerekliliği, eşin rızası bakımından bir etki oluşturmaz. Kefilin eşi herhangi bir biçimde ya da herhangi biri tarafından yazılmış beyanı imzalayarak da rızası gösterebilir<sup>102</sup>.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının eksik olması durumunda ayrıca iptal beyanına gerek olmadan sözleşme geçersiz olacaktır. Birlikte kefalette kefillerinin birinin eşinin rızasının eksikliği, BKT m.587 f.3'ün aradığı koşulların gerçekleşmesi halinde birlikte kefillerin (veya sadece bu koşulları gerçekleştirenlerin) sorumluluğunun sona ermesi sonucunu doğurur. Eşin rızasının bulunmaması nedeni ile geçersiz olan kefalet sözleşmesinin geçerli kılınması mümkün değildir. Şekil kurallarına uymak şartıyla zamanında eşin rızasını alarak yeniden yapılması lazımdır. Eşin rızasının eksikliği yüzünden geçersiz olan kefalet sözleşmesi, eşlerin sonradan boşanmış olmaları nedeni ile geçerli hale gelmez<sup>103</sup>.

### **eee. Sınırlı Ehliyetsizler**

MK md. 16/ I hükmünde “Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleri ile borç altına giremezler” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Ancak Medeni Kanunumuz yasal temsilcinin de rızası yönünde de bazı özel kısıtlamalar getirmiştir. Yasal temsilcinin yapması yasak işlemler MK m. 449’da yer almaktadır. Bu hükme göre, “Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır”. Bu düzenlemede de açıkça belirtildiği gibi vesayet altındaki küçük ve kısıtlıların kefalet yükümlülüğü altına girmeleri bağlayıcı değildir. Bu kişilerin yaptıkları bu çeşit taahhütler sonradan velinin ya da vasinin onayı ile dahi geçerlilik kazanamaz. Velinin ya da vasinin kendisi bile küçük veya kısıtlı kişi adına kefil olamamaktadır.

---

<sup>102</sup> Özen s.146.

<sup>103</sup> Özen s.147.

Bu düzenlemeye rağmen yapılan kefalet sözleşmesi, gerekli ehliyet şartını taşınamaması sebebiyle geçersiz olacaktır<sup>104 105</sup>.

Medeni Kanun md. 343'de (EMK md. 269), "Velâyet altındaki çocuğun fill ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir" denilmektedir. Bu durum da MK md. 449'da yer alan bu yasak, md. 343'de belirtilen atıf nedeniyle velayet altındaki küçükler için de geçerli olacaktır. Bu durumda Anne ve baba da hiçbir şekilde çocukları adına kefalet veremeyecektir.

Vasi veya velinin böyle bir kefalet sözleşmesi yapmak için herhangi bir mahkemenin onayını talep etmesi de mümkün değildir.

Velayet ve vesayet altındaki kişinin veya bu kişinin kanuni temsilcisinin yapmış olduğu bir kefalet sözleşmesi ifa edilmiş ise, alacaklı geçerli olmayan bu kefalet sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeyi " sebepsiz zenginleşme" kuralları uyarınca iade etmekle yükümlüdür<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Zevkliler/ Havutçu, s. 121; Grassinger, s. 60; Reisoğlu, s. 29; Tandoğan, s. 726; Aral, s. 449; Franko, s. 19; Uygur, s. 9283;Yavuz, s. 499; İnan, s. 88; Akipek/ Akıntürk, s. 351; Akıntürk, s. 299; Bilge, s. 370.

<sup>105</sup> Yargıtay bu konu ile ilgili bir olayda şu şekilde karar verilmiştir. Yargıtay 19 HD. E. 2001/ 2053 K. 2001/6000 T 02. 10. 2001 "Davalının, hapis sebebiyle hacir altında iken davacı ile davca dışı İ.H arasında düzenlenen tüketici kredisi sözleşmesini müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır.- Vesayet altındaki kişi ya da vasisi kefalet akdi yapamaz (MK. md. 392.). hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olan kimse üzerindeki vesayet, hapsin hitamıyla nihayet bulur. Muvakkaten veya şart ile serbest bırakılmış olan mahpus vesayet altında kalır.(MK. md. 415)-Bu hususlar gözetildiğinde, davalının henüz vesayeti sona ermeden imzaladığı kefalet akdinin geçerliliğinden söz edilemez. Olayımızda MK m.2. maddesi hükmünün uygulama olanağı yoktur.- Mümeyyiz mahcur iken kefalet sözleşmesini imzalayan kişinin vesayeti sona erdikten sonra bu sözleşmeyi benimseyeceği düşünülebilir. Ancak akdın geçerlilik kazanması için BK.nun 484. maddesi hükmü karşısında bu benimsemenin de yazılı şekilde yapılması şarttır. Olayımızda yazılı bir benimseme bulunmamaktadır. O halde imzaladığı anda geçersi olan sözleşmenin sonradan geçerlik kazandığı söylenemez." Tüba Mevzuat Bankası ,["http:// www.ajanstuba.com.tr"](http://www.ajanstuba.com.tr).(01-12-2008)

<sup>106</sup> Özen s.135.

Sınırlı ehliyetsizliklerin kefil olma ehliyetleri olmamakla beraber, MK md. 453’de vesayet makamı tarafından bir meslek ya da sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, bununla ilgili her türlü olağan işleri yapmaya yetkili ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu açıkça düzenlenmektedir. Vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatla uğraşması için izin verilen sınırlı ehliyetsiz bu meslek veya sanatının icrası için zorunlu olan işlemler arasında kefalet sözleşmesi yer alması halinde kefalet sözleşmesini tek başına yapabilecektir<sup>107</sup>.

### **fff. Müflisin ve Kendisine Konkordato Mehli Verilmiş Olan Borçlunun Kefil Olma Ehliyeti**

Kendisine mahkeme tarafından konkordato mehli verilen borçlu, bu sürenin ilânından itibaren kefalet sözleşmesi ile yükümlülük altına giremez. Bu süre içinde borçlunun İİK m. 290. ‘a göre kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti yoktur. Bu yasaklayıcı hükme rağmen kefalet sözleşmesinin kurulması durumunda sözleşme geçersiz olacaktır. Konkordato talebinin reddolunması halinde dahi bu hükme aykırı olarak kurulmuş, fakat geçersiz olan kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanamayacaktır. Bu geçersizliği ancak kefalet sözleşmesi yapan borçlu, onun alacaklıları ve üçüncü kişiler ileri sürebilirler. Konkordato reddedilse, alacaklılar razı olsa veya konkordato komiseri izin verse bile bu hükme aykırı olarak kurulmuş kefalet sözleşmesinin hükümsüzlüğü ortadan kalkmaz<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Aral, s. 449; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 29- 30; **Reisoğlu, Seza**: “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, AÜHFD, 1962, C. 19, S. 1-4, , s. 355; Yavuz, s. 499- 500; Tandoğan, s. 726;. Grassinger s.60.

<sup>108</sup> Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammed Özkes: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2002 s. 194; Tandoğan, s. 730; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1999, s.547

s. 547; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 116; Tandoğan, Haluk: “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, , s. 29; Saim Üstündağ, İflas Hukuku, İstanbul 1991, s. 213; Karahasan, s. 1214; Uygur, s. 9283; Bilge, s. 371; Franko, s. 19; Yavuz, s. 500; Zevkliler, s. 398; Aral, s. 449.;Grassinger, s.64 ;Özen 136- 137.

İİK. m. 191 uyarınca iflasın açılması ile birlikte müflisin malları üzerinde tasarruf yetkisinin kalkması müflisin kefalet sözleşmesi yaparak kefil olmasına engel değildir. Yani bir kişinin iflas etmesi ve bu sebepten dolayı tasarruf yetkisinin ortadan kalkması, o kişinin geçerli bir kefalet sözleşmesi yapmasını engellemez. Müflis, borçlandırıcı muamele olarak kefalet sözleşmesini kurabilecektir. Ancak iflasın açılması ile müflisin mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kanunen kısıtlanacağından, İİK. m. 91, müflis tasarrufu muamelelerde bulunamayacaktır. Bu sebepten kefalet borcunu yerine getiremeyecektir. Aksi durumda bu tasarrufu iflas masasına karşı hüküm doğurmayacaktır. Sonuç olarak kefalet alacaklısı alacağını iflas masasına karşı ileri süremeyecektir. Fakat iflasın kalkması ile beraber kefalet alacaklıları kefile başvurabileceklerdir<sup>109</sup>.

#### **bb. Tüzel Kişilerin Kefalet Ehliyeti**

Tüzel kişiler, durumları gereği sadece gerçek kişilere ait olan bazı haklar dışında bütün hakları iktisap eder ve borçları da üstlenirler. Bu durum MK. m. 48’de “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler” şeklinde ve MK. m. 49’ da “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar” şeklinde belirtilmiştir.

Bunun dışında, genellikle kabul edilen “amaçla sınırlı ehliyet = ultra vires teorisine göre, tüzel kişilerin tiplerine ve esas snetlerine göre kurulma amaçlarına yabancı işlemler yapmaya ehliyetleri yoktur. Bu tür işlemler “amaç dışı” (ultra vires) sayılarak geçersiz kınırlar<sup>110</sup>. Bu sınırlamayı aşağıda açıklayacağımız TTK m.137 hükmü açıkça düzenlemiştir (Gerçi Yeni TTK Tasarısında bu kural çıkartılmıştır).

---

<sup>109</sup> Aral, s. 449; Üstündağ, s. 67 vd.; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 116; Tandoğan, s. 730; Tandoğan, Kefaletin Geçerlilik Şartları, s. 29; Reisoğlu, s. 28; Karahasan, s. 1214; Uygur, s. 9282- 9283,. Özen s.137 .

<sup>110</sup> Özen s. 137-138; Ergun Özsunay, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982. s. 62

### **aaa. Dernek ve Vakıflar Bakımından**

MK m 49'da belirtildiği üzere tüzel kişilerin fiil ehliyeti kanun veya tüzüklerine göre gerekli olan organlara sahip olmaları ile başlar. Söz konusu organların yapabilecekleri hukuki işlemler ve temsil yetkilerinin sınırı kuruluş senedinde ya da tüzükte yer alabilir. Dernekler Kanunu md.4/b.'de derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere derneğin yapacağı faaliyet konularının dernek tüzüğünde yer alacağı belirtilmiştir. Yine MK. m.106'da vakıf senedinde, vakfın gayesinin belirtileceği bildirilmektedir. Kefalet sözleşmesi, dernek ve vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet ediyorsa, yapılan kefalet sözleşmesi bakımından ehliyetin varlığı kabul edilecek ve sözleşme geçerli olacak, buna karşılık sözleşme dernek ve vakfın amacının gerçekleşmesine hizmet etmiyorsa sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varılacaktır. Kefalet sözleşmesi kefil için tek taraflı bir yükümlülük getirdiği için dernek veya vakfın amacına hizmet etmesi olağan değildir. Bu bakımdan kazanç elde etme amacı gütmeyen ve “ideal” amaç birlikleri sayılan dernek ve vakıfların malvarlığının amaç dışı işlemlere korunması gerekliliği çoğu zaman kefalet sözleşmesi bakımından ehliyetsizliğin kabulünü gerektirecektir. Bu nedenle dernek ve vakıfların tüzükleri ya da ana sözleşmelerinde açıkça kefalet sözleşmesinin kurulabileceği belirtilmiş olması kuşku ve genel itibarıyla alınacak olumsuz tavrı engelleyecektir<sup>111</sup>.

### **bbb. Ticaret Ortaklıkları Bakımından**

Ticari ortaklıklarının ehliyeti TTK. m.137'de düzenlenmiştir. Bu madde “ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup, şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler” şeklindedir. Ticaret kanunundaki bu hüküm ticaret şirketlerinin hukuki işlem ehliyetini sadece amaçla değil, işletme konusuyla sınırlamış bulunmaktadır. Buna göre ticari ortaklıkların fiil ehliyeti ortaklık sözleşmesinde yazılı işletme konusu ile sınırlıdır<sup>112</sup>. Bir

---

<sup>111</sup> Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 115; Tandoğan, s. 730- 731; Aral, s. 449; Karahasan, s. 1214; Uygur, s. 9283; Reisoğlu, s. 22- 23; Yavuz, s. 500; Zevkililer, s. 398; özen s. 137

<sup>112</sup> Grassinger, s.65.



başka anlatımla hukuki işlemin, ticaret şirketlerinin kazanç paylaşma ve paylaşma şeklinde ifade edilebilecek amacına doğrudan veya dolaylı olarak hizmet etmesi, o işlem açısından ehliyetin varlığı için yeterli olmamakta ayrıca yapılan hukuki işlemin ticaret şirketinin ana sözleşmesinde işletme konusu olarak gösterilen faaliyet ile doğrudan veya dolaylı olarak bir ilgisinin bulunması aranacaktır<sup>113</sup>.

Ticari ortaklıklarının ana sözleşmelerinde, şirketin kefalet sözleşmesi kurabileceği açıkça belirtilmişse, bu durumda ticari ortaklığın kefalet sözleşmesi kurma ehliyetinin var olduğu kabul edilecektir. Ana sözleşmeye bu kaydın konulmuş olması, şirketin o alandaki ehliyetini belirleme açısından yeterlidir. Bazen de ticari ortaklığın özelliği bizzat kefalet sözleşmesinin kurulmasını öngörmüş olabilir. Örneğin kredi (kefalet) kooperatifleri gibi konusu zaten ortaklarına kefil olma olan tüzel kişilerin kefalet ehliyetleri mahiyetleri gereği vardır. Hatta ana sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmasa dahi, şirketin kredi kooperatifi olduğuna dair bir ifadenin bulunması, kefalet ehliyetinin var olduğuna dair karine teşkil eder<sup>114</sup>.

TTK m. 137'nin katı bir biçimde uygulanmasının ticari hayatta önemli belirsizlikler ve sorunlar yaratacağı söylenebilir<sup>115</sup>. TTK M. 137 hükmünün yorumlanması Yargıtay uygulaması bakımından zaman içinde değişerek bu madde daha geniş bir yoruma tabi tutulmuştur. Yargıtay bu konuda eski bir kararında<sup>116</sup> kefil olmanın, şirketin amacı ve konusu ile ilgili görülebilirse, şirketin mutad muamelelerinden sayılacağını belirtmiş, buna ilişkin olarak da trikotaj ve tuhafiyeciliğin şirketin mevzuuna girdiğini tespit ettikten sonra iplik alım satımı için şirketçe verilen kefaletin geçerli olduğu sonucuna varmıştır<sup>117</sup>. Yargıtay'ın bu tutumu daha sonraki kararlarında değişmiş; örneğin iplik sanayi ile uğraşan bir anonim

---

<sup>113</sup> Özen s. 137.

<sup>114</sup> Franko, Ticari Şirketler, s. 48- 50; Reisoğlu, s. 24. Tuğrul Ansay , Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s366- 367.

<sup>115</sup> Reisoğlu s.23.

<sup>116</sup> TD.10. 12.1960 E3282 K.3381( Reisoğlu s 24).

<sup>117</sup> Reisoğlu s. 24.

ortaklığın, konservecilik ve sabunculuk konusuyla ilgilenen bir kollektif ortaklığın konusu çerçevesinde üstlenmiş olduğu bir borca kefil olması mümkün hale gelmiştir<sup>118</sup>. Yargıtay'ın bu konudaki yeni uygulamasının gerekçesi; ticaret şirketlerinin kredi alma ihtiyaçlarının her zaman doğabileceği ve kredi bulabilmeleri için kefil gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalabilecekleri, bu nedenle ticaret şirketlerinin birbirine destek olmalarının olağan karşılanması gerektiği şeklindedir. Bu durumda ticaret şirketlerinin uğraşı konuları arasında bir benzerlik bulunmasa bile, birbirlerinin borçları için kefil olabilirler<sup>119</sup>.

### **c. Kefalet Sözleşmesinin Konusunun Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olması**

Burada hukuka aykırılıktan kastedilen; emredici hukuk kaidelerine, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırılıktır.

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre Kefalet Sözleşmesinin konusu hukuka ve ahlaka aykırı olursa diğer sözleşmeler gibi kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır.

Borçlar Kanunu'nda yer alan kaidelerin büyük çoğunluğu yedek hukuk kaidesi niteliğinde ise de; emredici hukuk kaidelerine aykırılık sadece Borçlar Kanunu'nda yer alan emredici hükümlere ilişkin değil, hukuk düzeninde yer alan herhangi bir emredici kurala aykırılıktır<sup>120</sup>.

Sözleşmenin konusu kamu düzenini koruyan bir hükme aykırı ise, bu durumda esasen emredici hukuk kurallarına aykırılık vardır. Ortada somut herhangi bir emredici hukuk kuralı bulunmasa bile yapılan sözleşme kamu düzenini ihlale yönelik ise bu nedenle yapılan sözleşme hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşır. Aynı

---

<sup>118</sup> 11 HD 07.02.1978 Tarih E.1978 /7 K.1978/354( Özen s.138-139).

<sup>119</sup> Özen s. 138- 139.

<sup>120</sup> Oğuzman –Öz s. 72.

şekilde yapılan akit şahsiyet haklarını koruyan bir hükme aykırı olabilir ve bu durumda da esasen emredici hukuk kurallarına aykırılık vardır. Konuya ilişkin böyle bir hüküm bulunmasa dahi yapılan sözleşmenin konusu şahsiyete aykırı ise, akde bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesi uygulanır<sup>121</sup>.

Kefalet sözleşmesinin konusu somut bir emredici kurala aykırı olmamakla beraber toplumda yerleşmiş ahlaki kurallarla, başka bir deyişle genel ahlaka aykırı olması durumunda diğer sözleşmeler gibi hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşacaktır.

Ahlaka aykırılık ve şahsiyet haklarına aykırılık ayrı geçersizlik sebepleri olmakla beraber şahsiyet haklarına aykırılık halinde çoğu kez ahlaka aykırılık da söz konusu olacaktır<sup>122</sup>. Kefilin üstlenmiş olduğu yükümlülüğün kendi ekonomik ve şahsi özgürlüğünü kısıtlayamaması bir taraftan MK m. 23/II de belirtilen hiç kimsenin özgürlüğünü ahlaka aykırı olarak kısıtlayamayacağı prensibinden kaynaklanmakta iken, diğer taraftan BK m. 20/II' deki sözleşmenin konusunun ahlaka aykırı olmaması prensibinden kaynaklanmaktadır<sup>123</sup>.

Kefilin kendi mali olanaklarının çok üstünde olan ve bu sebepten ekonomik geleceğini sarsacak bir yükümlülük üstlenmesinin doktrindeki hakim görüşe göre sırf bu yüzden "ahlaka aykırı" olduğu söylenemez. Ancak kefalet sözleşmesinin kefile mali gücünü fazlasıyla aşacak bir yük getirmesi olgusu ile başka olgular birleştiği takdirde "ahlaka aykırılık" söz konusu olabilir. Tam ehliyetli olan, ancak iş ve hayat tecrübesi bulunmayan, geliri bulunmayan veya çok az gelir sahibi olan çok genç yaştaki kişinin, babasının isteği üzerine babasına ait olan çok yüksek miktardaki krediye psikolojik baskı altında kalarak kefil olması bu duruma örnek olabilir<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Oğuzman-Öz s. 72-73.

<sup>122</sup> Oğuzman-Öz s. 72-73.

<sup>123</sup> Grassinger s. 55.

<sup>124</sup> Özen s.197.

