

**TURGUT ÖZAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MÜTESELSİL KEFALETİN KURULMASI
VE
GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Ali ÇELİK**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İbrahim KAPLAN**

Ankara-2015

**TURGUT ÖZAL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MÜTESELSİL KEFALETİN KURULMASI
VE
GEÇERLİLİK ŞARTLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Ali ÇELİK**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İbrahim KAPLAN**

Ankara-2015

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİM SAYFASI

Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içindeki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda ilgili eserlere bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, atıfta bulunduğum eserlerin tümünü kaynak olarak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı ve bu tezin herhangi bir bölümünü bu üniversite veya başka bir üniversitede başka bir tez çalışması olarak sunmadığımı beyan ederim.

19.08.2015
Ali ÇELİK

ONAY

[ÇELİK, Ali] tarafından hazırlanan [Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları] başlıklı bu çalışma, [06.10.2015] tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından [Özel Hukuk Anabilim] dalında [Yüksek Lisans] tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. İbrahim KAPLAN

Prof. Dr. Erol CANSEL

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

ÖNSÖZ

“Müteselsil Kefaletin Kurulması Ve Geçerlilik Şartları” isimli bu çalışma, yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Bu vesile ile akademik hayatın başlangıç safhası olan bu çalışma vesilesiyle ders döneminde ve tez çalışmalarımı yürüttüğüm safhada desteğini esirgemeyen ve hep hoşgörülü yaklaşan değerli Hocam Prof. Dr. İbrahim KAPLAN’a içtenlikle teşekkür ediyorum.

Çalışmanın hazırlanmasında, gösterdiği sabır ve anlayış için eşime, çok teşekkür ediyorum. Aynı zamanda iş yoğunluğu ve bu çalışmanın yoğunluğu sebebiyle yeterince vakit ayıramadığım çocuklarıma da bu çalışmayı armağan ediyorum.

ÖZET

[ÇELİK Ali]. ['Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları], [Yüksek Lisans Tezi] , Ankara, [2015].

Kefalet, bir kimsenin asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsi olarak sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt ettiği sözleşmedir. Kefalet hukuki niteliği itibariyle ferî ve aynı zamanda da tali bir sözleşmedir. Ferîlikten kasıt kefaletin tarafları her ne kadar kefil ve alacaklıdan oluşuyorsa da kefalet alacaklı ve borçlu arasındaki asıl borca bağımlıdır. Bu niteliği sebebiyle kefalet, ferî bir borçtur. Asıl borçluya takip yapılıp; bu takip semeresiz kalmadan ya da kefaletten önce rehin verilmişse bu rehin paraya çevrilmeden kefil hakkında takip yapılamaması haline kefaletin taliliğini ifade eder.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, içerik ve şekil yönünden asıl borçtan bağımsız bir borç özelliğine sahiptir. Her ne kadar kefalet ilişkisi üçlü bir ilişki ortaya çıkarsa da ve alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisi ile doğrudan doğruya bağlantısı bulunsa da bu özellik varlığını sürdürmektedir.

Müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için kefilin, “müteselsil kefil” olma iradesinin sözleşme metninden açıkça anlaşılması gerekir. Sözleşme metninde mutlaka “müteselsil kefil” ibaresinin kullanılması zorunlu değildir; kullanılan ifade ve ibarelerden bu iradenin varlığının anlaşılması gerekli ve yeterlidir. Müteselsil kefaletle ilişkin kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesi zorunludur. Kefalette şekil şartına uyulmaması halinde bu sözleşme geçersizdir. Burada kesin hükümsüzlük hali vardır.

Kefaletle ilişkin TBK hükümlerinde kefaletle teminat altına alınan borca ilişkin asıl borçlunun sahip olduğu defilere kefilin de dayanabileceği kabul edilmekle birlikte ayrıca kendisine ait olup da alacaklıya karşı ileri sürebileceği defî hakları da vardır.

Anahtar Sözcükler: Kefalet, Teminat, Müteselsil, Kefil, Garanti

ABSTRACT

[ÇELİK, Ali]. [Joint bail establishment and the conditions for validity], [Master of Thesis], Ankara, [2015].

The bail is the agreement between the creditor and the person where in case of the original debtor fails to pay the debt then the person in the agreement agrees pay. The bail is non-essential and secondary agreement from the legal perspective. From the “non-essential” aspect what referred to is that the bail agreement relates to the debt of the debtor and the creditor even if it mentions the bailer (guarantor) and creditor. From this aspect the bail is a non-essential debt. If the original debtor is pursued and in the event that this effort does not become fruitless or in other terms if the a pledge is given before and there was no need to go after the bailer, the this aspect relates to the “secondary” aspect of the bail.

In the bail agreement the bailers (guarantor) debt is different from that of the original debt both in terms of shape and content. Even if there is a triple relationship in the bail the basic debtor- creditor relationship dominates and this property stays the same.

In order for the Joint bail to be a matter of the subject the “joint bail” situation should be clear in the agreement. It is not necessary to have “joint bailer” term in the agreement while it is necessary and sufficient that terms the will for the joint bail is evident from the words and expressions. It is mandatory that the agreement is made in writing and the amount that the bailer bears responsibility is clear. If the shape (figurative form) of the bail is not followed the agreement is void. There is certain invalidity in this situation.

In bail portion of the (Turkish Debt Law, TBK) the bailer has similar rights as the creditor over the debtor in terms of collecting back his credit in addition to his own right toward the creditor.

Key Words: Bail, Guarantees, Joint, Bail, Warranty.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| ÖNSÖZ..... | ii |
| ÖZET..... | iii |
| ABSTRACT..... | iv |
| İÇİNDEKİLER..... | v |
| KISALTMALAR..... | xi |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN TANIMI- HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

| | |
|--|----|
| I. KEFALETİN TANIMI..... | 4 |
| II. KEFALETİN HUKUKİ NİTELİĞİ..... | 6 |
| 1. Genel Olarak..... | 6 |
| 2. Kefaletin Fer'iliği..... | 6 |
| 3. Kefaletin Taliliği..... | 9 |
| 4. Sürekli Sözleşme Olup Olmadığı Sorunu..... | 10 |
| 5. Kefaletin Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması..... | 12 |
| 6. Kefaletin İvazsız Olması..... | 13 |
| III. KEFALET BORCUNUN ÖZELLİKLERİ..... | 13 |
| A. Genel Olarak..... | 13 |
| B. Asıl Borçtan Ayrı Bağımsız Bir Borç Olması..... | 14 |
| C. Parayla Belirlenen Bir Borç Olması..... | 14 |
| D-Teminat Sebebine Dayanan Bir Borç Olması..... | 16 |

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN TÜRLERİ

| | |
|---------------------|----|
| I-GENEL OLARAK..... | 17 |
|---------------------|----|

| | |
|--------------------------------------|----|
| II-ADİ KEFALET | 17 |
| III-MÜTESELSİL KEFALET | 20 |
| IV-TOPLU KEFALET..... | 21 |
| A-Bağımsız Kefalet..... | 22 |
| B-Kısmi Kefalet | 22 |
| C-Birlikte Kefalet..... | 23 |
| 1. Adi Birlikte Kefalet | 23 |
| 2. Müteselsil Birlikte Kefalet | 24 |
| V. KEFİLE KEFALET | 25 |
| VI. RÜCUA KEFALET..... | 26 |
| VII. ZARARA (AÇIĞA) KEFALET..... | 27 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI, ŞEKLİ VE MADDİ ŞARTLARI

| | |
|---|----|
| I. MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI..... | 29 |
| II. MÜTESELSİL KEFALETİN ŞEKLİ ŞARTLARI | 31 |
| A. Şeklin Amacı ve Özellikleri..... | 31 |
| B. Şeklin Kapsamı | 33 |
| 1. Yazılı Şekilde Yapılması Şartı | 33 |
| 2. Azami Miktarın Belirlenmesi Ve Kefilin El Yazısı İle Yazılması Şartı | 34 |
| 3. Kefalet Tarihinin El Yazısı İle Yazılması Şartı..... | 35 |
| 4. Müteselsil Kefalet Kavramının Kefilin El Yazısı Yazılması Şartı | 36 |
| 5. Müteselsil Kefalette Değişiklik Yapılmasında Şeklin Önemi..... | 37 |
| C. Müteselsil Kefaletin Şekle Aykırı Olmasının Sonuçları..... | 38 |
| III. MÜTESELSİL KEFALETİN MADDİ ŞARTLARI..... | 40 |

| | |
|--|----|
| A. Müteselsil Kefaletin Bağlı Olduğu Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması | 40 |
| 1. Gelecekte Doğacak Koşula Bağlı Borçlarda Müteselsil Kefalet | 40 |
| 2. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borçlarda Müteselsil Kefalet | 42 |
| a. Genel Olarak | 42 |
| b. Eksik Borç | 42 |
| c. Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar | 43 |
| d. Ahlaka Adaba Aykırı Borçlar | 44 |
| e. Asıl Borçlunun Ehliyetsiz Olması | 44 |
| B. Müteselsil Kefalet Miktarının Belirli Olması | 45 |
| C. Asıl Borçlunun Belirli Olması | 47 |
| D. Müteselsil Kefil Olma İradesinin Sakat Olduğu Haller | 48 |
| 1. Yanılma | 48 |
| 2. Aldatma | 49 |
| 3. Korkutma | 51 |
| E. Eşin Rızası | 52 |
| 1. Genel Olarak | 52 |
| 2. Eşin Rızasının Aranacağı Zaman Ve Şekli | 52 |
| 3. Eşin Rızasının Aranmayacağı Durumlar | 54 |
| F. Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti | 56 |
| 1. Gerçek Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti | 56 |
| 2. Tüzel Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti | 58 |
| a. Genel Olarak | 58 |
| b. Dernek Ve Vakıfların Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti | 58 |
| c. Ticari Şirketlerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti | 58 |
| d. Kooperatiflerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti | 59 |

- e. Kamu Tüzel Kişilerinin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti..... 59

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN NİTELİKLERİ VE ÖZELLİKLERİ

| | |
|--|----|
| I-MÜTESELSİL KEFALETİN NİTELİKLERİ..... | 61 |
| A-Kefalet Borcu Asıl Borca Bağımlı Feri Ve Fakat Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Bir Borçtur | 61 |
| B. Kefilin Borcu Tali (İkinci Derece) Bir Borçtur..... | 63 |
| C. Kefilin Borcu Para Borcudur..... | 65 |
| II. MÜTESELSİL KEFALETİN ÖZELLİKLERİ..... | 66 |
| A. Taahhüt Sözleşmesi Olma Özelliği..... | 66 |
| B. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olma Özelliği..... | 66 |

BEŞİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI

| | |
|--|----|
| I. ADİ KEFALETTEN FARKI..... | 68 |
| II. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN FARKI..... | 69 |
| III. BORCA KATILMADAN FARKI..... | 70 |
| IV. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI | 70 |
| V. REHİN SÖZLEŞMESİNDEN FARKI | 72 |
| VI. AVALDEN FARKI | 73 |

ALTINCI BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFİL İLE ALACAKLI VE BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER

| | |
|---|----|
| I. MÜTESELSİL KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU DEFİ HAKLARI..... | 75 |
| A. Müteselsil Kefilin Asıl Borç İlişkisine Dayanan Defi Hakları | 76 |
| 1. Asıl Borcun Geçersiz veya Sona Ermiş Bir Borç Olduğu Defi... 76 | |

| | |
|--|-----|
| 2. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Defi | 82 |
| 3. Asıl Borcun Eksik (Tabi) Borç Olması..... | 83 |
| B. Müteselsil Kefilin Asıl Borç İlişkisine Dayanan Defi Hakkına Bağlanan Sonuçlar | 86 |
| C. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Defi Hakları..... | 86 |
| 1. Kefalet Sözleşmesinin Geçersiz Olduğu Defi..... | 87 |
| 2. Kefalet Borcunun Muaccel Olmadığı Defi | 88 |
| 3. Taşınır Rehnin Paraya Çevrilmesi Defi | 89 |
| 4. Kefalet Borcunun Zamanaşımına Uğramış Olduğu Defi..... | 90 |
| 5. Alacaklının Özen Gösterme, Rehin Ve Borç Senetlerinin Teslimi Yükümüne Aykırı Davrandığı Defi | 91 |
| 6. Kefalet Süresinin Sona Erdiği Defi..... | 93 |
| 7. Müteselsil Birlikte Kefilin Bölme Defi..... | 93 |
| D. Kefilin Bizzat Sahibi Olduğu Defilere Bağlanan Sonuçlar..... | 94 |
| II. ALACAKLININ MÜTESELSİL KEFİLE KARŞI YÜKÜMLERİ VE SORUMLULUKLARI..... | 94 |
| A. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Kabul Yükümü | 94 |
| B. Alacaklının Rehin Haklarını Ve Rüçhanlı Hakları Koruma Yükümü | 95 |
| C. Asıl Borçlunun İflası veya Konkordato İlanı Halinde Alacaklının Bildirim Sorumluluğu | 96 |
| D. Alacaklının Asıl Borçlunun Durumu Hakkında Kefile Bilgi Verme ve Asıl Borca İlişkin Teminatları ve Borç Senetlerini Teslim Etme Borcu ve Alacaklının Özen Yükümü..... | 97 |
| E. Alacaklının Özen Yükümü..... | 99 |
| IV. II. MÜTESELSİL KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER | 100 |

| | |
|--|-----|
| A. Mütessesil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Hakları..... | 100 |
| 1. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesini Veya Borçtan Kurtarılmasını Talep Hakkı | 100 |
| 2. Mütessesil Kefilin Alacaklının Haklarına Halef Olması ve Asıl Borçluya Rücu Hakkı..... | 102 |
| B-Mütessesil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sorumlulukları | 105 |
| 1. Mütessesil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Yaptığı Ödemeyi Bildirim Yükümü..... | 105 |
| 2. Mütessesil Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürülmesi Gereken Def'ileri İleri Sürme Zorunluluğu | 105 |
| SONUÇ | 106 |
| KAYNAKÇA | 110 |

KISALTMALAR

| | |
|----------------|---|
| AD. | :Adalet Dergisi |
| b. | :bent |
| Batider | :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BK. | :Borçlar Kanunu |
| bkz. | :bakınız |
| C. | :Cilt |
| Çev. | :Çeviren |
| dn. | :dipnotu |
| E. | :Esas |
| HD. | :Hukuk Dairesi |
| HGK. | :Hukuk Genel Kurulu |
| HMK. | :Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| İBD. | :İstanbul Barosu Dergisi |
| İBK. | :İsviçre Borçlar Kanunu |
| İİK. | :İcra İflas Kanunu |
| İMK. | :İsviçre Medeni Kanunu |
| İÜHF.M. | :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | :Karar |
| karş. | :karşılaştırınız |
| m. | :madde |
| S. | :Sayı |
| s. | :sayfa |
| T. | :Tarih |
| TBBD. | :Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TMK. | :Türk Medeni Kanunu |
| TTK. | :Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | :ve devamı |
| Yarg. | :Yargıtay |

YD. :Yargıtay Dergisi
YİBK. :Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD. :Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

"Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları" adını taşıyan bu yüksek lisans tez çalışmasında, alacağın önemli teminat unsurlarından kefalet, türleri, özellikleri, kefaletin en çok kullanılan türü olan müteselsil kefaletin kurulması, geçerlilik şartları, tarafların birbiriyle olan hukuksal ilişkileri, hak ve sorumlulukları incelenecektir.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK ile kefalet sözleşmesi ve müteselsil kefaletin kurulması ve geçerliği için yeni şekli ve asli şartlar getirilmiştir. Kanunun emredici hükmü ile getirilen bu şartlar müteselsil kefaletin ispat şartı olmayıp; yasal geçerlilik şartlarıdır. Bu çalışmamızda ilk olarak kefalet ve türleri incelenmiştir. Daha sonra müteselsil kefaletin tanımı, geçerli bir şekilde kurulması için yeni yasal düzenleme ile getirilen şekli şartlar ve asli şartlar, son olarak da müteselsil kefaletin benzer hukuki kurumlarla farkı, müteselsil kefil, alacaklı ile borçlunun arasındaki ilişkiler birbirlerine karşı olan yasal hak ve sorumluluklarına yer verilmiştir. Niçin kefalet türleri içerisinde müteselsil kefaletin inceleme konusu yapıldığı akla gelebilir. Müteselsil kefalet, kefalet türleri içerisinde alacaklıya çok güçlü şahsi teminat sağlayan bir kefalet türüdür. Bu sebeple uygulamada da müteselsil kefalet çok fazla kullanılmaktadır. Yeni düzenleme ile getirilen yenilikler ve amaçları, bilimsel araştırmalar, bilimsel eserlerin ortaya çıkması sayesinde yasanın gerekçesine ve amacına uygun olarak doğru bir şekilde uygulanma kabiliyeti bulacaktır.

Yeni TBK ile EBK'nın aksine müteselsil kefaletin kurulma şartları artırılmış, şekil şartları daha da nitelikli hale getirilmiştir. Özellikle kefaletin önemli unsurlarının elle yazılması şartları ile kefalet sözleşmesinin alacaklılar, bankalar ve finans kuruluşları tarafında kötü niyetle kefil aleyhine kullanılması önlenecektir. Ayrıca kefilin de kefalet ile yükümlülük altına girdiği sorumluluğun bilincinde olması sağlanmıştır. Yeni getirilen şartlar sayesinde kefalet sözleşmesinin başka tarihte alındığı, başka bir asıl borç için kefil olduğu, kefalet miktarının yüksek

olduğu gibi itirazlara, iddialara ilişkin ihtilaflar ve Őüpheler nlenecektir. En önemli deđiŐiklilerden birisi de kefalete "eşin rızası" Şartıdır. Bu Şart alıŐmamızda Şekil Şartı değil asıl Şartlar içerisinde belirlenmiştir. EŞin rızası ile amaç aile birlikteliğini korumaktır. Kefalet sebebiyle ekonomik sıkıntıya dŐŐen kefilin aile saadetinin sarsılmasının engellenmesi hedeflenmiŐtir. Kefaletin asıl Őartlarından olan eşin rızası bulunmayan yada geçerli eş rızası olmayan kefalet sözleşmeleri kesin hŐkŐmsŐdŐr. Bu alıŐmamızda eşin rızasına ilişkin doktrinadaki kaynakların ve içtihatların yanında özellikle bankaların eşin rızası Şartını nasıl uyguladıkları konusunda genelgesi ve kredi sözleşmeleri incelenmiştir. Buna ilişkin gözlemlerimiz de bu esere yansıtılacaktır.

Çalışmamız altı baŐlıktan oluŐmaktadır.

ÇalıŐmamızın ilk başlıkta genel olarak kefalet, kefaletin hukuki niteliği, kefaletin özellikleri ele alına alınacaktır. Her ne kadar çalışmamız mŐteselsil kefaletin kurulması ve geçerlilik Şartlarını taŐıyorsa da mŐteselsil kefaletin temelini teşkil eden kefaletin tanımı ilk olarak incelenecektir. Konun daha iyi anlaŐılabılır olması için kefaletin hukuki niteliğinin çok iyi anlaşılması gerekmektedir. Bu sebeble ikinci olarak kefaletin hukuki niteliği anlatılmaya çalışılacaktır. ÇalıŐmamızın temelini teşkil eden kefaletin hukuki özelliklerinin ve yapısının daha iyi anlaşılması hedeflenecektir.

İkinci başlıkta kefalet tŐrleri anlatılarak kefalet tŐrlerinin daha iyi anlaŐabilmesi sağlanacaktır. Gerek yasa metnindeki tariflerinden gerekse doktrinadaki kaynaklardan faydalanılacaktır.

ŐncŐ başlıkta mŐteselsil kefaletin tanımı ile baŐlanacak 818 sayılı ETBK ile 6098 sayılı yeni TBK arasındaki tanım farkı ele alınarak ortak bir sonuçla mŐteselsil kefaletin tanımı ortaya çıkarılacaktır. Devamla mŐteselsil kefaletin Şekil Şartları izah edilmeye çalışılacaktır. Bu kısmın önemi 6098 sayılı TBK ile kefalet ve mŐteselsil kefaletin kurulması aşamasında getirilen yeni Şekil Şartları burada belirtilecektir. 818 sayılı EBK'da kefaletin iki önemli Şekil Şartı bulunmaktaydı. Bunlar kefaletin yazılı olması ve kefalet miktarının belirli olması Őartlarıydı. 6098 sayılı yeni TBK'da ise bu Őartlara ilave olarak elle yazılması gerekli Şekil Şartları ve kefaletin maddi Őartlarında yenilikler getirilmiştir. Bu yeni dŐzenlemeler incelemeye tabi tutulacaktır. Özellikle maddi Şartlar içerisindeki en önemli yeniliklerden birisi

olan eşin rızası uygulamada yeni ortaya çıkan içtihatlarla birlikte değerlendirilecektir.

Dördüncü başlıkta müteselsil kefaletin özellikleri birinci bölümde işleyeceğimiz kefaletin özellikleri esas alınarak işlenecektir. Bu sayede müteselsil kefaletin hukuki konumu daha anlaşılır hale gelecektir.

Beşinci başlıkta müteselsil kefaletin benzer hukuki kurumlardan farkı işlenerek; benzer hukuki kurumlardan ayırt edilmesi sağlanacaktır. Müteselsil kefaletin benzer hukuki kurumlara göre nasıl güçlü bir teminat olduğu vurgulanacak önemli özellikleri kıyas yoluyla ön plana çıkarılarak anlaşılabilir hale getirilecektir.

Altıncı ve son başlıkta müteselsil kefil ile sözleşmenin karşı tarafı alacaklı arasındaki ilişkiler, hak ve yükümlülükler değerlendirilecek. Daha sonra da müteselsil kefil ile asıl borçlu arasındaki hak ve yükümlülükler değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamız, inceleme konumuza ilişkin vardığımız belli başlı sonuçların yer alacağı sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN TANIMI- HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

I. KEFALETİN TANIMI

Kefalet sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanununda (EBK. m.483) ; “...Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder...” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanım iki yönüyle doktrinde eleştirilmiştir.¹ İlk olarak, “...borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği..” ifadesi eleştirilmiştir. Zira kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borçlunun borcunu temin etmeyi değil; asıl borçlunun borcunu ödememesinden dolayı şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder. Aksi durumda kefilin asıl borçlunun borcunu temin etmeyi taahhüt ettiği kabul edilecek olursa, kefil, asıl borcun yerine getirilmesi için gereken dikkati ve özeni gösterdiğini, yani asıl borcun yerine getirilmemesinde herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirdi.

İkinci eleştirilen nokta, kanuni tanımda yer alan “...borçlunun akdettiği borcun edasını...” ifadesinin kullanılması hususudur. Bu hükümde sanki, kefalet ile teminat altına alınan borcun, sadece sözleşme ilişkisinden doğan bir borç olacağı düzenlenmektedir. Oysa kefalet ile teminat altına alınan borcun, sözleşme ilişkisinden doğması şart değildir. Bu tür bir borç, sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya nafaka borcunda olduğu gibi kanundan doğabilir. Nitekim para ile belirlenebilen herhangi bir borç için kefalet altına girilebileceği kabul edilmektedir.

¹ Bkz. Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s.693; Yavuz Cevdet/ Acar Faruk/ Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı İstanbul 2013, s.1359 vd.; Aral Fahrettin/ Ayrancı Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı Ankara 2012, s.417 vd. ; Özen Burak; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.51 vd.;

Yapılan bu eleştiriler çerçevesinde doktrinde kefalet, şu şekilde tanımlanmıştır, kefalet, bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt ettiği bir sözleşmedir.²

Nitekim doktrindeki bu eleştirileri ve tanımlamayı dikkate alan kanun koyucu 6098 sayılı TBK m. 581’de “...Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir...” şeklinde bir tanımlama getirmiştir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile kefil, başkasına ait olan bir borçtan dolayı kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Kefalet, kefil ile alacaklı arasında bir sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşme ilişkisine dahil olan üçüncü bir kişi de vardır ki, bu da söz konusu maddeden anlaşılacağı üzere alacaklı karşısında yer alan borçludur. Dolayısıyla kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşan üçlü bir hukuki ilişkiyi ifade eder. Bu durumda kefalet sözleşmesi, esasında kefil ile alacaklı arasında kurulmakta ve bu sözleşme çerçevesinde kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki ilişkiden doğan borcun ödenmemesi halinde bundan şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir.³

Ayrıca belirtmek gerekir ki kefaletten söz edilebilmesi için, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden veya diğer şekilde kanundan doğan bir asıl borcun bulunması gerekir. Ayrıca kefil, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı istemeli ve kefil ile alacaklı bu konuda anlaşmış olmalıdır.⁴

² Reisoğlu Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s.2; Hatemî Hüseyin/ Serozan Rona/ Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.520-521; Grassinger Gülçin. E., Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s.13; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.693; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1359;

³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.693-694; Aral/ Ayrancı, s.417; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1362.

⁴ Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s.521; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.694 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s.777 vd..

II. KEFALETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Kefalet, hukuki niteliği itibariyle fer'i, yani asıl borca bağımlı ve tali nitelikte bir sözleşmedir.⁵ Bu nedenle kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağlıdır.⁶ Kefaletin tali nitelikte olması ise, kendini adi kefalette göstermektedir.⁷ Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır. Ayrıca kefalet de sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler⁸.

2. Kefaletin Fer'iliği

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan ve bağımsız bir borç olmasına rağmen, bir başka sözleşme olan ve alacaklı ile borçlu arasında kurulan temel borç ilişkisi ile dolaylı bir şekilde bağlantı içerisindedir. Bu yönüyle kefalet sözleşmesinden doğan kefilin borcu, fer'i (bağımlı) bir borçtur.⁹

Kefalet sözleşmesinde güvence altına alınan borç, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisinden doğan temel-asıl borçtur. Bu sebeple kefalet sözleşmesi, kefil tarafından güvence sağlanan temel-asli bir borcun varlığını gerektirir. Kefalet, asıl borcun varlığını gerektirdiği için niteliği itibariyle bu borca bağımlıdır, yani fer'i nitelikte bir borçtur. Bu yüzden de kefaletten doğan borç, ancak teminat altına alınan asıl borç var olduğu takdirde ortaya çıkar ve onunla birlikte varlığını devam ettirir. Temel borç ilişkisinden doğan asıl borç sona ererse kefalet

⁵ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.521; Aral/ Ayrancı, s.422; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.695.

⁶ Kefaletin sona ermesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Başyigit Özgür, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi” Legal Hukuk Dergisi, S. 55, 2005-3, s. 3317 vd.

⁷ Reisoğlu Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013; s.2 vd.; Aral/ Ayrancı, s.425; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.696-697; Yavuz/ Acar/ Özen, s.780.

⁸ Aral/ Ayrancı s.425; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.694-695; Yavuz/ Acar/ Özen, s.781.

⁹ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.776; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.521; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.695; Aral/ Ayrancı, s.418;

borcu da sona erer. Bu nedenle kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağlıdır.

Kefaletin ferî nitelikte olmasının çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Feriliğin ilk ve önemli sonucu, kefilin borcunun doğması ve varlığını sürdürmesi için, geçerli ve mevcut bir asıl borcun varlığının gerekli olmasıdır. Nitekim bu husus TBK. m.582'de, "...Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir..." ifadesiyle açıkça ortaya konulmuştur. Bu durumda kefaletin geçerliliği, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır ve temel borç ilişkisi geçersizse kefalet de geçersiz olacaktır.¹⁰

İkinci olarak kefilin,, kefalet sözleşmesinden doğan borcunun, temel borç ilişkisindeki asıl borç-alacak miktarı ile sınırlı olmasıdır. Zira kefile asıl borçludan daha fazla bir mükellefiyet yüklenemez ve kefilin sorumluluğu asıl borçludan daha ağır olamaz.¹¹ Bu değerlendirmenin doğal bir sonucu olarak asıl borcun koşula bağlandığı bir durumda kefilin kayıtsız şartsız borç altına girmesi geçersiz sayılmalıdır.¹²

Kefaletin feriliğinin diğer bir sonucu da alacaklının, kefalet alacağını asıl alacaktan ayrı olarak devredememesidir.¹³ Asıl alacak herhangi bir sebeple devredilirse, ona bağımlı olan kefalette devredilmiş olacaktır. Nitekim TBK m. 189'daki, "...alacağın devri ile devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer..." hükmünde bu durum açıkça düzenlenmiş olup asıl alacağın devredilmesi durumunda onun fer'i olan kefalet de kanun gereğince asıl alacağı devralana geçecektir. Ancak kefalet sözleşmesinde taraflar, alacağın temlikî durumunda kefaletin yeni alacaklıya geçmeyeceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda kefalet, asıl alacaktan bağımsız olarak varlığını sürdürmeyecek, sona erecektir.

Kefaletin feriliğinin bir başka sonucu, temel borç ilişkisinden doğan alacağın asıl borçluya karşı muaccel olmadan önce kefile karşı muaccel olamamasında

¹⁰ Ayrancı Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C.53, S.2, s.97.

¹¹ Eren, Özel Hükümler, s. 776;

¹² Aral/ Ayrancı, s.418.

¹³ Eren, Özel Hükümler, s. 776;

kendini gösterir.¹⁴ Nitekim TBK. m.590/1’de “...borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz...” hükmü ile TBK. m.590/3’de, “...asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar...” hükmü bir arada değerlendirildiğinde bu sonuç kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Kefaletin feriliği, kefilin sahip olduğu savunma imkanlarında da etkilidir.¹⁵ Nitekim asıl borçlu, temel borç ilişkisinden doğan borcuna ilişkin olarak hangi savunma imkanlarına sahip ise kefil de aynı savunma imkanlarına sahip olacaktır.¹⁶ Bu sebeple alacaklı, kefile başvururken sadece kefalet sözleşmesinden değil, aynı zamanda temel borç ilişkisinden doğan defi ve itirazlarla karşılaşabilecektir. Bu durumda alacaklı, temel borç ilişkisinin yanı sıra kefaletle ilişkin alacak hakkı bulunduğunu ispat etmek zorundadır.¹⁷

Kefalet borcunun ferilik niteliği, kefalet sözleşmesinin değişmez unsurudur. Dolayısıyla kefil, kefaletin bu niteliğinden kısmen dahi feragat edemez.¹⁸ Aynı şekilde taraflar, kefaletin bu ferilik niteliğini kısmen veya tamamen değiştiremezler. Aksi durumda, yani kefilin ferilikten feragat etmesi veya ferilik niteliğinin kısmen değiştirilmesi halinde kefaletten söz etmek mümkün olmayacaktır.¹⁹ Böyle bir durumda daha ziyade garanti sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir.²⁰ Bu durumda kefilin koruyucu hükümler etkisini kaybetmektedir.²¹

Kefaletin feriliği kural olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır.

¹⁴ Şahan Gökhan; Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s.21.

¹⁵ Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 776;

¹⁶ Kefilin savunma imkânları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Grassinger, s.13 vd.

¹⁷ Hatemî/ Serozan/ Arpacı, s.522-523; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1367

¹⁸ Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 776-777;

¹⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 777;

²⁰ Kefalet ve garanti arasındaki farklar ve ayırım konusundaki kriterlere ilişkin bkz. Canbolat Ferhat/ Topuz Seçkin, Kefalet ve Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, Sayı 78, 2008 Ankara, s.56 vd.

²¹ Kefalet sözleşmesi kanunda düzenlenmiş ve kefilin koruyucu birçok hükmü bulunmasına rağmen garanti sözleşmesi kanuni düzenlemeye konu olmadığı gibi, genel hukuki ilkelerin dışında garanti vereni koruyucu herhangi bir özel düzenleme de bulunmamaktadır. Bkz. Barlas Nami, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, C.II, İstanbul 2002, s.950; Turan Gamze, Garanti Ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Eylül-Ekim 2006, s.29-30.

Bu istisnalardan ilki konkordatoya ilişkindir.²² İİK 295/1-2 uyarınca konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, konkordato tasdik edilse bile kefile karşı alacağının tamamını talep hakkını muhafaza edecektir. Alacaklı hem konkordatoya muvafakat etmek hem de kefile karşı hakkını saklı tutmak istiyorsa, ona ödeme karşılığında alacağını temlik etmeyi teklif etmesi ve en az on gün önce alacaklılar toplantısının günü ve yeri hakkında bilgi vermesi gerekecektir.

İkinci istisna mirasa ilişkindir. TMK m. 629'a göre asıl borçlunun ölümü halinde mirası tutulan deftere göre kabul eden alacaklılar, alacaklarını süresi içinde deftere yazdırmayan alacaklılara karşı şahsi malvarlıklarıyla sorumlu olmadıkları gibi terekeden kendilerine intikal eden malvarlığıyla da sorumlu olmazlar. Alacaklı, deftere yazdırmada kusurunun olmadığını veya alacağını bildirmiş olmasına rağmen deftere yazılmadığını ispat ettiği takdirde, mirası deftere göre kabul eden mirasçıya ancak mirasçının zenginleştiği oranda başvurulabilecektir. Asıl borçlunun kefilisi ise alacaklılara karşı, alacaklılar alacaklarını ister deftere yazdırsınlar ister yazdırmassınlar borcun tamamından sorumlu olacaktır.²³

3. Kefaletin Taliliği

Kefaletin tali nitelikte olması, asıl borçluya karşı takip yapıp bu takip semeresiz kalmadan veya kefaletten önce rehin verilmişse, bu rehine başvurmadan kefile karşı takip yapılamamasını ifade eder.²⁴

Kefaletin tali nitelikte olması, kendini adi kefalette göstermektedir.²⁵ Buna göre adi kefalette alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır.

Doktrinde bir görüş²⁶, kefaletin talilik özelliğinin sadece adi kefalette bulunduğunu, buna karşılık müteselsil kefalet açısından talilik özelliğinin söz

²² Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.696-697; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1367

²³ Şahan, s.22;

²⁴ Şahan, s.22;

²⁵ Reisoglu, Kefalet, s.2 vd.; Aral/ Ayrancı, s.425; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.696-697; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1367.

²⁶ Şahan, s.23;

konusu olmadığını kabul eder. Buna gerekçe olarak da müteselsil kefalette borç muaccel olduğunda doğrudan doğruya kefile başvurulabilmesini göstermektedirler.

Buna karşılık doktrindeki bir başka görüş²⁷ ise müteselsil kefalette de talilik özelliğinin mevcut olduğunu kabul etmektedirler. Buna gerekçe olarak da, asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcunun muaccel hale gelmeyeceğini ve paradan başka borçlara kefalette, asıl borcun yerine getirilmediğinin tespitinden sonra ancak kefile başvurulabileceğini göstermektedirler.

Konuya ilişkin değerlendirmesinde Aral/Ayrancı²⁸, muacceliyete ilişkin iddiaların, kefaletin feriliği ilkesiyle ilgili olduğuna ve uygulamada daha çok para borcuna kefil olduğundan taliliğin müteselsil kefaletin bir ilkesi olmadığına vurgu yapmaktadır. Buna karşılık Eren²⁹ ise kefalet borcunun en azından zaman yönünden tali bir borç olduğunu; öncelikli olarak temel ilişkideki asıl borçlunun borçlu sıfatına haiz olduğunu; kefilin ise sonraki borçlu olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca hangi tür kefalet olursa olsun kefilin dava edilebilmesi için her şeyden önce asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi gerekmektedir.

4. Sürekli Sözleşme Olup Olmadığı Sorunu

Sürekli edim, borçlunun borçlanmış olduğu bir edimi, zaman içinde sürekli bir davranışla yerine getirdiği edimdir. Buradaki süreklilik, zaman yönünden hiçbir kesintiye uğramadan, aralıksız bir ifa anlamında değil, edimin ifasına yönelik davranışın fiili ve hukuki bakımdan bir bütünlük oluşturacak şekilde, sözleşmede öngörülen süre içerisinde veya uzun bir zaman dilimi içinde yerine getirilmesi olarak değerlendirilmelidir.³⁰ Bu noktada önemli bir husus olarak ifa fiillerinin ve ifaya

²⁷ Reisoğlu, Kefalet, s.5 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1368;

²⁸ Aral/ Ayrancı, s.421.

²⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 777.

³⁰ Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ankara 2012, s.6 vd.; Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Teksir), Ankara 2015, s.70 vd. ; Eren Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı İstanbul 2014, s.107; Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 8 vd.; Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, (Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar), 13. Bası, İstanbul 2006, s.9; Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul 1993, s.10-11;

yönelik hazırlıkların borçlu yönünden uzun bir süreyi almasının bir edime “süreklilik” özelliğini kazandırmayacağını vurgulamak gerekir. Zira önemli olan ifanın alacaklı yönünden bir anda veya bir defada gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Edim borcu bir anda veya bir defa da gerçekleşiyorsa ani edimden, buna karşılık sözleşmede öngörülen süre içerisinde, bu süre esnasında devamlı olarak ifa ediliyorsa, belirli bir zamana yayılıyorsa sürekli edimden söz edilir.

Bir sözleşmenin ani edimli veya sürekli edimli sözleşme olması, özellikle sözleşme ilişkisinin sona ermesi açısından önem taşır. Zira sürekli edim borcu doğuran sözleşmelerde, ani edimli sözleşmelerdeki dönme hakkının yerini, ileriye etkili sonuç doğuran fesih hakkı almaktadır.

Kefalet sözleşmesi bakımından kefilin borcunun ani edimli mi, yoksa sürekli edimli mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş³¹ kefalet sözleşmesinde kefilin borcu süreklilik arz etse bile sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme özeliğine sahip olmadığını kabul etmektedir. Ancak “sürekli edimli sözleşme benzeri bir sözleşme” özelliğinin bulunduğu savunulmaktadır³².

Doktrindeki bir başka görüş³³ ise kefaletin ani edimli bir sözleşme olduğunu, ancak buradaki edimin, yani kefilin borcunun şarta bağlanması sebebiyle “şarta bağlı ani edimli bir borcun” bulunduğunu kabul etmektedir. Zira kefilin temel ilişkisinden doğan borcun sorumluluğunu taşıması, edim fiili ile ilgilidir, buna karşılık edim sonucuna doğrudan doğruya bir etkisi yoktur. Dolayısıyla bu sorumluluğun varlığı, ifaya yönelik hazırlık hareketi olarak nitelendirilmelidir.

İkinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Zira kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu edim sonucu, temel borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde para olarak belirlenmiş olan kefalet miktarının alacaklıya ödenmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu da kefilin borcunun sürekli değil, ani edimli olduğunu göstermektedir.

³¹ Eren, Özel Hükümler, s. 773;

³² Gümüş Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul 2010, s.330.

³³ Bkz. Seliçi, 30 vd.;

5. Kefaletin Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Hukuki işlemler, tek taraflı ve iki taraflı hukuki işlemler olmak üzere ikili bir ayırımla incelenir.³⁴ Sözleşmeler, iki taraflı hukuki işlemlerdir. Bu bağlamda kefalet, bir sözleşme olup, iki taraflı bir hukuki işlemdir.

Sözleşmeler de kendi içerisinde “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” ve “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılır. Kefalet sözleşmesi, niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira kefalette borç altına giren tek kişi kefildir. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafını oluşturan alacaklı, herhangi bir borç altına girmemektedir.³⁵

Kefalet, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte bazı istisnai durumlarda alacaklının sözleşme ilişkisi içinde kefile karşı bazı yükümlülükleri üstlendiği durumlarda sözleşmenin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği kazanacağı ve buna bağlı hukuki sonuçların ortaya çıkacağı doktrinde kabul edilmektedir.³⁶ Özellikle de böyle bir durumda alacaklının, kefile karşı üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmediği bir durumda alacaklı durumundaki kefil, borçlu durumundaki “alacaklıya” karşı TBK. m.97 uyarınca ödemezlik defini ileri sürebilecektir. Yani kefil, alacaklının üstlendiği yükümlülüğün yerine getirilmesine kadar borcu ifadan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Bu tür bir örnekle uygulamada daha ziyade alacaklının karşı edimi olarak üçüncü kişi yararına koşulun kararlaştırıldığı durumlarda karşılaşılabılır. Özellikle de kefalet sözleşmesine konulan bir hükümlerle alacaklının, temel ilişkinin borçlusuna yeni bir kredi sağlamayı veya sözleşme süresini uzatmayı taahhüt ettiği bir durumda alacaklı, bu koşulu yerine getirmediği takdirde alacaklı, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemesine rağmen kefileden ödeme talebinde bulunursa kefil, alacaklıya karşı ödemezlik defini ileri sürmek suretiyle savunmada bulunabilecektir.

³⁴ Hukuki işlem konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2010, s. 46; Oğuzman Kemal/ Öz, Turgut, :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, , Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, C.1, İstanbul 2014, s.132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.35;

³⁵ Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.15; Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, İstanbul 2002, s.1240; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.694; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1368; Zevkliler Aydın/ Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 677; Özen, s. 346; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.530; Eren, Özel Hükümler, s. 773; Gümüş, s.329; Reisoğlu, Kefalet, s. 25.

³⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 773;

6. Kefaletin İvazsız Olması

Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması hasebiyle burada sadece kefil borç altına girmektedir. Dolayısıyla alacaklı herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da kefalet sözleşmesi ivazsız bir sözleşme özelliğine sahiptir.

Kefaletin ivazsız olmasından dolayı kefil, borçlandığı edime karşılık olarak alacaklıdan herhangi bir karşı alacak elde etmez. Kefil, karşılık olmaksızın borçlanmaktadır.³⁷

Belirtmek gerekir ki kanundan kaynaklanan bazı yan edimlerin alacaklıya yönelik olarak sözleşmede kararlaştırılmış olması, kefalet sözleşmesi bakımından karşı edim niteliği kazandırmaz. Örneğin kefilin alacaklıya halefiyeti ve ispat vasıtaları ile teminatların kefile tevdi edilmesi, alacaklı bakımından bir yükümlülük olarak öngörülebilir. Aynı şekilde temel ilişkideki borçlunun kefaleti sağlamak için kefile bazı menfaatler sağlaması, kefalet sözleşmesinin ivazsız olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu tür bir menfaat kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiye dahil bir husustur.³⁸

III. KEFALET BORCUNUN ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Kefaletin hukuki niteliğinin yanı sıra kefalet sözleşmesinden doğan kefilin borcunun özellik arzettiği durumlar da bulunmaktadır. Bunlar arasında özellikle kefilin borcunun, temel borç ilişkisinden doğan borçtan ayrı ve bağımsız bir özelliğe sahip olması, temel borç ilişkisinden farklı olarak kefilin borcunun parayla belirlenen bir borç olması ve borcun hukuki sebebine yönelik olarak da teminat sebebine dayanan bir borç olması yer almaktadır.

³⁷ Aral/ Ayrancı, s.421; Eren, Özel Hükümler, s. 773; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1368; Reisoğlu, Kefalet, s. 25-26;

³⁸ Aral/ Ayrancı, s.425; Eren, Özel Hükümler, s. 773; Şahan, s.23;

B. Asıl Borçtan Ayrı Bağımsız Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, içerik ve şekil yönünden asıl borçtan bağımsız bir borç özelliğine sahiptir.³⁹ Her ne kadar kefalet ilişkisi üçlü bir ilişki ortaya çıkarsa da ve alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisi ile doğrudan doğruya bağlantısı bulunsa da bu özellik varlığını sürdürmektedir. Zira kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılan ve üçüncü bir kişinin bu sözleşmeye doğrudan dahil olmadığı bir sözleşme ilişkisidir.

Kefalet sözleşmesinde kefil, temel borç ilişkisindeki borçlunun edimini değil, bu edimin yerine getirilmediği bir durum için kendi üstlendiği edimi borçlanmaktadır. Temel borç ilişkisinin borçlusu, borcunu yerine getirmediği takdirde kefil, yerine getirilmeyen bu borcu ifa ile yükümlü değildir, kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa edecektir.⁴⁰

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun, asıl borçtan bağımsız bir borç olmasının doğal bir sonucu da kefilin hiçbir zaman kendi borcuna kefil olamamasında kendini gösterir. Zira kefalet, ancak başkasının borcu için verilebilir. Dolayısıyla “başkasının borcu”, kefalet sözleşmesinin temel unsurunu meydana getirir.⁴¹ Kefil, başkasının borçlanmış olduğu bu borcun ifasından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Borçlanan bir başkası yoksa, kefaletten de söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Bunun doğal sonucu olarak da kefil, kendi borcu için kefalet sağlayamayacaktır. Buna rağmen kefilin kendi borcu için kefalet verdiği bir durumda başlangıçtaki imkansızlıktan söz etmek mümkün olabilecektir.⁴²

C. Parayla Belirlenen Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında kurulan bir sözleşme olup, kefilin bu sözleşmeden doğan borcu, bir para borcudur. Kefalet sözleşmesinde kefil,

³⁹ Barlas Nami, Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorular ve Yargıtay Uygulaması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI Ankara 2006, s.43; Eren, Özel Hükümler, s. 773; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1369; Gümüş, s.324; Özen, s.52, Reisoğlu, Kefalet, s.24 vd.;

⁴⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1369; Reisoğlu, Kefalet, s. 27; Eren, Özel Hükümler, s. 774; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.697 vd.; Şahan, s.19;

⁴¹ Eren, Özel Hükümler, s. 774;

⁴² Eren, Özel Hükümler, s. 774;

her ne kadar temel borç ilişkisinden doğan borcun borçlu tarafından ifa edilmemesinden kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmiş olsa da kefilin sorumluluğu, söz konusu edimin kişisel olarak borçlu yerine geçmek suretiyle ifa edilmesi değildir.⁴³ Bu edimin ifa edilmemesi sebebiyle kararlaştırılan bir miktar paranın alacaklıya ödenmesi şeklinde bir borçtur. Nitekim bu durum TBK m. 583'te, "...kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz..." şeklindeki hükümde "kefilin sorumlu olacağı azamî miktar" ibaresi ile açıkça vurgulanmıştır. Buradaki azami miktardan kastedilen "bir miktar para"dan başka bir şey değildir.⁴⁴

Kefilin, kefalet sözleşmesinden doğan borcu, bir para borcu olmakla birlikte kefil, dilerse temel borç ilişkisindeki borçlunun borcunu da yerine getirebilir.⁴⁵

Bu tür bir sonuç, şahsen ifa zorunluluğunun bulunmadığını öngören TBK. m.83 hükmündeki "...borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir..." ifadesinden çıkmaktadır. Bu tür bir durumda ifanın, kefil olarak yerine getirilmesinden ziyade "üçüncü kişi" tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu olur.

Kefalet sözleşmesinde kefile, temel borç ilişkisinde borçlunun borçlanmış olduğu asıl edimi bizzat yerine getirebilmesine yönelik olarak seçimlik yetki⁴⁶ tanınması da mümkündür. Bu durumda kefilin asıl borcunu, kefalet sözleşmesindeki asli borcu oluşturan para borcu oluştururken; ikame edimi ise temel borç ilişkisindeki borçlunun asıl borcu oluşturur. Bu tür bir durumda kefil, dilerse kefalet borcunu yerine getirebilecektir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin, temel borç ilişkisinden doğan borcu yerine getirmek zorunda olduğu kararlaştırılmaz.⁴⁷ Bu tür bir kararlaştırmanın bulunduğu durumlarda artık kefalet sözleşmesinden değil, borcun birlikte üstlenilmesinden, kümülatif borç üstlenmeden söz edilebilir. Zira bu tür bir zorunluluk kefalet sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmayacaktır.

⁴³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.697; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1363; Eren, Özel Hükümler, s. 775; Reisoğlu, Kefalet, s. 28;

⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 775;

⁴⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 775-776;

⁴⁶ Seçimlik yetki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cansel Erol/ Özel Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınları, C.1, 2014, s.17; Eren, Genel Hükümler, s. 969.

⁴⁷ Eren, Özel Hükümler, s.776;

Kefilin borcunun para ile belirlenen bir borç olmasının önemli sonuçlarından biri de temel borç ilişkisinde borçlunun üstlenmiş olduğu maddi edimlerin yanı sıra şahsi edimlerin de kefalet ile teminat altına alınmasında kendini gösterir. Maddi edimler konusunda kefalet verilmesinde herhangi bir mahsur yoktur.

D-Teminat Sebebine Dayanan Bir Borç Olması

Kefalet sözleşmesi ile kendisine yönelik teminat verilen temel borç ilişkisine dair sözleşmenin hukuki sebepleri birbirinden farklıdır.

Hukuki sebep, doktrinde, hukuki işleme esas teşkil eden hukuki gaye ve amaç olarak ifade edilmektedir.⁴⁸ Hukuki sebep kavramı, esas olarak kazandırma kavramı ile birlikte kullanılır. Kazandırma, bir kimsenin, bir başka kimse yararına bir malvarlığı değeri sağlamasıdır⁴⁹. Kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen ve kazandırmaya hukuki karakterini veren tipik amaç, hukuki sebeptir.⁵⁰ Diğer bir ifadeyle, borç doğuran bir işlemin sebebi, o işlemi yapan kişinin taahhüt altına girmekle öngördüğü en yakın amacı ifade eder.⁵¹

Kefalet sözleşmesinin hukuki sebebi tektir ve her zaman “teminat sebebi”ne dayanır.⁵² Buna karşılık temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmenin hukuki sebebi, “ifa sebebi”, “alacak sebebi” veya “bağışlama sebebi” olabilir.⁵³ Zira temel borç ilişkisini, satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi veya bağışlama sözleşmesi oluşturabilir.

⁴⁸ Esener Turhan, Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s. 178; Eren, Genel Hükümler, s. 169; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 49.

⁴⁹ Kazandırma, bir malvarlığından veya çalışma gücünden bir kimsenin, diğer bir kimseye sağladığı menfaati ifade eder. Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 167; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 11, N. 38.

⁵⁰ Saymen Ferit H./ Elbir Halit K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 158; Kocayusufpaşaoğlu Necip (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, I. Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası, İstanbul 2008, § 11, N. 41; Eren, Genel Hükümler, s. 169.

⁵¹ Esener, Borçlar, 178-179.

⁵² Ayan Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s.13; Reisoğlu, Kefalet, s. 24; Zevkliler/ Gökyayla, s. 654-655; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.701; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1363; Eren, Özel Hükümler, s. 777; Gümüş, s.325;

⁵³ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.694; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1363; Eren, Özel Hükümler, s. 777;

İKİNCİ BÖLÜM

KEFALETİN TÜRLERİ

I-GENEL OLARAK

TBK. m.585 vd. maddelerinde kefaletin türleri düzenlenmiştir. Burada özellikle âdi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefaletine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca TBK. m.585/son'da zarara veya açığa kefalet de bulunmaktadır.

Aşağıda kefalet konusunda getirilen ayrımlar, dikkat çeken özellikleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınacaktır.

II-ADİ KEFALET

Borçlunun temel ilişkiden kaynaklanan borcunu yerine getirmediği durumlarda alacaklının, doğrudan kefile başvurabildiği durumlarda adi kefaletin varlığından söz edilir.⁵⁴

Kefaletin asıl şeklini adi kefalet oluşturur.⁵⁵ Kefalet sözleşmesinin taraflarının, yaptıkları kefalet sözleşmesinde kefaletin müteselsil olduğunu açıkça kararlaştırmadıkları durumda adi kefaletin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁵⁶

Adi kefaletin temel özelliklerinden bir tanesi kefilin borcunun tam anlamıyla ikincil, yani tali nitelikte olmasıdır. Bunun sonucu olarak da alacaklının, alacağını öncelikle asıl borçludan talep etmesi, bu takibin başarısız olduğu durumlarda kefile başvurmasıdır. Nitekim bu durum, TBK. m..585/1'de, "Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilin takip edemez..." şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır.

⁵⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 786;

⁵⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1389;

⁵⁶ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.525; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.762; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1390; Karahasan, s. 1225 vd.;

Adi kefalette kefil, kendisine doğrudan müracaat edildiği durumlarda alacaklıya karşı öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi ve daha sonra kendisine başvurulması savunmasında bulunabilir. Bu savunma doktrinde “tartışma (peşin dava, önce dava) defi” olarak adlandırılır.⁵⁷ Buradaki defi, kefil bakımından bir hak özelliğine sahip olup kefil, bu defiyi ileri sürmeksizin alacaklıya ödemedede bulunduğu taktirde, yapmış olduğu bu ödemeyi alacaklıdan geri talep edemeyecektir. Buna karşılık bu definin ileri sürülmemiş olması, temel borç ilişkisini ve kefil ile borçlu arasındaki ilişkiyi etkilemez. Dolayısıyla kefilin, borçluya karşı rücu hakkı devam eder.⁵⁸

Adi kefaletin tali nitelikte olması kural olmakla birlikte kanunda belirtilen bazı istisnai durumlarda, borçluya başvurulmaksızın doğrudan kefile başvurulabilmesi mümkündür. Bu istisnai durumlar TBK. m.585/1’de dört bent halinde ifade edilmiştir. Bu durumları değerlendirecek olursak;

İlk olarak TBK. m.585/1 b.1’e göre “borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması” durumunda doğrudan kefile başvurulabilecektir. Burada kastedilen husus, asıl borçlu aleyhine haciz yoluyla takip yapıldığı durumlarda borçlunun haczedilebilecek bir malvarlığının bulunmamasından dolayı kesin borç ödmeden aciz belgesi düzenlenmesidir (İİK. m.143). Tabi ki burada takibin, alacaklı tarafından kefaletin verildiği borç için yapılmış olması gerekir.⁵⁹

İkinci olarak TBK. m.585/1 b.2’ye göre “borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi” durumunda da doğrudan kefile başvurulabilecektir. Bu hüküm ile kanun koyucu, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra temel borç ilişkisindeki borçlunun yerleşim yerini başka bir ülkeye nakletmiş olması ve bu sebeple Türkiye’de malları kalmaması ihtimalinde alacaklıyı korumak istemiş ve bu durumda kefilin tartışma defini ileri süremeyeceğini, bu çerçevede de alacaklının doğrudan kefile

⁵⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1390; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.762; Eren, Özel Hükümler, s. 786; Aral/ Ayrancı, s. 431; Zevkliler/ Gökyayla, s. 671;

⁵⁸ Bkz. Reisoglu, Kefalet, s. 183; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1390;

⁵⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1391; Karahasan, s. 1227;

başvurabileceğini düzenlemiştir.⁶⁰ Söz konusu düzenlemede kanun koyucu sadece Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi durumunu değil, aynı zamanda takibatın önemli ölçüde güçleşmesini de kefile doğrudan başvurulabilecek bir hal olarak kabul etmiştir.

Üçüncü olarak TBK. m.585/1 b.3’e göre “borçlunun iflasına karar verilmesi” durumunda da alacaklı, doğrudan kefile başvurulabilecektir. Bu noktada alacaklının doğrudan doğruya kefile başvurulabilmesi için temel borç ilişkisindeki borçlunun iflasının açılması yeterlidir. Ayrıca iflas yoluyla tasfiyenin sonucunun beklenmesine ve özellikle de kesin borç ödemededen aciz belgesi alınmasına ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte TBK. m.590/1’deki “Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz” hükmü gereğince kararlaştırılan vadenin de beklenmesi gerekecektir.⁶¹

Adi kefaletin tali nitelikte olması kuralının son bir istisnası da TBK. m.585/1 b.4’de düzenlenen “borçluya konkordato mehli verilmiş olması” halidir. Bu son durum 818 Sayılı EBK’da düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde, borçluya konkordato mehli verildiği durumlarda, iflâsa denk bir etkinin ortaya çıktığı kabul edilmekte ve bu çerçevede iflas bakımından kabul edilen hukuki sonucun konkordato mehli verilmesi bakımından kabul edilmesi gerektiği savunulmaktaydı.⁶² Nitekim kanun koyucu, doktrinde yapılan bu eleştiri ve değerlendirmeleri dikkate almak suretiyle yeni Türk Borçlar Kanunu’nda borçluya konkordato mehli verilmiş olmasını, kefile doğrudan doğruya başvurulabilecek haller arasında düzenlemiştir.

Adi kefaletin temel özelliklerinden bir başkasını da adi kefilin, rehinin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilmesi oluşturur. Temel borç ilişkisinden doğan borcun, alacaklı ile kefil arasında kefalet sözleşmesi kurulmadan önce veya aynı anda rehin ile teminat altına alınması söz konusu olabilir. Bu şekilde borcun hem rehin ile hem de kefalet ile güvence altına alındığı durumlarda ve borç, borçlu tarafından yerine getirilmediğinde alacaklı, hem rehinin paraya çevrilmesini isteme hem de kefile başvurarak alacağın ödenmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak kanun koyucu adi kefalet bakımından bu duruma bir istisna getirmekte ve TBK. m.585/2’de “...Alacak,

⁶⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1392; Karahasan, s. 1227;

⁶¹ Bkz. Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.526; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1391; Karahasan, s. 1226-1227;

⁶² Reisoğlu, Kefalet, s. 116; Özen, s.272-273; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1391;

kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir...” hükmünü öngörmektedir. Bu çerçevede alacağın, kefaletin yanı sıra rehin ile de güvence altına alındığı durumlarda kefilin, kendisine başvuran alacaklıya karşı alacağını öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla elde etmesini ileri sürme yetkisi vardır. Doktrinde bu savunma imkanı, “rehinin paraya çevrilmesi defî” olarak adlandırılmaktadır.⁶³ Kefilin, rehinin paraya çevrilmesi defîni ileri sürmesine engel olacak iki durum TBK. m.585/2’nin ikinci cümlesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verildiği durumlarda rehinin paraya çevrilmesi defî ileri sürülemez.

Kefilin, kanunun kendisine tanıdığı tartışma defî ile rehinin paraya çevrilmesi definden önceden feragat edebilmesi mümkün değildir, bu tür bir feragat yapılmışsa geçersizdir. Buna karşılık kefilin, sonradan bu haklardan feragati mümkündür.⁶⁴

III-MÜTESELSİL KEFALET

Müteselsil kefalet⁶⁵, kefalet sözleşmesi ile teminat sağlayan bir kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmesidir⁶⁶.

Müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için kefilin, “müteselsil kefil” olma iradesinin sözleşme metninden açıkça anlaşılması gerekir. Sözleşme metninde mutlaka “müteselsil kefil” ibaresinin kullanılması zorunlu değildir; kullanılan ifade ve ibarelerden bu iradenin varlığının anlaşılması gerekli ve yeterlidir. Nitekim TBK. m.586/1’deki ifade bu tür bir yorumu destekler mahiyettedir.

Müteselsil kefalette alacaklı, TBK m. 586 uyarınca borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan kefilini takip edebilir. Bu özelliği sebebiyle müteselsil kefalette, adi kefaletten farklı olarak talilik özelliği bulunmamaktadır. Ancak bu tür bir takibin yapılabilmesi için TBK. m.586/1

⁶³ Eren, Özel Hükümler, s. 787; Aral/ Ayrancı, s. 433; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1392;

⁶⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 787;

⁶⁵ Müteselsil kefalet, tezin konusunu oluşturduğundan ve aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacağından burada “kefaletin bir türü” olarak kısaca değerlendirilmiştir.

⁶⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1393-1394; Eren, Özel Hükümler, s. 787;

uyarınca borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.⁶⁷

Müteselsil kefalette alacağın teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile teminat altına alındığı durumlarda öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluna başvurulması gerekir. Alacaklının, rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurmaması mümkün değildir. Bu durumun istisnası TBK. m.586/2'de düzenlenmiştir. Buna göre alacağın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağına önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ve yahut da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehinin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilmesi mümkün olacaktır.⁶⁸

Söz konusu düzenlemeler karşısında müteselsil kefalette kefilin, tartışma def'ini ileri sürme hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık kefil, rehin yönünden sadece taşınmaz rehininde rehinin paraya çevrilmesi def'ini ileri süremezken, alacak ve taşınır rehinlerinde bu hakkı ileri sürebilme imkanı vardır. Böylece kefil, müteselsil kefil sıfatını kazanmakla birlikte, alacak ve taşınır rehinleri dışında defilerden önceden vazgeçmiş olmaktadır. Bu özelliği sebebiyle müteselsil kefalette kefilin borcuna yönelik olarak doktrinde borcun, kural olarak asli, istisnai olarak da tali nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹

IV-TOPLU KEFALET

Toplu kefalet, birden çok kişinin aynı borç için kefil olmaları durumudur. Toplu kefalet doktrinde, “bağımsız kefalet”, “kısmi kefalet” ve “birlikte kefalet” olmak üzere üç türde incelenmektedir.⁷⁰

⁶⁷ Aral/Ayrancı, s. 453; Özen, s. 302.

⁶⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 787-788;

⁶⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 788;

⁷⁰ Toplu kefalet konusunda ayrımlar için bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s.1398 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 789 vd.; Farklı bir ayırım için bkz. Zevkliler/ Gökyayla, s. 678 vd.;

A-Bağımsız Kefalet

Bağımsız kefalet, birden çok kişinin birbirlerinden bağımsız ve habersiz olarak aynı borç için kefil olmaları durumudur.⁷¹ Bağımsız kefalet doktrinde “gerçek olmayan birlikte kefalet” olarak da adlandırılmaktadır.⁷² Bu tür bir kefaletin, adi kefalet veya müteselsil kefalet şeklinde kurulabilmesi mümkündür.

Bağımsız kefalet konusundaki temel düzenleme TBK. m.587/4’de yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için teminat veren kefillerin her biri, taahhüt ettikleri kefalet borcunun tamamından dolayı sorumlu olacaklardır. Yani bağımsız toplu kefillerden her biri, alacaklı karşısında borcun tamamından sorumlu olacaktır. Dolayısıyla bu tür bir kefalette her bir kefil, bölme defini⁷³ ileri süremeyecektir. Buna karşılık kefillerden biri tarafından ödeme yapıldığında ödemeyi yapan kefil, sorumluluğun paylaşılmasını diğer kefillerden isteyebilecektir. Yani bu tür bir kefalette borcu ödeyen kefil, toplam kefalet miktarındaki payı oranında diğer kefillere başvurma hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak kefalet sözleşmesinde bu tür bir başvuru imkanının aksinin kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Bir kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra aynı borç için bir başka kefaletin sağlandığı durumlarda ilk kefil ile ikinci kefil arasındaki hukuki ilişkinin “bağımsız kefalet” (gerçek olmayan birlikte kefalet) olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁷⁴.

B-Kısmi Kefalet

Kısmi kefalet, birden fazla kefilin, borcun sadece belirli bir kısmından sorumlu olmayı üstlendiği kefalet türüdür. Kısmi kefaletle ilişkin Türk Borçlar

⁷¹ Reisoğlu, Kefalet, s. 125-126; Özen, s.306 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1398; Eren, Özel Hükümler, s. 789;

⁷² Zevkliler/ Gökyayla, s. 678.

⁷³ Bölme defi, birden fazla kefilin bulunduğu durumlarda sorumluluğun kefiller arasında paylaşılmasını ifade eder.

⁷⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.771; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1398; Zevkliler/ Gökyayla, s. 678;

Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte sözleşme serbestisi çerçevesinde doktrinde kabul edilen bir kefalet türüdür.⁷⁵

Kısmi kefalette kefiller arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.⁷⁶ Bu yüzden her bir kefil kendi kısmından sorumlu olmaktadır.

C-Birlikte Kefalet

Birlikte kefalet, birden fazla kimseden her birinin, diğerinin veya diğerlerinin kefil olduğunu veya olacağını göz önünde bulundurarak aynı borca yönelik olarak kefil olmasıdır.⁷⁷ Birlikte kefalet doktrinde “gerçek birlikte kefalet” olarak da adlandırılmaktadır.⁷⁸

Birlikte kefaletin söz konusu olabilmesi için öncelikle asıl borcun ve bu borcun borçlusunun aynı olması gerekir. Aksi bir durumda yani, bir alacaklının aynı asıl borçluya karşı sahip olduğu, farklı hukuki gerekçelerden kaynaklanan çeşitli alacaklarına kefil olunması halinde, birlikte kefalet söz konusu olmaz.

Birlikte kefalet, adi birlikte kefalet veya müteselsil birlikte kefalet şeklinde kurulabilmektedir.