Bazen de kefaletin verilmesindeki amaç ahlaka aykırı olabilir. Sözleşmenin konusu kadar amacının ahlaka aykırı olması da BK m. 20 uyarınca butlan sebebi sayılmaktadır. Örneğin; sonradan gerçekleşmesi istenen yasadışı bir işe ikna edilmek istenen kişiye şuan ki geçerli alacağı için kefalet verilmesi ve bu alacaklının da sözkonusu yasadışı işi yapacağı vaadiyle bu kefaleti alması, örnek verilebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi de önüne gelen bir olayda, kefilin kendi mali gücünü aşacak şekilde kefalet altına girmesini BK. m. 23/II' ye aykırı bulmamıştır<sup>125</sup>. Olayda müteselsil kefil 84 bin Franklık borçtan sorumlu tutulmaktadır. Federal Mahkeme kararında şu gerekçelerle kefilin sorumlu olacağına karar vermiştir: MK. m.23/II yalnız kişilik haklarını sözleşmesel ihlaller karşısında korumayı amaçlamaktadır. Yoksa sözleşmesel yükümlülüklerin özellikle parasal vaatlerin hangi ölçüde caiz olduğunu ifade etmez. MK.23/II hiç kimsenin ekonomik gücünün üzerinde yükümlülük altına girmesine engel olmaz. Sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olup olmadığı prensip olarak içeriğine göre tespit edilmelidir. Bu noktada asıl borçlunun borcunu ödeme kaynaklarının olup olmaması bir rol oynamaz. Üstelik kefil her zaman için alacaklının kendisini takip edebileceğini hesaba katmalıdır. Olayda kefilin sorumlu olduğu 84.000 frank kendisinin ödeme gücünü aşmaktadır. Ama onun sahip olduğu malvarlığı değerleri dikkate alındığında kefalet borcunun önemli kısmını ifa edebileceği kanaatine varılmıştır. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin ahlâka veya şahsiyet haklarına aykırılığı kabul edilmemiştir. Bu kararda federal mahkeme kefilin mali olanaklarının kefalet borcunu yerine getirebileceğinden bahsetmektedir. Bu ifadede Federal Mahkemenin kefilin mali durumunu, kefilin üstlendiği yükümlülüğü yerine getirip getiremeyeceği hususu bakımından kıstas olarak ele aldığını göstermektedir. MK. m. 23/II anlamında onun şahsi ve iktisadi özgürlüğünü aşırı derecede kısıtladığından söz etmek için, kefilin kendi malvarlığı ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğünü, mali durumunda esaslı değişiklik olmadığı sürece yerine getiremeyecek olması gerekir. Bu durum kefilin iktisadi açıdan fevkalade güç duruma düşmesine sebep olmalıdır. Ekonomik ve şahsi özgürlüğün aşırı derecede kısıtlanıp kısıtlanmadığının

---

<sup>125</sup> BGE95II55.( Nakleden Grassinger s.56).

değerlendirilmesi yapılırken yükümlülüğün miktarı, kefilin meslek ve gelir durumu dikkate alınarak her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>126</sup>.

Bu konuda Alman Federal Mahkemesinin eğilimi, başkasına ait bir borçtan dolayı kişisel sorumluluk üstlenmenin ahlaka aykırı sayılıp sayılmayacağına somut olayın koşullarına bağlı olduğu, buna göre somut olayı çevreleyen sübjektif ve objektif nitelikteki olgular birlikte değerlendirildiğinde, kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmenin ahlaka aykırı sayılmasına yol açabileceği yönündedir. Ahlaka aykırılığa yol açabilecek objektif olgu, kişisel teminat altına giren kişi için sözleşmenin aşırı yük getirmesi, o kişinin mali imkânları ile uyuşmayan ve ekonomik geleceğini sarsabilecek bir sorumluluk doğurmasıdır. Bu objektif olgunun yanında bazı sübjektif olgularda bulunmalıdır. Teminat veren kişinin aşırı yük getiren sorumluluğa “genç ve tecrübesiz” olduğu için ve “psikolojik baskı altına” girmesi buna örnek gösterilebilir. Alman Yüksek Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda, teminat veren esas borçlunun karısıdır ve yirmi yaşındadır. Çok düşük bir aylık geliri bulunmaktadır. Geliriyle orantısız bir biçimde kocasının yüksek miktardaki borcu için kocasıyla birlikte sorumluluk üstlenmiştir. Yüksek mahkemeye göre, bu olayda teminat amacıyla birlikte riziko üstlenen kişi, üstlendiği rizikonun büyüklüğü ve içeriği hakkında fikir sahibi olmadan hareket eder. Burada teminat verenin tam ehliyetli olmasına rağmen yaşının küçük ve iş hayatındaki tecrübesinin düşük olması, verdiği teminatın kendisi için getireceği tehlikenin bilincine varmasını engellemektedir. Ayrıca bu olayda teminat verenin psikolojik baskı altında hareket etmekte olduğu kabul edilmeli, mali olanaklarını fazlasıyla aşan bir sorumluluk üstlenirken, içinde bulunduğu zor ve zayıf durumdan teminat alan kişinin yararlandığı söylenebilmelidir. Yüksek mahkemeye göre böyle bir olayda teminat ilişkisinin ahlaka aykırı olduğunu kabul etmeye olanak verecek olgular mevcuttur<sup>127</sup>.

#### **d. Kefilin İradesinin Sakatlanmış Olduğu İtirazı**

---

<sup>126</sup> Grassinger 56 -57.

<sup>127</sup> WM 1994, 1022; Reinicke/ Tiedtke (nakleden Özen s. 198, dip not 520).

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin iradesinin iradeyi bozan sebeplerin biriyle sakatlanmamış olması gerekir. Kefilin kefalet sözleşmesi kurma hususundaki iradesinin, hata, hile ya da ikrah sebeplerinden birisi ile sakatlanmış olması halinde, hatada ve hilede durumu öğrenmesinden itibaren, ikrahta korkunun geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesini iptal edebilecektir, (BK. m. 31.)

#### **aa. Kefilin İradesinin Hata Nedeniyle Sakatlanmış Olması**

BK. m. 23-24'deki hata ile ilgili hükümler kefalet sözleşmesi açısından da genel olarak uygulanacaklardır. Kefil kefalet sözleşmesini kurmak üzere irade beyanında bulunduğu, bilmeyerek, gerçek iradesinden farklı beyanda bulunması halinde beyan hatasına düşebileceği gibi, kendisini kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden düşüncede yanılması halinde saik hatası söz konusu olacaktır. Bir hatanın esaslı olması için yapılan hatanın hukuki işlemin geçerliliği üzerinde etkili olması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinde esaslı hata, asıl borca, asıl borçlunun şahsına veya yapılan sözleşmenin niteliğine ya da sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olabilir<sup>128</sup>.

Kefalet sözleşmesi asıl borçlunun lehine yapıldığı için asıl borçlunun şahsına ilişkin hata kural olarak esaslı hata sayılmaktadır. (BK m. 24/ II) Asıl borçlunun şahsı kefalet borcu altına girilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Kefil bu durumda kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir<sup>129</sup>.

Kefil asıl borçta hataya düşmüş ise, bu durumda esaslı hata kabul edilmektedir. Örneğin kefil satış bedeline kefil olduğunu zannederken, aslında ödünç

---

<sup>128</sup> Oğuzman/ Öz, s. 77 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 1999, s. 354 vd.; Turgut Akıntürk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004, s.49; Aral, s. 449; Tandoğan, s. 735; Uygur, s. 9284; Bilge, s. 373.;Grassinger s.69.

<sup>129</sup> Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 119; Reisoğlu, , s. 34- 35; Reisoğlu, Muteberlik Şartları, s. 362; Grassinger, s. 70- 71; Karahasan, s. 1216.

sözleşmesinden doğan borca kefil olmuş ise, ortada esaslı bir hatanın var olduğu kabul edilmektedir. Kefil bu hataya dayanarak sözleşmeyi iptal edebilir<sup>130</sup>.

Kefil kefalet sözleşmesini yapmaya sevk eden düşüncede yanılırsa “*saik hatası*” söz konusu olur. Kefilin saikte hataya düşmesi kural olarak kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. BK md. 24/ II uyarınca. “*Akdin yalnız saiklerin taalluk eden hata, esaslı değildir*”. Buna göre, saik hatası esaslı hata halini almışsa sözleşmenin iptaline imkân verebilir. Saighte hatanın esaslı hata olabilmesi için birinci şart; kefilin kefalet sözleşmesi kurmaya iten düşüncenin sözleşmenin kurulması açısından esaslı unsur olmasıdır. İkinci şart ise, iş hayatındaki dürüstlük kurallarının, hata edilen konunun, sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermesidir<sup>131</sup>.

Kefilin asıl borçlunun mali durumu, borcunu ifa edebilme imkânı, krediye lâyık biri olduğu, asıl borç için kefalet sözleşmesinden başka teminatların varlığı, bunların asıl borcu karşılayacak değerde olması, rücu kefil olunacağı, kefilin kendisi ile birlikte diğer kefillerin de bulunduğu düşüncesi ile veya asıl borçlunun taahhüdüne güvenerek, kefalet altına girmesi halinde kefilin bu tasavvurunun gerçekleşmemesinin kefalet sözleşmesini etkileyebilmesi ancak BK. m.24/b.4'deki şartların gerçekleşmesi ve esaslı hata şeklini alması halinde mümkün olacaktır. Bu da her olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerekli kılacaktır<sup>132</sup>.

Hukukumuz açısından asıl borçlunun mali durumu hakkında yanılma saik hatası olması sebebi ile ve ancak BK. m. 24/b.4' deki şartların gerçekleşmesi halinde hata sebebi ile sözleşmenin iptaline sebep olacak iken; İBK. m. 510/1 kefile bu sebebe dayanarak kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmıştır. Maddeye göre, “ileride doğması beklenen bir alacağın kefalet altına alınması halinde, bu alacak henüz doğmadan önce, eğer asıl borçlunun

---

<sup>130</sup> Grassinger, s. 71; Reisoğlu, Bankacılık Uygulamasında Kefalet, s. 35; Reisoğlu, Kefalet kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 362.

<sup>131</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. B., İstanbul 1993 s. 428 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 82- 86; Kocayusufpaşaoğlu, s. 160- 162; Eren, s. 351- 354.

<sup>132</sup> Grassinger s.69.

mal varlığı, kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra önemli derecede kötüleşmiş ise ya da kefil, kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra, asıl borçlunun kefalet sözleşmesi kurulduğu sıradaki mali durumunun, düşündüğünden daha kötü olduğunu anlarsa, her zaman, alacaklıya yapacağı yazılı beyan ile kefalet sözleşmesinden dönebilecektir<sup>133</sup>.

Kefalet ile teminat altına alınmış asıl borcun kapsamında kefil hataya düşebilir. Özellikle kredi ilişkisi ya da cari hesaplardan doğan borçlara kefalette, kefalet senedinde kullanılmış ibarelerden açıkça anlaşılmadığı durumlarda kefilin mevcut borç için mi, yoksa müstakbel borç için mi tekeffül altına girdiği sorunu ortaya çıkabilir. Kefil, ne sözleşmenin kuruluş safhasındaki görüşmelerden, ne de kefalet senedindeki ibareden asıl borçlunun alacaklıya karşı daha evvelden de mevcut borcu olduğunu ve bu borcunu da tekeffül ettiğini bilmiyorsa BK.md.24/b.4 gereği esaslı hataya dayanabilir. Yine alacaklının kefilin hatalı düşüncede olduğunu bilmesi ve gerçeği bilse idi kefalet sözleşmesini kurmayacak olduğunu anlamasına veya anlayabilecek olmasına rağmen gerçeği açıklamaması halinde, kefil hile hükümlerine de başvurulabilecektir<sup>134</sup>.

#### **bb. Kefilin İradesinin Hile Nedeniyle Sakatlanmış Olması**

Hile, bir kimsenin, davranışı ile diğer şahsı irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o şahısta hatalı bir fikrin doğumuna veya teyidine ya da devamına kasten sebebiyet vermesidir. Bu bakımından hile kasten bir kişinin saik hatasına düşürülmesi olarak nitelendirilebilir<sup>135</sup>.

BK m. 28'de düzenlenen hile ilgili genel hükümler, kefalet sözleşmesi hakkında da uygulanmaktadır. Kefil hile sonucunda hatalı hareket etmiş ise hatası esaslı olmasa dahi buna dayanabilir. Hilenin üçüncü bir şahıs tarafından yapılması durumunda ise sözleşmenin geçerliliği sözleşmenin karşı tarafının bu durumdan haberdar olup olmamasına bağlıdır. Başka bir deyişle, alacaklının, kefil kefalet

---

<sup>133</sup> Grassinger s.69-70.

<sup>134</sup> Grassinger s. 71.

<sup>135</sup> Oğuzman-Öz s. 93.



sözleşmesi kurması için aldatma kastıyla hareket ederek, onu hataya düşürmesi durumunda hile söz konusu olmaktadır. Alacaklının kefil hile ile kefalet sözleşmesi yapmaya sevk etmesi veya alacaklının, üçüncü kişinin hilesini bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi durumunda kefil sözleşme ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir. Alacaklının, asıl borçlunun hilesinden haberdar olmadığı ve olamayacağı durumlarda ise, kefilin iradesi sakatlanmış olmasına rağmen kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır<sup>136</sup>.

Alacaklıya karşı iptal beyanında bulunacak kefil, hilenin unsurlarının gerçekleştiğini ispat külfeti altındadır. Kefil burada öncelikle alacaklının davranışları yüzünden bir olguda hataya düştüğünü ispat edecektir. Eğer kefilin düştüğü hata alacaklı dışındaki bir kişinin hileli davranışına dayanıyorsa, sözleşmenin kurulma aşamasında alacaklının durumu bildiği veya bilmesi gerektiği de kefil tarafından ispatlanmalıdır. Bu noktada kefil tarafından ispatlanması gereken bir diğer unsur, hile kastıdır. Kefili bir olgu hakkında hataya düşüren ya da kefilin mevcut hatasını devam etmesini sağlayan alacaklı, bu biçimdeki davranışıyla kefalet sözleşmesinin kurulmasını amaç edinmelidir. Alacaklının burada ihtimali bir kasta (dolus eventualis) sahip olması da yeterli sayılacaktır. Alacaklı kefil olmasını istediği kişiyi hataya düşürecek beyanlarda bulunurken yada kefilin mevcut hatasını devam ettirecek şekilde davranırken bu şekilde davranışlarının kefilin, kefalet sözleşmesi altına girmesi bakımından etkili olacağını ihtimalen göze alıyorsa, ihtimali kastın bulunduğu söylenebilir<sup>137</sup>.

Kefalet sözleşmesi yapılırken esas borçlunun ödeme güçsüzlüğünü bilen alacaklının, kefile karşı bu bilgiyi vermesi gerektiği söylenemez. Yani alacaklının, kural olarak kefile, onun üstleneceği risk hakkında açıklamada bulunma yükümlülüğü yoktur. Kefilin kefalet sözleşmesini kurmadan önce bizzat asıl borçlunun mali durumu, asıl

---

<sup>136</sup> Oser/ Schöenberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 120; Tandoğan, s. 737; Reisoğlu, s. 37- 38; Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları, s. 365.

<sup>137</sup> Özen s. 157.

borcun kapsamı gibi kendisi açısından önemli olan hususlarda bilgi alması, araştırma yapması gerekir<sup>138</sup>.

Ancak doktrinde alacaklının, borçlunun ödeme gücü hakkında yanlış bir düşünceye sahip olduğunu ve gerçek durumu bilmesi durumunda kefalet sözleşmesini yapmayacağını bildiği kefile karşı açıklama yapma (kefile aydınlatma) yükümlülüğü altında olup olmadığı tartışma konusudur. Bu konuda bir görüşe göre; alacaklı böyle bir durumda açıklama yapma yükümlülüğü altındadır. Gerçek durumu bildiği takdirde kefilin kefalet sözleşmesini yapmayacağını anlayabiliyorsa, alacaklının böyle bir durumda açıklama yaparak hatayı gidermesi dürüstlük kuralından çıkarılabilir<sup>139</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlar da<sup>140</sup> bu doğrultuda olup, alacaklının, kefilin hatalı bilgiye sahip olduğunu ve gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini kurmayacağını bilmesi veya bilebilecek durumda olması durumunda, kefile gerçeği açıklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir<sup>141</sup>.

Doktrinde diğer bir görüş ise, alacaklının sadece iki halde gerçek bilgileri açıklama yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre; alacaklı kendiliğinden kefile açıklama yapması halinde kefile gerçek bilgileri aktarmak durumdadır. İkinci durum ise; sözleşme görüşmeleri esnasında alacaklıdan bilgi istenilmesi halinde alacaklının yine gerçek bilgileri kefile aktarma zorunluluğudur. Bu iki hal dışında alacaklının kefile açıklama yapma yükümlülüğü yoktur. Bu noktada bu görüşe göre; alacaklının, Federal Mahkeme kararlarının aksine kefilin, gerçeği bilmiş olsaydı kefalet sözleşmesini yapmayacak olduğunu bildiği durumda açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aksi tarzda bir çözümün ise; kefilin aşırı derecede korunması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> Özen s.158; Grassinger s. 75 ; Reisoğlu s. 37.

<sup>139</sup> Özen s. 159- 160.

<sup>140</sup> BGE 64 II 209; 59 II 236 Erw. 4 (242); 57 II276; 49 II 100 Erw. 2 (104); 25 II569 Erw. 4 (574); SJZ 51, 92. BGE 25 II 569 Erw. 4'deki kararında da Federal Mahkeme "alacaklının, kefilin gerçeği bilseydi akti kurmayacak olduğunu bildiği halde susmasını" hile kabul etmiştir(Nakleden Grassinger s.76 dip not .104).

<sup>141</sup> Grassinger s.76.

Kefile karşı alacaklının kefil olunan borç için verilmiş olan teminat ve bunların değeri hakkında, eksik ve gerçek olmayan bilgi vermesi de hileli davranış olarak nitelendirilebilir. Alacaklının burada diğer teminatlar hakkındaki açıklamaları duruma göre “şarta bağlı” bir kefalet sözleşmesi yapıldığını ortaya koyabilir. Yani kefalet sözleşmesi yapılması sırasında kullanılan ifadelerin yorumu sonucu, kefilin başka teminatların da verilmesi şartıyla yükümlülük üstlendiği neticesine ulaşılabilir<sup>143</sup>.

Esas borçlu tarafından kefile gerçek dışı bilgiler verildiğini bilen ya da bilmesi gereken alacaklının, gerçek durum hakkında kefile açıklama yapması gerekir. Aksi durumda üçüncü kişi durumundaki esas borçlunun hilesi nedeniyle kefalet sözleşmesinin iptal edilmesi söz konusu olacak; bu durum kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürebilecektir<sup>144</sup>.

### **cc. Kefilin İradesinin İkrahi Nedeniyle Sakatlanmış Olması**

Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ikraha dair hükümler kefalet sözleşmesi için de uygulanacaktır. Buna göre; kefil, kefalet sözleşmesini kurması için bizzat kendisi ya da yakınlarından birinin hayatı, şahsı, namusu veya malvarlığına karşı ağır ve derhal gerçekleşecek bir tehdide maruz kalması ve bu korkunun etkisi altında kefalet sözleşmesini kurmuş olması halinde, korkunun etkisinin geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilecektir, (BK. m. 29 ve 31).