1. Adi Birlikte Kefalet

Adi birlikte kefalet, birden fazla kimsenin bölünebilen bir borca, her birinin kendi payı için adi kefil ve diğerlerinin borcu için ise kefile kefil sıfatıyla yükümlülük altına girdiği kefalet türüdür. TBK. m.587/1’in ve bu çerçevede adi birlikte kefaletin söz konusu olabilmesi için, bölünebilen bir borcun bulunması gerekir. Bu noktada asıl borcun bölünebiliyor olup olmamasının önemi yoktur. Önemli olan kefilin borcunun bölünebiliyor olmasıdır. Bu çerçevede asıl borç, bölünemeyen bir borç olsa da kefilin borcu daima bir para borcu özelliğine sahip

⁷⁵ Özen, s.309-310; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1399; Eren, Özel Hükümler, s. 789;

⁷⁶ Özen, s. 309-310; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1398; Zevkliler/ Gökyayla, s. 678; Eren, Özel Hükümler, s. 789;

⁷⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1399-1400; Eren, Özel Hükümler, s. 790;

⁷⁸ Zevkliler/ Gökyayla, s. 678.

olduğundan ve para borçları da bölünebilen borçlardan kabul edildiğinden adi birlikte kefaletle bağlanan sonuçların uygulanabilmesi mümkündür.

Adi birlikte kefalette adi birlikte kefillerden her biri, alacaklının takibi karşısında taksim def'ini ileri sürme hakkına sahiptir. Taksim def'i, kefillerden her birinin yalnız kendi payından sorumlu olduğuna ilişkin defidir.⁷⁹

Ayrıca adi birlikte kefalette her bir kefil, kendi payı için adi kefil gibi sorumlu olduğundan, alacaklıya karşı tartışma def'i ile rehnin paraya çevrilmesi def'ini de ileri sürme hakkına sahiptir.⁸⁰

2. Müteselsil Birlikte Kefalet

Müteselsil birlikte kefalet, kefillerin alacaklıya karşı kendi aralarında veya borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmayı üstlendikleri kefalet türünü ifade eder.⁸¹

Müteselsil birlikte kefaletten söz edilebilmesi için kefillerin “müteselsil birlikte kefil” olma iradesinin sözleşme metninden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi bir durumda adi birlikte kefaletin bulunduğuna yönelik bir karinen geçerli olduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁸²

Müteselsil birlikte kefalet iki şekilde ortaya çıkabilmektedir.⁸³ Müteselsil birlikte kefalet, ilk olarak kefillerin sadece kendi aralarında müteselsilen sorumluluk altına girmesi şeklinde gerçekleşebilir. Bu tür bir müteselsil birlikte kefalette, sorumluluk altına giren kefiller bölme def'ini ileri sürmekten feragat etmekte, buna mukabili tartışma def'i ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmek haklarını saklı tutmaktadır.

Müteselsil birlikte kefalet ikinci olarak kefillerin hem kendi aralarında hem de borçlu ile birlikte müteselsilen sorumluluk altına girmesi şeklinde gerçekleşir. Bu tür bir müteselsil birlikte kefalette, sorumluluk altına giren kefiller, hem tartışma

⁷⁹ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.772 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1400; Zevkliler/ Gökyayla, s. 677; Özen, s. 321 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 790; Aral/Ayrancı, s. 438;

⁸⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1400; Eren, Özel Hükümler, s. 790;

⁸¹ Aral/Ayrancı, s. 438; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1401; Eren, Özel Hükümler, s. 790;

⁸² Eren, Özel Hükümler, s. 790;

⁸³ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1402 vd.

definden ve rehnin paraya çevrilmesi definden hem de bölme definden feragat etmektedirler. Ancak durum bu olmakla birlikte kefalet sözleşmesinde tarafların, sadece rehnin paraya çevrilmesi defi ile tartışma definden feragat ettiklerini, buna karşılık bölme defini saklı tuttuklarını kararlaştırabilmesi mümkündür.

Birlikte kefillerin herhangi bir açıklama yapmaksızın müteselsilen kefil olmaları halinde hem kendi aralarında hem de asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu oldukları doktrinde kabul edilmektedir.⁸⁴

TBK. m.587/2 uyarınca borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her birinin, borcun tamamından sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye’de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilme yetkisine sahiptir. Kefil bu hakkını, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilecektir.

Müteselsil birlikte kefil olan kişilerin, borçtan sorumlu olacakları payları ve birbirlerine hangi oranda rücu edebileceklerini önceden ve serbestçe kararlaştırabilmesi mümkündür. Taraflar arasında bu tür bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda kefillerden her birinin eşit paylarla sorumlu olduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁸⁵

TBK. m.587/2 uyarınca aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücutan önce de kullanılabilir.

V. KEFİLE KEFALET

Kefile kefalet, alacaklı ile kefile kefil arasında yapılan ve alacaklıya karşı kefilin borcuna kefil olunan bir sözleşmedir.⁸⁶ Bu kefalet türünde kefil, alacaklıya karşı, borçluya kefil olmuş kişiye kefil olmakta ve böylece borçlunun kendi

⁸⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1403.

⁸⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1403;

⁸⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 791;

borcunun yerine getirmemesinin yanı sıra kefilin de borcunu ödememesi durumunda ortaya çıkacak riziko karşısında alacaklıya güvence sağlamaktadır.⁸⁷

TBK. m.588/1 uyarınca kefile kefil, asıl kefil ile birlikte adi kefil gibi sorumludur. Dolayısıyla kefile kefil ile asıl kefilin alacaklıya karşı sorumlulukları adi kefil ile asıl borçlununki gibidir. Bu çerçevede alacaklı, asıl kefile başvurmadan kefile kefil hakkında takibe geçemez.

Tarafların sözleşmede açıkça belirtmesi kaydıyla kefile kefilin, asıl kefile birlikte müteselsil kefil olarak sorumluluk altına girmesinde bir engel yoktur. Bu tür bir taahhüdün bulunduğu durumlarda alacaklı, dilerse kefile kefil olana dilerse de asıl kefile başvurabilir. Ancak müteselsil birlikte kefaletten farklı olarak bu tür bir kefalette, kefile kefil ödemede bulunursa asıl kefile rücu edebilirken, asıl kefil ödemede bulunursa kefile kefil olana rücu edemeyecektir.⁸⁸

Kefile kefalette, kefile kefilin sorumluluğunun üst sınırını, kural olarak asıl kefilin sorumlu olduğu miktar oluşturur. Bununla birlikte kefile kefil, asıl kefil aleyhine açılan dava ve hakkında yapılan takip masraflarından sorumlu olacaktır. Ancak tarafların (alacaklı ve kefile kefilin) sözleşmede sorumluluğunu sınırını değiştirebilme imkanı vardır. Bu tür bir değişiklik, kefile kefilin sorumluluğunun, asıl kefilin sorumluluğundan daha düşük bir miktar için yapılabilir.⁸⁹

VI. RÜCUA KEFALET

Rücu kefaletle ilişkin düzenleme, TBK. m.588/2'de yer almaktadır. Buna göre rücu kefil, kefilin borçludan rücu alacağı için güvence veren kefildir. Bu hüküm çerçevesinde bir tanımlama yapacak olursak rücu kefalet, asıl kefil ile rücu kefil arasında yapılan ve asıl kefilin alacaklıya ödemede bulunması halinde asıl

⁸⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.768 vd.; Zevkliler/ Gökyayla, s. 679; Eren, Özel Hükümler, s. 791;

⁸⁸ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.767-768; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1404; Zevkliler/ Gökyayla, s. 677; Özen, s. 346; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.530; Karahasan, s. 1240;

⁸⁹ Bkz. Zevkliler/ Gökyayla, s. 680;

borçluya yapılacak başvuruda, başvurunun sonuçsuz kalması ihtimalini güvence altına alan ve rücu kefilin teminat taahhüdünü içeren sözleşmedir.⁹⁰

Rücu kefalette, temel borç ilişkisinin alacaklısı sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşme, ilk-asıl kefil ile rücu kefil arasında kurulmaktadır. Bu sözleşmede rücu kefil, ilk-asıl kefilin alacaklıya ödemedede bulunduktan sonra asıl borçluya rücu etmesi halinde bu rücunun boşa çıkması ihtimalinde ilk-asıl kefile ödemedede bulunmayı taahhüt etmektedir.

Rücu kefilin sorumluluğunun belirlenmesinde kural olarak adi kefalet ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı doktrinde kabul edilmektedir. Ancak rücu kefilin, rücu alacağı için asıl borçlu ile müteselsilen borç altına girmesine bir engel yoktur. Rücu kefilin müteselsilen borç altına girdiği bir durumda alacaklıya ödemedede bulunan ilk-asıl kefil, asıl borçluya başvurmadan doğrudan doğruya rücu kefile de başvurabilecektir.⁹¹

Rücu kefalet, kural olarak adi kefalet niteliğinde kabul edildiği için ilk-asıl kefil ödemedede bulunduktan sonra asıl borçluya başvurduğunda, tartışma defii veya rehlin paraya çevrilmesi defii kendisine karşı ileri sürülebilecektir. İlk-asıl kefilin rücu hakkı herhangi bir sebeple ortadan kalkarsa, rücu kefil olanın sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Asıl borca ilk-asıl kefileden başka kişiler de kefil olmuşsa, ilk-asıl kefile ödemedede bulunan rücu kefil, ilk kefilin haklarına halef olur. Bu durumda rücu kefil, asıl borçlu yanında diğer kefillere de payları oranında rücu etme hakkına sahiptir.

VII. ZARARA (AÇIĞA) KEFALET

Zarara (açığa) kefalet, sadece alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği alacak miktarının adi kefil sıfatıyla sorumlu olmayı taahhüt eden kefileden alınmasını öngören kefalet türüdür. Eski borçlar kanununda düzenlenmeyen, ancak doktrinde yapılmasında sakınca bulunmadığı kabul edilen zarara kefalet yeni borçlar kanununda (TBK. m.583/3) düzenlenmiştir.

⁹⁰ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.768; Zevkliler/ Gökyayla, s. 679; Eren, Özel Hükümler, s. 791; Aral/Ayrancı, s. 439;

⁹¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1404; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.530-531; Karahasan, s. 1240;

Kanun koyucu, sadece açığın, yani zararın kapatılması için kefil olduğu bir durumda (TBK. m.585/3), borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabileceğini öngörmektedir.⁹² Nitekim böyle bir durumda sözleşmede alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu da kararlaştırılabilir.

Konkordato halinde, adi kefalette borcun tamamı istenebilirken, zarara kefalette alacaklı konkordato dışında kalan alacağını konkordato sonucunu beklemeden takip edebilir. Asıl borçlunun iflası halinde iflas sonucunu beklemeden borcun tamamı adi kefinden istenebilirken, zarara kefinden ancak iflasın tasfiyesi sonucu alacaklı, alamadığı alacak kısmını isteyebilir.⁹³

⁹² Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s.531; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.769; Yavuz/ Acar/ Özen, s.1404;

⁹³ Yavuz/ Acar/ Özen, s.1404-1405;

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI, ŞEKLİ VE MADDİ ŞARTLARI

I. MÜTESELSİL KEFALETİN TANIMI

TBK. m.581'de yer alan düzenleme ve kefalet sözleşmesine ilişkin yeni tanımlamadan hareketle müteselsil kefalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 586'da düzenlenmiştir⁹⁴. Buna göre "...kefil müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmiş ise alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla karşılanmayacağından önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi yada borçluya konkordato mehli verilmesi hallerinde, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir..."

Kanundaki bu düzenlemeye göre müteselsil kefalet sözleşmesi diğer kefalet sözleşmelerinden farklı bir şekilde alacaklıya önemli bir imkan sağlamaktadır. Buna göre alacaklı asıl borçluya icra takibi yapmasına gerek olmadan müteselsil kefile başvurabilecektir. Nitekim Yargıtay rehni teminat altına alınmış bir alacağın rehni paraya çevrilmeden müteselsil kefile de başvurulabileceğine karar vermiştir.⁹⁵ Diğer kefalet sözleşmelerindeki gibi bazı şartların gerçekleşmesini beklemeye gerek yoktur.

EBK m. 487/1'de ise müteselsil kefalet şöyle düzenlenmiştir : "Kefil Borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhte etmişse alacaklı asıl borçluya müracaat ve rehinleri

⁹⁴ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Acar Özlem, Türk Borçlar Hukuku'nda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 5.

⁹⁵ Yarg. 19 HD 20.06.2002 tarih ve 2001/7125 E. 2002/4860 K. (www.sinerji.com).

nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir" şeklinde düzenlenmiştir. EBK'da da tıpkı yeni TBK'daki gibi müteselsil kefil, diğer kefillerin öncelikli tartışma def'inden ve önce rehlin paraya çevrilmesini talep etme def'inden yararlanamamaktadır.⁹⁶ Bu durumda müteselsil kefilin borcu tali nitelik taşımamasına rağmen ferî niteliği devam etmektedir. Müteselsil kefilin borcu asıl borca bağlı olması sebebiyle yasa da belirlenen defilerden sonraki borçlunun kullanabileceği diğer defileri kullanabilir.⁹⁷

Yargıtay'ın müteselsil kefalet ile ilgili bir içtihadına göre olay şöyledir : Borçlunun bankadan çektiği krediye müşterek ve müteselsilen kefil olan şahsa alacaklı banka tarafından geçerli bir ihtarname çekilmemiştir. Lakin borçluya geçerli bir ihtarname çekilmiştir. Bu durum karşısında müşterek müteselsil kefil, yapılan icra takibine kendisine ihtarname çekilmemesi sebebiyle itiraz etmiş ve banka tarafından açılan itirazın iptali davası da yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yargıtay TBK m. 586 gereği borçluya ihtarname çekilmesinin yeterli olduğu ve borçlunun borcunu ödememesi sebebiyle müşterek müteselsil kefile ayrı bir ihtarname çekmeye gerek olmaksızın icra takibi yapılabileceği yönünde karar verilmiştir.⁹⁸

Yargıtay bu içtihadı ile müteselsil kefile karşı alacaklının ayrı bir ihtarname ve hesap kat özeti göndermeden icra takibi yapabilmesinin önünü açmıştır. Oysa ki müteselsil kefilin mağdur olmaması için zamanında haber verilmiş ve kendisine uygun bir süre tanınmış olmalıdır.⁹⁹ Hatta müteselsil kefil icra ve dava giderlerinden de buna göre sorumlu olmalıdır. TBK m. 586'ya göre müteselsil kefaletin en önemli özelliği alacaklının ilk olarak asıl borçluya başvurmadan doğrudan doğruya kefil aleyhine takibe geçebilmesidir. Adi kefalette ise kefil, alacaklıya karşı ilk olarak kefile başvurma veya rehlin paraya çevrilmesi şartlarını öne sürerek; bu durumu def'i olarak ileri sürebilmektedir. Buna göre de doktrinde TBK m.586. maddesindeki teselsül hükmü kefaletin tali niteliğini ortadan kaldırdığı yönünde görüşler ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰

⁹⁶ Yavuz/Acar/ Özen, s.492.

⁹⁷ Aral/ Ayrancı, s.435.

⁹⁸ Yarg. 19.HD. 26.03.2015 tarih ve 2015/1787 E. Ve 2015/4352 K. (Yayınlanmamış).

⁹⁹ Karakılıçaslan Seda, Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, Y.2009, S.1-2, s.43 vd., s.52.

¹⁰⁰ Reisoğlu, Kefalet, s.169.

Bu sonuca göre borçlunun borcunu yerine getirmemesi veya ifa etmemesi halinde alacaklı, TBK m. 586 hükmü gereği doğrudan müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilecektir. Ancak alacaklının, asıl borçlu yerine zorunlu olarak sadece müteselsil kefilini takip etmesi söz konusu değildir. Alacaklı isterse asıl borçluya icra takibi yapabileceği gibi isterse borçlu yerine müteselsil kefile de başvurabilecektir. Mükerrer tahsilata sebebiyet vermemek şartıyla hem asıl borçluyu hem de müteselsil kefile aynı anda icra takibinin yapılabilmesi de mümkündür.¹⁰¹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir içtihadına göre alacaklı aynı anda rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ve müteselsil kefile takip yapılabileceği; müteselsil kefile takip için rehnin paraya çevrilmesinin beklemesinin şart olmadığını her iki takibin de aynı anda yapılabileceğini belirtmiştir.¹⁰²

Müteselsil kefaleti, müteselsil borçluluktan ayırmak gerekmektedir. Müteselsil borçluluk asli borç özelliği taşımasına rağmen müteselsil kefalet ise tam tersi olarak ferilik ve talilik unsurlarını taşımakla birlikte asıl borca dayalı teminat niteliğinde bir borçtur. Dolayısıyla hem asillik hem de ferilik gibi iki zıt unsurun aynı anda bulunması imkânsızdır.

Müteselsil kefalet ile müteselsil borçluluk arasındaki tek benzerlik ve birbiriyle karıştırılmasının sebebi alacaklının borçlulardan istediğine başvurabilmesidir.¹⁰³

II. MÜTESELSİL KEFALETİN ŞEKLİ ŞARTLARI

A. Şeklin Amacı ve Özellikleri

Gerek EBK m.484'de gerekse 6098 sayılı TBK m.593.'de kefalet sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Her iki düzenlemedeki yazılılık şartı ispat şartı değil geçerlilik şartıdır.¹⁰⁴

¹⁰¹ Acar, s.7.

¹⁰² Yarg. HGK. 10.07.2013 tarih ve 2013/13-1114 E. 2013/1041 K.

¹⁰³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, II, s.703.

¹⁰⁴ Ayrancı, s.95 vd.

EBK m.484'e göre "Kefaletin sıhhati, tahriri, şekle riayet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar iradesine mütevakıftır". Bu düzenlemeye göre iki zorunlu şekil şartı göze çarpmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılma zorunluluğu ve kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesi mecburiyetidir. Yeni düzenleme ile şekli şartlar daha da artırılmış ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça belirlenmiştir.

TBK m. 583'ün lafzından da anlaşılacağı üzere EBK'ya göre şekil şartları daha da artırılmış ve kefil daha çok koruma altına alınmıştır. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği EBK ile aynı olarak yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin belirtilmesi ve bu hususların el yazısı ile yazılması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca müteselsil kefalette ilave şart olarak "müteselsil kefil" ya da buna benzer manaya gelen benzeri kavramın müteselsil kefilin kendi el yazısı ile yazmasının gerekli ve şart olduğu öngörülmüştür. Yani müteselsil kefilin kefalet sözleşmesine müteselsil kefil olduğunu belirten kavramı hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kendi el yazısı ile ifade etmesi gerekmektedir.¹⁰⁵

Yeni TBK'ya eklenen bu şekil şartlarının uygulanmasında gerçek kişi ve tüzel kişi ayrımı yapılmadan gerek gerçek kişileri gerekse tüzel kişileri de kapsayacak şekilde bir düzenleme olduğu görülmektedir.

Bu yeni şartların kefilin korumak, kefalettaki belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla konulduğu anlaşılmaktadır. Özellikle kredi sözleşmelerinde tarihin sonradan atılması kefalet miktarının sonradan yazılması gibi sorunlarla kefilin mağdur edilmesinin önüne geçilmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca kefilin de itiraz edemeyecek şekilde kefalet sözleşmesindeki önemli unsurları el yazısı ile yazarak üstlendiği yükümlülüğün farkında olması sağlanmıştır. 6098 sayılı TBK ile getirilen yenilikler kefalet sözleşmesini adi yazılı şekilden nitelikli yazılı şekle dönüştürmüştür. Ayrıca kanuna karşı hile yoluyla başka sözleşme adı altında fakat gerçekte kefillik amaçlanarak 3'ncü şahısların kefaletten sorumlu tutulmasını önlemek ve kanuna karşı

¹⁰⁵ Aral/Ayrancı, s.429.

¹⁰⁶ Demir Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, TBB Dergisi, Ankara 2013, S.108, s.90 vd.; Aydoğdu Murat /Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s.708.

hile yoluyla yeni getirilen şekil şartlarının bertaraf edilmesini önlemek için TBK m. 603 hükmü ile "Uygulama Alanı" başlığı ile şöyle bir düzenleme getirilmiştir;

“...Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır...” Örneğin garanti sözleşmesi adı altında kefaletin yasal şekil şartlarının etkisizleştirilmesi önlenmiştir.¹⁰⁷

B. Şeklin Kapsamı

1. Yazılı Şekilde Yapılması Şartı

EBK m. 484'de kefalet sözleşmesinin şekli şöyle belirlenmiştir. "Kefaletin sıhhati, tahriri şekle riayet etmeğe ve kefilin mesul olacağı muayyen bir miktar irasına mütevakıftır." şeklinde düzenlenmiştir. Kanun lafzından da anlaşılacağı üzere kefalet sözleşmesinin iki temel şekil şartı belirlenmiştir. Buna göre kefalet sözleşmesinin yazılı olması ve kefilin sorumlu olduğu azami kefalet miktarının belirlenmesi şartı mevcuttu. Yeni TBK'dan farklı olarak kefalet sözleşmesinin kısmi yada tamamının el yazısı ile yazılması gibi bir zorunluluk EBK m. 484'de yer almamıştır. Lakin yeni TBK sözleşmenin içerisinde kefilin sorumlu olduğu azami miktarın kefilin el yazısı ile yazması, kefalet tarihinin kefilin el yazısı ile belirtilmesi zorunluluğu getirilerek yazılı şekil zorunluluğu bir anlamda nitelikli şekil şartına dönüşmüştür.¹⁰⁸ Kefalette şekil şartı ispat şartı değil, zorunlu geçerlilik şartıdır.¹⁰⁹ Yeni TBK m.583/1' e göre kefalet sözleşmesinin tamamının kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu yoktur. Anlaşılabilir şekilde yazılı metin halinde olması yeterlidir. Yasada belirlenen unsurlar dâhil olacak şekilde müteselsil kefalet sözleşmesi yazılı olarak yapılmak ve yine yasada belirlenen şekilde el yazısı ile yazılması lazım gelen unsurlar el yazısı ile yazılarak tamamlanmak zorundadır.

¹⁰⁷Demir, s.88-89.

¹⁰⁸ Özen, s.215. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin getirilen yenilikler konusunda bkz. Baş Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFİM, C. 70, S. 2, 2013, s. 115 vd.

¹⁰⁹ Turan, s.30.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler de aynı şekilde yapılmalı zorunlu şekil şartları burada da aranmalıdır.

2. Azami Miktarın Belirlenmesi Ve Kefilin El Yazısı İle Yazılması Şartı

Yeni TBK m.583/c.1'e göre: " Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz". Kefalet sözleşmesinde sorumlu olunacak azami kefalet miktarının belirtilmesi yasal zorunluluktur.

TBK 583/c.2'ye göre sorumlu olunacak azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartı getirilmiştir. Azami miktarın el yazısı ile yazılması şartı ile kefalet sözleşmesinin bu kısmı nitelikli bir şart haline gelmiştir. Bu durum teselsül kefilin kefil olduğu miktarın belirsizliğini önlemek ve kefil olduğu miktardan haberdar olduğu hususunda şüpheyi ortadan kaldırmak için getirilmiştir. Hatta teminat altına alınan bu borç para borcu haricinde bir borç olsa dahi bu şart yerine getirilmelidir.¹¹⁰

Kefilin sorumlu olacağı miktarı kendi el yazısı ile belirtmesi kuralı okuma yazma bilmeyen ya da kolları olmayan kişilerin bunu nasıl yazacakları tartışmasını getirmiştir. Yasanın emredici lafzı karşısında bu şahısların kefil olamayacakları sonucu doğmaktadır. Kefalet yükümlülüğü paradan başka bir şey olsa dahi kefalet miktarı muhakkak para cinsinden değeri belirlenerek yazılmalıdır. Bu yazılan miktarın Türk Lirası cinsinden yazılması zorunlu olmayıp; yabancı para biriminden yazılması da mümkündür.¹¹¹

TBK m. 583/1 'e göre kefilin sorumlu olacağı azami kefalet miktarının rakamla mı yoksa harf ile mi yazılacağı hususu belli değildir. Bu durum doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre İBK m. 493'den yola çıkarak kefilin sorumlu olacağı azami kefalet miktarının el yazısı ile yazılması zorunludur.¹¹²

Diğer bir görüşe göre ise kefilin sorumlu olacağı azami miktarın rakamla da yazılması yeterlidir.¹¹³

¹¹⁰ Eren, Özel Hükümler, s.785.

¹¹¹ Aydoğdu/Kahveci, s.706.

¹¹² Reisoglu, Kefalet, s.85.

Kefilin azami sorumluluk miktarının hem yazı hem de rakamla yazılması ve ikisi arasında farklılık oluşması halinde yazı ile belirlenen miktar azami sorumluk miktarı olarak belirlenecektir.¹¹⁴

3. Kefalet Tarihinin El Yazısı İle Yazılması Şartı

TBK 583/1'e göre kefalet sözleşmesinin tarihi kefilin el yazısı ile yazılmak zorundadır. EBK'da böyle bir düzenleme bulunmaması sebebiyle tamamen yeni bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir.

Uygulamada kefalet sözleşmesi hazırlanırken; kefalet tarihi boş olarak kefalet sözleşmesinin kefile imza ettirilmesi mümkündür. Bu durumda da alacaklı tarafından kefilin mağdur edecek şekilde kefalet sözleşmelerine sonradan tarih atılarak kefilin borçlandırılması sağlanabilirdi. Yani tarihi boş olarak kefilin imzaladığı kefalet sözleşmeleri kefil aleyhine borçlunun başka borçları için de kullanılabilir tarih de buna uygun olarak sonradan doldurulabilirdi. Hatta uygulamada kredi sözleşmelerinde bile bu tür ihtilaflar ortaya çıkmakta kefilin belirlenen kredi için kefil olmadığı sonradan boş olan tarihin doldurularak bunun ayarlandığı ve kefilin mağdur edildiği iddialarına rastlanmaktaydı.

TBK m.583/1 ile getirilen kefilin el yazısı ile yazılması şartı kefilin bu tür mağduriyetlerini önlemiştir. Kefilin kefalet sözleşmesinden önceki borçlardan ya da kefalet sözleşmesinde belirlenmeyen daha sonra ortaya çıkan borçlardan sorumlu olmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca kefaletin zorunlu unsurlarından olan eşin rızasının aranması şartının kefalet tarihi ile ortadan kaldırılmasının da önüne geçilmiştir.

Kefalet tarihi kefilin eşinin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin belirleyici bir etken olmaktadır. Zira kefilin kefalet sözleşmesi kurulmasından önce evlenmesi halinde eşinin rızası aranacak aksi durumda eşin rızasına gerek olmayacaktır.¹¹⁵ Yani kefalet tarihinin belirlenmesi eşin rızası hususundaki şartın gerçekleşmesinde de belirleyici olacaktır.

¹¹³ Özen, s.226.

¹¹⁴ Reisoğlu, Kefalet, s.85.

¹¹⁵ Acar, s.164.

Kefalet tarihinin elle yazılması şartı kefaletin geçerlilik süresinin belirlenmesinde de esas teşkil edecektir. Kefalet sözleşmesi süreli ise sürenin bitimi buna göre belirlenecektir (TBK 600). Nitekim tüzel kişiler tarafından imzalanan kefalet sözleşmesi süresiz olarak geçerli olmasına rağmen, gerçek kişiler tarafından imzalanan kefalet sözleşmeleri 10 yıl geçerlidir.(TBK 598/3) Bu 10 yıllık süre de kefalet sözleşmesindeki kefilin elle yazdığı tarih ile belirlenecektir.¹¹⁶

4. Müteselsil Kefalet Kavramının Kefilin El Yazısı Yazılması Şartı

Kefil ile müteselsil kefil arasında çok büyük fark bulunmaktadır. Müteselsil kefilin sorumluluğu daha fazladır. Bu sebeple kefilin müteselsil kefil olduğunun farkında olduğunun belirlenmesi için kefalet sözleşmesine TBK m.583/1'e göre kefaletin müteselsil kefil sıfatında olduğunu müteselsil kefil veya bu anlama gelebilecek herhangi bir ifade ile kefilin el yazısı ile belirtme zorunluluğu getirilmiştir. Kanunda gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmadığı için tüzel kişilerin yetkili organını oluşturan kişiler de imzaladıkları kefaletin müteselsil kefalet olduğunu el yazısı ile belirtmelidir.¹¹⁷

Müteselsil kefilin kefalet sözleşmesine müteselsil kefil ya da bu anlama gelecek herhangi bir ifade ile yükümlülük altına girdiğini el yazısı ile yazmaması halinde, kefalet sözleşmesi tamamen geçersiz sayılmayacak ancak müteselsil kefalet yerine adi kefalet olarak kabul edilecektir.¹¹⁸

İcra dairelerinde derdest icra dosyalarına kefil olan icra kefillerinin kefalet şekli İİK. m.38'e göre müşterek müteselsil kefil hükmündedir. Doktrinde İİK m. 38 ile icra kefillerinin kefalet şekli açıkça belirlendiğinden ayrıcı müteselsil kefalet ya da benzer bir kavramın el yazısı ile yazılmasına gerek yoktur.¹¹⁹

Yargıtay ise doktrindeki bu görüşün aksine icra kefilinin müşterek müteselsil kefil kavramını, sorumlu olduğu miktarı, icra kefalet tarihini el yazısı ile yazması ve eşin rızasının bulunması şartlarını aramıştır. Aksi hallerde icra kefaletini de geçersiz

¹¹⁶ Acar, s.165

¹¹⁷ Acar, s.170.

¹¹⁸ Reisoğlu, Kefalet, s.169; Aydoğdu/Kahveci, s.708-709.

¹¹⁹ Acar, s.164.

saymıştır.¹²⁰ Yargıtay'ın bu görüşü TBK m. 603 hükmü açısından doğrudur. Bu hükme göre gerçek kişilerin verdiği her türlü güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerde kefaletle ilişkin hükümler uygulanacaktır.

İİK m. 38 hükmü gereği sorumlu olunan miktarı elle yazma, kefalet tarihini el ile yazma eşin rızası şartlarının icra kefaletinde uygulanmayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹²¹ Yargıtay'ın bu içtihadı İİK m. 85 gereği haciz tutanağını yazan ve imza eden icra memuru olması sebebiyle kefilin el ile yazacağı zorunlu unsurları nasıl yazacağı hususunu tartışmalı hale getirmektedir. İcra kefil olmak isteyen 3'ncü şahsın icra dosyasına yazılı bir dilekçe ile bu isteğini bildirmesi halinde 3'ncü şahsın bu isteği kabul edilecek mi yoksa verdiği dilekçede bu zorunlu unsurlar aranacak mı aranacaksa nasıl aranacak bu hususta yasal bir boşluk vardır.

5. Müteselsil Kefaletle Değişiklik Yapılmasında Şeklin Önemi

Kefalet sözleşmesinin yazılı şekle tabi olması sebebiyle yapılacak değişikliklerin de usulde paralellik ilkesi gereği yazılı olarak yapılması zorunludur.(TBK m.13/1) TBK m. 583/son'a göre: "Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça geçerli değildir".

Yasa gereği kefalet sözleşmesinde yapılacak değişiklikler de yazılı ve yasada belirlenen şartlarda olacaktır. Örneğin adi kefalet sözleşmesinin müteselsil kefaletle dönüştürülmesinde ya da kefalet miktarının artırılmasında, kefillerden birinin kefalet sözleşmesinden çıkarılması gibi durumlarda el ile yazılması zorunlu unsurların bu şekilde yazılması, ve eşin rızası şartının uygulanması gerekmektedir.

Özellikle kefil koruyan değişikliklerde şekil şartının aranmayacağı doktrinde kabul edilmektedir.¹²² Örneğin müteselsil kefaletin adi kefaletle dönüştürülmesi, kefalet miktarının düşürülmesi gibi. Kefil koruyan ve lehine olan değişikliklerde her ne kadar şekil şartı aranmayacağı görüşü kabul edilse de HMK m.200/II gereği ispat

¹²⁰Yarg. 12.HD. 26.11.2013 Tarih ve 2013/31202 E. Ve 2013/3762 K. (www.sinerji.com.)

¹²¹ Acar, s.172.

¹²² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, s.130.

açısından bu değişikliklerin yazılı olarak yapılması daha uygun olacaktır.¹²³ Lakin TBK 583/ son hükmü gereği kefil aleyhine yapılan bütün sözleşmelerde yazılı şekil, el yazısı ile yazılması zorunlu unsurların bu şekilde yazılması ve eşin rızası muhakkak aranacaktır.

C. Müteselsil Kefaletin Şekle Aykırı Olmasının Sonuçları

Kefalette şekil TBK m.583 m.584 ile açıkça düzenlenmiştir ve şekil şartına uyulmaması halinde bu sözleşme geçersizdir. Bu geçersizliğin kendine özgü bir hükümsüzlüğe yol açtığını hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceğini hatta def'i yoluyla ileri sürülebileceğini savunan çok az görüş vardır.¹²⁴

Türk hukukunda hakim olan görüşe göre "kesin hükümsüzlük" hali vardır.¹²⁵ Alacaklı kesin hükümsüz bir kefalet sözleşmesine dayanarak ifa talebinden bulunamaz. Kefil kefaletini ikrar etse ya da ödeme yapsa dahi kefaleti geçerli hale getiremez. Alacaklının kefilden ifa talepli bir alacak davası açması halinde kefil şekle aykırılığı ileri sürmese bile hakim re'sen şekle uygunluğu gözönünde bulundurmak zorundadır gerek doktrin gerekse Yargıtay aynı görüştedir.¹²⁶

Kefil ödeme yaptıktan sonra şekle aykırılığı öğrenmesi halinde, kefil sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı ödemeyi geri isteyebilecektir¹²⁷ Lakin Yargıtay ise aksi görüşte olup; kefil bu yaptığı ödemeyi alacaklıdan değil borçludan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir.¹²⁸

Kefalet sözleşmesinin kaybolması halinde ise alacaklı öncelikli olarak kefalet sözleşmesinin varlığını ispat edecek daha sonra da kefalet sözleşmesinin içeriğinin TBK m.583, m.584'e uygunluğunu da ayrıca ispat edecektir. Böyle bir durumda ikrar ve yemin ile ispat mümkün hale geleceği yönünde görüşler

¹²³ Aydoğdu/Kahveci, s.708.

¹²⁴ Görüş için bkz. Özen, s.242; Eren, Özel Hükümler, s.262, Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C I/1 İstanbul 1990, s.233; Akipek Jale, Türk Eşya Hukuku, II, Ankara 1973 s.107.

¹²⁵ Oğuzman/Öz, s.127; Reisoğlu, Kefalet, s.93; Acar, s.184.

¹²⁶ Reisoğlu, Kefalet, s.93, Özen, s.243; 21 HD 20.03.2000 tarih ve 2000/2133 E. 2000/2117 K. İçin bkz. YKD, C. 26, S.6, T Haziran 2000, s. 933; İBK 12.04.1944, 14 E. 13 K. (www.sinerji.com)

¹²⁷ Reisoğlu, Kefalet, s.97.

¹²⁸ Yarg. 3. HD 06.04.1989 tarih ve 9431 E /3528 K. Reisoğlu, Kefalet, s.98.

mevcuttur.¹²⁹ Kaybolma durumunda; sözleşmenin yokluğu söz konusu olur. Kefaletin maddi ve şekli şartları kanunla belirlendiğinden kaybolma durumunda sözleşmenin "yokluğu" söz konusudur. Sonuç olarak kefalet ortadan kalkmış olur.

Yasal düzenleme ile getirilen kefalet şartlarına göre kişi okuma yazma bilmiyorsa ya da el yazısı ile imza atamıyorsa kefil olamayacaktır. Şayet kefil olmuşsa da kefalet hükümsüz olacaktır.¹³⁰

Kefil şekle aykırılığa bizzat sebep olmuşsa ya da kasıtlı bir şekilde şekle aykırılığı bilmesine rağmen kefalet sözleşmesini imzalamışsa şekle aykırılık sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçersizliği hususu değişmeyecektir. Lakin kefilin bu kusurlu davranışı sebebiyle TBK m.49/2 gereği "ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına sebebiyet veren kimse" olması sebebiyle alacaklının zararlarını tazmin ile sorumlu olacaktır.¹³¹

Doktrindeki başka bir görüşe göre ise kefil bunu yaparken alacaklıya zarar verme kastı ile hareket etmiş olmalıdır. Kefilin nitelikli kastı aranmalıdır. Oysa ki çoğunluk kefil kendisini koruma kastı ile hareket etmektedir. Bu sebeple kefilin sorumluluğu culpa in contrahendo (sözleşme öncesi kusur) olarak değerlendirilmelidir.¹³² Bu iki görüş arasındaki en önemli fark zamanaşımı yönünden ortaya çıkmaktadır. TBK m.49/2 dayanak gösterilmesi halinde zamanaşımı süresi TBK m. 72 gereği 2 yıldır. Alacaklı 2 yıl içerisinde haklarına başvurmak zorundadır. Culpa in contrahendo sebebiyle sorumluluk halinde ise TBK m.112 gereği 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olması sebebiyle alacaklı 10 yıl içerisinde haklarına başvurma hakkına sahip olacak ve zamanaşımı süresi alacaklı lehine uzayacaktır.¹³³

¹²⁹ Özen, s.244-245; Acar, s.185.

¹³⁰ Demir, s.91.

¹³¹ Reisoglu, Kefalet, s.96.

¹³² Özen, s.246.

¹³³ Özen, s.245-246, Acar, s.186-187.

III. MÜTESELSİL KEFALETİN MADDİ ŞARTLARI

A. Müteselsil Kefaletin Bağlı Olduğu Geçerli Bir Asıl Borcun Bulunması

Müteselsil kefalet sözleşmesinin sonuçlarını doğurması için öncelikle geçerli asıl bir borç bulunmalıdır. Bu durum fer'ilik ilkesinden kaynaklanmaktadır.¹³⁴ Kefaletin dayanağı olan asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde müteselsil kefalette geçersiz olacaktır.

Mevcut olmayan ya da kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca kefil olunması, esas borcun borçluyu bağlamaması, esas borçlunun ayıplı mal sebebiyle seçimlik haklarını kullanması ve bu sebeple de asıl borcun ortadan kalkması, esas borçlunun ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olması, asıl borcun eksik borç olması (zamanaşımı, kumar bahis borcu gibi), asıl borcun ahlaka mugayir borç olması gibi nedenlerle asıl borç geçersiz olabilir böyle durumlarda müteselsil kefalette geçersiz olacaktır. Hatta asıl borç sonradan geçerlilik kazansa dahi müteselsil kefalet geçersiz olacak sonradan geçerli hale de gelemeyecektir.¹³⁵

Asıl borç belirgin olmalı, para ile belirlenen bir borç olmalıdır. İfa edilmemesi üzerine tazminat alacağına dönüşen her edim, kefalet sözleşmesiyle teminat altına alınabilir.¹³⁶

1. Gelecekte Doğacak Koşula Bağlı Borçlarda Müteselsil Kefalet

TBK m.582/1'e göre : Kefalet Sözleşmesi, mevcut veya geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir." hükmüne göre kefalet sözleşmesi mevcut ve geçerli bir borç için kefalet kurulabileceği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilmektedir. Gelecekte doğacak bir borca kefalette, gelecekte doğacak bir borç

¹³⁴ Acar, s.83.

¹³⁵ Acar, s.84; Reisoğlu, Kefalet s.47, Özen, Kefalet s.150.

¹³⁶ Özen, s.147.

ile vadesi ileride gelecek bir borcu birbirinden ayırmak gerekir. Kefalet, kefalet sözleşmesinin imzalanmasıyla başlar; henüz asıl borç doğmamışsa bile, kefalet kefil için bağlayıcı hale gelmiştir. TBK m. 599 hükmü istisna olmak üzere kefaletten rücu etme imkanı bulunmamaktadır. Kefaletin sonuçlarının ortaya çıkması ve kefile başvurulması asıl borcun geçerli olarak doğuşuna bağlıdır. Bu durum ertelenmiş bir sorumluluktur.¹³⁷

TBK m.599/1 'e göre : "Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir." Kefalet sözleşmesine konu olan asıl borcun gelecekte doğacak bir borç olması ve kefalet sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren kefilin bağlanması, sebebiyle kefilin mağduriyetini önlemek için bu düzenleme getirilmiştir. Bunun için borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde kötüleşmesi veya kefilin iyiniyetli olarak kefalet sözleşmesini imzaladığı zamandaki borçlunun mali durumunun kötü olduğunu bilmiyor olması gerekmektedir. Böyle bir durumda kefil, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunmak şartıyla kefalet sözleşmesinden dönebilecektir. Lakin TBK m.599/son hükmü gereği kefil, alacaklının kefalet sözleşmesine güvenmesi sebebiyle oluşan menfi zararlarını gidermekle yükümlüdür. Örneğin, müteselsil kefalet sözleşmesi yapılırken; alacaklının iyi niyetle yaptığı masrafların kefil tarafından karşılanması gerekecektir¹³⁸. Kefil, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür(TBK589/son).

¹³⁷ Reisoglu, Kefalet, s.47.

¹³⁸ Acar, s.86.

2. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Borçlarda Müteselsil Kefalet

a. Genel Olarak

Bu durum TBK m. 582/2'de düzenlenmiştir. "yanılma ve ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayacak eksikliği biliyorsa kefalet ile ilgili kanun yükümlülüklerine göre sorumlu olur. Aynı kural, borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefil olan kişi hakkında da kullanılır".

Borçlunun ehliyetsizliğini veya TBK m.39 hükmü gereği esaslı bir hatanın varlığını bilen ya da borcun zaman aşımına uğradığını bilen kişi, bu borca kefil olmuş ise; burada kefalet sözleşmesi yoktur; kefalet hükümlerinin uygulandığı diğer bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir.¹³⁹ Bir diğer görüşe göre ise böyle durularda tam olarak garanti sözleşmesinden bahsedilemez. Kısmen garanti kısmen de kefalet sözleşmesi olarak kabul edeceğimiz geniş anlamda karma sözleşme olarak kabul edilmelidir.¹⁴⁰

b. Eksik Borç

Kural olarak alacaklıya alacağını alması için dava ve takip hakkı tanınmıştır. Fakat her borç için dava hakkı ve icra takibi hakkı tanınmamıştır. Bu tür borçlarda borçlu isterse borcunu ifa eder. Şayet ifa etmeyecek olursa da bu borç dava ve icra konusu edilemez. Bu tür borçlara eksik borç ya da tabii borç denir.¹⁴¹ Eksik borç denilince kumar ve bahisten doğan borçlar ve zamanaşımına uğramış borçlar akla gelmektedir.¹⁴²

¹³⁹ Reisoğlu, Kefalet, s.49. Garantiye ilişkin tanımla konusunda bkz. Tandoğan Haluk, Garanti Mukavelesi(Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki) Ankara 1959, s.6 vd.; Reisoğlu Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s.9; Arkan Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batider 1992, C.XVI, S.4, s. 60.

¹⁴⁰ Özen, s.108-109. Acar, s.90.

¹⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s.88.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.15 vd.

Zamanaşımına uğramış bir borca da kefil olunması mümkündür. Zamanaşımına uğramış bir borca kefalet halinde, kefilin alacaklıya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmesi hem hakkı, hem de yükümlülüğüdür. Ancak kefil, kefalet sözleşmesinin imzalanması sırasında alacağın zamanaşımına uğradığını biliyorsa ve buna rağmen kefil olmuş ise, zamanaşımı def'ini ileri süremez; alacaklıya ödeme yapılması halinde asıl borçluya rücu edemez.

TBK m.582/2.'ye göre borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca bilerek kefil olan kişinin durumu garanti sözleşmesi olarak yorumlanabilir. Garanti sözleşmesine de TBK m.582/2 hükmü uyarınca burada kanun gereğince kefaletle ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır. Garanti sözleşmesi olarak yorumlanmasına gerek yoktur. Teminat veren kefile tanınan bütün haklardan yararlanacaktır. Lakin ödeme yapması halinde borçluya rücu edemeyecektir.¹⁴³

Kumar ve bahisten doğan borçlar da eksik borç kabul edilmiştir. TBK 591/son'a göre : "kumar ve bahisten doğan borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir" hükmü yer almaktadır. Buna göre kumar ve bahis sonucu ortaya çıkan borçlara da kefil olunabilir. Lakin zamanaşımına uğramış borçtan farklı olarak müteselsil kefil, asıl borcun kumar ve bahis borcu olduğunu bilerek kefil olsa dahi bu durumu def'i olarak ileri sürebilme hakkına sahiptir.

c. Ahlaki Ödevlerden Doğan Borçlar

Temel olarak insanlık onuru gereği bütün insanlar başkalarına zarar vermek yerine bilakis iyi davranmak zorundadır. Bu sebeple ahlaki görevlerin yerine getirilmesi için üstlenilen ve ifa edilen borçlar da eksik borçlardan sayılmıştır.¹⁴⁴ TBK m.78'de düzenlenmiştir. Ayrıca bu tür borçlanmaların bağış sayılmadığı ve bağış hükümlerine göre geri istenemeyeceği de TBK m.285/son hükmü ile belirlenmiştir.

¹⁴³ Reisoğlu, Kefalet, s128.

¹⁴⁴ Eren, Genel Hükümler, s.91.

Bir kişinin ihtiyaç sahibi bir akrabasına yardım amaçlı yaptığı yardımları alacak olarak talep etmesi bu duruma örnek verilebilir. Bu tür borçlar bir görüşe göre kefalet ile ya da rehin ile teminat altına alınabilir¹⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise ahlaki bir görev hukuki bir işlem olmadıkça kefalet ile güvence altına alınamaz¹⁴⁶. Lakin her hâlükârda asıl alacak eksik bir borçtur. Bu sebeple kefil de bu durumu defî olarak ileri sürebilir.

d. Ahlaka Adaba Aykırı Borçlar

Borç ahlaka ve adaba aykırı bir durumdan doğuruyorsa kefalet sözleşmesine konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bu duruma bir örnek de evlenme simsarının ücret alacağı için kefil olunup olunmayacağı hususudur. Evlenme simsarlığı ülkemizde yasak değildir. Özel hukuk sistemimizde ise evlenme simsarlığı TBK m.524'de düzenlenmiş ve eksik borç olarak belirlenmiştir.¹⁴⁷ Bu tür işlerden doğan alacaklar için evlenme simsarının ücret alacağı için kefil olunabilir. Aynı biçimde, kumar ve bahisten doğan alacaklar için kefil olunması da mümkündür. Bu durumlarda, kefil esas borcun eksik borç niteliği taşıdığını, dava ve takip konusu yapılamayacağını belirterek ödemedi imtina edebilir. TBK m.604/1 'e göre : "kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz". TBK m.524'e göre : " Evlenme simsarlığından ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz". Buna göre bu nitelikteki alacağa kefil olan kişi alacaklıya ödemeyi reddedebilir. Borçlunun sahip olduğu haklardan, fer'i sorumlu durumundaki kefil de yararlanır.¹⁴⁸

e. Asıl Borçlunun Ehliyetsiz Olması

Bu durum TBK m.582 de düzenlenmiştir. Buna göre "yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa,

¹⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, s.92.

¹⁴⁶ Reisoğlu, Kefalet, s.48.

¹⁴⁷ Kaplan, Borçlar Hukuku, s.40 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.91.

¹⁴⁸ Özen, s.155.

kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur". Burada kefilin yanılma veya ehliyetsizliği bilmesi şartı aranmıştır. Kefilin ehliyetsizlik durumunu ya da iradeyi sakatlayan durumu bilmesine rağmen kefil olması halinde bu durumları defî olarak ileri sürmesi engellenmiştir. Kefilin iyi niyetle hareket etmesi sağlanmıştır.

Borçlunun ehliyetsiz olması durumunda iki ihtimal söz konusu olur. Birinci ihtimalde, borçlu tam ehliyetsiz olabilir. Böyle bir durumda borçlu, ayırt etme gücüne sahip olmadığından asıl borç ilişkisi geçersizdir ve dolayısıyla kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. İkinci ihtimalde borçlu, ayırt etme gücüne sahip ancak sınırlı ehliyetsizdir ve yasal temsilcisinin izni olmadan borçlandırıcı işlemle bir yükümlülük altına girmiştir. Bu ihtimalde, yasal temsilcisi borçlandırıcı işleme icazet vermezse sözleşme geçersiz sayılacak ve buna bağlı olarak kefilin yükümlülüğü de sona erecektir.¹⁴⁹

B. Müteselsil Kefalet Miktarının Belirli Olması

TBK m.589/1'e göre "kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca TBK m.583/1'e göre kefilin sorumlu olduğu miktarı kendi el yazısı ile yazma şartı getirilmiştir. Bu düzenleme Eski Borçlar Kanununda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. EBK m.484'e göre kefilin sorumlu olacağı miktarın azami olarak kefalet sözleşmesinde yazılması yeterliydi. Lakin yeni düzenleme ile buna ilave olarak kefilin sorumlu olduğu miktarı el yazısı ile yazma zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca kefil, el yazısı ile yazdığı sorumlu olduğu miktarın yanında TBK m.589/2 vd. hükümlerinde belirlenenlerden de sorumludur¹⁵⁰. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur (TBK.m.589/bent1-3)

1.Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları.

2.Alacaklının kefile onun borcu ödeyerek yapılmalarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirilmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların

¹⁴⁹ Acar, s.94.

¹⁵⁰ Demir, s.90.

masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar.

3.İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizler. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Kefilin dava ve takip masraflarından sorumluluğu kefalet sözleşmesiyle daraltılabilir ya da genişletilebilir.¹⁵¹

Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın nasıl gösterileceğine ilişkin doktrinde değişik görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre kefilin sorumluluğunun üst sınırının kefalet sözleşmesinde gösterilmesi gerekmez. Kefalet belgesi ile esas borca ilişkin belgeye atıf yapılabilir. Böyle bir durumda esas borca ilişkin belgede esas borcun tutarı belirliyse veya bu tutarın belirlenmesine olanak veriliyorsa kefaletin şekil koşulu yerine getirilmiş demektir. Bu düşünceye göre atıf yapılan belgeden anlaşılabilen esas borç tutarı, kefilin sorumluluğunun üstü sınırı olarak dikkate alınacaktır. Bu görüş kefilin sorumluluğunun üst sınırının gösterilmesi zorunluluğunu çok geniş yorumlanmaktadır.¹⁵²

Kefilin sorumluluğunun üst sınırının belirtilmesi gerekliliğini daha dar olarak yorumlayan bir diğer görüş ise: Kefalet sözleşmesinin şekli kefilin koruma amacına dayanır. Yasanın aradığı şekli yerine getiren kefil, bu sayede daha sözleşmeyi imzalamadan uyarılacak ve yükümlülüğün farkında olacaktır. Diğer görüşün aksine kefalet belgesinin kefilin baştan uyarılması için, esas borca ilişkin belgeye atıf yapılması yeterli değildir.¹⁵³ Kefilin üstlendiği sorumluluğun kapsamını kefalet belgesindeki veya yollama yapılan esas borca ilişkin belgedeki açıklamalardan yorum yoluyla belirlemek yeterli değildir. Üstlendiği sorumluluğun kapsamı, kefilin

¹⁵¹Karakılıçaslan, s.53.

¹⁵²Koç Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan", İzmir 2001, s.267.

¹⁵³Özen, "Kefalet Sözleşmesi", s.223.

dikkatine sunulmalıdır. O halde, kefil, üstlendiği sorumluluğun üst sınırını yaptığı yazılı beyan içerisinde (kefalet belgesinde) doğrudan zikretmelidir.¹⁵⁴

Bu konudaki üçüncü bir görüş de kefilin sorumluluğunun azami sınırını yazılı ve açıkça göstermesidir. Kefilin başka bir belgeyle kefalet sözleşmesine atıfta bulunması yeterli değildir.¹⁵⁵ Açıkça sözleşmenin içerisinde kefilin sorumlu olduğu miktar hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir. Görüldüğü üzere kefilin sorumlu olduğu azami miktarın nasıl belirtileceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Fakat TBK m.583/1'e göre ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Yasa üçüncü görüş olan en dar görüşü benimsemiştir. Kefil sorumlu olacağı azami miktarı el yazısı ile belirtmek zorundadır. Azami miktarı el yazısı ile belirtilirken rakam ile mi yazı ile mi belirtecek bu husus açık değildir ve doktrinde de tartışmalıdır. Bir görüşe göre rakamla yazılması gerekmektedir.¹⁵⁶ Diğer bir görüşe göre ise İBK 494'den yola çıkarak yazı ile yazılması gerekmektedir.¹⁵⁷

C. Asıl Borçlunun Belirli Olması

Müteselsil kefilin kime kefil olduğunun açıkça belirli olması gerekir. Aksi halde kefilin mağduriyeti doğabilir. Borçlunun kimliğinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde belirli olması kefalet sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır (TBK m.31). Aksi halde hata yada hile sebebiyle borçluda yanılığa düştüğünü iddia ederek kefilin kefalet sözleşmesini iptal hakkı doğacaktır.

¹⁵⁴Özen, s.223.

¹⁵⁵ Demir, s.90; Zevkliler/Gökyayla, s.664; Aral/Ayrancı, s.429.

¹⁵⁶Özen, s.226.

¹⁵⁷ Reisoglu, Kefalet, s.85.

D. Müteselsil Kefil Olma İradesinin Sakat Olduğu Haller

1. Yanılma

Yanılma, bir durum veya olay, kısaca gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış ya da eksik tasavvurdur.¹⁵⁸ Müteselsil kefil yanılmaya ilişkin hükümlerden faydalanarak kefalet sözleşmesini feshedebilir ya da def'i ileri sürebilir. TBK m.30 hükmüne göre: "Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmaz." Burada kast edilen kefalet sözleşmesinin esaslı unsurlarından birinde yanılığa düşme halidir. Ayrıca TBK m.31'de esaslı yanılma halleri açıkça sayılmıştır. EBK m. 24'deki yanılma halleri ile yeni TBK m. 31'deki esaslı yanılma hallerinin aynı olduğu lakin sistematığının değiştiği görülmektedir.¹⁵⁹ Aşağıda sayılan yanılma halleri TBK m. 31 gereği esaslıdır:

1.Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa. Örneğin kefilin garanti sözleşmesi imzalamak kastıyla hareket ederken; kefalet sözleşmesi imzalaması gibi.

2.Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa. Örneğin kefilin borçlunun tüketici kredisine kefil olduğu kastıyla hareket ederken; borçlunun kredi kartına kefil olması gibi.

3.Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa. Örneğin kefil olma iradesini sözleşmeyi imzalayacağı alacaklıyı karıştırarak başka bir alacaklı ile imzalaması gibi.

4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa. Örneğin kefilin gerçekte kefil olacağı borçluyu karıştırarak; başka bir borçlunun borcuna kefil olması gibi.

5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte isteğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa. Örneğin kefilin kefalet miktarında yanılması gibi.

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

¹⁵⁸ Kaplan, Borçlar Hukuku, s.99 vd.; Eren, Genel Hükümler, s.377.

¹⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s.377-378.

Esaslı yanılmanın yanında bir diğ er şart da TBK m.34'e göre hatanın dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri sürülememesidir. Burada kefilin hataya ilişkin iddialarını dürüstlük kuralı içerisinde ileri sürebilmesi şartı getirilmiştir. Ayrıca TBK m.35'e göre müteselsil kefil hatanın oluşmasında kusurlu ise sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğ an zararı gidermekle de yükümlüdür. Ancak alacaklı taraf hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa bu zararını talep edemez. TBK m.39'a göre hata, hile, tehdit hallerinde sözleşme yapan taraf hata ve hileyi öğrendiğ i ya da tehdidin kalktığ ı andan itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağ li olmadığını bildirmek zorundadır. Bu sebeple müteselsil kefil hataya öğrendiğ i andan itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyi iptal etmezse o sözleşmeyi onaylamış sayılacaktır.

2. Aldatma

Bir kişiyi irade beyanında bulunması için veya sözleşme yapması için kasten yanlış bir kanaat uyandırma, bu durumu koruma ve sürdürme eylemi hiledir.¹⁶⁰ TBK m.36'da hile hali düzenlenmiştir. Hatadan farklı olarak yanılma sözleşmenin esaslı noktasında olmasa bile müteselsil kefil bağ lamayacaktır. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu kefalet sözleşmesi yapılmış sa ve alacaklı bu durumu biliyorsa yada bilecek durumda ise müteselsil kefil kefalet sözleşmesiyle bağ li olmayacaktır. Mesela alacaklı veya borçlu borcun niteliğ i hususunda, borcun teminatının değ erinde hile ile yanıltılırsa ya da teminat yokken varmış gibi gösterilirse ya da borçlunun ekonomik durumu hakkında yanlış bilgiler vererek müteselsil kefil hile ile aldatabilirler ve bu şekilde müteselsil kefil olmasına sebebiyet verebilirler. Böyle durumda müteselsil kefil hile ile aldatıldığ ı için sözleşme ile bağ li olmadığını ileri sürebilir. Uygulamada borç için teminat bulunmamasına rağmen teminat bulunduğu söylenerek ya da borçlunun ortağ ı bulunduğu şirkete kefil olduğ u belirtilerek gerçekte borçlunun şahsına kefil olması sağ lanarak şirket bilançolarında oynama yapılarak kefalet sözleşmesinin kurulduğ u yönünde iddialar gündeme gelmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kefilin üçüncü şahıs tarafından aldatılarak hile ile

¹⁶⁰ Akıncı Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011, s.101.

kefil olması sebebiyle açtığı kefaletin iptali davasında hilenin varlığı için 4 önemli şart belirlemiştir.¹⁶¹

Buna göre özetle :

1- Karşı tarafı hataya düşürmeye yönelmiş bir davranış; bir kimsenin kendisi dışında başka birinin davranışından kaynaklanmayan hatası, hile olarak nitelendirilemeyecektir. Hataya düşürmeye yönelik davranış aktif yahut pasif olabilir. Bir şirketin finans durumu ile ilgili yanıltıcı raporlar hazırlanması ve kredi kuruluşuna başvuruda bunların kullanılması aktif davranışa (aktif hile); tam tersine kredi kuruluşunun kendisi ile ilgili yanıltıcı bilgiye sahip olduğunu fark etmesine rağmen konu ile ilgili olarak susması, pasif davranışa (pasif hile) örnek olarak verilebilir.

2-Hile kastı; hilenin karakteristik özelliği, karşı tarafı hataya düşürmeye yönelik davranışın davranış sahibi tarafından kasten yapılmasıdır. Kişi, diğer tarafı hileye düşürmek ve bu suretle sözleşme akdetmesini sağlamak kastı ile hareket etmelidir.

3-Sözleşmenin kurulması; hile, sözleşmenin kuruluşu aşamasında ve onun geçerliliği ile ilgili bir kavramdır. Bu yüzden sözleşmenin kurulmadığı hallerde, artık yapılan davranışın sözleşme hukuku anlamında hile olarak nitelendirilmesi gereksizdir.4-Nedensellik bağı; hilenin sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için, sözleşmenin kuruluşunu doğrudan etkilemesi gerekir. Bu etki sözleşmenin tamamen kurulması (asli hile), yahut sözleşmenin bazı hükümlerinde yer bulması (fer'i hile) şeklinde ortaya çıkabilir. Her iki halde de hileden söz edilebilir. Hataya düşürülen konu sözleşmenin olmazsa olmaz unsuru ise, bir başka ifade ile, hile yapılmamış olsaydı, sözleşmenin meydana gelmeyeceği anlaşılıyorsa asli hileden bahsedilir. Hileli davranışlar olmasaydı bile yine de yapılacak olan bir sözleşmenin, bu davranışlar nedeniyle yapılacak olduğu şartlardan farklı şartlarla yapılması durumunda ise “fer'i hile”den söz edilir.

Bu unsurlar çerçevesinde hile; bir kimsenin, kendi davranış veya sözleri ile diğer bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya sevk etmek amacıyla, yanlış bir

¹⁶¹ Yarg. HGK. 25.03.2015 tarih ve 2013/19.1707 E. 2015/1072 K. (www.sinerji.com) Hilenin şartlarının ayrıntılı olarak belirlendiği görülmektedir.

kanaatin doğuşuna veya yanlış kanaatin devamına bile bile neden olması ve bunun sonucunda da diğler tarafın irade beyanında bulunmasıdır. Ayrıca emsal mahiyette daha önceden verilmiş Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da mevcuttur.¹⁶²

TBK m. 39/1 gereğı müteselsil kefil hileyi öğrendiğı andan itibaren bir yıl içerisinde hileye dayalı olarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmelidir. Aksi halde kefalet sözleşmesini onamış sayılır.

3. Korkutma

Bir kimsenin diğler tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek korkutması ya da mevcut korkusundan istifade ederek sözleşme yapmaya zorlanmasına tehdit (korkutma) denir.¹⁶³

Bir başka anlatımla tehdit, hukuka aykırı bir korkutma sonucunda bir kimsenin gerçek iradesinden farklı bir irade beyanına zorlanmasıdır.¹⁶⁴ Müteselsil kefil alacaklının, borçlunun veya üçüncü bir şahsın korkutması sonucu kefil olmuşsa tehlide dayalı olarak sözleşmeyi imzaladığı için kefalet sözleşmesiyle bağlı değildir.(TBK m.37/1) TBK m.37/2 gereğı korkutmanın üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde alacaklı bu durumu bilmese yada bilecek durumda olmasa bile kefil sözleşmeyi iptal edebilir. Ancak müteselsil kefil durumdan haberdar olmayan alacaklıya hakkaniyet gerektirdiğı takdirde tazminat ödemekle yükümlü olur. Hakkaniyet unsuru hakimın takdirine bırakılmıştır.

Müteselsil kefil bu korkutmanın tesirinde kalarak bu sözleşmeyi imzalamışsa TBK m.39 gereğı tehdidin ortadan kalmasından itibaren bir yıl içerisinde kefalet sözleşmesinin geçerli olmadığını ileri sürebilir. Aksi halde sözleşmeyi onamış sayılır.

¹⁶² YHGK 12.02.1972 gün ve 1969/4-1166 E., 1969/84 K, YHGK 27.11.1963 gün ve 1963/1-56 E., 1963/95 K. (www.sinerji.com)

¹⁶³ Akıncı, s.103.

¹⁶⁴ Acar, s.151; Eren, Genel Hükümler, s.402.; Reisoğlu, Genel Hükümler, s.127.

E. Eşin Rızası

1. Genel Olarak

743 sayılı ETMK m. 169/2 hükmü gereği kocası lehine kefil olabilmesi için sulh hukuk hâkiminin onayı gerekiyordu. 01.01.2002 tarihindeki yeni TMK'da bu hükme ya da benzer bir hükme yer verilmemiştir. Bu tarihten itibaren kefalet sözleşmelerinde eşin rızasına ilişkin bir zorlama bulunmamaktaydı. Lakin 6098 sayılı TBK'nın 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ve bu yasanın m.584 hükmü ile eşin kefalet sözleşmesine sözleşme anında rıza göstermesi şartı getirilmiştir.¹⁶⁵ Bu şartın amacı evlilik birliğini korumak kefaletin ekonomik sorumlulukları sebebiyle aile bireyleri arasında çıkabilecek sorunlara engel olmaktır.Eşin rızasında mal rejimi ayrımı yapılmamış bütün evli çiftler yasadaki istisnalar dışında düzenlemeye tabi tutulmuştur.¹⁶⁶

2. Eşin Rızasının Aranacağı Zaman Ve Şekli

TBK. m.584 ile kefalet sözleşmelerinde kefilin evli olması halinde kefalete, eşin rıza göstermesi şartı getirilmiştir. TBK m.584'e göre: " Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

Yasa metni incelendiğinde kefil olmak isteyen kişinin kefil olmadan önce ya da kefil olma anında ya da en geç kefaletin kurulması anında eşin rıza göstermesi şartını aramıştır. Kanunun emredici hükmüne göre eşin sonradan kefalet sözleşmesine onay vermesi kabul edilmemiştir¹⁶⁷. Yani eşin sonradan onay vermesi

¹⁶⁵ Aydoğdu/ Kahveci, s.709-710

¹⁶⁶ Badur Emel, Eşin Rızası, TBB Dergisi, Ankara, 2013, S.109, s.289 vd.