İkrahi, kefalet sözleşmesinin iptaline imkân vermesi için alacaklı ya da üçüncü şahıs tarafından yapılmasının bir önemi olmadığı gibi, alacaklının üçüncü şahıs tarafından yapılmış tehditten haberdar olması da gerekli değildir, (BK.

---

<sup>142</sup> Beck Art. 492 N.64; Merz, die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1931 ZBJV 68, 470; Raaflaub 74; Stauffer 120a; Tobler 118 dn.1Federal mahkemenin kararlarına karşıdır(Nakleden Grassinger s.76 dip not 105)

<sup>143</sup> Özen s.161.

<sup>144</sup> Özen s.161.

m.29/II). Ancak son halde kefil, hakkaniyet gerektirdiği takdirde alacaklının sözleşmenin iptal edilmesi yüzünden uğradığı zararını tazmin edecektir. (BK. m. 29/II).

Kefilin kefalet altına girmeye zorlanması alacaklının onu veya yakınlarının hukuka aykırı eylemde bulunacağı tehdidi ile korkutması şeklinde olacağı gibi; bazen bu kimselere karşı kanunen sahip olduğu hakkı kullanacağı tehdidi ile de gerçekleşebilir. Buna ilişkin BK. m. 30/II düzenlemesi şöyledir: "Bir hakkın veya kanuni selahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya duçar olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikrahı muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsali için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır.". Buna göre bir hakkın veya yetkinin kullanılacağı tehdidinin ikrah olarak sayılabilmesi, bu türden bir tehdidi yapan şahsın, bu nedenle "aşırı çıkar" elde etmesine bağlıdır. Üçüncü kişinin ikrahiyle kefil olan kişi, bu durumdan kefil haberdar olmasa bile kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürebilir. Ancak hakkaniyet gerektirdiği takdirde alacaklının kefalet sözleşmesinin iptali nedeni ile uğramış olduğu zararı karşılamalıdır<sup>145</sup>.(BK m.29 /II)

Alacaklı esas borçlunun yakınlarından birini, esas borçlu hakkında dava açacağını, icra takibi yapacağını veya esas borçlu hakkında ceza takibi yapılması için ihbar ve şikayette bulunacağını söyleyerek kefil olmasını sağlamışsa, bu durumlarda ikrah oluşturan bir fiilin gerçekleştiği söylenebilecek midir? Bu sorunun cevabı alacaklının bu gibi durumlarda BK m. 30 f.2'ye göre aşırı bir menfaat elde edip etmediğine göre değişecektir<sup>146</sup>.

Beck'e göre<sup>147</sup>, bu gibi durumlarda alacaklının davranışı hukuka aykırı ise alacaklı aşırı bir menfaat elde etmiş sayılacak ve ikrah oluşmuş olacaktır. Alacaklının borçlusuna karşı dava açacağını veya icra takibi yapacağını söylemesi hukuka aykırı

---

<sup>145</sup> Özen s.161-162.

<sup>146</sup> Özen s. 162.

<sup>147</sup> Beck Art . 492, N. 67. (Nakleden Özen s. 162 dip not 436).

bir davranış olarak nitelendirilemez. Dava açmak veya icra takibinde bulunmak, o alacağı elde etmek için kullanılan yegâne hukuki araçlardır. Bu durumda esas borçlu hakkında kefil olunmadığı takdirde esas borçlu hakkında dava açılacağını veya icra takibinde bulunulacağını söylemek ikrah oluşturmaz. Ancak alacaklının bir borçlusuna kefil olmadığı takdirde bir başka borçlusu hakkında dava açacağını ya da icra takibinde bulunacağını söylemesi durumunda, hakkında dava açacağını veya icra takibinde bulunacağını söylediği borçlusunun yakınıni, bu yolla diğer borçlusu için kefil olmaya ikna eden alacaklının bu davranışı “hukuka uygun” değildir. Bu şekilde alacaklı dava açma ve icra takibinde bulunma yetkilerini, amacı dışında kullanmış ve hukuka aykırı bir tehdit unsuru haline getirmiş bulunmaktadır.

Bu konuda Reisoğlu, alacaklının, kendisine esas borçlunun muhtelif borçları bulunması durumunda, esas borçlunun yakınlarından birine esas borçlunun yeni borcu için kefil olunmaz ise önceki vadesi gelmiş borcu için icra takibinde bulunacağını belirtmesi halinde de tehdit unsurunun gerçekleşmiş olacağını belirtmektedir. Yazar, her alacağın bağımsız olarak düşünülmesi durumunda ikrah halinin mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini sadece kefil olunması istenen alacak için bu hakkın kullanılacağını belirtmesi durumunda ikrah unsurunun meydana gelmeyeceğini belirtmektedir<sup>148</sup>.

Alacaklının esas borçlunun bir yakınıni, esas borçlu hakkında ceza takibi için ihbar veya şikâyette bulunacağını belirterek kefil olmaya zorlaması ise ikrah sayılacaktır. Bir suçu ihbar etmek veya takibi şikayete bağlı bir suçta şikayette bulunmak gerçi kanuni bir yetkinin kullanılması niteliğindedir. Ancak bu yetki kamusal çıkarların gerçekleşmesi için tanınmış bir yetkidir. Bu yetkinin şahsi çıkar sağlamak için kullanılması, yetkinin tanınmasındaki amaca aykırı düşecektir<sup>149</sup>.

İkrah niteliğindeki bir davranışın varlığı kefalet sözleşmesinin iptali için yeterli olmayıp, ayrıca bu davranış ile yapılan kefalet sözleşmesi arasında “uygun

---

<sup>148</sup> Reisoğlu s. 39.

<sup>149</sup> Reisoğlu s.39 ;Özen s.163; Tandoğan s. 739.

nedensellik bağı” bulunması gerekmektedir<sup>150</sup>. BK m. 31’e göre Kefil, korkunun etkisinin geçmesinden itibaren bir yıl içinde kefalet sözleşmesi ile bağılı olmadığını alacaklıya karşı ileri sürebilir.

#### **e. Kefalet Sözleşmesinde Gerekli Şekil Şartlarına Uyulmaması nedeniyle sözleşmenin Geçersiz Olduğu İtirazı**

Borçlar Kanunu 484. madde “ Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mes’ul olacağı muayyen bir miktar iraesine mütevakıftır” şeklindedir. Maddeye göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği, adî yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olacağı tutarın gösterilmiş olmasına bağılıdır.

Şekil şartının sıhhat şartı olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmesinin sebebi, tamamıyla kefilin koruması, onun üstlendiği yükümlülüğün mahiyetini kavrayıp, düşüncesizce ağır yükümlülükler altına girmesini önlemektir. Kefalet sözleşmesinde kefil özellikle korunması gereken taraftır. Kefalet sözleşmesinin kural olarak ivazsız oluşu da tek taraflı borç altına giren kefilin korunması gerekliliğini daha çok ortaya koyar<sup>151</sup>. Karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve nasıl olsa asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle üstlendiği tehlikenin önemini çoğu zaman yeterli olarak fark etmeyen kefilin daha iyi düşünmeye sevk etmek ve yüklendiği tehlikenin kapsamı konusunda onu uyarmak amacıyla kanunda bu düzenleme yer almıştır. Kefilin korunması, kefalet sözleşmesinin şekil şartına bağılı tutulması ile bir ölçüde sağlanmış olur. Bu şekilde kefil, üstleneceği yükümlülüğün mahiyetini, ağırlığını dikkate alarak kefalet sözleşmesini kuracaktır<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Özen 163.

<sup>151</sup> Grassinger s.83-84.

<sup>152</sup> Becker, Herman (Çev. Dura, Suat): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184- 551, Ankara 1993, s. 1047; Tandoğan, s. 740; Yavuz, s. 501; Reisoğlu, Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları s. 373; Reisoğlu, s. 43; Grassinger s.83-84.

Alman Medeni Kanunu m. 766 göre ise, kefilin ifası, şekil eksikliği yüzünden geçersiz kefalet sözleşmesini geçerli hale getirir. İsviçre hukukunda böyle bir hüküm olmamakla birlikte doktrinde bir görüş, Alman Kanunundaki çözümün isabetli olduğunu, bu sonucun kefalet sözleşmesinin kefilin koruma düşüncesiyle daha iyi bağdaşacağını belirterek, şekle aykırılık halinde kefilin ihtiyarı ile ifasının geçersizlik sebebini ortadan kaldıracığını, kefilin ifasını haksız iktisapla geri alamayacağını kabul ederler<sup>153</sup>. Bu görüş, şekil şartının geçerlilik şartı olması sebebiyle kabul edilemeyeceği gibi kanunda bu yönde açıkça bir düzenleme olmadan da benimsenemez<sup>154</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısında kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin ağırlaştırıcı hükümler getirilmiştir. Tasarının 583. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmedikçe geçerli olmaz. Ancak, kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır”. Düzenleme ile amaçlanan kefalet kurumunun özellikle bankalar tarafından kötüye kullanılmasını engellemektir. Kefalet sözleşmesinin şekil şartlarını ağırlaştıran ve kefalet limitinin, tarihinin ve müteselsillik olgusunun bizzat kefilin el yazısı ile yazılmasını arayan düzenleme, *Kuntalp ve Barlas*’a göre, yeni ve isabetli bir düzenlemedir<sup>155</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısı 583. maddesinin ikinci fıkrası “Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin

---

<sup>153</sup> Becker Art. 493 N.7; Honsell OR 287; Reichel zum Bürgschaftsrecht VI, die Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung OR 493, SJZ 20,178; Schulthess 64; v. Tuhr SJZ, 19,225. (Nakleden Grasinger s.84 dip not 134).

<sup>154</sup> Frey 45-46; Tobler 10 (Nakleden Grasinger s.84 dip not .135).

<sup>155</sup> Erden Kuntalp / Nami Barlas, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 267

sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.” şeklinde<sup>244</sup>. Kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla yapılmasının herhangi bir sakıncası yoktur. BK md. 388/ III’de özel yetki gerektiren haller arasında yer olmadığından temsilci, ayrıca bir düzenleme gerekmeden kefalet sözleşmesi yapabilmektedir. Tasarıda ise, kendi adına kefil olunabilmesi için özel yetki gerektiği yönünde yeni bir düzenlemeye yapıldığı görülmektedir<sup>156</sup>.

Asıl borçluya karşı rücu imkânını kullanamayan ve geçerli olmayan kefalet sözleşmesinden dolayı borçlu olduğu inancında olan kefil yapmış olduğu ödemeyi alacaklıdan talep edebilir. Kefilin bu talebi kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmalıdır<sup>157</sup>. Kefil eğer icra hükümleri gereğince ödemedede bulunmuşsa bu durumda da İİK m. 72 /A/II –VIII hükümlerine göre iade davası açabilecektir<sup>158</sup>.

Yazılı şekil şartının kapsamına kefalet sözleşmesinin esaslı unsurları dahildir. Bu sebeple kefilin kefil olma iradesinin, tekeffül edilmiş asıl borcun, alacaklı ve borçlu sıfatlarının, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarla kefilin sorumluluğunu genişleten kayıtların yazılı şekil şartına uygun olarak kefalet senedinde yer almaları gereklidir<sup>159</sup>.

Kefilin kefalet altına girmiş olduğu asıl borcun belirli olması gerekir. Kefilin borçlunun herhangi bir borcu için kefalet altına girmesi, asıl borç belirlenmiş olmayacağı için geçerli olmayacaktır. Yine alacaklı ile asıl borçlu arasındaki her türlü ilişkiden doğan borcun kefalet altına alınması da geçerli olmayacaktır. Ancak sınırları belli olmak kaydıyla devamlı ve değişik içerikli birden ziyade yükümlülüğü içeren borç ilişkisinin geçerli olarak kefalet altına alınması mümkündür. Örneğin kredi borcu veya cari hesap borcuna kefalette belli süre içinde çeşitli zamanlarda ve değişik miktarlarda doğacak borçlara kefalet geçerlidir. Bu tür kefalet sözleşmelerinde özellikle bankaların kefaletle

---

<sup>156</sup> Kuntalp/ Barlas, s. 434.

<sup>157</sup> Hasan Ayrancı, Şekil şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları AÜHFD cilt 53-sayı 02 yıl 2004 s.107.

<sup>158</sup> Grassinger s.84.

<sup>159</sup> Grassinger s.86; Tandoğan 747; Yavuz 384.



ilgili sözleşmelerinde "kefilin alacaklı bankanın asıl borçluya karşı doğmuş ve doğacak bütün alacaklarını tekeffül edeceği" belirtilir. Bu halde kefil, kefalet senedinde yer alan limit dahilinde, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki sürekli borç ilişkisi tamamen sona erinceye kadar zaman içerisinde doğacak borçlardan sorumlu olacaktır<sup>160</sup>.

Kefilin kefil olma iradesinin de kefalet senedinde açıkça yer alması gereklidir. Kullanılan kelimeler ne olursa olsun fer'i olarak borç altına girme iradesinin tespiti yeterlidir. Bu nedenle metinde "kefil" ya da "kefalet" terimlerinin kullanılmış olmasının, kefaletname başlığı altında sözleşmenin düzenlenmiş olmasının önemi yoktur. Önemli olan yükümlülük altına girenin kefalet sözleşmesinin mahiyetine uygun olarak asıl borçlunun borcunu ifa edememesi halinde fer'i surette sorumlu olacağını belirtilmiş olmasıdır<sup>161</sup>.

Kefilin kefil olma iradesinin bizzat kefalet senedinde yer alması gerektiğinden kefalet senedi dışındaki belgelerden bu iradenin çıkarılması BK. m. 483 anlamında şekil şartı yerine getirilmemiş olduğundan geçerli olmaz<sup>162</sup>.

Kefilin iradesini açıklamadan sadece asıl borçlunun imzasının yanına imzasını atması durumunda kefalet iradesi belirtilmiş olmayacaktır. Bu durumda borçlunun imzasının yanında başka bir imza varsa, açıkça kefalet altına girme niyeti anlaşılmadıkça, imzalayanın birlikte borç üstlenmeyi kabul ettiği karine olarak kabul edilecektir. Birlikte borç üstlenen kişi diğer borçluya göre fer'i bir yükümlülük altında değildir. Bütün borçlular asli borçlu durumundadır. Fakat bu karinenin aksi ispat edilebilir. Gerçekte kefil olma niyeti ile asıl borçlunun yanına imza atılmışsa, müteselsil borçlu olma iradesi bulunmadığından, müteselsil borçluluk kabul edilmeyecektir. Kefil olma iradesi ise, gerekli şekil şartına uygun olarak beyan olunmadığından geçersiz olacaktır<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Reisoğlu s.12; Grassinger s.87.

<sup>161</sup> Reisoğlu s.47 Grassinger s.88; Reisoğlu s.47.

<sup>162</sup> Grassinger s.88.

<sup>163</sup> Grassinger s.89 .

Kefalet senedinde asıl borcun tutarının belirtilmiş olup olmamasının asıl borcun ferdileşmesi yönünde önemli olup olmadığına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler vardır. Değişik İBK m. 493/I'e göre kefilin sorumlu olacağı miktarın esasen senet metninde sayı ile gösterilmesi gerekeceğinden, bu konuda İsviçre doktrininde hakim görüş asıl borcun miktarının kefalet senedinde yer almasının pek fazla önemli olmayacağını belirtir<sup>164</sup>. Bu konuda doktrinde Reisoğlu kefalet taahhüdünün en üst haddinin rakamla kefalet senedinde yer alması halinde asıl borç miktarının kefalet senedinde gösterilmesine gerek olmadığını belirtmektedir<sup>165</sup>. Bu konuda Tandoğan ise, asıl borç miktarının gösterilmesi borcun ferdileştirilmesi bakımından gerekli ise ve asıl borcun kefilin sorumlu tutulduğu zamandaki tutarı kefalet senedindeki en yüksek sorumluluk tutarının altındaysa sorumluluk kapsamının tayini açısından belirtilmiş olmasını gerekli görür. Ancak tutarın mutlaka rakamla gösterilmesi gerekmez, yorum yoluyla anlaşılacak şekilde ya da asıl borç senedine atıfla gösterilebilir<sup>166</sup>.

Kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun şahsı kefilin üstlendiği riskin belirlenmesi açısından kefil için çok önemli olduğundan onun kimliğinin kefalet senedinde açıkça yer alması gereklidir. Ancak alacaklının kefalet senedinde gösterilmesi zorunlu değildir. Kefalet sözleşmesi şüphesiz tarafların iradelerinin birleşmesi ile meydana gelir. Ancak burada alacaklının kabulü çok defa zımnidir. Bu açıdan kefil açısından aynı derecede önemi olmayan alacaklının şahsının belirlenebilir olması yeterlidir. Bu kuralın istisnası, alacaklının henüz belli olmadığı örneğin gayrimenkul rehin senedini gelecekte iktisap edecek olan kişiye veya ipotekli borç senedinin gelecekteki hamillerine verilen kefaletin teminat altına aldığı borçlardır. Söz konusu durumlarda alacaklının şahsının kefalet senedinde yer alması gerekmez<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Beck Art. 493 N.9; Honsell/Vogt/Wiegand OR Pestalozzi Art. 493 N.17; Schönenberger Art. 493 N.24.(Nakleden Grassinger s.87, dip not 145).

<sup>165</sup> Reisoğlu s.52.

<sup>166</sup> Tandoğan s. 753.

<sup>167</sup> Reisoğlu s.51-52 Grassinger 88.

BK m. 12 ve m. 484’de belirtildiği üzere, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra yapılacak değişikliklerin kefalet sözleşmesinin tâbi olduğu şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Burada asıl amaç, kefilin korumak olduğundan, kefilin sorumluluğunu artıran ek anlaşmaların BK md. 12 gereğince yazılı şekilde yapılması şarttır. Diğer taraftan kefilin sorumluluğunu azaltıcı değişikliklerde ise; kefalet sözleşmesi bakımından kabul edilen geçerlilik şeklinin kefilin çıkarlarına hizmet eden, tek taraflı bir şekil olmasından dolayı şekle bağlı olarak yapılması gerekmez. Kefilin sorumluluk sınırının azaltılması, başlangıçta şarta ya da vadeye bağlı olmayan yükümlülüğün, sonradan şarta veya vadeye bağlanması, müteselsil kefaletin adi kefaletle dönüştürülmesi kefilin yükümlülüğünü hafifleten değişikliklere örnek olabilir<sup>168</sup>. Bu konuda *Bilge ve Olgaç* ise; Türk Borçlar Kanununda, bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmadığından kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yaparak kefilin sorumluluğunu hafifleten sözleşmelerin dahi yazılı şekilde yapılması gerektiği görüşündedirler<sup>169</sup>.

Kefalet sözleşmesinin şekil şartına uyulmadan yapılması halinde BK m.11/II’ ye göre yapılan sözleşme geçersiz olacaktır. Bu geçersizlikten kural olarak “ butlan ( Kesin hükümsüzlük)” yaptırımını anlamak gerekir<sup>170</sup>. Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz bir işlem başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. İBK md. 11/ II’ ye göre de ; sözleşme mutlak surette hükümsüz olacaktır<sup>171</sup>.Bu nedenle alacaklının şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin yerine getirilmesini veya şekle uygun bir sözleşme yapılmasını talep etme hakkı yoktur. Taraflardan biri şekil eksikliğini ileri sürmese dahi hâkimin, kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığını tespit etmek için şekil şartına uyulup uyulmadığını resen araştırması gerekecektir

Sözleşmede şekil şartlarına uygun olarak yer alması gereken kayıtların hepsi değil de, bir bölümünün şekil şartlarına uygun olmaması durumunda, örneğin kefalet senedinde müteselsil kefalet ifadesinin yer almaması veya kefilin sorumlu tutulacağı miktarın bir

---

<sup>168</sup> Özen s. 178

<sup>169</sup> Bilge, s. 372; Olgaç, s. 17

<sup>170</sup> Oğuzman-Öz s.127, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 102.