¹⁶⁷ Aydoğdu/Kahveci, s.709-710

halinde dahi kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Mahkemece ayrılık kararı verilmiş ise ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı varsa eşin rızası aranmayacaktır.¹⁶⁸

Yine kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefilin sorumlu olacağı miktarın artması veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesi gibi kefaletin sorumluluklarını artıran değişiklikler içinde eşin rızası gerekmektedir. Kanunun lafzına göre kefalet sözleşmesindeki değişiklik kefilin lehine bir durumsa eşin rızası aranmayacaktır.¹⁶⁹ Mesela kefalet miktarının düşürülmesi müteselsil kefaletin, adi kefalete dönüştürülmesi vs. gibi.

Kefil olacak kişinin eşinin ehliyetsiz olması halinde eşin rızasının nasıl yorumlanacağı hususu tartışmalıdır. Kefil olmak isteyen kişinin eşinin ehliyetsizliği, eşin rızasının aranması zorunluluğunu kaldırmaz. Ehliyetsiz eşin yerine yasal temsilcisi tarafından rızasının verilir verilemeyeceği, söz konusu rızanın verilmesinin kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olup olmadığı hususu tartışmalıdır.¹⁷⁰ Ayrıca kefalete rıza gösterecek eşin yasal temsilcisi de eşi olması halinde bu eş kendisinin kefaletine rıza gösteremeyeceğinden böyle bir durumda bulunan eş kefil olamayacaktır.

Bir diğer karşılaşılabilecek durumsa borçlu olan eşinin borcuna kefil olacak kefil eşe borçlu eşin rızasının aranıp; aranmayacağı hususudur. Böyle durumda kefil olunan borç her ne kadar kefalet rızası aranan eşin borcu ise de yine de borçlu eşin rızası aranacaktır. Belki de borçlu eş eşinin borcuna kefil olmasına müsaade etmeyecektir.¹⁷¹

Eşin okuma yazma bilmemesi hali kefalet rıza gösterme şartına engel değildir. Çünkü eşin rızasında el yazısı ile yazma zorunluluğu bulunmamaktadır. Uygulamada eşin okuma yazma bilmemesi durumunda eşin rızasının alınması için iki ayrı yolun izlendiği görülmektedir. Eş noter kanalıyla kefalet rıza gösterdiğine dair muvafakatname getirerek ya da iki tanık huzurunda kefalet rıza gösterdiğine dair tutanak tutularak eşin rızası şartı gerçekleştirilmektedir. Lakin iki tanık huzurunda tutanak tutulurken; muhakkak eşe tutanak içeriği okunmalı ve

¹⁶⁸ Badur, s.280.

¹⁶⁹Reisoğlu, Kefalet, s.169; Aydoğdu/ Kahveci, s.708-709.

¹⁷⁰ Özen, s.185.

¹⁷¹ Aydoğdu/ Kahveci, s.710.

okunduğuna dair şerh de tutanağa geçirilmelidir. Kefalet rıza gösteren eş tutanak altına parmak basıyorsa parmak bastırılmalı yada mühür kullanıyorsa mührü bastırılmalıdır. Sadece noter onaylı mühürler geçerli olduğundan mührün noter onaylı olmasına dikkat edilmelidir.

Eşler arasında ayrılık kararı verilmişse eşin rızası yasa gereği aranmaz. Derdest halen devam eden boşanma davası hallerinde ne olacaktır? Bununla ilgili olarak banka ve şirketler de yaptığımız incelemelerde kefil olacak eşin boşanma davasının halen devam ettiğine dair yazılı beyanın alındığı ilave olarak da boşanma davasının görüldüğü mahkemeden "boşanma davasının halen devam etmekte olduğuna dair" derkenar alınarak bu iki belge ile eşin rızasının aranmadan şahsın kefalet sözleşmesini imzaladığı görülmektedir. şayet eşler daha sonra barışırlarsa ve boşanma davasından feragat edilirse yada taraflar boşanmış olmalarına rağmen birlikte yaşıyorlarsa durum ne olacaktır. Eşin rızasındaki en temel amaç aile kurumunu korumaksa bu durumlarda devam eden bir evlilik olduğuna göre eşin rızası nasıl uygulanacaktır.¹⁷² Ayrıca kefilin lehine olan kefalet sözleşmesinin değişikliklerinde eşin rızası aranmayacağı kabul edilmektedir.¹⁷³

Eşin rızası ile kefalet sözleşmesinin tarihinin aynı olması ve sorumlu olunan miktarın da her iki belgede aynı olması yasal bir zorunluluktur. Eşin rızasının alınmadığı ya da geçerli olmadığı tüm sözleşmeler kesin hükümsüzdür.¹⁷⁴

3. Eşin Rızasının Aranmayacağı Durumlar

Eşin rızasının aranması ticari faaliyetlerde büyük aksaklıklara sebebiyet vermesi yönüyle eleştirilmiştir. Bu sebeple 6098 sayılı TBK 584. maddesine 6455 sayılı yasanın 77. maddesi ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile yasada belirtilen durumlarda eşin rızası kaldırılmıştır.

Buna göre: " Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı

¹⁷² Badur, s.281.

¹⁷³ Reisoğlu, Kefalet, s.169; Aydoğdu/ Kahveci, s.708-709.

¹⁷⁴ Badur, s.288.

esnaf veya sanatkar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz." şeklinde 6098 sayılı TBK'nın m.584/son fıkrasına bu düzenleme eklenmiştir. Aksi halde kefalet şartları ile ailenin korunması amaçlanırken tacir ve esnafın faaliyetlerinin kısıtlanması sebebiyle başka yönden ailenin zarar görmesine sebebiyet verilmesi ihtimali ortaya çıkmıştır. Bu düzenleme esnaf ve tacirler lehine bir düzenlemedir¹⁷⁵. Buna göre eşin rızasının aranmayacağı halleri şöyle özetleyebiliriz:

1. Ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin bulunması şarttır. Ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak yada yöneticiler tarafından verilecek kefaletin işletme yada şirket ile ilgisi olması yaptıkları bu ticari faaliyet ile bir bağlantısının bulunmasının şartı ile eşin rızası aranmaz. Aksi halde eşin rızası aranacaktır. Örneğin bu şirketlerde yönetici ya da ortak sıfatı bulunmayan gerçek kişilerde eş rızası aranacaktır.

2. Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkarlar tarafından verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmaz. Burada da iki unsur dikkat etmek gerekir. Esnaf ve sanatkarın esnaf ve sanatkarlar siciline kaydının bulunması verilen kefaletin meslek faaliyetleri içerisinde olması gerekir. Banka tarafından verilen esnaf kredilerinde eşin rızasının aranmasına devam edilecektir.

3. 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmaz. Kullanılan kredilerin 5570 sayılı kanun kapsamında olması gerekmektedir. Bu kanun kapsamında kullanılan krediler çiftçi, esnaf ve sanatkarları desteklemeye yönelik faizsiz yada düşük faizli kredilerdir. Bu kanun kapsamındaki kredilere kefil olunması durumunda eşin rızası aranmayacaktır.

¹⁷⁵ Demir; s.95.

4.Tarım kredi, tarım satış ve esnaf sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerdeki kefaletlerde eşin rızası aranmaz. Bu tip kredilerde zaten esnafı, sanatkarı, meslek kuruluşlarını desteklemeye yönelik kredilerdir.

Bu durumlarda mevcut düzenleme gereği eşin rızası aranmaz. Uygulamada eşin rızasının aranması hususu ile ticari işlerdeki istisna karıştırılmıştır.

Bu sebeple 6455 sayılı yasanın 77'nci maddesi ile yukarıdaki düzenleme yapılmıştır. Nitekim düzenlemeden önce alacaklının çeke dayalı olarak başlattığı icra takibine avalistler TBK m.584'e göre eşin rızasının bulunmadığını gerekçe göstererek takibin iptalini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme eşin rızası bulunmadığı gerekçesiyle takibi iptal etmiştir. Lakin Yargıtay bu durumun ticari iş olması sebebiyle TBK m.584 hükmünün uygulama olanağı bulunmadığından yerel mahkeme kararını bozmuştur.¹⁷⁶

F. Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

1. Gerçek Kişilerin Kefil Olma Ehliyeti

Gerçek kişi tam fiil ehliyetine sahipse tek başına kefalet sözleşmesi yapabilecektir¹⁷⁷. 18 yaşını ikmal etmiş, temyiz kudretine sahip, kısıtlı olmayan her gerçek kişi tam ehliyetlidir. Dolayısıyla da kefil olma ehliyeti tamdır. Fiil ehliyeti tam olmayan gerçek kişiler için TMK'da kefil olma ehliyeti sınırlandırılmıştır.

TMK m.449'a göre : "Vesayet altındaki kişi adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır". Kanunun emredici hükmü karşısında kefalet sözleşmesi vesayet altındaki küçükler ve kısıtlılar için hem kendileri hem de yasal temsilcileri açısından yasak işlemdir¹⁷⁸. Yani vasinin sonradan icazet vermesi dahi geçersizliği engellemez. Vesayet ve denetim makamlarının izniyle de kefil olamazlar. Bu yasak küçük veya kısıtlının kefil olması için geçerlidir; küçük ya da

¹⁷⁶ Yarg. 12. HD: 04.07.2013 tarih, 2013/16400 E. 2013/25100 K. (www.karar.com)

¹⁷⁷ Acar, s.66, Reisoğlu, Kefalet, s.61, Özen, s.172.

¹⁷⁸ Aydoğdu/Kahveci, s.707.

kısıtlı lehine alacaklı sıfatıyla vasi kefalet sözleşmesi imzalayabilir; bunun için ayrıca vesayet ve denetim makamlarının iznine gerek yoktur.¹⁷⁹

Kefil olma yasağı TMK m. 342/III ile yapılan atıf ile velayet altındaki çocuklara da uygulanacaktır. Velayet altındaki çocuklar kefil olamayacağı gibi velileri de küçük adına kefil olamazlar. Velayet ve vesayet altındaki kişilerin adına kendisi veya yasal temsilcisinin yaptığı kefalet yasağına ilişkin sözleşmelerin durumu "kesin hükümsüzlük" olarak yorumlanmaktadır.¹⁸⁰

Kesin hükümsüzlük halinde bu durum herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'en gözetilecektir. Bu durumun kesin hüküm olmadığı yönündeki görüşe göre ise bu durumun "Tek taraflı bağlamazlık" olduğu bu sebeple de kefaletin geçersizliğini, yalnız velayet ya da vesayet altındakiler ile bunların yasal temsilcileri iddia edebilir.¹⁸¹

Kendisine yasal danışman veya kayyum tayin edilen kimselerin yasal temsilcilerinden izin alarak yapacağı işlemler TMK m.429'da belirtilmiştir. Bu işlemler arasında kefalet sözleşmesi de sayılmıştır. Bu tür şahısların kefaleti yasal temsilcisinin izni ile geçerli olmaktadır. Kendisine yasal danışman atananlar veya kayyum tayin edilen kimseler temsilcisi ile birlikte kefil olanlarda sorun yoktur. Lakin yasal temsilcisi veya kayyum olmadan kefil olmuşsa bunların sonradan vereceği icazet ile kefalet geçerli olacak mıdır? Kefaletin kurulmasındaki şekil şartlarına uyulması icazet verilmesi ile kefalet geçerli hale gelecektir.¹⁸²

Gerçek şahsa konkordato için süre verilmişse, bu sürenin ilanından itibaren icra mahkemesinin izni dışında kefil olması yasaklanmıştır (İİK m. 290/2) Bu yasağa rağmen yapılan kefalet kesin hükümsüzdür.¹⁸³

¹⁷⁹ Özen, s.172, Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.726.

¹⁸⁰ Özen, 174, Acar, s.108.

¹⁸¹ Reisoğlu, Kefalet, s.59-60.

¹⁸² Reisoğlu, Kefalet, s.58, Aydoğdu/ Kahveci, s.707.

¹⁸³ Acar, s.113.

2. Tüzel Kişilerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

a. Genel Olarak

Hukuk düzeni gerçek kişilerin dışında bir takım varlıklara da kişi sıfatını tanımıştır. Tüzel kişi gerçek kişiler dışında, kişi sıfatına sahip olan varlıkları ifade eder. Bu şekilde hukuk sistemi gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de hak ehliyeti, fiil ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir.¹⁸⁴ Tüzel kişiler kamu tüzel kişileri ve özel tüzel kişiler olarak iki gruba ayrılmaktadır. Özel tüzel kişiler, şirketler, dernekler ve vakıflardır.

b. Dernek Ve Vakıfların Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

Dernekler TMK m.56-m.100 arasında düzenlenmiştir. Derneklerin kefil olabileceklerine yada olamayacaklarına ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Doktrinde hakim olan görüşe göre dernekler ancak kuruluş amaçlarında belirlenen hususlarda kefil olabilirler kuruluş amaçlarından bulunmayan hususlardaki kefaletleri geçersizdir¹⁸⁵. Nitekim Dernek Tüzüğü m. 4'e göre derneğin tüzüğünde derneğin amacının belirlenerek belirtilmesi zorunlu unsurdur. Dernek tüzüğünde derneğin amacına bakılarak derneğin amacına uygun olarak dernekler kefil olabilir.¹⁸⁶

Vakıfların kefaleti hususunda da açık bir düzenleme yoktur. Vakıfların kefil olabileceği lakin vakfın amacı ile sınırlı olduğu görüşü doktrinde hakimdir.¹⁸⁷

c. Ticari Şirketlerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

TTK m.125/2'ye göre Ticaret şirketleri, TMK m.48 çerçevesindeki bütün haklardan faydalanabilirler ve borçlanabilirler yasadaki kanuni istisnalar saklı olmak

¹⁸⁴ Dural Mustafa/ Ögüz Tufan, Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku, C.II, İstanbul 2014, s.209.

¹⁸⁵ Özen, Kefalet, s.179, Reisoğlu, Kefalet, s.53, Acar, s.114.

¹⁸⁶ Reisoğlu, Kefalet, s.53.

¹⁸⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.731.

şartıyla. Eski TTK m.137'e göre şirketler sadece faaliyet alanlarıyla ilgili hususlarda kefil olabiliyorlardı. Buna "ultra vires" ilkesi adı verilmekteydi.

Ultra vires ilkesi ticari hayattaki aktiflik ve gelişmişlik bu ilkenin yetersizliğini ve şirketleri kısıtladığını ortaya çıkarmıştır. Bunun üzerine yeni TTK m.125/2 ile daha geniş bir düzenleme getirilmiş ve ticari şirketlerin kefil olmasının önü açılmıştır. Ticari şirketler istedikleri alanlarda TTK 125/II gereği TMK m. 48 çerçevesinde kefil olabilecektir.¹⁸⁸ Bu duruma TTK m. 371 ile anonim şirketlerin faaliyet alanlarında kefil olabileceği şartı getirilmiştir. Yani ETTK m.137 ile paralel ultra vires ilkesini esas alan bir düzenleme ile anonim şirketlerin kefalet sözleşmesi imzalaması kısıtlanmıştır. Kolektif şirketlerde kefalet TTK m. 223'de belirtilen ve oybirliği ile imzalanabilen bir sözleşmedir. Bu sebeple bütün kolektif şirket ortaklarının imzası ile kolektif şirket kefil olabilecektir. Komandit şirketler hakkında özel bir düzenleme yoksa TTK m.308 gereği kolektif şirketlere ilişkin hususlar uygulanacağından komandit şirketler de ortakların tamamının oybirliği şartı aranacaktır.

d. Kooperatiflerin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

Kooperatifin kefaletine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Lakin Kooperatifler Kanunu m.38'e göre bu kanunda düzenleme bulunmayan hallerde TTK'nundaki anonim şirkete ilişkin hususlar kıyasen kooperatiflere de uygulanacağından TTK m.125/2, TMK m. 48, ve kefaleti sınırlayan TTK m. 371/2 kıyasen kooperatifler hakkında da uygulanacaktır.¹⁸⁹

e. Kamu Tüzel Kişilerinin Müteselsil Kefil Olma Ehliyeti

Kamu tüzel kişilerinin kuruluşu, yetkileri ve görevleri özel yasalarla belirlenmiştir. Bu sebeple kamu tüzel kişilerinin kefil olma ehliyetleri yasal

¹⁸⁸ Acar, s.116.

¹⁸⁹ Reisoglu, Kefalet, s.57.

düzenleme ile ve bu düzenlemedeki sınırlar ile mümkündür.¹⁹⁰ Doktrinde kamu tüzel kişilerinin yasal düzenleme olmasa bile iştirakleri lehine kefil olabileceği yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁹¹

¹⁹⁰ Reisoğlu, Kefalet, s.57

¹⁹¹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.734.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN NİTELİKLERİ VE ÖZELLİKLERİ

I-MÜTESELSİL KEFALETİN NİTELİKLERİ

A-Kefalet Borcu Asıl Borca Bağımlı Feri Ve Fakat Asıl Borç İlişkisinden Ayrı Bir Borçtur

Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesi hükmü gereğince, kefalet, her halükarda geçerli ve fakat mevcut veya doğacak ya da şarta bağlı bir borç için verilebilir. Bu borcun kaynağı, sözleşme, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil olabilir.¹⁹²

Öte yandan, kefilin borcunun doğabilmesi için asıl borcun alacaklı tarafı ile kefil arasında bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekir ki, kefilin borcu asıl borç ilişkisinden değil işte bu sözleşmeden doğar.¹⁹³ Bu bağlamda, asıl borç ilişkisinde borçlunun borcu kendisinindir, borçlunun bu borcunu ifa etmemesi halinde ise, kefil kefalet sözleşmesinden doğan kendi borcunun borçlusudur. İşte bu bakımdan kefilin borcu asıl borç ilişkisinden ayrı, bağımsız bir borç ilişkisinden doğar.¹⁹⁴

Kefalin borcunun asıl borç ilişkisinden ayrı bir sözleşmeden doğması, her iki sözleşme bakımından da geçerlilik şartlarının ayrı ayrı değerlendirilmesini gerektirir. Bu bağlamda, asıl borç ilişkisi geçerli iken, kefalet sözleşmesi geçersiz olabilir.¹⁹⁵

Kefalet borcunun asıl borçtan ayrı bağımsız bir borç olması, bu iki borcun hukuki sebebinin de farklı olması sonucunu doğurur. Asıl borç bir ifa sebebine (örneğin, satış, kira veya eser sözleşmesinin ifasına) ilişkin olabileceği gibi, karşı edim elde etme veya bağışlama sebebine de dayanabilir. Kefilin borcunun sebebi ise

¹⁹²Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 775; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1359.

¹⁹³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1362; Karahasan, s. 1204.

¹⁹⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 774. Özen, s. 66.

¹⁹⁵ Özen, s. 66.

daima teminat sebebidir.¹⁹⁶ Bu sözleşmeyle, alacaklının asıl borçludan olan alacağını elde edememesine karşı alacaklıya bir teminat verilmesi amaçlanır.¹⁹⁷

Bu arada kefilin borcunun sebebi ile kefilin taahhüdünün saiki arasındaki fark başkadır. Kefilin kefaletinin arkasında, borçluya olan kendi borcunu ifa etme veya vekalet ya da bağışlama olabilir. Tüm bunlar, rücu ilişkisi bakımından önem arz eder.¹⁹⁸

Kefalet sözleşmesinin bu şekilde bağımsız bir sözleşmesi olmasına rağmen, o aynı zamanda asıl borca bağlıdır. Kefalet, işte böyle bir borcu teminat altına almak için verilir. Ortada böyle bir borç olsun ki, kefaletle bu teminat altına alınmış olsun.¹⁹⁹ Bu, “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir” diyen TBK m. 581 hükmünden çıkmaktadır. Buna kefaletin feriliği denir.²⁰⁰

Ferilik ilkesi gereğince, kefilin borcu asıl borcun mukadderatına tabidir. İşte bu sebeptir ki, asıl borç, her hangi bir sebeple sona ererse, kefilin borcu da sona erer.²⁰¹ Kefilin borcu, yine bu sebeple, asıl borç miktarına eşit veya ondan az olması kararlaştırılabilirse de fazla olamaz.²⁰² Bundan başka, kefalet sözleşmesinde alacaklı olan taraf, kefalet sözleşmesinden doğan alacak hakkını, ancak kefaletle teminat altına alınan alacakla birlikte devredebilir.²⁰³ Borçlu alacaklıya karşı hangi defileri ileri sürebiliyorsa, kefil de alacaklıya karşı aynı defileri ileri sürebilir (TBK m. 591).Bu konuda, kefaletin adi veya müteselsil olmasının da bir önemi yoktur.²⁰⁴

Kefalet borcunun feriliğini İİK. m. 176/A ve 176/B hükmünde de görmek mümkündür. Ticaret mahkemesi tarafından asıl borçlu için iflas erteleme kararı

¹⁹⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 777. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1363. Özen, s. 62.

¹⁹⁷ Özen, s. 62.

¹⁹⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 777. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1363.

¹⁹⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 776.

²⁰⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 776. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1367. Reisoğlu, Kefalet, s. 2 vd. Karahasan, s. 1204 vd.; Özen, s. 79 vd.

²⁰¹ Eren, Özel Hükümler, s. 776. Özen, s. 81.

²⁰² Özen, s. 81. Bunun kanundan doğan bir istisnası, İİK M. 143’de öngörülmektedir. Buna göre borçlu için aciz vesikası düzenlenirse, bu vesikada düzenlenen alacak için zamanaşımı işlemez. Oysa kefiller, borçlu için aciz vesikası düzenlemiş olsa da faiz ödeme borcu devam eder ve bu yüzden alacaklıya ödedikleri faiz için de asıl borçluya rücu edemezler.

²⁰³ Özen, s. 81.

²⁰⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1367.

verilmesi halinde kefaletin ferî niteliği gereği asıl borca bağımlı olması sebebiyle alacaklılar kefile başvuramayacaktır.²⁰⁵

Kefalet borcunun ferîliği ayrıca kendisini İİK. m.179/a ve İİK: m.179/b hükümlerinde gösterir. Bu hükümlere göre ticari şirketler hakkında Ticaret Mahkemesine verdikleri erteleme kararı üzerine kefaletin ferî niteliği asıl borca bağlı olduğu için alacaklılar kefile başvuramayacaktır.

Kefalet borcunun ferîliğini, kefalet sözleşmesinin tarafları, aralarında yapmış oldukları sözleşmeyle, ortadan kaldıramazlar veya kefil feragat yoluyla da kefaletin bu niteliğini değiştiremez.²⁰⁶ Ancak kefalet sözleşmesinin ferîliğinin kanundan doğan istisnaları vardır.

İstisnalardan biri, İİK m. 295 de düzenlenmektedir. Madde hükmüne göre, konkordatonun tasdik edilmesiyle birlikte, borçlu konkordatoda belirlenen oranda yükümlü iken, kefil, konkordatoya onay vermeyen alacaklıya karşı alacağın tamamından sorumludur.²⁰⁷

Ferîlik ilkesinin bir başka istisnası, TMK m. 629 da hükmünden çıkmaktadır. Buna göre, mirası, tutulan deftere göre kabul eden mirasçılar, deftere yazılmayan alacaklılardan dolayı sorumlulukları hiç yok veya zenginleşmeleriyle sınırlı olarak sorumlu iken bu alacak için kefalet vermiş kişilerin sorumlulukları tamdır.²⁰⁸

B. Kefilin Borcu Tali (İkinci Derece) Bir Borçtur

TBK m. 585/1 hükmüne göre: “Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilî takip edemez...”. Yani, alacaklı öncelikle asıl borçtan dolayı borçlusunu takip etsin ve bundan bir netice alamamış olsun ki daha sonra kefile müracaat edebilsin. Buna, kefaletin talîliği denir. Madde hükmünde geçen takipten amaç ise, İcra ve İflas hükümlerine göre, alacaklının borçluya başvurmasıdır²⁰⁹, yoksa borçluya bunun dışında örneğin bir ihtar gönderilmesi değildir.

²⁰⁵ Kaplan, Kayyumluk Raporu, s.16 vd.

²⁰⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 776.

²⁰⁷ Bkz. Özen, s.96.

²⁰⁸ Özen, s. 98.

²⁰⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 786.

Adi kefalette kural, kefaletin tali olması iken, müteselsil kefalette, kefilin borcu asli mi tali mi olduğu konusunda görüş ayrılıkları vardır.²¹⁰ Şöyle ki,

TBK m. 586/1 hükmünde, alacak şayet her hangi bir rehinle güvence altına alınmış olmayıp da, müteselsil kefalet var ise, alacaklı doğrudan kefile müracaat edebilir denilmektedir. Ancak bunun için, kefile müracaat edebilmesi için, borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması ya da borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması halinde, gerçi icra iflas hukuku anlamında bir takipten söz edilemez, dolayısıyla, kefilin borcu tali değil, aslidir. Ancak bu durumda da zaten alacaklı borçluya başvurmuş demektir. Borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması hali için ise, işte ancak bu halde alacaklı, borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurabilir Yani bu halde kefilin borcu asli niteliktedir.²¹¹

TBK m. 586/1 hükmüne göre alacak taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış olup da müteselsil kefalet var ise, alacaklı yine doğrudan kefile müracaat edebilir. Ancak kefile müracaat edebilmesi için, borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması ya da borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir. Bu halde de kefilin borcu yine asli niteliktedir.²¹²

TBK m. 586/2 hükmüne göre, alacak şayet teslimine bağlı taşınır rehni ile veya alacak rehni ile güvence altına alınmış ise müteselsil kefalette alacaklı, rehnin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. Şayet başvurursa, müteselsil kefil rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilir.²¹³ Dolayısıyla bu halde müteselsil kefilin sorumluluğu asli değil talidir.²¹⁴

Rehinle teminat altına alınan müteselsil kefalette kefilin borcu tali olması halinde, alacaklı borçluyu takip etmeden doğrudan kefilin takip ederse, kefil, rehnin paraya çevrilmesi defini ileri sürebilir.²¹⁵ Ancak bu kural da mutlak değildir, zira madde hükmünün (TBK m. 586/2-son) devamına göre “alacağın rehnin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından

²¹⁰ Bkz., Eren, Özel Hükümler, s. 788. Özen, s. 84. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1367. Reisoğlu, Kefalet, s. 5.

²¹¹ Eren, Özel Hükümler, s. 788.

²¹² Eren, Özel Hükümler, s. 788.

²¹³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1395. Özen, s. 111.

²¹⁴ Özen, s. 111.

²¹⁵ Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 787, 788.

belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato süresi verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir”.

C. Kefilin Borcu Para Borcudur

Türk Borçlar Kanunu'nun 581.maddesinde kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, kefilin borcunun kefalet sözleşmesinden doğan ve asıl borca bağlı, onun bir ferisi olsa da ondan ayrı bir borç olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu aşamada, kefilin borcunun konusunun ne olduğu sorusu gündeme gelir.

Bu sorunu cevabı, TBK m. 583 hükmünden çıkmaktadır. Madde hükmüne göre, kefilin sorumlu olduğu azami miktar, sözleşmenin yapıldığı sırada açıkça belli olmalıdır. Şu halde, kefilin borcu, daima ve sadece para borcudur.²¹⁶ O sadece asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı, yani müspet zararı, para olarak tazmin eder.²¹⁷ Onun kendi borcunu ifası da hiç bir zaman asıl borçlunun borcunun ifası anlamına gelmez ve onun ifasına ilişkin değildir.²¹⁸ Aşağıda görüleceği üzere, kendi borcunu ifa eden kefil, alacaklıya halef olur.²¹⁹ Tüm bunlar adi ve müteselsil kefalet bakımından geçerlidir.

Kefilin borcu para borcu olsa da kefaletle teminat altına alınan alacak, yani asıl borçlunun borcunun konusu, para olmak zorunda değildir. Kefil, olumlu veya olumsuz bir borca, ya da cins veya parça borcuna veya seçimlik borca da kefalet verebilir.²²⁰

Kefilin borcu kural olarak para olmakla birlikte, kefil kendi borcunu değil de doğrudan borçlunun borcunu da ifa edebilir. Bu halde, TBK m. 383 hükmü anlamında üçüncü kişinin ifası söz konusu olur. Yok böyle değil de kefalet sözleşmesinde kefilin sadece borçlunun borcunu ifa edeceği kararlaştırılmış olursa,

²¹⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 775. Özen, s. 59. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1362.

²¹⁷ Özen, s. 60.Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1363. Reisoğlu, Kefalet, s. 7.

²¹⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1365.

²¹⁹ Özen, s. 60.

²²⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 775. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1365.Özen, s. 59.

artık bu halde kefalet değil, müteselsil borç veya borcun birlikte üstlenilmesi söz konusu olur.²²¹

II. MÜTESELSİL KEFALETİN ÖZELLİKLERİ

A. Taahhüt Sözleşmesi Olma Özelliği

Borç sözleşmeleri, mal varlığına etkisi bakımından taahhüt sözleşmeleri ve tasarruf sözleşmeleri olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulur. Taahhüt sözleşmeleri, mal varlığının pasifini artırırken, tasarruf sözleşmeleri, malvarlığının aktifine etki eder. İşte kefalet, müteselsil veya adi, bunlar içerisinde taahhüt sözleşmesi niteliğindedir.²²²

B. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olma Özelliği

Borç sözleşmeleri bir başka bakımdan tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler şeklinde bir ayrıma tabi tutulur. Kefalet sözleşmesinin bir tarafında kefil öbür tarafında ise, borçlunun borcuna karşılık kefilin şahsi teminat verdiği alacaklı yer alır. İşte bu borç ilişkisi, kural olarak kefile yani tek tarafa borç yükler.²²³ Ancak şu de belirtilmelidir ki, kefaletin tek tarafa borç yüklemesi, kefaletin zorunlu bir unsuru da değildir.²²⁴ Kefaletin adi veya müteselsil olmasının yine burada bir önemi yoktur.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı olan tarafının, borcuna karşılık kefilin şahsi teminat borcu altına girdiği borçluya yeni kredi sağlamayı veya mevcut kredinin süresini uzatmayı ya da varsa diğer kefilleri kefaletten kurtarmayı taahhüt etmesi halinde, iki tarafa borç yükleyen kefalet sözleşmesi söz konusu olur.²²⁵

²²¹ Eren, Özel Hükümler, s. 776.

²²² Eren, Özel Hükümler, s. 772.

²²³ Bkz., Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s. 694 vd. Eren, Özel Hükümler, s. 772 vd. Reisoğlu, kefalet, s. 25. Gümüş, s. 329. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368. Karahasan, s. 1205. Özen, s. 112.

²²⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368.

²²⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 773. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368. Özen, s. 113.

Kefaletin iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması halinde, alacaklı olan taraf taahhüdünü yerine getirmez ise, kefil iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borca aykırılığa ilişkin hükümlere göre hareket edebilir. Bu anlamda olmak üzere, şartları varsa ödemezlik define (TBK m. 97) müracaat edebilir veya borçlunun temerrüdündeki seçimlik haklarını (TBK m. 223 vd.) kullanabilir.²²⁶

Öte yandan, kefalet sözleşmesi ister alışlagelen halinde olduğu üzere tek tarafa borç yüklesin, isterse iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olsun veya adi ya da müteselsil olsun, kefalet ivazsız bir sözleşmedir. Alacaklının kefile karşı borç altına girmiş olması da onun bu niteliğini değiştirmez.²²⁷ Bununla birlikte, ivazsız olan kefalet sözleşmesinde, kefil, sözleşme dışında özel bir yarar da elde etmiyorsa, o zaman onun sorumluluğu TBK m. 114/1 c. son hükmüne gereğince, daha hafif takdir olunmalıdır.

²²⁶ Bkz., Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s. 694 vd. Eren, Özel Hükümler, s. 773. Reisoğlu, Kefalet, s. 6 vd. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1369. Özen, s. 113.

²²⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 773. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368.

BEŞİNCİ BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFALETİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI

I. ADİ KEFALETTEN FARKI

Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça kefile başvuramaz (TBK m. 585/1). Şayet başvurursa, adi kefil ona karşı tartışma defini ileri sürer. Yani alacaklı, öncelikle asıl borç ilişkisindeki borçluyu takip etmeli, şayet alacağını kısmen veya tamamen elde edemez ise, o zaman kefile başvurma hakkına sahiptir. Bu bakımdan adi kefilin borcu talidir.²²⁸

Müteselsil kefalette ise, kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen her hangi bir ifadeyle alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından şahsen sorumlu olmayı taahhüt eder (TBK m. 586/1).

Müteselsil kefalette kefil, adi kefalette olan tartışma define kural olarak sahip değildir.²²⁹ Bu bağlamda, asıl borç taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olsa dahi, asıl borçludan önce müteselsil kefil takip edilebilecektir. Yine, asıl borç için teslimeli bağlı taşınır rehni ile veya alacak rehni ile teminat verilmiş ise, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde müteselsil kefil takip edilebilir. Bu haller bakımdan, müteselsil kefalette kefilin borcu, kural olarak aslidir. Bu haller dışında ise, müteselsil kefil tartışma defini ileri sürebilir ki, bu durumlarda da müteselsil kefilin talilik durumu ön plana çıkmaktadır.²³⁰

²²⁸ Bkz., Eren, Özel Hükümler, s. 786.

²²⁹ Bkz., Eren, Özel Hükümler, s. 787. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1393. Karahasan, s. 1228.

²³⁰ Bkz., Özen, s. 281.

II. MÜTESELSİL BORÇLULUKTAN FARKI

Bir borç ilişkisinde borçlu tarafında birden çok kimse olabilir. Böyle bir durumda borçlular, kural olarak alacaklı karşısında kısmi sorumluluğu olur. Müteselsil borçta ise, birden fazla borçlunun her biri alacaklı karşısında borcun tamamından sorumlu olmayı üstlenmişlerdir. Müteselsil sorumluluk için, bu hususun, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış veya bu yönde kanunda bir hüküm olması gerekir.²³¹

Müteselsil borçta her bir müteselsil borçlunun borcu aslidir. Aslında müteselsil kefalette de, kefilin borcu aslidir. Öyle ki, her iki durumda da alacaklı, doğrudan müteselsil borçluyu veya müteselsil kefilini takip edebilir. Bu bakımdan aralarında ortak yön vardır. Ancak bu iki kurum, birbirinden ayrıdır.²³²

Evvela, asıl borca teslim bağlı taşınır rehni ile teminat gösterilmesi durumunda olduğu gibi, müteselsil kefilin borcunun tali olduğu haller vardır.

Bundan başka müteselsil borçta borçluların tamamı aynı borçtan dolayı alacaklıya karşı borçlanırlar. Müteselsil kefalette ise, kefil, gerçi borçlunun borcunu teminat altına almıştır ve fakat onun borcunun konusu, kendi borcudur, yoksa borçlunun borcu değildir.²³³

Bir başka fark, müteselsil borcun varlığı için, asıl borç yanında ona bağlı bir başka borcun olması gerekmez. Oysa müteselsil kefalette, kefilin borcu daima feridir. Bu sebeple, feriliğin olmadığı yerde, müteselsil borçluluk gündeme gelebilir.²³⁴

Son önemli bir fark da müteselsil borç, sözleşmeden ve/veya kanundan doğarken, müteselsil kefaletin kaynağı sadece sözleşmedir.²³⁵

²³¹ Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 780. Özen, s. 281.

²³² Özen, s. 284.

²³³ Eren, Özel Hükümler, s. 780.

²³⁴ Bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1367. Özen, s. 286.

²³⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 780.

III. BORCA KATILMADAN FARKI

Mevcut bir borç ilişkisi var iken, üçüncü bir kişi bu borç ilişkisinde borçlunun yanında alacaklıya karşı mevcut borçtan borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmayı taahhüt etmiş ve alacaklı da bunu kabul etmiş ise, burada borca katılma vardır.²³⁶

Borca katılma için de, tıpkı kefalet gibi, asıl bir borcun varlığını gerektirir. Ancak kefaletten farklı olarak, borca katılanın borca katılan kimse, borca katıldığı kişinin yanında aynı derecede bir borcun ortaya çıkmasına sebep olur.²³⁷ Gerçi borca katılmada da başlangıçta geçerli bir borcun varlığı gerekir, ancak borca katılma gerçekleşmesinden sonra, artık borca katılanın borcu, katıldığı borcun önceki borçlusundan bağımsızdır. Bu bakımdan kefalette söz konusu olan ferilik unsuru, borca katılmada da yoktur.²³⁸

Somut olayda kefalet mi yoksa borca katılma mı olduğu tereddüt konusu olabilir. Bu konuda tarafların kullandıkları sözcüklere değil, gerçek iradelerine bakmak gerekir (TBK m. 19/1). Eğer ki tarafların iradesi, asıl borçlu yanında bu borca ilişkin bir yükümlülük altına girilmek yönündeysen, o zaman borca katılma, yok böyle değil de ferî bir yükümlülük kurulmak isteniyorsa, o zaman da kefalet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir.²³⁹ Ancak, kefalet olarak kabul edilmesi, onun geçerli olup olmadığının ayrıca denetlenmesini gerektirir.

IV. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Garanti sözleşmesinde garanti veren ya garanti alana temel bir borç ilişkisindeki karşı tarafının üstlendiği edimi garanti eder (kefalet benzeri garanti) veya garanti alana bir girişimin sonucunu garanti eder (saf/bağımsız garanti).²⁴⁰

²³⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 780. Özen, s. 7.

²³⁷ Özen, s. 10.

²³⁸ Özen, s. 12.

²³⁹ Özen, s. 16.

²⁴⁰ Eren, Özel Hükümler, s. 778. Özen, s. 23 vd. Garanti çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp Ünal, Banka Hukukunun Esasları, C.I, İstanbul 1988, s.374 vd.; Doğan Vahit, Banka Teminat Mektupları, Ankara 2005., s.61 vd.; Kahyaoğlu Emin C., Banka Garantileri, İstanbul 1995, s.7 vd;

Garanti sözleşmesinde garanti veren, bağımsız (fer'i olmayan) nitelikte bir borç altına girmektedir. Buradaki bağımsızlık, garanti verenin garanti alana karşı yükümlendiği borcun varlığının ve geçerliliğinin, diğer herhangi bir borç ilişkisine bağlı olmaması ve ondan etkilenmemesi olarak ifade edilebilir²⁴¹.

Saf garanti halinde bir başkasının edimine ilişkin bir garanti verilmediği için, kefalet ile benzer yanı da yoktur.²⁴² Kefalet benzeri garantide ise, bir başkasının borcunu ifa etmemesinin sebep olduğu zararlardan şahsen sorumlu olma hali olduğu için, kefaletle benzer yanı vardır.²⁴³ Yine, kefalette de garanti sözleşmesinde de gerek kefil, gerekse garanti veren, teminat verdikleri borçlunun değil, sözleşmeden doğan kendi borçlarının borçlusu durumundadır.²⁴⁴

Hal böyle olmakla birlikte bu kurumlar birbirlerinden farklıdır. Herşeyden önce kefalet ister adi kefalet ister müteselsil kefalet olsun, kefilin borcu daima feridir. Garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin borcu aslidir.²⁴⁵ Bu şu anlama gelmektedir. Garanti sözleşmesi ile teminat altına alınan asıl borç ilişkisi hiç kurulmamış olsa bile veya geçersiz olsa bile ya da dava edilebilir olmasa bile garanti veren, garanti alanın zararını tazmin etmek durumundadır.²⁴⁶

Bunun dışında kefil, kanundan dolayı, asıl borçlunun sahip olduğu defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi bununla da görevlidir. Garanti sözleşmesinde ise, teminat amaçlı garanti veren kişinin teminat verdiği borcun borçlusunun sahip olduğu defileri ileri sürme hak ve görevine sahip değildir.²⁴⁷

Bundan başka, kefalette kefil, alacaklıya borcunu ifa etmesinin ardından, borçluya karşı alacaklının haklarına halef hale gelir. Garanti sözleşmesi için ise, bu şekilde kanunda öngörülmüş bir halefiyet durumu söz konusu değildir.²⁴⁸

Garanti sözleşmesi ve kefalet sözleşmesini birbirinden ayıran özellik, “aslilik-fer’ilik kıstası”dır. Buna göre, teminat verenin taahhüdü, fer’i nitelikte ise kefalet

²⁴¹ Bkz. Reisoğlu Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, s.52; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.19 vd.; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.812 vd.; Arkan, Teminat Mektubu, s.61;

²⁴² Eren, Özel Hükümler, s. 779. Özen, s. 26.

²⁴³ Eren, Özel Hükümler, s. 779. Özen, s. 23.

²⁴⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 779.

²⁴⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1367.

²⁴⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 779. Özen, s. 27 vd.

²⁴⁷ Özen, s. 27.

²⁴⁸ Eren, Özel Hükümler, s.780.Özen, s. 28.

sözleşmesi, asli ve bağımsız bir taahhüt bulunuyorsa bir garantinin bulunduğu kabul edilmelidir²⁴⁹.

Somut olayda teminat amaçlı kişisel garanti mi verildiği yoksa kefalet mi verildiği tereddüt konusu olursa, özellikle, irade beyanlarının lafzından kesin bir neticeye varılamıyorsa, o zaman kefalet karinesinin uygulanacağını kabul etmek gerekir.²⁵⁰ Yapılan yorumlama neticesinde, kişisel teminatın garanti sözleşmesi kapsamında olduğu sonucuna varılması halinde ise, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır şeklindeki TBK m. 603 hükmü, garanti sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Aksi halde, söz konusu hüküm, eşinin rızası alınmadığı için kefil olamayan kimselerin garanti vermek suretiyle kişisel teminatının alınması sonucunda kanuna karşı hile sonucunu doğurur.²⁵¹

V. REHİN SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Rehin, şayet borçlu borcunu ifa etmez ise, alacaklıya rehlin konusu sattırıp paraya çevirtme hakkı veren sınırlı bir ayni haktır. Rehin sözleşmesinden teminatın konusu, bu anlamda olmak üzere rehnedilen taşınır ya da taşınmaz mal veya bir alacak hakkı oluşturur. Bu bakımdan rehin, alacaklıya aynı bir teminat sağlar. Rehin, Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku Kitabında hükme bağlanmaktadır.²⁵² Rehin de kefalet gibi alacağa bağlı ferî nitelikte bir teminattır.²⁵³

Kefalette ise, kefil, alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından şahsen sorumlu olmayı taahhüt etmektedir. Yani burada aynı değil,

²⁴⁹ Kocaman Arif B., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsî) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2003, s.72-73; Arkan Sabih, Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.985 vd.; Aral, Banka Teminat Mektupları, s.136; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.820; Reisoğlu, Kefalet, s.85; Aral, Özel Borç İlişkileri, s.426; Barlas, s.955-956; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.75; Turan, s.48.

²⁵⁰ Özen, s. 41.

²⁵¹ Bkz. Özen, s. 27.

²⁵² Eren, Özel Hükümler, s. 778.

²⁵³ Kaplan; Özel Hükümler, s.17.

şahsi bir teminat verilmektedir. Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısmında düzenlenmektedir.²⁵⁴

VI. AVALDEN FARKI

TTK m. 700-702 arasında düzenlenen aval ile kambiyo senetlerinden poliçe ile emre yazılı senetten doğan borçlar teminat altına alınır. Öyle ki, aval veren kambiyo borçlusunu ile birlikte alacaklıya yani kambiyo senedinin hamiline karşı borcun ödenmesinden sorumlu olmayı taahhüt eder.²⁵⁵

Aval de tıpkı kefalet gibi, alacaklıya karşı şahsi teminat sağlar.²⁵⁶ Hatta doktrinde avale, kambiyo hukukundan kaynaklanan bir kefalet olarak da kabul edilmiştir.²⁵⁷ Bu bağlamda, poliçe ve emre yazılı senetten doğan bir borca aval yerine kefalet de verilebilir. Ancak bu ki kurum birbirinden farklıdır.²⁵⁸ Şöyle ki,

Kefalet, kefil ile alacaklı arasında yapılan sözleşmeden doğar. Oysa avalde, aval veren ile alacaklı, yani senet hamili arasında yapılan bir sözleşme yoktur. Aval veren, teminat sağlama yönündeki iradesini, senet veya analog üzerine "aval içindir" veya bu anlama gelecek bir ifadeyle açıklar.²⁵⁹ Nitekim Yargıtay da poliçe ve emre yazılı senet üzerine verilen kefalet şerhini, aval olarak nitelendirmektedir.²⁶⁰

Bunun dışında, kefaletin her iki türünde de kural, kefaletin feri olmasıdır. Oysa TTK m. 702 hükmüne göre: "(2) Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir.". Yani Avalin teminat altına aldığı borç, -şekil noksanlığı dışında- herhangi bir sebeple, örneğin avalin teminat altına aldığı borcun kanuna ve ahlaka aykırı olması sebebiyle ya da bu borcun borçlusunun ehliyetsizliği sebebiyle, geçersiz

²⁵⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 778.

²⁵⁵ Güral Jale, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHF Dergisi 1974 Sayı: 3 Cilt: 8, s. 436. Reisoğlu, Kefalet, s. 89. Özen, s. 45.

²⁵⁶ Güral, s. 437.

²⁵⁷ Bkz., Güral, s. 438, dn.7 deki yazar.

²⁵⁸ Özen, s. 45.

²⁵⁹ Güral, s. 443.

²⁶⁰ Yargıtay 12. HD. nin 18.10.1999 tarih ve 1999/11398 esas ve 1999/1263 sayılı karar için bkz., YKD, C.26, S. 1., T. Ocak 200, s. 61 ve Özen, s. 46.

olması, aval verenin borcunun geçerliliğine bir etki etmeyecektir.²⁶¹ Avalde asli sorumluluk varken, kefalette feri sorumluluk vardır.²⁶²

Aval verenin borcu, kefaletten ziyade, müteselsil borca benzer. Nitekim TTK m. 702 hükmünde: “ (1) Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur.” denilmektedir. Bu bakımdan avalde alacaklıya karşı borcun birlikte üstlenilmesi ya da bir borca katılma durumu söz konusu olur.²⁶³

Hal böyle olmakla birlikte, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır şeklindeki TBK m. 603 hükmünün, avale de uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelir.

Bu sorunun cevabına ilişkin olarak, avalin özel olarak kanunda düzenlendiği ileri sürülebilirse de, TBK m. 603 hükmü, avale de uygulanmalıdır. Aksi halde, söz konusu hüküm, eşinin rızası alınmadığı için kefil olamayan kimselerin poliçeye aval vermek suretiyle kişisel teminatının alınması sonucunda kanuna karşı hile sonucunu doğurur.²⁶⁴

²⁶¹ Gral, s. 445. zen, s. 45.

²⁶² zen s. 46.

²⁶³ Gral, s. 443.

²⁶⁴ zen, s. 50.

ALTINCI BÖLÜM

MÜTESELSİL KEFİL İLE ALACAKLI VE BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. MÜTESELSİL KEFİLİN ALACAKLIYA KARŞI SAHİP OLDUĞU DEFİ HAKLARI

Bir borç ilişkisinin iki tarafı vardır. Alacaklı ve borçlu. Alacaklı, borçlunun malvarlığından alacak hakkına sahip olan kimsedir. Bir kimse alacaklı olduğu iddiasıyla, alacağını elde etmek amacıyla borçluyu dava edebilir. Buna hakkın korunması denir. Ancak böyle bir durumda davalı, alacaklının davasını kabul ederse bir sorun yaşanmaz. Ancak davalının da alacaklı olduğunu iddia eden davacı karşısında bazı hakları vardır. Onun bu hakkı, savunma hakkıdır. Davalı, savunma hakkını usul hukukuna veya maddi hukuka dayandırabilir. Davalının maddi hukuka dayanan savunma imkânları arasında defiler vardır.²⁶⁵

Defi de, davalı gerçi davacıya borcu olduğunu, dolayısıyla davacının kendisinden alacaklı olduğunu kabul etmektedir. Ancak özel bir sebebe dayanarak bu borcu ifa etmemeye hakkı olduğunu beyan etmektedir. Buna teknik veya dar anlamda defi denir. Bir de geniş anlamda defi kavramı vardır ki, onun içerisine itirazlar da girer. İtiraz, davalının davacıya bir borcunun olmadığını veya borcu olmuş olsa dahi bunun sona erdiğinin ileri sürülmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nda, defi sözcüğü çoğunlukla bu geniş anlamda kullanılmaktadır.

Kefalet sözleşmesinde de kefil, şayet alacaklı kendisini dava ederse, ona karşı defi ileri sürme hakkına sahiptir (TBK m. 591/1).²⁶⁶

Kefilin, alacaklıya karşı sahip olduğu bu defiler, asıl borç ilişkisinden veya kefalet sözleşmesinden kaynaklanabilir.

Aşağıda, kefilin alacaklıya karşı sahip olduğu itirazlar ve defiler açıklanmaktadır.

²⁶⁵ Bkz. Oğuzman/ Barlas, s. 297 vd.

²⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı birli için bkz. Grassinger, s. 17 vd.

A. Müteselsil Kefilin Asıl Borç İlişkisine Dayanan Defi Hakları

TBK m. 591/1 hükmünde “ Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün defileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır.” denilmektedir. Gerçi madde hükmünde sadece defi hakkında bahsedilmiş olsa da bunu geniş anlamda defi, yani defi ve itirazları kapsadığından şüphe etmemek gerekir.

Şu halde TBK m. 591 hükmü gereğince, kefilin alacaklıya karşı asıl borç ilişkisinden doğan iş bu defileri ileri sürmesi hakkı vardır.²⁶⁷ Hatta TBK m. 591/2 hükmüne göre: “Asıl borçlu kendisine ait olan bir defiden vazgeçmiş, olsa bile kefil, yine de bu defileri alacaklıya karşı ileri sürebilir”. Bu, asıl borçlunun kendi fiilleriyle kefilin durumunu ağırlaştırmaz yönündeki ilkenin bir gereğidir.²⁶⁸

Kefil, asıl borçluya ait olan defilerden kefalet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde feragat de edemez. Aksi halde şahsi teminat verilmesi amaç edinilen bir sözleşme varsa bu garanti, bağımsız asli bir borç yüklenilmesi niteliğinde ise, borca katılmadan bahsedilebilir.²⁶⁹

Aşağıda, kefilin asıl borç ilişkisinden dolayı alacaklıya karşı sahip olduğu defiler açıklanmaktadır.

1. Asıl Borcun Geçersiz veya Sona Ermiş Bir Borç Olduğu Defi

Türk Borçlar Kanunu’nun 582.maddesine gereğince, kefalet sözleşmesi, ancak geçerli bir borç için yapılabilir. Bu durum, yukarıda ifade edildiği üzere, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunun feri bir borç olması anlamına gelir.

²⁶⁷ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412. Grassinger, s. 17 vd.; Özen, s. 372.

²⁶⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1413.

²⁶⁹ Bkz. Grassinger, s. 223. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1413.

Peki, borç nedir, geçerli bir borç ifadesinden ne anlamak gerekir? Öncelikle bu sorulara cevap bulmak gerekir.

Borç, bir kimseyi bir başka kişiye bir şey verme yapma ya da yapmama şeklide bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bir bağıdır.²⁷⁰ Bu hukuki bağı da borç ilişkisi denir.

Borcun kaynağı, vasiyetname gibi tek taraflı veya sözleşmede olduğu gibi iki taraflı bir hukuki işlem olabilir. Ya da borcun kaynağı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme olabilir.

Borcun kaynağı ne olursa olsun, geçerli bir borç olsun ki, bu borç için kefil ile alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesinden dolayı da kefilin borcu ortaya çıkabilsin. Bu sonuç, TBK m. 582 hükmünde, kefalet sözleşmesi, mevcut veya doğacak ya da koşula bağlı bir borç için ancak, her hâlükârda geçerli bir borç için yapılabilir denilmesinden çıkmaktadır. Şu halde ortada geçerli bir borç yok ise, olmayan bu borcun kefil tarafından da teminat altına alınması söz konusu olmayacaktır. Şayet kefil böyle bir sözleşme için kefalet vermiş olursa, TBK m. 591 hükmü gereğince, asıl borcun geçersiz olduğu itirazını alacaklıya karşı itirazında bulunabilecektir.²⁷¹ Bu konuda adi-müteselsil kefalet ayrımının da bir önemi yoktur. Bu husus kefaletin feriliği ile ilgilidir.

Peki ne zaman ortada geçerli bir borçtan bahsedilemez?

Evvela yokluk ile geçersizlik hallerini birbirinden ayırmak gerekir. Bir hukuki işlemde bahsedebilmemiz için, evvela hukuki işlemin kurucu unsurları olması gerekir. Bu bağlamda kefilin teminat verdiği borç, örneğin bir sözleşmeden kaynaklanıyorsa, sözleşmenin kurucu unsurlarının olması gerekir. Hukuki işlemin temel kurucu unsuru, irade beyanıdır. Bir iradenin olmadığı yerde, hukuki işlemde doğan bir borcun varlığı da söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, sözleşmenin geçerli olup olmaması değil, yokluk durumu söz konusu olur. Örneğin, alacaklı borçluya başına silah dayamak suretiyle senet imzalatmış ve daha sonra da borçlunun babası, bu senede kefil olmuş ise, ortada senetten doğan herhangi bir borç

²⁷⁰ Oğuzman/Öz, s. 3.

²⁷¹ Grassinger, s. 19; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412.

olmadığı için, kefilin borcu da olmayacaktır. Bu konuda, adi kefalet ile müteselsil kefalet arasında bir fark da yoktur.

Geçersizlik denilince ise, bir hukuki işlemin kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçları doğurmadığı haller anlaşılır.

TBK m. 27 hükmüne göre: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Bir hukuki işlem şayet kesin hükümsüz olursa, o baştan itibaren geçersizdir ve sonradan da hiç bir surette geçerli kılınamaz. İş bu sözleşmeden dolayı alacaklı olan taraf borçludan edimini ifa etmesini isterse, borçlu ona karşı kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilir. Kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek, teknik anlamda definin değil itirazın konusudur. Bu sebeple, geçersiz bir sözleşmeden doğan edim borcunu ifa eden borçlu, duruma göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca istirdat davası veya mülkiyet hakkına dayanarak (TMK m.683) istihkak davası açabilir.

İşte asıl borçlu ile alacaklı arasında TBK m. 27 anlamında hükümsüz bir sözleşme varsa, bu sözleşmedeki borçlunun borcu için alacaklıya şahsi teminat veren kefilin borcu da doğmamış demektir.²⁷² Bu durum, kefaletin feriliği ile ilgilidir. Hatta, TBK m. 589/son hükmü: “Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür’ demek suretiyle, Türk Borçlar Kanunu sistemi içerisindeki başka müesseseler yoluyla da geçersiz olan bir borçtan dolayı kefilin sorumlu tutulmasının yolunu kapatmış olmaktadır.

Yukarıdaki olayda, borçlunun kafasına silah dayanmamış ve fakat bu senet borçlu tarafından kanuna aykırı bir amaç için verilmiş ise, örneğin uyuşturucunun kaçırılması karşılığında borçlu tarafından imzalanıp alacaklıya verilmiş ve kefil de iş bu borcu teminat altına almak için alacaklı ile kefalet sözleşmesi yapmış olursa, asıl borç kanuna aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır (TBK m. 27). Böyle bir halde, asıl borç ilişkisi geçersiz olması sebebiyle, onun feri durumundaki kefalet

²⁷² Bkz. Özen, s. 356.

sözleşmesinden dolayı da kefilin bir borcu olmayacaktır. Bu halde de adi –müteselsil kefalet ayrımının bir önemi yoktur.

Geçersizliğin bir diğer türü, iptal kabiliyeti (askıda geçerlilik) dir. Burada hukuki işlem gerçi başlangıçta geçerli olarak kurulmuştur, ancak iptal hakkına sahip olan kimse, geçersizliği ileri sürerse artık, başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir.

Hukuki işlemin iptal davası yoluyla geçersiz hale geldiği zaman, bu sözleşme sebebiyle taahhüt edilen edimin ifası da istenilemez. Şayet borçlu iptalden önce borcunu ifa etmiş olursa, iptalden sonra sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla bunun iadesini isteyebilir.²⁷³

İşte kefil de iptale konu olan bir sözleşmede borçlu için alacaklıya şahsi teminat vermiş ise, iptalden sonra artık o da asıl sözleşmenin geçersiz olduğu dolayısıyla borcunun olmadığı itirazını alacaklıya karşı yöneltebilecektir. Örneğin borçlu, kiracı sıfatıyla kiraya verene ait olan 3 numaralı dairenin 3.katta olduğunu sanmış ve fakat bu daire, bodrum katta ise ve kira borcu için de arkadaşı kefil olmuş ise, kiracı kira sözleşmesini yanılma sebebiyle iptal ettirirse, kira borcunun feri durumunda olan kefalet borcu da artık sona ermiş olacaktır.

Hal böyle olmakla birlikte, TBK m. 582/2 de hükmünde, şöyle bir hüküm vardır. Buna göre yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için bir kimse kişisel teminat verilmiş olur da teminat veren kişi, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, bu durumda o kimse kefalet ile ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olmaya devam edecektir. Aynı husus, TBK m. 591/1 hükmünde de tekrarlanmaktadır.

Söz konusu hükümler, kefaletle ilgili kanun hükümleri altında düzenlenmektedir. Bu sebeple, kefalet sözleşmesine özgü bir hüküm olarak düşünülebilir. Bu halde asıl borç ilişkisi geçersiz iken kefilin sorumlu tutulması, kefaletin feriliği ile zaten bağdaştırılamaz. Ancak madde hükmünde kefil yerine onu da kapsayıcı olarak “kişisel güvence veren kişi” tabiri kullanılmaktadır. Bu bağlamda örneğin garanti veren kimse de aslında kişisel teminat vermiş olmaktadır ki bu kimseler de hükmün uygulama kapsamındadır. Sorun da buradan itibaren gündeme gelmektedir. Zira madde hükmü bu halde teminatın geçerli olacağından değil, bu

²⁷³ Özen, s. 356.

kişinin kefil olarak sorumlu olacağını hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla, bir kimse aslında ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz olduğunu bildiği bir borç ilişkisinde borçluya garanti vermiş olursa, o artık garanti veren olarak değil, kefil olarak sorumlu kabul edilecektir ki, bu sefer de söz konusu hükmün sözleşme özgürlüğü ile de açıklanması zordur.

Öte yandan, yanılma gibi irade bozukluğu sebebiyle iptal edilen ve böylelikle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için alacaklıya ödemede bulunmuş olan kefilin, asıl borçluya da rücu etme hakkı yoktur (TBK m. 596-son).

Bir hukuki işlemin geçersiz olması, askıda geçersizlik (eksiklik) şeklinde de olabilir. Eksiklik halinde, hukuki işlemin geçerli olarak kurulması için ihtiyaç duyulan unsurlardan bir ya da bir kaç eksiktir. Bu sebeple hukuki işlem baştan itibaren geçersizdir. Ancak bu eksiklikler giderilirse, hukuki işlem baştan itibaren geçerli bir hukuki işlem haline gelir.

Askıda geçersizlik halleri denilince, ehliyetsizlik halleri akla gelir. Kanuni temsilcinin izin veya icazeti ile yapılabilecek bir işlemi sınırlı ehliyetsiz izin olmadan yaparsa, bu hukuki işlem askıda geçersizdir. Ancak daha sonra kanuni temsilci bu işleme icazet verirse, artık hukuki işlem baştan itibaren geçerli hale gelir.

Bu bağlamda, ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir hukuki işlemde borçlunun üstlenmiş olduğu edim için kefil alacaklıya şahsi teminat vermiş ise, asıl borcu teminat altına alan ve onun feri niteliğindeki kefilin borcu da olmayacaktır.²⁷⁴ Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere TBK m. 582/2 de kefil, ehliyetsizlik halini bilmesine rağmen alacaklıya şahsi teminat vermiş olursa, artık onun kefalet sözleşmesinden doğan borcu varlığını devam ettirecektir. Her iki durumda da, yani ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için alacaklıya ödemede bulunmuş olan kefilin, asıl borçluya rücu etme hakkı da yine yoktur (TBK m. 596-son).

Ehliyetsizlik hali ile ilgili burada bu hususa işaret etmek gerekir. Geçersizliğin askıda olduğu süre zarfında, yani henüz kanuni temsilcinin asıl borçlunun yaptığı işleme izin verip vermeyeceğinin belli olmadığı zaman diliminde,

²⁷⁴ Bkz. Özen, s. 356.

kefil sadece geciktirici bir defa ileri sürebilir. Yoksa, kanuni temsilcinin yerine geçmek suretiyle, işleme onay verip vermeme hakkına sahip değildir.²⁷⁵

Kefilin sorumluluğu sadece asıl borcun geçersiz olması halinde değil, her hangi bir sebeple sona ermesi halinde de sona erer (TBK m. 598/2). Bu sonuç için de adi kefalet ile müteselsil kefalet arasında bir fark da yoktur.

Borcun sona ermesi denildiği zaman, geniş anlamda borcun sona erme halleri ile dar anlamda borcu sona erdiren halleri birbirinden ayrı olarak ele almak gerekir.²⁷⁶

Geniş anlamda borcu sona erdiren haller, yani borç ilişkisini ortadan kaldıran sebepler, ifa, bozma sözleşmesi, fesih, dönme, geri alma, iptaldir. Bundan başka, şahsa bağlı edimlerde borçlunun ölümü, süreli sözleşmelerde sürenin dolması, bozucu şarta bağlı sözleşmelerde şartın gerçekleşmesi borç ilişkisini sona erdirir. Borç ilişkisinin ifa dışında sona ermiş olması, bu borç ilişkisi sebebiyle alacaklıya şahsi teminat veren kefilin de borcunun sona ermesi neticesini doğurmaz. Bunun için borç ilişkisinden dolayı kefilin alacaklıya teminat verdiği borçluya ait borcun da sona ermesi gerekir. İşte bu ikincisine dar anlamda borcun sona ermesi denir.

Dar anlamda borcun sona erme sebepleri TBK m. 131 vd. maddelerinde hükme bağlanmaktadır. Bu kapsamda, asıl borcun ifa edilmiş olması veya asıl borç ilişkisinde borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşmeyle asıl borçlunun ibra edilmiş olması, asıl borç ilişkisindeki alacaklı taraf ile borçlu tarafın birleşmiş olması, asıl borcun yenileme sebebiyle sona ermesi, asıl borçlunun alacaklıdan olan alacağını takas etmiş olması, asıl borçlunun borcunun sonradan onun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale gelmesi hallerinde, asıl borçluya karşı yapılacak bir ifa talebi karşısında iş bu borçlu borcun sona erdiği itirazında bulunabilecektir. İşte bu hallerde kefil de asıl borç ilişkisi sona ermiş olması sebebiyle kendisinin de ifa yükümlülüğü altında olmadığı itirazında bulunabilecektir.²⁷⁷

²⁷⁵ Özen, s. 356.

²⁷⁶ Borcun sona erme sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, Beşinci Kısım.

²⁷⁷ Grassinger, s. 19; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412.

2. Asıl Borcun Muaccel Olmadığı Defi

İfa, borçlanılan edimin gereği gibi yerine getirilerek alacaklının tatmin edilmesidir.

Türk Borçlar Kanununun 90 vd. maddelerinde ifa zamanı hükme bağlanmaktadır.

İfa zamanı, ifa edilebilir bir borcun, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir olduğu anı ifade eder. Bu anlamda ifa zamanına borcun muacceliyet olduğu an denir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 90.maddesi hükmüne göre, ifa zamanı taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Borç bir vadeye, örneğin olağan/belirli/kesin vadeye bağlanabilir. Bu halde, borç bu vade tarihi geldiğinde muaccel olur. Borcun ifa zamanı olarak bir vade değil de süre konulmuş olabilir. Bu durumda da süre dolduğu zaman borç muaccel olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 90.maddesi hükmüne göre, ifa zamanı hukuki ilişkinin özelliğinden de anlaşılabilir. Örneğin bir nişan merasiminin kayda alınması için yapılan sözleşmede, borcun muaccel olduğu tarih, nişan merasiminin yapıldığı zamandır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 90.maddesi hükmüne göre, ifa zamanı taraflarca belirlenmemiş ve işin özelliğinden de anlaşılamiyorsa, her borç, doğumu anında muaccel olur.

İfa edilebilir bir borç henüz muaccel değilse, alacaklı edimin ifasını talep etmesi halinde, borçlu isterse borcunu ifa edebilir ve fakat istemez ise, alacaklı edimin ifasını dava etmeye hakkı yoktur. Bu bakımdan, henüz muaccel olmayan bir borcun ifasından borçlu kaçınabilir. Onun bu hakkı, bir defi niteliğindedir. Bu defiye, borcun muaccel olmadığı defi denir.