<sup>171</sup> BGE 42 II 152 (Nakleden Reisoğlu, s. 44).

kısının belirtilmiş olması gibi, durumlarda, kısmi butlana ilişkin BK m. 20/ II gereği, kural olarak sözleşmenin tümü değil, sadece şekil şartına uymayan kayıtlar hükümsüz sayılacaktır. Ancak bu kayıtlar olmaksızın kefalet sözleşmesi kurulamaması durumunda, sözleşmenin tümü geçersiz sayılacaktır<sup>172</sup>.

İsviçre Borçlar Kanunu m. 493/I'e 1942 tarihli değişiklikte getirilen hükümle, kefilin sorumlu olacağı en üst tutarın mutlaka sayı ile kefalet senedinde belirtilmiş olması şart olarak konulmuştur. Bu değişiklik uyarınca matematiksel hesaplama ile sorumluluk tutarının tespiti geçerli olmayacağı gibi asıl borcun belli yüzdesinin belirtilmesi de yeterli olmayacaktır. Kefalet senedinde asıl borç senedine atıf suretiyle bu tutarın tespiti mümkün değildir<sup>173</sup>.

İBK. m. 493 ve m. 499/I'e göre, kefalet senedinde belirtilen tutar kefilin sorumlu olacağı en üst tutar olup, faiz ve diğer masraflardan sorumluluk bu tutarın içinde kabul edilecektir<sup>174</sup>.

## **2. Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermiş Olduğu İtirazı**

### **a. Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi**

#### **aa. Kefalet Sözleşmesinin Kefilin Borcun Nakline İzin Vermemesi Nedeniyle Sona Ermesi**

Kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun şahsı ve ödeme imkânı kefilin kefalet sözleşmesini kurması bakımından belirleyici unsurdur. Bu nedenle kefalet senedinde asıl borçlunun şahsının belli olması gereklidir. Uygulamada kefalet sözleşmelerinde bazen

---

<sup>172</sup> Tandoğan, s. 742; Becker Herman (Çev. Dura Suat), s 1051; Oser/ Schönerberger (Çev. Sungurbey İsmet), s. 142; Reisoğlu, s. 45; Grassinger, s. 84-85.

<sup>173</sup> Grassinger s. 90 .

<sup>174</sup> Beck Art. 493 N.25 ve 27; Giovanoli Art. 493 N.23; Guhl 46-47; Gut 7 vd.; Honsell/Vogt/VViegand OR Pestalozzi Art. 493 N.23; Schönerberger Art. 493 N.36-37( Nakleden Grassinger s.91, dip not 167).

alacaklıya “istediği takdirde borcun nakli suretiyle yeni borçlu kabul edebileceği, borçlunun değişmesine şimdiden muvafakat edildiği” şeklinde kayıtlar konulduğu veya asıl borçlunun şahsı belirlenemeyecek biçimde ifadelere yer verildiği gözlenmektedir. Bu tür kefaletler geçersiz olacaktır. Burada kefalet sözleşmesinin müteselsil ya da adi kefalet olması arasında fark yoktur. Müteselsil kefalette her ne kadar kefil, asıl borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi beklenilmeden takip edilecekse de onun asıl borçluya rücuunda asıl borçlunun şahsı ve buna bağlı olarak ödeme imkânı önemli rol oynayacaktır<sup>175</sup>.

Kefaletle konu borç ilişkisine yeni bir borçlunun katılması, diğer bir deyişle başlangıçtaki borçlu ile birlikte bir başkasının da borç üstlenmesi durumunda ise, kefilin onayına bağlı bir işlem söz konusu olmaz. Çünkü bu hukuki değişiklik kefilin sorumluluğunda artış yaratacak bir işlem değildir. Kefil yine alacaklıya karşı eskisi gibi sorumlu olmakta devam edecektir. Çoğu zaman bu durum kefilin lehine bir durum doğurur<sup>176</sup>.

İpotekle yükümlü olan asıl borçluya ait gayrimenkulün İİK. m. 125 uyarınca üçüncü şahsa satılması halinde, kefil, kanunen borcu üstlenmiş olacak gayrimenkulün yeni alıcısı için sorumlu olmaya devam edecektir. Alacaklının da ihtiyarı dışında gerçekleşen mülkiyetin naklinde kefil, rızası olsun olmasın yeni borçlu için sorumlu olacaktır. Kefalet sözleşmesinin teminat amacı burada da kefilin rızasına bakılmaksızın sorumlu olması sonucunu doğuracaktır<sup>177</sup>.

BK m.179/II gereği bir işletmenin ya da mal varlığının devredilmesi veya BK m. 180 gereği bir işletmenin diğer bir işletme ile birleştirilmesi, işletmenin türünün değiştirilmesi halinde BK. m. 179 gereği ilk borçlu (devreden), yeni borçlu ile birlikte iki yıl süre ile müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Bu nedenle kefil bu süre içinde yine sorumlu kalacaktır. Sürenin sona ermesi ile devreden ve kefil borçtan kurtulacaktır. Ancak

---

<sup>175</sup>Reisoğlu s.246; Grassinger s.123–124.

<sup>176</sup> Tandoğan s.797; Grassinger s. 124.

<sup>177</sup> Grassinger s.124.

kefil borcun naklini onaylamışsa devralan için sorumlu olmaya devam edecektir<sup>178</sup>. BK. m.180 gereği asıl borçlu şirketin birleştirilmesi veya türünün değiştirilmesi durumunda ise, bu değişikliğe onay vermemiş kefil, sadece eski şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesine kadar kefalet borcu ile sorumlu olacaktır<sup>179</sup>.

Kefalet sözleşmesi ile kefilin borç altına girmesinde en önemli unsur asıl borçlunun şahsı ve ödeme gücüdür. Kefil, asıl borçlu ile arasındaki münasebet veya ona karşı güven duygusu dolayısıyla kefil olmayı kabul etmiştir. Bu nedenle borcun nakli suretiyle yeni bir kişinin borçlu olarak ortaya çıkması halinde kefilin hiç tanımadığı, belki de yükümlülük altına girmek istemeyeceği biri için kefalet borcunun devam etmesini kabul etmek adil olmayacaktır. Bu nedenden dolayı kanun koyucu BK. m. 176/II' de borcun nakli halinde kefilin yeni borçlu için sorumluluğunun devamını onun rızasına bağlı tutmuştur<sup>180</sup>.

Kefil nakline rıza göstermediği borç için takibe uğrarsa bu durumda kefalet sözleşmesinin sona erdiğini itiraz olarak ileri sürebilecektir.

Kefilin rızasının hangi şekilde olacağı kanunda belirtilmemiştir. Bu konuda doktrinde bir görüş rıza beyanının geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığını, rızanın zımnen dahi verilebileceğini belirtmektedir. Diğer bir görüş de kefilin sorumluluğunu arttırabilecek bu hukuki işleme verilecek rızanın kefilin korumak düşüncesi ile yazılı şekilde olması gerektiğini belirtmektedir<sup>181</sup>.

Borcun naklinde kefilin ödeme gücünü bilmediği, kendisine bu anlamda yabancı olan biri için kefalet altına girmesi, sorumluluğunda muhtemel bir artışı da kabul etmiş olması manasına geldiğinden yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirten

---

<sup>178</sup> Grassinger 125.

<sup>179</sup> Reisoğlu 248; Grassinger s. 126.

<sup>180</sup> Grassinger s.121.

<sup>181</sup> Grassinger s.122.

görüŖ isabetlidir. Alacaklı ile asıl borçlu arasında kefilin sorumluluğunda artış meydana getirecek anlaşmaların yazılı Ŗekil Ŗartına bağı olarak yapılması gerekmektedir<sup>182</sup>.

Kefil, rızasını borcun naklinden önce veya en geç nakil işleminde bildirmelidir. Kefil rızasını alacaklıya, eski borçluya veya borcu nakil alacak yeni borçluya bildirebilir. Borcun naklinden sonra verilecek onay, artık kefalet sözleşmesi sona ermiş olduğundan borcun nakline icazet olarak sonuç doğurmayacaktır. Zira sona ermiş kefaleti yasal Ŗekle uyarak yeni bir kefalet senedi düzenlenmeden diriltme imkanı yoktur. Bu sebeple doktrinde ileri sürülen ve borcun naklinden sonra da onayın verileceğı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir<sup>183</sup>.

#### **bb. Alacaklının Kefilin Ödeme Talebini Haklı Sebep Bulunmaksızın Kabul Etmemesi Durumunda Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Kefil BK m. 501. f.1 uyarınca, kefalet ile teminat altına alınmış borç muaccel olur ve kefil ödeme teklifinde bulunur fakat alacaklı bu ödeme teklifini haksız olarak kabul etmez ise, kefilin sorumluluğı sona erer<sup>184</sup>.

Buna göre, alacaklının, kefilin ifasını haklı sebep olmaksızın reddetmesi halinde, kefil, kefalet borcunun sona erdiği itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Alacaklının temerrüdü halinde Borçlar Kanunu genel hükümlere göre (BK m. 90–91) borçlu ancak borcu olan edimi bir tevdi mahalline usulüne göre tevdi ile

---

<sup>182</sup> Grassinger s.122.

<sup>183</sup> Grassinger s.123.

<sup>184</sup> Aral s.460;Reisoğlu s.187; Bilge s. 387; Olgaç s.47.

borcundan kurtulacak iken; kefalet sözleşmesinde kanun koyucu tevdi şartını kaldırarak kefalet borcunun sona ereceğini kabul etmiştir<sup>185</sup>.

Böylece alacaklının ifayı reddederek geçireceği süre boyunca borçlunun ödeme gücünün zayıflamasının kefilin rücu imkânını olumsuz etkilemesi de önlenmiş olmaktadır. Zira, sadece ifa teklifinin karşılıksız kalması ile borcundan kurtulan kefilin borçluya rücu etmesi söz konusu olmayacaktır.

Asıl borç muaccel olduktan sonra kefalet borcu henüz muaccel olmamış olsa dahi kefil, her zaman alacaklıya kefalet borcunu ifa edebilecektir. Asıl borcun İİK. m. 195 gereği asıl borçlunun iflası sebebiyle veya İİK. m. 257 uyarınca borçlunun mallarına ihtiyati haciz konulması sebebiyle sözleşme ile kararlaştırılmış vadeden önce muacceliyet kazanması BK m. 501 açısından yeterlidir. Önemli olan asıl borcun alacaklı tarafından takip edilebilir olma anının gelmiş olmasıdır<sup>186</sup>. BKT m. 593 f.1’de borcun iflas sebebi ile muaccel olma hususu ayrıca açık bir şekilde belirtilmiştir.

Asıl borç muaccel olmasa bile kefil alacaklının rızasının olduğu durumlarda borcunu ifa edebilir<sup>187</sup>. Ancak bu durumda rücu hakkını kullanabilmesi için asıl borcun muacceliyet tarihini beklemesi gerekmektedir. Bu konuda İBK. m. 504/III’ de asıl borcun muacceliyet tarihinden evvel de, alacaklının ifayı kabule hazır olduğu durumlarda kefilin ifada bulunabileceği açıkça belirtmiştir<sup>188</sup>. BKT m. 593 f.3’de alacaklının rızası olduğu durumlarda kefilin borcunu ifa edebileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu metin“Alacaklının rızası varsa kefil, asıl borcu muaccel olmasından önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.”şeklindedir.

---

<sup>185</sup> Bilge s.387; Reisoğlu s. 248.

<sup>186</sup> Reisoğlu 188; Grassinger s.140.

<sup>187</sup> Reisoğlu s.188.

<sup>188</sup> Grassinger. s.141.



Maddenin uygulanması için aranan diğer bir şart da kefilin ifa talebinin alacaklı tarafından haksız olarak reddolunmasıdır. BK. m. 501'de bu şart açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, genel hüküm niteliğindeki BK. m. 90'da alacaklı temerrüdü için aranan şartın burada da uygulanması gerekir. Bu konuda İBK. m. 504'e eklenen ikinci fıkrada alacaklının ifayı haklı sebep olmaksızın reddetmesi şartı açıkça belirtilmiştir<sup>189</sup>. BKT m. 593 f.2'de bu husus açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu metin “Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.” şeklindedir.

Kefil, alacaklıya borcun bir kısmını ödemeyi teklif ederse BK. m. 68 gereğince alacaklı ödemeyi kabul etmeyebilir. Asıl borçlunun borcun bir kısmından sorumlu olması, kefilin borcun bir kısmına kefil olması veya borcun diğer kısmının ihtilafı olması hallerinde ise, alacaklının ifayı reddi üzerine kefil borcundan kurtulur<sup>190</sup>. Fakat Alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğü olmadığı sürece kefil, kısmi ifa teklifinin reddedildiği gerekçesi ile kefalet yükümlülüğünden kurtulamayacaktır<sup>191</sup>.

İBK m. 504 f.1'e göre bir alacağa birden fazla kişinin kefil olması durumunda alacaklı kefillerden birinin en aşağı kendi hissesi oranında ödeme yapma teklifini kabul etmelidir. Alacaklı yapılan teklifi kabul etmez ise teklifi yapan kefil borcundan kurtulur. Diğer kefillerin de borcu bu oranda azalır<sup>192</sup>. Bu konuda bu düzenlemeye paralel olarak BKT m. 593 f. 1 c. 2' de “Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmî ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.” denmiştir.

---

<sup>189</sup> Reisoğlu s.187; Grassinger s. 142.

<sup>190</sup> Reisoğlu s.188.

<sup>191</sup> Grassinger s. 142.

<sup>192</sup> Reisoğlu s.189.

## **cc. Alacaklının Teminat Vasıtalarını Kefile Tevdi Yükümlülüğüne Aykırı Davranması Nedeniyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Alacaklı kefalet altına alınmış borç için verilen teminatları kefilin zararına olarak elden çıkarması veya azaltması durumunda kefile karşı sorumlu olur. Buna ilişkin olarak BK m. 500 f.1 “Alacaklı kefaletten dolayı tahakkuk eden borcun temini için kefelatin akdi esnasında tesis yahut sonradan istihsal olunan teminatı kefilin zararına olarak tenkis eder veya elinde bulunan delaili elden çıkarırsa kefile karşı mes'ul olur” şeklinde olup, verilen teminatların azalması veya elden çıkması durumunda alacaklının sorumlu olacağı düzenlenmiştir<sup>193</sup>.

BK. m. 501 alacaklıya ifa suretiyle kendisine halef olan kefile karşı elinde bulunan her türlü teminatı tevdi etmek külfetini yüklemiştir. Alacaklının BK. m. 500'de belirtilen yükümlülüğüne uymaması ve elinde bulunan teminatları kefilin zararına olarak elden çıkartması ya da değerlerini azaltması halinde kefile defî hakkı tanınmış iken; BK. m.501'de bu teminatları tevdi külfetini yerine getirmemesi halinde kefalet alacağını kaybedeceği belirtilmiştir. Bu takdirde kefil, alacaklıya karşı kefalet borcundan kurtulduğu itirazında bulunacaktır<sup>194</sup>.

BK 500. m. ve 501. maddede "teminatlardan" söz edilmektedir. Ancak bu iki maddenin amacının kefilin asıl borçluya karşı olan rücu hakkını korumak olduğu dikkate aldığımızda sadece teminatlardan söz etmenin yetersiz olduğu anlaşılacaktır. BK m 496 gereği alacaklının halefi olarak teminatlar dışında diğer ispat vasıtalarının da kefile tevdi edilmesi gerekmektedir. Rücu alacağı için borçluyu kefil takip edeceğinden, asıl borcun varlığının ispatına yarayacak belgelerin, asıl borçla ilgili makbuzların ve diğer bilgilerin kefile tevdi gereklidir<sup>195</sup>. Bu konuda; Olgaç<sup>196</sup>, BK. m. 501'de sadece teminattan söz

---

<sup>193</sup> Reisoğlu s.201; Grassinger s.143 .

<sup>194</sup> Grassinger 143.

<sup>195</sup> Tandoğan s. 484–785; Grassinger s.144.

edildiğini bu sebeple asıl borca ait senetlerin kefile tevdi bakımından BK. m. 501 uygulama alanı bulmayacağını belirtir. Alacaklının borca ait senetleri vermemesinin yalnız BK m. 499 uyarınca kefilin, bu yüzden uğrayacağı zarar ve ziyanı tazmin etmesini gerektireceğini belirtmektedir.

BK. m. 501/c.2’de alacaklının mı öncelikle tevdi edeceği, yoksa kefilin mi ödemedede bulunacağı belirtilmemiştir. Bu konuda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüşe göre kefil ve alacaklı aynı anda ifade bulunmalıdır. Bu görüşe göre her ne kadar kefalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasa ve BK m. 81 uygulanmasa dahi hakkaniyet gerektirdiği için alacaklı teminat ve ispat vasıtalarını nakil edinceye kadar kefile ifadan kaçınma hakkı tanınmalıdır<sup>197</sup>.

Doktrindeki diğer bir görüş, kefilin kanundan ötürü teminat ve ispat vasıtalarına sahip olduğunu, bu sebeple onun öncelikle ifasının gerektiğini, ödemededen önce teminatların kefile devrinin kefaletin niteliğine uygun düşmeyeceğini, ödemededen önce teminatların kefile devri halinde alacaklı henüz tatmin edilmediği halde gerektiğinde başvurabileceği teminatlardan mahrum kalacağını belirtir. Ayrıca BK m. 501 f.2’nin teminatlar devredilmez ise kefilin borçtan kurtulacağı ve yaptığı ödemeyi geri isteyebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>198</sup>.

Alacaklı tarafından BK m. 501 gereğince kefile devredilecek teminatlar, BK. m. 500 f.1’de belirtilmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce asıl borç için verilmiş olan teminatlar ile kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilmiş teminatlar madde kapsamında sayılmıştır. Maddeden çıkartılan anlama göre kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından verilen teminatlar üzerinde kefil hak iddia edebilecektir. Bu konuda bir görüşe göre kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra

---

<sup>196</sup> Olgaç s. 47

<sup>197</sup>Beck Art. 503 N.44 ve N.63; Becker Art. 510 N.4; Biasio 79; Giovanoli Art.503 N.34; Honsell/VogtAA’iegand OR Pestalozzi Art.503 N.44; Schönerberger Art. 503 N.35; Scyboz 411; Stauffer 116a (Nakleden Grassinger s.145, dip not 399); Tandoğan s. 785.

<sup>198</sup> Tobler s.114 (Nakleden Reisoğlu s. 199-200 dip not. 93) .

alacaklı tarafından üçüncü kişilerden alınan teminatlardan kefilin yaralanması hakkaniyete uygun değildir. Kefil kefalet sözleşmesi kurulurken mevcut teminatlara göre kefalet borcu altına girmiştir ve bu nedenle sonradan üçüncü kişiler tarafından verilen teminatlardan kefilin yararlandırılmasının haklı bir sebebi yoktur. Bu nedenle BK m. 500'de ifade olunan "...sonradan istihsal olunan teminatı..." ifadesini, "sonradan asıl borçlu tarafından verilmiş olan teminat" şeklinde anlamak gereklidir<sup>199</sup>.

Bu konuda Tandoğan, kanun boşluğunun kabul edilip, hâkimin boşluğu kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki sisteme uygun olarak doldurması gerektiğini kabul eder<sup>200</sup>. Bu konuda Borçlar Kanununun Tasarısı m. 592 isabetli bir biçimde "Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını..." ifadesine yer vermiş olup, bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanununa paraleldir.

Kefilin kısmi ifada bulunduğu durumlarda alacaklının\_elindeki teminatları ve ispat vasıtalarını kefile devri konusunda BK m. 501'de herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak BK m. 496'da kefilin borcunu ifa ettiği oranda alacaklının haklarına halef olacağı kabul edilmiştir. Bu konuda bir görüş<sup>201</sup>; alacaklıya alacağın tahsili hakkında rüçhan hakkı tanınması gerektiğini belirtir. Bu görüş; kefilin halefiyetinin alacaklının zararına olamayacağı, kısmi ödeme halinde kefil ile alacaklının aynı duruma getirilmesinin hakkaniyete aykırı olacağını belirtmektedir. Bu görüşün birlikte borçlulardan birinin iflası halinde, diğer birlikte kefilin kısmi ödemesi durumunda alacaklıya bir rüçhan hakkı tanıyan İİK m. 204<sup>202</sup> hükmünün kıyasen burada da uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

---

<sup>199</sup> Reisoğlu s.192- 193; Grassinger 147.

<sup>200</sup> Tandoğan s.786.

<sup>201</sup> Von Turh Regress s. 108 ,seiler s. 59( Nakleden Reisoğlu s. 193-194, dip not 78).

<sup>202</sup> İİK m.204 "Alacaklı müflisle birlikte borçlu olandan alacağının bir kısmını almış ise müşterek borçlunun müflise rücu hakkı olsun olmasın borcun tamamı masaya kaydolunur.-İflas masasına kaydolunmak hakkı alacaklının ve müşterek borçlunundur.-Alacaklı masaca yapılan taksimde alacağının tamamına düşen hisseden alacağını tamamlayacak kadarını alır; geriye kalan paradan

Bu konuda başka bir görüş ise; kısmi ifa halinde teminatların kısmen intikalinin nitelikleri gereği mümkün olmadığı müddetçe kefile teslim edilmemesi gerektiğini, ancak teminat ve ispat vasıtalarının kısmen devredilmesi mümkün olduğu durumlarda ise; alacaklının devretme yükümlülüğünün bu kısımlar üzerinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtir<sup>203</sup>.

Kefil teminat ve ispat vasıtaları kendisine teslim edilmediği takdirde BK. m. 501/c.2 uyarınca kefalet borcundan kurtulacaktır. Burada kefilin borcundan kurtulabilmesi için alacaklının tevdi yükümlülüğünü haksız olarak yerine getirmemesi gereklidir Aynı maddenin birinci cümlesi ile bağlantılı olarak alacaklının kusurunun olup olmadığına bakılmadan, teviden kaçınmanın haksız olması gerekli ve yeterli olacaktır<sup>204</sup>. Ancak bu konuda BKT m. 592'de<sup>205</sup> alacaklının ağır kusuruyla teminatları devretmemesi durumunda kefilin borcundan kurtulabileceği düzenlenmiştir.

#### **dd. Belirli Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Belirli süreli kefalette tarafların iradesi kefilin belli bir süre için sorumlu olacağı hususunda birleşir<sup>206</sup>. BK m. 493'e göre "Bir kimse mahdut bir zaman için kefil olupta bu zamanın inkızasını takip eden bir ay zarfında alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse yahut takibatına uzun müddet fasıla verirse kefil kefaletten beri olur". Buna göre alacaklının kefalet sözleşmesinin süresinin dolmasından itibaren en geç bir ay içinde alacağını takip etmek için gerekli hukuki

---

müşterek borçluya, rücu hakkı olduğu miktara düşen hisse verilir. Artan para da masaya kalır."

<sup>203</sup> Grassinger 153

<sup>204</sup> Grassinger 153.

<sup>205</sup> BKT m.592 f.4 "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."

<sup>206</sup> Reisoğlu s.231.

yollara başvurmaması veya başlamış olduğu takibine uzun süre ara vermesi durumunda kefil, kefalet sözleşmesinin sona ermiş olduğu itirazını alacaklıya karşı ileri sürecektir.

Borçlar Kanununun genel prensipleri uygulanarak belli süreli kefalet sözleşmesindeki vadenin geçmesi ile birlikte kefaletin son bulması kefaletin özelliği bakımından alacaklının aleyhine olacağından, kanun koyucu kefaletin özelliğini dikkate alarak belli süreli kefalette sürenin bitiminden itibaren alacaklıya bir aylık ek süre tanımayı uygun bulmuştur<sup>207</sup>. Bu bakımdan özellikle kefalet sözleşmesinin süresi ile asıl borcun muacceliyetinin aynı zamana denk gelmesi durumunda söz konusu ek süre sayesinde alacaklı alacağını takip için kefile başvurabilme imkânına sahip olacaktır<sup>208</sup>.

Belirli süreli kefalet sözleşmesinden bahsedebilmek için asıl borcun değil, kefaletin süreli verilmiş olması gerekir. Asıl borç süreli veya süresiz olabilir<sup>209</sup>. Bu bakımdan alacaklının borçluya karşı doğacak hakkının belli bir zamanla sınırlandırılmış olması halinde bu durum belirli süreli kefalet sözleşmesinin varlığı için yeterli olmaz. Örneğin; alacaklı bankanın belli süre içinde asıl borçluya vereceği kredi alacağını teminat altına alınmasında, kefilin sorumluluğunun kapsamı bu dönem ile sınırlandırılmış olur. Ancak bu durum kefalet sözleşmesinin süresinin belirlendiği anlamına gelmez<sup>210</sup>.

Belirli süreli kefalet sözleşmesinde; alacaklı ile kefil, kefalet sözleşmesini açıkça süreye bağlamış olabilecekleri gibi böyle açık bir anlaşma olmaksızın tarafların iradelerinin yorumundan da süreli kefalet sözleşmesinin kurulmuş olduğu sonucuna varılabilir. Kefalet sözleşmesinin belirli süreli olacağı hususundaki anlaşmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Bu durum kefilin koruma ve o'nun maddenin

---

<sup>207</sup> Reisoğlu s.232.

<sup>208</sup> Grassinger s.126.

<sup>209</sup> Reisoğlu s.234.

<sup>210</sup> Grassinger s.127.

sağlamış olduğu imkândan yararlanma şartlarını ağırlaştırmamak düşüncesinden kaynaklanmaktadır<sup>211</sup>.

Kefil, asıl borcun belli bir vadeye kadar ödeneceği veya belli bir vadeye kadar ödeneceği kaydıyla kefalet altına girmişse, yani asıl borç için belirlenmiş olan süre aynı zamanda kefalet sözleşmesi için de bağlayıcı olarsa böyle bir durumda belirli süreli kefalet sözleşmesi mevcut olacaktır<sup>212</sup>.

Kefalet senedinde açık bir biçimde kefaletin süreli verildiği kararlaştırılmamış ve kefil BK m. 493'e göre kefalet borcundan kurtulduğunu iddia ediyorsa bu durumda ispat külfeti kefilde olacaktır<sup>213</sup>.

Madde metninde alacaklının kime karşı takipte bulunması gerektiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Bu durumda adi kefalette önce asıl borçluya karşı, müteselsil kefalette ise ister asıl borçluya, ister müteselsil kefile, isterse her ikisine karşı takipte bulunabilecektir. Asıl borç için rehin verilmiş olması halinde İİK md.45 göre alacaklı öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunacaktır<sup>214</sup>.

Bu maddeye göre alacaklının takibe başlamış sayılması için borcun ödenmesi talebiyle asıl borçluya veya müteselsil kefile ihtarda bulunması, protesto keşide etmesi yeterli olmayıp. İcra-İflas hukuku hükümleri çerçevesinde takipte bulunması, asıl borçlu aleyhine iflasın açılmış olması halinde alacağını iflas masasına kaydettilmesi, İİK. m. 292 uyarınca konkordato görüşmelerine katılması gibi hukuki yollara başvurusu gerekmektedir<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Grassinger s. 129.

<sup>212</sup> Reisoğlu s.235; Grassinger s. 128

<sup>213</sup> Reisoğlu s.236.

<sup>214</sup> Grassinger s.129; Reisoğlu s. 237.

<sup>215</sup> Reisoğlu s.236; Grassinger s.130.

Madde metninde alacaklının başlamış olduğu takibine uzun süre ara vermemesi aranmaktadır. Ancak buradaki "uzun süre" ile ne anlaşılması gerektiği, bu sürenin ne kadar olduğu yönünde bir açıklama yoktur. Maddenin konuluş amacı dikkate alındığında kanun koyucunun, kefilî uzun ve belirsiz süreyle kefalet borcu ile bağlı tutmak istemediği görölmektedir. Bu nedenle alacaklı MK. m. 2 gereği dürüstlük kuralı çerçevesinde basiretli bir tacirin göstereceği dikkat ve özenle alacağını takip etmek durumundadır. Aksi durumda alacaklı kefilin belli süreli kefaletten kurtulduğu iddiası ile karşılaşabilir<sup>216</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesine intikal eden bir olayda “alacaklı, zamanında rehnin paraya çevrilmesi için başvurmuş, fakat o esnada borçluya konkordato mehli verilmiş ve takip durmuştur. Konkordato mehlinden sonra rehnin paraya çevrilme işlemlerine devam etmek icra memurunun görevleri arasında iken, rehin paraya çevrilmemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi burada alacaklıyı, icra memurunu ikaz etmesi hatta şikayette bulunması gerekirken bunu yapmamış olmasından dolayı sorumlu tutmuştur”<sup>217</sup>. Federal mahkeme aynı kararında “uzun müddet” tabirini BK m. 493 ‘ de belirtilen bir ayı (İsviçre’de dört hafta ) gözönünde tutmak suretiyle belirlemeye çalışmıştır<sup>218</sup>.

Alacaklı belirli süreli kefalette kefalet sözleşmesinin süresi dolmadan evvel takibine başlamış ise, kefilî kefalet sözleşmesinin süresinin dolmasından itibaren bir aylık sürenin sonuna kadar takip edebileceği için bu süre ile bağlı olarak takibine ara verebilir<sup>219</sup>.

Kanun koyucu BK m 493’de kefalet süresinin sona ermesi zamanında asıl borcun muaccel olacağı faraziyesine dayanmaktadır. Kefalet sözleşmesinin süresinin bitimi tarihinde asıl borcun muaccel olmaması durumunda ise, alacaklının gerek borçlu gerekse kefilî takip etme imkânı yoktur. Bu durumda alacaklının alacağını kefaletle teminat altına almasının hiçbir anlamı olmayacaktır. Madde metninde açık bir

---

<sup>216</sup> Reisoğlu s.37; Grassinger s. 130.

<sup>217</sup> BGE 64 191 (Nakleden Reisoğlu s. 238, dip not 57).

<sup>218</sup> Reisoğlu s. 238.

<sup>219</sup> Reisoğlu s.237; Grassinger s. 131.



şekilde “kefalet aktinin süresinin dolmasından itibaren bir ay içinde” alacaklının alacağını takip etmemiş olması şartının aranması sebebiyle de başka çözüm kabul etmek mümkün değildir<sup>220</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan 1942 tarihli değişiklik ile birlikte bu gibi hallerde ancak borcun muaccel olduğu tarihten itibaren müddetin işleyebileceği düzenlenmiştir(İBK m. 510 f. V). Bu konuda Bilge; İsviçre’deki düzenlemenin Türk Hukuku bakımından da kabul edilmesinin kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindedir<sup>221-222</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısı mevcut düzenlemeden farklıdır. Madde 600: “Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur” şeklindedir. Tasarıda diğer sözleşmelerde olduğu gibi sürenin sona ermesi ile birlikte kefalet sözleşmesinin de sona ermesi benimsenmiştir. Madde gerekçesinde Kefaletin sürelî yapılması alacaklı ile kefil arasında gerçekleşmiş bir anlaşma sonucu olduğundan bu şekilde sona ermenin kabulünde alacaklının iradesine aykırı bir durum söz konusu olmadığı, kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve kefilin karşı bir edim elde etmeksizin borç altına girdiği, bu nedenle de karşıt iki menfaatten kefilinkinin korunması gerektiği belirtilmiştir. Bu gerekçelerle, tasarıda, mevcut düzenlemede yer alan bir aylık süre benimsenmemiştir<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> Olgaç Kefalet s. 35; Reisoğlu 232–233; Tandoğan 801.

<sup>221</sup> Bilge s. 397.

<sup>222</sup> 12 HD E. 2000/17895 K . 2000/1 18595 t. 28. 11,2000 “ icra takibinin dayanağı olan kira sözleşmesinde borçlu T. Adi kefilidir. Borçlar Kanununun 486/I maddesi gereğince adi kefilin borçtan sorumlu olabilmesi için kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında icra takibi yapıp da alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye’de takip yapılmasının imkansız hale gelmesi gereklidir. Somut olayda borçlu hakkında icra takibi başlatılmış, ödeme emri tebliğ edilmemesi nedeniyle takibe devam edilmemiş, örneğin adres araştırması yapılmamış, ilanen tebligat yoluna gidilmeyerek adı geçen hakkında takibin semeresiz kaldığı belirlenmiştir. Ayrıca Borçlar Kanununun 493. maddesi gereğince kira aktinin sona erdiği 20. 05 1999 tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde takibe başlamadığı için kefil, borçtan kurtulmuştur, o halde itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine kabulü isabetsizdir.” Tüba Mevzuat Bankası, “<http://www.ajanstuba.com.tr>.” (01–12-2008)

<sup>223</sup> <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101–1075.doc>.

## ee. Belirsiz Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

BK. m. 494, belirsiz süreli kefalet sözleşmesinde, alacaklının alacağını takip konusunda ihmalkâr davranması karşısında kefilin uzun ve belirsiz bir süre boyunca kefalet sözleşmesi ile bağlı kalmasını önlemek için kefile kefalet sözleşmesinden kurtulma imkânı sağlamıştır. Maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kefil kefalet sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürebilecektir.

Belirsiz süreli kefalette BK. m. 494/I'e göre asıl borcun muaccel olması durumunda, kefil muacceliyet tarihinden itibaren her an alacaklıya başvurarak, onun bir ay içinde alacağını takip etmesini bildirebilecektir. Yapılan bu ihbara rağmen alacaklı alacağını takip etmez veya başlamış olduğu takibine uzun süre ara verirse, kefil, alacaklıya karşı kefalet borcundan kurtulduğu savunmasını ileri sürebilecektir<sup>224</sup>.

Madde metninde belirtilen bir aylık süre, ihbarın alacaklıya ulaştığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Maddede yapılacak ihbarın borcun muaccel olmasından sonra yapılacağı açık bir şekilde belirtilmesine rağmen bu konuda İsviçre doktrininde ağırlık kazanmış görüş, kefilin, muacceliyet tarihinden sonra hüküm doğurmak üzere, asıl borç muacceliyet kazanmadan kısa süre önce yaptığı ihbarın geçerli olacağını kabul etmektedir<sup>225</sup>.

BK. m. 494/II uyarınca, borcun muacceliyet tarihi belirli olmayıp, alacaklı tarafından borçluya yapılacak ihbara bağlı ise, kefil kefalet sözleşmesini kurulmasından itibaren bir yıl geçtikten sonra alacaklıdan, muacceliyet ihbarında bulunmasını ve borç muacceliyet kazanınca bir ay içinde takibata geçmesini bildirecektir. Alacaklının yapılan bu ihbarı dikkate almayıp muacceliyet ihbarında bulunmaması ya da asıl borç muacceliyet kazandıktan sonra bir ay içinde takibata geçmemesi veya başlamış olduğu takibine uzun

---

<sup>224</sup> Bilge s. 398; Grassinger s.133.

<sup>225</sup> Beck Art.511 N.19; Becker Art.503 N.1; Giovanoli Art.511 N.3; Scyboz 433 (Nakleden Grassinger s.133, dip not 356).

süre ara vermesi durumunda kefil alacaklıya karşı kefalet sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürebilecektir<sup>226</sup>.

BK. m. 494/II gereği kendisine kefil tarafından ihbarda bulunulan alacaklının, borçluya karşı ne zaman muacceliyet ihbarında bulunacağı madde metninde düzenlenmemiştir ve bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu durumda kefilin, alacaklıya yaptığı ihbarda alacaklıya muacceliyet ihbarında bulunması için belli bir süre öngörmesi uygun olacaktır. Böyle bir süre öngörülmemiş ise MK. m. 2= dürüstlük kuralı dikkate alınarak, tedbirli bir iş adamı gibi en kısa sürede alacağını takip etmesi için muacceliyet ihbarında bulunması gereklidir<sup>227</sup>.

Kanun kefil tarafından alacaklıya karşı yapılacak ihbar şeklini ve içeriğini belirlememiştir. Buna göre kefil herhangi bir şekle tabi olmadan ihbarı yapabilir. Ancak ihbarın mahkemede ispatı için yazılı şekilde yapılması kefilin menfaatinedir<sup>228</sup>.

Alacaklıya karşı yapılacak ihbar içerik olarak BK. m. 494'deki hakkın kullanıldığını belirtmelidir. Kanun metninde yer alan ifadenin aynen kullanılmasına veya alacaklının takipte bulunması için gereken bir aylık sürenin belirtilmesine gerek yoktur. Burada alacaklının alacağını elde etmek için takibe geçmesi, aksi halde kefilin kefalet borcundan kurtulacağını belirtmesi gerekli ve yeterli olacaktır<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Bilge s.398; Grassinger s.134; Reisoğlu s. 239.

<sup>227</sup> Grassinger s.135.

<sup>228</sup> Bilge s.398; Grassinger s.136.

<sup>229</sup> Bilge s.398.

Kefile, kefaletten kurtulma hakkını tanıyan madde hükmü emredici nitelikte olmadığından kefil, maddenin kendisine tanımış olduğu himayeden feragat edebilir. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu doğrultudadır<sup>230</sup>.

BK m. 494 gereği asıl borç muaccel olduktan sonra müteselsil kefilin, alacaklıya kendisini takip etmesini bildirmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Bu konuda bir görüş asıl borcun muaccel olmasından sonra müteselsil kefilin alacaklıdan kendisini takip etmesini talep edemeyeceğini belirtmektedir<sup>231</sup>. Bu görüşe göre BK. m. 494/I'de kefil, alacaklıya borçluya karşı hakkını takip etmesi için talepte bulunmaktadır. Buna göre müteselsil kefilin alacaklıya, kendisinin bir ay içinde takip edilmemesi veya takibe ara verilmesi halinde borcundan kurtulacağını bildirmesi mantıklı olmayacaktır. Çünkü borç muaccel olduktan sonra müteselsil kefilin her zaman borcu ödeme imkânı mevcuttur. Herhangi bir borç ilişkisinde borçlu, borç muaccel olduktan sonra alacaklının kendisini takip etmesini talep edemezse müteselsil kefilin de böyle bir talepte bulunma hakkının olmaması gerekir. Bu sonuç adi kefil için uygun ise de, müteselsil kefil bakımından uygun olmayacaktır. Yargıtayın görüşü de bu doğrultudadır<sup>232</sup>.

Bu konuda diğer bir görüş, müteselsil kefilin alacaklıdan kendisine karşı takipte bulunmasını, aksi halde kefalet sözleşmesi ile bağlı kalmayacağı savunmasında bulunabileceğini, madde metninden bu sonucun kabul edilmemesi yönünde bir anlam çıkarılamayacağını belirtir<sup>233</sup>. Bu görüşe göre de müteselsil kefil, asıl borç muaccel olunca alacaklıya, alacağını takip etmezse borcundan kurtulacağını bildirebilecektir. Bu nedenle özellikle alacağını takip etme isteğinde olmayan veya takip etme imkânı olmayan alacaklıya karşı müteselsil kefilin bu madde sayesinde borcundan kurtulmasını talep etme imkânını tanımamak için bir sebep yoktur. Bu imkân, kefilin borcunu ifa etmeyi teklif etmesine gerek olmadan kefalet borcundan kurtulmasına olanak sağladığından BK. m. 501

---

<sup>230</sup> ATF 64 II 381(Nakleden Bilge s. 399 dip not 35.) ;Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir. 4HD 29.3.1937 E.886 K.656 (Olgaç s. 125.)

<sup>231</sup> Olgaç s.36; Reisoğlu s.240 -241.

<sup>232</sup> 4HD 29.3.1937 E.886 K.656 ( Olgaç s. 125 ).

<sup>233</sup> Becker Art.503 Gut 175–176 Lardelli 55 vd. (Nakleden Grassinger s.137, dip not 373); Bilge s.399.

gereği, alacaklının, kefilin ifasını kabul etmemesi sebebiyle kefalet sözleşmesinin sona ermesi imkânına göre daha avantajlıdır<sup>234</sup>.

İBK m. 511 yeniden düzenlenmesi sırasında maddeye açıkça alacaklının "asıl borçluyu" takip edeceği ibaresi konularak, müteselsil kefilin, alacak için aynı zamanda menkul rehni ya da alacak rehni mevcut değilse alacaklının kendisini takip etmesini bildirme hakkının olmadığı kabul edilmiştir<sup>235</sup>. Bu konuda Borçlar Kanunu Tasarısı madde 601 f.1 “Sürelili olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, âdi kefalette her zaman, müteselsil kefalette kanunun öngördüğü hâllerde, 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” şeklinde olup, burada da görüleceği üzere müteselsil kefile kanunun öngördüğü haller dışında borcun muaccel olması durumunda alacaklıya ihbarda bulunarak alacaklının kendisini takip etmesini bildirme hakkının olmadığı anlaşılmaktadır.

#### **ff. Resmi Memurlara ve Resmi Sıfatı Haiz Olmayan Müstahdemlere Kefalette Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Resmi bir memura BK m.495'e göre süresiz kefil olan kimse her 3 yılda bir kere ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere kefaleti feshettiğini ihbar edebilir. Bir müstahdem için vaki olan kefalet 3 sene devam etmiş olduğu takdirde de hüküm yine böyledir<sup>236</sup>.

Ülkemizde BK m.495. maddenin uygulanması mevcut değildir. Kefalet ihtiyacı gösteren resmi memurlar için bir kefalet kanunu çıkartılmıştır. Bu kanuna göre genel bütçeye ait veya gelirinin yüzde ellisini devlet bütçesinden alan

---

<sup>234</sup> Grassinger s.137.

<sup>235</sup> Grassinger s. 137–138.

<sup>236</sup> Bilge s.399; Reisoğlu s.249.

müesseselerin para ve menkul kıymetlerini alan ve veren memur ve müstahdemleri için müteselsil kefalet usulü kabul edilmiştir. Bu amaçla tüzel kişiliğe sahip bir kefalet sandığı kurulmuştur<sup>237</sup>.

Maddenin kenar başlığında kullanılan “Memur ve müstahdem hakkında kefalet” şeklindeki ibare bu iki kesimi kapsayacak şekilde Tasarının 602. maddesinde “Çalışanlara kefalette” şekline dönüştürülmüştür.

### **gg. Birlikte Kefalette BK. m.488/son c. Nedeniyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi**

Kefalet sözleşmesini kurarken kefil başka kefillerin de bu borç için kendisi ile birlikte kefil olacağını düşünmüş ve bu düşünce ile alacaklı ile kefalet sözleşmesi kurmuş olabilir. İşte kefilin bu düşüncesinin gerçekleşmemesi yani kendisinden başka hiç kimsenin kefil olmaması veya düşündüğü belli şahısların kendisi ile beraber kefil olmamaları halinde BK m. 488/son cümle kefile kefalet sözleşmesinden kurtulma imkanı tanımıştır<sup>238</sup>.BK m. 488/ son c. “Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi şartıyla vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu şart tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur.” şeklindedir.

Kefil BK m. 488/son cümledeki şartın gerçekleşmesi halinde kefalet sözleşmesindeki yükümlülüğünden kurtulduğu itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Kefilin burada esaslı hata veya hile hükümlerine başvurmasına gerek kalmamakta; özel olarak BK m. 488/ son cümle bu hususu bir kefaleti sona erdirme sebebi olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak BK. m. 488/son cümlede yer alan bu hüküm özellikle birlikte kefalette uygulanan istisnai bir durumu kapsadığından, uygulanma alanı geniş tutulmamalıdır. Yani kefilin rücu kefil veya kefile kefil olunacağı saiki ile kefalet altına girmesi durumunda veya

---

<sup>237</sup> Reisoğlu s.249.

<sup>238</sup> Reisoğlu s.141; Grassinger s.153–154.

birden fazla kefilin birbirlerinden habersiz ve bağımsız olarak kefalet altına girdikleri gerçek olmayan birlikte kefalette BK. m.488 c.3 uygulanmamalıdır. Aynı şekilde kefil olan kişinin aynı borç için rehin türünden bir teminat daha verileceğini göz önünde tutarak kefalet sözleşmesi yapması, sonradan bu hususun gerçekleşmemesi halinde BK m. 483 c.3'e dayanarak sorumluktan kurtulmasına olanak vermez<sup>239</sup>.

BK. m. 488/son cümleinin uygulanabilmesi için öncelikle kefalet altına giren kefilin, kendisinden başka kefillerin de aynı borç için kefalet altına gireceklerini öngörmesi gereklidir. Bu hükmün uygulanması için diğer şart ise alacaklının, kefilin bu saik ile kefalet altına girdiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olmasıdır. Burada aranan, kefilin bu düşünce ile hareket etmesi ve alacaklının da kefilin bu düşüncesini bilebilecek, anlayabilecek durumda olmasıdır<sup>240</sup>.

BK m.488/son cümledeki başka kişilerin birlikte kefil olma şartının BK m. 149 anlamında sözleşme ile kararlaştırılmış bir hukuki şart olarak ortaya çıkması gerekli değildir. Bu anlamda bir şarttan söz edebilmemiz için tarafların şarta konu olan husus üzerinde açık veya zımni olarak anlaşmaları gerekmektedir. BK m. 488/son cümleinin uygulanabilmesi için ise alacaklının bu durumu -geciktirici veya bozucu- bir şart olarak kabul ettiğini beyan etmesi, hatta kefilin bu düşüncesini bilmesi gerekmez. Burada bu durumun alacaklı tarafından bilinebilir olması yeterlidir. Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi kefilin düşüncesinin gerçekleşmemiş olmasının BK. m. 24/b.4 anlamında esaslı hata olarak ortaya çıkmasına da gerek yoktur<sup>241</sup>. Ancak bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.05.1990 tarihli kararında buradaki şartın BK m. 149 anlamında şart olduğu belirtilmiştir. Kanımca buradaki şart yukarıda açıklanan nedenlerle BK m. 149 anlamında hukuki şart olmadığı için Yargıtayın vermiş olduğu karar isabetsizdir<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Özen s.272 -273; Grassinger s. 155.

<sup>240</sup> Reisoğlu s.143; Grassinger s.155; Özen s.264.

<sup>241</sup> Grassinger s.155–156 Reisoğlu s.143- 144.

<sup>242</sup> HGK 30.05.1990 E.1990/11-208 K.1990/342 “her birlikte kefalette, kefillerden biri veya bir kaçının imzasının bulunmaması halinde imzası bulunan kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulması müm-

Kefil kefalet sözleşmesini yaparken kendi yükümlülüğünün ileride kefil olması söz konusu olan kişilerin yükümlülüğünden bağımsız olduğunu belirtebilir. BK m.483 c.3 hükmü emredici nitelikte olmayıp, kefilin bu hükmün aksine bir anlaşma yapmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada kefil yeter ki yaptığı açıklamanın ne anlama geldiğini ve neyi ileri sürmekten vazgeçmiş olduğunu tam olarak farkında olsun. Kefilin başka kefillerin bulunmasını gözönüne alarak kefalet sözleşmesini kurmuş olması, kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra ise bu olgunun gerçekleşmemesine rağmen kefalet sözleşmesi ile bağlı kalmak istemesi durumu, kefilin yükümlülüğünü ağırlaştırıcı bir etki oluşturacağından bu hususun kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekir<sup>243</sup>.

BK. m. 488 c. 3.'deki savunma imkânının uygulanabilmesi için diğer bir şart ise kefilin diğer kimselerin de kendisi ile birlikte kefil olacaklarına dair düşüncesinin gerçekleşmemesidir. BK 488 c. 3'deki bu husus daha ziyade öngörülen müstakbel bir kefaletin gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkar. Ancak kefil müstakbel bir kefaleti değil de mevcut bir kefaletin vatlığını gözönüne alarak kefalet sözleşmesi yapsa, ancak daha sonradan herhangi bir nedenle örneğin diğer kefilin senedi imzalamamış olduğu, ehliyetsiz olduğu veya imzasın sahte olduğu gibi bir nedenle bu kefaletin geçersizliği ortaya çıksa, BK m. 488 c. 3'deki hüküm uygulanacak mıdır? Bu hususta her ne kadar kanun hükmünde bir açıklık yoksa da kanun koyucunun amacı göz önünde tutulduğunda bu gibi durumlarda BK m. 488 c. 3'ün uygulanacağı, kefilin borcundan kurtulacağı kabul edilmelidir<sup>244</sup>. İsviçre Kefalet Hukukunda 1941 yılında yapılan revizyon ile birlikte OR Art. 497 Abs 3 hükmünün yeni metninde; birlikte kefillerden birisinin, alacaklı tarafından borçtan kurtarılması veya kefil olarak üstlenildiği yükümlülüğünün geçersiz olduğunun anlaşılması

---

kün değildir. Sorumluluktan kurtulma, birlikte kefaletin diğer kişi veya kişilerin kefaletinin de kefil tarafından şart koşulması ve alacaklının da kefilin bu koşulla kefalet ettiğini bilmesi ile mümkündür... (olayda)...müteselsil kefil sıfatıyla imzalayan kişinin BK.md.488/son cümlesi koşulundan yararlanabilmesi için kefaletinin diğer kişi veya kişilerin kefaleti ile geçerli olabileceğini şart olarak bir ihtirazi kayıtla ileri sürmesi gerekir. Yoksa, mücerret olarak senedin altına başka kimselerin adlarının açılmış ve onlarca imzalanmamış olması bu şartın gerçekleştiğinin delili sayılamaz..."( Grassinger s. 156).

<sup>243</sup> Özen s. 266–267.

<sup>244</sup> Özen s.268; Reisoğlu s.146; Grassinger s. 158–159.



halinde, diğer birlikte kefillerin de yükümlülüklerinden kurtulacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>245</sup>. Nitekim BKT m. 587 f. 3 bu konuda daha açık bir düzenleme getirmiş olup, fıkra metni “Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayım sonradan gerçekleşmezse veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilirse, kefil kefalet borcundan kurtulur.” şeklindedir.

Kefil olacağı öngörülen kimselerden, sadece birinin bile kefil olmaması halinde BK m.488 c.3 uygulama alanı bulacaktır. Hatta kefil olacağı öngörülen kişilerden kefalet yükümlülüğü altına girmeyenin yerini bir başkasının alması, kefaleti sağlanamayan kişiyi gözönünde tutarak kefil olanların sorumluluktan kurtulmasını engellemez. Kefaleti gerçekleşmeyen kefilin yerine ödeme gücü daha yerinde bir kefil geçse dahi BK m. 488 c. 3 burada da uygulanacaktır<sup>246</sup>. Ancak kefil belirli bir şahsın kefalet altına gireceği değil de genel olarak birlikte kefaletin kurulacağı kanaatiyle hareket etmişse, kural olarak yeni kefil kim olursa olsun bu önceki kefaleti sona erdirmez. Şu kadar ki, eğer yeni kefilin ödeme gücü yerinde değilse diğer kefil yine BK. m. 488/son c. itirazını ileri sürebilecektir. Böyle bir durumda; kefalet altına girmeyen kefilin yerine ödeme gücü daha iyi olan kefilin konulması halinde ise, artık kefilin herhangi bir savunma imkânı olamaz<sup>247</sup>

Birlikte kefillerin birinin kefaletinin geçersizliğine, diğer birlikte kefil kusuruyla yol açmış ise , kendi sebep olduğu geçersizliği ileri sürerek BK m.483 c.3'e dayanmasının ve sorumluluktan kurtulduğunun ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşeceği muhakkaktır. Birlikte kefillerden birisinin, konkordato neticesinde yükümlülüğünün bir kısmından kurtulmasının, kendisini gözönüne alarak yükümlülük üstlenen diğer birlikte kefilleri etkileyeceği kabul edilmemektedir. Böyle bir halde diğer kefiller, kendi sorumluluklarının da aynı oranda ortadan kalktığını

---

<sup>245</sup> Özen s.268.

<sup>246</sup> Özen s.269.

<sup>247</sup> Reisoglu 146; Grassinger 460.

ileri süremezler<sup>248</sup>. Aynı şekilde birlikte kefillerden birinin alacaklı durumuna geçmesi halinde de BK. m. 488 c. 3 uygulanmaz. Ancak sorumlu kalmakta devam eden diğer kefilin sorumluluğu, alacaklı konumuna geçen birlikte kefilin payı oranında azalacaktır<sup>249</sup>

BK. m. 488 c. 3 hükmünün uygulanabilmesi için bu maddeye dayanan kefilin bir zarara uğramış olması gerekmez. Örneğin; kefaletinin geçersiz olduğu anlaşılan birlikte kefil, kendi payını alacaklıya ödemiş ve bu nedenle söz konusu geçersizlik diğer kefiller açısından herhangi bir zarar doğurmamış olsa bile, diğer kefiller BK 488 c.3'e dayanarak sorumluluklarının son bulduğunu ileri sürebilirler<sup>250</sup>. Aynı şekilde geçersiz bir şekilde yükümlülük altına giren birlikte kefil, bu geçersizliğini ileri sürmeyeceğini ve alacaklıya ifada bulunacağını belirtse dahi, kendisini göz önüne alarak kefalet borcu altına giren diğer kefiller kefalet borcu ile yükümlülük altında olmadıklarını ileri sürebilirler. Fakat irade sakatlığı söz konusu ise; iradesi sakat olan kefil, süresinde iptal beyanında bulunmadıkça diğer kefillerin bu hususa dayanarak kefalet sözleşmesinden kurtulması mümkün değildir. Çünkü iptal edilebilir olmakla birlikte henüz geçersiz olan bir kefalet söz konusu değildir. Ancak iradesi sakatlanan kefil iptal beyanında bulduktan sonra diğer kefiller de bu geçersizliğe dayanarak kefalet sözleşmesi ile bağlı olmadıklarını ileri sürebilirler. BK m. 483 c. 3'ün yukarıda belirtilen sonuçlar doğurması alacaklı açısından sert sonuçlar ortaya çıkarmaktadır<sup>251</sup>.

BK m. 488 c. 3'ün ortaya çıkardığı hukuki sonuç başkalarının kefaletini gözönünde tutarak sorumluluk üstlenen kefilin, sorumluluktan bütünüyle kurtulmasıdır. Bazı özel durumlarda yukarıdaki paragrafta belirtildiği gibi alacaklı açısından bu hükmün sert sonuçlar doğurması mümkündür. Bu nedenle hakkaniyet gerektirdiği durumlarda, kefilin sorumluluktan bütünüyle kurtulması yerine sorumluluğunun azaltılması yoluna gidilmesi akla gelebilir. Kefillerin yükümlülük altına girerken gözönünde tuttukları kefilin, kefaleti üstlenmediği veya kefaletinin geçersiz olduğu durumlarda; sorumluluğu gerçekleşmeyen kefilin payı oranında

---

<sup>248</sup> Özen s. 269.

<sup>249</sup> Özen s. 129; Grassinger s.160.

<sup>250</sup> Özen s.270; Grassinger s. 160–161 .

<sup>251</sup> Özen s.270.

sorumluluklarının azaltılması kabul edilebilir. İsviçre’de 1941 yılında kefalet hükümlerinin revizyonunda bu soruna ele alınmış ve birlikte kefillerin birisinin kefaletinin geçersizliği durumunda, diğerlerin sorumluluğunun bütünüyle kalkması yerine hakim tarafından indirilebileceği belirtilmiştir. (Or Art. 497,Abs. 3) Ancak yukarıda da belirtildiği gibi BK m.488 c.3’ün lafzı, kefil için bölümsel bir sorumluluktan kurtulma sonucunu kabul etmeye engel görünmektedir<sup>252</sup>.

Kefil, BK m. 488 c.3’ e dayanmak istiyor ise bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan hukuki olgunun gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir (MK m.6)<sup>253</sup>. Kefil burada iki hususu ispat etmelidir: Kefil burada öncelikle başka kefillerin de bulunduğunu veya bulunacağını göz önünde tutarak yükümlülük altına girdiğini ve ikinci olarak da bu durumun alacaklı tarafından bilinebilir olduğunu ispat etmelidir. İspatı gereken bu hususlar “maddi olgu” niteliğinde olduğundan her türlü delil ile ispat edilmeleri mümkündür. Kefalet yükümlülüğü üstlenilirken, başka kefillerin de olacağını gözönünde tutulduğu, kefalet belgesine yansımaya gereken bir husus olmayıp, durum ve koşulların değerlendirilmesi sonucundan çıkarılabilir. Kefalet belgesinde birden fazla kefilin isminin bulunması veya kefalet metninde kefiller ismen belirtilmemiş olsa bile birden fazla kefilden söz ediliyor olması; kefil olan kişinin, başka kişilerin de kefil olacağı kanaati ile hareket ettiğinin çıkartılmasına ve bu durumun alacaklı tarafından bilinebilir olması sonucunun çıkartılmasına elverişli olabilir<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Özen s.270.

<sup>253</sup> Konu ile ilgili ispat yüküne, Yargıtay bir kararında şu şekilde değinmiştir E. 1985/564 K. 1985/3880 T .14.06.1985 “...Birlikte kefalet, birden çok kimsenin aynı borca kefil olmasıdır. Kefillerin aynı anda yükümlülük altına girmeleri zorunluluk değildir. Fakat en az birbirlerinin kefaletlerinden bilgileri olması ve bu yönü göz önüne alarak kefil olmaları gerekir. Kefilin aynı borca kendisi ile birlikte diğer kişilerin de kefalet edeceğini düşünerek kefil olduğunu, alacaklının bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde, bu kefalet şarta bağlanmış sayılır. Eğer bu şart gerçekleşmemiş ise, kefil sorumluluktan kurtulur. Bu yönün ispatı da, usul hükümleri göz önünde tutularak ileri süren tarafından yapılır...” Tüba Mevzuat Bankası ,“[http:// www.ajanstuba.com.tr](http://www.ajanstuba.com.tr)”(01-12-2008).

<sup>254</sup> Özen s. 273–274.

## **b. Asıl borcun sona ermesi Sebebiyle Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermiş Olduğu İtirazı**

Asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi ile kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Bu husus BK m.492 ve BK m. 113/ 1 de belirtilmiştir. BK m. 492"Asıl borç, herhangi bir sebeple sakıt olunca kefil beri olur" şeklinde bir ifadeye yer vermiş olup BK m. 113/ 1 ise "Asıl borç tediye ile veya sair bir surette sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur" şeklindedir<sup>255</sup>.

Kefil kefalet sözleşmesinin asıl borcun sona ermesi nedeni ile son bulunduğu itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Asıl borcun sona ermesi ile kefalet sözleşmesinin sona ereceği kuralı tüm kefalet sözleşmeleri için geçerlidir. Ayrıca BK. m. 485/son cümlede düzenlenen kefalet sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulmuş garanti sözleşmesinde (hata veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğu bilinerek kurulmuş kefalet sözleşmesinde) de uygulanacağından BK. m. 485/son c. uyarınca teminat altına giren kişi, taahhüdünün içeriği ile bağdaştığı ölçüde (hata sebebiyle iptal veya ehliyetsizliğin ileri sürülmesi dışında) şayet bu borç geçerli olsaydı onu sona erdirecek bir sebebin (örneğin ifasının veya ibrasının) ortaya çıkması halinde, kefalet sözleşmesinin sona ermiş olduğu itirazında bulunabilecektir<sup>256</sup>.

Kefilin, alacağın tümü için ancak sınırlı bir miktarla sorumlu olmak üzere kefalet borcu altına girmesi durumunda limitli kefalet söz konusu olur. Limit kefaletinde Asıl borcun kısmen ifa edilmesi durumunda kefilin sorumluluğunda azalma olmaz. asıl borcun tamamı ödeninceye kadar kefil kefalet senedindeki miktar ile sorumlu olmaya devam

---

<sup>255</sup> HGK 26.09.1980 E. 978/700 K.980/2161 kararına konu olan olayda "kefalet belgesinde kefaletin ancak ve sadece okul giderleri ile sınırlı olduğu gayet açık ve seçik olarak belirtilmiştir. Öğrenci Hava Harp Okulunu bitirip subay naspedildiğine göre artık kefilin kefaleti sona ermiş olacaktır. Kefaletin zaman itibari ile sona ermesinden sonraki dönemde öğrencinin taahhüdüne aykırı hareketinden kefil sorumlu tutulamaz" demektedir. ( Reisoğlu s. 224)

<sup>256</sup> Grassinger s.106 -107.

edecektir. Örneğin; 100 birimlik borç için kefil 80 birimlik teminat altına girmiştir. burada asıl borçlu, 10 birimlik bir ifada bulunmuş ise kefil ödenmiş olan bu 10 birimin kendi borcundan düşülmesini alacaklıya karşı ileri süremez. Kefil olduğu 80 birimden sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak asıl borç kısmen sona ermiş ve asıl borcun sona ermesi kefilin sorumlu olduğu asıl borç miktarına da etki etmiş ise, alacağın tamamı için kefil takip eden alacaklıya karşı kefil, borcun sona eren kısmı açısından asıl borcun sona erdiği itirazında bulunabilecektir<sup>257</sup>. Mesela aynı örnekte asıl borçlunun borcun 40 birimlik bölümünü ödemesi halinde alacaklı, kefil geriye kalan 60 birim için değil de kefalet senedinde belirtilen 80 birim için takip ederse bu durumda kefil asıl borcun 60 birim kaldığını fazla olarak talep edilen 20 birimden sorumlu olmayacağını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

Kefalet sözleşmesi ile asıl borcun sadece belli bir kısmı teminat altına alınmış ise bu durumda kısmi kefalet söz konusu olacaktır. Kısmi kefalet durumunda tekeffül edilen borcun bu kısmı sona erene kadar kefil sorumlu olmaya devam edecektir. Kefil ile alacaklı aralarında başka yönde bir anlaşma yapmış olmadıkça kural olarak limit kefaletini kurdukları kabul edilecektir. Ancak kanunumuzda açık bir hüküm olmamakla birlikte sözleşme serbestisi prensibi uyarınca BK. m.19/1, alacaklı ile kefil, kefalet sözleşmesine koyacakları bir kayıtla kısmi kefaleti kabul edebileceklerdir. Örneğin; kefalet sözleşmesinde kefilin, 100 birimlik asıl borcun ilk 20 birimlik kısmını teminat altına aldığı belirtiliyorsa, bu durumda kısmi kefalet söz konusu olacaktır. Ancak böyle bir kayıt olmaksızın kefilin sadece 20 birimi teminat altına aldığı belirtilmiş ise; kural olarak burada limitli kefaletin varlığı kabul edilecektir. İlk durumda asıl borçlu alacaklıya karşı 20 birim ödeme yaparsa kefil borcundan kurtulacak, ikinci durumda ise kefilin sorumluluğu devam edecektir.

#### **aa. Asıl Borcun İfa Edilmiş Olduğu İçin Sona Erdiği İtirazı**

---

<sup>257</sup> Tandoğan s. 761;Grassinger s. 124; Reisoğlu s.56.

Kefalet ile teminat altına alınmış asıl borç ifa edilmiş ise bu durumda kefalet borcu sona erecektir. Buna rağmen alacaklı kefil takip ederse kefil asıl borcun ifa edilmesi nedeni ile sona erdiğini ve kefalet sözleşmesi ile yükümlü olmadığı itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Asıl borcun kısmen ifa edilmesi halinde kefalet borcu da kısmen sona erecektir.

#### **bb. Asıl Borcun Takas Suretiyle Sona erdiği İtirazı**

BK m.122/II gereği asıl borçlunun alacaklıya karşı olan mukabil alacağını takas etmesi durumunda asıl borcun sona erdiği oranda kefalet sözleşmesi de sona erecektir.

BK m. 119 gereği asıl borçlunun alacaklıya karşı takası mümkün olan bir alacağı var ise bu durumda kefil, asıl borçlunun takas hakkını kullanmasına kadar geçici bir def'i hakkına sahip olacaktır<sup>258</sup>.

#### **cc. Asıl Borçlu ile Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi Halinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı**

Asıl borçlu ile alacaklı sıfatlarının birleşmesi durumunda BK. m. 116/I gereği asıl borç ilişkisi sona erecek ve asıl borcun sona ermesi BK. m. 113 gereği kefalet borcunu da sona erecektir<sup>259</sup>.

BK m. 116 f.3 hükmü gayrimenkul rehni ve kıymetli evrak hakkındaki hükümleri saklı tutmuştur. Bunlar gayrimenkul rehni ile ilgili ipotekli borç senedi ve irad senedine borçlunun sahip olması halinde borcun sukut etmeyeceği ve borçlunun senedi yeniden tedevüle çıkarabileceğine ilişkin olan MK. m. 918, 919 hükmü ile kıymetli evrakla ilgili

---

<sup>258</sup> Grassinger s.126.

<sup>259</sup> Oğuzman /Öz s.441.

TTK. m. 593'deki hükümdür<sup>260</sup>. Bu hükümler gereği asıl borçlunun kıymetli evrak, ipotekli borç senedini ya da irad senedini iktisabı halinde asıl borç sona ermeyeceğinden, kefalet borcu da sona ermeyecektir. Bu durumda kefil eğer kıymetli evrakın ya da ipotekli borç senedi ile irad senedinin her birinin malikine karşı sorumlu olmayı kabul etmişse alacaklı ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesine rağmen sorumluluğu devam edecektir. Ancak kefil, sadece belirli bir alacaklıya karşı sorumlu olmayı kabul etmişse bu kimseden başka birine karşı sorumlu olması söz konusu olamayacağından kıymetli evrakı veya ipotekli borç senedi ya da irad senedini iktisap eden asıl borçluya karşı da sorumlu olmayacaktır<sup>261</sup>.

#### **dd. Asıl Borçlu ile Alacaklının Aralarında Tecdit (Yenileme) Anlaşması Yapmaları Neticesinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı**

Tecdit yeni bir borç meydana getirerek önceden mevcut bir borcun sona erdirilmesidir<sup>262</sup>. BK m.114 gereğince alacaklı ile asıl borçlu aralarında yapmış oldukları tecdit anlaşması ile asıl borç ile birlikte kefalet sözleşmesi de sona erecektir<sup>263</sup>.

BK m.115/II 'e göre alacaklı ile asıl borçlu arasında cari hesap ilişkisi mevcut ise hesap dönemi sonunda çıkan bakiyenin karşı tarafça kabulü ile borç yenilenmiş olur. Bu halde fer'ilik prensibi gereği cari hesapta yer alan münferit borç kalemlerinden biri ya da bir kaç için verilmiş kefalet sözleşmesinin de sona ermesi gerekirken BK m.115/son bu durumda taraflar arasında aksine bir anlaşma bulunmuyor ise, kefalet sözleşmesinin sona ermeyeceğini kabul etmiştir BK m.115/son'daki bu istisna ticari ilişkilerdeki güveni temin için konulmuştur. Kefil

---

<sup>260</sup> Oğuzman /Öz s. 442.

<sup>261</sup> Grassinger s.129.

<sup>262</sup> Oğuzman /Öz s.435.

<sup>263</sup> Grassinger s. 129.

burada hesap dönemi sonunda çıkarılmış ve karşı tarafça kabul edilmiş bakiye için sorumlu olmaya devam edecektir<sup>264</sup>.

Kefil burada eski borçtan değil, bakiyeden kaynaklanan savunmaları ileri sürebilecektir. Çıkan bakiye kefilin sorumlu olduğu miktarı aşıyor ise, aşan kısım için kefil sorumlu olmayacaktır<sup>265</sup>.

### **ee. Alacaklı ile Asıl Borçlunun Aralarında İbra Anlaşması Yapmaları Neticesinde Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı**

İbra, borcu ifa etmeden borçluyu borçtan kurtarmak hususunda alacaklı ile borçlunun anlaşmasıdır<sup>266</sup>. Alacaklı ile asıl borçlunun yapacakları ibra anlaşması neticesinde asıl borcun sona ermesiyle beraber kefalet borcu da sona erecektir<sup>267</sup>.

Doktrinde ibranın buna yol açan hukuki sebepten mücerret olduğu, yani sebepteki sakatlığın ibrayı sakatlamayacağı, ancak bir sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olacağı görüşü hakimdir<sup>268</sup>. Bu görüşe göre ibrayı oluşturan sebebin geçersizliğinin ibranın geçerliliğine etkide bulunmayacağı kabul edilecek olursa, hukuki sebepteki sakatlığa rağmen ibra anlaşması geçerli olacak, asıl borç ve kefalet sözleşmesi sona ermiş olacaktır<sup>269</sup>.

Ancak ibranın sebebe bağlı bir işlem olduğu kabul edilir ve bu durumda hukuki sebepteki sakatlığın ibra anlaşmasını da etkileyeceği kabul edilecek olursa, bu takdirde

---

<sup>264</sup> Grassinger s.130; Reisoğlu s.228.

<sup>265</sup> Grassinger s.130; Reisoğlu s.228.

<sup>266</sup> Oğuzman öz s. 431.

<sup>267</sup> Reisoğlu s. 229; Grassinger s. 130.

<sup>268</sup> Oğuzman öz s.434.

<sup>269</sup> Grassinger s.130; Reisoğlu s.129.



temel işlem geçersiz olunca ibra da geçersiz olacaktır<sup>270</sup>. Bu durumda asıl borç ve ona bağlı kefalet borcu sona ermemiş sayılacaktır<sup>271</sup>.

#### **ff. Geciktirici Şarta Bağlı Borçta Şartın Gerçekleşmemesi, Bozucu Şarta Bağlı Borçta Şartın Gerçekleşmesi Hallerinde, Asıl Borcun Sona Erdiği İtirazı**

Geciktirici şarta bağlı borçta bu şart gerçekleşmez ise, asıl borcun yürürlüğe girmeyeceği kesinleşeceğinden, kefalet sözleşmesi de sona erecektir. Bozucu şarta bağlı asıl borçta ise şartın gerçekleşmesi üzerine kefil olunan asıl borç ile birlikte kefalet sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Fakat geniş anlamda asıl borç ilişkisi bozucu şarta bağlanmış ise, bu şartın ortaya çıkması ile birlikte bütün borç ilişkisi sona erecekse de taraflar arasında aksine anlaşma yoksa bozucu şart ileriye dönük etkide bulunacağından, bozucu şartın gerçekleştiği ana kadar doğmuş bulunan dar anlamda borçlar ve bunlar için verilmiş kefaletler geçerli kalacaktır.<sup>272</sup>.

#### **gg. Borcun İfasının İmkansız Duruma Gelmesi Nedeni İle Asıl Borcun Sona erdiği İtirazı**

BK m.117'ye göre borçluya isnat olunamayan haller dolayısıyla borcun ifası mümkün olmaz ise borç sona erer. Buradaki imkânsızlığın objektif imkânsızlık yanında subjektif imkânsızlığı da içerip içermediği tartışmalıdır. Ancak subjektif imkânsızlığı da içerdiği kabul edilse bile; para borçlarının borçlunun ödeme gücünü kaybetmesi sebebiyle BK m.117 uyarınca sona ermeyeceği kabul edilmektedir. Kefalet bakımından ise önem taşıyan para borçlarıdır. Bu borçlar imkânsızlık sebebiyle sona ermeyeceğinden, bunlara kefaletin de imkânsızlık sebebiyle sona ermesi sözkonusu

---

<sup>270</sup> Eren s.1259.

<sup>271</sup>Grassinger s. 130.

<sup>272</sup>Grassinger s.137.

olmaz. Fakat kefalet bir yapma borcunun veya paradan başka bir şey verme borcunun ifa edilmemesinden doğacak tazminat sorumluluğu için verilmişse, bu asıl borçların imkânsızlık sebebiyle sona ermesi üzerine kefalet de sona erecektir. Keza, para borcunun karşı edimi olan bir verme veya yapma borcu imkânsızlık sebebiyle sona erdiğinde BK m.117/2 uyarınca bunların ivazı olan para borcu da sona ereceğinden, kefalet de bu sebeple sona erecektir. Eğer asıl borç baştan itibaren imkânsız ise, bu durumda kefalet sözleşmesi baştan itibaren kurulmamış olacaktır<sup>273</sup>.(BK m. 20)

Bu kapsamda öğretide tartışma konusu olan bir husus yabancı ülkedeki bir borçlu için kefil olma halinde asıl borçlunun yükümlülüğünü kendi ülkesi kısıtlar veya kaldırır ise kefilin bu borçtan dolayı sorumluluğunun devam edip etmeyeceğidir<sup>274</sup>. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda, İsviçre Vatandaşı olan kefilin, Alman Vatandaşı asıl borçlunun Alman Hükümetinin emri ile döviz mevzuatındaki yapılan değişiklik sonucu borcunu yurt dışında, sözleşmede kararlaştırılmış şekilde ödemesinin yasaklanması halinde kefilin, kefalet sözleşmesinin teminat amacı gereği alacaklıya karşı sorumlu kalmaya devam edeceği belirtilmiştir.<sup>275</sup>

“ Kefil alacaklıya karşı asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilecektir. Bu hal, kefalet aktinin fer'ilik mahiyetine uygundur. Ancak kefalet aktinin fer'iliği mutlak değildir. Kefil ister İBK md.506 (BK.md.497) yorumlanmasından çıkarılsın, ister kefalet hukukunun yazılı olmayan prensibinin sonucu olsun, kefalet aktinin amacı ile bağdaşmayan hiç bir defiyi ileri süremeyecektir. Bu nedenle örneğin fevkalade mehile, konkordato anlaşmasına, aciz vesikası sebebi ile ortaya çıkan savunma imkânlarına dayanamayacaktır. Müteselsil kefil sadece asıl borçlunun yeterli mal varlığı olmaması sebebi ile ifa güçlüğüne düşmesinden dolayı değil, onun, mal varlığı durumundan bağımsız olarak başka sebepler yüzünden ifa edememesinden de sorumludur. Bu son sebebin içine döviz hukuku gereği ifa yasağı da girer. Böylelikle kefalet akti garanti aktine yaklaşmış olacaksa da, bu sonuç adildir. Kefalet aktinin teminat amacı, fer'ilik prensibinden önce gelmelidir. Her ne kadar İBK.md.501 ve

<sup>273</sup> Reisoğlu s.224

<sup>274</sup> Reisoğlu s.225.

<sup>275</sup> BGE 60 II 294 ( Grassinger s. 135).

md. 506 asıl borçlunun borcundan kurtulmasının kefile de etki edeceğini düzenlemekte iseler, bununla sadece normal borçtan kurtulma sebepleri kast olunmaktadır. Yoksa normal olmayan, devletin ekonomik ve politik ilişkilerine bağlı olarak ortaya çıkan sebepler dikkate alınmayacaktır. İsviçre'de oturan alacaklının, Almanya'da oturan asıl borçluya karşı yine İsviçreli kefileden teminat almasındaki amaç sadece asıl borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi tehlikesini değil, bilâkis politik ve ekonomik durumda ortaya çıkabilecek risklere karşı onu korumak içindir.”<sup>276</sup>

Doktrinde İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu bu karar eleştirilmiştir. Eleştirilerden biri kefilenin asıl borçlunun aczi halinde ödemeyi tekeffül ettiği ancak asıl borçlunun mal varlığı durumundan tamamen bağımsız olan ve asıl borcun ödemesini geciktiren ya da engel olan durumları temin etmiş olmadığıdır. Buna göre, para transferine ilişkin hükümet yasağının konkordato veya aciz vesikası verilmesi haline benzetilmesinin mümkün olmadığından, kefilenin sorumluluğu çerçevesine girmediği haklı olarak belirtmektedir<sup>277</sup>. Başka bir eleştiri ise kefalet sözleşmesinin fer’ilik niteliğine rağmen bu niteliği ile bağdaşmayacak şekilde teminat amacının kapsamının genişletilmesinin kefile koruma düşüncesiyle bağdaşmayacağı, bu karara göre kefilenin bir yandan asıl borçludan daha ağır şartlarda sorumlu olacağı, diğer yandan alacaklıya ifada bulunması durumunda rücu hakkının tehlikeye gireceği şeklindedir. Bu görüşe göre kararda kefalet sözleşmesinin amacın çok dışına taşılmış, alacaklı gereksiz yere ve kefalet sözleşmesinin niteliğini aşacak şekilde korunmuştur<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Grassinger s.133-134.

<sup>277</sup> Reisoğlu s.226.

<sup>278</sup> Grassinger s.134.

## **IV. KEFİLİN VE ASIL BORÇLUNUN SAHİP OLDUKLARI DEF'İLERDEN FERAGAT ETMELERİ İLE KEFİLİN İLERİ SÜREMEYECEĞİ ASIL BORÇLUYA AİT DEF'İLER**

### **A.Kefilin Sahip Olduğu Def'ilerden Feragat Etmesi**

#### **1. Kefilin Asıl Borçluya Ait Def'ilerden Feragat Etmesi**

Kefil kefalet sözleşmesi yapılırken asıl borçlunun ileri sürebileceği savunma imkânlarından feragat edebilir. Bu konuda doktrinde bazı yazarlar asıl borçlunun ileri sürebileceği daimi def'lerden kefilin feragati durumunda, böyle bir taahhüdün artık kefalet sözleşmesi sayılmayacağı, bunun artık bağımsız bir borç yüklenmesi olup bir garanti sözleşmesi olacağını belirtmektedirler<sup>279</sup>. Kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarından kefalet sözleşmesi yapılırken feragat etmesi durumunda kefilin, asıl borçludan daha ağır şartlarla sorumlu alması durumu ortaya çıkacaktır ki bu sonuç kefalet sözleşmesinin fer'iliği prensibi ile bağdaşmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin en önemli ve niteliğini belirleyen özelliği fer'iliğidir. Bu prensip gereğince kefil, asıl borçlunun alacaklıya karşı sorumlu olduğundan daha fazla sorumluluk altına giremez. Sözleşme yapılırken feragat edilen husus fer'ilik niteliğini zedeleyecek derecede ise bu durumda teminat sözleşmesi, kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmeyecek ve muhtemelen garanti sözleşmesi olacak veya söz konusu feragate rağmen tarafların gerçek arzuları kefalet sözleşmesini kurmak ise kefilin, asıl borçluya ait savunma imkânlarından önceden feragat etmesi hiç bir hüküm ifade etmeyecektir<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Becker Art. 506 N.5, Schulthess s.119, Tobler s.77; (Nakleden Reisoğlu s.179 dip not 45).

Kefilin kefalet sözleşmesi yapılırken asıl borçluya ait savunma imkânlarından feragati her durumda bağımsız bir mükellefiyet yüklenmek hususunda kesin bir kıtas olamaz. Fer'i bir mükellefiyet isteyen kimsenin, alacaklının ısrarı üzerine savunma imkânlarından feragati mümkündür. Özellikle uygulamada kefillerin genellikle bu tür feragatleri, uygulanmayacağını beyan ettikleri madde numaraları belirtilmek suretiyle matbu kefalet sözleşmelerini imzalayarak yaptıkları gözlenmektedir. Bu tür sözleşmeleri garanti sözleşmesi için yeterli saymak kanun koyucunun kefil koruma amacına aykırı olacaktır. Kefilin savunma imkânlarından feragat etmesine rağmen diğer özelliklerinin varlığının tespiti halinde, kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir<sup>281</sup>. Ancak kefilin asıl borçluya ait tüm savunma imkânlarından feragat etmiş olması, sözleşmesinin bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesi sayılması için yeterli bir delil olacaktır. Çünkü fer'ilik prensibi, kefalet sözleşmesini diğer teminat sözleşmelerinden ve özellikle bu arada özellikle garanti sözleşmesinden ayıran en önemli niteliktir<sup>282</sup>.

Kefilin, alacaklı tarafından takip edildiği esnada asıl borçluya ait savunma imkânlarını ileri sürmemesi, kefalet sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Fakat bu duruma BK. m. 497/II, başka tür sonuç bağlamıştır<sup>283</sup>.

## **2. Kefilin Kefalet Sözleşmesi Gereği Sahip Olduğu Def'ilerden Feragat Etmesi**

Kefil kefalet sözleşmesi nedeni ile sahip olduğu savunma haklarından feragat edebilir. Borçlar Kanununda düzenlenen kefalet sözleşmesi ile ilgili BK. m 483-503'deki hükümlerin büyük kısmının kefil koruyucu mahiyette olmalarına rağmen emredici nitelikte değildir. Bu yüzden kefil, alacaklı ile sözleşme yapılırken kefalet sözleşmesinden kaynaklanan şahsına ait savunma imkânlarından feragat edebilir. Bu konuda kaynak İsviçre

---

<sup>280</sup> Reisoğlu s.179; Grassinger s.223.

<sup>281</sup> Reisoğlu s.179–180.

<sup>282</sup> Grassinger s. 226.

<sup>283</sup> Grassinger s. 226.

Borçlar Kanununda bu hükümler emredici niteliktedir. Bu yönden Borçlar Kanunu Kaynak İsviçre Borçlar Kanunundan farklılık arz etmektedir<sup>284</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi kefilin asıl borçluya ait savunma imkânlarından feragat etmesi durumunda bu husus kefalet sözleşmesinin fer'ilik özelliğine aykırı bir durum oluşturduğu için buna ilişkin hükümler geçersiz olmaktadır. Oysa kefilin kefalet sözleşmesi gereği sahip olduğu savunmalardan feragat etmesi halinde böyle bir husus söz konusu olmamaktadır. Kefilin kefalet sözleşmesi gereği sahip olduğu savunma imkânlarından feragati kural olarak geçerlidir.

Bu konuda istisna olan BK. m. 491/c.2 gereğince asıl borcun muacceliyet kazanması için ihbar yapılması gerekli ise; bu ihbarın kefile de yapılmasının gerekmesidir. Kefilin bu hükmünden feragat etmesi geçerli olmadığı gibi, kefilin asıl borç muaccel olmadan önce kefalet borcunun muaccel olacağını kabul etmesi de geçerli olmayacaktır<sup>285</sup>.

Borçlar Kanunu Tasarısı madde 582 son fıkrayla getirilmesi öngörülen yeni bir düzenleme ile kefilin kefalet hükümlerinde kendisine tanınan haklardan feragat edemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm ile birlikte kefil kanun gereğince kendisine tanınan def'i haklarından sözleşme yapılırken vazgeçemeyecek: bunlardan feragat etse dahi feragati yasa gereği geçersiz olacaktır. Yapılan bu düzenlemenin kaynak İsviçre Borçlar Kanununa paralel olduğu ortadadır.

Kefil alacaklı tarafından takip edildiği zaman kendisine ait savunma imkânlarını ileri sürmeyebilir. Kefilin şahsına ait bu savunmaları ileri sürmemesi, asıl borçluya ait savunmaları ileri sürmemesinden farklı olarak, rücu bakımından kendisi açısından herhangi bir hak kaybına sebebiyet vermez<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Reisoğlu s.115; Grassinger s. 231.

<sup>285</sup> Grassinger s.231

<sup>286</sup> Reisoğlu s.180; Grassinger s.233.

## **B .Asıl Borçlunun Kendisine Ait Def'ilerden Feragat etmesi**

Kefil kefalet sözleşmesi yapıldığı andaki asıl borcu gözönüne alarak borç altına girer. Bu nedenle asıl borçlunun savunma imkânlarından feragat etmesi, kefilin savunma imkânlarını alacaklıya karşı kullanmasına engel olmaz. Çünkü asıl borçluya ait savunma imkânlarını kullanma hakkı kefile kanunen tanınmış bir haktır. Bu nedenden dolayı alacaklı ile asıl borçlunun aralarında yaptıkları anlaşma kefilin sahip olduğu hak üzerinde bir etki yaratmaz.<sup>287</sup>

Borçlar Kanununda asıl borçlunun sahip bulunduğu def'i ve itirazları kullanma hakkından feragat etmesinin kefile karşı tesir etmeyeceğine ilişkin genel bir kural mevcut değildir. Bu konuda zamanaşımı ile ilgili olarak BK. m.139/III c.2'de bir düzenleme mevcut olup, bu düzenlemeye göre asıl borçlunun zamanaşımı def'inden feragatinin kefile karşı ileri sürülemeyeceği yazılıdır. Kefalet ilişkilerinde hakim olan, asıl borçlunun fiili ile kefilin durumunu ağırlaştıramayacağı prensibi gereğince bu maddenin karşıt kavramından diğer def'ilerden feragatin kefil için de geçerli olacağı sonucu çıkartılamayacaktır<sup>288</sup>.

İBK. m. 502'in 1942 tarihli değişiklikten önceki metninin içeriğinde (e.İBK. m.506) asıl borçlunun kendisine ait savunma imkânlarından feragat etmesi hali düzenlenmemiştir. Değişiklikten sonra İBK m. 502/II :“asıl borçlu kendisine ait def'ilerden feragat etse dahi kefil bunları ileri sürebilir” şeklindedir. Ancak değişiklikten önce de borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarından feragat etmesinin kefilin etkilemeyeceği doktrin ve mahkeme içtihatlarında hâkim görüşü<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Reisoğlu s. 178; Grassinger s.62.

<sup>288</sup> Reisoğlu s. 178; Grassinger s.62.

<sup>289</sup> Grassinger s.63.

Asıl borçlunun kullanma hakkından vazgeçtiği savunma imkânlarını kullanmak eğer MK m.2 deki dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa, bu durumda kefilin bu savunma imkânlarını ileri sürmesi MK m. 2 aykırı olacağı nedeni ile dikkate alınmayacaktır. Mesela sözleşmenin şekil bakımından geçersizliğinin ileri sürülmesinin MK m.2 'ye aykırı olacağı düşüncesi ile asıl borçlunun bu itirazı ileri sürmekten vazgeçmesi kefil için de bağlayıcı olacaktır. Kefil bu halde şekil noksanlığı sebebine dayalı olarak sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir<sup>290</sup>.

Asıl borçlunun ihmali sonucunda def'i hakkını kaybetmesi durumunda, mesela belli süreli def'iyi süresi geçtiğinden dolayı ileri sürememesi halinde, kefil de bu savunmadan yararlanamayacaktır. Belli bir zaman için ileri sürülmediklerinden dolayı sona eren def'iler artık kefil tarafından da ileri sürülemez<sup>291</sup>. Örneğin; asıl sözleşmede irade sakatlığı olması halinde borçlunun BK. m. 31'de belirtilen iptal hakkından feragat etmesinden değil, bir yıllık süreyi geçmesinden dolayı bu hakkını kaybetmesi söz konusu olduğunda artık ne asıl borçlunun, ne de kefilin ileri sürebileceği bir savunma imkanı olmayacaktır.

Asıl borçlu yenilik doğuran haklar üzerinde istediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Bu nedenle asıl borçlunun bu hakları kullanmaması veya bu haklardan feragat etmesi halinde bu tasarruf kefil için de bağlayıcı olacaktır. Burada kefilin asıl borçlunun kendi durumunu ağırlaştırdığı iddiası dinlenmeyecektir<sup>292</sup>.

Yenilik doğuran haklar bakımından asıl borçlunun istediği şekilde tasarrufta bulunabilmesinin tek istinası doktrinde takas hakkı bakımından kabul edilmektedir. Buna göre asıl borçlu takas hakkını kullanmaktan, kefilin hukuki durumunu ağırlaştıracak şekilde

---

<sup>290</sup> Grassinger s.63.

<sup>291</sup> Reisoğlu s. 179.

<sup>292</sup> Tandoğan 795;Grassinger s.64.



feragat edemez. Asıl borçlunun takas hakkından feragat etmesi kefil açısından etkili olmayacaktır<sup>293</sup>.

### **C. Kefilin İleri Süremeyeceği Asıl Borçluya Ait Def'iler**

Kefil kefalet sözleşmesinin niteliği gereği, asıl borçlunun aczinden dolayı kendisine tanınan savunma imkânlarından yararlanamaz. Mesela asıl borçlu iflas etse ve ancak yeni mal edindiği takdirde ödeme ile yükümlü olsa bunu kefil ileri süremeyecektir.

Asıl borçluya İİK. m.287 gereği iflâs anlaşması mühleti verilmesi halinde bu mühlet içinde ve konkordatoda İİK. m. 289 gereği konkordato mühleti içinde, rehinli alacaklar hariç olmak üzere, asıl borçluya karşı hiçbir takip yapılmaz ve daha önce başlamış takipler durur. Asıl borçlu için kefalet altına girmiş kefil, İİK. m. 287 gereği konkordato mehlinden yararlanamayacağı gibi İİK. m. 289 gereğince alacaklıya karşı "asıl borçluya karşı takip yapılamayacağı" savunmasını ileri süremez<sup>294</sup>.

İİK m. 295. maddesinde öngörülen durumlarda alacaklı konkordatoya kabul oyu vermemişse, kefile karşı hakkının tamamını muhafaza edecektir. Böyle bir durumda kefil konkordatoyu onaylamamış alacaklıya karşı, borcun tamamından sorumlu olacaktır. Halbuki asıl borçlu konkordato anlaşması gereği borcun belli kısmını ifa ile kurtulacaktır<sup>295</sup>.

MK m. 612 gereğince mirasın en yakın bütün kanuni mirasçılar tarafından reddedilmesi halinde tereke iflâs hükümlerine göre resmen tasfiye olunur.( İİK 180) Bu

---

<sup>293</sup> Grassinger s.64.

<sup>294</sup> Grassinger s.54-55.

<sup>295</sup> Reisoğlu s. 176; Grassinger s.55.

durumda terekedeki borçlardan dolayı mirasçılardan herhangi bir sorumluluğu olmadığı halde kefilin sorumluluğu devam etmektedir. MK m. 625 gereği resmi defter tutma usulünde resmi defter tutulması devam ettiği sürece alacaklıların tereke borçlarından dolayı mirasçılara karşı takibat yapamayacağı, acele haller dışında davalara devam edilemeyeceği, yeni dava açılmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda alacaklı adi kefile başvurduğu zaman peşin dava def'i ile karşılaşabilecek ise de müteselsil kefile karşı takibata girişebilecektir<sup>296</sup>.

Asıl borçlu ehliyetsizlik ve hata sebebiyle sorumlu olmadığı halde bunları bilerek kefil olan kişi BK m. 485/III gereğince sorumlu olacaktır. Bu durumda kefilin bu hususları ileri sürmesi mümkün olmayacaktır<sup>297</sup>. BK. m. 485/son cümleye göre; "Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borçlu yüzünden olan bir fesadına taahhüt esnasında vakıf ise mutaber olur" BK. m. 485/son c. hükmü her ne kadar net olarak anlaşılmıyor ise de; burada kefalet sözleşmesinin fer'ilik niteliğine tamamen aykırı olan bu durumda gerçekte kefalet sözleşmesi değil, kefalet sözleşmesi hükümlerine tâbi garanti sözleşmesi vardır<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Tandoğan 797; Reisoğlu s. 177; Grassinger s.53.

<sup>297</sup> Reisoğlu s. 177.

<sup>298</sup> Grassinger s.58.

## V. SONUÇ

Kefil kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme imkânına sahipken aynı zamanda kefalet sözleşmesinin fer'iliği özelliği sayesinde asıl borçluya ait olan def'ileri de alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Kefil, asıl borçluya ait def'ilerden kefalet sözleşmesinin teminat sağlama fonksiyonu ile çelişenleri alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Bu husus BK m. 497/I' de belirtilmiştir. Yani kefil, asıl borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi veya ölümü dolayısıyla onun ve mirasçılarının sahip oldukları def'iler den faydalanamayacaktır.

Asıl borçlunun kendisine ait def'ilerden feragat etmesi, kefilin, alacaklıya karşı bu def'ileri kullanmasına engel olmaz. Çünkü asıl borçluya ait def'ileri kullanma hakkı kefile kanunen tanınmış bir haktır. Bu nedenden dolayı alacaklı ile asıl borçlunun aralarında yaptıkları anlaşma ile kefilin sahip olduğu hak üzerinde bir etkide bulunmaları mümkün değildir.

Kefilin kefalet sözleşmesi yapılırken asıl borçluya ait def'ilerden feragat etmesi durumunda tarafların gerçek arzusu kefalet sözleşmesini kurma yönünde ise kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğine aykırı olan bu def'ilerden feragat geçerli olmayacak ya da tarafların gerçek niyetinin garanti sözleşmesi yapmak olduğu kabul edilecektir.

Kefilin kefalet sözleşmesi gereği sahip olduğu def'iler den feragat etmesi halinde fer'ilik özelliğine aykırı bir durum söz konusu olmadığı için bu def'ilerden feragati geçerli olacaktır. Ancak bu konuda Borçlar Kanunu Tasarısı madde 582 son fıkrayla getirilen yeni bir düzenleme ile kefilin kanunun kefalet bölümünde kendisine tanınan haklardan feragat edemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm ile birlikte kefil

kanun gereğince kendisine tanınan def'i haklarından sözleşme yapılırken vazgeçemeyecek bunlardan feragat etse dahi feragati yasa gereği geçersiz olacaktır

Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesinde şekil şartları bakımından ve evli kişilerin kefalet sözleşmesi yapma ehliyetleri bakımından önemli yenilikler getirmektedir. BKT m. 583 f.1'e göre kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefil sıfatıyla yükümlülük altına girildiğine ilişkin beyanların kefilin el yazısı ile yazılması gerektiğini düzenlemiştir. Yine BKT m.584 de eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olunabileceği düzenlenmiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin getirilen bu düzenlemeler doğal olarak kefilin alacaklıya karşı sahip olacağı savunmalar bakımından da önemli olacaktır.

## KAYNAKÇA

Akipek Jale Güral/ Akıntürk, Turgut: Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, C. I, 5. B., İstanbul 2004

Ansay, Tuğrul: “Anonim Şirketlerin Kefil Olabilme Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara, 1985, s. 363- 371.

Akıntürk, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2004.

Aral Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2002

Ardıç, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Ankara 2002

Ayrancı Hasan :Şekil şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları AÜHFD cilt 53-sayı 02 , 2004

Ayrancı Hasan :Kefalet Sözleşmesinde Asıl Borcun Belirli Olması İlkesi ve Cari Hesaba Kefalet,GÜHFD, Haziran Aralık,2005 Cilt:IX, Sayı:12

Barlas Nami: “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Ankara, 2005, s. 41- 67

Barlas Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 115- 143

Becker Herman (Çev. Dura, Suat): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184- 551, Ankara 1993.

Bilge Necip: “Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile 3. Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi”, AÜHFD ,1951

Bilge Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ,Ankara ,1971

Bilge Necip:Kefilin Mesuliyetinin Şümulü ,AÜHFD ,Cilt 13, sayı 1-2 1956

Dural Mustafa/ Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku- Kişiler Hukuku, C. II, 7. B., İstanbul 2004

Eren Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-II, İstanbul 1999

Göktürk Hüseyin Avni: “Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku”, AÜHFD, 1950, C. VII, S. 3-4, s. 324- 352

Grassinger Gülçin Elçin :Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları ,Alfa Basım Dağıtım ,İstanbul 1996

İnan Ali Naim: Medeni Hukuk, Ankara 2005.

Karahasan Mustafa Reşit :Türk Borçlar Hukuk Özel Borç ilişkileri, Cilt 2, İstanbul 2002

Kuntalp, Erden/ Barlas, Nami: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005

Franko, Nisim Ticaret Şirketlerinin Kefalet Ehliyeti”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Ankara 1985

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 1999

Kurdoğlu, Bülent Nuri: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İncelemesi”, ABD, 2005,

Olgaç Senai :Kefalet , Olgaç Matbaası , Ankara 1978

Oser/ Schönenberger (Çev. Sungurbey, İsmet): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1964

Özen Burak :Kefalet Sözleşmesi: Vedat Kitapçılık ,İstanbul 2008

Özsunay Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

Pekcanıtez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özekes Muhammed: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2002

Reisoğlu, Seza: “Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları”, AÜHFD, 1962, C. 19, S. 1-4, s. 327- 392

Reisoğlu Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992

Reisoğlu Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 1964 (Kefalet)

Oğuzman Kemal / Öz Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005

Tandoğan Haluk: “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, BATİDER, 1977, C. 9, S. 1, s. 19- 54

Tandoğan Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. bası, Ankara 1987.

Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla:Tekinay Borçlar Hukuku, 7. B. İstanbul 1993

Tüba Mevzuat Bankası :“[http:// www.ajanstuba.com.tr](http://www.ajanstuba.com.tr)”

Uygur Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. VIII, Ankara 2003

Üstündağ Saim: İflas Hukuku, İstanbul 1991

Yavuz Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık ,İstanbul 1997

Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk(Temel Bilgiler), 2. B., Ankara 2003

Zevkliler, Aydın: Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. B., Ankara2004