İşte asıl borçlunun borcu henüz muaccel değilse, kefil, kendisinden ifa talep edilmesi halinde TBK m. 591/1 hükmü gereğince, asıl borcun muaccel olmadığı defini ileri sürme hakkına sahiptir.²⁷⁸

Asıl borç muaccel olmadan önce, asıl borçlu iflas ederse, onun borçları muaccel olur. Böyle bir halde, muacceliyet hali kefil için gerçekleşmez. Kefilin

²⁷⁸ Grassinger, s. 21 vd. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412. Özen, s. 357.

borcu, en erken asıl borcum muaccel olduğu tarihte takibat yapılabilir (TBK m. 590/1). Ancak asıl borçlu değil de kefil iflas ederse, o zaman onun kefaletten doğan borcu da asıl borç vadesi gelmese dahi muaccel olur.²⁷⁹

Türk Borçlar Kanunu'nun 593.maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne göre kefil, alacaklının rızası varsa, asıl borç muaccel olmadan önce ödeyebilir. Madde hükmünde, aslında borcun üçüncü kişi tarafından ifası hükme bağlanmaktadır. Madde hükmünün devamına göre, bu durumda, yani asıl borçlunun borcunu ifa eden kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını asıl borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.

3. Asıl Borcun Eksik (Tabi) Borç Olması

Borçlu, borç ilişkisinden doğan edimini alacaklıya ifa etmesi gerekir. Bu bağlamda alacaklının, muaccel olduğu tarihte borçludan borçlanılan edimin ifasını talep etme hakkına sahiptir. Şayet borçlu, muaccel borcunu alacaklıya ifa etmez ise, alacaklıya karşı malvarlığıyla sorumlu olur. Borçlunun alacaklıya karşı malvarlığıyla sorumlu olması, gerektiğinde dava cebri icra organları vasıtasıyla Devlet eliyle alacağını borçludan zorla almasını da kapsar. Buna tam borçlar denir.

Kural yukarıdaki gibi olmakla birlikte, kanun koyucu, bazı borçların talep edilebilir ve fakat dava edilemez olduğunu kabul etmiştir. Daha açık bir ifadeyle, bazı borçların borçlusu, alacaklının talebi olsun olmasın, borcunu kendi isteğiyle ifa edebilir ve fakat ifa etmezse, artık borcun müeyyidesi, yaptırımını yoktur. Yani, borcunu kendi isteği ile ifa etmeyen borçluya karşı alacaklı, alacağını Devlet'in cebir organları vasıtasıyla alacağını dava ve icra yoluyla takip imkânı yoktur. Bu tür borçlara eksik (tabii) borçlar denir.

İşte asıl borçlunun borcu, eksik borç niteliğinde ise, bu borcun ifa edilmemesi karşısında alacaklı, kefile başvurduğu zaman, kefilin eksik borç defini ileri sürmesi gerekir. Bu yükümlülüğün kaynağı da yine TBK m. 591/1-ilk cümle hükmüdür.

Eksik borçlardan bazıları, kumar ve bahisten, evlenme tellallığından, ahlaki ödevlerden doğan borçlarda olduğu gibi doğuştan eksik borç niteliğindedir. Diğer

²⁷⁹ Özen, s. 357.

bazıları ise, zamanaşımına uğramış borç, konkordato dışında kalan borç gibi, sonradan eksik borç haline gelmiş olabilir. Bunlar içerisinde, zamanaşımına uğramış borçlar ile kumar ve bahisten doğan borçlar üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira bunlar aynı zamanda kefalete ilişkin kanuni hükümlere (TBK m. 591) de konu olmuştur.

Zamanaşımı, Türk Borçlar Kanunu'nun 146 vd. maddelerinde, genel olarak düzenlenmektedir.

Özel hukuk sistemimize hakim olan anlayışa göre, yenilik doğuran haklar, hak düşürücü süreye tabidir. Alacak hakları ise zamanaşımına uğrar. Kefilin teminat verdiği asıl borçlunun borcu, bir alacak hakkı doğurduğu sürece, o da zamanaşımına uğrayacaktır. Asıl borçlunun borcunun zamanaşımı süresi, borç ilişkisinin niteliğine ve içeriğine göre değişir. Nitekim, TBK m. 146, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğunu hükme bağlarken, hemen ardından gelen 147.maddesinde, bazı borç ilişkileri bakımından borçlunun borcunun 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda kefilin teminat verdiği asıl borçlunun borcunun niteliği ve türüne göre de zamanaşımı süresi farklı olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 149.madde hükmüne göre: "Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimle yapılabileceği günden işlemeye başlar." Bu bağlamda, asıl borçlunun borcu da muaccel olduğu tarihten itibaren tabi olduğu süreye göre zamanaşımına uğrayacaktır. Yeter ki, asıl alacak bakımından zamanaşımını durduran sebepler (TBK m. 153) veya kesen sebepler (TBK m. 154) gerçekleşmemiş olsun. Yeter ki, asıl alacak taşınmaz rehni ile teminat altına alınmamış olsun, zira taşınmaz rehninin mevcudiyeti süresince alacak zamanaşımına uğramaz (TBK m. 864). Yine yeter ki asıl borçlu için borç ödemediği aciz vesikası alınmamış olsun, zira borçlu için aciz vesikası düzenlenmiş ise, alacak bu vesikanın düzenlenmesinden itibaren 20 yıllık sürenin geçmesi ile zamanaşımına uğrar (İİK m. 143, m. 251).

Alacağın zamanaşımına uğraması, alacak hakkını ortadan kaldırmamakta ve fakat dava edilebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Ancak bunun, borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m. 161 hükmüne göre:

“Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz.” Bu bakımdan zamanaşımının ileri sürülmesi itirazın değil, teknik anlamda definin konusudur.

Asıl borç ilişkisinde borçlunun borcu zamanaşımına uğramış ise, Türk Borçlar Kanunu’nun m. 591/1 ilk cümle hükmü gereğince, kefil alacaklıya karşı, asıl borcun zamanaşımına uğradığı defini ileri sürmesi gerekir.²⁸⁰

Ancak, TBK m. 591/1-son cümle hükmü), zamanaşımına uğramış eksik borçlar için genel kurala (TBK m. 591/1-ilk hüküm), yani kefilin asıl borcun kaynağının bir eksik borç olduğu defini ileri sürme hakkına bir istisna getirilmiştir. İşte genel kuralın, yani kefilin zamanaşımı defini ileri sürme hakkının istisnası, TBK’nun 591/1 son cümlesinde hükme bağlanmaktadır. Buna göre kefil, zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek alacaklıya şahsi teminat vermişse, artık asıl borçluya ait olan zamanaşımı defini alacaklıya karşı ileri süremeyecektir. Benzer bir hüküm, TBK’nun 582/2 son cümlede de vardır. Şu halde kefil, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada asıl borcun zamanaşımına uğramış bir borç olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, artık alacaklıya karşı zamanaşımı defini ileri süremeyecektir.

Eksik borçlardan bir diğeri, kumar ve bahisten doğan borçlardır. TBK m. 591 hükmünde kumar ve bahisten doğan bir borca kefalete ilişkin de özel hüküm getirilmiştir. Buna göre, asıl borç kumar ve bahisten doğuyorsa, kefil, bu borcun eksik borç olduğu defini TBK m. 591/1-ilk hüküm gereğince alacaklıya karşı ileri sürebilir ve hatta sürmelidir.²⁸¹ Zamanaşımına ilişkin istisnai hal burada geçerli değildir. Öyle ki, TBK m. 591/Son hükmüne göre, kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada borcun bu niteliğini bilmiş, olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu def’iler ileri sürebilir.

²⁸⁰ Grassinger, s. 32 vd.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412; Özen, s. 358.

²⁸¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1412; Özen, s. 359.

B. Müteselsil Kefilin Asıl Borç İlişmesine Dayanan Defi Hakkına Bağlanan Sonuçlar

TBK m. 591/1 hükmü gereğince kefil, asıl borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürmesi gerekir. Kefilin bu defileri ileri sürmesi, madde hükmünde bir zorunluluk olarak ifade edilse de bu tazminat borcu sonucunu doğuran bir sorumluluk anlamında değil, asıl borçluya karşı rücu etme imkânını kaybetmesi sonucunu doğuran bir külfettir.²⁸² Gerçekten de kefilin, iş bu külfeti yerine getirmemesinin sonucu, TBK. nun 591/ 3 maddesinde hükme bağlanmaktadır. Buna göre kefil, asıl borçluya ait defilerin varlığını bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen bunları ileri sürmeden alacaklıya ödemedede bulunursa, asıl borçluya karşı rücu hakkını kaybedecektir.²⁸³

Söz konusu kanun hükmü, burada kefilin asıl borçluya ait defi haklarını bildiği ve/veya bilmesi gerektiği halde ifade bulunduğunu ispat yükünü, asıl borçlu üzerinde bırakmıştır.²⁸⁴

Bunun dışında, TBK m. 596/Son hükmüne göre kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemedede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir.

C. Kefalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Defi Hakları

Kefaletle ilişkin TBK hükümlerinde kefaletle teminat altına alınan borca ilişkin asıl borçlunun sahip olduğu defilere kefilin de dayanabileceği belirtilmekle birlikte, kefilin doğrudan kendisine ait olup da alacaklıya karşı ileri sürebileceği defi haklarına değinilmemiştir. Bununla birlikte kefilin gerek kefalet sözleşmesinden kaynaklanan gerekse kefalet sözleşmesine kanunun bağladığı sonuçlardan kaynaklanan alacaklıya karşı sahip olduğu defiler de vardır.

²⁸² Özen, s. 372.

²⁸³ Grassinger, s. 226 vd; Özen, s. 371.

²⁸⁴ Bkz. Özen, s. 371.

1. Kefalet Sözleşmesinin Geçersiz Olduğu Defi

Yukarıda, sözleşmenin yok hükmünde sayılan haller ile geçersizlik halleri açıklanmıştı. Kefalet sözleşmesinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, kanunun emredici hükümlerine aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, kefalet sözleşmesini TBK m. 27 hükmüne göre geçersiz kılar. Bu haller için kefalet bakımından özel bir durum söz konusu değildir. Öte yandan, kanunda kefaletle ilişkin özel geçersizlik halleri de hükme bağlanmıştır. Bunlar şekle aykırılık ve özellikle eşin rızasının olmamasıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 583.maddesinde kefaletin geçerliliği ile ilgili şekil şartları öngörülmüştür. Bu hükümler emredici niteliktedir. Bu hususlar yukarıda açıklanmıştır. Bu konuda kefaletin adi veya müteselsil olmasının da bir önemi yoktur. İşte kefaletin şekil bakımından geçerliliği ile ilgili kanunda öngörülen bu hükümlere aykırı bir kefalet sözleşmesi yapılırsa, bu sözleşme geçersiz olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 584.maddesi hükmünde, gerçek kişilerin vermiş oldukları kefaletin geçerli olması için, şayet kefil evli ise, eşinin en geç sözleşmenin kurulması sırasında yazılı rızasını vermesi gerekir. Şayet kefil, evli olup da kefalet sözleşmesini eşinin böyle bir rıza olmaksızın imzalarsa, sözleşme yine emredici kanun hükümlerine aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır.

İşte kanunda düzenlenen bu özel haller yanında hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın geçersiz olan kefalet sözleşmesine karşın, alacaklının kefalet borcunun ifası amacıyla yaptığı talebe kefil, borcunun olmadığı yönünde itirazda bulunabilecektir.²⁸⁵ Burada teknik anlamda bir defi değil itiraz söz konusu olduğundan, hakim de kefaletin geçersiz olduğunu ve borç doğurmadığını resen dikkate alması gerekir.

²⁸⁵ Grassinger, s. 65 vd.; Özen, s. 373.

2. Kefalet Borcunun Muaccel Olmadığı Defi

Türk Borçlar Kanunu'nun 90.maddesi hükmüne göre, ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.

Bu bağlamda yukarıda, asıl borçlunun borcu muaccel olmadan, kefile takibe girişilmesi halinde, kefil tarafından asıl borcun muaccel olmadığı defini ileri sürebileceğini belirtmiştik. Burada ise, asıl borçlunun borcunun muaccel hale gelmesine rağmen, şayet kefilin borcu muaccel değil ise, kefil bu sefer kendi borcunun muaccel olmadığı define ileri sürme hakkı anlatılmaktadır.²⁸⁶

Peki, kefilin borcu ne zaman muaccel hale gelir?

Evvela şu hususun belirtilmesinde fayda var. Kefilin borcunun muaccel olması ayrı şeydir, kefile karşı takibe girişilmesi ayrıdır. Kefilin takibi için, kefilin borcunun muaccel olması yanında kanun veya sözleşme hükmüyle başka şartlar da getirilmiş olabilir. Örneğin, adi kefalette olduğu gibi, evvela asıl borçlunun takip edilmiş olması gibi. Ancak, bu husus kefilin borcunun muaccel hale gelmesi ile ilgili değildir.

Bu hususa dikkat çekmemizin ardından asıl konumuza dönebiliriz.

TBK m. 90 hükmü genel kuralı ortaya koymaktadır. Her borç, doğduğu anda muaccel olur. Kefilin borcu, en erken asıl borçlunun borcu ile birlikte muaccel olur. Asıl borçlunun borcu muaccel hale gelmeden kefilin borcunun muaccel hale gelemez. Gerçi TBK m. 90 hükmü, sözleşme ile ifa zamanının yani borcun muaccel olduğu tarih sözleşmeyle belirlenebileceğini öngörmektedir. Ne var ki, bu hükmü kefalet sözleşmeleri bakımından kefaletin feri olması niteliğiyle beraber değerlendirmek ve asıl borçlunun borcu muaccel hale gelmeden kefilin borcunun da muaccel hale gelemeyeceği şeklinde kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, kefalet sözleşmesinde de ifa zamanı, yani kefilin borcunun muaccel hale geldiği zaman, asıl borçlunun borcunun muaccel hale gelmesiyle birlikte veya ondan daha sonraki bir tarihte muaccel olabileceği yönünde sözleşmeye hüküm konulabilir. Bu yöndeki hükümler, kefaletin feriliği ilkesi ile uyumlu olur.

²⁸⁶ Grassinger, s. 187.

Öte yandan, TBK m. 590/3 hükmü: “Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre içeren bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirim kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar.” şeklindedir. Söz konusu hüküm, kefilin borcunun muaccel olmasıyla da ilgilidir. Buna göre, şayet asıl borçlunun borcunun muaccel hale gelmesi için, yani asıl borçlunun borcunun ifa zamanının tespiti için, bir ihbar şartı gerekiyorsa, kefilin borcunun muaccel hale gelmesi için aynı ihbarın ona da yapılması gerekir. Böyle bir ihbar ne zaman yapılmış olursa, kefilin borcu da o tarihte muaccel hale gelmiş olur.

Tam da burada şayet iş bu ihbar kefile geç yapılmış olursa, asıl borçlunun temerrüde düşmesinin sonuçlarından kefilin sorumlu olup olmayacağı sorusu gündeme gelir. İsaletli olan görüşe göre²⁸⁷, böyle bir durumda, alacaklı kendi eylem ve fiilleriyle borçlunun durumunu ağırlaştırmış olacağı için, muacceliyet ihbarının kefile geç yapılmasının sonuçlarından da kefilin sorumlu tutulamaması gerekir.

3. Taşınır Rehnin Paraya Çevrilmesi Defi

Türk Borçlar Kanunu'nun 590.maddesini hükmüne göre, bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir. (f.2).

Madde hükmüyle, müteselsil kefalet dahil kefaletin diğer türleri bakımından kefile belli şartlarla takibin durdurulmasını talep etme hakkı verilmektedir.

İlk olarak, kefilin teminat verdiği asıl borçlunun borcu için kefalet dışında verilmiş aynı bir teminatın (rehin hakkı) olması gerekir.

İkinci olarak da, kefil, borcu için aynı teminat göstermesi gerekir.

Üçüncü olarak kefil tarafından takibin durdurulması için mahkemeden talepte bulunması gerekir. Takibin durdurulmasına kararı mahkeme verecektir. Mahkeme, süresiz olarak takibin durdurulmasına da karar veremez. Madde hükmüne göre bu sure en fazla, asıl borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmış

²⁸⁷ Bkz. Grassinger, s. 174.

olması anına veya asıl borçlu hakkında icra mahkemesi tarafından konkordato mhletinin verilip, ticaret mahkemesi tarafından onun hakkında konkordatonun tasdikine kararının verilmesi zamanına kadardır.

4. Kefalet Borcunun Zamanaşımına Uğramış Olduğu Defi

Alacak haklarının zamanaşımına tabi olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Nasıl ki, asıl borçlunun borcu zamanaşımına tabi ise, kefilin borcu da alacaklıya bir alacak hakkı tanınması sebebiyle, onun borcu zamanaşımına tabidir. Burada dikkatten kaçırılmaması gereken husus, kefilin borcunun, asıl borçlunun borcundan ayrı olarak zamanaşımına tabi olmasıdır.

Kefilin borcu, kanunda özel bir hükm olmadığı için, TBK m. 146 gereğince 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. TBK m. 148 gereğince, buradaki zamanaşımı süresi sözleşmeyle de değıştirilemeyecektir. Yani sözleşmeyle kefilin borcunun zamanaşımı süresi arttırılamayacak veya indirilemeyecektir.

Trk Borçlar Kanunu'nun 149.madde hükmüne göre, zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirim yapılabileceğı gnden işlemeye başlar. Buna bağı olarak, asıl borçlunun borç, doğıduğu anda muaccel oluyorsa, kefilin borcu da o tarihte muaccel olur, asıl borçlunun borcu belirli bir vade ise veya süreye bağı olup da süreden ifa zamanının hangi tarih olduğu kesin olarak hesaplanabiliyorsa, kefilin borcu da o tarihte muaccel olur. Yok, böyle olmayıp da asıl borcun ifa zamanı belirsiz vadeye bağılanmış ise, bu halde ihtar yapılması gerekir ki, kefilin borcu da bu tarihte muaccel olur. İşte tm bu hallerde, kefilin borcu muacceliyetten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Zamanaşımını kesen sebepler, TBK m. 154 de hükme bağılanmaktadır. Madde hükmüne göre: "1. Borçlu borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş, veya kefil göstermişse. 2. Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa," zamanaşımı kesilir. Dolayısıyla, alacaklı kefile icra takibinde bulunmuşsa, kefil bakımından zamanaşımı kesilecektir.

Ancak, kanunun 155.maddesinde, kefilin borcu bakımından zamanaşımını kesen sebeplere ilişkin özel nitelikte hükümler öngörmektedir. Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre: “Zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur”. Yani, alacaklı asıl borçluya karşı takibe girişmiş olursa, asıl borçlu ile birlikte kefilin borcu için de zamanaşımı kesilecektir. Ancak tersi durum söz konusu değildir. Zira maddenin (TBK m. 155) üçüncü fıkrası hükmüne göre: “Zamanaşımı kefile karşı kesilince, asıl borçluya karşı kesilmiş olmaz.

Öte yandan, Türk Borçlar Kanunu’nun 160.maddesinin 1.fıkrası hükmüne göre, zamanaşımından önceden feragat edilemez. Maddenin 3.fıkrasına göre, zamanaşımından asıl borçlunun feragat etmesi, kefile karşı ileri sürülemez. Madde hükmü, zamanaşımı defini ileri sürme hakkı doğduktan sonra asıl borçlunun bunu ileri sürmekten feragat etmesinin kefile karşı etkili olamayacağını hükme bağlamaktadır. İşte kanunda öngörülen şartlar dahilinde kefile karşı alacağı takip etmek hakkı zamanaşımına uğramış olursa, kefil, kefalet sözleşmesinden doğan alacağı talep hakkının zamanaşımına uğradığı defini ileri sürebilir.²⁸⁸

Burada asıl borcun taşınmaz rehni ile güvence altında alınmış olması veya asıl borçlu için borç ödemedi aciz belgesi alınması hali üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira söz konusu hallerde, artık asıl alacak zamanaşımına uğramayacaktır (TMK m. 864). İşte bu hallerde, asıl alacak zamanaşımına uğramasa dahi, kefilin kendi borcu yine zamanaşımına tabi olacaktır.²⁸⁹

5. Alacaklının Özen Gösterme, Rehin Ve Borç Senetlerinin Teslimi Yükümüne Aykırı Davrandığı Defi

Türk Borçlar Kanunu’nun 592.maddesinin birinci fıkrasında, alacaklının, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltmasının kefalet sözleşmesine etkisi hükme bağlanmaktadır.

Madde hükmüne göre bu halde, kefilin uğradığı zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir

²⁸⁸ Grassinger, s. 192; Özen, s. 358.

²⁸⁹ Özen, s. 358.

miktarda azalır (TBK m. 592/1-ilk cümle). Yani kefil, kendisine ödeme talebiyle başvuran alacaklıya, bu miktar bakımından borcunun sona erdiği itirazında bulunabilir.²⁹⁰

Türk Borçlar Kanunu'nun 592.maddesinin ikinci fıkrasında çalışanlara kefalet hâli varsa, alacaklının çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal etmesi veya kendisinden beklenebilen özeni göstermemesinin, kefilin borcunun kapsamına etkisi hükme bağlanmaktadır.

Madde hükmüne göre, alacaklı bu yükümlerini ihlal eder ve asıl borçlunun borcu da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, asıl borçlunun bu borcu veya borcun artan kısmı, artık kefilden istenemez. Yani kefil, kendisine ödeme talebiyle başvuran alacaklıya, bu miktar bakımından borcunun sona erdiği itirazında bulunabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 596.maddesi hükmü gereğince, kefil alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde alacaklıya halef olacaktır. Bu halde asıl borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinde alacaklı olan taraf yerine artık kefalet sözleşmesindeki kefil geçecektir. Yani borç ilişkisinin alacaklı tarafı değişmiş olacaktır. İşte asıl borçluya karşı alacaklı hale gelen kefilin iş bu alacağını elde etmek için, önceki alacaklının borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür (TBK m. 592/3-ilk cümle). Yine alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır (TBK m. 592/3-ikinci cümle). Şayet alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulacaktır (TBK m. 592/4-ikinci cümle). Dolayısıyla bu durumda borcun ödenmesi için kendisine başvuran alacaklıya karşı kefil, borcunun sona erdiği itirazında bulunabilecektir.

²⁹⁰ Bu konuda hakkında kefilin defî hakkına mı yoksa itiraz mı ileri süreceği hakkında bkz. Grassinger, s. 193 vd.

6. Kefalet Süresinin Sona Erdiği Defi

Türk Borçlar Kanunu'nun 598.maddesinin üçüncü fıkrada hükmünde kefaletin sona ermesine ilişkin yeni bir hüküm getirilmiştir. Buna göre: “Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. ”.

Madde hükmünde, 10 yıllık sürenin dolmasıyla kefaletin kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmaktadır. Şu halde sürenin dolmasıyla her hangi bir bildirimde bulunma şartına bağlı olmaksızın kefalet borcu sona ermektedir. Bu bakımdan, sürenin dolması teknik anlamda definin değil itirazın konusudur. Yine bu sebeple, madde hükmündeki süre, hak düşürücü süredir.

Madde hükmüne göre, 10 yıllık sürenin başlangıcı, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihtir. Kefilin borcu, aynı zamanda genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl sonrasında zamanaşımına uğrayacaktır. Bu sürenin başlangıcı ise, kefilin borcunun muaccel olduğu tarihtir. Ayrıca, zamanaşımını kesen ve durduran sebepler devreye girdiğinde, bu süre daha da uzayabilecektir. Ancak getirilen bu yeni düzenleme ile, kefilin borcu, sözleşmenin imzalanmasından itibaren 10 yıl içinde sona ereceği için, onun borcunun zamanaşımına uğrama imkanı neredeyse uygulamada imkansız hale gelmektedir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, madde hükmüne göre 10 yıllık sürenin sonunda kefaletin sona ermesi, sadece gerçek kişiler tarafından verilen kefaletler içindir. Tüzel kişilerin vermiş olduğu kefaletler, madde hükmünün uygulama kapsamı dışındadır.

7. Müteselsil Birlikte Kefilin Bölme Defi

Türk Borçlar Kanunu'nun 587/2 hükmü gereğince, şayet birden fazla kefil aynı asıl borç için müteselsil olarak birlikte kefalet vermişler ise, onlar için bölme definden yararlanma hakkı vermektedir. Buna göre müteselsil birlikte kefalette, müteselsil birlikte kefil, kendisiyle birlikte müteselsil olarak kefalet veren ve Türkiye'de takibi imkân dahilinde olan diğer müteselsil kefillerin tamamına birden

takibe girişilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını alacaklıya ödemeyeceği defini (bölme defii) ileri sürebilir.²⁹¹

Müteselsil birlikte kefiller, iş bu defiyi, diğer tüm müteselsil kefillere ödeme emri gönderilinceye kadar ileri sürme hakkına sahiptir. Tersii ifadeyle, alacaklı diğer kefilleri takibe giriştiği anda artık, müteselsil birlikte kefilin bölme definden yararlanma imkanı kalmaz.²⁹²

D. Kefilin Bizzat Sahibi Olduğu Defilere Bağlanan Sonuçlar

Kefilin kefaletle teminat altına alınan borca ilişkin sahip olduğu defileri ileri sürmek, bir haktır. Kefil, iş bu hakkını ileri sürmez ise, her hangi bir hak kaybı yaşamaz. Onun asıl borçluya rücu hakkı zaten vardır. Çünkü kefilin söz konusu defileri ileri sürüp sürmemesi, asıl borçluyla ilgili bir durum değildir.²⁹³

II. ALACAKLININ MÜTESELSİL KEFİLE KARŞI YÜKÜMLERİ VE SORUMLULUKLARI

A. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Kabul Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'nun 593.maddesinde, kefilin kefaletten doğan borcunu ifa teklifinin alacaklı tarafından kabul yükümü hükme bağlanmaktadır. Yine madde hükmünde, Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklının, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmii ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorunluluğu getirilmektedir.²⁹⁴

Madde hükmünde, kefil tarafından yapılan ifa teklifinin alacaklı için bir zorunluluk olduğu hükme bağlanmış olsa da, alacaklı için bu bir sorumluluğa yol

²⁹¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1401 vd.

²⁹² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1402.

²⁹³ Grassinger, s. 233, Özen, s. 372.

²⁹⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1417.

açan yükümlülük değil, bazı haklarını kaybetmesi sonucunu doğuran bir külfettir.²⁹⁵ Zira alacaklı, bu yükümünü yerine getirmeyen ise, aslında bunun hukuki sonucu, alacaklının temerrüdüdür.²⁹⁶ Nitekim madde hükmünde, alacaklının bu teklifi kabul yükümlülüğünün başlaması için, alacağın muaccel olması şartı getirilmektedir.

Öte yandan, her ne kadar burada kefilin yaptığı ifa teklifini kabul etmeyen alacaklı bakımından alacaklı temerrüdü söz konusu olsa da, madde hükmünde (TBK m. 593/2), alacaklının bu temerrüdüne, genel hükümlerden farklı özel sonuçlar getirmektedir. Buna göre, alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır.²⁹⁷

B. Alacaklının Rehin Haklarını Ve Rüçhanlı Hakları Koruma Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'nun 592.maddesinde, alacaklının asıl borçludan olan alacağı için elinde bulunan rehin haklarını ve rüçhanlı hakları koruma yükümü hükme bağlanmaktadır.

Madde hükmüne göre (f.1) alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltmaması gerekir.²⁹⁸

Alacaklıya getirilen bu yüküm de yerine getirilmemesi halinde onun tazminat borcu sonucunu doğuran bir sorumluluk değil, bir külfettir. Zira madde hükmüne göre alacaklı bu yükümünü yerine getirmediği için kefil, asıl borçluya veya üçüncü kişilere karşı sahip olduğu rücu imkânını kaybettiği ölçüde, kefaletten doğan borcu da azalacaktır (f.1). Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmeyen, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur (f.4). Yani, alacaklının bu

²⁹⁵ Bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368; Reisoğlu, Kefalet, s. 7; Özen, s. 116, 380.

²⁹⁶ Özen, s. 386.

²⁹⁷ Özen, s. 386.

²⁹⁸ Özen, s. 392.

yükümünü yerine getirmemiş olması, kefile başvurma hakkını tamamen veya kısmen kaybetmesi sonucunu doğurmaktadır.²⁹⁹

Maddenin devamına göre, kefil, azalan veya sona eren bu sorumluluk durumuna rağmen alacaklıya ifada bulunmuş ise, fazladan ifada bulunduğu ölçüde onu da geri talep etme hakkına sahiptir.

C. Asıl Borçlunun İflası veya Konkordato İlanı Halinde Alacaklının Bildirim Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanunu'nun 594.maddesinde, alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir denilmektedir (TBK m. 594/2 ve son). Böylelikle kefil, asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapabilecektir.³⁰⁰

Hemen burada belirtmemiz gerekir ki, kefil iş bu alacağını iflas masasına kaydettirmemiş olsa bile, Kanun (TBK m. 594/2), bu yükümü alacaklıya getirmektedir. Alacaklı alacağını iflas masasına kaydettirdiği zaman, kefilin müstakbel rücu alacağı da halefiyet sebebiyle bundan yararlanır.³⁰¹

Alacaklının, söz konusu halleri kefile bildirmesine ilişkin olarak kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak ispat açısından bunun yazılı olarak bildirilmesinde yarar vardır.

İşte alacaklı, asıl borçlunun iflas ettiğini veya konkordato ilan ettiğini öğrenmiş olmasına rağmen, durumdan kefile imkan olan en kısa sürede haberdar etmez ise, bundan dolayı kefil, haklarının korunması için gerekeni zamanında yapamadığı için zarara uğramış olabilir. Böyle bir durumda kefilin sorumluluğu, bildirim zamanında yapılmış olsa da uğramayacağı zararın tazminini alacaklıdan talep edebilecektir (TBK m. 594/3). Öte yandan, madde hükmünde kefilin uğradığı

²⁹⁹ Bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368; Reisoğlu, Kefalet, s. 7; Özen, s. 992.

³⁰⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1418 vd.

³⁰¹ Özen, s. 376.

zararın alacaklı tarafından tazmin edilmesi gerektiği hükme bağlandığı için, alacaklıya getirilen, bir külfet değil, bir sorumluluktur.³⁰²

D. Alacaklının Asıl Borçlunun Durumu Hakkında Kefile Bilgi Verme ve Asıl Borca İlişkin Teminatları ve Borç Senetlerini Teslim Etme Borcu ve Alacaklının Özen Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'nun 594.maddesinde alacaklının asıl borçlunun durumu hakkında öğrendiği bazı bilgilerden kefile haberdar etme yükümlülüğü ve bunun ihlalinin sonuçları hükme bağlanmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasına hükmüne göre alacaklı, kefilin talep etmesi halinde asıl borcun kapsamı hakkında her zaman kefile bilgi vermek zorundadır.³⁰³ Bu bağlamda asıl borçlu borcunun ana parasının veya faizlerinin ödemesinde gecikirse, kefile haberdar etmesi gerekir. Ancak her türlü gecikmede değil, belli bir süre gecikme de alacaklı bakımından kefile bilgilendirme borcu doğar. Bu süre, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı aylık gecikme süresidir.³⁰⁴ Burada gecikmenin başlangıç tarihi ise, borcun muacceliyet tarihidir.³⁰⁵

Bunun dışında maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, alacaklı, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu yine kefile bildirmesi gerekir. Bu hallerde alacaklı, alacağını iflas mamasına kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekenleri de bizatihi yapmak zorundadır. Tabii burada, alacaklının kefile asıl borçlunun durumu hakkında bilgi vermesi veya hakların korunması için gerekeni yapabilmesi için, asıl borçlunun söz konusu durumları hakkında kendisinin bilgi sahibi olması gerekir. Kendisi bilgi sahibi olmamış ise, kefile bir bildirimde bulunma gereği de söz konusu olmaz.

Maddenin üçüncü fıkrasında, şayet alacaklı, yukarıdaki fıkralarda öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder denilmektedir. Şu halde, alacaklı, bilgi vermediği ihmal

³⁰² Bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368. Reisoğlu, Kefalet, s. 7. Özen, 379.

³⁰³ Özen, s. 389.

³⁰⁴ Özen, s. 390.

³⁰⁵ Özen, s. 390.

ettiği için kefile karşı olan haklarını, kefilin uğradığı zarar nispetinde kaybetmiş olmaktadır.³⁰⁶ Bu bakımdan, alacaklının yapması gereken bildirim, zararın tazmini sonucunu doğuran bir sorumluluk değil, onun açısından bazı hakları kaybetmesi sonucunu doğuran bir külfettir.³⁰⁷

Alacaklının kefile bilgilendirme yükümüne ilişkin kanunda başka hükümlerde vardır. Bu bağlamda kanunun 592.maddesi, özel olarak alacaklıya borcunu ifa eden kefile ilişkin bilgilendirme yükümü ve ödeme sonrasında alacaklının elinde bulunan borç senetleri ile rehinlerin kefile devri ile ilgilidir.³⁰⁸

Maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre, alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır.

Maddenin son fıkrası hükmüne göre, alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın borcu ifa eden kefile bilgi verme ve devir 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.³⁰⁹

Maddenin bu hükmünü, bilgi verme yükümünün ihmali ile devir yükümünün ihmali bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Kefil, alacaklıya kendi borcunu ifa etmiş ise, borç ifa ile birlikte sona erer. Dolayısıyla, madde hükmünde, “kefil borcundan kurtulur” ifadesi, burada geçerli olmasa gerekir. Böyle bir durumda, olsa olsa, elindeki bilgileri kefile vermemesi sebebiyle zarara uğrayan kefilin zararının giderilmesi gündeme gelir. Dolayısıyla buradaki bilgi verme yükümlülüğü, ihmali halinde tazminat borcu gerektiren bir sorumluluk bir yükümlülüktür.³¹⁰

Alacaklının, asıl alacağa ilişkin teminatları elinden çıkarması ise, kefilin borcundan kurtulması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, bu bakımdan

³⁰⁶ Özen, s. 389.

³⁰⁷ Bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368; Reisoğlu, Kefalet, s. 7.

³⁰⁸ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1414.

³⁰⁹ Özen, s. 389.

³¹⁰ Özen de (bkz., s. 115), burada bir sorumluluk olduğu görüşündedir.

alacaklının asıl borca ilişkin teminatları elinden çıkarması, bu yüzden kefilin uğramış olduğu zararları tazmin etmesi gereken bir sorumluluk değil, bunun öncesinde yerine getirilmemesi halinde borcun sona ermesine sebep olan bir külfettir.³¹¹ Buna rağmen, kefil alacaklıya borcunu ifa etmiş ise, aslında ifası gerekmeyen bir borcu ifa etmiş olur ki, bunun iadesini alacaklıdan isteyebileceği gibi, varsa, uğramış olduğu ek zararları da yine alacaklıdan talep edebilecektir.³¹²

E. Alacaklının Özen Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'nun 592.maddesinin birinci fıkrasında alacaklıya getirilen bir özen yükümü vardır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, madde hükmünde, alacaklı için kefil lehine getirilmiş genel bir özen yükümlülüğü yoktur. Bu bağlamda olmak üzere, alacaklı kefilin zarar görmemesi için genel bir özen yükümlülüğü altında değildir.³¹³ Madde hükmü (f.1), çalışanlara verilen kefalet ile ilgilidir.³¹⁴ Madde hükmünde, çalışanlara verilen kefalette, kefilin borcundan kurtulması özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefilden isteyemez.

Şu halde, alacaklıya madde hükmü kapsamında kendisine kefalet verilen çalışanlarının vermiş olduğu zararlar sebebiyle kefilden alacağını alabilmesi için, öncelikle kendisi bu çalışanları üzerindeki gözetim yükümünü, denetim yükümünü yerine getirmiş olması gerekir. Bu yükümünü özen borcuna aykırı olarak yerine getirmez ise, o ölçüde kefilden olan alacak hakkını kaybetmektedir. Dolayısıyla, burada da alacaklı bakımından tazminat borcu doğuran bir sorumluluk değil, ihmali

³¹¹ Bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368. Reisoğlu, Kefalet, s. 7.

³¹² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1414.

³¹³ Özen, s. 393.

³¹⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1419.

halinde alacağını kısmen veya tamamen kaybetmesi sonucunu doğuran bir külfet vardır.³¹⁵

IV. II. MÜTESELSİL KEFİL İLE ASIL BORÇLU ARASINDAKİ İLİŞKİLER

A. Müteselsil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Hakları

1. Kefilin Asıl Borçludan Güvence Verilmesini Veya Borçtan Kurtarılmasını Talep Hakkı

Türk Borçlar Kanunu'nun 595.maddesinde asıl borçlu karşısında kefile tanınan haklardan biri, kendisine güvence verilmesini ve borç muaccel ise, kendisini borçtan kurtarılmasını talep etme hakkıdır.

Madde hükmüne göre, kefil üç durumda söz konusu talep hakları vardır. Bunlardan ilki, maddenin 1.bent hükmüne göre, asıl borçlunun, kefile karşı üstlendiği yükümlülükler, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranması halidir.

Bu durum için, kefil ile asıl borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalıdır ki, işte bu ilişki gereğince, asıl borçlu örneğin kefil borçtan kurtarmayı veya kefilin teminat verdiği borç için başka şahsi veya aynı teminatlar getireceğini vadedip de buna aykırı davranması halinde söz konusu olur.³¹⁶

Maddenin 2.bent hükmünde sayılan durum, asıl borçlunun temerrüde düşmesi halidir.³¹⁷ Bu durumda müteselsil kefil, asıl borçludan hem güvence verilmesini hem de borçtan kurtarılmasını isteyebilir. Zira asıl borç muaccel hale gelmeden borçlunun temerrüde düşmesi söz konusu olmaz. Onun temerrüde düşmesi halinde ise, müteselsil kefilin borcu vadeye veya bir başka şarta bağlanmadığı sürece, onun borcu da muaccel hale gelir. Bu bentte sayılan ve kefilin asıl borçludan kendisine teminat göstermesini veya borçtan kurtarılmasını talep hakkına sahip olduğu bir diğer durum

³¹⁵ Bkz. Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1368; Reisoğlu, Kefalet, s. 7.

³¹⁶ Bkz. Özen, s. 419 vd.

³¹⁷ Bkz, Özen, s. 420.

ise, asıl borçlunun yerleşim yerini diğer bir ülkeye nakletmesi yüzünden ona yapılacak takibatın önemli ölçüde güçleşmiş olması halidir.

Kefilin, asıl borçludan kendisine güvence göstermesini veya borç muaccel ise borçtan kurtarmasını talep hakkına sahip olduğu bir diğer durum, maddenin 3.bendine göre, asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, güvencelerin değer kaybetmesi veya borçlunun kusuru sonucunda kefil için mevcut tehlikenin, kefaletin yapıldığı tarihe göre önemli ölçüde artmış olmasıdır.

Madde hükmünde, esas olarak, kefalet sözleşmesinin yapıldığı tarihe göre, kefilin üstlenmiş olduğu risklerin artmasının kefilin asıl borçludan güvence göstermesi ve borç muaccel ise kendisini borçtan kurtarmasını talep etme hakkı olduğu düzenlenmektedir.

Gerçi, kefilin risklerinin ne zaman arttığı, somut olaya göre değişir. Bununla birlikte kanunkoyucu, madde hükmünde üç durumu bunlara örnek olarak sayılmıştır. Bunlar, asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesi, asıl borç için gösterilen aynı teminatların değer kaybetmesi ve bir de borçlunun kusuru neticesinde, örneğin, çalışanlara kefalette³¹⁸ çalışan henüz işverene zarar vermiş olmasa da özel hayatındaki sorunlarının işinde aksedeceği aşikâr olması sebebiyle kefilin üstlendiği riskin artmasıdır.

Doktrinde bir görüş³¹⁹, kefilin henüz alacaklıya ödeme yapmadığı bir aşamada teminat göstermesini veya borçtan kurtarmasını talep etmesinin amaca aykırı olduğu görüşündedir. Ne var ki, madde hükmünde böyle bir sınırlandırma getirilmemiştir. Dolayısıyla bu görüşe katılmak güçtür.

Asıl borçlu, kefilin söz konusu taleplerini yerine getirmemesinin hukuki sonuçları ise, madde hükmünde belirtilmemektedir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 599.maddesinde, kefile, kefalet sözleşmesinden dönme hakkı tanınmaktadır. Bunlar içerisinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 595.maddesi hükmü kapsamında, borçlunun mali durumunun kötüleşmesi hali de vardır. Buna göre, gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya

³¹⁸ Bkz. Özen, s. 422.

³¹⁹ Özen, s. 418.

mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Ancak maddenin ikinci fıkrasına göre, kefaletten dönen kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Bu ihtimal dışında, asıl borçlunun kefilin talep ettiği güvenceyi göstermemiş olması veya onu borçtan kurtarmamış olması halinde kefilin alacaklıya karşı olan sorumluluğunda bir değişiklik olmayacağı açıktır.³²⁰

2. Müteselsil Kefilin Alacaklının Haklarına Halef Olması ve Asıl Borçluya Rücu Hakkı

Halefiyet, bir kimsenin bir başka kimsenin yerine geçmesi, hakkın süjesini değişmesi anlamına gelir. Buna geniş anlamda halefiyet denir.³²¹ Dar anlamda halefiyet ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 127.maddesinde hükme bağlanmaktadır. Bu madde anlamında halefiyet, alacak haklarına olan halefiyettir ve alacak hakkının alacağın devri ile mahkeme kararı dışında bir kanun hükmü gereğince bir başkasına intikal etmesi anlamındadır.³²² Madde hükmünde, kanunda düzenlenen özel halefiyet hallerinin saklı olduğu hükme bağlanmaktadır. Bu bağlamda dar anlamda halefiyet hallerinden biri de, Türk Borçlar Kanunu'nun 596.maddesinde kefilin, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur şeklindeki düzenlemedir.³²³

Aslında söz konusu düzenleme olmasa dahi, kefil alacaklıya ifade bulunduğu zaman yapmış olduğu bu ödemeyi, asıl borçluya olan iç ilişkisine göre, çoğu zaman bu vekalet sözleşmesidir veya böyle bir sözleşme ilişkisi olmasa dahi, vekaletsiz iş görme ve nihayetinde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler dahilinde ondan talep edebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 596.maddesi, burada alacaklıya ödemedede

³²⁰ Özen, s. 423.

³²¹ Nomer Haluk, Halefiyet ve Rücu Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından, İHFM C: LV – S 3 (1997), s. 243 vd., s. 243.

³²² Nomer, s. 246.

³²³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1420.

bulunan kefilî ikinci bir ispat yükü vs. ile uğraşmasıyla karşı karşıya bırakmamak için olsa gerek, onun için kanuni bir halefiyet imkânı sağlamıştır.³²⁴

Kanuni halefiyetin temelinde bir rücu ilişkisinin olduğu görülür. Rücu da bir kimsenin kendisine veya bir başkasına ait borcu alacaklıya eda etmesi, sonrasında da bunun tamamını veya bir kısmını bir başkasından talep etmesi vardır.³²⁵ Nitekim TBK m. 596 hükmüne göre, kefalette halefiyetin sonucu, halefiyetin kapsamı dahilinde kefilin asıl borçluya rücu etmesidir.³²⁶ Gerçi, Ayrıca, kefil, asıl borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkiye göre de asıl borçluya rücu edebilir. Ancak kanunkoyucu, işte bu rücu hakkını kuvvetlendirmek için, buna ilave olarak halefiyet esasına dayanan rücu hakkını da kefile tanımıştır.³²⁷ İşte bu şekilde, kefil, isterse asıl borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkiye göre, isterse kanuni halefiyet esasına göre, ona rücu edebilecektir.³²⁸

Hemen burada belirtmemiz gerekir kefil, asıl borçluya yapmış olduğu sözleşme gereğince, örneğin kefil asıl borçluya yaptığı bağışlama sözleşmesine göre kefil olmuş ise, rücu imkanı kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir.³²⁹ Nitekim TBK m. kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def'iler saklıdır denilmektedir. Bununla birlikte kefil, alacaklıyla yaptığı bir sözleşmeyle bu hakkında önceden feragat edemez. Zira TBK m. 582/son hükmüne göre kefil, kanundan aksi anlaşılmadıkça, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.

Kefilin halef olduğu alacağın kapsamına gelince, halefiyet halinde ne ölçü ve miktarla bir alacak intikal ediyorsa, ancak onunla sınırlı bir alacak halefiyet intikal eder.³³⁰ Bu bağlamda kefalette halefiyette, ilk olarak alacaklının borçludan sahip olduğu alacak hakkına halef olur.³³¹ Bu husus TBK m. 596/1 hükmünden çıkmaktadır. Bundan başka halefiyetin kapsamı, TBK m. 596/.2 de hükme

³²⁴ Özen, s. 422 vd.

³²⁵ Bkz. Nomer, s. 248; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1420.

³²⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, 1420.

³²⁷ Bkz. Nomer, s. 249.

³²⁸ Nomer, s. 250.

³²⁹ Özen, s. 427 vd.

³³⁰ Bkz. Nomer, s. 250.

³³¹ Bkz. Özen s. 440.

bağlanmaktadır. Buna göre alacaklıya halef olan kefil, asıl borçlunun borcunun teminatlarından da yararlanma imkânı elde eder.

TBK m. 596 hükmü, halefiyetin kapsamına bazı sınırlama/sıra getirmektedir. Buna göre alacaklıya halef olan kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur (f.2). Bundan başka bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir (f.3).

Kefilin rücu hakkının konusu, bir alacak hakkıdır. Buradaki alacak hakkı, halefiyet yoluyla intikal eden alacak hakkından bağımsızdır. Her alacak gibi bu da zamanaşımına tabidir. Dikkat edilmesi gereken ise, rücu hakkı için ifa anından itibaren zamanaşımı işlemeye başlar.³³² Nitekim TBK m. 596/5 de, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar denilmektedir.

Kefilin rücu hakkına sahip olmadığı haller ise TBK m. 596/6 da hükme bağlanmaktadır ki, bunlar yukarıda açıklanmıştır. Uygulamada Yargıtay 12'nci Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre rücu hakkına sahip kefil, bu kanuni halefiyet alacağı için doğrudan icra takibi yapamaz. Kefil rücu alacağı ile ilgili yetkili ve görevli mahkemede alacak davası açması ve alacağı mahkeme kararı ile birlikte icra takibi yapması gerekmektedir.

³³² Bkz. Nomer, s. 250.

B-Müteselsil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Sorumlulukları

1. Müteselsil Kefilin Asıl Borçluya Karşı Yaptığı Ödemeyi Bildirim Yükümü

Türk Borçlar Kanunu'nun 597.maddesinde, kefil bakımından bir bildirim yükümü getirilmiştir. Buna göre, borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır.³³³

Kanunda bildirim için kefile bir zorunluluk yüklendiği ifade edilse de burada tazminat borcu doğuran bir sorumluluk değil, gereği yerine getirilmemesi halinde bir hakkın kaybı sonucunu doğuran aslında bir külfet vardır. Nitekim maddenin devamına göre, kefil, bu bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, rücu hakkını kaybeder.

Öte yandan, kefil bildirimde bulunmadığı için asıl borçluya olan rücu hakkını kaybetmiş olması, onun alacaklıya başvurmasına engel değildir. Kefil, yukarıda ifade edildiği üzere, asıl borçlunun borcunu değil, kendi borcunu alacaklıya ifa etmiştir. Alacaklının ise, hala asıl borçluya ifa için başvurma hakkı vardır. Bu bakımdan alacaklı, sebepsiz zenginleşmiştir. İşte kanun (TBK m. 597-son cümle), kefilin, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan dava hakkı saklı olduğunu hükme bağlamaktadır.³³⁴

2. Müteselsil Kefilin Alacaklıya Karşı İleri Sürülmesi Gereken Def'ileri İleri Sürme Zorunluluğu

Türk Borçlar Kanunu'nun 591.maddesine göre, kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün def'iler alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Buna ilişkin açıklamalarımız, yukarıda olduğundan, oraya atıfla yetiniyoruz.

³³³ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1426.

³³⁴ Bu konuda sebepsiz zenginleşmeye kimin başvurması gerektiği hakkındaki tartışmalar için bkz., Yavuz/ Acar/ Özen, s. 1426; Reisoğlu, Kefalet, s. 205.

SONUÇ

“Müteselsil Kefaletin Kurulması ve Geçerlilik Şartları” adını taşıyan bu yüksek lisans tez çalışmamızda ulaştığımız temel sonuçlar aşağıdaki şekildedir.

Kefalet, bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında kurulan bir sözleşme olup, bu sözleşme ile kefil, başkasına ait olan bir borçtan dolayı kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Kefalet, kefil ile alacaklı arasında bir sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşme ilişkisine dahil olan üçüncü bir kişi de vardır ki, bu da alacaklı karşısında yer alan borçludur. Dolayısıyla kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşan üçlü bir hukuki ilişkiyi ifade eder.

Kefaletten söz edilebilmesi için, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, sözleşmeden veya diğer şekilde kanundan doğan bir asıl borcun bulunması gerekir. Ayrıca kefil, bu borçtan şahsen sorumlu olmayı istemeli ve kefil ile alacaklı bu konuda anlaşmış olmalıdır.

Kefalet, hukuki niteliği itibariyle fer'i, yani asıl borca bağımlı ve tali nitelikte bir sözleşmedir. Bu nedenle kefilin borcunun doğumu, varlığını devam ettirmesi ve sona ermesi asıl borcun varlığına bağlıdır. Kefaletin tali nitelikte olması ise, kendini adi kefalette göstermektedir. Buna göre alacaklı, asıl borçluya karşı takip yapıp, bu takip semeresiz kalmadığı sürece kefile başvuramayacaktır. Ayrıca kefalet de sadece kefil borç altına girdiğinden, kefalet, kural olarak tek tarafa borç yükler.

Müteselsil kefalette de talilik özelliği vardır. Zira asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcu muaccel hale gelmez ve paradan başka borçlara kefalette, asıl borcun yerine getirilmediğinin tespitinden sonra ancak kefile başvurulabilir.

Kefalet sözleşmesi bakımından kefilin borcunun ani edimli mi, yoksa sürekli edimli mi olduğu noktasında kefaletin ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir. Zira kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu edim sonucu, temel borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesi halinde para olarak belirlenmiş olan

kefalet miktarının alacaklıya ödenmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu da kefilin borcunun sürekli değil ani edimli olduğunu göstermektedir.

Kefalet, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte bazı istisnai durumlarda alacaklının sözleşme ilişkisi içinde kefile karşı bazı yükümlülükleri üstlendiği durumlarda sözleşmenin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği kazanması ve buna bağlı hukuki sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir.

Kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması hasebiyle burada sadece kefil borç altına girmektedir. Dolayısıyla alacaklı herhangi bir yükümlülük altına girmemektedir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da kefalet sözleşmesi ivazsız bir sözleşme özelliğine sahiptir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, içerik ve şekil yönünden asıl borçtan bağımsız bir borç özelliğine sahiptir. Her ne kadar kefalet ilişkisi üçlü bir ilişki ortaya çıkarsa da ve alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisi ile doğrudan doğruya bağlantısı bulunsa da bu özellik varlığını sürdürmektedir. Zira kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılan ve üçüncü bir kişinin bu sözleşmeye doğrudan dahil olmadığı bir sözleşme ilişkisidir. efalet sözleşmesi ile kendisine yönelik teminat verilen temel borç ilişkisine dair sözleşmenin hukuki sebepleri birbirinden farklıdır.

Kefalet sözleşmesinin hukuki sebebi tektir ve her zaman “teminat sebebi”ne dayanır. Buna karşılık temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmenin hukuki sebebi, “ifa sebebi”, “alacak sebebi” veya “bağışlama sebebi” olabilir.

Kefaletin türleri olarak özellikle âdi kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet ve rücu kefaletine ilişkin düzenlemeler TBK’da yer almaktadır. Kefaletin asıl şeklini adi kefalet oluşturur. Kefalet sözleşmesinin taraflarının, yaptıkları kefalet sözleşmesinde kefaletin müteselsil olduğunu açıkça kararlaştırmadıkları durumda adi kefaletin bulunduğu kabul edilmelidir. Müteselsil kefalet, kefalet sözleşmesi ile teminat sağlayan bir kefilin, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmesidir.

Müteselsil kefaletin söz konusu olabilmesi için kefilin, “müteselsil kefil” olma iradesinin sözleşme metninden açıkça anlaşılması gerekir. Sözleşme metninde mutlaka “müteselsil kefil” ibaresinin kullanılması zorunlu değildir; kullanılan ifade ve ibarelerden bu iradenin varlığının anlaşılması gerekli ve yeterlidir.

Müteselsil kefaletle ilişkin kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefilin sorumlu olduğu miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesi zorunludur. Kefilin azami sorumluluk miktarının hem yazı hem de rakamla yazılması ve ikisi arasında farklılık oluşması halinde yazı ile belirlenen miktarda azami sorumluluğun kabulü gerekir.

Kefaletle şekil şartına uyulmaması halinde bu sözleşme geçersizdir. Burada kesin hükümsüzlük hali vardır. Alacaklı kesin hükümsüz bir kefalet sözleşmesine dayanarak ifa talebinden bulunamaz. Kefil kefaletini ikrar etse ya da ödeme yapsa dahi kefaleti geçerli hale getiremez. Alacaklının kefilden ifa talepli bir alacak davası açması halinde kefil şekle aykırılığı ileri sürmese bile hakim re'sen şekle uygunluğu göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Müteselsil kefalet sözleşmesinin sonuçlarını doğurması için öncelikle geçerli asıl bir borç bulunmalıdır. Bu durum fer'ilik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Kefaletin dayanağı olan asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde müteselsil kefalette geçersiz olacaktır.

Mevcut olmayan ya da kesin hükümsüz bir sözleşmeden kaynaklanan asıl borca kefil olunması, esas borcun borçluyu bağlamaması, esas borçlunun ayıplı mal sebebiyle seçimlik haklarını kullanması ve bu sebeple de asıl borcun ortadan kalkması, esas borçlunun ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olması, asıl borcun eksik borç olması (zamanaşımı, kumar bahis borcu gibi), asıl borcun ahlaka mugayir borç olması gibi nedenlerle asıl borç geçersiz olabilir böyle durumlarda müteselsil kefalette geçersiz olacaktır. Hatta asıl borç sonradan geçerlilik kazansa dahi müteselsil kefalet geçersiz olacak sonradan geçerli hale de gelemeyecektir.

TBK. m.584 ile kefalet sözleşmelerinde kefilin evli olması halinde kefalete, eşin rıza göstermesi şartı getirilmiştir. Buna göre kefil olmak isteyen kişinin kefil olmadan önce ya da kefil olma anında ya da en geç kefaletin kurulması anında eşin rıza göstermesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 582.maddesine gereğince, kefalet sözleşmesi, ancak geçerli bir borç için yapılabilir. Bu durum, yukarıda ifade edildiği üzere, kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcunun feri bir borç olması anlamına gelir. Borcun kaynağı ne olursa olsun, geçerli bir borç olsun ki, bu borç için kefil ile alacaklı arasında yapılan kefalet sözleşmesinden dolayı da kefilin borcu ortaya

çıkabilsin. Bu sonuç, TBK m. 582 hükmünde, kefalet sözleşmesi, mevcut veya doğacak ya da koşula bağlı bir borç için ancak, her hâlükârda geçerli bir borç için yapılabilir denilmesinden çıkmaktadır. Şu halde ortada geçerli bir borç yok ise, olmayan bu borcun kefil tarafından da teminat altına alınması söz konusu olmayacaktır. Şayet kefil böyle bir sözleşme için kefalet vermiş olursa, TBK m. 591 hükmü gereğince, asıl borcun geçersiz olduğu itirazını alacaklıya karşı itirazında bulunabilecektir. Bu konuda adi-müteselsil kefalet ayrımının da bir önemi yoktur. Bu husus kefaletin feriliği ile ilgilidir.

Kefaletle ilişkin TBK hükümlerinde kefaletle teminat altına alınan borca ilişkin asıl borcunun sahip olduğu defilere kefilin de dayanabileceği belirtilmekle birlikte, kefilin doğrudan kendisine ait olup da alacaklıya karşı ileri sürebileceği defî haklarına değinilmemiştir. Bununla birlikte kefilin gerek kefalet sözleşmesinden kaynaklanan gerekse kefalet sözleşmesine kanunun bağladığı sonuçlardan kaynaklanan alacaklıya karşı sahip olduğu defiler de vardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 595.maddesinde asıl borçlu karşısında kefile tanınan haklardan biri, kendisine güvence verilmesini ve borç muaccel ise, kendisini borçtan kurtarılmasını talep etme hakkıdır. Madde hükmüne göre, kefil üç durumda söz konusu talep hakları vardır. Bunlardan ilki, maddenin 1.bent hükmüne göre, asıl borçlunun, kefile karşı üstlendiği yükümlülöklere, özellikle belli bir süre içinde kendisini borçtan kurtarma vaadine aykırı davranması halidir.

Kefilin rücu hakkının konusu, bir alacak hakkıdır. Buradaki alacak hakkı, halefiyet yoluyla intikal eden alacak hakkından bağımsızdır. Her alacak gibi bu da zamanaşımına tabidir. Dikkat edilmesi gereken ise, rücu hakkı için ifa anından itibaren zamanaşımı işlemeye başlar. Nitekim TBK m. 596/5 de, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar denilmektedir.

Kefil bildirimde bulunmadığı için asıl borçluya olan rücu hakkını kaybetmiş olması, onun alacaklıya başvurmasına engel değildir. Kefil, yukarıda ifade edildiği üzere, asıl borçlunun borcunu değil, kendi borcunu alacaklıya ifa etmiştir. Alacaklının ise, hala asıl borçluya ifa için başvurma hakkı vardır. Bu bakımdan alacaklı, sebepsiz zenginleşmiştir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem, (2015) *Türk Borçlar Hukuku'nda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul.
- AKINCI, Şahin, (2011) *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Konya.
- AKİPEK, Jale, (1973) *Türk Eşya Hukuku II*, Ankara.
- ARAL, Fahrettin, (2006) *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Ve Kefaletten Farkları*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, s.131-145 (Aral, Banka Teminat Mektupları).
- ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, (2012) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara.
- ARKAN, Sabih, (2003) *Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği* (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul, s.983-991 (Arkan, Armağan).
- ARKAN, Sabih, (1992) *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, Batider, C.XVI, S.4, s.59-84(Arkan, Teminat Mektubu).
- AYAN, Serkan, (2013) *Kefalet Sözleşmesinde Keşilin Sorumluluğu*, Ankara.
- AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan, (2013) *Türk Borçlar Hukuku*, "Özel Borç İlişkileri", İzmir.
- AYRANCI, Hasan, (2004) *Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları*, AÜHFD, C.53, S.2, s.95-120.
- BADUR, Emel, (2013) "Eşin Rızası", *TBB Dergisi*, Ankara, S.109, s.251 vd.
- BARLAS, Nami, (2002) *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C.II, İstanbul, s.937-989.
- BARLAS, Nami, (2006) *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Soranlar ve Yargıtay Uygulaması*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, s.43, Ankara.

- BAŞ, Ece, (2013) *098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler*, İÜHF, C. 70, S. 2, s. 115-144.
- BAŞYİĞİT, Özgür, (2005) *Borçlar Kanunu Tasarısı ile Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi* Legal Hukuk Dergisi, S. 55, s. 3317-3338.
- CANBOLAT, Ferhat, TOPUZ, Seçkin, (2008) “Kefalet ve Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımında Uygulanacak Kıstaslar”, TBB Dergisi, s. 53-76.
- CANSEL, Erol, ÖZEL, Çağlar, (2014) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, C.1, Ankara.
- DEMİR, Şamil, (2013) *Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı*, TBB Dergisi, S.108, s.90 vd., Ankara.
- DOĞAN, Vahit, (2005) *Banka Teminat Mektupları*, Ankara.
- DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, (2014) *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku*, C.II, İstanbul.
- EREN, Fikret, (2014) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- EREN, Fikret, (2014) *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı Ankara.
- ESENER, Turhan, (1969) *Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği*, Ankara.
- GRASSINGER, Gülçin, E., (1996) *Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, (2010) *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, İstanbul.
- GÜRAL, Jale, (1974) *Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler*, AÜHF Dergisi, Sayı: 3 Cilt: 8, s. 436.
- HATEMÎ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, (1992) *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul.
- HOŞLAN, Osman, (1979): *Kefilin Teminat Verilmesini ve kefareten Kurtulmayı İsteme Hakkı Ad .Der* , s.1-2 s.93-108.
- KAHYAOĞLU, Emin, C., (1995) *Banka Garantileri*, İstanbul.
- KAPLAN, İbrahim, (1996) *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Cilt 1 Ankara.
- KAPLAN, İbrahim, (1988) *Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması*, BATIDER.

- KAPLAN, İbrahim, (1991) *Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları*, BATIDER, Cilt XVI; Sayı 2, sayfa 48, 90.
- KAPLAN, İbrahim, (2012): *Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler*, Ankara.
- KAPLAN, İbrahim , (1988) *Sözleşmenin Hâkim Tarafından Yorumu*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, (2002) *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, İstanbul.
- KARAKILIÇASLAN, Seda, (2009) *Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIII, S.1-2, s.43 vd.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, (2013) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 17. Baskı, Ankara.
- KIRCA, İsmail, (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Birleşmesi, *Bankacılar Dergisi* Sh. 71-79.
- KOCAMAN, Arif, B., (2003) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet mi?, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, s.67-94.). (Kocaman, Kişisel Teminat), Ankara.
- KOCAMAN, Arif, B., (1990) *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine*, Batider, C.XV, S.3, s.49-66 (Kocaman, Banka Teminat Mektupları).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, (2008) (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı) *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, I. Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem- Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası*, İstanbul.
- KOÇ, Nevzat, (2001) *İsviçre Borçlar Kanunu Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri*, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsell'e Armağan", s.267 vd., İzmir.
- KUNTALP, Erden, (1995) *Teminat Kavramı, Teminat Türleri Ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, s.263-299, İstanbul.
- NOMER, Haluk, (1997) *Halefiyet ve Rücu Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından*, İHFM C: LV – S 3, s. 243 vd.

- OĞUZMAN, Kemal, BARLAS, Nami, (2006) Medeni Hukuk, (Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar), 13. Bası, İstanbul.
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, , Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, C.1, İstanbul.
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, , Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, C.1, İstanbul.
- ÖZEN, Burak, (2014)6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul.
- REİSOĞLU, Safa, (2010) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul.
- REİSOĞLU, Seza, (2014) Türk Kefalet Hukuku, (Reisoğlu, Kefalet), Ankara.
- REİSOĞLU, Seza, (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Farklı ve Yeni Düzenlemeler, Bankacılar Dergisi , S. 79, s 104-143.
- REİSOĞLU, Seza, (1962) Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), s.147-173. (Reisoğlu, Kefalet Münasebeti), Ankara.
- REİSOĞLU, Seza, (1963) Garanti Mukavelesi, (Reisoğlu, Garanti Mukavelesi), Ankara.
- SAYMEN, Ferit, H., ELBİR, Halit, K., (1966) Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul.
- SELİÇİ, Özer, (1977) Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul.
- ŞAHAN, Gökhan, (2009) Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara.
- TANDOĞAN, Haluk, (1987) Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, (Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II), Ankara.
- TANDOĞAN, Haluk, (1959) Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki), (Tandoğan, Garanti Mukavelesi), Ankara.
- TANDOĞAN, Haluk, (1990) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C I/1 İstanbul.
- TEKİNALP, Ünal, (1988) Banka Hukukunun Esasları, C.I, İstanbul.

- TEKİNAY, S. Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞL, Haluk, ALTOP Atilla, Tekinay, (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul.
- TOPUZ, Seçkin, CANBOLAT, Ferhat, (2008) “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, s. 673-718.
- TURAN, Gamze, (2006) Garanti Ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Eylül-Ekim, s.27-50.
- TURAN, Gamze, (2006) Garanti Ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Eylül-Ekim, s.27-50.
- YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, (2013) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı İstanbul.
- ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K., Emre, (2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara.